חוק לישראל: שליחות

בסדרה "חוק לישראל" נתפרסמו עד כה הספרים

שומרים (2 כר')
שכירות ושאילה
ערבות
נזיקין
עשיית עושר ולא במשפט
השבת אבדה
שיתוף נכסים
נאמנות בנכסים
פגמים בחוזה
שליחות

בהכנה

מתנה
תרופות בשל הפרת חוזה
האחריות הפלילית
סייגים לאחריות הפלילית
משכון
מכר

חוק לישראל

עריכה שיטתית ועדכנית של המשפט העברי
כיסוד לחקיקה ולפסיקה
על פי סדר חוקי מדינת ישראל

בעריכת נחום רקובר

מיכאל ויגודה

בהשתתפות חיים י׳ צפרי

שליחות

ספרית המשפט העברי

ספרית המשפט העברי

משרד המשפטים
מורשת המשפט בישראל
תלפיות — המכללה האדקמית לחינוך

יוצא לאור בסיוע משרד המדע, התרבות והספורט
מינהל התרבות

אין לשכפל, להעתיק, לצלם, להקליט, לתרגם, לאכסן במאגר מידע
לסדר או לקלוט בכל דרך ובכל אמצעי אלקטרוני אופטי או מכני או אחר
כל חלק שהוא מהחומר שבספר זה

©
כל הזכויות שמורות

מורשת המשפט בישראל
ת״ד 7483 ירושלים 91074
jewishl@zahav.net.il
www.mishpativri.org.il
תשע״ד — 2014

הוקדש על ידי

ר׳ **זאב (וואלי)** הלוי

ורעייתו **חיה**

שטרן שיחי׳

וכנו

ר׳ **יעקב (ג׳קים)** הלוי

ורעייתו **חנה פערל (אריאן)**

שטרן שיחי׳

סאן פאולו, ברזיל

לזכר ולעילוי נשמת

הורי ר׳ זאב

ר׳ צבי הלוי ב״ר חיים ומרים ז״ל שטרן

וזוגתו מרת דאכא בת ר׳ פרץ וברכה ע״ה טאגר

הורי חיה

ר׳ דוד אריה ב״ר יעקב ושיינדל ז״ל ברנר

וזוגתו מרת איטלה (אירמה) ב״ר חיים ומדל ע״ה שטרן

אבי אריאן

ר׳ יששכר טוביה ב״ר יוסף ופערל ז״ל וייטמן

ולכבוד ולהבחל״ח לאוי״ט

אם אריאן

רחל (רוז׳ה) וייטמן שתחי׳

ילדי ר׳ זאב וחיה

חיים אהרן ואריאלה ברכה סג״ל לנדאו שיחיו

משה אפרים פישל ואילה (אנטי) קירשנבוים שיחיו

ילדי ר׳ יעקב ואריאן

יחזקאל וענת מינדל הרטמן שיחיו

מיכאל שלום ומרים אילנה פיינטוך שיחיו

צבי יונתן ומרים אביגיל שטרן שיחיו

יששכר טוביה ודבורה שטרן שיחיו

דאכא דינה, איטלה טלי שיחיו

פתח דבר

קשה להפריז בחשיבותו של מוסד השליחות. השליחות מאפשרת לאדם להרחיב את תחום פעילותו המשפטית אל מעבר לגבולותיו הפיזיים. בלעדיה היה נדרש האדם לפעול בעצמו כל אימת שהוא מבקש לרכוש או להעביר זכות. השליחות מאפשרת לשנות את זכויותיו וחובותיו של אדם ואף את מעמדו האישי בלא שיטרח לבוא בעצמו למקום ביצוע הפעולה המשפטית, ואף מאפשרת לו לפעול בו זמנית במקומות אחדים אפילו הם פזורים ברחבי תבל, ואי אפשר בימינו לתאר התפתחות חברתית וכלכלית יעילה בלא מוסד השליחות.

מוסד השליחות הוכר במקורותינו זמן רב לפני שהוכר בשיטות משפט אחרות, כגון המשפט הרומי, וכבר עמד על תופעה זו פרופ׳ אשר גולאק[1], מראשוני חוקרי המשפט העברי בעת החדשה. תחילה הוא אומר שפיזורו של עם ישראל ברחבי העולם סייע להתפתחות השליחות בתקופות קדומות יחסית בשיטת המשפט שלנו. והוא מוסיף הסבר מרתק לזה, הקשור בכבוד האדם וחירותו במסורת ישראל. וזה לשונו:

> על פי דיני רומא, עומדים ברשות אבי המשפחה כל בני המשפחה (pater familias)... וידם כיד אבי המשפחה. בשעת הצורך יכולים חברי המשפחה העומדים ברשותו (aliena iuris) לפעול בתורת באי כח אבי המשפחה מבלי כל מנוי שליח מיוחד. ולכן, על פי דיני רומא, לא היתה כל נחיצות להשתמש בשליחות.

לעומת זאת, המצב במשפט העברי שונה:

> בין אישי המשפחה העברית אין יחס של שלטון והכנעה, של עומדים ברשות עצמם ועומדים ברשות אחרים. כל אחד ואחד, משהגיע לשנות גדלותו... הרי הוא אישיות משפטית מיוחדת, בעל זכיות והכשרה משפטית בפני עצמו. לכן, אם אדם אחד אינו יכול למלאות בעצמו את הפעולות המשפטיות שעליו לעשותן, אין שאר חברי המשפחה עומדים ברשותו, ואינם סרים למשמעתו, והוא זקוק לשליח.

השליחות במשפט העברי מיוסדת אפוא על ההכרה בערך האוטונומיה של הפרט. אולם אין משמעה של אוטונומיה זו ניתוק והתבדלות מן הסביבה. לא פחות חשוב הוא ערך הערבות והשותפות בין בני החברה, שמכוחם יכול ראובן לייצג את שמעון[2].

[1] א׳ גולאק, יסודי המשפט העברי, ברלין תרפ״ב, עמ׳ 42־43.

[2] כנראה לא בכדי כלל הרמב״ם את הלכות שלוחין יחד עם הלכות שותפין: ״הלכות שלוחין ושותפין״. א׳ ברק, חוק השליחות, ירושלים תשנ״ו, סעיפים 163־165, מטעים אך ורק את ערך האוטונומיה כעומד ביסוד השליחות: ״החופש להעניק הרשאה לשלוח נגזר... מהאוטונומיה של הרצון הפרטי. אכן, החופש

עניינו של החיבור שלפנינו הוא ניתוח שיטתי ועדכני של דיני השליחות במשפט העברי בזיקה לחוק השליחות של מדינת ישראל, שנחקק בכנסת בשנת תשכ"ה־1965[3]. מן המפורסמות שאינן צריכות ראיה הוא, שהחוק מאמץ בסעיף 2 את המטבע הקצר והקולע שטבעו חכמים: "שלוחו של אדם כמותו". כלל משפטי זה הוא אבן השתייה שמושתתים עליה דיני השליחות.

נושא השליחות במשפט בכלל ובמשפט העברי בפרט, רחב ומורכב הוא, כמו שאומר ר' מנחם באב"ד (אב"ד טרנופול בתחילה המאה העשרים): "שענייני שליחות הם מקצוע גדול בש"ס"[4]. נעמוד על שלושה ממאפייני מוסד השליחות, שיש בכל אחד מהם כדי להסביר את מורכבותו.

ראשית. דיני השליחות מיוסדים על אחד הכלים העצמתיים והיצירתיים ביותר בעולם המשפט, "הפיקציה המשפטית". כוחה של הפיקציה המשפטית בא מכוח הדמיון. באמצעות הפיקציה נפרצים גבולות המציאות, והתרחשות מסוימת נחשבת בכוח הדמיון כאילו התרחש דבר מה אחר. כך למשל בשליחות: פעולתו של השליח נחשבת כאילו פעל השולח בעצמו על פי הכלל: "שלוחו של אדם כמותו". אלא שלא ברור מה טיבה של פיקציה זו ומה מנגנון פעולתה? האם רואים את השולח כמי שפועל בעצמו באמצעות שלוחו כעין "ידו הארוכה"? או שמא רואים את השליח כמי שפועל עבור השולח, והוא כביכול בעל הפעולה, ורק תוצאתה מיוחסת לשולחו. שאלה זו, שאינה תאורטית בלבד ועשויים להיות תלויים בה פרטי דינים רבים, מלווה את החיבור כולו[5].

שנית. להבדיל מרוב המוסדות המשפטיים במשפט הפרטי, המסדירים עסקאות ויחסים משפטיים דו־צדדיים – מכר, שכירות, שאילה, קבלנות, חוזה עבודה ועוד – מוסד השליחות נמנה עם המוסדות המשפטיים המעטים שמעורבים בהם שלושה צדדים, השולח והשליח וצד שלישי. משולש זה מעורר שלל בעיות משפטיות מורכבות וסבוכות[6].

שלישית. השליחות אינה מוסד עצמאי אלא כלי משפטי המשמש לביצוע פעולה משפטית אחרת. השליחות באה תמיד בהקשר למוסד משפטי אחר: שליחות לקנייה ולמכירה, שליחות להלוואה, שליחות לגירושין ולקידושין ועוד. עובדה זו מסבירה את אחד הקשיים בעיסוק בתחום זה במשפט העברי. יותר מדינים אחרים, דיני השליחות אינם מרוכזים במקום אחד

לעשות שליחות הוא חופש חוקתי והענקת הרשאה היא ביטוי לזכות החוקתית של כבוד האדם". וראה דיוננו להלן, סעיף 2, עמ' 96־100. וראה גם להלן, עמ' 818־819.

[3] הצעת חוק דיני ממונות, התשע"א־2011, סעיפים 33־47, אין בה שינויים מהותיים בהוראות החוק, ונעמוד על זה בכל חלקי החיבור.

נציין שסעיפים 12־13, הדנים בקיזוז ובעיכבון, אינם נידונים במסגרת חיבור זה, משום שהם נוגעים לכלל החקיקה האזרחית, וראוי לדון בהם בהקשר הכולל של המשפט האזרחי, ולאו דווקא בזיקה לשליחות (ואכן סעיפים אלו אינם באים בפרק השליחות בהצעת הקודקס האזרחי אלא במקומם הכללי, סעיף 61, וסעיף 558(1)). כמו כן לא דננו בסעיף 18, משום שהוא עוסק בשאלה כללית בחקיקה האזרחית: אימתי האדם הוא בגדר יודע דבר.

[4] שו"ת חבצלת השרון, מהדורא תניינא, סימן עז, בסוף התשובה.

[5] נרחיב בה במיוחד בדיוננו על סעיף 2, שנדון בו בתאוריית השליחות.

[6] כגון: כשהשליח חורג מן ההרשאה שקיבל (סעיף 6); כשהשליח אינו מציג את עצמו כשליח בפני הצד השלישי, המכונה בחוק "שליחות נסתרת" (סעיף 7); כשהשליח מקבל טובת הנאה תוך כדי ביצוע שליחותו (סעיף 10); או כשהשליח מבקש לעשות את שליחותו באמצעות שליח משנה (סעיף 16).

בתלמוד, אלא מפוזרים על פני ים התלמוד כולו במגוון הקשרים. עובדה זו מעמידה בפני החוקר אתגר כפול: מצד אחד, היא מחייבת התמצאות והעמקה בכל עניין שיש לו קשר לשליחות, ומצד שני, היא מחייבת ניתוח מושגי והפשטה מבעד לפרטים המייחדים את ההקשר כדי לחשוף את עקרונות היסוד של דיני השליחות.

איתור המקורות שנידונה בהם השליחות נעשתה בימינו קלה יותר, מפני שזימן לנו העידן המודרני כלי עזר חשובים, עד כדי כך שקשה להעלות על הדעת מחקר ראוי לשמו בלא להסתייע במאגרי המידע המזומנים[7]. כלים אלה, כולל מנועי החיפוש שלהם, מנגישים לנו במהירות רבה חומר עצום בהיקפו, שהיה נעלם מעינינו בלעדיהם. אך שטר זה שוברו בצדו. מרוב עצים, אנו עלולים שלא לראות את היער. טיבו של המחקר אינו נמדד בכמות החומר וההפניות שהוא נזקק להן. אוצר זה עלול להיות שמור לבעליו לרעתו, אם לא יושקע עיקר המאמץ בבירור ההיגיון שביסוד הדברים ובליבון עקרונות היסוד העולים משלל המקורות. ואף על פי שמאגרי המידע עשויים לסייע בידינו, שהרי אין אנו בבחינת "סיני", האוגרים בראשנו כל מה שנכתב בעניין מסוים, לא יוכל המאגר לבוא במקום העמל והיגיעה הנדרשים ל"עקירת ההרים" הנחוצה לסלילת הדרך ליצירת משנה סדורה ובהירה המתיישבת על הדעת ועל הלב.

חיבור זה הוא פרי עמל ויגיעה של קרוב לשני עשורים. ברם, מיום שנתמניתי לראש תחום משפט עברי במשרד המשפטים בראשית שנות האלפיים, לפני כשלוש־עשרה שנים, הואט קצב עבודתי על החיבור עקב המשימות הרבות המוטלות עליי עקב תפקידי הציבורי. במהלך העבודה, נסתייעתי בחוקרים חשובים, שבלעדיהם לא הייתי זוכה היום לברך על המוגמר. בראשית המחקר העמיד פרופ׳ נחום רקובר לרשותי בירורי דברים של ליפא לזנובסקי על מקצת מסעיפי החוק, והם היו לי לעזר להנחת אבני היסוד למחקר. עד מהרה הסתבר שנדרשת עוד עבודה רבה, ועקב ההיקף העצום של החומר, נסתייעתי בעיקר בשלושה תלמידי חכמים.

הרב אליעזר היישריק אסף חומר רב והציע את כתיבתם הראשונית של סעיף 3 (יצירת השליחות), סעיף 4 (כשרות השלוח) וסעיף 5(א) (היקף השליחות); ד"ר בנימין פורת כתב את עיקרו של הנספח על דין "זכין לאדם שלא בפניו", הקרוב מאוד לדין השליחות ומשלים אותו במקרים רבים, וגם הציע דברים הנוגעים לסעיף 5(ב) בעניין הרשאה לפעולה דחופה, וסעיף 2, בעניין פעולת השליח, ידיעתו וכוונתו.

מעל כולם תרם הרב חיים צפרי תרומה מכרעת לחיבור. תחילה עסק בסעיף 14 (סיום השליחות) ובסעיף 15 (סייגים לסיום השליחות), ולאחר מכן נשאתי ונתתי עמו בהרבה מן הסוגיות הסבוכות שעסקתי בהן בחיבור והגעתי בהן למבוי סתום, כשאני מתקשה למצוא את ידיי ואת רגליי בסבך הסוגיות המורכבות והדעות הסותרות. ברוב בקיאותו, שקדנותו ולמדנותו, הוא האיר את עיניי וסייע בידי לצאת מן המבוכים שנקלעתי לתוכם. זאת ועוד. הוא עבר על מרבית פרקי הספר והציע תיקונים רבים והשלמות חשובות. אין ספק שיש לו חלק נכבד ביותר בחבור המוגמר, אך האחריות למִשגים היא שלי.

[7] ובראשם: פרויקט השו"ת של אוניברסיטת בר־אילן; תכנת "אוצר החכמה" (המאגדת עשרות אלפי ספרים סרוקים); האתר Hebrew Books; מאגר המידע של אוצר הפוסקים (הכולל מפתח מפורט ומשוכלל של ספרות השו"ת); אוצר המשפט (מפתח ביבליוגרפי למשפט העברי) מאת פרופ׳ נחום רקובר.

לכולם, ובייחוד להרב חיים צפרי, שהפך ברבות שנות עבודתנו המשותפת ידיד נפש וחברותא, אני מבקש להביע כאן את רגשי תודתי העמוקים. בלעדיהם ברור לי שספר זה לא היה רואה אור עולם.

רבים מסעיפי החיבור הובאו לעיונם ובחינתם של שני תלמידי חכמים מובהקים, הלא הם הרב זלמן נחמיה גולדברג, לשעבר חבר בית הדין הרבני הגדול בירושלים, והרב אליעזר מילר, לשעבר ראש "ישיבת מעלות". הערותיהם המאלפות, המשולבות בכל רחבי החיבור, לא תמיד בשמם, שיפרו עד מאוד את איכותו.

לקראת סיום העבודה, תרמו את תרומתם בחלקים של החיבור הרב עו"ד דוד ניסני והרב עו"ד אליעזר הללה.

משנסתיימה מלאכת הכתיבה, זכה החיבור להערותיו הלשוניות של ד"ר יחיאל קארה. מר אריאל ורדי יעץ בעיצוב הספר. עו"ד אפרת ברחד הכינה את עיקרה של הרשימה הביוגרפית המופיעה בסוף הספר, ובה מידע אודות כל חכם וכל חיבור הנזכרים בספר. ד"ר ברוך כהנא התקין ברוב חכמה ודעת את המפתחות ואף העיר לי הערות מהותיות חשובות. לכל אחד מהם, אני מבקש להביע כאן רגשי הערכה ותודה.

הכרת תודה מיוחדת אני חב לפרופ' נחום רקובר, הוגה הרעיון המונומנטלי ועורכו של מפעל "חוק לישראל", שחיבור זה הוא העשירי בפירותיו. פרופ' רקובר הביע בי אמון בהטילו עליי את העיסוק בחוק מורכב זה וליווה אותי מתחילת המחקר בעצה טובה, בביקורת בונה ובדברי עידוד והמרצה. יבורך מן השמים בעוד שנים רבות של כתיבה ועשייה בבריות גופא ובנהורא מעליא.

מנשים באוהל, גם אוהלה של תורה במשמע, תבורך אשת נעוריי, חברתי ואשת בריתי, רבקה לבית מרצבך, העומדת כל העת לצדי בעידוד ובתמיכה. יהי רצון שנזכה לעוד שנים רבות וטובות יחד מתוך בריאות ונחת מילדינו האהובים ומנכדינו החמודים.

בשנים האחרונות הלכו לעולמם הוריי היקרים א"מ שלמה וא"מ טובה ויגודה, זכרם לברכה, וגם מו"ר הרב משה בוצ'קו ז"ל. הם לימדוני אורחות חיים מתוך שילוב תורה עם דרך ארץ. חיבור זה מוקדש לזכרם המבורך.

מר זאב שטרן ובנו מר יעקב שטרן הואילו לפרוס את חסותם על חיבור זה, ויבורכו ממקור הברכות.

עיה"ק ירושלים, כסלו תשע"ד

מיכאל ויגודה

תוכן העניינים

פתח דבר ז

התוכן לפרטיו יג

סעיף 1: השליחות ונושאה 1
סעיף 2: דין השליחות 93
סעיף 3: הקניית השליחות וצורתה 131
סעיף 4: כשרות השלוח 177
סעיף 5: היקף השליחות 247
סעיף 6: פעולה ללא הרשאה 317
סעיף 7: שליחות נסתרת 389
סעיף 8: נאמנות וחובות השלוח 431
סעיף 9: תרופות 483
סעיף 10: נכסים ורווחים 551
סעיף 11: שיפוי 581
סעיף 14: סיום השליחות 597
סעיף 15: סייגים לסיום השליחות 681
סעיף 16: שליחות משנה 705
סעיף 17: ריבוי שלוחים ושולחים 745
נספח: "זכין לאדם שלא בפניו" 767

חוקים

חוק השליחות, התשכ"ה־1965 823
הצעת חוק דיני ממונות, התשע"א־2011, חלק שני, פרק שלישי 827
הצעת נוסח לפי המשפט העברי – חוק השליחות 831

מפתחות

מפתח העניינים 835
מפתח המקורות 887
רשימה ביבליוגרפית 953
רשימה ביוגרפית 959

התוכן לפרטיו

פתח דבר ז

סעיף 1: השליחות ונושאה

פרק ראשון: מבוא 3

פרק שני: הגדרת השליחות 4

א. "שליחות היא יפוי כוחו של שלוח לעשות בשמו או במקומו של שולח" 4

ב. נושא השליחות – "פעולה משפטית" 5

ג. "כלפי צד שלישי" 10

פרק שלישי: פעולות משפטיות שאינן יכולות לשמש נושא לשליחות – "חוץ מפעולה..." 11

א. מבוא 11

ב. "פעולה שלפי מהותה... יש לבצעה אישית" 12

ג. "פעולה ש... על פי דין יש לבצעה אישית" 18

(1) פעולה שיש בה פגיעה בצד שלישי ("תופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים") 18

(א) מקור הדין 18

(ב) טעם הדין 19

(ג) היקף הדין 20

(2) המחאת זכות ("מעמד שלושתם") 23

(3) עדות 24

(4) שונות 24

ד. פעולה בניגוד לדין ("אין שליח לדבר עברה") 26

(1) מבוא 26

(2) מקור הכלל "אין שליח לדבר עברה" 29

(3) משמעותו המשפטית של הכלל 34

(4) היקפו של הכלל 38

(א) הפעולה אינה עברה אלא לשולח 38

(ב) הפעולה אינה עברה אלא לשליח 42

(ג) שליח הפועל תחת איום 42

(ד) בעברה דרבנן 43

פרק רביעי: מוסדות משפטיים הדומים לשליחות 43

א. מבוא 43

ב. פעולות משפטיות הנעשות בשם הזולת או במקומו 44
(1) מוסדות ייצוג 44
(א) אפוטרופסות 44
(ב) "הרשאה" לייצוג משפטי ("אורכתא") 49
1. מורשה לתובע 49
2. מורשה לנתבע 51
(ג) "זכין לאדם שלא בפניו" 52
(2) ייצוג מכוח מוסדות משפטיים אחרים 52
(א) שותפות 52
(ב) עבודה ("יד פועל כיד בעל הבית") 56
(ג) נישואין 63
ג. פעולות משפטיות הנעשות עבור הזולת (מ"דין עבד כנעני") 65
ד. פעולות פיזיות הנעשות עבור הזולת 68
(1) שמירה 68
(2) תיווך 68
ה. שונות 70
(1) מנהיג ציבור ועובד ציבור 70
(2) שליח ציבור 73
פרק חמישי: סיכום 75
פרק שישי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 76
נספח ראשון: שליחות במצוות ובעברות (להבנת 'תוספות רי"ד') 77
א. גישה א: הכלל – יש שליחות במצוות למעט מצוות ש"בגופו" 77
ב. גישה ב: הכלל – אין שליחות במצוות למעט מצוות שהשולח מעורב בהן מעבר למינוי 78
נספח שני: פעולה להשגת דבר שאינו שלו (דרישת "שלוחו של בעל הממון") 80
א. העיקרון והגיונו 80
ב. קבלת מתנה 82
ג. גביית חוב 85
ד. זכייה במציאה 89
ה. קנייה 91
ו. סיכום 92

סעיף 2: דין השליחות
פרק ראשון: מבוא 95
פרק שני: המקור הנורמטיבי למוסד השליחות 96
פרק שלישי: תאוריית השליחות – "שלוחו של אדם כמותו" 101
א. מבוא 101
ב. תאוריית ייחוס התוצאה 102
ג. תאוריית ייחוס הפעולה 104
ד. סוגיית "שליח נעשה עד" לאור שתי התאוריות 105

ה. נפקויות בין שתי התאוריות 107
(1) שולח שנשתטה 107
(2) חזרת השולח ממטרת השליחות 109
(3) מינוי שליח שלא בפניו 109
(4) מינוי מוקדם 110
(5) חזרת השליח מביטול השליחות 110
ו. אימוץ שתי התאוריות בהתאם לנושא השליחות 110
ז. העברת כוח לשליח ותוצאותיה 113
(1) מבוא 113
(2) הגדרת הרשאה: מתן רשות ולא ציווי 113
(3) ביטול השליחות שלא בפני השליח 114
(4) שליח עושה שליח 114

פרק רביעי: "ופעולת השלוח" 115
א. שליחות פסיבית ("מידי דממילא") 115
ב. תחרות בין פעולת השולח לבין פעולת השליח 119

פרק חמישי: "לרבות ידיעתו וכוונתו" 121
א. זקיפת ידיעת השליח וכוונתו לשולח 121
ב. צירוף כוונת השולח לפעולת השליח 122
ג. צירוף כוונת השליח לפעולת השולח 124
(1) "דעת אחרת מקנה" 124
(2) "גדול עומד על גביו" 127

פרק שישי: "מחייבת ומזכה את השולח" 129

פרק שביעי: סיכום 129

פרק שמיני: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 130

סעיף 3: הקניית השליחות וצורתה

פרק ראשון: מבוא 133

פרק שני: הגדרת ההרשאה — "השליחות מוקנית בהרשאה" 135

פרק שלישי: דרכי יצירת השליחות 139
א. הרשאה מפורשת 139
(1) "בעל פה" 139
(2) "בכתב" 140
(3) בפני עדים 141
(4) מעשה קניין 143
(5) על ידי שליח 145
ב. דרכים אחרות 145
(1) תנועה 145
(2) התנהגות — "על ידי התנהגות השולח" 147
ג. הרשאה פנימית והרשאה חיצונית — "בהודעה עליה מאת השולח כלפי הצד השלישי, או על ידי התנהגות כלפי אחד מהם" 151

פרק רביעי: מינוי מוקדם 153

התוכן לפרטיו

פרק חמישי: השליח – "מאת השולח לשלוח" 159
א. חלקו של השליח ביצירת השליחות 159
ב. סירוב השליח להתמנות 164
ג. מינוי אישי 166
ד. מינוי שליח בלתי מסוים 166
פרק שישי: התוצאות המשפטיות של מינוי פגום 168
פרק שביעי: הוכחת השליחות – ס"ק (ב) 170
א. מבוא 170
ב. הזכות שלא להיזקק לשליחות שלא הוכחה – "רשאי הוא שלא להכיר בשליחות כל עוד לא הוצגה לפניו הרשאה בכתב" 171
ג. הזכות לדרוש העתק של ההרשאה – "ולא נמסר לו העתק ממנה" 174
פרק שמיני: סיכום 174
פרק תשיעי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 176

סעיף 4: כשרות השלוח
פרק ראשון: מבוא 179
פרק שני: כשרות השליח – "כל אדם כשר להיות שלוח" 181
א. כשרות משפטית (הקטין ומי שלוקה בשכלו) – "לפעולה שהוא עצמו בר דעת לעשותה" 181
(1) פסולו של הנעדר כשרות משפטית, מקורו והגיונו 181
(2) סייג: שליחות שמקורה ב"הליכות עולם" 183
(3) סייג: שליחות לעברה שעניינה שינוי המציאות הרֵאלית 184
ב. זיקת השליח לשולח 187
(1) "מה אתם בני ברית, אף שלוחכם בני ברית" – הכלל, מקורו והגיונו 187
(2) סייג: תוקף השליחות "לחומרא" 191
(3) סייג: שליחות שמקורה ב"הליכות עולם" 194
(4) סייג: שליחות לעברה שעניינה שינוי המציאות הרֵאלית 194
ג. זיקת השליח לנושא השליחות ("בתורת הדבר") 195
ד. אפשרות ביצוע פעולת השליחות בשעת המינוי ("מצי עביד השתא") 197
פרק שלישי: כשרות השולח 198
א. כשרות משפטית (קטין ומי שלוקה בשכלו) 198
ב. זיקת השולח לשליח ("מה אתם בני ברית, אף שלוחכם בני ברית") 200
ג. זיקת השולח לנושא השליחות ("מצי עביד" ו"בתורת הדבר") 201
(1) הכלל 201
(2) מניעה מעשית 202
(א) מניעה פיזית 203
(ב) ריחוק מקום 206
(ג) חוסר ידע 207
(3) מניעה מחמת איסור 208
ד. אפשרות ביצוע השליחות בשעת המינוי 210
(1) הסוגיה התלמודית ("מצי עביד השתא") 211

התוכן לפרטיו

(2) הגישות השונות בהבנת הדרישה 212
(א) אומדן דעת השולח ולא נורמה משפטית (שיטת מהרי"ט) 212
(ב) נורמה משפטית הנוגעת לכשרות מושא השליחות 215
(ג) נורמה משפטית הנוגעת לכשרות השולח 217
1. הסתירה לכאורה בין הסוגיות ודרכי פתרונה 217
2. מבחן מהות המניעה: יסודית או צדדית ('מרכבת המשנה' ואחרים) 219
3. מבחן מקור המניעה: היעדר כוח השולח או גורם אחר ('בית מאיר') 220
4. מבחן אופי המניעה: מוחלטת או יחסית ('חתם סופר') 221
5. מבחן אופי השליחות: פעולה או מחדל ('שיבת ציון' ואחרים) 223
(3) צמצום היקף הדרישה 225
(א) מניעה משפטית (מושא השליחות קיים, אך יש מניעה משפטית לפעול בו) 225
1. "דבר שבידו" (מניעה משפטית שביד השולח להסירה) 225
2. "מחוסר זמן" (מניעה משפטית שתיעלם מאליה) 227
3. ספק מניעה 229
(ב) מניעה מעשית (מושא השליחות עדיין אינו קיים) 230
1. מבוא 230
2. היעדר מושא השליחות אינו מגדיר את השולח כ"לא מצי עביד השתא" 232
3. "דבר שבידו" (שולח היכול ליצור את מושא השליחות) 233
4. שליחות לסדרת פעולות 235
(4) דרכים לעקיפת הדרישה 236
(א) סייגים לדין "אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם" 237
(ב) "זכין לאדם שלא בפניו" 238
(ג) פועל 238
(ד) מינוי מוקדם 239

פרק רביעי: סיכום 239
א. כשרות השליח 239
ב. כשרות השולח 240

פרק חמישי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 241

נספח ראשון: מקור פסול הקטין והלוקה בשכלו 241
א. כשליח 241
ב. כשולח 242

נספח שני: הזיקה הנדרשת בין השליח ובין נושא השליחות 243

סעיף 5: היקף השליחות

פרק ראשון: מבוא 249

פרק שני: פרשנות ההרשאה 251
א. מבוא 251
ב. פרשנות מצמצמת 251
(1) "לתקן שלחתיך ולא לעוות" 252
(2) נוהג 258
(3) ביצוע חלקי של השליחות 260
ג. פרשנות מרחיבה 261
(1) כללי 261
(2) "מראה מקום הוא לו" ועוד 262

התוכן לפרטיו

פרק שלישי: הרשאה משלימה – "השליחות חלה... על כל פעולה הדרושה..." 265

א. כללי 265

ב. המקורות להשלמת ההרשאה 265

(1) תכלית השליחות – "לביצועו התקין של נושא השליחות" 265

(2) נוהג 268

(א) נושא השליחות 268

(ב) מעמד השליח 269

ג. מודעות הצדדים להרשאה המשלימה 273

(1) ידיעת השולח 273

(2) ידיעת השליח 275

פרק רביעי: סייגים להרחבת ההרשאה 277

א. כללי 277

ב. ייצוג משפטי – "הליכים לפני בית משפט, בית דין או בורר" 278

ג. "פשרה או ויתור או פעולה בלי תמורה" 281

ד. הרשאה מכללא לשבועה 284

פרק חמישי: הרשאה לפעולה דחופה – "לשמירה על ענייני השולח" – ס"ק (ב) 284

א. מבוא 284

(1) החוק 284

(2) המשפט העברי 286

ב. סקירת מקורות 289

ג. יסודה המשפטי של ההרשאה 291

(1) "זכין לאדם שלא בפניו" 291

(2) תקנת חכמים 292

ד. שמירת עניין השולח, רשות או חובה? – "רשאי" 292

ה. תחולת ההרשאה 294

(1) על מי חלה ההרשאה? – "שלוח" 294

(2) על מה חלה ההרשאה? – "ענייני השולח בקשר לנושא השליחות" 295

ו. תנאי ההרשאה 296

(1) "פעולה דחופה" 296

(2) "ובלתי צפויה מראש" 297

(3) "הדרושה באופן סביר" 298

(4) פיקוח בית דין 299

פרק שישי: סיכום 299

פרק שביעי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 301

נספח: פרשנות מרחיבה של ההרשאה – פורמליזם לעומת אומדן הדעת 302

א. מבוא 302

ב. פרשנות ההרשאה – האם התכוון השולח להגביל את ההרשאה? 303

(1) "התקבל לי גיטי במקום פלוני" (האם "מראה מקום הוא לו"?) 303

(2) "ערב לי בתמרים ועירב עליו בגרוגרות" 304

(3) "גרשנה בימין" 305

ג. היקף הגבלת ההרשאה על פי טעמה 307
(1) טעם סביר 307
(2) טעם חריג 308
(3) נוסח ההרשאה 310
ד. הגבלת ההרשאה למושא השליחות 313

סעיף 6: פעולה ללא הרשאה

פרק ראשון: מבוא 319

פרק שני: הגדרת פעולה בלא הרשאה – "בלי שהורשה לכך או בחריגה מהרשאתו" 323
א. מבוא 323
ב. חריגה מוחלטת ("מעביר על דעת השולח") 324
ג. חריגה שאינה מוחלטת 325
(1) פגיעה באינטרסים של השולח ("לתקן שלחתיך ולא לעוות") 325
(2) סטייה מן ההרשאה ("שלחו לקנות חטים וקנה שעורים") 339

פרק שלישי: יחסי השולח וצד שלישי 347
א. השולח משלים עם החריגה – "אישור בדיעבד – כהרשאה מלכתחילה" 347
(1) היעדר הרשאה וחריגה מוחלטת מן ההרשאה 347
(א) אין אישור בדיעבד במשפט העברי 347
(ב) דין "זכין לאדם שלא בפניו" לעומת אישור בדיעבד 348
(ג) סייג: חזרת הצד השלישי מן הפעולה – "בכפוף לאמור בסעיף קטן (ב)" 350
(ד) סייג: "ובלבד שלא תיפגע זכות שרכש אדם אחר בתום־לב ובתמורה" 350
(ה) סייג: זיכוי למראית עין ("שליח מתחזה") 351
(2) חריגה שאינה מוחלטת 353
(א) זכות האישור של השולח 353
(ב) סייג: זכות הביטול של הצד השלישי 354
ב. השולח אינו משלים עם החריגה 356
(1) הכלל: ביטול השליחות 356
(2) סייגים: שליחות בממון השולח שאי אפשר לבטל אותה 358
(א) שליחות נסתרת 358
(ב) חריגה במודע (גישת הראב"ד) 363
(ג) מניעה מעשית לביטול השליחות 363
ג. נטל ההוכחה 364

פרק רביעי: יחסי צד שלישי והשליח – "הברירה בידו" – ס"ק (ב) 370
א. מבוא 370
ב. אכיפה – "לראות את השלוח כבעל דברו" 371
(1) הכלל: אין יריבות בין השליח לצד השלישי 371
(2) סייגים 371
(א) שליחות נסתרת 371
(ב) חריגה במודע (גישת הרשב"א) 373
ג. ביטול – "לחזור בו מן הפעולה" 374
ד. פיצויים – "ולתבוע מן השלוח את נזקו" 376

התוכן לפרטיו

פרק חמישי: יחסי השולח והשליח 377

פרק שישי: הגנת הצד השלישי וביטחון חיי המסחר 377

פרק שביעי: סיכום 385

פרק שמיני: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 388

סעיף 7: שליחות נסתרת

פרק ראשון: מבוא 391

פרק שני: יחסי השולח והצד השלישי 395

א. ההיבט הקנייני 395

(1) מבוא — טעות המוכר בזהות הקונה 395

(2) הסוגיה התלמודית ("מי הודיעו לבעל חטין שיקנה חטין לבעל מעות") 396

(3) הגישות השונות בדבר היסוד המשפטי לזכיית השולח הנסתר 397

(א) המוכר מתכוון להקנות לבעל המעות, תהא זהותו אשר תהא 397

(ב) כוונה להקנות לשליח כמוה ככוונה להקנות לשולח (זהות) 400

(ג) המוכר מתכוון להקנות לשליח, והשליח מתכוון לקנות עבור השולח 401

(ד) אין צורך ב"דעת מקנה" 401

(ה) סיכום 403

ב. ההיבט של דיני החיובים (ההיבט האובליגטורי) 404

(1) חבות השולח כלפי צד שלישי — "תחייב פעולת השלוח את השולח" 404

(2) זכות השולח כלפי צד שלישי — "יכול השולח לאמץ לעצמו זכויות השלוח כלפי הצד השלישי" 407

פרק שלישי: יחסי השליח והצד השלישי 408

א. ההיבט הקנייני: זכיית השליח בנכס כשהשולח אינו זוכה בו 408

ב. ההיבט של דיני החיובים — "תחייב פעולת השלוח את... השלוח... ותזכה את השלוח" 410

פרק רביעי: יחסי השולח והשליח 411

פרק חמישי: "או לא ידע את זהות השולח" 411

פרק שישי: סיכום 414

פרק שביעי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 415

נספח ראשון: "שלחו לקנות חטין וקנה שעורין" — ניתוח סוגיית התלמוד הבבלי 415

נספח שני: "שלחו לקנות חטין וקנה שעורין" — ניתוח סוגיית התלמוד הירושלמי 427

סעיף 8: נאמנות וחובות השלוח

פרק ראשון: מבוא 433

פרק שני: חובת הביצוע וחובת הנאמנות 435

פרק שלישי: חובת הזהירות 442

התוכן לפרטיו

פרק רביעי: חובת הגילוי, חובת המסירה וחובת הדיווח – "יגלה... וימסור... ויתן לו דין וחשבון" (ס"ק (1)) 442
א. הגילוי – "יגלה לשולח כל ידיעה" 443
ב. מסירת מסמכים – "וימסור לו כל מסמך" 445
ג. הדיווח – "ויתן לו דין וחשבון על פעולותיו" 445

פרק חמישי: מניעת ניגוד עניינים 446
א. כללי – "יימנע מכל דבר שיש בו ניגוד בין טובת השולח ובין טובתו שלו או של אדם אחר" (ס"ק (5)) 446
ב. ייצוג שולח אחר באותו נושא – "לא יהא שלוח של שולחים שונים לנושא שליחות אחד" (ס"ק (2)) 448
ג. פעולת שליחות עם עצמו – "לא יעשה פעולת שליחות עם עצמו" (ס"ק (3)) 450
ד. קבלת טובת הנאה – "לא יקבל מכל אדם טובת הנאה" (ס"ק (4)) 452
ה. ניצול השליחות לרעת השולח – "לא ישתמש לרעת השולח בידיעות או במסמכים" (ס"ק (5)) 453

פרק שישי: חובת הציות – "ולפעול בהתאם להוראותיו" 454
א. כללי 454
ב. אי־ציות לטובת השולח 456
ג. סייג: שליחות לדבר עברה 458

פרק שביעי: התניה על חובות השליח 458

פרק שמיני: פקיעתן של חובות השליח 459

פרק תשיעי: סיכום 460

פרק עשירי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 463

נספח: שליח העושה את השליחות עם עצמו או כשלוחו של צד שלישי 464
א. מבוא 464
ב. שליח העושה את פעולת השליחות עם עצמו 464
(1) הכלל "אין השליח יכול לקנות לעצמו" 464
(2) הגיונו של הכלל 466
(א) אי אפשר לעשות בו זמנית עסקאות סותרות 466
(ב) הנכס אינו יוצא מרשות לרשות 467
(3) היקפו של הכלל 470
(א) קנייה לעצמו באמצעות שליח 470
(ב) מכירה לשותף 470
(ג) שלוחי מוכר המוכרים זה לזה 470
(ד) נכס שמחירו קצוב בשוק (שליחות מטריאלית) 471
(ה) אישור הפעולה על ידי השולח 472
(ו) שליח לקנייה הקונה מנכסי עצמו 473
ג. שליח המייצג בו זמנית את שני הצדדים לעסקה 474
ד. הכלל "לא חזרה שליחות אצל הבעל" 475
(1) מקורות הכלל 475

התוכן לפרטיו

(2) הגיונו המשפטי של הכלל 476
גישה א: פעולות סותרות (קונה ומקנה, נותן ומקבל) 476
גישה ב: דיני השליחות (השליח אינו יכול "לעבור צד" תוך כדי שליחותו) 478
גישה ג: דיני גטין (בגירושין נדרשת נתינה ממשית של הגט) 481

סעיף 9: תרופות

פרק ראשון: מבוא — "הפר השלוח אחת החובות המוטלות עליו לפי סעיף 8" 485

פרק שני: אי־ביצוע 488
א. אחריות השליח כשומר 488
ב. אחריות השליח כעובד 490
(1) מבוא 490
(2) מימון השלמת השליחות ("שוכר עליהן") 490
(3) הפסד 493
(4) מניעת רווח ("מבטל כיסו של חברו") 495
(5) עגמת נפש 498

פרק שלישי: ביצוע לקוי של השליחות (פגיעה באינטרסים של השולח ואי־ציות להוראותיו) 498
א. פעולה הניתנת לביטול כלפי הצד השלישי: השבת המצב לקדמותו 498
ב. פעולה שאינה ניתנת לביטול כלפי הצד השלישי: פיצוי 500
ג. ייחודה של שליחות לקנייה: פיצוי או השבת הכסף? 503
(1) מבוא 530
(2) פגיעה באינטרסים של השולח 5984
מבוא 584
גישה א — השבת הכסף 506
גישה ב — תיקון העיוות 509
גישה ג — הבררה ביד השליח 512
גישה ד — הבררה ביד השולח 514
(3) אי־ציות הגורם לפגיעה עתידית בשולח 515
(א) מבוא ("אם פחתו — פחתו לו") 515
(ב) פיצוי או השבת הכסף? 518
ד. הפסד שאינו קשור בביצוע לקוי של השליחות 519
(1) מבוא 519
(2) אי־ציות להוראות השולח 520
(3) פגיעה באינטרסים של השולח 527

פרק רביעי: הפרת נאמנות שלא גרמה הפסד לשולח — ס"ק (ב) 528

פרק חמישי: שליח העושה את פעולת השליחות עבור עצמו 531
א. השליח עשה את הפעולה בכספו הוא 531
ב. השליח עשה את הפעולה בכספו של השולח 536
(1) דיני הראיות — האם השליח נאמן כשהוא טוען שפעל עבור עצמו? 536
(2) הדין המהותי — האם השליח יכול לפעול לעצמו בכספו של שולחו? 539
(א) דעה א: השליח זוכה לעצמו מכוח דיני גזל ("כל הגזלנין משלמים כשעת הגזלה") 539

התוכן לפרטיו

(ב) דעה ב: השולח זוכה 541
1. כללי 541
2. השולח זוכה מכוח דיני המכר (״דעת המוכר להקנות לבעל המעות״) 543
3. השולח זוכה מכוח תקנת חכמים 547

פרק שישי: סיכום 548

פרק שביעי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 550

סעיף 10: נכסים ורווחים

פרק ראשון: מבוא 553

פרק שני: השליח כנאמן – ״כל נכס... מוחזק בידו כנאמן״ – ס״ק (א) 556

פרק שלישי: רווח וטובת הנאה – ״השולח זכאי לכל רווח או טובת הנאה...״ – ס״ק (ב) 556

א. מבוא 556

ב. רווח תוך כדי קיום הוראות השולח 557
(1) תוספת שניתנה על ידי הצד השלישי מדעת 557
(א) תוספת שניתנה כחלק מן העסקה (״דבר שאין לו קצבה״) – הכל לשולח 557
(ב) תוספת שניתנה נוסף על העסקה (״דבר שיש לו קצבה״) – חולקים 559
(2) תוספת שניתנה על ידי הצד השלישי שלא מדעת 564
(א) כשטעה בהערכת שווי העסקה 564
(ב) כשטעה בחשבון (טעות מכנית) 568
(ג) כשהוטעה על ידי השליח 570
(3) סייגים לזכיית השליח ברווח 571

ג. רווח עקב הפרת הוראות השולח 573
(1) טובת הנאה שניתנה לשליח כדי שיסטה מהוראות השולח 574
(2) רווח שהגיע לשולח עקב סטיית השליח מהוראותיו 574

פרק רביעי: סיכום 577

פרק חמישי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 580

סעיף 11: שיפוי

פרק ראשון: מבוא 583

פרק שני: שיפוי – ״לשפות את השלוח על ההוצאות״ 585

פרק שלישי: פיצוי על נזקים 586

פרק רביעי: שכר השליחות 592

פרק חמישי: סיכום 594

פרק שישי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 595

סעיף 14: סיום השליחות

פרק ראשון: מבוא 599

התוכן לפרטיו

פרק שני: ביטול השליחות 600

א. ביטול על ידי השולח – "בביטולה על ידי השולח" 600

(1) כוח הביטול 600

(2) היסוד המשפטי של כוח הביטול 602

(3) דרכי הביטול ותנאיו ("אתי דיבור ומבטל דיבור") 607

(א) מבוא 607

(ב) אמירה מפורשת 607

(ג) חלופות לאמירה מפורשת 613

1. מבוא 613

2. פעולה שמשתמעת ממנה כוונת ביטול 614

3. כתיבה ורמיזה 618

(ד) ביטול השליחות לפני כניסתה לתוקף 621

(ה) בפני מי מבטלים? 622

(ו) סיכום 624

(4) עיכוב השליחות (להבדיל מביטולה) 626

(א) מבוא 626

(ב) חובת הנאמנות 626

(ג) חזרת השולח ממטרת השליחות 627

ב. ביטול על ידי השליח – "בביטולה על ידי... השלוח" 633

(1) מבוא 633

(2) הסוגיה התלמודית ("עקר שליח לשליחותיה") 634

(א) גישה א: השליחות נסתיימה מכוח ביטולה על ידי השליח 636

1. כוח הביטול 636

2. היסוד המשפטי של כוח הביטול 639

3. דרך הביטול 640

4. ביטול שליחות לפני כניסתה לתוקף 641

(ב) גישה ב: השליחות לא נתקיימה עקב החריגה מהוראות השולח 642

פרק שלישי: מוות – "במותו של אחד מהם" 645

א. מות השולח 645

(1) סיום השליחות 645

(2) יחסי יורש־שליח 648

(א) השליח כאפוטרופוס 648

(ב) היורש כשולח מכללא 649

ב. מות השליח 650

פרק רביעי: גריעת כשרות משפטית ("נשתטה") – "ובגריעת כשרותו" 650

א. נשתטה השולח 650

(1) מבוא 650

(2) אי־סיום השליחות 652

(3) דין השליחות בתקופת גריעת הכשרות 654

(א) כללי 654

(ב) עיכוב שליחות לגירושין (הסוגיה התלמודית) 655

(ג) הרחבת העיכוב לכל שליחות 656

(ד) צמצום העיכוב לשליחות לגירושין בלבד 657

1. תקנה: "שמא יאמרו שוטה מגרש" 657

2. ייחודה של שליחות להולכת הגט 661

ב. נשתטה השליח 662

פרק חמישי: פשיטת רגל – "בפשיטת רגלו" 663

פרק שישי: פירוק תאגיד – "אם היה תאגיד בפירוקו" 664

פרק שביעי: סייג לסיום השליחות – ס"ק (ב) 665

א. "הרשאה להבטחת זכותו של אדם אחר" 665

ב. דרכים למניעת ביטול השליחות 666

(1) ביטול מראש של הביטול 666

(2) הקניית מושא השליחות 668

פרק שמיני: סיכום 669

פרק תשיעי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 671

נספח ראשון: מסירת "מודעה" על השליחות 672

א. מבוא 672

ב. גישה א: ראיה להיעדר גמירות דעת בשעת ביצוע הפעולה 672

ג. גישה ב: ביטול מוקדם 673

ד. גילוי דעת או אמירה מפורשת? 675

נספח שני: נשתטה השולח – סוגיית התלמוד הירושלמי 676

א. מבוא 676

ב. הרחבת המחלוקת גם ביחס לשוטה 677

(1) הסבר א: מעמדו המשפטי של השוטה 678

(2) הסבר ב: רצונו של הבעל כתנאי להמשך השליחות בגט 680

סעיף 15: סייגים לסיום השליחות

פרק ראשון: מבוא 683

פרק שני: הגנה על השליח – "זכאי הוא כלפי השולח לראותה כנמשכת" – ס"ק (א) 686

פרק שלישי: הגנה על צד שלישי – "זכאי הוא לראותה כנמשכת" – ס"ק (ב) 688

א. המקור התלמודי: שליחות לקבלת פרעון חוב 688

ב. היסוד המשפטי להגנה על צד שלישי 691

(1) מבוא 691

(2) נזיקין 692

(3) מחילה מכללא 693

(4) תקנה 694

(5) ערבות 694

(6)סיכום 695

ג. היקף ההגנה 696

(1) מבוא 696

(2) הגישה המרחיבה 698

(3) הגישה המצמצמת 699

ד. ידיעת השליח על סיום השליחות – "ואם השלוח ידע על סיומה" 700

פרק רביעי: סיכום 702

התוכן לפרטיו

פרק חמישי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 704

סעיף 16: שליחות משנה

פרק ראשון: מבוא 707

פרק שני: דין "שליח עושה שליח", מקורו ומשמעותו 709

פרק שלישי: התוצאות המשפטיות של מינוי שליח משנה 713
א. יחסי שולח – שליח משנה 713
ב. יחסי שליח – שליח משנה 715
ג. יחסי שולח – שליח 718

פרק רביעי: הסייגים למינוי שליח משנה וגבולותיהם – "אין שלוח עושה שלוח לנושא שליחותו" 719
א. הקפדת השולח על ביצוע אישי 719
ב. נושא השליחות הוא "דברים" בעלמא ("מילי לא מימסרן לשליח") 724
(1) מבוא – הכלל "מילי לא מימסרן לשליח" 724
(2) מקורו של המושג "מילי", פירושו והיקפו 725
(3) הגיונו של הכלל 731
(4) מינוי שליח ל"מילי" על ידי שליח ("אומר אֵמרו") 734

פרק חמישי: מינוי שליח משנה שלא כדין – התוצאות המשפטיות 738
א. השולח מקפיד על ביצוע אישי של השליחות 739
ב. נושא השליחות הוא "מילי" 740

פרק שישי: סיכום 741

פרק שביעי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 744

סעיף 17: ריבוי שלוחים ושולחים

פרק ראשון: מבוא 747

פרק שני: ריבוי שלוחים – "חזקה שעליהם לפעול יחד" – ס"ק (א) 748
א. כללי 748
ב. אומדן דעת השולח 749
(1) מבוא 749
(2) נסיבות שעל השלוחים לפעול בהן יחד 751
(א) ניסוח ההרשאה בלשון רבים 751
(ב) ביצוע יעיל של השליחות דורש שיפעלו השלוחים יחד 752
(ג) השליחות דורשת יחסי אמון והפעלת שיקול דעת 752
(3) נסיבות שהשלוחים מורשים לפעול בהן באופן עצמאי 753
(א) הגדלת הסיכוי להשגת מטרת השליחות 753
(ב) שלוחים שידוע שיתקשו לפעול יחד 753
(ג) מנהג 754
ג. היקף הדרישה לפעול יחד – "לפעול יחד" 755
(1) הסכמה פה אחד לפעולה? 755

(2) פיצול השליחות 755
(3) מותו של אחד השלוחים 756
(4) ביטול שליחותו של אחד השלוחים 757

פרק שלישי: ריבוי שולחים — "חזקה שעל השלוח לפעול מכוח כולם יחד" — ס"ק (ב) 758
א. כללי 758
ב. אומדן דעת השולחים 758
ג. היקף הדרישה לפעול בשם כולם 764

פרק רביעי: סיכום 765

פרק חמישי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 766

נספח: "זכין לאדם שלא בפניו"

פרק ראשון: מבוא 769
א. כללי 769
ב. אישור בדיעבד וחוזה לטובת אדם שלישי 770

פרק שני: דין "זכין לאדם שלא בפניו" — מקורו וסיווגו 772

פרק שלישי: היסוד המשפטי של דין "זכין" 777
א. "זכייה — מטעם שליחות" 777
ב. מוסד משפטי עצמאי ("זכייה — לאו מטעם שליחות") 778

פרק רביעי: הגדרת "זכות" 780
א. זכות שיש בצדה חובה 782
ב. זכות אובייקטיבית או זכות סובייקטיבית? 786
(1) גילוי דעת מוקדם של המקבל שהוא מעוניין בפעולה 787
(2) גילוי דעת מוקדם של המקבל שאינו מעוניין בפעולה 790
ג. עסקה המותנית בהסכמה מפורשת של המקבל 790
ד. זכות הגוררת אחריה חובה 793
ה. זכייה על ידי נטילת זכות ("זכין מאדם") 794

פרק חמישי: הליך הזכייה 797
א. אישור המקבל או אי־התנגדותו? 797
ב. מועד הזכייה 800

פרק שישי: התנגדות לזכייה 802
א. מהות זכות ההתנגדות של המקבל 802
ב. זכייה בעל כורחו של המקבל 805
ג. זכות החזרה של המזכה 807

פרק שביעי: כשרות משפטית לזכייה 809
א. כשרות משפטית של מקבל הזכות 809
ב. כשרות משפטית של הזוכה 814

התוכן לפרטיו

פרק שמיני: פעולות משפטיות שאינן ניתנות לזכייה 815
א. זכייה שיש בה דבר עברה 815
ב. זכייה שיש בה חובה לאחרים 817
פרק תשיעי: סיכום ומסקנות 818

חוקים

חוק השליחות, התשכ"ה־1965 823
הצעת חוק דיני ממונות, התשע"א־2011, חלק שני, פרק שלישי 827
הצעת נוסח לפי המשפט העברי – חוק השליחות 831

מפתחות

מפתח העניינים 835
מפתח המקורות 887
רשימה ביבליוגרפית 953
רשימה ביוגרפית 959

סעיף 1

השליחות ונושאה

השליחות ונושאה 1. (א) שליחות היא יפוי כוחו של שלוח לעשות בשמו או במקומו של שולח פעולה משפטית כלפי צד שלישי.

(ב) כל פעולה משפטית יכולה לשמש נושא לשליחות, חוץ מפעולה שלפי מהותה או על פי דין יש לבצעה אישית.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 3

פרק שני: הגדרת השליחות 4

א. "שליחות היא יפוי כוחו של שלוח לעשות בשמו או במקומו של שולח" 4

ב. נושא השליחות – "פעולה משפטית" 5

ג. "כלפי צד שלישי" 10

פרק שלישי: פעולות משפטיות שאינן יכולות לשמש נושא לשליחות – "חוץ מפעולה..." 11

א. מבוא 11

ב. "פעולה שלפי מהותה... יש לבצעה אישית" 12

ג. "פעולה ש... על פי דין יש לבצעה אישית" 18

(1) פעולה שיש בה פגיעה בצד שלישי ("תופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים") 18

(א) מקור הדין 18

(ב) טעם הדין 19

(ג) היקף הדין 20

(2) המחאת זכות ("מעמד שלושתם") 23

(3) עדות 24

(4) שונות 24

ד. פעולה בניגוד לדין ("אין שליח לדבר עברה") 26

(1) מבוא 26

(2) מקור הכלל "אין שליח לדבר עברה" 29

(3) משמעותו המשפטית של הכלל 34

(4) היקפו של הכלל 38

(א) הפעולה אינה עברה אלא לשולח 38

(ב) הפעולה אינה עברה אלא לשליח 42

(ג) שליח הפועל תחת איום 42
(ד) בעברה דרבנן 43

פרק רביעי: מוסדות משפטיים הדומים לשליחות 43

א. מבוא 43

ב. פעולות משפטיות הנעשות בשם הזולת או במקומו 44

(1) מוסדות ייצוג 44
(א) אפוטרופסות 44
(ב) "הרשאה" לייצוג משפטי ("אורכתא") 49
1. מורשה לתובע 49
2. מורשה לנתבע 51
(ג) "זכין לאדם שלא בפניו" 52
(2) ייצוג מכוח מוסדות משפטיים אחרים 52
(א) שותפות 52
(ב) עבודה ("יד פועל כיד בעל הבית") 56
(ג) נישואין 63

ג. פעולות משפטיות הנעשות עבור הזולת (מ"דין עבד כנעני") 65

ד. פעולות פיזיות הנעשות עבור הזולת 68

(1) שמירה 68
(2) תיווך 68

ה. שונות 70

(1) מנהיג ציבור ועובד ציבור 70
(2) שליח ציבור 73

פרק חמישי: סיכום 75

פרק שישי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 76

נספח ראשון: שליחות במצוות ובעברות (להבנת 'תוספות רי"ד') 77

א. גישה א: הכלל – יש שליחות במצוות למעט מצוות ש"בגופו" 77

ב. גישה ב: הכלל – אין שליחות במצוות למעט מצוות שהשולח מעורב בהן מעבר למינוי 78

נספח שני: פעולה להשגת דבר שאינו שלו (דרישת "שלוחו של בעל הממון") 80

א. העיקרון והגיונו 80

ב. קבלת מתנה 82

ג. גביית חוב 85

ד. זכייה במציאה 89

ה. קנייה 91

ו. סיכום 92

פרק ראשון

מבוא

סעיף 1(א) לחוק השליחות מגדיר את השליחות ככוח לעשות פעולה משפטית במקום הזולת, היינו ככוח ייצוג[1]. זוהי הגדרה פונקציונלית, ולפיה יכול השליח לשנות בפעולתו שלו את זכויותיו וחובותיו של השולח כלפי צד שלישי. סעיף 3 לחוק קובע כיצד מוקנה כוח הייצוג לשליח. אין בסעיפים אלה כדי להסביר באיזה מנגנון משפטי פועל כוחו זה של השליח לשנות את מערך זכויותיו וחובותיו של השולח כלפי צד שלישי. לעניין זה, בא סעיף 2 לחוק וקובע שהבסיס המשפטי לכוח הייצוג של השליח שמדובר בו בסעיף 1 ובסעיף 3 הוא הכלל הגדול בדיני שליחות: "שלוחו של אדם כמותו"[2].

את הדיון במהותה של השליחות, תוכנה ואופייה, נדחה אפוא לסעיף 2, ואילו כאן נתמקד בעניינו של סעיף 1, היינו בשאלת היקף תחולתו של דין השליחות. לשון אחר, נעסוק כאן בשאלת העניינים העשויים להיות נושא להפעלת כוח הייצוג שבידי השליח.

על פי סעיף 1(א), שליחות היא לשם עשיית פעולה משפטית, ומכאן שמינוי שליח לפעולה שאינה משפטית אינו מוסדר בחוק השליחות. אבל מהי פעולה משפטית? כפי שנראה להלן, אין תמימות דעים בין המלומדים אשר לפרשנות המונח "פעולה משפטית", וחילוקי הדעות האלה משפיעים על היקף תחולתו של חוק השליחות.

מן הסעיף עולה גם שתנאי לקיומה של השליחות הוא שפעולת השליח תהיה מכוונת כלפי צד שלישי. אך לא ברור מהי ההצדקה לצמצום זה, ומדוע לא לאפשר מינוי שליח שפעולתו אינה מכוונת כלפי צד שלישי, כגון מינוי שליח להפקרת נכס.

סעיף 1(ב) קובע שכל פעולה משפטית יכולה בעיקרון לשמש נושא לשליחות, אלא אם לפי מהותה או לפי הדין יש לבצעה אישית. הוי אומר: בעיקרון, הכלל הוא שבכל פעולה משפטית "שלוחו של אדם כמותו", אלא שלכלל זה שני חריגים. לפי החריג הראשון, יש פעולות שמעצם מהותן יש לבצען אישית, אבל לא ברור מה טיבן של פעולות אלו וכיצד יש להגדירן. לפי החריג השני, יש פעולות שהדין מחייב לעשותן באופן אישי[3]. בחריג זה אין שאלה של הגדרה (שכן מדובר בפעולות שהדין מציין אותן במפורש), אבל יש מקום לשאול מה הביא את המחוקק לקבוע שיש לבצע פעולות אלה באופן אישי דווקא, ושאין די בעשייתן על ידי שליח.

[1] ראה א' ברק, חוק השליחות, ירושלים תשנ"ו (להלן: ברק), סעיף 190 ואילך, החוזר על כך חזור והדגש. וראה להלן, הערה 7.

[2] על היחס בין שלושת הסעיפים הראשונים לחוק ראה ברק, סעיף 242.

[3] כדוגמה לפעולה מעין זו, ראה למשל, סעיף 28(א) לחוק הירושה, התשכ"ה־1965, ולפיו אין צוואה נעשית אלא על ידי המצווה עצמו.

לדעת ברק[4], חוק השליחות אינו חל אלא על פעולות חוקיות, ואילו פעולות בלתי חוקיות אינן נושא לשליחות, אם כי הבחנה זו אינה מפורשת בחוק. נמצא שפעולה משפטית בניגוד לדין הנעשית באמצעות שליח אינה משנה את מצבו המשפטי של השולח.

בדיוננו להלן נעסוק בשאלת היקף תחולת דיני השליחות כפי שהיא עולה ממקורות המשפט העברי. בפרק השני, במסגרת הדיון בהגדרת השליחות, נבחן בין השאר אם דיני השליחות חלים רק על פעולות משפטיות או שמא גם על פעולות פיזיות גרידא שאין להן תוצאה משפטית, המכונות פעולות מטריאליות. בפרק השלישי, נבקש למצוא הגדרה לפעולות שלפי מהותן אינן נושא לשליחות. המשפט העברי קבע אף הוא פעולות אחדות שאין לעשותן על ידי שליח. נסקור פעולות אלה וננסה לעמוד על ההצדקה שבהוצאתן מתחולת דיני השליחות. אחת מפעולות אלה היא פעולה בלתי חוקית, בהתאם לכלל התלמודי: "אין שליח לדבר עברה"[5]. נעמוד על טעמו והיקפו של הכלל, ונראה שאינו כלל גורף, ושלפעמים יש שליח לדבר עברה.

במסגרת סעיף 1, המגדיר את מוסד השליחות ואת היקפו, מן הראוי לעמוד על היחס בין מוסד השליחות לבין מוסדות משפטיים הדומים לו, באשר גם בהם פעולתו של האדם משפיעה על מערך זכויותיו וחובותיו של אדם אחר, כגון: אפוטרופסות, שותפות, עבודה, נישואין וכדומה[6]. לסקירת המוסדות האלה, נקדיש את הפרק הרביעי בדיוננו, ונעמוד בו על הדומה ועל השונה בין מוסדות אלו לבין מוסד השליחות.

פרק שני

הגדרת השליחות

א. "שליחות היא יפוי כוחו של שלוח לעשות בשמו או במקומו של שולח"

כפי שראינו במבוא, מוסד השליחות מאפשר לאדם להרחיב את תחום פעילותו המשפטית אל מעבר למגבלות פיזיות או גאוגרפיות. הדבר אפשרי משום שבמסגרת השליחות יש לשליח "כוח"[7] לפעול "בשמו או במקומו"[8] של השולח. כך לדוגמה, השליחות מאפשרת לאדם

[4] ברק, סעיף 213. וראה ג' פרוקצ'יה, דיני שליחות בישראל, תל־אביב תשמ"ו (להלן: פרוקצ'יה), עמ' 76־77, המסכים לדעת ברק.

[5] כך הוא לפי פוסקים רבים. אמנם להלן נראה שפוסקים אחרים מצמצמים את משמעות הכלל רק לפן העונשי.

[6] כפי שעשה ברק, סעיף 229 ואילך.

[7] ראה ברק, סעיף 197. הוא מעיר שהביטוי "יפוי כוח", המרמז על דרך הענקת הכוח, אינו במקומו בסעיף זה, שכן הסעיף אינו דן בדרך ליצירת השליחות אלא בתיאור התוצאה המשפטית של השליחות, היינו כוח הייצוג. סעיף 3 הוא הסעיף הדן בדרכים להענקת כוח הייצוג, ועל כן עדיף היה לדעתו להשמיט את המילה "יפוי". הצעת חוק דיני ממונות, התשע"א־2011, אימצה את הצעתו, ונאמר בה בסעיף 33(א): "שליחות היא כוחו של אדם". וראה מ' דויטש, פרשנות הקודקס האזרחי, ירושלים תשס"ה, עמ' 217.

[8] השליח פועל "בשמו" של השולח כאשר הוא מציג את עצמו כשליח בפני הצד השלישי, והוא פועל "במקומו" כאשר אינו מציג עצמו כשליח בפני הצד השלישי, כלומר בשליחות נסתרת (שפרטיה מוסדרים בסעיף 7 לחוק). ראה ברק, סעיף 206. מנסחי הקודיפיקציה האזרחית מציעים לוותר על כפילות זו, שכן אף השליח הנסתר פועל לאמתו של דבר בשמו של השולח, אף שאינו מודיע זאת לצד השלישי, והם מנסחים אפוא: "לבצע בשמו של אדם אחר... פעולה משפטית". וראה מ' דויטש, שם.

להתקשר בחוזה בלא להיות נוכח במקום עריכת החוזה, כשהשליח מנהל את המשא ומתן וכורת את החוזה במקומו של השולח.

האפשרות לבצע פעולות משפטיות באמצעות שליח נזכרת כבר במקורותיו הקדומים של המשפט העברי במגוון תחומים. בעניין קידושי אישה, המשנה[9] קובעת: "האיש מקדש בו ובשלוחו. האשה מתקדשת בה ובשלוחה". כמו כן קובעת המשנה[10] בעניין גירושין: "[שליח] המביא גט ממדינת הים צריך לומר: בפני נכתב ובפני נחתם". מקורות תנאיים מדברים על עסקאות ממוניות הנעשות באמצעות שליח, כגון: "תנו רבנן: הנותן מעות לשלוחו ליקח לו חיטין..."[11]. ואפילו מצוות שבין אדם למקום, כגון הפרשת תרומות, ניתן לעשותן גם על ידי שליח, כמו שמפורש במשנה[12]: "האומר לשלוחו 'צא ותרום'. תורם כדעת בעל הבית". הצד השווה בכל הדוגמאות שהבאנו הוא שעל ידי מינויו, יש לשליח כוח לפעול בשם שולחו, כך שלפעולתו יש אותן תוצאות משפטיות שהיו אילו פעל שולחו בעצמו. לאחר ביצוע השליחות, השליח "יוצא מן התמונה": לא הוא קידש את האישה, אלא שולחו, לא הוא קנה את הממכר, אלא שולחו, וכו', אף שלמעשה הפעולה המשפטית והכוונה המלווה את הפעולה היו שלו, ולא של שולחו.

ב. נושא השליחות – "פעולה משפטית"

א. על פי סעיף 1, נושא השליחות צריך להיות "פעולה משפטית", אולם החוק אינו מגדיר מהי "פעולה משפטית". פעולות שיש בוודאי להגדירן כ"פעולות משפטיות" הן: מכירה, קנייה, כריתת חוזה ושאר פעולות שהחוק מגדיר אותן כפעולות המכוונות לשנות מצב משפטי או זכויות משפטיות. לעומת זאת, מי שנשלח לעשות עבור חברו פעולה שאין לה תוצאות משפטיות, אין לראותו כשליח שחלות עליו הוראות חוק השליחות, שכן נושא השליחות אינו פעולה משפטית אלא פעולה פיזית גרידא. כך הוא לדוגמה כשאדם נשלח על ידי חברו לייצג אותו באירוע שהוזמן אליו[13]. לנוכחותו של המוזמן באותו אירוע אין תוצאות משפטיות, ועל כן אותה שליחות אינה "שליחות" כמשמעותה בחוק. פעולה כזו מוגדרת על ידי המלומדים[14] כ"פעולה מטריאלית", להבדיל מ"פעולה משפטית".

המלומדים נחלקו בשאלה אם יש לכלול בהגדרת השליחות גם פעולה שמעצם טיבה אינה פעולה משפטית, כשבנסיבות העניין יש לה תוצאות משפטיות. כך הוא לדוגמה בבעל מקרקעין השולח את חברו לבנות לו בית בחומרים של אדם אחר. פעולה זו לעצמה אינה אלא פעולה פיזית, אולם יש לה תוצאה משפטית, שכן בעקבותיה רוכש בעל המקרקעין בעלות על המבנה החדש[15].

[9] משנה, קידושין ב, א.
[10] משנה, גיטין א, א.
[11] בבא קמא קב ע"א-ע"ב.
[12] משנה, תרומות ד, ד.
[13] ראה ברק, סעיף 214.
[14] ראה: ברק, סעיף 214; פרוקצ'יה, עמ' 79.
[15] ראה סעיף 21 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969. וכעין זה, ראה גם סעיף 4 וסעיף 6 לחוק המיטלטלין, התשל"א-1971.

לדעת פרוקצ׳יה[16], כל פעולה הגורמת לתוצאה משפטית נכללת בהגדרת הסעיף, וחלות עליה הוראות החוק, אף על פי שמעצם טיבה אינה מכוונת ואינה מוגדרת בחוק כדרך לשינוי מצב משפטי, ובלבד שהיא דורשת הפעלת שיקול דעת מצדו של השליח[17].

לברק[18] עמדה שונה. לדידו, אין די בכך שכתוצאה מן הפעולה משתנה מצבו המשפטי של השולח מכפי שהיה לפני הפעולה, ו״כדי שפעולה תחשב משפטית, היא צריכה להיות מכוונת להשגת השינוי בדין [כגון קנייה, מכירה וכריתת חוזה], ואין זה די בכך כי השינוי בדין יהא תוצאתה״[19]. אשר על כן, מי שמקים מבנה בשביל חברו ומשתמש בחומרים של אחר, אף על פי שבפעולתו הוא גורם לרכישת החומרים בעבור שולחו, אין לראותו כשליח שהוראות חוק השליחות חלות עליו[20] (עם זאת, ברק מסכים שמקצת מהוראות חוק השליחות חלות למעשה גם על פעולות אלה בדרך של היקש[21]).

ב. במשפט העברי, החשיבות העיקרית בבירור השאלה אלו פעולות הן נושא לשליחות ואלו פעולות, אף שאפשר לעשותן באמצעות אחר, אינן נושא לשליחות, היא לעניין כשרות השליח. כפי שנראה להלן[22], יש אנשים שאינם כשרים לשמש כשלוחים על פי ההלכה, כגון קטן, והשאלה היא, מהו היקף התחולה של כללי כשרות אלה? האם רק פעולה שמעצם טיבה מכוונת לשינוי מצב משפטי היא נושא לשליחות (כדעת ברק), ועליה בלבד חלות אותן מגבלות בדבר כשרות השליח? או שמא פעולה הגורמת לתוצאות משפטיות אצל השולח גם היא נושא לשליחות (כדעת פרוקצ׳יה)? ואולי על כל פעולה שאדם עושה עבור חברו, חלים דיני השליחות?

במשפט העברי, פעולה שאינה גורמת לשום תוצאה משפטית ישירה ודאי אינה נושא לדיני

[16] פרוקצ׳יה, עמ׳ 78־80.

[17] הוא מסכים שכאשר הפעולה אינה דורשת הפעלת שיקול דעת, כגון העברת ממכר מן המוכר אל הקונה, אין הפעולה מוגדרת כשליחות (אף שיש לה תוצאה משפטית למוכר, שהוא משתחרר מחובת המסירה המוטלת עליו). ככלל, עניין שיקול הדעת של השליח נחשב בעיני פרוקצ׳יה כיסוד מרכזי בהבחנה בין ״שלוח״ (כלשון החוק) לבין שליח־בלדר (nuntius). לדעתו, קיום שיקול דעת כזה אצל השליח משמש סימן לקיום הכוח שיש לו לשנות את מצבו המשפטי של השולח. אשר על כן, שליח המעביר לצד שלישי את ההצעה של שולחו לכריתת חוזה אינו ״שלוח״ במובן חוק השליחות, שכן פעולתו אינה שונה ממכתב שבו מעבירים מידע באמצעות הדואר. ראה שם, עמ׳ 92־96. בעניין זה השווה ברק, סעיפים 229־234. בחיבור זה לא אימצנו את ההבחנה המחודשת של המשפט הישראלי בין ״שלוח״ לבין ״שליח״, שאין לה אחיזה במקורות, ואנו משתמשים בכל מקרה במילה ״שליח״ כנהוג בספרות המשפט העברי.

[18] ברק, סעיף 216.

[19] מצוטט בהסכמה על ידי השופט ד׳ לוין בע״א 422/85 בנק לאומי לישראל בע״מ נ׳ החברה הישראלית לביטוח משנה בע״מ, פ״ד מה(5) 32, 38 (1991).

[20] וראה עוד: י׳ אנגלרד, חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות תשכ״ב־1962, ירושלים תשנ״ה, בעמ׳ 46, 60; ע״מ (תל־אביב־יפו) 20/96 גבריאל צ׳רטוק נ׳ האפוטרופוס הכללי (פורסם בתקדין, 29.5.1997).

[21] ברק, סעיף 216 וסעיף 234. לדעת ברק (סעיף 217), גם משא ומתן לקראת כריתת חוזה אינו ״פעולה משפטית״ אלא ״פעולה מטריאלית״, מפני שאינו משנה כשלעצמו את מצבו המשפטי של השולח. לביקורת על עמדה זו של ברק ראה ר׳ בן אוליאל, ״׳חוק השליחות׳ מאת נשיא בית־המשפט העליון, פרופסור אהרון ברק״, מאזני משפט א (תש״ס), עמ׳ 180, בעמ׳ 182־185.

[22] בדיוננו על סעיף 4.

השליחות[23]. כך עולה כבר מן המשנה במסכת עירובין[24]: "השולח עירובו ביד חרש שוטה וקטן... אם אמר לאחר לקבל ממנו, עירובו עירוב". וכך עולה בין השאר גם ממה שנפסק ב'שולחן ערוך'[25] בעניין מסירת גט לידיו של שליח כדי שיגרש בו את האישה: "השולח גט ביד גוי שיתננו לפלוני, ומינה הבעל בכתבו לאותו פלוני שליח להוליך הגט לאשתו – כשר, מפני שהגוי אינו עושה מעשה אלא מעשה קוף[26] בעלמא". כפי שראינו לעיל, מעשה הגירושין יכול להיעשות על ידי שליח, ובלבד שהשליח הזה יהיה כשר לכך על פי דיני השליחות. ההלכה שלפנינו מתירה לשגר את הגט לשליח באמצעות מי שהוא פסול מלשמש כשליח, כגון נכרי[27]. הסיבה לכך היא ששיגור הגט אל השליח אינו מעשה בעל משמעות משפטית, אלא פעולה פיזית של העברת הגט ממקום למקום, ופעולה זו יכולה להיעשות אפילו על ידי קוף[28]. "מעשה

[23] ראה לדוגמה שו"ת חתם סופר, אורח חיים, סימן רא, ד"ה ופשוט: "פשוט דלא שייך 'שלוחו כמותו' במילי דעלמא – אם אומר 'ישב', 'ילך', 'ידבר' וכדומה, שיהיה כאילו הוא [המצווה] יושב, הולך ומדבר – הוא דבר בטל; לא נאמרו הדברים אלא בקיום מצווה או בעובר עבירה או בקנין ומכירה שיהיה משיכת של שליח כאילו הוא [השולח] משך". וראה עוד דבריו המובאים להלן, הערה 30. וכך נקט חלקת יואב, חו"מ, סימן ג, ד"ה נחזור להנ"ל דמבואר. וראה עוד: מנחת אשר (וייס), בראשית, סימן טו, אות ד (בהתאם לכך הוא מטעים שאם התנה הבעל את תוקפו של הגט בשילך למקום פלוני, לא יהיה בכך משום קיום התנאי אם ישלח אדם אחר ללכת לשם במקומו, שכן ההליכה לעצמה אינה פעולה משפטית ואינה נושא לשליחות). וראה עוד מערכות חיים (שפירא), מערכת שליחות במצוה, סימן א, אות ה, ד"ה ובאמת, שבהתאם לכך מבחין בין תנאי שאין בו אלא פעולה (כגון 'בתנאי שאלך למקום פלוני'), לבין תנאי שיש בו תוצאה (כגון 'בתנאי שאתן לך סכום מסויים'); נ' רקובר, השליחות וההרשאה במשפט העברי, ירושלים תשל"ב (להלן: רקובר, השליחות וההרשאה), עמ' 11, הערה 1, ועמ' 16, הערה 17. והשווה משפטי השליחות, שער שני, סימן ג, ענף ה, אותיות ה־ח, ביקורת על גישה זו. והשווה גם להלן, הערה 32, גישת ש' שילה.

[24] משנה, עירובין ג, ב.

[25] שולחן ערוך, אבן העזר, סימן קמא, סעיף לה. וראה ראבי"ה (מהדורת דבליצקי, בני־ברק תשס"ה), סימן תתקכב.

[26] למקור הביטוי "מעשה קוף" כתיאור פעולה שלא חלים עליה דיני כשרות השליח, ראה מעילה כא ע"א (על פי תוספתא עירובין (ליברמן), ב, יב): "נתנו לקוף והוליכו... עירובו עירוב".

[27] לרשימת הפסולים ראה בהרחבה בדיוננו על סעיף 4.

[28] אמנם הרמ"א מעיר שם שיש מי שחולק על דין זה ופוסל שיגור גט לשליח על ידי נכרי, וכוונתו לרב חנינאי גאון המובא בהלכות גדולות, סימן לט, הלכות גיטין (עמ' תי במהדורת מכון ירושלים תשנ"ב), ד"ה אף הנשים, ומובא גם על ידי רב שמואל בן חפני גאון באוצר הגאונים (לוין), גיטין, סימן קה (מצוטט על ידי ראשונים אחדים: חידושי הרשב"א, גיטין כג ע"א, ד"ה מתני'; ר"ן, גיטין יא ע"ב (בדפי הרי"ף), ד"ה הכל; רא"ש, גיטין, פרק שני, סימן כז; מגיד משנה, הלכות גירושין, פרק ו, הלכה ו. יש לציין שבעוד שלדעת רב חנינאי גאון, הגט בטל אף בדיעבד, הרי שהכרעתו של רבי שמעון קיירא, בעל 'הלכות גדולות', שרק לכתחילה לא תינשא האישה בגט כזה, אבל אם נישאה בו, לא תצא). וראה שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן לה, ד"ה ומה שהביא, שהקשה על דבריו כיצד הם מתיישבים עם המשנה בעירובין שראינו זה עתה. אולם נראה שרב חנינאי גאון מודה שדיני השליחות אינם חלים על "מעשה קוף", ולא פסל את הגט אלא בשל אחת מן הסיבות הבאות (והשווה דיוננו בסעיף 3, הערה 104):

(א) לפי מכתב מאליהו (אלפנדרי), שער ו, סימן יג, ד"ה וראיתי להרא"ש, לדעת רב חנינאי גאון אין תוקף למינוי שליח ההולכה (שהגוי אמור למסור לו את הגט), משום שהמינוי נעשה שלא בפניו (ראה על כך דיוננו בסעיף 3, פרק חמישי, א, עמ' 159). וכך לדעתו הבין הרא"ש את דבריו. וכך הבינו את דבריו: שו"ת חתם סופר, חו"מ (השמטות), סימן קצט, ד"ה ואע"ג; שו"ת צמח צדק (שניאורסון), אבן העזר, סימן רעה, אות יד. וראה עוד מערכות חיים, מערכת שליחות, סימן ח, אות ב, שהרחיב בהסבר זה.

(ב) מכתב מאליהו, שם, ד"ה ולפי זה, מעיר שמדבריהם של ראשונים אחרים מוכח שהבינו את נימוקו של רב חנינאי גאון בדרך אחרת. ראשונים אלו הביאו את דבריו בלי להסתייג מהם, אף שהם נוקטים שניתן

קוף" מציין אפוא באופן ציורי פעולה פיזית גרידא שלא חלים עליה דיני השליחות, ואפשר לעשותה גם על ידי גורם חסר כשרות משפטית.

ולא זו בלבד, אלא שפעולת ה"שליח" תוגדר כ"מעשה קוף", אף אם היא גורמת לתוצאות משפטיות, כל זמן שאינה מוגדרת על פי הדין כאמצעי המשפטי שחייב בעל הדבר לעשותו להשגת אותן תוצאות. פירעון חוב הוא דוגמה לזה. אמנם העברת הפירעון מן החייב אל הנושה יוצרת תוצאה משפטית, שהרי היא פוטרת את החייב מחובו, אולם מאחר שמסירת הכסף עצמה אינה פעולה משפטית החייבת להיעשות על ידי החייב דווקא[29], לא חלים עליה דיני השליחות שמקורם בדין תורה על כללי הכשרות שבה. אולם אין פירוש הדבר שפעולות מסוג זה אינן

למנות אדם להיות שליח הולכה גם שלא בפניו (ראה דיוננו בסעיף 3, הערה 153, שכך עולה לכאורה מדבריו של בעל 'הלכות גדולות' עצמו שפסק כן בשליח לקבלת הגט). אשר על כן הוא מציע (שם, ד"ה אמנם אשר נראה) אפשרות נוספת להבנת שיטתו של רב חנינאי גאון הקשורה לדיני גטין דווקא ולפיהם גם שיגור הגט חייב להיעשות מכוח דיני השליחות, משום שאין מדובר בפעולה טכנית גרידא ("טלי גטך מעל גבי קרקע – פסול"). כך נקטו גם: שו"ת מהר"ש מוהליבר, אבן העזר, סימן טז, בעניין גט הנשלח בדואר (תשובה זו נשלחה ככל הנראה לרב הילדסהיימר. ראה ע' הילדסהיימר, "מארכיון הרב עזריאל הילדסהיימר זצ"ל", סיני מט (תשכ"א), עמ' קמו); שו"ת דבר משה (תאומים), מהדורא תניינא, סימן עב, ד"ה ומעתה נבא לחשש השלישי.

(ג) אחרונים אחדים מעלים אפשרות נוספת להבנת דברי רב חנינאי גאון, ולדעתם הפסול הוא מכוח גזרה, שמא השליח הנכרי ימסור בעצמו את הגט לידי האישה. ראה: פני יהושע, גיטין כט ע"ב, ד"ה ועפמש"כ; חידושי חתם סופר, גיטין כג ע"ב, ד"ה ונעשה.

[29] השליח אינו מקנה את הכסף לנושה, אלא רק מעביר אותו אליו, ואת זאת גם קוף יכול לעשות. ראה שו"ת הרא"ש, שפרסם א"א אורבך, שנתון המשפט העברי ב (תשל"ה), סימן לט (עמ' 103): "לא בעינן שליחות בפרעון, לא יהא אלא כאילו הביאם קוף לידו". והשווה ש' שילה (להלן, הערה 32), שהביע עמדה שונה בעניין פירעון חוב: "ברור שלפי המשפט העברי חלים על מקרה זה דיני השליחות". וראה מה שאנו מעירים על דבריו שם.

ראוי להעיר שיש פעולות שנחלקו הפוסקים אם לראותן כפעולות משפטיות או כמעשה קוף בעלמא, אך אין זו מחלוקת בדיני שליחות, כי אם מחלוקת בהגדרתה המשפטית של הפעולה. כך לדוגמה במכר, לדעת נתיבות המשפט, סימן קפב, ס"ק ב, יש ששליח שנשלח למכור נכס במחיר קצוב, אינו עושה אלא מעשה קוף כשהוא מעביר את הצעתו של המוכר (זאת אף שהמוכר לא קבע מראש את זהות הקונה. כך משתמע מדבריו בסימן רמד, ס"ק א). מבחינה משפטית, חלקו של המוכר בעסקה מתמצה ברצונו למכור, ועל כן במקרה זה לא נותר לשליח אלא לעשות "מעשה קוף", להעביר הלאה את הנכס ואת דבר הסכמת המכירה של המוכר (וראה: כתב סופר, גיטין לב ע"ב; שו"ת באר יצחק (ספקטור), אורח חיים, סימן ג, ענף א; אמרי בינה (אוירבך), חו"מ, קונטרס בדיני קניינים, סימן ה וסימן כ; חלקת יואב, חו"מ, סוף סימן ג וסימן ה; אבן האזל, הלכות שכנים, פרק ב, הלכה י. וראה הגיוני משה (בוצ'קו), חלק ב, עמ' שעז. והשווה: מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן ד, ד"ה ואל; ושם, סוף סימן ח, שלדעתו אין זה אלא כשהמוכר קבע את זהות הקונה). לא כך דעת קצות החושן, סימן קכו, ס"ק טו, וסימן רמד, ס"ק ב. לדעתו, חלקו של המוכר אינו מצטמצם בהסכמתו למכור, אלא הבעת אותה הסכמה בשעת מעשה הקניין ומסירת הממכר גם הן חלק מן הפעולה המשפטית לצורך העברת הבעלות. על כן, אין לראות במעשיו של השליח "מעשה קוף" בעלמא (וראה גם חידושי רבי שמעון יהודה הכהן (שקאפ), בבא מציעא, סימן יב). להרחבת דברים בעניין זה, ראה: טבעת החושן, חלק ג, סימן קפב, ד"ה עי' נתיבות סק"ב (עמ' עג); משפטי השליחות, שער שני, סימן מא, ענף ב, אות ט. וראה גם ש' אטינגר, פרקי שליחות במשפט העברי, ירושלים תשנ"ט (להלן: אטינגר, פרקי שליחות), עמ' 51, הערה 12. וראה עוד דיוננו בנספח לסעיף 8, הערות 163-164.

'נתיבות המשפט' מוסיף שם בסוף דבריו שהוא הדין גם בשליחות לקנייה, בקניין במעותיו של השולח. וכבר קדם לו מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן טו. כך נוקט גם שו"ת עונג יום טוב, סימן קלו (הוא מרחיק לכת אף יותר, כשהוא קובע ששליח שנשלח לקדש אישה מסוימת בקידושי כסף אינו עושה

נושא לשליחות כלל. לדעת ר׳ משה סופר, בעל ״חתם סופר״[30], על פעולות מסוג זה חלים דיני שליחות אוניברסליים (״הליכות עולם״) שמקורם בשכל הישר, ועל כן הן משוחררות מכללי הכשרות הנוקשים שבדין תורה[31].

נמצא אפוא שדיני השליחות שמקורם בדין תורה אינם חלים, בדומה לגישתו של ברק, אלא על פעולה המכוונת מעצם טיבה ליצור שינוי משפטי (או הלכתי, כגון בקיום מצווה על ידי שליח), החייבת בעיקרון להיעשות על ידי בעל הדבר. כך הוא לדוגמה בקידושין. כדי לשנות את מעמדה המשפטי של אישה ממעמד של פנויה למעמד של אשת איש, הדין קובע הליך מוגדר: האיש נותן לאישה כסף ואומר לה ״הרי את מקודשת לי...״. כך הוא גם בקניין נכסים. מי שקונה נכס חייב לעשות פעולה משפטית, מעשה קניין, מתוך כוונה לרכוש בעלות על הממכר[32]. בשני המקרים, התוצאה המשפטית היא המטרה, אך יש גם חשיבות לביצוע הפעולה

אלא ״מעשה קוף״). וראה על כך בדיוננו בסעיף 7, הערה 32, שם נראה שלא כך עולה לכאורה משו״ת הריב״ש, סימן תא.

30 שו״ת חתם סופר, אורח חיים, סימן רא. וראה גם: חידושי חתם סופר, גיטין כב ע״ב, ד״ה והא לאו בני דיעה; שו״ת דבר אברהם, חלק א, סימן יג, אות ד (וראה, שם, חלק ב, הערות ומילואים לתשובה זו).

31 כך עולה מסוגיית התלמוד, קידושין מג ע״א, כשהוא דן בשאלה אם ״שליח נעשה עד״, כלומר אם השליח כשר להעיד על נושא שליחותו. דבי רבי שילא סבורים ש״אין שליח נעשה עד, כיון דאמר מר ׳שלוחו של אדם כמותו׳, הוי ליה כגופיה״, וכשם שהשולח פסול לעדות, שהרי הוא בעל הדבר, כך גם השליח פסול, שהרי הוא כגוף השולח. מן הסוגיה עולה שהדברים אמורים גם לעניין שליחות לפירעון חוב, ומכאן שפירעון חוב הוא נושא לשליחות. ׳חתם סופר׳ מסביר שפירעון חוב על ידי שליח הוא אמנם גם כן מדין שליחות, שמכוחו נחשב הלווה כמי שפרע את חובו (שאם לא כן, הנושה יכול לטעון שהכסף שקיבל אינו כסף הפירעון). אולם ״שלוחו כמותו בענין שליח לפרוע חוב... אין זה בגדר יש שליח או אין שליח שלמדנו ריש פרק ב דקידושין מקראי [=מפסוקי המקרא], אלא זהו מהליכות עולם בין לישראל בין לבן נח... אפילו בשליח גוי, אפילו על ידי קטן, יד השליח כיד הבעל הבית ממש. והמערב שלוחו כמותו האמור אצל פרעון חוב עם שארי שלוחו כמותו הרי זה מערב כלאים״. כלומר, לדעתו, יש שני מקורות לדיני השליחות, וממילא יש שני סוגים של שליחות. הסוג האחד, המתייחס לפעולות שאין חייבים על פי דין לבצע אותן על ידי בעל הדבר עצמו, מקורו אוניברסלי, ״הליכות עולם״, כלומר השכל הישר ונוהג העולם, ולפיהם יש לייחס פעולה למי שיזם אותה, ולא חלים עליו אפוא דיני השליחות המיוחדים בעניין כשרות השליח (וראה על כך ביתר הרחבה בדיוננו על סעיף 2, פרק שני, ב, עמ׳ 100, אות ב, ועל סעיף 4, פרק שני, א(2), עמ׳ 183). הסוג השני, המתייחס לפעולות משפטיות שבעיקרון חייבות להתבצע על ידי בעל הדבר עצמו, מקורו בתורה, ועליו בלבד חלים דיני השליחות בעניין כשרות השליח. וראה גם שו״ת שרידי אש, ירושלים תשנ״ט, חלק ב, סימן קנב, ס״ק ב, ד״ה ונחזור: ״ונראה דסברי דבי רב שילא דכל שליח הוא כמו בעל דבר, ולאו דוקא שיש לו דיני שליחות. דדיני שליחות בעינן רק בקניינים או במקום דבעינן שמעשה השליח הוא כמעשה המשלח, כגון בהפרשת תרומה או במצוות, אבל בהולכה והבאה בעלמא לא בעינן דיני שליחות. אבל מכל מקום יש בזה גם כן שם שליחות״. ואף שסגנונו שונה מזה של ׳חתם סופר׳, דומה ששניהם לדבר אחד נתכוונו. והשווה משפטי השליחות, שער שני, סימן ג, ענף ה, אות ח, ד״ה ובחתם סופר, ביקורת על גישה זו.

יש פעולות שיש מקום להסתפק בהן לאיזה סוג שליחות הן שייכות. כך לדוגמה, שו״ת הרדב״ז, חלק א, סימן רח, קובע שאין תוקף לשכירות פועלים שנעשתה על ידי שליח נכרי (והסכים עמו אמרי בינה (אוירבך), חו״מ, דיני גביית חוב, סימן כח). מכאן נוכל להסיק לכאורה ששליחות לשכירות פועלים אינה מהליכות עולם אלא מדין תורה (אלא אם כן נניח שפוסקים אלה אינם מקבלים את הבחנתו של ׳חתם סופר׳, ואם כן אפשר ש׳חתם סופר׳ היה חולק עליהם בעניין זה).

32 קצות החושן, סימן רעה, ס״ק ג, דן בזכייה מהפקר על ידי שליח. לדבריו, אפשר לזכות באדמת הפקר באמצעות גידורה על ידי שליח (שהיא אחת מפעולות הקניין לרכישת קרקע), אף שהשליח סבר לתומו

המשפטית על ידי בעל הדבר, כי רק באמצעותה יכול הוא להביא לאותה מטרה. וכפי שנרחיב בהמשך דברינו[33], בנקודה זו טמון עיקר הבשורה של דין השליחות שחידשה התורה: אף שהדין מייחס חשיבות לאמצעי שמשיגים בו תוצאה משפטית מסוימת, הרי מאחר שאין זה אלא אמצעי, אין מניעה שייעשה על ידי אחר בשמו של השולח[34].

דיני השליחות האוניברסליים ("הליכות עולם") חלים לעומת זאת, בדומה לגישת פרוקצ'יה, על כל פעולה שיש לה תוצאה משפטית אשר אינה חייבת להיעשות על ידי בעל הדבר עצמו.

ג. "כלפי צד שלישי"

ברק[35] מבקר את ניסוח החוק וטוען שפעולה משפטית אינה חייבת להיות מכוונת להשגת תוצאות כלפי צד שלישי כדי להיות נושא לשליחות. כך לדוגמה, הפקרת נכס אינה פעולה כלפי צד שלישי, אלא פעולה חד־צדדית של השולח, שאמנם יש לה תוצאות כלפי כולי עלמא, אולם היא אינה מכוונת כלפי מאן דהוא, ואף על פי כן אין ספק שגם היא נושא לשליחות[36].

במשפט העברי, אין ספק שאין חשיבות לזהות הצד השלישי, כפי שעולה מדברי הרמב"ם[37] בעניין שליח לקידושין: "יש לאיש לעשות שליח לקדש לו אשה, בין אשה פלונית בין אשה משאר הנשים. וכן האשה הגדולה עושה שליח לקבל קידושיה, בין מאיש פלוני בין מאיש משאר האנשים".

שהוא גודר את אדמתו של השולח, ולא התכוון אפוא לרכוש עליה בעלות בשם השולח. 'קצות החושן' מסביר שיש כאן דין שליחות; מאחר ששלוחו של אדם כמותו, הרי שפעולת השליח בצירוף כוונת השולח יוצרת את זכות הבעלות על החלקה. וראה ש' שילה, "שאלות יסוד בסוגיית השליחות במשפט העברי בהשוואה לחוק השליחות תשכ"ה", דיני ישראל ט (תשל"ח־תש"ם), עמ' קכ. שילה מבקש להסיק מדברי 'קצות החושן' שגם פעולה פיזית נכללת בגדר השליחות ושהמשפט העברי אינו מכיר בעיקרון בהבחנה בין פעולה משפטית (שעליה בלבד, כביכול, חלים דיני השליחות), לבין פעולה מטריאלית (שלא חלים עליה דיני השליחות). זאת בניגוד למה שראינו לעיל, הערה 23. אולם נראה שאין מכאן ראיה. העובדה שהשליח אינו מודע לכך שנשלח לבצע פעולה שמטרתה יצירת נפקות משפטית, אלא סבור שנשלח לעשות "מעשה קוף" בעלמא (כלומר מעשה פיזי מטריאלי גרידא), אינה משנה לענייננו. מדובר בפעולה נחוצה כדי להביא לשינוי משפטי, ולכן היא נושא לשליחות. חידושו של 'קצות החושן' הוא, שהעובדה שהשליח אינו מתכוון לרכוש בעלות, ומבחינתו אינו עושה אלא "מעשה קוף", אינה גורעת מתוקף המעשה, משום שדי בכוונת השולח. ממקור זה יש דווקא ראיה לסתור את גישתו של שילה, שכן, על פי דרכו (ראה במאמרו שם, עמ' קכב), הדין היה צריך להיות שהמעשה תקף, אף אם נעשה על ידי גוי או קטן. ואולם הדין הוא שכדי לזכות בנכס הפקר על ידי שליח, השליח חייב להיות בן ברית ובר דעת. ראה: פתחי חושן, הלכות הלוואה ואבדה, דיני אבדה ומציאה, פרק ט, סעיף יח, ובהערה נא. וראה עוד כנגד שילה: לעיל, הערה 29; ד' פרימר, "הערות לסוגיית מהות השליחות", שנתון המשפט העברי ט־י (תשמ"ב־תשמ"ג), עמ' 113. בדרך אגב יצוין שמשום מה בחר ברק לראות את גישתו של שילה כמייצגת את הדעה המקובלת במשפט העברי, ואילו את גישת רקובר (לעיל, הערה 23) כעמדה משנית (ראה ברק, סעיף 229, הערה 231). להרחבה בדברי 'קצות החושן' ראה עוד דיוננו להלן בסעיף 2, פרק חמישי, ב, עמ' 122.

[33] להלן, ליד ציון הערה 47.

[34] על תפיסה זו במהות השליחות, ראה: מנחת אשר (וייס), בראשית, סימן טו, אות ה־ו; ד' פרימר, שם. וראה עוד להלן, ליד ציון הערה 45 ואילך.

[35] ברק, סעיף 224. וראה שם, הערה 208.

[36] בעקבות ביקורת זו, מוצע בהצעת חוק דיני ממונות, התשע"א־2011, סעיף 33(א), להשמיט את המילים "כלפי צד שלישי". וראה מ' דויטש (לעיל, הערה 7).

[37] רמב"ם, הלכות אישות, פרק ג, הלכה יד.

ונראה שאף אין צורך שהפעולה תהיה מכוונת כלפי מאן דהוא, כפי שהוא לדוגמה בהפקרת נכס[38] וכפי שהוא בשליחות לקיום מצווה[39].

פרק שלישי

פעולות משפטיות שאינן יכולות לשמש נושא לשליחות – "חוץ מפעולה..."

א. מבוא

בפרק זה נדון בכל הפעולות המשפטיות שאינן יכולות לשמש נושא לשליחות. החוק, בסעיף קטן 1(ב), מציין שתי קטגוריות של פעולות כאלה: (א) פעולות שלפי מהותן יש לעשותן באופן אישי[40], בדיוננו להלן נבקש לברר על אלו פעולות חלה הגדרה זו; (ב) פעולות שבעיקרון היו ראויות להיעשות על ידי שליח, אלא שהדין קובע שאין להן תוקף כשהן נעשות באמצעות שליח, וכאן נשאל את עצמנו כמובן מהם המניעים לקביעת חריגים אלה.

לבסוף נדון בקטגוריה שהחוק אינו מזכיר אותה, ואילו המשפט העברי דן בה בהרחבה רבה, הלוא היא פעולות האסורות על פי הדין (שליחות לדבר עברה). ברק[41] טוען שהחוק אינו עוסק אלא בפעולות שהן במסגרת הדין. להלן נראה שבמשפט העברי יש כלל ידוע בקטגוריה זו: "אין שליח לדבר עברה". נדון במשמעותו ובהיקפו של כלל זה. בעיקר נבקש לברר אם משמעותו היא שפעולה משפטית שהיא בניגוד לדין נעדרת תוקף משפטי אם נעשתה באמצעות שליח (כדעת ברק)? או שמא מובנו של הכלל אינו אלא לעניין הדין הפלילי, שהשולח לא יישא בעונש בגין המעשה האסור שעשה שלוחו עבורו?

[38] ראה להלן, הערה 51. אמנם שם נראה שיש מי שסובר שאי אפשר להפקיר נכס על ידי שליח, אולם הנימוק לכך אינו היעדרו של צד שלישי. והשווה אטינגר, פרקי שליחות, עמ' 42-45. לדעתו, השאלה אם השליחות דורשת פעולה כלפי צד שלישי שנויה במחלוקת בין הר"ן (חידושי הר"ן, בבא מציעא יא ע"ב, ד"ה האי חצר) ובין התוספות (אטינגר אינו מציין מקור בתוספות, אך הכוונה כנראה לתוספות, בבא מציעא עא ע"ב, ד"ה בשלמא), החולקים בשאלה אם אפשרית שליחות לזכייה מן ההפקר. לדעת אטינגר, העובדה שהר"ן שולל אפשרות זו מוכיחה שדעת הר"ן היא שאין שליחות אלא כלפי צד שלישי (בהערה 81, הוא אף מעלה השערה שתפיסה זו עולה בקנה אחד עם העובדה שהר"ן שולל את תוקפה של שליחות להפקרת נכס, גם שם אין צד שלישי). אולם דומה שאין לקבל הצעה זו. הכלל שמסתמך עליו הר"ן, ולפיו על השליח להיות "שלוחו של בעל הממון", נוגע לשאלת כוח המינוי של השולח, כשנושא השליחות הוא השגת דבר שאינו שלו (כפי שנרחיב להלן, בנספח שני לסעיף זה, עמ' 80), ואין קשר בין שאלה זו לבין קיומו או היעדרו של צד שלישי. לניתוח שיטת הר"ן בעניין זה ראה במיוחד בנספח שני להלן, ליד ציון הערה 401 ואילך (וראה שם ליד ציון הערה 407, שיש אף מי שסבור שהר"ן שולל את דין "שלוחו של בעל הממון" לחלוטין, ומפרש אחרת לגמרי את כוונת הר"ן בעניין שליחות לזכייה מן ההפקר).

[39] כגון שליחות להקרבת קרבן פסח. קידושין מא ע"ב.

[40] בהצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011, סעיף 33(ב), נוספה גם פעולה שהצדדים הסכימו שתיעשה באופן אישי: "כל פעולה משפטית יכול שתהיה נושא לשליחות, אלא אם כן לפי מהותה, לפי תנאיה או לפי חיקוק יש לבצעה באופן אישי".

[41] ברק, סעיף 213.

ב. "פעולה שלפי מהותה... יש לבצעה אישית"

א. קשה להציע הגדרה מופשטת לפעולה משפטית שלפי מהותה יש לבצע אותה אישית, ודומה שהיא עניין של שכל ישר. דוגמה לפעולה מסוג זה, לפי ברק[42], היא עסקת מכר שתוקפה הותנה בביאת הקונה ביום פלוני במקום פלוני. על פי מהותו, זהו תנאי שעל הקונה לבצע אישית, אף אם לא צוין הדבר במפורש בחוזה, והוא לא יוכל אפוא לקיימו על ידי שליח. יש להניח שיימצאו פעולות משפטיות הנופלות בשטח האפור, שלא יהיה ברור אם על פי מהותן יש לעשותן אישית או שאין מניעה לעשותן על ידי שליח. כך לדוגמה, האם אפשר להצביע לכנסת[43] על ידי שליח? או שמא זוהי פעולה שלפי מהותה יש לבצעה אישית?[44].

השאלה כיצד להגדיר פעולה שלפי מהותה אינה נושא לשליחות העסיקה מאוד את מפרשי התלמוד ופוסקי ההלכה, באשר השליחות במשפט העברי מתייחסת כידוע לא רק לפעולות עסקיות אלא גם למצוות דתיות. הם שאלו: מדוע אין אדם יוצא ידי חובת הנחת תפילין או ישיבה בסוכה על ידי שליח (וכן בעוד רבות מן המצוות). כפי שנראה להלן, חכמים אלה לא הסתפקו בקביעה שכך מורה השכל הישר אלא ניסו לאפיין פעולות אלה על פי הגדרות מופשטות.

הראשון שהתייחס לשאלה זו במפורש הוא 'תוספות רי"ד'[45]. ואלה דבריו: "יש מקשים, אם כן [כלומר, שרק עברות הוצאו מכלל דיני השליחות. ראה להלן], לכל דבר יועיל השליח, ויאמר אדם לחבירו: שב בסוכה בעבורי, הנח תפילין בעבורי?". והוא עונה: "ולאו מילתא היא [=אין זו שאלה], שהמצוה שחייבו המקום לעשות בגופו היאך יפטר הוא על ידי שלוחו והוא לא יעשה כלום...". אמנם בדבריו אלה של 'תוספות רי"ד', רב הסתום על המפורש, ואין פלא שדיונים אין ספור התנהלו בהסברת דבריו בין האחרונים[46]. עם זאת, מתוך דבריו של מהר"ח 'אור זרוע'[47], שגם הוא דן בשאלה זו, אפשר להציע פיתרון שיהיה בו כדי לסייע לנו בבירור השאלה שלפנינו.

על פי הצעתו, אם הדין מחייב ביצוע פעולה, כשמטרת הפעולה אינה השגת תוצאה

[42] ברק, סעיף 226 (דומה שהדוגמה להלן שהוא מביא תואמת גם הגדרת פעולה שהוסכם מכללא שתיעשה באופן אישי. והשווה נוסח הצעת חוק דיני ממונות, לעיל, הערה 40). וראה מערכות חיים, להלן, הערה 48. והשווה מנחת אשר (וייס), בראשית, סימן טו, אות ד, שלדעתו הליכה למקום פלוני אינה נושא לשליחות, משום שאינה פעולה משפטית במהותה, אף שעשוי להיות לה תוצאה משפטית.

[43] דומה שהצבעה לכנסת עונה להגדרה הרחבה של "פעולה משפטית", שכן היא משפיעה על מערך זכויותיו וכוחותיו של השולח, ועל כן היא עשויה תאורטית להיות נושא לשליחות. ראה ברק, סעיף 218 (אם כי ברק עצמו אינו דן בזכות ההצבעה).

[44] דומה שהמשפט הישראלי רואה בבחירות לכנסת עניין אישי, שכן לפי סעיף 75(ב) לחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], התשכ"ט־1969, מי שאינו מסוגל מחמת מחלה או מום לבצע את פעולת ההצבעה, רשאי להיעזר במלווה, ומכאן שאינו מכיר באופציה של הצבעה באמצעות מיופה כוח. לא כן חוקים אחרים כגון החוק הצרפתי, המכיר בתנאים מסוימים ובהתמלא דרישות פרוצדורליות מסוימות באפשרות של בחירה על ידי שליח. ראה Code électoral, art. L71-L78, R72-R80.

[45] ראה תוספות רי"ד, קידושין מב ע"ב, ד"ה שאני. וראה גם שו"ת מהר"ח אור זרוע, סימן קכח.

[46] לסיכום דבריהם ראה נספח ראשון לסעיף זה, להלן, עמ' 77.

[47] מהר"ח אור זרוע (לעיל, הערה 45): "ושמא שחיטה והפרשת חלה אין מצוותן אלא שתתקן העיסה, מדכתיב גבי תרומה 'גם אתם' אשמעינן שעיקר מצותה רק לתקן העיסה וליתן חלה לכוהן. וכן שישחט הנשחט, וכן קידושין עיקר המצוה שתהא לו אשה מקודשת, וכן בגירושין ובהפרשת תרומה ושחיטת קדשים ובקביעת מזוזה ועשיית מעקה. אבל בתפילין וציצית ואכילת מצה וסוכה ולולב אין שייך שליחות".

משפטית כלשהי מלבד ביצוע הפעולה עצמה, הפעולה אינה נושא לשליחות. השליח אינו יכול למלא את מקומו של שולחו אלא לביצוע פעולה שהיא אמצעי להשגת תוצאה, ואותה תוצאה מתייחסת לשולחו, אף שלולי מוסד השליחות היה נדרש לעשות את הפעולה אישית. כך הוא לדוגמה בקידושי אישה, מטרת הפעולה היא הפיכת האישה הפנויה לאשת איש, ואילו מתן הטבעת ואמירת "הרי את מקודשת..." אינם אלא האמצעי המשפטי להשגת המטרה. לעומת זאת, השליח אינו יכול למלא את מקומו של שולחו לביצוע פעולה שהדין מחייב את שולחו לבצע אותה כמטרה לעצמה. כך לדוגמה במצוות הנחת תפילין. מעשה ההנחה אינו אמצעי להשגת תוצאה כלשהי מלבד קיום חובת הנחת התפילין עצמה, ולכן אינה נושא לשליחות. מהסבר זה עולה שפעולה שלפי מהותה יש לבצע אותה אישית היא פעולה שאינה אמצעי להשיג תוצאה כלשהי מלבד עצם ביצועה[48]. הצעה זו עולה בוודאי בקנה אחד עם הגישה שנרחיב בה בדיוננו

[48] כך הבינו גם את כוונת תוספות רי"ד: שו"ת עונג יום טוב, סימן קיג; הרב שמעון שקאפ, "גדרי שליחות, ושליחות לדבר עבירה", מוריה, שנה יח, גיליון ג-ד (טבת תשנ"ב), עמ' לב; שיעורי רבי שמעון יהודה הכהן (שקאפ), ירושלים תשל"ד, קידושין מא ע"ב, ד"ה והנה דברי (עמ' מו); שו"ת איגרות משה, אבן העזר, חלק א, סימן קנו (הדן בשאלה אם החליצה היא נושא לשליחות, ומגיע למסקנה שאכן לולי גזרת הכתוב החליצה הייתה נושא לשליחות, מאחר שאינה אלא אמצעי להשגת מטרה. והשווה להלן, שיטתם של ר' שמעון שקאפ ור' אלחנן וסרמן); הרב שאול ישראלי, עמוד הימיני, סימן מז, אות ב. וראה שו"ת בית אפרים, חו"מ, סימן סז, ד"ה ובזה, שלדעתו כך הבין קצות החושן, סימן שפב, ס"ק ב, את תוספות רי"ד (וראה להלן, הערה 350, שהוא עצמו הציע הבנה אחרת בדבריו). וראה עוד להלן, הערה 357.

הבחנה זו מקובלת על רבים מן האחרונים, ראה לדוגמה: חותם תוכנית (ריינס), עמ' רז-ריב; קובץ שיעורים (וסרמן), כתובות, אות רנג; קובץ הערות (וסרמן), סימן ח, אות ז; קובץ שמועות, בבא מציעא, אות ח, ד"ה ובדברינו; לבוש מרדכי (אפשטיין), בבא מציעא, סימן יג, ד"ה ונראה לי דהא; הרב מ"א עמיאל, המידות לחקר ההלכה, חלק ב, מידה טו (פועל, פעולה ופועל יוצא), אותיות א-טו (והשווה, שם, חלק א, מידה י (אמצעי ותכלית), אותיות יד-כ); הרב ש"י זוין, "בדין מעשה מצוה ע"י עכו"ם ובירור ביסודות גדרי שליחות", מוריה, שנה יט, גיליון ה-ו (כסלו תשנ"ד), עמ' לד; מערכות חיים, מערכת שליחות במצוה, סימן א, אות ד ואילך (באות ה, ד"ה ובאמת, הוא מביא כדוגמה לפעולה שאינה נושא לשליחות על פי מבחן זה את הדוגמה של ברק, לעיל, ליד ציון הערה 42. וראה מילואים והוספות, שם, עמ' קפו); מנחת אשר (וייס), בראשית, סימן טו, אות ה-ו; ר' משה זילבר, "בסוגיא דשליחות", באוהלי יעקב (אב תשמ"ב), סימן כא, אות ה. וראה גם להלן, הערה 346, בשם הראי"ה קוק. וראה עוד אוסף האחרונים שמביא ד' פרימר במאמרו שצוין לעיל, הערה 32.

על פי עקרון זה, ניתן להסביר את סוגיית נדרים עב ע"ב, ולפיה הבעל אינו יכול להפר את נדרי אשתו אלא לאחר שדבר הנדר הגיע לידיעתו (בלשון התלמוד, רק לאחר ש"שמע" את הנדר). מסוגיית התלמוד עולה שגם לדעת התנא הסובר שהבעל יכול למנות שליח להפרת נדרי אשתו, השליח לא יוכל להפר את הנדר כל עוד הבעל עצמו לא שמע את דבר הנדר. ונשאלת השאלה: מדוע לעניין שמיעת דבר הנדר, שהוא תנאי לאפשרות ההפרה, אין די בשמיעת השליח, הרי "שלוחו של אדם כמותו"? על יסוד העקרונות שראינו עד כה, אפשר להסביר ששמיעת דבר הנדר היא נתון עובדתי שאינו מביא עמו כל תוצאה. אמנם נכון שהשמיעה היא תנאי מוקדם לאפשרות הפרת הנדר, אבל הנדר אינו מופר בעקבותיה, ועל כן אין לראות בה משום אמצעי (ראה: הרב שמעון שקאפ, "גדרי שליחות, ושליחות לדבר עבירה", מוריה, שנה יח, גיליון ג-ד (טבת תשנ"ב), עמ' לב, בעמ' לג, ד"ה וכי תימא; שיעורי רבי שמעון יהודה הכהן (שקאפ), ירושלים תשל"ד, קידושין מא ע"ב, ד"ה ולא נוכל (עמ' מו)). והשווה פירוש הרא"ש, נדרים עב ע"ב, ד"ה והא לא שמיע ליה, המיישב את הקושי על ידי הבחנה בין שליחות לפעולה ובין שליחות למחדל ("מידי דממילא"). וראה קצות החושן, סימן קפב, ס"ק א, המאמץ הבחנה זו של הרא"ש כדי ליישב את הקושי שהצביע עליו תוספות רי"ד (והשווה להלן, נספח ראשון לסעיף זה, הערה 355. וראה הערה 360). ראה בהרחבה דיוננו על סעיף 2, פרק רביעי, א, עמ' 115. וראה מנחת אשר (וייס), בראשית, סימן טו, שהצביע על שתי הגישות. והשווה

על סעיף 2, ולפיה עניינה של השליחות הוא ייחוס התוצאה של פעולת השליח לשולח. אולם יש להעיר שהיא עשויה להתאים גם לתאוריית ייחוס הפעולה[49].

אמנם אין להסיק מכאן שכל פעולה משפטית שהיא אמצעי להשגת תוצאה יכולה להיעשות על ידי שליח. יש פעולות משפטיות, שאף שהן עונות להגדרה זו, אינן יכולות להיעשות על ידי שליח, אבל אין זה משום שבמהותן אינן נושא לשליחות, אלא משום שברור שכך הוסכם מכללא בין הצדדים. כך הוא לדוגמה ביחסי עובד ומעביד. ההנחה היא, בדרך כלל, שהעובד נשכר בשל כישוריו האישיים, ואינו יכול אפוא לשלוח שליח לעשות את העבודה במקומו[50].

ב. יש להוסיף, שעל פעולות משפטיות או פעולות הלכתיות אחדות, נחלקו הדעות אם אפשר לעשותן על ידי שליח אם לאו, כגון: הפקרת נכס[51], התחייבות[52], הודאה[53], מחילה[54], התרת נדר[55],

עוד להלן, הערה 60, הצעתו של הרב עוזיאל לפתרון קושיית תוספות רי״ד. ועוד השווה להלן, נספח ראשון, הערה 357 והערה 358 (גישת ׳משנה הלכות׳ וגישת ׳יד המלך׳ בהבנת הרא״ש).

יש המעירים שתנאי נוסף לכך שהפעולה תהיה נושא לשליחות הוא שהשגת תכלית הפעולה תהיה נתונה לשליטתו וכוחו של השולח. לעומת זאת, אם התוצאה היא פועל יוצא של הפעולה בלא קשר לרצונו של העושה, ולא הוא נחשב לבעל התוצאה, אלא הדין הוא שמחיל את התוצאה כפועל יוצא אוטומטי של הפעולה (חליצה לדוגמה), אין היא נושא לשליחות, שכן השולח אינו יכול להעביר לשליח כוח שאין לו. ראה: שערי יושר, שער ז, פרק ח, ד״ה ועפ״י היסודות; קובץ הערות (וסרמן), סימן עו, אות ז (והשווה איגרות משה, לעיל בהערה זו).

אחרונים אלה מוסיפים שהבחנה זו בין פעולה שהיא אמצעי להשגת תוצאה (והיא בשליטתו של בעל הפעולה) לבין פעולה שהיא מטרה לעצמה, היא העומדת גם ביסוד הכלל הקושר בין דיני שליחות לדיני תנאים, ולפיו פעולה משפטית אינה נושא להתנאה אלא כאשר היא נושא לשליחות: ״תנאה דאפשר לקיומיה ע״י שליח... הוי תנאיה תנאה, דלא אפשר לקיומיה ע״י שליח... לא הוי תנאה״ (כתובות עד ע״א). אכן אפשרות מינוי שליח היא סימן לכוחו ושליטתו של בעל הפעולה, ועל כן הוא יכול להציב תנאים לתחולת תוצאתה המשפטית. ראה: שערי יושר, שם, ד״ה והנה עפ״י; קובץ הערות, שם. וראה כעין זה Abraham Weingort, Droit talmudique et droit des nations, Tome 4, Paris 2012, pp. 61-68. והשווה: שו״ת עונג יום טוב, סימן ג; אור שמח, הלכות אישות, פרק י, הלכה ב, ד״ה אולם בזה; מנחת אשר (וייס), בבא בתרא, סימן לה, אות ב, מד״ה והנה; מנחת אשר (וייס), במדבר, סימנים סט־ע.

49 וכפי שהטעים הרב משה פיינשטיין בתארו את תאוריית ייחוס הפעולה: ״דהמשלח הוא העושה מעשה הקנין על ידי השליח, דהתורה ריבתה דכמו דיכול לעשות ביד עצמו לעצמו, כמו כן יכול לעשות על ידי יד שלוחו, דמאחר דנעשה שלוחו, נחשב השליח כידו... אבל ודאי אף לדרך זה לא נחשב יד השליח כידו ממש. דאם כן, היה שייך לעשות על ידי שליח אף מצוה שבגופו. אלא ודאי דיד השליח אינו כידו ממש אלא לענין קנינים וכדומה, שהם דברים שעיקר חשיבות מעשה שלהם הוא מה שיוצא מזה... באלו נתחדש בתורה שאם מסכים דעתו ומחשבתו לדעת שלוחו שהתועלת יהיה עבורו, הוא גם כן מעשה שלו כמו באם היה עושה זה בעצמו״ (דיברות משה, גיטין, סימן כ, ענף ד, ד״ה ומתקיף). על תאוריית ייחוס התוצאה ותאוריית ייחוס הפעולה, ראה בהרחבה דיוננו בסעיף 2, פרק שלישי, עמ׳ 101.

50 ראה קצות החושן, סימן שלג, ס״ק ח, בעניין מלמד. וכך הוא גם בדוגמה שמביא ברק לעיל, ליד ציון הערה 42. ואין זה משום שעבודה אינה נושא לשליחות, כפי שעולה ממה שנביא להלן, ליד ציון הערה 111.

51 הפוסקים הסוברים שאפשר להפקיר נכס על ידי שליח הם: בית מאיר, אבן העזר, סימן קכ, סעיף ד; תוספות רבי עקיבא איגר, משנה, גיטין, אות לד. דעה חולקת מצאנו בר״ן, פסחים ג ע״ב (בדפי הרי״ף), ד״ה וכתב הרב בעל העיטור, ואת דעתו הביאו מתוך הסכמה: בית יוסף, אורח חיים, סימן תלד (הוא מוסיף שהסיבה לכך היא שההפקר הוא מדין נדר, כפי שעולה ממה שפסק הרמב״ם, הלכות נדרים, פרק ב, הלכה יד, והנדר ודאי אינו מועיל על ידי שליח, ״שהאומר לחבירו קבל עליך נדר זה בשליחותי שאהא אסור בו – אינו כלום״); ב״ח, שם. אולם צריך עיון בשיטתם, מדוע לא יועילו הפקר ונדר על ידי שליח? להצעת הסבר ראה: בית מאיר, אבן העזר, סימן קכ, סעיף ד; שו״ת חתם סופר, יורה דעה, סימן שכא; שם, אבן העזר,

שבועה[56], ברית מילה[57], ביקור חולים[58], פדיון הבן[59] ועוד. אולם בכל אלה קשה לעמוד על יסוד חילוקי הדעות בין הפוסקים[60].

חלק ב, סימן נ; חידושי חתם סופר, קידושין מא ע״א, ד״ה והר״ן; שערי יושר, שער ה, פרק כג, ד״ה ומה שכתב; הרב י״מ טוקצינסקי, ״בגדרי השליחות״, קול תורה ג (תרצ״ד), סימן קלה, ס״ק ל, ד״ה אבל; מנחת אשר (וייס), גיטין, מכתבי תורה (מודפס בסוף הספר), סימן יז, אות ז ואילך. ועדיין צריך עיון.

52 ראה: ש״ך, חו״מ, סימן מה, ס״ק ח; נתיבות המשפט, סימן מה, ס״ק ב. הם פוסקים שאין מניעה שאדם ייטול על עצמו התחייבות באמצעות שליח. אמנם קצות החושן, שם, ס״ק ב (וראה דבריו גם במשובב נתיבות, שם), חולק על כך, ולדעתו התחייבות אינה נושא לשליחות, אולם לא ברור מדוע (וראה הצעת טבעת החושן, שם, ד״ה ואפשר לומר, ועדיין צריך עיון). לעניין שליח להתחייבות, ראה בהרחבה נ׳ רקובר, השליחות וההרשאה, נספח ראשון, עמ׳ 365־368.

53 שו״ת הריב״ש, סימן שצב, סבור שהודאה בפני בית דין על ידי שליח מחייבת; ואילו שו״ת מהרשד״ם, חו״מ, סימן תלט, חולק עליו. הש״ך, חו״מ, סימן קכד, ס״ק ד, פסק כריב״ש. והשווה קצות החושן, שם, ס״ק א. לדעתו לא נחלקו הריב״ש ומהרשד״ם, אלא הריב״ש מדבר על שליח שהורשה בפירוש להודות, ואילו מהרשד״ם מדבר על שליח שהורשה רק לטעון לטובתו ולא הורשה להודות בשמו. לשאלה זו, ראה: נ׳ רקובר, השליחות וההרשאה, עמ׳ 327, הערה 133, ועמ׳ 330, הערה 151; אטינגר, פרקי שליחות, עמ׳ 65־68.

54 ראה אמרי בינה (אוירבך), חו״מ, דיני דיינים, סימן כ, ס״ק טו. על ויתור ופשרה על ידי שליח, ראה דיוננו על סעיף 5.

55 ראה אנציקלופדיה תלמודית, כרך יא, ערך התרת נדרים, עמ׳ שסה. וראה להלן, ליד ציון הערות 286־289. וראה הרב טוקצינסקי (לעיל, הערה 51), ד״ה ונשארנו. מדובר כאן במי שמבקש להתיר את נדרי עצמו. והשווה להלן, הערה 116, שהפרת נדרי אשתו אינה נושא לשליחות על פי גזרת הכתוב. לעשיית נדר על ידי שליח, ראה לעיל, הערה 51.

56 בית מאיר, אבן העזר, סימן קכ, סעיף ד, וקצות החושן, סימן קכג, ס״ק ד, סוברים שלא ניתן להישבע על ידי שליח, וכך עולה גם מן התלמוד הירושלמי, סנהדרין, פרק ב, הלכה א (וראה גם חידושי הרמב״ן, בבא בתרא קכו ע״ב, ד״ה ואיכא למידק). לעומתם סבור שו״ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, יורה דעה, סימן סז, שאפשר להישבע על ידי שליח (וראה גם תשובת בנו, ר׳ שמואל לנדא, שם, מהדורא תניינא, יורה דעה, סימן קמז וסימן קמח), ונראה שכך היא גם דעתו של תרומת הדשן, פסקים וכתבים, סימן רנד. וכן סבור גם שו״ת הרדב״ז, חלק א, סימן יח, אלא שלדעתו אם עבר השולח על השבועה, אין מענישים אותו. וראה שו״ת מהרש״ם, חלק ה, סימן כו, המסכם את השיטות בעניין זה. אבל השווה דברי ר׳ אלעזר סג״ל לנדא, אחיינו של ר׳ שמואל לנדא, יד המלך, הלכות שלוחין ושותפין, פרק א, הלכה א, ד״ה אחרי שכתבתי, הדוחה את דבריו ונוקט שהשבועה אינה נושא לשליחות.

57 ראה דרכי משה, יורה דעה, סימן רסד, ס״ק א, המביא את דעת אור זרוע, חלק ב, הלכות מילה, סימן קז, ולפיה אם האב מוהל, אסור לו למנות שליח למול את בנו, ותמה עליו, במה שונה מצוות מילה משאר המצוות? כשיטת אור זרוע, כתב הש״ך, חו״מ, סימן שפב, ס״ק ד, מדעת עצמו, בהסתמך על שו״ת הרא״ש, כלל יב, סימן ג. והשווה תבואות שור, סימן כח, ס״ק יד, החולק על הש״ך ומסביר שלא נתכוון ׳אור זרוע׳ אלא לכלל ״מצווה בו יותר מבשלוחו״ (קידושין מא ע״א), והעלה שאם ממנה שליח בדרך כיבוד ולא מפני הטורח, מותר. אבל ראה קצות החושן, סימן שפב, ס״ק ב, הדוחה את גישת תבואות שור. וראה: חכמת אדם, כלל ז, בינת אדם, ס״ק י; חידושי חתם סופר, חולין פז ע״א, ד״ה וכ׳ ש״ך; הרב שאול ישראלי, עמוד הימיני, סימן מז; מנחת אשר (וייס), בראשית, סימן טו, שלדעתם רק המצווה המיוחדת המוטלת על האב אינה עניין לשליחות, משום שהיא ״מצווה שבגופו״, אבל המצווה הכללית שיהיה בנו נימול היא נושא לשליחות. וראה עוד הרב י״מ טוקצינסקי, ״בגדרי השליחות״, קול תורה ג (תרצ״ד), סימן מג, ס״ק כו.

על הכלל ״מצווה בו יותר מבשלוחו״, ראה החידוש שחידש בשו״ת דברי יציב, אבן העזר, סימן נ.

58 ראה: שו״ת איגרות משה, יורה דעה, חלק א, סימן רכג, ד״ה ומה שהקשה; שו״ת באר משה (שטרן), חלק ב, סימן קה; שו״ת ציץ אליעזר, חלק יז, סימן ו, אות ו.

59 ראה רמ״א, יורה דעה, סימן שה, סעיף י: ״אין האב יכול לפדות על ידי שליח״. ותמהו עליו: ט״ז, שם,

ג. עוד יש להוסיף שהתלמוד[61] מביא הלכה בשם התנא רבי יוסי: "מילי לא מימסרן לשליח". מאחר שדעת רבי יוסי נפסקה להלכה[62], יש חשיבות לעסוק בדבריו. לכאורה, נקבעת כאן קטגוריה נוספת של פעולות, "מילי [=דברים]", שעל פי מהותן[63] אינן נושא לשליחות. אולם לפני שנברר מה כלול בקטגוריית "מילי", נקדים ונאמר שלדעת רוב המפרשים והפוסקים[64], דברי רבי יוסי אינם נוגעים לענייננו. לדעתם, כוונת רבי יוסי לצמצם רק את הפעולות המשפטיות שהן נושא לשליחות משנה. בעיקרון, ההלכה מכירה ביכולת השליח למנות שליח אחר לביצוע השליחות, "שליח עושה שליח"[65], אולם דעת רבי יוסי היא שיש לסייג אפשרות זו רק לפעולות שאינן בגדר "מילי". לשון אחר, שליח אינו יכול לעשות שליח משנה אם נושא השליחות הוא "מילי". כאמור, כך מפרשים רוב הפוסקים את דברי רבי יוסי, כפי שנרחיב על כך בדיוננו על סעיף 16, כשנעסוק בסוגיית שליחות משנה.

עם זאת, פוסק אחד, מהרי"ט[66], הבין את דברי רבי יוסי כפשוטם. לדעתו, פעולה שהיא בגדר "מילי" אינה נושא לשליחות כלל, גם לא לשליחות ראשית[67]. ומה נכלל לדעתו במושג "מילי"?

ס"ק יא; ש"ך, ס"ק יא. וראה גם: פתחי תשובה, שם, ס"ק טז; ערוך השולחן, שם, סעיפים ה־ח. על שליחות במילה ובפדיון הבן, ראה הרב ח' וייס, "בענין שליחות בחלה [צ"ל: במילה] ופדיון הבן", ספר הזיכרון למרן בעל מנחת יצחק, ירושלים תש"ן, עמ' שסז־שסט. וראה עוד בעניין פדיון הבן: חמדת יהושע (זמברובסקי), סימן קו; הרב מ"א עמיאל, המידות לחקר ההלכה, חלק ב, מידה טו (פועל, פעולה ופועל יוצא), אות ט ואות טו.

60 וראה פסקי עוזיאל בשאלות הזמן, סימן נח (=שו"ת משפטי עוזיאל, חלק ב, אבן העזר, תל אביב תרצ"ח, סימן פח), המקדיש לכל הנושא הזה קונטרס ארוך ומפורט. כך הוא עומד לדוגמה על מחלוקת אחרונים בשאלה אם הדלקת נר חנוכה היא נושא לשליחות, ואומר (שם, אות ו, ד"ה ועל כל פנים): "ולישב דברי מגן אברהם, נראה לעניות דעתי שהוא סובר לחלק בין מצוות חיוביות, שאי אפשר להפטר מהם, כגון אכילת מצה והדלקת נר חנוכה, שחייב לחזור אחריהם כדי לקיימם, ובהם אין דין שליחות נוהג, מה שאין כן תרומה, שאינו חייב לזרוע ולקצור כדי להפריש תרומה, ולא לגרש כדי לקיים 'וכתב לה', וגם בפסח עיקר המצוה היא אכילתו, ויכול להמנות על קרבן פסח ולא לקיים בעצמו לקיחה ושחיטה. במצוות אלה השליחות מועילה, אבל במצוות חיוביות אין שליחות מועילה בהם. הלכך הדלקת נר חנוכה, כיון שהוא מצוה חיובית, אינה נעשית על ידי שליח" (וקשה על הצעתו ממצוות ציצית, שאין חובה ללבוש בגד של ארבע כנפות ובכל זאת אינה נושא לשליחות). והשווה שו"ת שבט הלוי, חלק ג, סימן פה. לעניין שליחות בהדלקת נר חנוכה, השווה להלן, הערה 167, שיטת 'פרי מגדים'. וראה צ' קושלבסקי, "בענין שליחות בנר חנוכה", צוהר ז (תש"ס), עמ' רטו־ריט.

61 ראה: גיטין סו ע"ב; שם סז ע"א; שם עא ע"ב. וראה גם שם כט ע"א, ושם מובאים הדברים בשם רבא. וראה א' קירשנבאום, "הכלל 'מילי לא מימסרן לשליח': ניתוח תיאורטי", שנתון המשפט העברי ה (תשל"ח), עמ' 243.

62 ראה: רמב"ם, הלכות גירושין, פרק ב, הלכה ה; הלכות זכייה ומתנה, פרק ד, הלכה י; שולחן ערוך, אבן העזר, סימן קכ, סעיף ד; חו"מ, סימן רמד, סעיף א. זאת בניגוד לדעת רבי מאיר, הסבור ש"מילי מימסרן לשליח".

63 מאחר שרבי יוסי אינו מביא מקור לדבריו, ההשערה היא שלדידו "מילי" אינן נושא לשליחות על פי מהותן.

64 ראה בהרחבה דיוננו על סעיף 16. וראה קירשנבאום (לעיל, הערה 61).

65 קידושין מא ע"א. וראה דיוננו על סעיף 16.

66 שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן קכז. וראה גם חידושי רבי עקיבא איגר, גיטין לב ע"א, ד"ה תד"ה איהו, בא"ד ולכאורה. על דברים אלה הוא חוזר בתוספותיו למשנה גיטין, פרק ד, אות לד. והשווה גם שו"ת חתם סופר, יורה דעה, סימן שכא.

67 על יסוד תפיסה זו פסק: "נראה לי הדברים שאם אמר אדם לחבירו 'צא והקדש לי שור אחד משוורי', אין בו דין הקדש, דמילי נינהו, וקיימא לן דמילי לא מימסרן לשליח אף במתנה". לכאורה, דברים אלה סותרים

מהרי״ט אינו מפרט, ועל כן לא נותר לנו אלא לעסוק בהשערות[68]. כמה מן האחרונים[69] הבינו בדעת מהרי״ט שהמושג ״מילי״ מציין פעולה משפטית המתבצעת בדיבור בלבד, בניגוד לפעולה על ידי מעשה. אבל הם דחו את דבריו, שכן סוגיות מפורשות הן שאפשר לבטל גט על ידי שליח[70] ושהבעל יכול להפר את נדרי אשתו על ידי שליח[71], אף שפעולת השליחות היא על ידי דיבור בלבד. אבל נראה שבמושג ״מילי״, אמנם מהרי״ט מציין פעולה שאינה אלא על ידי דיבור בעלמא, אך נוסף לכך, אותו דיבור אינו מביא לידי ״גמר מעשה״, כלומר

גמרא מפורשת במסכת תמורה י ע״א. כך הקשו עליו רבים, ראה לדוגמה מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן ז. וראה שו״ת חתם סופר, אבן העזר, חלק ב, סימן נ, ד״ה והנה, המסכים עם דינו של מהרי״ט אך לא עם טעמו. לדעת חתם סופר, ההקדש הוא פעולה שעל פי מהותה יש לבצעה אישית בדיבורו של המקדיש (דוגמת מצוות הנחת תפילין, שעל מקיים המצווה לעשותה בגופו הוא), ובלשונו: ״ועל כן הקדש ונדר דתליה בפיו דוקא או מחשבתו, והיא המוסרת לשמים, דאמירתו לגבוה בעינן, אם כן אין פיו של אחר יכול לעשות זה״. וכעין זה ראה הרב ש״ז אוירבך, ״בסוגיה דמילי לא מימסרי לשליח, ובדברי הקדוש מרדו״ש״, אוהל חייא (לזכר הגרח״א צוובנר), בני־ברק תשס״ו, עמ׳ תתצט, בעמ׳ תתקא, ד״ה ולכן. וראה המקורות שציין בגנזי חיים (פלאג׳י), מערכת ש, אות פג. וראה גם קירשנבאום (לעיל, הערה 61), בעמ׳ 249־250. לשיטת ׳חתם סופר׳ ראה עוד דיוננו להלן, סעיף 16, הערה 143.

68 מסקנת הדברים שלהלן כדברי רבי עקיבא איגר (לעיל, הערה 66) בהסברת דברי מהרי״ט. על ההשערות בפירוש דברי מהרי״ט, ראה קירשנבאום (לעיל, הערה 61), בעמ׳ 250־252. וראה עוד: ונגש הכהן, כלל י; לקח טוב (ענגיל), כלל א, מד״ה עתה אדבר קצת.

69 ראה למשל: בית מאיר, אבן העזר, סימן קכ, סעיף ד; שו״ת נודע ביהודה, מהדורא תניינא, יורה דעה, סימן קמו (תשובה מבן המחבר); ברכי יוסף, אורח חיים, סימן תלד, ס״ק ה; מנחת חינוך, מצווה שסד, אות א, ד״ה וסדר הווידוי.

[בעל ׳מנחת חינוך׳ מביא ראיה נגד שיטת מהרי״ט מן ההלכה שניתן להתוודות על חטאים על ידי שליח (והלא הווידוי נעשה בדיבור). כך מוכח לדעתו מן העובדה שמשה רבנו התוודה על חטא העגל בשם כל ישראל (ראה שמות לב, לא). וכך עולה גם לדעתו מדברי הרמב״ם, הלכות תשובה, פרק א, הלכה ב: ״שעיר המשתלח לפי שהוא כפרה על כל ישראל כהן גדול מתודה עליו על לשון כל ישראל״. אולם דבריו תמוהים ביותר, שכן ברור שהווידוי אינו נושא לשליחות (הן משום שהוא אמור לבטא ולהעמיק את רחשי החרטה של המתוודה, והן משום שמצוות הווידוי היא מטרה ולא אמצעי, ראה לעיל, ליד ציון הערה 48. והשווה דרך המלך (רפפורט) על הרמב״ם, שם), וברור שווידויו של משה (ושל הכהן הגדול) לא היה בשם כל יחיד בעם ישראל אלא בשם עם ישראל כאומה, ואין להביא אפוא ראיה משם. ראה שו״ת עשה לך רב (הלוי), חלק ו, סימן מו, ד״ה והדברים מתמיהים. לנימוקים נוספים לדחיית ראייתו של ׳מנחת חינוך׳, ראה: רבי מנחם המאירי, חיבור התשובה, מאמר ב, פרק יג, עמ׳ 566 (לדעתו, מטרת ווידויו של הכהן הגדול הוא לעורר את היחידים להתוודות בעצמם); אהל יהושע (דיסקין), פרשת אחרי מות, ד״ה וכפר בעדו ובעד ביתו; אורה ושמחה, הלכות עבודת יום הכיפורים, פרק ב, ס״ק מב; עשה לך רב, שם (לדעתם, יש להבחין בין ווידוי של תשובה שאינו נושא לשליחות, לבין הווידוי הנאמר על הקורבן שהוא רק פרט בחובות הקורבן ועל כן הוא נושא לשליחות); הרב יוסף כהן, ספר התשובה, פרק א, הלכה ב, בארי בשדה, ציון 39 (לדעתו, משה רבנו והכהן הגדול התוודו על אחריותם כמנהיגים לעוונותיהם של כלל ישראל, ולא כשלוחים לווידויים של אחרים)].

70 ראה גיטין לב ע״א.

71 כן היא דעת רבי יונתן בספרי, במדבר, פסקה קנג, ובנדרים עב ע״ב, האומר: ״מצינו בכל התורה כולה: שלוחו של אדם כמותו״. אמנם נפסקה הלכה כדעת רבי יאשיה שם, ולפיה אין הבעל יכול להפר את נדרי אשתו על ידי שליח (ראה שולחן ערוך, יורה דעה, סימן רלד, סעיף ל), אך זאת לא בשל שליחות ל״מילי״ אלא בשל גזרת הכתוב (מדרש הלכה). וראה שו״ת חתם סופר, יורה דעה, סימן שכא, המתרץ שמדרש הלכה זה הוא המקור שממנו יש ללמוד ש״מילי לא ממסרן לשליח״.

שאותו דיבור אינו מביא לתוצאה משפטית ישירה[72] (שלא כבהפרת נדר, שהדיבור של השליח מביא לביטול הנדר), אלא הוא רק שלב מקדמי להשגת תוצאה משפטית[73].

נמצא אפוא שעל פי גישה זו בהבנת דעתו של מהרי"ט, כדי שפעולה תהיה ראויה על פי מהותה להיות נושא לשליחות, חייב להתקיים בה אחד משני תנאים: שעניינה ביצוע מעשה פיזי, כגון כתיבת גט (ואז העובדה שהפעולה אינה מביאה לתוצאה משפטית ישירה אינה גורעת מן האפשרות למנות שליח לעשותה); או שעניינה דיבור בעלמא, בתנאי שאותו דיבור גורם לתוצאה משפטית ישירה (כגון הפרת נדר או ביטול שליחות בגט). ההיגיון שביסוד תפיסה זו הוא כנראה שאין שליחות אלא לפעולה שיש בה ממש, אם מצד הביצוע אם מצד התוצאה. פעולה שאין בה ממש (רק דיבור שאין לו תוצאה) אינה יכולה להיות נושא לשליחות. כפי שכבר אמרנו לעיל, דעה זו של מהרי"ט היא דעת יחיד.

ג. "פעולה ש... על פי דין יש לבצעה אישית"

יש פעולות שעל פי מהותן, ראויות היו להיות נושא לשליחות, אולם ההלכה קובעת שאין לעשותן אלא באופן אישי. להלן נעמוד על פעולות אלה ועל טעם החרגתן מדין השליחות.

(1) פעולה שיש בה פגיעה בצד שלישי ("תופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים")

המשפט העברי[74] אינו מאפשר לשליח לפעול בשם שולחו אם פעולתו כרוכה בפגיעה בצד שלישי, וזאת על פי הכלל: "התופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים – לא קנה". על מקור הדין, טעמו והיקפו, נדון להלן.

(א) מקור הדין

התלמוד[75] מביא את המעשה הבא:

> יימר בר חשו הווה מסיק ביה זוזי בההוא גברא. שכיב ושבק ארבא. אמר ליה לשלוחיה: "זיל תפסה ניהליה". אזל תפסה. פגעו ביה רב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע, אמרו ליה: "את תופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים! ואמר רבי יוחנן: התופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים – לא קנה". תפסוה אינהו.
> תרגום: אדם ושמו יימר בר חשו היה נושה מעות באדם מסוים. מת החייב והשאיר בעיזבונו ספינה. אמר יימר בר חשו לשלוחו: "לך תפוס לו את הספינה". הלך השליח ותפס את הספינה. פגעו בו רב פפא ורב הונא בנו של רב יהושע [שגם הם היו נושיו של אותו חייב], אמרו לשליח: "אתה תופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים! ואמר רבי יוחנן: התופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים – לא קנה". תפסו הם את הספינה.

רב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע מנעו משלוחו של יימר בר חשו לתפוס את ספינתו של

[72] והשווה שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן לה, משם עולה שאפשר למנות שליח על ידי שליח (ראה דיוננו על סעיף 16, הערה 162), והלוא לכאורה לפי הגדרתו של מהרי"ט, זו שליחות למילי, וצריך עיון מדוע יש לה תוקף.

[73] כך הוא הקדש בהמה (ראה לעיל, הערה 67), שכן אינו אלא הכשרת הבהמה להקרבה במקדש.

[74] כך הסיקו רוב הראשונים מסוגיית "יימר בר חשו", כתובות פד ע"ב, שנדון בה להלן. ראה לדוגמה, תוספות, שם, ד"ה את, ותוספות, בבא מציעא י ע"א, ד"ה תופס. וראה בנושא זה דיונו המפורט של נ' רקובר, השליחות וההרשאה, עמ' 19-27.

[75] כתובות פד ע"ב–פה ע"א.

החייב להבטחת פירעון חובו. הם הסתמכו על הלכתו של רבי יוחנן, ולפיה אין אדם רשאי לתפוס מנכסי החייב לטובת חברו, כשהדבר עלול לפגוע בסיכוייהם של שאר הנושים לגבות את חובם. לדעתם, הלכה זו נכונה גם כשהתופס הוא שלוחו של הנושה, כפי שהיה בעניינו של יימר בר חשו. לפנינו אפוא חריג לדין השליחות, ולפיו אין תוקף למינוי שליח כשהשליחות פוגעת בצד שלישי[76]. להלן נראה שעל טעמו והיקפו של חריג זה, נחלקו הדעות.

(ב) טעם הדין

נפתח את הדיון בטעמה של הלכת רבי יוחנן: מדוע אין אדם יכול למנות שליח בעניינים שבהם הוא "חב לאחרים"? לשאלה זו הוצעו כמה פתרונות:

הרא"ש[77] מסביר: "ולא דמי להאי דאמר בעלמא 'שלוחו של אדם כמותו', דלאו כל כמיניה לשוויה שליח כדי לחוב לאחרים". נראה להציע שכוונת הרא"ש לומר שמוסד השליחות מיועד לעזור לשולח להרחיב את תחום פעילותו המשפטית, אולם התורה שוללת עזרה זו לשולח כשהיא באה על חשבון אחרים, שכן אין הצדקה שהדין יעדיף את האינטרס של אדם אחד על פני האינטרס של אחרים. יסודה של המניעה הוא אפוא בשיקולי צדק, ולפיהם היקף התחולה של דיני השליחות מצומצם מראש על פי התורה למקרים שבהם אין השליחות פוגעת בצד שלישי[78].

פוסקים אחרים טוענים שלדעת הר"ן[79], יסוד הלכת רבי יוחנן הוא בדין אחר (שנדון בו

[76] אבל השווה רש"י, בבא מציעא י ע"א, ד"ה לא קנה: "כדאמר בכתובות, דלאו כל כמיניה להיות קופץ מאליו וחב לאלו, מאחר שלא עשאו אותו הנושה שליח לתפוס". אכן פני יהושע, כתובות פד ע"ב, ד"ה בד"ה את תופס לבע"ח, מטעים שרש"י חולק על כל הראשונים והפוסקים. לדעתו, רש"י סבור ששלוחו של אדם כמותו גם כשחב לאחרים, כפי שהוא לדוגמה בשליחות לגירושין, שבה אדם פוגע באשתו על ידי שליח. כאן, בסוגיית כתובות, מדובר שיימר בר חשו לא מינה את שלוחו אלא ל"מעשה קוף", להביא לו את הספינה, ולא לזכות בה עבורו מדין תפיסה. בכגון זה, נאמרו דברי רבי יוחנן, וכן בכגון שהתופס פועל מיזמתו שלו מדין "זכין לאדם שלא בפניו" (על דין זה, ראה הנספח, להלן, עמ' 767). רק באלה קבע רבי יוחנן שאין להרשות את התפיסה אלא כשאינה כרוכה בפגיעה בזכויותיהם של אחרים. לעומת זאת, אם התופס פועל בתור שליח ממש, הוא יכול לפעול אפילו אם הוא פוגע באחרים. מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן כז, גם הוא הבין שרש"י סובר שהשליח יכול לתפוס לטובת בעל חוב, אפילו כשחב לאחרים (לדעתו, בסוגיית יימר בר חשו, הסיבה לכך שהתפיסה אינה מועילה היא, שהתפיסה אינה אלא של מיטלטלין ולא של החוב עצמו, כלומר אין כאן אלא הבטחת פירעון ולא הפירעון עצמו. ולא ברור מה ההבחנה ביניהם). וראה גם שו"ת מהרשד"ם, אבן העזר, סימן קסב. בין האחרונים יש גם דעות שרש"י אינו חולק על העיקרון שאין שליחות לחובת אחרים (ואכן ראה רש"י, כתובות פד ע"ב, ד"ה התופס). ראה לדוגמה: ב"ח, חו"מ, סימן קה, סעיף א (לפיו לא אמר רש"י את דבריו אלא בשליח שקנה את זכות התביעה מכוח "אורכתא". על מוסד זה, ראה להלן, ליד ציון הערה 211); ש"ך, חו"מ, סימן קה, ס"ק א (הוא חולק על הב"ח ומעמיד את דברי רש"י בשליח בשכר). על ניתוח דרכו של רש"י, ראה עוד המקורות שהפנה אליהם נ' רקובר, השליחות וההרשאה, נספח שני, עמ' 369, ס"ק ד. וראה: א"ד הררי, "בענין התופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים", אור תורה לט (תשס"ז), עמ' תריז; אור אליהו – הארות וחידושי הרב אליהו בוצ'קו על סוגיות בש"ס, כוכב יעקב תשע"ב, עמ' 161-169.

[77] רא"ש, גיטין, פרק א, סימן יג.

[78] וראה טבעת החושן, חלק ד, קונטרס בדיני שליחות, סימן ח: "אף במקום שהבעלים יכול לתפוס או לתבוע, מכל מקום שליחות אינו מועיל בזה שלא נתנה תורה הדין שליחות בזה האופן, ואין לך בו אלא חידושו, ורק באופן שאינו עושה שום רעה לחבירו הוא דנאמר הדין שליחות". לדברינו כאן בהסבר דברי הרא"ש, השווה: מערכות חיים (שפירא), מערכת זכיה, סימן ד; מנחת אשר (וייס), בראשית, סימן נט, אותיות ג-ד.

[79] ראה חידושי הר"ן, בבא מציעא יא ע"ב, ד"ה האי חצר (מובא בקיצור בנימוקי יוסף, בבא מציעא ה ע"ב

בהרחבה להלן[80]) המונע מינוי שליח, והוא ש״אי אפשר לזכות לחבירו מתורת שליחות אלא אם כן עושה שליחותו של בעל הממון״. לפי אותו דין, אין השולח יכול למנות שליח, אלא אם הוא בעל הנכס מושא השליחות (״בעל הממון״), שאז יש תוקף לשליחות, אף אם יש בה כדי לחוב לאחרים[81]. ואף כשהנכס אינו נמצא בפועל בידי השולח, אם יש בכוחו להביאו לרשותו, די בזה להחשיבו כ״בעל הממון״, ובלבד שיש לו יכולת בלעדית לעשות זאת. לעומת זאת, אם אפשרות זו עומדת גם לאחרים, הרי שפעולת השליח פוגעת בהם (״חב לאחרים״), ולא ניתן אפוא לראות את השולח כ״בעל הממון״, גם לא בכוח, ומשום כך אין תוקף למינוי השליח[82].

ויש מן האחרונים[83] המוצאים זיקה בין הלכת רבי יוחנן ובין הכלל ״אין שליח לדבר עברה״[84]. תפיסת רכושו של חייב במקום שהדבר ״חב לאחרים״ היא כעין עברה, שכן לשליח עצמו אין הצדקה לפגוע בשאר הנושים. על פי נימוק זה, בשונה מן הנימוקים הקודמים, שליחות במקום שחב לאחרים עשויה לפי דעות אחדות להיות תקפה[85].

(ג) היקף הדין

בדבר היקפה של ההלכה נחלקו הדעות, אולם חילוקי דעות אלה אינם נובעים מהבדל בטעמה של ההלכה, אלא כפי שנראה, מפרשנות אחרת של המושג ״חב לאחרים״. כאמור, החריג מבוסס על הלכת רבי יוחנן: ״התופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים — לא קנה״. מן הלשון ״במקום שחב לאחרים״, עולה לכאורה שאם אין לחייב נושים אחרים, השליח יכול לתפוס מנכסי החייב לטובת שולחו, אף על פי שבכך הוא פוגע בחייב עצמו. כך עולה לכאורה גם

(בדפי הרי״ף), ד״ה ראה אותם רצים). על ההקשר שאומר בו הר״ן את דבריו, ראה להלן, הערה 405.

[80] בנספח שני לסעיף זה, עמ׳ 80.

[81] וזו הסיבה שהחייב עצמו יכול למנות שליח שיזכה בחוב עבור אחד מהנושים, אף שהוא פוגע בכך בנושים האחרים. ראה להלן, ליד ציון הערה 94.

[82] כך ביארו בדבריו: בניין דוד (טאוב), בבא מציעא י ע״א, ד״ה ונראה דהנה; ר׳ משה צבי ארדמן, בהגהתו בשו״ת עטרת יצחק, סימן ה, באמצע ההגהה האחרונה (״והמשמעות בגמרא כך הוא, דאם לא היה חב לאחרים, ורק היה משועבד לו בלבד, היה נראה דהוא הבעל ממון על זה״); קהילות יעקב (קנייבסקי), גיטין, בני־ברק תשמ״ח, סימן י, ד״ה ועיקר הדבר (״ולהר״ן ז״ל זהו הטעם דתופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים לא קנה, שאינו שלוחו של בעל הממון ולית ביה דין זכייה״). וראה עוד חידושי הגרנ״ט, גיטין, סימן עב, ד״ה והנראה (״ומה שבכל מקום אינו מועיל תופס לבעל חוב, יש לומר דהיינו טעמא משום דחסר שלוחו של בעל הממון״). וראה גם מאמרו הנזכר להלן, הערה 404.
והשווה להלן, הערה 384, שם נראה גישה אחרת, ולפיה הכללים אינם חופפים זה לזה אלא משלימים זה את זה. הכלל ״שלוחו של בעל הממון״ מסייג את דיני השליחות, ואילו הכלל ״תופש לבעל חוב במקום שחב לאחרים״ מסייג את דין ״זכין לאדם שלא בפניו״ (לעניין כלל זה, הם נוקטים אפוא כשיטת רש״י, לעיל, הערה 76).

[83] ראה: פני יהושע, כתובות פד ע״ב, ד״ה בד״ה את (אלא שהוא עצמו חזר בו מפירוש זה); חידושי רבי עקיבא איגר, חו״מ, סימן קה, סעיף א, בשם בית מאיר; כסף הקודשים, שם. והשווה קצות החושן, סימן קה, ס״ק א, שדוחה הסבר זה. וראה נ׳ רקובר, השליחות וההרשאה, נספח שני, עמ׳ 369, ס״ק ג. וראה להלן, הערה 168.

[84] על כלל זה, ראה בהרחבה דיוננו להלן, פרק שלישי, ד, עמ׳ 26.

[85] זוהי דעת ׳נתיבות המשפט׳ בעניין ״אין שליח לדבר עבירה״, שהכלל אינו אמור אלא במישור העונשי ולא במישור דיני ממונות. ראה על כך בדיוננו להלן, ליד ציון הערה 144.

ממה שפסק הרמב"ם[86]: "אבל אם אין עליו חוב לאחרים – קנה לו". וכך הוא אמנם גם לדעת הרא"ש[87], האומר שביחס לחייב, השליח אינו נחשב "חב לאחרים", "כיון שהלוה מודה שהוא חייב, או השטר מקויים [=מאומת] ביד התופס". כלומר, התפיסה אינה פוגעת בלווה, שכן הוא אכן חייב לשלם, ואין הוא יכול לטעון אפוא לפגיעה בזכויותיו. לעומתו, הרי"ף[88] מצמצם את מה שקבע הוא עצמו[89], כשאמר: "התופש לבעל חוב במקום שאינו חב לאחרים – קנה". לדעתו, בעיקרון, אף על פי שהלווה חייב לפרוע את חובו, תפיסת נכסיו נחשבת כפגיעה בו, ומן הדין היה לפסול את מינויו של השליח. ואם לא נפסל המינוי (כשהוא אינו פוגע באחרים), הרי זה מכוח תקנה שתיקנו חכמים כדי להגן על זכויותיו של הנושה, וזאת רק אם נשקפת סכנה ממשית לסיכוייו לגבות את חובו. כך הוא לדוגמה כשהלווה פושט את הרגל או גוסס. אם לא כן, מינוי השליח אכן אינו תקף, אף אם אין כנגד החייב תביעות מצד נושים אחרים[90].

הדעות חלוקות אפוא בהגדרת המושג "חב לאחרים", האם הוא כולל את מי שחייב על פי דין? לדעת הרא"ש, מי שראוי לו להיפגע אינו נכנס לאותה קטגוריה, ואילו לדעת הרי"ף, אף שהפגיעה היא כדין, אין בה כדי להתיר מינוי שליח. פגיעה, אף כשהיא כדין, עדיין היא פגיעה. ב'שולחן ערוך'[91] נפסק כדעת הרי"ף: "אם אין עליו חוב לאחרים, זכה התופס לבעל חוב. ודוקא במקום דאיכא פסידא לבעל חוב, כגון שהוא גברא דמפסיד נכסיו או שהֶעֱנִי וירד מנכסיו"[92].

האם נכון לומר שהרא"ש חולק על הרי"ף רק כשהצד השלישי חייב את מושא השליחות לשולח (כגון לווה שחייב לפרוע לו את חובו), אבל אם לא כן, כל פגיעה בצד השלישי פוסלת את השליחות? אכן זו דעתו של ר' יחזקאל לנדא, בעל ה'נודע ביהודה'[93], המחדש על פי עיקרון זה שאף לפני חרם דרבנו גרשום, אי אפשר לגרש אישה בעל כורחה על ידי שליח, שכן הגירושין האלה פוגעים באישה (שהרי אינה חייבת להתגרש), ורק הבעל בעצמו רשאי

[86] רמב"ם, הלכות מלווה ולווה, פרק כ, הלכה ב, בעקבות הרי"ף, גיטין ה ע"א (בדפי הרי"ף).

[87] רא"ש, בבא מציעא, פרק א, סימן כז.

[88] ראה שו"ת הרי"ף, סימן רעה. וביתר הנמקה ראה התשובה המובאת בשמו בחידושי הרשב"א, בבא מציעא י ע"א, ד"ה ולענין. וראה בהרחבה דיון בשיטת הרי"ף אצל נ' רקובר, השליחות וההרשאה, עמ' 21-24.

[89] רי"ף, גיטין ה ע"א (בדפי הרי"ף).

[90] גישה זו של הרי"ף עולה בקנה אחד עם הנימוק שהציע הר"ן לדין "תופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים", לעיל ליד ציון הערה 79, ולפיו אין תוקף לשליחות אלא כאשר מושא השליחות הוא דבר שבבעלותו של השולח, ואילו כאן החוב אינו בבעלותו אלא בבעלות החייב (שהרי "מלווה להוצאה ניתנה"). ראה: בניין דוד (טאוב), בבא מציעא י ע"א, ד"ה ונראה דהנה הר"ן; קהילות יעקב (קנייבסקי), גיטין, סימן י, ד"ה ולפ"ז לאו. וראה מעין זה, קצות החושן, סימן קסג, ס"ק א, שכתב דברים דומים על דברי התוספות המובאים להלן, ליד ציון הערה 386. וראה עוד: מערכות חיים, מערכת זכיה, סימן ד, אות ג ואילך; משפטי השליחות, שער שני, סימן לז, ענף ד, אות ג.

[91] שולחן ערוך, חו"מ, סימן קה, סעיף ד.

[92] וראה שם, ביאור הגר"א, ס"ק י, שציין שהרא"ש, בבא מציעא, פרק א, סימן כז, חולק על כך.

[93] שו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, אבן העזר, סימן ב; שם, מהדורא תניינא, אבן העזר, סימן קי. 'נודע ביהודה' כותב שזהו חידוש "שלא נזכר עדיין בשום פוסק". אבל ראה נ' רקובר, השליחות וההרשאה, נספח שני, עמ' 368, ס"ק א, שחידוש זה כבר נזכר (אמנם שלא מתוך הסכמה) בספר העיטור, שלישות גט (מהדורת ר"מ יונה, חלק א, מו ע"ד).

לגרשה בעל כורחה. אבל ר׳ אריה ליב הכהן, בעל ׳קצות החושן׳[94], דוחה את דבריו. לדעתו, כל דבר שבבעלותו ושליטתו של האדם, רשאי הוא לעשותו על ידי שלוחו, אף אם הוא כרוך בפגיעה באינטרסים של זולתו. ולא נאמר הסייג שאסור למנות שליח אם הוא ״חב לאחרים״ אלא לגבי תופס לבעל חוב, שאין לשולח בעלות ושליטה על מושא התפיסה[95].

עניין נוסף שנחלקו בו הראשונים בהגדרת המושג ״חב לאחרים״ הוא, האם רק גרימת נזק ממשי נחשבת לפגיעה שבגינה אין תוקף למינוי שליח?[96] או שמא הוא הדין גם במניעת רווח? דוגמה לכך הוא שליח שנשלח להגביה מציאה ברשות הרבים[97], שזכייתו במציאה עבור שולחו מונעת את הזכייה מאחרים. לדעת הרמב״ן[98], מסקנת התלמוד היא שכאשר פעולת השליח אינה גורמת לאחרים אלא מניעת רווח, אין להגדירה כ״חב לאחרים״, והשליחות תקפה. לעומת זאת, מדברי התוספות[99] עולה שאם פעולת השליחות גורמת למאן דהוא מניעת רווח, השליח מוגדר כ״חב לאחרים״, ובעיקרון, יש לפסול את שליחותו.

אמנם למעשה מחלוקת זו אינה כה קיצונית, מכפי שהיא נראית במבט ראשון. התוספות[100] מסבירים שהכלל ״תופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים — לא קנה״ לא נאמר אלא כאשר השליח לא היה רשאי באופן עצמאי לתפוס את רכושו של החייב, כגון שאינו בעל חובו. לעומת זאת, אם השליח עצמו הוא אחד הנושים, אין מניעה שיתפוס מן הרכוש של החייב עבור נושה אחר. ההיגיון לכך הוא: ״מיגו דזכי לנפשיה — זכי לחבריה״. כלומר, מתוך שיכול לזכות עבור עצמו, הוא יכול גם לזכות עבור חברו[101]. כאלה הם רבים מן המקרים של מניעת רווח, שברבים מהם השליח היה רשאי לעשות את הפעולה עבור עצמו, ומשום כך אין מניעה

94 קצות החושן, סימן קפב, סוף ס״ק ב (על פי הרמב״ם, הלכות מלווה ולווה, פרק כ, הלכה ב: ״אם אמר לו הלוה ׳זכה בחפץ זה לפלוני׳, זכה לו, ואין אחד מבעלי חובות יכולין לגבות מאלו המטלטלין, שכבר זכה בהן אחר [וזאת אף שזכייה זו פוגעת בנושים של החייב]״). וראה מו״ר הרב משה בוצ׳קו, הגיוני משה על הש״ס, כרך א, ירושלים תשס״ו, גיטין י ע״א, עמ׳ רו.

95 להרחבת דברים בהסבר שיטת ׳קצות החושן׳, ראה הרב ש״ז אוירבך, ״בעניין ׳שליחות לדבר עבירה׳״, שנה בשנה, תשנ״ו, עמ׳ 177, בעמ׳ 187־190. והשווה מערכות חיים, מערכת זכיה, סימן ד.

96 דוגמת תפיסת רכוש החייב על ידי שלוחו של אחד הנושים, הפוגעת בשעבודם של יתר הנושים.

97 ראה בבא מציעא י ע״א, שהאמוראים נחלקו בעניין זה. דעת רב נחמן ש״המגביה מציאה לחבירו — לא קנה חבירו״, משום שהוא כ״תופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים״. ואילו דעת רבי יוחנן (שהלכה כמותו), ש״המגביה מציאה לחבירו — קנה חבירו״. ונחלקו דעות הראשונים, כפי שנראה מיד, מדוע לדעת רבי יוחנן אין להגדיר את המגביה כ״חב לאחרים״.

98 חידושי הרמב״ן, בבא מציעא י ע״א, ד״ה אמר. הרמב״ן מדגיש שנטילת האבדה על ידי השליח אינה חוב, גם לא לבעל האבדה, שכן לא הנטילה היא שמפקיעה את בעלותו על האבדה אלא העובדה שנתייאש ממנה עוד טרם נטילתה. בדרך אגב, נעיר שלפי זה מוכח שדעת הרמב״ן היא שתוצאת הייאוש היא שהאבדה הופכת להפקר. והשווה מ׳ ויגודה, חוק לישראל, השבת אבדה, ירושלים תשנ״ב, עמ׳ 75־76, דעות אחרות שהובאו שם בעניין התוצאות המשפטיות של הייאוש.

99 תוספות, בבא מציעא י ע״א, ד״ה א״ר יוחנן; גיטין יא ע״ב, ד״ה התופס.

100 שם.

101 מכוח עיקרון זה, ראה השאלה היפה שהעלה מהר״ץ חיות בחידושיו לנזיר יב ע״א, ד״ה גמרא. על סוגיה זו במסכת נזיר, ראה דיוננו על סעיף 4, ליד ציון הערה 174. נטעים שהרמב״ן חולק על גישה זו של התוספות, ולדעתו כאשר השליח גורם הפסד לנושים אחרים, אין הוא יכול לשמש כשליח לגביית החוב אף שהוא עצמו אחד מנושיו של החייב. ראה חידושי הר״ן, בבא מציעא י ע״א, ד״ה אמר ר׳ חייא. על כן נזקק להבחנה בין גרימת הפסד למניעת רווח להסביר מדוע ניתן למנות שליח להגבהת מציאה. והשווה מערכות חיים, מערכת זכיה, סימן ב, אותיות ג־ד.

שיעשה אותה עבור חברו. כך הוא לדוגמה בזכייה במציאה: השליח היה יכול לזכות במציאה לעצמו, ועל כן אין מניעה שיזכה בה עבור שולחו. אם כן, המחלוקת בין הרמב"ן לבין התוספות למעשה אינה כה קיצונית, והיא מצטמצמת למקרים שבהם השליח מונע מאחרים רווח שהוא עצמו לא יכול להפיק אותו. נניח לדוגמה שחמישה בני אדם הם בעלי אופציה לרכישת מוצר מסוים. לדעת התוספות, איש מהם אינו רשאי למנות שליח לעשות את העסקה במקומו. השליח אינו בעל אופציה, והצלחת שליחותו מונעת רווח משאר בעלי האופציה[102]. לעומת זאת, הרמב"ן אינו רואה כל מניעה למינוי שליח במקרה זה, שכן מניעת רווח משאר בעלי האופציה אינה נחשבת בעיניו לפגיעה, ואינה בגדר "חב לאחרים"[103].

(2) המחאת זכות ("מעמד שלושתם")

האפשרות המשפטית להמחאת זכות נחשבת לחידוש במשפט העברי, שכן זכות התביעה אינה נכס מוחשי, ובעיקרון לא היה דרך לעשות בה עסקה. כדי להקל בכל זאת על חיי המסחר, תיקנו חכמים דרך מיוחדת להמחאת זכות. על פי תקנתם, ההמחאה חייבת להיעשות בנוכחותם של שלושת הגורמים המעורבים בה: הנושה (המעביר את זכות התביעה שלו), הנמחה (המקבל את זכות התביעה), והחייב (שמעתה אינו חייב עוד כלפי הנושה המקורי אלא כלפי הנמחה). לפרוצדורה מיוחדת זו קוראים "מעמד שלושתם". וזה לשון הרמב"ם בעניין זה[104]: "היו עומדים שלשתם, ואמר לו 'מנה שיש לי בידך, בין פיקדון בין מלוה, תנהו לזה' – קנה לוי. ואין אחד משלושתם יכול לחזור בו. ודבר זה אמרו חכמים שהיא הלכה שאין לה טעם, לפיכך אין למדים ממנה לדין אחר". ומאחר שמדובר בפעולה משפטית חריגה, סברו חכמים שאין להוסיף חידוש על חידוש, ואין לאפשר "מעמד שלושתם" על ידי שליח. לכן נפסק ב'שולחן ערוך'[105]: "מעמד שלשתם על ידי שליח, כגון ששלח הנותן שלוחו לנפקד ליתנו למקבל – לא מהני".

עם זאת, יש מי שאומר[106] שאף על פי כן, יכול הנמחה, המקבל את זכות התביעה, להיות מיוצג ב"מעמד שלושתם" על ידי שליח. ההבדל בין הממחה, שלכולי עלמא אינו יכול להיות

102 שו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, אבן העזר, סימן סד, ומהדורא תניינא, אבן העזר, סימן ע, מעיר שלכאורה שליח לקידושי אישה נחשב לדעת התוספות כתופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים, שכן בקידושין אלו הוא מונע מאחרים את האפשרות לקדש לעצמם אישה זו. לפי זה, ניתן לקדש אישה על ידי שליח רק כשהשליח יכול לקדשה לעצמו ("מיגו דזכי לנפשיה, זכי נמי לחבריה"), ולא ניתן לקדשה על ידי שליח שהוא עצמו אינו יכול לקדשה, כגון אביה או אחיה (וראה מה שהעיר על זה גיליוני הש"ס (ענגיל), קידושין נא ע"ב). אבל 'נודע ביהודה' דוחה בעצמו סברה זו ואומר שכיוון שהאישה אינה מתקדשת אלא לרצונה, אין להגדיר שליח לקידושין כמי שחב לאחרים, ובלשונו: "כיון שהיא בעלת בחירה ומתרצית לזה, מי יוכל לכופה להתקדש לאחר, אף אם לא היתה מתקדשת לזה!? ואינו דומה למגביה מציאה, שהוא דבר שאינו בן דעת ולא בעל בחירה, וכל המוצאו יכול לזכות בו, נמצא מי שקדם וזכה, חב הוא לאחרים, שמונע שוב אותן אחרים מלזכות בדבר זה... אבל אשה היא ברצונה תליא... אין כאן חוב לאחרים". וכבר הקדימו אותו: הרשב"א בחידושיו, קידושין סה ע"ב, ד"ה מיהו; שו"ת מהרשד"ם, אבן העזר, סימן קסב. וראה נ' רקובר, השליחות וההרשאה, נספח שני, עמ' 368, ס"ק ב. וראה ד' הלבני, עלה לא נדף: חיים של לימוד בצל המוות, תל־אביב 1999, עמ' 109־110.

103 לא מצאתי ששאלה זו הוכרעה בין הפוסקים. וראה שו"ת רבי עקיבא איגר, מהדורא קמא, סימן קלג.

104 רמב"ם, הלכות מכירה, פרק ו, הלכה ח.

105 שולחן ערוך, חו"מ, סימן קכו, סעיף כ.

106 שולחן ערוך, שם, בשם "יש מי שאומר". הש"ך, שם, ס"ק פב, טוען שזו דעת כל הראשונים, ו'שולחן ערוך' לא היה צריך להביא אותה כדעת יחיד. אולם ביאור הגר"א, שם, ס"ק נד, אומר שמהרש"ל, ים של שלמה, גיטין, פרק א, סימן לז, אינו מקבל את ההבחנה בין נותן לבין מקבל (כלומר, בין ממחה לנמחה).

מיוצג על ידי שליח, ובין הנמחה, שיש הסוברים שהוא יכול להיות מיוצג על ידי שליח, הוא שבהענקת זכות ראוי להחיל את הכלל "שלוחו של אדם כמותו", ואילו בהפקעת זכות, ראוי שלא להוסיף על החידוש שחידשו חכמים בדין "מעמד שלושתם"[107].

(3) עדות

עד אינו יכול להעיד באמצעות שליח, משום שהשליח הוא בגדר "עד מפי עד" הפסול לעדות מגזרת הכתוב[108].

(4) שונות

יש פעולות שאינן נושא לשליחות, משום שגזרת הכתוב היא שלא תיעשנה אלא באופן אישי. נסקור כאן מקצתן.

חכמים למדו מן הכתוב לעניין רציעת עבד עברי שאין לעשותה על ידי שליח: "'ורצע אדוניו את אזנו' (שמות כא, ו) – למה נאמר? לפי שמצינו בכל מקום ששלוחו של אדם כמותו, אבל כאן הוא ולא שלוחו"[109].

[107] ראה: סמ"ע, שם, ס"ק נה; ש"ך, שם, ס"ק פג.

[108] תלמוד ירושלמי, יבמות, פרק טז, הלכה ז: "ר' ירמיה [אומר] 'על פי עדים' – לא ע"פ כתבן ולא ע"פ מתורגמן ולא עד מפי עד". וראה תשב"ץ, חלק א, סימן קכח: "שאם בא שמעון והעיד בב"ד במצות ראובן לא מקבלין סהדותיה... משום דמפיהם אמר רחמנא". וראה קצות החושן ונתיבות המשפט, סימן מה, ס"ק ב.

[109] מכילתא דרבי ישמעאל, משפטים, מסכתא דנזיקין, פרשה ב, ד"ה ורצע אדוניו. וראה הרב מ"מ כשר, תורה שלמה, חלק יז, משפטים, מילואים, סעיף ז, עמ' רנג, המביא מקורות נוספים בעניין סמיכה, מקרא ביכורים, חליצה ועוד (על חליצה ראה גם: אב בחכמה (יודלביץ), ניו־יורק תרפ"ז, עמ' ד־נג; פסקי עוזיאל בשאלות הזמן (לעיל, הערה 60. דבריו של הרב עוזיאל באו בתגובה לקונטרס 'אב בחכמה'); שו"ת איגרות משה (לעיל, הערה 48); משנת אברהם על ספר חסידים, חלק ב, עמ' רכו; שערי יושר (לעיל, הערה 48); קובץ הערות (לעיל, הערה 48); מנחת אשר (וייס), במדבר, סימן סט). וראה גם חכמת אדם, כלל ז, בינת אדם, ס"ק י. וראה תוספות, יבמות קא ע"ב, ד"ה וקראו לו ולא שלוחן. וראה הרב מ"א עמיאל, המידות לחקר ההלכה, חלק ב, מידה טו (פועל, פעולה ופועל יוצא), אות יב.

יש אומרים שחריג נוסף לדין השליחות נלמד מן המקרא הבא: "ונפש כי תחטא ושמעה קול אלה והוא עד או ראה או ידע אם לוא יגיד ונשא עונו" (ויקרא ה, א). זהו המקור לדין "שבועת העדות", ולפיו מי שתובע ממון מחברו ודורש מעדים לבוא ולהעיד לטובתו והם נשבעים לו בשקר שאינם יודעים לו עדות, חייבים העדים להביא קרבן. על כך בא מדרש ההלכה: "תנו רבנן: שלח [התובע להביא עדים] ביד עבדו [והם נשבעו לו בשקר שאינם עדים]... יכול יהו חייבין? תלמוד לומר 'אם לא יגיד ונשא עונו'. מאי תלמודא? אמר ר"א: אם לוא יגיד כתיב, אם לו [לתובע] לא יגיד – ונשא עונו, ואם לאחר לא יגיד – פטור" (שבועות לה ע"א). כסף משנה ורדב"ז (הלכות שבועות, פרק ז, הלכה ו) הבינו שכוונת מדרש הלכה זה היא שאם התובע השביע את העדים באמצעות שליח ולא באופן ישיר, אין העדים חייבים קרבן, וזהו חריג לדין "שלוחו של אדם כמותו" (כעין זה נדרש גם בספרא, פרשת ויקרא, דבורא דחובה, פרשה ח: "שלח להן ביד בנו ביד עבדו ביד שלוחו... יכול יהו חייבים? תלמוד לומר 'ושמעה קול אלה והוא עד', עד שישמעו מפי התובע"). אבל לא כך הבין את הדרשה 'לחם משנה', שם. לדעתו, אם השליח מיופה כוח לתבוע את הכסף מן החייב, הריהו מחייב את העדים שכפרו בו כאילו היה התובע בעצמו בהתאם לכלל "שלוחו של אדם כמותו", ולא שללה הדרשה השבעת עדים על ידי שליח אלא כאשר השליח מיופה כוח רק לדרוש מן העדים שיבואו להעיד (ולא לתבוע את החייב עצמו), שאז אינו מוגדר כתובע. יש להעיר שפירוש זה, שכבר הוצע על ידי רבי אברהם בן יצחק אב בית דין (הראב"ד), נדחה על ידי גדולי הראשונים, ראה: חידושי הרמב"ן, שבועות לג ע"ב, ד"ה וכתב הרב אב ב"ד; חידושי הרשב"א, שם, ד"ה והראב"ד; חידושי הריטב"א, שם, ד"ה והקשה הראב"ד. אולם גם הם אינם מפרשים

כלל מיוחד הוא בדיני השומרים שהשואל נכס ממי שמועסק אצלו ועומד עמו ביחסי עבודה כלשהם אינו נושא באחריות לשלמות המושאל (אפילו לא בגין רשלנות)[110]. פטור זה ידוע בשם "שאילה בבעלים" (על פי המקרא בעניין אחריות השואל: "אם בעליו עמו לא ישלם" (שמות כב, יד). הפטור הורחב לכל השומרים ומכאן למושג הכולל "שמירה בבעלים"). התלמוד[111] דן בשאלה: האם הפטור חל גם על שואל שהעסיק את שלוחו של המשאיל, והוא אומר שהדבר שנוי במחלוקת תנאים. הרי"ף[112] והרמב"ם[113] הכריעו שהפטור אינו חל על שואל שהעסיק את שלוחו של המשאיל, "שנאמר 'אם בעליו עמו' – הבעלים עצמן. לא שלוחן" (לשון הרמב"ם). וכך נפסק להלכה ב'שולחן ערוך'[114]. לעומתם פוסק הרמ"ה[115] שגם בעניין זה שלוחו של אדם כמותו, והביא את דעתו הרמ"א בהגהותיו[116].

את הדרשה כחריג לכלל "שלוחו של אדם כמותו". הם מסבירים שלא די שהשליח יהיה מיופה כוח לתבוע את החייב כדי שיוגדר כ"תובע" על פי הדרשה, אלא יפוי הכוח שלו צריך להיות כזה שהנתבע אינו יכול לסרב להתדיין עמו, ואין זה מתקיים אלא כאשר השליח בא בהרשאה, כפי שנקבע בתלמוד (שבועות לג ע"ב), וכפי שנראה בדיוננו להלן, פרק רביעי, ב(1)(ב), עמ' 49, כשנעמוד על ייחודה של שליחות לתביעה משפטית. וראה הפלאת שבועות (לרב אליהו דוד רייכמן), חלק ב, קרית גת תשמ"ז, סימן לו, בעניין שבועת העדות ושבועת הפקדון בפני שליח, המראה שבעיקרון זו גם דעת הרמב"ם, הלכות שבועות, פרק ט, הלכה ו. וראה להלן, הערה 221.

110 ראה רמב"ם, הלכות שאלה ופקדון, פרק ב, הלכה א. פטור זה תמוה מאוד. אמנם ראה רלב"ג, שמות כב, יד, המבקש להסביר: "כי מפני שבעליו היה תחת ידו בשעת שאלה, הנה לא יתכן שישתעבד זה לו אז בשמירת הבהמה, כי לא יהיה האדם עבד ואדון יחד לאיש אחד". להסבר אחר ראה ספר החינוך, מצווה ס. אבל ראה שו"ת חוות יאיר, סימן רכג: "והנה בגוף הדין תמהתי כל ימי, אחר שפיקודי ה' ישרים וכלם נכוחים בטוב טעם וישרים למוצאי דעת... ומי יתן ואדע לקרב הדבר הזה אל השכל... [הלא הוא] משיב רעה תחת טובה... וכי משום שהמשאיל במלאכתו של שואל ילקה באבדון ממונו ביד שואל?". וראה להלן, סעיף 11, הערה 36.

111 בבא מציעא צו ע"א.

112 רי"ף, בבא מציעא נה ע"א (בדפי הרי"ף).

113 רמב"ם, שם, הלכה ה.

114 שולחן ערוך, חו"מ, סימן שמו, סעיף ו.

115 הובאו דבריו בטור, חו"מ, סימן שמו, סעיף ו. ונראה שכך נוקט גם הרא"ש בפסקיו, בבא מציעא, פרק ח, סימן ב.

116 וראה ש"ך, שם, ס"ק ד. מחלוקת התנאים בעניין שאלה בבעלים אינה מפורשת, והתלמוד מסיק את קיומה ממחלוקת תנאים אחרת בעניין הפרת נדרים על ידי שליח. וכך שנינו: "האומר לאפוטרופוס 'כל נדרים שנודרת אשתי מכאן ועד שאבא ממקום פלוני, הפר', והפר לה, יכול יהו מופרין? תלמוד לומר 'אישה יקימנו ואישה יפרנו'. דברי רבי יאשיה. אמר לו רבי יונתן: מצינו בכל התורה כולה שלוחו של אדם כמותו" (נדרים עב ע"ב; נזיר יב ע"ב; בבא מציעא צו ע"א). ההלכה נפסקה כרבי יאשיה (רמב"ם, הלכות נדרים, פרק יג, הלכה ט), ואף אם מונה השליח לאחר שהאישה נדרה (רא"ש, נדרים, שם; טור ושולחן ערוך, יורה דעה, סימן רלד, סעיף ל). והסביר הר"ן, נדרים שם, שהדבר נלמד בגזרת הכתוב מן הפסוק "אישה יקימנו ואישה יפרנו" (במדבר ל, יד), "דכיון דכתב רחמנא אישה תרי זמני, משמע דוקא אישה ולא השליח". והשווה לקח טוב (ענגיל), כלל א, ס"ק ז. וראה דיוננו בסעיף 2, הערה 32.
לפנינו אם כן פעולה נוספת בה הדין קובע שאין לעשותה אלא באופן אישי. כאמור, מקורו של חריג זה הוא בגזרת הכתוב, ונראה שהרמ"ה לא פסק כשיטת רבי יאשיה בעניין שאלה בבעלים, משום ששם אין גזרת הכתוב. והשווה: תוספות, בבא מציעא צו ע"א, ד"ה שליח; חידושי הריטב"א, שם, ד"ה או דילמא, שטענו שגם בשאלה בבעלים יש גזרת הכתוב, משום שהכתוב מזכיר פעמיים את המילה 'בעליו'. וראה לעיל, הערה 71.

ד. פעולה בניגוד לדין (״אין שליח לדבר עברה״)

(1) מבוא

ברק[117] מציין שחוק השליחות אינו חל אלא על פעולות שהן במסגרת הדין. מטרת חוק השליחות לאפשר לאדם להרחיב את תחום פעילותו המשפטית. לעומת זאת, מטרת הדינים המטילים אחריות בגין פעולות אסורות היא מטרה הפוכה, למנוע מן האדם ביצוע פעולות אלה על ידי הענשתו או על ידי חיובו בפיצוי. אמנם החוק מכיר במושג של אחריות שילוחית, אולם אין זה מכוח חוק השליחות, שהרי לפי חוק השליחות השליח יוצא מן התמונה, ואילו האחריות השילוחית באה בנוסף לאחריות האישית של השליח. נמצא שעל פעולות שהן בניגוד לדין, אין להחיל את עקרונות חוק השליחות, ומי שעושה פעולה משפטית שהיא בניגוד לדין באמצעות שליח, אין לפעולתו תוקף כלפי השולח, ואין היא משנה את מצבו המשפטי (להוציא האחריות הפלילית או הנזיקית שחוקים אחרים עשויים להטיל עליו)[118].

במשפט העברי, כלל ידוע הוא ש״אין שליח לדבר עברה״[119]. אולם שאלות עקרוניות מתעוררות בעניין משמעותו והיקפו[120] של כלל זה. ראשית, יש לשאול מה משמעות הכלל? האם זהו כלל מתחום המשפט הפלילי, שאין מענישים אדם על מעשהו של שלוחו, אף

[117] ברק, סעיף 213. וראה פרוקצ׳יה, עמ׳ 76־77, המסכים לדעת ברק.

[118] בעניין זה, ראה י׳ אנגלרד, א׳ ברק, מ׳ חשין (בעריכת ג׳ טדסקי), דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית, ירושלים תשל״ז, עמ׳ 474.

[119] קידושין מב ע״ב ועוד מקומות רבים בתלמוד.

[120] בעניין היקף הכלל, יש להבהיר מיד שכאשר השליחות היא לפעולה שאינה עברה, אלא שהשליח מחליט לעשות אותה תוך כדי ביצוע עברה, אין זה נוגע לכלל ״אין שליח לדבר עברה״. כך לדוגמה, מי שנשלח לקנות חפץ והחליט לקנות אותו בשבת, אין בכך כדי לפסול את השליחות. ראה משנה למלך, הלכות גנבה, פרק ג, הלכה ו. וראה מה שהעיר על כך קהילות יעקב (קנייבסקי), בבא מציעא, בני־ברק תשמ״ח, סימן טז, אות ה. וראה גם קצות החושן, סימן קפב, ס״ק ב, מה שהעיר על שו״ת נודע ביהודה (להלן, הערה 148), בעניין שליח המגרש אישה בעל כורחה. אבל השווה הפלאה, כתובות לג ע״ב, ד״ה שם בגמרא; ק ע״א, ד״ה ועיין בהרא״ש. עוד ראה הרב א׳ שרמן, ״תוקפו ההלכתי של טופס הרשאה למכירת קרקע לשביעית״, תורה שבעל פה לה (תשנ״ד), עמ׳ צא, בעמ׳ צה־צח, שהרחיב בניתוח שיטת משנה למלך. וראה הרב ש״ז אוירבך, ״בעניין ׳שליחות לדבר עבירה׳״, שנה בשנה, תשנ״ו, עמ׳ 177, בעמ׳ 181־183, ובעמ׳ 186. וראה א׳ שיינפלד, חוק לישראל, נזיקין, ירושלים תשנ״ב, עמ׳ 84.
עוד יש להבהיר שגם אם השליח מקבל תשלום לביצוע השליחות, אין אומרים ״יד פועל כיד בעל הבית״, אלא גם כאן ״אין שליח לדבר עברה״. כך עולה מדברי הרמב״ם, הלכות רוצח ושמירת הנפש, פרק ב, הלכה ב: ״השוכר הורג להרוג את חבירו או ששלח עבדיו והרגוהו... עון הריגה בידו, וחייב מיתה לשמים, ואין בהן מיתת בית דין״. וכך עולה גם מן התוספות, בבא קמא נו ע״א, ד״ה אלא. וראה שער משפט, סימן קפב, ס״ק א, המובא בערוך השולחן, חו״מ, סימן קפב, סעיף יב (אם כי השווה להלן, הערה 259, שם נביא דברי פוסקים, ולפיהם בשליח בשכר יש שליחות לדבר עברה). אמנם יש מי שסבורים שהשולח אינו חייב מדיני שמים אלא כאשר שכר את שירותי השליח לביצוע העברה. ראה תוספות, שם.
בעניין חיוב בדיני שמים, ראה להלן, הערה 124. בעניין ״יד פועל כיד בעל הבית״ ראה להלן, פרק רביעי, ב(2)(ב), עמ׳ 56. לעניין זכותו של שליח שעשה את העברה שנשכר לעשותה לתבוע את שכרו, ראה נ׳ רקובר, ״ענישה במעשה הבא בעבירה״, סדרת מחקרים וסקירות במשפט העברי, חוברת ב, ירושלים תש״ל, עמ׳ 8 ואילך.
לשאלה אם הכלל ״אין שליח לדבר עבירה״ חל גם על נכרים, ראה: מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן יד, ד״ה אם; הרב ש׳ ישראלי, עמוד הימיני, סימן טז, פרק א (שליחות לדבר עברה בבני נוח ברציחה ובשאר עבירות), עמ׳ קסב־קסז במהדורת תשכ״ו (=עמ׳ קסח־קעג, במהדורת תש״ס).

שמבחינת המשפט הפרטי המעשה יוצר אותן תוצאות משפטיות שהיו אילו השולח פעל בעצמו? או שמא זהו גם כלל מתחום המשפט הפרטי, ולפיו פעולה אסורה שנעשתה באמצעות שליח נעדרת תוקף משפטי? כמו כן יש לשאול, האם העיקרון חל גם כאשר השליח אינו מודע לעובדה שפעולת השליחות אסורה על פי דין? ועוד אפשר לשאול, מה הדין כאשר המעשה אינו עברה אלא מצד השולח ולא מצד השליח? וכן להפך. מה דין פעולה שמותרת לשולח ואסורה לשליח? כפי שנראה להלן, בכל השאלות האלה נחלקו הדעות בין הפוסקים. אולם כדי להבין את יסודות חילוקי הדעות ביניהם, יש לעמוד תחילה על מקורו של הכלל "אין שליח לדבר עברה".

לפני שנפתח בדיון זה, חשוב להבהיר שאף שהכלל הוא ש"אין שליח לדבר עברה", ולפי זה השולח אינו נושא בעונש פלילי על מעשהו של שלוחו, הרי כבר קבעו הפוסקים שלמעשה יש נסיבות שבהן ראוי להעניש אף את השולח על פי דין המלך ולצורך השעה, כדברי הרמב"ם[121]: "השוכר הורג להרוג את חבירו או ששלח עבדיו והרגוהו... כל אחד מאלו שופך דמים הוא, ועון הריגה בידו, וחייב מיתה לשמים, ואין בהן מיתת בית דין. ומנין שכן הוא הדין, שהרי הוא אומר 'שופך דם האדם באדם דמו ישפך' – זה ההורג בעצמו שלא על ידי שליח... 'מיד איש אחיו אדרוש את נפש האדם' – זה השוכר אחרים להרוג את חבירו[122]. ובפירוש נאמר בשלשתן לשון דרישה, הרי דינם מסור לשמים. וכל אלו הרצחנים וכיוצא בהן שאינן מחוייבים מיתת בית דין, אם רצה מלך ישראל להרגם בדין המלכות ותקנת העולם, הרשות בידו. וכן אם ראו בית דין להרוג אותן בהוראת שעה, אם היתה השעה צריכה לכך, הרי יש להם רשות כפי מה שיראו". עולה מדבריו שלכל הפחות כשקיימת סבירות גבוהה שהשליח ייענה לבקשת השולח לבצע את העברה (כגון ברוצח שכיר או בעבדו)[123], דינו של השולח "מסור לשמים"[124], ויש סמכות ביד הרשות לענוש אותו.

[121] רמב"ם, הלכות רוצח ושמירת הנפש, פרק ב, הלכות ב־ד.

[122] לכאורה, מקורו של הרמב"ם בבראשית רבה (וילנא), פרשת נח, פרשה לד, אות יג: "'מיד איש אחיו [אדרוש את נפש האדם]' (בראשית ט, ה), זה השוכר את אחרים להרוג את חבירו". אבל ראה להלן, הערה 124, שמפרשי הרמב"ם חיפשו לו מקור בתלמוד. וראה: תורה תמימה, בראשית, פרק ט, הערה ז; תורה שלמה, בראשית, פרק ט, הערה לב.

[123] ראה י"מ גינצבורג, משפטים לישראל, ירושלים תשט"ז, פרק שישי, אות כח (עמ' קס), שכך עולה משו"ת הריב"ש, סימן רנא, שאף שבעניין שנדון לפניו, השליח להרוג לא היה שכירו ולא עבדו של השולח אלא לכל היותר מי שנתון להשפעתו, הוא הסיק בכל זאת מהלכת הרמב"ם שיש סמכות להעניש לצורך השעה גם את השולח.

[124] רבים ממפרשי הרמב"ם דייקו בלשונו שהשולח חייב בדיני שמים כששכר שליח דווקא, ולא כששלח אותו באמירה גרידא, ותמהו מה מקורו, שכן לא כך עולה לכאורה מסוגיית קידושין מג ע"א, הדנה בשולח שליח להרוג. נראה שהמקור לדברי הרמב"ם הוא דברי רבנו חננאל באותה סוגיה. התלמוד מביא מחלוקת בין שמאי הזקן לבין חכמים בשאלה אם השולח שליח להרוג כמוהו כרוצח במו ידיו: "האומר לשלוחו צא הרוג את הנפש – הוא חייב, ושולחיו פטור; שמאי הזקן אומר משום חגי הנביא:... שולחיו חייב". ראייתו של שמאי הזקן היא מהמקרא: לאחר שאוריה החִתי נהרג במלחמה בעקבות פקודת דוד לשולחו לחזית, האשים נתן הנביא את דוד במיתתו והוכיחו בזה הלשון: "מדוע בזית את דבר ד' לעשות הרע בעיני. את אוריה החתי הכית בחרב ואת אשתו לקחת לך לאשה ואתו הרגת בחרב בני עמון" (שמואל ב יב, ט). מלשון הכתוב עולה שדוד נחשב כמי שהרג את אוריה, אף על פי שלא המית אותו בעצמו אלא על ידי שלוחיו, שפעלו בציוויו. מכאן הסיק שמאי הזקן שהשולח להרוג כמוהו כרוצח. התלמוד תמה כיצד מתיישבת הלכת שמאי הזקן עם הכלל "אין שליח לדבר עברה", ואחת האפשרויות

שהוא מציע היא: "שאני התם [בעניינו של אוריה], דגלי רחמנא 'אותו הרגת בחרב בני עמון'". ואולם התירוץ סתום, ולא ברור במה שונה עניינו של אוריה מכל שליחות לדבר עברה, ומדוע לא חל בו הכלל "דברי הרב ודברי התלמיד – דברי מי שומעים", כמו בכל שליחות לדבר עברה (ראה להלן בהמשך תת־פרק זה). על כך כותב רבנו חננאל (מובא באוצר הגאונים, קידושין, ליקוטי פירושי רבנו חננאל, עמ' 32): "שמעינן מינה משום דהוי מלך, ואין רשות לאדם להמרות פיו, ואסור לעבור על גזירותיו, וכל כהאי גוונא השולח חייב. וזולתו [כלומר, במקרה שאינו כיוצא בזה] חייב העושה, והשולח פטור" (וראה הערת המהדיר לחידושי רבנו חננאל, קידושין, מהדורת אייזנבך, נדפס בספר אוהל חייא (לזכר הגרח"א צוובנר), בני־ברק תשס"ו, עמ' לט, הערה 215). אמנם חכמים חולקים על שמאי הזקן, אבל הם מסכימים שהשולח חייב למצער בדיני שמים, ומכאן מקורו של הרמב"ם לצמצם את דבריו למי ששוכר הורג להרוג, שגם שם סביר להניח שהשליח ייענה לבקשת שולחו. והשווה משנה למלך, הלכות רוצח ושמירת הנפש, פרק ב, הלכה ב.

[כעין דברי רבנו חננאל ראה: שיטה לא נודע למי, קידושין מג ע"א, ד"ה מכלל; ספר המקנה (הורוביץ), קידושין מג ע"א, ד"ה שם מכלל; שו"ת חוות יאיר, סימן קסו, בשם "אחד מן הגדולים אשר בארץ המופלגים". יש לשער שדברי רבנו חננאל היו גם לנגד עיני הרד"ק כשכתב בפירושו (שמואל ב יב, ט): "ובדברי רז"ל, אף על גב דבכל התורה כלה 'אין שליח לדבר עבירה', כי בכל מקום השולח פטור והשליח חייב, הכא שאני, שהכתוב קראו הורג, שנאמר 'ואותו הרגת'. והטעם, לפי שהיה מלך ואין עובר על מצותו, כאילו הוא הרגו. וכן שאול שצוה להרוג נוב עיר הכהנים, כאילו הוא הרגם. ואף על גב שאין לאדם לעשות מצות מלך בזה הענין וכיוצא בו... אף על פי כן אין כל אדם נזהר בזה... לפיכך העונש על המלך". אחרונים רבים תמהו על פרשנות הרד"ק שעומדת בסתירה לכאורה להבנה הפשוטה של הסוגיה בקידושין. ראה לדוגמה: שו"ת שואל ומשיב, מהדורא תניינא, חלק ב, סימן סט ("ונוראות נפלאתי אחרי שהרד"ק היה תלמודי גדול... ודוחק לומר דהש"ס כיון לזה"); שו"ת דבר יהושע, חלק א, סימן ק, ד"ה ומעתה כיון].

הבחנה זו (לעניין חיוב השולח בדיני שמים), בין מינוי שיש בו ודאות קרובה לבצוע העברה לבין מינוי שאינו כזה, עולה גם מדברי התוספות, בבא קמא נו ע"א, ד"ה אלא לחבריה, בעניין מי ששלח עדי שקר להעיד לאחר. בתלמוד (שם) נאמר שהשולח פטור מתשלום הנזק שגרמה עדות זו, גם כשהנזק לא שולם על ידי עדי השקר, אבל הוא חייב בדיני שמים. התוספות מעירים שחבות זו בדיני שמים מוטלת על השולח רק כששכר את העדים (וכלשון הברייתא "השוכר עדי שקר"). לא כן הוא בשידול באמירה בלבד, שכן אז תעמוד לשולח הטענה שהניח שהשליח לא ישמע לו, כפי שעולה ממשנת בבא קמא ו, ד: "השולח את הבערה ביד חרש שוטה וקטן, פטור בדיני אדם וחייב בדיני שמים. שלח ביד פקח, הפקח חייב", ולא נאמר שהשולח את הפקח חייב בדיני שמים (וכך פסק הרמ"א, חו"מ, סימן לב, סעיף ב). וראה יד המלך, הלכות רוצח ושמירת הנפש, פרק ה, הלכה ט, ד"ה אמנם נתתי אל לבי. והשווה ספר המקנה (הורוביץ), קידושין מג ע"א, ד"ה שם מכלל (וראה להלן, ליד ציון הערה 132, שם נרחיב בטענה זו). לאור נימוק זה של התוספות, נראה שאין כוונתם לשוכר דווקא, אלא הוא הדין בכל מינוי שיש בו ודאות קרובה שהשליח יבצע את שליחותו. ראה ישועות ישראל, חו"מ, סימן לב בסופו. והשווה קהילות יעקב (קנייבסקי), זרעים, בני־ברק תשמ"ז, חלק ב, סימן י [=שם, קידושין, בני־ברק תשמ"ח, סימן לח], ד"ה ולענ"ד י"ל, שמדבריו עולה שהשכירות היא בדווקא. וראה עוד א"א אורבך, ההלכה מקורותיה והתפתחותה, ירושלים תשמ"ד, עמ' 135־138.

בניגוד לעמדה שהצגנו עד כה, ולפיה השולח חייב בדיני שמים רק כאשר יש ודאות קרובה שהשליח יציית לו (כגון ששכר את שירותיו), דעת הש"ך היא שדי באמירה לחייב את השולח בדיני שמים (ראה ש"ך, חו"מ, סימן לב, ס"ק ג. הוא נסמך על חידושי הריטב"א, קידושין מב ע"ב, ד"ה שילח ביד פיקח, החולק על התוספות בעניינו של השולח עדי השקר. וכך נוקט גם תוספות הרא"ש, קידושין מב ע"ב, ד"ה שלח). הוכחה לגישתו מביא הש"ך מהדיון בתלמוד, שהזכרנו לעיל, בשאלה כיצד מתיישבת הלכת שמאי הזקן עם הכלל "אין שליח לדבר עברה". אחת האפשרויות שמעלה התלמוד היא שלא התכוון שמאי הזקן לחיוב בדיני אדם אלא לחיוב בדיני שמים בלבד, ומה שחלקו עליו חכמים הוא בחומרת הענישה ("דינא רבה ודינא זוטא איכא בינייהו"). מכאן, טוען הש"ך, מוכח שלכולי עלמא השולח חייב בדיני שמים אף כשמינה

(2) מקור[125] הכלל "אין שליח לדבר עברה"

מן התלמוד[126] עולים שלושה מקורות לכלל "אין שליח לדבר עברה", מקור אחד מן הסברה[127] ושני מקורות ממדרש הכתובים[128]. אנו נתעכב כאן רק על המקור מן הסברה. לפי מקור זה,

את השליח באמירה בלבד. נמצא שלדידו הדוגמאות של רוצח שכיר ועבד שנקט הרמב"ם, הן לאו דווקא אלא כנראה דיבר הרמב"ם בהווה.

בתווך, יש המבחינים בין שולח שליח להרוג, שחייב בדיני שמים באמירה בלבד, ובין שולח עדי שקר, שחייב בדיני שמים רק אם שלח אותם בשכר, אלא שנחלקו ביסוד ההבחנה בין השניים. יש הסבורים ששליחות להרוג היא חריג (ראה: ביאור הגר"א, חו"מ, סימן לב, ס"ק ב; הגהות מוהרי"ג, שם, אות ק). יש הסבורים שהחיוב ב"דינא זוטא", האמור בשליחות לרצוח אינו עולה כדי חיוב בדיני שמים (ראה: שו"ת חוות יאיר, סימן קסו; שו"ת חכם צבי, סימן קלח; תומים, סימן לב, ס"ק ב; קצות החושן, שם, ס"ק א). ויש הסבורים שההבחנה היא בין שליחות לקידום האינטרסים של השולח (שליחות לרצוח) לבין שליחות לטובת אדם שלישי שאינה שליחות אלא שידול והסתה (ראה: פני יהושע, בבא קמא נו ע"א, ד"ה בא"ד ודוקא; תומים, סימן לב, ס"ק ב, בסופו).

בעניין חיוב בדיני שמים, ראה בהרחבה אנציקלופדיה תלמודית, כרך א, ערך אין שליח לדבר עבירה, עמ' תשל. וראה א' קירשנבאום, "עיונים בשליחות לדבר עבירה (חלק I)", דיני ישראל ד (תשל"ג), עמ' 55, בעמ' 61-64.

על עברת השידול במשפט העברי, ראה י"מ גינצבורג, משפטים לישראל, ירושלים תשט"ז, פרק שישי (עמ' קנג-קסח).

125 ראה שו"ת חתם סופר, אורח חיים, סימן רא. הוא מעיר שחיפוש מקור לכלל "אין שליח לדבר עברה" אינו נחוץ אלא לאותן עברות שלולי הכלל היו נושא לשליחות. לעומת זאת, חלק מן העברות אינן נושא לשליחות כלל, וברור שאין עוברים עליהן באמצעות שליח. על יסוד ההבחנה שנראה להלן, נספח ראשון לסעיף זה, ליד ציון הערה 350, חתם סופר מסביר שבעניין זה, יש לבחון את אופי העברה. אותן עברות שהקפידה בהן התורה שלא תיעשנה בגופו של האדם, אינן נושא לשליחות כלל. כך הם, לדעתו, איסורי שבת. לעומת זאת, אותן עברות שהקפידה בהן שלא תיעשנה על ידי גופו, הרי שלולי הכלל "אין שליח לדבר עברה", האדם היה עובר עליהן גם על ידי שליח. הערה זו של חתם סופר נכונה גם לשיטה שראינו לעיל, ליד ציון הערה 48, ולפיה פעולה שהיא מטרה לעצמה ואינה מביאה אחריה שום תוצאה, אינה נושא לשליחות.

[נעיר שעל פי גישה זו, מובן הצורך בקביעת איסור שבות ב"אמירה לנכרי" בשבת אפילו לדעת מאן דאמר שיש שליחות לגוי לחומרה (ראה בעניין זה דיוננו על סעיף 4), שהרי איסורי שבת אינם נושא לשליחות. ראה: לבוש מרדכי (אפשטיין), בבא מציעא, סימן יג, ד"ה ונראה לי דהנה; קובץ שיעורים, כתובות, אות רנג. והשווה בעניין זה נתיבות המשפט, סימן שמח, ס"ק ד, המובא להלן, סעיף 4, הערה 85].

126 קידושין מב ע"ב–מג ע"א. לניתוח הלכתי של הסוגיה, ראה: י"מ גינצבורג, משפטים לישראל, ירושלים תשט"ז, פרק שישי, עמ' קנג-קס; אנציקלופדיה תלמודית, כרך א, ערך אין שליח לדבר עבירה, עמ' תשכה; קירשנבאום (לעיל, סוף הערה 124); ח"ש חפץ, "אחריות הרב' (vicarious liability) במשפט העברי", דיני ישראל ו (תשל"ה), עמ' 49, בעמ' 63-74; אטינגר, פרקי שליחות, עמ' 167-194. לניתוח הסוגיה על דרך המחקר ראה: ד' הלבני, מקורות ומסורות, סדר נשים, תל-אביב תשכ"ט, עמ' תרסג-תרסו; פ' סגל, "לבירור המקור המשפטי של הכלל 'אין שליח לדבר עבירה'", שנתון המשפט העברי ט-י (תשמ"ב-תשמ"ג), עמ' 73; א"א אורבך, ההלכה מקורותיה והתפתחותה, ירושלים תשמ"ד, עמ' 135-138. וראה עוד חקירות מעמיקות ומעניינות: ספר העיקרים (איגר), חלק ב, עיקר אין שליח לדבר עבירה, עמ' קסא-רח; חקר הלכה (לנדא), אות ש, בענין שליחות, ס"ק ב-ד, יב.

127 "דברי הרב ודברי התלמיד – דברי מי שומעין?". על סברה זו נרחיב להלן. וראה עוד קירשנבאום (לעיל, סוף הערה 124), הנספח בעמ' 84.

128 מדרש הכתובים הראשון הוא על פי הכלל הידוע בפרשנות ההלכתית של המקרא: "שני כתובים הבאים כאחד אין מלמדים". על פי אותו כלל, אם הלכה אחת מופיעה פעמיים במקרא בעניינים שונים, יש להתייחס אליה כהלכה חריגה (כי אילו הייתה ביטוי לעיקרון כללי, די היה להזכירה פעם אחת בלבד). כך הוא בעניין

"אין שליח לדבר עברה", משום ש"דברי הרב ודברי התלמיד – דברי מי שומעין?!". כלומר, בין דברי השם (הרב), האוסר לעשות את המעשה, ודברי השולח (התלמיד), המבקש ממנו לעשותו, ברור שעל השליח להעדיף את דברי השם ולהימנע מביצוע השליחות, כדברי רש"י[129]: "ולא היה לו לעשות"[130]. אולם סברה זו עצמה לוקה בחסר, שכן אף על פי שמובן על פיה, שמאחר שהשליח חייב היה לסרב לעשות את השליחות, הוא נושא באחריות אישית, עדיין לא ברור מדוע יש בכך כדי לשחרר מאחריות את השולח, הלוא סוף סוף השליח עשה את שליחותו, ו"שלוחו של אדם כמותו"?![131] ואכן, סברה זו נתפרשה בכמה דרכים שיש בהן

שליחות לדבר עברה: ביחס לשתי עברות שונות, ציינה התורה שעוברים עליהן גם על ידי שליח ("מעילה" ו"שליחות יד", ולפי בית שמאי, "מעילה" ו"טביחה ומכירה". יש לציין שבכל המקומות האלה הדבר אינו מפורש במקרא, והוא נלמד על דרך מדרש ההלכה), ומכאן שאין שליחות לדבר עברה אלא באותם עניינים בלבד. על חריגים אלו לכלל "אין שליח לדבר עברה", שלא נדון בהם כאן, ראה: קירשנבאום (לעיל, סוף הערה 124), בעמ' 64־71, ובעמ' 77־84; מו"ר הרב מ' בוצ'קו ז"ל, "דרך להבנת מדרשי ההלכה כפי פשוטו של מקרא", קול מהיכל ח (תשנ"ח), עמ' 23, בעמ' 27־29 [=הגיוני משה על הש"ס, ירושלים תשס"ו, חלק ב, עמ' שער־שעז]; מנחת אשר (וייס), במדבר, סימן מא, אות ג.

עוד דנו האחרונים ברמב"ם, הלכות מעילה, פרק ז, הלכה ב, הקובע שאין שליח לדבר עברה אלא במעילה. ראה לדוגמה חידושי מהרי"ט (על הרי"ף), קידושין מב ע"ב, ד"ה ולדבר עבירה (הובא בקצות החושן, סימן רצב, ס"ק א, ד"ה והנלע"ד). הוא מציע לומר שלפי הרמב"ם, אחריות השולח בשליחות יד ובטביחה ומכירה אינה מדין שליחות אלא מעין אחריות שילוחית בנזיקין (הוא מסביר שאין לתמוה על הצעתו: "והא דעבוד ליה בגמרא שני כתובים הבאים כאחד, היינו משום דאי סלקא דעתך דנילף ממעילה, לשתוק משליחות יד, ונילף מדין שליח דשלוחו של אדם כמותו אף בשל אחרים, כל שכן בממון שנמנה שומר עליו"). והשווה: שער המלך, שם; קהילות יעקב (קנייבסקי), כתובות, בני־ברק תשמ"ח, סימן לח. מדרש הכתובים השני הוא על פי הכלל "אם אינו ענין לגופו, תנהו ענין לכל התורה כולה". באיסור "שחוטי חוץ" (היינו הקרבת קרבן מחוץ למקדש), התורה מדגישה פעמיים שאין עוברים על האיסור על ידי שליח, כלומר שהשוחט הוא האחראי לאיסור, ולא מי ששלחו. ההדגשה של העניין הזה פעמיים מאפשרת להסיק שזהו עיקרון כללי לכל העברות שבתורה, שכן הזכרה אחת מיותרת.

129 רש"י, בבא מציעא י ע"ב, ד"ה בר חיובא. וראה גם נימוקי יוסף, בבא מציעא ה ע"ב (בדפי הרי"ף), ד"ה אין שליח לדבר עבירה: "משום שאף הוא [השליח] מוזהר על הדבר, ואמרינן ליה: 'דברי הרב ודברי התלמיד – דברי מי שומעין'".

130 ואם ישאל השואל, מדוע חייב השליח לסרב לעשות את השליחות, הלוא אם בעיקרון יש שליחות גם לדבר עברה, העברה תיזקף רק לחובת השולח, והוא יצא מן התמונה, וממילא לא ייחשב כמי שעובר על "דברי הרב"? על כך יש לענות, שאף אם יש שליחות לדבר עבירה, אחריותו של השולח אינה משחררת את השליח מאחריות, כלומר, בכגון זה השליח אינו יוצא מן התמונה. ראה להלן, הערה 139. והשווה ד' הלבני, לעיל, הערה 126, עמ' תרסה, שבין השאר מכוח קושיה זו, ביקש להוכיח שהנימוק "דברי הרב ודברי התלמוד דברי מי שומעין?" לא היה חלק מן הסוגיה במקורה. וראה I.H. Haut, The Talmud as Law or Literature, an analysis of David W. Halivni's Mekorot Umasorot, New York 1982, pp. 66-69, שכבר דחה את דברי הלבני בשל הנימוק שהזכרנו כאן. תודה לידידי הרב ד"ר אפרים הלבני שהפנה את תשומת לבי לספרו של הרב האוט. והשווה גישתו של הרב אשר וייס, מנחת אשר (וייס), במדבר, סימן מא, אות א, ד"ה והנה יש לתמוה. על דבריו, ראה להלן, הערה 133.

131 אמנם רש"י, קידושין מג ע"ב, ד"ה אין שליח, מוסיף: "אלא הרי הוא כעושה מאליו" (וראה גם ר"ן, קידושין טז ע"ב (בדפי הרי"ף), ד"ה ולדבר). אבל עדיין טעון הסבר מדוע אינו כשלוחו? יש המסבירים שמאחר שהשליח היה חייב לסרב לעשות את השליחות, מוכח שפעל על דעת עצמו, ולכן אין כאן שליחות (ראה: חידושי חתם סופר, כתובות לד ע"א, ד"ה השוחט; מלוא הרועים (יולס), ערך שליח לדבר עבירה, אות כ; שו"ת משפטי עוזיאל, חלק ד, ירושלים תש"ס, ענינים כלליים, סימן יז, אות ב, ד"ה אולם וד"ה ולע"ד). וכעין זה ראה עוד מה שהובא באוצר מפרשי התלמוד, בבא מציעא י ע"ב, הערות 118־123.

כדי ליישב תמיהה זו. חשוב לעמוד על פירושים אלו, משום שבהם תלוי היקפו של הכלל. להלן שתי הגישות העיקריות בעניין זה:

לדעת הסמ"ע[132], הסברה היא שמכיוון שהשליח חייב היה לסרב לעשות את השליחות, יכול השולח לטעון: 'סברתי שלא ישמע לי לעשותו'. במילים אחרות, אין תוקף לשליחות לדבר עברה, משום שהמינוי פגום. השולח לא התכוון לו ברצינות, בהיותו משוכנע שהשליח לא יסכים לשתף עמו פעולה[133].

אחרים, כמו 'פני יהושע'[134] ו'נודע ביהודה'[135], מציעים הסבר אחר. הם מטעימים שמוסד השליחות הוא חידוש שחידשה התורה, ובלעדיו לא היה אפשר לעשות פעולה משפטית אלא באופן אישי. מאחר שמדובר בחידוש, אין לכלול בו אלא פעולות הדומות לאלה שנקטה התורה. התורה נקטה דווקא פעולות היתר, כגון קידושין וגירושין, ופעולות מצווה, כגון הפרשת תרומה והקרבת קרבן פסח[136]. פעולות אסורות אינן דומות להן, שכן בהן יש לומר: "דברי הרב ודברי התלמיד – דברי מי שומעין". מכאן למסקנה שפעולות אסורות לא נכללו

והשווה חידושי רבי שמעון יהודה הכהן (שקאפ), בבא מציעא, סימן יג, ד"ה וע"כ, המבקר הסבר זה וכותב: "אין השכל מחייב לומר כן בשום אופן, דמהיכי תיתי לומר דרשע שקל בעיניו לעשות מעשה עבירה עושה יותר על דעת עצמו מאדם כשר בדבר הרשות? הלא די לנו לומר דאצל שליח זה דבר עבירה קל בעיניו כדבר הרשות. וכיון שבדבר הרשות אמרה תורה שכיון שעושה על דעת ובקשת המשלח חשבינן כאילו עשה המשלח, למה לא יהיה כן אצל מוחזק לרשע בדבר עבירה?".

132 סמ"ע, חו"מ, סימן קפב, ס"ק ב, וסימן שמח, ס"ק כ. ונראה שזו גם דעת ים של שלמה, בבא קמא, פרק שביעי, סימן לג, שכן הוא מסביר שאם השליח שוגג, השולח חייב, משום ש"יודע הגנב [השולח את חברו לקחת נכס, כשהלה סובר לתומו שמדובר בנכס של השולח], שזה יעבוד [=יעשה] שליחותו, מאחר שאינו יודע שהוא גנוב". אולם השווה אוצר מפרשי התלמוד, בבא קמא, כרך ג, עמ' תתלט, הערות 95, 98. וראה בעניין זה להלן. וראה משנה למלך, הלכות מלווה ולווה, פרק ה, הלכה יד, ד"ה שלא אסרה תורה (בסופו), שנראה שכך הבין גם הוא את סברת "דברי הרב ודברי התלמיד".

133 כהסבר הזה עולה כבר מדברי הראשונים הבאים: תוספות, בבא קמא עט ע"א, ד"ה נתנו; תוספות שאנץ, מובא בשיטה מקובצת, בבא מציעא י ע"ב, ד"ה היכא; תוספות הרא"ש, שם, ד"ה הני לאו בני חיובא.
כאמור לעיל, אנו משערים שהסמ"ע נקלע להסבר דחוק זה (חוסר רצינות המינוי), משום שהעובדה שהשליח נושא באחריות אישית לפעולתו אינה צריכה לכאורה לשחרר את השולח מאחריות, שהרי סוף סוף השליח לא נמנע מן המעשה, ועשה אותו בשליחותו. והשווה דיברות משה, בבא קמא, סימן נה, ענף ב, ד"ה והנה.
לביקורת על הסברו של הסמ"ע, ראה מנחת אשר (וייס), במדבר, סימן מא, אות א (וראה להלן, הערה 140, והערה 161). לדעתו (ראה דבריו שם, אות ב), בניגוד למה שהערנו (לעיל, הערה 130, ולהלן, הערה 139), ברור היה לחז"ל שבדיני אדם (להבדיל מדיני שמים), אין מענישים שניים על מעשה עברה אחד. לכן הוא מציע הסבר שונה מזה של הסמ"ע: מאחר שהשליח ידע שאסור לו לעשות את השליחות, שכן "דברי הרב ודברי התלמיד – דברי מי שומעים?", עליו לשאת בעונש על מעשהו, וממילא נפטר השולח מן העונש. אך אין הכי נמי, אם אין הצדקה להטיל עליו את העונש, כגון שפעל בשוגג, יוטל העונש על השולח. לעניין שליח שהוא שוגג, ראה עוד להלן, הערה 140. כעין זה ראה לבוש מרדכי, בבא מציעא, סימן יג, ד"ה עכצ"ל. והשווה חידושי רבי שמעון יהודה הכהן (שקאפ), בבא מציעא, סימן יג, אות ג.

134 פני יהושע, קידושין מב ע"ב, ד"ה והתניא.

135 שו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, אבן העזר, סימן פ, אות יד (הוא אינו מתייחס בדבריו לדברי פני יהושע). וכך נוקט גם נכדו, יד המלך, הלכות נזקי ממון, פרק יד, הלכה ו, ד"ה והנה. והשווה לדבריו הלכות רוצח ושמירת הנפש, פרק ה, הלכה ט, ד"ה אמנם נתתי אל לבי, שם הוא נוקט כדברי הסמ"ע.

136 על מקורו הנורמטיבי של דין השליחות, ראה בדיוננו על סעיף 2, פרק שני, א, עמ' 96.

במסגרת דיני השליחות, ומשום כך אינן נושא חוקי לשליחות[137]. "מוסד השליחות הריהו יצירת החוק; כאמצעי לעבור על החוק הוא לא נוצר והוא לא קיים"[138].

יש לעמוד על ההבדל העקרוני בין שני ההסברים האמורים. לפי ההסבר הראשון (הסמ"ע), מקור היעדר התוקף של "שליחות לדבר עבירה" אינו בהגדרת תחולת דיני השליחות אלא באומדן דעתו של השולח. השולח אינו מתכוון ברצינות למינוי השליחות, משום שאינו סומך על השליח שיבצע את שליחותו. לעומת זאת, לפי ההסבר השני ('פני יהושע' ואחרים), מקור היעדר התוקף של שליחות לדבר עברה הוא בהגדרת תחולת דיני השליחות. דינים אלה אינם חלים על פעולות אסורות. להבדל עקרוני זה בין התפיסות תוצאות משפטיות מכריעות: לפי דרכו של הסמ"ע, אין מניעה עקרונית לשליחות לדבר עברה, ועל כן במקום שיש להניח שהשולח סומך על השליח, יש שליחות לדבר עברה[139]. כך יהיה לדוגמה כשהשליח פועל

137 כגישה זו נקט גם דיברות משה, בבא קמא, סימן נה, ענף ב, ד"ה והנה לטעם. ואפשר שזו היא גם כוונת הראשונים שהובאו לעיל (הערה 129 והערה 131). והשווה אוצר מפרשי התלמוד, בבא מציעא, כרך א, עמ' תסט, הערות 118, 121. וראה להלן, הערה 140, אות ב, שלמסקנה דומה מגיעים פוסקים נוספים, אם כי מגזרת הכתוב הדוחה את סברת "דברי הרב ודברי התלמיד". והשווה להלן, הערה 145, גישת 'נתיבות המשפט'.

138 ניסוחו של קירשנבאום (לעיל, סוף הערה 124), בעמ' 56.

139 אין פירוש הדבר שבכגון זה, השליח יוצא מן התמונה כשהוא נקי מכל אחריות, כפי שכבר הערנו לעיל, הערה 130. ראה: תוספות רי"ד, קידושין מב ע"ב, ד"ה שילח (וראה הערת המהדיר במהדורת בני־ברק תשל"ג, הערה 29); ש"ך, חו"מ, סימן רצב, ס"ק ד; נתיבות המשפט, סימן שמח, ס"ק ד (והוא כותב: "אף במקום שיש שליח לדבר עבירה לא הירשה רחמנא רק לחייב המשלח, ולא לפטור השליח". הוא מפנה בעניין זה לש"ך, אך בטעות נרשם שם, סימן קצב, ס"ק ז. אמנם השווה מה שכתב 'נתיבות המשפט' עצמו בסימן רצב, ס"ק ה, אבל אין כאן סתירה. ראה שו"ת עונג יום טוב, סימן קסה, ד"ה ונראה לי דוודאי).
קביעה זו מתחזקת לפי גרסת רב שמואל בן חפני גאון, בפירושו לתורה, פרשת וישלח לב, ד (מהדורת גרינבאום, הוצאת מוסד הרב קוק, ירושלים תשל"ט), עמ' יח: "האומר צא והרוג את הנפש, הוא חייב ושולחו פטור. שמאי הזקן אומר משום חגי הנביא: אף שולחו חייב". מובא על ידי הרב הוט (לעיל, הערה 130), בעמ' 69, הערה 17.
אמנם מרש"י, קידושין מב ע"ב, ד"ה נימא, משתמע לכאורה שאם יש שליחות לדבר עברה, השליח יוצא מן התמונה, שכן הוא כותב בעניין "השולח את הבעירה": "יתחייב שולחו, ולא שלוחו" (וכך הבין אותו דברי משפט, הלכות שלוחין, סימן קפב, סעיף ג). אבל ראה חידושי חתם סופר על חו"מ, סימן רצב (על דברי הש"ך, שם, ס"ק ד), שמסביר שרש"י לא העלה פירוש זה אלא בהווה אמינא של הסוגיה, אבל לפי מסקנת הסוגיה, משהעלה התלמוד את סברת "דברי הרב ודברי התלמיד – דברי מי שומעין?", גם רש"י מודה שהשליח אינו נפטר מאחריות בשום אופן. וראה גם יד המלך, הלכות נזקי ממון, פרק יד, הלכה ו, שלדעתו ההווה אמינא של הגמרא לפטור את השליח הייתה משום שהמקשה הניח שהמשנה עוסקת בשליח שפעל בשוגג בחשבו בטעות שהשולח מבקש ממנו להצית אש בגדיש שלו ולא ידע שמדובר בגדישו של אחר. בכגון זה אמנם השליח נושא עקרונית באחריות בנזיקין, אף שהוא אנוס (שכן "אדם מועד לעולם"), אבל היה היגיון לחייב במקומו את השולח מכוח הכלל "שלוחו של אדם כמותו". על כך עונה התלמוד שעברה אינה נושא לשליחות (ראה לעיל, הערה 135), ומאחר שאי אפשר לחייב את השולח, מובן מדוע השליח הוא שחייב. והשווה שו"ת איגרות משה, חו"מ, חלק א, סימן פג, ד"ה ומה, שלדעתו לא התכוון רש"י לפטור גורף של השליח אלא רק לפטור כאשר הניזוק יכול לקבל פיצוי מן השולח.
לשאלת חלוקת האחריות בין השולח לבין השליח כאשר "יש שליח לדבר עברה", ראה גם: שו"ת חלקת יואב, אורח חיים, סימן יד, ד"ה והנה באמת; מנחת אשר (לעיל, הערה 133). וראה עוד בעניין זה א' שיינפלד, חוק לישראל, נזיקין, ירושלים תשנ"ב, עמ' 65, הערה 40, ועמ' 87, והמקורות שהביא שם.
כאשר "יש שליח לדבר עברה", אין תוקף לביטול השליחות שלא בפניו. ראה דיוננו בסעיף 2, הערה 78.

בשוגג, היינו שאינו מודע לכך שהמעשה שהוא עושה למען שולחו הוא מעשה אסור, או שהוא עבריין מועד, שוודאי לא יהסס לעבור על העברה, והשולח יכול לסמוך על כך[140]. לעומת זאת, לדעת אלה הסוברים שבעיקרון אין הכרה בשליחות לדבר עברה, הרי אין זה משנה אם השליח שוגג או מזיד, עבריין מועד או לא[141].

140 א. כדעת הסמ"ע סוברים: תוספות, קידושין מב ע"ב, ד"ה אמאי, ובבא קמא עט ע"א, ד"ה נתנו (והשווה תוספות, בבא מציעא י ע"ב, ד"ה אי); תשב"ץ, חלק א, סימן קנו; ים של שלמה, בבא קמא, פרק שביעי, סימן לג; רמ"א, חו"מ, סימן שפח, סעיף טו; סמ"ע, חו"מ, סימן שמח, ס"ק כ. וראה פרי מגדים, אורח חיים, אשל אברהם, סימן שד, ס"ק ח (בעניין שליח משומד). והשווה לבוש מרדכי (אפשטיין), בבא מציעא, סימן יג, ד"ה לפי. יש מי שאומר (בניגוד למה שראינו לעיל, הערה 120) שהוא הדין כאשר השליח מועסק בשכר, שגם שם אין מקום לטענת "סברתי שלא ישמע לי". ראה ראשי בשמים (ראבין), מערכת ש, אות ל, ד"ה אמנם בגוף.

לפי הסברו של הסמ"ע, כך צריך היה להיות הדין גם כאשר השולח שוגג (אף אם השליח מזיד), שהרי אם הוא שוגג, אין לומר שלא התכוון ברצינות למינוי. אבל ראה תוספות קידושין, שם, שמדבריהם מוכח להפך, כפי שהעיר פני יהושע, קידושין מב ע"ב, ד"ה תוספות בד"ה אמאי. זו אחת הקושיות שהעלה בעל מנחת אשר (לעיל, הערה 133) נגד סברת הסמ"ע, ועל כן הציע הסבר אחר, שעל פיו ברור מדוע "אין שליח לדבר עברה" גם כאשר השולח שוגג (ראה לעיל, הערה 133). וראה גם קהילות יעקב (קנייבסקי), קידושין, בני־ברק תשמ"ח, סימן לט, אות א, שבשל כך מציע שהתוספות נוקטים את ההסבר שראינו לעיל, הערה 131, בדעת רש"י, אם כי אפשר ליישב הלכה זו גם לפי הסמ"ע, בנימוק שגם בכגון זה המינוי פגום בשל היותו מינוי בטעות. ראה אבן ישראל (פישר), חלק ה, קידושין מב ע"ב, ד"ה תו' ד"ה אמאי. ואכן ראה תוספות שאנץ, מובא בשיטה מקובצת, בבא מציעא י ע"ב, ד"ה היכא, שמדבריו עולה בבירור שלא ראה שום סתירה בין הדברים.

ב. יש לציין שתנאי נוסף להגיע למסקנה זו הוא להניח שסברת "דברי הרב ודברי התלמיד" לא נדחתה מפני מדרשי הכתובים (כי אילו נדחתה הסברה, היה נשמט היסוד להבחנה בין שוגג לבין מזיד, אפילו אם מקבלים את הסברו של סמ"ע). כך סוברים לא רק התוספות והסמ"ע שהבאנו כאן, אלא גם: רש"י, בבא קמא נא ע"א, ד"ה אין שליח לדבר עבירה, ובבא מציעא י ע"ב, ד"ה בר חיובא הוא; רי"ף ור"ן, קידושין טז ע"ב (בדפי הרי"ף); ר' צבי הירש, מובא בנודע ביהודה, מהדורא קמא, אבן העזר, סימן עח, אות ט. אמנם אין כל יסוד להניח שפוסקים אלה הבינו גם הם את סברת "דברי הרב ודברי התלמיד" כפי שהבין אותה הסמ"ע. יש לציין שלעומת פוסקים אלה, ישנם פוסקים הסבורים שסברת "דברי הרב ודברי התלמיד" נדחתה מפני מדרשי הכתובים. ראה לדוגמה: תוספות, בבא מציעא י ע"ב, ד"ה אין; תוספות שאנץ, מובא בשיטה מקובצת, שם, ד"ה היכא; חידושי הריטב"א, קידושין מב ע"ב, ד"ה שאני ("פירוש [הסברה]. טעמא קאמרינן על הרוב, מיהו דינא דאורייתא הוא כדלקמן [כלומר, כפי שעולה ממדרשי הכתובים המוציאים מכלל דיני השליחות מעשי עברה], ואפילו היכא דליתיה להאי טעמא, כגון שהוא שוגג וכיוצא בזה"); ש"ך, חו"מ, סימן שמח, ס"ק ו, וסימן שפח, ס"ק סז; קצות החושן, סימן שפח, ס"ק יב (וראה גם קצות החושן, סימן שמח, ס"ק ד). ונראה שזו גם דעתו של חידושי רבי עקיבא איגר, בבא מציעא י ע"ב, ד"ה גמרא אמר רבינא. לפי שיטתם, אף אם בעיקרון היו מסכימים עם פירושו של סמ"ע (כמו ר"ש משאנץ לדוגמה), הרי שלמעשה לאחר שנדחתה סברת "דברי הרב ודברי התלמיד", אין עוד מקום להבחנות (כפי שכתב במפורש הריטב"א). והשווה לבוש מרדכי (אפשטיין), בבא מציעא, סימן יג, מד"ה והנה בקידושין עד ד"ה אלא.

141 ואכן ראה ש"ך וקצות החושן, שהובאו לעיל, הערה 140, אות ב.

על שליח לדבר עברה שהוא שוגג, ראה בהרחבה שו"ת עונג יום טוב, סימן קסה, המביא שם, ד"ה ולכאורה יש להביא, את שיטת טורי אבן, חגיגה י ע"ב, ד"ה וכי, המוכיח כנגד שיטת התוספות שאין שליח לדבר עברה גם כאשר השליח שוגג. התלמוד, בבא קמא נא ע"א, דן בבור של שני שותפים ברשות הרבים, ושואל: "ברשות הרבים, בור של שני שותפין היכי משכחת לה? אי דשוו שליח תרוייהו, ואמרי ליה 'זיל כרי לן' [=אם מינו שניהם שליח ואמרו לו 'לך כרה לנו בור'] ואזל כרה להו, אין שליח לדבר עבירה!".

(3) משמעותו המשפטית של הכלל

לעיל כבר העלינו את השאלה: האם הכלל "אין שליח לדבר עברה" אינו אמור אלא בתחום הפלילי? כלומר, האם אין מענישים אדם על עברה שלא ביצע במו ידיו, אף על פי שהוא עומד מאחוריה ואף על פי שבמשפט הפרטי, המעשה מביא לאותן תוצאות משפטיות שהיו אילו פעל בעצמו? או שמא הכלל אמור גם בתחום המשפט הפרטי, כלומר שעברה של השליח לא רק שאין מענישים עליה את השולח, אלא שאין לה גם תוצאות משפטיות? אין צריך לומר שהשאלה אינה עולה במעשי עברה הגורמים לתוצאות מוחשיות שאי אפשר לבטלן, כגון רצח או מעשי נזיקין למיניהם. באלה, התוצאות המשפטיות של המעשה הן רק העונש או חובת הפיצוי המוטלים על מי שנושא באחריות לאותם מעשים, וברור שהכלל "אין שליח לדבר עברה" משמעו לכל הפחות שהשולח אינו נושא באחריות כזאת למעשה שלוחו[142]. השאלה שאנו מעלים אינה נוגעת אלא לאותן פעולות אסורות אשר אינן יוצרות שינוי פיזי מוחשי, אלא שינוי משפטי בלבד, כגון כוהן השולח שליח לקדש לו אישה גרושה[143], והשאלה היא אם קידושין אסורים אלה, שנעשו על ידי שליח, תופסים (כשם שהיו תופסים אילו הכוהן היה מקדש את האישה הגרושה בעצמו), ורק לעניין העונש אין הכוהן השולח נושא באחריות? או שמא המעשה אינו תקף כלל, ומעמדם המשפטי של הכוהן והגרושה לא נשתנה? שאלה עקרונית זו שנויה במחלוקת בין הפוסקים.

לדעת ר' יעקב מליסא, בעל 'נתיבות המשפט'[144], הכלל "אין שליח לדבר עברה" אינו נוגע לתוקפו המשפטי של מעשה השליח. לעניין זה, אין לדעתו הבדל אם נושא השליחות הוא

אם צודקים התוספות, מדוע לא הועמד המקרה בשליח שוגג? ראיה נוספת כנגד שיטת התוספות ראה בקצות החושן, סימן שמח, ס"ק ג.

עוד ראיה חזקה המפריכה לכאורה את שיטת התוספות הביאו: שו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, אבן העזר, סימן עה, ד"ה ואף שבמעילה; חידושי רבי עקיבא איגר, קידושין מג ע"א, ד"ה תוד"ה שלא מצינו; מרומי שדה, קידושין מב ע"ב, ד"ה ונחזור. הם מעירים שאילו צדקו התוספות שיש שליח לדבר עברה כאשר השליח שוגג, רבא (קידושין מג ע"א) לא היה צריך להידחק ולהעמיד רק אליבא דשמאי הזקן את חידושו, ולפיו גם אם "יש שליח לדבר עברה", השולח שליח לבעול את הערווה או לאכול דבר איסור, הוא שמתחייב ולא שולחו, משום שלא מצינו בכל התורה כולה זה נהנה וזה מתחייב, אלא הוא יכול היה להעמיד חידוש זה אליבא דהלכתא בשליח שהוא שוגג. לפתרונות לפרכה זו, ראה להלן, הערה 155.

אמנם להלן, ליד ציון הערה 159, נראה שיש נסיבות שבהן יש שליחות לדבר עברה, אולם נסיבות אלה עצמן מצומצמות למה שנלמד מן הכתוב, ואין להרחיבן מעבר לכך. וראה להלן, הערה 159. וראה להלן, ליד ציון הערה 152, וכן דיוננו להלן, סעיף 4, הערה 42, שיש הטוענים שלעניין ענישה יסודם של חריגים אלה באחריות שילוחית.

על שליח לדבר עברה שהוא שוגג ראה גם דיברות משה, בבא קמא, סימן נה. וראה עוד קירשנבאום (לעיל, סוף הערה 124), בעמ' 68-69.

142 אמנם שיטת הריטב"א (המובאת להלן, בדיוננו על סעיף 4, ליד ציון הערה 34) היא שהשולח קטן להצית את נכסי חברו חייב בנזקי השרפה. להסבר חריג זה, ראה דיוננו שם.

143 אמנם להלן (ליד ציון הערה 160) נראה שיש בין האמוראים מי שסובר שבמקרה כזה "יש שליח לדבר עברה", שכן עבור השליח אין זה מעשה אסור (דעת רבינא). אולם לבחינת המשמעות העקרונית של הכלל "אין שליח לדבר עברה", אנו מתייחסים לדעה השנייה (דעת רב סמא), ולפיה גם בכגון זה "אין שליח לדבר עברה" (ראה להלן, ליד ציון הערה 164).

144 נתיבות המשפט, סימן קפב, ס"ק א. וראה מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן ט, ד"ה וראיתי, שגם הוא נוטה לשיטה זו (כשהוא מדייק זאת מלשון התלמוד עצמו. השווה להלן, ראיית 'נתיבות המשפט'). וראה עוד תפארת ישראל (ליפשיץ), גיטין, פרק א, בועז, אות א.

מצווה או עברה[145]. עניינו של הכלל אינו אלא בתוצאות העונשיות של המעשה (וכן באחריות בנזיקין), ומשמעותו היא שאין להטיל עונש (או גם חובת פיצוי) על מי שלא ביצע במו ידיו את העברה[146]. נמצא שאם כוהן שלח שליח לקדש לו אישה גרושה, הקידושין תופסים. הכוהן־השולח אינו לוקה על קידושין אלה, אף שעבר בהם על איסור, משום שאת העברה הזאת עשה על ידי שליח. לפי שיטה זו של 'נתיבות המשפט', הרי שאין מקום לדון בעיקרון

[145] הוא מסתמך על דברי הריטב"א, שראינו לעיל, הערה 140, אות ב, ולפיהם היסוד לכלל "אין שליח לדבר עברה" אינו הסברה "דברי הרב ודברי התלמיד – דברי מי שומעין?". לדעת 'נתיבות המשפט', היסוד לכלל הוא שלעניין שליחות, יש להבחין בין ייחוס התוצאה המשפטית של פעולת השליח לשולח (דוגמת שליחות לקידושין או להפרשת תרומה, שהן הבסיס לדיני השליחות. ראה קידושין מא ע"א. וראה בהרחבה להלן, בדיוננו על סעיף 2), ובין ייחוס פעולת השליח עצמה לשולח. לדעתו, לעניין ייחוס התוצאות המשפטיות של פעולת השליח לשולח, אין משמעות לשאלת אופיה של פעולת השליח, מצווה, היתר או אפילו עברה. לעומת זאת, אין להטיל עונש על השולח בגין פעולת השליח, אלא אם כן רואים אותו כאילו ביצע את הפעולה בעצמו. ומאחר שאין לכך מקור במקרא, הרי המסקנה חייבת להיות שלעניין הטלת עונש, "אין שליח לדבר עברה". להבחנה זו בין ייחוס התוצאות המשפטיות ובין ייחוס הפעולה עצמה, ראה בהרחבה בדיוננו על סעיף 2, פרק שלישי, עמ' 101.

סימוכין לדעתו מוצא 'נתיבות המשפט' בתירוץ הראשון של התוספות, בבא מציעא י ע"ב, ד"ה דאמר. התלמוד מביא שם מחלוקת בין רבינא לבין רב סמא בשאלה אם הכלל "אין שליח לדבר עברה" חל גם כאשר פעולת השליחות אינה עברה עבור השליח, מפני ש"אינו בר חיובא"? (נושא שנרחיב עליו להלן, ליד ציון הערה 156). לדעת רבינא, בכגון זה, "יש שליח לדבר עברה", ואילו לדעת רב סמא, גם בכגון זה, הכלל "אין שליח לדבר עברה" עומד בתוקפו. התלמוד מביא שחילוקי דעות אלה בין רבינא לרב סמא יבואו לידי ביטוי מעשי בכוהן השולח ישראל לקדש לו אישה גרושה. התוספות תמהים, שכן לכאורה, במקרה זה, אין הבדל הלכה למעשה בין שתי הדעות, משום שכל זמן שהכוהן אינו בועל את הגרושה, הוא אינו לוקה (כך היא דעת רבא, קידושין עח ע"א: "קידש – אינו לוקה; בעל – לוקה"). התירוץ הראשון של התוספות לשאלה זו הוא: אמנם הכוהן אינו לוקה על קידושי האיסור בשעת הקידושין, אולם משבעל את הגרושה, הוא מתחייב מלקות כפולה, אחת על הבעילה ואחת למפרע על הקידושין. לפי תירוץ זה, כוהן ששלח שליח לקדש לו אישה גרושה, הקידושין תופסים לכולי עלמא, ולא נחלקו רבינא ורב סמא אלא בשאלה אם הכוהן לוקה בגין קידושין אסורים אלה (כשיטת רבינא, שיש שליח לדבר עברה, אם הפעולה אינה אסורה לשליח), או שאינו לוקה (כשיטת רב סמא, האומר שאין שליח לדבר עברה כל זמן שהשליח פועל באופן רצוני). משמעות זו של התירוץ הראשון של התוספות מפורשת בדבריהם של תלמיד הרב פרץ ותוספות שאנץ, המובאים בשיטה מקובצת, בבא מציעא י ע"ב, ד"ה ואם תאמר, וד"ה וזה לשון תוספות שאנץ: "ולכולהו לישנא דהכא, חיילי הקידושין כשמקדשה על ידי שליח". וראה גם מחנה אפרים, הלכות שותפות, סימן ח. והשווה שו"ת רבי עקיבא איגר, מהדורא קמא, סימן קכט. והשווה להלן, הערה 166, גישת 'לבוש מרדכי'. וראה חידושי הגר"ח השלם (סולובייצ'יק), בבא מציעא, ירושלים תשנ"ה, סימן יח.

אמנם מן התירוץ השני של התוספות, שם, עולה מסקנה הפוכה, כפי שנראה להלן, הערה 150. הרב מהמבורג (מובא בשו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, אבן העזר, סימן עו) תמה על תירוץ זה של התוספות, שכן לדעתו, משנה מפורשת היא שאף ש"אין שליח לדבר עברה", יש תוקף משפטי לפעולת השליח, שכן המשנה קובעת (גיטין א, ו) שהאדם יכול לשחרר את עבדו באמצעות שליח ("תן שטר שחרור זה לעבדי"), וזאת אף על פי ש"המשחרר עבדו עובר בעשה" (גיטין לח ע"א). 'נודע ביהודה' דחה ראיה זו בשתי ידיים, שכן שם השליח מתפקד כשלוחו של העבד ולא של האדון (וראה להלן, הערה 393, מה שהעיר 'קצות החושן' על דבריו, אבל גם הוא דחה את הראיה של הרב מהמבורג, אם כי מנימוק אחר. לדחיית הערתו של 'קצות החושן', ראה שו"ת קול אריה (שוורץ), חו"מ, סימן קכח, ד"ה ולי נראה וד"ה אך באמת).

[146] ומאחר שכפי שראינו בהערה 145, אין יסוד לייחס לשולח את פעולת השליח אלא רק את התוצאות המשפטיות של פעולתו, הרי אין בררה אלא לפטור אותו מעונש ומפיצוי.

"אין שליח לדבר עברה" במסגרת הדיון על חוק השליחות, שהוא חוק מתחום המשפט הפרטי, אלא במסגרת הדיון בחוקי העונשין[147].

עמדה שונה לחלוטין היא עמדתו של ה'נודע ביהודה'[148], כשהוא דן בתוקפו של גט שניתן לאישה בעל כורחה על ידי שליח בניגוד לחרם דרבנו גרשום, האוסר לעשות זאת. לדעתו, אין מקום להבחין בין תוקפו המשפטי של מעשה העברה שנעשה על ידי שליח ובין שאלת האחריות לתוצאות אותה עברה[149]. "אין שליח לדבר עברה" משמעו לא רק שאין השולח נושא באחריות למעשה שלוחו, אלא גם שאין תוקף למעשה השליחות[150]. נמצא שכוהן ששלח שליח

[147] וראה מחנה אפרים, הלכות נזקי ממון, סימן ז, שאף שאין שליח לדבר עברה, אם ברור שהשליח יעשה את הנזק בשליחותו של השולח (כגון שהוא מועד לכך או שהוא שוגג או קטן), השולח חייב לא מדיני שליחות אלא מ"דינא דגרמי", שכן ברי היזקא. לדיון בעניין שליח למעשה נזיקין, ראה א' שיינפלד, חוק לישראל, נזיקין, ירושלים תשנ"ב, לפי המפתח, ערך שליח לדבר עבירה.

[148] שו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, אבן העזר, סימן סד וסימן עה. תשובה אחרונה זו גרמה לפולמוס גדול בין 'נודע ביהודה' לבין רבנים אחרים. ראה התשובות הבאות לאחריה עד סימן פב, וראה עוד מהדורא תניינא, אבן העזר, סימן קיב. וראה מה שהעיר עליו פתח הבית (טיקטין), סימן כא, ענף ו, ד"ה עוד.

[149] ראה קצות החושן, סימן קפב, ס"ק ב. אף שהוא מבקר את 'נודע ביהודה' בפרטים שונים (ראה להלן, הערה 151, והערה 393), הוא מסכים עמו בעיקרו של דבר, שאין תוקף משפטי למעשה עברה שנעשה באמצעות שליח. נגד עמדה זו, ראה שערי יושר, שער ז, פרק ז, ד"ה וכן יתבארו.

[150] סימוכין לדעתו מוצא 'נודע ביהודה' בתירוץ השני של התוספות, בבא מציעא י ע"ב, ד"ה דאמר (על קושיית התוספת ותירוצם הראשון, ראה לעיל, הערה 145), שלפיו המחלוקת בין רבינא ובין רב סמא בעניין כוהן ששלח שליח לקדש לו אישה גרושה היא, אם קידושין אלה תופסים או אינם תופסים. נמצא שהמשמעות המשפטית של "אין שליח לדבר עברה" היא גם שאין תוקף משפטי למעשה השליח (וכך נקט גם בעל ההפלאה, כתובות לג ע"ב, ד"ה שם בגמרא; ק ע"א, ד"ה ועיין בהרא"ש). אמנם כפי שראינו לעיל, הערה 145, ישנה גם דעה שונה בתוספות, ולפיה כולי עלמא מסכימים שהקידושין תופסים אף שנעשו על ידי שליח. אולם 'נודע ביהודה' מוסיף וטוען שאין מקום לדעה האחרת, אלא משום ששם מדובר בעברה שאינה נגמרת עם פעולתו של השליח, שכן כל עוד הכוהן לא יבעל את הגרושה, הוא לא יעבור על האיסור. בכגון זה, ובכגון זה בלבד, טוען 'נודע ביהודה', יש מקום לסברה שהקידושין תופסים. לעומת זאת, אם ביצוע השליחות גומר את העברה, אין ספק ואין מי שיחלוק על כך שאין תוקף לשליחות, והמעשה בטל. על היחס בין שני התירוצים של התוספות ראה ההתלבטות בשו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן קטז, ד"ה ותו אפילו. והשווה שו"ת רבי עקיבא איגר, מהדורא קמא, סימן קכט, אם כי למעשה הוא מגיע לאותה מסקנה, ש"אין שליח לדבר עברה" משמעו שאין תוקף משפטי למעשה השליח. וראה הרב ש"ז אוירבך, "בעניין 'שליחות לדבר עבירה'", שנה בשנה, תשנ"ו, עמ' 177.

לכאורה, כשיטה זו עולה מפסקו המחודש של הרמ"א, יורה דעה, סימן קס, סעיף טז, המתיר הלוואה בריבית על ידי שליח, משום ש"אין שליח לדבר עברה": "י"א שמותר לישראל לומר לחבירו ישראל 'לך והלוה לי מעות מפלוני ישראל ברבית', ומותר לתת אחר כך הרבית לשליח להביאו לו, דלא אסרה תורה אלא רבית הבא מיד לוה למלוה, והשליח אינו עושה שום איסור, דהאי רבית לאו דידיה הוא, ואי משום ששלוחו של אדם כמותו, אין שליח לדבר עבירה. ואין לפרסם הדבר בפני עם הארץ. (מרדכי בשם רש"י). וכן עיקר". מקור הדברים בשו"ת רש"י, סימן קעז, אבל רבים דחו דין זו מכל וכל. ראה ביאור הגר"א, שם, ס"ק לה, שהביא בשם בית יוסף והלבוש, שם, סעיף יג, והט"ז, שם, ס"ק יא, "שהוא טעות גדול ואיזה תלמיד טועה כתבו". אבל הש"ך, שם, ס"ק כב, מקיים את פסקו של רש"י. לניתוח הלכה מחודשת זו, ראה הרב י' גודמן, "בדין שליחות בריבית", בתוך: ספר היובל למרן החתם סופר, ירושלים תש"ן, סימן קה. וראה גם: הרב י' בן שחר והרב יאיר הס, "ריבית בתאגידים", כתר א (תשנ"ו), עמ' 231, בעמ' 265-280; א' וינרוט, "פסקו הנסתר של רש"י לפתרון בעיית הריבית ומהותה של שליחות", בספרו אב בדעת, ישראל תשע"ג, עמ' 141. ועוד ראה כתבי הגאון רבי יחיאל יעקב ויינברג, חלק א (סקרנטון תשנ"ח), סימן מב.

וראה חזון איש, שביעית, סימן כד, ס"ק ד, ד"ה ולפיכך. גם הוא סבור שבשליחות לדבר עברה אין תוקף

לקדש לו אישה גרושה, אין הקידושין תופסים, וכמו כן אין תוקף לגט שניתן לאישה בעל כורחה על ידי שליח[151]. לפי זה, הדיון בכלל "אין שליח לדבר עברה" חייב להיעשות גם במסגרת הדיון בחוק השליחות, כפי שאנו עושים כאן.

מדברי אחדים מן האחרונים[152] עולה עמדה שלישית, ולפיה צודק ה'נודע ביהודה' באמרו שבדיני השליחות הכלל "אין שליח לדבר עברה" משמעו שאין תוקף לשליחות, שכן עברה אינה נושא לשליחות. ברם, אף שהשולח אינו נחשב כמי שעשה את העברה, ומבחינה זו אינו נושא באחריות ישירה, אין פירוש הדבר בהכרח שגם בדיני הנזיקין ובדיני העונשין הוא משוחרר מאחריותו השילוחית כמי שגרם לביצוע העברה[153]. ואכן, על פי גישה זו, רק אם השליח חייב היה להימנע מביצוע העברה ("דברי הרב ודברי התלמיד – דברי מי שומעין"), והחליט בכל זאת לעשותה, מתנתק הקשר הסיבתי בין השולח לבין העברה, והוא משוחרר אף מאחריות שילוחית. לעומת זאת, אם השליח לא היה צריך להימנע מביצוע הפעולה, כגון שהוא שוגג או אף שהוא קטן או שוטה[154], די בכך להטיל על השולח את האחריות השילוחית לעברה ולחייב אותו בעונש או בתשלום פיצויים לניזק[155].

למעשה השליחות (הוא כותב כך כדבר פשוט בקשר למכירת קרקע ארץ ישראל לגוי לשם הפקעת קדושת שביעית): "והמוכר על ידי שליח ודאי לא חייל המכירה מדין 'אין שליח לדבר עבירה' [שכן במכירה זו עובר המוכר לדעתו על איסור "לא תחנם" – לא תיתן להם חניה בקרקע"], ומיהו על פי זה ניצולים מאיסור מכירה" (מובא אצל הרב ש"י זוין, לאור ההלכה, ירושלים תשי"ז, עמ' קכב). לדחיית עמדתו של 'חזון איש', ראה: שו"ת הר צבי, יורה דעה, סימן קכג; שו"ת יביע אומר, חלק ח, חו"מ, סימן ב (הוא מציין הרבה פוסקים החולקים על שיטה זו של 'נודע ביהודה'). וראה גם הרב שרמן (לעיל, הערה 120), המעלה בין השאר את הסברה שאולי יש שליחות לדבר עברה בעברה לשמה, וממילא המכירה תקפה גם על פי שיטה זו.

151 אבל השווה קצות החושן, סימן קפב, ס"ק ב (לדעתו, אם השליח נתמנה סתם, והוא החליט למסור לאישה את הגט בעל כורחה, יש תוקף לגירושין). ראה לעיל, הערה 120.

152 ראה: חידושי רבי שמעון יהודה הכהן (שקאפ), חלק ד, קונטרס השליחות, סימן י, ד"ה אמנם; חידושי הגרנ"ט, שבועות, סימן רב, ד"ה ונראה לבאר; קובץ שמועות, בבא מציעא, אות ח; הרב צבי פסח פרנק: הצבי ישראל (ספר הזיכרון לזכרו), ירושלים תשל"א, מעמ' רכה (=ספר רש"י, בעריכת רי"ל מיימון, ירושלים תשט"ז, מעמ' תפ); שו"ת הר צבי, חו"מ, סימן עג; שם, יורה דעה, סימן ט; הר צבי על טור חו"מ, הוצאת אל המקורות, סימן קפב; אורח מישור (פולייב), סימן נ; מנחת אשר (וייס), בבא קמא, סימן נא, אות ב; מנחת אשר (וייס), בראשית, סימן טו, אות ט; שם, שמות, סימן טז, אות ד, ד"ה אמנם לפי; שם, במדבר, סימן מא, אות ג (ובפרט ד"ה ומה שאמרו חז"ל). וראה א"א הררי, "השליחות ד'זה חוטא וזה מתחייב' והמסתעף", בית יצחק מ (תשס"ח), עמ' 385, בעמ' 388, שכך הובא בשם ר' חיים מבריסק. והשווה הרב ש"י זוין, "בדין מעשה מצוה ע"י עכו"ם ובירור ביסודות גדרי שליחות", מוריה, שנה יט, גיליון ה-ו (כסלו תשנ"ד), עמ' לד, בעמ' מ, ד"ה ונראה שבחקירה, הסבור שאחריות שילוחית מוטלת על השולח רק בדיני שמים ולא בדיני אדם.

153 וזהו חריג לכלל "גרמא בנזיקין – פטור", ומקורו במה שחדשה תורה בדין גנבה על ידי חצר, בבא מציעא י ע"ב (ראה להלן, ליד ציון הערה 156).

154 יש להטעים שמאחר שיסוד האחריות אינו דיני השליחות אלא דיני הנזיקין, לא חלים כאן כללי הכשרות שבדיני השליחות.

155 רעיון האחריות השילוחית הועלה לראשונה על ידי מהרי"ט (לעיל, הערה 128). אחרונים אלה מרחיבים את הרעיון, ולדעתם בכל מקום שקבעו חכמים ש"יש שליח לדבר עברה", אין הכוונה לדין שליחות אלא לאחריות שילוחית. ראה לדוגמה מנחת אשר (וייס), במדבר, סימן מא, אות ג ואילך, הנוקט שזה גם פשר השליחות במעילה, ועל כן השולח מועל אף כששלוחו אינו כשר להתמנות שליח, כגון קטן. וראה עוד

(4) היקפו של הכלל

להלן נבחן אם הכלל "אין שליח לדבר עברה" אינו חל אלא כאשר הפעולה נושא השליחות היא עברה לשני הצדדים, השולח והשליח? או שמא די שהמעשה הוא עברה עבור אחד מהם. עוד נדון בתחולת הכלל כאשר השליח פועל תחת איומיו של השולח. לבסוף נבחן אם הכלל נאמר גם בעברה על איסור דרבנן.

(א) הפעולה אינה עברה אלא לשולח

השאלה אם יש תוקף לשליחות כאשר הפעולה נושא השליחות אינה עברה אלא לשולח ולא לשליח נידונה בהרחבה בתלמוד[156] במסגרת סוגיה הדנה באופיו המשפטי של "קניין חצר". כידוע, אחת מדרכי הקניין המקובלות במשפט העברי היא "קניין חצר", כלומר שהימצאות מושא הקניין ברשותו של אדם משמשת כמעשה קניין על אותו דבר, אף שאין מגע ישיר בין הקונה לבין מושא הקניין. ונחלקו גדולי האמוראים, רבי יוחנן וריש לקיש, בשאלת טיבה המשפטי של "חצר" המעניק לה כוח קנייני זה. לדעת רבי יוחנן, מבחינה משפטית החצר היא כידו של האדם, ומכאן כוחה הקנייני, ואילו לדעת ריש לקיש, מבחינה משפטית, החצר היא כשלוחו של אדם, ומכאן כוחה הקנייני. התלמוד תמֵה על דעתו של ריש לקיש, משום שלכאורה יש בה סתירה לכלל "אין שליח לדבר עברה". הסתירה נובעת מן העובדה שאחד המקורות לדין "קניין חצר" הוא מדרש הכתוב שממנו למדו שאדם נחשב לגנב לא רק כאשר נטל פיזית את נכסו של חברו בידו, אלא גם כאשר החזיק בו באמצעות חצרו[157], והלוא אם החצר קונה מדין שליחות, נמצא שיש שליחות [על ידי החצר] לדבר עברה [הגנבה]?![158].

אבן ישראל (פישר), חלק ב, הלכות מאכלות אסורות, פרק ט, ד"ה ואשר יראה בזה. והוא הדין כאמור גם בשליחות לדבר עברה הנלמדת משליחות לגנבה על ידי חצר.

לדעת הרב פרנק (לעיל, הערה 152), יש בהעמדת החיוב על בסיס אחריות שילוחית פתרון לקושיות השונות שהקשו האחרונים כנגד שיטת התוספות, ולפיה יש שליחות לדבר עברה אם השליח שוגג (ראה לעיל, הערה 140). כזכור (ראה לעיל, הערה 141), לדעתם לא כן עולה בעניין בור של שני שותפים ברשות הרבים, ולא כן עולה מאופן העמדת חידושו של רבא בעניין שליח לאיסורי הנאה. הרב פרנק מסביר שעניינים אלה חריגים, משום שעל פי גזרת הכתוב אין בהם אחריות שילוחית אלא רק אחריות בגין ביצוע אישי (ראה שם הוכחותיו). לפי זה מובן מדוע אי אפשר היה להעמיד את המקרה של בור של שני שותפים בשליח שכרה את הבור בשוגג. כמו כן מובן גם מדוע רבא נדחק להעמיד את חידושו אליבא דשמאי הזקן, שמאחר שלדידו יש שליחות לדבר עברה (כלומר דין שליחות ולא רק אחריות שילוחית), הרי שלולי החידוש, ש"לא מצינו בכל התורה זה נהנה וזה מתחייב", ניתן היה לחייב את השולח כמבצע ישיר מדין "שלוחו של אדם כמותו".

והשווה ד' הנשקה, "אין שליח לדבר עבירה", כותלנו ח (תשל"ו), עמ' 72. לדעתו, דווקא שמאי הזקן, בניגוד לחכמים, הוא שמכיר באחריות שילוחית, ורבא בחר לומר את דבריו אליבא דשמאי הזקן, משום שיש בהם חידוש גדול הרבה יותר מאשר אליבא דחכמים, שהרי ברור שאיסורי הנאה אינם נושא לשליחות. לעומת זאת, לפי שמאי הזקן, שחיובו של השולח בשליחות לדבר עברה אינו מדין שליחות אלא משום שהשולח גרם לעברה, מחדש רבא שבשליחות שעניינה הנאת הגוף, גם הוא מודה שאין לחייב את השולח. עוד השווה מערכות חיים (שפירא), מערכת שליחות במצוה, סימן א, אותיות ח־ט.

156 בבא מציעא י ע"ב.

157 קביעה זו אינה נקייה מספקות. השווה: קצות החושן, סימן רמג, ס"ק י; שם, סימן שמח, ס"ק ב. קצות החושן דייק מלשונו של רש"י, בבא מציעא י ע"ב, ד"ה גגו, שיש צורך בעשיית מעשה כדי להתחייב בחיובי גנבה על ידי חצרו ("ומשום דבמחשבה אינו נעשה גזלן עד שיעשה מעשה, כמו נעל [את הדלת] בפניה").

158 החלת דיני השליחות על חצר מעלה שאלה קשה, שכן כיצד ייתכן שהקטן ומי שלוקה בשכלו אינם כשרים

התלמוד מסביר שאין כאן סתירה, משום שיש לסייג את הכלל "אין שליח לדבר עברה", שלא יכלול שליחות על ידי חצר[159]. לענייננו יש חשיבות רבה לדברי התלמוד, משום שיש בהם כדי לצמצם את היקפו של הכלל "אין שליח לדבר עברה" וללמדנו שיש נסיבות שבהן גם לדבר עברה, "יש שליח".

על היקף הסייג נחלקו האמוראים, וכל אחד רואה את ייחודה המשפטי של "חצר", המבדיל אותה משליח אחר, בנקודה אופיינית אחרת. לדעת רבינא, החצר שונה משליח רגיל בכך שאינה "בר חיובא", כלומר אינה נושאת באחריות למעשה ש"נשלחה" לבצע. לפי זה[160], כוהן השולח שליח לקדש לו אישה גרושה, אין שליחותו בטלה, שכן עבור השליח, המעשה אינו אסור[161]. לעומתו, רב סמא סבור שייחודה של החצר הוא בכך שאינה "פועלת" באופן רצוני

לשליחות מפני שדעתם אינה שלמה (על כך ראה דיוננו על סעיף 4, פרק שני, א(1), עמ' 181), ואילו חצר, שאין לה דעת כלל, יכולה לשמש כשליח. הפתרון לכך הוא, שאכן מן הדין אין החצר יכולה לשמש כשליח, שהרי אינה אפילו אישיות משפטית, אלא שגזרת הכתוב יוצרת פיקציה משפטית, ולפיה רואים את החצר כאילו היא אישיות משפטית הכשרה לשמש כשליח. כיוון שכך, דין החצר הוא חריג לדיני כשרות השליח (מכוח הפיקציה), ואין הוא יכול להיות מקור להגדרתם (ראה קצות החושן, סימן קצד, ס"ק ג). ברם, משהוגדרה החצר ככשרה לשליחות, אין היא שונה מכל אדם הכשר להיות שליח, ולכן עליה לעמוד בכל יתר הדרישות של דיני השליחות. לפיכך, כפי שנראה להלן, ניתן ללמוד מדין החצר דין חדש בדיני השליחות שאינו קשור לכשרות השליח, כגון שמי שאינו בר חיוב, יכול להיות שליח לדבר עברה. והשווה חקרי לב, המובא בדיוננו להלן, סעיף 4, הערה 80. תשובה אחרת עולה מדברי ר' חיים מבריסק (חידושי הגר"ח (מכתב יד), בבא מציעא י ע"ב. וראה גם שו"ת דבר אברהם (שפירא), חלק א, סימן כא, אות כג). לדעתו, לדברי הכל, החצר אינה נחשבת שליח, אלא לידו של הבעלים, ורק דיני השליחות חלים על זכייה על ידי חצר, שכן אין מדובר בידו של הבעלים ממש. עוד ראה אורח מישור (פולייב), סימן נ (עמ' 283).

159 נמצא שיש לסייג את הקביעה שפעולה שהיא עברה אינה נושא לשליחות כלל, כי יש נסיבות שבהן עברה עשויה להיות נושא לשליחות, אולם חריג זה עצמו יסודו בהוראת הכתוב. ראה על כך, שו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, אבן העזר, סימן פ, אות יד.

160 כך מסיק התלמוד משיטת רבינא. התלמוד מציין תוצאה נוספת: אישה שנשלחה לגלח את פאת ראשו של אדם (להבנת עניין זה, יש להזכיר שגילוח פאת הראש יש בו משום איסור "בל תקיף", ואיסור זה אינו חל על האישה). גם כאן, מאחר שעבור השליח־האישה נושא השליחות אינו בגדר איסור, רבינא יפסוק ש"יש שליח לדבר עברה", והשולח יישא בתוצאות המעשה כאילו ביצע אותו בעצמו.

161 יש לציין שהמושג "בר חיובא", שבו משתמש רבינא, אינו חד־משמעי, ונחלקו הדעות בהבנתו. יש הסוברים שאם כעת, בעשותו את הפעולה עבור חברו, אין השליח עובר על איסור, די בכך כדי להגדירו כ"אינו בר חיובא", אף על פי שאילו היה עושה אותה פעולה עבור עצמו, היה עובר על איסור. אשר על כן, בדוגמה של כוהן השולח שליח לקדש לו אישה גרושה, אין הבדל בין אם השליח הוא ישראל (שלדידו אין איסור בקידושי גרושה), ובין אם השליח הוא כוהן. אף שקידושי גרושה אסורים לכוהן, מאחר שאינו מקדש את הגרושה לעצמו, אלא לחברו, הרי הוא נחשב עדיין כ"אינו בר חיובא". ראה: חידושי הרמב"ן, בבא מציעא י ע"ב, ד"ה איכא; חידושי הריטב"א, שם, ד"ה להך לישנא. לעומת זאת, יש הסוברים שדי בכך שהאיסור אינו זר לשליח כדי להגדירו כ"בר חיובא". אשר על כן, בדוגמה של כוהן ששלח שליח לקדש לו אישה גרושה, אם השליח הוא כוהן, יש להגדירו כ"בר חיובא", וגם רבינא יסכים שבכגון זה, "אין שליח לדבר עברה". ראה: תוספות, בבא מציעא י ע"ב, ד"ה דאמר; תוספות שאנץ, מובא בשיטה מקובצת, שם, ד"ה היכא; שו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, אבן העזר, סימן עה, ד"ה ומה; דיברות משה, בבא קמא, סימן נה, ענף ב, ד"ה והנה וד"ה ולפ"ז. וראה קירשנבאום (לעיל, סוף הערה 124), בעמ' 66־67.
לכאורה, אף שהשליח אינו עובר על איסור בעצם המעשה, הרי הוא עובר על איסור "לפני עִוֵר לא תתן מכשול" (ויקרא יט, יד) כשהוא מכשיל את השולח בעברה. אף על פי כן, התוספות (שם, ד"ה דאמר) אומרים שאין בכך כדי להגדירו כ"בר חיובא", ולכן יש שליחות לדבר העברה (והשווה חידושי הריטב"א,

אלא בעל כורחה[162]. לפי זה[163], כוהן השולח שליח לקדש לו אישה גרושה, שליחותו בטלה, שכן השליח, שלא כמו החצר, פועל באופן רצוני[164].

שם, ד"ה להך לישנא, שהוסיף שאפשר שמדובר במקרה שבו הכוהן השולח היה מסוגל לקדש את הגרושה בעצמו, כך שהשליח אינו עובר על איסור "לפני עִוֵר"). לפי שיטת הסמ"ע, לא ברור באמת מדוע אין בכך כדי להגדיר את השליח כ"בר חיובא", הרי השולח יכול לומר שסבר שלא ישמע לו. זו אחת הקושיות שהעלה הרב א' וייס כנגד סברת הסמ"ע (לעיל, הערה 133). על פי ההסבר שהציע הרב וייס (ראה שם), ברור מדוע השליח נקרא "לאו בר חיובא" אף כשעובר על איסור "לפני עִוֵר", שכן אף אם ייענש על כך, אין זה מונע את ענישת השולח על עיקר מעשה העברה. נעיר שהרב וייס עצמו לא הדגיש נקודה זו. והשווה: פרי מגדים, אורח חיים, פתיחה כוללת, חלק רביעי, אות ד; שו"ת רבי עקיבא איגר, מהדורא קמא, סימן קצד. וראה עוד קונטרסי שיעורים (גוסטמן), בבא מציעא, שיעור יב, אות ג, מה שפלפל בזה.

[162] הדעות נחלקו גם בשאלה אימתי נחשב השליח כמי שפועל באופן לא רצוני. לדעת התוספות, בבא מציעא י ע"ב, ד"ה אי, כך מוגדר גם שליח שפעל בשוגג. חולקים על דעה זו: נימוקי יוסף, בבא קמא כט ע"א (בדפי הרי"ף), ד"ה מתני' היה מושכו; ש"ך, חו"מ, סימן שמח, ס"ק ו; סימן שפח, ס"ק סז. ויש אפילו מי שטוען שגם שליח הפועל תחת איום מוגדר בכל זאת כ"מצי עביד", ראה להלן, ליד ציון הערה 173 ואילך.

קטן שאינו מבין את טיב מעשיו נחשב כמי שפועל באופן לא רצוני. כך כותבים תוספות, בבא מציעא י ע"ב, ד"ה אשה (אלא שלדעתם הקטן אינו כשר לשמש כשליח). כך כותב גם נימוקי יוסף, בבא מציעא ה ע"ב (בדפי הרי"ף), ד"ה גרס' (בסופו), וכך משמע גם מחידושי הריטב"א, בבא מציעא י ע"ב, ד"ה להך לישנא (לדעתם, בשונה מן התוספות, יש עברות שהקטן כשר לשמש בהן כשליח כמו חצר. ראה דיוננו על סעיף 4, פרק שני, א(3), עמ' 184).

[163] כך מסיק התלמוד משיטת רב סמא.

[164] אם ננקוט כשיטת הסמ"ע (שהובא לעיל, ליד ציון הערה 132), אפשר להציע ולומר שהמחלוקת בין רבינא לבין רב סמא יסודה בשאלת המקור לכלל "אין שליח לדבר עברה", כדלהלן: לדעת רבינא, יסוד הכלל בסברה "דברי הרב ודברי התלמיד – דברי מי שומעין?", ומשום כך אם השליח אינו עומד בפני התלבטות בין דברי הרב לדברי התלמיד, הרי שהשולח יכול לסמוך עליו שיבצע את השליחות. לעומתו, רב סמא סבור שמקור הכלל "אין שליח לדבר עברה" בגזרת הכתוב (שהתורה אינה מכירה במוסד השליחות ביחס לעברות), ועל כן הוא מצמצם את משמעות הלכת קניין חצר בגנבה (שמתוכה עולה לכאורה שיש נסיבות שבהן יש שליחות לדבר עברה), לאותם מקרים שבהם השליח אינו פועל מרצונו. אולם הצעה זו אינה נקייה מספקות, וזאת משני נימוקים: לדעת משנה למלך, הלכות מלווה ולווה, פרק ה, הלכה יד, רב סמא מסכים לסברת "דברי הרב ודברי התלמיד – דברי מי שומעין?", אלא שלדעתו, בניגוד לרבינא, השולח סבור שאף שמבחינת השליח אין בנושא השליחות משום עברה, הרי השליח יודע שבשביל השולח זוהי עברה, והוא לא ירצה להכשיל אותו. ואם כך, גם כאן אין המינוי רציני (וראה דיברות משה, בבא קמא, סימן נה, ענף א, ד"ה והנה). זאת ועוד, הרב אליעזר מילר העיר לי שגם אם נניח בניגוד למשנה למלך, שרב סמא אינו מקבל את סברת "דברי הרב ודברי התלמיד – דברי מי שומעין?", לא ברור מדוע רב סמא צמצם עד כדי כך את תוקפה של שליחות לדבר עברה, ולא כלל בה גם שליח שאינו בר חיוב (אם כי על שאלה זו אפשר לומר שאכן רב סמא ביקש לצמצם כמה שיותר את החריג לכלל "אין שליח לדבר עברה").

והשווה ערוך השולחן, חו"מ, סימן קפב, סעיף ט, שהציע להסביר את יסוד המחלוקת בין רבינא לרב סמא הפך ממה שהצענו כאן. לדעת 'ערוך השולחן', דווקא רב סמא הוא שמחזיק בסברת "דברי הרב ודברי התלמיד – דברי מי שומעין?", ועל כן גם אם השליח אינו בר חיובא, אם הוא יודע שפעולת השליחות היא עברה עבור שולחו, היה עליו להימנע מלעשותה, ועל כן בכגון זה "אין שליח לדבר עברה" (וראה עוד להלן, הערה 165, בהסברת 'ערוך השולחן' בשיטת רב סמא). לעומתו, רבינא סבור שהכלל "אין שליח לדבר עברה" נלמד ממדרש הכתוב בשחוטי חוץ (ראה לעיל, הערה 128), ועל כן אינו חל אלא בשליחות לעברה הדומה לשחוטי חוץ, שבה השליח גם הוא בר חיובא. אבל אם השליח אינו בר חיובא, אין יסוד לשלול את תוקפה של השליחות, אף שהיא שליחות לדבר עברה.

ניתן היה אולי להציע ולומר שההבדל בגישותיהם של רבינא ורב סמא נובע מהבדל רעיוני. לדעת רב סמא, כל זמן שהאדם פועל מתוך רצון חופשי, הפעולה שהוא מבצע היא פעולתו שלו, ואין לייחס אותה לאחר.

ההבדל המעשי בין תפיסותיהם של רבינא ורב סמא הוא אפוא באותם מקרים בהם מחד גיסא נושא השליחות אינו עברה עבור השליח, אך מאידך גיסא ההכרעה אם לעשות את השליחות אם לאו נתונה להחלטתו החופשית. להלכה נחלקו הדעות בין הפוסקים. הרמ"א[165] מאמץ את גישתו של רבינא, ואילו הש"ך[166] מבקש להוכיח שרוב הפוסקים אימצו דווקא את גישת רב סמא[167].

רק אם פעל שלא מתוך החלטה רצונית, אין לראות קשר בינו לבין פעולתו, ואז, ורק אז, יש לייחס את הפעולה למי שיזם וגרם אותה מרצונו, אף שלא עשאה בעצמו, היינו השולח. רבינא, לעומתו, שבוודאי מסכים לדברים שאנו מייחסים לרב סמא (היינו שאין קשר בין אדם לפעולתו, אם עשה אותה שלא מתוך רצון חופשי), מרחיק לכת יותר ממנו. לדעתו, המבחן העיקרי לקביעת הזיקה שבין אדם לפעולתו אינו מבחן הבעת הרצון אלא מבחן הפעלת שיקול הדעת המוסרי: הפעולה מתייחסת לאדם, ואין לייחס אותה לאחר, רק אם נעשתה לאחר שיקול דעת מוסרי, היינו רק אם קדמה לה הכרעה בין טוב לרע. אם הפעולה נייטרלית מבחינה מוסרית, אף שנעשתה מתוך רצון חופשי, אין היא שייכת במובהק לעושה הפעולה, וממילא אין מניעה לייחס אותה לאחר (אולם יש לקבל הסבר זה רק כשביצוע השליחות אינו כרוך בעברה על איסור "לפני עִוֵר לא תתן מכשול", כגון שהשולח יכול היה לעשות את העברה בעצמו, כשיטת הריטב"א הנזכרת לעיל, הערה 161, שאם לא כן, גם בכגון דא, עליו להפעיל שיקול דעת מוסרי). והשווה שו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, אבן העזר, סימן פ, אות יד.

165 רמ"א, חו"מ, סימן קפב, סעיף א; שם, סימן שמח, סעיף ח (בשם "יש אומרים"). וראה סמ"ע, סימן קפב, ס"ק ב, וסימן שמח, ס"ק כ. וראה גם שו"ת אבקת רוכל, סימן פ (תשובת המבי"ט), ד"ה ועל דבר ההוצאות, שמלשונו נראה שאף הוא פוסק כרבינא. אולם השווה ערוך השולחן, חו"מ, סימן קפב, סעיף י. לדעתו, הרמ"א לא פסק כרבינא אלא כרב סמא. אמנם הרמ"א אומר במפורש שהשליחות תקפה כאשר השליח אינו "בר חיובא", אבל לדעת 'ערוך השולחן', אין להסיק מכאן שהרמ"א פסק כרבינא, אלא כוונתו לשליח הפועל בשוגג, ועל כן הוא נחשב כמי שעושה את השליחות בעל כורחו, ו"בר חיובא" אינו אלא ביטוי מושאל. פירוש זה בלשון הרמ"א דחוק ביותר, אבל יש לציין שהוא עולה יפה מן המקור שהרמ"א מפנה אליו (ראה דרכי משה, חו"מ, סימן קפב, ס"ק א, שהפנה להגהות מיימוניות, הלכות שלוחין ושותפין, פרק ב, אות א [בטעות נכתב לפנינו פרק ד]); וסימן שמח, ס"ק ג, שהפנה למרדכי, בבא מציעא, פרק שנים אוחזין, סימן רלז), שעניינו במי שנשלח לקחת חפץ ולא ידע שהחפץ אינו של השולח, והלה נתכוון לגנוב אותו באמצעותו (דוגמה זו מובאת גם בתוספות, בבא מציעא י ע"ב, ד"ה אי, כשהיא מיוחסת במפורש לרב סמא). אולם השווה ש"ך, חו"מ, סימן שמח, ס"ק ו, שמדבריו עולה שאין לקבל את הצעתו של 'ערוך השולחן'. כשיטת רבינא פסק גם שו"ת שבות יעקב, חלק א, סימן קסד, בעניין מי שהלבין את פני חברו ברבים באמצעות שליח נכרי, ופסק שבכגון זה יש שליח לדבר עברה, ויש לקנוס אפוא את השולח.

הרמב"ם, הלכות קרבן פסח, פרק א, הלכה ה, פוסק: "השוחט את הפסח בזמנו והיה לו כזית חמץ ברשותו, לוקה, שנאמר 'לא תזבח על חמץ דם זבחי', שלא יזבח הפסח והחמץ קיים. אחד השוחט ואחד הזורק את הדם ואחד המקטיר את האימורין, אם היה ברשות אחד מהם או ברשות אחד מבני חבורה שאוכלין פסח זה כזית חמץ בשעת הקרבתו, הרי זה לוקה, והפסח כשר". פסקו זה של הרמב"ם מוכיח לכאורה שגם הוא פוסק הלכה כשיטת רבינא, שכן די שהשליח אינו בר חיובא (אין לו חמץ בשעת ההקרבה) כדי ששולחו, שיש לו חמץ בשעת ההקרבה, ילקה. אולם מסקנה זו אינה הכרחית, שכן אפשר שאין לדבר כאן על שליחות לדבר עברה, שכן עיקרה של השליחות הוא לדבר מצווה, קרבן פסח (ואין מדובר בשנשלח השליח כדי להקריב את הקרבן על החמץ, אלא שנזדמן שלאחד מבני החבורה יש חמץ). ראה תורת הקודש (אילן), חלק ג, סימן כז, אות ב, ד"ה ונ"ל (עמ' קיא). וראה עוד מועדים וזמנים (שטרנבוך), חלק ג, סימן רכו.

166 ש"ך, חו"מ, סימן קפב, ס"ק א; שם, סימן שפח, ס"ק סז. כך פוסק למשל נימוקי יוסף, בבא מציעא ה ע"ב (בדפי הרי"ף), ד"ה גרס' (בסופו), בשם הרמ"ה, וכך פוסקים ראשונים אחרים שהביאם הש"ך. ניסיון מפולפל ליישב את פסק הרמ"א עם דעת רוב הפוסקים שהביא הש"ך, מציע לבוש מרדכי (אפשטיין), בבא מציעא, סימן יג. לדעתו, המחלוקת בין רבינא לרב סמא אינה אלא לעניין עונשין, ואילו לעניין תוקפה

(ב) הפעולה אינה עברה אלא לשליח

בפעולה שהיא עברה רק לשליח, ולא לשולח, נחלקו הפוסקים[168], אולם קשה לעמוד על יסוד המחלוקת ביניהם.

(ג) שליח הפועל תחת איום

כששליח לדבר עברה עושה את השליחות משום שהשולח אנס אותו לעשות כן, כגון שהפחיד

המשפטי של השליחות, הדבר תלוי לדעת שניהם בסברת "דברי הרב ודברי התלמיד – דברי מי שומעין?" (בזה שונה דרכו מדרכו של 'נתיבות המשפט', שראינו לעיל, הערה 144, שהניח שסברת דברי הרב ודברי התלמיד נדחתה לחלוטין ואינה רלוונטית עוד, ועל כן סבר שהעובדה שהמעשה היה כרוך בעברה, אין בה כדי לשלול את תוקפו המשפטי. לעומת זאת, לדעת 'לבוש מרדכי' סברת "דברי הרב ודברי התלמיד" לא נדחתה לחלוטין, אלא היא עומדת בתוקפה באותן נסיבות שבהן היא רלוונטית). אם כן, באותן הנסיבות שבהן אין מקום לסברת "דברי הרב ודברי התלמיד", כגון שהשליח אינו "בר חיובא", כלומר שהמעשה שנשלח לבצע אינו עברה בשבילו (השווה לעיל, הערה 164, שיש החולקים על הנחה זו), הרי שיש תוקף למעשה לכולי עלמא. 'לבוש מרדכי' מציע אפוא לומר שפסק הרמ"א אינו נוגע לתחום העונשי של שליחות לדבר עברה (שבו גם הוא מסכים שהלכה כרב סמא), אלא לתחום המשפט הפרטי (שבו אין מחלוקת בין רבינא לבין רב סמא).

פתרון אחר ליישוב שיטת הרמ"א הציע 'ערוך השולחן', כפי שראינו לעיל, הערה 165.

[167] נפקות מעניינת למחלוקת זו מצאנו בהלכות שבת. בשולחן ערוך, אורח חיים, סימן רסג, סעיף יז, כתב: "יש אומרים שמי שקבל עליו שבת קודם שחשכה, מותר לומר לישראל חבירו לעשות לו מלאכה". זוהי דעת חידושי הרשב"א, שבת קנא ע"ב, ד"ה אמר ר' יהודה, אבל ר"ן, שבת סד ע"ב (בדפי הרי"ף), ד"ה ומדאמר', חולק עליו. לדעת שו"ת פני יהושע (מקראקא), חלק א, יורה דעה, סימן ג, בסופו (מובא בשערי תשובה, אורח חיים, שם, ס"ק כב), יסודה של מחלוקת זו במחלוקת רבינא ורב סמא. לדעתו, הרשב"א נקט כרב סמא, ועל כן קבע להיתר, שמאחר שהשליח "אי בעי עביד" אין שליחות לדבר עברה, ואילו הר"ן נקט כרבינא, ועל כן פסק לאסור, שמאחר שהשליח אינו "בר חיובא", שכן עוד לא קיבל על עצמו את השבת, הרי יש שליחות לדבר עברה. אבל ראה דיוננו על סעיף 4, הערה 77, אות ב, ושם נביא דעות של אחרונים שדחו את גישתו של 'פני יהושע', כשטענתם היא שאיסורי שבת אינם נושא לשליחות כלל (וראה גם לעיל, הערה 125). בדיוננו על סעיף 4, הערה 170, נביא מדברי 'פרי מגדים', המתלבט בשאלה אם אדם שקיבל עליו כבר את השבת יכול לומר לאדם אחר שידליק נר חנוכה במקומו. מהצגת השאלה ניכר ש'פרי מגדים' אינו מקבל את שיטת האחרונים הנ"ל, ולדעתו חילול שבת הוא נושא לשליחות (ניכר גם שלדעתו הדלקת נר חנוכה היא נושא לשליחות. וראה לעיל, הערה 60, שגם זה אינו מוסכם על הכל). ואולם תמוה לכאורה שלא הפנה לדברי שולחן ערוך שהבאנו כאן. אבל ראה שו"ת חבצלת השרון, חלק א, אורח חיים, סימן מא, אות ו, המסביר (בעקבות חידושי הרשב"א, חולין יב ע"א, ד"ה ורבינו) שיש להבחין בין פעולה שאין בה לא חובה ולא איסור, שמאחר שאין חשיבות מי עושה אותה, אינה נושא לשליחות (וכך היא לדוגמה הדלקת נר של רשות, שאין חשיבות מיהו המדליק), ובין פעולה שיש בה חובה או איסור, כגון הדלקת נר חנוכה (עליה מדבר 'פרי מגדים'), שמאחר שיש חשיבות מי עושה אותה (מי יוצא בה ידי חובתו) היא נושא לשליחות. וראה גם: משפטי שמואל (רבינוביץ), שמעתתא דשליחות, פרק א; צמח מנחם, סימן כ (ע ע"א).

[168] ראה: פני יהושע, כתובות פד ע"ב, ד"ה בד"ה את תופס לבע"ח, הסובר שגם בכגון זה "אין שליח לדבר עברה" (וכך פסק בשו"ת משפטי עוזיאל, חלק ד, ירושלים תש"ס, חו"מ, סימן מז, אות ו, בעניין הפסקת היריון למניעת לידת ממזר, שלא התיר לעשות כן אלא להורים, אבל לאחרים אסר משום "אין שליח לדבר עברה" = פסקי עוזיאל בשאלות הזמן, סימן נב). והשווה קצות החושן, סימן קה, ס"ק א, הדוחה את דברי 'פני יהושע'. לדעתו, אין מקום לדון בשליחות לדבר עברה אלא כאשר המעשה הוא בגדר עברה עבור השולח. וראה בעניין זה: מלוא הרועים (יולס), חלק א, אות שי"ן, ערך שליח לדבר עבירה, אות כא; ספר העיקרים (איגר), חלק ב, עיקר אין שליח לדבר עבירה, עמ' קסה־קסו; שו"ת ארצות יהודה (דבורץ), סימן כב; קהילות יעקב (קנייבסקי), קידושין, סימן לט, אות ב.

אותו או איים עליו אם לא יעשה את השליחות[169], יש מי שאומר[170] שבזה "יש שליח לדבר עברה".

יש מן האחרונים[171] הסבורים שאף החולקים על שיטת הסמ"ע[172] יסכימו שכאשר השליח אנוס, "יש שליח לדבר עברה", משום ששליח הפועל תחת איום דינו כדין חצר, ובחצר הלוא כולי עלמא מודים ש"יש שליח לדבר עבירה"[173]. לדעתם, מסקנה זו נכונה הן לגישת רבינא הן לגישת רב סמא: לא זו בלבד ששליח הפועל תחת איום (אנוס) אינו נושא באחריות למעשהו, ולכן ברור שלגישתו של רבינא יש שליח לדבר עברה, אלא הפועל תחת איום אינו פועל באופן רצוני, ולכן גם לגישת רב סמא דינו כדין חצר.

ה'נודע ביהודה'[174] אינו מקבל גישה זו, מפני שעל אף האיום, עומדת בפני השליח האפשרות שלא לציית לשולחו ולשאת בתוצאות הכרוכות בכך, ומשום כך אין זה נכון לדמותו לחצר, שאינה בעלת בחירה כלל. אשר על כן, אף שבשל האונס השליח פטור מאחריות, אין בכך כדי לחייב את שולחו[175]. לדעתו, גישה זו, שלפיה יש תוקף לשליחות כאשר השליח פעל תחת איומיו של השולח, אינה תואמת אלא את שיטת הסמ"ע, שמאחר שהשולח יודע שהשליח יעשה את שהוטל עליו, אינו יכול לטעון שלא התכוון ברצינות למנותו כשלוחו.

(ד) בעברה דרבנן

ראוי לציין עוד בעניין היקפו של הכלל "אין שליח לדבר עברה", שיש המסתפקים אם הוא חל גם בעברה דרבנן, אבל נראה שלרוב הדעות הכלל אמור גם בעברה דרבנן[176].

פרק רביעי

מוסדות משפטיים הדומים לשליחות

א. מבוא

שומר, מתווך, שליח בלדר, בני זוג, עובד, אפוטרופוס, נאמן, המתקשר בחוזה לטובת צד

[169] עניינו כאן בשליח לדבר עברה. לדינה של שליחות רגילה שהשליח פועל בה תחת איום ראה דיוננו להלן, סעיף 3, הערה 154.

[170] ראה שו"ת מהר"ם די בוטון, סימן סד, קכח ע"ב (מובא בפתחי תשובה, יורה דעה, סימן קס, ס"ק טז). אבל השווה שער המלך, הלכות מלווה ולווה, פרק ה, הלכה יד (בסוף), הכותב: "נראה דאפילו אם אנס את השליח, אין שליח לדבר עבירה". וראה בהרחבה על מחלוקת זו שו"ת ישכיל עבדי, חלק א, יורה דעה, סימן ו, סעיף ב.

[171] דעת הרב צבי הירש, המובאת בשו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, אבן העזר, סימן עח, אות יב; סימן פא, אות ח.

[172] ראה לעיל, ליד ציון הערה 132.

[173] ראה לעיל, ליד ציון הערה 159.

[174] שו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, אבן העזר, סימן עה; שם, סימן פ, אות טו.

[175] לדעת שו"ת ישכיל עבדי, חלק א, יורה דעה, סימן ו, סעיף ב, אות יב, במחלוקת זו שבין 'נודע ביהודה' לבין רב צבי הירש, נחלקו כבר מהר"ם די בוטון ו'שער המלך', שנזכרו לעיל, הערה 170.

[176] מקורות לעניין זה, ראה: שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן קיז; משנה למלך, הלכות רוצח ושמירת הנפש, פרק ב, הלכה ב, והלכות מלווה ולווה, פרק ה, הלכה יד; פתחי תשובה, יורה דעה, סימן קס, ס"ק יד; שו"ת ישכיל עבדי, חלק א, יורה דעה, סימן ו, סעיף ג. וראה עוד קירשנבאום (לעיל, סוף הערה 124), הערה 82*.

שלישי – כל אלה, כמו השליח, עושים או עשויים לעשות פעולות המשפיעות בצורה זו או אחרת על זולתם, והשאלה היא: מהו השווה והשונה בינם ובין השליח? בשאלה זו נעסוק בפרק שלפנינו.

נסקור את המוסדות המשפטיים הדומים לכאורה למוסד השליחות בדרך הבאה: נתחיל בסקירת המוסדות המשפטיים הקרובים יותר למוסד השליחות, שבהם נעשית פעולה משפטית בשם הזולת או במקומו, כפי שהוא לדוגמה באפוטרופסות או בשותפות; לאחר מכן נסקור את המוסדות המשפטיים שבהם אמנם נעשית פעולה משפטית עבור הזולת, אך לא בשמו ולא במקומו, כפי שהוא לדוגמה בחוזה לטובת צד שלישי; ולבסוף נסקור את המוסדות המשפטיים שבהם בדרך כלל לא נעשית עבור הזולת אלא פעולה מטריאלית, כפי שהוא לדוגמה בשומרים או בתיווך.

ב. פעולות משפטיות הנעשות בשם הזולת או במקומו

לנוחיות הדיון, נבחין בין מוסדות משפטיים שעיקר מטרתם לאפשר ייצוג משפטי של הזולת (כגון אפוטרופסות, שעיקר עניינה ייצוגו המשפטי של מי שחסר כשרות משפטית), אותם נכנה "מוסדות ייצוג", ובין מוסדות משפטיים שבהם ייצוגו המשפטי של הזולת אינו מטרתו העיקרית של המוסד אלא פועל יוצא ממנו (כגון שותפות, נישואין ועבודה).

(1) מוסדות ייצוג

(א) אפוטרופסות[177]

האפוטרופסות דומה לשליחות, שכן, כמו השליח, תפקידו של האפוטרופוס הוא לעשות פעולות משפטיות המזכות ומחייבות את החסויים שהוא מופקד עליהם[178].

בדבר היסוד המשפטי שממנו שואב האפוטרופוס את סמכויותיו, חלוקות הדעות. לדעת הרמב"ן[179], כוחו של האפוטרופוס לייצג את החסויים נובע מדין "זכין לאדם שלא בפניו", שלדעת רבים הוא ענף של דיני השליחות[180]. לעומת זאת, הרשב"א[181] קובע ש"אפטרופין כבעלים נינהו", ומדבריו נראה שסמכויות האפוטרופוס אינן סמכויות ייצוג גרידא, אלא הן כסמכויותיו של הבעלים[182].

[177] בפרק המשנה הזה, העיר לי הרב עו"ד ירון אונגר הערות מועילות, ותודתי נתונה לו על כך.

[178] להשוואת השליח והאפוטרופוס במשפט הישראלי, ראה: ג' טדסקי, "אפיטרופוס ושלוח", בתוך מסות במשפט (ירושלים תשל"ח), עמ' 334; ברק, סעיף 240.

[179] חידושי הרמב"ן, גיטין נב ע"א. וראה גם: חידושי רבנו קרשקש (המיוחסים לריטב"א), גיטין שם, ד"ה יתומים שסמכו (בשם הרא"ה); חידושי הר"ן, גיטין שם, ד"ה ומוכרין; פד"ר ב, עמ' 178-187.

[180] ראה הנספח על דין "זכין לאדם שלא בפניו", פרק שלישי, א, עמ' 777.

[181] חידושי הרשב"א, בבא קמא קיב ע"א, ד"ה והיכא דאית להו.

[182] שערי עוזיאל, הלכות אפוטרופסות, ירושלים תשנ"א, מבוא, עמ' 25, וכן הסיק אף בית הדין הרבני האזורי ת"א-יפו בתיק 2011/כא, פד"ר ה, עמ' 82, בעמ' 91. וראה גם: שו"ת עין יצחק, חלק א, אבן העזר, סימן עט; רשימות שיעורים שנאמרו על ידי מרן הגאון הרב יוסף דוב הלוי סולובייצ'יק זצ"ל, ניו-יורק תש"ס, בבא קמא א, עמ' רעח-רפ; י"ק ריינין, האפוטרופוס ליתומים במשפט העברי, אחריותו, דרכי הפיקוח והביקורת עליו, חיבור לשם קבלת תואר ד"ר למשפטים, ירושלים תשד"ם (להלן: ריינין), עמ' 5, סוף הערה 17; שם, עמ' 16, הערה 39; שם, עמ' 23, סוף הערה 51; י' אונגר, חוק לישראל, נאמנות בנכסים, ירושלים תש"ע, עמ' 20.

מה ההבדל בין אפוטרופוס לשליח? האפוטרופוס מייצג בדרך כלל יתומים קטינים או חסרי כשרות משפטית אחרים, ומכאן ההבדל הראשון בינו לבין השליח. בעוד השליח מתמנה על ידי השולח, האפוטרופוס אינו מתמנה על ידי היתומים הקטינים שלטובתם הוא פועל (אלה אף אינם כשרים למנותו שליח), אלא על ידי אבי היתומים, שמינהו לפני מותו, או על ידי בית הדין, "שבית דין הוא אביהם של יתומים"[183].

הבדל נוסף בין האפוטרופוס לבין השליח הוא שדרישות הכשרות המשפטית של האפוטרופוס מחמירות פחות מאלו של השליח. כך, לדוגמה, יכול האב למנות קטין כאפוטרופוס לבניו, אף שהלה פסול להתמנות כשליח (אלא שהוא מוגבל לפעולות משפטיות שהוא כשר לעשותן לעצמו)[184]. עוד הבדל ביניהם הוא שמשעה שהחל האפוטרופוס את תפקידו, אינו רשאי להתפטר[185], שלא כמו השליח, אשר יכול עקרונית להפסיק את שליחותו[186].

אולם ההבדל העיקרי בין האפוטרופוס לבין השליח נוגע להיקף סמכויותיהם. סמכויותיו של האפוטרופוס רחבות הרבה יותר מאלה של השליח, כשהעיקרון המנחה הוא שהאפוטרופוס רשאי לטובת היתומים לנהוג בנכסיהם כבשלו. וכך מתאר הרמב"ם את היקף סמכותו של האפוטרופוס: "מוציא ומכניס, ובונה וסותר, ושוכר, ונוטע וזורע, ועושה כפי מה שיראה שזה טוב ליתומים"[187]. כלומר, בשונה מן השליח, שאין לו סמכות לפעול אלא במסגרת

183 ראה: רמב"ם, הלכות נחלות, פרק י, הלכה ה; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף א. אמנם אפשרות נוספת ליצירת האפוטרופסות היא על ידי הכרה רטרואקטיבית במעמדו של האדם כאפוטרופוס, מכוח העובדה שהחסוי סומך עצמו על שולחנו (ראה שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף כד), ונחלקו הדעות בהבנת המקור לסמכותו של אפוטרופוס מסוג זה. יש הסוברים שלמעשה הוא כאפוטרופוס הממונה על ידי בית דין (ראה ערוך השולחן, חו"מ, סימן רצ, סעיף מב), ויש הסוברים שהוא כאפוטרופוס הממונה על ידי אבי היתומים (ראה שו"ת הריב"ש, סימן תסח). בין כך ובין כך, גם הוא אינו מתמנה על ידי היתומים.

184 שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף א. ולא זו בלבד, אלא שבית הדין רשאי למנותו אפוטרופוס, אם האב גילה עוד בחייו שהוא נאמן עליו, כגון שהפקיד בידיו את ניהול נכסיו. ראה: חידושי הרשב"א, גיטין נב ע"א, ד"ה הא דתניא אין עושין; חידושים מכתב יד המיוחסים לריטב"א, שם, ד"ה ואם מינן; חידושי הר"ן, שם, ד"ה ואם מינן; בית יוסף, חו"מ, סימן רצ, סעיף ב. ראשונים אלה מסתמכים על התוספתא, תרומות (ליברמן) א, יא. וראה תוספתא כפשוטה, שם. מן הראוי לציין שבשונה מן המשפט העברי, דרישות הכשרות שמציב החוק הישראלי לאפוטרופוס גבוהות מדרישות הכשרות שהוא מציב לשליח. ראה ברק, סעיף 240.

185 ראה שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף כג (על פי תוספתא, בבא בתרא (ליברמן) ח, יב). וראה קצות החושן, סימן רצ, ס"ק ה, שעמד על ההבדל בין הפועל, הרשאי להתפטר מעבודתו, ובין האפוטרופוס, החייב למלא את תפקידו עד תומו. הפועל עובד עבור מעסיקו, ועל כן ניתנת לו הזכות להפסיק את עבודתו "אפילו בחצי היום... דכתיב 'כי לי בני ישראל עבדים, עבדי הם' (ויקרא כה, נה) – ולא עבדים לעבדים" (בבא מציעא י ע"א). האפוטרופוס לעומתו עושה מצווה, ו"הווה ליה עבד ה'... ולא שייך ביה 'עבדים לעבדים'" (לשונו של 'קצות החושן'). נציין שבהגהתו ל'שולחן ערוך' שם, מעיר הרמ"א שאין בהלכה זו כדי להגביל את חופש התנועה של האפוטרופוס, והוא רשאי להעתיק את מקומו לעיר אחרת, ואז ימנה בית דין אפוטרופוס אחר תחתיו.

186 ראה דיוננו על סעיף 14, פרק שני, ב, עמ' 633.

187 רמב"ם, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה ד. נציין כי בצד מרחב פעולה זה הניתן לאפוטרופוס קיימות גם מגבלות שונות. האפוטרופוס אינו רשאי לבצע פעולות משפטיות שיש בהן כדי לסכן את אינטרס החסוי, גם אם יש סיכוי לרווח. על כן אינו רשאי למכור את נכסי החסוי ולהשקיע את תמורתם, אך הוא רשאי למכרם כדי לספק את צרכיו המיידיים של החסוי. ראה שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף יא.

ההרשאה שקיבל מן השולח, האפוטרופוס עושה בנכסים שהופקדו לניהולו לפי שיקול דעתו כבשלו, כל עוד שיקול דעת זה לא הוגבל במפורש על ידי מי שמינה אותו או מי שמפקח עליו, כדברי הרא"ש: "יש לו כח לעשות בממון הנמסר לידו בטובת בעליו כאילו היה שלו"[188]. על כן, הגבלות המוטלות על פעולת השליח אינן מוטלות על האפוטרופוס: האפוטרופוס מוסמך לפעול בשם החסוי, גם כשהדבר בא לחובת אחרים, "דיד בעלים הוא"[189]; הוא יכול לקבל המחאת זכות לטובת היתומים במעמד שלושתם[190] (מה שאין כן שליח, לפי דעות אחדות[191]); הוא רשאי למנות שליח לביצוע כל פעולה שבסמכותו[192] (מה שאין כן שליח, שמוטלות עליו בעניין זה מגבלות שונות[193]); והוא יכול להגיש ולנהל תביעה משפטית בשמו של החסוי[194] (שלא כמו השליח, הזקוק לשם כך להרשאה מיוחדת, "אורכתא", כפי שנראה להלן[195]). הוא אף מוסמך לעשות פעולות משפטיות שלפי הדין יש לבצען אישית ואינן נושא לשליחות[196].

188 שו"ת הרא"ש, כלל פז, סימן ב, מובא בטור, חו"מ, סימן רצ, סעיף לז. על יסוד הלכה זו, קבע מהרש"ך כי אם אדם שאל נכס של היתומים, ובמקביל העסיק את האפוטרופוס שלהם, הריהו פטור מאחריות לנכס בהתאם לדין "בעליו עמו" (הובא במחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן יא, ד"ה תשובה. וראה גם שערי עוזיאל, לעיל, הערה 182, עמ' 26). זאת בשונה מדינו של שואל שהעסיק את שלוחו של המשאיל. ראה: שולחן ערוך ורמ"א, חו"מ, סימן שמו, סעיף ו; ש"ך, שם, ס"ק ד (ראה לעיל, ליד ציון הערה 111).

189 לשון השולחן ערוך, חו"מ, סימן קה, סעיף א. וראה שערי עוזיאל (לעיל, הערה 182), עמ' 23-27; פד"ר ה, עמ' 90-91.

190 רמ"א, חו"מ, סימן רצ, סעיף יא; ש"ך, חו"מ, סימן קכו, ס"ק פא.

191 ראה: שולחן ערוך, חו"מ, סימן קכו, סעיף כ; ביאור הגר"א, שם, ס"ק נד. וראה דיוננו לעיל, ליד ציון הערה 106.

192 ראה שו"ת הרא"ש, כלל פז, סימן ב (מובא בטור, חו"מ, סימן רצ, סעיף לז). עם זאת, אין הוא יכול למנות אפוטרופוס אחר תחתיו. ראה שו"ת הרא"ש, כלל פז, סימן ו.

193 כגון הכלל "מילי לא מימסרן לשליח". ראה דיוננו להלן, סעיף 16, פרק רביעי, ב, עמ' 724.

194 ראה: תוספות, קידושין מב ע"א, ד"ה אלא; חידושי רבנו קרשקש (המיוחסים לריטב"א), גיטין נב ע"א, ד"ה ואין האפוטרופסין; מגיד משנה, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה ז. אמנם להלכה, צומצמה סמכות הייצוג של האפוטרופוס, כשנקבע שהאפוטרופוס אינו רשאי לייצג את היתומים הקטנים בתביעות של אחרים נגדם, משום החשש שיפסיד בדין וייגרם הפסד לנכסי היתומים. ראה: חידושי הריטב"א, קידושין מב ע"א, ד"ה ואומר מורי; תוספות, שם; רמב"ם, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה ז; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף יב. וראה גם שו"ת מהרלב"ח, סימן צה. להרחבה בנושא זה, ראה י' אונגר, חוק לישראל, נאמנות בנכסים, ירושלים תש"ע, עמ' 245-246. אולם סמכותו לייצג את היתומים בהליך משפטי שבו הם התובעים נותרה בעינה. יתר על כן, לדעת רבים, אף סמכותו לייצג את היתומים בהליך שבו הוא נדרש להגן על עניינם קיימת, כפוף לאישור בית הדין לעשות כן (ראה: שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן תתצד; חידושי הריטב"א, קידושין מב ע"א, ד"ה וקשיא להו; שו"ת הר"ן, סימן ח. וראה המקורות המצוינים באוצר מפרשי התלמוד, גיטין נב ע"א, הערה 99), ואחרים סוברים שלא צומצמה אלא סמכות הייצוג של אפוטרופוס שמונה בידי אבי היתומים, בעוד שאפוטרופוס שמונה בידי בית דין מוסמך לייצג את היתומים אף בהליך שבו הוא נדרש להגן על עניינם (ראה: חידושי הריטב"א, שם, בשם הרא"ש (אולי הכוונה לרא"ש מלוניל, כפי שהעיר המהדיר, שם, הערה 115); שיטה לא נודע למי, קידושין שם. וראה המקורות המצוינים באוצר מפרשי התלמוד, גיטין נב ע"א, הערה 98). וראה גם אנציקלופדיה תלמודית, כרך ב, ערך אפוטרופוס, עמ' קכב.

195 ראה להלן, פרק רביעי, ב(1)(ב), עמ' 49.
וראה שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן קי, המעלה יתרון אפשרי נוסף של האפוטרופוס על פני השליח, והוא בתחום דיני הראיות. בעוד שלפי הרמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק ב, הלכה ו, בסכסוך בין השולח לבין הצד השלישי בדבר היקף הרשאתו של השליח, חובת ההוכחה מוטלת על הצד השלישי, אף אם

במסגרת הסמכות הרחבה הניתנת לאפוטרופוס לפעול לטובת החסוי, רשאי האפוטרופוס ליהנות מרכוש החסוי בהיקף הדרוש לביצוע התקין של תפקידו. על כן, האפוטרופוס רשאי "ללבוש ולהתכסות מנכסי יתומים כדי שיהיה מכובד ויהיו דבריו נשמעין, והוא שיהיה ליתומים הנאה בנכסיהן בהיות דבריו נשמעין"[197]. אמנם השליח זכאי לשיפוי על הוצאותיו[198], אבל אינו רשאי בשום אופן להוציא כספים אלו מכספי השולח המצויים תחת ידו.

אולם אין פירוש הדברים שראינו עד כה שסמכויות האפוטרופוס הן בלתי מוגבלות. השיקול של טובת היתומים עומד גם ביסוד הלכות המצמצמות את סמכותו של האפוטרופוס ומעמידות אותו בשורה אחת עם שליח רגיל. כך לדוגמה, בדיני מכר הכלל הוא[199] שמי שנתאנה (שילם יותר או קיבל פחות ממחיר השוק), אינו רשאי לבטל את העסקה, אלא כאשר ההונאה הייתה של יותר משישית המחיר בשוק. אבל נפסק ב'שולחן ערוך'[200]: "השליח או אפוטרופוס שטעה ונתאנה בכל שהוא, בין במטלטלין בין בקרקע – חוזר". ומסביר הסמ"ע[201]: "דיאמר לו המשלח: 'לתקוני שדרתיך ולא לעוותי [=לתקן שלחתיך ולא לעוות]". כמו כן, לעניין המחאת זכות, אם היתומים הם בעלי זכות כלפי החייב, אין האפוטרופוס יכול לייצגם כדי להמחות את זכותם לאדם שלישי במעמד שלושתם[202], שכן יש בפעולה זו כדי לפגוע באינטרסים של היתומים[203]. כמו כן, אף שבעיקרון האפוטרופוס יכול לסחור בנכסי היתומים

השליח תומך בגרסתו, הרי כשהאפוטרופוס הוא שתומך בגרסתו, מהרשד"ם מעלה את האפשרות שהרמב"ם מסכים שידו על העליונה. לדיון בשאלה על מי נטל ההוכחה, אם הייתה או לא הייתה חריגה מן ההרשאה, ראה דיוננו להלן, סעיף 6, פרק שלישי, ג, עמ' 364.

196 ראה: חידושי הרשב"א, בבא קמא קיב ע"א, ד"ה משום סומכוס (עדות על שור מזיק של היתומים בפני אפוטרופוס); שולחן ערוך, חו"מ, סימן קי, סעיף ט (קבלת עדות בפני אפוטרופוס). על פעולות שעל פי הדין אינן נושא לשליחות, ראה דיוננו לעיל, פרק שלישי, ג, עמ' 18.

197 רמב"ם, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה ה. אך בסמ"ע, חו"מ, סימן רצ, ס"ק י, הוסיף: "נראה דמכל מקום אם רוצים למחות בו, הרשות בידן".

אף שהאפוטרופוס רשאי ליהנות מרכוש החסוי, נפסק בשולחן ערוך, חו"מ, סימן רצ, סעיף כ, כי הוא נושא באחריות לנזקי רכושו שנגרמו ברשלנותו. זאת שלא כשיטת רבנו חיים, המובאת בתוספות, גיטין נב ע"ב, ד"ה הלכה, ובתוספות, בבא קמא לט ע"א, ד"ה דאי, ולפיה האפוטרופוס פטור מאחריות גם אם התרשל כדי לעודד אנשים ליטול על עצמם תפקידי אפוטרופסות. הרמב"ן נוקט גישה ממוצעת בין שתי הגישות האלה, ולדעתו אין לפטור את האפוטרופוס אלא כשהתמנה על ידי אבי היתומים, ולא כאשר התמנה על ידי בית הדין. מינוי על ידי בית דין מעניק לאפוטרופוס יוקרה ציבורית, ועל כן אין צורך לתת לו תמריץ נוסף. ראה חידושי הרמב"ן, גיטין נב ע"ב, ד"ה הלכה. וראה ביתר הרחבה רייניץ (לעיל, הערה 182), בעמ' 1-50; ב' כהנא, חוק לישראל, שומרים, ירושלים תשנ"ט, עמ' 121-122.

198 ראה להלן, דיוננו על סעיף 11.

199 רמב"ם, הלכות מכירה, פרק יב.

200 שולחן ערוך, חו"מ, סימן רכז, סעיף ל, בעקבות רמב"ם, הלכות מכירה, פרק יג, הלכה ט. אך השווה שולחן ערוך, חו"מ, סימן קט, סעיף ה, וראה ביאור הגר"א, שם, סימן קט, ס"ק יב, שעמד על הסתירה לכאורה בין שתי ההלכות והסביר שדברי 'שולחן ערוך' שם לא נאמרו אלא במכירה על ידי בית דין ולא במכירה על ידי אפוטרופוס (ונדחו בכך אפוא דברי הרב עוזיאל, לעיל, הערה 182, שביקש ללמוד מכאן שאף דין זה אינו חל על האפוטרופוס).

201 שם, ס"ק נג, בשונה מן השותף (ראה להלן, ליד ציון הערה 237), ששותפו אינו יכול לטעון כנגדו "לתקן שלחתיך ולא לעוות", משום שהשותף הוא בעל עניין אישי בשליחות, מה שאין כן האפוטרופוס.

202 רמ"א, חו"מ, סימן קכו, סעיף כ; שם, סימן רצ, סעיף יא. וראה דיוננו לעיל, פרק שלישי, ג(2), עמ' 23.

203 בדומה לכך פסק שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן תרמב (וכדעתו פסק רמ"א, חו"מ, סימן קמט, סעיף כד),

לצורכם של היתומים, חלות עליו מגבלות רבות. כך לדוגמה, האפוטרופוס אינו רשאי לתת לאחרים מתנה מכספם של היתומים או למחול על חוב שלהם (אף שהיה עושה כך בממונו שלו)[204], ואף אינו רשאי לפרוע את חובם אלא אם כן אי־הפירעון גורם להם הפסד[205].

יש להבהיר שלדעת רבים, מה שראינו עד כה בעניין סמכויותיו הרחבות של האפוטרופוס אמור רק באפוטרופוס של חסרי כשרות משפטית ולא באפוטרופוס של גדולים (כגון מי שהתמנה לנהל את נכסיו של שבוי או של נעדר[206]). לדעה זו, דומה שסמכויותיו של אפוטרופוס זה זהות לאלו של שליח רגיל[207].

לסיום נציין שעל אף הסמכויות הרחבות הניתנות לאפוטרופוס, אין מוטלת עליו חובת דיווח על הנעשה ברכוש החסוי. וכך פסק הרמב"ם בדינו של אפוטרופוס המסיים את תפקידו: "ואינו צריך לעשות חשבונות מה הכניס ומה הוציא, אלא אומר להן 'זה הנשאר', ונשבע בנקיטת חפץ שלא גְזלן כלום"[208]. אכן, פטור זה נאמר דווקא באפוטרופוס, ויש הסוברים שהוא נועד

שהאפוטרופוס של יתומים שלא מחה כנגד המחזיק בקרקע היתומים, אין בשתיקתו כדי לחייב את היתומים. ומסביר הסמ"ע, סימן קמט, ס"ק מא, שהסיבה לכך היא שהם יכולים לומר לו "לתקוני שדרתיך". וראה גם ביאור הגר"א, שם, ס"ק סב. אמנם נראה שאין הכוונה לטענת "לתקוני שדרתיך" הקלסית, שהרי טענה זו חייבת לבוא מפיו של השולח, בעוד שהיתומים אינם יכולים להיות שולח, שהרי אין שליחות לקטן. על כן, נראה שהכוונה היא שהסמכויות שהעניק הדין לאפוטרופוס נועדו לטובתם ("לתקוני"), ולא לקלקלתם ("לעוותי"), ועל כן, אם קלקל, חרג מסמכויותיו. וראה שערי עוזיאל (לעיל, הערה 182), בעמ' 24־25.

[204] ראה שולחן ערוך, חו"מ, סימן רלה, סעיף כו: "וכן האפוטרופוס, בין שמינו אותם בית דין בין שמינו אותם אבי יתומים, מקחן מקח וממכרן ממכר, אבל מתנתם אינה כלום, שאין אדם נותן דבר שאינו שלו". עם זאת, יש הטוענים שאם יש צורך בדבר, כגון להשקיטם ממריבות, יש לו סמכות לעשות כן. לדעתם, כשם שהכוח לפשר ולמחול בממון היתומים לצורך זה מוקנה לבית הדין (ראה שולחן ערוך, חו"מ, סימן יב, סעיף ג: "מותר לבית דין לוותר בממון היתומים חוץ מן הדין, כדי להשקיטם ממריבות"), הוא הדין גם באפוטרופוס. וכעין זה סובר מהרלב"ח, שאם היתומים הם הנושים באחרים, האפוטרופוס רשאי לוותר על חלק מהחוב בתמורה להקדמת התשלום. ראה: שו"ת מהרלב"ח, סימן צה; שו"ת מהר"י בן לב, חלק א, סימן צו; בני חיי, חו"מ, סימן רצ, הגהות טור, אות טו; שו"ת חכם צבי, תשובות הנוספות בסופו, סימן ג (מובא בפתחי תשובה, חו"מ, סימן יב, ס"ק ז); שו"ת חתם סופר, חו"מ, סוף סימן קיב (מובא בפתחי תשובה, שם), הלומד כן בהיקש מדברי הרשב"א להלן, הערה 205; נתיבות המשפט, סימן יב, ס"ק ב. ואולם יש החולקים עליהם וטוענים שפעולות מעין אלה טעונות אישור מראש של בית הדין, ואין להקיש מן הכוח המוקנה לבית הדין אל כוחו של האפוטרופוס. ראה: שו"ת פני משה, חלק א, סימן ט; ערוך השולחן, חו"מ, סימן רלה, סעיף יד. כשיטה המחמירה עולה לכאורה במפורש מן התוספתא, תרומות (ליברמן) א, יא: "אין דנין לחוב ולזכות להכניס ולהוציא ליתומים, אלא אם כן נטלו רשות מבית דין".

[205] כגון שהריבית אוכלת בהם. ראה שולחן ערוך, חו"מ, סימן קי, סעיף א. לדעת הרשב"א, כך הוא הדין גם כשהנושה נכון להתפשר ולוותר על חלק מהסכום, ובלבד שישולם החוב עכשיו, שמאחר שהדבר הוא לטובת היתומים, רשאי האפוטרופוס לפרוע את החוב. ראה שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן אלף טו. וראה גם שם, חלק ג, סימן כא (מובא בבית יוסף, חו"מ, סימן קכג, סעיף ו).

[206] ראה רמב"ם, הלכות נחלות, פרק ז, הלכה ו.

[207] להיקף סמכויותיו של האפוטרופוס על גדולים ראה: שערי עוזיאל (לעיל, הערה 182), עמ' י־כז; אנציקלופדיה תלמודית, כרך ב, ערך אפוטרופוס, עמ' קכח־קכט. וראה גם פד"ר ה, עמ' 82, בעמ' 89 ואילך, שם מובאת דעה, ולפיה יש נסיבות שבהן דין אפוטרופוס על גדולים כדין אפוטרופוס על קטנים.

[208] רמב"ם, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה ה. דין זה שנוי במחלוקת התנאים (ראה גיטין נב ע"א), והלכה נפסקה כדעת רשב"ג, הפוטר את האפוטרופוס מחובת דיווח. הרמב"ם מוסיף כי אפוטרופוס המתמנה על ידי האב (להבדיל מאפוטרופוס המתמנה על ידי בית דין) אף אינו חייב להישבע שלא גזל כלום. הרמ"א, חו"מ, סימן רצ, סעיף טז, מביא בשם "יש אומרים" את דעת העיטור, אפוטרופוס (מהדורת ר"מ יונה, חלק

לעודד אנשים לשמש בתפקיד אפוטרופוס[209], ושמא ניתן להסיק מכאן שהשליח, לעומת זאת, חייב בדיווח[210].

(ב) "הרשאה" לייצוג משפטי ("אורכתא")

קרוב למוסד השליחות הוא מוסד ה"הרשאה"[211], שעניינו בייצוגו של בעל דין בפני בית משפט, לתביעה או להגנה. נתחיל את דיוננו במורשה לתובע.

1. מורשה לתובע

לכאורה, לא הייתה צריכה להיות מניעה לניהול תביעה משפטית באמצעות שליח, שכן "שלוחו של אדם כמותו", אולם התלמוד[212] מביא בשם חכמי נהדרעא, שבלא הרשאה מיוחדת (שעליה נדון להלן), הנתבע יכול לטעון כנגד שלוחו של התובע: "לאו בעל דברים דידי את [=אין אתה בעל דבריי]"[213]. שני נימוקים עיקריים הועלו להסביר מדוע הנתבע יכול שלא להכיר בשליח כנציגו החוקי של התובע ושלא לנהל עמו את המאבק המשפטי.

הנימוק הראשון מבוסס על הכלל שראינו לעיל[214], ולפיו אין למנות שליח במקום שחב לאחרים. בתביעה משפטית על ידי שליח, אפשר לראות את החובה בהיבטים שונים: תביעה שאינה אישית עלולה לפגוע בבירור האמת, שהרי השליח אינו יודע את העובדות לאשורן

א, עח ע"ג), ולפיה כיוון שאפוטרופוס זה פטור מן השבועה, יש לחייבו בדיווח מפורט, ומוסיף בשם שו"ת מהר"ם פדוואה, סימן לח, שכך יש לנהוג. אבל השווה שו"ת ישמח לבב (עובדיה), חו"מ, סימן ח, שהאריך בניתוח דברי הפוסקים והגיע למסקנה שיש לדחות את דעת העיטור. מאחר שעל פי שורת הדין, האפוטרופוס פטור מלמסור דין וחשבון, היו קהילות שתיקנו תקנות המחייבות אותו לעשות כן. כך עשו לדוגמה חכמי העיר פאס שבמרוקו, כפי שמעיד פעמוני זהב, סימן רצ, סעיף ג (מובא בשו"ת ישמח לב, שם). והשווה תשובות הגאונים (הרכבי), סימן קעח: "בית דין חייבין לחפש זכות ליתומים בכל מה שימצאו אפשר... ואף על פי שהאב העמידו אפטרופוס, הרי אפטרופסותו במקומה, ואין בזאת למנוע את בית דין ואת הזקנים הנאמנים מלהשגיח על עיקרי הממון והעזבון... ואם אינן משגיחין על מעשיו, מנין יודעין כי הפסיד? אף מצוה להשגיח ולראות אם מפסיד אם לאו... ואין לו להימנע מלהודיעם כל מה שהוא עושה". דבריו אלה של הגאון אינם מתיישבים לכאורה עם הלכת התלמוד הפוטרת את האפוטרופוס מחובת דיווח, שכן לפיה חובה על בית הדין לדרוש ממנו דין וחשבון כדי שיוכל לבדוק שאכן אין הוא פוגע בטובת היתומים. וצריך עיון.

עוד הוסיף הרמ"א (שם, סעיף יז), על פי שו"ת הריב"ש, סימן שכד, שאפוטרופוס המתמנה על ידי בית משפט לא יהודי חייב גם הוא בדיווח, "כי הכי הוא [=כי כך הוא] בדיניהם".

209 ראה למשל שו"ת מהר"ם פדוואה, סימן לח. וראה בהרחבה ריינין (לעיל, הערה 182), בעמ' 234, הערה 309. אבל יש הסוברים, בעקבות שיטת הרמ"א, שפטור זה נובע מן האמון הרב שיש לתת באפוטרופוס, בין שמונה על ידי בית הדין ובין שמונה על ידי אבי היתומים. ראה למשל ערוך השולחן, חו"מ, סימן רצ, סעיף לד. וראה בהרחבה ריינין, שם, הערה 309*.

210 וראה דיוננו, סעיף 8, פרק רביעי, ג, עמ' 445.

211 על מוסד זה, ראה בהרחבה נ' רקובר, השליחות וההרשאה במשפט העברי, ירושלים תשל"ב. וראה גם: הרב שאר־ישוב כהן, "מעמד עורכי הדין בהלכה", תורה שבעל פה כב (תשמ"א), עמ' סד; הרב צבי יהודה בן יעקב, משפטיך ליעקב, חלק ב (בני־ברק תשנ"ז), סימן לו. וראה א' שוחטמן, "מעמדו של עורך הדין במשנת הרמב"ם", תחומין כ (תש"ס), עמ' 38, הטוען שלפי רבים מן הפוסקים, ובראשם הרמב"ם, יש להבחין בין "מורשה", המייצג את מרשו בהיעדרו, ובין "אנטלר", המייצג אותו בנוכחותו.

212 בבא קמא ע ע"א.

213 החוק אינו רואה מניעה למינוי שליח לייצוג משפטי, הוא רק דורש לשם כך מינוי מפורש, ואינו מסתפק בהרשאה מכללא. ראה סעיף 5(א) לחוק. וראה דיוננו שם.

214 לעיל, פרק שלישי, ג(1), עמ' 18.

ולתובע קל יותר לשקר באמצעותו[215]; ייתכן גם שהתובע הוא איש אמין יותר או נוח יותר משלוחו[216]; ואפשר אפילו לראות בעצם הגשת התביעה משום חובה לנתבע[217]. על פי נימוק זה, השליח אכן אינו נציגו החוקי של התובע.

הנימוק השני מבוסס על שיקולים מעשיים המאפשרים לנתבע לדרוש שהתובע ינהל את תביעתו באופן אישי. מאחר שהשליחות עלולה להתבטל עם חזרתו של השולח מן השליחות או עם מותו, הנתבע יכול תמיד לטעון כנגד השליח שאין הוא מוכן להתדיין עמו, משום שאפשר שהשולח חזר בו מן המינוי או מת, ואם יתדיין או ישלם לשליח לאחר שכבר אבד כוח הייצוג שלו, הוא עלול להיתבע שנית על ידי התובע או על ידי יורשיו[218]. על פי נימוק זה, אף אם נראה בתביעה משפטית נושא לגיטימי לשליחות, הנתבע רשאי לסרב לנהל מאבק משפטי עם השליח, מחשש שייפגעו זכויותיו אם פג תוקף השליחות.

למעשה, מניעת אפשרות תביעה באמצעות שליח היא פגיעה חמורה בזכויות התובע. היא מחייבת אותו לכתת את רגליו אישית למרחקים אחרי הנתבע כדי להוציא ממנו את המגיע לו, וברור שלא תמיד יש לו אפשרות לכך. היא גם עלולה לפגוע בחיי המסחר, שכן מלווים וסוחרים יירתעו מלהלוות כספים ומלמכור באשראי, מחשש שמא יברח החייב למרחקים, ולא תהיה להם אפשרות לטרוח אחריו ולממש את זכויותיהם. אשר על כן, תיקנו חכמים דרך המאפשרת תביעה באמצעות שליח, הלוא היא ה"הרשאה". העיקרון של ההרשאה הוא שהתובע מקנה לשליח את זכות התביעה שלו, כך שהנתבע כבר אינו יכול לטעון שאינו בעל דברו. וכך נאמר בתלמוד[219]: "אמרי נהרדעי: אורכתא דלא כתיב ביה 'זיל דון וזכי ואפיק לנפשך' לית ביה מששא, משום דאמר ליה האיך 'לאו בעל דברים דידי את' [=אמרו חכמי נהרדעא: כל הרשאה (שניתנת על ידי התובע לשליח) ולא כתוב בה 'לך, התדיין וזכה והוצא לעצמך', אין בה ממש, משום שהנתבע יכול לומר 'אין אתה בעל דברי']". והרמב"ם[220] פוסק: "מי שהיתה לו קרקע תחת יד אחר או שהיו לו מטלטלין פקדון, ורצה לעשות שליח לדון עם זה ולהוציא הקרקע או הפקדון מתחת ידו, הרי זה כותב לו הרשאה. וצריך לקנות מידו שהרשהו, ואומר לו: 'דון וזכה והוצא לעצמך', וכיוצא בעניינים אלו. ואם לא כתב לו, אינו יכול לדון עמו, מפני שהוא אומר לו: 'אין אתה בעל דיני'". נמצא שביחסים שבין המורשה

[215] ראה: שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן צ; ים של שלמה, בבא קמא, פרק ז, סימן יב; ש"ך, חו"מ, סימן קכב, ס"ק ד. אמנם כל אלה לא אמרו במפורש שנימוק זה מבוסס על כך שאין למנות שליח במקום שחב לאחרים, אולם נראה שזהו ההיגיון העומד ביסוד דבריהם. ראה נ' רקובר, השליחות וההרשאה, עמ' 85-86, ובעמ' 151. לניתוח דברי הש"ך ראה שם, עמ' 165-166.

[216] ראה ספר העיטור, המחאה (מהדורת ר"מ יונה, חלק ב, עג ע"א). וראה נ' רקובר, השליחות וההרשאה, עמ' 111-112.

[217] שאילתות דרב אחאי גאון, שאילתא קנ; העמק שאלה, שם, ס"ק ב. וראה נ' רקובר, השליחות וההרשאה, עמ' 21, ועמ' 104.

[218] ראה: רא"ש, בבא קמא, פרק ט, סימן כא; טור, חו"מ, סימן קכב, סעיף א; סמ"ע, שם, ס"ק ג. נימוק זה שנוי במחלוקת מכמה בחינות. ראה: ש"ך, שם, ס"ק ד. וראה באריכות נ' רקובר, השליחות וההרשאה, לפי מפתח, ערך ביטול שליחות, וערך ביטול שליחות מחמת. לשאלה, אם אכן הצד השלישי צריך לחשוש גם מביטול השליחות ביזמתו של השולח, או שמא אם השולח ביטל את השליחות בלא להודיע על כך לצד השלישי אינו יכול לבוא בטענות אלא אל עצמו? ראה בהרחבה בדיוננו על סעיף 15, פרק שלישי, עמ' 688.

[219] בבא קמא ע ע"א.

[220] רמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק ג, הלכה א.

לנתבע, המורשה נחשב לבעל הדבר, שכן התובע הקנה לו את מושא התביעה. אולם לא כן ביחסים שבין המורשה לשולחו, שכן מוסיף הרמב"ם: "ואף על פי שכתב לו כן, אינו אלא שליח, וכל מה שיזכה בו הרי הוא של משלחו. וכל ההוצאות שיוציא השליח על דין זה שהורשה, הרי המשלח חייב בהן, שכן כותבין בהרשאה: 'כל שתוציא בדין זה עלי לשלמו'".

מעמד המורשה הוא אפוא מעמד כפול. כלפי הנתבע הוא מופיע כבעלים של מושא התביעה, "דון וזכה לעצמך", ואילו כלפי השולח אין הוא אלא שליח שפעולותיו מזכות את שולחו. לא כאן המקום לדון במעמדו של המורשה, בנושאים שאפשר לכתוב עליהם הרשאה ובדרכים ליצירתה[221]. לא באנו כאן אלא לציין את העיקרון של "הרשאה".

2. מורשה לנתבע

נעבור עתה לדון במורשה לנתבע, כלומר במורשה המנהל את ההגנה המשפטית במקום הנתבע עצמו. הנימוקים שהבאנו לעיל בדבר הקושי במינוי שליח לתובע נכונים גם ביחס למינוי שליח לנתבע. אולם בניגוד לייצוג בתביעה, שבה ראו חכמים צורך לתקן תקנה, ואף מצאו את הדרך המשפטית לעקוף את המגבלות של דיני השליחות, בהגנה משפטית המצב שונה. לכאורה, כאן אין צורך לתקן תקנה, שכן בניגוד לתובע, לא ייגרם שום הפסד לנתבע אם ינהל את ההגנה שלו בעצמו (שהרי הוא נתבע במקומו, ואינו צריך להרחיק נדוד כדי להגן על עצמו[222]). זאת ועוד, בניגוד לתובע, שהוא יכול להקנות לשלוחו את מושא התביעה, לנתבע אין מה להקנות, ונמצא אפוא שתקנת ה"אורכתא" אינה דרך משפטית מתאימה לעקוף את המגבלות של דיני השליחות. לאור כל זאת, מובן מה שנפסק ב'שולחן ערוך'[223]: "הנתבע אינו יכול למנות מורשה שיבא לבית הדין וישיב בעדו לתובע, והוא ישב בביתו".

כל זה להלכה. למעשה, נהגו למנות מורשה גם לנתבע, כפי שמעיד ר' יחיאל מיכל אפשטיין בעל 'ערוך השולחן'[224]: "ועכשיו המנהג בכל בתי דינים שגם הנתבע מעמיד מורשה". אולם

[221] לבירור יסודי ומקיף של נושאים אלה ועוד רבים נוספים ראה: נ' רקובר, השליחות וההרשאה, מפרק חמישי עד פרק שביעי; א' שוחטמן, סדר הדין בבית הדין הרבני, ירושלים תשע"א, כרך א, עמ' 167-206.
נעיר שיש נפקות הלכה למעשה בין שתי ההנמקות שהוצגו לעיל כעומדות ביסוד הצורך בתקנת ה"הרשאה". ראינו שלפי ההנמקה הראשונה הצורך ב"הרשאה" הוא מהותי, שכן בלעדיה תביעה משפטית אינה נושא לשליחות. לעומת זאת לפי ההנמקה השנייה, תביעה משפטית היא נושא לשליחות, ולא באה תקנה ה"הרשאה" אלא כדי להפיס את חששו של הנתבע שמא נסתיימה שליחותו של השליח. לפי זה אם ברור שהשולח לא ביטל את יפוי הכוח שנתן לשליח (כגון שמבררים זאת עמו בשיחת טלפון), הרי שלפי ההנמקה השנייה השליח יכול לייצג את שולחו אף בלא "הרשאה", מה שאין כן לפי ההנמקה הראשונה. וראה הפלאת שבועות (לרב אליהו דוד רייכמן), חלק ב, קרית גת תשמ"ז, סימן לו, ס"ק ד, שלדעתו הרמב"ם נוקט כהנמקה זו, ועל כן כתב בעניין שבועת העדות בפני שליח (ראה על כך לעיל, הערה 109): "אין העדים חייבין בשבועת העדות עד שיכפרו וישבעו אחר תביעת בעל דין עצמו או שלוחו" (הלכות שבועות, פרק ט, הלכה ז), ולא הדגיש הרמב"ם שהמדובר בשליח הבא בהרשאה דווקא (אף שהוא מניח כנראה ששליח זה מצויד ב"הרשאה", ראה הגהת רבי עקיבא איגר, שם), משום שאכן לפי הרמב"ם ההרשאה אינה דרישה מהותית לתביעה משפטית אלא דרישה טכנית בלבד שמטרתה מניעת החשש של הנתבע מפני ביטול השליחות על ידי השולח.

[222] על מקומו של הנתבע כמקום הגשת התביעה, ראה א' שוחטמן, סדר הדין בבית הדין הרבני, ירושלים תשע"א, עמ' 237.

[223] שולחן ערוך, חו"מ, סימן קכד, סעיף א.

[224] ערוך השולחן, חו"מ, סימן קכד, סעיף ב.

אם נראה לבית הדין שבירור האמת דורש את הופעתו של בעל הדין, הנתבע או התובע, הוא רשאי להזמינו להופיע באופן אישי[225].

(ג) "זכין לאדם שלא בפניו"

קרוב ביותר למוסד השליחות הוא דין "זכין לאדם שלא בפניו", המאפשר לאדם לפעול כשלוחו של זולתו אם הפעולה מטיבה עמו, אף אם לא נתמנה כשליח. מפאת מרכזיותו, חשיבותו והרלוונטיות של דין זה בהקשרים רבים של דיוננו על חוק השליחות, אנו מייחדים לו נספח ומפרטים בו את מהותו של דין "זכין", היקפו וסייגיו[226]. אשר על כן, לא נרחיב בזה את הדיבור עתה.

(2) ייצוג מכוח מוסדות משפטיים אחרים

(א) שותפות

מוסד משפטי ראשון שעניינו העיקרי אינו ייצוג, אבל הוא טומן בחובו וגורר בעקבותיו כוח ייצוג, הוא השותפות, שהרי פעולותיו של השותף כלפי צד שלישי מחייבות ומזכות לא רק את עצמו אלא גם את שותפיו, כפי שנפסק לדוגמה ב'שולחן ערוך'[227] בעניין גיוס משאביה הכלכליים של השותפות: "שותפין שלוה אחד מהם מאחֵר לצורך השותפות, [השותף] השני משועבד [גם הוא למלווה], אף על פי שלא היה עמו בקניין בשעת ההלוואה". וביאר הגר"א[228]: "דשליחותיה קעביד". השותף הוא אפוא גם שליח. הרמב"ם ביטא קרבה זו בין השליחות לבין השותפות כשדן בהן יחד בספרו 'משנה תורה', במסגרת "הלכות שלוחין ושותפין"[229].

אבל יש הבדל משמעותי בין כוח הייצוג שיסודו בשליחות רגילה לעומת כוח הייצוג שיסודו בשותפות. בשונה מן השליח, השותף אינו "יוצא מן התמונה", אלא יש לו יריבות אישית בפעולה המשפטית שהוא עושה, שהרי פעולתו מחייבת ומזכה לא רק את שותפו אלא גם את עצמו. אי לכך, כוח הייצוג שבידו עדיף מכוח הייצוג של שליח רגיל[230]. לדעת 'בית יצחק'[231],

[225] ערוך השולחן, שם. לבירור יסודי של נושא זה, ראה נ' רקובר, השליחות וההרשאה, פרק שמיני.

[226] ראה הנספח על דין "זכין לאדם שלא בפניו", להלן, עמ' 767.

[227] שולחן ערוך, חו"מ, סימן עז, סעיף ב.

[228] ביאור הגר"א לשולחן ערוך, שם, ס"ק יד.

[229] יש לציין שלרוב, השותף פועל בשליחותם של שותפיו לא מכוח הרשאה מפורשת שקיבל מהם אלא מכוח הרשאה מכללא, שיסודה בנוהג בחיי המסחר, כדברי הש"ך, חו"מ, שם, ס"ק יט: "דהווה כאילו התנו כך שכל אחד יכול לעשות מה שירצה... דאם לא כן, אין מי שיהיה לו עסק עם שותף עד שיתרצה השותף השני". ראה על כך דיוננו על סעיף 3.

עוד יש לציין שהפוסקים העירו שהרשאתו של השותף לפעול בשם השותפות אינה קיימת אלא בשותפות שנוצרה מרצון, ולא בשותפות שנוצרה שלא מרצון, כגון בירושה. ראה שו"ת האלף לך שלמה (קלוגר), חו"מ, סימן כ (תשובת ר' שלמה קלוגר מופיעה גם בשו"ת משכנות הרועים (היבנר), סימן מד). וראה גם: דברי גאונים, כלל צט, סימן כג; משפט שלום, סימן קעו, סעיף יד, ס"ק כג. אך השווה שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן תיא, שנראה שלא אימץ הבחנה זו, כפי שהעיר בדברי גאונים, כלל קד, סימן מה. וראה להלן, הערה 238.

[230] עדיפות הייצוג של השותף על פני שליח רגיל עולה כבר מן הסוגיה התלמודית הדנה במקור הנורמטיבי למוסד השליחות (קידושין מב ע"א). את ההצעה להסיק את קיומו של מוסד השליחות מדין קרבן פסח (שבו שוחט אחד את הקרבן עבור שאר בני החבורה), דוחה התלמוד בטענה: "דילמא שאני התם דאית ליה שותפות בגוייהו [=שמא שונה (הדין) שם, שיש להם שותפות בו]". ומכאן שכוח הייצוג מובן יותר

אפשר לבסס את עדיפות כוח הייצוג של השותף על נימוק נוסף, והוא שלשותפים יש מעמד של פועל זה כלפי זה. ואכן, בפרק הבא נראה דעות שלפיהן כוח הייצוג של הפועל עדיף מכוח הייצוג של השליח.

עדיפות כוח הייצוג של השותף מתבטאת בהקשרים שנסקור מקצתם להלן:

הכשרות. כפי שנראה בדיוננו על סעיף 4, אחד מתנאי הכשרות בדיני השליחות במשפט העברי הוא שהשולח והשליח שניהם בני ברית (כלומר יהודים). לשון אחר, הנכרי אינו כשר להיות לא שלוחו של היהודי ולא שולחו. לא כן כשהם שותפים, כלשונו של ר׳ פנחס הלוי הורוביץ בעל ׳ספר המקנה׳: ״היכא דאית ליה שותפות יכול להיות שליח לנוכרי״[232]. ההסבר לכך הוא, ככל הנראה, שהאפשרות שאדם אחד ייצג את זולתו מותנית בקיום זיקה מוקדמת ביניהם, ההופכת אותם למי שאינם זרים זה לזה. זיקה זו עשויה להיות או זיקה לאומית־דתית (״בני ברית״) או זיקה עסקית (שותפים).

ההרשאה לייצוג משפטי. כפי שראינו לעיל, שליח רגיל אינו יכול לנהל תביעה משפטית בשם שולחו, אלא אם כן קיבל הרשאה מיוחדת לכך, ״אורכתא״[233], שאם לא כן, יכול הנתבע לטעון כלפיו: ״לאו בעל דברים דידי את״. לעומתו, השותף אינו זקוק ל״הרשאה״ מיוחדת זו כדי לנהל את התביעה בשם השותפות כולה, מאחר שהתביעה נוגעת גם לו[234].

היקף ההרשאה. בדיוננו על סעיף 6, נראה שאם השליח עשה את פעולת השליחות באופן הפוגע באינטרסים של השולח, יכול השולח לטעון שהפעולה חורגת מן ההרשאה ואינה מחייבת אותו, ״שהרי הוא אומר לו: לתקן שלחתיך ולא לעוות״[235]. כך הוא לדוגמה אם השליח מכר את נכס השולח במחיר הנמוך, ולו במעט, ממחיר השוק, וזאת אף שהשולח נחשב כמי שהיה מוותר על פגיעה קטנה כזו, אילו עשה את העסקה בעצמו. לא כן בשותף הפועל בשם

בין שותפים מאשר בין מי שאינם שותפים. והעיר על כך שו״ת בית יצחק (שמלקיש), אורח חיים, סימן לב, אות יב, ד״ה מה. ואולם השווה שו״ת מהרש״ם, חלק ה, סימן כח. על סוגיית התלמוד בעניין המקור הנורמטיבי למוסד השליחות, ראה דיוננו בסעיף 2, פרק שני, א, עמ׳ 96.

231 שו״ת בית יצחק, שם.

232 ספר המקנה (הורוביץ), קידושין מא ע״ב, ד״ה בגמרא והא דתנן. אמנם הוא מהסס, שכן לדבריו ״זהו דוחק גדול, דלא מצינו בשום מקום שיהיה לנוכרי שליחות, אפילו בשותפות״, אבל כך סוברים פוסקים רבים. ראה: שו״ת טוב טעם ודעת, מהדורא קמא, סימן רסט, ד״ה והנה גם ההיתר השני; שו״ת בית יצחק (שמלקיש), אורח חיים, סימן לב, אות יב, ד״ה מה. וראה שו״ת מהרש״ם, חלק ט, סימן קסד, ד״ה ובהיותי, מה שמפלפל בעניין זה.

[בשו״ת מהרש״ם, חלק ג, סימן קעז, ד״ה ומ״ש רו״מ, מביא שבעיקרון דעת מהרי״ק היא שהאדם אינו יכול למנות שליח לזכות לו מן הנכרי, שכן השליח צריך להיות גם ״שלוחו של בעל הממון״ (ראה בהרחבה בנספח שני לסעיף זה, עמ׳ 80), והלוא אין שליחות לנכרי, ואף על פי כן פסק מהרי״ק, שאם שכר שותף דירה מן הנכרי, הסכם השכירות מחייב גם את שותפו (ראה שו״ת מהרי״ק, שורש מח, מובא בבית יוסף, אורח חיים, סימן שע, סעיף ב). מכאן אמנם שגם לשיטת מהרי״ק השותף עדיף מן השליח, ומכוח זכייתו שלו מן הנכרי זוכה גם שותפו, אבל אין לטעות ולהוכיח מכאן שמהרי״ק סבור כשיטת ספר המקנה, שיש שליחות לגוי בשותפות].

233 ראה לעיל, ב(1)(ב), עמ׳ 49.

234 רמב״ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק ג, הלכה ג; שולחן ערוך, חו״מ, סימן קכב, סעיף ט, על פי דברי רב הונא, כתובות צד ע״א. וראה גם: שולחן ערוך, חו״מ, סימן עז, סעיף ט; וסימן קעו, סעיפים כד־כה.

235 רמב״ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק א, הלכה ב. ראה בהרחבה דיוננו על סעיף 6, פרק שני, ג(1), עמ׳ 325.

השותפות. אמנם אסור לשותף לנהוג ברשלנות בענייני השותפות ואף לא לחרוג מהסכם השותפות, אך "כל שאינו משנה או פושע, יעשה בשל חבירו כמו בשלו", כלשונו של הרמ"א[236]. מכאן מסיק הש"ך כי שותף שמכר נכס של השותפות במחיר נמוך מעט ממחיר השוק, מכירתו תקפה, ואין שותפו יכול להתנער מן העסקה[237]. ולא זו בלבד, אלא שבכהאי גוונא השותף אינו חייב לפצות את שותפו[238]. הש"ך[239] מרחיק לכת עוד יותר, וטוען שאף ויתור ופשרה של שותף תקפים כלפי צד שלישי[240] (ואינו מתלבט אלא אם בכגון זה צריך השותף לפצות את עמיתיו אם לאו[241]). אבל דעה מרחיקת לכת זו אינה מקובלת על פוסקים

236 רמ"א, חו"מ, סימן קעו, סעיף י (בשם המרדכי, כתובות, סימן רס). ומעין זה ראה תשובות הגאונים, שערי צדק, חלק ד, שער ח, סימן ד (תשובת רב שמואל בן חפני = שו"ת הגאונים, ירושלים תש"ך, סימן מד): "ודשאלתון: תרי שותפי ואזל חד מינייהו ויהב באשראי ושקל באשראי, ואמר ליה אידך: אנא לא אמרית לך זבין באשראי. ואמר ליה אידך: דאנת לא אתנית עלאי דלא יהיבנא באשראי. אית מן דינא לאדרוייה כל זימנא דיהב באשראי או לא? תשובה : הלין שותפא תרויהון אית להון למטען אהדדי, דשותפא דיהב באשראי אמר ליה לחבריה: לא חביב לי ממונך טפי מן ממונאי, כי היכי דעבדית בממונאי, עבדית בממונך. ועוד לא פרישת לי ואמרת לי: לא תתן באשראי. ולא מצי אמר ליה שליחא: לתקוני שויתוך ולא לעוותי, דלא שליח הוא ולאו אגרא שקל, אלא שותף ניהו. ומארי ממונא הוא אפסיד נפשיה, דלא אמר ליה: לא תתן באשראי". ובתרגום לעברית: "ושאלתם: שני שותפים, והלך אחד מהם ומכר באשראי וקנה באשראי, האם מן הדין להחזירו כל זמן שמכר באשראי? תשובה: אותם השותפים יש להם לטעון האחד כלפי השני, ששותף שנתן באשראי אומר לו לחברו: ממונך אינו חביב עליי יותר מממוני. כפי שאני עושה בממוני, אני עושה בממונך. ועוד, לא אמרת לי בפירוש: אל תמכור באשראי. ואינו יכול לומר לו [שותפו]: שליח [אתה], לתקן שלחתיך ולא לעוות, שאינו שליח ולא נוטל שכר, אלא שותף הוא. ובעל הממון הוא שגרם לעצמו הפסד, כשלא אמר לו [בפירוש]: אל תמכור באשראי".

237 ש"ך, חו"מ, סימן עז, ס"ק יט. וראה גם מחנה אפרים, הלכות מכירה, דיני אונאה, סימן יח. וראה שו"ת מעין גנים (עבאדי), חו"מ, סימן ט, ד"ה ואיך שיהיה (עמ' 156), שהסיק מדבריהם: "אלא על כרחך דשותף כגופיה דמי, ואינו מקפיד עליו כל כך" (כנגד גישה זו של הש"ך, השווה שו"ת מהרש"ם, חלק ה, סימן כח, ד"ה ומה ששאל. לדעתו, ההפך הוא הנכון, השליח עדיף מן השותף). כסף הקודשים, חו"מ, סימן רכז, סעיף ל, מטעים דין זה על פי דברי הש"ך עצמו בסוף דבריו בכעין 'תקנת השוק', הדרושה לשילובם הנאות של שותפים ושותפויות בחיי המסחר ("דהוה כאילו התנו כך שכל אחד [מן השותפים] יכול לעשות מה שירצה. ואם יעוות, ישלם לחבירו חלקו. דאם לא כן, אין מי שיהיה לו עסק עם שותף עד שיתרצה השותף השני". לשון הש"ך, שם).

בדומה נפסק כי שותף שמכר את הסחורה המשותפת קודם הזמן הראוי, מכירתו תקפה חרף ההפסד שנגרם לשותפות כתוצאה מכך. ראה: בית שמואל, אבן העזר, סימן פו, ס"ק יט; משפט שלום, סימן קעו, סעיף יד (בעקבות רמ"א, חו"מ, סימן קעו, סעיף יד). אולם ייאמר מיד כי פוסקים אלו הוסיפו ואמרו כי חרף תוקפו של המכר, צריך השותף המוכר לפצות את חבריו על ההפסדים שגרם להם.

238 כך ניתח את דברי הש"ך בית מאיר, אבן העזר, סימן פו, ס"ק ב: "ותדע דממקום שבא להחליט דבשותפין לא שייך לתקוני כדלקמן, לא נמצא כי אם מה שכתוב בהג"ה: 'וכל מה שאינו משנה או פושע, יעשה בשל חבירו כמו בשלו', וסובר דאונאה פחות משתות אינה פושע או משנה, הואיל והוא דרך התגרים. ואם כן, פשיטא נמי דאין צריך לתקן מה שעיוות". עם זאת, לדעתו, אין דברי הש"ך אמורים אלא בשותפות עסקית, ולא בשותפות מקרית (כגון יורשים). וראה גם בעניין זה שו"ת מהרש"ם, חלק ה, סימן כח, ד"ה ומה ששאל.

239 ראה ש"ך, חו"מ, סימן עז, ס"ק יט. וראה כסף הקודשים, חו"מ, סימן רכז, סעיף ל.

240 דבר שוודאי אינו בסמכותו של השליח בלא הרשאה מפורשת. ראה רמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק ג, הלכה ט. וראה דיוננו להלן, סעיף 5, פרק רביעי, ג, עמ' 281.

241 הוא מפנה בעניין זה לתשובות מיימוניות, ספר נזיקין, סימן יב (בסופו), שמשמע ממנו ששותף שוויתר שלא על דעת שותפיו, חייב לפצותם. אך הוא מעלה ספקות אם הדברים אמורים גם בעודם שותפים או רק משנסתיימה שותפותם. הדבר תלוי אם השותף נחשב כמי שקיבל ייפוי כוח לייצג את שותפיו "בין

רבים[242]. לדעתם, כמו השליח, גם השותף אינו מורשה לוותר ולהתפשר בשם השותפות אלא אם קיבל לכך הרשאה מפורשת.

שליחות לדבר עברה. לעיל ראינו[243] שבעיקרון "אין שליח לדבר עברה". לדעת רש"י, סייג זה בדיני השליחות אינו חל בין שותפים. כך למשל מי שגנב נכס עבור השותפות, נזקפת הגנבה גם לחובת שותפו[244]. ראשונים אחרים אינם מסכימים לדעת רש"י, ולדעתם אף בין השותפים "אין שליחות לדבר עברה"[245] [246].

לתקן בין לעוות", שבכך ויתרו שותפיו על כל תביעה כלפיו? או שמא הרשאת השותף למחול אינה אלא כלפי חוץ, כדי שצד שלישי לא יימנע מלהתעסק עמו ("תקנת השוק"), אבל כלפי פנים חייב הוא כלפיהם.

[242] כך עולה בפשטות משו"ת הרשב"א, חלק א, סימן אלף פז (=שם, סימן אלף קלח), הש"ך מפנה בעצמו לתשובת הרשב"א ומציע לה פירוש אחר. וכך פסקו בעקבות הרשב"א: שולחן ערוך ורמ"א, חו"מ, סימן עז, סעיף ז (אבל השווה רמ"א, חו"מ, סימן שפח, סעיף ד. וצריך עיון); סמ"ע, שם, ס"ק יט; תומים, סימן עז, ס"ק ט; שו"ת מכתם לדוד, חו"מ, סימן לא, ד"ה ואמנם; נתיבות המשפט, סימן עז, ס"ק ח. וראה הגהות אמרי ברוך על הש"ך, שם. כך פסקו גם: שו"ת הרדב"ז, חלק ד, סימן אלף שכב (רנא); שו"ת שער אפרים, סימן קלג (פה ע"ב), ד"ה ונאמר עוד. וראה עוד שו"ת אחי וראש, חו"מ, סימן טו (עמ' צו).

[243] לעיל, פרק שלישי, ד, עמ' 26.

[244] רש"י, בבא מציעא ח ע"א, ד"ה ואילו. לדעת רש"י, פירוש התלמוד שקבע ש"אמר לשלוחו 'צא וגנוב לי', וגנב – פטור. ושותפין שגנבו חייבים", שאם מתכוון הגנב לגנוב לא רק עבור זולתו (שליח) אלא גם עבור עצמו, "לדעתו ולדעת חברו" (שותף), כי אז פעולתו מחייבת גם את שותפו. כשיטתו פסקו: קצות החושן, סימן שמח, ס"ק ג; שו"ת טוב טעם ודעת, מהדורא קמא, סימן רסט, ד"ה והנה גם ההיתר השני. אבל ראה שו"ת בית יצחק (שמלקיש), אורח חיים, סימן לב, אות יב, ד"ה מה, המצמצם את משמעות דברי רש"י וטוען שלא נאמרו הדברים אלא בעברה שעניינה זכייה אסורה (כגון גנבה), ד"מגו דזכי לנפשיה, זכי נמי לחבריה [=שמתוך שזוכה לעצמו זוכה גם לחברו]", אבל לא בעברה אחרת שאין עניינה זכייה אסורה (כגון חפירת בור ברשות הרבים), שלא שייך בה לומר: "מגו דזכה לנפשיה, זכה נמי לחבריה". ומכאן תשובה להשגת שער משפט, סימן קעו, ס"ק ג, על שיטת רש"י.

וראה שו"ת עונג יום טוב, סימן קסה, ד"ה ונראה לי דוודאי, שהסיק מזה סייג עקרוני לכלל "אין שליח לדבר עברה". לדבריו, כאשר יש תוקף לפעולת השליח שאינה עולה כדי עברה, כגון שזוכה בנכס לעניין חיובי שמירה, הרי אז שולחו מתחייב כגנב, משום שמיגו דזכה לעצמו (לעניין חיובי שמירה), זכה לחברו (לעניין הגנבה).

[245] ראה: רמב"ם, הלכות גנבה, פרק ב, הלכה יד; תוספות, בבא מציעא ח ע"א, ד"ה ושותפין; חידושי הר"ן, שם, ד"ה ואלו שותפים; חידושי הריטב"א, שם, ד"ה שותפין שגנבו. על פי הסברם, כוונת התלמוד לשותפים הגונבים נכס כאחד, ולא לשותף הגונב נכס עבור השותפות. וראה גם נתיבות המשפט, סימן קה, ס"ק ג. וראה עוד בהרחבה מנחת אשר (וייס), בראשית, סימן נט. וראה ס' לוי, "חבותה של חברה בע"מ כלפי צד שלישי", תחומין כו (תשס"ו), עמ' 362, בעמ' 364.

אין לערב שאלה זו עם השאלה אם השותפים משתתפים ברווח שעשה שותפם תוך כדי ביצוע עברה (כולל גנבה, לדעת הרמ"א). לעניין זה, ראה שולחן ערוך ורמ"א, חו"מ, סימן קעו, סעיף יב, ונושאי הכלים שם.

[246] להשלמת התמונה נציין כאן עוד שני עניינים שבהם מתבטאת עדיפותו של השותף על פני השליח:

א. שמירה בבעלים. כאמור לעיל (ליד ציון הערה 111), כלל הוא בדיני שומרים שהשואל נכס ממי שמועסק על ידו (והוא הדין כל שומר) אינו נושא באחריות לשלמות המושאל. הרמב"ם (הלכות שאלה ופקדון, פרק ב, הלכה ה) הכריע שהפטור אינו חל על שואל שהעסיק את שלוחו של המשאיל. לעומת זאת, לא הכריע הרמב"ם מה הדין בשואל שהעסיק את אחד השותפים שמהם שאל את הנכס. השאלה הועלתה בתלמוד, בבא מציעא צו ע"א, ונשארה פתוחה. לדעת הרמב"ם, אין ספק שהשואל פטור מאחריות על חלקו של השותף שהעסיק, והספק של התלמוד הוא אם נחשב השואל כמי שהעסיק גם את חברו מכוח השותפות, והוא פטור אפוא מאחריות גם על חלקו של השותף (רמב"ם, שם, הלכה ח. כן לא הוכרע הדין גם במקרה ההפוך, בו המשאיל מועסק אצל אחד מהשותפים־השואלים. לדעת הרמב"ם, ברור שהשותף

(ב) עבודה (״יד פועל כיד בעל הבית״)

השליח עשוי להיות מועסק בשכר, ואז יש לו מעמד כפול, הוא גם שליח וגם פועל[247], ונשאלת השאלה: האם מעמדו וסמכויותיו כפועל עדיפים על פני מעמדו וסמכויותיו כשליח גרידא? כפי שנראה להלן, שאלה זו שנויה במחלוקת בין האחרונים. יש מי שסבור שכוח הייצוג של הפועל עדיף מכוח הייצוג של השליח[248], ויש מי שסבור שמבחינת כוח הייצוג, אין הבדל בין הפועל לבין השליח.

שהעסיק את המשאיל פטור מאחריות כלפיו, אבל ספק הוא אם גם שותפו נהנה מפטור זה, שאולי מכוח השותפות נחשב גם הוא כמי שהעסיק את המשאיל). דומה שספק זה, הקיים לגבי שותפים ולא לגבי שלוחים, מעיד אף הוא על כוח הייצוג העדיף של השותף (ראה שו״ת בית יצחק (שמלקיש), אורח חיים, סימן לב, אות יב, ד״ה מה).

יש להעיר שהוכחה זו לעדיפות השותף אינה עולה יפה לפי נימוקי יוסף, בבא מציעא נה ע״א (בדפי הרי״ף), ד״ה מן השותפין. ׳נימוקי יוסף׳ חולק על הרמב״ם בהבנת הספק של התלמוד. לדעתו, הספק של התלמוד אינו אם אפשר להרחיב את הפטור של ״שמירה בבעלים״ גם על שותפו של המעסיק או המועסק, כפי שהבין הרמב״ם, אלא אם הפטור חל כל עיקר כאשר המעסיק או המועסק אינו אלא שותף, ולא בעלים בלעדי, כפי שעולה מפשוטה של הסוגיה. אבל ראה שו״ת בית יצחק, שם, שהציע להסביר כיצד מתיישבת גישת הרמב״ם עם פשט הסוגיה: ״דמה דלא איבעי׳ לן בגמרא רק לחלק שלו, זה דוקא קודם שידע שיש סברא דגם שליח מהני, אבל לאחר דאיבעיא לן אי שליח מהני, ומייתי בפלוגתא, אם כן בשותף דעדיף דינא הכי: אי שאל עצמו בלא הסכמת שותף, לא פטור רק מפלגא [=אינו פטור אלא ממחצית]. אבל אי שאל עצמו בשליחות שותפות, כיון דשותף עדיף, כנ״ל, גם לחלק חבירו יש לומר דמהני, והוי ספק על כל הבהמה, דאם פטור על חלקו פטור גם על חלק חברו״.

ב. התרת נדרים. חרף הכלל ״שלוחו של אדם כמותו״, קבעו חלק מן הפוסקים כי אין אדם יכול להתיר את נדריו על ידי שליח, אלא עליו לעמוד בעצמו בפני מתירי הנדר (ראה לעיל, הערה 55). עם זאת, ׳חתם סופר׳ פוסק כי נדר החל על שותפות יכול להיות מותר על ידי עמידת אחד מן השותפים בפני מתירי הנדר, והדבר יועיל אף עבור שאר השותפים. ראה שו״ת חתם סופר, יורה דעה, סימן רכ, ד״ה והיינו שעל כל פנים (מובא בפתחי תשובה, יורה דעה, סימן רכח, ס״ק ט). דברי ׳חתם סופר׳ התייחסו לנדר שנדר הציבור, ובתשובתו הוא מתייחס אל נציג הציבור כאל שותף המייצג את השותפות.

247 לשליח כעובד בחוק הישראלי, ראה ברק, סעיף 235. וראה אטינגר, פרקי שליחות, עמ׳ 79־83.

248 וראה הרב י׳ אריאל, ״הפרשות תרומות ומעשרות על ידי פועל״, התורה והארץ ג (תשנ״ז), עמ׳ 240.
הפוסקים נחלקו בשאלת הגדרתו של פועל לעניין החלתו של הכלל ״יד פועל כיד בעל הבית״. לדעת ש״ך, חו״מ, סימן קה, ס״ק א, די שהשליח מקבל שכר תמורת ביצוע שליחותו. ר׳ יוסף שאול נתנזון (שו״ת שואל ומשיב, מהדורא קמא, חלק ב, סימן קי, ד״ה ומה שרצה) דוחה את גישת הש״ך. לדעתו, הפועל הוא מי שמועסק שלא למשימה מוגדרת, ועליו לעשות כל מלאכה שתוטל עליו. ׳שואל ומשיב׳ סבור שרק על פועל כזה נאמר ש״ידו כיד בעל הבית״, וזאת משום שהוא משועבד לעבודתו של בעל הבית בתקופת העסקתו. כשיטתו של ׳שואל ומשיב׳ (בלי להזכירו) נקטו: פתחי חושן, הלכות פיקדון ושאילה, פרק יא, הערה יב, בשם בית יצחק (לא מצאתיו שם); הרב א׳ נבנצאל, ״בדין פועל״, תורה שבעל פה יט (תשל״ז), עמ׳ קיג, בעמ׳ קיד. לדעתם, ״יד פועל כיד בעל הבית״ נאמר בפועל המשמש כעובד של בעל הבית, ולא בקבלן (להבחנה בין הפועל לקבלן, ראה: ש׳ ורהפטיג, דיני עבודה במשפט העברי, ירושלים תשמ״ב, עמ׳ 64, 1002; ב׳ ליפשיץ, עובד וקבלן – בין קניין לבין התחייבות, ירושלים תשנ״ד. על הבחנה זו במשפט הישראלי, ראה: א׳ זמיר, חוק חוזה קבלנות, תשל״ד־1974, ירושלים תשנ״ה, סעיף 36; ברק, סעיף 235, והמקורות המצוינים שם בהערה 246). והשווה שו״ת רבי עקיבא איגר, מהדורא תניינא, סימן קיב, ד״ה לענ״ד לק״מ. הוא דוחה את הדעות הקודמות, משום שלדעתו, שאלת השכר אינה רלוונטית להגדרת הפועל, כי ״מה הפרש בין בשכר בין בחנם, כל שמקבל עליו השליחות לעשות כן, יהיה בפועל [צ״ל: כפועל], וכי השכר דוקא גורם שיהיה נקרא פועל״. נמצא שגם שליח העושה את שליחותו בחינם מוגדר כפועל, ובלבד שקיבל על עצמו לעשותה, אלא שלדעת רבי עקיבא איגר, הדעה המרחיבה את כוח הייצוג של הפועל לא התקבלה להלכה (ראה להלן, הערה 272).

בעניין זכייה במציאה על ידי אחר, התלמוד[249] מביא את הלכת רב נחמן ורב חסדא, ולפיה "המגביה מציאה לחבירו – לא קנה חברו". לדעתם, נטילת המציאה יש בה חובה לאחרים (שמעתה נמנע מהם לזכות בה)[250], והרי כבר ראינו שאין למנות שליח במקום שחב לאחרים[251]. אבל, מוסיף התלמוד, רב נחמן ורב חסדא מודים שהדין שונה אם השליח הוא הפועל של השולח, שאז "מציאתו [היא] של בעל הבית". הנימוק להבדל זה בין השליח לבין הפועל הוא, שהפועל "ידו כיד בעל הבית". האם אין להסיק מכאן שכוח הייצוג של הפועל עדיף על פני זה של השליח? לכאורה כן, אלא שהדבר תלוי בפירוש הכלל "ידו כיד בעל הבית", ובעניין זה נחלקו הדעות בין האחרונים, ושלושה פירושים עיקריים נאמרו בדבר:

(א) ר' אפרים נבון, בעל 'מחנה אפרים'[252], ואחרים[253] סבורים שהפועל הוא קניינו של בעל הבית, ומשום כך "ידו כיד בעל הבית"[254]. זכויות הקניין של בעל הבית בפועל יוצרות אפוא זיקה אמיצה יותר ביניהם מזו שבין השליח לשולחו, ומשום כך כוח הייצוג של הפועל גדול יותר משל השליח: הוא יכול לפעול אפילו כשחב לאחרים[255]; דיני הכשרות של השליח אינם חלים עליו[256] (ועל כן הוא יכול לייצג את בעל הבית גם אם הוא, הפועל, אינו יהודי); דיני הכשרות גם אינם חלים על מעבידו[257] (ועל כן הפועל יכול לייצג את בעל הבית גם אם הבעל הבית אינו יהודי או שהוא קטן); הוא יכול לעשות בשם בעל הבית גם פעולות שבעל הבית עצמו אינו יכול לעשותן[258]; מעשי הפועל הכרוכים בביצוע עברה ייזקפו לחובת מעבידו, חרף

[249] בבא מציעא י ע"א.

[250] רבי יוחנן חולק עליהם, ולא ברור אם מפני שאינו רואה בנטילת מציאה משום "חוב לאחרים" אם מסיבה אחרת. ראה לעיל, ליד ציון הערה 96, מחלוקת הרמב"ן והתוספות.

[251] כך היא שיטת רוב הראשונים (ראה לעיל, פרק שלישי, ג(1), עמ' 18), חוץ מרש"י (ראה לעיל, הערה 76).

[252] מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן יא. וראה גם שם, הלכות מכירה – קניין משיכה, סימן טו.

[253] ראה: ש"ך, חו"מ, סימן קה, ס"ק א; חכמת שלמה, חו"מ, סימן קפב, סעיף א, ד"ה שם בסעיף זה; לבוש מרדכי, בבא קמא, סימן א, ד"ה אמנם ישאר; שו"ת זקן אהרן (וולקין), חלק א, אורח חיים, סימן טו, ד"ה ועיין נמי; אור שמח, הלכות שכירות, פרק ט, הלכה יא; שו"ת אבן הראשה, סימן כו, ד"ה ומה; שם, סימן כז, ד"ה עד כאן; חזון איש, חו"מ, בבא מציעא, ליקוטים, סימן כ (על סוגיית בבא מציעא י ע"א), ד"ה ואמנם. ראה גם: הלכות יום טוב למהרי"ט אלגזי על הלכות בכורות לרמב"ן, פרק ד, אות נ; חידושי רבי שמעון יהודה הכהן (שקאפ), בבא מציעא, סימן י, ד"ה יד פועל.

[254] כלומר, הפועל קשור עם מעבידו לא בקשרים חוזיים היוצרים חיובים הדדיים אלא בקשר קנייני. וכך למשל מגדיר זאת ר' שמעון שקאפ: "דיד פועל כיד בעל הבית ממש, היינו כיוון שנמכר לו לענין זה, הרי הוא כידו ממש, ועדיף משאר שליח דעלמא" (חידושי רבי שמעון יהודה הכהן (שקאפ), בבא מציעא, סימן י, ד"ה יד פועל). ראה גם: הרב א' נבנצאל, "בדין פועל", תורה שבעל פה יט (תשל"ז), עמ' קיג; ב' ליפשיץ, עובד וקבלן – בין קניין לבין התחייבות (ירושלים תשנ"ד), עמ' 38-43. לדרך המשפט העברי בהגנה על ערך חירותו של הפועל כלפי מעבידו, ראה ליפשיץ, שם, עמ' 44 ועמ' 94.

[255] ש"ך, חו"מ, סימן קה, ס"ק א.

[256] מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן יא; שו"ת זקן אהרן (וולקין), חלק א, אורח חיים, סימן טו, ד"ה ועיין נמי. וראה שו"ת אבן יקרה (וייס), מהדורא קמא, אורח חיים, סימן יז, ד"ה בר, המוכיח מן התוספות, עבודה זרה כב ע"א, ד"ה לא יאמר, שזו הייתה גם דעת רבנו תם.

[257] ראה: שו"ת יהודה יעלה (אסאד), אבן העזר, סימן ריג, ד"ה והנה לשיטת (לגבי מעביד נכרי); חידושי רבי שמעון יהודה הכהן (שקאפ), גיטין, סימן ד, בהסברו השני בד"ה ועוד יש לומר (לגבי מעביד קטין).

[258] ראה: חכמת שלמה, חו"מ, סימן קפב, סעיף א; שו"ת אבן הראשה, סימן כו, ד"ה ומה; שם, סימן כז, ד"ה עד כאן (מובא גם בשדי חמד, קונטרס הכללים, מערכת כ"ף, כלל צ). וראה עוד דיוננו בסעיף 4,

הכלל: "אין שליח לדבר עברה"[259]; המעביד רשאי לשלוח את הפועל שלו לבצע מטלה שהוא עצמו, המעביד, נשלח לבצעה, והדבר לא ייחשב כשליחות משנה המנועה על פי הכלל: "אין שליח עושה שליח"[260] [261]. הנוקטים גישה זו מביאים ראיות לדבריהם ממקורות אחדים

הערה 284. חכמת שלמה מציין כי הדבר נכון אף לגישות החולקות (המובאות להלן), ולפיהן אין דרגת הייצוג של הפועל גבוהה באופן עקרוני מזו של השליח.

259 כך הבינו בשיטת 'מחנה אפרים' (הלכות שלוחין ושותפין, סימן יא): שו"ת שואל ומשיב, מהדורא קמא, חלק ב, סימן קי, ד"ה והנה לכאורה; שו"ת שיבת ציון, סימן נג, ד"ה תשובה. ומשום כך, בין השאר, חלקו עליו (זו גם שיטת 'ראשי בשמים', לעיל, הערה 140, אבל מנימוק שונה לחלוטין). כך נוקטים גם: ארעא דרבנן (אלגזי), מערכת אות א, סוף סימן ה; שו"ת טור האבן (אוירבך), סימן לה, ד"ה עוד זאת; שו"ת יהודה יעלה (אסאד), אבן העזר, סימן קעח וסימן קפב. וראה גם שו"ת ישועת משה (אהרונסון), חלק ד, סימן ג, אות ו, ד"ה ומחותני.

[מקור לשיטתו מוצא מהר"י אסאד בדברי הש"ך שהוזכרו לעיל, הערה 255, בעניין שליח בשכר ששליחותו תקפה אף כאשר הוא חב לאחרים. אולם הוכחה זו קלושה מאוד, שכן היא מניחה שהש"ך מסכים עם שיטת 'פני יהושע' (לעיל, הערה 83), שההלכה שאין שליחות במקום שחב לאחרים מבוססת על הכלל "אין שליח לדבר עברה". אולם הרבה יותר סביר להניח שהש"ך נוקט כשיטת הרא"ש (לעיל, הערה 77), ולפיה הכלל אינו קשור לשליחות לדבר עברה, אלא הוא רק קובע סייג בכוח הייצוג של שליח רגיל, סייג שאינו חל, לדעת הש"ך, על שליח בשכר, שמאחר שידו כיד שולחו, הרי שליחותו תקפה אף כאשר הוא חב לאחרים. עוד יש להעיר שמהר"י אסאד מביא בדבריו עוד נימוק, ולפיו שליח בשכר הריהו כשותף, וכשם שבשותף יש שליחות לדבר עברה, מכוח הנימוק "מיגו דזכי לנפשיה, זכי נמי לחבריה" (כך ראינו לעיל, הערה 244, בשיטת רש"י), כך הוא גם בשליח בשכר. אולם גם טיעון זה קשה מאוד: ראשית, לא ברור מה הקשר בין שליחות בשכר לבין שותפות; שנית, כפי שראינו לעיל, הערה 244, על פי הכלל "מיגו דזכי לנפשיה, זכי נמי לחבריה", סביר להניח שאין הדברים אמורים אלא בעברה שעניינה זכייה אסורה (כגון גנבה), ולא כל עברה אחרת (כגון גירושין אסורים, שהוא דן בהם שם, או מעשה נזיקין וכיוצא בזה). סיכומו של דבר, תשובה זו של מהר"י אסאד צריכה עיון רב].

יש שהתלבטו בשאלה זו ולא הכריעו בה. ראה: שו"ת עונג יום טוב, סוף סימן קט, ד"ה והנה לפמש"כ; שו"ת ערוגת הבושם (גרינוולד), אורח חיים, חלק א, סימן מא, אות ה, ד"ה מיהא; שו"ת ישכיל עבדי, חלק א, יורה דעה, סימן ו, סעיף ב, אות יח.

ויש הסבורים שאין לפועל כוח לייצג את מעבידו במעשה עברה. ראה: שו"ת תורת חסד, חלק א, סימן מה, אות ד; אמרי בינה (אוירבך), חו"מ, קונטרס בדיני קניינים, סימן יט; שער משפט, חו"מ, סימן קפב, ס"ק א; שו"ת מהר"ש מוהליבר, חו"מ, סימן ה; שו"ת מהרש"ג, חלק א, יורה דעה, סימן ג, ד"ה אמנם צריך אני; משפט שלום, סימן קעו, סעיף יב, ד"ה והנה מ"ש דאף, וסימן קפח, סעיף א, ד"ה והנה; פסקי עוזיאל בשאלות הזמן, סימן נח, אות טז, ד"ה שו"ר בשעה"מ. וראה לעיל, הערה 120, שכך עולה כבר מדברי הרמב"ם. עוד ראה שדי חמד, פאת השדה, כללים, מערכת האלף, אות מט, ד"ה והנה ראיתי דבר חדש. וראה גם לקח טוב (ענגיל), כלל א, ס"ק י, ד"ה אולם, שאפילו בעבד אין אומרים שהוא כיד אדוניו לעניין עברה. וראה גם ס' לוי (לעיל, הערה 245), בעמ' 365.

260 בספר המקנה (הורוביץ), קונטרס אחרון, סימן לה, סעיף ה, הסיק כך לגבי עבד המבצע שליחות שהוטלה על אדוניו, ודומה כי דבריו תקפים גם לגבי הפועל ומעבידו. על דין "אין שליח עושה שליח", ראה בהרחבה בדיוננו על סעיף 16.

לצד עדיפות כוח הייצוג של הפועל על פני זה של השליח, יש לציין כי גם הפועל כשר להעיד בכל הנוגע לענייני מעבידו, בדומה לכשרות השליח להעיד בכל הנוגע לענייני שולחו ("שליח נעשה עד"). כוח הייצוג הגדול שבידי הפועל אינו מונע ממנו אפשרות זו. ראה שו"ת יהודה יעלה (אסאד), חלק ג, סימן ריג, ד"ה ומצאתי.

261 עדיפות כוח הייצוג של הפועל על פני השליח מוצאת את ביטויה בהקשרים נוספים:

א. שו"ת עונג יום טוב, סוף סימן קט, ד"ה והנה לפמש"כ, מסביר כי אף שלדעת חידושי הרשב"א, נדרים לו ע"ב, בעיקרון הפרשת תרומות ומעשרות על ידי אחר חייבת להיעשות מכוח מינוי מפורש (ולא די בדין

בתלמוד, מלבד סוגיית התלמוד העיקרית בעניין זכיית הפועל במציאה עבור מעבידו[262] (עוד נציין שמקצתם[263] מרחיבים את כוח הייצוג של הפועל גם לתחום דיני איסור והיתר, אבל יש[264] המצמצמים אותו לדיני ממונות בלבד).

"זכין לאדם שלא בפניו"), שונה הדין במשרתת, ש"כיון שהיא פועלת אצלה לתקן צרכי הבית באפיה ובישול, ודרך המשרתת להפריש, הוי ליה כפועל לענין זה, דידה כיד בעל הבית".
ב. מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן יא, סבור שפעולת הפועל נזקפת לזכות מעבידו אף כשהפועל מתכוון לזכות בה עבור עצמו, מה שאין כן בשליח רגיל. אך ראה חידושי רבי שמעון יהודה הכהן (שקאפ), בבא מציעא, סימן י, ד"ה ובמה. על שליח המתכוון לפעול לטובת עצמו, ראה דיוננו להלן, סעיף 9, פרק חמישי, עמ' 531.
ג. הרב עמיאל (דרכי משה, דרך הקודש, חלק א, שמעתתא ו, פרק י, ד"ה יש לעיין), סבור שהשליח יכול להעביר את שליחותו בשליחות משנה לעבדו אף כשהשליחות מוגדרת כ"מילי", וזאת חרף הכלל "מילי לא מימסרי לשליח". על הכלל "מילי לא מימסרי לשליח", ראה דיוננו על סעיף 16, פרק רביעי, ב, עמ' 724.

262 סוגיה אחת היא זו העוסקת בדין "בעליו עמו" (ראה לעיל, ליד ציון הערה 111, והערה 246). דין זה פוטר את השואל מאחריות לנכס המושאל, אם המשאיל עצמו מועסק אצל השואל (וכן הדין בכל שומר). התלמוד דן בהיקף אחריותו של שואל המעסיק את שלוחו של המשאיל או את עבדו. התלמוד מעלה את האפשרות (שנפסקה להלכה, ראה רמב"ם, הלכות שאלה ופקדון, פרק ב, הלכה ה) כי העסקת שלוחו של המשאיל אצל השואל אינה פוטרת את השואל על פי דין "בעליו עמו", שכן "בעליו ממש בעינא, וליכא". מנגד, העסקת עבדו של המשאיל פוטרת את השואל מאחריות, שכן "יד עבד כיד רבו" (בבא מציעא צו ע"א. ערוך השולחן, חו"מ, סימן שמו, סעיף יג, הסיק כי כן הדין גם במקרה ההפוך, כאשר המשאיל מועסק אצל עבדו של השואל). יש שהקישו בין העבד לבין הפועל, והוכיחו מכאן את כוח הייצוג המורחב של הפועל (ראה למשל: מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן יא; הלכות יום טוב למהרי"ט אלגזי על הלכות בכורות לרמב"ן, פרק ד, אות נ, ד"ה ויש ללמוד). להסבר שונה של סוגיה זו, המבדיל אותה משאלת הייצוג המשפטי, ראה חידושי רבי שמעון יהודה הכהן (שקאפ), בבא קמא, סימן טו, אות ג (אך ראה הסברו בחידושיו, בבא מציעא, סימן י, ד"ה אמנם).
מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן יא, מביא כאסמכתה לגישה זו גם את סוגיית הירושלמי, פאה, פרק ב, הלכה ז. על פי פרשנותו, קובעת סוגיה זו כי פועל נכרי הממרח (מחליק ומיישר) את תבואת השדה של ישראל, גורם להתחייבותו של בעל השדה במתן תרומות ומעשרות, חרף העובדה שנכרי הממרח תבואת ישראל, ואפילו הוא שלוחו, פוטר את התבואה מחיובים אלו. 'מחנה אפרים' למד מדין זה על קיום כוח ייצוג רחב בידי הפועל, המאפשר לפועל נכרי לייצג את מעבידו היהודי (ראה גם שו"ת עונג יום טוב, סוף סימן קט, ד"ה והנה לפמש"כ). רבים הסבירו סוגיה זו בדרכים אחרות, השומטות את הבסיס להוכחה זו. ראה: תוספות רבי עקיבא איגר, פאה, פרק ב, משנה ז; שער המלך, הלכות תרומות, פרק א, הלכה יא; אמרי בינה (אוירבך), אורח חיים, שו"ת, סימן יא, ד"ה וראיתי; שו"ת יהודה יעלה (אסאד), אבן העזר, סימן ריג, ד"ה הנה גם אני; חקרי לב, יורה דעה, חלק ב, סימן ט, ד"ה והדבר קשה. וראה גם: כסף משנה, הלכות תרומות, פרק א, הלכה יא; מים חיים (די סילוה), חידושיו לרמב"ם, הלכות תרומות, פרק א, הלכה יא, ד"ה ועיין מה; קהילות יעקב (קנייבסקי), בכורות, סימן י, אות ב.

263 ראה מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן יא, הקובע שאדם שעשה מעקה לגגו באמצעות פועל נכרי יכול, ואף צריך, לברך על המצווה, משום שנחשב כאילו עשה את המעקה בעצמו. וראה הרב ש"י זוין, "בדין מעשה מצוות ע"י עכו"ם ובירור ביסודות גדרי שליחות", מוריה, שנה יט, גיליון ה־ו (כסלו תשנ"ד), עמ' לד. וראה גם: שו"ת ערוגת הבושם (גרינוולד), אורח חיים, חלק א, סימן מא, אות ה, ד"ה מיהא לפי מה שכתבנו; שו"ת זקן אהרן (וולקין), חלק א, אורח חיים, סימן טו, ד"ה ועיין נמי. פוסקים אלה קובעים שיש איסור מיוחד על שכירת פועלים נכרים לביצוע עבודות בשבת (נוסף על איסור "שבות" הקיים באמירה לנכרי. וראה מה שהערנו בעניין "אמירה לנכרי" לעיל, הערה 125).

264 ראה שו"ת חתם סופר, אורח חיים, סימן קעו, ד"ה תו הקשה, בעקבות שיטה מקובצת, בבא מציעא צו ע"א, בשם הראב"ד. דבריו נאמרו ביחס לדין "יד עבד כיד רבו", אך דומה כי הם תקפים באותה מידה ביחס לדין "יד פועל כיד בעל הבית". ואכן, ראה חידושי חתם סופר, קידושין מא ע"א, ד"ה וראיתי בשער

(ב) פוסקים אחרים סבורים כי הכלל "יד פועל כיד בעל הבית" יכול להרחיב כוח ייצוג הקיים בידי הפועל, אבל אינו יכול להעניק לפועל כוח ייצוג במקום שדיני השליחות שוללים אותו ממנו[265]. על כן, אם הפועל עומד בדיני הכשרות של השליחות, הוא יכול לבצע עבור מעבידו גם פעולות שיש בהן כדי לחוב לאחרים[266]. לעומת זאת, כאשר הפועל אינו עומד בדיני הכשרות (כגון שאינו יהודי), הוא אינו יכול לייצג את מעבידו בביצוע פעולות משפטיות.

(ג) לעומת שתי הגישות הקודמות, 'נתיבות המשפט'[267] סבור שבעיקרון, אין לפועל כוח ייצוג גדול יותר משל השליח, וכל הדינים המגבילים את כוחו של השליח, מגבילים גם את כוחו של הפועל[268]. אמנם לפי סוגיית התלמוד, הפועל זוכה במציאה לטובת בעל הבית, בניגוד

המלך, וד"ה והנה במנחות. כן הסיקו גם: שו"ת שואל ומשיב, מהדורא קמא, חלק ב, סימן קי, ד"ה שוב ראיתי; שו"ת תורת חסד, חלק א, סימן מה, אות ד; נחלת דוד (טביל), בבא מציעא י ע"א, ד"ה בגמ' שאני; חקרי לב, יורה דעה, חלק ב, סימן ט, ד"ה וסבור הייתי; חכמת אדם, כלל ז, בינת אדם, ס"ק י; כסף נבחר (גויטיין), כלל קנ (שליחות), אות יג; משפטי שמואל (רבינוביץ), שמעתתא דשליחות, פרק כו, אות ג; חידושי רבי שמעון יהודה הכהן (שקאפ), בבא מציעא, סימן י, ד"ה אמנם.

265 ראה: הלכות יום טוב למהרי"ט אלגזי על הלכות בכורות לרמב"ן, פרק ד, אות נ, ד"ה ואולם לענ"ד; שו"ת שואל ומשיב, מהדורא קמא, חלק ב, סימן קי, ד"ה לצורבא מרבנן; חקרי לב, יורה דעה, חלק ב, סימן ט, ד"ה ויותר מזה. וכך קבעו פוסקים אחרים ביחס לפועל שהוא חרש או שוטה או קטן. ראה: שער משפט, חו"מ, סימן קפב, ס"ק א; שו"ת מהרש"ג, חלק א, יורה דעה, סימן ג, ד"ה אמנם צריך אני. וראה הלכות יום טוב למהרי"ט אלגזי על הלכות בכורות לרמב"ן, פרק ד, אות ל (עמ' רצב במהדורת ירושלים תשנ"ג).

266 הטעם העיקרי שהובא לכך (על ידי הפוסקים הנזכרים בהערה 265) הוא היות הפועל כיד מעבידו. בדברי ר' שמעון שקאפ (חידושי רבי שמעון יהודה הכהן (שקאפ), גיטין, סימן ד, ד"ה ונלע"ד לומר. וראה גם שם, בבא קמא, סימן טו, אות ה) ניתן למצוא טעם אפשרי נוסף. לדבריו, פועל המגביה מציאה בשביל מעבידו עושה את הדבר למען עצמו ולא למען מעבידו (שהרי על כך הוא מקבל את שכר עבודתו), ולא נאמר הכלל "תופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים – לא קנה" אלא במקום שהפעולה מבוצעת למען בעל החוב. האדם אינו מנוע מלפעול לטובת עצמו, אף אם יש בדבר כדי שיחוב לאחרים. להסבר נוסף ראה קהילות יעקב (קנייבסקי), בבא מציעא, סימן טו, ד"ה ועל פי זה.

267 נתיבות המשפט, סימן קפח, ס"ק א (וראה גם סימן קה, ס"ק ב). וכך נוקטים גם: שו"ת שיבת ציון (לנדא), סימן נג, ד"ה תשובה; גזע ישי, מערכת א, סימן פא, ד"ה גם מאי דמייתי.

268 'נתיבות המשפט' מפנה לסוגיית גיטין כא ע"א (ושם עח ע"א) כראיה לגישתו. התלמוד קובע שהאישה מתגרשת באמצעות קבלת הגט לידי העבד שלה רק כאשר העבד כפות, משום שדין עבד כדין חצר, ו"חצרו של אדם קונה לו" רק כאשר אינה "חצר מהלכת". כלומר, התלמוד מזהה את העבד עם החצר ולא עם השליח. וכך נקטו פוסקים רבים, ראה: תוספות רי"ד, גיטין כג ע"ב, ד"ה אמר רב אסי; פסקי ריא"ז, גיטין, פרק ב, הלכה ב, אות יב (מובא בשלטי הגיבורים, גיטין יב ע"א (בדפי הרי"ף), אות א); תוספות, גיטין כג ע"ב, ד"ה לפי; שו"ת חתם סופר, אורח חיים, סימן קעו, ד"ה תו הקשה; אמרי בינה (אוירבך), חו"מ, קונטרס בדיני קניינים, סימן יט. והשווה: רש"י, גיטין כג ע"א, ד"ה מהו שיעשה שליח; שו"ת זקן אהרן (וולקין), חלק א, אורח חיים, סימן טו, ד"ה הן אמנם; חידושי רבי שמעון יהודה הכהן (שקאפ), בבא מציעא, סימן י, ד"ה יד פועל. וראה עוד: ספר המקנה (הורוביץ), קונטרס אחרון, סימן לה, סעיף ו, ד"ה והעבד.
הוכחה נוספת לגישה השוללת מן העבד (ועל כן גם מן הפועל) כוח מורחב לייצג את אדוניו הובאה מסוגיית מנחות צג ע"ב. סוגיה זו קובעת שפעולת סמיכת הידיים על ראש הקרבן היא פעולה אישית, אשר רק בעל הקרבן יכול לעשותה. הסוגיה מציינת שלא עבדו של בעל הקרבן, לא שלוחו ואף לא אשתו, יכולים לסמוך את ידיהם עבורו. הסוגיה מציינת כי הראשון מבין אישים אלו אשר אינו כשר לייצוג זה, הוא העבד, וזאת עוד קודם לשלילת כושרו של השליח (גזע ישי, מערכת א, סימן פא, ד"ה ולעניות דעתי. וראה גם: קרן אורה, נדרים ח ע"ב, ד"ה והראשונים; קרן אורה, מנחות צג ע"ב, ד"ה גמרא ידו ולא יד עבדו).

לכלל שאין שליחות במקום שחב לאחרים. אולם הסיבה לכך אינה מעמדו המיוחד של הפועל[269], כי אם אופיו המשפטי המיוחד של מעשה הקניין, כדרך של זכייה במציאה על ידי הגבהתה. על פי הגדרת דיני הקניין, מסביר 'נתיבות המשפט'[270], מי שקונה נכס או שזוכה במציאה על ידי הגבהה, אינו חייב לעשות את מעשה הקניין במו ידיו, ודי שיגרום למעשה הקניין[271]. כך לדוגמה, בעל הבית המשלם לפועל שיגביה עבורו מציאה, זוכה בה, משום שהוא גרם להגבהה, ולא משום שהפועל פעל כשלוחו[272]. גם על פי המשפט הישראלי, אין לפועל כוח מורחב לייצג את מעבידו מעבר לכוחו של השליח[273].

חשוב לציין כי כוח הייצוג המורחב של הפועל (על פי שתי הגישות הראשונות של הפוסקים) מוגבל לפעולות שמבצע הפועל בזמן עבודתו ובתחום בו הוא מועסק. פעולות שהוא מבצע חוץ לזמן עבודתו או בתחום שאינו תחום עבודתו, לא ייזקפו לזכות מעבידו[274]. זאת

על סוגיות אלה ועל חילוקי הדעות בפירושן ומשמעותן, ראה הלכות יום טוב למהרי"ט אלגזי על הלכות בכורות לרמב"ן, פרק ד, אות נ (וראה הערות המהדיר במהדורת ירושלים תשנ"ג, הערה 107 ואילך).

269 המרדכי, גיטין, פרק המביא גט, סימן שכח, השאיר ב"צריך עיון" את השאלה אם הפועל יכול לגבות חובו של מעבידו במקום שהדבר פוגע ביכולת הגבייה של מלווים אחרים. מסתבר שיסוד ספקו טמון במחלוקת הפוסקים שלפנינו. ראה גם אורים ותומים, סימן קה, ס"ק א.

270 נתיבות המשפט, סימן קפח, ס"ק א.

271 'נתיבות המשפט' מבחין בין מעשי קניין שעל האדם לעשות בעצמו (או על ידי שלוחו), דוגמת נטילה ביד, ובין מעשי קניין שדי שייעשו בגרימתו של האדם, דוגמת הגבהה. אך הבחנה זו אינה מקובלת על הכל. ראה למשל חלקת יואב, חו"מ, סימן א.

272 כשהפועל עושה את הפעולה בחינם, הוא נחשב עדיין כמי שפועל ביזמתו, ורק כשהוא מקבל תמורה, המשלם נחשב לגורם המכריע בביצוע הפעולה.

נפקות נוספת בין גישת 'מחנה אפרים' ובין גישת 'נתיבות המשפט' היא בפועל שאינו כשר להיות שליח, שקנה את הנכס באמצעות קניין חצרו: לפי גישת 'מחנה אפרים', מעבידו זוכה, שכן "יד פועל כיד בעל הבית", ואילו לפי גישת 'נתיבות המשפט', מאחר שאי אפשר לראות את בעל הבית כגורם הקניין (שהרי כאן הקניין הוא פסיבי) – לא קנה. הוא הדין בפועלו־שלוחו של המקנה, שלפי 'מחנה אפרים', יכול לייצגו אף שאינו כשר להיות שליח, מה שאין כן לפי 'נתיבות המשפט', שכן בהקנאה, המקנה אינו עושה מעשה (ראה כסף הקודשים, חו"מ, סוף סימן קפח). כמו כן יחלקו אחרונים אלו בשאלת מעמדה של הגבהת מציאה על ידי הפועל שלא על פי הוראת המעביד. לדעת 'מחנה אפרים', הגבהה זו תיזקף לזכות המעביד, אך לדעת 'נתיבות המשפט', קשה יהיה לראות בכך פעולה הנגרמת על ידי המעביד.

במקום אחר הסביר 'נתיבות המשפט' את דין הפועל הזוכה במציאה למעבידו בדרך שונה. על פי הסבר זה, הסכם העבודה מקנה למעביד את הבעלות על דברים שזוכה בהם הפועל לעצמו. אמנם הפועל זוכה במציאה עבור עצמו, אך הסכם העבודה מקנה אותה למעבידו (נתיבות המשפט, סימן קה, ס"ק ב). ראה גם: חידושי ר' שמעון יהודה הכהן (שקאפ), גיטין, סימן ד, ד"ה ובנתיבות המשפט; שם, בבא קמא, סימן טו, אות ב; אמרי בינה (אוירבך), חו"מ, קונטרס בדיני קניינים, סימן יט; גזע ישי, מערכת א, סימן פא, ד"ה גם מאי דמייתי; קהילות יעקב (קנייבסקי), בבא מציעא, סימן טו, ד"ה והנה בהא.

מדברי רבי עקיבא איגר (שו"ת רבי עקיבא איגר, מהדורא תניינא, סימן קיב, ד"ה ולזה נראה), עולה שגם אם תתקבל הפרשנות הרואה בכלל "יד פועל כיד בעל הבית" כלל המרחיב את כוח הפועל לייצג את מעבידו (מעבר לכוחו הרגיל של השליח), אין בכך כדי לקבוע כי כך היא ההלכה. רבי עקיבא איגר מסביר כי כלל זה לא שימש אלא כשלב ביניים בסוגיית התלמוד, ואין ודאות כי הוא נפסק למסקנתה. ראה גם: שו"ת יהודה יעלה (אסאד), אבן העזר, סימן ריג, ד"ה והנה לשיטת; הרב א' נבנצאל, "בדין פועל", תורה שבעל פה יט (תשל"ז), עמ' קיד.

273 ראה: ברק, סעיף 235; פרוקצ'יה, עמ' 136, סעיף 61; טדסקי, מסות במשפט, עמ' 344.

274 כך למשל נפסק כי משרת שבמהלך עבודתו קנה סוס בזול ומכרו ביוקר, הרווח שלו ולא של מעבידו.

ועוד, גם פועל שנשכר לבצע עבודות כלליות שאינן מוגדרות מראש, אינו משמש אוטומטית כנציגו של מעבידו לכל דבר ועניין. וכן פסק הרמב"ם[275]: "מציאת הפועל לעצמו, אף על פי שאמר לו 'עשה עמי מלאכה היום', ואין צריך לומר אם אמר לו 'עדור עמי היום, נכש עמי היום'"[276]. כלומר, כוח הייצוג שבידי הפועל מוגבל לתחום המסוים שהוא מועסק בו ובזמן עבודתו[277]. אבל, ממשיך הרמב"ם וקובע: "אם שכרו ללקט מציאות, כגון שחסר הנהר, ושכרו ללקט הדגים הנמצאין באגם – הרי מציאתו לבעל הבית, ואפילו מצא כיס מלא דינרין"[278].

ביצוע פעולות משפטיות על ידי הפועל בשם מעבידו הוא תופעה שכיחה למדי, המקיפה למעשה תחומים נרחבים בחיי המסחר. זבן בחנות, רואה חשבון, סוכן מכירות ועוד, נדרשים במסגרת עבודתם לבצע פעולות משפטיות בשם מעסיקם. גישת הפוסקים הראשונה[279], אשר הרחיבה במידה משמעותית את ההרשאה שבידי הפועל לעומת זו המצויה בידי שליח רגיל, עשויה להקל במידה רבה על תפקודם היעיל של חיי המסחר. על פיה הפועל יכול לייצג את מעבידו אפילו כשהוא חב לאחרים[280], ועובד נכרי יכול לבצע בשמו של מעסיקו היהודי פעולות משפטיות הדרושות למהלכם התקין של חיי המסחר[281] ועוד[282]. כוח ייצוג זה מצומצם על פי

לעניין זה, המשרת הוא אישיות משפטית עצמאית. ראה שו"ת חוט השני, סימן לח (מובא בפתחי תשובה, חו"מ, סימן רע, ס"ק א). שאלה אחרת, שאין עניינה כאן, היא היקף חובתו של המשרת לפצות את מעבידו על זמן העבודה שניצל לטובת עצמו על חשבון זמן עבודתו.

275 רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ט, הלכה יא, בעקבות רב פפא, בבא מציעא יב ע"ב.

276 לדעת הרמ"א, דינו של פועל הנשכר מלכתחילה לכל עבודה שהיא בלא הגדרת משימה, שבשלב מאוחר יותר הגדיר לו מעבידו את המשימה, יהיה כשל פועל שנשכר מתחילה לביצוע עבודה מוגדרת זו (רמ"א, חו"מ, סימן רע, סעיף ג, בעקבות הרמ"ה). על כך העיר הסמ"ע כי "לית מאן דפליג בהא" (שם, ס"ק יב).

277 ראה גם חקרי לב, יורה דעה, חלק ב, סימן ט.

278 רמב"ם, הלכות שכירות, פרק ט, הלכה יא. מדבריו אלו של הרמב"ם, נלמד לכאורה כי כוח הייצוג שבידי הפועל גדול מעט יותר מהגדרתה הדווקנית של העבודה לה הוא נשכר, והוא כולל פעולות קרובות נוספות הנמצאות בתחומה. למרות שפועל זה נשכר ללקט דגים, גם מציאת ארנק מלא כסף תיזקף לזכות מעבידו. נציין כי חקרי לב, יורה דעה, חלק ב, סימן ט, ד"ה וסבור הייתי, לא ראה כמובנת מאליה את הרחבת המקרה הנידון על ידי הרמב"ם לכל פועל בתחום עבודתו. וראה גם שו"ת ריח השדה, סימן יג, ד"ה אלא.

279 ראה לעיל, ליד ציון הערה 252.

280 ראה לעיל, ליד ציון הערה 255.

281 ראה לעיל, ליד ציון הערה 256.

282 א. ראה לעיל, ליד ציון הערות 257־260, שהסייגים "מילי לא מימסרן לשליח", "אין שליח עושה שליח", "כל דאיהו לא מצי עביד לא מצי משווי שליח", "אין שליח לדבר עבירה", אינם חלים על יחסי עובד ומעביד.

וראה ב' ליפשיץ, "הרשאה ושליחות", תרביץ נח (תשמ"ט) 1, בעמ' 17־19. ליפשיץ מעלה תאוריה, ולפיה במקורו, מוסד השליחות ראה את השליח כמי שקנוי לשולח. על פי תאוריה זו, הבעיות המעשיות שהצבענו עליהן לא היו קיימות כלל בתחילה, אבל משנותק הקשר בין השליחות לבין הבעלות (או משעבר מוסד השליחות "מן הקניין אל הייצוג", כלשונו של ליפשיץ), עלו הבעיות האמורות. אם נכונים דבריו, הרי שיש לא מעט אירוניה בכך שהדרך לפתרון הבעיות האלה הייתה בהחזרת מושג הקניין "בדלת האחורית", בדמות שליח בשכר שדינו כפועל, דבר שאִפשֵר את החייאת הכלל "יד פועל כיד בעל הבית" ביחס לשליח (אף שבינתיים מעמדו של הפועל גם הוא פשט צורה ולבש צורה חדשה. ראה ב' ליפשיץ, עובד וקבלן – בין קניין לבין התחייבות, ירושלים תשנ"ד). אולם נדמה שפרשה זו צריכה עוד עיון רב.

ב. נעיר שאין לכלול ברשימה זו את העניין הבא. על פי דיני השליחות, שליח שמכר את נכס השולח בפחות ממחיר השוק, ואפילו היה הפער מועט, יכול השולח לטעון כלפיו: "לתקן שלחתיך ולא לעוות" ולבטל את המכר (ראה רמב"ם, הלכות מכירה, פרק יג, הלכה ט). כפי שנעיר על כך בדיוננו על סעיף 6, פרק

הגישה השנייה של הפוסקים[283], ונמנע כמעט לחלוטין על פי הגישה השלישית של הפוסקים[284]. הכפפת פעילות הפועל למגבלות דיני השליחות תביא להפחתה משמעותית של יכולתו לבצע פעולות משפטיות עבור מעבידו ובשם מעבידו.

(ג) נישואין

על סמך הפסוק "על כן יעזב איש את אביו ואת אמו, ודבק באשתו והיו לבשר אחד" (בראשית ב, כד), נקבע במשפט העברי הכלל "אשתו כגופו", הנותן ביטוי משפטי למערכת היחסים ההדוקה הקיימת בין בני הזוג. אחת מתוצאותיו של כלל זה היא בדיני השליחות[285]. בני זוג יכולים לייצג זה את זה בהיקף רחב יותר מאשר על פי דיני השליחות הרגילים.

על כך אנו למדים מקביעתו של האמורא רב אשי, האומר שהבעל יכול להיות שליח להתרת נדרי אשתו[286]. חלק מן הראשונים, ובראשם הרמב"ם[287], סבורים שבעיקרון, האדם אינו יכול לבקש להתיר את נדריו על ידי שליח, אלא עליו להופיע אישית בפני מי שמוסמך להתיר נדרים ולהביע בפניו את חרטתו על הנדר, אבל הבעל יכול להיות שליח של אשתו לצורך זה, משום "שאשתו כגופו, וכאילו היא עצמה שם"[288] [289].

שישי, עמ' 377, דין זה פוגע לכאורה קשות ביעילותו הכלכלית של מוסד השליחות, שכן צדדים שלישיים עלולים להימנע מלהתקשר עם שלוחים, מחשש שהשולח יתנער מפעולת השליח בטענה שנפגעו האינטרסים שלו. ושמא פתרון אפשרי לבעיה זו הוא שכוח הייצוג של הפועל, שרוב הפעילות הכלכלית של האדם נעשית באמצעותו, רחב יותר משל שליח רגיל, גם במובן זה שמעבידו אינו יכול להתנער מפעולתו בטענת "לתקן שלחתיך ולא לעוות", אף אם נפגעו קצת האינטרסים שלו (ובלבד שהפעולה הייתה סבירה). אולם לא כך נקטו הפוסקים. ראה: רבנו ירוחם, מישרים, נתיב א, חלק ט (מובא בבית יוסף, חו"מ, סימן קפה, סעיף א); סמ"ע, סימן קפב, ס"ק ח; שם סימן קפה, ס"ק יב; ערוך השולחן, שם, סימן קפב, סעיף יח. מדבריהם של אלה עולה במפורש שהכלל "לתקן שלחתיך ולא לעוות" חל גם על שליח בשכר (וכך ניתן להסיק גם ממה שראינו לעיל, הערה 237, לגבי שותף, שאמנם שותפו אינו יכול לבטל את פעולתו בטענת "לתקן שלחתיך ולא לעוות", אבל לא משום שהשותף נחשב כשליח בשכר, אלא משום שיש לו אינטרס אישי בפעולה). לפתרונות אחרים לבעיית יעילות חיי המסחר לנוכח כלל זה, ראה דיוננו להלן, סעיף 6, פרק שישי, עמ' 377.

[283] ראה לעיל, ליד ציון הערה 265.

[284] ראה לעיל, ליד ציון הערה 267.

[285] כללים משפטיים הקרובים לכלל זה הם: "אישה כבעלה", "בעל כאשתו". לתוצאות משפטיות נוספות של כלל זה, ראה אנציקלופדיה תלמודית, כרך ב, ערך אשתו כגופו, עמ' ש. על בני זוג כשלוחים זה של זה, ראה עוד דיוננו להלן, סעיף 5, ליד ציון הערה 116.

[286] נדרים ח ע"ב.

[287] כך הסיק הר"ן, נדרים ח ע"ב, ד"ה בעל מהו, ממה שפסק הרמב"ם, הלכות שבועות, פרק ו, הלכה ד. וכך פסק שולחן ערוך, יורה דעה, סימן רכח, סעיף טז (וראה לעיל, הערה 55), וסימן רלד, סעיף נו.

[288] לשון ט"ז, יורה דעה, סימן רלד, ס"ק מו. וראה לפניו: ר"ן, שם; נימוקי יוסף, נדרים ב ע"א (בדפי הרי"ף), ד"ה בעל מהו, בשם הרא"ה והריטב"א; חידושי רבנו קרשקש (המיוחסים לריטב"א), גיטין מו ע"א, ד"ה ור"א סבר; כסף משנה, הלכות שבועות, פרק ו, הלכה ד. אך יש מי שהציע נימוק אחר, ולדידו עדיפות הבעל על פני השליח נעוצה בהכרתו את אשתו ואת כוונותיה, על כן הוא היחיד הראוי לייצגה לצורך התרת נדריה. ראה ביאורי הרב אייזק שטיין, הנדפסים בסוף סמ"ג, לא תעשה רמא, דף לט ע"ב, ד"ה ואינו עושה שליח.

[289] ראשונים אחרים חולקים על הסבר זה בדברי רב אשי בסוגיה התלמודית, ולדעתם כל אדם יכול לייצג את הנודר לצורך התרת נדריו (ואין אפוא להוכיח מכאן את עדיפות כוח הייצוג שבין בני זוג). לדידם, החידוש של התלמוד הוא שהבעל כשר לייצג את אשתו ולהביא את דבר חרטתה מן הנדר לצורך התרתו, ואין

האחרונים קבעו הלכות נוספות המבוססות על כוח הייצוג הרחב שבידי בני הזוג:

(א) לדעת הרמ"א[290], האדם אינו יכול לפדות את בנו בכורו על ידי שליח, אבל אחד מן האחרונים מעיר שהאב יכול למנות את אשתו כשלוחתו לפדות את בנם, "דכיד בעלה היא"[291].

(ב) דין דומה מצוי בחיוב לתת לכוהן או לכוהנת חלקים מן הבהמה הנשחטת (הזרוע, הלחיים והקיבה), ונפסק שהם יכולים להינתן גם לבן זוגה של הכהנת, אף אם אינו כוהן[292]. לדעת ר' יונתן אייבשיץ[293], בעיקרון אין לתת מתנות כהונה לשלוחו של הכוהן, אלא רק לכוהן עצמו, אבל "יד בעל כיד אשה, ועדיף משליח".

(ג) מי שמפגר בתשלום שכר פועליו עובר על איסור "לא תלין פעלת שכיר אתך עד בקר" (ויקרא יט, יג), אבל אם שכר אותם על ידי שליח, אינו עובר על האיסור[294]. עם זאת, לדעת

לחשוד בו שלא ידייק בתיאור חרטתה מתוך אינטרס אישי בהתרת הנדר. ראה תוספות, נדרים ח ע"ב, ד"ה אמר (מובא גם בר"ן, שם, ד"ה בעל מהו); פירוש הרא"ש, נדרים ח ע"ב, ד"ה בעל מהו; נימוקי יוסף, נדרים ב ע"א (בדפי הרי"ף), ד"ה בעל מהו; שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן תקנד (וראה שו"ת הריב"ש, סימן שע, שמביא את שתי השיטות ונוטה להכריע כדעת הרמב"ם).

יחד עם זאת, ראשונים אלה אינם חולקים על עדיפות כוח הייצוג שבין בני זוג. ואמנם עדיפות זו עולה מסוגיה אחרת שעניינה סמיכת הידיים על ראש הקרבן. התלמוד (מנחות צג ע"ב) קובע כי הסמיכה היא פעולה אישית שאי אפשר לעשותה על ידי שליח, וזאת על סמך דרישת הכתוב: "וסמך ידו' – ולא יד עבדו. 'ידו' – ולא יד שלוחו. 'ידו' – ולא יד אשתו" (וראה לעיל, הערה 268). התלמוד מסביר כי הדגשה משולשת זו באה לשלול את המחשבה שאף שעבדו של אדם ושלוחו לא יוכלו לייצג את בעל הקרבן, אשתו כן תוכל לייצגו, שכן "כגופיה דמיא" (ראה גם תוספות, מנחות צג ע"ב, ד"ה ידו). דברים אלו מלמדים אפוא על כוח הייצוג הרחב יותר בין בני הזוג. ראה: הלכות יום טוב למהרי"ט אלגזי על הלכות בכורות לרמב"ן, פרק ד, אות נ; קרן אורה, מנחות צג ע"ב, ד"ה ידו ולא יד עבדו.

290 רמ"א, יורה דעה, סימן שה, סעיף י. אך השווה ש"ך, שם, ס"ק יא, וט"ז, שם, ס"ק יא, החולקים עליו.

291 הגהת יד אברהם, על הרמ"א, שם (אבל הוא מדגיש שההרשאה חייבת להיות מפורשת).

292 שולחן ערוך, יורה דעה, סימן סא, סעיף ח.

293 כרתי ופלתי, יורה דעה, סימן סא, כרתי ס"ק ט. פרי חדש, יורה דעה, שם, חולק על כך וטוען כי שלוחו של הכוהן יכול לקבל מתנות כהונה, ועל כן אין כל חידוש בהלכה זו (מובא ביד אפרים, יורה דעה, סימן סא, סעיף ח, ד"ה והנותנם לבעלה).

עוד יש לציין כי גם לדעת 'כרתי ופלתי', שעל פיה הבעל יכול לקבל מתנות כהונה של אשתו הכוהנת בעוד אין שלוחה יכול לקבל אותן, אין הכרח כי יסוד הלכה זו מצוי בדיני השליחות. ייתכן שיסוד ההלכה בדיני הקניין: במסגרת הנישואין מוקנות לבעל זכויות קניין שונות ברכוש אשתו, וייתכן שהן מאפשרות לו לזכות במתנות הכהונה המגיעות לה, אף שאינו כוהן. מסתבר כי אם יסוד הלכה זו בדיני השליחות, יכולה האישה להתנגד לכך שבעלה יקבל את מתנות הכהונה הניתנות לה, אך אם יסודה בדיני הקניין, ייתכן שכוחו יישמר לו חרף התנגדותה. בדבר זה נחלקו האחרונים. לדעת 'פרי חדש', האישה יכולה להתנגד לכך, ולדעת פרי תואר, יורה דעה, שם, היא אינה יכולה להתנגד. ראה יד אפרים, שם.

294 ראה: בבא מציעא קי ע"ב–קיא ע"א; רמב"ם, הלכות שכירות, פרק יא, הלכה ד; שולחן ערוך, חו"מ, סימן שלט, סעיף ז. לבירור היקפה של הלכה תמוהה זו ולניסיון לעמוד על הגיונה, ראה: תוספות רי"ד, בבא מציעא קיא ע"א, ד"ה לא צריכא (לדעתו כאשר הושכר על ידי שליח, הפועל אינו סומך דעתו שבעל הבית ישלם לו בזמן. אבל נימוק זה תמוה); חידושים המיוחסים לריטב"א, שם, ד"ה זה ("תימה הוא, דהא בכל מקום שלוחו של אדם כמותו. ושמא לא אמרינן הכי לחובתו". לדיון בדבריו, ראה נ' רקובר, השליחות והרשאה, נספח ראשון, עמ' 366); הרב י"מ טוקצינסקי, "בגדרי השליחות", קול תורה ב (תרצ"ג), סימן נג, ס"ק ה, ד"ה ושמעתי; גידולי שמואל (ניימן), בבא מציעא קי ע"ב, ד"ה ע"ב ת"ר (לדיון בדבריו, ראה הרב ד"א ציינווירט, "בעניני בל תלין (ב)", קובץ בית אהרון וישראל, שנה יד, גיליון ה (פג) (סיון־תמוז

'ערוך השולחן', אם נשכרו הפועלים על ידי אשתו, הוא עובר על איסור זה, משום "דאשתו כגופו דמי"[295].

(ד) לדעת פוסקים רבים, גם למהדרין שבמהדרין בקיום מצוות הדלקת נר חנוכה, המקפידים שכל אחד ואחד מבני הבית ידליק נר בפני עצמו, אין צורך שתדליק בעלת הבית נר לעצמה, והנר שמדליק בעלה נזקף לזכותה אף במסגרת הידור זה[296].

(ה) יש מי[297] שהעלה את האפשרות שדין אישה ה"נושאת ונותנת" בנכסי בעלה כדין שותף, שהרשאתו גדולה יותר משל שליח רגיל[298].

ג. פעולות משפטיות הנעשות עבור הזולת (מ"דין עבד כנעני")

לעתים האדם מבקש לעשות בשם עצמו (ולא כשליח) פעולה משפטית שתזַכה את זולתו, ונשאלת השאלה: האם הדבר אפשרי? או שמא כל פעולה עבור הזולת חייבת להתבצע במסגרת דיני השליחות?[299].

במסכת קידושין[300] דן התלמוד בדרכי שחרורו של עבד כנעני. אחת מדרכי השחרור היא תשלום כספי לאדון כדי להוציא את העבד לחירות. יש מי שאומר שדרך זו אינה עומדת לרשות העבד עצמו, שכן על פי הכלל "מה שקנה עבד קנה רבו", הכסף הנמצא ביד העבד שייך ממילא לאדוניו. אבל, קובע התלמוד, אדם זר יכול לשלם לאדון תמורת שחרורו של העבד[301].

תשנ"ט), עמ' עז, בעמ' פג); ר' חיים שמולביץ, "בגדרי שליחות וזכיה", בתוך ספר הזיכרון למרן הגר"ח שמואלביץ זצ"ל, ירושלים תש"ס, עמ' קצה, בעמ' קצז; מנחת צבי (שפיץ), הלכות שכירות פועלים, סימן ב, אותיות לח־מט (עמ' צח־קב); ר' שטרן, שכרו אתו – הלנת שכר, שכירות פועלים, שכר שבת, בית ועד לתורה, גבעת שמואל תשס"ד, עמ' כה־לה.

וראה משנת יעבץ (זולטי), חו"מ, סימן מה, אות ד (שלכולי עלמא, אף אם בעל הבית שכר את הפועל על ידי שליח, הוא חייב לשלם לו בכסף דווקא, ולא בשווה כסף, ולא כפי שרצה מהרש"א, בבא מציעא קיח ע"א, להסיק מפירוש רש"י, בבא מציעא שם, ד"ה שומעין לו).

295 ערוך השולחן, חו"מ, סימן שלט, סעיף ט. ה'חפץ חיים' הסתפק בדבר זה ולא הכריע בו. ראה בספרו אהבת חסד, חלק א, פרק י, סעיף ד, הערת נתיב חסד, ס"ק י.

296 אליה רבה (שפירא), אורח חיים, סימן תרעא, סעיף ג; משנה ברורה, שם, ס"ק ט. וראה גם ברכי יוסף (חיד"א), שם, ס"ק ב. עם זאת, מדברי פוסקים אחרים עולה כי במסגרת המהדרין מן המהדרין, יש מקום שתדליק אישה נר חנוכה בפני עצמה. ראה: שו"ת שער אפרים, סימן מב. וראה גם: תרומת הדשן, שו"ת, סימן קא; ברכי יוסף, שם.

297 ראה כסף הקודשים, חו"מ, סימן רכז, סעיף ל.

298 ראה לעיל, ליד ציון הערה 237, ובהערה 237.

על כוח הייצוג המשפטי של הבעל את אשתו, ראה חידושי הריטב"א, כתובות צד ע"א, ד"ה אמר רב הונא. וראה בהרחבה בדיוננו על סעיף 5, ליד ציון הערה 156.

299 נושא זה מוסדר במשפט הישראלי בחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג־1973, פרק ד, העוסק בחוזה לטובת אדם שלישי.

חוק הנאמנות, התשל"ט־1979, מכיר בדרך נוספת לביצוע פעולות משפטיות לזכות הזולת בלא שהן נעשות בשמו. לדיון ביחס בין מוסד הנאמנות ובין מוסד השליחות, ראה י' אונגר, חוק לישראל, נאמנות בנכסים, ירושלים תש"ע, עמ' 6־23.

300 קידושין כג ע"א.

301 משנה, קידושין א, ג. במשנה נאמר כי זוהי דעת רבי מאיר, אך על פי הסבר התלמוד (קידושין כג ע"א),

הלכה זו היא הבסיס ל"דין עבד כנעני", ולפיו אדם יכול לעשות פעולה משפטית עם אחר, כשהזוכה מפעולתו הוא צד שלישי (העבד בדוגמה שלעיל), אף שהלה לא מינה אותו כשלוחו[302]. מכוח דין זה, נקבע בתלמוד שניתן גם לקדש אישה עבור הזולת: ייתן המקדש עבור פלוני (אך לא בשמו) כסף קידושין לאישה, ובכך תתקדש האישה לאותו פלוני, ובלשון התלמוד: "הילך מנה והתקדשי לפלוני – מקודשת מדין עבד כנעני"[303]. פוסקים רבים סבורים, כאמור, ש"דין עבד כנעני" תקף גם בדיני ממונות. כך למשל יכול אדם לשלם לבעל קרקע תמורת העברת זכויותיו בה לאדם שלישי[304]. אבל יש הסבורים שהרי"ף והרמב"ם הגבילו דין זה רק לשחרור עבד כנעני ולקידושי אישה, שאינם מעשי קניין מובהקים, ולדעתם אין להרחיבו גם לדיני ממונות[305].

בהבנת יסודו המשפטי של "דין עבד כנעני", נחלקו הדעות. יש הסוברים[306] שדין זה מבוסס

דין זה מקובל גם על חכמים. דין זה נפסק ברמב"ם, הלכות עבדים, פרק ה, הלכות א-ב; ובשולחן ערוך, יורה דעה, סימן רסז, סעיף כו.

302 וראה עוד: אבן האזל, הלכות מכירה, פרק א, הלכה ו; קונטרסי שיעורים (גוסטמן), קידושין, שיעור ט, אות ה.

303 קידושין ז ע"א. אמנם רש"י, שם, ד"ה הילך מנה, הסביר כי נותן הכסף הוא שלוחו של האדם השלישי (אלא שהכסף שלו), אך נראה שתוספת פרשנית זו לא באה כתנאי עקרוני לתחולת "דין עבד כנעני" אלא דווקא ליישומו בדיני הקידושין, ולפיהם יש צורך בקשר ישיר בין האיש המקדש ובין האישה המתקדשת (ראה בדק הבית, בית יוסף, חו"מ, סימן קצ, סעיף ד) או לכל הפחות בידיעה שהצדדים חפצים בקידושין אלו (ראה: חידושי הרשב"א, קידושין ז ע"א, ד"ה הילך מנה; רמ"א, חו"מ, סימן קצ, סעיף ד). אכן, אחרים ענו על דרישות אלה בדרכים אחרות. ראה: חידושי הרשב"א, קידושין ז ע"א, ד"ה הילך מנה, בשם העיטור, קידושין (מהדורת ר"מ יונה, חלק ב, עו ע"ב); חידושי הריטב"א, קידושין ז ע"א, ד"ה הילך מנה; רמב"ם, הלכות אישות, פרק ה, הלכה כב; שולחן ערוך, אבן העזר, סימן כט, סעיף ה.

304 כך מפורש בסוגיה לפי הנוסח שלפנינו. וכך פסק השולחן ערוך, חו"מ, סימן קצ, סעיף ד, בשם יש אומרים. וראה ביאור הגר"א, שם, ס"ק ו.

305 ראה ר"ן, קידושין ג ע"א (בדפי הרי"ף), ד"ה גרסינן בגמרא איתמר, שכך הסיק מן העובדה שהרמב"ם, הלכות מכירה, פרק א, הלכה ו, לא הזכיר דין זה במפורש. וראה: כסף משנה, שם; ב"ח, חו"מ, סימן קצ, סעיף ד; ביאור הגר"א, שם; חידושי רבי שמעון יהודה הכהן (שקאפ), קידושין, סימן ט. וראה קהילות יעקב (קנייבסקי), קידושין, סימן כז, אות ב, ד"ה ואפשר לומר, הכותב כי כך עולה גם מן הירושלמי, קידושין, פרק א, הלכה ג. וראה הרב א' וייס, קונטרס מנחת אשר – בגדרי הקנינים והלכותיהם, ירושלים תשס"ד, סימן ו, אות ג, המציע לומר שלפי הרמב"ם, יש הבחנה מהותית בין קניין כסף בדיני ממונות לקניין כסף בדין עבד כנעני, שהראשון עניינו העברת בעלות הבאה כתמורה לכספו של הקונה, והאחרון עניינו שינוי סטטוס הבא כתוצאה מאקט פורמלי של נתינת כסף. אשר על כן, אין להחיל את דין עבד כנעני אלא על קידושי אישה, שאף שם אין הכסף משמש כתמורה אלא כאקט פורמלי לשינוי סטטוס.
לעומת זאת, יש הסבורים כי אף שהרמב"ם לא כתב כך במפורש, הוא מסכים ש"דין עבד כנעני" חל גם בדיני ממונות. ראה: אבני מילואים, סימן לא, ס"ק כד, ד"ה קדשה בכסף; מעשה רוקח, הלכות מכירה, פרק א, הלכה ו. וראה גם פני יהושע, קידושין ז ע"א, ד"ה איתמר נמי. יש המסיקים שפסק הרמב"ם, הלכות מכירה, פרק ה, הלכה ז, הקובע שניתן לעשות קניין חליפין בנתינת כלי לבעל הנכס תמורת הקניית הנכס לאדם שלישי מבוסס אף הוא על "דין עבד כנעני". ראה: דרישה, חו"מ, סימן קצ, ס"ק ד; קצות החושן, סימן קצה, ס"ק ט.

306 כך עולה מדברי הרי"ף, קידושין ח ע"ב (בדפי הרי"ף) והרמב"ם, הלכות עבדים, פרק ה, הלכה ב. לדעת אור שמח, הלכות אישות, פרק ה, הלכה כב, ד"ה ראיתי, כך גם משתמע מן הירושלמי, קידושין, פרק ב, הלכה א. וכך נוקט גם קצות החושן, סימן קצ, ס"ק ב, בדעת שולחן ערוך והרמ"א, חו"מ, סימן קצ, סעיף ד.

על דין "זכין לאדם שלא בפניו"[307], שלדעות אחדות הוא עצמו חלק מדיני השליחות, ולכן ייתכן שדיני השליחות חלים גם בפעולה מ"דין עבד כנעני", ומשמעות הדבר היא לדוגמה שלא ניתן לעשות בו שימוש עבור נכרי[308]. מנגד, יש הסוברים[309] שדין זה אינו קשור בדיני השליחות, ולדעתם זהו דין העומד בפני עצמו, ולפיו יכול אדם לרכוש זכות עבור אדם שלישי. על פי גישתם, דיני השליחות אינם חלים על פעולה מ"דין עבד כנעני", ולמשל אין מניעה לעשות בו שימוש עבור נכרי[310].

חרף מחלוקת זו, מוסכם על הכל שבהיבט מרכזי אחד, שונה מי שפועל מ"דין עבד כנעני" ממי שפועל מדין שליח. השליח הוא נציגו של השולח, ופעולתו מחייבת ומזכה את שולחו, והוא "יוצא מן התמונה". לעומת זאת, הפועל עבור זולתו מ"דין עבד כנעני" פועל מכוחו שלו, ואינו יוצא אפוא מן התמונה אלא הוא בעל דברו של מי שכלפיו הוא עשה את הפעולה.

חשוב להדגיש כי "דין עבד כנעני" אינו מייתר את הצורך במוסד השליחות, וזאת משלוש סיבות לפחות. ראשית, "דין עבד כנעני" אינו מאפשר פעולות הקנייה אלא רק פעולות זכייה. כך למשל "דין עבר כנעני" מאפשר לקנות נכס עבור הזולת, אבל אינו מאפשר למכור את

[307] על דין "זכין לאדם שלא בפניו", ראה הנספח, עמ' 767.

[308] כך סבור בחידושי ר' חיים הלוי על הרמב"ם, הלכות מלווה ולווה, פרק ה, הלכה ג (וראה מה שהעיר עליו הרב א' וייס [הנזכר לעיל, הערה 305], עמ' נה, ד"ה ב'). וראה גם קונטרסי שיעורים (גוסטמן), קידושין, שיעור ט, אות ה, ד"ה ונראה בעיני, המתייחס למקרה הפוך, שבו נכרי מבצע פעולה משפטית עבור יהודי. וראה עוד דברי חיים, חו"מ, דיני מכירה, סימן א.
יש לציין שאין הסכמה בין מפרשי הרמב"ם (שעליו מבוססים דברי ר' חיים הלוי) באשר לעמדתו בשאלה אם דין 'זכין' יסודו בדיני השליחות. ראה בנספח, עמ' 777, הערה 48.

[309] ראה: חידושי הרמב"ן, קידושין כג ע"א, ד"ה רבי שמעון בן אלעזר; חידושי הרשב"א, שם, ד"ה ולענין פסק הלכה; חידושי הריטב"א, שם, ד"ה ואוקימנא; רא"ש, קידושין, פרק א, סימן כח; טור, יורה דעה, סימן רסז. ראה גם: שולחן ערוך, יורה דעה, סימן רסז, סעיף כו; ט"ז, שם, ס"ק יב; ש"ך, שם, ס"ק מג. למחלוקת זו וטעמי הצדדים החולקים בה, ראה: קצות החושן, סימן קצה, ס"ק ט; שו"ת אבני נזר, אבן העזר, סימן שמט, אותיות ט-יב; אמרי משה, סימן כד, אות ט; אבן האזל, הלכות מכירה, פרק א, הלכה ו; קהילות יעקב (קנייבסקי), קידושין, סימן כז, אות ב, ד"ה באופן אחר.

[310] כך כותבים במפורש: מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן טו, ד"ה עובד כוכבים; קצות החושן, סימן קכג, ס"ק ה (בדעת הט"ז, חו"מ, שם, סעיף יד); חידושי רבי עקיבא איגר, חו"מ, סימן קצ, סעיף ד; אור שמח, הלכות אישות, פרק ה, הלכה כב, ד"ה ראיתי. מדבריהם עולה שפשרו של דין עבד כנעני טמון במהות קניין כסף, שעיקר עניינו לדעתם הוא קבלת הכסף על ידי המוכר, ולא נתינת הכסף על ידי הקונה, ועל כן אין צורך שהנותן יפעל כשליח, אלא העיקר הוא שהמוכר מתכוון להקנות תמורת הכסף שקיבל. והשווה אמרי בינה (אוירבך), חו"מ, קונטרס בדיני קניינים, סימן ד. והשווה חזון איש, אבן העזר, סימן קמח, קידושין ז ע"ב, ד"ה שתי בנותיך. מדבריו משמע שחידושו של דין עבד כנעני הוא שבכוח הקניין שלו יכול אדם לזכות עבור זולתו. וראה הרב א' וייס (הנזכר לעיל, הערה 305), אות ב, המבקש לחדש שעיקר חידושו של דין עבד כנעני הוא בכך שאף שיסוד קניין כסף הוא התמורה שמקבל הקונה לכספו, הרי בניגוד למה שאפשר היה לצפות, אין דרישה שכסף התמורה יצא מידי הקונה דווקא: "דביסוד התמורה דכסף לא צריך שהמתחסר הוא יהיה זה שיקנה תמורה חסרונו, אלא חסרונו של זה מהני [=מועיל] לחבירו, ואף זה נכנס בגדר ה'תמורה'".
נפקות נוספת בין הגישות בהסברת הדין יכולה להיות לעניין השאלה: האם על פי "דין עבד כנעני", ניתן לשחרר עבד בעל כורחו? אם דין זה מבוסס על דין "זכין לאדם שלא בפניו", מסתבר שלא ניתן לשחרר עבד בניגוד לרצונו (אם כי ראה חידושי הרשב"א, קידושין כג ע"א, ד"ה ולענין פסק הלכה, הכותב שיציאת העבד לחירות הינה זכות מוחלטת עבורו, ואף אם יאמר הלה שאין הוא חפץ בשחרורו, אין לקבל זאת). לעומת זאת, אם דין זה אינו קשור בדיני השליחות, אפשר שניתן לשחרר מכוחו את העבד גם בעל כורחו.

נכסיו עבורו, ורק מוסד השליחות מאפשר זאת (כיוצא בזה, אפשר לקדש אישה לפלוני מ"דין עבד כנעני", אבל אי אפשר לגרש אותה מכוח דין זה). שנית, גם פעולת זיכוי אינה אפשרית מ"דין עבד כנעני" אלא באותן פעולות שבהן מעשה הקניין נעשה במתן מעות[311]. שלישית, העובדה שב"דין עבד כנעני", מי שעושה את הפעולה המשפטית נותר בעל הדבר ואינו יוצא מן התמונה, יש בה כדי להרתיע אותו מלפעול עבור זולתו, שכן יחשוש מתביעות אישיות כנגדו, מה שאין כן השליח, שאם פעל במסגרת הרשאתו, פעולתו מחייבת ומזכה את שולחו, ואילו הוא יוצא מן התמונה ומשתחרר מכל אחריות.

ד. פעולות פיזיות הנעשות עבור הזולת

(1) שמירה

השומר הוא מי שמחזיק כדין בנכס של חברו לטובת חברו ושומר עליו עבורו, אך פעולת שמירה זו אינה פעולה משפטית אלא פעולה מטריאלית גרידא, ועל כן דיני השליחות אינם חלים עליה[312]. אולם לעתים על השומר לעשות גם פעולות משפטיות במסגרת השמירה על הנכס. פעולות משפטיות מסוימות אינן יכולות להיעשות אלא כשהשומר פועל כשלוחו של בעל הנכס. כך למשל כדי לא לאבד את ערכו של הנכס שהופקד בידו, יש שהשומר חייב לעשות פעולה משפטית באופן דחוף בשם בעל הנכס (כגון למכור את הנכס). בכגון זה, נקבע בחוק השומרים, התשכ"ז־1967, סעיף 6: "שומר רשאי לעשות כל פעולה דחופה ובלתי צפויה מראש הדרושה באופן סביר למניעת נזק העלול להיגרם לנכס, כאילו נתן לו בעל הנכס הרשאה לעשות כן". שליחות זו יסודה במשפט העברי. וכך מסכם הרמב"ם[313] את ההלכה: "המפקיד פירות אצל חברו – הרי זה לא יגע בהם, ואף על פי שהם חוסרין ומתמעטין והולכין. במה דברים אמורים? כשחסרו חסרון הראוי להם בכל שנה. אבל אם חסרו יותר מכדי חסרונם – מכרם בבית דין, מפני שהוא כמשיב אבדה לבעלים".

אכן, לא לכל פעולה משפטית זקוק השומר להרשאה, ויש פעולות משפטיות רבות שהשומר יכול לעשותן בשמו הוא (כגון קניית אוכל לבעל חיים המופקד אצלו). במקרים אלו, יש לשאול אם השומר יכול לפעול כשלוחו של בעל הנכס? או שמא עליו לפעול בשם עצמו ולחזור ולגבות את הוצאותיו מבעל הנכס? נראה שלא ניתן לקבוע כללים ברורים בעניין זה ושהדבר תלוי באומדן דעתם של השומר ושל המפקיד בשעת ההפקדה. בדיוננו על סעיף 5(ב), נרחיב את הדיון בשאלה: האם שומר העושה פעולה דחופה להצלת הנכס המופקד בידו פועל בשם עצמו או כשלוחם של הבעלים?

(2) תיווך

המתווך הוא אדם המקשר בין מזמין שירות התיווך לבין אדם שלישי ומביא לכריתת עסקה

[311] כגון בקניין כסף, אבל בשאר הקניינים (שטר, חזקה, הגבהה, משיכה), אין מקום לדבר על קניין מ"דין עבד כנעני". ואפילו בקניין סודר, הדומה לכאורה לקניין כסף, חלוקות הדעות בין הפוסקים. ראה פתחי חושן, בדיני קניינים, מכירה ומתנה, פרק ג, סעיף טו.

[312] ראה דיוננו לעיל, ליד ציון הערה 23.

[313] רמב"ם, הלכות שאלה ופקדון, פרק ז, הלכה א. וראה שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצב, סעיפים טו־יז. וראה ב' כהנא, חוק לישראל, שומרים, ירושלים תשנ"ט, סעיף 6.

בין שניהם. פעולה זו כשלעצמה אינה אלא פעולה פיזית שחוק השליחות אינו חל עליה[314]. זאת ועוד, דעת רוב המלומדים היא שכך הדין אף אם המתווך מורשה מטעם המזמין לנהל משא ומתן עם הצד השלישי, כל זמן שאינו מיופה כוח מטעמו לגמור את העסקה בשמו[315].

מקורות המשפט העברי דנים בסרסור[316], שהוא שליח בשכר, שנוסף על תפקידו כמתווך למצוא צד שני לעסקה, יש לו גם הרשאה לייצג את מזמין השירות כלפי הצד השני לגמור את העסקה[317]. נמצא אפוא כי מתווך זה פועל כשלוחו של מזמין השירות לבצע פעולות מטריאליות ומשפטיות כאחת. פעולותיו המטריאליות של המתווך אינן נושא לשליחות, ודיני השליחות אינם חלים עליהן, ואילו בפעולותיו המשפטיות, פועל המתווך כשלוחו של המזמין, ומעמדו אינו שונה ממעמדו של שליח רגיל, כפי שכותב הרמב"ם: "הסרסור שליח הוא, אלא שהוא נוטל שכר שליחותו"[318]. כך למשל מתווך יהודי הפועל בשירות מזמין נכרי אינו יכול לעשות עבורו פעולות משפטיות (על פי הכלל: "מה אתם בני ברית, אף שלוחכם בני ברית"[319]), אך הוא יכול לעשות עבור המזמין פעולות מטריאליות הנחוצות לעבודתו, והדבר אף יגרור את התוצאות המשפטיות הנובעות מכך (דוגמת הזכות לשכר תיווך, אחריות כלפי המזמין וכדומה)[320].

[314] ראה לעיל, ליד ציון הערה 14.

[315] ראה: ברק, סעיף 217 וסעיף 238; י' אנגלרד, "על תיווך ועל שליחות", משפטים י (תש"ם), עמ' 359; ג' פרוקצ'יה, עמ' 84. וכך נוטים לסבור גם השופט י' כהן (ע"א 793/76 לוקמן נ' שיף, פ"ד לג(2) 533 (1979)), והשופטים א' מצא וג' בך (ע"א 3248/91 בן ארי (ויניגר) נ' בוארון יצחק בע"מ, פ"ד מט(1) 870 (1995)). הם דוחים בכך את דעתם של השופטת בן פורת (ע"א 294/76 אנגלו סכסון נ' פסרמן, פ"ד לא(1) 589, 597 (1976)) ושל השופט אֶלון (ע"א 166/77 דדון נ' אברהם, פ"ד לג(3) 365, 368-371 (1979)), ולפיה מאחר שניהול משא ומתן עלול לגרור אחריו תוצאות משפטיות, כגון אם הוא נעשה שלא בתום לב, די בכך כדי להגדיר תיווך כזה כפעולה משפטית. לדעתם, אחריותו השילוחית של מזמין עבודת התיווך, בגין משא ומתן של המתווך שלא בתום לב, מעוגנת בדין שמחוץ לחוק השליחות. וראה רע"א 2281/05 אריה חברה ישראלית לביטוח בע"מ נ' עו"ד משה קפלנסקי, פ"ד סב(3) 373, פסקה 20 (2007), ושם מציינת השופטת ע' ארבל ששאלה זו טרם הוכרעה.

[316] למונח "סרסור" שני מובנים במשפט העברי, מתווך וספסר (הקונה מזה ומוכר לזה). ראה ב"ח, חו"מ, סימן קפה, סעיף א. וראה גם ש' ורהפטיג, דיני מתווך במשפט העברי, ירושלים תשמ"ו, עמ' 12.

[317] ראה: רמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק ב, הלכה ו; שולחן ערוך, חו"מ, סימן קפה, סעיף א; סמ"ע, שם, ס"ק א; ש' ורהפטיג, דיני מתווך במשפט העברי, ירושלים תשמ"ו, עמ' 9; הרב י' גולדברג, הלכות מתווכים, ירושלים תשס"ז, מבוא, עמ' סא. וראה אטינגר, פרקי שליחות, עמ' 75-77.

[318] רמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק ב, הלכה ו. וראה גם שולחן ערוך, חו"מ, סימן קפה, סעיף א. עיסוקו של המתווך מעורר שאלות משפטיות מעניינות, כגון מאימתי זכאי המתווך לשכר התיווך? מהי מידת אחריותו כלפי מזמין השירות? ועוד. שאלות אלו אינן מעניינן במקום זה (על מקור זכותו של מתווך שיזם את התיווך לתשלום עבור פעולתו, ראה ביאור הגר"א, חו"מ, סימן קפה, ס"ק יג, מובא בפסקי דין ירושלים (בית הדין לדיני ממונות של הרבנות הראשית ירושלים) ג, עמ' רכא).

[319] ראה להלן, סעיף 4, פרק שני, ב(1), עמ' 187. אמנם פוסקים רבים סוברים כי הפועל נהנה מהרשאה רחבה מזו של השליח. כך לדוגמה פועל יהודי כשר לייצג את מעבידו הנכרי (ראה לעיל, ליד ציון הערה 257), אך הדבר אמור בפועל, ולא במתווך, אשר מעמדו דומה יותר לזה של הקבלן (להבחנה בין פועל לבין קבלן, ראה לעיל, הערה 248).

[320] פעולת תיווך מטריאלית שנידונה בהרחבה בספרות ההלכה היא השדכנות. אכן, פוסקים רבים התחבטו בשאלה אם ראוי ששדכן יהודי ישדך בין נכרי לבין נכרית, אך התחבטותם באה בתחום דיני איסור והיתר, בעוד שבדיני ממונות לא הוטל ספק בתוקף ההתקשרות בין השדכן ובין המזמין. פוסקים רבים התירו את מעורבותו של השדכן היהודי בשידוכם של נכרים, אם כי לא נמנעו מלהביע את מורת רוחם עליה. ראה:

ה. שונות

(1) מנהיג ציבור ועובד ציבור

דיני השליחות משפיעים גם על דיני המִנהל הציבורי, וזאת בשאלת מעמדם המשפטי של מנהיגי ציבור. אחד ממאפייני מעמדם של מנהיגי ציבור הוא היותם שלוחי ציבור[321] [322]. קביעה זו אינה ערטילאית. אין היא רק מטפורה לתיאור המנהיג הפוליטי, אלא ממנה גזרו הפוסקים מסקנות משפטיות חשובות. על פיה קבע לדוגמה הרשב"א[323] שבני העיר חייבים להשתתף בהוצאה שהחליטו עליה פרנסי הקהל, ואינם יכולים להתחמק ממנה, "לפי שהפרנסין ממונים הם, וכאפוטרופוסים או שלוחים להם".

אולם כוח הייצוג של מנהיגי ציבור גדול יותר משל שליח רגיל, שבעוד שבשליח רגיל אם נפגעו במשהו האינטרסים של השולח, הוא יכול להתנער מפעולת שלוחו בטענת "לתקן שלחתיך, ולא לעוות"[324], הרי טענה זו לא תישמע כלפי מנהיגי ציבור, והחלטתם מחייבת את שולחיהם בכל מקרה[325].

שו"ת חוות יאיר, סימן קפה; שו"ת יהודה יעלה (אסאד), יורה דעה, סימן רל, אות ב; שו"ת זרע אמת, חלק ג, יורה דעה, סימן קו. ויש מי שהתייחסו לדבר בחומרה רבה (אם כי אף הם לא אסרו זאת באופן חד־משמעי). ראה: שיירי כנסת הגדולה, יורה דעה, סימן קנד, הגהות הטור, אות ו, ד"ה לזווג זווגיה; שו"ת ריב"ם שנייטוך, יורה דעה, סימן מ. וראה: באר היטב, יורה דעה, סימן ב, ס"ק טו; דרכי תשובה (שפירא), סימן קנד, ס"ק ו. וראה גם שו"ת הרב"ז (שפרן), אבן העזר, תשובות מבן המחבר, סימן א. לסקירה היסטורית ומשפטית של מעמד השדכן במשפט העברי, ראה ש' שילה, "השדכן במשפט העברי", משפטים ד (תשל"ב־תשל"ג), עמ' 361. וראה הרב י' גולדברג, הלכות מתווכים, ירושלים תשס"ז, פרק כא.

321 ראה: שו"ת הרשב"א, חלק ה, סימן קסג; שו"ת הריטב"א, סימן קיד, ד"ה מעתה אין הלשון; שו"ת הריב"ש, סימן רכח, ד"ה ומכל מקום; שו"ת הרשב"ש, סימן תקעג; שו"ת מהר"ם שיק, חו"מ, סימן יט. וראה עוד: הרב ש' ישראלי, חוות בנימין, כרך א, סימן יב; הרב ש' גורן, תורת המדינה, ירושלים תשנ"ו, עמ' 55. הרב גורן סומך קביעה זו על מדרש המתאר את שנים־עשר המרגלים ששלח משה לתור את הארץ כשלוחי כל הציבור: "במספר הימים אשר תרתם את הארץ' (במדבר יד, לד) — אמר ר' ישמעאל: וכי ישראל תרו אותה, והרי שנים־עשר בלבד תרו אותה? אלא לפי שהיו שלוחיהן, ששלוחו של אדם כמותו בכל מקום" (ספרי זוטא, במדבר, פרשת שלח, יד, לד). וראה א' הכהן, "האיסור על ניגוד עניינים במשפט העברי", בתוך: ניגוד עניינים במרחב הציבורי — משפט, תרבות, אתיקה, פוליטיקה (בעריכת ד' ברק ארז, ד' נבות, מ' קרמניצר, ישראל תשס"ט), עמ' 113, בעמ' 150.

322 מוסד אחר שיש לו קשר כלשהו עם מוסד השליחות הוא מוסד הדיינות, אך לא נרחיב על כך את הדיבור כאן. נציין רק שביטויי שליחות שונים הובעו בתלמוד לגבי הדיין, אך לא ברור אם יש לתת להם משמעות משפטית דווקנית או משמעות מטפורית כללית. כמו כן, לא ברור אם יש לראות את הדיין כשליח הצדדים הנידונים לפניו, כשליח הציבור כולו או כשליח שמים. ראה בהרחבה ח' בן מנחם, "דיין כשליח", שנתון המשפט העברי ט־י (תשמ"ב־תשמ"ג), עמ' 51. וראה מה שהערנו על דבריו בדיוננו על סעיף 4, הערה 144.

323 ראה שו"ת הרשב"א, חלק ה, סימן קפג (וראה גם שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן תרמד, המובא בבית יוסף, חו"מ, סימן קסג, מחודש י), מובא בפסקי דין ירושלים ג, עמ' מח.

324 עניין זה כבר נזכר לעיל, הערה 282.

325 כך פסק שו"ת מים עמוקים, חלק ב (ראנ"ח), סימן סג: "ואע"ג דטובי הקהל יראה לכאורה דלא הוו אלא כשלוחי הקהל, ושליח שטעה שליחותו בטל, דאמר ליה: לתקוני שדרתיך ולא לעוותי... מכל מקום כבר כתב מהר"ם ז"ל בתשובה שכל מה שטובי הקהל עושים, אפילו שעוברין אינו חוזר... וממנו יש ללמוד בנדון דידן, דכל מה שעשו ראשי הקהל שעניני הקהל הונחו בידם, שהוא קיים, ואין הקהל יכולין לחזור בהם, ואפילו רואין שטובי הקהל טעו בדבר ההוא". וכך כתב גם בשו"ת הרשב"ש, סימן תקסו (הרשב"ש

הריבונות היהודית בעת החדשה העלתה מחדש את שאלת החוקיות ההלכתית של מינוי מי שאינם יהודים לתפקידים ציבוריים במערכת השלטון בישראל. הלכה היא שאסור למנות נכרי לתפקידי שררה על הציבור[326]. חרף זאת, קבעו הפוסקים שניתן למנות נכרים כנבחרי ציבור במדינת ישראל, הן ברשויות אזוריות ועירוניות הן ברשויות ארציות. פסיקה זו נשענה על ההבחנה בין מעמד השררה בעת העתיקה ובימי הביניים לבין מעמדם של נבחרי הציבור במשטר דמוקרטי. האחרונים אינם נהנים ממעמד של שררה על הציבור, שמאפייניו העיקריים הם קבלת משרה בלא הגבלת זמן, העוברת בירושה מדור לדור, ואשר אינה נתונה לביקורת ציבורית. נבחר הציבור במשטר דמוקרטי עומד לביקורת ציבורית מעת לעת, תפקידו מוגבל בזמן, ואפשר להדיחו מתפקידו, ואין צריך לומר שתפקידו אינו עובר בירושה. מהו אפוא טיב מעמדו ההלכתי של נבחר הציבור במשטר הדמוקרטי? על כך השיבו מספר פוסקים, כפי שראינו לעיל[327], שנבחר ציבור הוא שליח ציבור, בהתאם לתפיסה שהחברה המדינית היא צורה של שותפות רחבה, ונבחר הציבור אינו אלא אחד מן השותפים בניהול ענייני השותפות עבור שותפיו. כיוון שאת כוחו הוא יונק מבחירתם של השותפים, אין מעמדו מעמד של שררה, ועל כן אף הנכרי כשר להשתתף בניהול שותפות זו[328].

דיני השליחות משפיעים על עקרונות המנהל הציבורי גם בשאלת חובתו של נבחר ציבור שסטה מדרכו האידיאולוגית או מהשתייכותו המפלגתית להחזיר את המנדט לציבור בוחריו. בהנחה שנבחר הציבור שואב את כוחו מן המינוי שהעניק לו ציבור הבוחרים, חלים עליו כללי

מדגיש שאין הדברים אמורים בשליח ציבור שחרג מהרשאתו או מן המנהג). וראה עוד: שו"ת פני יהושע (מקראקא), חלק ב, חו"מ, סימן צו; שו"ת בית שלמה (דרימר), חו"מ, סימן מז. וכך אפשר להסיק גם ממגן אברהם, אורח חיים, סימן קנג, ס"ק יט (מקורות אלה מובאים בהסכמה על ידי הרב אשר וייס, בתשובה שפרסם בקונטרס השבועי, שיעור מורנו הרב שליט"א, פרשת בא, תשע"ג, עמ' יא־יב – "נציגי ציבור אם דינם כבעלים או כשלוחים"). והשווה שו"ת הרשב"ש, סימן תקעג (מובא בפסקי דין ירושלים ג, עמ' מח). הרשב"ש דן במנהיגי ציבור שהחליטו לפרוע חוב המוטל על הציבור, ופסק גם הוא שבני הקהילה אינם יכולים לטעון כנגד נציגיהם: "לתקן שלחתיך ולא לעוות". אבל יש לשים לב שנימוקו שונה מזה של 'מים עמוקים', והוא חל על כל שליח, ובלבד שיכול לטעון כלפי שולחו: "בהכי אמדתיך [=כך הערכתי את כוונתך]".

326 ראה רמב"ם, הלכות מלכים, פרק א, הלכה ד: "אין מעמידים מלך מקהל גרים, אפילו אחר כמה דורות, עד שתהיה אמו מישראל... ולא למלכות בלבד, אלא לכל שררות שבישראל, לא שר צבא ולא שר חמישים או שר עשרה. אפילו ממונה על אמת המים, שמחלק ממנה לשדות, ואין צריך לומר דיין או נשיא, שלא יהא אלא מישראל. שנאמר: 'מקרב אחיך תשים עליך מלך' – כל משימות שאתה משים, לא יהו אלא מקרב אחיך".

327 לעיל, הערה 321.

328 הרב ש' ישראלי, חוות בנימין, כרך א, סימן יב, עמ' צב־צג; וכן בספרו עמוד הימיני, סימן יב, פרק ה, אות ח. בדומה, ראה הרב י"א הלוי הרצוג, תחוקה לישראל על פי התורה, כרך א, ירושלים תשמ"ט, עמ' 22, הערה 1. נזכיר כי יש תוקף לשליחות בין שותף יהודי ושותף נכרי (ראה לעיל, ליד ציון הערה 232). וראה עוד: נ' רקובר, תקנת השבים – עבריין שריצה עונשו, ירושלים תשס"ז, עמ' 164־168; הרב י' זולדן, "מינוי נכרים לתפקידים ציבוריים", בספרו שבות יהודה וישראל, ירושלים תשס"ז, עמ' 191־211; א' הכהן, "למהות ה'שררה' במשפט העברי", קובץ הציונות הדתית, ירושלים תשס"ב, עמ' 488־500; א' חדד, מיעוטים במדינה יהודית – היבטים הלכתיים, מחקר מדינה 80, המכון הישראלי לדמוקרטיה, ירושלים תש"ע, עמ' 73־80.

הרב י' רוזן, "נשים בתפקידים ציבוריים", תחומין יט (תשנ"ט), עמ' 17, השתמש בקו חשיבה זה (הבחנה בין שליחות ציבורית לבין שררה) כדי להצדיק את חוקיות בחירתן של נשים לתפקידים ציבוריים.

שליח שמעל בשליחותו, והדבר מביא להפסקת שליחותו עם סטייתו מן הדרך שהותוותה לו מתחילה[329]. בדומה לזה, ראיית נבחר ציבור כשליח ציבור מביאה למסקנה שאינו מוסמך לאצול מסמכותו לאדם אחר, שהרי הוא נבחר אישית, וגבולות המנדט המוענק לו נקבעים על ידי בוחריו[330].

לראיית נבחר ציבור כשליח ציבור השפעה אפשרית גם על קביעת שיטת הבחירות הרצויה. מאחר שנבחרי ציבור הם שלוחי ציבור, עדיפה שיטת בחירות המשקפת באופן הנאמן ביותר את עמדת מרבית ציבור הבוחרים[331].

תחום אחר במִנהל הציבורי המושפע ממוסד השליחות הוא תפקיד ניהול הסעד והרווחה הקהילתיים, הנקרא בלשון חז"ל גבאי הצדקה. גבאי הצדקה, אשר תפקידו לגבות כספים מבעלי הממון ולחלקו בין מעוטי היכולת, מוגדר בתלמוד כ"יד עניים"[332]. אחד השימושים העיקריים שנעשה בהגדרה זו היה מתן אפשרות לגבאי הצדקה להמחות לעני זכויות של צד שלישי. המשפט העברי דורש שהמחאת הזכות תיעשה בנוכחות הממחה והנמחה והחייב (דין "מעמד שלושתן")[333]. כלל זה עלול היה למנוע את האפשרות להיעזר בגבאי הצדקה כדי להעניק לעני שלא בנוכחותו סיוע המגולם בזכויות כלפי אדם שלישי (למשל מתן תווי קנייה לגבאי הצדקה עבור העני). הגדרת גבאי הצדקה כ"יד עניים" הופכת אותו לנציגם, ובכך מתאפשרת המחאת זכויות לעני, אף על פי שאינו נוכח בעת ההמחאה[334].

דיני השליחות גם מגבילים את יכולתו של נותן הצדקה לשנות את החלטתו בדבר ייעוד הכסף. כל זמן שהכסף מצוי בידי נותן הצדקה, הוא רשאי לחזור בו ממתן הצדקה (כש"יישאל" בפני חכם על נדרו) או לחלופין לשנות את ייעוד הכסף ממטרת צדקה אחת למטרת צדקה אחרת. אך מעת שהגיע הכסף לידי הגבאי, שהוא כ"יד עניים", נחשב הדבר מן הבחינה המשפטית כאילו הגיע הכסף לידי העני, ומכאן ואילך אין נותן הצדקה יכול ל"הישאל" על נדר הצדקה[335], ואף לא לשנות את ייעוד הכסף[336].

329 ראה הרב ש' גורן, תורת המדינה, עמ' 63-65. הרב גורן מבחין בין חבר כנסת הנבחר בבחירות יחסיות ובין חבר כנסת הנבחר בבחירות אזוריות. הראשון נבחר כחבר מפלגה, ועל כן מעילה בשליחותו תיחשב כעריקה ממפלגה למפלגה, ואילו האחרון נבחר בזכות אישיותו והשקפת עולמו, ועל כן מעילה בשליחותו תיחשב כעריקה ממחנה אידיאולוגי זה למחנה אידיאולוגי אחר. לגבי סטיית מפלגה ממצעה המקורי, ראה גם עמדת הרצי"ה קוק, בתוך: ארץ הצבי – רבנו במערכה על שלמות ארצנו (בית-אל תשנ"ה, בעריכת הרב ז"ב מלמד), עמ' ע.

330 ראה שו"ת הריב"ש, סימן רכח, ד"ה ומכל מקום. וראה דיוננו על סעיף 16, ליד ציון הערה 20.

331 ראה דיונו של הרב ש' גורן, תורת המדינה, עמ' 57-63, בשאלת עדיפות שיטת הבחירות היחסית על שיטת הבחירות האזורית.

332 בבא קמא לו ע"ב. ובדומה נקבע בתלמוד הירושלמי, מעשר שני, פרק ה, הלכה ד: "יד פרנס כיד העני".

333 ראה שולחן ערוך, חו"מ, סימן קכו, סעיף א. וראה לעיל, ליד ציון הערה 104.

334 ואף שבעיקרון המחאת זכות אינה אפשרית על ידי שליח (ראה לעיל, ליד ציון הערה 105). ראה: רי"ף, בבא קמא יח ע"ב (בדפי הרי"ף); תוספות, בבא קמא לו ע"ב, ד"ה יד; שולחן ערוך, יורה דעה, סימן רנח, סעיף ח; גידולי תרומה, שער כח, חלק ד; ש"ך, חו"מ, סימן קכו, ס"ק פו; ביאור הגר"א, שם, ס"ק נה. על כך חולק בעל התרומות, שער כח, חלק ד, ומסביר בשם רבנו אפרים (הכוונה כנראה לרבנו אפרים מקלעת חמאד), כי אין הסוגיה בבבא קמא לו ע"ב עוסקת בהמחאת זכות לעני באמצעות הגבאי, אלא בהעברה ממשית של סכום כסף לידי העני.

335 ראה: שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן תרנו, ד"ה אבל בעיקר; שולחן ערוך, יורה דעה, סימן רנח, סעיף ו; שו"ת עמק יהושע (שפירא), חלק א, סימן יז. והשווה שו"ת נודע ביהודה, מהדורא תניינא, יורה דעה, סימן

(2) שליח ציבור

"שליח ציבור", העובר לפני התיבה, ובתפילתו מוציא את המתפללים ידי חובתם, הוא מוסד הלכתי מתחום אחר לחלוטין. עם זאת, העובדה ששליח ציבור מוציא אחרים ידי חובתם, כמו גם שמו, מעלה את האפשרות שהוא השליח שלהם, ונשאלת השאלה: האמנם לפנינו מוסד מקביל לדיני השליחות? או שמא זהו מוסד שונה שאין לו ולמוסד השליחות אלא שם משותף בלבד?

שאלה זו מקבלת משנה תוקף לאור דברי המשנה הדנה באדם הטועה בתפילתו. משנה זו מבחינה בין יחיד שטעה בתפילתו לבין שליח ציבור שטעה בתפילתו, וזאת על בסיס דיני השליחות: "המתפלל וטעה – סימן רע לו; ואם שליח ציבור הוא – סימן רע לשולחיו, מפני ששלוחו של אדם כמותו"[337] (זהו, אגב, המקום היחיד במשנה שנזכר בו הכלל "שלוחו של אדם כמותו").

אכן, גישה אחת בין הפוסקים האחרונים רואה בשליח ציבור שלוחם של המתפללים, ואת כוחו להוציא אחרים ידי חובתם בתפילתו, הם מסבירים על בסיס דיני השליחות[338]. על יסוד משפטי זה, מסבירים פרשנים רבים את טעמו של המנהג הקובע שאם ספר תורה נפל ארצה מידיו של שליח ציבור, חייב כל קהל המתפללים לצום, ולא רק שליח הציבור עצמו[339]. באשר שליח ציבור הוא שליח המתפללים, יש בפעולתו כדי לחייב את שולחיו, ועל כן עליהם לצום עקב נפילת ספר התורה מידיו[340] (בשונה מנפילת תפילין ארצה, שהמנהג בהם הוא שרק

קנד. לדעת 'נודע ביהודה', ראשונים רבים סוברים כי אף אחר שהגיעה הצדקה לידי הגבאי, רשאי נותן הצדקה להישאל עליה בפני חכם (הראשונים העיקריים, אך לא היחידים, שהוא מפנה אליהם הם: ר' אליעזר ממיץ, המובא בפירוש הרא"ש, נדרים נט ע"א; רמב"ם, הלכות מכירה, פרק כב, הלכות טו־יז. וראה גם השגת הראב"ד, שם).

336 רבנו חננאל, בבא קמא לו ע"ב. על פירוש זה של רבנו חננאל ועל פירוש הרי"ף (הנזכר לעיל, הערה 334), כתב הרא"ש: "ושני הפירושים סלקי אליבא דהלכתא" (רא"ש, בבא קמא, פרק ד, סימן ג).

337 משנה, ברכות ה, ה.

338 ראה: ברכי יוסף, אורח חיים, סימן תלד, ס"ק ה, ד"ה ואפשר להביא ראיה; שו"ת אורח משפט, אורח חיים, סימן טו, ד"ה יש לבאר. וכך עולה לכאורה כבר מדברי ראשונים: רבנו יונה על הרי"ף, ברכות כד ע"ב (בדפי הרי"ף), ד"ה מתני' המתפלל וטעה ("ששלוחו של אדם כמותו, וילפינן ליה מדכתיב 'ושחטו אותו כל קהל עדת ישראל', דבודאי לא היו שוחטין כל ישראל, אלא ששלוחו של אדם כמותו"); שיטה מקובצת, ברכות לד ע"ב, ד"ה מתנ' המתפלל וטעה. וראה מנחת אשר (וייס), במדבר, סימן יג, אות ד.
הוכחה נוספת לקביעה זו (מעבר למונח 'שליח ציבור' ולמשנה שבמסכת ברכות) מביא הראי"ה קוק (שו"ת אורח משפט, שם) מסוגיית התלמוד המספרת על רבן גמליאל, שפטר מכוחה של תפילת שליח הציבור את העם שבשדות, שאינם יכולים להגיע בעצמם לבית הכנסת להתפלל (ראש השנה לה ע"א). יש מן הראשונים שהסבירו כי פטור זה חל אף על אלו המצויים בשדות, ואשר לא שמעו באוזניהם את תפילת שליח הציבור (תוספות, ראש השנה לד ע"ב, ד"ה כך). פטור זה יובהר, לטענת הראי"ה קוק, רק על בסיס ראיית שליח הציבור כשלוחם של הציבור, אך לא על בסיס הכלל "שומע כעונה", שהוצע כחלופה להבהרת היסוד המשפטי של שליח הציבור (ראה להלן, ליד ציון הערה 344). למקורות נוספים המסבירים את מעמדו של שליח הציבור על בסיס דין שליחות, ראה להלן, הערה 340.

339 תוקפו והיקפו של מנהג זה אינם ברורים ומוסכמים. ראה שו"ת ציץ אליעזר ושו"ת יביע אומר, המובאים להלן, הערה 340.

340 ראה: שו"ת פרי השדה, חלק ב, סימן עב (בדברי השואל); שו"ת כרם שלמה (קוטלר), חלק א, סימן לה; נפש חיה (מרגליות), אורח חיים, סימן מד, ד"ה ההבדל שביניהם; שו"ת מאזנים למשפט (סורוצקין), סימן ה, ד"ה והנה מה; שו"ת ערוגת הבושם (גרינוולד), אורח חיים, חלק א, סימן כ, ד"ה על דבר; שו"ת ציץ

בעליהם צם, אך לא כל קהל המתפללים). נראה שעל גישה זו מבוסס גם פסקו של מהרי"ק[341], שהובא להלכה ב'שולחן ערוך'[342], ולפיו "אפילו יחיד יכול לעכב ולומר 'איני רוצה שפלוני יהיה חזן'"[343].

גישה אחרת בין הפוסקים האחרונים היא, שהמתפללים יוצאים ידי חובתם בתפילתו של שליח הציבור מכוח הכלל "שומע כעונה"[344] או מכוח "דין ציבור"[345] (היינו שיש בכוח תפילת הציבור להוציא את כל הציבור ידי חובתו, כולל אלה שאינם שומעים את שליח הציבור), ולא מכוח דיני השליחות. לדידם, יש להבין את המונח "שליח ציבור" כמליצה, ולא באופן דווקני־משפטי[346].

אליעזר, חלק ה, סימן א, פרק ד, אות ה; שו"ת יביע אומר, חלק ב, אורח חיים, סימן כח, אות ב. הסבר זה סייע לפוסקים להתוות את גבולותיו של מנהג זה: 'כרם שלמה' מבחין בין אלו המתפללים עם שליח הציבור, אשר הוא שלוחם, ועל כן הם חייבים בצום, ובין מי ששהה בבית הכנסת אך לא השתתף בתפילה, שאינו חייב בצום; ואילו 'יביע אומר' מבחין בין שליח ציבור שהפיל ספר תורה, שהוא אכן שליח הקהל, ובין "מגביה" שהפיל ספר תורה, שאינו שליח הקהל.

את ראיית שליח הציבור כשליח של הציבור יש לסייג בשניים: א. לדעת 'כרם שלמה', נשיאת הציבור באחריות לספר התורה שנפל מידי שליח ציבור נובעת מפעולתו עבורו ובהזמנתו, ולאו דווקא מכך שהוא פועל בשמם; ב. לדעת 'ציץ אליעזר', תכונתו של שליח הציבור כשלוחם של הציבור מהווה הצדקה רעיונית להטלת צום על הציבור כולו, אך לא הצדקה הלכתית־משפטית.

[341] שו"ת מהרי"ק, שורש ל.

[342] שולחן ערוך, אורח חיים, סימן נג, סעיף יט.

[343] לשון שולחן ערוך, שם. וראה מגן אברהם, שם, ס"ק כ, שעל סמך עיקרון זה עצמו, מסייג את פסק המהרי"ק ואומר: "ונראה לי דדוקא בזמניהם, שהיה הש"ץ מוציא הרבים ידי חובה בתפלתו, אז היה יחיד יכול לעכב, דאין נעשה שלוחו בעל כרחו, מה שאין כן עתה, שכלם בקיאין, רק הש"ץ הוא לפיוטים". וראה גם: חכמת שלמה, שם; ביאור הגר"א, שם, ס"ק לד. רמ"א בשם מהר"י וייל (חידושי דינים והלכות, סימן ס), חולק על פסק שולחן ערוך, וסובר שאין היחיד יכול למנוע משום אדם מלהיות שליח ציבור רק בשל הטענה שהוא אינו חפץ בו. עם זאת, ייתכן שאף לדעת הרמ"א, שליח הציבור נחשב לשליח, אלא שעל אף היותו שליח, אין לטענת היחיד משקל נגד החלטת הרוב. ראה: מחצית השקל, אורח חיים, סימן נג, ס"ק כ; פרי מגדים, אשל אברהם, שם, ס"ק כד; שו"ת משפטי עוזיאל, חלק ג, ירושלים תשנ"ט, מילואים, סימן א. וראה עוד, שו"ת מהרש"ל, סימן כ, ד"ה ואם באים.

לתפיסה ששליח הציבור הוא שלוחם של המתפללים יכולה להיות נפקות נוספת. לעתים עלול שליח הציבור לטעות ולברך ברכה שיש בה כדי לצאת ידי חובה בדיעבד, אך לכתחילה אין ראוי לברך אותה. לדעת הראי"ה קוק (שו"ת אורח משפט, אורח חיים, סימן טו, ד"ה יש לבאר), אם שליח הציבור נחשב שליח, יכול הציבור לטעון כלפיו: "לתקן שלחתיך ולא לעוות", ולברך את הברכה כראוי שנית, אך הדבר אינו אפשרי אם תפקידו של שליח הציבור מבוסס על הכלל "שומע כעונה", שכן במקרה זה כבר יצא הציבור ידי חובתו בשמיעת ברכתו של שליח הציבור.

[344] ראה: שו"ת חתם סופר, אורח חיים, סימן רא, ד"ה והשריש; שו"ת שרידי אש, ירושלים תשנ"ט, חלק א, סימן קסט.

[345] שו"ת שרידי אש, ירושלים תשנ"ט, חלק א, סימן נה. וכך נקט גם הרב י"ד סולובייצ'יק מבוסטון, ראה צ' שכטר, נפש הרב, ירושלים תשנ"ט, עמ' קכה.

וראה עוד בסוגיה זו מלא הרועים (יולס), חלק א, אות שי"ן, ערך ש"ץ אי מוציא רבים י"ח.

[346] את הדין שאם נפל ספר תורה מידי שליח הציבור, על הציבור כולו להתענות, יסבירו בעלי גישה זו בדרכים אחרות.

והשווה שו"ת אורח משפט, אורח חיים, סימן טו, ד"ה ונלע"ד. לדעת הראי"ה קוק, יש מקום לשתי הגישות גם יחד, אלא שיש להבחין בין תפילה שעניינה עבודת ה' המוטלת על כל אחד באופן אישי כתכלית בפני עצמה של דבקות בה', ועל כן אינה נושא לשליחות, ובה נאמר "שומע כעונה", ובין תפילה שתכליתה

פרק חמישי

סיכום

את עיקר דיוננו בסעיף 1 הקדשנו לשאלה: אלו פעולות עשויות להיות נושא לשליחות? בעניין זה הבחנו בין ארבעה סוגי פעולות:

(1) פעולות מטריאליות שאינן משנות את מערך זכויותיו וחובותיו של אדם ואינן גוררות אחריהן תוצאה משפטית כלשהי, כגון הבאת מכתב, עשויות כמובן להיעשות על ידי שליח, אך לא לשמן נתחדש מוסד השליחות, ולפיו "שלוחו של אדם כמותו". דיני השליחות הנוגעים לכשרות השליח אינם חלים על פעולות אלו[347], ועל כן הן מכונות "מעשה קוף", שכן אפילו קוף יכול לעשותן.

(2) יש פעולות המשנות את מערך זכויותיו של אדם, אבל הדין אינו דורש שתיעשינה על ידו דווקא, ודי שייזום אותן, אף אם הביצוע נמסר לאחר (כגון פירעון חוב על ידי שליח). מקורה של שליחות לפעולה מעין זו בדין האוניברסלי ("הליכות עולם" בלשון 'חתם סופר'), ואינה כפופה אפוא לכללי הכשרות שבדין תורה, וגם הקטן, לדוגמה, עשוי לשמש בה כשליח.

(3) יש פעולות שאף שהדין דורש עקרונית שתיעשינה על ידי בעל הדבר, דין השליחות, שמקורו במדרש ההלכה (היינו שהוסק מן המקרא), מאפשר לו לעשותן באמצעות שליח. כך הוא באותן פעולות משפטיות המשמשות אמצעי להשגת מטרה משפטית (כגון מעשה קניין לרכישת נכס או מתן גט לגירושי אישה). על פעולות אלה חלים דיני השליחות על כללי הכשרות שלהם, שנרחיב בהם בסעיף 4.

(4) לבסוף, יש פעולות שעל פי מהותן אינן נושא לשליחות ואפשר לעשותן רק באופן אישי. כך הן הפעולות המשפטיות או ההלכתיות שאינן אמצעי להשגת מטרה אלא הן מטרה לעצמן (רוב מצוות הדת, כגון הנחת תפילין, ישיבה בסוכה וכיוצא באלה).

עוד ראינו שיש פעולות שאף שעקרונית עשויות היו להיות נושא לשליחות, הדין מחריג אותן וקובע שאין לעשותן אלא באופן אישי. כך לדוגמה החליצה, שלפי חלק מן הפוסקים גזרת הכתוב שוללת את עשייתה באמצעות שליח, וכך היא המחאת זכות, שחכמים קבעו שאין לעשותה על ידי שליח. הדין גם שולל שימוש בשליח כאשר השליחות פוגעת בצד שלישי ("תופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים"). הרחבנו את הדיבור על מקורו, טעמו והיקפו של דין זה.

כלל נוסף המסייג את דין השליחות הוא הכלל המפורסם "אין שליח לדבר עברה", שנומק בתלמוד בסברה: "דברי הרב ודברי התלמיד – דברי מי שומעין?!". ראינו שנחלקו הדעות בהבנת יסודו של הכלל. יש הנוקטים, כפשוטו של הכלל, שעברות באשר הן פעולות אסורות, לא נכללו בדין השליחות, אבל אחרים סבורים שעברות הן נושא לשליחות, אלא שיש פגם

מניעת צרה המתרגשת על הציבור, שמאחר שאינה תכלית לעצמה אלא אמצעי להסרת הצרה, אפשר לצאת בה ידי חובה על ידי שליח ציבור מכוח דין "שלוחו של אדם כמותו". הבחנה זו חוזרת על מה שכבר ראינו לעיל, ליד ציון הערה 47.

[347] אין זה אומר כמובן ששליחויות מעין אלה אינן עשויות לעורר שאלות משפטיות. כך לדוגמה: עשויה להתעורר שאלת אחריות השליח בגין אי־ביצוע השליחות, כפי שנעיר בדיוננו על סעיף 9, הערה 16; או שאלת חובת השולח לשפות את השליח בגין הוצאותיו או נזקיו, וכפי שנעיר בדיוננו על סעיף 11, הערה 6.

במינוי השליח, משום שהשולח לא התכוון ברצינות למנות אותו מפני שלא האמין שהלה ייענה לבקשתו. חילוקי דעות יסודיים אלה גוררים אחריהם שורה של הבדלים באשר להיקף הכלל: האם הוא חל גם כאשר השליח שוגג או עבריין מועד או כיוצא באלה נסיבות, בהן השולח יכול היה להניח שהשליח יעשה את השליחות.

ויכוח נוסף בין הפוסקים נוגע למשמעות הכלל "אין שליח לדבר עברה". יש הסבורים שהכלל אינו אמור אלא בתחום הפלילי, ולפיו אין להעניש את השולח על מעשה שלא עשה במו ידיו, אבל יש לשליחות תוקף ככל שיש למעשה האסור תוצאה משפטית (ועל כן, לדוגמה, יש תוקף לקידושי גרושה לכוהן על ידי שליח). אחרים, נאמנים לגישתם שעקרונית עברה אינה נושא לשליחות, סבורים שזהו כלל גורף (ועל כן קידושי גרושה לכוהן על ידי שליח אינם תקפים). ויש מי שמסכים לדעה אחרונה זו, ומוסיף שמשמעות הכלל "אין שליח לדבר עברה" היא, שלא זו בלבד שהשולח אינו נושא באחריות ישירה לעברה, אף על פי שהוא גרם בציוויו לתוצאה האסורה (גנבה, רצח וכדומה), הוא אפילו אינו נושא באחריות שילוחית.

עם זאת, התלמוד מציין חריגים לכלל, שבהם יש שליח לדבר עברה. יסודם של חריגים אלה במדרשי הלכה, אלא ששוב נחלקו הדעות בדבר היקף החריגים ומשמעותם. כך לדוגמה, המרחיבים סבורים שאם הפעולה אסורה לשולח ואינה אסורה לשליח – יש שליח לדבר עברה. ואילו המצמצמים סבורים שיש שליח לדבר עברה רק כשהשליח נעדר לחלוטין כוח בחירה. רוב הפוסקים סבורים שחריגים אלה כפופים לדיני השליחות הרגילים, כולל כללי הכשרות שלהם, ואילו אחרים בדעה שאינם כפופים להם, שכן עניינה של שליחות זו אינה אלא הטלת אחריות שילוחית על השולח בשל העובדה שגרם לתוצאה האסורה (וממילא מובן שכשרות השליח אינה רלוונטית).

עוד ראינו שפעולת השליחות אינה חייבת להיות מכוונת כלפי צד שלישי. כך לדוגמה, הפקרת נכס עשויה להיות נושא לשליחות.

בפרק האחרון של דיוננו עמדנו על השווה והשונה שבין מוסד השליחות ובין מוסדות משפטיים אחרים שבהם אדם עשוי לפעול עבור זולתו, כגון: אפוטרופסות, שותפות, עבודה, נישואין, שמירה, תיווך ועוד.

פרק שישי

הצעת נוסח לפי המשפט העברי

על פי המשפט העברי, מוצע אפוא לנסח את הסעיף כך:

השליחות ונושאה 1. (א) שליחות היא כוחו של שלוח לעשות בשמו או במקומו של שולח פעולה משפטית.

(ב) כל פעולה משפטית יכולה לשמש נושא לשליחות, חוץ מפעולה שלפי מהותה או על פי דין יש לבצעה אישית.

נספח ראשון

שליחות במצוות ובעברות (להבנת 'תוספות רי"ד')

(לפרק שלישי, הערות 46, 84, 125)

הצגנו לעיל[348] את דברי 'תוספות רי"ד' בשאלה, אלו מצוות הן נושא לשליחות ואלו אינן נושא לשליחות. התמקדנו בתפיסה, ולפיה ההבחנה הבסיסית בעניין זה היא בין פעולה שהיא מטרה לעצמה, שאינה נושא לשליחות, לבין פעולה שהיא אמצעי להשגת מטרה משפטית־הלכתית, שרק היא נושא לשליחות. אולם תפיסה זו קשה להלמה בדברי 'תוספות רי"ד' עצמו. ואכן, דבריו הסתומים נתפרשו על ידי אחרונים רבים בדרכים אחרות. ואלו הן:

א. גישה א: הכלל – יש שליחות במצוות למעט מצוות ש"בגופו"

'תוספות רי"ד' פותח את תשובתו במילים אלו: "שהמצוה שחייבו המקום לעשות בגופו היאך יפטר הוא על ידי שלוחו והוא לא יעשה כלום!?". מדבריו אלו עולה לכאורה הבחנה בין מצוות "שבגופו", שאינן נושא לשליחות, לבין יתר המצוות, שהן נושא לשליחות. אם נכונה קביעה זו, הרי שככלל יש שליחות במצוות להוציא המצוות ש"בגופו" של השולח[349]. ומהן מצוות ש"בגופו"? אחרונים אחדים[350] מבינים שכוונת 'תוספות רי"ד' למצוות שעניינן להיעשות על גופו של האדם ממש, להבדיל ממצוות הנעשות על ידי גופו. במצוות הנעשות על גופו, כגון תפילין, סוכה, אכילת מצה ודומיהן, אין השליחות חלה, שהרי גופו של השליח אינו כגוף שולחו. לעומת זאת, מצוות הנעשות על ידי גופו, כגון קידושי אישה, הפרשת תרומה או מילת הבן, ניתן לעשותן על ידי שליח[351].

ביסוד הצעה זו עומדת תפיסה השוללת את הזהות בין השולח לשלוחו. "שלוחו של אדם

[348] לעיל, ליד ציון הערה 45.

[349] וראה תוספות, גיטין עה ע"א, ד"ה לאפוקי: "רוב מצות ע"י שליח".

[350] וכך פירשו את דבריו: שו"ת בית אפרים, חו"מ, סימן סז, ד"ה ובזה; שו"ת חתם סופר, או"ח, סימן נה, ד"ה ומאי; ושם, סימן רא ("דוקא מצות שנעשים בגופו הוה שלוחו כמותו אבל לא מצות שעל גופו. על דרך משל, רצה הקב"ה שיהיו הקדשים נשחטים ושוב מצוה שיעשה ע"י הבעלים, ואם נשחטה הבהמה ע"י שליח בעלים הוה כמותו; שיהיו נימולים, ומצוה על האב שימול ושלוחו כמותו; שנקשור תפילין בזרועינו, הנה הקשירה נוכל לעשות ע"י שליח שיקשור לי תפילין על זרועי כאילו אני קשרתי'. אבל להניח על זרועו או למול ערלתו ויהי' כאילו מונחים על זרוע המשלח או ערלת המשלח נכרת, זה אינו. ע"כ נאמר מצות שע"י גופו שלוחו כמותו אבל לא מצות שעל גופו"). וראה ברכת שמואל (ליבוביץ), קידושין, סימן כ, שהביא דברים דומים בשם רבו הר"ח מבריסק אבל לא ייחס אותם לרי"ד.

[351] ונראה שהוא הדין בשליחות לעבירות. העבירות שהן נושא לשליחות (שהתלמוד נדרש להחריג אותן ולקבוע לגביהן את הכלל "אין שליח לדבר עבירה") הן אותן עברות שאיסורן הוא על ידי גופו של האדם ולא אלה שעל גופו. ראה שו"ת חתם סופר, אורח חיים, סימן רא, שמסביר בהתאם לכך שחילול שבת אינו נושא לשליחות, משום שהתורה הקפידה על שביתת גופו של אדם ולא על עצם קיום המלאכה. וזו הסיבה לדעתו שחכמים גזרו על אמירה לנכרי ולא הסתפקו בכלל האומר שיש שליחות לנכרי לחומרה. וראה מערכות חיים, מערכת שליחות במצוה, סימן א, אות ח (בסופו), שהקשה עליו: "דמאי שנא זה מאכול חלב, דאי לאו 'זה נהנה וזה מתחייב לא אמרינן', היה חייב אף דגם כן רצון ה' שלא יאכל האדם איסורים, והמשלח חייב על אכילת השליח".

כמותו", אך לא כמותו ממש[352], והשליח אינו יכול לשמש תחליף לשולח כשמצווה צריכה להיעשות על גופו.

מבחן זה אינו מספק מפתח שבאמצעותו ניתן לקבוע חד־משמעית אלו מצוות הן נושא לשליחות ואלו אינן נושא לשליחות, שכן לא תמיד קל לקבוע אם מצווה מסוימת היא מצווה הנעשית על גופו של האדם או שהיא מצווה הנעשית על ידי גופו. כך לדוגמה, האם נטילת לולב היא מצווה שעל גופו של האדם או שעל ידי גופו?[353]. ודומה שמבחן זה יותר משהוא מלמד על מהות השליחות, הוא מלמד על מהות המצוות. קרי: מצוות שאפשר לעשותן על ידי שליח, הן מצוות שעל ידי גופו, ואילו מצוות שאי אפשר לעשותן על ידי שליח, הן מצוות שעל גופו של אדם.

ב. גישה ב: הכלל – אין שליחות במצוות למעט מצוות שהשולח מעורב בהן מעבר למינוי

מסיום דבריו של 'תוספות רי"ד', "וכן לולב וציצית וכל המצות", יש שביקשו להסיק שעמדתו היא שהכלל הוא שאין שליחות במצוות, והמצוות שנידונו בסוגיית קידושין (גטין, קידושין, תרומה ושחיטת פסח) הן החריג[354].

והשאלה היא אפוא, מה המכנה המשותף למצוות האלה? מבאר 'תוספות רי"ד': "בודאי בגירושין ובקדושין מהני, כי הוא המגרש ולא השליח! שמה כתב בגט 'אנא פלוני פטרית פלונית'! וכן נמי האשה, למי היא מקודשת? כי אם לו, והיא אשתו! וכן בתרומה, הוא נותן התרומה מפירותיו! וכן בפסח, הוא אוכלו ועל שמו ישחט ויזרק הדם! אבל בסוכה, הכי נמי יכול לומר לשליחו 'עשה לי סוכה', והוא ישב בה. אבל אם ישב בה חבירו, לא קיים הוא כלום. וכן לולב וציצית וכל המצות". לשון אחר, במצוות אלה יש קשר בין השולח לבין המצווה מעבר למינוי, ומשום כך הן נושא לשליחות. ומה טיב הקשר הזה? האחרונים הדגישו פנים שונות בעניין זה:

(א) די במעורבות כלשהי במצווה. ככלל, רצון התורה הוא שכל אדם יקיים את המצוות בעצמו[355], ועל כן כעיקרון המצוות אינן נושא לשליחות, אלא אם כן השולח מעורב במצווה מעבר למינוי, ולו מעורבות חלקית.

[352] על תאוריית השליחות, ראה בהרחבה דיוננו בסעיף 2, פרק שלישי, עמ' 101.

[353] לדעת מהר"ם חביב (כפות תמרים, סוכה מא ע"ב, ד"ה גמרא מנא ה"מ), סברה פשוטה היא שזו מצווה שעל גופו, ואינה נושא לשליחות, ועל כן תמה מדוע נזקק התלמוד (שם) למדרש הלכה כדי לשלול את קיומה על ידי שליח ("ולקחתם – שתהא לקיחה לכל אחד ואחד"). דבריו מובאים בתשובותיו של חתם סופר בכמה מקומות (שו"ת חתם סופר, או"ח, סימן טו, ד"ה תו הקשה ק' ג'; סימן פד, ד"ה וממקומו; סימן קפב, ד"ה והא; סימן רא, ד"ה והשריש). אלא שלדידו, אין להגדיר מצווה כמצווה שעל גופו אלא מכוח גזרת הכתוב, וזו הסיבה שחז"ל נזקקו למדרש הלכה למעט שליחות לנטילת לולב, וכך הוא לדעתו בכל המצוות שהוחרגו מדין שליחות (שם, סימן קפב, ד"ה מיהו האי). להבנה זו בדברי חתם סופר, ראה משפטי השליחות, שער שני, סימן ל, ענף ב, אות ג, ד"ה וכבר. והשווה מנחת אשר (וייס), בראשית, סימן טו, אות ג, ד"ה ובחת"ס. עוד על נטילת לולב על ידי שליח, ראה דיוננו להלן, סעיף 2, הערה 89.

[354] כך מעיר הרב אשר וייס, מנחת אשר (וייס), בראשית, סימן טו, אות ח, ד"ה ולענ"ד.

[355] ראה אור שמח, הלכות שלוחין ושותפין, פרק א, הלכה א: "דבמצות, כוונת תורה שיאכלו כל ישראל פסח או מצה ומרור וכיו"ב, א"כ אם יאכל אחד עבור חבירו הלא ימלא אחד כריסו עבור כל העולם, ויתבטל מכוון התורה שכל ישראל יאכלו בעצמם. וכן סוכה, שהמכוון שכל ישראל ישבו בסוכות ולא אחד עבור כולם. רק באופן שהענין הוא של חבירו, שפסחו נשחט לשמו, והוא אוכל, וכן קדושין

(ב) ייחוס התוצאה לשולח ניכר מאליו. הסיבה שבכלל אין שליחות במצוות היא, שהייחוס הטבעי של המצווה הוא למי שעשה אותה, היינו לשליח, אלא אם כן מדובר במצווה שיש לה תוצאה הנוגעת בעליל לשולח, כגון בקידושין, שהאישה הופכת לאשתו[356]. נראה שגישה זו מבוססת על התפיסה שנרחיב בה בדיוננו על סעיף 2, שעניינה של השליחות אינו בייחוס הפעולה אלא בייחוס התוצאה[357].

(ג) השולח קשור לפעולה כשהעניק כוח לשליח. המאפיין את המצוות שאפשר לעשותן על ידי שליח הוא שאין משמעות לפעולת השליח, אם לא קיבל כוח מן השולח לעשותה. כך בגירושין לדוגמה, השליח אינו יכול לגרש את האישה אלא אם כן קיבל מן השולח כוח לגרשה, שאם לא כן, פעולתו חסרת משמעות[358].

לשמו, נתקדשה פלונית, וכל ישראל יהיו להן ג"כ נשים". וראה גם: חלקת יואב, חו"מ, סימן ד, ד"ה ע"כ הנלפענ"ד; פסקי עוזיאל בשאלות הזמן, סימן נח (=שו"ת משפטי עוזיאל, חלק ב, אבן העזר, תל אביב תרצ"ח, סימן פח).

וראה עוד קצות החושן, סימן שפב, ס"ק ב. על פי תפיסה זו, הוא מצדיק את הפוסקים הנוקטים שמצוות האב למול את בנו אינה נושא לשליחות, שכן אינו שותף מעבר למינוי (הרי בנו הוא ישות נפרדת ממנו ובוודאי אינו רכושו). כך הסבירו את דברי קצות החושן: מנחת אשר (וייס), בראשית, סימן טו, אות ח; משפטי השליחות, שער שני, סימן ל, ענף ד, אות ג, ד"ה ונראה. השווה לעיל, הערה 48. על שליחות במילה, ראה לעיל, הערה 57. והשווה להלן, הערה 360.

356 ראה: שו"ת בית הלוי, חלק א, סימן י; שו"ת דבר אברהם, חלק ב, סימן א, אות ד (לדעתם, זו הסיבה שאין שליחות למילת בנו, שכן המצווה למול מוטלת על כל איש ישראל במקביל לחובת האב). על רעיון דומה, ראה אור שמח, הלכות שלוחין ושותפין, פרק א, הלכה א (נדגיש ש'אור שמח' אינו מייחס רעיון זה לתוספות רי"ד שאליו ייחס כוונה אחרת. ראה לעיל, הערה 355). וראה משפטי השליחות, שער שני, סימן ל, ענף ד, אות ז.

357 ראה: שו"ת בית שערים, יו"ד, סימן שכה ("דוקא במעשה שנמשך ממנה פעולה אחר עשייתה, כגון בגירושין שנמשך מן המעשה תכלית שהיא מגורשת מבעלה, או בקדושין שהיא קנויה לבעלה והיא אשת איש, וכן בתרומה הפירות מתוקנים, ובפסח שאפשר לזרוק הדם ולאוכלו והפעולה הנצמח מן המעשה הוא למשלח, בזה שייך שליחות, אבל בסוכה ותפילין אחר שיוצא מסוכה וחולץ תפילין לא נמשך שום פעולה אח"כ ממנה למשלח, ובשעת מעשה אין המשלח עושה כלום, ל"ש ביה שליחות, ומהאי טעמא כתב קצו"ח שם דגם במילה לא שייך שליחות דאחר מעשה המילה לא נשאר שום דבר לאב"); שו"ת משנה הלכות, חלק ג, סימן קמה; שם, חלק ה, סימן רעט, ד"ה ולאחר (שרצה לייחס את הדברים לרא"ש בנדרים, המובא לעיל, הערה 48: "ועל דרך זה כתב הרא"ש נדרים ע"ב דלא שייך שליחות על דבר שממילא, והכוונה בזה דליכא שום מעשה ופועל יוצא מהשליחות שיהיה מקום לחול ע"ש. אבל בדבר שיש בו מעשה שייך בו שליחות, כיון שנשאר רושם מהמעשה אחר שקיים השליחות").

הבחנה זו קרובה להבחנה שהצענו לעיל בגוף הדיון (ליד ציון הערה 47) בין פעולה שהיא אמצעי להשגת תוצאה לבין פעולה שהיא מטרה לעצמה, אבל היא שונה ממנה בכך שהיא דורשת קשר מהותי בין השולח לתוצאה, כלשון בית שערים שצוטט לעיל: "והפעולה הנצמח מן המעשה הוא למשלח".

358 ראה: שו"ת מנחת שלמה (לוין), סימן לד, ד"ה ולענ"ד; שו"ת משנה הלכות, חלק ה, סימן רעט, ד"ה ומעתה; מנחת אשר (וייס), בראשית, סימן טו, אות ח, ד"ה ולענ"ד. וראה חידושי הגר"ח השלם (סולובייצ'יק), הוספות, סימן ה. וראה יד המלך, הלכות שלוחין ושותפין, פרק א, הלכה א, ד"ה ואולם, שלדעתו לכך נתכוון הרא"ש (לעיל, הערה 48) בקביעתו ששמיעת נדר אשתו אינה נושא לשליחות, משום שהיא "מידי דממילא": "דכוונת הרא"ש הוא דלא שייך ענין שליחות רק כשיש למשלח איזה ענין פרטי בדבר זה אשר שלח לשלוחו לעשות עבורו, וכמו בשליחות דקידושין, וגירושין, והפרשת תרומה, ומכירה, ומתנה, וכדומה, דהמשלח בעצמו הוא לבדו הבעל דבר, ואך לו לבדו יש הכח בכל הענינים האלה, ולכן שפיר שייך לומר בהם דהיכולת בידו למסור הכח הזה אשר לו לבדו גם לשלוחו הבא מחמתו שהוא כמותו" (ולא ייחס את הדברים לתוספות רי"ד). כעין זה ראה מטה אפרים (מרגליות), ורשה תרס"ט,

'קצות החושן'[359] הקשה על פי הבנה זו בדברי 'תוספות רי"ד', כיצד תיתכן שליחות לדבר עברה עד שנאלצו חז"ל להחריג עברות מכלל דין השליחות, והלוא השולח אינו קשור בעברה מעבר למינוי?! על כן דחה את דבריו והציע פתרון אחר לשאלתו[360].

ר' אלחנן וסרמן עונה שאין מקום לקושיה זו, משום ששליחות לדבר עברה שונה במהותה משליחות למצווה או לדבר הרשות, והיא כפופה לכללים אחרים לגמרי. שליחות לדבר עברה אין עניינה ייחוס פעולת השליח או תוצאתה לשולח, כי אם הטלת אחריות על השולח בגין פעולת שלוחו בשל העובדה שהוא גרם לה, מעין אחריות שילוחית, ואין מקום אפוא להקשות מזו על זו[361].

נספח שני

פעולה להשגת דבר שאינו שלו (דרישת "שלוחו של בעל הממון")

(לפרק שני, הערה 38; לפרק שלישי, הערה 80; לפרק רביעי, הערה 232)

א. העיקרון והגיונו

יש פוסקים המצביעים על חריג נוסף למינוי שליח, והוא כשמטרת השליחות היא השגת דבר שאינו של השולח, כגון בשליחות לקבלת מתנה. עם זאת, נקדים ונאמר שהשליחות עשויה להיות תקפה אם אפשר לראות את השליח כמי שממונה גם על ידי הנותן, שהוא "בעל הממון"[362]. החריג לא יבוא אפוא לידי ביטוי אלא באחד מאלה: כשדיבורו או התנהגותו של הנותן אינם עולים כדי מינוי[363]; כשהנותן נעדר כשרות למנות את השליח[364]; בהיעדר נותן, כגון בשליחות לזכייה מן ההפקר.

דיני קדיש יתום, אלף למטה, ס"ק י, ד"ה ומה שפלפל (בעמ' 300). וראה עוד משפטי השליחות, שער שני, סימן ג, ענף ג, אות א, ד"ה אמנם. וראה דיוננו להלן, סעיף 2, הערה 26.
לגישה זו צריך לומר שגם שחיטת קרבן פסח (ואולי שחיטת קודשים בכלל) טעונה העברת כוח. וראה שו"ת מנחת שלמה (לוין), סימן לז, ד"ה כתב לי (עמ' קלא), דין ודברים בעניין זה בינו ובין ר' מרדכי גיפטר.

[359] קצות החושן, סימן קפב, ס"ק א.

[360] לדעת קצות החושן, הפתרון לשאלת תוספות רי"ד הוא שרק פעולה היא נושא לשליחות ולא מחדל (ראה לעיל, הערה 48). על פתרון זה, ראה בהרחבה דיוננו בסעיף 2, פרק רביעי, א, עמ' 115.
יש להעיר ש'קצות החושן' אינו עקבי לכאורה, שכן לעיל, הערה 355, ראינו שהוא עצמו אימץ את פתרונו של תוספות רי"ד, וקבע על פיו שברית מילה אינה נושא לשליחות (על פי הצעתו החלופית, אין סיבה לכאורה שברית מילה לא תהיה נושא לשליחות, שכן מדובר בפעולה).

[361] ראה קובץ שמועות (וסרמן), בבא מציעא, אות ח, ד"ה ובדברינו. ראה לעיל, הערה 152. וראה דיוננו על סעיף 4, הערה 42.
עוד יש להעיר שאין מקום לקושייתו של 'קצות החושן' אם מפרשים את כוונת תוספות רי"ד כפי שהצענו לעיל, הערה 48, וכפי שהעירו ר' שמעון שקאפ ור' משה פיינשטיין, המובאים שם.

[362] לבירור היחס בין שני המינויים, זה של השולח וזה של הצד השלישי (בעל הממון), ולשאלה אם השליח נחשב גם לשלוחו של הצד השלישי או רק לשלוחו של השליח (מכוח מינויו של הצד השלישי), ראה להלן, הערה 393.

[363] כך מבארים הפוסקים את סוגיית התלמוד הירושלמי בעניין שליח לקבלת מתנה, שנדון בה להלן, ליד ציון

פוסקים אלו מצביעים על שלושה מקורות עיקריים לדין זה: המקור הראשון הוא התלמוד הירושלמי[365], שממנו עולה שאין תוקף למינוי שליח לקבלת מתנה; המקור השני הוא דברי התוספות[366], הקובעים שלשם גביית חוב[367] עבור נושה, צריך השליח לגביית החוב להתמנות גם על ידי החייב, "בעל הממון", ועל כן אין תוקף לגביית החוב אלא אם החייב כשר למנות אותו כשליח; והמקור השלישי הוא דברי הר"ן[368], שמהם עולה שהנימוק לדין שראינו לעיל[369], ולפיו לא ניתן לזכות במציאה עבור אחר מכוח דיני השליחות הרגילים, יסודו בדרישה שהשליח יהיה "שלוחו של בעל הממון".

המכנה המשותף לשלושת המקורות הוא כאמור שבכולם נושא השליחות הוא השגת דבר שאינו של השולח (קבלת מתנה, גביית חוב, זכייה במציאה).

כמה מן האחרונים עמדו על העובדה שהגיונו של דין זה מתבאר יפה לאור התפיסה שעניינה של השליחות הוא שבשעת המינוי עובר כוח מן השולח אל השליח, מה שאינו מתקיים במינוי שליח לקבל דבר מה שאינו שלו, שהרי בשעת המינוי אין לשולח בעלות בנכס מושא המתנה, החוב או המציאה, ואין לו אפוא מה להעביר לשליח[370].

להלן נבחן כל מקור לגופו ונראה שהסקת קיומו של דין זה ממקורות אלו אינה נקייה מספקות, שכן כל אחד מהם ניתן להתפרש בדרך שונה מן הדרך שנקטו פוסקים אלה. זאת ועוד, יש מקורות אחרים, הן בתלמוד והן בראשונים, השוללים לכאורה את קיומו של דין זה[371]. אכן, להלן נראה שיש פוסקים המשיגים על תחולתה הגורפת של הדרישה שהשליח יהיה "שלוחו של בעל הממון", ויש אף המתעלמים ממנה לחלוטין.

הערה 365 ואילך, כשנותן המתנה אמר לשליח "הילך לפניך" או "עשה כמו שאמר לך השולח". לא כן הוא כשביקש מהשליח שיזכה בהגבהתו עבור השולח, שכן אז יש לראות בבקשה זו מינוי מכללה על ידי הנותן. ראה: שו"ת בית אפרים, אבן העזר, סימן קיד, ד"ה אך לענ"ד; חידושי רבנו מאיר שמחה, בבא קמא קב ע"ב, ד"ה אולם; אור שמח, הלכות גירושין, פרק ג, הלכה טו, ד"ה אולם מצאנו.

[364] וכגון שבעל הממון נכרי והשליח יהודי. על פסולו של נכרי למנות שליח יהודי, ראה בדיוננו על סעיף 4, פרק שני, ב, עמ' 187.

[365] ראה להלן, הערה 373.

[366] ראה להלן, הערה 386.

[367] יש לשים לב להבדל העקרוני בין שליח לפירעון חוב לבין שליח לגביית חוב. שליח לפירעון חוב אינו עושה פעולה משפטית במקום החייב אלא רק פעולה פיזית ("מעשה קוף") של הבאת כסף הפירעון לנושה, ואשר על כן דיני השליחות ההלכתיים אינם חלים עליו (ראה לעיל, ליד ציון הערה 29). לעומת זאת, שליח לגביית חוב אינו עושה פעולה פיזית גרידא אלא פעולה משפטית, כשהפירעון לידו נחשב כפירעון לידי שולחו, ועל כן חלים עליו דיני השליחות.

[368] ראה להלן, הערה 402.

[369] ראה לעיל, ליד ציון הערה 75 ואילך.

[370] ראה לדוגמה: שו"ת בית אפרים, אבן העזר, סימן קיד, ד"ה אך לענ"ד; חידושי רבי שמעון יהודה הכהן (שקאפ), חלק ד, קונטרס השליחות, סימן ח (ולכן לדעתו אין מקום לחריג זה בשליחות לדבר מצווה או לדבר עברה, מפני ששם מכניזם השליחות שונה); לבוש מרדכי (אפשטיין), בבא מציעא, סימן יא, ד"ה ונראה לי לבאר; הרב מ"א עמיאל, המידות לחקר ההלכה, חלק א, מבוא, פרק ד, אות ה (עמ' נא־נב); שם, חלק ב, מידה טו (פועל, פעולה ופועל יוצא), אות טז (עמ' רעב־רעג); שם, חלק ג, מידה יח (המושג בכח), אות כב (עמ' כא). לפי זה, אין מקום לחריג זה בשליחות הבנויה על מכניזם של זהות בין השולח לבין השליח ולא על העברת כוח. ואכן ראה להלן, הערה 374, בעניין שליחות מטעם האישה לקבלת גט.

[371] ראה להלן, הערה 399.

ב. קבלת מתנה

יש הטוענים[372] שדעת רבי מנא בתלמוד הירושלמי[373] היא שאין תוקף למינוי שליח לקבלת מתנה (והמתנה אינה משתכללת אפוא בהגיעה לידי השליח אלא רק בהגיעה לידי השולח). וזהו פשר תמיהתו של רבי מנא: "במתנה אדם עושה שליח לקבל דבר שאינו שלו?!".

דברי רבי מנא נאמרו בקשר למחלוקת בין רבי יהודה הנשיא לרבי נתן בעניין שליח שנתמנה על ידי אישה לקבל את גִטה מיד בעלה ("שליח קבלה"), וכשהגיע השליח אל הבעל, אמר לו הבעל: "הולך לה את הגט". רבי נתן סבור שיש לפרש את הלשון "הולך" כמינוי השליח על ידי הבעל כשליח הולכה (והגט נכנס לתוקפו רק בהגיעו לידי האישה). לעומתו סבור רבי יהודה הנשיא שמעמדו של השליח נשאר כשליח קבלה של האישה (והגט נכנס לתוקפו כבר בהגיעו לידי השליח).

לדעת רבי מנא, רבי יהודה הנשיא מודה שלא כך מתפרש הציווי "הולך" בשליח לקבלת מתנה, שכן הבדל גדול יש בין שליחות לקבלת גט ובין שליחות לקבלת מתנה. שליחות לקבלת גט תקפה, משום ש"התורה זיכתה אותה בגיטה, והיא עושה שליח לקבל דבר שהוא שלה"[374], ומאחר שיש תוקף למינוי השליח על ידי האישה, עדיף לפרש את כוונת הבעל

[372] ראה לדוגמה: נתיבות המשפט, סימן קפח, ס"ק א; שם, סימן קצה, ס"ק א; אור שמח, הלכות גירושין, פרק ג, הלכה טו, ד"ה אולם אחרי; חידושי רבי שמעון יהודה הכהן (שקאפ), בבא מציעא, סימן יד, אות ג; שם, חלק ד, קונטרס השליחות, סימן י.

[373] ראה: ירושלמי, מעשר שני, פרק ד, הלכה ד; גיטין, פרק ו, הלכה א (מובא בספר העיטור, זיכוי, מהדורת ר"מ יונה, חלק ב, י ע"ב).

[374] א. נימוקו זה של רבי מנא לעניין גט טעון הסבר, שהרי סוף סוף הגט אינו שלה! רבים מן האחרונים מבארים את דברי רבי מנא על בסיס ההנחה שבעוד שבמתנה קבלת הנכס היא חלק ממעשה הקניין (וקבלה זו אינה ביד המקבל בשעת המינוי), הרי שקבלת הגט אינה מעשה קנייני, ואין האישה או שלוחה ממלאים בו תפקיד אקטיבי, אלא עצם הימצאות הגט בידה או ביד שלוחה הוא שמחולל את הגירושין (ראה קצות החושן, סימן ר, ס"ק ה. על פי זה, הוא מסביר שדין "גטו וידו באין כאחד" הוא ייחודי לגטין וכיוצא בזה, ואינו אמור בעסקאות קניניות). עניינו של מינוי זה הוא אפוא הרחבת ידה של האישה בלבד (והלוא ידה ברשותה כבר עתה). ראה: שו"ת קול אריה (שוורץ), חו"מ, סימן קכה, וסימן קכח, ד"ה אך לפי"ז; חידושי הגרנ"ט, גיטין, סימן עב, ד"ה וכן איתא ("דבגט לא בעינן קנין אלא נתינה, ואחר כך נקנה לה הנייר ממילא, ואין השליח נעשה הכא אלא ידו כידה, והוי נתינה מעליא, ולעשות ידו כידה שפיר יש לה רשות"); ברכת שמואל (לייבוביץ), גיטין, סימן כג, אות ג, ד"ה ביתר ביאור; אור שמח, הלכות גירושין, פרק ג, הלכה טו, ד"ה לכן פריך הירושלמי (בהתאם לכך, אור שמח משיג על בעל דברי אמת (ר' יצחק בן דוד מקושטא), קונטרס יא, סימן נ, ושם, קונטרס ז, סימן א (דף צא), הסבור שלאור הדרישה שהשליח חייב להיות "שלוחו של בעל הממון", לא ניתן לזכות גט לאשת משומד); לבוש מרדכי, בבא מציעא, סימן יא, ד"ה ונראה לי פירוש ("נמצא דשליח קבלה אינו כלל על הגט, אלא הוא נעשה שליח שיהיה ידו כידה, וכיון שהגיע גט לידו, שהוא כידה, אז נעשה ממילא הגט שלה, דהתורה זיכתה אותה בגיטה"); שו"ת שרידי אש, ירושלים תשנ"ט, חלק א, סימן קיג; שיעורי רבי שמואל (רוזובסקי), גיטין, אות קצה. וראה לעיל, הערה 370.

נעיר שיש אחרונים החולקים על 'קצות החושן' ונוקטים שמסירת גט לאישה, היא ביסודה פעולה קניינית אף אם התחדש בה שיכולה להיעשות על כורחה של האישה. ראה: אמרי בינה (אוירבך), חו"מ, קונטרס בדיני קניינים, סימן כז; שם, סימן ו, ד"ה וראיתי; אמרי משה, סימן כ, אות א, בשם ר' חיים סולובייצ'יק; קהילות יעקב (קנייבסקי), גיטין, סימן יח, ד"ה והנלענ"ד (וראה עוד דבריו שם, סימן ח); מנחת אשר (וייס), גיטין, סימן ל, אות ד; שם, סימן לא. וראה עוד הרב מ"א עמיאל, המידות לחקר ההלכה, חלק א, מידה א (סיבה ומסובב), אות ה.

ב. ועדיין צריך עיון בלשון הירושלמי שהגט (בניגוד למתנה) נחשב "דבר שהוא שלה", ואכן אחרונים אחרים טוענים שעיקר הנימוק הוא הזיקה המוקדמת שיש לאישה המתגרשת לגט (בניגוד למקבל המתנה).

כשאמר "הולך" במשמעות 'עשה את שליחותך וקבל את הגט בשם האישה'. לעומת זאת, אין לאדם זכות מוקנית לקבל מתנה (אף אם זו הובטחה לו), ועל כן אין תוקף למינוי שליח לקבלת מתנה, ועדיף אפוא לפרש את ציווי הנותן "הולך" כמינוי מטעמו לשליחות הולכה. אמנם אילו היה הנותן אומר לשליח "זכה" במתנה עבור השולח, הייתה המתנה נכנסת לתוקפה עם קבלתה לידיו, לא כן הוא כשהנותן אומר לשליח "הולך"[375].

יש מן האחרונים[376] הטוענים שדברי רבי מנא בירושלמי נפסקו להלכה ב'שולחן ערוך'[377] בהלכה הבאה: "עשאו שליח לקבל [מתנה], ואמר לו הנותן... 'הולך מנה לפלוני שאני נותן לו', יכול לחזור עד שיגיע ליד המקבל". העובדה שהנותן יכול לחזור בו מן המתנה כל זמן שלא הגיעה לידי המקבל מוכיחה לדעתם שאין תוקף לשליחות לקבלת מתנה[378].

פוסקים אחרים דוחים ראיה זו. לדעתם, מינויו של המקבל תקף בעיקרון, אלא שבנסיבות העניין, הנותן אינו מוכן לתת לשליח את המתנה בתור שליח קבלה של המקבל, והוא מעדיף שהלה ישמש כשליח הולכה מטעמו, וכך יש לפרש את ציוויו "הולך", מה שיאפשר לו לחזור בו מן המתנה כל זמן שלא הגיעה לידי המקבל[379]. לשון אחר, ציוויו של הנותן לשליח "הולך"

ראה שיעורי ראש הישיבה, רבי דוד פוברסקי זצ"ל, גיטין, חלק א, בני־ברק תשס"ז, סימן כז, אות תקפט: "דכיון דאשת איש יש לה יד להתגרש ממנו, ודין זה הוי דין שלה, לכן יכולה נמי לעשות שליח להיות כידה להתגרש. מה שאין כן בממון, הרי אין לו שום דינים בידו לקנות ממון חבירו, דאין לו שום שייכות ודינים לזה, ולכן לא שייך שיעשה שליח רק לגבי היד, אלא בעינן לשליחות על עצם זכיית הממון, ובזה איכא חסרון, שאינו שלוחו של בעל הממון". והשווה: שו"ת באר יצחק (ספקטור), אבן העזר, סימן יד, ענף ב, ד"ה והעיקר; יד המלך, הלכות עבדים, פרק ו, הלכה א, ד"ה וראיתי בירושלמי; שו"ת שואל ומשיב, מהדורא קמא, חלק ג, סימן פד; רידב"ז על הירושלמי, שם; שו"ת דברי יציב, חו"מ, סימן מג. יש הטוענים (ראה: נועם ירושלמי, מעשר שני, פרק רביעי, הלכה ד, ד"ה וע"כ (פירושו השני בסוגריים); ספר משבי"ח (זיוויץ), חלק ב, עמ' 32), שהדגש בדברי הירושלמי הוא על המילה "אותה", דהיינו שיש לאישה שייכות לגט, משום שבמעשה הגירושין היא חוזרת לרשות עצמה.

375 להרחבה בניתוח הירושלמי על פי דרך זו, ראה אור שמח, הלכות גירושין, פרק ג, הלכה טו, ד"ה אולם אחרי.

376 ראה: שו"ת בית אפרים, אבן העזר, סימן קיד, ד"ה ועפ"ז וד"ה אך לענ"ד; שו"ת תשובה מאהבה, חלק א, סימן קצב, ד"ה אבל הדרנא (בסופו). וכן נוקט כנראה גם הש"ך, חו"מ, סימן קפה, ס"ק א, שכן מכוח הלכה זו בשולחן ערוך, הוא טוען שהדיון בשאלה אם שליח הולכה של הנותן יכול להפוך לשליח קבלה של המקבל (ראה על כך הנספח לסעיף 8, פרק רביעי, עמ' 475), אינו נוגע לעניין שליחות לנתינת מתנה, משום שבלאו הכי אין תוקף למינויו של המקבל (כפי שהסיקו מדבריו: מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן ד; נתיבות המשפט, סימן קפה, ס"ק א. וראה משפטי השליחות, שער שני, סימן לז, ענף א, אות ב).

377 שולחן ערוך, חו"מ, סימן קכה, סעיף ה.

378 בתחילת הלכה זו, מודגש בשולחן ערוך שאף על פי שיש הקשרים משפטיים, כגון פירעון חוב או החזרת פיקדון, שבהם ציוויו של הנותן לשליח "הולך" מתפרש כ"זכה", ושוב לא יכול הנותן לחזור בו (ראה שם, סעיף א), לא כן במתנה, שם הציווי "הולך" אינו מתפרש כ"זכה": "במה דברים אמורים, דהולך הוי כזכי, במלוה או בפקדון. אבל במתנה לא הוי כזכי". הסיבה לכך היא שלעניין מתנה יש לשער שכל שלא אמר במפורש "זכה לפלוני", הנותן מעוניין לשמור לעצמו את האפשרות לחזור בו כל זמן שהמקבל לא קיבל את המתנה בפועל. 'שולחן ערוך' מדגיש שאין תוקף למתנה עד אז, אפילו אם קיבל השליח מינוי מטעם המקבל: "אפילו עשאו שליח לקבל, ואמר לו הנותן 'הולך לו', לא הוי כזכי". ומכאן מבקשים אחרונים אלה להוכיח שהשולחן ערוך פסק כשיטת רבי מנא בתלמוד הירושלמי. אבל ראה להלן בסמוך, ליד ציון הערה 380.

379 ראה: סמ"ע, חו"מ, סימן קכה, ס"ק כג: "דבלשון הולך דאמר הנותן, ביטל שליחותו דהמקבל, דאמר לו

אינו מתפרש כ"זכה", למרות מינויו המוקדם של השליח כשליח קבלה. ואפשר שבדרך זו יש לבאר גם את דברי רבי מנא בתלמוד הירושלמי, שאינם מיוסדים אלא על אומדן דעת הנותן, שמאחר שאין למקבל זכות לקבל את המתנה, הוא אינו מעוניין שהמתנה תיכנס לתוקף מיד[380]. על פי פרשנות זו, לא זו בלבד שמעולם לא נקבע שאין תוקף לשליחות לקבלת מתנה, אלא להפך, ההנחה היא שיש תוקף לשליחות זו, וכל השאלה אינה אלא באומדן דעת הנותן, האם הוא מעוניין לתת לשליח את המתנה בתור שליח קבלה או שהוא מעדיף לתת אותה לו בתור שליח הולכה מטעמו![381] נראה שכך הבינו את הירושלמי כל אותם פוסקים שלא הביאו את הירושלמי כמקור לדין זה או שהתעלמו ממנו[382].

עוד ראוי לציין שיש מבין האחרונים הטוענים שאף אם נוקטים בדין "זכין לאדם שלא בפניו" ש"זכייה מטעם שליחות"[383], דין "שלוחו של בעל הממון" אינו חל על דין "זכין", משום שהזוכה אינו פועל מכוחו של המקבל אלא מכוחו שלו[384]. אבל יש מי שאומרים שגם בדין "זכין", על הזוכה עבור חברו להיות (גם) "שלוחו של בעל הממון", המזכה[385].

המקבל לזכותו ולקבלו מידו". נראה שכך נקטו גם רבי עקיבא איגר והרב יחזקאל לנדא בספרו דגול מרבבה, חו"מ, סימן קפה, סעיף א, ועל כן תמהו על דברי הש"ך המובאים לעיל, הערה 376. וראה פני יהושע, גיטין יא ע"ב, ד"ה תוס' ד"ה ש"מ.

380 כך מתבאר המשך דבריו של רבי מנא: "ועוד מן הדא, דאמר רבי יוסי ר' יעקב בר זבדי רבי אבהו בשם רבי יוחנן: אמר ליתן מתנה לחבירו וביקש לחזור בו, חוזר בו". היינו, מכיוון שיש בידו יכולת לחזור בו, גם לאחר ההבטחה לתת את המתנה, אין לחסום בעדו מלממש את האפשרות לעשות כן, גם כשהמתנה מועברת על ידי שליח. ואכן, כך מתפרשת שיטת רבי בתלמוד הבבלי, גיטין סג ע"א.

381 ואף שגם לעניין הגט, לא ניתן לאכוף את הבעל לתת אותו, מכל מקום לאישה יש זיקה לגט, "שהתורה זיכתה אותה בגיטה" (לפי ההסבר השני שראינו לעיל, הערה 374). ראה משפטי שמואל (רבינוביץ), חלק א, שמעתתא דשליחות, פרק כד.

382 לפירוש אחר בתלמוד הירושלמי, שגם ממנו אין להביא ראיה לחריג "שלוחו של בעל הממון", ראה קהילת יעקב (אלגזי), אות קיט (כו ע"א במהדורת למברג תרנ"ט). לדעתו, החיסרון במינוי שליח לקבלת מתנה יסודו בהיעדר גמירות דעת של הממנה, משום שהוא יודע שהנותן עלול לחזור בו מן המתנה (לדעתו, זהו פשר סוף דברי הירושלמי: "ועוד מן הדא... אמר ליתן מתנ' לחבירו וביקש לחזור בו, חוזר בו"). לדבריו, זו גם גישת מחנה אפרים, הלכות זכייה ומתנה, סימן לג, המבחין בין שליחות לקבל מתנה מועטת, ממנה אין הנותן רשאי לחזור בו, ועל כן המינוי תקף, לבין שליחות לקבלת מתנה מרובה, ממנה רשאי הנותן לחזור בו, ועל כן אין המינוי תקף. לגישתו, יש תוקף אפוא למינוי שליח לגביית חוב או לזכות במציאה, כי אין שם חשש לחזרה.

383 ראה הנספח על דין "זכין לאדם שלא בפניו", פרק שלישי, א, עמ' 777.

384 ראה בין היתר: אבן האזל, הלכות מלווה ולווה, פרק ה, הלכה ג, ד"ה ולפי"ז (עמ' 43); אבי עזרי, הלכות מלוה ולוה, פרק כ, הלכה ב, ד"ה ודע (=אבי עזרי, בבא מציעא, סימן כז). לדעתם, לא נקבע בירושלמי אלא "שלא נעשה תיכף לשלוחו [בשעת המינוי], ולא יצטרך ביטול [כלומר, השולח יוכל לדחות את המתנה, אף אם לא ביטל את השליחות], אבל ודאי שאדם מקבל מתנה בשביל חבירו, ובשעת קבלתו זוכה בשביל חבירו מדין זכיה [ולכן יכול המקבל לדחות את המתנה]" (אבי עזרי, שם; וכעין זה אבן האזל, שם, ד"ה והחלוק). וראה עוד להלן, הערה 394.

עם זאת, למעשה, הזכייה עלולה להישלל מן השולח (המקבל) מכוח חריג אחר (עליו עמדנו לעיל, פרק שלישי, ג(1), עמ' 18), והוא שהתנאי לתוקף הזכייה, שלא תפגע באחרים, גם לא בנותן עצמו (בהתאם לשיטת רש"י, לעיל, הערה 76, ולפיה חריג זה אינו חל אלא על דין "זכין"). אשר על כן, אם הנותן אמר לשלוחו להביא מתנה למקבל, השליח אינו יכול לזכות בה עבור המקבל על דעת עצמו, משום שזכייה זו פוגעת בנותן, כשהיא מונעת ממנו את האפשרות לחזור בו מן המתנה לפני שקיבל אותה המקבל. כך

ג. גביית חוב

הפוסקים הנוקטים את דין "שלוחו של בעל הממון" מצביעים על דברי התוספות[386] שלהלן כעל מקור נוסף שיש בו כדי לאשש את טענתם (ויש מהם שלא הפנו אלא למקור זה)[387]. נקדים ונאמר שהסוגיה שעליה מוסבים דברי התוספות עוסקת בהלוואה בריבית שניתנה בהיתר על ידי יהודי לנכרי, אלא שלפני שיפרע הלווה הנכרי את ההלוואה ישירות למלווה היהודי, הִלווה הנכרי את הכסף ליהודי אחר שהתחייב כלפיו באותה ריבית[388]. בברייתא המובאת בתלמוד נקבע שבכגון זה אין איסור ריבית, שכן הלווה השני (היהודי) אינו חב את הכסף למלווה היהודי אלא ללווה הנכרי, והנכרי חייב למלווה היהודי[389]. לא זו אף זו, בתלמוד מבואר שמדין תורה, הוא הדין אף כשהעברת הכסף מהנכרי ללווה השני נעשתה בהוראת

העירו: שו"ת בית אפרים, אבן העזר, סימן קיד, ד"ה אך לענ"ד; שו"ת באר יצחק (ספקטור), אבן העזר, סימן יד, ענף ב, ד"ה והעיקר (תשובה זו נכתבה לר' יצחק אייזיק משוואל, ונדפסה גם בספר התשובות שלו, שו"ת עטרת יצחק, סימן ג. והשווה לעיל, הערה 82, הערת המהדיר שם); קובץ שמועות (וסרמן), בבא מציעא, אות ה; לבוש מרדכי (אפשטיין), בבא מציעא, סימן יא, ד"ה נמצא דשליח (וראה שם שלדעתו זו כוונת הדברים בסיום סוגיית הירושלמי: "ועוד מן הדא... אמר רבי יוחנן: 'אמר לתן במתנה לחברו וביקש לחזור בו – חוזר בו'", מסביר הרב עפשטיין: "ואם תאמר, נהי שאין יכול לעשות המקבל שליח, שאין אדם יכול לעשות שליח על דבר שאינו שלו, אבל בלא שליחות המקבל, יזכה השליח מדין זכיה? על זה קאמר, כיון דאמר רבי יוחנן: 'אמר ליתן במתנה, יכול לחזור בו', אם כן בזה שיזכה בעד המקבל מתנה הוא חב להנותן, שאילו לא היה זוכה, היה יכול לחזור בו, ועתה כשזוכה אין יכול לחזור בו, ונמצא דהוי תופס במקום שחב לאחרים").

385 כך עולה לכאורה מדברי התוספות, בבא מציעא עא ע"ב, ד"ה בשלמא, ומחידושי הרשב"א, שם, ד"ה בשלמא, שדבריהם יובאו להלן כמקור נוסף לדין "שלוחו של בעל הממון" (ראה בסמוך ליד ציון הערה 386 ואילך. וראה להלן, הערה 397, שיש אף מי שנוקטים שלדעת התוספות, דין "שלוחו של בעל הממון" אינו חל אלא על דין "זכין", אך ברור ששיטה אחרונה זו אינה מתאימה למה שנאמר בתלמוד הירושלמי הדן בשליחות). וראה עוד: נתיבות המשפט, סימן קצה, ס"ק א; סימן רמג, ס"ק י (וראה עוד דבריו, סימן קה, ס"ק ב, מהם נראה שהדבר תלוי בשאלה אם דין "זכין לאדם שלא בפניו" הוא מטעם שליחות); קצות החושן, סימן קפב, ס"ק ב; מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן ד (והשווה מחנה אפרים, הלכות זכייה ומתנה, סימן לג, ועמדתו שם אינה ברורה); שו"ת קול אריה (שוורץ), חו"מ, סימן קכח. וכך כתב במפורש שו"ת הר צבי, יורה דעה, סימן קמב (בהשגתו על בעל אבן האזל). ויש אומרים שהחריג חל על דין "זכין" אף ביתר שאת. כך נראה להלן, סוף הערה 409, שלדעת כמה מן האחרונים אף שהשליחות לקבלת גט תקפה ("התורה זיכתה לה גיטה"), לא כן בזכייה בגט מכוח דין "זכין" (כלשון ברכת שמואל (לייבוביץ), גיטין, סימן כג, בשם הגר"ח: "שלא שייך זוכה בלי מזכה"). על שליח לקבל מתנה, ראה ב' כהנא, חוק לישראל, מתנה, סעיף 6 (בהכנה).

386 ראה תוספות, בבא מציעא עא ע"ב, ד"ה בשלמא. על הקשר בין דברי התוספות לדברי הירושלמי, עמדו רבים מן האחרונים. ראה לדוגמה: מחנה אפרים, הלכות זכייה ומתנה, סימן לג; שם, הלכות שלוחין ושותפין, סימן כג; נתיבות המשפט, סימן קה, ס"ק ב, וסימן קפה, ס"ק א ועוד. כשיטת התוספות עולה גם מחידושי הרשב"א, שם, ד"ה בשלמא. וראה גם דברי תלמידי הרשב"א, המובאים בבית יוסף, יורה דעה, סימן קסח, ד"ה ומיהו.

387 ראה לדוגמה: קצות החושן, סימן קכג, ס"ק ג; שם, סימן קסג, ס"ק א; שם, סימן קפב, ס"ק ב; שם, סימן רי, ס"ק ה. אפשר שלא הביא מקור לדין זה מן הירושלמי שראינו לעיל, משום שדעתו כדעת אבן האזל ואבי העזרי המובאים לעיל, הערה 384, ולהלן, הערה 394.

388 לניתוח סוגיה זו, ראה דיוננו להלן, סעיף 4, ליד ציון הערה 52 ואילך.

389 ובלשון הברייתא: "נכרי שלוה מעות מישראל ברבית, וביקש להחזירם לו, מצאו ישראל אחר ואמר לו 'תנם לי, ואני אעלה לך כדרך שאתה מעלה לו' – מותר".

המלווה[390], שגם אז אין נוצרת זיקה ישירה בין הלווה השני למלווה, מכיוון ש"אין שליחות לנכרי אלא לחומרא", ועל כן הדבר אסור רק מדרבנן.

התוספות מעלים את השאלה מדוע אין כאן איסור תורה? הלוא אף אם אין שליחות לנכרי, מדוע אין רואים את הלווה השני כשלוחו של המלווה לגביית החוב מן הנכרי, מה שיוצר זיקה ישירה ביניהם ואוסר את הריבית ביניהם מן התורה ולא רק לחומרה? על כך משיבים התוספות שהאפשרות הזאת אינה קיימת, שכן תנאי לתוקפה של שליחות כזו הוא שהלווה השני יכול להתמנות שליח על ידי הלווה הראשון, מה שאינו מתקיים כאן, שהרי הלווה הראשון נכרי, והנכרי אינו כשר למנות שליח יהודי[391]. ובלשונם: "השתא מיהא, שהנכרי [הלווה הראשון]... בא לזַכות מעותיו למלוה על ידי זה הלוה [השני], אין לו כח לזכות, שאם כן היה ישראל המקבל [הלווה השני] שלוחו של נכרי לזכות במעותיו של ישראל, ואין שליחות לנכרי". ולא ברור מדברי התוספות, מדוע יש צורך בכשרות משפטית של הלווה הראשון [הנכרי] למנות את הלווה השני כשלוחו לפירעון החוב, הלוא על פי שאלתם, הלווה השני מתפקד כשלוחו של המלווה.

רבים מן המפרשים[392] טוענים שיסוד דברי התוספות בהכרה בחריג שאנו דנים בו, ולפיו אין תוקף למינוי שליח לשם השגת דבר שאינו של השולח, אלא אם כן השליח מתמנה גם על ידי הנותן. במילים אחרות, בעל הממון ממנה גם הוא את השליח, והלה מתפקד כשלוחו של המקבל לכל דבר ועניין[393] [394]. לפי הבנה זו בדברי התוספות, עולה אפוא שדין "שלוחו

[390] והיה מקום אפוא לראות בהעברת הכסף על ידי הנכרי ללווה השני משום גביית החוב בשליחות המלווה, וכיוון שכך, הלווה הנכרי יוצא מן התמונה, ונוצרת בכך זיקה ישירה בין המלווה לבין הלווה השני, וממילא יש איסור ריבית מן התורה, שהרי שניהם יהודים. ואכן כך הקשו התוספות, כפי שנראה תיכף.

[391] ראה להלן, בדיוננו על סעיף 4, פרק שני, ב, עמ' 187.

[392] ראה 'מחנה אפרים' ו'נתיבות המשפט' (לעיל, הערה 386) ועוד הרבה מן האחרונים.

[393] יש לשים לב לכך שהתוספות לא קבעו אלא שהמינוי הוא של הנותן, אבל השליח נחשב לשלוחו של המקבל (ומסתבר שחובת הנאמנות היא כלפי המקבל). וראה חידושים מהר"א (לר' אליעזר אוירבך), נדפס בסוף ספר דברי חיים (אוירבך), חו"מ, בהשמטותיו לסוף סימן לז, ד"ה ולפע"ד הא דבעי, שאכן הביטוי "שלוחו של בעל הממון" יש בו כדי להטעות: "אבל ודאי אינו שליחו של בעל הממון כלל להיות עומד במקומו רק שליחו של מקבל, אלא דצריך לזה מינוי שליחות מבעל הממון להיות נעשה שליחו של מקבל". וראה עוד שיעורי רבי שמואל (רוזובסקי), גיטין, אות קצד, ד"ה אמנם: "נמצא דמוכרח הוא להיות שליח של שניהם, דיש כאן שיתוף כח שליחות של הזוכה עם כח שליחות של הנותן כדי להיות זוכה למקבל". וראה אילת השחר (שטיינמן), בבא קמא קב ע"ב, ד"ה וזה בודאי: "אינו ככל שליחות, דודאי אין אומרים דשלוחו של אדם כמותו, כאילו הוא הנותן, דהא הנותן עצמו נותן, אלא דבעינן שיהיה זה בגדר שליחות, אבל אינו עושה כאילו פעולה במקום המקנה, והוי רק שליח של המקבל". וכן נקט גם מרחשת, חלק ב, סימן כז, אות ב, ס"ק ב, ד"ה אולם (אם כי באות א, ס"ק ב, סבר תחילה לפרש שהשליח אינו אלא שליחו של הנותן, כשיטת קצות החושן, סימן קפב, ס"ק ב, שנעיר עליה בהמשך הערה זו).
[קונסטרוקציה משפטית דומה מצאנו בהקשר אחר בחידושי הרשב"א, גיטין לב ע"ב, ד"ה שליח (בעניין המזכה גט לאשתו שלא תזדקק לייבום): "כגון שעשה הבעל שליח לקבלה שיקבל לה גיטה" (מעיר על כך בענייננו ברכת שמואל (לייבוביץ), גיטין, סימן כג, בסופו: "ולא סגי בנתינה לחודה, אלא צריך לעשות אותו לשליח לקבלה גם מצדו"). וראה עוד חידושי הראב"ד, המובא בשיטה מקובצת, בבא מציעא צח ע"ב, ד"ה השואל, שהעלה גם הוא קונסטרוקציה דומה (מעיר על כך משפטי השליחות, שער שני, סימן לז, ענף ב, אות ג), בעניין הפטור של "בעליו עמו" (ראה על כך לעיל, ליד ציון הערה 111), לדעה שהפטור רלוונטי גם בשלוחו (ראה הערה, שם). במשנה נקבע שאם השואל ביקש מהמשאיל לשלוח את הפרה ביד שלוחו של המשאיל, השואל חייב באחריותה בעודה ביד השליח. על כך הביא הראב"ד את קושיית "התלמיד הצרפתי":

של בעל הממון" חל לא רק כשאין לשולח זכות במושא הפעולה (דוגמת מתנה, הנידונה בירושלמי שהובא לעיל), אלא גם כשיש לו זכות במושא הפעולה, אלא שזכות זו אינה עולה כדי בעלות (כגון גביית חוב).

כאמור, כך הבינו מפרשים רבים את דברי התוספות. ברם, גם מקור זה אינו נקי מספקות. ראשית, בתיאור המקרה הנידון בברייתא, המלווה לא מינה את הלווה השני לפעול כשלוחו, אלא פנה ללווה הנכרי וביקש שיעביר ללווה היהודי את החוב[395], וניתן אפוא לטעון ולומר שאילו מינה המלווה שליח יהודי לגבות את חובו מן הנכרי, ודאי שהמינוי היה

"למה יהיה חייב במיתתה, ואפילו אם הגיע לרשות השואל, והלוא שאלה בבעלים היא? שהרי אמר לשלוחו 'השאל עם פרתי להוליכה לו'!" על כך עונה הראב"ד: "ודברים של בלבול הם... לפי כי המזכה לחברו על ידי בנו או שלוחו אינו אומר לו 'היה במקומי', אבל אומר לו 'היה במקום פלוני וזכה לו בחפץ זה'"]. והשווה קצות החושן, סימן קפב, ס"ק ב, ממנו משתמע שהשליח מתפקד גם כשלוחו של בעל הממון. 'קצות החושן' מצדיק את קושיית הרב מהמבורג (הובאו דבריו בשו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, אבן העזר, סימן עו), שהקשה על הנוקטים שבשליח לדבר עברה הפעולה בטלה (ראה לעיל, הערה 148), מן המשנה (ראה להלן, הערה 405), ולפיה האדון יכול לשחרר את עבדו באמצעות שליח הזוכה בשטר השחרור עבור העבד, והרי "כל המשחרר עבדו עובר בעשה" (ברכות מז ע"ב)! על כך עונה לו ה'נודע ביהודה' (שם, סימן עז) ששאלתו היא בגדר דבר ה"מביא לידי גיחוך", שהרי השליח אינו שלוחו של האדון, אלא של העבד (וראה שו"ת עין יצחק, חלק א, יורה דעה, סימן כו, אות מא, שלפי ה'נודע ביהודה', השליח להולכת שטר השחרור אינו עושה אלא "מעשה קוף", ועל כן ברור שאינו מעורר קושי על גישתו. לא כן שליח המקבל את שטר השחרור עבור העבד, שאמנם הוא מתפקד כשליח, שכן הוא עושה פעולה משפטית, אך לא עבור האדון, כסברת המקשה, אלא עבור העבד, ואין כאן אפוא שליחות לדבר עברה. והשווה שו"ת רבי עקיבא איגר, מהדורא קמא, סימן קצד). כאמור, 'קצות החושן' מצדיק את קושיית הרב מהמבורג, שהרי השליח צריך להיות שלוחו של בעל הממון (האדון). מדבריו עולה אפוא שהקשר בין השליח לבעל הממון אינו מסתיים במעשה המינוי בלבד, אלא הוא ממשיך להיות שלוחו גם בביצוע הפעולה. ואכן, השווה חידושים מהר"א (אוירבך) שם, שעל יסוד דבריו המובאים בתחילת הערה זו, דחה את קושיית 'קצות החושן' על ה'נודע ביהודה'. דבריו אלו של ר"א אוירבך, מובאים בהסכמה בשו"ת הר צבי, אורח חיים, חלק ב, סימן מ, ד"ה ובמום, ובקהילות יעקב (קנייבסקי), בבא מציעא, סימן טז, אות י. וראה גם: שו"ת דרך המלך (רפפורט), לונדון תשס"ג, סימן מו (ההגהה בעמ' רח); שיעורי רבי שמואל (רוזובסקי), גיטין יא ע"ב, אות קצד, ד"ה ולפי"ז.

נעיר עוד שיש מי שמשיגים על 'קצות החושן' מסיבה נוספת, שנראה להלן, הערה 409, ולפיה גט שחרור הינו חריג שלא חל עליו דין "שלוחו של בעל הממון", בדומה לגט אישה, כפי שכבר הערנו לעיל, הערה 374 (ראה לדוגמה: שו"ת קול אריה (שוורץ), חו"מ, סימן קכח, ד"ה אך באמת; לבוש מרדכי (אפשטיין), בבא מציעא, סימן יא, ד"ה ולפי זה מיושב). אבל השווה סוף הערה 409, שיש הנוקטים שבדין "זכין" (כולל זיכוי גט), חל דין "שלוחו של בעל הממון". והשווה עוד: נפש חיה (לוריא), בבא מציעא עא ע"ב, ד"ה בשלמא (לקראת סופו); דברי ירמיהו (לעוו), הלכות עירובין, פרק ו, הלכה כ, ד"ה ויש.

[394] והשווה לעיל, הערה 384, דברי אבן האזל ואבי עזרי, שלא נקבע מעולם בירושלמי שלא ניתן לזכות עבור אחר, ולפי זה, ודאי שדברי הירושלמי אינם יכולים לשמש כמקור לדברי התוספות. כך העיר בעצמו אבן האזל, הלכות מלווה ולווה, פרק ה, הלכה ג, ד"ה עכ"פ (עמ' 43). וראה אבי עזרי, הלכות מלווה ולווה, פרק כ, הלכה ב, ד"ה ודע, שטוען לאור שיטתו שגם התוספות לא נתכוונו לומר שהשליח מקבל את מינויו מהחייב ("בעל הממון"): "נראה ברור שהכוונה, לא שאם בא לזכות בשביל ישראל, שמוכרח הוא גם להיות שלוחו של הנותן, אלא הכוונה שאי אפשר להיות שליח בשביל המקבל או לזכות בשביל המקבל, רק אם יש דין שליחות או זכיה גם אצל הנותן, אבל אם הנותן הוא עכו"מ... אי אפשר שיהיה שליח המקבל... וכן אי אפשר שיזכה עבור ישראל מיד עכו"מ, מאחר שלגבי עכו"מ אין דיני זכיה, לגבי עכו"מ נחשב כנכרי לגמרי". וראה עוד דברי ר' שמעון שקאפ, המובאים להלן, הערה 415, שהבין מעין הבנה זו בדברי התוספות. יש להודות שהגיונה של גישה זו אינו ברור.

[395] וראה מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן כג, ד"ה איברא, שאין בהוראת המלווה ללווה הנכרי

תקף![396] אפשר אפוא שהשאלה שהתקשו בה התוספות אינה אלא בדיני "זכין לאדם שלא בפניו", היינו אף שהלווה השני לא נתמנה על ידי המלווה לגבות את החוב מן הלווה (הנכרי), מדוע אין לראותו כמי שזוכה למלווה בשעה שהוא מקבל את הכסף מן הלווה? ועל כך, כאמור, השיבו התוספות שלא ניתן לעשות כן, משום שבדין "זכין", להבדיל מדין שליחות, שבו מתפקד השליח כידו הארוכה של השולח, נדרש שיתוף פעולה של המזכה במינוי הזוכה, ומאחר שהמזכה נכרי אין הוא כשר למנות את הלווה השני לזכות עבור המלווה[397].

זאת ועוד, על שאלתם של התוספות, הציע הריטב"א[398] תשובה פשוטה הרבה יותר. לדעתו, הסיבה שהברייתא אינה לוקחת בחשבון אפשרות לראות את הלווה השני כמי שזוכה בגביית החוב עבור המלווה, היא משום שיש לשער שמן הסתם (כל עוד לא אמר במפורש: "זכה לפלוני"), הלווה הנכרי אינו מעוניין להעביר את כספו למלווה בדרך זכייה, שאם היה עושה כן, היה מסכן בכך את כספו, אם הכסף לא היה מגיע בסופו של דבר מסיבה כלשהי למלווה. מכאן שלדעת הריטב"א, אילו רצה הלווה הנכרי לזַכות את המעות למלווה באמצעות הלווה השני, לא הייתה לכך כל מניעה! נמצא אפוא שתחולת הדין על גביית חוב עבור המלווה שנויה במחלוקת ראשונים. אמנם יש מקום להסתפק בשיטת הריטב"א, האם הוא דוחה מכל וכל את קיומו של דין "שלוחו של בעל הממון"? כך נוקטים אמנם חלק מן האחרונים[399], אולם הדבר אינו מוכרח, שכן אפשר שהריטב"א מכיר בדין זה, אלא שהוא סבור שאינו חל על שליחות לגביית חוב, באשר הנושה הוא בעל זכות בחוב[400].

כדי הפיכת הלווה השני לשלוחו של המלווה (מעין מינוי בהודעה לצד שלישי, הנזכר בסעיף 3 לחוק): "הכא, דאמר ליה לעובד כוכבים 'תנם לו בהלוואה', לאו שליח שווייה".

396 הצעה זו לסייג את דין "שלוחו של בעל הממון" לדין "זכין" בלבד אינה אפשרית בדברי הרשב"א (לעיל, הערה 386), שכן בשונה מן התוספות, הוא בפירוש העלה את השאלה גם במקרה ש"אמר ישראל לישראל חברו 'קבלם לי'".

397 ואכן כך נקט בדעת הטור, ש"ך, יורה דעה, סימן קסט, ס"ק טז. וראה משפטי שמואל (רבינוביץ), חלק א, שמעתתא דשליחות, פרקים יד־טז. תחילה הוא מאריך להוכיח שהמנדט שמכוחו פועל הזוכה בדין "זכין" אינו מבוסס על מינוי מכללא מצד המקבל ("אנן סהדי"), אלא על כך שבדבר שהוא זכות, יש אפשרות גם לאחר למנות שליח למקבל, אלא שאפשרות זו ניתנת לבעל הממון (ובהיעדרו, כגון בזכייה מן ההפקר, האפשרות עומדת לזוכה עצמו). וכעין זה ראה שו"ת מהר"ש מוהליבר, חידושים בש"ס ורמב"ם, סימן י (בסופו), שלא דיברו התוספות אלא כשלא עשהו המלווה שליח (וראה לעיל, הערה 385). וראה גם ונגש הכהן, כלל ט, פרט ז. והשווה שו"ת מי השליח, סימן יב, ס"ק כח, שהציע פרשנות אחרת לגמרי בדברי התוספות, ולפיה לא התכוונו התוספות לדין "שלוחו של בעל הממון" כלל, אפילו לא בדין "זכין".

398 ראה חידושי הריטב"א, בבא מציעא עא ע"ב, ד"ה בשלמא. וראה הגהות חתם סופר, בבא מציעא עא ע"ב, ד"ה בשלמא סיפא, הטוען שכך יש להבין גם את דברי התוספות, ודבריו צריכים עיון.

399 ראה: שו"ת רבי עקיבא איגר, מהדורא קמא, סימן קכט; קהילת יעקב (אלגזי), אות קיט.
כאן המקום להעיר שראשונים אחרים דוחים את שיטת התוספות, ראה תוספות, גיטין יג ע"ב, ד"ה במעמד שלשתן קנה (כפי שהעיר שו"ת רבי עקיבא איגר, מהדורא קמא, סימן קצד. אבל השווה דבריו שם, סימן קכט, ד"ה ומכל מקום עדיין); ספר העיטור, זיכוי (מהדורת ר"מ יונה, חלק ב, י ע"א): "ויכול לחזור בו [מקבל המתנה], עד שיעשה המקבל שליח לקבלה" (כפי שהעיר דברי חיים, חו"מ, דיני העושה שליח, סימן ב, ד"ה והנה).

400 ראה מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן כג (ולדעתו כך סובר גם הטור, יורה דעה, תחילת סימן קסט). לדבריו, גם הר"ן שנראה להלן, הערה 402, מודה בכך, ולא אמר את דבריו אלא במציאה. ראה אור שמח, הלכות גירושין, פרק ג, הלכה טו, בסופו: "ובאמת בחוב הביא המחנ"א הרבה מהחולקים, וטעמם דחוב כיון שאף בעל כורחו של לוה מצי המלוה לתפוס, אם כן אין זה עושה שליח על דבר שאינו שלו".

ד. זכייה במציאה

עד כה ראינו שיש מי שמחילים את דין "שלוחו של בעל הממון" על שליחות לקבלת מתנה ועל שליחות לגביית חוב. הצד השווה שבהם, שהנכס מושא השליחות אינו בבעלותו של השולח אלא בבעלותו של צד שלישי. פוסקים אחדים[401] טוענים שמדברי הר"ן בסוגיית "מגביה מציאה לחברו"[402], נראה שהדין חל גם כשמושא השליחות הוא נכס שאין לו בעלים, כגון בשליחות להגביה מציאה. ראינו לעיל[403] שכבר מן התלמוד עולה שתוקפו של מינוי שליח להגביה מציאה אינו מובן מאליו: כך הוא בוודאי לדעתם של רב נחמן ורב חסדא, הסבורים שלא ניתן למנות שליח להגביה מציאה; וכך הוא גם לדעת רבי יוחנן, שאמנם סובר שהמינוי תקף, אבל אין זה אלא משום שאילו רצה, יכול היה המגביה לזכות במציאה לעצמו ("ומיגו דזכי לנפשיה, זכי נמי לחבריה")[404]. הר"ן מנמק את המניעה העקרונית בעובדה "שאי אפשר לזכות לחבירו מתורת שליחות, אלא אם כן עושה שליחותו של בעל הממון"[405].

[401] ראה רשימת הפוסקים לעיל, הערה 82, וחלקה השני של הערה 384.

[402] ראה חידושי הר"ן, בבא מציעא יא ע"ב, ד"ה האי חצר (מובא בקיצור בנימוקי יוסף, בבא מציעא ה ע"ב (בדפי הרי"ף), ד"ה ראה אותם רצים). וראה לעיל, ליד ציון הערה 79.

[403] ראה לעיל, ליד ציון הערה 97.

[404] כך מתפרשת הסוגיה לפי התוספות. ראה לעיל, ליד ציון הערה 100. ותמוה לכאורה שבמקום אחר (חידושי הר"ן, בבא מציעא י ע"א, ד"ה אמר), הר"ן מביא גם את שיטת הרמב"ן (שהובאה לעיל, ליד ציון הערה 98), החולקת על התוספות, ואינו מעיר עליה דבר. הדבר תמוה, משום שניכר מפירושו של הרמב"ן שאינו מכיר בחריג "שלוחו של בעל הממון" במציאה, שהרי לגישתו, אין מניעה למינוי שליח להגביה מציאה. והשווה ר"נ טרופ, "התופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים", בתוך ספר זיכרון להגאון רבי שילה רפאל, ירושלים תשנ"ח, עמ' רלא, ד"ה אבל.

[405] זו גם הסיבה, לדעת הר"ן, שהאדם אינו יכול לזכות במציאה מכוח קניין חצרו, אף שחצרו של אדם כמוה כשלוחו. הכלל הוא שחייב השליח להיות "שלוחו של בעל הממון", והמציאה אינה של בעל החצר. אמנם קניית מתנה על ידי חצר תקפה מדין שליחות, אף שהמתנה אינה של בעל החצר, אולם הסיבה לכך היא ששם "דעת אחרת מקנה", ומתקיימת אפוא הדרישה של "שלוחו של בעל הממון".
לדעת קהילות יעקב (קנייבסקי), גיטין, סימן י, ד"ה ועיקר הדבר, כך יש לפרש גם את דברי הר"ן, גיטין ד ע"ב (בדפי הרי"ף), ד"ה גמ' התופס לבעל חוב. המשנה (גיטין א, ו) קובעת שהשליח להולכת שטר שחרור לעבד יכול מיזמתו לזכות בשטר עבור העבד ובכך להקדים את שחרורו. בתלמוד (שם יא ע"ב) מובא שרב הונא ורב יצחק בר יוסף ביקשו להסיק מכאן ש"התופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים – קנה". אבל רבי ירמיה רבם דחה מסקנה זו, כשאמר שאדון האומר לשלוחו "תן שטר שחרור זה לעבדי", כמוהו כאומר "זכה בשטר שחרור זה לעבדי". הר"ן מפרש את ההווה אמינא של תלמידי רבי ירמיה: "לי נראין דברים כפשטן, דממתניתין שמעינן דכל אדם מדעתו יכול לֶעשות שליח לחבירו שיעמוד במקומו, ומשום הכי כיון שהאדון אמר 'תן שטר שחרור לעבדי', הרי שליח יכול לומר 'הריני עושה עצמי שליח קבלה שלו', והרי הוא כאילו עשאו עבד שליח לכך, ומינה בעינן למילף דתופס לבעל חוב [אפילו במקום שחב לאחרים] קנה, לפי שהתופס יכול לעשות עצמו כאילו עומד במקומו של בעל חוב". ולכאורה קשה, למה התעלמו האמוראים, ובעקבותיהם הר"ן, מדין "שלוחו של בעל הממון"? משיב הרב קנייבסקי ואומר שאף שהמושג "שלוחו של בעל הממון" אינו מופיע במפורש בשקלא וטריא התלמודית, הוא עומד במוקד הסוגיה. לאמור, תלמידי רבי ירמיה סברו להסיק מן המשנה שהשליח אינו חייב להיות שלוחו של בעל הממון, ובא רבי ירמיה ולימד אותם שאין הדבר כן, שכן בהקשר זה "תן" צריך להתפרש כ"זכה" (כלומר, השליח זוכה בשטר השחרור עבור העבד כשלוחו של האדון ולא כשלוחו של העבד). ומאחר שאין להסיק מן המשנה שהשליח אינו חייב להיות שלוחו של בעל הממון, ממילא אין גם להסיק ממנה שהשליח יכול לתפוס לבעל חוב במקום שחב לאחרים (על הזיקה שבין שני הדינים לפי הבנת הרב קנייבסקי, עמדנו לעיל, הערה 79). והשווה להלן, הערה 409, הבנתו השונה לחלוטין של 'מחנה אפרים' בדברי הר"ן.

מכאן הסיקו כאמור הפוסקים שהר"ן מכיר בחריג זה ומחיל אותו גם על שליחות לזכות במציאה או בהפקר[406].

אבל ראוי לציין שלדעת 'מחנה אפרים'[407], הר"ן אינו מכיר בדין "שלוחו של בעל הממון". לשון אחר, בעיקרון, העובדה שהשולח אינו "בעל הממון" אינה שוללת כשלעצמה את תוקף המינוי. עם זאת, נכון הוא שהמינוי עלול להיפסל בשל כלל אחר שראינו לעיל[408], ולפיו אין תוקף לשליחות במקום שהיא גורמת פגיעה באחרים ("תופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים"). כנגד בעיה זו, הסביר הר"ן שאם "בעל הממון" הוא שמקנה את מושא השליחות לשליח, שוב אין פסול בשליחותו, אף אם היא פוגעת באחרים[409] (וקל וחומר כשהפגיעה אינה אלא בבעל הממון עצמו, שהחליט לוותר על זכותו לטובת השולח)[410].

[406] והשווה תוספות, בבא מציעא עא ע"ב, ד"ה בשלמא (מובא לעיל, הערה 386), שכתבו בפירוש שבשליחות לזכייה במציאה ובהפקר אין דרישה שהשליח יהיה שלוחו של בעל הממון. והשווה נתיבות המשפט, סימן קה, ס"ק ב, שביקש להבחין בדעת התוספות בין מציאה לבין הפקר. אך דבריו צריכים עיון.

[407] מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן ד (והשווה מחנה אפרים, שם, סימן כג, והלכות זכייה ומתנה, סימן לג. וצריך עיון). והשווה שיעורי רבנו אבי עזרי, בבא מציעא יב ע"א, אות רד.

[408] לעיל, פרק שלישי, ג(1), עמ' 18.

[409] גישה זו של 'מחנה אפרים' הפוכה ממש מגישת הפוסקים האחרים, אשר ראו בכלל "שלוחו של בעל הממון" יסוד לדין "תופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים" (כפי שראינו לעיל, ליד ציון הערה 79). הוכחה לגישתו מביא 'מחנה אפרים' מדברי הר"ן בסוגיית "תן שטר שחרור זה לעבדי" (לעיל, הערה 405), שם מתעלם הר"ן לחלוטין מדין "שלוחו של בעל הממון".

יש מן האחרונים הדוחים ראיה זו, והם מציעים סיבות ענייניות לשאלה מדוע דין "שלוחו של בעל הממון" אינו נזכר בסוגיה:

א) לדעת אחדים מהם (ראה: דברי משפט, סימן קפב, ס"ק א; אור שמח, הלכות גירושין, פרק ג, הלכה טו), דין "שלוחו של בעל הממון" אינו חל על קבלת שטר שחרור, כשם שאינו חל על שליח לקבלת גט אישה. ראה לעיל, הערה 374. אבל יש אחרונים שדוחים את דבריהם, שכן לדעתם (כל אחד על פי טעמו) אמנם הירושלמי מחריג את קבלת הגט מדין "שלוחו של בעל הממון", אולם אין זה אלא לעניין שליחות, ולא לעניין דין "זכין" שבו עוסקת הסוגיה (ראה: ברכת שמואל (לייבוביץ), גיטין, סימן כג, בשם הגר"ח מבריסק; חידושי רבי שמואל (רוזובסקי), גיטין יא ע"ב, אות ר, ד"ה והדברי משפט). וראה לעיל, הערה 385.

ב) לדעת ר' יעקב מליסא (תורת גיטין, גיטין ט ע"ב, ד"ה באופן אחר) אין סתירה בין סוגיה זו ובין דין "שלוחו של בעל הממון", שכן דרישת "שלוחו של בעל הממון" מתקיימת אף לשיטת תלמידי רבי ירמיה. השליח פועל תחילה כשליח הולכה של האדון (ובכך הרי הוא שלוחו של בעל הממון), ורק לאחר מכן יש בכוחו למנות את עצמו ולהפוך לשליח קבלה של העבד. וראה חידושים מהר"א (לר' אליעזר אוירבך), נדפס בסוף ספר דברי חיים (אוירבך), חו"מ, בהשמטותיו לסוף סימן לז, ד"ה ולפענ"ד י"ל ("כשנעשה שליח הולכה, כיון ששלוחו של אדם כמותו, הרי הוא כבעל הממון, דיכול לעשות שליח קבלה". וראה שם מדוע אין אומרים כן בשליחות להולכת מתנה). והשווה שיעורי רבי שמואל (רוזובסקי), גיטין יא ע"ב, אות ר, ד"ה ולכאורה.

[410] על פי זה, 'מחנה אפרים' קובע שלפי הר"ן, יש תוקף למינוי שליח לקבלת מתנה. ומאחר שהיא מתקבלת על ידי השליח מדעת הנותן ("דעת מקנה" שהוא "בעל הממון"), אין הנותן ולא אחרים יכולים לטעון לפגיעה בזכויותיהם (כעין מה שהטעמנו לעיל, הערה 94). רק במציאה אין תוקף לשליחות, מאחר שזכיית השליח באה לו שלא "מדעת מקנה" על חשבון אחרים, שאף הם היו עשויים לזכות במציאה. לעומת זאת, שליח להולכת מתנה אינו יכול לזכות במתנה עבור המקבל, משום שבכך הוא פוגע בנותן, ששוב אינו יכול לחזור בו מן המתנה. עם זאת, מדגיש 'מחנה אפרים', אם השליח כבר הגיע אל המקבל, אין עוד

ה. קנייה

מדברי 'מחנה אפרים'[411] עולה שבאופן עקרוני, דין "שלוחו של בעל הממון" חל גם על שליחות לקנייה[412]. כלומר, על השליח להיות (גם) שלוחו של "בעל הממון", מוכר הנכס, ומשמעות הדבר היא אפוא שעל המוכר להיות בעל כשרות משפטית למנות את השליח, בדומה למה שראינו לעיל בעניין שליחות לגביית חוב[413].

ברם, 'מחנה אפרים' מציין שאף אם המוכר אינו כשר למנות את השליח (כגון שהוא נכרי), יש תוקף לקנייה, אם נעשתה בכספו של השולח (או כשהשליח שילם מכיסו). הסיבה לכך היא שהשימוש במעות לצורך הרכישה יוצר למעשה מסלול עוקף שליחות, וזאת על פי הכלל: "דעת מוכר להקנות לבעל המעות"[414]. נמצא שלמעשה אין החריג מצמצם את תוקפה

מניעה שיזכה במתנה עבורו, כיוון שזכייה זו אינה פוגעת עוד בנותן, שהרי באותה שעה כבר יכול היה המקבל לקבלה לידיו.

411 מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן יב, ד"ה איברא.

412 יש פוסקים הדנים בתחולת הדין גם בשליחות למכירה, אף שהמוכר־השולח הוא "בעל הממון", וזאת כשהנכס נקנה ב"קניין מעות", כיוון שב"קניין מעות" הקונה הוא הנותן מעות למוכר, ומאחר שהמוכר צריך לקנות את המעות, תוקף הקניין מותנה אפוא לכאורה בכך שהשליח יהיה גם שלוחו של הקונה בעל המעות. אכן, כך סוברים פוסקים אחדים, ומתוך כך היו כמה מהם שפקפקו בתוקפה של מכירת חמץ לגוי על ידי שליח (בהנחה שמעשה הקניין העיקרי שזוכה בו הגוי בחמץ הוא "קניין מעות"). ראה: שו"ת מהר"ם איגרא, אורח חיים, סימן לט (מובא בשו"ת מהרש"ם, חלק ז, סימן ריב); שו"ת עמודי אש (איישישקר), סימן ה; שו"ת באר יצחק (ספקטור), אורח חיים, סימן א; שו"ת מהר"ש (ענגיל), חלק א, סימן לה; מועדים וזמנים השלם (שטרנבוך), חלק ד, סימן רעא. ברם, פוסקים אחרים דוחים על הסף את החלת הדין על עסקת מכר, אף אם מעשה הקניין נעשה בקניין מעות, שכן השולח־המוכר הוא הבעלים של מושא העסקה, ולדעתם די בכך להכשיר את מינוי השליח, יהא מעשה הקניין אשר יהא, שכן די בכך שהשליח יהא שלוחו של בעל הממון לחלקה העיקרי של השליחות (המכירה), ואין צורך שיהא כזה גם לחלקה המשני (קניית המעות). ראה לדוגמה דרך איתן (יפהן), בבא מציעא, סימן יח. וראה גם ונגש הכהן, כלל ט, פרטים א־ו (הוא דן במכירת בהמה מבכרת לגוי על ידי שליח, וקובע שהמכירה תקפה אף אם הבהמה המליטה לפני שהגיע כספו של הגוי לידי השולח, משום שלדעתו רוב הפוסקים דוחים את שיטת התוספות וסוברים שאין דרישה שהשליח יהיה גם שלוחו של בעל הממון).

413 ראה לעיל, ליד ציון הערה 392. והשווה: מחנה יהודה (חסמן), סימן א, שליחות, ד"ה ועפ"י (עמ' יז); דיברות משה, בבא קמא, סימן עד, ענף ח. הם טוענים לאור דברי הר"ן לעניין מציאה, שראינו לעיל (ליד ציון הערה 402), שדי בעובדה שאילו רצה השליח, יכול היה לקנות בעצמו, "מיגו דאי בעי זכי לנפשיה, זכי נמי לחבריה" (וראה דיברות משה, שם, שהקבלה זו בין המציאה לבין הקנייה תלויה בהבנת המכניזם של "מעשה הקניין" במכירה). כעין זה ראה: נתיבות המשפט, סימן קפח, ס"ק א, וסימן קצה, ס"ק א, שלפי דבריו, אם יש כסף ביד השליח, הרי הוא כמי שקונה לעצמו, וממילא אין צריך שיהא "שלוחו של בעל הממון", המוכר.

והשווה גם דברי חיים, דיני שלוחין, סימן ז, ושם, דיני גביית מלווה וגביית חוב, סימן ח, שהביא בשם ר' אברהם טיקטין (מחבר ספר פתח הבית), שהכלל "שלוחו של בעל הממון" תקף רק כשלבעל הממון יש אינטרס שממונו יגיע לאדם מסוים (כך הוא במתנה ובפירעון חוב). אבל לא כן הוא בעסקת מכר, שאין דעתו אלא על התמורה שהוא מקבל עבור הממכר. בדרך זו הוא מבאר את ההתעלמות של שו"ת משאת בנימין (סולניק), סימן צז, מחריג זה ('משאת בנימין' פוסק שהנכרי יכול לשמש שלוחו של נכרי אחר לקנות חמץ מיהודי ערב פסח, אף על פי שנכרי אינו יכול לשמש כשלוחו של המוכר, "בעל הממון", שהרי הוא יהודי. פסק זה מובא בהסכמה במגן אברהם, סימן תמח, ס"ק ד).

414 ראה דבריו, שם, סימן טו, ד"ה וכל זה. וראה על כך דברינו להלן, סעיף 7, הערה 32.

של שליחות לקנייה אלא כשקנה השליח באשראי[415].

אחרים מסכימים שאין תוקף לשליחות לקנייה כשקנה השליח באשראי. אולם בשונה מ'מחנה אפרים', הם סבורים שתוקפה של הקנייה כשהמוכר מקבל לידו תמורה בשעת ביצוע העסקה, יסודו בדיני השליחות (ולא במסלול עוקף שליחות). הם מסבירים שבשונה מקבלת מתנה או מגביית חוב, שאינם בכוחו של השולח, ועל כן זקוק השליח להתמנות גם על ידי "בעל הממון", הנותן, אם יש לשולח כסף, יש בידו כוח קנייה שהוא יכול להעביר לשליח, ובכגון זה אין צורך שהשליח יהיה גם שלוחו של "בעל הממון", המוכר[416].

ו. סיכום

סקירת המקורות לדין "שלוחו של בעל הממון", המצמצם למעשה את דין השליחות, העלתה שקיומו של הדין והיקפו אינם נקיים מספקות. יש הדוחים אותו מכל וכל[417], ויש המצמצמים אותו. רוב הדיונים בו נושאים אופי תאורטי, ומעטות ביותר הן ההתייחסויות לדין זה בספרות השאלות והתשובות הלכה למעשה[418], ואלה באות בעיקר בהקשרים דתיים (דיני איסור והיתר), כגון מכירת חמץ[419].

[415] לכאורה, דין "שלוחו של בעל הממון" מצמצם גם את תוקפה של השליחות כאשר השליח פועל בשליחות נסתרת, שכן מאחר שהמוכר אינו מודע לעובדה שהשליח פועל כשליח, אין הוא מתכוון למנותו כשלוחו. ואכן בדיוננו להלן בסעיף 7, הערה 53, נראה שיש מן הפוסקים שהעירו על כך. אבל השווה חידושי רבי שמעון יהודה הכהן (שקאפ), בבא מציעא, סימן יז, ד"ה ולפמש"כ. לדעתו, אין בדין זה כדי לבטל את תוקפה של שליחות נסתרת, שכן לדעתו, בעל הממון אינו צריך למנות את השליח להיות גם שלוחו, ודי שיהיה כשר לכך. והוא כעין הפרשנות שראינו בדברי התוספות, לעיל, הערה 394, בשם אבי עזרי. ואכן ראה חוות דעת, יורה דעה, סימן קסט, ס"ק י. וראה עוד חקר הלכה (לנדא), אות ש, בעניין שליחות, ס"ק ה.

[416] ראה חידושי רבי שמעון יהודה הכהן (שקאפ), בבא מציעא, סימן יד, אות ג, ד"ה וע"כ נ"ל. וראה שיעורי רבי שמואל (רוזובסקי), גיטין יא ע"ב, אות רו.

[417] ראה לעיל, הערה 399.

[418] להיזקקות לדין זה בדיני ממונות, ראה: שו"ת שואל ומשיב, מהדורא תליתאה, חלק ג, סימן ז, ד"ה והנה בשנת; שו"ת מהר"ש (ענגיל), חלק ז, סימן קצג, ד"ה אך לכאורה; שו"ת הרב"ז (שפרן), חלק ג (חו"מ), סימן ח, ד"ה דהנה. וראה עוד פסקי דין ירושלים ט, עמ' נד, בעמ' סג־סד (פסק דינו של הדיין הרב יהושע ווייס בעניין קבלת הלוואה על ידי שליח).

[419] ראה לעיל, הערה 412. להיבט נוסף בעניין מכירת חמץ, ראה שו"ת מהר"ש (ענגיל), חלק ז, סימן ל, ד"ה והנה לכאורה.

סעיף 2

דין השליחות

דין השליחות

2. שלוחו של אדם כמותו, ופעולת השלוח, לרבות ידיעתו וכוונתו, מחייבת ומזכה, לפי העניין, את השולח.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 95

פרק שני: המקור הנורמטיבי למוסד השליחות 96

פרק שלישי: תאוריית השליחות – "שלוחו של אדם כמותו" 101

א. מבוא 101

ב. תאוריית ייחוס התוצאה 102

ג. תאוריית ייחוס הפעולה 104

ד. סוגיית "שליח נעשה עד" לאור שתי התאוריות 105

ה. נפקויות בין שתי התאוריות 107

(1) שולח שנשתטה 107

(2) חזרת השולח ממטרת השליחות 109

(3) מינוי שליח שלא בפניו 109

(4) מינוי מוקדם 110

(5) חזרת השליח מביטול השליחות 110

ו. אימוץ שתי התאוריות בהתאם לנושא השליחות 110

ז. העברת כוח לשליח ותוצאותיה 113

(1) מבוא 113

(2) הגדרת הרשאה: מתן רשות ולא ציווי 113

(3) ביטול השליחות שלא בפני השליח 114

(4) שליח עושה שליח 114

פרק רביעי: "ופעולת השלוח" 115

א. שליחות פסיבית ("מידי דממילא") 115

ב. תחרות בין פעולת השולח לבין פעולת השליח 119

פרק חמישי: "לרבות ידיעתו וכוונתו" 121

א. זקיפת ידיעת השליח וכוונתו לשולח 121

ב. צירוף כוונת השולח לפעולת השליח 122

סעיף 2: דין השליחות

ג. צירוף כוונת השליח לפעולת השולח 124
(1) "דעת אחרת מקנה" 124
(2) "גדול עומד על גביו" 127

פרק שישי: "מחייבת ומזכה את השולח" 129

פרק שביעי: סיכום 129

פרק שמיני: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 130

פרק ראשון

מבוא

כבר אמרנו בפתח דבר לספר זה, שקשה להפריז בחשיבותו של מוסד השליחות בחיי המשק והכלכלה. מוסד זה מאפשר לאדם להרחיב את תחום פעילותו המשפטית אל מעבר לגבולותיו הפיזיים[1]. בלעדיו האדם היה נדרש לעשות את פעולותיו המשפטיות בעצמו, כשהוא נוכח בפעילות העסקית. אין לתאר חברה מתפתחת ומשק כלכלי יעיל בלא מוסד זה.

ונשאלת השאלה: על פי איזו טכניקה משפטית פעולתו של השליח מחייבת ומזכה את השולח? זוהי בתמצית שאלת התאוריה המשפטית של השליחות, אשר מאז ומעולם העסיקה את גדולי המשפטנים[2]. ברק סוקר בעניין זה תאוריות אחדות:

(1) תאוריית הזיהוי[3]. ביסודה, השליחות היא פיקציה, ולפיה השליח אינו אלא ידו הארוכה של השולח. על פי תאוריה זו, "הצהרת רצון השלוח אינה אלא הצהרת רצון השולח", ועל כן השליחות אינה סותרת את עקרונות האוטונומיה של הרצון הפרטי. אולם כנגד תאוריה זו נמתחה ביקורת בשל אופיה הפיקטיבי, שכן למעשה לא פעם אין התאמה בין רצון השליח לבין רצון השולח.

(2) תאוריית החוזה[4]. השליח אינו אלא מעביר לצד השלישי את הבעת רצונו של השולח עצמו (כמו שהיה עושה זאת בכתב). מובן אם כן שקבלת ההצעה על ידי הצד השלישי יוצרת חוזה ישיר בין השולח לבין הצד השלישי. לפי זה, השליחות מתיישבת היטב עם תאוריית החוזים הכללית. אך גם על תאוריה זו נמתחה ביקורת: "השלוח מפעיל רצון משלו, השונה מרצונו של השולח והעשוי, לעיתים, להיות בניגוד לו". אשר על כן, הטענה שהשליח מבטא את רצונו של השולח אינה אלא משחק מילים שאין לו כיסוי במציאות.

(3) תאוריית החוזה המועבר[5]. החוזה האמתי הוא בין השליח לבין הצד השלישי, והוא מחייב את השולח, שכן הוא מועבר מן השליח אל השולח במקביל ליציאתו של השליח מן התמונה. אולם גם תאוריה זו זכתה לביקורת, שכן אמנם החוזה בין השליח לבין הצד השלישי תואם את המציאות, אך לא ברור כיצד עובר החוזה מן השליח אל השולח.

(4) תאוריית כוח הייצוג[6]. השולח מעניק לשליח את כוחו לשנות את מצבו המשפטי כלפי הצד השלישי. על פי זה, מובן כיצד על ידי פעולתו הוא משנה השליח את מצבו המשפטי של שולחו כלפי צד שלישי. אמנם ייתכן שבשעת ביצוע פעולת השליחות, רצונו של השליח

[1] ראה ברק, סעיפים 161-162.
[2] ראה ברק, סעיפים 166-167.
[3] ראה ברק, סעיף 168.
[4] ראה ברק, סעיף 169.
[5] ראה ברק, סעיף 170.
[6] ראה ברק, סעיף 171 ואילך.

אינו תואם את רצונו של השולח, אולם השולח הוא שהחליט באופן עצמאי לתת לשליח את כוחו.

לדעת ברק[7], תאוריית כוח הייצוג היא המתאימה ביותר להסברת מוסד השליחות כפי שהוא מעוצב בחוק השליחות. אמנם החוק קובע בעקבות המשפט העברי ש"שלוחו של אדם כמותו", אולם ברק[8] מטעים שאין להסיק מזה שהחוק מאמץ את תאוריית הזיהוי: "אין הוראה זו מזהה את השולח עם השלוח. ההוראה אינה קובעת כי פעולת השלוח היא פעולת השולח. קביעת ההוראה היא נורמטיבית. משמעותה הינה כי במישור הזכויות והחובות פעולתו המשפטית של השלוח מביאה לשינוי בזכויותיו ובחובותיו של השולח. נמצא כי הפעולה המשפטית, פעולתו של השלוח היא... אכן, ביסוד השליחות מונחת ההבחנה בין פעולתו המשפטית של השלוח לבין תוצאותיה. הדיבור 'שלוחו של אדם כמותו' מפנה את תשומת הלב לתוצאה של פעולות השלוח".

לפני שנדון בתאוריית השליחות במשפט העברי, נבקש לעמוד על מקורו הנורמטיבי של מוסד השליחות במשפט העברי. מקור זה חשוב לא רק לגופו, אלא הוא משמש גם בסיס לדיונים שיבואו בהמשך החיבור. לאחר מכן נדון בשאלות שונות העולות בסעיף זה, כגון: האם תיתכן שליחות למחדל, או שמא אין שליחות אלא לפעולה אקטיבית? מה דין תחרות בין פעולת השליח לפעולת השולח? והאם אפשר לצרף את כוונת השולח לפעולת השליח ולהפך?

פרק שני

המקור הנורמטיבי למוסד השליחות

יכולתו של האדם להרחיב את כוחו המשפטי אל מעבר לגבולותיו הפיזיים, באופן שפעולתו של אחר, שנשלח על ידו, מזכה ומחייבת אותו כאילו פעל בעצמו, אינה מובנת מאליה, והיא זקוקה למקור נורמטיבי. הסעיף שלפנינו הוא המקור הנורמטיבי למוסד השליחות במשפט הישראלי. לדעת ברק[9], "החופש להעניק הרשאה לשלוח נגזר... מהאוטונומיה של הרצון הפרטי. אכן, החופש לעשות שליחות הוא חופש חוקתי והענקת הרשאה היא ביטוי לזכות החוקתית של כבוד האדם". במילים אחרות, אם חוק השליחות מאפשר לאדם לעשות פעולה משפטית באמצעות אדם אחר, הרי זה בעיקרו של דבר משום שזהו רצונו של האדם־השולח. החוק מכיר ברצון זה, מכבד אותו ונותן לו תוקף חוקי.

מן המפורסמות הוא שהכלל "שלוחו של אדם כמותו", הפותח את הסעיף הזה בחוק, שאוב ממקורות המשפט העברי[10]. בדברים שלהלן אנו מבקשים להתחקות אחרי מקורו הנורמטיבי של כלל זה במשפט העברי עצמו.

א. מדרש ההלכה. המשפט העברי עוסק בשאלת המקור הנורמטיבי למוסד השליחות, כפי

[7] ראה ברק, סעיפים 173־187, וסיכום הדברים בסעיף 189.

[8] ברק, סעיף 191.

[9] ברק, סעיפים 163־165.

[10] הביטוי מופיע במשנה רק פעם אחת בהקשר שאינו משפטי אלא בעניין שליח ציבור הטועה בתפילתו: "המתפלל וטעה, סימן רע לו. ואם שליח צבור הוא, סימן רע לשולחיו, מפני ששלוחו של אדם כמותו"

שעולה בבירור משאלת התלמוד[11]: "שליחות מנלן"? השאלה עולה בתלמוד בזיקה למשנה במסכת קידושין[12] הקובעת: "האיש מקדש בו ובשלוחו, האישה מתקדשת בה ובשלוחה". שאלה זו פותחת את אחת הסוגיות המרכזיות בתלמוד בענייני שליחות, וחלקה הראשון מוקדש כולו לחיפוש אחרי המקור הנורמטיבי. דומה שהשאלה אינה רק מהו המקור הנורמטיבי הפורמלי למוסד השליחות, אלא גם מהו היסוד הרעיוני של מוסד זה. להלן נייחד את דברינו לתיאור מהלכה של סוגיה זו.

בראש הסוגיה מובאים שלושה מדרשי הלכה מן המקורות התנאיים, בכל אחד מהם מקור נורמטיבי לשליחות בזיקה לתחום משפטי־הלכתי מוגדר: גירושין וקידושין, הפרשת תרומה וקרבן פסח. ואלה הם מדרשי ההלכה על פי סדר הופעתם בסוגיה:

(א) כתוב במקרא בעניין גירושין: "כי יקח איש אשה ובָעלה, והיה אם לא תמצא חן בעיניו כי מצא בה ערות דבר וכתב לה ספר כריתת ונתן בידה ושלחה מביתו. ויצאה מביתו, והלכה והיתה לאיש אחר. ושנאה האיש האחרון וכתב לה ספר כריתת ונתן בידה ושלחה מביתו... לא יוכל בעלה הראשון אשר שלחה לשוב לקחתה להיות לו לאשה" (דברים כד, א־ג).

על פסוק זה, שעיקר עניינו איסור החזרת הגרושה אם נישאה בינתיים לאיש אחר, בא מדרש הלכה שקשה מאוד לעמוד על הגיונו ועל שיטתו: "'ושלח' – מלמד שהוא עושה שליח. 'ושלחה' – מלמד שהיא עושה שליח[13]. 'ושלח' 'ושלחה' – מלמד שהשליח עושה שליח".

(ב) כתוב במקרא בעניין הפרשת תרומות על ידי הלויים: "כן תרימו גם אתם תרומת ה' מכל מעשרֹתיכם אשר תקחו מאת בני ישראל, ונתתם ממנו את תרומת ה' לאהרן הכהן" (במדבר יח, כח).

על פסוק זה בא מדרש ההלכה, וגם על פשרו קשה לעמוד: "אמר קרא: 'אתם' 'גם אתם' – לרבות את השליח".

(ג) בעניין קרבן פסח כתוב במקרא: "והיה לכם למשמרת עד ארבעה עשר יום לחדש הזה, ושחטו אתו כל קהל עדת ישראל בין הערבים" (שמות יב, ו).

גם פסוק זה נדרש כמקור לדין השליחות, הפעם במדרש מובן יותר, שכן הוא מבוסס על היגיון: "א"ר יהושע בן קרחה: מנין ששלוחו של אדם כמותו? שנאמר: 'ושחטו אותו כל קהל עדת ישראל בין הערבים'. וכי כל הקהל כולן שוחטין? והלא אינו שוחט אלא אחד! אלא מכאן ששלוחו של אדם כמותו"[14].

(משנה, ברכות ה, ה). וראה דיוננו לעיל, סעיף 1, פרק רביעי, ה(2), עמ' 73. למקורות נוספים לכלל זה, ראה להלן, הערה 14.

[11] קידושין מא ע"א.

[12] משנה, קידושין ב, א.

[13] לשאלה מדוע נדרש מקור נורמטיבי מיוחד ליכולת האישה למנות שליח לגירושין, ראה פני יהושע, שם, ד"ה שם דתניא ושילח. וראה להלן, סוף הערה 93.

[14] מדרש זה מופיע במכילתא דרבי ישמעאל, בא, מסכתא דפסחא, פרשה ה: "'ושחטו אותו' – וכי כלן שוחטין אותו? אלא לעשות שלוחו של אדם כמותו. מכאן אמרו: שלוחו של אדם כמותו". והשווה מכילתא דרבי ישמעאל, בא, מסכתא דפסחא, פרשה ג ("'ויקחו להם' – וכי כלן היו לוקחין? אלא לעשות שלוחו של אדם כמותו. מכאן אמרו: שלוחו של אדם כמותו"). והשווה ירושלמי, קידושין, פרק ב, הלכה א, המביא כמקור לדין השליחות רק שתי דרשות אלה, ואינו מזכיר את הדרשות האחרות שבתלמוד הבבלי.
יש להעיר שבמקורות תנאיים אחרים יש דרשות בעניין מקור דין השליחות, ויש מקום לדון ביחס שבין

בהתאם לאופיה הקזואיסטי של התורה, שהלכות מופיעות בה על דרך ההדגמה ולא על דרך ההפשטה, די היה לכאורה במדרש הלכה אחד, אף שהוא נאמר בהקשר מסוים (גירושין או תרומה או קרבן פסח), כדי להסיק על דרך ההכללה על קיומו של מוסד השליחות בכל נושא הלכתי־משפטי שהוא, כשאותה הלכה אינה משמשת אלא דוגמה ואב טיפוס לעיקרון כללי, מה שמכונה בלשון חז"ל "בניין אב". אולם התלמוד אומר שדרושים היו המדרשים השונים לבל יצומצם מוסד השליחות להקשר המסוים שהוא מופיע בו. אכן, בשל אופיו המיוחד של כל אחד מן ההקשרים שבהם מופיע מוסד השליחות, היה מקום לחשוב, מסביר התלמוד, שקיומו של המוסד מצומצם לאותו הקשר ושאין אפשרות להרחיבו ולהחילו בהקשרים אחרים. דומה שכוונת התלמוד אינה אלא להעלות רציונלים שונים למוסד השליחות כדי לדחות אותם ולהעמיד במקומם רציונל אחר שהוא העומד ביסוד מוסד זה.

כך לדוגמה, אומר התלמוד, היה מקום לחשוב שקיום מוסד השליחות בגירושין קשור בעובדה שבמהותם הגירושין הם פעולה משפטית חד־צדדית (שהרי עקרונית יכול הבעל לגרש את אשתו בעל כורחה). על פי השקפה זו, ניתן היה לראות את השליחות כביטוי נוסף לכוחו החד־צדדי של הבעל, ואין אפוא תחולה למוסד זה בהקשרים משפטיים שבהם אין לשולח כוח כזה. זאת ועוד, הגירושין אינם נושאים אופי פולחני או דתי, ועל כן, שמא מצומצם הוא המוסד לענייני חולין דווקא.

לעומתם, הפרשת תרומה מתייחדת בהיבט אחר, והוא "ישנה במחשבה", היינו שההפרשה אינה חייבת להתבצע בידיים ממש, ודי לעשותה בכוח המחשבה. ושוב ניתן היה לטעון שמוסד השליחות קשור לאופי מיוחד זה, ואינו אלא ביטוי נוסף לכוחו של התורם לפעול מעבר לגבולותיו הפיזיים[15].

וגם הקרבת קרבן פסח נושאת אופי ייחודי, שאולי הוא העומד ביסוד האפשרות לעשותה על ידי שליח, ואין להרחיבה מעבר לזה ש"רוב מעשיהם [של הקרבנות נעשים] על ידי שליח". דווקא קדושתו של הנושא מחייבת בו ריחוק מסוים ופעולה באמצעות מתווכים, ואם כן, אין מכאן ראיה שכלי זה קיים גם בעניינים פרוזאיים יותר, שאולי אין לעשותם אלא באופן בלתי אמצעי.

אולם הנחת התלמוד היא שעדיף לבסס את השליחות על רציונל אחד. מחד גיסא, קיום מוסד השליחות בגירושין מוכיח שהשליחות אינה קשורה דווקא לעניינים ש"רוב מעשיהם על ידי שליח", כמו קרבן פסח. מאידך גיסא, קיום מוסד השליחות בקרבן פסח מוכיח שהשליחות אינה קשורה בענייני חולין דווקא. המכנה המשותף היחיד בין גטין לבין קרבן פסח הוא היותם

דרשות אלה לבין הדרשות המובאות בסוגיית קידושין. ראה: תוספתא, תענית (ליברמן) ג, ב ("צו את בני ישראל ואמרת אליהם את קרבני לחמי', אי־איפשר לומ' כל ישראל, אלא מלמד ששלוחו של אדם כמותו"). רצף של דרשות יש בספרי זוטא יד, לד (והעיר ליברמן, תוספתא כפשוטה, תענית, עמ' 1103, שהדברים אינם מספרי זוטא אלא ממדרש ל"ב מדות (משנת רבי אליעזר), הוצאת ענעלאו, עמ' 154). וראה הרב ש' גורן, תורת המדינה, ירושלים תשנ"ו, עמ' 55־57. וראה עוד להלן, הערה 17.

דרשה נוספת מובאת על ידי רש"י לפסוק שנאמר בעניין המקלל "ורגמו אותו כל העדה" (ויקרא כד, יד): "במעמד כל העדה. מכאן ששלוחו של אדם כמותו". אבל ראה פסקי עוזיאל בשאלות הזמן, סימן נח (=שו"ת משפטי עוזיאל, חלק ב, אבן העזר, תל אביב תרצ"ח, סימן פח), אות ו, ד"ה ברש"י, שלדעתו דברים אלו הם הוספת תלמיד טועה. והשווה הרב אאל"ה זילברמן, "בעניין מחיית עמלק", הפרדס סז (תשנ"ג), חוברת ד, עמ' 19.

[15] וכעין זה ראה יד דוד (זיצנהיים), קידושין מא ע"ב, ד"ה וכי תימא.

פעולות משפטיות או הלכתיות, ומכאן שפעולה משפטית שהאדם עושה אותה בעצמו יכול הוא לעשותה גם על ידי שליח, כפי שמנסח זאת רש"י[16]: "הצד השוה שבהן, שישנן על ידי עצמו, ושלוחו כמותו".

דומה שזהו המקור הנורמטיבי לשליחות גם בדיני ממונות, כלומר גם לפעולות עסקיות כגון מכר וקנייה[17].

התלמוד מעיר שלפי זה נמצא שמדרש ההלכה בעניין הפרשת תרומה נעשה מיותר. ואכן התלמוד מציע לדרוש ממנו דרשה אחרת: "ואלא 'אתם', 'גם אתם' [שנאמר בעניין הפרשת תרומה] למה לי? מיבעי ליה לכדרבי ינאי, דא"ר ינאי: 'גם אתם' – מה אתם בני ברית, אף

[16] רש"י, קידושין מא ע"ב, ד"ה ותיתי מהנך.

[17] בהמשך הסוגיה (קידושין מב ע"א), התלמוד מציע מקור אחר למוסד השליחות, והוא שליחות הנשיאים להנחלת הארץ שעניינה בדיני ממונות ("ואלא הא דאמר רב גידל אמר רב: מנין ששלוחו של אדם כמותו? שנאמר: 'ונשיא אחד נשיא אחד ממטה', תיפוק ליה שליחות מהכא!"). וראה פני יהושע, שם, ד"ה גמרא אלא, שלדעתו לימוד זה נשאר גם למסקנה. וראה רקובר, השליחות וההרשאה, עמ' 19, ליד ציון הערה 30: "ומשאלת הגמרא על דברי רב שדרשה זו תשמש מקור לעקרון השליחות בכלל ('תיפוק ליה שליחות מהכא'), אנו למדים שאין להבחין בין דיני ממונות לתחומים אחרים. וכך אנו מוצאים את מוסד השליחות בדיני ממונות בהלכות רבות בתלמוד". והשווה שו"ת בנימין זאב, סימן קז, הטוען שדברי רב גידל אלו נדחו במסקנת הסוגיה. ואכן מצינו בדברי מקצת מן האחרונים שהשליחות בדיני ממונות נלמדת משאר המקורות המוזכרים בסוגיית קידושין. ראה לדוגמה: סמ"ע, סימן קפב, ס"ק א; חידושי מהר"ם שי"ק, גיטין עז ע"א, ד"ה גמ'; מהר"ם שיף, בבא מציעא י ע"ב, ד"ה רש"י ד"ה ת"ל. והשווה חיי הכהן (ר' יוסף הכהן מפלינסק), סוגיא דאין שליח לדבר עבירה (עמ' 53 ואילך), שהעלה לדיון את שאלת המקור לשליחות בדיני ממונות.

והשווה עוד חידושי חתם סופר, קידושין מא ע"א (חידושים אלה פורסמו לראשונה בכתב העת המאסף, שנה שישית (תרס"א), סימן כב), ד"ה שליחות, בהצעתו הראשונה. על פי הצעה זו, התלמוד מחפש מקור נורמטיבי למוסד השליחות רק לענייני מצוות, ולא לענייני ממונות, ושם ברור מסברה שהמוסד קיים. לדעתו, שאלת התלמוד "שליחות מנלן" אינה כוללת שליחות בענייני ממונות: "והנה מסברא נראה דהיינו בדברים המחודשים לישראל, כגון עשיית מצות או גיטין וקידושין וכדומה, מסברא חיצונה לא היינו אומרים שהשליח ימול בנו, ויעלה עליו הכתוב כאילו הוא מהלו, או לקנות לו אשה בדבורו, ויתחייב מיתה הבא עליה אחר כך, וכן לפטור אשה בגט הנקנית על ידי עצמו, ישלח שליח לפטרה, זה מנא לן [=מניין לנו]? אבל בעניני עולם, לקנות ולמכור ולתת וכדומה, הסברא חיצונה שיהיה שלוחו כמותו" (בהמשך הדברים הוא דוחה את דברי רב גידל בעניין ירושת הארץ כמקור לשליחות בדיני ממונות: "והא דאמר רב גידל: מנא לן ששלוחו כמותו, מ'נשיא אחד למטה', משמע לולי כן לא הוי ידעינן. הא מסקינן דמיירי מאפוטרופוס לחוב על מנת לזכות, אבל זולת זה לא צריך קרא"). אבל בהמשך דבריו שם, ד"ה שבתי וראיתי, מעלה חתם סופר תזה הפוכה, ולפיה הנחת היסוד של התלמוד היא שבעיקרון, לא היה צורך לחפש בתורה מקור למוסד השליחות (אף לא למצוות, ולא רק לענייני עולם), שכן "הסברה החיצונה" מחייבת את הכלל "שלוחו של אדם כמותו" בכל עניין. ולא נדרש התלמוד לחפש מקור למוסד השליחות אלא משום שיש שני מדרשי הלכה שבהם ציינה התורה את קיום מוסד השליחות (טביחה ומכירה בגנב, ושליחות יד בשומר), ומאחר שהכלל הוא ש"שני כתובים הבאים כאחד אין מלמדים" (ורואים אותם כיוצאי דופן), נאלץ התלמוד לחפש מדרשי הלכה אשר מכוחם ניתן יהיה להחזיר על כנה את הסברה החיצונה לקיום מוסד השליחות הן בענייני מצוות והן בענייני עולם. יוטעם אפוא שעל פי גישה זו, מדרשי ההלכה הם למעשה המקור לשליחות גם בענייני עולם, אם כי תפקידו של מדרש ההלכה הוא רק להחזיר על כנה את הסברה החיצונה. והשווה המובא בשמו של חתם סופר להלן, ליד ציון הערה 22, שעולה משם ש'חתם סופר' חזר בו מהבחנה זו בין שליחות בענייני ממונות ובין שליחות במצוות (שכן רק על שליחות לפירעון חוב אמר שיסודה בהליכות עולם).

שלוחכם בני ברית". לשון אחר, פסוק זה משמש מעתה מקור לפסול את מי שאינו בן ברית מלשמש כשליח[18].

נראה שפסול זה עומד גם הוא ביסוד הרציונל של השליחות. היסוד הרעיוני לקיום מוסד השליחות, המאפשר לאדם להשיג תוצאה משפטית באמצעות פעולתו של חברו, הוא לא רק כיבוד רצונו של השולח המעוניין שהשליח יפעל עבורו, כפי שנוקט ברק[19], אלא גם קיומה של שותפות בסיסית ביניהם. אם השליח יכול לפעול במקומו של השולח, הרי זה משום שקיימות זיקה ושותפות מוקדמת ביניהם[20]. כאשר שניהם בני ברית, מתקיימת אותה שותפות מינימלית המחברת בין השולח לבין שלוחו ומאפשרת לזקוף לשולח את התוצאות המשפטיות של פעולת השליח[21].

ב. הליכות עולם. לדעת 'חתם סופר'[22], לצד השליחות שמקורה הנורמטיבי במדרש הכתוב, קיימת שליחות שמקורה הנורמטיבי ב"הליכות עולם", כלומר שליחות שמקורה הוא השכל הישר ונוהג העולם. כך לדוגמה, שליחות לפירעון חוב. על פי השכל הישר, אם פרע אדם את חובו באמצעות שליח, מיוחס הפירעון לשולח והוא נפטר מהחוב. דומה שסוג שליחות זה מתייחס לאותן פעולות משפטיות שהדין אינו מחייב את בעל הדבר לבצען בעצמו (אין

[18] על פסול זה, ראה בהרחבה דיוננו על סעיף 4.

[19] ראה לעיל, הערה 9.

[20] ראה שמועות ראי"ה, ירושלים תרצ"ט, פרשת וישלח, עמ' עא, דברי הרב קוק: "ודרשינן בגמרא: מה אתם בני ברית, אף שלוחכם בני ברית, ומוצאין מזה עכו"ם שאינם בגדר שליחות. כי הכח של שליחות, במה שהשליח מוציא את ידי חובתו של המשלח, הוא מטעם התחברות של השליח עם המשלח, שהם כמו אחד. ולכן, בשעה שהשליח עושה את הפעולה, הרי הוא כאילו המשלח עשה מצוה זו. ומכיון שישראל הנם בני ברית, שכולם קבלו את התורה ונכנסו בברית אחת, דכתיב 'לעברך בברית ה'', יכול כל אחד להוציא את השני ידי חובתו. עכו"ם, שאינם בני ברית, אינם בגדר התחברות עם ישראל, ואין שליחות לעכו"ם". וראה עוד שם, פרשת לך לך, עמ' כה־כו: "מקור השליחות הוא מקור הכלליות והערבות שבישראל, דכתיב 'ושחטו אותו כל ישראל' (שמות יב, ו). וכי כל הקהל שוחטים? אלא מכאן ששלוחו של אדם כמותו. ומקור הכלליות והערבות הוא הציווי שכל ישראל נצטוו בצווי אחד, ולכן כל אחד יכול להוציא את השני ידי חובתו. צו וציווי הוא גם כן לשון צוותא, לשון התחברות, ולהתחברות לא יכולים להגיע בלי קדושת מצות הברית, חותם היהדות, ובלי קדושת ארץ ישראל, מקור המצוות ומקור הנבואה". וראה גם האדמו"ר מנחם מנדל שניאורסון מלובביץ', ליקוטי שיחות לג, ברוקלין תשנ"ד, עמ' 113. ועוד ראה הרב ש' רפפורט, "חדשים גם ישנים", קובץ שפתי כהן, [חמ"ד] תש"ס, עמ' 271, בעמ' 273־274 (פורסם תחילה בעלון הקשר של ישיבת "שבות ישראל", תשנ"ח); הרב י' ויצמן, "קרבן פסח – קרבן יחיד או קרבן ציבור", מיטב הארץ, מעלות תש"ע, עמ' 144, בעמ' 153.

[21] ואמנם בדיוננו לעיל, סעיף 1, הערה 232, ראינו שכאשר קיימת זיקה אחרת בין יהודי לבין נכרי, כגון שהם שותפים, יש פוסקים הסבורים שהנכרי יכול לשמש כשלוחו של היהודי בכל מה שנוגע לעסק המשותף.

לדברינו כאן, השווה א' גולאק, יסודי המשפט העברי, ברלין תרפ"ב, ספר ראשון, עמ' 42־43: "עוד בתקופות קדומות של תורת המשפטים העברית התפתחה בה השליחות במדה מרובה. להתפתחות זו עזרו בלי ספק פזור ישראל בארצות גלותו והקשר המעשי והדתי שהיה קיים עוד בימי הבית השני בין חלקי האומה בארצות שונות. קיום המצוות המעשיות התלויות בארץ, או גם מצוות אלו, שיכלו להתקיים רק במקום המקדש, הוליד את הצורך להשתמש בשלוחים שיהיו כמותו של המשלח. מסבה זו, בשביל ההשתמשות בשלוחים לצרכי דת ולקיום המצוות, יש לשליחות העברית אופי דתי, סקרמנטלי שנשמר בה תמיד, והניכר ביחוד בזה, שהמשלח והשליח צריכים להיות בני ברית". וראה דיוננו על סעיף 4, הערה 67.

[22] שו"ת חתם סופר, אורח חיים, סימן רא. והשווה שו"ת שבט הלוי, חלק ט, סימן רצד, ד"ה ודן. וראה משפטי השליחות, שער שני, סימן ג, ענף ה, אותיות ה־ח, שדן בדברי חתם סופר. וראה להלן, הערה 34.

חובה עקרונית שהפירעון יתבצע על ידי החייב דווקא), להבדיל מאותן פעולות שלולי הכלל "שלוחו של אדם כמותו", חייב היה בעל הדבר לבצען בעצמו.

כפי שנראה בדיוננו על סעיף 4, החשיבות העיקרית להבחנה בין שני מקורות נורמטיביים אלה היא לעניין כשרות השליח, שכן שליחות שמקורה בהליכות עולם אינה כפופה לכללי הכשרות התורניים, ולמעשה אינה כפופה לכללי כשרות כלשהם. פירוש הדבר הוא אפוא שבסוג זה של פעולות, יכולים גם הקטן ומי שלקוי בשכלו לשמש כשלוחים, והשולח ייחשב כמי שעשה את הפעולה בעצמו. ואמנם כך קובע במפורש 'חתם סופר': "אבל הך שלוחו כמותו הוא מדיני הליכות עולם... אפילו על ידי קטן, יד השליח כיד הבעל הבית ממש, והמערב שלוחו כמותו האמור אצל פירעון חוב עם שארי שלוחו כמותו, הרי זה מערב כלאים".

לאחר שבירורנו את מקורות דין השליחות, נעבור לדון בתאוריית השליחות.

פרק שלישי

תאוריית השליחות – "שלוחו של אדם כמותו"

א. מבוא

שאלת תאוריית השליחות, וליתר דיוק שאלת המכניזם של השליחות, נידונה בהרחבה יתרה בדורות האחרונים על ידי פרשני התלמוד והפוסקים, ובמיוחד על ידי ראשי הישיבות. דיון תאורטי זה בא הן לצורך הבנת המוסד בכללו והן לצורך יישומו הלכה למעשה.

השאלה המרכזית שהציבו העוסקים בתאוריית השליחות היא, מי נחשב מבחינה משפטית לעושה הפעולה ("בעל הדבר")? האם השליח הוא עושה הפעולה, ורק תוצאות פעולתו מיוחסות לשולח[23], ולפי זה עניינה של השליחות הוא שהשליח פועל למען שולחו (ייחוס התוצאה)? או שמא השולח הוא שנחשב כמי שעושה את הפעולה, ולפי זה עניינה של השליחות הוא שהשולח פועל באמצעות שלוחו (ייחוס הפעולה)?[24].

[23] בדומה לתאוריית כוח הייצוג שאימץ ברק, ראה לעיל, ליד ציון הערה 7.

[24] להצגת השאלה בדרך זו, ראה: שו"ת שרידי אש, ירושלים תשנ"ט, חלק א, סימן י, אות ב; דיברות משה, גיטין, סימן כ, ענף ד, ד"ה ומתקיף; מנחת אשר (וייס), גיטין, סימן טו, אות א, ד"ה בקצות ("להרמב"ם... משעה שנתמנה השליח, נעשה הוא כבעל דבר ויש לו כח לגרש או לקדש וכדומה. אך הטור הבין... וכח המשלח לא נעתק אליו, ואינו אלא כידא אריכתא דמשלחו וכחומר ביד היוצר". ושם בהמשך: "תמצית הדברים, להרמב"ם השליח פועל למען משלחו, ולשיטת הטור המשלח פועל על ידי שליחו". על המחלוקת בין הרמב"ם לבין הטור, שבזיקה אליה נאמרו הדברים, ראה להלן, ליד ציון הערה 44); אמרי בינה (אוירבך), חו"מ, דיני גביית חוב, סימן כט, ד"ה ולכאורה (רט ע"א): "אם נאמר דידו של השליח נעשית כיד המשלח, דהשליח מוסר כחו וידו להמשלח, או דהמשלח מוסר כחו ורשותו להשליח, והשליח נעשה שליט על עסק השליחות". וראה עוד דבריו שם, יורה דעה, דיני נדרים, סימן יג (נג ע"ב), ד"ה וראיתי ברדב"ז: "מה הוא כחו, אם השליח נעשה כמשלח, היינו דידו ועשייתו נעשתה כיד דמשלח, או שהשליח יש לו כח של המשלח". וכך יש להבין גם את דבריו שם, חו"מ, קונטרס בדיני קניינים, סימן ח, ד"ה ובגוף חקירת הקצה"ח: "אם אמרינן דהמשלח מוסר כחו להשליח, וכל מה שהשליח עושה הוי כאילו המשלח עושה... או שנאמר דהשליח מוסר כחו וזכותו להמשלח, והשליח נעשה כיד המשלח" (וסרה טענתו של

ב. תאוריית ייחוס התוצאה

על פי תאוריית ייחוס התוצאה, השליח הוא שעושה את הפעולה מכוח אישיותו המשפטית, כאילו הוא "בעל הדבר", אלא שבמקום שיתייחסו אליו התוצאות המשפטיות או ההלכתיות של פעולתו, הן מתייחסות לשולח[25].

לכאורה, גישה זו של ייחוס התוצאה אפשרית אך ורק בפעולות שבהן יש משמעות לפעולת השליח גם שלא במסגרת השליחות, כגון בשליחות לדבר מצווה או לדבר עברה, שכן בכגון אלו, פעולת השליח עומדת בזכות עצמה, ותפקיד השליחות אינו אלא לייחס את התוצאה

אטינגר, פרקי שליחות, עמ' 38, הערה 69, ולפיה דברי 'אמרי בינה' אלו דחוקים). וראה עוד סוגיות בדיני ממונות (הרב מרדכי דוד כהן), ירושלים תשנ"ז, סימן ח (עמ' 77).

לא ברור מי העלה חקירה זו לראשונה. חלק מן האחרונים מפנים לספר מוצל מאש לר' ישכר בעריש פרגר (למברג תרכ"ה), חידושים למסכת גיטין יא ע"ב, ד"ה והנה כבר (וראה עוד שם, כג ע"א, ד"ה בגמ' בעי מיניה), המייחס חקירה זו לרשב"א (וראה שו"ת בית יצחק (שמלקיש), יורה דעה, חלק א, סימן יד, אות ה, שהעיר על כך: "לא מצאתי לעת עתה ברשב"א"). ובלשונו: "או דהמשלח מקנה כחו לשליח, ועשיית השליח [יש לה אותה תוצאה] כאלו עשה המשלח, כיון דהמשלח הקנה לו כחו, או דיש לומר דהשליח מקנה כחו למשלח, ועשיתו יהא כחצר ושליח המשלח (ולא כידו, כיון דאינה סמוכה לו)". אבל אפשר שקדם לו ר' שלמה קלוגר. ראה לדוגמה בספרו על מסכת ביצה, בגדי יום טוב (נדפס בלמברג בשנת תרנ"א, לאחר מותו), פרק ה, לט ע"א, ד"ה רש"י ד"ה ר"ש (עמ' קס): "או דהשליח מקנה כוחו להמשלח ונעשה הוא של המשלח. או להפך, המשלח מקנה כוחו לשליח, ויזכה הוא [השליח] בכוח המשלח [וממילא תוצאת פעולתו תיוחס לשולח]".

לדיוננו במהות השליחות, השווה: רקובר, השליחות וההרשאה, עמ' 15, הערה 17; י' שמשי, הגדרות השליחות (ויסודותיה) במשפט העברי (כפי הבנת גדולי ה"אחרונים"), חיבור לשם קבלת תואר מוסמך בדיני ישראל, אוניברסיטת תל־אביב, תל־אביב תשמ"א, עמ' 10 ואילך; אטינגר, פרקי שליחות, פרק ראשון, עמ' 15־42; י' אטון, "חקירת האחרונים במהות השליחות", פורסם (ללא תאריך) באתר ישיבת ירוחם http://tinyurl.com/shlihut-atun; מ' אברהם, י' בלפר, ד' גבאי וא' שילד, לוגיקה של שליחות בתלמוד, לונדון 2012, פרק שלישי, עמ' 46־92 (תודתי לפרופ' ברכיהו ליפשיץ, שעם סיום העבודה על הספר הנוכחי, הסב את תשומת לבי לספר חדש ומקורי זה הבוחן חלק מן הסוגיות המרכזיות בדיני השליחות בעיקר מתוך בחינת המכניזם של השליחות כיפוי כוח או כ"ידא אריכתא").

[25] כך נוקט לדוגמה ר' אלחנן וסרמן: קובץ שיעורים, כתובות, אות רנג; קובץ שמועות, בבא מציעא, אות ח, ד"ה ובדברינו. כך נוקט גם ר' שמעון שקאפ, ראה: חידושי רבי שמעון יהודה הכהן (שקאפ), בבא מציעא, סימן י; סימן יב, אות ב ("שליחות על מעשה לא שייך כל כך, רק היכא דאיכא במעשה איזה תכלית שהוא מתיחס על המשלח, אבל עצם הפעולה היא של השליח"); שיעורי רבי שמעון יהודה הכהן (שקאפ), ירושלים תשל"ד, קידושין מא ע"ב, ד"ה והנה דברי (עמ' מו); "גדרי שליחות ושליחות לדבר עבירה", מוריה, שנה יח, גיליון ג־ד (טבת תשנ"ב), עמ' לב, אות א. וראה מה שהרחיב בדבריו בחידושי רבי שמואל, בבא מציעא, סימן יד, אות יא, ד"ה אולם. וראה עוד שיעורי רבי שמואל, בבא מציעא י ע"ב, "בגדרי שליחות מעשה", אות קסה, ד"ה והנתיבות. וראה בדיוננו על סעיף 1, ליד ציון הערה 48.

נדגיש שהגדרה זו נכונה לדעתם הן בשליחות לפעולות משפטיות הן בשליחות לפעולות מעשיות (כפי שהטעים בחידושי רבי שמואל, שם, בדעת רבו, ר' שמעון שקאפ: "דבשליחות דמעשה נמי, אין הגדר דהוי כאילו המשלח עשה את העשייה של השליח, אלא שתוצאת המעשה בלבד היא מתייחסת למשלח"). כך לדוגמה גם בשליחות לדבר עברה (במקום שיש שליחות כזאת, ראה דיוננו על סעיף 1), הייחוס הוא של התוצאה בלבד. ראה: קובץ שיעורים, כתובות, אות רנג, המטעים שהעברה היא נושא לשליחות רק בעברות שהקפידה בהן התורה על התוצאה, והיא, ורק היא, מיוחסת לשולח (ולא הפעולה). וראה עוד הרב שמעון שקאפ, "קונטרס בענין שליחות לדבר עבירה ולדבר מצוה", אוהל חייא (לזכר הגרח"א צוובנר), בני־ברק תשס"ו, עמ' תשסו. וכעין זה ראה משפטי שמואל (רבינוביץ), שמעתתא דשליחות, פרק ראשון, אות ה. וראה להלן, הערה 62.

לשולח. אך כיצד אפשר להבין, על פי גישה זו, שליחות לפעולה אישית של השולח, כגון גירושי אשת השולח, הלוא פעולה זו היא חסרת משמעות כשהיא נעשית על ידי השליח? וכך אפשר לשאול, כיצד אפשר להבין על פי גישה זו שליחות למכירה, הלוא הנכס הנמכר אינו של השליח ואין בכוחו למכרו? על כורחנו צריך לומר שבנושאי שליחות מעין אלו מתרחש תהליך מקדמי הפוך (היינו מן השולח לשליח) שבו מקבל השליח מלבד מינויו כשליח גם את הכוח המשפטי לעשות את הפעולה[26]. תהליך זה מתרחש, כך נראה, בשעת המינוי[27].

אשר לשאלה כיצד עובר כוח זה לידי השליח, מצאנו שני תיאורים מרכזיים באחרונים: יש מהם המתארים תהליך זה כפעולה קניינית שבה השולח מעביר לשליח את כוחו בלבד (ולא את זהותו)[28], ואילו אחרים מתארים מעבר זה מן השולח לשליח כפועל יוצא של זהות ביניהם. לשון אחר, לצורך ביצוע הפעולה, "עברה" כביכול ישותו המשפטית של השולח לשליח[29]. וכך מצינו שרבים מן הדנים בתאוריית השליחות, רואים בזהות שבין השולח לבין השליח מרכיב מרכזי בגישה זו[30].

[26] ראה הרב א"ד שפירא, בירורי סוגיות, קידושין, תל־אביב תשנ"ז, סימן כ, אותיות ד־ה. והשווה ניסוחו של ר' שמעון שקאפ, שערי יושר, שער ז, פרק ז, ד"ה אבל, וד"ה דהנה. וביתר פירוט ראה דבריו, "בדין שליחות וזכיה בגט שחרור", אוהל יצחק – גיטין (בעריכת הרב הלל מן), ירושלים תשס"ה, עמ' תקלג, בעמ' תקלד, אות ג (והשווה דיוננו על סעיף 1, נספח ראשון, ליד ציון הערה 358. שם הבאנו גישה, ולפיה אין שליחות אלא בקבלת כוח מן השולח, ואילו פעולה שהשליח יכול לעשותה בכוחות עצמו אינה נושא לשליחות כלל. וראה מכתב סופר (לר' שמעון סופר, בנו של 'חתם סופר'), חלק ב, ליקוטים, ס"ק ה (קלג ע"ב), הדן בשליחות לדבר עברה לפי גישה זו).

בהתאם לגישה זו, דנים אחרונים אלה בשאלה מדוע החליצה אינה יכולה להיות נושא לשליחות, ומסבירים שהחליצה אינה כוחו של השולח, אלא רק תנאי לתחולת תוצאה שאינה בשליטתו של השולח אלא מוחלת בעל כורחו על ידי הדין (שהרי גם חליצה מוטעית כשרה). ראה לדוגמה לשונו של ר' אלחנן וסרמן, קובץ הערות, סימן עו, אות ז: "היכא שהדין חל מאליו על ידי המעשה [כמו בחליצה], לא שייך שימסור כוחו להשליח, דגם הוא בעצמו אין לו כוח להתיר או לאסור". וכך נוקט גם ר' שמעון שקאפ, ראה: שערי יושר, שער ז, פרק ח, ד"ה ועפ"י; אוהל יצחק, שם, עמ' רסא.

[27] ראה דיוננו על סעיף 3, פרק רביעי, עמ' 153 (שם אנו דנים בשאלה זו בזיקה לשאלת המינוי המוקדם), ודיוננו על סעיף 16, הערה 150 (שם אנו דנים בשאלה זו בזיקה למינוי שליח משנה).

[28] ראה לדוגמה שו"ת שרידי אש, ירושלים תשנ"ט, חלק א, סימן י, אות ב: "המשלח מוסר כוחו המשפטי להשליח, והשליח יש לו דין בעלות בפעולתו". וראה עוד להלן, הערה 39.

[29] ראה שערי יושר, שער ז, פרק ז, ד"ה ולכן נלענ"ד דענין: "דהנה מה דאמרינן דלענין כל הקנינים נעשה השליח במקום הבעלים, בעל כרחך היא שלא מחמת מסירת הכח של הקנאה והפרשת תרומה. דאם היה אפשר למסור לאחר כח גירושין והקנאה, למה צריך כלל ענין השליחות. אלא שעל ידי זה שהשליח הוא במקום הבעלים, על ידי זה משיג ומקבל השליח כוח גירושין והפרשת תרומה, מחמת שדין שליחות משווהו להיות כבעלים לדבר זה ששלחו". וראה דיוננו בנספח לסעיף 8, הערה 167.

[30] על פי תפיסתם של מפרשים אלה, האפשרות להגדיר את השליחות כייחוס התוצאה נעשית מכוח הפיקציה שהשליח לובש כביכול את אישיותו של השולח, ומכוח זהות זו הוא הופך לבעל הפעולה, ורק תוצאתה מיוחסת לשולח. כך עולה מתיאורם את תאוריית ייחוס התוצאה לעומת תיאורם את תאוריית ייחוס הפעולה. ראה: חלקת יואב, חו"מ, סימן ג, ד"ה ובגוף ("עיקר שליחות מהו? אם גוף השליח נעשה כמשלח [והשליח הוא בעל הפעולה]... [או] אם ענין שליחות הוא שפעולת השליח נתייחס למשלח". וראה עוד שם, אבן העזר, סימן לא, ד"ה ונראה לפענ"ד דהנה: "דיש שליח שנעשה כהמשלח, ויש שליח דהוא להיפך, דהפעולה של השליח נתייחס להמשלח"); אור שמח, הלכות גירושין, פרק ב, הלכה טו ("אם נאמר דרק הפעולה של השליח הוי כאילו פעל המשלח [ייחוס הפעולה]... אבל אם נאמר שהמשלח הוא עושה השליח כגופו, וידו של השליח חשוב כידו של המשלח [ומכוח זהות זו נחשב השליח כבעל הפעולה, ורק תוצאתה מיוחסת

ג. תאוריית ייחוס הפעולה

על פי תאוריית ייחוס הפעולה, השולח הוא בעל הפעולה, ועוד לפני שחוללה הפעולה תוצאה משפטית, היא מיוחסת לשולח ומקבלת את משמעותה אצלו, וכפועל יוצא מכך חלות עליו תוצאות הפעולה. כך הוא בשליחות למצוות או לדבר עברה, וכך הוא בשליחות לפעולה משפטית (כגון קנייה או מכירה).

גישה זו מופיעה במגוון סגנונות: יש המדברים על ייחוס הפעולה גרידא[31], ויש המתארים את ייחוס הפעולה כפועל יוצא של זהות בין השולח לבין השליח, במובן זה שאישיותו המשפטית של השליח נבלעת כביכול באישיותו של השולח, וכך הופך השליח למעשה לידו הארוכה של השולח[32].

לשולח]". עולה בבירור שהאפשרות לראות את השליח "כגופו" משמעה שהשליח הוא "בעל הפעולה" ולובש כביכול את זהותו של השולח. וראה עוד שם, פרק ג, הלכה יב); אפיקי ים, חלק ב, סימן מד ("אם השליח הוי ליה כגוף המשלח, וידו כידו, או דרק הפעולה של השליח הוי כאלו פעל המשלח").

יש לשים לב לכך שתפיסת זהות זו שונה לחלוטין מן התפיסה של המפרשים שנראה להלן (ליד ציון הערה 32), המשתמשים גם הם בפיקציית הזהות, אך כדי לתאר את השליחות כייחוס הפעולה דווקא. לגישתם, השולח הוא שלובש כביכול את אישיותו של השליח, ומכוח זהות זו הוא נחשב לבעל הפעולה, והשליח משמש רק כידו הארוכה.

31 ראה לעיל, הערה 30, כיצד מתארים המפרשים המצוטטים שם את תאוריית ייחוס הפעולה.

32 ראה לדוגמה שו"ת בית אב"י (ליבס), חלק ד, אבן העזר, סימן קפ, ס"ק י: "או דאמרינן דיד השליח כמו יד המשלח, כלומר דאשתרבובי אישתרבב יד המשלח כמו בבת פרעה, כדאיתא בש"ס סוטה (דף יב ע"ב) על הפסוק 'ותשלח את אמתה' (שמות ב, ה)".

לעיל, הערה 30, עמדנו על ההבדל בין המפרשים הנזקקים לפיקציית הזהות כדי להסביר את תאוריית ייחוס התוצאה דווקא לבין המפרשים שאנו מציינים כאן, הנוקטים גישה הפוכה ומשתמשים בפיקציה זו לצורך הסברת תאוריית ייחוס הפעולה, ואילו להסברת תאוריית ייחוס התוצאה הם סבורים שהשליח שומר את ישותו שלו, ורק תוצאת פעולתו מיוחסת לשולח. וראה עוד לדוגמה שו"ת עונג יום טוב, סימן קיג. הוא אמנם דוחה את תאוריית ייחוס הפעולה, אבל מתוך דבריו נראה שכך הוא מבין אותה: "אין הכוונה שמחשבין ממש לכל הפרטים כאלו המשלח עשה דבר זה וגופו כגופו [כלומר, ייחוס הפעולה מכוח הזהות], רק ששלוחו יש לו כח לעשות דבר זה כמו המשלח, שיועיל מעשה השליח כמו מעשה השולח [כלומר, ייחוס התוצאה]". וראה אפיקי ים (לעיל, הערה 30), שעמד על הבדל זה בין גישת 'עונג יום טוב' לגישתו שלו.

וראה עוד לקח טוב (ענגיל), כלל א, שמעלה שלוש אפשרויות להבנת מהות השליחות: 1) "גופו של שליח נחשב כגוף המשלח"; 2) "המשלח, לאדם אחר נחשב, רק שהמעשה... מתייחסת למשלח, ונחשב שהמשלח עשה המעשה"; 3) "גם המעשה איננה מתיחסת למשלח... רק שהתורה גזרה שאף שאדם אחר עשה את המעשה... עם כל זה, כיון ששלחו לכך, מועלת המעשה של האחר עבורו כאלו הוא עשאה". נראה ששתי האפשרויות הראשונות שבדבריו הן לפי תאוריה זו, שהפעולה מתייחסת לשולח (לעומת האפשרות השלישית שהתוצאה בלבד מיוחסת לשולח), וההבדל ביניהן הוא בשאלה אם ייחוס הפעולה נעשה מכוח הזהות ביניהם דווקא אם לאו. לניתוח שלוש האפשרויות בדרך זו, ראה: שו"ת שבט הלוי, חלק ד, סימן קסט; הרב אהרן בן ציון הלפרין, "בגדרי שליחות", קובץ הערות וביאורים (אהלי תורה), חוברת תתפד (תשס"ד), עמ' 38. והשווה: הרב אליהו נתן סילברברג, "בגדרי שליחות", קובץ הערות וביאורים (אוהלי תורה), חוברת תתפב, עמ' 44; שם חוברת תתפד, עמ' 43; הרב יהודה לייב לפלר, "בגדרי שליחות", זרע יעקב (סקווירא) ב־ג (תשמ"ה־תשמ"ו), עמ' ס.

לכאורה, תפיסת זהות זו (שהשולח "בולע" כביכול את השליח שהופך לחלק ממנו), עולה מן הדעה, ולפיה הפטור מאחריות על פיקדון כשהשומר העסיק את המפקיד בשעת קבלת השמירה (דין "שמירה בבעלים"), חל גם בשומר שהעסיק את שלוחו של המפקיד (בבא מציעא צו ע"א. ראה דיוננו בסעיף 1, ליד ציון הערה

ד. סוגיית "שליח נעשה עד" לאור שתי התאוריות

לפני שנסקור מקצת מן הנפקויות בין שתי התאוריות, נעמוד על הסוגיה התלמודית היסודית, שדומה שבמוקדה עומדת שאלת מהות השליחות, ונראה כיצד בעלי שתי התאוריות פירשו אותה כל אחד על פי תפיסתו.

התלמוד[33] דן באדם שמינה שליח לקדש לו אישה, והשאלה היא, האם יכול השליח לשמש גם כעד על הקידושין ("שליח נעשה עד")? או שמא נחשב הוא כבעל דבר, ופסול הוא מלהעיד ("אין שליח נעשה עד")? בשאלה זו נחלקו רב ורבי שילא: לדעת רבי שילא, אין השליח יכול להעיד על מעשיו[34], ואילו רב אינו רואה מניעה לכך. התלמוד מסביר את שיטתו של רבי שילא כך: "כיון דאמר מר: שלוחו של אדם כמותו, הוה ליה כגופיה". ברם, להלכה נפסק כדעתו של רב, שהשליח יכול להעיד על מעשיו.

לענייננו עולות שתי שאלות מרכזיות: (א) לאיזו מבין התאוריות שהצגנו לעיל תואם הדימוי של רבי שילא, שהשליח הוא כגופו של השולח? (ב) האם טעמו של רב, החולק על רבי שילא (והלכה כמותו), הוא משום שהשליח אינו כגופו של השולח (ואם כן, יש לברר לאלו מן התאוריות שהוזכרו לעיל תואמת שיטתו)? או שמא אינו חולק על רבי שילא בנקודה זו, אלא מסיבה אחרת? שאלות אלו העסיקו רבים מן הדנים בסוגיית מהות השליחות. להלן סקירת גישותיהם:

(א) לדעת ר' מאיר שמחה מדווינסק, בעל 'אור שמח'[35], ר' יואב ויינגרטן, בעל 'חלקת יואב'[36], ומהר"ש ענגל[37] – כוונת רבי שילא היא שהשליח הוא בעל הפעולה. ודאי שכך הוא

110). כך העיר לקח טוב (ענגיל), כלל א, ס"ק ז. וראה גם אטינגר, פרקי שליחות, עמ' 19, הערה 12. והשווה שערי יושר, שער ז, פרק ז, ד"ה אמנם, המסביר גם הוא את הסוגיה על פי פיקציית הזהות, אבל על פי הפיקציה ההפוכה, ולפיה השליח הוא שלובש את זהותו של השולח, בהתאם להבנתו את השליחות כייחוס התוצאה. וראה עוד בסוגיה זו הרב י"מ טוקצינסקי, "בגדרי השליחות", קול תורה ב (תרצ"ג), סימן לד, ס"ק ד.

[33] קידושין מג ע"א.

[34] כשיטתו עולה לכאורה כבר מן התוספתא, קידושין (ליברמן) ד, א: "הנותן רשות לשלשה לקדש לו אשה. ר' נתן אומ': בית שמיי אומ', יכולין שנים להעשות עדים ואחד שליח, בית הלל אומ', שלשתן שלוחין ואין יכולין להעד" (שלא נחלקו אלא אם השליח יכול שלא לתפקד כשליח, כדי שיהיה כשר להעיד). אולם התלמוד מסביר שרב מסתמך על גרסה אחרת במחלוקת זו, ולפיה: "רבי נתן אומר: בית שמאי אומרים, שליח ועד אחד; וב"ה אומרים, שליח ושני עדים" (ולפי זה דעת בית שמאי היא שהשליח נעשה עד).
מהמשך הסוגיה עולה שרבי שילא שולל מן השליח את הזכות להיות עד גם לעניין פירעון חוב. לכאורה, תמוה הדבר, שכן שליחות לפירעון חוב אין יסודה בדין תורה, על פי הכלל "שלוחו של אדם כמותו", אלא היא שליחות "מהליכות עולם", כלשונו של 'חתם סופר' (לעיל, הערה 22). וראה שו"ת שרידי אש, ירושלים תשנ"ט, חלק א, סימן י, שעמד על זה, והסביר: "ונראה דסברי דבי רב שילא דכל שליח הוא כמו בע"ד [בעל דבר], ולאו דווקא שיש לו דיני שליחות, דדיני שליחות בעינן רק בקניינים או במקום דבעינן שמעשה השליח הוא כמעשה המשלח, כגון בהפרשת תרומה או במצוות, אבל בהולכה והבאה בעלמא לא בעינן דיני שליחות, אבל מ"מ יש בזה ג"כ שם שליחות". וראה שהפנה לנתיבות המשפט, סימן קפב, ס"ק א. אבל ראה מה שנעיר להלן, סוף הערה 39.

[35] אור שמח, הלכות גירושין, פרק ב, הלכה טו, ד"ה ולכאורה.

[36] חלקת יואב, חו"מ, סימן ג, ד"ה אך בעיקר החקירה נראה לי.

[37] שו"ת מהר"ש (ענגיל), חלק א, סימן צב, ד"ה עכ"פ נשמע.

לדעת מי שמדמה את השליח כאילו "לובש" את זהותו של השולח[38]. אך נראה שהדברים נכונים גם לתפיסה שהשולח רק העביר לשליח את כוחו[39]. רב חולק על גישה זו, וסובר שהשולח הוא בעל הפעולה, והשליח אינו אלא ידו הארוכה. אשר על כן, אין מניעה שהשליח יעיד על פעולת השליחות, שהרי אין זו פעולתו אלא פעולת שולחו.

(ב) לדעת ר' יוסף ענגיל, בעל 'לקח טוב'[40], כוונת רבי שילא היא שהשולח הוא בעל הפעולה, שהרי הוא מדמה את השולח כמי שהרחיב את אישיותו אל עבר השליח. ובניגוד לסברה שיוחסה לרב על פי הגישה הקודמת, הוא סבור שמאחר שהשליח מתפקד כידו הארוכה של השולח, הוא פסול לעדות כמותו. את שיטת רב, החולק על רבי שילא, אפשר להסביר לדעתו בשני אופנים: רק פעולת השליח מיוחסת לשולח, ומאחר שהשליח עצמו שומר על עצמאותו, אין מניעה שיעיד; השליח הוא בעל הפעולה, ורק תוצאתה מיוחסת לשולח, ובניגוד לשיטה הקודמת, הוא סובר שאין בכך כדי לפסול את השליח לעדות[41].

(ג) מדברי הריב"ש[42], עולה שרב מסכים עקרונית עם רבי שילא בעניין מהות השליחות, שהשליח כמוהו כשולח עצמו, ואף על פי כן הוא חולק עליו בדיני עדות, שכן לדעתו בעל דבר כשר לעדות כל זמן שאינו נוגע בדבר[43].

[38] ראה אור שמח, שם.

[39] וראה: חידושי הגרנ"ט, קידושין, סימן קו, ד"ה עוד י"ל ("דפליגי מי העושה חלות המעשה, האם השליח עושה החלות או שאין השליח פועל דבר בין המקדש והמתקדשת, אך עיקר החלות עושה המשלח"); הרב י"מ טוקצינסקי, "בגדרי השליחות", קול תורה ב (תרצ"ג), סימן נג, ס"ק ח. כך נראה גם מדברי שו"ת שרידי אש, ירושלים תשנ"ט, חלק א, סימן י, ד"ה וידוע כי: "וידוע כי האחרונים מפרשים שהמחלוקת בגמ' אם שליח נעשה עד תלויה בחקירה אם הא ששלוחו של אדם כמותו, דהמשלח מוסר כוחו המשפטי להשליח והשליח יש לו דין בעלות בפעולתו, או שעשיית השליח כאלו עשה המשלח, ואינו נעשה שליח אלא לביצוע המעשה, שכך גזרה התורה שיכול לעשות מעשה של בעלות ע"י אחר. שלאופן הראשון הוא בעל דבר ופסול לעדות... ולאופן השני הוא איש אחר". וצריך עיון בשאלה: כיצד מתיישבים דברים אלו עם מה שהבאנו לעיל, הערה 34, בעניין שליחות לפירעון חוב? והלוא לשליחות מעין זו, ודאי לא דרושה קבלת כוח מהשולח! (כפי שנשאל שם על ידי השואל). וראה משפטי השליחות, שער שני, סימן ג, ענף ה, אות ח, ד"ה וראיתי.

[40] לקח טוב (ענגיל), כלל א, ס"ק א. הוא סבור שדברי רבי שילא עולים בקנה אחד רק עם התפיסה שהשליח לובש את זהותו של השולח, ואילו דברי רב עולים בקנה אחד בין עם תאוריית ייחוס התוצאה בין עם תאוריית ייחוס הפעולה. ומעין זה זה ראה בדיוננו להלן על סעיף 7, הערה 26.

[41] וראה נועם ירושלמי, קידושין, פרק ב, הלכה א, ד"ה אך הירושלמי, שהציע לפרש את דברי התלמוד הירושלמי, שם, "אית מתניתא אמרה ששלוחו של אדם כמותו, ואית מתניתא אמרה שאין שליח של אדם כמותו", בזיקה למחלוקת שהובאה שם בסמוך לפני כן בעניין "שליח נעשה עד". וראה שו"ת שבט הלוי, חלק ט, סימן רסח, אות ג.

והשווה חידושי הגרנ"ט (לעיל, הערה 39), בהסברו השני: "עוד יש לומר דתרוויהו [רבי שילא ורב] סבירא להו דאת החלות עושה המשלח, והשליח אינו אלא פועל הפעולה, אלא דפליגי בזה גופא, אי פועל הפעולה חשיב בזה בעל דבר".

[42] ראה שו"ת הריב"ש, סימן פב.

[43] הריב"ש דן בעניין ראובן ששלח שליח לקדש לו אישה בעיר אחרת. לאחר הקידושין באו השליח והאישה למקומו של ראובן והצהירו שהשליח עשה את שליחותו, ונשאלה השאלה: האם די בעדות זו או שבהיעדר שני עדים כשרים, הבעל צריך לקדש אותה שוב? והשיב הריב"ש: "אין ספק שכיוון שהאישה והשליח שניהם אומרים שנתקדשה כהוגן למשלח ע"י השליח, הרי היא מקודשת לו, ואינה צריכה קידושין אחרים, אע"פ שאין עדי הקדושין בפנינו". הריב"ש מסתמך על ההלכה שהבעל נאמן לומר 'זו אשתי', והאישה נאמנת לומר 'זה בעלי' (ראה: רמב"ם, הלכות איסורי ביאה, פרק א, הלכה כא; שולחן ערוך, אבן העזר,

ה. נפקויות בין שתי התאוריות

(1) שולח שנשתטה

ראינו לעיל שלפי תאוריית ייחוס התוצאה, בפעולות שבהן אין משמעות למעשה השליח כשלעצמו, יש תהליך מקדמי, מלבד המינוי, שבו השליח מקבל לידיו את כוחו של השולח. לעומת זאת, לפי התאוריה השנייה, המייחסת את הפעולה עצמה לשולח, אין לשליח כוח עצמי משלו בשעת הפעולה.

אחדים מן הפוסקים טוענים שעמדות הרמב"ם והטור בעניינו של שולח שנשתטה, כפי שנציג אותן להלן, מייצגות את שתי התפיסות שעמדנו עליהן לעיל. הרמב"ם והטור נחלקו בשאלה: מה דין גט שניתן בשעת גריעת הכשרות של השולח (נשתטה)? בעוד שהטור[44] סבור ש"אינו כלום", והגט פסול מדאורייתא, הרמב"ם[45] סבור ש"הרי זה פסול", ומשמעות לשונו שהגט אינו פסול אלא מדרבנן[46]. לדעת ר' חזקיה די סילווה בעל 'פרי חדש'[47], הנימוק של הרמב"ם להכשיר את הגט מדאורייתא הוא: "דכיון דהשליח נכנס במקום הבעל, מה איכפת לן שיהיה הבעל שפוי או שוטה בשעת כתיבה ונתינה". לאור דברי 'פרי חדש', טוענים חלק מן האחרונים[48] ששורשה של מחלוקת זו בין הרמב"ם לבין הטור נעוץ בתפיסת מהות השליחות: לדעת הרמב"ם, יש לשליח כוח עצמאי (שקיבל אותו מן השולח), ולכן הוא יכול עקרונית לפעול אף ששולחו אינו עוד בר דעת, ומכאן שנקט את תאוריית ייחוס התוצאה[49];

סימן יט, סעיף ב), והוא רואה את השליח כאילו הוא הבעל (ואין צורך אפוא בעדי הקידושין). הריב"ש אינו מתעלם מסוגייתנו, שבה הוכרע לכאורה שאין זהות בין השולח לבין השליח, ולכן הוא מוסיף: "ואע"פ שאין השליח כבעל דבר לגמרי, דהא איפסקא הלכתא... שהשליח נעשה עד... היינו משום דאינו נוגע בדבר ואין לו הנאה בעדות זו, אבל מכל מקום הרי הוא כמותו בכל עניני השליחות, ולזה היה דעת מי שסובר שאין השליח נעשה עד, לומר שהוא כבעל דבר לגמרי, אע"פ שאינו נוגע בדבר, ובזה לא נפסקה הלכה כמותו, ואומנם כל מה שהשליח אומר בעניין השליחות, הרי הוא כאילו אמרו המשלח". עם זאת, הריב"ש (ד"ה איברא) מסייג את הדברים וקובע שאם תינשא לאחר, חוששים לקידושיו, והיא זקוקה לגט מספק, משום שנאמנות השליח אינה אלא מכוח החזקה "שליח עושה שליחותו", שתוקפה פחות מאמירת הבעל עצמו (ראה: בית יוסף, אבן העזר, סימן לה; רמ"א, אבן העזר, סימן לה, סעיף ג, ונושאי הכלים שם). וראה שו"ת שבט הלוי, חלק ד, סימן קסט, אות ג, וחלק ט, סימן רסח, אות ג, שהצביע על הזיקה בין תשובתו זו של הריב"ש לבין תשובתו בסימן רכח בעניין שליח עושה שליח (ראה דיוננו בסעיף 16, ליד ציון הערה 20).

להרחבה בדברי הריב"ש בעניין נאמנות בעל דבר שאינו נוגע בדבר, ראה: אבני מילואים, סימן לה, ס"ק א (וראה חלקת יואב, חו"מ, סימן ג, ד"ה אך בעיקר החקירה נראה לי, מה שהשיג על דבריו); קובץ שיעורים, בבא בתרא, אות קז; שערי יושר, שער ז, פרק ד.

44 טור, אבן העזר, סימן קכא (עמ' ל־לא במהדורת הטור השלם).

45 רמב"ם, הלכות גירושין, פרק ב, הלכה טו.

46 כך עולה מדברי הרמב"ם, הלכות גירושין, פרק ב, הלכה ז: "ומה בין פסול לבטל? שכל מקום שנאמר בחיבור זה בגט שהוא בטל, הוא בטל מן התורה. וכל מקום שנאמר פסול, הוא פסול מדברי סופרים". וראה בהרחבה דיוננו להלן, סעיף 14, ליד ציון הערה 257.

47 פרי חדש, אבן העזר, סימן קכא, ס"ק ב.

48 ראה: אמרי בינה (אוירבך), חו"מ, קונטרס בדיני קניינים, סימן ח; אפיקי ים, חלק ב, סימן מד; אור שמח, הלכות גירושין, פרק ב, הלכה טו, ד"ה עיין כס"מ; חלקת יואב, חו"מ, סימן ג. והשווה הרב י"מ טוקצינסקי, "בגדרי השליחות", קול תורה ב (תרצ"ג), סימן קא, ס"ק יד־טז.

49 אולם מסקנה זו אינה הכרחית, וכפי שהעיר אל נכון הרב יהושע יגל (ראש מדרשיית נעם בפרדס־חנה), נתיבות יהושע, קידושין, סימן יא, ד"ה נמצא (עמ' קנד): "בהכרח לומר דגם להנחה דהגדר של שליחות

ולעומתו הטור נוקט את תאוריית ייחוס הפעולה, ולפיה השליח מופעל כביכול כל העת על ידי השולח, ולכן צריך השולח להיות בר דעת בעת ביצוע השליחות[50].

על פי הסבר זה, ראו כמה מן האחרונים ברמב״ם ובטור את נושאי הדגל של שתי התאוריות, הראשון של תאוריית ייחוס התוצאה והשני של תאוריית ייחוס הפעולה, ובהתאם לכך ביקשו לתלות במחלוקתם מחלוקות אחרות בדיני השליחות. נסקור להלן חלק מהן[51].

בגירושין בקידושין ובתרומה הוא מתן יפוי כח, הרי היפוי כח ניתן לו לפעול רק כשליח וכמייצג את השולח, אך לא במנותק משולחו, דרק כשהפעולה תתיחס לשולח, נתיפה כחו לפעול. נמצא דהיסוד העיקרי של השליחות הוא שאדם עושה מעשה לא בשמו אלא בשם שולחו, ודרושה התיחסות המעשה ותוצאותיו אל שולחו. ובכך הצד השווה לכל השליחויות, הן של גירושין ותרומה והן של שליחויות לדבר עברה. לתפיסת השליחות כיפוי כח, נצרכים אנו משום דבלאו הכי אין כל ערך למעשה השליח כמעשה קנין או כריתות, דהא הוא בא לייחס לשולחו מעשה שהוא נטול כוח סמכות ותוקף. ואילו לתפיסת השליחות כידא אריכתא, אנו אומרים דבעצם עובדת התייחסות ידו לשולחו, מקבלת פעולתו תוקף סמכות וכוח של קנין או של כריתות. להאמור עדיין קיימת נפקותא להלכה בין תפיסת השליחות כיפוי כח לבין תפיסת השליחות כידא אריכתא בכל אותם העניינים שהעלה האור שמח, שאם גדר השליחות הוא יפוי כח, הרי שהפועל בחלות הוא השליח הפועל בכוח הסמכות שניתנה לו, אלא שהוא מייחס פעולתו אל שולחו. ברם, אם הגדר של שליחות הוא ידא אריכתא, דפעולת השליח מתייחסת לשולח, ומשום כך היא בעלת תוקף, הרי שהפועל בחלות הוא השולח״.

ונראה שזו גם כוונת ר׳ שמעון שקאפ, ״בענין נשתטה המשלח״, אוהל יצחק – גיטין (בעריכת הרב הלל מן), ירושלים תשס״ה, עמ׳ תקנג, בעמ׳ תקנד, אות ב, ד״ה והנה: ״והנה אם נאמר דענין שליחות בקניינים הוא דהמשלח מוסר כוחו ורשותו להשליח שיעשה כאדם העושה בתוך שלו כענין אפוטרופוס, שפיר היה מקום לומר דתלוי רק בתחילת התמנות ועשיית השליח, דכיון דבתחילה היה המשלח פיקח ומסר לו כוחו, ממילא יכול לעשות המעשה אחר כך, אף דבשעת העשיה בטל דין שליחות מן המשלח. ונראה דכן הוא דעת הקצה״ח [=קצות החושן]... אולם לעניות דעתי נראה דגדר שליחות הוא כמשמעות לשון הגמרא ׳שלוחו של אדם כמותו׳, והיינו דכל מה שהשליח עושה חשיב כאילו עשאו המשלח, וכנראה נמי ממה שמדמה הש״ס ענין שליחות על איזה פעולה, כהשולח את הבערה, לדין שליחות גירושין ותרומה״. וראה גם מנחת אשר (וייס), גיטין, סימן טו, אות ד, ד״ה אך באמת.

50 והשווה שו״ת עונג יום טוב, סימן קיג, ד״ה וא״כ יש לעיין: ״אפילו לדעת הטור (בסימן קכא), שפסק דהגט בטל מן התורה בנשתטה הבעל קודם גירושין, היינו נמי משום דסובר דכיון דנשתטה פסק כחו מלגרש וגם שלוחו אינו יכול לגרש. ולא משום דסובר דגדר שליחות הוא שגופו של שליח נחשב לגופו של משלח״. והשווה גם D. Henshke, "Agency and Divorce Proceedings: On the Legal Methodology of Maimonides' Mishne Torah", Jewish Law Annual XIV (2003), p. 163, pp. 170-169. לדעת הנשקה, במוקד המחלוקת בין הרמב״ם ובין הטור לא עומדת שאלת מהות השליחות אלא שאלת מהות הגירושין: האם טקס מתן הגט מן האיש לאשתו הוא המגרש, וכי אז ברור שאם השולח השתגע אי אפשר עוד לקיים את טקס הנתינה במקומו (כשיטת הטור)? או שמא אין כאן כלל טקס של נתינה, כי הגירושין חלים מכח הימצאותו של הגט ביד האישה ובלבד שזה הגיע ישירות מן הבעל, וכי אז אין קושי מהותי בגירושין אף בהיעדר דעת הבעל, כל שכתיבת הגט ומינוי שליח ההולכה נעשו על ידו בדעה צלולה. שהרי הצורך הקיים כאן בתורת שליחות לכל פרטיה אינו נובע מדרישה לייחס את מעשה הנתינה למשלח; רק התוצאה, שהגט ביד האישה, צריכה לבוא מכח הבעל, ולא מגורם זר. והואיל והגט הגיע לאישה בידי שליח הבעל שנתמנה על ידו כדין, הרי הגיע לידה מן הבעל כדרוש (כשיטת הרמב״ם). וראה להלן, הערה 68, ובדיוננו על סעיף 4, הערה 124. ועוד השווה הרב אשר וייס, ״בסוגיא דשלוחו של אדם כמותו״, שיעור מורנו הרב שליט״א, קונטרס שבועי, פרשת בא, תשע״ג, אות ג.

51 עליהן ניתן להוסיף כהנה וכהנה. ראה לדוגמה: אמרי בינה (אוירבך), חו״מ, דיני גביית חוב, סימן כט, אות ג, ד״ה ולכאורה; אור שמח, הלכות גירושין, פרק ב, הלכה טו, התולים במחלוקת זו את השאלה אם הנייר שנכתב עליו הגט צריך להיות של הבעל דווקא או שאפשר שיהיה של השליח.

(2) חזרת השולח ממטרת השליחות

להלן בסעיף 14, נראה שהשולח יכול להביא את השליחות לסיומה, אם הוא מבטל אותה באופן פורמלי. ונשאלת השאלה: מה הדין כאשר השולח אינו מבטל את המינוי של השליח, אבל חוזר בו ממטרת השליחות ואינו מעוניין בקיומה? כמה מן האחרונים טוענים שכשם שביטול השליחות מביא את השליחות לסיומה, כך הדין אם השתנה רצונו של השולח והוא אינו חפץ עוד במטרת השליחות (אף אם שינוי רצון זה לא נקלט אצל השליח)! אמנם אין בעובדה שהשולח אינו רוצה עוד במטרת השליחות כדי לבטל את מעמדו של השליח כשלוחו, ואם יחזור בו השולח וירצה שוב במטרת השליחות, אין צורך במינוי חדש. מכל מקום, כל זמן שיתמיד השולח ברצונו החדש, לא יהיה בפעולת השליח כדי לחייב את השולח. טענתם של אותם אחרונים עולה לכאורה בקנה אחד עם תאוריית ייחוס הפעולה, הרואה בשליח מעין ידו הארוכה של השולח[52], שכן ודאי שעל פי הסבר זה במהות השליחות, משנפסק הרצון של השולח, אין משמעות לפעולת השליח.

אכן, התעלמות התלמוד מאפשרות זו הביאה אחרונים אחרים[53] למסקנה שמשעה שהשולח ייפה את כוחו של השליח לבצע עבורו את השליחות, אין לרצונו של השולח השפעה על תוקף השליחות, כל עוד לא ביטל את השליחות באופן פורמלי[54]. אחרונים אלו נוקטים את תאוריית ייחוס התוצאה, ולפיה קיבל השליח לידיו בשעת המינוי את כוחו של השולח. אשר על כן, שינוי ברצונו של השולח כשלעצמו אינו משפיע על כוח הייצוג שלו, ובמובן מסוים מתקיים בו המאמר "קם הגולם על יוצרו"[55].

(3) מינוי שליח שלא בפניו

בדיוננו על סעיף 3, נראה שנחלקו הפוסקים בשאלה: האם ניתן למנות שליח שלא בפניו באופן שהמינוי ייכנס לתוקפו עוד לפני שנודע לשליח דבר מינויו? אחדים מן הפוסקים[56] טוענים שגם שאלה זו תלויה בשאלת התאוריה של השליחות. מינוי שלא בידיעת השליח אפשרי רק

[52] ראה: קובץ הערות (וסרמן), השמטות, אות ז; קובץ שמועות (וסרמן), בבא מציעא, אות ט; אמרי משה (סוקולובסקי), סימן כא, השמטות.

[53] ראה לדוגמה: שו"ת אור גדול, סימן ט, פיסקא ב, אות ג, ד"ה והא; לבוש מרדכי (אפשטיין), גיטין, סימן יא, אות א, ד"ה והנה בקידושין; דברי יחזקאל (ברשטיין), סימן לו, אות ט; מערכות חיים, מערכת שליחות, סימן א. וראה בהרחבה בדיוננו על סעיף 14, פרק שני, א(4)(ג), עמ' 627.

[54] אלא אם כן נודע לשליח על שינוי דעתו של השולח, שאז לדעת מקצת האחרונים מוטלת עליו חובת נאמנות לפעול בהתאם לרצון שולחו. ראה שם בדיוננו על סעיף 14, ליד ציון הערה 147. וראה גם בדיוננו על סעיף 8, ליד ציון הערה 110.

[55] ואולם מסקנה זו אינה הכרחית, כפי שהערנו לעיל, הערה 49, ביחס לשולח שנשתטה, שאף שהשולח העביר לשליח את כוחו, הלה אינו פועל באופן עצמאי ואין הוא מנותק משולחו.

[56] ראה: אמרי בינה (אוירבך), חו"מ, דיני גביית חוב, סימן כט, אות ד, ד"ה ויש טוענים. וכן כתב גם שו"ת אבני נזר, חו"מ, סימן קלד: "והנה אם תוכל השליחות לחול בלתי ידיעת שליח, נראה דתלוי בהנ"ל. דאי משום נתינת וריקון רשות לשליח, אין צריך דעת שליח, כמ"ש הרשב"א [בחידושיו לגיטין כ ע"ב, ד"ה קשיא], היכי דאיכא דעת אחרת מקנה א"צ כוונה לקנות. אך שתחשב יד שליח כידו של בעה"ב, ודאי אי אפשר שלא מדעת השליח". וכעין זה ראה בדיוננו על סעיף 3, הערה 159, בשם מערכות חיים. וראה עוד שם, הערה 170, בשם שו"ת דובב מישרים, בעניין משמעות סירובו של שליח לקבל על עצמו את המינוי מתחילה. והשווה חידושי רבי שמעון יהודה הכהן (שקאפ), חלק ד, קונטרס השליחות, סימן י, ד"ה והנה לענין הספק.

בהנחה שמהותה של השליחות היא ייחוס התוצאה לשולח, ועל פיה השולח מעביר כביכול את כוחו לשליח, מהלך שיכול להיעשות אף בלא ידיעת השליח.

לא כן אם מהותה של השליחות היא ייחוס הפעולה לשולח, שאז ודאי אין תחולה למינוי שלא בפניו, שכן השליח אמור על פי גישה זו להקנות כביכול את "ידו" לשולח, וכיצד יכול אדם להקנות דבר שלא בידיעתו?

(4) מינוי מוקדם

בדיוננו על סעיף 3, נראה ששאלת המינוי המוקדם שנויה ככל הנראה במחלוקת בין הפוסקים. אפשר שגם שאלה זו תלויה בתאוריית השליחות. על פי תאוריית ייחוס התוצאה, ראינו שהשולח מוסר לשליח בשעת המינוי את כוחו, וניתן לראות במעבר זה דמיון מה להקנאת נכס. וכשם שלא ניתן להקנות נכס על מנת שייכנס הקניין לתוקף במועד מאוחר יותר ("כלתה קניינו"), כך אי אפשר מינוי מוקדם של שליח, שכן בשעה שהמינוי אמור להיכנס לתוקפו, כבר נפסקה הבעת רצונו של השולח ולא הותירה רושם[57].

לעומת זאת, אם מהות השליחות היא ייחוס הפעולה לשולח, אין מניעה למינוי מוקדם, שהרי השולח אינו מקנה דבר לשליח (להפך, השליח נותן את ידו לשולח, ולשם כך די שיהיה מודע למינוי בשעת ביצוע השליחות)[58].

(5) חזרת השליח מביטול השליחות

בדיוננו על סעיף 14, נראה שנחלקו הפוסקים בשאלה: האם שליח שביטל את השליחות יכול לחזור בו מן הביטול ולהמשיך בשליחותו? או שמא עליו לקבל מינוי חדש? אחד ההסברים למחלוקת זו יסודו בהבנת מהות השליחות. אם מהות השליחות היא שהשולח פועל באמצעות שלוחו, והשליח אינו אלא ידו הארוכה (ייחוס הפעולה), הרי כל מה שקודם לפעולה עצמה, ובכלל זה המינוי, אינו אלא הכנה לשליחות. ומאחר שהמינוי אינו אלא מתן הרשאה של השולח לשליח, אין מניעה שהשליח יחזור בו מביטולו.

לעומת זאת, אם מהות השליחות היא שהשליח פועל למען שולחו (ייחוס התוצאה), פירושו של דבר שבפעולות מסוימות הדבר מחייב קבלת כוח מוקדמת (בשעת המינוי) מן השולח. ואם השליח חוזר בו, פירושו של דבר שהוא מחזיר כוח זה לשולחו. נראה אפוא שלפי תאוריה זו, שוב אין לשליח אפשרות לחזור בו מביטולו, ועליו לקבל מינוי חדש.

ו. אימוץ שתי התאוריות בהתאם לנושא השליחות

מן האמור עד כה, עשוי להתקבל הרושם שחילוקי הדעות בין הפוסקים בעניין תאוריית השליחות הם קוטביים, באופן שמי שדוגל בתאוריית ייחוס התוצאה דוחה את תאוריית ייחוס הפעולה, וכן להפך. ברם, פוסקים אחדים לא ראו קושי בתחולה מקבילה של שתי התאוריות, הכל בהתאם לנושא השליחות[59].

[57] ראה אמרי בינה (אוירבך), חו"מ, דיני גביית חוב, סימן כט, אות ד, ד"ה ויש: "דאין לומר דנגמר השליחות כשיַודע לו [לשליח על מינויו], דאם כן כבר כלתה הדיבור, וכמו שכתבתי לעיל משם אאמ"ו ז"ל, דאינו יכול למנות השליח רק שיהיה נעשה שליח מהשתא, דאם לא כן לא מהני, דכבר כלתה אמירה". וראה גם שו"ת אור גדול, סימן מא, אות יג. וראה דיוננו בסעיף 3, ליד ציון הערה 136, שלא כן הוא במינוי שליח בכתב.

[58] הרב י"מ טוקצינסקי, "בגדרי השליחות", קול תורה ב (תרצ"ג), סימן עה, ס"ק ט.

[59] ראה בגדי יום טוב (קלוגר), פרק ה, לט ע"א, ד"ה רש"י ד"ה ר"ש (עמ' קס): "דשניהם איתנהו כל היכי

באופן כללי, הם מבחינים בין פעולות המשנות את מערך זכויותיו המשפטיות של השולח או את מעמדו המשפטי, כגון קניינים או גירושין או קידושין (מה שהאחרונים מכנים "חלויות"[60]), לבין פעולות אחרות, בעיקר שליחות לדבר מצווה ושליחות לדבר עברה. בעוד שעניינה של שליחות לדבר מצווה או לדבר עברה הוא לייחס לשולח את פעולת השליח[61], עניינה של שליחות ל"חלויות" משפטיות (כגון מכירה או גירושין) הוא לייחס לשולח רק את תוצאת פעולתו של השליח[62].

יש מי שסבורים שבשליחות לחלויות גופן משמשות שתי התאוריות כאחת. כך לדוגמה ר' מאיר שמחה מדווינסק מבחין בין שליחות עסקית (כגון מכירה), שעניינה ייחוס התוצאה, לבין שליחות בתחום המעמד האישי, שעניינה ייחוס הפעולה. ובלשונו: "והנה בקניינים של ממון ודאי סברא לומר דהוי השליח בעל דבר, דהא מצי [אדם] להקנות הזכות שלו לאחר, כן מצי לעשות שליח באופן שיהא בעל דבר. אבל בגירושין, האם מצית האשה להקנות אישותה למי [=למאן דהוא]?"[63].

ויש מי שטוענים שבגירושין עצמם משמשות שתי התאוריות כאחת, והם מבחינים בין שליחות להולכת גט (שליחות הגבר) לבין שליחות לקבלת גט (שליחות האישה). הבחנה זו עולה בין השאר[64] בהקשר לכלל שנעמוד עליו להלן, בדיוננו בסעיף 4, ולפיו השליח אינו

דשייך כך או כך אמרינן". וראה גם חלקת יואב (לעיל, הערה 30). וראה להלן. והשווה הרב י"מ טוקצינסקי, "בגדרי השליחות", קול תורה ג (תרצ"ד), סימן כג, ס"ק כא (שגם הוא מציע לאמץ את שתי הגישות, אבל בהבחנה שונה מן ההבחנות שנסקור להלן. לדעתו, ההבחנה היא בין "שליחות למעשה גרידא לבין שליחות במסירת חפץ", ורק בשנייה נחשב השליח לבעל דבר).

60 ראה הרב ב' קהת, "עוד בעניין 'חלות'", צוהר ז (תשס"א), עמ' 175. וראה שם, הערה 5.

61 ראה לדוגמה שיעורי הגר"י מפוניבז', קידושין, סימן יג. הבחנה מעין זו העלה כבר נתיבות המשפט, סימן קפב, ס"ק א, אבל רק לעניין הפן העונשי של שליחות לדבר עברה (בהסברת שיטת הריטב"א, קידושין מב ע"ב). לדבריו, לא ניתן להעניש את השולח בגין פעולת שלוחו אלא אם הפעולה עצמה מיוחסת לשולח. לא כן הוא לעניין שאר התוצאות המשפטיות (בין של עברות בין של מצוות ובין של פעולות רשות), שאותן ניתן לייחס לשולח גם בלא לייחס לו את הפעולה. ראה דיוננו על סעיף 4, ליד ציון הערה 37 ואילך.

62 וראה מנחת אשר (וייס), גיטין, סימן טו, אות ג, ד"ה אך: "כתבו גאוני בתראי דתרויהו איתנהו ביה... ושאני שליחות בחלות, כגון קנין קדושין וגרושין, משליחות במעשה, כגון מצוה ועבירה וכתיבת הגט. דבשליח לחלות נעשה השליח כבעלים והוא בעל הדבר, אך בשליחות דמעשה הוי השליח כידא אריכתא דמשלח ומעשיו מתיחסים למשלח" (ראוי להעיר שהרב וייס לא דייק כאשר ייחס את הדברים גם לר' שמעון שקאפ ולר' אלחנן וסרמן, שהרי לדידם גם שליחות למצוות ולעברות מיוסדות על תאוריית ייחוס התוצאה ולא על תאוריית ייחוס הפעולה, כפי שהדגשנו לעיל, הערה 25. אם כי יש להודות שכך אכן עשוי להשתמע מדבריהם במקצת מקומות).

לשאלה כיצד ייתכן שיתקיימו שתי תורות שליחות במקביל, בעוד ש"לא מצינו בסוגיין אלא דין אחד כללי בכל ענין השליחות", עונה הרב וייס (שם, אות ד, ד"ה אך באמת): "נראה דבאמת אין שני הגדרים שבשליחות שני ענינים מחולקים ביסודן, אלא יסוד דין השליחות הוא שחידשה תורה דיש ביד האדם למנות אחר במקומו, ויהיו מעשי השליח נחשבים כאילו עשאן המשלח, ומכח מינוי זה מתחדש דהשליח נחשב כבעלים לאותם הענינים שבהם נצרך כוח הבעלים לחלותם, דבמה שהוא עומד במקום הבעלים נחשב הוא כבעלים במידה הנצרכת לחידוש הדברים ההם". וראה גם דבריו במנחת אשר (וייס), שמות, סימן טז, אות ד, ד"ה אך.

63 אור שמח, הלכות גירושין, פרק ג, הלכה יב, ד"ה ואם.

64 היא עולה גם בהקשר להבחנה בין שליחות אקטיבית (שליחות הבעל) לבין שליחות פסיבית (שליחות האישה). ראה להלן, ליד ציון הערה 93.

כשר לשמש כשליח אם הוא זר לנושא השליחות (״אינו בתורת הדבר״). בהתאם לכלל זה, נקבע: ״אין העבד נעשה שליח לקבל גט לאשה מיד בעלה, לפי שאינו בתורת גיטין וקדושין״[65]. הר״י מיגאש מביא מסורת, ולפיה הלכה זו חלה רק על שליח האישה לקבל את הגט, ואינה חלה על שליח הבעל להולכת הגט, אלא שלא נתן טעם להבחנה ביניהם[66].

לדעת ר׳ אריה ליב הכהן, בעל ׳אבני מילואים׳[67], פשר ההבחנה הוא: שליח האישה הוא שעושה את הגירושין (ורק תוצאת פעולתו מיוחסת לאישה), וכדי להיות ״בעל דבר״ על הגירושין, עליו להיות ״בתורת הדבר״; לעומת זאת, שליח ההולכה של הבעל אפשר שימונה לעשיית פעולת הנתינה בלבד, כשהבעל עושה את הגירושין עצמם, ולכן השליח אינו חייב להיות ״בתורת הדבר״[68].

[65] גיטין כג ע״ב. ראה סעיף 4, פרק שני, ג, עמ׳ 195.

[66] וכפי שהעיר על כך חידושי הרמב״ן, גיטין כג ע״א, ד״ה עבד, והוסיף שהר״י מיגאש עצמו נתקשה בטעם הדבר (וראה גם חידושי הרשב״א, שם, ד״ה הא). ואכן, כפי שנראה בסעיף 4, הערה 93, ראשונים אחרים (רש״י, רי״ף, רמב״ם) חולקים על ר״י מיגאש ונוקטים שכשם שהעבד פסול מלשמש כשלוחה של האישה לקבל את גטה, כך הוא פסול לשמש כשלוחו של הבעל להוליך את הגט לאשתו. לפשר הסברו של הרמב״ן בדעת הר״י מיגאש, שם, ראה להלן, הערה 68 והערה 72.

[67] אבני מילואים, סימן לה, ס״ק ט, ד״ה ולענ״ד.

[68] אבני מילואים מסביר שפיצול זה בין מעשה הגירושין, הנעשה על ידי הבעל, ובין פעולת נתינת הגט, שיכולה להיעשות על ידי העבד, אף על פי שאינו בתורת גטין וקידושין, אפשרי משום שעל פי דיני גירושין נתינת הגט אינה חייבת להיעשות לשם גירושין, אלא די בנתינה גרידא מיד הבעל ליד האישה, ולנתינה זו, אין ספק שהעבד כשר לשמש כשליח. הוא מטעים שעיקר הגירושין כתוב בגט עצמו, ולא באה דרישת הנתינה אלא כדי למנוע את הפסול שב״טלי גיטך מעל גבי קרקע״ (ואף שיש דרישה שהנותן יאמר ״הרי זה גיטך״, ונמצא לכאורה שאין שליחותו ל״נתינה״ גרידא, מכל מקום דרישה זו אינה מעכבת מן התורה). להסבר דבריו בהרחבה, ראה: שיעורי רבי שמואל, קידושין נ ע״ב, אותיות תז־תט; גיטין כג ע״א, אות שלג, ד״ה באבנ״מ. כגישה זו ראה: מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן כ, ד״ה אמנם (על ההקשר שנאמרו בו דבריו, ראה להלן, בנספח לסעיף 8, הערה 172); שו״ת זכר יצחק, חלק א, סימן כג, ד״ה אמנם נראה (עמ׳ צב): ״על הרצון [לגרש] לא שייך שליחות, דבעי שירצה הבעל״ (על ההקשר שנאמרו בו דבריו, ראה להלן, בדיוננו על סעיף 14, ליד ציון הערה 275).

והשווה: ברכת שמואל, גיטין, סימן לד, אות ב; קהילות יעקב (קנייבסקי), גיטין, סימן יח, ד״ה והנעלנ״ד; שיעורי רבי שמואל, קידושין שם, סימן תט. לדעתם, פשר הסברו של רמב״ן (לעיל, הערה 66), הוא שהעבד כשר להיות שלוחו של הבעל, משום שמהות הגירושין אינה אלא הימצאות הגט ביד האישה (ובלבד שהגט הגיע לידיה מידי הבעל ולא מעל גבי קרקע, ולזה ברור שאין לפסול את העבד), ״שהכל [הגירושין] עושה הקונה [האישה]... אלא דבגט, דכתיב ׳ונתן׳, דינא הוא דלא מהני קבלה בעלמא... אבל לא שהנתינה הוא חלק ממעשה הקנין של הגירושין, אלא הנתינה מכשרת את הקבלה״ (קהילות יעקב, שם). וראה בשאלה זו לעיל, הערה 50.

על פי דרך זו, ׳קהילות יעקב׳ מסביר הבדל נוסף בין שליחות הולכה לבין שליחות קבלה העולה בדברי הרמב״ם. לדעת הרמב״ם, הלכות גירושין, פרק ו, הלכה א, מינוי שליח לקבלה הוא בגדר ״דבר שבערוה״, ועל כן חייב להיעשות בפני שני עדים, לעומת זאת, מינוי שליח להולכה אינו צריך להיעשות בפני עדים (שם, הלכה ד). וכעין זה מבחין הרמב״ם, הלכות אישות, פרק ג, הלכה טו, לעניין קידושין, בין מינוי שליח הבעל לקדש, שאין צורך בעדות, ״אלא להודיע אמיתת הדבר״, לבין מינוי שליח האישה לקבל את קידושיה, שחייב להיעשות בפני עדים. וראה קהילות יעקב (קנייבסקי), גיטין, סימן יח, אות ב, המסביר את פשר ההבחנה בין שליחות להולכה לבין שליחות לקבלה על פי אותו עיקרון: שליח האישה הוא שעושה את פעולת הגירושין או הקידושין, ועל כן מינויו הוא ״דבר שבערוה״, החייב להיעשות בפני עדים. לעומת זאת, שליח הגבר אינו עושה את פעולת הגירושין או הקידושין אלא רק את פעולת הנתינה, שלעצמה אינה ״דבר שבערוה״, ולכן אין חובה למנותו בפני עדים. והשווה להלן, הערה 72 והערה 93.

ויש המסבירים להפך: שליח האישה הרי הוא כידה הארוכה של האישה[69], ולכן עליו להיות "בתורת הדבר" ("שהיד שלו תהא יד לקבלת גט שתתגרש על ידו, בזה הדין מאחר שאינו בתורת גיטין וקדושין, אין ידו יד המתגרשת"[70]). ואילו שליחות להולכת הגט עניינה ייחוס התוצאה, ובשליחות כזאת, מכיוון שהשליח אינו נדרש להפעיל את כוחותיו שלו, אלא מקבל את הכוח מן השולח[71], אין זה משנה אם הוא עצמו אינו "בתורת הדבר" ("לא אכפת לן מה שהוא עבד ואינו בתורת גיטין וקדושין, דזהו רק לעצמו דאין לו אישות ואין אצלו גירושין, אבל לאחֵר, יוכל להיות שליח כמו שנעשה שליח על שאר קנינים"[72]).

ז. העברת כוח לשליח ותוצאותיה

(1) מבוא

לעיל ראינו שלדעת מי שמכירים בתאוריית ייחוס התוצאה[73], יש שהשליח נחשב כמי שקיבל כוח מן השולח כדי שיוכל לעשות את פעולת השליחות, ויש שהשליח אינו נחשב כמי שקיבל כוח מן השולח. כפי שנראה להלן, יש מראשי הישיבות בדורות האחרונים[74] הטוענים שלעובדה שהשליח מקבל כוח מן השולח יש נפקויות משפטיות חשובות, וחלק מדיני השליחות חלים דווקא בכגון זה, ולא בשליחות שהשליח אינו זקוק בה לקבלת כוח מן השולח[75].

(2) הגדרת הרשאה: מתן רשות ולא ציווי

בסעיף 3, כשנעסוק בדרכי יצירת השליחות, נראה שיש פוסקים הנוקטים שההוראה של השולח לשליח אינה חייבת להיות מנוסחת בלשון החלטית (כגון 'קנה לי בית') כדי ליצור שליחות,

[69] ראה להלן, ליד ציון הערה 93.

[70] אבי עזרי, הלכות גירושין, פרק ו, הלכה ו, ד"ה הכל כשרין.

[71] כך נוקט ר' איצל מפוניבז' (חידושי הגריי"ר (רבינוביץ), קידושין, סימן ו, ד"ה והנה מהגמרא). אחת ההוכחות שלו היא שהשולח יכול עקרונית לבטל את השליחות להולכת הגט גם שלא בידיעת השליח, דבר שלדעתו לא היה אפשרי אילו פעלה שליחותו על פי תאוריית ייחוס הפעולה (ראה להלן, ליד ציון הערה 78). וראה ר' שמעון שקאפ (חידושי רבי שמעון יהודה הכהן, חלק ד, קונטרס השליחות, סימן יב, ד"ה אמנם לענ"ד), שגם הוא דוחה את גישת 'אבני מילואים'. וראה עוד להלן, הערה 93, דברי 'יד דוד', שגם מדבריו עולה ששליחות להולכה היא שליחות שבה השליח הוא בעל הדבר.

[72] אבי עזרי, שם. לדעתו, זהו פשר דברי הרמב"ן, גיטין כג ע"א, ד"ה עבד (הובא בר"ן, גיטין יב ע"ב בדפי הרי"ף, ד"ה אבל הרב) בהבנת דברי הר"י מיגאש: "שניא [=שונה] קבלה מהולכה, דשליח הולכה אינו אלא כשליח דעלמא, ובשליחות דעלמא איתנהו [כלומר, עבד ישנו בתורת שליחות רגילה], אבל שליח קבלה, מכיון שהגיע גט לידו, מגורשת, והוא אין לו יד לגירושין, הואיל ואינו בתורת גיטין". וראה אבי עזרי, שם, ד"ה והנה הרמב"ם, שבדרך זו הוא מבאר גם את ההבחנה שמבחין הרמב"ם בין שליח הולכה לבין שליח קבלה לעניין הצורך בעדות על מינוי השליח. והשווה לעיל, הערה 68.

[73] בין לאלה המכירים בה באופן בלעדי ובין לאלה המכירים בה במקביל לתאוריית ייחוס הפעולה, כפי שראינו לעיל, ליד ציון הערה 59 ואילך.

[74] ראה: חידושי הגריי"ר (לר' איצל מפוניבז'), קידושין, סימן ו (נדפס בשינויים בשיעורי הגר"י מפוניבז', קידושין, סימן יא, וראה עוד שם סימן יג, ונדפס גם בספר הזיכרון וזאת ליהודה, ירושלים תשל"ז, עמ' שכז); ברכת שמואל, קידושין, סימן יט (בשם הגר"י מפוניבז'); שערי ישר, שער ז, פרק ז; קובץ הערות, סימן עו, אות ז.

[75] אין צריך לומר שנפקויות אלה אינן מקובלות על בעלי תאוריית ייחוס הפעולה.

אלא די במתן רשות של השולח לשליח לפעול בשמו כשהוא משאיר את ביצוע ההוראה לשיקול דעתו של השליח (כגון "כל הרוצה לתרום, יבא ויתרום").

מקצת מן האחרונים מעירים שרק בשליחות שבה השולח מעביר כוח לשליח, יש מקום לדעה זו לפיה אמירת "כל הרוצה" כמוה כנתינת הרשאה. לא כן בשליחות שבה השליח אינו מקבל כוח מן השולח. כך לדוגמה בשליחות לדבר עברה[76], שבה השליח אינו מקבל כוח מן השולח לצורך ביצוע העברה, כולי עלמא מסכימים שאין די במתן רשות כדי לייחס את העברה לשולח, אלא יש צורך בהוראה החלטית דווקא. לפי זה, האומר 'כל הרוצה להרוג את פלוני, ילך ויהרוג אותו', אינו חייב אפילו אליבא דשמאי הזקן[77].

(3) ביטול השליחות שלא בפני השליח

יש מן האחרונים המדגישים שאף על פי שעקרונית, השליחות ניתנת לביטול אף שלא בפני השליח (ונרחיב על כך בדיוננו בסעיף 14), לא כן הוא בשליחות לדבר עברה. הם מסבירים ששליחות לקניינים ולשאר חלויות משפטיות (כגון קידושין וגירושין) עניינה העברת כוח לשליח העושה את פעולת השליחות עבור שולחו, ועל כן השולח יכול ליטול ממנו את הכוח אף שלא בפניו. לעומת זאת, שליחות לדבר עברה אין עניינה העברת כוח, שכן השליח פועל מכוח עצמו, ועל כן ברור שאינה ניתנת לביטול אלא בפני השליח[78].

(4) שליח עושה שליח

בדיוננו על סעיף 16, נראה שהכלל במשפט העברי הוא: "שליח עושה שליח". חלק מן האחרונים סבורים שכלל זה אמור רק בפעולות שבהן נמסר לשליח הכוח לעשות את פעולת השליחות, כגון שליחות לגירושין, שמאחר שהשליח הפך כביכול להיות ל"בעל הדבר", הוא

[76] בדיוננו על סעיף 1, פרק שלישי, ד, עמ' 26, ראינו שהכלל הוא ש"אין שליח לדבר עברה", אבל יש לכך חריגים, ופעמים "יש שליח לדבר עברה".

[77] ראה להלן דיוננו על סעיף 3, ליד ציון הערה 34.

[78] ראה חידושי רבי שמעון יהודה הכהן (שקאפ), חלק ד, קונטרס השליחות, סימן יב, ד"ה והנה: "נראה ברור דהא דמצינו דמהני ביטול שליחות אף שלא בפני השליח... זה רק באופן שענין השליחות היתה על איזה מעשה קנין, שצריך שימסור המשלח כח להשליח, דבלי זה אין המעשה כלום, ולכן אם אחר כך ביטל השליחות וסילק כחו, שנתן להשליח מהשליחות... וכיוון שאבד כחו שוב מעשי השליח אינם פועלים כלום, והוא כאיש זר לזה הענין. אבל בשליחות שאינו כי אם על פעולת ידים, ודאי דלא שייך ביטול על זה, כיון דבעת מינוי השליחות לא מסר לו שום כח ויכולת, הלא אין בזה שום דבר לבטל, ומכיוון שהשליח לא ידע מביטולו ועשה המעשה על פי ציוויו ושליחותו, הלא נשלמו בזה כל תנאי השליחות כמו בלא ביטול, דפעולת ידים אי אפשר שתתבטל בשום אופן. אשר על כן נראה לעניות דעתי ברור ב'שליח לדבר עבירה', היכא שלא ידע השליח, כמו בשלחו לגנוב, לא יהני כלל מה שיבטל השליחות שלא בפני השליח, וחייב המשלח, מפני שעשה על פי ציוויו, ולא נחלק שום אדם בזה". וראה עוד שם, סימנים יג־יד. וראה גם: שיעורי רבי שמואל (רוזובסקי), קידושין, אות שצא; הרב חיים שמואלביץ, "בענין שליחות בכתיבה ובנתינה", ספר הזיכרון למרן הגר"ח שמואלביץ, ירושלים תש"ם, עמ' רב; הרב איצל מפוניבז' (לעיל, הערה 71). וראה גם: מנחת אשר (וייס), בבא קמא, סימן נא, אות ב, ד"ה אך נראה; מנחת אשר (וייס), שמות, סימן טז, אות ד (אם כי בסיום דבריו הוא מסתפק אולי חריג זה אינו קשור לייחוס הפעולה אלא לעובדה שיסוד האחריות בשליחות לדבר עברה הוא בשל העובדה שהשולח גרם לעברה, כעין אחריות שילוחית, וממילא מובן מדוע אין מועיל ביטול שלא בפני השליח). ואולם השווה שו"ת עין יצחק, חלק ב, אבן העזר, סימן מו, אות מ, הדן בתשלום קנס פי "ארבעה וחמישה" שהשיתה התורה על גנב שטבח [=שחט] או מכר את גנבתו. בתלמוד נאמר שגם טביחה על ידי שליח מחייבת את השולח בתשלום הקנס. 'עין יצחק' נוקט כדבר פשוט שאם השולח ביטל את השליחות גם בלא ידיעת השליח, אין לחייב את השולח בתשלום הקנס.

יכול להעביר את כוחו לאחר. לעומת זאת, בשליחות שבה השליח אינו "בעל דבר", אלא השולח הוא שנחשב כמי שעושה את הפעולה באמצעותו, כגון שליחות לכתיבת גט (להבדיל ממסירתו), אין הוא יכול למנות שליח אחר תחתיו. וזהו לדעתם פשר הכלל: "מילי לא ממסרן לשליח"[79].

פרק רביעי

"ופעולת השלוח"

א. שליחות פסיבית ("מידי דממילא")

ברק[80] מעיר שבדין השליחות הקבוע בסעיף 2, ולפיו "פעולת השלוח... מחייבת ומזכה... את השולח", הקפיד המחוקק להקדים את הכלל "שלוחו של אדם כמותו", משום שבלעדיו המונח "פעולת השלוח" עלול להתפרש על דרך הצמצום כחל רק על שליחות אקטיבית ולא על שליחות פסיבית. הקדמת הכלל "שלוחו של אדם כמותו" נועדה לדעתו לפרש את המונח על דרך ההרחבה, היינו כולל שליחות פסיבית, כגון קבלת הודעה לסיום שכירות[81].

על פי המשפט העברי, מעמדה המשפטי של שליחות פסיבית, כלומר שליחות למחדל ולאפס פעולה, שנוי ככל הנראה במחלוקת הפוסקים[82]. ראשיתה של מחלוקת זו בפרשנות סוגיה תלמודית במסכת נדרים[83]. האמורא רמי בר חמא שואל, האם הבעל יכול להפר את נדרי אשתו אף אם לא הגיעו לידיעתו? או שמא התנאי להפרת נדרים הוא ידיעת הבעל על קיום הנדר. הגמרא מנסה להוכיח שידיעת הנדר אינה הכרחית, ומסיקה זאת מברייתא הדנה בבעל הנוסע למקום רחוק, שעקרונית הוא יכול למנות אפוטרופוס להפר "כל נדרים שנודרת אשתי מכאן ועד שאבוא ממקום פלוני"[84], ומכאן שהבעל יכול להפר את נדרי אשתו אף כשדבר הנדר לא בא לידיעתו (הגמרא דוחה ראיה זו, שכן אפשר שהפרת הנדר על ידי השליח מותנית בהגעת דבר הנדר לידיעת הבעל). הראשונים התקשו בהבנת ניסיון ההוכחה מן הברייתא, שכן אפשר שגם לפי הברייתא, התנאי להפרת נדרים הוא ידיעת דבר הנדר, אלא ששמיעת השליח

[79] ראה דיוננו על סעיף 16, ליד ציון הערה 155. וראה שם, הערה 151, בדברי 'אמרי משה'.

[80] ברק, סעיף 246.

[81] ברק, סעיף 17. והשווה ביקורתו של ר' בן אוליאל, "'חוק השליחות' מאת נשיא בית־המשפט העליון, פרופסור אהרון ברק", מאזני משפט א (תש"ס), עמ' 180, בעמ' 185־187. לדעתו, ספק אם יש צורך בסעיף 2, ובוודאי עדיף היה שלא להשתמש בניב התלמודי "שלוחו של אדם כמותו", המרמז לדעתו לתורת הזיהוי, בעוד תורת כוח הייצוג היא המתארת נכונה את מוסד השליחות בחוק הישראלי.

[82] ברק מציין כי "דומה שהשליחות במשפט העברי היא אקטיבית בלבד. אין שליחות למחדל" (ברק, סעיף 17, הערה 121, בעקבות שילה, ראה להלן, ליד ציון הערה 91). כפי שניווכח להלן, עמדה זו אכן קיימת במשפט העברי, אך דומה שרוב הפוסקים חולקים עליה.

[83] נדרים עב ע"ב.

[84] אמנם זו דעתו של רבי יונתן, ואילו רבי יאשיה (שהלכה כמותו) חולק עליו, וסבור שהפרת נדרים אינה נושא לשליחות, אולם אין זה אלא מכוח מדרש הלכה על הפסוק: "אישה יקימנו ואישה יפרנו" (במדבר ל, יד).

את דבר הנדר נזקפת לבעל מכוח הכלל "שלוחו של אדם כמותו". הראשונים נדרשו אפוא להסביר מדוע ברור לתלמוד ששמיעת הנדר אינה נושא לשליחות (להבדיל מהפרתו)?

הרא"ש מסביר ששליחות לשמיעת דבר הנדר אינה אפשרית, מפני "דבמידי דממילא לא שייך מינוי שליחות"[85]. מדבריו עולה לכאורה שדיני השליחות רלוונטיים רק ביחס לאותם עניינים משפטיים והלכתיים שבהם האדם נדרש להיות פעיל, משום שעניינה של השליחות הוא לאפשר לאדם לפעול באמצעות אדם אחר, אבל האדם אינו יכול לשלוח שליח שיהיה סביל במקומו. שמיעת הנדר אינה פעולה אקטיבית שהאדם עושה אותה, אלא היא תיאור מצב שבו האדם סביל, ועל כן אינה נושא לשליחות. ואכן, כך מסביר 'קצות החושן'[86] את כוונת הרא"ש: "דשליח של אדם כמותו לא אמרינן אלא במידי דעשייה, דאז הוי ליה מעשה שלוחו כמותו, אבל במידי דליכא עשייה, לא אמרינן: שליח של אדם כמותו". נמצא אפוא שרק פעולה היא נושא לשליחות ושאין שליחות למחדל. 'קצות החושן' מטעים שסייג זה מתבקש מתאוריית השליחות, ולפיה "אין גוף השליח כגוף המשלח"[87].

לאור עיקרון זה, מבקש 'קצות החושן' ליישב את שאלת 'תוספות רי"ד'[88], מדוע מצוות כגון ציצית ותפילין אינן נושא לשליחות. התשובה לכך לדעתו היא, שאמנם נכון שפעולת הנחת התפילין כאילו נעשתה על ידי השולח, אולם יש גם חלק סביל במצווה זו, והוא שהתפילין יהיו מונחות על גופו של השולח ושגופו יהיה עטוף בציצית, ובפן זה של המצווה, שבו גוף האדם סביל, אין מקום לשליחות, כיוון שגופו של השליח אינו כגופו של השולח, ולא ניתן לצאת ידי חובת הנחת תפילין על ידי הנחתן על זרועו של אדם אחר[89]. כגישה זו

[85] פירוש הרא"ש, נדרים עב ע"ב, ד"ה והא לא שמיע ליה. על שאלה זו עונה הר"ן (נדרים עב ע"ב, ד"ה והא לא שמע ליה) בדרך אחרת. לדעתו, מכיוון שהבעל אינו יכול להפר את הנדר בעצמו בזמן המינוי, שכן אשתו עוד לא נדרה, הריהו מנוע באותה שעה למנות שליח, שכן כלל נקוט בידינו: "במילתא דלא מצי עביד ליה השתא, לא מצי משוי שליח", היינו פעולה שהשולח עצמו אינו מסוגל לעשותה בשעת המינוי, אינו יכול למנות עליה שליח. ראה בהרחבה דיוננו להלן, סעיף 4, פרק שלישי, ד, עמ' 210.
אולם אין להסיק מכאן שעקרונית הר"ן סבור שהשמיעה היא נושא לשליחות. אפשר שהוא מסכים עקרונית עם הרא"ש שהשמיעה כשלעצמה אינה נושא לשליחות, משום שהיא שליחות למחדל ("מידי דממילא"), אלא שלדעתו עדיין טעון הסבר, מדוע אין רואים את השליח כמי שנכנס לנעליו של הבעל לכל דבר ועניין באופן שהוא בעל הפעולה (כולל לעניין השמיעה), ורק התוצאה (הפרת הנדר) מיוחסת לשולח. כך הסבירו בדעת הר"ן: אור שמח, הלכות גירושין, פרק ב, הלכה טו, ד"ה ואפשר עוד; שערי יושר, שער ז, פרק ז, ד"ה וכן יש לפרש דברי הר"ן (וראה לעיל, הערה 95); דרכי משה (עמיאל), דרך הקודש, חלק א, שמעתתא ו, פרק ב, ד"ה ובזה נוכל וד"ה אבל לפ"ז. חיזוק להבנה זו בדברי הר"ן ניתן למצוא בעובדה שהרשב"א, נדרים שם, הציע את פירוש הר"ן ואת פירוש הרא"ש גם יחד (כפי שהעיר שו"ת יהודה יעלה, חלק א, אורח חיים, סימן קנו, ד"ה ואני בעוניי).

[86] קצות החושן, סימן קפב, ס"ק א. וראה גם דבריו בסימן שלו, ס"ק א.

[87] קצות החושן, שם. וראה עוד: אור שמח, הלכות גירושין, פרק ב, הלכה טו, ד"ה ואפשר עוד לומר; לקח טוב (ענגיל), כלל א, ס"ק ד: "דכיון שרק מעשה השליח מתייחסת למשלח או שמועלת עבור המשלח, אבל השליח עצמו אדם אחר הוא, על כן בשמיעה, שאינו עושה מעשה, לא שייך שליחות. ורק אילו היה ענין השליחות על גופו של שליח, שנעשה גופו גוף המשלח, שפיר היה יכול לעשותו שליח על השמיעה". וראה משפטי שמואל (רבינוביץ), שמעתתא דשליחות, פרק ב, אות ג.

[88] תוספות רי"ד, קידושין מב ע"ב, ד"ה שאני התם. על שאלה זו, כבר עמדנו בדיוננו על סעיף 1, פרק שלישי, ב, עמ' 12. וראה גם שם, נספח ראשון, עמ' 77.

[89] מכאן שבכל מצווה הכרוכה בפעולה (וכאלה הן רוב המצוות), יש לבחון אם מהות המצווה והעיקר בה הוא הפעולה או שמא מהותה שתיעשה בגופו של האדם. כך הוא לדוגמה ביחס למצוות נטילת לולב, האם

נוקטים פוסקים נוספים[90], ומכאן הסיק שילה: "רגליים לדבר שאין המשפט העברי מכיר בשליחות למחדל"[91].

אמנם קשה על גישה זו, כיצד האישה יכולה למנות שליח לקבל את גטה, הלוא זו שליחות פסיבית?[92]. על כך עונים הרב דוד פרידמן מקרלין ואחרים שאין מנוס מלקבוע ששליחות זו

עיקר המצווה הוא פעולת נטילת הלולב? או שמא עיקרה הוא שהלולב יהיה נטול בידיו של מקיים המצווה? וראה הרב ז"נ גולדברג: "בגדר מצות לקיחת ד' מינים", ישורון א (אלול תשנ"ו), עמ' רי, בעמ' ריב; "בענייני שליחות ועבד כנעני", קובץ הישר והטוב ח (ניסן תשס"ט), עמ' ג, בעמ' ו, שמגזרת הכתוב, השוללת נטילת לולב על ידי שליח (סוכה מא ע"ב) ["ולקחתם' (ויקרא כג, מ) – שתהא לקיחה ביד כל אחד ואחד"], למדנו שעיקרה של המצווה אינו פעולת הנטילה, אלא "עיקרה שיהיה הלולב נטול בידו" (ומכאן לכאורה תשובה לשאלה שהעלה כנגד שיטת 'קצות החושן' הרב ש"ד בוצ'קו, "שליחות במצוות", קול מהיכל ז (תשנ"ח), עמ' 89, בעמ' 90. אבל השווה שו"ת שרידי אש, ירושלים תשנ"ט, חלק א, סימן נה, אות ב, ד"ה גם אני). וראה יד המלך, הלכות שופר סוכה ולולב, פרק ז, הלכה יג, שלדעתו גזרת הכתוב השוללת נטילת לולב על ידי שליח אמורה רק ביום הראשון של סוכות. והשווה שו"ת חתם סופר, אורח חיים, סימן קפב, הדוחה את דבריו, ולדעתו גזרת הכתוב אמורה גם בשאר ימי החג. והשווה שו"ת שרידי אש, שם, לדעתו גזרת הכתוב אינה באה לשלול נטילת לולב על ידי שליח אלא באה לשלול תפיסה שמדובר במצוות הציבור ולא במצווה המוטלת על כל יחיד ויחיד (ואם אי־אפשר לצאת ידי חובת נטילת לולב על ידי שליח הרי זה מסיבה אחרת). וכעין זה כתב 'חתם סופר' בעצמו בחידושיו למסכת סוכה, שם, ד"ה ולקחתם. וראה: שו"ת משנה הלכות, חלק י, סימן עא; מנחת אשר (וייס), בראשית, סימן טו, אות ז. וראה עוד דיוננו לעיל, סעיף 1, הערה 353.

[הבחנה זו נכונה גם ביחס לעברות. רק עברות שעיקרן פעולה אסורה עשויות היו להיות נושא לשליחות (לולי הכלל "אין שליח לדבר עבירה"), להבדיל מעברות שעיקרן מצב אסור, שאינן נושא לשליחות. וראה ברכת שמואל (ליבוביץ), קידושין, סימן כ, שהביא בשם רבו, ר' חיים מבריסק, שכך יש להבין את דברי רבא (קידושין מג ע"א) אליבא דשמאי הזקן (הסבור שיש שליחות לדבר עברה). רבא מסביר שיש להבחין בין עברה שמהותה איסור פעולה שהיא נושא לשליחות (כך לדוגמה, מי שהפילו אותו על אדם אחר וגרם למותו כשהוא פסיבי, אינו עובר על איסור רציחה, אף על פי שהדבר נעשה לרצונו), לבין איסורי הנאה, כגון חלבים ועריות, ששמאי הזקן מודה שאינם נושא לשליחות, משום שמהותם אינה הפעולה אלא הנאת הגוף (אישה שנבעלה באיסור ומי שתחבו לו לרצונו חלב בבית הבליעה נענשים אף על פי שהיו פסיביים). והשווה אור שמח, הלכות שלוחין ושותפין, פרק א, הלכה א, שהקשה ואמר שאם זהו העיקרון שרבא רצה לחדש, מדוע נזקק לומר את דבריו בזיקה לדברי שמאי הזקן, הדחויים מן ההלכה, ולא אמרם ביחס לשליחות לדבר מצווה, המוסכמת על הכול, כגון ביחס לאכילת מצה בפסח. וראה דיוננו בסעיף 1, הערה 141].

יש להעיר שגישה זו של 'קצות החושן' קרובה מאוד לגישה שראינו בנספח ראשון לסעיף 1, עמ' 77, ולפיה מצוות ש"על גופו" (להבדיל ממצוות "שעל ידי גופו") אינן נושא לשליחות, אלא שלדעת 'קצות החושן', הבחנה זו אינה עניין של סברה בעלמא, אלא יסודה בעובדה שאין שליחות למחדל. ראה: טבעת החושן, חלק ג, סימן קפב, ד"ה ולכאורה נ"ל; משפטי השליחות, שער שני, סימן ל, ענף ג, אות ה.

[90] ראה לדוגמה שו"ת אבני נזר, יורה דעה, סימן קנא, ס"ק ה, בעניין הלוואה על ידי אחד ותשלום ריבית על ידי אחר (שולחן ערוך, יורה דעה, סימן קס, סעיף יג). 'אבני נזר' מעיר שאפילו אם משלם הריבית (המוקדמת) עשה זאת לאחר שהפציר בו הלווה, אין כאן איסור תורה, משום שחסרון הכסף של השליח הוא "מידי דממילא", ואינו נזקף לשולח ("ומה שהשליח חיסר ממונו, כאילו המשלח חיסר ממונו של שליח, אבל לא כאילו המשלח חיסר ממון עצמו").

[91] ש' שילה, "שאלות יסוד בסוגיית השליחות במשפט העברי בהשוואה לחוק השליחות תשכ"ה", דיני ישראל ט (תשל"ח־תש"ם), עמ' קיג, בעמ' קכד.

[92] והשווה: אמרי נועם (קליין), דיני קניינים, כלל ז (חצר), דין יא, ד"ה עוד יש; שו"ת משנה הלכות, חלק ג, סימן קמה, ד"ה וכ"ז (=חידושי משנה, קידושין מא ע"ב, ד"ה איברא כ"ז). הם נוקטים כאחרונים שהערנו

חריגה, ואף שבכלל "אין גוף השליח כגוף המשלח", לא כן הוא לעניין קבלת גט, שבו חידשה התורה שגוף השליח כגוף המשלח ודינו כדין ידה הארוכה[93].

ברם, ספק רב אם מסקנתו של שילה מדויקת. ראשית, דברי הרא"ש נתפרשו בדרכים אחרות לגמרי, ולפיהן לא התכוון לשלול שליחות פסיבית[94]. שנית, לדעת ר' שמעון שקאפ[95], שליחות פסיבית נשללת רק בשליחות שאין בה העברת כוח מן השולח לשליח, אבל בשליחות שיש בה העברת כוח (הנעשית לדעתו בדרך של זהות בין השולח לבין השליח, ההופכת את השליח לבעל דבר), אף על פי שהשליח פסיבי, אין מניעה לייחס את התוצאה לשולח[96]. זו הסיבה לדעתו שקבלת הגט היא נושא לשליחות אף על פי שהיא פסיבית, שכן כדי לייחס לאישה את קבלת הגט, היא חייבת להעביר לשליח את זהותה ולהפוך אותו לבעל הדבר, וממילא מובן שהוא יכול לקבל את הגט במקומה[97]. לפי זה, שליחות לקבלת הגט אינה חריגה,

עליהם לעיל, בסעיף 1, הערה 374, אות א, ולפיהם קבלת הגט היא אקט קנייני ולא עובדה גרידא, ולדעתם די בכך להוציא קבלת גט מכלל "מידי דממילא".

93 ראה: פסקי הלכות (לר' דוד פרידמן מקרלין), יד דוד, חלק א, פרק שלישי, הלכה טו (עמ' 143), ד"ה כל העושה; חידושי רבי שמואל (רוזובסקי), גיטין, סימן יח, ס"ק ה, ד"ה ובאבני; הרב צבי יברוב, הובא בשו"ת רבבות אפרים (גרינבלט), חלק ג, סימן תקמז, ד"ה מיהו ראיתי; שו"ת שרידי אש, ירושלים תשנ"ט, חלק א, סימן קיג, אות יב; שו"ת איגרות משה, אבן העזר, חלק ג, סימן לב, ענף ג, ד"ה אבל ודאי; אבי עזרי, הלכות גירושין, פרק ו, הלכה ו; אבן ישראל (פישר), הלכות מלווה ולווה, פרק כ, הלכה ב.
וכבר העירו האחרונים שייחודה של שליחות קבלה עולה כבר מלשון הרמב"ם, הלכות גירושין, פרק ה, הלכה א: "זה שנאמר בתורה 'ונתן בידה', אין ענין הכתוב אלא שיגיע הגט לה, ואחד ידה או חיקה או חצרה או שלוחה שעשת ידו כידה, הכל אחד הוא". הרי שזיהה הרמב"ם את השליח עם היד והחצר של האישה.
וראה כיצד הם מסבירים על פי גישתם את ההבחנה שעושה הרמב"ם בין שליחות להולכה לבין שליחות לקבלה לעניין דרישת עדים במינוי (לעיל, הערה 68). וראה 'אבי עזרי', המטעים שגישה זו מסבירה גם את ההבחנה שעושה הר"י מיגאש בין שליחות להולכה לבין שליחות לקבלה לעניין הדרישה שהשליח יהיה בתורת הדבר (לעיל, ליד ציון הערה 66), וכפי שכבר ראינו לעיל, ליד ציון הערה 70.
'יד דוד' מטעים שעל פי הסברו מיושב הקושי שהערנו עליו לעיל, הערה 13, מה צורך במדרש הלכה מיוחד לשליחות לקבלת גט. הצורך הוא משום החידוש המיוחד שביצירת זהות בין האישה לבין שלוחה לצורך ייחוס הפעולה אליה. נראה שלכך נתכוון פני יהושע, קידושין מא ע"א, ד"ה שם דתניא ושילח: "אלא הא דאיצטריך קרא להאשה עושה שליח, והיינו משום דמשלוחו לא ידעינן אלא דשליחות מהני בעלמא, ונגמר בדיבור להיות עשייתו כעשיית הבעל דבר, אבל אכתי לא שמעינן באשה, דכתיב בה 'ונתן בידה', ומהיכא תיתי נאמר ביד השליח מיקרי ידה ממש". וראה גם: חידושי הגריי"ר (לר' איצל מפוניבז'), קידושין, סימן ו, ד"ה ושלח מלמד; מנחת אשר (וייס), גיטין, סימן טו, אות ד, ד"ה ולכאורה.

94 ראה לדוגמה בנספח ראשון לסעיף 1, הערה 358, מה שהבאנו בשם יד המלך, הלכות שלוחין ושותפין, פרק א, הלכה א, ולפיו כוונת הרא"ש שאין שליחות אלא בקבלת כוח מן השולח, ופעולה שהשליח יכול לעשותה בכוחות עצמו (כגון שמיעת נדר) אינה נושא לשליחות כלל. וראה שם, הערה 357, פרשנות אחרת בדברי הרא"ש בשם 'משנה הלכות'.

95 שערי יושר, שער ז, פרק ז, ד"ה דהנה.

96 ראה לעיל, הערה 85, שעקרונית הוא הדין אפילו בשמיעת נדר, ועל כן נזקקו הר"ן והרשב"א לנימוק נוסף לשלילת שמיעת הנדר על ידי שליח.

97 וכפי שניסח זאת הרב אשר וייס, מנחת אשר (וייס), גיטין, סימן טו, אות ג, ד"ה והנה, בהסבר דברי ר' שמעון שקאפ: "דשליחות של שליח קבלה היינו דנעשה כגוף האשה, וכאילו נמסר האישות לשליח להפקיעה". ר' שמעון שקאפ דוחה את האפשרות להסביר את השליחות לקבלת הגט כחריג המכיר בייחוס הפעולה, משום שלפי ההלכה השליח יכול לקבל את הגט גם מכוח קניין חצרו (ראה שולחן ערוך, אבן העזר, סימן קמ, סעיף ג), דבר שלא ניתן להבינו על פי תאוריית ייחוס הפעולה, שכן מה יועיל ייחוס קבלה זו בחצר השליח, שאין לה משמעות משפטית מבחינתה של האישה?!

ואכן מצאנו שליחות פסיבית בהקשרים משפטיים אחרים, כגון בהמחאת זכות ("מעמד שלושתם"), שמקבל הזכות יכול להיות מיוצג על ידי שליח, אף על פי שהוא פסיבי לגמרי[98].

ב. תחרות בין פעולת השולח לבין פעולת השליח

השולח נותן לשליח את הכוח לבצע בשמו פעולה משפטית, ונשאלת השאלה: האם כתוצאה מכך נשלל מן השולח הכוח לפעול בעצמו? ואם כוח זה לא נשלל ממנו, מה הדין כאשר השולח והשליח ביצעו כל אחד בנפרד את פעולת השליחות? איזו פעולה תקפה?

לדעת ברק[99], "הענקת כוח הייצוג לשלוח אינה שוללת מן השולח את הכוחות המשפטיים שהדין העניק לו... [היא] אינה פוגעת בכשרותו של השולח, ביכולתו להתחייב ולעשות דיספוזיציות במשפט". לפי זה, אם השולח והשליח פעלו במקביל בעסקאות סותרות, יחולו הדינים הכלליים הנוגעים לתחרות זכויות, כשעקרונית תחול העסקה הקודמת בזמן, אלא אם כן העסקה המאוחרת נעשתה בתנאי תקנת השוק[100].

עיקרון זה עולה כבר ממקורות המשפט העברי. המשנה דנה באישה שמינתה שליח לקבל עבורה קידושין מפלוני. השליח עשה כן, אך במקביל היא נתקדשה בעצמה לאלמוני. המשנה

והשווה לדברי ר' שמעון שקאפ עצמו, חידושי רבי שמעון יהודה הכהן, חלק ד, קונטרס השליחות, סימן י, הערה ו, שם הוא מתקשה: "דכיון דהאשה מתגרשת בעל כרחה, ועיקר הגירושין תלוי בדעת הבעל, מה כוח יש לה על הגירושין למסור אותו כוח לשלוחה?". והוא עונה שם, שאף על פי שלאישה עצמה אין כוח גירושין, התורה נתנה לה כוח למינוי שליח. כך הוא מסיק מן התלמוד הירושלמי, מעשר שני, פרק ד, הלכה ד: "תמן [בשליחות לקבלת גט], התורה זיכתה אותה בגיטה", ומסביר: "התורה זיכתה לה, והוי כשלה. היינו דגזירת הכתוב הוא בשליחות, וזכתה לה התורה כוח גירושין למסור לשליח". והשווה פסקי הלכות, יד דוד (לעיל, הערה 93), שמצא בירושלמי סיוע לגישתו.

98 ראה דיוננו על סעיף 1, פרק שלישי, ג(2), עמ' 23. כך הקשה על קצות החושן, יד המלך, הלכות שלוחין ושותפין, פרק א, הלכה א, ד"ה והראיה שהביא. וראה מה שהשיב על דבריו שו"ת דברי יציב, חו"מ, סימן מג, אות ה. ראיה נוספת לתוקפה של שליחות פסיבית שעניינה ייחוס התוצאה יש במרדכי, קידושין, סימן תקנז: "נראה כיון שהודה שמעון שנדר לגזברים, והם היו בשליחות לאה, יכולה לאה עצמה להוציא ממנו, דיד שלוחה כידה" (נפסק ברמ"א, חו"מ, סימן רמג, סעיף א).

יש מי שטוען שלכך נתכוון 'קצות החושן' עצמו. ראה חקר הלכה (לנדא), אות ש, בענין שליחות, ס"ק א (קה ע"ב): "וצריך לומר דגם הקצות החושן סבירא ליה תירוץ תוספות רי"ד, דגבי קידושין וגירושין מהני מכח שהבעל הוא המקדש והמגרש, רק שמוסיף הקצות החושן דמילי דממילא לא שייך שליחות כדי לישב הך דשליח לדבר עבירה, ואם כן בשליח קבלה לא קשיא, כי האשה היא המתקדשת והמתגרשת". וראה גם שו"ת דברי יציב, חו"מ, סימן מג, אות ד. ואולם יש להעיר שקשה לתלות כוונה זו בדברי קצות החושן, שכן הוא כותב במפורש ששליחות להולכת הגט תקפה משום שהיא "מידי דעשיה".

99 ברק, סעיפים 318-320.

100 יש להבחין בעניין זה בין תחרות של עסקאות רֵאליות לבין תחרות של התחייבויות (חוזים אובליגטוריים). תחרות של עסקאות רֵאליות מתרחשת, למשל, כאשר אדם ממנה שליח שימכור אחד מנכסיו, והשליח מוכר את הנכס לפלוני, והשולח מוכר אותו לאלמוני. הכלל הוא כי בתחרות מעין זו, בין פעולת השולח ופעולת השליח, העסקה הקודמת בזמן תקפה, והקונה השני לא יקבל את הנכס, אך יוכל לתבוע את בעל הנכס בגין הפרת חוזה. התוצאה תהיה שונה אם הקונה השני רכש את הנכס בתנאי תקנת השוק (נכס מיטלטל; שוק פתוח; תום לב), שאז הנכס יינתן לו (על פי סעיף 34 לחוק המכר, התשכ"ח-1968). תחרות של התחייבויות מתרחשת כאשר השליח מתחייב למכור את הנכס לפלוני, ואילו השולח מתחייב למכרו לאלמוני. גם בתחרות התחייבויות, הכלל הוא שהחוזה הראשון בזמן גובר, אלא שכאן יש חריג אחר: אם החוזה השני השתכלל לכדי עסקה רֵאלית בתמורה ובתום לב, אזי הנכס יינתן לשני (אף אם עשה את העסקה שלא בתנאי שוק פתוח).

קובעת: "אם שלה קדמה – קדושיה קידושין. ואם של שלוחה קדמו – קידושיו קידושין. ואם אינו ידוע – שניהם נותנים לה גט. ואם רצו – אחד נותן לה גט ואחד כונס"[101].

עיקרון דומה קובעת המשנה בקרבן פסח. המשנה דנה בחבורת אנשים שאבד קרבן הפסח שלהם, ומינו שליח לחפש את קרבן הפסח ולשחוט אותו בשמם. השליח עשה את שליחותו, אך במקביל הם עצמם קנו קרבן אחר ושחטו אותו. אי לכך עולה השאלה: מהו קרבן הפסח ממנו יאכלו המנויים בחבורה? זה שנשחט עבורם על ידי השליח או זה ששחטו הם בעצמם. המשנה מכריעה שאלה זו על פי עקרון הקדימות בזמן: "אם שלו נשחט ראשון – הוא אוכל משלו, והם אוכלין עמו משלו. ואם שלהן נשחט ראשון – הם אוכלין משלהן, והוא אוכל משלו"[102].

ממקורות אלה עולה כאמור העיקרון שעם מינוי השליח, לא איבד השולח את כוחו לעשות את הפעולה נושא השליחות בעצמו[103]. בהתאם לדינים הכלליים הנוגעים לתחרות זכויות במשפט העברי, אם השולח והשליח פעלו במקביל בעסקאות סותרות, תחול העסקה הקודמת בזמן[104], ובעסקאות מכר יזכה הקונה השני לפיצוי בהתאם לכללי תקנת השוק[105] (והוא הדין כאשר השולח מינה שליח שני לביצוע השליחות, ושניהם פעלו במקביל[106]).

101 משנה, קידושין ד, ט. על פי המשנה, יהיה הדין דומה אם האב מינה שליח שיקבל קידושין בעד בתו, והשליח קיבל קידושין מפלוני, ובמקביל הוא עצמו קיבל בעדה קידושין מאלמוני. וראה רמב"ם, הלכות אישות, פרק ט, הלכות ד־ה; שולחן ערוך, אבן העזר, סימן לו, סעיף ז, וסימן לז, סעיף ט. וראה מגיד משנה (שם, הלכה ד), לגבי איש שמינה שליח לקדש לו אישה, האומר: "זה פשוט, ודבר ברור הוא, שאף על פי שמינה שליח, יכול הוא לקדש אשה לעצמו". וראה שו"ת הריטב"א, סימן קיד, ד"ה מעתה אין הלשון: "ושלוחו של אדם כמותו, אבל לא יותר ממנו" (ולפי זה קבע ש"יעקב שהשביע לשלוחו ראובן שלא יתן משלו כלום אלא מדעת שמעון, וחזר יעקב המשביעו ואמר 'תן לפלוני מנה מנכסי', שהוא פטור משבועתו הראשונה, ויכול לתת המנה ההוא שלא מדעת שמעון, כיון שנותן מדעת יעקב, שהשביעו, כי שמעון במקום יעקב הוא עומד, ושלוחו של אדם כמותו, אבל לא יותר ממנו").

102 משנה, פסחים ט, ט. וראה רמב"ם, הלכות קרבן פסח, פרק ג, הלכות ג־ו.

103 אם כי יש להעיר שמסקנה זו אינה מקובלת על הכל, ויש מי שטוען שהשולח יכול לפעול בעצמו רק משום שרואים בעשייתו העצמית משום ביטול שליחותו של השליח, כפי שנעיר להלן, בדיוננו על סעיף 14, הערה 26. וראה לעיל, הערה 55.

104 ברם, מדברי הגמרא (קידושין עט ע"א), נראה שייתכנו נסיבות שבהן תחול הפעולה המאוחרת דווקא, וזאת כשאומדים את דעתו של השולח שהוא מעדיף שתחול פעולת שלוחו, אף אם תהיה מאוחרת בזמן (למשל משום שהשליח מומחה ממנו לעניין הפעולה נושא השליחות), ואינו עושה את הפעולה בעצמו אלא מחשש שמא השליח לא יעשה אותה (וראה רש"י, שם, ד"ה משום דגברא, וד"ה לא איכפת ליה). אשר לשאלה כיצד עולה קביעה זו עם הכלל "דברים שבלב אינם דברים", ראה: יד רמ"ה, קידושין (ירושלים־קליבלנד תשנ"ה) שם, ד"ה גמ' ("שאני הכא דהא שויתיה שליח"); אילת השחר (שטיינמן), קידושין שם, ד"ה וצריכא. והשווה שו"ת פרי החיים, אורח חיים, סימן לה, ד"ה ונראה עוד להביא ראיה (לדעתו אכן אין הדברים אמורים אלא כשהשולח עשה את פעולתו על תנאי).

105 ראה שו"ת מהרש"ם, חלק א, סימן קעז; תהילה לדוד (אורטנברג), חו"מ, סימן עב; פסקי דין ירושלים ז, עמ' סז. והשווה שו"ת מים חיים (רפפורט), חלק ב, חו"מ, סימן יח. וראה בדיוננו על סעיף 15, הערה 67.

106 זאת בהנחה שמינוי שליח שני אינו מתפרש כביטול שליחותו של השליח הראשון, כמובן. ראה בדיוננו על סעיף 14, ליד ציון הערה 74.

פרק חמישי

"לרבות ידיעתו וכוונתו"

א. זקיפת ידיעת השליח וכוונתו לשולח

פעמים רבות התוצאות המשפטיות של פעולה משפטית נגזרות גם מידיעתו וכוונתו של עושה הפעולה. סעיף 2 לחוק קובע שלא רק פעולתו של השליח נזקפת לשולח אלא גם ידיעתו וכוונתו. קביעה זו עולה בקנה אחד עם תאוריית כוח הייצוג[107].

בהקשר זה, ברק[108] דן בשאלת נפקות ידיעתם של השולח או השליח כשהידיעה משפיעה על תוקף העסקה. למשל, שליח קנה נכס עבור שולחו, ובעת הקנייה ידע השליח על אי־התאמה בממכר, אך שולחו לא ידע עליה, האם יכול השולח להסתמך על אי־ההתאמה כדי לתבוע את המוכר בגינה? או שמא ידיעתו של השליח שוללת משולחו את זכות התביעה? שאלה זו עשויה לעלות גם במקרה ההפוך: בעת הקנייה השולח ידע על אי־ההתאמה, ולא השליח, האם יוכל השולח לתבוע את המוכר בגין אי־התאמה? לפי החוק, כאמור, ידיעת השליח קובעת. אשר על כן, אם ידע השליח על אי־ההתאמה, לא יוכל השולח להסתמך עליה. עם זאת, אם השליח לא ידע על אי־ההתאמה, אין פירוש הדבר שהשולח יוכל להסתמך עליה, אם ידע עליה, שכן בכגון זה יש בהסתמכות השולח על אי־ההתאמה משום שימוש בזכות שלא בתום לב[109].

דומה שגם במשפט העברי, ידיעתו של השליח וכוונתו הן הקובעות[110]. כך עולה לדוגמה

[107] כפי שמטעים ברק. ראה לעיל, ליד ציון הערה 7.

[108] ראה ברק, סעיף 286 וסעיף 293.

[109] ראה ברק, סעיף 300. וראה גם שם סעיף 301, שהשולח אינו יכול לנצל את תום לבו של השליח כדי לרכוש בתנאי תקנת השוק נכס שידוע לו שהוא גנוב.

[110] ראה שו"ת עונג יום טוב, סימן קיג. הוא מאמץ את תאוריית ייחוס התוצאה, ופוסק על פיה שהמפריש תרומה על ידי שליח, רק השליח יכול להישאל על התרומה בפני חכם כדי לבטלה למפרע (כדין התרת נדר), ולא השולח, משום שכוונת השליח היא הקובעת את מהות הפעולה. וראה שו"ת אור גדול, סימן ט, פיסקא ב, אות ג, ד"ה ומעתה, שעל פי אותו נימוק קובע שהשולח אינו יכול להישאל על הקדש שעשה על ידי שליח. ראה דיוננו על סעיף 14, הערה 144 (אמנם לא כן דעתו לעניין תרומה, אבל זה רק משום ייחודה של הפרשת תרומה על ידי שליח שבה פעולת השליח טפלה לכוונתו של השולח. ראה דבריו שם, ד"ה אמנם עכ"ז). וראה דיוננו בסעיף 14, ליד ציון הערה 275, שגם בשליחות לגירושין פעולת השליח טפלה לרצונו של השולח).
והשווה: רדב"ז, הלכות תרומות, פרק ד, הלכה ט; שו"ת חתם סופר, יורה דעה, סימן שכ; שו"ת באר יצחק (ספקטור), יורה דעה, סימן כח, ענף ז, ד"ה ועכשיו. פוסקים אלה נוקטים כדבר פשוט שהשולח יכול להישאל על הקדש ועל הפרשת התרומה שעשה על ידי שליח (מדברי חתם סופר נראה שהשאילה היא על מינוי השליח ולא על פעולת ההפרשה: "שעיקר השליחות הוא שמוסר לו דעתו שכל מה שידור השליח יהי' כאלו הוא נדרו, א"כ אם מתחרט על מה שמסר דעתו לזה השליח, נתבטל המעשה מעיקרא". אבל השווה שו"ת כתב סופר, יורה דעה, סימן קסז, שפירש אחרת את כוונת אביו). לא זו אף זו, יש פוסקים הסוברים שרק השולח יכול להישאל על תרומת השליח והקדשו, ולא השליח. ראה דיוננו על סעיף 14, הערה 306.
[נעיר ש'עונג יום טוב' מקשה על קביעת עצמו (שכוונת השליח היא הקובעת את אופי הפעולה ולא כוונת השולח), מדברי רש"י (שבת קלג ע"א, ד"ה ואי), לפיהם אם לשולח הייתה כוונה להשיג מטרה נוספת בפעולת השליח, מעבר לזו שנתכוון לה השליח, כוונת השולח קובעת. דברי רש"י נאמרו בהקשר לדרשה המתירה את מילת התינוק שאחזה בו צרעת במקום הערלה (וזאת, על אף האיסור שקיים בדרך כלל, להסיר סימני צרעת). התלמוד מקשה מה הצורך בדרשה זו, שהרי בלאו הכי המוהל מתכוון רק לשם קיום מצוות מילה (השאלה נשאלת לדעה לפיה אין אדם מתחייב על דבר שאינו מתכוון)! רש"י מפרש ששאלת הגמרא

מן ההלכה הקובעת שאם הרשאת השליח אינה מפורטת דיה ואינה כוללת פרטים בדבר אופן ביצוע השליחות, על השליח לאמוד את רצון השולח ולפעול על פי אומדן דעת זה, ופעולתו מחייבת את שולחו, אף אם לאחר מעשה מתברר שהשליח לא אמד נכונה את רצון שולחו[111]. אכן, אם אומדן דעתו של השולח על ידי השליח לא היה סביר, וראוי היה לו להימנע מן הפעולה, כגון שקנה נכס במחיר הונאה או שהסכים לקנות קרקע בלא אחריות, למעשה יוכל השולח להתנער מפעולתו בטענה "לתקן שלחתיך ולא לעוות", כלומר שפעולתו חרגה מהרשאתו[112]. אולם גם הלכה זו מוכיחה שדעתו של השליח היא הקובעת, ואין השולח יכול להתנער ממנה אלא בטענה שכוונתו של השליח חרגה מהרשאתו[113]. אם השליח לא ידע על אי־התאמה בממכר, יש לשולח עילה לבטל את העסקה, ובלבד שגם הוא לא ידע עליה, שאם לא כן, ייחשב כמי שמחל על אי־ההתאמה.

ב. צירוף כוונת השולח לפעולת השליח

אדם רצה לזכות באדמת הפקר, ולשם כך מינה שליח שיגדור עבורו את הנכס. השליח עשה כמצוות שולחו בלא לדעת שמדובר באדמת הפקר, אלא חשב בטעות שמדובר באדמתו של השולח. שליח זה ביצע אפוא את מעשה הזכייה בהפקר, אך לא השלים את היסוד הנפשי הדרוש לכך (הכוונה לזכות מן ההפקר), ונשאלת השאלה: האם ניתן לצרף את כוונת השולח לפעולת השליח? לדעת 'קצות החושן'[114], אכן תועיל כוונתו של השולח לשוות למעשה השליח תוקף קנייני[115].

היא רק כשהמוהל אינו פועל כשליח (כך מבין את דבריו משנה למלך, הלכות טומאת צרעת, פרק י, הלכה א, סוף ד"ה ומ"ש רבינו או הקוצץ), אבל אין מקום לשאלה כשהמוהל פועל כשליח, שאז מובן מה הצורך בדרשה שכן אבי הבן ודאי מתכוון מלבד קיום מצוות מילה גם להסיר את צרעת בנו. ומכאן לכאורה שכוונת השולח היא הקובעת את מהות הפעולה. על קושי זה כנגד גישתו נשאר 'עונג יום טוב' ב"צריך עיון"].

דומה שקביעתנו נכונה לפחות חלקית גם לדעת מי שנוקט את תאוריית ייחוס הפעולה. אמנם ראינו לעיל, פרק שלישי, ה(2), עמ' 109, שהנוקטים את תאוריית ייחוס הפעולה סוברים שכוונת השולח היא הקובעת, ואם חזר בו ממטרת השליחות, אין תוקף לפעולת השליח. אבל נראה שאין הדברים אמורים אלא בשולח החוזר בו ממטרת השליחות, ואילו כאשר השולח מעוניין בשליחות, הוא משאיר בידי שלוחו מידה מסוימת של עצמאות, ולפיה השליח הוא שמגדיר את אופי פעולתו.

111 על הלכה זו, ראה דיוננו בסעיף 5, ליד ציון הערה 43. וראה שם, הערה 46, אות ג, הלכת בית מאיר, ולפיה אם הסכים השליח לרכוש נכס למרות שידע שיש בו פגם פעוט שרוב בני אדם מוותרים עליו, מפני שכך העריך את דעתו של השולח, פעולתו מחייבת את השולח, אף שהלה לא ידע על פגם זה ולא היה מוכן לוותר עליו.

112 על טענה זו יסודה והיקפה, ראה בהרחבה דיוננו על סעיף 5 ועל סעיף 6.

113 שאלה יפה שהתלבטו בה האחרונים היא, האם מועיל ייאוש השליח לפטור את מוצא האבדה מחובת השבה (אולם הם התלבטו באותה שאלה ביחס לשומר שהתייאש, ועל כן לא ברור אם שאלה זו קשורה לנושא דידן). ראה: פתחי חושן, הלכות הלוואה ואבדה, דיני אבדה, פרק ב, הערה ה; חשוקי חמד, בבא מציעא כו ע"ב, "שד"ר שגזלו ממנו את הכסף שאסף לצדקה ונתייאש, האם היאוש מועיל", עמ' קיב; "מפסקי הגרז"נ גולדברג", אבני משפט ה (תשס"ו), עמ' 44.

114 קצות החושן, סימן רעה, ס"ק ג.

115 בדברים אלו של 'קצות החושן' כבר דננו לעיל, בסעיף 1, הערה 32. דברינו שם היו בשאלה אם יש להגדיר את פעולת השליח כפעולה משפטית או כפעולה מטריאלית, ואילו כאן אנו דנים בשאלה אם היסוד הנפשי המלווה את פעולת השליח נקבע על פי דעתו של השליח או על פי דעתו של השולח (וראה שו"ת אבני נזר, אבן העזר, סימן קלד, ס"ק ז־ח, המעיר שמעין רעיון זה של צירוף כוונה נמצא כבר במשנה למלך, הלכות טומאת צרעת, פרק י, הלכה א).

'קצות החושן' מביא ראיה לדבריו מן ההלכה בעניין זכייה בנכסי הפקר (בבא מציעא י ע"א), ולפיה אם

כמה מן האחרונים טוענים שגישת 'קצות החושן' עולה בקנה אחד עם ההבנה שעניינה של השליחות הוא ייחוס הפעולה. כיוון שהשולח מפעיל כביכול את השליח, והשליח פועל כידו הארוכה, די בכך שהשולח מתכוון לקניין כדי לתת תוקף לפעולת השליח[116].

ברם, רבים מפקפקים באפשרות לצרף את הפעולה של אדם אחד עם הכוונה של אדם אחר, מה עוד שצירוף זה אינו כצירוף שני חלקים המשלימים זה את זה, שכן לולי הצירוף אין לפעולת השליח כשלעצמה משמעות משפטית (מעשה קניין), אלא היא פעולה מטריאלית גרידא (מעשה קוף)[117].

אפשר שגם 'קצות החושן' לא התכוון לחדש הלכה בדיני השליחות, ולפיה מצטרפת כוונת השולח לפעולת השליח, אלא בא לחדש הלכה בדיני הקניינים (בדומה לדברי 'נתיבות המשפט'[118]), שדי בעובדה שהקניין נעשה ביזמתו של הקונה, ואין צורך שיבצע את הקניין בעצמו[119].

השולח אומר לשלוחו "זכה לי בחפץ זה", השולח זוכה בנכס. אמנם מבואר בתלמוד שאם נקט השולח לשון "תן לי חפץ זה" (כדי שהשליח לא יחשוד שמדובר בנכס הפקר ויבקש לזכות בו לעצמו), לא זכה השולח, עד שיגיע הנכס לידיו. אבל לדעת 'קצות החושן', הסיבה לכך היא, שבכגון זה מן הסתם לא התכוון השולח לזכות בנכס אלא משעה שיגיע לידיו (ראה תוספות הרא"ש, בבא מציעא י ע"א, ד"ה דאמר תנה). ומכאן מסיק 'קצות החושן' שבאמר לו "זכה לי", השולח זוכה, אף אם השליח חשב לתומו שאין זה נכס הפקר. אחרונים אחרים דחו ראיה זו של 'קצות החושן', ולדעתם יש משם ראיה להפך, שכוונת השולח אינה מצטרפת לפעולת השליח. לדעתם, גם כשהשולח אומר לשליח "תן לי", הוא מתכוון לזכות בפעולתו של השליח, אבל ההלכה היא שהשליחות אינה מועילה אלא כשאומר לו "זכה לי", שרק אז מתכוון השליח לזכות עבורו, ומכאן שאי אפשר לצרף את כוונת השולח לפעולת השליח. ראה: חידושי רבי שמעון יהודה הכהן (שקאפ), בבא מציעא, סימן יב; שם, חלק ד, קונטרס השליחות, סימן יא, ד"ה ומה שהוכיח; אבני החושן, סימן רעה, ס"ק ה; שו"ת אבני נזר, אבן העזר, סימן קלד, ס"ק ז-ח; חידושי בעל שרידי אש על הש"ס, בבא מציעא, סימן לב, ד"ה ואגב מנחת אשר (וייס), בבא קמא, סימן נא, אות ב, ד"ה וגם מה שהביא. אבל ראה הרב שלמה זלמן אוירבך, קונטרס תורת המנחה, ישורון טו (תשס"ה), עמ' רמג, ד"ה ונראה, מה שביאר והרחיב בראיה זו של 'קצות החושן'.

'קצות החושן' מביא ראיה נוספת לדבריו משיטת התוספות (בבא מציעא י ע"ב, ד"ה אי בעי) בדיני גנבה, ולפיה המושך פרה עבור שולחו ואינו מודע לעובדה שאינה שלו, מתחייב השולח בגנבה. גם על ראיה זו, השיגו האחרונים המוזכרים לעיל, בטענה שאינה דומה כוונת קניין (שם דרושה כוונת קניין מיוחדת), לכוונת גזלה (שם די בכוונה כללית לגזול, ומשכך, הפעולה יכולה להיעשות גם על ידי אדם אחר). ראה: חידושי רבי שמעון יהודה הכהן, שם ("דאין צריך קניינים רק מעשה גרידא לעכב דבר של חבירו ולהכניסו אצלו"); שם, קונטרס השליחות, סימן יא, ד"ה ובהא דהביא הקצות; דברי יחזקאל (ברשטיין), סימן נג; חידושי בעל שרידי אש על הש"ס, שם, ד"ה וראייתו; מנחת אשר (וייס), בבא קמא, סימן נא. וראה פלפול ארוך בנושא זה בשו"ת קול אריה (שוורץ), חו"מ, סימן קיט, אות ג ואילך.

116 ראה: אמרי בינה (אוירבך), חו"מ, קונטרס בדיני קניינים, סימן ח, ד"ה ובגוף חקירת הקצות ("אם השליח נעשה ידו של המשלח, נוכל לצרף כוונת המשלח עם מעשה השליח... הוי כאילו ידו ממש הגביהה"); חלקת יואב, חו"מ, סימן ג, ד"ה ובגוף חקירת הקצוה"ח; שו"ת חבל יעקב, חלק א, סימן א, אות ג.

117 ראה: חידושי רבי שמעון יהודה הכהן (שקאפ), בבא מציעא, סימן יב ("דאי אפשר לחלק המעשה והכוונה לשני בני אדם, משום דמעשה בלא כוונה הוא מעשה קוף בעלמא"); שערי יושר, שער ז, פרק ח, ד"ה ועפ"י; חידושי בעל שרידי אש על הש"ס, בבא מציעא, סימן לב, ד"ה ובכלל ("ובכלל כל החידוש של הקצות הוא נגד הסברא, דאטו מי שיאמר לחברו 'הולך דבר זה למקום אחר', יקנה המשלח, אף על פי שהשליח סבור שדבר זה הוא של המשלח. אתמהה! ועיקר הסברא דמצרפין כוונת המשלח ומעשה השליח היא לפי דעתי נגד הסברא"); דברי יחזקאל (ברשטיין), סימן נג, אות ג, ד"ה ומעתה נראה; מנחת אשר (וייס), בבא קמא, סימן נא, אות ב. וראה הרב שלמה זלמן אוירבך (לעיל, הערה 115), עמ' רמה, ד"ה עוד הוכיח, שהרחיב בזה. וראה להלן, הערה 129.

118 ראה: נתיבות המשפט, סימן קפח, ס"ק א; שם, סימן רעה, ס"ק א.

ג. צירוף כוונת השליח לפעולת השולח

עד כאן עסקנו בשאלה: האם כוונת השולח יכולה להצטרף לפעולת השליח? עתה נדון בשאלה ההפוכה, האם השליח יכול לשמש שלוחו של השולח לעניין הכוונה בלבד, בזמן שאת הפעולה יעשה השולח עצמו?

להלן נדון בשני מקורות מהם עולה האפשרות של צירוף פעולתו של בעל העניין עם כוותנו של אדם אחר, ונבחן אם אפשר להסיק מהם שכן הדין גם בצירוף פעולת השולח עם כוונת השליח. בשליחות רגילה, שאלה זו אינה מעשית (שכן אם השולח עושה את הפעולה הפיזית, אין סיבה שלא ישלים בעצמו את הצד הנפשי), אבל כפי שנראה להלן, היא עולה בעיקר בעניין "זכין לאדם שלא בפניו"[120]; אדם עושה פעולה סתמית ואדם אחר מתכוון עבורו לשוות לפעולה זו משמעות משפטית.

(1) "דעת אחרת מקנה"

לפי התלמוד, לפעמים יש תוקף למעשה קניין, אף על פי שעושה המעשה לא התכוון לקנות. כך הוא לדוגמה כשהקונה מגביה נכס בחשבו בטעות שהוא שלו, שהוא עשוי לזכות בו אם "דעת אחרת מקנה" לו את הנכס[121].

הלכה דומה מצינו בקניין הנעשה על ידי קטן, שנקבע בה שאף על פי שאין לקטן כשרות לקנות, משום שאין לו הבגרות השכלית הדרושה לכך (ולכן זכייתו במציאה היא רק

119 אלא שבשונה מנתיבות המשפט, לדעת 'קצות החושן', מעשה הקניין נחשב כנעשה מכוחו, אף כשמי שעשה אותו לבקשתו פעל בחינם (ובלבד שהוא כשר לשליחות). לאפשרות זו בהבנת 'קצות החושן', ראה הרב שלמה זלמן אוירבך (לעיל, הערה 115), עמ' רמד, ד"ה אולם וד"ה ויעוין (אלא שלדעתו יש להבחין בעניין זה בין קניין מסירה לבין קניינים אחרים, ובקניין מסירה לא ייתכן פיצול בין הפעולה לכוונה). וראה להלן, הערה 138, שאכן כך הבינו אותו מקצת מן האחרונים. אולם קשה על הצעה זו, שכן אם שליח זה עושה רק "מעשה קוף", לא מובן מדוע הוא צריך להיות כשר להתמנות שליח.

120 על דין זה, ראה הנספח להלן, עמ' 767.

121 הלכה זו אינה מפורשת בתלמוד, אבל היא עולה בעיקר משני מקורות בראשונים:

(א) חידושי הרשב"א, גיטין כ ע"ב, ד"ה קשיא לי. התלמוד דן שם בדברי המשנה (עדויות ב, ג), הקובעת שאף על פי ששטר מכר ("שטר מקנה"), שבו משתעבד המוכר כלפי הקונה, צריך להיות של המוכר ולא של הקונה, מכל מקום הכשירו חכמים שטרות שהוכנו על ידי "זקן אחד והיה מלוה לכל בני הכפר, וכותב בכתב ידו ואחרים חותמים", אף על פי שהם משתעבדים כלפיו, משום שאותו זקן היה ער לדרישה שהשטר צריך להיות של המשתעבד, ומן הסתם הקנה להם את השטרות קודם לכן ("זקן שאני, דידע לאקנויי"!). הרשב"א שואל: מה מועילה ידיעתו של הזקן, סוף סוף הרי המשתעבדים בשטר לא היו מודעים לכך שהוא הקנה להם את השטר!? ועל כך הוא עונה: "דשאני [הכא], דאיכא דעת אחרת מקנה".

(ב) חידושי הרשב"א, בבא בתרא מא ע"א, ד"ה האי עובדא (בשם הראב"ד). התלמוד מספר על רב ענן, שלאחר שנסחף הכותל המפריד בין חצרו לבין חצר שכנו, בנה את הכותל מחדש, אלא שבלי משים עשה זאת בתוך השטח של חברו, והלה אף סייע בידו. מהתלמוד עולה שאם חברו היה מודע לטעות, ובכל זאת התיר לרב ענן להקים את הכותל בשטחו, ניתן היה לראות בכך הבעת רצון של הקניית הקרקע מצדו, ורב ענן היה זוכה בקרקע. גם כאן שואלים הראשונים: הרי לרב ענן לא הייתה כוונת קנייה כשבנה את הכותל, שכן הוא חשב שהוא בונה בחלקו שלו?! על כך עונה הראב"ד, שמכל מקום, יש תוקף לקניין על ידי הקמת הכותל גם בלא מודעות הקונה, משום ש"דעת אחרת מקנה". יש לציין שלדעת הרשב"א עצמו, מסתבר שרב ענן עשה פעולת קניין גם לאחר שנודעה לו טעותו, ואין מקום אפוא לקושיית הראב"ד. כמה מן האחרונים הסיקו מדבריו שהוא דוחה את דברי הראב"ד בעניין "דעת אחרת מקנה", ותמהו על שהוא סותר את עצמו. אבל ראה להלן, הערה 124. וראה ב' כהנא, חוק לישראל, מתנה, סעיף 6 (בהכנה).

מדרבנן[122]), מכל מקום, אם קנה נכס מאדם בר דעת, כיוון שאותו אדם התכוון שמעשה הקטן ייחשב למעשה קניין ו"דעת אחרת מקנה", יש תוקף לקניין הקטן מן התורה[123].

הראשונים נחלקו בשאלה כיצד להסביר הלכות אלו. יש שנראה מהם שהדברים כפשוטם. כאשר "דעת אחרת מקנה", הקונה אינו זקוק כלל להתכוון בעצמו לקנות את הנכס, והוא נדרש רק לעשות את הפעולה הפיזית של מעשה הקניין[124]. לפי גישתם, אין להוכיח שפיצול זה בין היסוד הפיזי לבין היסוד הנפשי אפשרי גם בדין "זכין לאדם שלא בפניו".

לעומתם, לדעת 'קצות החושן'[125], "דעת אחרת מקנה" אינה מייתרת את הצורך בכוונת קנייה מצד הקונה, אלא שהמוכר הוא שמייצג את הקונה לצורך כוונה זו. כך עולה לדעתו מן ההיקש של רבי וידאל די טולושא, בעל 'מגיד משנה', בין דין זיכוי לקטן (שבו מזכה הנותן את הנכס לקטן באמצעות הזוכה) לבין דין קנייה על ידי הקטן (הנידון כאן)[126]. ומאליה עולה השאלה:

[122] ראה: משנה, גיטין ה, ח; בבא מציעא יב ע"א.

[123] ראה: תוספות, גיטין סד ע"ב, ד"ה שאני; ר"ן שם ל ע"ב (בדפי הרי"ף); תוספות, קידושין יט ע"א, ד"ה האומר; ר"ן שם ז ע"ב (בדפי הרי"ף); רמ"א, חו"מ, סימן רמג, סעיף טו. וכן היא גם דעת הרמב"ם, ראה: מגיד משנה, הלכות זכייה ומתנה, פרק ד, הלכה ז; לחם משנה, הלכות לולב, פרק ח, הלכה י; שער המלך, הלכות לולב, שם.

[124] מפרשנות התוספות (גיטין סד ע"ב, ד"ה שאני), עולה שההסבר לכך הוא שבנסיבות אלו אין צורך בכוונת קניין מצד הקונה (ואינו מדין "זכין לאדם שלא בפניו", שלדעתם אינו אלא מדרבנן). להבנת גישתם, ראה: שו"ת חבצלת השרון, חלק א, יורה דעה, סימן פט, ד"ה ואמנם; שערי יושר, שער ז, פרק יב, שכשיש דעת אחרת מקנה, פירושו של דבר שחלות הקניין נעשית על ידי המקנה (וראה דבריו גם בחידושי רבי שמעון יהודה הכהן (שקאפ), בבא מציעא, סימן כג, ד"ה אמנם לפמש"כ; שם, בבא בתרא, סימן ד, אות ב). וראה שו"ת רבי עקיבא איגר, מהדורא קמא, סימן לז, ד"ה מ"מ נראה לי, שמדבריו עולה תפיסה מרחיקת לכת אף יותר, ולפיה הוא הדין גם אם המקנה אינו מתכוון שהקונה יקנה בפעולה זו, ודי בהסכמתו הכללית שהבעלות על נכסו תעבור לקונה (לפי זה הוא קובע שישראל שמכר בהמה מבכרת לגוי, וטעו הוא והגוי לחשוב שהבעלות עברה לגוי כבר במתן מעות, קונה הגוי את הבהמה במשיכה).
[לדעתו, כך יש לפרש את הראב"ד המובא לעיל, הערה 121, אות ב. ושמא גם הרשב"א הבין כך את דברי הראב"ד, ועל כן הסתייג מפירושו. ומכאן תשובה לסתירה לכאורה בדבריו. ראה: הרב שלמה זלמן אוירבך, קונטרס תורת המנחה, ישורון טו (תשס"ה), עמ' רמא, הערה 48; הרב צבי מרקוביץ, "דעת אחרת מקנה וזכין לאדם", ספר הזיכרון למרן הגרי"ב ז'ולטי, ירושלים תש"ם, עמ' תקצט, ד"ה ובדברי הרע"א. והשווה: גיליונות ברוך טעם על קצות החושן (נדפס במהדורת מכון אור הספר, ירושלים תשל"ח), סימן רעה, ס"ק ד, ד"ה וכל זה; שו"ת חבל יעקב, חלק א, סימן ו, אות יט].

[125] קצות החושן, סימן רלה, ס"ק ד.

[126] ראה מגיד משנה, הלכות מכירה, פרק כט, הלכה יא. הרמב"ם כותב שם: "יראה לי שקטן שקנה קרקע ונתן דמים והחזיק בקרקע, תעמוד בידו, אע"פ שאין ממכרו בקרקע כלום, שהקטן כמי שאינו בפנינו הוא, וזכין לאדם שלא בפניו, ואין חבין לו אלא בפניו". ומסביר מגיד משנה: "מבואר בגמ' שמי שמקנה קרקע לקטן, שקנה, והכין משמע לכאורה פ' האיש מקדש (דף מ"ב), דאמרינן מנין שזכין לאדם שלא בפניו, שנאמר 'נשיא אחד ממטה' וגו', ופירש"י ז"ל: וקטנים הרבה היו בנחלת הארץ, וכשלא בפניהם דמי". וכבר נתקשה על היקש זה (בין דין קטן שקנה לבין דין זכין לקטן) בשו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן כא, ד"ה וכתב עוד: "וקשה דמאי מייתי מהך דפרק האיש מקדש, דההיא בזכיה על ידי אחר מיירי, והרמב"ם ז"ל לא מיירי אלא כשהקטן עצמו נתן דמים או החזיק, ומנא ליה דאית ליה יד ואית ליה זכיה?". לכאורה, לא על מגיד משנה צריכה להיות תלונתו של מהרי"ט, אלא על הרמב"ם עצמו, שקשר את דינו לדין זכין ("שהקטן כמי שאינו בפנינו הוא, וזכין לאדם שלא בפניו, ואין חבין לו אלא בפניו"). ואולם ראה הרב שלמה זלמן אוירבך, קונטרס תורת המנחה, ישורון טו (תשס"ה), עמ' רנה, ד"ה והנה אע"פ, שלדעתו לא השתמש כאן הרמב"ם במושג "זכין" במשמעותו המשפטית הרגילה, אלא יש כאן רק שיתוף השם, שדי שיתכוון המקנה לזכות את הקטן.

הרי בדין "זכין", הנותן מזכה לקטן באמצעות הזוכה, שעושה את מעשה הקניין כשלוחו של הקטן, ואילו כשהקטן קונה בעצמו, כיצד מועילה קנייתו, הלוא חסר בה היסוד הנפשי?! אלא מכאן כאמור שלדעת 'מגיד משנה', המכניזם של קניית הקטן לעצמו כש"דעת אחרת מקנה" הוא, שהנותן נעשה שלוחו של הקטן לעניין היסוד הנפשי (כוונת הקנייה)[127]. לכאורה, לפנינו דוגמה של צירוף כוונת השליח למעשה השולח. הקטן עושה את מעשה הקניין, ואילו המקנה מתפקד כשלוחו לצורך הכוונה (והוא הדין בזכיית גדול שאינו מודע לזכייתו[128]).

ברם, גם על חידוש זה, ועוד יותר מאשר על החידוש ההפוך (בעניין צירוף פעולת השליח עם כוונת השולח), תמהים הפוסקים: הן מעצם הרעיון של צירוף הכוונה לפעולה הן מכך שכוונה, ובפרט זו הנלווית לפעולה, אינה נושא לשליחות[129]. ואכן יש מי שטוענים שלא לכך התכוון 'קצות החושן'[130].

[127] ובלשונו של 'קצות החושן', שם: "דהיא גופה דמהני דעת אחרת, הוא מדין זכיה שהנותן זוכה לו, והנותן גדול. ואף על גב דבעלמא לא מצי נותן גופיה לזכות למקבל, אלא צריך מקבל בעצמו לזכות או על ידי אחר, הכא, שקטן בעצמו זוכה, אלא שאין לו דעת, ומשום הכי אינו זוכה במציאה. אבל היכא דאיכא דעת נותן, הנותן בעצמו זוכה לו... דהוא הדין בגדול כשאינו מתכוין, וכגון שסבור שלו הוא, דכהאי גוונא בהפקר לא קני, ובדעת אחרת מקנה מהני דעת נותן, והוא מצד זכיה". לאור קביעה זו, קצות החושן, סימן רעה, ס"ק ד, ד"ה אך קשה, מחדש שאפשר שהלכת "דעת אחרת מקנה" לא תחול כשהמזכה אינו כשר להתמנות שליח (אם הזכייה היא מטעם שליחות).

[128] וראה הרב שלמה זלמן אוירבך, קונטרס תורת המנחה, ישורון טו (תשס"ה), עמ' רמט, ד"ה והנה בעיקר: "יש להסתפק בדבריו [של 'קצות החושן'], אם ראובן אמר לשמעון למשוך פרתו, ושמעון אינו יודע כלום, וראובן מכוין שהמשיכה תהיה עבור לוי ומכוין להקנותו בכך". וראה עוד שם, עמ' רנ, ד"ה גם: "גם יש להסתפק איך יהיה הדין אם הקונה החזיק, אך אינו מכוין כלל לטובת הקרקע, כגון שהוא נועל את הבית, וכונתו לנסות אם המפתח טוב, או שמושך ואינו יודע שמושך, רק כמתעסק בעלמא, דלכאורה נראה דכמו שיכול להיות שלוחו על כוונת הקנין, ונעשה כנתכוין על ידי כך, הכי נמי יכול לכוין עבורו גם על תיקון הקרקע, וממילא נעשה כמכוין לתקן הקרקע וגם מכוין לקנות".

[129] ראה חידושי רבי שמעון יהודה הכהן (שקאפ), חלק ד, קונטרס השליחות, סימן כה, ד"ה ונראה לענ"ד: "דעל פי הסברא נראה דלא שייך כוונה בלי מעשה, ואם המכוין אינו עושה מעשה כלל, מה מועלת כוונתו בזה על מעשה של אחרים, ואפילו לפי מה שרוצה הקצות החושן להוכיח בסימן רעה... גם כן לא יועיל זה לענייננו, דהתם על כל פנים עושה השליח איזה מעשה, ונחשב מדין השליחות, כאילו עשה אותו מעשה המשלח, ומשום הכי מצטרפת כוונת המשלח עם הפעולה שעשה השליח עבורו. אבל שליח על כוונה גרידא, זה דבר רחוק מאד". וראה לעיל, הערה 117.

וראה הרב שלמה זלמן אוירבך, קונטרס תורת המנחה, ישורון טו (תשס"ה), עמ' רנב: "גם בעיקר הדבר נראה פשוט דלא שייך כלל שליחות על מחשבה. דמה שתורמין על ידי שליח במחשבה, כדמוכח בתוספות קידושין ריש פרק האומר (תוספות, קידושין נט ע"ב, ד"ה מיד מחשבה), היינו שמוסר לו בעלות על ההפרשה, וממילא יכול להפריש גם במחשבה, אבל לא שליחות גרידא על מחשבה. וכמו בכוונת מצוה, דאפילו אם יבקש את חברו שבמקרה שיראהו עושה מצוה בלי כוונה שהוא יכון עבורו, דלאו כלום הוא... ואם כן, איך מועיל כאן כונת קנין להרכיב את הכוונה למעשה ולעשות על ידי כך את מעשה המשיכה לקנין? ומצינן רק לגדול העומד על גביו [ראה להלן, ליד ציון הערה 131]... דהוי מטעם שליחות, אבל בסתם מחשבה לא מהני, וגם לא מהני אם אחד לש מצה ואינו מכוין לשמה אף שיש אחר שמכוין! וכללא הוא דבעינן שעושה הדבר הוא עצמו יכוין... והרי גם אם אחד יגלה דעתו על כל הדברים שיעשה אחר כך שהוא רוצה שיהיו לכוונת מצוה, לאו כלום הוא. וכן לענין קנינים. ואם כן, הוא הדין דאחר אינו יכול לשנות את המעשה של הקונה, שהוא בלי כוונה, שיחשב כמו מעשה עם כוונה. גם תמיהני דהענין של שליחות לא מצינן אלא על דבר שלם כמו גירושין, שהחסרון הוא רק שהיא אשת חברו, דלענין זה מהני השליחות, אבל לא מצינו דיהני שליחות שרק על ידי זה שנעשה כמותו חל על הדבר שם של מעשה". כך הקשה גם הרב צבי מרקוביץ, "דעת אחרת מקנה וזכין לאדם", ספר הזיכרון למרן הגרי"ב ז'ולטי, ירושלים תש"ם, עמ' תקצה, ד"ה הנה הכריח.

(2) "גדול עומד על גביו"

מקור נוסף, ממנו עולה לכאורה האפשרות לצירוף כוונת השליח אל פעולת השולח, נמצא בדברי הרשב"א (בשם רבו) בעניין כתיבת גט על ידי קטן. נקדים ונאמר שכתיבת הגט צריכה להיעשות לשם האיש המגרש והאישה המתגרשת. אף על פי כן, המשנה קובעת כי חרש שוטה וקטן יכולים לכתוב את הגט[131]. על כך מקשה התלמוד, "והא לאו בני דיעה נינהו!". רב הונא מתרץ קושיה זו ואומר כי כוונת המשנה היא שהללו יכולים לכתוב את הגט בתנאי ש"גדול עומד על גביו"[132]. הראשונים נחלקו בשאלה: מה מוסיף גדול העומד על גבי החרש או השוטה או הקטן? לדעת חלק מן הראשונים[133], העמידה על גבי כותב הגט מבטיחה כי במחשבתו של כותב הגט עצמו יהיה היסוד המחשבתי הנדרש. אך הרשב"א מביא בשם רבו[134] הסבר אחר, ולפיו תפקידו ההלכתי של הגדול אחר. הקטן עושה רק את החלק הפיזי של כתיבת הגט (שכן הכתיבה כשלעצמה אינה צריכה שליחות), ואילו הגדול העומד על גביו משלים את היסוד המחשבתי של כתיבת הגט לשם הבעל המגרש והאישה המתגרשת[135].

ודאי שיש מקום לשאלה זו לפי הפרשנות של 'קצות החושן' בדעת הרא"ש, שראינו לעיל, ליד ציון הערה 86, בעניין "מידי דממילא", ולפיה אין שליחות אלא לפעולה. אם כי השווה שו"ת יהודה יעלה, חלק א, אורח חיים, סימן קנו, ד"ה ואני בעניי: "כוונת הרא"ש ורש"י הוא בשמיעה דוקא, דבע"כ שומע אפילו אין מכוין כלל נמי, אבל מחשבה הרי דעתו בעינן למחשבה, שייך ביה שליחות אף שהוא בלא מעשה" (וחזר על דבריו שם, יורה דעה, סימן פב, ד"ה ועוד נראה לי). והסכים לדבריו אב בחכמה (יודלביץ), עמ' ה, ד"ה ונחזי. ר' יהודה אסאד מעיר ש'קצות החושן' עצמו אינו מקבל הבחנה זו, כפי שמוכח מדבריו בסימן שלו, ס"ק א. ואכן ראה: שו"ת שואל ומשיב, מהדורא קמא, חלק ב, סימן קא; שו"ת קול אריה (שוורץ), חו"מ, סימן קיט, אות ג, ד"ה אך יש לי ספק, ואילך (אך ראה גם דבריו שם, אות ו, ד"ה על כן); דרכי משה (עמיאל), דרך הקודש, חלק א, שמעתתא ו, פרק ז, ד"ה אמנם לדברינו. וראה פסקי עוזיאל בשאלות הזמן, סימן נח, אותיות ז-ח (=שו"ת משפטי עוזיאל, חלק ב, אבן העזר, תל אביב תרצ"ח, סימן פח), שגם הוא שולל שליחות לכוונה (אם כי הוא מבחין בין כוונה שהיא חלק מתכלית המצווה לבין כוונה כללית לצאת ידי חובתה ואומר: "מוכרחים אנו לחלק בסוגי הכוונה בין כוונת קיום המצוה לכוונת תכליתה, שבכל המצוות שכוונתם היא לצאת ידי חובת מצוה, מועילה כוונת השליח להוציא את המשלח ידי חובתו מדין שלוחו של אדם כמותו, אבל במצוות המצריכות כוונת התכלית, כגון תפלה ותקיעת שופר וחליצה, אין השליחות מועלת בהם").

130 ראה: הרב שלמה זלמן אוירבך (לעיל, הערה 129), עמ' רנג, ד"ה ולכן נראה; הרב מרקוביץ (שם).

131 משנה, גיטין ב, ה.

132 גיטין כב ע"ב–כג ע"א. וראה: רמב"ם, הלכות גירושין, פרק ג, הלכה יח; שולחן ערוך, אבן העזר, סימן קכג, סעיף ד.

133 ראה למשל תוספות הרא"ש, חולין יב ע"ב, ד"ה מאן תנא. לפי גישה זו, נשאלת השאלה: מדוע יבם שוטה אינו יכול לחלוץ כאשר גדול עומד על גביו? על כך נדחק תוספות הרא"ש ועונה שרק בגט מועיל גדול עומד על גביו להבטיח שיתכוון לכתוב את הגט לשמה, ולא בחליצה: "וי"ל דלגבי גט מוכחא מילתא דעביד לשמה כשמבחין לכתוב שמו ושמה ושם עירו ושם עירה, ומהני אפי' בשוטה כשגדול עומד על גביו. ובחליצה לא מינכרא מילתא, ולא מהני בשוטה גדול עומד על גביו".

134 חידושי הרשב"א, חולין יב ע"ב, ד"ה מאן תנא. ראה גם חידושים מכתב יד המיוחסים לריטב"א, גיטין כב ע"ב, ד"ה אמר רב הונא. אשר לזהות רבו, ראה להלן, הערה 136.

135 כך ביארו רבים את כוונת הרשב"א. ראה: שו"ת קול אריה (שוורץ), חו"מ, סימן קיט, אות ב, ד"ה אבל אחר (אבל השווה דבריו שם, אות ג, ד"ה ובזה יש לי); אמרי משה (סוקולובסקי), סימן יח, ס"ק ב, ד"ה והנלע"ד. אחרים הבינו אחרת את דברי הרשב"א. לדעתם, כוונתו היא שהגדול משמש כשלוחו של הקטן לעניין הכוונה (כמשתמע לכאורה מפשטות לשונו). אולם קשה על הבנה זו, הלוא "אין שליחות לקטן". והשווה שו"ת דברי יציב, חו"מ, סימן צח, שבשל קושי זה, הציע הבנה אחרת בדברי הרשב"א: "ולכן נ"ל שלא נתכוין הר"ר יונה לומר דיש כאן משום שליחות, אלא דמטעם שליחות אתינן עלה, היינו דכמו שהקִילה תורה דמהני ע"י שליח, ה"נ מקילינן בקטן וגדול עומד ע"ג ומכוין. ודו"ק היטב".

נמצא לכאורה כי הגדול הוא שלוחו של הבעל לעניין מחשבתו וכוונתו, ומצטרף אל מעשה הכתיבה[136]. עולה אפוא שלדעת רבו של הרשב"א, אפשר לצרף את כוונת השליח לפעולת השולח[137].

אולם ניתן לדחות ראיה זו, שכן אפשר שהגדול העומד על גבי הקטן הוא לבדו פועל כשלוחו של הבעל, אלא שלצורך כתיבת הגט הוא משתמש בקטן כמו במכונת כתיבה[138], ואין להביא מכאן ראיה לענייננו[139].

136 לפי זה, מובן מדוע "גדול עומד על גביו" אינו מועיל בחליצה (השווה לעיל, הערה 133, גישת תוספות הרא"ש). מאחר שהחליצה אינה נושא לשליחות, ברור שגם הכוונה הצריכה ללוות את פעולת החליצה אינה נושא לשליחות, ועל כן הגדול אינו יכול לעשותה בשליחות היבם השוטה.
הרשב"א אומר גם שהוא הדין לעניין שחיטה, שאין די בגדול העומד על גבי הקטן השוחט, משום שהשחיטה אינה נושא לשליחות, שהרי גם מי ששחט בהמת חברו בלא רשותו, שחיטתו כשרה, ובכגון זה רק כוונת השוחט קובעת. בנקודה זו, יש לכאורה סתירה בין דברי הרשב"א בחידושיו לבין דבריו בתשובותיו (שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן כו וסימן תקצג), שם הוא מביא בשם רבו, רבנו יונה, ש"גדול עומד על גביו" מועיל גם לעניין שחיטה. אשר לסתירה זו ולניסיונות ליישבה, ראה: שו"ת יהודה יעלה, חלק א, אורח חיים, סימן קנו; שו"ת קול אריה (שוורץ), חו"מ, סימן קיט, אות ב, ד"ה ואחר שבינותי (שהציעו שרבו של הרשב"א הנזכר בחידושיו אינו רבנו יונה אלא הרמב"ן, החולק על רבנו יונה בנקודה זו); שו"ת מהר"ם שיק, אורח חיים, סימן רלט; שו"ת אחיעזר, חלק ג, סימן סה, אות יג; שו"ת רבי עזריאל הילדסהיימר, חלק א, יורה דעה, סימן רג, ד"ה ויותר (שהבחינו בין שחיטת קודשים לבן שחיטת חולין). והשווה שו"ת שבט הלוי, חלק ה, סימן סא.

137 ואכן יש מי שמקיש בין דין "גדול עומד על גביו" לבין דברי 'קצות החושן', לעיל, הערה 125, בעניין "דעת אחרת מקנה", שגם שם עלתה האפשרות של צירוף פעולת השולח עם כוונת השליח. ראה הליכות אליהו (פיינשטין), שו"ת וביאורים בחלק אבן העזר, סימן לג, ד"ה ולזאת (עמ' 146), שהגיע למסקנה לפי זה ש"דעת אחרת מקנה" אינו מועיל אלא אם הקטן עושה את מעשה הקניין כשהמקנה עומד על גביו. אולם אחרים מסתייגים מהיקש זה, שכן לפי זה, השלמת הכוונה ב"דעת אחרת מקנה" עשויה לבוא גם על ידי אדם אחר, ולאו דווקא על ידי המקנה, ואין זה מסתבר. ראה: הרב צבי מרקוביץ, "דעת אחרת מקנה וזכין לאדם", ספר הזיכרון למרן הגרי"ב ז'ולטי, ירושלים תש"ם, עמ' תקצז, ד"ה והנה אכן ("דאם כן, למה בעינן דוקא מקנה, ויועיל לזכות קטן כל איש עומד על גביו?!"). וראה עוד הרב שלמה זלמן אוירבך, קונטרס תורת המנחה, ישורון טו (תשס"ה), עמ' רנב־רנג.

138 בדומה למה שהצענו לעיל, ליד ציון הערה 118, בדעת 'קצות החושן', בעניין שולח המתכוון לעשות פעולת קניין ומפעיל לשם כך את השליח שלא בידיעתו. ראה: שו"ת קול אריה (שוורץ), חו"מ, סימן קיט, אות ב, ד"ה היוצא לנו; שיעורי רבי שמואל (רוזובסקי), גיטין, אות קפה; שו"ת רבי שאול משה, סימן צז, ד"ה לכן נלפענ"ד, שקשרו בין הלכה זו של הרשב"א ובין דברי 'קצות החושן' (לעיל, הערה 114).

139 דרך נוספת לדחיית הראיה עולה מחידושי הגרנ"ט, גיטין, סימן פ, ד"ה ולפי"ז. הוא מציע הסבר נקודתי לאפשרות של צירוף הכוונה לכתיבת הגט. לדבריו, הכוונה הנדרשת בכתיבת הגט שונה במהותה מכוונה לפעולה משפטית או מכוונה למצוות, שכן אינה חלק מהותי בכתיבה ואינה מגדירה אותה (כעין הכוונה החייבת ללוות את השחיטה או הכוונה בחליצה), אלא רק נלווית אליה, כדי שהגט ייוחד לשם המגרש והמתגרשת. כוונה זו היא חיצונית לעצם הכתיבה, ומשכך מובן מדוע בכתיבת גט ניתן לפצל בין הכתיבה לבין הכוונה, ואין להסיק אפוא מסקנות מהלכה נקודתית זו לכלל דיני השליחות.

פרק שישי

"מחייבת ומזכה את השולח"

א. סעיף 2 קובע כי פעולת השליח "מחייבת ומזכה את השולח". ברק מעיר שניסוח זה עלול להוביל למסקנה שהשליחות זוקפת לשולח חיובים וזכויות, אך אין היא יכולה לזקוף לו תוצאות משפטיות שאינן זכות וחיוב, כגון שינוי במעמדו האישי של השולח. אולם ברק סבור שיש לפרש את הסעיף פרשנות רחבה באופן שהשליחות זוקפת לשולח כל תוצאה משפטית, אף אם אין בה חיוב וזכות.

מסקנה זו תואמת כמובן את עמדת המשפט העברי. דוגמאות מובהקות לשליחות מעין זו הן השליחות לקידושין ולגירושין, אשר תוצאתן הישירה היא שינוי במעמדו האישי של השולח, ולאו דווקא בחיוביו ובזכויותיו.

ב. האם הצד שכנגד יכול במסגרת פעולת השליחות להעניק לשליח זכויות אשר לא תיזקפנה לזכות השולח? לדעת ברק[140], הדבר אפשרי בתנאי שהשולח מסכים לדבר. וכך הדין גם במשפט העברי, כפי שנרחיב לדוגמה בדיוננו על סעיף 10, כשנדון בדינה של תוספת שניתנה לשליח על ידי הצד השלישי[141].

פרק שביעי

סיכום

הכלל "שלוחו של אדם כמותו" יסודו במשנה ובתלמוד. לאחר שעמדנו על מקורותיו הנורמטיביים של הכלל (המקור התורני – מדרש ההלכה, והמקור האוניברסלי – "הליכות עולם"), התמקדנו בתאוריית השליחות, וביקשנו להבין מהו המכניזם המשפטי המאפשר את החלת הנורמה המשפטית של דין השליחות, ולפיה פעולת השליח מחייבת ומזכה את השולח.

העיסוק בשאלה זו הלך והתעצם בדורות האחרונים, ובעיקר גדולי ראשי הישיבות הגיעו בתחום זה להישגים מרשימים ולרמות הפשטה גבוהות ביותר. ראינו שהחלוקה המקובלת בין תאוריית הזיהוי לבין תאוריית כוח הייצוג אינה מתאימה לתאר נכונה את גישותיהם של חכמי המשפט העברי בסוגיה מורכבת זו.

השאלה המרכזית שהציבו העוסקים בתאוריית השליחות במשפט העברי היא: מי נחשב משפטית לעושה הפעולה? האם השליח, כשרק תוצאות פעולתו מיוחסות לשולח, באופן שעניינה של השליחות הוא שהשליח פועל למען שולחו (ייחוס התוצאה)? או שמא עניינה של השליחות הוא שהשולח הוא שנחשב כמי שעושה את הפעולה באמצעות שלוחו (ייחוס הפעולה)?

על פי התאוריה הראשונה (ייחוס התוצאה), השליח הוא שעושה את הפעולה מכוח אישיותו המשפטית, כאילו הוא "בעל הדבר", אלא שבמקום שיתייחסו התוצאות המשפטיות של פעולתו אליו, הן מיוחסות לשולח. אלא שלעתים, כדי שיוכל לפעול כ"בעל הדבר"

[140] ברק, סעיף 292.

[141] ראה שם, פרק שלישי, ב(1)(ב), עמ' 559.

(לדוגמה, כדי שיוכל למכור מנכסי השולח שאינם שלו או לגרש את אשתו של השולח), על השליח לקבל תחילה את כוחו של השולח. יש מי שמתארים תהליך מקדמי זה כפעולה מעין קניינית שבה השולח מעביר לשליח את כוחו בלבד, ויש מי שאומרים שהשליח מקבל את כוחו של השולח כפועל יוצא של פיקציה משפטית, ולפיה עוברת כביכול ישותו המשפטית של השולח לשליח, ההופך מעתה ל"בעל הדבר". מובן אפוא שאף אם פיקציית הזהות משמשת בה מרכיב חשוב, תאוריה זו מקבילה לתאוריית כוח הייצוג, שלדעת משפטנים רבים אומצה על ידי המשפט הישראלי.

על פי התאוריה השנייה (ייחוס הפעולה), השולח הוא בעל הפעולה, ועוד לפני שחוללה הפעולה תוצאה משפטית, היא מיוחסת לשולח ומקבלת את משמעותה אצלו, וכפועל יוצא מזה חלות עליו התוצאות המשפטיות של הפעולה. יש מי שמדברים על ייחוס הפעולה גרידא, ויש מי שמתארים את ייחוס הפעולה כפועל יוצא של זהות בין השולח לבין השליח: אישיותו המשפטית של השליח נבלעת כביכול באישיותו של השולח, וכך הופך השליח למעשה לידו הארוכה של השולח. תאוריה זו קרובה אפוא לתאוריית הזיהוי במשמעותה הקלסית.

עמדנו על נפקויות אחדות בין שתי התאוריות. כך לדגומה, רק לפי תאוריית ייחוס התוצאה מתאפשרים כל אלה: מינוי שליח שלא בפניו; המשך ביצוע השליחות לאחר שהשולח חזר בו ממטרת השליחות (אך לא ביטל אותה פורמלית) או אף לאחר גריעת כשרותו של השולח; שליחות פסיבית; ועוד.

עוד ראינו שיש פוסקים המאמצים את שתי התאוריות בהתאם לנושא השליחות. כך לדוגמה, יש מי שטוענים ששליחות שעניינה שינוי במערך זכויותיו וחובותיו המשפטיות של השולח (כגון מכירה) או שינוי במעמדו האישי (כגון גירושין), מיוסדת על תאוריית ייחוס התוצאה, ואילו שליחות שעניינה פעולה דתית (מצווה או עברה), מיוסדת על תאוריית ייחוס הפעולה.

הדגשנו שמינוי שליח אינו שולל מן השולח את הכוח לפעול בעצמו, ועל כן עסקנו בתוצאות המשפטיות של תחרות בין פעולת השולח ובין פעולת שלוחו.

לבסוף ראינו שעקרונית, המשפט העברי זוקף לשולח לא רק את פעולת השליח אלא גם את ידיעתו וכוונתו. עם זאת, דננו באפשרות לפצל בין השניים, ושאלנו לדוגמה: האם ניתן למנות שליח רק לביצוע פעולה, כשהכוונה המלווה את הפעולה היא של השולח, וראינו שרוב הפוסקים שוללים אפשרות זו.

פרק שמיני

הצעת נוסח לפי המשפט העברי

לאור דברינו, ניסוח הסעיף מתאים למשפט העברי.

דין השליחות 2. שלוחו של אדם כמותו, ופעולת השלוח, לרבות ידיעתו וכוונתו, מחייבת ומזכה, לפי העניין, את השולח.

סעיף 3

הקניית השליחות וצורתה

הקניית השליחות וצורתה

3. (א) השליחות מוקנית בהרשאה, שבכתב או שבעל־פה, מאת השולח לשלוח, או בהודעה עליה מאת השולח לצד השלישי, או על ידי התנהגות השולח כלפי אחד מהם.

(ב) נדרש אדם להיזקק לפעולת שלוח, רשאי הוא שלא להכיר בשליחות כל עוד לא הוצגה לפניו הרשאה בכתב ולא נמסר לו העתק ממנה.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 133

פרק שני: הגדרת ההרשאה — "השליחות מוקנית בהרשאה" 135

פרק שלישי: דרכי יצירת השליחות 139

א. הרשאה מפורשת 139

(1) "בעל פה" 139

(2) "בכתב" 140

(3) בפני עדים 141

(4) מעשה קניין 143

(5) על ידי שליח 145

ב. דרכים אחרות 145

(1) תנועה 145

(2) התנהגות — "על ידי התנהגות השולח" 147

ג. הרשאה פנימית והרשאה חיצונית — "בהודעה עליה מאת השולח כלפי הצד השלישי, או על ידי התנהגות כלפי אחד מהם" 151

פרק רביעי: מינוי מוקדם 153

פרק חמישי: השליח — "מאת השולח לשלוח" 159

א. חלקו של השליח ביצירת השליחות 159

ב. סירוב השליח להתמנות 164

ג. מינוי אישי 166

ד. מינוי שליח בלתי מסוים 166

פרק שישי: התוצאות המשפטיות של מינוי פגום 168

סעיף 3: הקניית השליחות וצורתה

פרק שביעי: הוכחת השליחות – ס"ק (ב) 170
א. מבוא 170
ב. הזכות שלא להיזקק לשליחות שלא הוכחה – "רשאי הוא שלא להכיר בשליחות כל עוד לא הוצגה לפניו הרשאה בכתב" 171
ג. הזכות לדרוש העתק של ההרשאה – "ולא נמסר לו העתק ממנה" 174
פרק שמיני: סיכום 174
פרק תשיעי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 176

פרק ראשון

מבוא

א. סעיף 3 עוסק בשני עניינים: ס״ק (א) קובע את דרכי יצירת השליחות, וס״ק (ב) קובע אימתי צד שלישי רשאי שלא להכיר בשליחות.

ס״ק (א) קובע שהשליחות נוצרת[1] בהרשאה, היינו בהבעת רצונו של השולח שפעולת השליח תחייב ותזכה אותו. השליחות שעוסק בה החוק היא אם כן בעיקרה השליחות הרצונית[2]. הבעת רצון זו אינה חייבת להיות בכתב[3] או בדרך פורמלית אחרת, והיא יכולה להיות גם בעל פה, ואפילו על ידי התנהגות. הבעת הרצון גם אינה חייבת להיות מופנית כלפי השליח דווקא, אלא השולח יכול להודיע עליה לצד השלישי. במילים אחרות, החוק מכיר בשתי דרכים ליצירת השליחות, הבעת רצון כלפי השליח והבעת רצון כלפי הצד השלישי. מן הסעיף עולה שיצירת השליחות אינה טעונה הסכמה של השליח, אלא היא פעולה חד־צדדית של השולח[4].

ס״ק (ב) קובע שאף שיצירת השליחות יכולה להיות בהרשאה בעל פה ושאינה דורשת הרשאה בכתב, הרי שאם השליח אינו מציג בפני הצד השלישי הרשאה בכתב ואינו מוסר לו העתק ממנה, הלה רשאי שלא להכיר בשליחות[5]. יש להניח שהמחוקק ביקש בכך לאפשר לצד

[1] בסעיף 36 להצעת חוק דיני ממונות, התשע״א־2011, הוצע לתקן את הנוסח ובמקום ״מוקנית״ לכתוב: ״שליחות נוצרת בהרשאה מאת השולח״. אנו מאמצים הצעה זו.

[2] החוק מכיר רק במקרים חריגים של שליחות הנוצרת מכוח הדין, כגון בסעיף 5(ב). ראה דיוננו שם. ואולם ראה להלן, הערה 113, שגם בסעיף שלנו חבויה שליחות הנוצרת מכוח הדין.

[3] זאת גם אם העסקה נושא השליחות טעונה מסמך בכתב, כגון התחייבות לעשות עסקה במקרקעין (על פי סעיף 8 לחוק המקרקעין, התשכ״ט־1969). ראה ברק, סעיף 359. אולם ראה ע״א 831/79 ראובן וקסלמן ושו״ת בע״מ נ׳ חברת חלקה 35 בגוש 6663 בע״מ, פ״ד לה(2) 533 (1981), שם נחלקו דעות השופטים אם הוא הדין גם בשליחות נסתרת (דעתם של השופטים ש׳ לוין ומ׳ בן פורת היא שדרישת הכתב שבסעיף 8 לחוק המקרקעין מחייבת שהרשאת השליח תיעשה בכתב דווקא). וכך נוקט גם ג׳ פרוקצ׳יה, ״ראיה בעל פה בשליחות נסתרת לעשיית עסקה במקרקעין״, עיוני משפט ח (תשמ״א), עמ׳ 625 [=ספר הזיכרון לגואלטיארו פרוקצ׳יה – חיבורי משפט, ירושלים תשנ״ז, עמ׳ 19]. והשווה ברק, סעיפים 361־363.

[4] כפי שדייק מלשון החוק ש׳ מינצר, ״על השליחות הבלתי הדירה״, משפטים יג (תשמ״ג), עמ׳ 126, בעמ׳ 135: ״לא בכדי נאמר בסעיף 3(א) לחוק השליחות ׳השליחות מוקנית׳ ולא ׳השליחות נקנית׳״. ראה גם ברק, סעיף 373. לביקורת על כך שהחוק לא קבע שהשליחות נוצרת בחוזה בין השולח לשליח, ראה ר׳ בן אוליאל, ״׳חוק השליחות׳ מאת נשיא בית־המשפט העליון, פרופסור אהרון ברק״, מאזני משפט א (תש״ס), עמ׳ 180, בעמ׳ 187־189.

[5] אין צריך לומר שהוראה זו רלוונטית רק ביחס לפעולות משפטיות שבהן הצד השלישי היה חייב, לולי הוראת הסעיף, להיזקק לפעולת השליח (״נדרש״ בלשון החוק). כך הוא לדוגמה בפעולה משפטית חד־צדדית של השולח (כגון שוכר שהמשכיר מוסר לו הודעת פינוי באמצעות שליח). בפעולות משפטיות דו־צדדיות (כגון קנייה או מכירה), הצד השלישי אינו זקוק להוראת סעיף 3(ב) כדי לסרב להיזקק לשליח, שהרי הוא אינו חייב לעשות את העסקה כלל.

השלישי להגן על עצמו מפני טענה של השולח שהשליח פעל בלא הרשאה, ולצייד את עצמו בהוכחה שהאדם שפעל כלפיו לא היה זר לשולח, אלא פעל בהרשאתו[6].

ב. בפתח הדברים, יש להזכיר שבמקורות המשפט העברי, המושג "הרשאה" מציין שליחות מיוחדת, הלוא היא השליחות לתביעה משפטית[7]. פרטי הדינים הנוגעים לדרכי יצירתה של שליחות מיוחדת זו רבים ומגוונים, והם אינם חופפים למושג "הרשאה" שנקט החוק לציון יצירתה של שליחות רגילה. נבהיר אפוא מיד: מכאן ואילך אנו משתמשים במושג "הרשאה" במשמעות שנתן לו המחוקק הישראלי, ולא במשמעותו המקורית של מוסד ה"הרשאה" העברי.

לפני שנדון בדרכי הבעת ההרשאה, נדון בשאלה מקדמית, והיא הגדרתה של ההרשאה. במילים אחרות, מהו תוכן ההרשאה המספיק כדי ליצור שליחות: האם די שהשולח יביע עניין שפלוני יפעל בשמו כלפי צד שלישי? או שמא השולח צריך לבקש מן השליח לעשות כן? ואולי ההרשאה צריכה להביע במפורש שהשולח ממנה את השליח לפעול כשלוחו?

לאחר מכן נראה שגישתו הליברלית של החוק בעניין דרכי יצירת השליחות, ולפיה השליחות נוצרת בהרשאה בלבד בלא צורך באקט פורמלי נוסף, יסודה במשפט העברי[8]. יש לציין שגישה זו אינה מובנת מאליה, שכן היה מקום לחשוב שיצירת השליחות (או בלשון המקורות: "עשיית שליח"[9]) חייבת להיעשות באקט משפטי פורמלי דווקא ("מעשה קניין"), כמו שמקובל בכל פעולה משפטית אחרת[10], ואין להסתפק לצורך כך בהבעת רצון גרידא. כך היה מקום לחשוב, במיוחד אם רואים ביצירת השליחות פעולה משפטית שבה מועבר כוח מן השולח לשליח[11]. אולם אף אם דוחים תפיסה זו[12], היה מקום לדרוש שהמינוי ייעשה במעשה קניין, לכל הפחות כשנושא השליחות כרוך בעשיית מעשה קניין על ידי השליח[13]. אולם כאמור, המשפט העברי אינו דורש שמינוי השליח ייעשה במעשה קניין בשום מקרה, וכך נוקט גם החוק הישראלי[14].

[6] ראה ברק, סעיף 366.

[7] ראה נ' רקובר, השליחות וההרשאה במשפט העברי, ירושלים תשל"ב. והארכנו על כך בדיוננו על סעיף 1, פרק רביעי, ב(1)(ב), עמ' 49.

[8] אם כי יש מקום לדון בדרכי הבעת הרצון המספיקים. כך לדוגמה, לא ברור אם די בתנועת הגוף, בשתיקה או בהתנהגות, כדי לעשות שליח. כמו כן, הבעת רצון כלפי הצד השלישי באופן שהשליח אינו מודע למינויו, גם היא בעייתית.

[9] ראה נ' רקובר, השליחות וההרשאה, פרק שני, הערה 1.

[10] למהותו של מעשה הקניין במשפט העברי, ראה חזון איש, חו"מ, סימן כב (עמ' נא). וראה עוד: א' גולאק, יסודי המשפט העברי, ספר ראשון, עמ' 57, 65, 76, 102־103; ס' דויטש, "גמירות דעת בקניינים והתחייבויות במשפט העברי", דיסרטציה (רמת־גן תשל"ג), עמ' 10־19, והערות 55־57; ש' אלבק, דיני הממונות בתלמוד, עמ' 112־178, והערה 42; ש' ורהפטיג, דיני חוזים במשפט העברי, עמ' 2. בזיקה לדיני השליחות, ראה י' שמשי, הגדרות השליחות (ויסודותיה) במשפט העברי (כפי הבנת גדולי ה'אחרונים'), חיבור לשם קבלת תואר מוסמך בדיני ישראל, אוניברסיטת תל־אביב תשמ"א, עמ' 53־59.

[11] על הזיקה בין דרך יצירת השליחות ובין מהות השליחות, הרחבנו בדיוננו על סעיף 2, פרק שלישי, ה(3)־(4), עמ' 109־110.

[12] בטענה שיצירת השליחות עצמה אינה פעולה משפטית, או בטענה שפעולה משפטית חד־צדדית אינה טעונה מעשה קניין, או בכל טענה אחרת.

[13] כעין מה שנקטו שיטות משפט אחדות, הגורסות כי במקום שפעולה משפטית פלונית דורשת כתב לביצועה, מן הדין שיצירת השליחות ביחס אליה תיעשה אף היא בכתב. כך נוקטים הקודקס האיטלקי, סעיף 1392, והמשפט הבריטי. ראה ברק, סעיף 353, ושם הערה 101.

לאחר שנברר את דרכי יצירת השליחות, נדון בשאלת מועד כניסת המינוי לתוקפו, האם שעת המינוי היא בהכרח שעת כניסת המינוי לתוקפו, או שמא אפשרי מינוי מוקדם, באופן שהשליחות לא תיכנס לתוקפה אלא במועד מאוחר יותר? במשפט העברי, שאלה זו אינה תאורטית בלבד, כיוון שלעתים השולח מנוע מלמנות שליח (כגון שהוא עצמו אינו יכול לעשות את פעולת השליחות[15]), אבל הוא צופה שמניעה זו תוסר בעתיד, ועל כן הוא מעוניין להתגבר על המניעה הזמנית באמצעות מינוי מוקדם, והשאלה היא: האם אפשרות זו עומדת לרשותו, או שמא, כשם שברכישת נכס אין אפשרות לעשות "מעשה קניין" מוקדם[16], כך אין אפשרות למינוי מוקדם של שליח?

מכאן נעבור לדון בשאלות הקשורות בשליח: האם יצירת השליחות תלויה בהסכמתו או לפחות בידיעתו של השליח, או שמא מינוי שליח הוא אקט חד־צדדי לחלוטין שאינו צריך להיות מופנה כלפי מאן דהוא (בשונה מגישת החוק, המצריך הבעת רצון כלפי השליח או כלפי צד שלישי)? האם המינוי חייב להיות של שליח מסוים דווקא, או שמא אפשר גם למנות שליח בלתי מסוים ('כל הרוצה יהיה שלוחי')?

נקדיש דברים גם לבירור התוצאות המשפטיות של מינוי פגום. כאן נדון בשאלה האם העובדה שנפל פגם במינוי השליח, משמעה בהכרח שפעולתו אינה משפיעה על זכויות השולח, או שמא היא עשויה לזכות את ה"שולח" מדין "זכין לאדם שלא בפניו".

לבסוף נדון בחלקו השני של הסעיף, ונראה באיזו מידה הצד השלישי רשאי שלא להכיר בשליחות השליח ולא להיזקק לפעולתו[17].

פרק שני

הגדרת ההרשאה – "השליחות מוקנית בהרשאה"

החוק קובע שהשליחות נוצרת בהרשאה, אך אינו מגדיר הרשאה מהי? האם די בהבעת עניין מצד השולח שפלוני יעשה בשמו פעולה משפטית כלפי צד שלישי? או שמא ההרשאה חייבת לכלול בקשה מפלוני שיפעל בשמו? ואולי גם זה אינו מספיק, ואין הרשאה אלא במינוי שבו השולח מייפה את כוחו של השליח לפעול בשמו? נראה שהחוק מאמץ את החלופה הראשונה, היינו שדי שהשולח יביע עניין שפלוני יעשה בשמו פעולה משפטית כלפי צד

[14] כלומר, גם הוא סבור: "היות וההרשאה נפרדת מעסקת היסוד, אין היא זקוקה לצורתה של עסקת היסוד", כלשונו של ברק, סעיף 353.

[15] על מגבלה זו לכשרותו של השולח ("כל דאיהו לא מצי עביד, לא מצי משווי שליח"), ראה בהרחבה בדיוננו על סעיף 4, פרק שלישי, ג, עמ' 201.

[16] אלא אם כן מעשה הקניין משאיר את רישומו עד לשעת כניסת העסקה לתוקף. ראה להלן, ליד ציון הערה 123.

[17] לפני שנתחיל בדיון, נציין שברק דן בהרחבה במסגרת סעיף זה בשאלת היקף ההרשאה. הוא מסביר (בסעיף 324) שהוא עושה כן, משום ששאלת דרך יצירת השליחות ושאלת היקפה של השליחות אחוזות זו בזו: "באין הענקת כוח אין מקום לדבר על היקף הפעולות שבהן ניתן להפעיל הכוח". אולם מאחר שהחוק מקדיש את סעיף 5 לשאלת היקף השליחות, העדפנו לדחות את הדיון בשאלה זו לסעיף 5.

שלישי, ואין צורך שיבקש ממנו לעשות כן[18]. ונשאלת השאלה: מהי גישת המשפט העברי בשאלה זו?

מחד גיסא, ברור שלשם יצירת השליחות, המשפט העברי אינו דורש שהשולח ימנה אדם להיות שלוחו, כלומר שייפה את כוחו במפורש, אלא די שיבקש ממנו לעשות את הפעולה בשמו. כך עולה מן המשנה הבאה[19]: "מי שהיה מושלך לבור ואמר 'כל השומע קולו [=קולי] יכתוב גט לאשתו [=לאשתי]', הרי אלו יכתבו ויתנו". בכגון זה, הבעל לא אמר במפורש שהוא ממנה את השומעים אותו לשלוחיו, אלא רק ביקש ממי ששומע אותו שיגרש את אשתו, ואף על פי כן ברור מן המשנה שדי בכך ליצור את השליחות.

מאידך גיסא, ברור גם שהבעת עניין על ידי פלוני שפעולה משפטית תיעשה על ידי אלמוני אינה הרשאה. כך עולה מסוגיית התלמוד[20], ולפיה מי שפרנס את אשת חברו על סמך הכרזתו של הבעל, "כל הזן [את אשתי] אינו מפסיד", לא פעל כשלוחו[21]. התלמוד מסביר שההבחנה בין המקרה הזה ובין המקרה שראינו לעיל בעניין מי שהיה מושלך בבור היא, שהבעל שהיה מושלך בבור ביקש ממי שומע אותו לגרש את אשתו ("יכתוב גט לאשתו [=לאשתי]"), ואילו הבעל שהכריז "כל הזן אינו מפסיד", לא ביקש מאיש לעשות זאת, אלא רק הביע עניין ונכונות שהדבר ייעשה[22].

הדעות חלוקות בשאלה: האם הבקשה של השולח לשליח חייבת להיות מנוסחת בלשון החלטית, כגון 'קנה לי בית'? או שמא הרשאה היא גם כאשר השולח משאיר את ביצוע הפעולה לשיקול דעתו של השליח, במתן רשות לעשות אותה, כגון 'אם תרצה, קנֵה לי בית'? חילוקי דעות אלה נתגלעו סביב פרשנותה של סוגיה תלמודית[23] שעניינה מי שמודר הנאה

[18] כך ניתן להסיק מן העובדה שהשליחות נוצרת גם בהודעה על ההרשאה לצד השלישי, כלומר גם ללא פנייה לשליח. וכך עולה גם ממה שכותב ברק בסעיף 375: "אין חוק השליחות מגדיר 'הרשאה' מהי. נראה לנו כי הרשאה היא רצונו של השולח כי השליח יבצע בשמו או במקומו פעולה משפטית כלפי צד שלישי".

[19] משנה, גיטין ו, ו; בבלי שם סו ע"א.

[20] כתובות ע ע"ב.

[21] אשר על כן, בעל שהדיר את אשתו מליהנות ממנו, לא עבר על נדרו כשהכריז הכרזה מעין זו. ראה דברי המשנה (שם ע ע"א): "המדיר את אשתו מליהנות לו עד שלושים יום, יעמיד פרנס". התלמוד מסביר שהפרנס שמדובר בו אינו שלוחו של הבעל (שאם כן, היה בהעמדת הפרנס משום עברה על הנדר), משום שהבעל לא הורה לו לזון את אשתו, אלא רק הכריז שמי שיזון אותה לא יפסיד.

לשאלה, שאינה מעניינו כאן, אם מי שפרנס את אשת חברו על סמך הכרזה זו זכאי לשיפוי, ראה: ספר התרומות, שער סה, חלק א, אות ג (מובא בבית שמואל, אבן העזר, סימן ע, ס"ק כו); שיטה מקובצת, כתובות, שם, בשם הריטב"א, רמב"ם, הראב"ד ורא"ה; ר"ן, נדרים מג ע"א, ד"ה ובא; ט"ז, יורה דעה, סימן רכא, ס"ק לו; פרישה, יורה דעה, סימן רכא, ס"ק מב, וסימן רלה, ס"ק ב; ש"ך, שם, סימן רלה, ס"ק ח; חידושי רבי עקיבא איגר, על הש"ך, שם; פתחי תשובה, שם, ס"ק ג; אבני מילואים, סימן ע, ס"ק י, הגהה ד; ב' כהנא, חוק לישראל, מתנה, סעיף 2 (בהכנה). מכל מקום, ברור שגם אם הוא זכאי לשיפוי, אין זה משום שהוא שליח (על זכותו של שליח לשיפוי, ראה דיוננו להלן, סעיף 11, פרק שני, עמ' 585) אלא מסיבה אחרת.

[22] וראה תוספות, כתובות ע ע"ב, ד"ה באומר, שהוא הדין אף כשאמר כן לאדם יחיד ("אם תזון, לא תפסיד"), אלא שבכגון זה "מיחזי כשלוחו [=נראה כשלוחו]", ועל כן אם הפעולה אסורה (כגון שיש בה משום עברה על נדר שלא להנות את אשתו), עליו להימנע מלעשות כן. וראה בעניין זה: שולחן ערוך, יורה דעה, סימן רכא, סעיף ח; משנה ברורה, אורח חיים, סימן שלד, ס"ק סז. וראה ש"ך, יורה דעה, סימן רכא, ס"ק נא, שכאשר ההכרזה נאמרת בלשון רבים, אין בעיה של "מחזי כשלוחו".

[23] נדרים לו ע"ב.

מחברו, היינו מי שאסר על עצמו מכוח נדר הנאה מחברו. הכלל הוא שהאדם אינו רשאי להיות שלוחו של מי שמודר הנאה ממנו. אף על פי כן, התלמוד קובע שאם אדם הכריז: "כל הרוצה לתרום, יבוא ויתרום"[24], הרי גם מי שמודר הנאה ממנו רשאי להפריש את תרומותיו. לדעת חלק מן הראשונים[25], הסיבה להיתר זה היא, שמתן רשות "כל הרוצה לתרום" אינו בגדר הרשאה[26]. על פי זה, ברור שלא הייתה כאן עברה על הנדר, משום שמי שתרם לא פעל כשליח אלא באופן עצמאי[27]. אולם יש מן הראשונים החולקים על גישה זו, ולדעתם דין מתן רשות כדין הרשאה[28]. בהתאם לכך, הם מציעים דרכים אחרות להסביר את ההיתר להפריש תרומות על ידי מי שמודר הנאה: יש אומרים[29] שבנסיבות העניין, המינוי היה פגום

[24] כלומר, שהרשה כל מי שרוצה להפריש עבורו את התרומה שהוא חייב להפריש מתבואתו.

[25] ראה: תוספות, נדרים לו ע"ב, ד"ה משל ("יש לומר כל השומע משמע לשון שליחות ציווי, אבל כל הרוצה אינו לשון ציווי, כי אם מי שיחפוץ יתרום", והשווה תוספות, גיטין סו ע"א, ד"ה כל); חידושי הרמב"ן, גיטין סו ע"א, ד"ה הא דתנן ("דהתם כל הרוצה לתרום קאמר, מדעתו, ואינה אלא כנותן רשות, לאו שליחותא הוא". וראה גם רמב"ן, נדרים, פרק רביעי, יב ע"א בדפי הרי"ף); פירוש הרא"ש, נדרים לו ע"ב; ריטב"א, נדרים, פרק רביעי (יב ע"א בדפי הרי"ף), ד"ה ותורם; ר"ן, גיטין לב ע"ב (בדפי הרי"ף), ד"ה ומתני', בשם הרמב"ן; חידושי רבנו קרשקש (המיוחסים לריטב"א), גיטין סו ע"א, ד"ה מתני' מי שהיה מושלך (בהוצאת מוסד הרב קוק העיר המהדיר, הערה 446, שזו גם הגישה העולה מן התירוץ השני בתוספות, גיטין סו ע"א, ד"ה כל. אך ראה להלן, הערה 178, שאין לקבל את דבריו).
ונראה שזו גם גישתו של שו"ת הרדב"ז, חלק ב, סימן תקצח, כפי שהסיק הרב הרצוג בשו"ת היכל יצחק, אבן העזר, חלק ב, סימן סד, ס"ק יג־יד.
וראה שו"ת מהרש"ם, חלק ג, סימן שנב, ס"ק יא. מדבריו עולה שאם יש סיבה סבירה מדוע השתמש השולח בלשון מתן רשות ולא בלשון ציווי (כגון מפני כבודו של השליח), כי אז אין לשלול את תוקפו של המינוי (לכל הפחות לא בשליחות לגירושין, שבה יש חשש לעיגון, אם תיפסל השליחות). וראה גם דבריו בחלק ד, סימן קי. וראה להלן, הערה 179.

[26] וראה חידושי חתם סופר, על ש"ך, חו"מ, סימן קפב, ס"ק א, המבאר שאם השליח בחר לעשות את שליחותו באופן אסור (כגון שליח לגירושין שנתן את הגט לאישה בעל כורחה), אין השליחות נפסלת בשל כך, שכן אין כאן שליחות לדבר עברה, גם אם יש מקום להניח שהשולח נתן רשות לשליח לגרש את אשתו בעל כורחה, כל שלא הורה לו לעשות כן.

[27] לשאלה אם כן, כיצד זה יש תוקף להפרשה, הרי בתרומה יש צורך בשליחות (ראה תוספות, גיטין סו ע"א, ד"ה כל)? ראה חזון איש, אבן העזר, סימן קמז (הערות במסכת גיטין), ד"ה ס"ו א', המסביר שיש תוקף להפרשה, משום שבעל התבואה גילה דעתו שלא איכפת לו שיפריש אחר במקומו, ו"זכין לאדם שלא בפניו".

[28] גישה מעניינת עולה מדברי תפארת ציון (יאדלר), נדרים לו ע"ב, פירושי תוספות, ד"ה בא"ד ור"י: "עיקר כונת הר"י הוא לומר שדבריו שאמר 'כל השומע קולי יזון' או 'כל הרוצה לתרום', יתפרש דבריו כפי הענין שמדבר בו. דאם הוא מדבר על דבר שצריך השומע להוציא מעותיו לעשות זה בממונו, היינו לפרנס את אשתו, בודאי היה כוונתו לעשותו שליח לכל מי שיעשה כדבריו, כי מי יוציא את מעותיו על גילוי דעת בלבד, וגם כדי לעשות מצוותו לפרנס את אשתו, מוכרח הוא לעשותו שליח. אבל אם מדבר על דבר שאין צריך השומע להוציא את מעותיו, והמדבר אינו מרויח מזה רק טירחה בלבד, אין כוונתו לעשות שליח לכל מי שיעשה כדבריו, רק דבריו מתפרשים כפשוטו על גילוי דעת בלבד, כי גם בגילוי דעת בלבד יהיו נמצאים אנשים שיעשו כדבריו, דלמה ימנע טוב ממנו בדבר שאין לו חסרון כיס".

[29] כך עולה מתירוצם השני של התוספות, גיטין סו ע"א, ד"ה כל (וכן הוא גם במרדכי, גיטין, פרק האומר, סימן תיט). על גישה זו, ראה ביתר הרחבה בדיוננו להלן, פרק חמישי, ד, עמ' 165.

בשל היותו מינוי בלתי מסוים (״כל הרוצה״)[30]; ויש אומרים[31] שהמינוי היה תקף (אף שהיה בלתי מסוים), אבל מאחר שמכוחו של מינוי זה, כולי עלמא רשאים היו להפריש את התרומה, ולאו דווקא מי שבעל התבואה הדיר הנאה ממנו, הרי אין זה בגדר שליחות אסורה על מי שמודר הנאה מחברו[32].

מקצת מן האחרונים נוקטים שגם אם בשליחות שבה השולח מעביר כוח לשליח (תאוריית ייחוס התוצאה), יש מקום לדעה שאמירת ״כל הרוצה״ כמוה כנתינת הרשאה, לא כן בשליחות שבה השולח נחשב כמי שעשה את הפעולה (תאוריית ייחוס הפעולה)[33]. בהתאם לכך הם קובעים, שבשליחות לדבר עברה, כולי עלמא מסכימים שאין די במתן רשות כדי לייחס את הפעולה לשולח, אלא יש צורך בציווי דווקא. כלשונו של ר׳ חיים שמואלביץ: ״ונראה בפשיטות דאם אמר ׳כל הרוצה להרוג, יבא ויהרוג׳, ודאי לא יתחייב המשלח [אפילו אליבא דשמאי הזקן]... שאין כאן מסירת כח לשליח אלא ענינה [של שליחות זו] שמעשה השליח מתייחס למשלח ומחייב אותו, בזה בעינן שיעשה המעשה על ידי ציווי המשלח, שאז מתייחס למשלח [משום שרואים את השליח כידו הארוכה], ו׳כל הרוצה׳ אינו ציווי״[34].

כמו כל פעולה משפטית אחרת, ההרשאה יכולה להיות על תנאי. עם זאת, יש להעיר שבשליחות לכתיבת גט לגירושי אישה מינוי על תנאי בעייתי לכאורה, וזאת בשל ההלכה בדיני כתיבת גט, ולפיה ״אם התנה על פה קודם כתיבת התורף [=תוכן הגט], הרי זה ספק גירושין״[35].

[30] על תירוץ זה קשה לכאורה, שכן כבר הבאנו לעיל את משנת גיטין ו, ו, ולפיה יש תוקף למינוי שליח בלתי מסוים (״כל השומע קולו, יכתוב גט לאשתו״). על סתירה לכאורה זו ופתרונה, ראה להלן, הערה 179.

[31] ראה: רש״י, נדרים לו ע״ב, ד״ה באומר כל הרוצה לתרום יבא ויתרום; תוספות, גיטין סו ע״א, ד״ה כל, בתירוצם הראשון (וכן הוא גם במרדכי, גיטין, פרק האומר, סימן תיט); ר״ן, גיטין לב ע״ב (בדפי הרי״ף), ד״ה ומתני׳. וראה גם שו״ת הרשב״ש, סימן עט, ד״ה וכן כתבו: ״שכל האומר ׳כל הרוצה להעשות שלוחו [=שלוחי] יעשה שליח׳ – דהויא שליח בהכי״ (כמקור לדבריו הוא מציין את ״המפרשים ז״ל בפ״ק דקידושין גבי דילמא ארצויי ארצי קמיה״. אבל לא ברור לאילו מפרשים הוא מתכוון).

[32] וכלשונו של רש״י, שם: ״וכיון דלא שויה [=מינה אותו] שליח ממש טפי מאחריני [=יותר מאחרים], ואחריני נמי יכולין לתרום כמותו, לא מהני ליה כלל [=אין הוא מהנה אותו כלל]. דאי לא תרים ליה האי, תרים ליה איניש אחרינא״.

[33] על תאוריית ייחוס התוצאה ותאוריית ייחוס הפעולה, ראה בדיוננו על סעיף 2, פרק שלישי, עמ׳ 101.

[34] ר׳ חיים שמואלביץ, ״בעניני שליחות וזכיה״, ספר הזיכרון למרן הגר״ח שמואלביץ זצ״ל, ירושלים תש״ס, עמ׳ קצה, בעמ׳ ר, ס״ק ב, ד״ה והנה מצינו. וכן ראה: שו״ת אבני נזר, אבן העזר, סימן רכג, אות מא; שם, אורח חיים, סימן תקכו, אות ה־ט; שיעורי רבי שמואל (רוזובסקי), גיטין סו ע״א, אות שנח־שנט; מנחת אשר (וייס), גיטין, סימן טו, אות ז, ד״ה אך אף; מנחת אשר (וייס), שמות, סימן טז, אות ד; שם, במדבר, סימן לט, אות א.

[35] שולחן ערוך, אבן העזר, סימן קמז, סעיף ב. הלכה זו מקשה מאוד על מי שנאלץ לעזוב את אשתו, כגון היוצא למלחמה, והוא מבקש להבטיח שלא תישאר עגונה, אך הוא גם נרתע מלתת לה גט על תנאי. לכאורה, פתרון פשוט לבעיה זו היה שימנה שליח על תנאי שרק אם לא יחזור תוך פרק זמן מסוים לאחר סיום המלחמה, הלה יהיה מיופה כוחו לכתוב גט ולתת אותו לאשתו. לפתרון בעיה זו, ראה: בית שמואל, שם, ס״ק א; שו״ת היכל יצחק, אבן העזר, חלק ב, סימן לח, ס״ק ג; הרב א׳ ברקוביץ, תנאי בנישואין ובגט, עמ׳ קיא־קטו. וראה ד׳ פיקסלר וע׳ רדזינר, ״נתינת גט קודם יציאה למלחמה״, תחומין כז (תשס״ז), עמ׳ 409 (וההפניות שם).

פרק שלישי

דרכי יצירת השליחות

כאמור, על פי החוק, הדרך ליצירת השליחות היא הרשאה מן השולח לשליח. כלומר, שולח הרוצה שפלוני יעשה בשמו פעולה משפטית כלפי צד שלישי צריך לתת לרצונו ביטוי חיצוני, ואין די במחשבתו בינו לבין עצמו[36]. להלן נפרט מהן דרכי הבעת ההרשאה[37].

א. הרשאה מפורשת

(1) "בעל פה"[38]

שאלת דרכי הבעת ההרשאה לא נידונה באופן ישיר לא במשנה[39] ולא בתלמוד. עם זאת, ממשניות אחדות עולה בדרך אגב שדיבור בעלמא די בו להקנות את השליחות. המשנה[40] קובעת: "האישה שאמרה [לשליח] 'התקבל לי גטי'[41], צריכה שתי כתי עדים: שנים שאומרים 'בפנינו אמרה [התקבל לי גטי]'; ושנים אומרים 'בפנינו קיבל וקרע'". לפי המשנה, כדי שיהיה תוקף לפעולת השליח, יש להביא עדים שיעידו, בין השאר, על מינויו של השליח. עדות זו מתמצית באמירת העדים: "בפנינו אמרה". הרי לנו שהשליח מתמנה בדיבור בלבד. וכך עולה גם מן המשנה[42] שכבר דננו בה לעיל בהקשר אחר: "מי שהיה מושלך לבור ואמר 'כל השומע קולו [=קולי] יכתוב גט לאשתו [=לאשתי]', הרי אלו יכתבו ויתנו". וכך אמנם פוסק הרמב"ם[43] בהטעמה: "האומר לשלוחו 'צא ומכור לי קרקע או מיטלטלין' או 'קנה לי',

[36] ראה ברק, סעיף 339.

[37] שאלת דרכי מינוי שליח נידונה בהרחבה על ידי נ' רקובר, השליחות וההרשאה, פרק שני. אשר על כן, נסתפק כאן בהבאת עיקרי הדברים. ליתר פירוט, יפנה הקורא למחקרו.

[38] אף שהסעיף פותח בהרשאה שבכתב, הקדמנו את הדיון בהרשאה שבעל פה, משום שהיא עולה מן המקורות כדרך ההרשאה הקלסית, ותוקפה של ההרשאה שבכתב נקבע ביחס אליה. ראה להלן.

[39] אמנם משניות רבות פותחות בסגנון "האומר לשלוחו" וכדומה (ראה: פסחים ח, ב; שם ט, ג ו־ט; גיטין א, ו; שם ו, א; קידושין ב, ד ועוד), אולם אין להוכיח מהן שהמינוי מתמצה בדיבור בלבד, שכן אפשר שמדובר בהן בהוראות שנותן השולח לשליח לאחר מינויו כדין, ולא בדרך המינוי. וכבר העיר על כך רקובר, השליחות וההרשאה, פרק שני, הערה 6 והערה 11. עם זאת, להלן נביא שתי ראיות העוסקות במינוי עצמו, ומהן עולה שאכן השליח מתמנה בדיבור גרידא.

[40] משנה, גיטין ו, ב.

[41] השליח חזר אחר שעשה את שליחותו ואמר שקיבל את הגט, אבל הגט אינו בידו, משום שקרע אותו מיד לאחר קבלתו, כדי שלא ייתפס על ידי השלטונות (בשעת השמד, כשגזרו על המצוות ואסרו לקבל גטין. כך מבאר התלמוד, גיטין סד ע"א).

[42] משנה גיטין ו, ו.

[43] רמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק א, הלכה א. וחזר על דבריו שולחן ערוך, חו"מ, סימן קפב, סעיף א. וראה שו"ת הרשב"א, חלק ג, סימן קלב, שגם הוא קבע כך כדבר פשוט: "ראיתיו למר טורח להביא ראיות שהשליח קונה למשלח [שהוא פועל במקומו], אף על פי שלא עשאו שליח בקניין. ואני תמה, טורח זה למה... והלא כל התלמוד שלנו מלא מזה". עם זאת, הוא מביא ראיה לכך משתי סוגיות תלמודיות: בבא קמא קב ע"א־ע"ב; בבא מציעא עד ע"א. אולם מקורות אלה אינם עוסקים באופן ישיר בדרך המינוי אלא בתוצאת המינוי. השווה לעיל, הערה 39.

הרי זה מוכר ולוקח לו ועושה שליחותו, וכל מעשיו קיימין. ואין העושה שליח צריך קניין ולא עדים[44], אלא באמירה בלבד בינו לבין חברו"[45].

(2) "בכתב"

מינוי השליח יכול להיעשות גם בכתב. והעיר מהרשד"ם[46] ש"יפה כוח הכתיבה מהדיבור"[47], וכך נוקטים הפוסקים כדבר פשוט[48]. ואכן, תשובות רבות שעניינן שליחות עוסקות בשליח שנתמנה בכתב[49]. יש לציין שמסירת כתב המינוי לשליח אינה נחשבת לשליחות אלא לפעולה

[44] על נוכחות עדים בשעת מינוי שליח ועל מינוי שליח במעשה קניין, ראה בפרקי המשנה שלהלן.

[45] שו"ת הרשב"ש, סימן עט, מביא דברים אלה של הרמב"ם, ומוסיף: "ויש הוכחה לזה בפרק מרובה [לא ברור אם כוונתו לסוגיית "אורכתא", בבא קמא ע ע"א, משם משמע שמינוי השליח הוא בכתיבת ה"אורכתא" בלא מעשה קניין נוסף או שמא לסוגיה אחרת באותו פרק] ובפרק הגוזל [הכוונה כנראה לבבא קמא קב ע"א־ע"ב, כפי שהובא על ידי הרשב"א, לעיל, הערה 43]".

וראה ביאור הגר"א, חו"מ, סימן קפב, ס"ק ג, המפנה לשלוש סוגיות תלמודיות: בבא מציעא צח ע"ב ("השואל את הפרה... אמר לו השואל [למשאיל] 'שלחה לי ביד בני, ביד עבדי ביד שלוחי'... ושלחה [המשאיל] ומתה, חייב [השואל]"); בבא קמא קד ע"ב (בעניין פירעון הלוואה לידי שלוחו של המלווה); שבועות מה ע"א ("אומר אדם לחנווני... 'תן לבני סאתיים חטין', 'תן לפועלי סלע מעות'. הוא אומר 'נתתי'... נשבע ונוטל"). אולם ראיות אלה צריכות עיון, שכן ניתן להסביר את הסוגיות האלה על פי עקרונות משפטיים אחרים (כגון "דין ערב": "תן מנה לפלוני ואתחייב אני לך". ראה קידושין ז ע"א), ואין להביא מהן אפוא הוכחה לשאלת דרכי מינוי שליח.

ראה גם רקובר, השליחות וההרשאה, עמ' 31. הוא מצביע על ראיה חותכת לכאורה מסוגיית התלמוד, קידושין נט ע"ב, הדנה בביטול השליחות על ידי השולח. לדעת רב זביד, נחלקו רבי יוחנן וריש לקיש בשאלת אפשרות ביטולה של השליחות על ידי השולח, כשיסוד מחלוקתם הוא אם "אתי דיבור ומבטל דיבור" אם לאו. כלומר, האם יכול ה"דיבור" של החזרה מן השליחות לבטל את ה"דיבור" של יצירת השליחות? מכאן מוכח לדעתו שמינוי שליח נעשה בדיבור. אולם ספק אם יש ממש בראיה זו. בדיוננו על סעיף 14, פרק שני, א(2), עמ' 602, נראה ש"דיבור" בהקשר לסוגיה זו הוא מושג המציין פעולה משפטית שהחלה תהליך משפטי שעדיין לא הגיע לגמרו. כך לדוגמה קידושין לאחר ל' יום (שוודאי לא נעשו בדיבור בעלמא) מכונים שם גם הם "דיבור", וגם עליהם חל הכלל "אתי דיבור ומבטל דיבור". לפי זה, העובדה שמינוי השליח מכונה "דיבור" אינה מוכיחה דבר באשר לדרך המינוי.

אין צריך לומר שהתנאי לתוקף המינוי הוא שהדיבור יבטא את גמירות דעתו של השולח במינוי. אם ברור מנסיבות העניין שלא הייתה לו גמירות דעת, אין תוקף למינוי. ראה לדוגמה שו"ת בית יצחק (שמלקיש), אורח חיים, סימן קז, אות ו, בעניין חייב שהסכים שהנושה יפעל כשלוחו למכירת המשכון, לאחר שהלה לחץ עליו, והוא הסכים מתוך כעס. לדעת 'בית יצחק', בכגון זה אין תוקף למינוי, משום שהחייב לא התכוון למנות את הנושה כשלוחו אלא רק לדחות אותו מעליו.

למינוי שליח דרך הטלפון, ראה להלן, ליד ציון הערה 87.

[46] שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן קמו, ד"ה גם.

[47] למינוי שליח בכתב, ראה ביתר הרחבה רקובר, השליחות וההרשאה, פרק שני, הערות, 5, 59, 83.

[48] ראה למשל שולחן ערוך, חו"מ, סימן קכא, סעיף א: "שלח לו חובו או פקדונו על ידי שליח, אם אמר לו המלוה לשלחו על ידו, ונאבדו, פטור. אפילו לא אמר לו פה אל פה, אלא ששלח לו בכתב 'שלח לי על ידי פלוני', ושלחם על ידו ונאבדו, פטור". וראה גם: רי"ף, בבא קמא לז ע"ב (בדפי הרי"ף); נימוקי יוסף, בבא מציעא נו ע"ב (בדפי הרי"ף), ד"ה מתני'; שו"ת הר"ן, סימן מג, ד"ה עוד אחת; רמ"א, אבן העזר, סימן לה, סעיף ו (וראה גם בנושאי הכלים ובבית יוסף, שם). וראה שו"ת פרי החיים, חו"מ, סימן יח, הדן במינוי שליח בכתב וקובע: "נראה ברור דבדיני ממונות לעשות שליח לקנות או למכור, פשיטא דמהני".

[49] יש לציין שלדעת כמה פוסקים, מינוי שליח לכתיבת גט אינו יכול להיעשות בכתב, ויש צורך שהשולח

מטריאלית („מעשה קוף")[50], וכיוון שכך, גם אדם שאינו כשר לשליחות יכול להעביר לשליח כתב זה[51].

מינוי שליח בכתב יכול להיות עדיף מכמה בחינות על פני מינוי שליח בעל פה. להלן[52] נראה שיש הסוברים שמינוי השליח חייב להיעשות בשעה שנכנסת השליחות לתוקף, וכיוון שכך, אין תוקף למינוי מוקדם של השליח. לדעת ר׳ שלמה מחלמא, בעל ׳מרכבת המשנה׳[53], מינוי מוקדם שנעשה בכתב תקף, שכן הכתב מותיר את רישומו גם בשעת כניסת המינוי לתוקף, והשליח נחשב כמי שמונה באותה שעה (ובלבד שבאותה שעה כתב המינוי נמצא עדיין בידו)[54].

עוד נראה להלן[55] ששומר המחזיק בפיקדון רשאי שלא להיזקק לשלוחו של הבעלים הבא ליטול בשמו את הנכס כל עוד לא הוכחה שליחותו. הרשאה בכתב יכולה להוות ראיה לקיום השליחות, ועל השומר לתת לשליח את הנכס המופקד בידו בתמורה להרשאה שתשמש ראיה שפעל כדין.

(3) בפני עדים

הרמב״ם מדגיש שיצירת השליחות אינה צריכה עדים[56]. עם זאת, יש לציין שיש נסיבות שבהן נוכחות עדים עשויה להצביע על כוונתו של השולח לעשות את חברו שליח.

יצווה על כך בקולו או לכל הפחות ירמוז בגופו (ראה: בית יוסף, אבן העזר, סימן קכ, סעיף ה; שולחן ערוך, שם). רמ״א (שם, סימן קמא, סעיף לה), בשם המרדכי (גיטין, פרק האומר, סימן תיז), מרחיב סייג זה ופוסק שגם מינוי שליח למסירת הגט אינו יכול להיעשות בכתב. סייגים אלו אינם נובעים מדיני השליחות, אלא הם מתחייבים מדיני הגירושין (ראה למשל: באר הגולה, אבן העזר, סימן קמא, סעיף לה, אות ד; פתחי תשובה, שם, ס״ק לה). וראה עוד בעניין זה שו״ת אבני נזר, אבן העזר, סימן קצז. וראה באריכות בעניין זה: קונטרס עגונת ישראל (לר׳ ישראל הופשטיין, הידוע בכינויו המגיד מקוז׳ניץ), שזו אחת מן השאלות שעמדו במוקד היתר עגונה שלו (מובא על ידי Rabbi J. D. Bleich, "Constructive Agency in Religious Divorce: An Examination of Get Zikkuy", Tradition 35:4 (2001), pp. 44-73, p. 57); הרב א׳ ברקוביץ, תנאי בנישואין ובגט, ירושלים תשס״ח, עמ׳ קמג־קנו; משפטיך ליעקב, חלק ד, סימן ל, אותיות ה־ו; שו״ת דיברות אליהו, חלק ו, סימן עח. וראה גם Rabbi Howard Jachter, "The Use of a Videoteleconference for a Get Procedure", Journal of Halacha and Contemporary Society 28 (1994), pp. 5-16.

50 ראה דיוננו לעיל, סעיף 1, פרק שני, ב, עמ׳ 5.

51 ראה למשל: שולחן ערוך, אבן העזר, סימן קמא, סעיף לה: „השולח גט ביד גוי שיתננו לפלוני, ומינה הבעל בכתבו לאותו פלוני שליח להוליך הגט לאשתו – כשר, מפני שהגוי אינו עושה מעשה אלא מעשה קוף בעלמא". רמ״א, שם, אמנם מביא דעה חולקת, אך אין זאת בשל מחלוקת בדיני השליחות. ראה לעיל, הערה 49, וראה בסעיף 1, הערה 28.

52 להלן, פרק רביעי, עמ׳ 153.

53 מרכבת המשנה, מהדורא קמא, הלכות גירושין, פרק ו, הלכה ג (ה ע״א). וראה גם: שו״ת אבני נזר, חו״מ, סימן קלד; שם, אבן העזר, סימן קצז, אות ד. וראה להלן, ליד ציון הערה 136.

54 יש לציין שייתכן שהדברים האלו אינם עולים בקנה אחד עם דברי שו״ת בית אפרים, אבן העזר, סימן פ, ד״ה ועוד יש לפקפק. להלן, הערה 167, נראה שלדעת ׳בית אפרים׳, אם לא קיבל עליו השליח את השליחות, אין הוא יכול לחזור בו, ויש צורך במינוי חדש. לדעתו, כך הוא הדין גם כשמינוי השליח נעשה בכתב. אם רואים מינוי בכתב כמינוי שנעשה בשעה שהשליח מקבל על עצמו את השליחות (כדברי ׳מרכבת המשנה׳), סירובו של השליח לא היה מונע ממנו לחזור בו ולקבל על עצמו את השליחות, שהרי הכתב נחשב למינוי עדכני. עם זאת, יש מקום לומר שפוסקים אלו אינם חלוקים בדעותיהם, שכן אפשר שמשדחה השליח את השליחות, נחשב כתב המינוי למבוטל, ואינו יכול להועיל עוד.

55 להלן, פרק שביעי, ב, עמ׳ 171.

56 ראה רמב״ם לעיל, הערה 43. אמנם השווה רמב״ם: הלכות אישות, פרק ג, הלכה טו; הלכות גירושין, פרק

כך עולה מסוגיה תלמודית[57] שעניינה גביית חוב (או פיקדון) על ידי אחר. העניין העומד במוקד הסוגיה הוא: אימתי נחשב הנושה כמי שהתכוון למנות את חברו כשלוחו לגביית החוב (וממילא, משהגיע הפירעון לידי השליח, הסיכון לאבדן הפירעון[58] רובץ על כתפי הנושה, מאחר ששלוחו של אדם כמותו)? ואימתי נחשב הנושה כמי שלא התכוון למנות את חברו כשלוחו לגביית החוב, אלא רק להעמיד לרשות החייב אדם נאמן שיעביר אליו את הפירעון (וממילא, כל זמן שהפירעון לא הגיע לידי הנושה בפועל, הסיכון לאבדן הפירעון נשאר סיכונו של החייב)?

ברור שבגביית חוב, יש אינטרס לנושה שהחייב לא ייפטר מחיובו כלפיו כל זמן שהפירעון לא הגיע לידיו בפועל. זו הסיבה שדברי הנושה מתפרשים על דרך הצמצום, ויש שאין מפרשים אותם כמינוי אלא כשיש לכך הוכחה נסיבתית, כגון שנאמרו בנוכחות עדים. כך לדוגמה מוסכם על הכל שאם פנה הנושה אל חברו ואמר לו בזה הלשון: "מעות יש לי ביד פלוני, לך ואמור לו שדעתך לבוא לכאן, ואם יתנם לך, הביאם לי"[59], דבריו אינם מתפרשים כמינוי שליח[60] (והנושה נחשב רק כמי שביקש להמציא לַחייב אדם נאמן, שיעביר אליו את הפירעון[61]). אבל אם הנושה אמר לו אותם הדברים בנוכחות עדים, דעת חלק מן הפוסקים[62] היא שאז

ו, הלכה א. בהלכות אלה, הרמב"ם קובע שאין תוקף למינוי שליח על ידי אישה לקבלת קידושיה או גטה, אלא אם כן המינוי נעשה בפני עדים (לדעת הראב"ד, הלכות אישות, שם, הוא הדין אף ביחס לאיש הממנה שליח לקדש אישה. וכך כתב גם חידושי הריטב"א, קידושין מא ע"א, ד"ה האיש מקדש; שם, מה ע"ב, ד"ה ופרכינן וליחוש). אך בעניינים אלה, הצורך בעדים אין יסודו בדיני השליחות אלא בדיני גטין וקידושין, בהתאם לכלל: "אין דבר שבערווה פחות משניים". כך יש דרישות נוספות בעניין מינוי שליח לכתיבת גט, אך גם הן יסודן בדיני גטין ולא בדיני שליחות. והשווה רא"ש, קידושין, פרק ב, סימן ז (הנוטה לומר שאף מינוי שליח על ידי האישה אינו צריך להיעשות בפני עדים). וראה עוד ים של שלמה, קידושין, פרק ב, סימן ח, ד"ה וכתב. להסברת שיטת הרמב"ם, שם, המבחין בין שליח הבעל, שאינו צריך להתמנות בעדים, לבין שליח האישה, שצריך להתמנות בעדים דווקא. ראה: שערי יושר, שער ז, פרק יד; חזון איש, אבן העזר, הלכות קידושין, סימן מז, ס"ק א־ה; קהילות יעקב (קנייבסקי), גיטין, סימן ד; ועוד.

[57] בבא קמא קד ע"א.

[58] אף על פי שאירע בנסיבות של כוח עליון (אונס).

[59] שולחן ערוך, חו"מ, סימן קכא, סעיף ב, על פי סוגיית התלמוד שם.

[60] וזאת אף על פי שנאמרו הדברים בלשון ציווי: "הביאם לי". ראה הפרק הקודם. כאמור, הסיבה לכך היא שבגביית חוב, האינטרס של הנושה הוא שהחייב לא ייפטר מחיובו כל זמן שהפירעון לא הגיע לידיו בפועל. על כן, דברי הנושה מתפרשים על דרך הצמצום, ואין רואים בהם כמינוי שליח.

[61] היינו כמי שישמש כשלוחו של החייב להביא את הפירעון לידי הנושה, ולא כשלוחו של הנושה לגביית החוב.

הלכה זו, שראינו בעניין פירעון חוב, נאמרה גם בעניין השבת פיקדון. בהשבת פיקדון, עולה השאלה: מאחר שאדם זה נאמן על בעל הפיקדון, מדוע החייב נושא באחריות כשאבד הפיקדון לפני שהגיע לידי בעל הפיקדון? הלוא בכגון זה, "שומר שמסר לשומר – פטור". ראה: תוספות, בבא קמא קד ע"א, ד"ה הכי; חידושי הרשב"א, שם, ד"ה ליתני; ש"ך, חו"מ, סימן קכא, ס"ק יא. וראה ב' כהנא, חוק לישראל, שומרים, ירושלים תשנ"ט, כרך א, עמ' 513, ליד ציון הערה 118, ובהערה 118.

[62] ראה: רא"ש, בבא קמא, פרק ט, סימן כא; חידושי הרשב"א, בבא קמא קד ע"א, ד"ה הא דאמרינן; שולחן ערוך, חו"מ, סימן קכא, סעיף ב (וראה: סמ"ע, שם, ס"ק ו; ש"ך, שם, ס"ק ט). וראה תשובות מהר"ם מרוטנבורג וחבריו (ההדיר פרופ' שמחה עמנואל), ירושלים תשע"ב, סימן רנז. המשיב (מחבר לא ידוע) מטעים שאם השולח מודה שכוונתו הייתה למנות שליח, אף אם עשה כן שלא בפני עדים, הוא נושא בסיכון משהגיע הפירעון לידי השליח.

אפשר שלכך התכוון גם אמרי בינה (אוירבך), חו"מ, דיני גביית חוב, סימן כט, אות ח, ד"ה עוד כ' הרשב"א,

מתפרשים הדברים כמינוי שליח, שאם לא כן, לא היה טורח לומר לו את הדברים בנוכחות עדים[63] [64].

(4) מעשה קניין

כבר ראינו את דברי הרמב"ם, ולפיהם יצירת השליחות אינה דורשת מעשה קניין[65]. לא זו אף זו, מעמדו של השליח אינו עדיף כשמינויו נעשה בקניין. וכך קובע הרמב"ם[66]: "יש דברים הרבה שאין צריכים קניין, ואין לקניין בהם טעם, כגון... העושה שליח". אמנם הרמב"ם[67]

כשפירש בדברי הרשב"א (להלן, הערה 154) שביטול הביטול של השליחות מתפרש כמינוי חדש רק אם נעשה בפני עדים או בפני בית דין.

[63] לדעתם, זהו פשר דברי רב חסדא (בבא קמא קד ע"א): "שליח [לגביית חוב] שעשאו בעדים... הוי שליח", וכהסבר התלמוד: "רב חסדא אמר הוי שליח, להכי טרחי ואוקמיה בעדים, דליקו ברשותיה [=לכן טרח והעמידו בעדים, כדי שיעמדו ברשותו"].

ראשונים אחרים פירשו את דברי רב חסדא באופן יותר דווקני. לדעתם, המשמעות של "עשאו" היא, שאמר לו במפורש לקבל את מעות הפירעון, ואף על פי כן אין לפרש זאת כמינוי שליח, אלא אם כן "עשאו בעדים". במילים אחרות, אף כשהנושה מינה את חברו במפורש להיות שלוחו לגביית הפירעון, אין הוא נחשב כמי שהתכוון להקנות לחברו מעמד של שליח, שדינו כמותו, אלא כאשר המינוי היה בפני עדים. אם המינוי היה רק בינו לבין עצמו, יש להניח שלא התכוון אלא להמציא לַחייב אדם נאמן שיביא לו את כספו, ולא התכוון שהמסירה לאותו אדם תפטור את החייב מאחריות עוד לפני שהגיע הכסף לידיו (במילים אחרות, כוונתו הייתה לעשותו נער שליח, ולא שליח). ראה: רש"י, בבא קמא קד ע"א, ד"ה שליח שעשאו בעדים; רמב"ן, מלחמות ה', בבא קמא לז ע"א (בדפי הרי"ף), ד"ה ועוד; נימוקי יוסף, שם לו ע"ב (בדפי הרי"ף), ד"ה שליח שעשאו בעדים; שו"ת הרדב"ז, חלק א, סימן שפא; ים של שלמה, בבא קמא, פרק תשיעי, סימן לו. וראה ש"ך, חו"מ, סימן קכא, ס"ק י, וס"ק טו, שהזכיר שיטת ראשונים זו. לפי שיטה זו, דעת רבה (החולק על רב חסדא, שם בסוגיה), ולפיה: "שליח שעשאו בעדים... לא הוי שליח", היא שאין הנושה נחשב כמי שמינה את שלוחו להיות כמותו לגביית החוב, אלא אם אמר "התקבלתי", היינו שאמר במפורש שמסירת הפירעון לידי השליח תיחשב כמסירה לידיו שלו (ראה רמב"ן, מלחמות ה', שם). והשווה: נתיבות המשפט, סימן קכא, ס"ק ג (השני); חידושי אנשי שם, על נימוקי יוסף, בבא קמא לז ע"א (בדפי הרי"ף), אות ב.

יש שדברי הנושה ודאי אינם מתפרשים כמינוי, אף שנאמרו בנוכחות עדים. כך העירו: סמ"ע, חו"מ, סימן קכא, ס"ק ז; וש"ך, שם, ס"ק יא, על הלכת שולחן ערוך, שם, ולפיה: "אמר לו [המלווה לחברו]: 'יש לי מעות ביד פלוני ואינו שולחם לי, אולי אינו מוצא שליח לשלחם, לך והתראה אליו, אולי ישלחם על ידיך לי' – לא הוי שליח". בכגון זה, ברור שהנושה לא מינה שליח (שהרי לא פנה אל חברו בלשון ציווי. ראה הפרק הקודם), אלא רק המציא לַחייב אדם שיוכל להעביר אליו את הפירעון, וזאת אף שנאמרו הדברים בנוכחות עדים.

לפרטי דינים נוספים בסוגיה זו, ראה ב' כהנא, חוק לישראל, שומרים, סעיף 11, עמ' 510-513.

[64] על השפעה אפשרית אחרת למינוי שליח בפני עדים, ראה שו"ת מהרשד"ם, אבן העזר, סימן קסב, בניסיונו להסביר את שיטת רש"י בעניין "תופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים". ראה דיוננו על סעיף 1, הערה 76.

[65] אמנם יש מחלוקת בין האחרונים בשאלה אם תנאי לאחריות שמירה של השליח הוא שיעשה מעשה קניין (משיכה או הגבהה) בחפץ מושא השליחות, או שדי לשם כך בהסכמתו לשמש כשליח. ראה סיכום הדעות בפתחי חושן, הלכות פיקדון ושאלה, פרק ב, הערה מז. וראה גם ב' כהנא, חוק לישראל, שומרים, מילואים לסעיף 1(א), עמ' 630, אות כה. אולם שאלה זו אינה מעניינו כאן.

[66] רמב"ם, הלכות מכירה, פרק ה, הלכות יא-יג. וראה רקובר, השליחות וההרשאה, עמ' 32, שכבר הקדימו הגאונים לקבוע כך.

[67] שם, בהמשך דבריו.

יודע ש"נהגו רוב המקומות[68] להקנות... ואומרים 'וקנינו מפלוני שעשה פלוני שליח'". אבל הוא חוזר ואומר: "קניין זה שנהגו... אינו מועיל כלום[69], אלא להודיע שאינו אומר דברים אלו כמשחק ומהתל, אלא שגמר בלבו ואחר כך אמר[70]. לפיכך אם אמר 'בלב שלם אני אומר וגמרתי לעשות דבר זה', אינו צריך דבר אחר כלל". במילים אחרות, אין שום עדיפות למינוי שליח במעשה קניין. כך לדוגמה, העובדה שהמינוי היה במעשה קניין אינה שוללת מן השולח את הזכות לבטל את השליחות באופן חד־צדדי[71].

עם זאת, יש לציין שלמינוי שליח בקניין אפשר שתהיה השפעה כשמתעורר ספק אם התכוון השולח ליצור יחסי שליחות משפטיים בינו לבין שלוחו אם לאו. בדברינו לעיל בעניין מינוי בנוכחות עדים, ראינו שעל אף שבעיקרון אין צורך בעדים בשעת מינוי השליח, מתן הוראות לשליח בפני עדים מעיד לעתים על כוונתו של השולח למנות את חברו כשלוחו. דברים אלו נכונים גם לעניין מינוי שליח במעשה קניין[72]. משום כך, אדם השולח את חברו להביא לו פירעון חוב, אם עשה כן בקניין, ודאי התכוון לעשותו שליח. יש להבהיר שבכגון זה הקניין אינו משמש כדרך ליצירת השליחות אלא כאחת הנסיבות הרלוונטיות העשויות ללמד על כוונתו של השולח לעשות את חברו שליח שלו.

[68] בדרך אגב נעיר שבשו"ת הרא"ם (מזרחי), סימן טז, הוכיח מדברי הרמב"ם הללו כי אין תוקף למנהג הסותר דין תורה, אף אם נהגו בו "רוב המקומות".

[69] אולם השווה שיטת ר"י הברצלוני (הובאו דבריו בחידושי הרשב"א, קידושין מא ע"א, ד"ה מלמד), שמדבריו עולה שמינוי שליח בקניין עשוי להועיל בעניין מינוי שליח משנה. לדעתו, ההלכה שהשליח לקבלת גט אינו יכול למנות שליח במקומו, משום ש"מילי לא מימסרן לשליח" (ראה להלן, סעיף 16, פרק רביעי, ב, עמ' 724), אינה אמורה אלא בשליח שנתמנה שלא במעשה קניין. אבל אם המינוי היה בקניין, השליח יכול למנות שליח אחר. וצריך עיון בטעם שיטתו.

[70] וראה שו"ת משפטיך ליעקב, חלק א, סימן לה [=צ"י בן יעקב, "קנין סודר במינוי שליח למכירת חמץ", סיני קיג (תשנ"ז), עמ' מ]. הסברים אחרים למנהג זה עולים בתשובות גאונים קדמונים, סימן ו (הקשורים בצורך ליפות את כוחו של השליח להגיע להסכם עם האישה בעניינים הכספיים הנוגעים לגירושין ובדרישה מן הבעל שיבטל "מודעה", היינו שיבטל הודעה שחוששים שמא מסר לפני מינוי השליח, ובה ביטל מראש את הפעולה המשפטית העומדת להתבצע). אבל אין כאן מקום להאריך בעניינים אלה. ראה בעניין זה רקובר, השליחות וההרשאה, עמ' 33, ושם, נספח ג.

[71] כך קבע כבר רב צמח גאון, תשובות הגאונים, חמדה גנוזה, סימן נה. על דבריו ראה רקובר, השליחות וההרשאה, עמ' 32, ועמ' 71 ואילך. וראה שם, עמ' 73־74, על המבוכה העולה בעניין זה מדבריו של בעל 'העיטור'.

אמנם לדעת הרא"ש, אם השולח מקנה לשליח את הזכות נושא השליחות, כפי שהוא בתקנת "אורכתא" (שבה הנושה מקנה לשלוחו את זכות התביעה שלו, כדי שיוכל לנהל תביעה משפטית נגד החייב. ראה לעיל, דיוננו על סעיף 1, פרק רביעי, ב(1)(ב), עמ' 49), הרי השולח אינו יכול לבטל את השליחות. אולם אין בזה סתירה לדברינו כאן, שכן אנו עוסקים במעשה קניין על המינוי, ולא במעשה קניין על הזכות נושא השליחות. לשאלת ביטול "אורכתא", ראה להלן, דיוננו על סעיף 15, פרק שלישי, א, עמ' 688.

[72] וזאת אף ביתר שאת, שכן כשמינוי השליח נעשה במעשה קניין, אפילו לדעת רבה (החולק על רב חסדא בעניין שליח שעשאו בעדים. ראה לעיל, הערה 63), יש בדבר זה כדי ללמד על כוונת השולח ליצור יחסי שליחות. כך מעיר ר' שמחה בר' גרשון הכהן בתשובה המודפסת בשו"ת פליטת בית יהודה, סימן כא, ד"ה וא"כ (נא ע"א).

(5) על ידי שליח

כמו במשפט הישראלי[73], גם במשפט העברי, בעיקרון אין מניעה למנות שליח על ידי שליח[74]. אולם יש שתוקפו של מינוי זה אינו נקי מספקות, והוא כאשר נושא השליחות הוא בגדר "מילי", שאז חל לכאורה הכלל "מילי לא מימסרן לשליח", המונע מינוי זה. בעניין אחרון זה, נרחיב בדיוננו על סעיף 16[75].

ב. דרכים אחרות

עד כאן סקרנו את הדרכים הקלסיות למינוי שליח, דהיינו הוראה מפורשת לשליח בעל פה או בכתב. לדעת ברק[76], השולח יכול להביע את ההרשאה גם בכל דרך אחרת.

להלן נראה שעל פי מקורות המשפט העברי, אמנם השולח יכול להביע את רצונו בדרכים נוספות (כגון בתנועת הגוף או אפילו בשתיקה), ולאו דווקא בעל פה, ובלבד שעולה מהן בבירור הבעת רצון למינוי שליח, אבל אין די באומדן הדעת[77].

(1) תנועה

אפשרות מינוי שליח שלא על ידי אמירה, אלא באופן אחר של הבעת רצון, עולה כבר מן המשנה[78]: "נשתתק ואמרו לו 'נכתוב גט לאשתך?', והרכין בראשו, בודקין אותו שלשה פעמים. אם אמר על לאו לאו ועל הן הן, הרי אלו יכתבו ויתנו". מכאן שלעניין מינוי השליח[79], תנועת גוף המביעה את רצונו של השולח במינוי אינה גרועה מן האמירה, כלשון הירושלמי[80]: "היא שמיעת הקול, היא הרכנת הראש". וכן כותב במפורש 'בית יוסף'[81]: "כיון שעושה בגופו מעשה המוכיח שמצווה להם שיכתבו ויחתמו ויתנו גט לאשתו, חשוב כאלו מצווה כן בפיו"[82]. במילים אחרות, בכגון זה הבעת הרצון כה ברורה, עד שרואים את השולח כמי שמינה את השליח במפורש[83].

[73] ראה ברק, סעיף 335.

[74] שו"ת עונג יום טוב, סימן קס, ד"ה אמנם נראה: "ואם נתן לו גט ואמר לו שיעשה שליח למסור הגט להאשה, אף שהבעל באמירתו עדיין לא עשאו לפלוני שליח, רק שצוה לזה שיעשהו שליח, מהני, כיון דלא הוי מילי, והגט בידו יכול לעשות את פלוני שליח להולכה ע"י זה, א"כ חזינן דעשיית שליחות נגמר ע"י אחר, וכעובדא דאבא בר מיניומי בגיטין (כט ע"ב), דאמר שיתן לאבא בר מיניומי, והוא יתן לה, דהיינו שאבא בר מיניומי יהא שליח של הבעל שעשהו שליח ע"י שליח זה".

[75] ראה להלן, סעיף 16, פרק רביעי, ב, עמ' 724, ושם נעיין בסוגיית "אומר אמרו", גיטין סו ע"ב–סז ע"א.

[76] ברק, סעיף 352.

[77] אין צריך לומר שאף אם ידוע שאדם מעוניין בשליחות, הרי שאם אינו מביע זאת כלפי חוץ, אין בידיעה זו כשלעצמה כדי להקנות את השליחות (אם כי אפשר שמעשה "השליח" יועיל ל"שולח", אבל לא מדין שליחות אלא מדין "זכין לאדם שלא בפניו". ראה להלן, פרק שישי, עמ' 168). וכאן אנו מדגישים שאף שהשולח מביע דבר מה כלפי חוץ, על הבעה זו להיות ברורה, ואין די באומדן דעתו. ראה להלן.

[78] משנה, גיטין ז, א.

[79] יש להדגיש שגילוי הדעת צריך להיות על רצונו של השולח במינוי שליח, ולא די בכך שהוא מגלה שהוא מעוניין בתוצאה המשפטית. ראה להלן, הערה 90.

[80] ירושלמי, גיטין, פרק שביעי, הלכה א.

[81] בית יוסף, אבן העזר, סימן קכא.

[82] ולא זו בלבד שמינוי על ידי הרכנת הראש אפשרי, אלא הוא עדיף על מינוי בכתב, "משום שמראה בגופו". כך מסביר הרא"ש, גיטין, פרק ז, סימן יט, את העובדה שמינוי שליח לכתיבת גט תקף כשהוא נעשה בהרכנת

אמנם בדיוננו על סעיף 5, נראה[84] שכאשר השליחות נוצרה כדין, ניתן להרחיב את היקפה מכוח אומדן דעתו של השולח. אבל כאן אנו מדגישים שאת השליחות עצמה אין יוצרים מכוח אומדן הדעת. וכך פסק הרמב"ם[85] במפורש בעניין שליחות להקרבת קרבן פסח: "אבד להן פסחם ואבד לו פסחו... הלך הוא לבקש והלכו הם לבקש, ולא אמרו זה לזה כלום, אף על פי שהיה בלבם שישחוט כל אחד מהן על חברו, או שהיו שם רמיזות ודברים שאומדן הדעת בהן שכל אחד שימצא ישחוט על חברו, הואיל ולא פירשו ולא אמרו זה לזה כלום, אינם אחראין זה לזה"[86].

נמצא אפוא, כפי שכבר אמרנו, שאפשר למנות שליח על ידי תנועת הגוף או כל דרך הבעה אחרת, כגון בשיחת טלפון[87] או אפילו על ידי פוליגרף (דפיקות הלב)[88], ובלבד שבדרך זו השולח מביע את רצונו באופן חד־משמעי, ואין זה בגדר אומדן דעת גרידא[89] [90].

הראש, ואינו תקף כשהוא נעשה בכתב (גיטין עב ע"א). אולם הרא"ש מציע גם הסבר אחר, ולפיו חכמים הקלו בעניינו של חרש־אילם, והכשירו מינוי שליח בהרכנת הראש, כדי שאשתו לא תישאר עגונה. מן ההסבר הזה עולה לכאורה המסקנה שבעיקרון אין למנות שליח אלא באמירה (וחכמים הכשירו את הרכנת הראש רק לחרש־אילם, כדי למנוע את עיגון אשתו). אולם מסקנה זו אינה נכונה, משום שיסוד הפסול שם אינו בדיני שליחות אלא בדיני כתיבת הגט, שחייב להיות "לשמה", ומכאן לחומרה המיוחדת בו, שמי שכותב את הגט לא יעשה כן אלא אם כן שמע את ציווי הבעל. וראה לעיל, הערה 56.

[83] והשווה שו"ת אבני נזר, אבן העזר, סימן קנו, אות ט, ממנו עולה שהרכנת הראש אינה מועילה אלא מדין זכין, ואין בה משום מינוי.

[84] ראה להלן, סעיף 5, פרק שלישי, עמ' 265.

[85] רמב"ם, הלכות קרבן פסח, פרק ג, הלכה ו.

[86] כך הסיק מדבריו משפט שלום (שבדרון), סימן קפב, סעיף א, בקונטרס אחרון.
לשאלה אם אפשר להסיק מסקנה דומה גם מתוך היקש לדרכי ביטול השליחות, ראה דיוננו להלן, סעיף 14, הערה 67.

[87] לעניין מינוי שליח לגירושין על ידי הבעל דרך הטלפון, ראה שו"ת בית יצחק (שמלקיש), אבן העזר, חלק ב, סימן יג, שנקט שהדבר אינו אפשרי בשל הדרישה הייחודית של הרמב"ן שהשליח ישמע את ציוויו של הבעל במו אוזניו. אבל השווה Rabbi Howard Jachter, "The Use of a Videoteleconference For a Get Procedure", Journal of Halacha and Contemporary Society 28 (1994), p. 5-16. וראה עוד: שו"ת ציץ אליעזר, חלק כב, סימן עב; משפטיך ליעקב, חלק ד, סימן ל, אות יא; שו"ת דיברות אליהו, חלק ו, סימן עח. וכן ראה אריכות דברים בשושנת העמקים (בחבוט), גיטין, ירושלים תשס"ח, שורש א. וראה להלן, סעיף 16, הערה 171.

[88] ראה שו"ת איגרות משה, אבן העזר, חלק ד, סימן צח: "הנה חולה שאינו יכול לדבר ואף לא להרכין ראשו ולרמוז באופן אחר, ומכירין כוונתו לגרש אשתו ע"י המכונה פאליגראף (גלאי שקר) שרושמת דפיקות לבו וכד', ג"כ אם באותה שעה בדקוהו בענינים אחרים וראו שהשיב נכון בידיעה והבנה במה שהשיב, ותיכף שאלוהו אם רוצה ליתן גט לאשתו, יש לסמוך על זה... אך בכל מגרש צריך לעשות באותה השעה גם בדיקות אחרים ולא לסמוך לעולם על מה שבדקו פעם אחת איזה חולה" (התשובה מיום כ"ח בכסלו תשל"ט).

[89] לדעתנו, כך יש להבין את דברי בית מאיר, או"ח, סוף סימן קנד. ר' מאיר פוזנר עוסק שם בשאלת מינוי שליח על ידי הרמת יד, אגב דיון בתוקפה המשפטי של קניית מצווה בבית הכנסת. כידוע יש בתי כנסת שבהם נהוג שהשמש מציע מצוות למכירה (פתיחת ההיכל, עלייה לתורה וכדומה). דרך המכירה היא שהשמש מכריז סכום מסוים, ומי שמרים את ידו זוכה במצווה, ובלבד שאיש אינו מציע סכום גבוה יותר. 'בית מאיר' דן בשאלה: האם המכירה תקפה מעיקר הדין, אף שהקונה לא אמר דבר אלא רק הרים את ידו? או שמא אין תוקפה אלא מכוח המנהג? תוקף המכירה מעיקר הדין תלוי בשאלה: האם "השמש המכריז נעשה שלוחו" של הקונה לצורך ההקדש? 'בית מאיר' דוחה הצעה זו בנימוק ש"לא מצינו שליחות בחושן משפט, סימן קפב, כי אם על ידי אמירה, ולא מצינו [יצירת שליחות] ברמיזה". רקובר, השליחות

(2) התנהגות — "על ידי התנהגות השולח"

החוק קובע שהשליחות נוצרת לא רק בהרשאה בכתב או בעל פה אלא גם על ידי התנהגות השולח. מאחר שהרשאה בכתב או בעל פה (או בכל דרך אחרת של הבעת רצון) גם היא התנהגות של השולח, יש להניח שהדגשת החוק שהשליחות נוצרת גם בדרך של "התנהגות" משמעה שיש אופן נוסף של יצירת שליחות שאינה בדרך של הבעת רצון רגילה[91]. אחת הדוגמאות המובאות על ידי ברק[92] לדרך יצירה מיוחדת זו היא של שליח שפעל בחריגה מן ההרשאה (כגון שהייתה לו הרשאה לקנות סחורה מאיכות פלונית, וקנה סחורה מאיכות אחרת), ואף על פי כן השולח שילם תמורת הסחורה ושיפה את השליח על הוצאותיו, שהיו גדולות מן המתוכנן. בשלב הזה, אפשר שהתנהגותו של השולח אינה מעידה אלא על אישור בדיעבד[93]

והרשאה, עמ' 31, הערה 5, תמה מדוע 'בית מאיר' לא הסיק את תוקפו של מינוי בהרמת יד מתוקף המינוי בהרכנת הראש, מה עוד ש'בית מאיר' עצמו מביא מקור זה, אבל משום מה העדיף להישאר ב"צריך עיון"! נראה שספקו של 'בית מאיר' נובע מכך שאין זה ברור באופן חד־משמעי שמי שהרים את ידו אכן התכוון בכך למנות את השמש כשלוחו (ייתכן שלא התכוון אלא להביע את נכונותו לקנות את המצווה, ולא את נכונותו למנות שליח לקנייתה). אין הנידון דומה אפוא לראיה, ומשום כך העדיף ר' מאיר פוזנר להישאר ב"צריך עיון".

90 מסקנתנו עומדת לכאורה בסתירה להלכה מפורשת בשולחן ערוך, אבן העזר, סימן לה, סעיף ד: "יש מי שאומר שאפילו לא מינוהו שליח בהדיא [=במפורש], אלא שגילה דעתו שהוא חפץ באשה פלונית, ואמר לו לשדכה לו, והלך השדכן וקידשה לו בלא מינוי שליחות, הרי זו מקודשת". אולם אין להסיק מהלכה זו שדי באומדן דעת ליצור שליחות, שכן אפשר להציע לפחות שני הסברים אחרים להלכה:

ההסבר הראשון הוא, שיסוד ההלכה הוא בדין "זכין לאדם שלא בפניו" (למושג זה, ראה בהרחבה בנספח, להלן, עמ' 767) ולא בדין שליחות, ודווקא לצורך דין "זכין" די בגילוי דעת. ואמנם כך מפורש ברא"ש, קידושין, פרק ב, סימן ו (בסופו) וסימן ז (שהוא מקור הלכה זו). וכך הטעימו הפוסקים הבאים: קצות החושן, סימן שפב, ס"ק ב; שו"ת אחיעזר, חלק א, סימן כח, אות יז; שו"ת איגרות משה, אבן העזר, חלק ג, סימן לב, ענף ד (אם כי בסוף דבריו העלה שאולי בזה עצמו מסתפק הרא"ש אם גילוי דעת נחשב כמינוי. וצריך עיון). ראיה נוספת לכך שאין מדובר כאן במינוי שליח אלא בדין "זכין" עולה מהשוואת הלכה זו בסעיף ד עם ההלכה בסעיף ה. בסעיף ד, השולחן ערוך אינו משתמש בלשון שליחות, מה שאין כן בסעיף ה (בעניין מינוי מכוח שתיקת השולח. ראה להלן). וכך עולה גם מדברי קהילת יעקב (לר' יעקב מליסא), אבן העזר, סימן לה, סעיף ג, ד"ה והא, שכתב: "והא דמהני מינוי שליחות שלא בפניו... הוא משום דזכות הוא לו, וזכין לאדם שלא בפניו, ואף גילוי דעת לחוד מהני".

ההסבר השני הוא, שאין מדובר בהלכה זו ביצירת שליחות מכוח אומדן דעת, אלא בהרחבת היקפה של שליחות קיימת. ואמנם הלכת השולחן ערוך עוסקת באדם שמינה את חברו כשלוחו לשדך לו אישה פלונית ("ואמר לו לשדכה לו"), ומכוח אומדן דעת נקבע שההרשאה כוללת גם את ייפוי הכוח לקדש אותה. כך הסביר את דברי הרא"ש, שו"ת ברית אברהם (פצנובסקי), אבן העזר, סימן קא, ס"ק ח. וראה משפט שלום (שבדרון), סימן קפב, סעיף א, בקונטרס אחרון, שהביא את דבריו בהסכמה. והשווה שו"ת אחיעזר, שם, שדחה פרשנות זו בדברי הרא"ש (אבל לא דחה את תוכן דבריו). כהסבר הזה הציע גם חזון איש, אבן העזר, הלכות קידושין, סימן מט, ס"ק ט.

91 ברק, סעיף 367: "אנו מבחינים בעקבות החוק בין הקניית השליחות על ידי הבעת רצון של השולח הכוללת את כל צורות הבעת הרצון, לבין הקניית השליחות על ידי התנהגות החלה לעניין צורה מיוחדת של הבעת רצון" (ההדגשה שלי — מ"ו).

92 ברק, שם.

93 בהתאם להוראת סעיף 6. אמנם המשפט העברי אינו מכיר בתורת האישור בדיעבד (ראה דיוננו על סעיף 6), ולכן מבחינה משפטית, הנסיבות המתוארות כאן אינן אפשריות כלל, שכן ממה נפשך: או שפעולת השליח חורגת מן ההרשאה חריגה מוחלטת, ואז אין להם תוקף, גם לא מכוח אישור בדיעבד; או שהחריגה

של הפעולה שנעשתה בשמו, ולא על הרחבת ההרשאה מכאן ואילך. אולם אם השליח חוזר על פעולתו החריגה פעמים אחדות, ובכל פעם השולח משלם ומכסה את הוצאותיו, התנהגות זו מעידה על רצונו של השולח להרחיב את הרשאת שלוחו מכאן ואילך[94].

ראינו לעיל שהמשפט העברי מכיר באפשרות של יצירת שליחות שלא באמירה דווקא, ובלבד שהשולח מביע את רצונו באופן ברור כמו באמירה. לפי זה, מינוי שליח מכוח התנהגות אפשרי, ובלבד שהתנהגות השולח מראה שהוא רוצה למנות שליח. ואמנם מן המקורות עולה שניתן ליצור שליחות אפילו בשתיקה. כך עולה מאחד הפירושים בסוגיית התלמוד[95] בעניין אב שקידש אישה לבנו. התלמוד קובע שהקידושין אינם תופסים, משום שברור שהאב לא פעל כשלוחו של בנו, שהרי ודאי שלא הייתה לבן חוצפה למנות את אביו כשלוחו. שואל התלמוד[96]: אמנם מסתבר שהבן לא מינה את אביו כשלוחו במפורש, אבל אולי יש לחשוש ש"ארצויי ארצייה קמיה", כלומר אולי האב גילה לבנו את כוונתו לקדש לו אותה אישה, והבן שתק, ושתיקתו מתפרשת כמינוי אביו לשלוחו לצורך קידושיה. ממסקנת התלמוד עולה שאין מקום לחשש זה, ולכן נפסלו קידושי האב. מכאן אפשר להסיק שאם אמנם זה קרה (שהאב גילה את כוונתו לבנו, והלה שתק), הרי הקידושין תופסים. וכך אמנם נפסק ב'שולחן ערוך'[97] בשם "יש מי שאומר": "אם האב הרצה הדברים לפני הבן, שהוא רוצה לקדשה לו, ושתק הבן, והלך האב וקידשה לו – הרי זו מקודשת, דמחמת כיסופא דאב [=הבושה מאביו] שתק ועשאו שליח לקדש לו"[98]. נמצא אפוא ששתיקת השולח עשויה גם היא להיות דרך למינוי

לא הייתה מוחלטת, ואז עצם התשלום מוכיח שמלכתחילה כוונת השולח הייתה לכלול גם פעולה כגון זו בהרשאתו, ומתברר אפוא למפרע שלא הייתה חריגה מהרשאה כלל. גם בזה, ראה דיוננו על סעיף 6. אמנם תיתכן מציאות אחרת, ולפיה אם בפועל השולח יקבל לידיו את החפץ, על אף שהקניין אינו תקף, כיוון שנעשה בלא הרשאה, ומעשה כעין זה יחזור פעמים אחדות, אולי יהא בכך כדי ליצור שליחות.

94 בדוגמה זו מדובר בהרחבת הרשאה קיימת. אבל ברק מעיר שהוא הדין גם לעניין יצירת הרשאה. כך הוא לדוגמה אם שמעון פעל בלא הרשאה כלל, וראובן ראה ושתק, וחוזר חלילה. גם כאן, אף על פי ששתיקתו של ראובן אינה מעידה בהכרח על הענקת הרשאה (שכן אפשר שיש לפרש אותה כאישור בדיעבד), הרי יש נסיבות (כגון כשהעניין חוזר על עצמו פעמים אחדות), שבהן השתיקה מעידה על כוונה ליצור הרשאה. ראה ברק, סעיף 369.

דוגמה נוספת להרשאה מכוח התנהגות היא כאשר האמירה בדבר ההרשאה אינה נאמרת לשליח אלא לאדם חיצוני בנוכחות השליח (כגון שראובן אומר ליצחק בנוכחות שמעון ששמעון מוסמך לקנות בשמו נכס מלוי). אמירה זו אינה יוצרת שליחות מכוח מה שנאמר ברישא של הסעיף ("השליחות מוקנית בהרשאה... שבעל פה"), שכן הסעיף מדגיש שהרשאה כזו חייבת להיות "מאת השולח לשליח, או בהודעה עליה מאת השולח לצד השלישי", ואילו כאן האמירה היא מאת השולח לצד רביעי. יחד עם זאת, יש באמירה זו משום התנהגות השולח כלפי השליח, והלה רשאי להסיק ממנה כוונת השולח להעניק לו הרשאה. ראה ברק, סעיף 368.

95 קידושין מה ע"ב.

96 על פי פירושם של אחדים מן הראשונים, כמו הרמב"ן, מובא ברא"ש, קידושין, פרק ב, סימן ז (אבל הרא"ש עצמו אינו מקבל פירוש זה, ראה להלן, הערה 98). וכן כתב טור, אבן העזר, סימן לה (עמ' שד־שה במהד' הטור השלם), בשם הרמ"ה.

97 שולחן ערוך, אבן העזר, סימן לה, סעיף ה.

98 וראה בית יוסף, שם, שהשיג על הטור, שהיה לו לכתוב שהרא"ש חולק על ההלכה הזאת, שהרי הרא"ש פירש ש"ארצויה ארצי קמיה", אין הכוונה שהאב סיפר לבנו על כוונתו לקדש לו אישה, אלא להפך, שהבן סיפר לאביו שהוא מעוניין לקדש אישה פלונית. אם כן, אין הסוגיה עוסקת כלל במינוי שליח בשתיקה (אלא בדין "זכין לאדם שלא בפניו"). אולם ראה: ים של שלמה, קידושין, פרק ב, סימן ח; ב"ח, שם; מהר"ל מפראג (מובא בהגהות והערות על הטור במהדורת הטור השלם, שם, אות יז); ופוסקים נוספים (ראה אוצר

שליח[99], וזאת כשבנסיבות העניין השתיקה מתפרשת כהוראה מפורשת[100], אבל גם כאן אין די באומדן הדעת[101].

הפוסקים, אבן העזר, סימן לה, סעיף ה, אות ל, ס"ק א). פוסקים אלה חולקים על 'בית יוסף', וטוענים שלהלכה, הרא"ש יסכים עם הרמב"ן, אף שפירש את הסוגיה באופן אחר. עם זאת, יש להעיר שאף אם הלכת הרמב"ן מקובלת על הרא"ש, אין פירוש הדבר שגם הרא"ש מכיר בשתיקה כדרך ליצירת שליחות, שכן אפשר שתוקף פעולת האב במקרה זה אינו מדין שליחות אלא מדין "זכין". השווה לעיל, הערה 90. וראה חידושי הריטב"א, קידושין מה ע"ב, ד"ה ופרכי'. אף על פי כן, הבאנו ראיה מסוגיה זו, שהרי מתוך לשון 'שולחן ערוך' עולה שלדעתו שתיקת הבן מתפרשת כמינוי האב לשליח. ראה לעיל, הערה 90.

99 אפשרות זו של מינוי שליח בשתיקה עולה בתשב"ץ, חלק ב, סימן קיט. רשב"ץ עוסק שם בעדים שחתמו על גט בפני הבעל שציווה לכתוב גט כשר לאשתו בלי שמינה אותם במפורש לכך, והבעל לא מיחה בידם (אמנם רשב"ץ מביא סיבות נוספות להכשר הגט, אבל מתוך ההדגשה החוזרת ונשנית שהעדים חתמו בפני הבעל, נראה שכוונתו להשתמש גם במינוי מכוח שתיקה כסניף להיתר).

וראה גם ספר המקנה (הורוביץ), קונטרס אחרון, סימן לה, סעיף ה. גם הוא סבור שאפשרי מינוי בשתיקה (הוא מביא לכך ראיה מקורית, על דרך המדרש, מסיפורו של אברהם, ששלח את אליעזר לקדש אישה ליצחק. לכאורה, הוא שואל, יצחק היה צריך להיות השולח, ולא אברהם, שהרי האישה אמורה להתקדש לו. אלא שכנראה אברהם שלח את אליעזר בפני יצחק, ויצחק שתק, ושתיקתו מתפרשת כמינוי אליעזר לשלוחו לקדש לו אישה).

100 כמו שראינו לעיל בעניין הרכנת הראש. האם כך הוא הדין גם באדם הרואה שמוכרים את שדהו ושותק, שכן אם לא היה מעוניין בשליחות, עליו היה להתערב ולמחות (וראה לעיל, הערה 93, שם הערנו שלפי המשפט העברי, אין מקום לפרש את שתיקתו כאישור בדיעבד, שכן המשפט העברי אינו מכיר בתורת האישור בדיעבד של פעולה שנעשתה בלא הרשאה). אכן כך מובא בשו"ת מהר"ח אור זרוע, סימן נב, בשם רבו, רבי אשר. אבל רבים וחשובים חולקים על כך על סמך האמור בתוספתא (ליברמן), בבא בתרא ט, א: "המוכר שדה חבירו במעמד חבירו, לא עשה כלום...". ראה רמב"ן, ספר הזכות, יבמות (כב ע"ב בדפי הרי"ף), ד"ה פקפוקו (מובא בהסכמה בתשב"ץ, חלק ב, סימן רכד; שם, חלק ג, סימן סח). גם מהר"ח 'אור זרוע' עצמו (שם, סימן נג), חולק בעניין זה על רבו (וראה מנחת פתים, חו"מ, סימן פא, סעיף ז, שתמה מדוע לא הסתמך על התוספתא). כנראה שפוסקים אלה מבחינים בין הודעה על הכוונה לפעול בשמו של אדם, שאז מתפרשת שתיקתו כמינוי, כמו בעניין האב המודיע לבנו על כוונתו לקדש לו אישה, לבין פעולה בשמו בלא הודעה כאמור, ששם אין השתיקה מתפרשת כהוראה מפורשת.

נציין שיש מי שמצמצם את אפשרות המינוי בשתיקה רק למי שאינו יכול להביע את רצונו בדיבור (כגון אילם). ראה בית מאיר, אבן העזר, סימן קכ, סעיף ה, שכתב: "יש לומר דבפיקח שיכול לדבר, לאו קולו הוא, דהא יכול לדבר. אבל האילם היינו דיבורו". וראה גם שו"ת מהר"ח אור זרוע, סימן נג. הוא מבחין בין מי שיכול לדבר ובין מי שאינו יכול לדבר, שקשה להסיק הודאה משתיקתו של מי שיכול לדבר, משום שאם הוא אכן מסכים, מדוע אינו אומר זאת במפורש? לעומת זאת, שתיקתו של מי שאינו יכול לדבר מתפרשת כהודאה, משום שאין לו דרך טובה יותר להתבטא (מובן שמדובר באופן שאילו התנגד האילם, הייתה לו האפשרות להביע את התנגדותו, שאם לא כן, שתיקתו ודאי אינה יכולה להתפרש כהודאה). לפי פוסקים אלה, יש לצמצם את משמעות הסוגיה שהבאנו בעניין הבן ששתק כששמע את הצעת אביו, ולומר ש"מחמת כיסופא" הריהו כאילם (שהבושה חוסמת את פיו. אבל אילו התנגד לשידוך המוצע לו, ודאי היה מתגבר על ביישנותו והיה מביע את התנגדותו).

101 ראה עוד בעניין זה שו"ת היכל יצחק, אבן העזר, חלק ב, סימן נא. והשווה ע"א 466/68 מליח נ' "אررט" חברה לביטוח בע"מ, פ"ד כב(2) 860 (1968) (מובא אצל ברק, סעיף 370). הדיון שם היה בפרשה הבאה: ראובן פנה לסוכן ביטוח של חברת הביטוח "אررט" וביקש ממנו ש"ישיג" עבורו פוליסת ביטוח לשנה. מכיוון שלא היה לראובן אלא חלק מדמי הפרמיה, הסוכן הוציא עבורו תעודת כיסוי לחודש ימים בלבד,

דוגמה נוספת למינוי שליח על ידי התנהגות עולה מדברי 'ערוך השולחן'[102] בעניין בעל שהעביר לחברו גט עבור אשתו על ידי נכרי[103], אבל לא מינה אותו כשלוחו במפורש (לא בעל פה ולא על ידי כתב מינוי). הוא מביא דברי פוסקים הסבורים שיצירת השליחות עולה בכגון זה מעצם שיגורו של הגט על ידי מי שידוע שאינו כשר לשמש כשליח (נכרי): "וכוונת הבעל לעשות את הישראל שליח, אלא שלא הודיעו בפירוש שעושיהו לשליח... ורבנן דהשתא מכשרי, משום דגם הישראל יבין שהבעל עושה אותו לשליח, מפני שיודע שאין שליחות לנכרי". כאמור, לפנינו דוגמה לאפשרות מינוי שליח על ידי התנהגות[104].

בדומה לדבריו של ברק, קובע הריב"ש שניתן להסיק מהתנהגות השולח על הרחבת ההרשאה שנתן לשלוחו. הריב"ש[105] דן באחריותו של שליח למכירת סחורה בחריגה מן ההרשאה שקיבל. את הסחורה שנשלח למכור, היה השליח מוכר בהקפה, בניגוד למנהג המקובל ובלא שניתנה לו הרשאה מפורשת לכך. השולח מעולם לא העיר על כך לשליח, ונהג לקבל את כספי

וסוכם ביניהם שראובן ישלם את יתרת הסכום תוך חודש ימים, ואז יקבל פוליסה לשנה שלמה. החברה הנפיקה פוליסה לשנה, אך מכיוון שראובן לא שילם את יתרת הסכום בזמן, הודיע הסוכן לחברת הביטוח על ביטול הפוליסה. לאחר הביטול, אירע המאורע אשר הפוליסה באה לבטח אותו, והתעוררה השאלה: האם ביטול הפוליסה נעשה על ידי הסוכן בהרשאתו של ראובן (המבוטח)? בית המשפט קבע שאכן הסוכן, שהוא אמנם שלוחו של ראובן (המבוטח), פעל בהרשאה כשהודיע על ביטול הפוליסה, וזאת לאור התנהגותו (מחדלו) של ראובן, שלא שילם את יתרת הסכום בזמן. ואלה דבריו של השופט ויתקון בעניין זה: "הוא [המבוטח] ידע שאי הופעתו אצל הסוכן עלולה להתפרש כביטוי לרצונו למשוך ידיו מהביטוח" (ההדגשה שלי – מ"ו). נראה שעל פי מקורות המשפט העברי, קשה לקבל הנמקה זו. אמנם סביר להניח שהמבוטח ידע שאי תשלום יתרת הפרמיה במועד עלול להתפרש כביטוי לרצונו של המבוטח לבטל את הפוליסה. אבל מכאן אין להסיק שהתנהגותו (אי־התשלום) מקנה לסוכן הביטוח הרשאה לעשות כן בשמו, שכן אפשר שהמבוטח חשב שסוכן הביטוח לא יעז לנקוט יזמה זו בלא להיוועץ בו תחילה (ולו כדי לברר אם אכן אי־התשלום נעשה בכוונה תחילה או שמא עקב רשלנות או עקב קשיים בגיוס הכסף). במילים אחרות, לכל היותר יש כאן אומדן דעת, ואין בהתנהגות זו הרשאה חד־משמעית.

102 ערוך השולחן, אבן העזר, סימן קמא, סעיפים נ־נד.

103 אמנם הנכרי פסול מלשמש כשליח (ראה דיוננו על סעיף 4, פרק שני, ב, עמ' 187), אולם בכגון זה, הנכרי אינו עושה אלא "מעשה קוף", פעולה מטריאלית של העברת הגט מן הבעל אל השליח, ועל כן אין מניעה בדבר. ראה שולחן ערוך, אבן העזר, סימן קמא, סעיף לה. וראה דיוננו על סעיף 1, ליד ציון הערה 25.

104 הבעל התנהג כלפי חברו כמי שממנה אותו לשלוחו, שהרי שיגר אליו גט עבור אשתו על ידי נכרי, דבר המלמד על כוונתו למנות אותו כשלוחו לגירושי אשתו, שהרי חברו יודע ש"אין שליחות לנכרי".
אמנם 'ערוך השולחן' מציין שר' חנינאי גאון (הובא בדיוננו לעיל, סעיף 1, הערה 28) חולק על הלכה זו: "לכן לא הכשירו הגאון, דכיון שלא מינה בכתב את הישראל לשליח, הרי זה כעושה את הנכרי לשליח, ושהנכרי יעשה שליח לישראל [דבר שאינו מועיל על פי הדין, משום שהנכרי פסול לשמש כשל־יח]". אבל אין זה סותר את העיקרון שקבענו בטקסט. ר' חנינאי גאון מסכים בעיקרון שאדם עשוי למנות שליח על ידי התנהגות, אלא שלדעתו אין זה המצב בשולח המשגר גט על ידי נכרי, שכן אפשר שהשולח התכוון שהנכרי ישמש כשלוחו למנות את חברו לשליח (אולי משום שלא כל אחד יודע שהנכרי פסול לשליחות), וזה מה שפוסל את הגירושין. אם הנסיבות היו כאלה, שלא היה ספק שכוונת השולח בהתנהגותו היא למינוי שליח, גם הגאון היה מסכים שההרשאה תקפה, אף שלא הובעה במפורש אלא על ידי התנהגות בלבד.
נציין שצמצום זה של המחלוקת בין ר' חנינאי גאון ובין "רבנן דהשתא" (בהעמדתה אך ורק בשלא נשלח כתב מינוי יחד עם הגט) הוא חידוש של 'ערוך השולחן'. ראה דבריו שם. אחרים הבינו שהמחלוקת היא גם בשאלה אם השולח שיגר לחברו כתב מינוי יחד עם הגט (ראה סעיף 1, הערה 28). לפי הבנה אחרונה זו, אין קשר בין עניין זה ובין שאלת מינוי על ידי התנהגות.

105 שו"ת הריב"ש, סימן קכח.

המכירה בלי לדרוש שיחדל מלמכור בהקפה. הריב"ש קובע שהתנהגותו של השולח מעידה על נכונותו להסכים לשיטת המכירה של השליח, והשליח נחשב אפוא כמי שפעל בהרשאה (וכיוון שכך, אין הוא נושא באחריות, אם לא התקבלה כל התמורה עבור הסחורה)[106].

ג. הרשאה פנימית והרשאה חיצונית – "בהודעה עליה מאת השולח כלפי הצד השלישי, או על ידי התנהגות כלפי אחד מהם"

עד כה דיברנו על הדרך הראשונה שהחוק מכיר בה ליצירת השליחות, הלוא היא הבעת רצון של השולח כלפי השליח. החוק מכיר בדרך נוספת ליצירת השליחות, הבעת רצון של השולח כלפי הצד השלישי. במילים אחרות, אמנם כפי שנראה להלן[107], לפי השקפת החוק, אין השליחות נוצרת אלא אם הייתה קליטה של ההרשאה, אולם אין הכרח שהשליח הוא שיקלוט את ההרשאה, אלא די שתיקלט על ידי צד שלישי. ברק[108] מזכיר שהחוק האנגלי אינו מכיר אלא בדרך הראשונה ליצירת שליחות, ואין הוא מכיר ביצירת שליחות כלפי צד שלישי. אמנם על פי כללי המניעות האנגליים, אם השולח יצר מצג כלפי צד שלישי, ולפיו הלה היה עשוי להבין שפלוני פועל כשלוחו, הרי השולח יהיה מנוע מלטעון שפלוני פעל בלא הרשאתו. אולם אין זו שליחות אמתית אלא רק "שליחות נחזית". המחוקק הישראלי דחה אפוא את תורת ה"שליחות הנחזית" האנגלית, והעדיף לאמץ במקומה את הגישה הגרמנית, שמצג של קיום הרשאה אינו יוצר "שליחות נחזית" בלבד אלא שליחות אמתית[109].

אמנם, וחשוב לציין זאת, ברור ששליחות שכזו אינה קיימת אלא במסגרת היחסים שבין השולח לבין צד שלישי (מה שברק מכנה "יחסי החוץ"), ואינה קיימת במסגרת היחסים שבין השולח לבין השליח (מה שברק מכנה "יחסי הפנים"), שכן לא יעלה על הדעת להטיל על השליח חובות של שליח בלא ידיעתו. עוד צריך לציין שיצירת שליחות בלא ידיעת השליח עשויה להביא למצבים לא רצויים. כך לדוגמה, נניח שהשליח קונה נכס מן הצד השלישי, והוא משוכנע שהוא פועל למען עצמו ושהנכס עבר לבעלותו, ואילו הצד השלישי סובר שהלה פועל כשלוחו של השולח, ומבחינתו השולח הוא שרכש בעלות בנכס. לדעת ברק[110], הפתרון למצב זה יימצא בהפעלת כללי הטעות שבחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, סעיף 14,

[106] דברינו בטקסט הם לפי ההבנה הפשוטה בדברי הריב"ש, וכך הבינם ופסק על פיהם הרב חיים כפוסי, שפסקו נידון בשו"ת מהריט"ץ, סימן קכט. מהריט"ץ עצמו חולק על פרשנות זו בדברי הריב"ש (אלא שפרשנותו דחוקה מאוד, כפי שהודה בעצמו). לדעתו, אין להסיק דבר מהימנעותו של השולח מלהעיר לשליח, שכן "לא די במה שלא הקפיד, אלא שצריך שיובן גם שמתרצה". מהריט"ץ מטעים עוד שכאשר השליח מעמיד את השולח בפני עובדה מוגמרת לאחר ששליחותו עלתה יפה, אין לשולח סיבה להעיר לו על שפעל בניגוד לדעתו. נראה עם זאת שגם מהריט"ץ מסכים שבעיקרון, השליחות עשויה להיווצר בהתנהגות השולח, אלא שלדעתו אין ללמוד דבר מהתנהגות פסיבית (כגון שתיקה), ויש צורך במעשה אקטיבי שיעיד בבירור על רצון השולח.

[107] להלן, פרק חמישי, א, עמ' 159.

[108] ברק, סעיף 326. לדרכי המינוי, ראה ע"א 4588/96 חרמץ נ' מרגוליס, פ"ד נ(6) 742, פסקאות 19-27 (2006).

[109] וראה ע"א 1796/10 שרה כתבן נ' בנק ירושלים בע"מ, פסקה 40 (פורסם בתקדין, 7.12.2011), בפסק דינו של השופט דנציגר.

[110] ברק, סעיף 331.

ולפיהם אם ניתן להניח שלולא הטעות לא היו הצדדים מתקשרים בחוזה, הצד הטועה רשאי לפנות לבית המשפט בבקשה לבטל את העסקה.

מהי עמדתו של המשפט העברי בסוגיה זו? האם הוא מכיר ביצירת שליחות על ידי הבעת רצון כלפי הצד השלישי, או שמא אינו מכיר ביצירת שליחות אלא בהבעת רצון כלפי השליח? התשובה לשאלה זו תלויה בתשובה לשאלה מקדמית שנדון בה להלן[111], והיא האם יצירת השליחות תלויה בידיעת השליח, ואין תוקף לשליחות אלא אם דבר המינוי הגיע לידיעתו? או שמא אפשר למנות שליח גם שלא בידיעתו? נקדים ונאמר ששאלה זו שנויה במחלוקת. יש הסוברים שידיעת השליח היא תנאי לקיומה של השליחות, ולפי גישתם אין ספק שמתן הרשאה ישירה מן השולח לשליח היא הדרך הבלעדית ליצירת שליחות, ואי אפשר להמיר את ידיעת השליח בידיעת הצד השלישי, כפי שעשה החוק. לעומת זאת, יש הסבורים שתוקפה של השליחות אינו מותנה בידיעת השליח כלל, וממילא אין מקום לדון בשאלת נמען הבעת הרצון (ובלבד שהבעת רצון זו מתפרשת באופן חד־משמעי כייפוי כוחו של השליח לפעול בשמו[112]), שהרי שאלה זו אינה רלוונטית[113].

אמרנו שלפי הגישה הרואה בידיעת השליח תנאי ביצירת השליחות, ברור שהבעת רצון כלפי הצד השלישי אינה יוצרת שליחות (והוספנו שהוא הדין לגישה שאינה רואה בידיעת השליח תנאי ביצירת השליחות, כאשר הבעת הרצון כלפי צד שלישי לא ביטאה באופן חד־משמעי ייפוי כוחו של השליח לפעול בשמו). עם זאת, צריך לציין שאין פירוש הדבר שיצירת מצג של שליחות כלפי הצד השלישי אינה גוררת אחריה תוצאות משפטיות, ושהצד

[111] להלן, פרק חמישי, עמ' 159.

[112] עמד על כך משפטי שמואל (רבינוביץ), שמעתתא דשליחות, פרק טז, מאות ו ואילך. הוא מציין שאמירה לצד השלישי בלשון "שלח ביד פלוני" אינה יוצרת שליחות, שכן אמירה זו עשויה להתפרש כהצעה לצד השלישי שימנה הוא את פלוני כשלוחו. אבל ראה להלן בסמוך, שאף שאין כאן מינוי תקף, פעולת הצד השלישי כלפי פלוני עשויה בכל זאת לחייב את השולח.

[113] בכגון זה, יצירת השליחות נעשית מכוח הבעת רצונו של השולח, אף שלא נקלטה על ידי מאן דהוא. יחד עם זאת, אין פירוש הדבר שגישה זו מגיעה הלכה למעשה לתוצאה זהה לזו שמגיע אליה החוק בהבעת רצון כלפי צד שלישי. על פי החוק, המצג שיצר השולח כלפי צד שלישי יוצר את השליחות בלא קשר לשאלה אם השולח אכן התכוון לתת הרשאה לשליח. ואף שלא התכוון לכך, התנהגותו יוצרת שליחות חוקית (להבדיל משליחות רצונית. ראה לעיל, הערה 2). ראה ברק, סעיף 412 (ובמיוחד הציטוט מדברי השופטת דורנר, שם, עמ' 622: "סעיף 3 לחוק השליחות, המכיר ביצירת השליחות על־ידי התנהגות השולח כלפי צד שלישי, נתפס כנורמה היוצרת שליחות ממש על־ידי התנהגות השולח כלפי הצד השלישי גם כאשר השולח לא התכוון לכך". ההדגשה שלי – מ"ו). וראה גם פרוקצ'יה, עמ' 141: "יתכנו מקרים שהחוק ייחס להתנהגות הרצונית של השולח תוצאות של יצירת השליחות, למרות שהשולח לא התכוון בלבו להביא לתוצאה זו, וכן יתכן שלפעמים יתעלם החוק מהמגבלות על השליחות אליהן התכוון השולח. כך, אם השולח יקנה שליחות לפלוני, אולם בהסכם פנימי ביניהם, שלא נודע לצד השלישי, יתיימר להגביל את כוח השלוח בהגבלות שונות, הגבלות פנימיות אלו לא תחייבנה את הצד השלישי בתום לב". דוגמה לכך מן הפסיקה מובאת אצל ברק, סעיף 403, הערה 322, בעניין חברת ביטוח שהציגה מצג, ולפיו אדם מסוים עובד כסוכן שלה, ונפסק שדי בכך לקבוע שהוא אכן השליח שלה. המשפט העברי אינו מכיר בשליחות מכוח הדין מסוג זה, ואם פלוני לא התכוון למנות את אלמוני כשלוחו, הרי אלמוני אינו שלוחו, אף אם פלוני יצר מצג כזה כלפי צד שלישי. יחד עם זאת, אין פירוש הדבר שיצירת מצג של מינוי שליח כלפי צד שלישי אינו גורר אחריו תוצאות משפטיות, כפי שנרחיב להלן בטקסט.

השלישי נותר בלא כל הגנה. אולם אנו מדגישים שתוצאות משפטיות אלה אינן באות מכוח דיני השליחות אלא מכוח דינים אחרים[114].

כך לדוגמה, נניח שראובן, המלווה, אומר לשמעון, הלווה, שלוי משמש כשלוחו לצורך פריעת החוב. כאמור, מבחינת דיני השליחות, לוי אינו שלוחו של ראובן, שכן לא קיבל באופן ישיר את המינוי. אולם אף על פי כן, פריעת החוב לידיו פוטרת את שמעון מחובו[115], שכן כשם שהמלווה יכול למחול על חובו, כך הוא יכול גם לקבוע באופן חד־צדדי שפירעון לידי פלוני יסלק את החוב, וזאת אף על פי שפלוני אינו משמש כשלוחו (ויתרה מזו, אף אם פלוני אינו כשר לשמש כשליח כלל, כגון שהוא קטן). נמצא כאמור שההודעה לצד השלישי על קיום השליחות אף שאינה יוצרת שליחות, עשויה מכוח דינים אחרים (כגון כאן מכוח דיני הלוואה) לגרור אחריה תוצאות משפטיות דומות לאלו של השליחות.

דוגמה נוספת: נניח ששמעון מבקש הלוואה מראובן ואומר לו שלוי משמש כשלוחו לצורך קבלת ההלוואה. גם כאן, אף שלא נקלטה ההרשאה על ידי לוי ולא נוצרה אפוא שליחות, ואפילו אם ראובן עצמו מודע לעובדה שלא נוצרה שליחות (וכן גם אם לוי אינו בר שליחות), בכל זאת מסירת ההלוואה לידי לוי מחייבת את שמעון כאילו באו המעות לידו ממש, וזאת לא מכוח דיני השליחות אלא מכוח "דין ערב"[116], ולפיו מי שאומר לחברו "תן מנה לפלוני ואתחייב אני לך", חייב מדין ערב. והוא הדין בכל קניין ובכל התחייבות, כשהנותן פועל כלפי פלוני בהוראת המתחייב, נחשב הנותן כאילו פעל כלפי המתחייב עצמו. כאמור, התוצאה המשפטית זהה לזו שהייתה מושגת על פי דיני השליחות, אולם לא מכוח דיני השליחות[117], אלא מכוח דין אחר.

פרק רביעי

מינוי מוקדם

השאלה שאנו מבקשים לדון בה כעת היא, האם יש הכרח שהשליחות תיכנס לתוקפה בשעת המינוי, או שמא אפשר למנות שליח במינוי מוקדם, באופן שהמינוי ייכנס לתוקף במועד מאוחר יותר?[118]. כבר הקדמנו במבוא ששאלה זו אינה תאורטית בלבד, אלא היא עולה לאור

[114] לדוגמאות שלהלן ולדוגמאות נוספות, ראה משפטי שמואל (לעיל, הערה 112).

[115] כלומר, אף אם בסופו של דבר מאיזו סיבה שהיא לא יגיע הפירעון לידי ראובן.

[116] ראה קידושין ו ע"ב–ז ע"א: "אמר רבא, 'תן מנה לפלוני ואקדש אני לך', מקודשת מדין ערב... וכן לעניין ממונא". וראה שולחן ערוך, חו"מ, סימן קצ, סעיפים ג־ז. וראה גם נתיבות המשפט, סימן קכב, ס"ק ג, שבמקרים אלו, שבהם החיוב הוא מ"דין ערב", אין צורך בדין שליחות כלל. וראה ב' כהנא, חוק לישראל, ערבות, ירושלים תשנ"ב, עמ' 78־89.

[117] יש לשים לב לעובדה שבשונה מן הגישה האנגלית, אין כאן "מניעות" בלבד של השולח, כלומר שאינו יכול לטעון שהשליח קיבל את ההלוואה שלא בהרשאתו, אלא לפי המשפט העברי נוצר כאן חיוב אמתי מכוח "דין ערב".

[118] נדגיש שהשאלה אינה אם אפשר למנות שליח ביום ראשון כדי שיעשה את פעולת השליחות ביום שלישי, משום שבכגון זה ברור שהמינוי מקבל תוקף מיידי, מפני שהשולח מעביר את כוחו לשליח כבר בשעת המינוי עם הנחיה שלא יוציא אותו אל הפועל אלא במועד מאוחר יותר. ראיה לכך עולה לכאורה מגיטין כח ע"ב, שם מבואר ששליח שנשלח לגרש אישה לאחר שלושים יום יכול למנות שליח במקומו גם בתוך

דיני הכשרות של השולח. בדיוננו על סעיף 4, נראה שאדם שאינו יכול לעשות פעולה משפטית בעצמו אינו כשר למנות שליח שיעשה אותה בשמו, ונשאלת השאלה: בהנחה שהשולח מנוע מלעשות את פעולת השליחות בעצמו בשעת המינוי, אבל הוא צופה שמצב זה ישתנה בעתיד[119], האם הוא יכול לעקוף את מגבלת הכשרות שלו על ידי ציון שהמינוי לא ייכנס לתוקפו אלא בשעה שתהיה לו כשרות לכך?[120].

לפני שנדון בשאלה זו, נקדים ונאמר ששאלה מקבילה עולה בקשר לפעולות קנייניות, כגון מעשי קניין למיניהם, המשמשים כאמצעי המשפטי להעברת הבעלות על נכס. מן הראוי לבחון עד כמה ניתן להקיש משם לכאן. בעניין מעשה קניין מוקדם, נאמרו בתלמוד דברים סותרים לכאורה. מחד גיסא, נאמר[121] בשמו של רבי יוחנן ש"האומר לחברו 'לך ומשוך פרה זו, ולא תהיה קנויה לך אלא לאחר שלושים יום'... לא קני". מאידך גיסא, נקבע[122] ש"האומר לאישה 'הרי את מקודשת לי לאחר ל' יום'... מקודשת". אולם מן התלמוד עצמו עולה שאין כאן סתירה: מעשה הקניין יכול להיעשות מוקדם יותר מכניסת העסקה לתוקפה, ובלבד שלאותו מעשה קניין יש אפקט נמשך, באופן שרישומו ניכר עדיין בשעת כניסת העסקה לתוקפה. כך הוא לדוגמה בקידושי כסף: משניתן הכסף לאישה, הוא נשאר בידה גם לאחר שלושים יום[123], ומשום כך הקידושין תופסים. לעומת זאת, משיכת פרה היא אקט פיזי שאינו מותיר כל רושם, ומשום כך היא חייבת להיות צמודה לכניסת העסקה לתוקפה[124]. כעת ננסה לבחון מהי המשמעות של עיקרון זה לעניין מינוי שליח.

שלושים היום (ובלבד שהשולח אינו מקפיד על כך). כך פסקו: רמב"ם, הלכות גירושין, פרק ט, הלכה מ; שולחן ערוך, אבן העזר, סימן קמא, סעיף לז. מכאן מוכח שמעמד השליח נוצר כבר בשעת המינוי, שאם לא כן, אין אפשרות להעביר את השליחות לאחר. וראה להלן, סעיף 16, הערה 48.

119 כגון שפעולת השליחות היא לקדש אישה העומדת להתגרש (לפי פוסקים רבים, יצירת השליחות אינה אפשרית בשעת המינוי, שכן באותה שעה השולח עצמו מנוע מלקדש את האישה, מפני שהיא נשואה עדיין, אבל משתתגרש לא תהיה עוד מניעה שהמינוי יכנס לתוקפו). לדוגמה זו, השווה נזיר יב ע"א־ע"ב. וראה ביתר הרחבה דיוננו להלן, סעיף 4, פרק שלישי, ד, עמ' 210.

120 אם כי השווה חזון איש, חו"מ, ליקוטים, סימן ט, ס"ק יג: "יש לעיין, מוכר פירות דקל ואמר לקונה 'לכשיבואו בעולם משוך וקני', והלך ומשך, אי קנה? דלא אמרו 'אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם' אלא בעושה עכשיו הקניין, שקניין זה ימכור המכר כשיבוא בעולם... אבל הכא עושה הקניין כשיבוא לעולם... נראה... שאין מועיל אמירה בדבר שלא בא לעולם לעשות קניין כשיבוא לעולם, כדאמר בנזיר יב ע"ב, דלא מצי למשוי שליח... אף על גב דשליח נעשה שלוחו כשכבר בא הדבר לעולם, אלא ודאי שאין אמירתו בדבר שלא בא לעולם כלום". מדבריו עולה שאף אם מינוי מוקדם אפשרי, הוא אינו מהווה פתרון במקרים שבהם מניעת המינוי נובעת מכך שהאובייקט שעליו אמורה לחול פעולת השליחות עדיין אינו בעולם, שכן "אין אמירתו בדבר שלא בא לעולם כלום". פוסקים רבים הבינו שמניעת המינוי, עליה מדובר בסוגיית נזיר, אינה בשל פסול ב"אמירה" על דבר שלא בא לעולם, כפי שהבין 'חזון איש', אלא רק בשל מניעתו של השולח לעשות בעצמו את פעולת השליחות בשעת המינוי (ראה בהרחבה דיוננו על סעיף 4). לכן הועלה הרעיון של מינוי מוקדם כאפשרות להתגבר על מגבלה זו.

121 כתובות פב ע"א.

122 קידושין נח ע"ב–נט ע"א.

123 ואפילו אם המעות כבר אינן בידה, כגון שנשרפו או אבדו, בכל זאת עדיין שעבודן קיים. ראה: קידושין נט ע"א; נדרים כט ע"ב. וראה גם: ר"ן, נדרים שם, ד"ה פשיטא; תוספות, כתובות פב ע"א, ד"ה הא דאמר.

124 ייתכן אמנם שבכל זאת יקנה אותה, אם היא תעמוד ברשותו ביום השלושים, אלא שאז הקניין אינו מכוח המשיכה המוקדמת אלא מכוח קניין חצרו. ראה רמב"ם, הלכות מכירה, פרק ב, הלכה ט; השגות הראב"ד, שם; משנה למלך, שם, ד"ה ומ"ש ה"ה.

כפי שראינו לעיל[125], מינוי שליח אינו מצריך צורה מוגדרת ומיוחדת (לא מעשה קניין, לא מינוי בכתב ולא נוכחות עדים), אלא די בהבעת רצונו של השולח במינוי (באמירה או בכל דרך ברורה אחרת), ונשאלת השאלה: מה טיבה של אותה הבעת רצון? אם רואים בה אקט פורמלי של מינוי שליח, הרי שלאור העיקרון שראינו לעיל בעניין מעשה קניין מוקדם, מתחייבת המסקנה שאין אפשרות למינוי מוקדם של שליח, שכן בשעה שהמינוי אמור להיכנס לתוקפו, כבר נפסקה הבעת רצונו של השולח ולא הותירה רושם ("כלתה אמירה")[126]. לעומת זאת, אם אין רואים בהבעת הרצון אקט פורמלי ליצירת השליחות, הרי אף שהבעת הרצון לא הותירה רושם, אין סיבה להניח שהרצון, שהוא העיקר, נפסק גם הוא[127], ולא צריכה להיות מניעה למינוי מוקדם. עד כאן להיבט התאורטי. להלן נראה ששאלת תוקפו של המינוי המוקדם שנויה במחלוקת.

הרשב"א[128] פוסק שאישה שאמרה לקבוצת אנשים: "כל מי מכם שירצה הבעל ליתן לו [את גטי] יהא שלוחי לקבלה", אין תוקף למינוי. הנימוק לכך הוא, שבשעת כניסת השליחות לתוקפה, חייב השליח להיות מוגדר ומבורר[129], מה שאינו מתקיים במקרה הזה. מדברי הרשב"א, יש מן האחרונים[130] שביקשו להסיק שמינוי מוקדם של שליח אינו אפשרי, או בלשון אחרת שהשליחות חייבת להיכנס לתוקפה מיד בזמן המינוי[131]. הם מסבירים שאילו אפשר היה לדחות את מועד כניסת המינוי לתוקפו, לא היה הרשב"א מוצא כל פגם במינוי מוקדם של

[125] לעיל, פרק שלישי, עמ' 139 ואילך.

[126] ראה: דברי חיים (אוירבך), אבן העזר, דיני קידושין, סימן לג, ד"ה גם י"ל; שו"ת אור גדול, סימן מא, אות יג; אמרי בינה (אוירבך), חו"מ, דיני גביית חוב, סימן כט, אות ב, ד"ה וא"ל, וס"ק ד, ד"ה ויש ("דאין לומר דנגמר השליחות כשיָדע לו [לשליח על מינויו], דאם כן כבר כלתה הדיבור, וכמו שכתבתי לעיל, משם אאמ"ר ז"ל, דאינו יכול למנות השליח רק שיהיה נעשה שליח מהשתא, דאם לא כן לא מהני, דכבר כלתה אמירה". וראה עוד דבריו להלן, הערה 148); שו"ת אבני נזר, אבן העזר, סימן קנו; שו"ת ארץ צבי (פרומר), חלק א, סימן קיז. והשווה להלן, הערה 142. וראה סייג לכלל זה בדיוננו על סעיף 5, ליד ציון הערה 137, לעניין קליטת פרטי ההרשאה. וראה עוד סייג בדיוננו על סעיף 16, ליד ציון הערה 150, לעניין שליחות ל"מילי".

[127] ראה להלן, ליד ציון הערה 139. אבל השווה להלן, ליד ציון הערה 143.

[128] שו"ת הרשב"א, חלק ד, סימן קנג. וראה פתחי תשובה, אבן העזר, סימן קמ, ס"ק ב, שהפנה לדיוניהם של פוסקים מאוחרים יותר באותה שאלה.

[129] בהתאם לכלל ההלכתי "אין ברירה". ראה גיטין כה ע"א–כו ע"א. משמעות הכלל היא שהאובייקט שמבקשים להחיל עליו תוצאה משפטית כלשהי חייב להיות מבורר בשעת תחולת התוצאה המשפטית. ואם אינו מבורר באותה שעה, אין ההלכה מכירה בפיקציה המשפטית של תחולה רטרואקטיבית. לדוגמה: אדם רוצה לאכול מתבואתו כבר עכשיו, אבל הוא אינו יכול לעשות כן משום שלא הפריש ממנה את התרומה ואת המעשר, ואין לו זמן להפרישם מיד. הוא מעוניין להתיר את התבואה כבר עתה על ידי הפירות שהוא עתיד להפריש, אבל מכיוון שבשעת תחולת הפעולה (כלומר עכשיו) התרומה אינה מבוררת, הרי שאפשרות זו אינו עומדת לרשותו (וראה להלן, הערה 132, שם אנו מציינים דעת יחיד, ולפיה האובייקט חייב להיות מבורר כבר בשעת עשיית הפעולה המשפטית, ולא רק בשעת תחולת תוצאתה המשפטית).

[130] ראה: שערי יושר, שער ו, פרק יז; שו"ת אבני נזר, אבן העזר, סימן ח, אות יח, בהגהה; חלקת יואב, אבן העזר, סימן לב; דברי חיים (אוירבך), אבן העזר, דיני קידושין, סימן לג, ודיני גיטין, סימן ל; אמרי בינה (אוירבך), חו"מ, דיני גביית חוב, סימן כט, אות ד.

[131] יש להבחין בין שליח בלתי מבורר (הנידון כאן על ידי הרשב"א) ובין שליח בלתי מסוים (כגון שהייתה האישה אומרת "כולכם שלוחיי לקבלת הגט", ולא הייתה מצמצמת את המינוי לאחד מהם). במינוי שליח בלתי מסוים, השליחות חלה מיד עם המינוי, כשהיא כוללת כל מי שראוי להתמנות שליח, אף שרק שליח

שליח בלתי מוגדר, שהרי בשעה שהשליחות תיכנס לתוקפה, היינו בשעה שהבעל יבחר למי הוא נותן את הגט, בה בשעה השליח כבר יהיה מוגדר[132] [133]. אם ראה הרשב"א פגם במינוי

אחד יעשה את השליחות בפועל (ראה קצות החושן, סימן סא, ס"ק ג). אין מקום אפוא לפסול מינוי שליח בלתי מסוים בטענה שהוא מינוי מוקדם (אולם ראה להלן, פרק חמישי, ד, עמ' 166).

132 על פי דיני "ברירה", די בכך שבשעת תחולת התוצאה המשפטית, האובייקט של הפעולה מבורר, אף שלא היה מבורר בשעת עשיית הפעולה. כך סבור הרשב"א עצמו. ראה: חידושי הרשב"א, בבא קמא סט ע"א, ד"ה והצנועין; שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן פב. וכך סבורים רבים אחרים. ראה: תוספות, בבא קמא סט ע"א, ד"ה כל הנלקט; ר"ש, מעשר שני ה, א, ד"ה כל הנלקט; חידושי רבנו קרשקש (המיוחסים לריטב"א), גיטין כד ע"ב, ד"ה גמ' סיפא; שם כה ע"א, ד"ה אמר אביי; שו"ת הריב"ש, סימן רכח, ד"ה ובנדון; שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן כב; שם, חלק ב, חו"מ, סימן כג, ד"ה ואיכא למידק; כסף משנה, הלכות מעשר שני, פרק ח, הלכה טו (על פי ירושלמי, מעשר שני, פרק ב, הלכה י); שו"ת שאגת אריה (גינצבורג), סימנים צב־צג; ספר המקנה (הורוביץ), קידושין סד ע"ב, ד"ה עוד נראה; שו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, אבן העזר, סימן צא; נתיבות המשפט, סימן סא, ס"ק ג; שו"ת מהרש"ם, חלק ד, סימן קי. לעומתם, השווה קצות החושן, סימן סא, ס"ק ג. הוא חולק על גישה רווחת זו ומניח כדבר מובן מאליו שמינוי מוקדם אפשרי (ראה להלן, ליד ציון הערה 141), ועל כן הוא מסיק מתשובת הרשב"א שדעת הרשב"א בעניין "ברירה" היא, שהאובייקט שעליו חלה פעולה משפטית חייב להיות מבורר כבר בשעת עשיית הפעולה, ולא רק בשעת תחולת התוצאה המשפטית (על גישתו המקורית של 'קצות החושן' בהבנת תשובת הרשב"א, העיר שערי יושר, שער ו, פרק יז, סוף ד"ה וכן, עמ' קפו). ואולם קשה על גישתו, שכן כפי שציינו, הרשב"א נוקט שדי שיהיה האובייקט מבורר בשעת תחולת התוצאה המשפטית (הוער על כך כבר באנציקלופדיה תלמודית, כרך ד, ערך ברירה, עמ' רכח, הערה 109).

133 לכאורה, יש מקום להסתייג מראיה זו שהעלו האחרונים בטענה שבמקרה שדן הרשב"א, האישה לא ציינה במפורש שכוונתה למינוי מוקדם (ומן הסתם כוונתה הייתה שהשליחות תקבל תוקף מיד בזמן המינוי כמו בכל שליחות, ומכאן לפסול שבמינוי, משום שבאותה שעה השליח אינו מבורר עדיין, והכלל הוא ש"אין ברירה"). ראה שו"ת אבני נזר, חו"מ, סימן קלד, שכך הציע לפרש את דברי הרשב"א. אולם יש לדחות הסתייגות זו משני נימוקים. הנימוק הראשון: יש חזקה שהאישה התכוונה לעשות את המינוי באופן המועיל, ואם האופן המועיל הוא על ידי דחיית כניסת המינוי לתוקף, הרי שלזאת התכוונה, אף שלא ציינה זאת במפורש, או אף שלא הייתה מודעת לצורך בזה (כעין זה ראה: שו"ת שאגת אריה (גינצבורג), סימן צג, סוף ד"ה ובהכי נ"ל, בעניין קניין בדבר שאינו מבורר, שמן הסתם אם הקניין אינו יכול לחול מיד, דעתו של העושה "שיחולו במאי דאיפשר להו למיחל, ואפילו בלהבא שפיר דמי"; חזון איש, זרעים, הלכות דמאי, סימן טז, אות יב, בביאור הלכת הרמב"ם, הלכות מעשר שני, פרק ד, הלכה טו: "האומר 'מעשר שני מחולל על סלע שתעלה בידי מכיס זה, על סלע שאפרוט מדינר זהב זה'". 'חזון איש' מסביר: "למאן דאמר אין ברירה, ואם יכוין לחלל עכשיו לא יחול כלל, מתפרש לשונו לחלל כשתעלה"). הנימוק השני: בשו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן פב, הרשב"א קובע שהכלל "אין ברירה" – השולל תחולה רטרואקטיבית של פעולה משפטית שהאובייקט שלה אינו מבורר בשעת ביצוע הפעולה – אינו אמור אלא כשהפעולה אינה יכולה לחול במועד מאוחר יותר (כגון בעניין הפרשת תרומה, שהזכרנו לעיל, הערה 129, שאם הפרשת התרומה תידחה למועד מאוחר יותר, נמצא שכל מה שיאכל האדם עד אז, יהיה באיסור). אבל אם הפעולה יכולה לחול במועד מאוחר יותר, אין מניעה להחיל אותה גם באופן רטרואקטיבי (כך לדוגמה במוכר שדה בלתי מבוררת: בשעה שיבחר המוכר את השדה שהוא מעוניין להעביר לקונה, תחול המכירה למפרע משעת מעשה הקניין. כלומר, יתברר למפרע ששדה זו עברה לבעלותו של הקונה כבר בשעת הקנייה, אף שבאותה שעה השדה עוד לא הייתה מבוררת. משמעות הדבר היא לדוגמה ששדה זו אינה משתעבדת למלווה של המוכר, אף שהלה נתן לו הלוואה לפני שנבחרה אותה שדה). לאור חידוש זה של הרשב"א, אפשר לקבוע שאילו סבר הרשב"א שיש אפשרות תאורטית לדחיית מועד כניסת מינוי השליח לתוקף, הרי אף אם נניח שכוונת האישה היא שהמינוי יחול מיד, הוא לא היה פוסל את המינוי, אף שבאותה שעה זהותו של השליח אינה מבוררת, הלוא המינוי יכול לחול במועד שבו תתברר זהות השליח, ועל פי העיקרון שקבע הרשב"א עצמו, אין מניעה שיחול למפרע כבר משעת המינוי. מוכח אפוא שהרשב"א שולל

שליח באופן של "כל מי מכם שירצה הבעל", הרי זה משום שלדעתו השליחות נכנסת לתוקפה בהכרח בשעת המינוי, והמינוי פגום, משום שבאותה שעה השליח אינו מוגדר עדיין.

נראה שזו גם דעת רי"ד, שכן כפי שנראה להלן[134], הוא שולל תוקפו של מינוי שליח שלא בפניו. אילו הכיר רי"ד בתוקפו של מינוי מוקדם, היה עליו לקבוע שבשעה שהשליח קולט את דבר המינוי, הוא הופך לשליח לכל דבר[135].

לאור מה שהקדמנו, נראה שאפשר להסיק שהרשב"א והרי"ד רואים בהבעת רצונו של השולח אקט פורמלי שמכוחו נוצרת השליחות. לכן הם קבעו שהמינוי אינו יכול לקבל תוקף בזמן מאוחר יותר, שהרי בזמן המאוחר אין כבר שום רושם לאותו אקט פורמלי שבלעדיו לא נוצרת השליחות. 'מרכבת המשנה'[136] מעיר שאין לפסול מינוי מוקדם אם נעשה בכתב, שהרי הכתב מותיר את רישומו גם בשעת כניסת המינוי לתוקף (ובלבד שבאותה שעה כתב המינוי נמצא עדיין בידי השליח). בהתאם לכך, 'מרכבת המשנה' סבור שאדם יכול למנות בכתב שליח לגרש את אשתו השוטה ברגע שתשתפה, אף שבשעת מסירת כתב המינוי הוא פסול למנותו כשלוחו (שהרי הוא עצמו מנוע מלגרש אותה)[137].

לפי דעה אחרת בין הפוסקים, אין צורך באקט פורמלי למינוי השליח. העיקר במינוי הוא

את האפשרות של מינוי מוקדם [על חידושו זה של הרשב"א בדין "ברירה", ראה: אמרי בינה (אוירבך), אורח חיים ויורה דעה, תשובות, סימן יב; דברי חיים (אוירבך), יורה דעה, סימן מג; מערכת הקניינים (שקאפ), סימנים א, יד; ספר המקנה (הורוביץ), קידושין סד ע"ב, ד"ה עוד נראה (בשיטת רש"י); ראשי בשמים (ראבין), מערכת ב, אות טז. וראה גם נתיבות המשפט, סימן סא, ס"ק ג, שהעלה חידוש זה מעצמו. והשווה אנציקלופדיה תלמודית, כרך ד, ערך ברירה, עמ' רכז-רכט].

134 להלן, הערה 158.

135 כעין זה ראה בשו"ת אבני נזר, אבן העזר, סימן ח, אות יח, בהגהה. לדעתו, דעת הרא"ש (גיטין, פרק ז, סימן כ) היא גם כן שאין תוקף למינוי שליח שלא בפניו, ולא מועילה שליחותו של שליח כזה אלא מדין "זכין לאדם שלא בפניו" (הוא מסיק זאת מן העובדה שהרא"ש כורך במפורש מינוי שליח שלא בפניו עם דין "זכין". ונראה שכך נוקט גם שו"ת צמח צדק (שניאורסון), אבן העזר, סימן רעה, אות ז ואות יג. וראה להלן, הערה 158). לדבריו, אילו הכיר הרא"ש באפשרות של מינוי מוקדם, אף שדעתו היא שתנאי לתוקף המינוי היא קליטתו על ידי השליח, הרי עליו היה לקבוע שהמינוי ייכנס לתוקפו בשעת הקליטה. מכאן שהוא שולל מינוי מוקדם. ואולם השווה שו"ת הרשב"ש, סימן עט, שמדבריו משתמע שהרא"ש נותן תוקף לפעולתו של שליח שנתמנה שלא בפניו מדין שליחות, ולא רק מדין "זכין". וכך הבינו את דבריו: טור, אבן העזר, סימן קמא (עמ' רלח במהדורת הטור השלם); מכתב מאליהו (אלפנדרי), שער ו, סימן יג; שו"ת חתם סופר, חו"מ (השמטות), סימן קצט. לפי זה, אין להסיק מכאן מהי דעת הרא"ש בשאלת המינוי המוקדם.
וראה מרכבת המשנה, מהדורא קמא, הלכות גירושין, פרק ו, הלכה ג (ה ע"א, במהדורת ניו יורק תש"ח). מדבריו עולה שגם הוא שולל מינוי מוקדם, אם כי לא באופן מוחלט. ראה להלן, ליד ציון הערה 136.
אין צריך לומר שמי שאינו מתנה את תוקפו של המינוי בקליטתו על ידי השליח, אינו מכיר בהכרח בתוקפו של מינוי מוקדם, שכן לדידו, המינוי נכנס לתוקפו באופן מיידי, ואינו מינוי מוקדם. כך היא לדוגמה גישת הרשב"א, שאינו מתנה את תוקף המינוי בקליטתו על ידי השליח (כפי שנראה להלן, ליד ציון הערה 154), אבל הוא שולל מינוי מוקדם (כפי שראינו כאן).

136 מרכבת המשנה, מהדורא קמא, הלכות גירושין, פרק ו, הלכה ג (ה ע"א, במהדורת ניו יורק תש"ח). וראה גם שו"ת אבני נזר, חו"מ, סימן קלד.

137 נראה שהבחנה זו מקובלת גם על הרא"ש, שהרי בפסקיו, גיטין, פרק ב, סימן כז, הוא כותב: "נוהגין באשכנז ובצרפת... לשלוח גט וקידושין על ידי עובד כוכבים, וממנה בכתבו ישראל שבאותו מקום שליח" (נפסק בשולחן ערוך, אבן העזר, סימן קמא, סעיף לה. וראה דיוננו על סעיף 1, הערה 28). ונראה מדבריו שתוקף הקידושין או הגירושין אינו מדין "זכין לאדם שלא בפניו" בלבד, אלא שליחות של ממש יש כאן. נמצא אפוא שגם הוא מבחין, כמו 'מרכבת המשנה', בין מינוי שבעל פה לבין מינוי שבכתב.

הבעת הרצון שפלוני ישמש כשליח, ואין לראות בהבעת רצון זו אקט פורמלי. אשר על כן, עקרונית יש להכשיר מינוי מוקדם[138], שהרי "כל זמן שלא חזר מאמירתו, הרי הרצון ניכר לכל העולם, ועל כן דבריו לעולם ניצב"[139]. כשיטה זו פסק ה'נודע ביהודה'[140], והכשיר מינוי שליח על ידי אישה שאמרה 'מי שירצה פלוני, הוא יהא שלוחי' (המקרה שדיבר בו הרשב"א), אף שהשליחות אינה מקבלת תוקף אלא מרגע שמתבררת זהות השליח. 'קצות החושן'[141] אף הוא

בהמשך דבריו, 'מרכבת המשנה' מעלה דרכים נוספות להכשיר מינוי מוקדם: "ודאי מהני שבועתו לחדש כח השליחות לכשתשתפה. וכל שכן כשממנה שליח בבית דין דמהני מטעם כח בית דין יפה".
וראה דיוננו על סעיף 4, ליד ציון הערה 212, שם נראה כי 'מרכבת המשנה' מעלה נימוקים נוספים להכשיר שליחות לגירושין אלו.

138 לדעת שו"ת אבני נזר, אבן העזר, סימן ח, אות יח בהגהה, זו דעתו של הר"ן (ביצה יז ע"א בדפי הרי"ף, ד"ה הלכך). על פי דברי הר"ן שם, יש לכאורה ראיה ממסכת נדרים לו ע"ב, שנתינת תוקף לשליחות לאחר זמן מועילה. הר"ן סבור שאדם שקבע שאם ירצה יוכל ליהנות לאחר זמן מנוי הסוכה – אין תוקף לקביעתו, מכיוון שבזמן הקביעה אינו מעוניין להשתמש בנוי הסוכה, ולפיכך ברגע הבעת הרצון, הנוי בטל לסוכה, ושוב אסור ליהנות ממנו גם לאחר זמן. מדברים אלו מסיק 'אבני נזר' שהתניה על רצון עתידי אינה מועילה למפרע, והרי התלמוד בנדרים מכיר בשליחות של "כל הרוצה לתרום יבוא ויתרום", ומדובר אם כן ברצון שלא יתברר אלא לאחר זמן, וכשיתברר לא יהיה לו תוקף של רצון עכשווי. מכאן ראיה שלדעת הר"ן, הבעת רצון למינוי שליח שתקבל תוקף בזמן מאוחר יותר, מועילה. לדעתנו, אפשר לדחות ראיה זו, כיוון שיש לחלק בין תולה ברצון עצמו, שבו אין לומר שרצונו העתידי כאילו קיים כבר עכשיו, כיוון שבזמן הקביעה הוא לא היה מעוניין בכך, לבין תולה בדעת אחרים, שבו רצון התולה גמור כבר עכשיו, וכשיתברר רצון האחר, הרי הוא מקבל תוקף למפרע (על פי הדרך ש'אבני נזר' עצמו כותב שם בסוגריים לדעת הרשב"א).
'אבני נזר' טוען שהט"ז גם הוא חולק על הרשב"א בנקודה זו ומכיר בתוקפו של מינוי מוקדם. הוא מסיק זאת מן העובדה שמחד גיסא הט"ז מסכים בוודאי עם הרשב"א שמועיל מינוי שליח שלא בפניו (ראה להלן, ליד ציון הערה 154), ומאידך גיסא הוא סבור שמינוי שליח מותנה בהסכמת השליח (ראה להלן, ליד ציון הערה 160). לדעתנו, מסקנה זו בדעת הט"ז גם היא אינה נקייה מספקות, וזאת מן הסיבות הבאות: ראשית, אין כאן בהכרח מינוי מוקדם, שכן אפשר שהשליחות מותנית בהסכמת השליח, ומשהסכים, היא חלה למפרע משעת המינוי (כעין מה שהציע 'אמרי בינה', ראה להלן, הערה 148. אמנם לפי סברת 'חלקת יואב', שנראה להלן, סעיף 14, הערה 172, אי אפשר לומר שלדעת הט"ז ההסכמה אינה אלא תנאי. לדידו, ההסכמה היא בהכרח חלק מיצירת השליחות, שהרי לדעתו, אפשרות ביטולה של השליחות על ידי השליח נובעת מכך שהשליח היה שותף ביצירתה. אולם ראה מה שהערנו עליו שם). שנית, אפשר שדעת הט"ז היא כדעה ש'אבני נזר' מייחס לרא"ש, ולפיה מינוי שליח שלא בפניו מועיל רק מדין "זכין לאדם שלא בפניו" ולא מדין שליחות.

139 לשון חלקת יואב, אבן העזר, סימן לב, ד"ה אך.

140 שו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, אבן העזר, סימן צא. וקשה, למה 'נודע ביהודה' פסק כך ולא הזכיר כלל את דברי הרשב"א, שפסל שליחות כזו? וכבר העירו על זה הפוסקים המאוחרים. ראה: שו"ת תשובה מאהבה, חלק א, סימן מו; שו"ת מהרש"ם, חלק ד, סימן קי; פתחי תשובה, אבן העזר, סימן קמ, ס"ק ב. וראה במהרש"ם, שם, שכתב שלפי שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן פב (ראה לעיל, הערה 133), מובנים דברי 'נודע ביהודה', שהרי אין בעיה של ברירה. מדבריו אלה של מהרש"ם, נראה שגם למהרש"ם פשוט שאין מניעה למינוי מוקדם.
נעיר שלפי שיטה זו, אף שהמינוי נכנס לתוקפו רק מאוחר יותר, אין לחשוש בכגון זה לחזרה (השווה להלן, ליד ציון הערה 143), וכעין מה שכותב ר' שמעון שקאפ, חידושי רבי שמעון יהודה הכהן, חלק ד, קונטרס השליחות, סימן ז, בעניין מינוי שליח שלא בפניו, שאף שהמינוי מותנה בקליטתו על ידי השליח, אין חוששים בינתיים לחזרת השולח. וראה דיוננו בסעיף 14, ליד ציון הערה 98.

141 קצות החושן, סימן סא, ס"ק ג. וראה לעיל, הערה 132.

סבור שאין חסרון במינוי מוקדם. ולא זו בלבד. לדעתו, זהו המצב בכל שליחות, שכן מעצם הגדרתה, השליחות אינה מקבלת תוקף בזמן המינוי אלא רק בזמן ביצועה[142].

מבין הנוקטים גישה אחרונה זו, יש המצביעים על בעיה אחרת הקשורה במינוי מוקדם, והיא החשש שהשולח חזר בו בינתיים ואינו מעוניין עוד במינוי. אמנם אם הפעולה נושא השליחות מוגדרת כזכות עבור השולח (אף אם מעורבים בה גם יסודות של חובה), אין מקום לחשש זה. לא כן אם הפעולה מוגדרת כחובה, כגון גירושין[143], הלוא אפשר שהשולח שינה את דעתו[144], ובהיעדר רצון אין יצירת שליחות! בפעולות מסוג זה, השליחות לא תיכנס אפוא לתוקפה בשעה היעודה, אלא אם כן יש ודאות שהשולח מעוניין בה עדיין[145]. כך הוא לדוגמה באישה שהיא עתים שוטה ועתים שפויה, שבעלה ממנה שליח לגרש אותה ברגע שתשתפה. מינוי מוקדם זה כשר, משום שברור שזהו האינטרס שלו, ובוודאי לא חזר בו[146].

לעיל[147] הערנו שיש מי שאומר שמינוי מוקדם, גם אם הוא אפשרי, אינו מועיל למינוי שליח על "דבר שלא בא לעולם", שכן לדעתו הבעיה במינוי שליח על "דבר שלא בא לעולם" היא היעדר גמירות דעת, ובעיה זו אינה באה על פתרונה במינוי מוקדם.

פרק חמישי

השליח – "מאת השולח לשלוח"

א. חלקו של השליח ביצירת השליחות

עד כה ראינו כי לצורך יצירת השליחות, במשפט העברי כמו בחוק, די בהבעת רצונו של השולח, ואין צורך באקט פורמלי נוסף (מעשה קניין או עדים). כעת נעסוק בשאלה: מהו חלקו

142 וכך סבור גם שו"ת אחיעזר, חלק א, סימן כח, אות ח, ד"ה ונראה, באחד מהסבריו בשיטת הטור, אבן העזר, סימן קכא, בעניין שולח גט לאשתו שאיבד את שפיות דעתו (לדעתו, זו גם הסיבה לכך שהשולח יכול לבטל את השליחות קודם שהתבצעה, שכל שליחות מקבלת את תוקפה רק בזמן ביצועה על ידי השליח). וראה גם: חתן סופר, חידושים וביאורים בסוגיות הש"ס, סוגיא דשליחות, ד"ה ונלע"ד ליישב; צפנת פענח, הלכות אישות, פרק ג, הלכה טו; שם, השמטות להלכות מתנות עניים, פרק ג, הלכה א. יש להעיר שרוב הפוסקים סבורים שהשליח קונה את מעמדו משעת המינוי דווקא, ולא משעת הביצוע, ראה לעיל, הערה 126.

143 ראה ר"ן, גיטין כח ע"א (בדפי הרי"ף), ד"ה לפיכך, בשם הירושלמי, גיטין, פרק ו, הלכה א: "הגע עצמך, שהיתה צווחת להתגרש, אני אומר שמא חזרה בה".

144 ראה בעניין זה דיוננו בנספח על דין "זכין לאדם שלא בפניו", פרק רביעי, ב(1), עמ' 787.

145 כן כתבו: חלקת יואב, אבן העזר, סימן לב, ד"ה אבל; ראשי בשמים (ראבין), מערכת ש, אות פג. 'ראשי בשמים' מסביר את הבעיה בצורה קצת שונה. לדעתו, קיימת "חזקת שליחות", ועל כן בדרך כלל אין אנו חוששים שמא השולח חזר בו, וכלשונו: "דכיון דכבר הותחל השליחות בפנינו, אמרינן חזקה שעומדת בשליחותה". לפיכך הוא מסיק שעל השליחות לקבל תוקף מיידי, כיוון ש"אם נימא דלא הותחל כעת, רק אחר כך, שוב אינו מועיל דדלמא חזרה". וראה עוד דבריו בזה בספרו בית אהרן, הלכות גיטין, סימן קיט, ס"ק יא, על פי בעל 'העיטור', הרשאה (מהדורת ר"מ יונה, חלק ב, עד ע"ג), שחזקה שבעל הבית עומד בשליחותו. וראה עוד בדבריו שם, סימן קכג, ס"ק א, וסימן קכ, ס"ק יג.

146 אם כי ראה בעניין זה דיוננו להלן, סעיף 4, הערה 228, בעניין "גט קושטא", שלא הכל מסכימים לראות בכך זכות לשולח.

147 לעיל, הערה 120.

של השליח ביצירת השליחות? יש בעניין זה שלוש אפשרויות תאורטיות, וניתן להציג אותן מן הכבד אל הקל: אפשר שתנאי לתוקפה של השליחות הוא שהשליח יביע את הסכמתו למינוי; אפשרות אחרת היא שאמנם אין צורך בהסכמתו של השליח, אבל צריך שדבר המינוי יגיע לידיעתו, היינו שיקלוט את המינוי[148]; ותיתכן גם אפשרות שלישית, שאין לשליח חלק ביצירת השליחות כלל, ואין צורך אפילו לא בידיעתו[149].

מקובל בין פרשני החוק[150] שהשליחות נוצרת מתוך הבעת רצונו החד־צדדי של השולח, ואינה מותנית בהסכמתו של השליח (ובוודאי שאינה תלויה בקיום חוזה ביניהם). אולם "הפעולה החד־צדדית של השולח דורשת 'קליטה' על יד השלוח", והשליחות אינה נכנסת לתקופה אלא משעת קליטת ההרשאה על ידי השליח או על ידי צד שלישי[151]. ברק[152] מצביע על תוצאות בלתי רצויות שעשויות לנבוע מתפיסה זו, ולפיה די בקליטת ההרשאה על ידי השליח, שכן השליח מוצא את עצמו במעמד של שליח בלא שהביע נכונות לכך, ואם הוא רוצה להשתחרר ממעמדו כשליח (ומן האחריות שמעמד זה מטיל עליו כלפי השולח), עליו ליזום ולבטל את השליחות בהתאם לאמור בסעיף 14 לחוק.

במקורות המשפט העברי, נראה ששאלה זו בדבר חלקו של השליח ביצירת השליחות שנויה

[148] שאלת מועד ידיעת השליח (או הסכמתו) תלויה לכאורה באפשרות מינויו המוקדם של השליח, שדננו בה לעיל. מי שמכיר באפשרות המינוי המוקדם, אינו דורש שהשליח יהיה מודע למינוי (או יסכים לו) בשעת המינוי דווקא, אלא העיקר הוא שהידיעה (או ההסכמה) תבוא לפני ביצוע השליחות. לעומת זאת, מי ששולל מינוי מוקדם, סבור בהכרח שהשליח חייב להיות מודע למינוי (או להסכים לו) כבר בשעת המינוי (שאם לא כן, יהיה זה מינוי מוקדם, ואין לו תוקף). לדידו, המינוי חייב אפוא להיעשות בנוכחותו של השליח. והשווה להלן, הערה 149, אות ב.

ואולם השווה אמרי בינה (אוירבך), חו"מ, דיני גביית חוב, סימן כט, אות ד, ד"ה ויש. ואף שהוא שולל מינוי מוקדם (ראה לעיל, הערה 126), הוא מתלבט בשאלת מועד קליטת המינוי. לדעתו, שאלה זו קשורה בשאלת מהות השליחות: אם מהות השליחות היא הענקת כוח השולח לשליח, הרי שאין מניעה מושגית שתוקנה לשליח שלא בפניו (אם כי כניסתה לתוקף תתעכב עד שדבר המינוי ייוודע לשליח, ואז השליחות תחול למפרע משעת המינוי, שכן כאמור הוא שולל מינוי מוקדם). אבל אם מהות השליחות היא שהשליח הוא שמקנה, כביכול, את ידו לשולח, הרי שאין אפשרות של מינוי שלא בפניו, שכן כיצד יכול אדם להקנות דבר שלא בידיעתו? וכך כתב גם שו"ת אבני נזר, חו"מ, סימן קלד.

[149] א. אמנם אם השליח אינו מודע למינוי, הוא בוודאי לא יפעל בשם השולח. לכאורה, מינוי זה אינו רלוונטי אפוא אלא בשליחות פסיבית, היינו בשליחות שבה השליח אינו נדרש לעשות פעולה אלא להיות סביל, כגון שנושא השליחות הוא קליטת פעולתו של צד שלישי (קבלת הצעה לכריתת חוזה או קבלת הודעת פינוי וכדומה). ראה ברק, סעיפים 17, 340. אולם מתשובת הרשב"ש, המובאת להלן בהערה 154, עולה שהשאלה עשויה להיות רלוונטית גם בשליחות אקטיבית. לדוגמה, כאשר שליח לא ידע ששליחותו הקודמת הסתיימה, והוא עשה את פעולתו בחזקת שליחות. דוגמה נוספת, שכיחה פחות, היא כאשר השליח עשה פעולה משפטית עבור השולח מתוך כוונה שתועיל מדין "זכין", אולם הוא למעשה מונה לשליח, בלי שידע שנשלח לכך.

ב. כבר הערנו לעיל, הערה 135, שאין הכרח שמי שמכיר באפשרות זו (מינוי בלא ידיעתו של השליח), מכיר גם בתוקפו של מינוי מוקדם, שכן לדידו, המינוי נכנס לתוקף מיד, אף שהשליח אינו מודע לו.

[150] ראה ברק, סעיפים 339, 372־373, 407 (אם כי, בסעיף 373, הערה 175, הוא מעיר על דעתו החולקת של הנשיא גולדברג, ולפיה דרושה הסכמת השליח); פרוקצ'יה, עמ' 146־147 (אם כי הוא מעיר על דעתו החולקת של פרופ' מילר, ולפיה לא זו בלבד שלא דרושה קליטה על ידי השליח, אלא השליחות חלה גם בעל כורחו). וראה לעיל, הערה 4.

[151] ראה פרוקצ'יה, עמ' 145, 158.

[152] ברק, סעיף 374.

במחלוקת. מקורות תלמודיים אחדים מצביעים על כך שאפשר למנות שליח שלא בפניו, וכך קובעים במפורש הרבה מן הראשונים[153]. אבל ממקורות אלה אי אפשר לדעת האם המינוי תקף גם כשלא הגיע לידיעת השליח? או שמא תנאי לתוקפו של המינוי הוא שייקלט על ידי השליח לפני ביצוע פעולת השליחות?

[153] להלן סקירת דברי הראשונים ומקורותיהם:
הלכות גדולות (מהדורת מכון ירושלים תשנ"ב), סימן לט, הלכות גיטין (עמ' תיא), ד"ה ועגונה דאתיא. הוא קובע שאישה עגונה יכולה לבוא לבית דין ולומר: "פלוני דאיתיה במדינת הים שויתי' שליח לקבולי לי גיטא מן בעלי" [=פלוני שנמצא במדינת הים מיניתיו שליח לקבל לי גט מבעלי] (מובא על ידי הר"ן, גיטין טו ע"א (בדפי הרי"ף), ד"ה אמר).
רי"ף, גיטין טו ע"א (בדפי הרי"ף): "שליח כי משווי ליה שליח בבית דין... בין בפניו בין שלא בפניו".
רמב"ם, הלכות גירושין, פרק ז, הלכה כב: "כל העושה שליח, אינו צריך שיהא השליח עמו בבית דין, אלא אומר להם 'הרי פלוני שלוחי', ואפילו שלא בפניו" (המקור להלכת הרי"ף והרמב"ם הוא גיטין ל ע"א, שם הם גורסים: "כי משווי ליה שליח... בין בפניו בין שלא בפניו". יש לציין שלפי גרסת שאר הראשונים בסוגיה, "כי משווי ב"ד שליח", אין קשר בינה ובין הנושא דידן). כך הסיק מסוגיה זו גם ר"ן, גיטין טו ע"א (בדפי הרי"ף), ד"ה אמר: "ומינה ודאי שהבעל יכול למנות שליח שלא בפניו".
רמב"ן (מובא בר"ן, גיטין לג ע"א בדפי הרי"ף, ד"ה והקשה הרמב"ן): "וכי אין אדם עשוי לעשות שליח שלא בפניו?!". לאור הנחה זו, שהוא רואה אותה כמובנת מאליה, הוא מסביר שאם התלמוד (גיטין עב ע"א, בסוגיית "אומר אמרו") שולל מינוי שליח שלא בפניו לכתיבת גט, אין זה משום שבעיקרון הוא שולל מינוי שלא בפניו, אלא משום שעל פי דיני גטין, יש דרישה ייחודית שהגט ייכתב "לשמה" של האישה, ולשם כך על השליח הכותב את הגט לשמוע את ציווי הבעל במו אוזניו.
הרא"ה (מובא גם בר"ן, שם) מניח גם הוא כמובן מאליו שאפשרי מינוי שליח שלא בפניו. אבל הוא חולק על הרמב"ן בהסבר סוגיית "אומר אמרו" (שכן הוא סבור שהעובדה שהשליח לא שמע בעצמו את ציווי הבעל אינה פוגעת בדין "לשמה"). לדעתו, הסוגיה באה לשלול שליחות משנה לכתיבת גט, היינו השליח אינו יכול למנות שליח אחר, משום הכלל "מילי לא מימסרן לשליח" (על כלל זה, ראה דיוננו על סעיף 16, פרק רביעי, ב, עמ' 724), אבל, כאמור, אין מניעה שהשליח ימונה על ידי הבעל עצמו, שלא בפניו, אפילו לא בגיטין. לניתוח שיטות הרא"ה והר"ן, ראה בהרחבה הרב א' ברקוביץ, תנאי בנישואין ובגט, ירושלים תשס"ח, עמ' קלו־קמג.
רא"ש, גיטין, פרק ז, סימן כ: "יכולה אשה למנות שליח לקבלה למקום אחר, ועדים כותבין וחותמין על פיה שהאשה מינתו להיות שליח לקבלה. ונראה לי דאיש ואשה שוין בדבר זה, דגם האיש יכול למנות שליח לגרש במקום אחר, ואין צריך השליח שישמע קולו" (וראה גם: טור, אבן העזר, סימן קמא (עמ' רלח במהדורת הטור השלם), בשמו; רבנו ירוחם, תולדות אדם וחוה, נתיב כד, חלק ג (רט ע"א)). אבל ראה מה שהערנו לעיל, הערה 135.
מרדכי, בבא קמא, פרק מרובה, סימן עב (מובא בדרכי משה, חו"מ, סימן קכג, ס"ק ט). הוא שולל מינוי שליח לתביעה (מורשה) שלא בפניו (שכן בהרשאה לתביעה, השולח צריך להקנות את זכות התביעה למורשה, ואי אפשר לעשות כן שלא בפניו. אמנם הכלל הוא ש"זכין לאדם שלא בפניו", אבל אין זו זכות להיות מורשה לתביעה). מכאן שבשליחות רגילה אין מניעה למינוי שליח שלא בפניו.
המאירי, בית הבחירה, גיטין כט ע"ב, ד"ה הוזכר בכאן: "ולמדנו ממנו [מסוגיית התלמוד שם, בעניין אדם שנתבקש למסור גט לאדם אחר בשם אבא בר מיניומי, כדי שהלה יגרש את אשת השולח], שאדם ממנה שליח... אדם שבעיר אחרת, אף על פי שאינו בפניו, שהרי זה מינה ממקומו שליח [את] אבא בר מניומי להוליך את הגט לאשתו... וכן עשינו מעשה, והודו לנו גדולי הדור" (וכך הסיק ממקור זה גם קרבן נתנאל, גיטין, פרק שביעי, אות פ).
ההלכה האחרונה נפסקה בשולחן ערוך, אבן העזר, סימן קמא, סעיף לו (וראה עוד שם, סעיף יד וסעיף לה, שגם משם עולה האפשרות של מינוי שליח שלא בפניו. וראה לעיל, הערה 137).

מן הבודדים בין הראשונים שמדבריו עולה שתוקף המינוי אינו מותנה אפילו בקליטת המינוי על ידי השליח, הוא הרשב"א[154], שדן בשולח שביטל את השליחות שלא בידיעת השליח, ולאחר זמן חזר בו מן הביטול ורצה שוב בקיום השליחות. השליח, שלא ידע על הביטול, המשיך בשליחותו, ונשאלה השאלה: האם המעשים שעשה לאחר חזרת השולח מן הביטול מזכים ומחייבים את השולח? הרשב"א פוסק שאמנם השליחות הראשונה בטלה ואין

[154] שו"ת הרשב"א, חלק ד, סימן פד (מובא בקיצור בבית יוסף, אבן העזר, סימן קמא).
כך עולה גם משו"ת הרשב"ש, סימן עט, ד"ה ונחזור: "ואף על פי שלא שמע ראובן [השליח] דברי יהודה [השולח] – נעשה שלוחו". הרשב"ש מגיע למסקנתו מתוך היקש לדינו של השולח: כשם שהמינוי תקף אף שהשולח אינו יודע מיהו שלוחו (ראה דיוננו להלן, פרק חמישי, ד, עמ' 166, בעניין מינוי שליח בלתי מסוים), "כן הדין נמי כשיודע המשלח למי נעשה שליח ולא שמע קולו השליח" (שם, ד"ה וכן). יש להודות שהיקש זה קשה להלמו, שכן במינוי שליח בלתי מסוים, השולח אמנם אינו יודע את זהות השליח, אבל הוא יודע על השליחות ורוצה בה (יהיה השליח אשר יהיה), ואילו במינוי שליח שלא בפניו, השליח אינו מודע למינויו כלל. ואולי דבריו מעידים על תפיסתו את מהות השליחות כהקניית כוחו של השולח לשליח (ברוח הדברים שהבאנו לעיל, הערה 148, בשם 'אמרי בינה'). נציין שתשובתו זו של הרשב"ש מובאת על ידי רבי עקיבא איגר, בחידושיו לחו"מ, תחילת סימן קפב, בזיקה לכלל הבסיסי של דיני השליחות: "שלוחו של אדם כמותו" (נדפס שם בטעות רשב"א במקום רשב"ש, והעתיק את הטעות חלקת יואב, אבן העזר, סימן לב, ד"ה ואף שמצאתי). וראה עוד שו"ת קול אליהו (ישראל), חלק ב, אבן העזר, סימן לא, ד"ה ולעניין מינוי שליחות שלא בפני השליח.
ויש מי שמרחיק לכת עוד יותר ומסיק שאפשר למנות שליח גם בעל כורחו. ראה שו"ת פני יהושע (מקראקא), חלק ב, אבן העזר, סימן פה, ד"ה והשתא. משיב זה עוסק בשאלה אם שליח שביטל את שליחותו יכול לחזור בו מן הביטול. לבירור שאלה זו הוא מפנה ל'סדר הגט' של מהר"י מרגליות, הקובע ששליח המביא גט, יש לשאול אותו אם לא מסר מודעה על השליחות (כלומר אם לא ביטל את מינויו מראש), ואם כן, מבקשים ממנו לבטל את המודעה בפנינו. 'פני יהושע' תמה על דרישה זו של ביטול המודעה, שכן בשלב זה מה תועלת בדבר? הלוא בשעתו המינוי לא נכנס לתוקף בשל המודעה! מכאן הוא מסיק: "והוי אפשר לומר דסבירא ליה דשליחות אפילו אנסוהו להיות שליח, הוי שליח [אמנם מסוגיית התלמוד, בבא מציעא עו ע"א, עולה שהשליח יכול לבטל את שליחותו, אבל הוא מסביר שאין זה אלא כאשר השולח לא ביקש לכפות עליו את השליחות]" (וראה דיוננו על סעיף 14, הערה 170, שם אנו מעירים על נוסח אחר בספר 'סדר הגט' שממנו אין להסיק מסקנה זו). הוא מוסיף ומביא ראיה שאפשר למנות שליח בעל כורחו: "ולכאורה יש ראיה מהא דקיימא לן דחצר דגברא משום שליחות איתרבאי, ואם אין שליחות בעל כורחו, אם כן היכא הוי חצר שליח, דהא חצר הוי בעל כורחו, כדאמרינן פרק קמא דבבא מציעא [י ע"ב]... אלא שמע מינה שליחות בעל כורחו הוי שליח" (נראה לנו שיש מקום לפקפק בראיה זו, שכן החלת דיני שליחות על חצר היא כולה פיקציה משפטית שאינה כפופה לכללים של דיני השליחות. כך לדוגמה החצר אינה "בן ברית" ולא "בן דעת", ואף על פי כן רואים אותה כשליח). לפי זה, ביטול המודעה, אם הייתה כזו, אמנם מיותר, אבל מסביר 'פני יהושע', זו אחת מן החומרות שמחמירים בדיני גיטין. וראה גם שו"ת מוצל מאש (אלפנדרי), סימן ל, המסתפק בדינו של שו"ת פני יהושע (בלי להזכירו), ונוטה לדעתו. פוסקים רבים לא קיבלו את דברי שו"ת 'פני יהושע', ודחו את ראיותיו. ראה: שו"ת עונג יום טוב, סימן קמז; שו"ת קול אליהו (ישראל), חלק ב, אבן העזר, סימן לא; בית אהרן (ראבין), הלכות גיטין, סימן קמג, ס"ק ז, ד"ה ונראה בזה (והוא חוזר על דבריו גם בספרו ראשי בשמים, מערכת א, אות ג: אונס. אולם ראה שם הוספה מבן המחבר, הסובר כשיטת שו"ת 'פני יהושע'. ביסוס לגישת שו"ת 'פני יהושע' הוא מוצא בסוגיית התלמוד העוסקת בשליחות שמבצע עבד (פסחים פח ע"ב), והלוא העבד פועל תמיד בעל כורחו); חידושי רבי שמעון יהודה הכהן (שקאפ), חלק ד, קונטרס השליחות, סימנים ח־ט.

דרך להחיותה[155], אבל יחד עם זאת יש תוקף למעשה השליח, משום שחזרת השולח מן הביטול כמוה כמינוי חדש. מכאן[156] מוכח שלדעת הרשב"א, מינוי שליח תקף גם בלא ידיעתו, שהרי הלה לא היה מודע למינויו מחדש[157].

לעומת זאת, הרי"ד[158] שולל את תוקפו של מינוי שליח שלא בפניו. לשון אחר, לא זו בלבד שהשליח צריך לקלוט את דבר מינויו, קליטה זו חייבת להיות בזמן המינוי עצמו[159].

155 לעניין ביטול השליחות בלא ידיעת השליח, ראה דיוננו על סעיף 14, פרק שני, א(3)(ה), עמ' 622.

156 כך הסיקו מדבריו: שו"ת אבני נזר, אבן העזר, סימן ח, אות יח, בהגהה; חלקת יואב, אבן העזר, סימן לב, ד"ה ואף שמצאתי.
'אבני נזר' טוען שיש הוכחה נוספת לכך שלפי הרשב"א, מינוי שליח תקף גם בלא ידיעת השליח, והיא שאף שהרשב"א שולל תוקפו של מינוי מוקדם (כפי שראינו לעיל, ליד ציון הערה 128), הוא מכיר בתוקפו של מינוי שליח שלא בפניו (ראה חידושי הרשב"א, גיטין סז ע"א, ד"ה ר' יוסי). טענתו של 'אבני נזר' היא, אילו סבר הרשב"א שאין תוקף למינוי בלא קליטתו על ידי השליח, עליו היה לפסול מינוי שליח שלא בפניו בשל היותו מינוי מוקדם (שהרי כניסתו לתוקף נדחית למועד מאוחר יותר, מועד הקליטה)! אולם לאור מה שהבאנו לעיל, הערה 148, בשם 'אמרי בינה', אין לקבל הוכחה זו: מינוי שליח שלא בפניו אינו בהכרח מינוי מוקדם, אלא משנקלט המינוי, הוא חל למפרע משעת המינוי (הקליטה אינה קובעת את מועד כניסת המינוי לתוקף, והיא רק תנאי לתוקפו).

157 שו"ת אבני נזר, אבן העזר, סימן קצז, אות ג, העיר שדעת חידושי הרי"ם (קידושין נח ע"ב, ד"ה האומר וד"ה ונראה) היא: "דבמינוי המשלח לבד נעשה שליח". אבל קשה להסיק מלשון הרי"ם אם דעתו כדעת הרשב"א, שאין צורך אפילו בידיעת השליח על דבר המינוי.

158 תוספות רי"ד, קידושין ח ע"ב, ד"ה על מנת שיקבלם וד"ה ואם היה סלע. לדעת רי"ד, אין מינויו של שליח תקף אלא כשנעשה "פה אל פה". מכאן שמינוי שלא בפני השליח אינו תקף, אפילו שהמינוי נקלט מאוחר יותר על ידי השליח והוא מתכוון לפעול על פיו. כך הסיקו מן הרי"ד: אמרי בינה (אוירבך), חו"מ, דיני גביית חוב, סימן כט, אות ד, ד"ה ויש; אבני מילואים, סימן ל, ס"ק י; ספר המקנה (הורוביץ), קונטרס אחרון, סימן ל, סעיף ח, ד"ה שם ע"מ.

159 ומכאן הסקנו לעיל, ליד ציון הערה 134, שהוא שולל גם מינוי מוקדם.
הערנו לעיל, הערה 135, שלפי 'אבני נזר', גם הרא"ש שולל מינוי שליח שלא בפניו. בדיננו בסעיף 1, הערה 28, ראינו שיש מי שייחסו דעה זו כבר לרב חנינאי גאון. וראה קהילת יעקב (מליסא), אבן העזר, סימן לה, סעיף ג, ד"ה והא, הכותב: "והא דמהני מינוי שליחות שלא בפניו... הוא משום דזכות הוא לו [כפי שמוכיח המינוי], וזכין לאדם שלא בפניו". ומכאן שגם הוא שולל תוקפו של מינוי שליח שלא בפניו, שהרי אינו מכשיר את פעולת השליח אלא מדין "זכין" (וראה לעיל, הערה 135).
לדעת רבנו ירוחם, תולדות אדם וחוה, נתיב כד, חלק ג (רט ע"א), התוספות מבחינים במינוי שליח לגירושין שלא בפניו בין הבעל לבין האישה; מינוי הבעל אינו תקף, ואילו מינוי האישה תקף (דעה זו של התוספות מופיעה לדעתו בראשית דברי הרא"ש, לעיל, הערה 135, אף שהרא"ש עצמו אינו מביא את הדברים בשם התוספות). להבחנה בין הבעל לבין האישה לעניין זה, ראה: סמ"ג, עשה נ, ד"ה כתב מורי; שו"ת צמח צדק (שניאורסון), אבן העזר, סימן רעה, אות יג, מהם עולה שתוספות מסכימים שבעיקרון אין תוקף למינוי שליח שלא בפניו, ולא הכשירו את מינוי שליח הקבלה של האישה אלא מדין "זכין לאדם שלא בפניו". ועדיין צריך עיון מה בין האישה לבין האיש לעניין דין "זכין" (אלא אם נוקטים שאין אומרים "זכין מאדם". ראה בעניין זה הנספח על דין "זכין לאדם שלא בפניו", פרק שלישי, ה, עמ' 794).
וראה מערכות חיים, מערכת שליחות, סימן ח. לדעתו הדרישה למינוי בפני השליח, קיימת רק בשליחות בה מעביר השולח את כוחו לשליח לצורך ביצוע השליחות, ומשום כך חלים דיני הקניינים, ויש צורך אפוא ב"דעת קונה" (וכך הוא בשליחות הולכה של הבעל, בה הוא מעביר את כוח הגירושין לשלוחו). לא כך הוא בשליחות שאין בה אלא ייחוס התוצאה (וכך היא שליחות לקבלת הגט). דבריו לא נאמרו בזיקה לדברי התוספות, אבל הם מיישבים אותם יפה. וראה דיוננו בסעיף 2, ליד ציון הערה 56.
הלכה למעשה כתבו פוסקים אחדים שלכתחילה אסור לבעל למנות שליח הולכה שלא בפניו, אבל בדיעבד

בעל ׳טורי זהב׳[160] מתנה את תוקף המינוי בהסכמת השליח: "שליחות השליח הוי כקדושי אשה, שגם השליח נעשה שלוחו על פי מה שנתרצה תחלה להיות שליח". ודומה שגם לפי הרי"ד, דרושה הסכמת השליח למינוי, ולא די בקליטה גרידא, אלא שלפי שניהם, השליח אינו צריך להביע הסכמה מפורשת לפעול על פי המינוי, אלא משקלט את המינוי, אף אם שתק, ההנחה היא שהוא מסכים לפעול על פיו[161].

בשאלת חלקו של השליח ביצירת השליחות, מצאנו אפוא אצל הפוסקים עקבות של שתיים מן האפשרויות התאורטיות שעמדנו עליהן בתחילת הדברים. לפי הרי"ד ו׳טורי זהב׳, יש צורך בהסכמת השליח[162], ולעניין זה שתיקת השליח משקלט את המינוי כמוה כהסכמה (אלא שלפי ׳תוספות רי"ד׳, ההסכמה חייבת להינתן בזמן המינוי, ואילו לפי ׳טורי זהב׳, אין מניעה שהשליח יקלוט את המינוי במועד מאוחר יותר ויסכים לו אז). ולפי הרשב"א, אין לשליח חלק במינוי כלל, והמינוי נכנס לתוקפו מיד, גם בלא ידיעתו של השליח[163].

ב. סירוב השליח להתמנות

בדיוננו על סעיף 14[164], נראה שאם הסכים השליח תחילה להתמנות, ולאחר מכן ביטל את הסכמתו לשליחות, יש אומרים שהשליחות בטלה, ואשר על כן אם יִשנה השליח שוב את דעתו, הוא יהיה זקוק למינוי חדש. לכאורה, הוא הדין בשליח שסירב להתמנות מלכתחילה

אין לעגן אישה בגין זה. ראה: מכתב מאליהו (אלפנדרי), שער ו, בדיני שליחות הגט, סימן יג, ד"ה ולענין מעשה; שו"ת מהרשד"ם, אבן העזר, סימן פג, בסוף התשובה; שו"ת דברי חיים, חלק ב, אבן העזר, סימן צב, ד"ה ותימא.

160 ט"ז, אבן העזר, סימן קמא, ס"ק מד. וכן עולה גם משו"ת עונג יום טוב, סימן קמו, שכתב: "דהשליחות ברצון השליח והמשלח תליא". וראה גם שם, סימן קנח, ד"ה והרשב"א בחידושיו: "דהא לא יכול לעשותו שליח כי אם מדעתו שיתרצה השליח". וראה לעיל, הערה 138, מה שהערנו על שיטת הט"ז לעניין מינוי מוקדם.

161 אמנם מפשטות לשון הט"ז, המקיש בין מינוי שליח לבין קידושי אישה, משתמע לכאורה שדרושה הסכמה מפורשת (כפי שאכן הסיק מדבריו בשו"ת אבני נזר, אבן העזר, סימן קצז, אות ג). אבל דומה שאין הכרח להבין כך את דבריו, אלא גם הוא בדעה שהסכמת השליח יכולה לבוא גם בשתיקה (כשם שהמינוי עצמו יכול שיהיה בשתיקה. ראה לעיל, ליד ציון הערה 97). כך ניתן להסיק מן העובדה שהט"ז אינו מעיר דבר על ההלכה הבאה שנפסקה בשולחן ערוך, אבן העזר, סימן לו, סעיף ח: "אשה נעשית שליח לחברתה לקבל קדושין, אף ע"פ שנעשית לה צרה, שמקדש לשתיהן. ויש מי שאומר שאפילו אם כשאמרה לה ׳קבלי גם בשבילי׳, ולא השיבה הן, אלא שתקה וקבלה סתם, מסתמא גם בשבילה קיבלה" (כדעת הרא"ש, קידושין, פרק ב, סימנים כו־כז).

לשאלת תוקף המינוי, אם השליח סירב תחילה לקבלו, ראה דיוננו להלן, ליד ציון הערה 166.

162 לנוקטים גישה זו, יש מקום לשאול: מה דינו של שליח שקיבל על עצמו להיות שליח מתוך שהוטעה על ידי השולח, ואילו היה מודע לעובדות לאשורן, לא היה מסכים להתמנות, היש תוקף למינוי? או שמא הטעות מבטלת את המינוי? ראה שו"ת עונג יום טוב, סימן קסה, הדן באריכות בשאלה זו ומגיע למסקנה שאם הייתה טעות, המינוי בטל (בזה הוא סותר את עצמו לעומת מה שפסק בסימן קמז, ד"ה ובמה שרצה, ובסימן קיג, ד"ה אלא שעדיין, שם הוא קובע שהשליחות תקפה אף כשהשליח הסכים לה על תנאי ולא נתקיים התנאי). וראה הרב א"ש לויטן, "בדין טעות בשליחות", הפרדס י (תרצ"ז), חוברות ח, עמ' 9, י, עמ' 8, יא, עמ' 7.

163 אשר לשאר הראשונים שנסקרו לעיל, הערה 153, אפשר לקבוע רק שדעתם אינה כדעת הרי"ד, שכן הם מכירים בתוקפו של מינוי שליח שלא בפניו. אבל כבר ציינו שקשה לקבוע אם לדעתם יש צורך בקליטת ההרשאה על ידי השליח (או אפילו בהסכמתו) אם לאו. וצריך עיון.

164 ליד ציון הערה 172.

עם הישמע דבר מינויו. אולם להלן נראה שקביעה זו אינה מוסכמת על הכול, ויש מי שטוען ששונה דין סירוב מלכתחילה מדין ביטול שליחות שכבר נוצרה[165].

לדעת ר' רפאל יום טוב ליפמן הלפרין, בעל 'עונג יום טוב'[166], השליח אינו יכול לבטל את השליחות אלא משעה שכבר נוצרה השליחות, היינו רק כשתחילה הסכים השליח לקבל אותה על עצמו. אבל אם השליח מסרב לקבל על עצמו את השליחות, אין בכך כדי לבטל את תוקף המינוי (אלא אם כן השולח מודע לסירובו וכי אז יש להניח שהוא חוזר בו מן המינוי), שכן עדיין אין לו מעמד של שליח, ואין לו כוח אפוא לבטל את המינוי. משמעות עמדה זו היא שאם השליח חוזר בו מסירובו (והשולח לא היה מודע לסירוב), המינוי נכנס לתוקפו בלא צורך במינוי חדש: "דוודאי באומר 'כל השומע את קולי, יכתוב גט לאשתי', ושמע אחר ואמר שאינו רוצה לכתוב, וחזר בו ואמר שרוצה – יכול לכתוב".

'בית אפרים'[167] ור' שמעון שקאפ[168] חולקים על עמדה זו. לדעתם, סירוב השליח לקבל על עצמו את המינוי מבטל את תוקפו. משמעות עמדה זו היא שבלא מינוי חדש, לא תועיל חזרתו של השליח מסירובו[169], כפי שהנחנו בתחילת דברינו, ונשאלת השאלה: לדבריהם, כיצד יכול השליח לבטל את השליחות עוד בטרם קיבל את כוחו כשליח? הלוא טיעונו של 'עונג יום טוב' בעניין זה נראה משכנע לכאורה? ר' שמעון שקאפ מסביר שאמנם יצירת השליחות אינה משתכללת אלא משהסכים השליח למינוי (בזה הוא מסכים עם 'עונג יום טוב'). אבל יחד עם זאת, הוא סבור שבעצם המינוי, כבר העביר השולח את כוחו לשליח, וזו הסיבה שהשליח יכול לקבל כוח זה או לדחותו, ומשמעות הדחייה היא אפוא ביטול המינוי עצמו[170].

[165] אמנם ראינו לעיל, הערה 154, את דעתו של בעל שו"ת 'פני יהושע', שניתן למנות שליח בעל כורחו, אך כאמור, גם לדעתו אין הדברים אמורים אלא כשהשליח אנוס לבצע את השליחות ולא כשהדבר נתון לבחירתו.

[166] שו"ת עונג יום טוב, סימנים קמו־קמז. ומעין זה כתב בקיצור בשו"ת משפטים ישרים (בירדוגו), חלק א, סימן תלא: "נראה דאין כאן בית מיחוש, דאחר שחזר ונתרצה להיות שליח, הוי כאלו זה תחלת קבלת השליחות, וכל מה שדיבר קודם זה הם דברים בעלמא".

[167] שו"ת בית אפרים, אבן העזר, סימן פ, ד"ה ועוד יש לפקפק.

[168] חידושי רבי שמעון יהודה הכהן (שקאפ), חלק ד, קונטרס השליחות, סוף סימן ז.

[169] את דבריו מבסס ר' שמעון שקאפ על דיוק בתשובת הריב"ש, סימן תעב. הריב"ש נשאל על מעשה בשליח שנתמנה על ידי אישה לקבל גט מיד בעלה. ברם, כשנתן הבעל את הגט ליד השליח, עשה אותו "שליח הולכה". הריב"ש פוסק שאף שאפשר שהשליח לא התכוון להסכים למינויו כשליח הולכה מטעם הבעל, אין זה גורע מתוקף מינויו על ידו, ומשיגיע הגט לידי האישה, תהיה מגורשת. אמנם מוסיף הריב"ש: "אם היה לנו הוכחה שהשליח לא נתכוון להיות שליח להולכה, כי אם שליח קבלה, שאז היה הדין שאינה מגורשת כלל, ואפילו בהגיע גט לידה [כלומר, אפילו אם בסופו של דבר אכן הוליך את הגט כמצוות הבעל]. לפי שהשליח עקר לשליחות הבעל ולא קבל שליחותו... אבל בנידון זה [שבו השליח שתק בזמן שהבעל מינה אותו שליח הולכה], אין לומר כן, שהרי אין כאן הוכחה כלל שלא קיבל שליחותו של בעל... ואם מפני שאומר שבלבו לא היה כן, הוו להו דברים שבלב, ואינם דברים, ואפילו לחומרא". מדבריו אלו מוכיח ר' שמעון שקאפ שבלא החסרון של "דברים שבלב", היה הסירוב המוקדם של השליח מחייב מינוי חדש, אף שהשולח אינו יודע מסירוב זה כלל (שהרי השליח לא גילה את התנגדותו בפני השולח); ולא כדעת 'עונג יום טוב', הסובר שאין משמעות לסירוב מוקדם של השליח.

יש לציין שר' שמעון שקאפ עצמו מעיר שהמסקנה שהסיק מתשובת הריב"ש אינה מוכרחת, שכן אפשר שהריב"ש רואה בשולח כמי שהתנה את המינוי בכך שהשליח לא יתנגד למינוי. לפי זה, אין מקום להסיק מסקנות ביחס לביטול השליחות על ידי השליח לפני כניסתה לתוקף, שהרי אם לא נתקיים התנאי, ברור שלא מועילה חזרתו מסירובו.

אמנם הלכה למעשה, ׳עונג יום טוב׳ מסייג את דבריו ומודה שאם הסירוב היה בפני השולח, אין תוקף למינוי, שכן יש להניח שהשולח אינו מעוניין עוד במינויו של שליח זה. אולם יש לשים לב לכך שאז אין מדובר בביטול המינוי מכוח השליח אלא בביטול מכוח השולח. ואלה דבריו בעניין זה: "כיון דהשליח אמר להבעל שאינו רוצה להיות שליח, שוב לא גמר הבעל בדעתו לעשותו שליח"[171].

ג. מינוי אישי

דעה חריגה משמיע ר׳ יהודה רוזאניס, בעל ׳משנה למלך׳[172], ולפיה אם מינה אדם את פלוני שליח, יכול אלמוני לעשות את השליחות בתור שליח (ולא רק מדין זכין): "דסבירא ליה [ל׳תרומת הדשן׳[173]] דמי שגלה לאחֵר שיעשה איזו פעולה, ושמע אחר ועשאה, דחשיב שליח". אולם כאמור זוהי דעה חריגה. הדעה המקובלת היא שמינוי השליח הוא אישי דווקא, ופלמוני אינו מורשה לפעול בשמו של השולח מכוח מינויו של אלמוני[174].

ד. מינוי שליח בלתי מסוים

מן הסעיף לא ברור באופן חד־משמעי, האם ההרשאה חייבת להיות אישית לשליח מסוים דווקא, או שמא יכולה ההרשאה להינתן גם לשליח בלתי מסוים? אם כי לשון החוק נוטה יותר לאפשרות הראשונה[175].

170 וראה שו"ת דובב מישרים, חלק א, סימן קכו, ד"ה הנה, שתלה את שאלת כוחו של שליח שהתמנה שלא בפניו לסרב לקבל על עצמו את השליחות בשאלת מהות השליחות: "אך הנראה לי דזאת באמת תליא במה שנסתפקו בענין כח השליח... ואם נימא דהמשלח מוסר כחו להשליח, אם כן, אף קודם שקיבל השליחות, מכל מקום המשלח מצידו כבר מסר כחו להשליח, ועל כן שפיר יש מקום וצד חלות הביטול של השליח על מסירת כוחו של המשלח שאין ברצונו לקבל השליחות. אבל אם נימא דהשליח מוסר כחו להמשלח, וקודם שקיבל השליחות אם כן עדיין לא הווי שום מסירת כח, ממילא לא הווי על מה לחול הביטול". האפשרות הראשונה שמעלה ׳דובב מישרים׳ מתאימה בדיוק להסברו של ר׳ שמעון שקאפ, שהבאנו בטקסט.

171 לכאורה, מחלוקתם של ׳עונג יום טוב׳ ור׳ שמעון שקאפ ו׳בית אפרים׳ נוגעת בשלוש הגישות שראינו לעיל בעניין חלקו של השליח ביצירת השליחות. שיטת ׳עונג יום טוב׳ עולה בקנה אחד עם גישת הרי"ד, ולפיה יש צורך שדבר המינוי יגיע לידיעת השליח כדי שהמינוי ייכנס לתוקף, ואף עם גישת הט"ז, ולפיה יש צורך בהסכמת השליח. אולם היא אינה מתיישבת עם גישת הרשב"א, ולפיה המינוי נכנס לתוקפו גם בלא ידיעת השליח. אולם אין לומר ששיטת ר׳ שמעון שקאפ אינה מתיישבת אלא עם גישת הרשב"א, מפני שהיא עשויה להתיישב גם עם גישות הרי"ד והט"ז, שכן אפשר שגם לגישתם השולח מעביר את כוחו לשליח כבר בשעת המינוי, אף שכאמור אין המינוי משתכלל אלא משהסכים השליח להתמנות. וראה חידושי רבי שמעון יהודה הכהן (שקאפ), חלק ד, קונטרס השליחות, סימן ט, ובהערה שם. על מחלוקת זו, ראה עוד דיוננו להלן, סעיף 14, פרק שני, ב(2)(א)4, עמ׳ 641.

172 משנה למלך, הלכות בכורות, פרק ד, סוף הלכה א.

173 תרומת הדשן, שו"ת, סימן קפח.

174 ראה קצות החושן, סימן שפב, ס"ק ב, המוכיח זאת מדין "מילי לא מימסרן לשליח" (ראה דיוננו על סעיף 16, פרק רביעי, ב, עמ׳ 724), ולפיו האומר ׳כתבו ותנו גט לאשתי׳, השלוחים אינם יכולים לצוות לאחר לכתוב ולתת את הגט במקומם, והלוא אם המינוי אינו אישי, מדוע יימנע מאחר לעשות את השליחות ישירות כשלוחו של הבעל?! וראה עוד תשובת הרב י"ש אלישיב, שנדפסה בשו"ת היכל יצחק, אבן העזר, חלק ב, סימן נה, ס"ק ז, הדן בראיה זו של ׳קצות החושן׳. וראה שם, ס"ק ג־ו, שמביא שלל ראיות נוספות נגד גישת ׳משנה למלך׳.

המשנה[176] אומרת: "מי שהיה מושלך לבור ואמר 'כל השומע את קולו [=קולי] יכתוב גט לאשתו [=לאשתי] – הרי אלו יכתבו ויתנו". מכאן עולה לכאורה שהמינוי אינו חייב להיות מופנה לשליח מסוים, אלא יש תוקף גם למינוי שליח בלתי מסוים. יתרה מזו, מן המשנה עולה שגם אם השולח אינו בטוח שיש מי ששומע את המינוי, אין בכך כדי לפגוע בתוקפו[177]. ואמנם כל הראשונים מסכימים שאפשר למנות שליח בלתי מסוים. אולם יש לציין שחלק מן הראשונים[178] מסייגים את תוקפו של המינוי ואומרים שהוא חייב להיות מופנה לחלק מן הציבור ולא לכולו[179]. לדעתם, כך הוא המצב במשנה שלפנינו, שבה הבעל מינה רק את כל מי ששומע את קולו, ולא מינה את כל העולם כולו בלא הבחנה, כלשון התוספות: "דייחד יחדיה למי ששומע קולו". שיטה זו טעונה ביאור, שכן לא ברור מהו ההיגיון של סייג זה.

על האפשרות למנות שליח בלתי מסוים, ניתן ללמוד מהלכה נוספת בעניין קבלת פירעון באמצעות שליח. על פי ההלכה, הלווה נפטר מחובו משעה שמסר את הפירעון לידי שלוחו של המלווה, שהרי "שלוחו של אדם כמותו", ומסירה לשליח כמסירה למלווה עצמו. הטור[180] כותב שמדברי הרי"ף משתמע שהוא הדין אפילו אם המלווה לא ייחד אדם מסוים כשליח

[175] ברק אינו מתייחס לשאלה זו, אך בעניין מינוי שליח בהבעת רצון כלפי צד שלישי, הוא כותב (סעיף 407): "לא די בהבעת רצון כלפי כולי עלמא, הבעת הרצון צריכה להיות כלפי הצד השלישי". ושמא יש להקיש מזה לזה.

[176] משנה, גיטין ו, ו; סו ע"א.

[177] העיר על כך שו"ת הרשב"ש, סימן עט, ד"ה ונחזור. וראה גם שו"ת מהרי"ט, חלק ב, אבן העזר, סימן ז, ד"ה והשנית, שהסיק מכאן גם שהשליח אינו חייב להכיר אישית את השולח.

[178] ראה תוספות, גיטין, שם, ד"ה כל השומע, בתירוצו השני (שני התירוצים של התוספות מובאים גם במרדכי, שם, פרק האומר, סימן תיט). וכן פסק גם בשו"ת רדב"ז, חלק ג, סימן אלף כג (תקצח). ראה בהערה הבאה.

[179] להבחנה זו מגיעים אותם ראשונים מתוך ניסיון ליישב סתירה לכאורה (שכבר עמדנו עליה לעיל, ליד ציון הערה 23) בין משנה זו ובין סוגיית נדרים לו ע"ב. מן הסוגיה שם, עולה שאם אדם מצהיר: "כל הרוצה לתרום [כלומר, להפריש תרומה על תבואתי], יבוא ויתרום", שכל אדם רשאי להפריש את התרומה בשם בעל התבואה, כולל מי שבעל התבואה מודר הנאה ממנו (כלומר, כולל מי שהשולח נדר שלא ליהנות ממנו). מכאן עולה לכאורה שמינוי כללי ("כל הרוצה") אינו תקף, ומשום כך לא רואים במעשהו של מודר ההנאה משום הפרת הנדר, מפני שלא פעל כשליח אלא מיזמתו האישית (ותרומתו תרומה, משום שבעל התבואה גילה דעתו שלא אכפת לו שיפריש אחר במקומו, ו"זכין לאדם שלא בפניו", ולא מדין מינוי שליח. ראה חזון איש, אבן העזר, סימן קמז (הערות במסכת גיטין), ד"ה ס"ו א'). כאמור, מסקנה זו עומדת בסתירה למשנה בעניין "כל השומע קולו". כאמור, אחת מן ההצעות שהוצעו ליישוב הסתירה היא, שיש להבחין בין מינוי הפונה לכולי עלמא ואינו מסוים כלל ("כל הרוצה"), ובין מינוי שאינו פונה לכולי עלמא, אלא רק לחלק מן הציבור, כגון "כל השומע", שם רק מי ששומע כלול במינוי (הגיונה של הבחנה זו אינו ברור, אבל ראה להלן דברי מהרש"ם). וראה בית שמואל, אבן העזר, סימן קמא, ס"ק כז, וסימן ע, ס"ק כו. הצעות אחרות ליישוב הסתירה ראינו לעיל, ליד ציון הערה 23 ואילך.

אולם השווה שו"ת מהרש"ם, חלק ג, סימן שנב, ס"ק יא, וחלק ד, סימן קי. לדעתו, גישה זו של בעלי התוספות אינה אמורה אלא כשהמינוי לא היה בלשון החלטית, כי אם בלשון מתן רשות ("כל הרוצה"). אבל כשהמינוי נעשה בהוראה החלטית, אף שהוא אינו פונה לשליח מסוים, גם התוספות מודים שהמינוי תקף (הוא מציע אפוא לצרף יחד את גישת התוספות עם גישת הרמב"ן, שראינו לעיל, ליד ציון הערה 25). בהצטרף שתי המגרעות גם יחד (מתן רשות בלבד ולאדם בלתי מסוים), עולה כנראה ספק אם השולח מתכוון ברצינות למנות שליח. אולם קשה להלום פירוש זה בדברי התוספות, שכן התוספות לא הזכירו את נושא סגנון המינוי כלל (הוראה החלטית או מתן רשות), אלא כתבו רק שהחסרון הוא בכך שהשולח לא ייחד את השליח. וראה עוד לעיל, הערה 25.

[180] טור, חו"מ, סימן קכא, סעיף ז.

אלא כתב לחייב בלשון כללית שישלח לו את כסף הפירעון. אמנם 'בית יוסף'[181] מעיר שהרמב"ם חולק על כך, ולדעתו הלווה אינו נפטר מחובו אלא כאשר השליח היה מסוים. אולם לא נראה שהסיבה לכך היא שהרמב"ם שולל בעיקרון מינוי שליח בלתי מסוים, אלא נראה יותר שבנסיבות העניין (פירעון חוב), נראה לו שאם המלווה לא ייחד שליח מסוים, הרי יש להניח שכוונתו הייתה שהלווה לא ישתחרר מחובו עד שיגיע הכסף לידיו ממש[182].

פרק שישי

התוצאות המשפטיות של מינוי פגום

בהנחה שנפל במינוי אחד הפגמים שהוזכרו עד כה (כגון שהשולח לא הביע את רצונו במפורש ואין אלא אומדן דעתו שרצונו בשליחות, או לפי חלק מן הפוסקים שהמינוי היה שלא בפני השליח או שהיה מינוי מוקדם), ומשום כך המינוי לא נכנס לתוקפו, האם פירוש הדבר שאין תוקף לפעולת ה"שליח" בשמו של השולח כלל? להלן נראה שיש דעות, ולפיהן אין הדבר כן, אלא פעולת ה"שליח" עשויה בכל זאת לזכות את ה"שולח".

דין מקביל לדין שליחות, ובמידה מרובה הוא תולדה ממנו, הוא הדין מכוח הכלל "זכין לאדם שלא בפניו". כלומר, אפשר לעשות פעולה משפטית בשמו של אדם בלא ידיעתו, והפעולה מזכה אותו כאילו נעשתה בשליחותו, בתנאי שהיא מוגדרת כזכות. ההיגיון שבדין "זכין" הוא, שמניחים שאילו היו שואלים את האדם שפועלים בשמו אם הוא מעוניין בפעולה, הוא בלא ספק היה עונה בחיוב. בדין "זכין" נרחיב להלן[183], אולם כאן נבקש לבחון זיקה אפשרית בין מינוי פגום ובין דין "זכין".

כאמור, תנאי להחלת דין "זכין" הוא שמדובר בפעולה שאין בה אלא זכות עבור האדם שעושים אותה בשמו. כלומר, אין תחולה לדין "זכין" כאשר הפעולה אינה מעניקה לאדם רק זכות אלא מטילה עליו גם חובה, משום שאז אין ביטחון שהוא אכן מעוניין בה. אולם אם מינה אדם שליח לעשות את הפעולה, ובכך הראה שהוא אכן מעוניין בה ומוכן לקבל על עצמו גם את תוצאותיה המשפטיות שהן לחובתו[184], אלא שבשל סיבה צדדית המינוי פגום

[181] שם. וכן בכסף משנה, הלכות שלוחין ושותפין, פרק א, הלכה ח (בשם ספר התרומות, שער נ, חלק ג, אות ט).

[182] וראה בעניין זה, דרישה, חו"מ, סימן קכא, ס"ק ז, בסוף דבריו. וראה גם מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן ה, המבחין בין שלחו על ידי מי שהוא כשר להיות שליח לבין שלחו בידי מי שאינו כשר להיות שליח. וראה עוד חידושי הרי"ם, חו"מ, שם, ס"ק ב.

[183] ראה הנספח להלן, עמ' 767.

[184] יש להדגיש שעצם מינוי שליח לביצוע פעולה מסוימת אינו מלמד בהכרח שהשולח אכן חפץ בביצוע פעולה זו, וייתכן שהשולח הסכים למינוי השליח רק לאחר שהופעל עליו לחץ, אך הוא עצמו אינו מעוניין בהצלחת השליחות. כך הוא למשל במקרים רבים של שליחות למסירת גט, בהם הבעל מסכים למסירת הגט, אך אינו רוצה בה. וראה הרב י"ש אלישיב בתשובה המובאת בשו"ת היכל יצחק, אבן העזר, חלק ב, סימן נה, הכותב שכל עוד לא ידוע בבירור שמינוי השליח למסירת הגט נעשה ברצון הבעל, יש לחשוש שמא אין הבעל חפץ בשליחות זו, ולא ניתן לזכות את הבעל במסירת הגט, אם נפל פגם במינוי השליחות (למעשה, דוחה הרב אלישיב את האפשרות לזכות את הבעל במסירת גט גם מטעמים נוספים). עניינו כאן הוא בפעולה שניתן לדעת בוודאות שהשולח אכן מעוניין בביצועה.

(כגון שהיה זה מינוי מוקדם או שהוא אינו עולה כדי אמירה מפורשת), האם יחול אז דין "זכין"? או שמא דין "זכין" אינו חל אלא ביחס לפעולה שהיא זכות במהותה? במילים אחרות, האם הגדרת זכות לצורך החלת דין "זכין" היא הגדרה סובייקטיבית או אובייקטיבית? כפי שנראה מיד, שאלה זו שנויה במחלוקת הפוסקים.

לדעת הרבה מן הפוסקים, הגדרת זכות היא הגדרה סובייקטיבית, ומשעה שגילה האדם שהוא מעוניין בפעולה מסוימת, הרי היא עבורו בגדר זכות, וחל עליה דין "זכין לאדם שלא בפניו". כך עולה לדוגמה ממה שכתב הרא"ש[185] בעניין אב המקדש אישה לבנו, לאחר שהלה גילה דעתו לפניו שהוא מעוניין לשאת אותה לאישה. כפי שראינו לעיל, גילוי דעת בעלמא אינו עולה כדי אמירה מפורשת ואינו בגדר מינוי שליח, אולם אף על פי כן, מאחר שהבן גילה את דעתו שהוא מעוניין באישה, פעולת האב עבור בנו מועילה מדין "זכין לאדם שלא בפניו"[186]. וזוהי גם דעתם של חלק מן האחרונים. כך כותב לדוגמה ר' יחזקאל לנדא, בעל "נודע ביהודה", בהגהותיו ל'שולחן ערוך'[187], בעניין מינוי פגום לשליחות לפדיון הבן. כידוע, ההלכה מחייבת את האב לפדות את בנו הבכור כשהוא בן שלושים יום ולא קודם לכן. משום כך, סובר פוסק זה שאם בתוך שלושים יום מן הלידה מינה האב שליח כדי שיפדה את בנו בבוא הזמן, הרי זה מינוי מוקדם, וכפי שראינו לעיל, מינוי מוקדם אינו תקף[188]. יחד עם זאת, הוא פוסק שהשליח יכול לפדות את הבן לאחר שלושים יום מדין "זכין", שכן האב גילה את דעתו שאף שהפעולה כרוכה בחבות (תשלום לכוהן), הוא בכל זאת מעוניין בה. כך כתב גם 'חתם סופר'[189] בעניין מי שנשתטתה אשתו, שמתירים לו לשאת אישה אחרת, אולם מתנים זאת בכך שימנה כבר עכשיו שליח שיגרש את אשתו החולה לכשתשתפה. אמנם זהו מינוי מוקדם[190], והוא פגום, אולם מסביר 'חתם סופר', השליח יכול בכל זאת לגרש את האישה כשתבריא מדין "זכין", שהרי הבעל גילה את דעתו שחפץ הוא לגרש אותה, ומעתה מעשה זה מוגדר כזכות עבורו[191].

[185] רא"ש, קידושין, פרק ב, סימן ו (בסופו) וסימן ז. הובא לעיל, הערה 90.

[186] לדעת 'אבני נזר', זו דעת הרא"ש גם ביחס למינוי שליח שלא בפניו. ראה לעיל, הערה 135. אף שלדעתו מינוי כזה הוא מינוי פגום, הרי בכל זאת פעולת השליח מועילה מדין "זכין", משום שעצם המינוי, אף שהוא פגום, מוכיח שהשולח רואה באותה פעולה משום "זכות".

[187] דגול מרבבה, יורה דעה, סימן שה, סעיף י.

[188] על מינוי מוקדם, ראה לעיל, פרק רביעי, עמ' 153, ושם הזכרנו שעל פי כללי הכשרות החלים על השולח, אדם שאינו יכול לעשות פעולה משפטית בעצמו בשעת המינוי אינו כשר למנות שליח שיעשה אותה במקומו. וראה ביתר הרחבה, דיוננו על סעיף 4, פרק שלישי, ד, עמ' 210, שם נראה שעניין זה שנוי במחלוקת.

[189] שו"ת חתם סופר, אבן העזר, חלק א, סימן יא, ד"ה נחזור להנ"ל. זו גם דעתם של פוסקים נוספים. ראה להלן, בדיוננו על סעיף 4, הערה 228.

[190] שכן כל עוד האישה שוטה, בעלה אינו יכול לגרשה, ולדעת פוסקים רבים, הכלל הוא שאין אדם כשר למנות שליח אלא לפעולה שהוא יכול לעשותה בעצמו כבר בשעת המינוי. ראה בהרחבה, דיוננו על סעיף 4, פרק שלישי, ד, עמ' 210.

[191] מצב זה שונה מן האמור לעיל, הערה 184, שכן כאן יודע הבעל מראש שהגט יינתן מכוח דין "זכין", והוא מצהיר במפורש שמעשה זה הינו זכות עבורו. לכאורה, החידוש במקרה זה גדול מן החידוש שבדברי בעל 'נודע ביהודה', שכן הגירושין מוגדרים כ"חוב גמור", ולא כזכות שיש בצדה גם חובה (כמו בפדיון הבן), אולם הפוסקים מציינים שבמקרה הנידון, הגירושין מהווים גם זכות של הבעל, שכן אם לא יגרש את האישה כשתשתפה, יעבור על חרם דרבנו גרשום האוסר לשאת שתי נשים.

מנגד, יש מן הפוסקים[192] מי שסבורים שהגדרת זכות היא הגדרת אובייקטיבית ולא סובייקטיבית. כלומר, פעולה שאינה מוגדרת כזכות במהותה, אינה הופכת לכזאת, גם אם השולח גילה דעתו שהוא מעוניין בה. אחרים טוענים שדין "זכין" אינו יכול לרפא מינוי פגום, לא מסיבה עקרונית אלא מסיבה מעשית: אף אם נניח שבשעת גילוי הדעת יש להגדיר פעולה מסוימת כ"זכות", אין ביטחון שנותן גילוי הדעת לא חזר בו עד ביצוע הפעולה[193].

בניגוד לאמור לעיל, סובר ר' יצחק אלחנן ספקטור, בעל 'עין יצחק'[194], שלא ניתן לפעול מכוח דין "זכין" כשנפל פגם במינוי השליחות. הוא מפנה לדברי התוספות[195], ולפיהם אפילו בפעולה שהיא זכות במהותה[196], אם הזוכה מינה שליח לביצוע הפעולה, הרי בכך גילה דעתו שהוא מעוניין שזו תיעשה דווקא מכוח דיני השליחות ולא מכוח דין "זכין"[197]. משום כך, ודאי שהוא הדין גם ביחס לפעולה שאינה זכות במהותה[198].

פרק שביעי

הוכחת השליחות – ס"ק (ב)

א. מבוא

ס"ק (ב) קובע שאף שיצירת השליחות יכולה להיות בהרשאה בעל פה, ושאין דרישה שתהיה בכתב, הצד השלישי רשאי שלא להכיר בשליחות, אם השליח אינו מציג בפניו הרשאה בכתב ואינו מוסר לו העתק ממנה. הוראה זו מיותרת בכל מה שנוגע לפעולות משפטיות דו־צדדיות (כגון קנייה או מכירה), שבהן הצד השלישי אינו חייב לעשות את העסקה כלל, גם לא עם השולח עצמו. אבל ההוראה אינה מיותרת כאשר הצד השלישי "נדרש להיזקק לפעולת שלוח", כלשון החוק. כך הוא לדוגמה בפעולה משפטית חד־צדדית של השולח (כגון שוכר שהמשכיר מוסר לו הודעת פינוי באמצעות שליח[199]), וכך הוא גם כאשר הצד השלישי חייב לעשות פעולה כלפי השולח, כגון שהגיע המועד לפרוע לו את חובו. בכגון אלה, הצד השלישי מוצא את עצמו בפני דילמה. מחד גיסא, אם הוא מסכים לפעול כלפי האדם שמציג את עצמו בפניו

[192] ראה חזון איש, אבן העזר, סימן קמז, חידושים לגיטין סו ע"א, שכתב כן.

[193] ראה שו"ת אבני נזר, אבן העזר, סימן ח, אות יח בהגהה, ד"ה הגה"ה (בסופו), על פי הר"ן, גיטין כח ע"א (בדפי הרי"ף), ד"ה לפיכך, בשם הירושלמי, גיטין, פרק ו, הלכה א.

[194] שו"ת עין יצחק, חלק א, אבן העזר, סימן ב, אות ד־ה.

[195] תוספות, קידושין כג ע"ב, ד"ה מהו.

[196] דברי התוספות האלו עוסקים בקבלת גט שחרור עבור עבד.

[197] לביקורת על הבנה זו בדברי התוספות, ראה הערתו של ר' שמעון שקאפ, שו"ת בעניין נשתטית (התשובה מודפסת בסוף חידושיו למסכת קידושין).

[198] נראה עם זאת שדברי 'עין יצחק' אינם עומדים בסתירה לשיטת הרא"ש בעניין גילוי דעת (ראה לעיל, ליד ציון הערה 185), שכן גילוי דעת אינו מינוי שליח באופן מפורש, ולא ניתן לומר שמי שגילה דעתו התכוון שלא יפעלו עבורו מדין "זכין".

[199] ראה ברק, סעיף 366. ברק מביא שם דוגמה נוספת של קבלת אופציה באמצעות שליח. בדוגמאות אלה, השאלה עולה בדיעבד: מה תוקפה של פעולה שנעשתה על ידי השליח, כשהצד השלישי סירב להכיר בשליחותו?

כשליח, ולדוגמה הוא מוסר לידיו את פירעון חובו, הוא מסתכן, שכן אם מתברר שהשליח לא היה אלא מתחזה, הרי הוא נושא בהפסד. מאידך גיסא, אם הוא מסרב לפעול כלפי האדם שמציג את עצמו בפניו כשליח, ואינו מוסר לו את פירעון החוב, הוא גם מסתכן, שכן אם מתברר ששליח זה פעל בהרשאה, הוא עלול להיתבע בגין פיגור בפירעון החוב[200]. ס"ק (ב) מתיר את הספק, כשהוא קובע שהצד השלישי רשאי לסרב להיזקק לשליח כל זמן שהלה אינו מוכיח לו שהוא פועל בהרשאה ("מטרת הוראה זו להעניק לצד השלישי את הכוח לסרב להיזקק לשליח, בלי שסרוב זה יגרור אחריו את התוצאות המשפטיות הנובעות כרגיל מסרוב להיזקק לשליח הפועל בתחום הרשאתו"[201]). ולא זו בלבד, אלא הוא גם מאפשר לו לדרוש שהלה ימסור לו העתק ממנה, כדי שאם השולח יטען שהשליח לא היה אלא מתחזה, תהיה בידו האפשרות להוכיח את ההפך.

להלן נדון בזכותו של צד שלישי שלא להיזקק לשליחות שלא הוכחה ובזכותו לדרוש העתק מן ההרשאה.

ב. הזכות שלא להיזקק לשליחות שלא הוכחה – "רשאי הוא שלא להכיר בשליחות כל עוד לא הוצגה לפניו הרשאה בכתב"

בדיוננו על סעיף 15, נדון בזכותו של צד שלישי לסרב להיזקק לשליח אף כשברור שהשליח פועל בהרשאה, וזאת משום החשש שמא נסתיימה השליחות (כגון שמא מת השולח). כאן נסתפק בהבאת פסק ההלכה ב'שולחן ערוך'[202] בעניין זה: "אף על פי שלווה ששלח למלווה חובו בציוויו על ידי שלוחו [של המלווה], ונאבד – פטור... אם ירצה הלווה, לא ישלחנו לו על ידי שלוחו, אפילו אם יש עדים שעשהו שליח להביא לו... והטעם, מפני שיש לחוש שמא ימות המלווה קודם שיתן לשליח". אם כך הדין כשברור שהשליח קיבל הרשאה כדין מן השולח, הרי אין ספק שכך הדין גם כשהצד השלישי מסופק אם השליח קיבל הרשאה כלל.

אמנם, לרוב אין מקום לחשש שנסתיימה השליחות[203], וככלל על הצד השלישי להיזקק לשליח. עם זאת, הצד השלישי רשאי לדרוש הוכחות לקיום השליחות, ועל השליח להציג בפניו את הרשאתו, ואף לאמת אותה, אם הצד השלישי דורש זאת. הדרך הטובה ביותר לאמת את כתב ההרשאה היא חתימת ידי שני עדים כשרים וזיהוי חתימתם, כדרך שמאמתים שטרות אחרים. ונשאלת השאלה: האם ניתן לאמת את ההרשאה בדרך פחותה מזו? או האם ניתן להסתפק בהוכחה אחרת בלא הצגת ההרשאה? כך למשל, האם יש להאמין לאדם הנחזה להיות שליח שאינו מציג הרשאה מאומתת, אך יש בידו תעודת הזהות של השולח? יש הסבורים[204] שאין להסתפק בפחות מאימות ההרשאה על פי שני עדים או בזיהוי כתב ידו של

[200] בדוגמה זו, השאלה עולה לכתחילה: האם על הצד השלישי לפעול כלפי שליח זה ולמסור לו את הפירעון?

[201] ברק, סעיף 366.

[202] שולחן ערוך, חו"מ, סימן קכב, סעיף א. אבל ראה ש"ך, שם, ס"ק ד.

[203] כך למשל על פי דברי הסמ"ע והש"ך, המובאים להלן, הערה 219, ולפיהם אין חוששים למיתת השולח אלא כשהוא זקן או חולה. וראה גם להלן, ליד ציון הערה 213, שמתשובת 'חתם סופר' עולה שחזקה שהשולח אינו חוזר בו משליחותו. וראה עוד דיוננו על סעיף 15, פרק שלישי, א, עמ' 688.

[204] ראה: רמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק א, הלכה ח; שיטה מקובצת, בבא קמא קד ע"ב, ד"ה והרמ"ה ז"ל כתב.

השולח. את דבריהם הם מסיקים מסוגיית התלמוד: "אמר רב יהודה אמר שמואל: אין משלחין מעות בדיוקני [=חותמת; סימן זיהוי של השולח[205]], ואפילו עדים חתומים עליה. ורבי יוחנן אמר: אם עדים חתומים עליה – משלחין"[206]. לדעת אותם מפרשים, פירושה של הסוגיה הוא, שלדעת האמורא שמואל, אין לסמוך על סימן זיהוי שהטביע השולח בכתב השליחות כדי לאמת שאכן מינה את השליח, ואפילו כשעדים מאשרים שאכן זהו סימנו של השולח[207], שכן קיים חשש שמא אדם המכיר את סימנו של השולח זייף את ההרשאה. רבי יוחנן חולק על כך, והוא סבור שכאשר מאמתים עדים את סימן הזיהוי של השולח, הרי זו הוכחה מספקת שהוא אכן עומד מאחרי הרשאה זו. אותם מפרשים פוסקים להלכה כדעת שמואל[208], ולפיכך רשאי הצד השלישי שלא להיזקק לשליח, אלא אם אומתה ההרשאה על פי שני עדים או בזיהוי כתב ידו של השולח. ואם יסתפק בפחות מכך, יעשה זאת על אחריותו[209]. מנגד, יש מפרשים את מחלוקת שמואל ורבי יוחנן בצורה שונה, ולדעתם ניתן לאמת הרשאה על פי סימן זיהוי של השולח. לדעתם, הסוגיה עוסקת בשליח שאינו מציג כתב הרשאה כהוכחה למינויו, ואין בידו אלא סימן הזיהוי של השולח. גישת שמואל היא שהצגת סימן הזיהוי אינה מספיקה להוכחת השליחות[210], וגישתו של רבי יוחנן היא שניתן להסתפק בזה. לפי גישה זו, לדעת שני האמוראים, כאשר השליח מציג כתב הרשאה, ניתן לאמת אותה על ידי סימן הזיהוי של השולח[211].

הדרישה להוכחת ההרשאה קיימת לא רק בשליחות שבה הצד השלישי נדרש לשתף פעולה עם השליח (דהיינו לעשות כלפיו פעולה משפטית מסוימת, כגון לפרוע את חובו למלווה באמצעותו), אלא היא נכונה גם בשליחות שבה הצד השלישי אינו נדרש לשתף פעולה אלא רק לקלוט את פעולתו החד־צדדית של השליח[212]. כך אפשר להסיק מתשובתו של 'חתם

[205] מלשון דיוקן. כך פירשו רוב המפרשים. לפירושים אחרים, ראה מרדכי, בבא קמא, פרק הגוזל (קמא), סימן קכו. וראה א' גולאק, השטרות בתלמוד, ירושלים תשנ"ד, עמ' 172.

[206] בבא קמא קד ע"ב.

[207] ואפילו כשהסימן הוא סימן זיהוי מוסכם בין השולח לבין הצד השלישי. ראה רמב"ם, שם.

[208] ראה רמב"ם, שם. גם פוסקים אחרים נוקטים כשיטת שמואל, אף שפירשו את דבריו בדרכים אחרות. ראה: רי"ף, בבא קמא לז ע"א (בדפי הרי"ף); שו"ת הראב"ד, סימן קמא, ד"ה ואחר שבררנו; טור, חו"מ, סימן קכא, סעיף ה, בשם השאילתות, שאילתא עב. לשאלה מדוע נפסקה כאן הלכה כשמואל ולא כרבי יוחנן, בניגוד לכלל המקובל שהלכה כרבי יוחנן במחלוקתו עם שמואל, ראה רא"ש, בבא קמא, פרק ט, סימן כב. והשווה שיטה מקובצת, שם, ד"ה ולעניין פסק.

[209] נפקות נוספת להלכה שלפנינו היא בשאלה אם נפטר הצד השלישי מחובותיו אם נתן את הפיקדון שהופקד בידו לשליח שהציג כתב הרשאה חתום בדיוקני, אלא שבעל הפיקדון טוען שכתב ההרשאה מזויף ושהוא לא מינה שליח לקחת את הפיקדון. ראה רמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק א, הלכה ח: "אבל אם לא היה הכתב כתב ידו, או שאין הלוה יודע שהוא כתב ידו, או אפילו היו כתובין בו סימנין ואותיות שביניהן בייחוד, אם טען ראובן ואמר 'לא שלחתי כתב', ואחרים רמו בו, שמעון חייב באחריותו, ומשלם לו ראובן".

[210] כך למשל לפי גישה זו, לא די בהצגת תעודת הזהות של השולח להוכחת השליחות, וזאת מחשש שמא מי שמציג את עצמו כשלוחו של הגנב מצא את התעודה, ולא קיבל אותה מאת בעליה.

[211] ראה: המאור הגדול, בבא קמא, פרק תשיעי (לז ע"א בדפי הרי"ף), ד"ה ומה; נימוקי יוסף, בבא קמא לז ע"א (בדפי הרי"ף). לפירושים אחרים של סוגיה זו, ראה: תוספות, בבא קמא קד ע"ב, ד"ה אין; שו"ת הראב"ד, סימן קמא, ד"ה ואחר שבררנו; מלחמות ה', בבא קמא לז ע"א (בדפי הרי"ף), ד"ה ועוד; שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, סימן רנד, ד"ה תשובה; מרדכי, בבא קמא, פרק הגוזל (קמא), סימן קכו.

[212] וראה להלן, הערה 218, ושם אנו מדגישים שאם פעולת השליח אינה דורשת אפילו לא את קליטת הצד השלישי, ודאי שפעולת השליח תקפה, אף שהרשאתו לא הוכחה בפני הצד השלישי.

סופר'[213] בעניין שליח לגירושין שהופיע לפניו אדם שטען שהבעל שלח אותו אליו לבטל את שליחותו. השליח הראשון לא האמין לדבריו של השליח השני, ונתן לאישה את גטה. לאחר מכן, מת הבעל בלא בנים, ועלתה השאלה: האם האישה גרושה (ואינה זקוקה לחליצה)? או שמא היא אלמנה (והיא זקוקה לחליצה[214])? אמנם לדעת 'חתם סופר', ביטול שליחות לגטין על ידי שליח חייבת להיעשות בפני שני עדים[215], אולם כשהביטול נעשה שלא בפני שני עדים, אף על פי שמינוי השליח ממשיך לעמוד בתוקפו, הרי משנודע לשליח על שינוי רצונו של שולחו, עליו להפסיק את שליחותו, שכן לא יעלה על הדעת שהשליח יפעל בניגוד לרצונו של שולחו[216]. 'חתם סופר' פוסק שאם לא הוצג בפניו כתב מינוי, השליח הראשון לא היה חייב להאמין לדבריו של מי שהציג את עצמו בפניו כשלוחו של הבעל. והוא מגיע אפוא למסקנה שהשליח שנתן לאישה את גטה לא חרג מהרשאתו (והאישה מגורשת, ואינה זקוקה לחליצה), וזאת אף על פי שמתברר למפרע שהשליח השני אכן קיבל הרשאה כדין מן הבעל למנוע את הגירושין[217].

מדברי 'חתם סופר', נוכל אפוא להסיק שאין תוקף לפעולה משפטית חד־צדדית שעשה שליח כלפי צד שלישי שסירב להכיר בשליחותו שלא הוכחה בפניו (ובלבד כמובן שמדובר בפעולה חד־צדדית שתוקפה מותנה בקליטתה על ידי מי שכלפיו נעשית הפעולה[218]).

מסתבר שעל הצד השלישי להפעיל את זכותו שלא להיזקק לשליח בתום לב, ואסור לו לנצל אפשרות זו לרעה כדי להתחמק מקיום חיוביו כלפי השולח[219].

[213] שו"ת חתם סופר, אבן העזר, חלק ב, סימן נ.

[214] דבר שהיה מעגן אותה לכמה שנים, שכן היבם היה ילד קטן באותה שעה, וצריכה הייתה להמתין על שיגדל ויהיה כשר לחליצה.

[215] ובכגון זה, אין צורך בקליטת הביטול על ידי השליח הראשון (וראה להלן, הערה 218). אבל בנסיבות המקרה, השליח השני לא ביטל את השליחות בפני שניים, אלא הודיע על הביטול לשליח הראשון עצמו.

[216] ראה על כך ביתר הרחבה בדיוננו על סעיף 14, פרק שני, א(4)(ג), עמ' 627.

[217] זה לשונו של 'חתם סופר', שם, ד"ה והשתא: "אי מייתי [=מביא] עמו שליח כתב, או [שהשליח] מהימן לשליח הראשון, שחזרו בו הבעלים – אין צריך לשום דבר [ועל השליח להפסיק את שליחותו]. ואי לא מייתי עמו כתב וראיה בשעת מעשה, אין השליח צריך להאמין לו... ואי לא מהימן ליה, הרי לא חזר השליח הראשון מדעתו [למלא את שליחותו], גם שליחותו לא נתבטל, אי יהב גיטה לאישה, אף על גב דאחר כך מתברר שהאמת עם השליח השני, מכל מקום הגט גט... אפילו יבוא הבעל בעצמו ויאמר 'אני צוויתי להשני', מכל מקום כדין מסרו, משום שאז לא היה מהימן ליה, ושליחותו לא נתבטלה, וכדין מסרו לאישה, ואין כאן ערעור ופקפוק כלל".

[218] ברור שהדין שונה בפעולה חד־צדדית שתוקפה אינו מותנה בקליטתה על ידי הצד השלישי, כגון בגירושי אישה (לפני חרם דרבנו גרשום, שאסר לגרש אישה בעל כורחה); במינוי שליח (לפי השיטות שראינו לעיל, ליד ציון הערה 154, ולפיהן המינוי נכנס לתוקפו גם בלא קליטתו על ידי השליח); או בביטול שליח לגירושין על ידי שליח בפני שני עדים (ראה 'חתם סופר' שם). מכיוון שפעולות אלה הן חד־צדדיות לחלוטין, ואינן דורשות שום שיתוף פעולה של הצד השלישי, אפילו לא קליטה, ברור שהצד השלישי אינו יכול למנוע את תחולתן, גם אם השליח לא הציג בפניו את הרשאתו. במילים אחרות, תוקפן אינו מותנה בהוכחת ההרשאה בפני הצד השלישי לפני ביצוע הפעולה, אלא רק בקיומה האובייקטיבי של ההרשאה.

[219] מעין זה ראה ש"ך, חו"מ, סימן קכב, ס"ק ד (הוא מביא שיטות שלפיהן הלווה אינו יכול להתחמק מתשלום חובו לשלוחו של המלווה בטענה שאולי כבר מת המלווה ונסתיימה השליחות, אלא אם המלווה הוא זקן או חולה. נראה שאם לא כן, טענתו לוקה בחוסר תום לב, ועל כן אינה מתקבלת). וראה גם סמ"ע, שם, ס"ק ג. על עקרון תום הלב במשפט העברי, ראה ע"א 148/77 רוט נ' ישופה, פ"ד לג(1) 617,

ג. הזכות לדרוש העתק של ההרשאה – "ולא נמסר לו העתק ממנה"

כפי שראינו, המחוקק מאפשר לצד השלישי שלא להיזקק לפעולת שליח שלא הוכחה שליחותו, משום החשש שייגרם לו נזק בפעולה עם אדם שאין לו הרשאה. ולא זו אף זו, המחוקק אף מתיר לו שלא להיזקק לשליח כל זמן שהלה לא הפקיד בידו את העתק ההרשאה. בכך מבקש המחוקק לאפשר לצד השלישי להוכיח על ידי ראיה בכתב את קיומה של ההרשאה.

נראה שגם המשפט העברי, רואה דרישה זו כלגיטימית. כך עולה מדברי רבי שמואל הסרדי, בעל 'ספר התרומות'[220], ורבי משה מקוצי[221], שכתבו שהחייב אינו יכול להשתמט מפירעון חובו לידי שלוחו של בעל חובו, משום שהשליח יכול לומר לחייב: "'תן לי הפיקדון, והרשאתי זו תהא בידך'. ואם הירשה אחר – הוא הפסיד"[222]. משמע שאין לחייב את החייב (הצד השלישי) להיזקק לשליחות, אלא אם כן נותנים בידו ראיה שבאמצעותה יוכל להתגונן כלפי השולח (וזו משמעות "הרשאתי זו תהא בידך", כלומר כתב ההרשאה).

פרק שמיני

סיכום

א. הגדרת ההרשאה. ההרשאה היא פנייה של השולח לפלוני בבקשה שיעשה בשמו או במקומו פעולה משפטית כלפי צד שלישי (כגון שאומר לו 'קנה עבורי בית זה'). מהגדרה זו עולים שני דברים: מחד גיסא, אין די בהבעת עניין מצד השולח שפלוני יעשה בשמו פעולה משפטית כלפי צד שלישי (כגון 'מי שיקנה עבורי בית זה, יבוא על שכרו'); ומאידך גיסא, אין צורך במינוי שבו השולח מייפה את כוחו של השליח במפורש לפעול בשמו (כגון 'היה שליח לקניית בית זה').

אשר לנוסח הבקשה, חלוקות הדעות. לדעת חלק מן הראשונים, בקשה המנוסחת באופן המותיר לשליח שיקול דעת אם לעשות את הפעולה נושא השליחות מהווה הרשאה (כגון 'אם תרצה, קנה עבורי בית זה'); ואילו ראשונים אחרים סוברים שהבקשה צריכה להיות מנוסחת בלשון החלטית (כגון 'קנה עבורי בית זה').

631-637 (1979); מ' ויגודה, "על תום הלב במשפט", פרשת השבוע (הוצאת משרד המשפטים ומכללת שערי משפט), וירא, תשס"ה, גיליון מס' 184. על דרישות אלה לפי החוק הישראלי, ראה ברק, סעיף 366.

220 ספר התרומות, שער נ, חלק ד, אות ד.

221 ראה נימוקי יוסף, בבא קמא כז ע"ב (בדפי הרי"ף), ד"ה ואי תפס, בשם ר' משה מקוצי (סמ"ג, עשה פב).

222 כך הלשון בנימוקי יוסף, שם, וכן כתב ספר התרומות בשינוי סגנון: "ראובן שבא בהרשאה ותבע, אין שמעון יכול לדחותו ולומר לו 'שמא המשלח אותך הרשה אחר, וביטל שליחותך', שהרי ראובן אומר לו 'תן לי הפיקדון שיש לי בידך, וזו הרשאתי, תהי אצלך', ואם המפקיד הרשה אחר, הוא המפסיד על עצמו, ושמעון פטור, שהרי בהרשאתו נתן".

ב. הבעת ההרשאה. את ההרשאה ניתן להביע בין באמירה בעל פה בין בכתב[223], ואין דרישה פורמלית נוספת (לא דרישה לנוכחות עדים ולא דרישה למעשה קניין)[224].

השולח יכול להביע את רצונו למנות שליח גם בדרכים אחרות, ולא רק בעל פה או בכתב, ובלבד שרצונו למנות שליח יהיה ברור ולא תלוי באומדן הדעת. כך לדוגמה כאשר פלוני מציע לאדם לבצע פעולה משפטית כלשהי בשמו, והוא מביע את הסכמתו באמצעות הרכנת ראשו בצורה שעולה ממנה בלא כל ספק שרצונו למנותו לשלוחו לפעולה זו[225].

ניתן למנות שליח בלתי מסוים, אם כי חלק מן הראשונים מסייגים זאת, וקובעים שעל ההרשאה להיות מכוונת אל חלק מן הציבור ולא אל הציבור כולו[226].

החוק מכיר בדרך נוספת ליצירת השליחות, והיא על ידי הבעת רצון של השולח כלפי הצד השלישי. המשפט העברי אינו מכיר בדרך זו כדרך עצמאית ליצירת השליחות[227]. עם זאת, לאלה הסוברים שהשליחות נוצרת גם בלא ידיעת השליח, יהיה המינוי תקף למעשה (ואולי אף אם נעשה על ידי השולח בינו לבין עצמו, ולא נודע דבר המינוי לאיש).

ג. חלקו של השליח ביצירת השליחות. יש הסוברים[228] שהתנאי ליצירת השליחות הוא קליטת ההרשאה על ידי השליח והסמכתו לפעול על פיה. לעומתם, יש הסוברים[229] שיצירת השליחות אינה תלויה בידיעת השליח.

ד. מינוי מוקדם. האם יש הכרח שהשליחות תיכנס לתוקפה בשעת המינוי? או שמא אפשר למנות שליח במינוי מוקדם (כלומר שהמינוי ייכנס לתוקפו במועד מאוחר לזמן המינוי)? כלל הוא במשפט העברי שכאשר נדרש אקט פורמלי לשם מתן תוקף לעסקה או לפעולה משפטית, על אקט פורמלי זה להתקיים בעת כניסתם לתוקף. שאלת המינוי המוקדם תלויה אפוא בשאלת תפקידה המשפטי של ההרשאה. אם הבעת ההרשאה היא אקט פורמלי הדרוש ליצירת שליחות, הרי שאין אפשרות למינוי מוקדם, שכן בשעה שהמינוי אמור להיכנס לתוקפו, כבר נפסקה הבעת הרצון של השולח[230]. לעומת זאת, אם הבעת ההרשאה אינה אקט פורמלי, אלא רק אמצעי להכרת רצונו של השולח, אין מניעה למנות שליח מינוי מוקדם, ובלבד שברור שהשולח לא חזר בו.

[223] אולם יש עדיפות למינוי בעל פה על פני מינוי בכתב, משום שבמינוי בכתב יש פער בין זמן כתיבת המינוי לבין הזמן שבו נכנס המינוי לתוקף, ויש חשש שמא השולח חזר בו. וכבר הערנו שאפשרות מינוי שליח באמצעות שליח אינה נקייה מספקות, משום שהכלל הוא: "מילי לא מימסרן לשליח". ראה על כך בהרחבה להלן, סעיף 16, פרק רביעי, ב, עמ' 724, בדיוננו בנושא שליחות משנה.

[224] עם זאת, בנסיבות שבהן מתעורר ספק אם התכוון השולח למנות פלוני כשליח, יכול אקט פורמלי להוות חיזוק לכך שהשולח אכן התכוון למנותו לשלוחו.

[225] כך גם לדוגמה במינוי הנלמד מהתנהגות השולח, כגון שתיקתו כאשר הוא יודע שפלוני עומד לבצע פעולה משפטית בשמו.

[226] סייג נוסף עולה מדברי הרמב"ם ביחס למינוי שליח לגביית חוב. בנסיבות אלו, אם המלווה לא ייחד שליח מסוים, הרי שכוונתו הייתה שהלווה לא ישתחרר מחובו, עד שהכסף יגיע לידיו ממש.

[227] אמנם אם השולח יצר מצג כזה, תעמוד לצד השלישי הגנה מכוח דינים אחרים, כגון דיני הלוואה או דין ערב.

[228] זו גישת רי"ד וט"ז. ראה לעיל, ליד ציון הערה 158 וליד ציון הערה 160.

[229] זו גישת הרשב"א. ראה לעיל, ליד ציון הערה 154.

[230] גם לנוקטים גישה זו, אם נותר רושם של הבעת הרצון בעת כניסת המינוי לתוקפו, כגון שהמינוי נעשה בכתב, אין לפסול מינוי מוקדם. וראה עוד לעיל, הערה 118, ההבחנה בין מינוי מוקדם ובין מינוי מעכשיו לפעולה עתידית.

ה. התוצאות המשפטיות של מינוי פגום. בהנחה שנפל במינוי אחד הפגמים שהוזכרו (כגון שהשולח לא הביע את רצונו במפורש; או, לפי חלק מהפוסקים, שהמינוי לא היה בפני השליח; או שהיה מינוי מוקדם), יש מי שסבור שפעולת השליח עשויה לזכות את השולח מדין "זכין לאדם שלא בפניו". דין זה מתייחס לפעולה משפטית שנעשתה בשמו של האדם שלא בידיעתו. אם הפעולה מיטיבה עם השולח (זכות), היא מזכה את מי שנעשתה עבורו, משום שההנחה היא שאילו נשאל על כך, אין ספק שהיה מסכים לשליחות. ונשאלת השאלה: האם כשאדם מינה שליח לפעולה שיש בה גם כדי לחייבו, רואים אותו כמי שהוכיח בכך שזוהי זכות עבורו, ולפיכך אם נפל פגם במינוי, יחול עליו דין "זכין"? כלומר, האם הגדרת "זכות" לצורך החלת דין "זכין" היא סובייקטיבית או אובייקטיבית? שאלה זו שנויה במחלוקת הפוסקים[231].

ו. הוכחת השליחות. הצד השלישי רשאי לדרוש הוכחות לקיום השליחות והוא אף רשאי שלא להיזקק לשליח, כל זמן שהלה לא מסר לו העתק מן ההרשאה.

פרק תשיעי

הצעת נוסח לפי המשפט העברי

על פי המשפט העברי, מוצע אפוא לנסח את הסעיף כך:

הקניית השליחות וצורתה

3. (א) השליחות נוצרת בהרשאה, שבכתב או שבעל־פה, מאת השולח לשלוח.

(ב) נדרש אדם להיזקק לפעולת שלוח, רשאי הוא שלא להכיר בשליחות כל עוד לא הוצגה לפניו הרשאה בכתב ולא נמסר לו העתק ממנה.

[231] יש מן הפוסקים הסוברים שלא ניתן לפעול מכוח דין "זכין" במקרה שנפל פגם במינוי השליחות: יש מי שטען שכאשר מדובר בפעולה שאינה זכות מוחלטת, יש לחשוש שמא השולח חזר בו, ואין הוא רואה עוד בפעולה משום זכות עבורו; ויש מי שטען שבמינוי השליחות, גילה השולח דעתו שהוא מעוניין שהפעולה תיעשה דווקא מכוח דיני השליחות, ולא מכוח דין "זכין".

סעיף 4

כשרות השלוח

כשרות השלוח

4. כל אדם כשר להיות שלוח לפעולה שהוא עצמו בר־דעת לעשותה, אך לעניין זכויותיו וחיוביו יחולו דיני הכשרות המשפטית הכלליים.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 179

פרק שני: כשרות השליח — "כל אדם כשר להיות שלוח" 181

א. כשרות משפטית (הקטין ומי שלוקה בשכלו) — "לפעולה שהוא עצמו בר דעת לעשותה" 181

(1) פסולו של הנעדר כשרות משפטית, מקורו והגיונו 181

(2) סייג: שליחות שמקורה ב"הליכות עולם" 183

(3) סייג: שליחות לעברה שעניינה שינוי המציאות הרֵאלית 184

ב. זיקת השליח לשולח 187

(1) "מה אתם בני ברית, אף שלוחכם בני ברית" — הכלל, מקורו והגיונו 187

(2) סייג: תוקף השליחות "לחומרא" 191

(3) סייג: שליחות שמקורה ב"הליכות עולם" 194

(4) סייג: שליחות לעברה שעניינה שינוי המציאות הרֵאלית 194

ג. זיקת השליח לנושא השליחות ("בתורת הדבר") 195

ד. אפשרות ביצוע פעולת השליחות בשעת המינוי ("מצי עביד השתא") 197

פרק שלישי: כשרות השולח 198

א. כשרות משפטית (קטין ומי שלוקה בשכלו) 198

ב. זיקת השולח לשליח ("מה אתם בני ברית, אף שלוחכם בני ברית") 200

ג. זיקת השולח לנושא השליחות ("מצי עביד" ו"בתורת הדבר") 201

(1) הכלל 201

(2) מניעה מעשית 202

(א) מניעה פיזית 203

(ב) ריחוק מקום 206

(ג) חוסר ידע 207

(3) מניעה מחמת איסור 208

ד. אפשרות ביצוע השליחות בשעת המינוי 210

(1) הסוגיה התלמודית ("מצי עביד השתא") 211

(2) הגישות השונות בהבנת הדרישה 212

(א) אומדן דעת השולח ולא נורמה משפטית (שיטת מהרי"ט) 212

סעיף 4: כשרות השלוח

(ב) נורמה משפטית הנוגעת לכשרות מושא השליחות 215
(ג) נורמה משפטית הנוגעת לכשרות השולח 217
1. הסתירה לכאורה בין הסוגיות ודרכי פתרונה 217
2. מבחן מהות המניעה: יסודית או צדדית (׳מרכבת המשנה׳ ואחרים) 219
3. מבחן מקור המניעה: היעדר כוח השולח או גורם אחר (׳בית מאיר׳) 220
4. מבחן אופי המניעה: מוחלטת או יחסית (׳חתם סופר׳) 221
5. מבחן אופי השליחות: פעולה או מחדל (׳שיבת ציון׳ ואחרים) 223
(3) צמצום היקף הדרישה 225
(א) מניעה משפטית (מושא השליחות קיים, אך יש מניעה משפטית לפעול בו) 225
1. ״דבר שבידו״ (מניעה משפטית שביד השולח להסירה) 225
2. ״מחוסר זמן״ (מניעה משפטית שתיעלם מאליה) 227
3. ספק מניעה 229
(ב) מניעה מעשית (מושא השליחות עדיין אינו קיים) 230
1. מבוא 230
2. היעדר מושא השליחות אינו מגדיר את השולח כ״לא מצי עביד השתא״ 232
3. ״דבר שבידו״ (שולח היכול ליצור את מושא השליחות) 233
4. שליחות לסדרת פעולות 235
(4) דרכים לעקיפת הדרישה 236
(א) סייגים לדין ״אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם״ 237
(ב) ״זכין לאדם שלא בפניו״ 238
(ג) פועל 238
(ד) מינוי מוקדם 239

פרק רביעי: סיכום 239
א. כשרות השליח 239
ב. כשרות השולח 240

פרק חמישי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 241

נספח ראשון: מקור פסול הקטין והלוקה בשכלו 241
א. כשליח 241
ב. כשולח 242

נספח שני: הזיקה הנדרשת בין השליח ובין נושא השליחות 243

פרק ראשון

מבוא

הסעיף שלפנינו עוסק בשאלה: מי כשר להיות שליח? הוא קובע שהתנאי הבלעדי לכך הוא שהשליח יהיה בר־דעת לעשות את הפעולה נושא השליחות. החוק אינו דורש שהשליח יהיה בעל כשרות משפטית. במילים אחרות, גם פסול דין (כגון קטין או מי שלוקה בשכלו שהוכרז כפסול דין) כשר להיות שליח, ובלבד שהוא מבין את טיב הפעולה שהוא מתבקש לעשות עבור השולח, ויש לו מספיק שיקול דעת לעשותה באופן הגיוני[1]. משמעותה המעשית של הוראת החוק היא לדוגמה, שאף שאין לקטין כשרות משפטית לקנות נכס מסוים לעצמו, אין מניעה למנותו כשליח לקנות את הנכס עבור השולח[2], ובלבד שהוא נבון דיו להבין את טיב העסקה. אין צריך לומר שתנאי נוסף הוא שהשליח יהיה מסוגל להבין את המשמעות של מינויו כשליח ולהתכוון לעשות את הפעולה בשמו של השולח ובמקומו[3].

המחוקק מבחין אפוא בין כשרותו של אדם לעשות פעולה משפטית לטובת עצמו ובין כשרותו לעשותה כשלוחו של אחר. כדי להיות בעל כשרות משפטית לעשות את הפעולה לטובת עצמו, אין די שהאדם מבין את טיב הפעולה המשפטית שהוא עושה, אלא הוא צריך גם להיות מסוגל להבין את האחריות שפעולה זו מטילה עליו. אם אינו מסוגל לכך (כגון קטין או מי שהוכרז כפסול דין), נשללת ממנו הכשרות המשפטית לעשות את הפעולה לטובת עצמו[4]. לעומת זאת, המחוקק אינו שולל ממנו את הכשרות לעשות את הפעולה כשלוחו של אחר.

טיעונים שונים הועלו[5] להצדקת גישה זו (המקובלת בשיטות משפט רבות), ולפיה כשרותו של האדם לשמש כשליח אינה מותנית בכשרותו לעשות את פעולת השליחות לטובת עצמו: ראשית, יש בה יעילות כלכלית, שכן היא מרחיבה את מגוון המועמדים לשמש כשלוחים; שנית, והוא העיקר, הסיבה המשפטית לשלילת כשרותם של פסולי דין היא הצורך להגן עליהם מפני עצמם, שמא יעשו דבר הפוגע באינטרסים שלהם, ומאחר שעל פי דיני השליחות, פעולת השליח אינה מחייבת אותו אישית (שהרי משעה שעשה את פעולת השליחות, הוא "יוצא מן התמונה"), נמצא ששליח שהוא פסול דין אינו נוטל על עצמו חיובים החורגים מכשרותו המשפטית, ואין סיבה אפוא שלא לאפשר את מינויו. המחוקק מדגיש זאת במפורש בסיפה של הסעיף, כשהוא קובע ש"לעניין זכויותיו וחובותיו יחולו דיני הכשרות המשפטית הכלליים".

[1] ראה ברק, סעיף 456.

[2] השווה דברי השופט ח' כהן בע"א 49/72 גלפרין נ' לבבי, פ"ד כו(2) 126, 130 (1972): "אין הילדים כשרים להיות שלוחים אלא לפעולה שהם עצמם כשרים לעשותה". לביקורת על דברים אלה, ראה פרוקצ'יה, פרק ו, סעיף 5, הערה 10.

[3] תנאי זה אינו מפורש בסעיף, אבל ההיגיון מחייבו. ראה ברק, סעיף 455.

[4] ראה חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב־1962, פרק ראשון.

[5] ראה ברק, סעיפים 435, 452, שהביא בעניין זה הפניות וציטוטים רבים. וראה גם פרוקצ'יה, פרק ו, סעיף 7.

משמעות הדברים היא לדוגמה, שאם השליח חרג מהרשאתו, הצד השלישי לא יוכל להסתמך על סעיף 6 ולתבוע אותו אישית[6].

אמנם השולח נוטל על עצמו סיכון מסוים כשהוא ממנה שליח פסול דין, שכן פעולת השליחות עלולה שלא להיעשות באופן הנבון ביותר, ויש גם סיכון שהצד השלישי לא ירצה להתקשר עם שליח שאינו בעל כשרות משפטית מלאה. אבל אלה הם שיקולים שעל השולח לשקול, ואם הוא מוכן ליטול על עצמו את הסיכונים הכרוכים במינוי שליח פסול דין, המחוקק אינו רואה הצדקה להתערב בכך.

יש לציין שגישת החוק אינה הגישה הבלעדית האפשרית. יש שיטות משפט[7] שבהן אין הבחנה בין כשרותו המשפטית של אדם לשמש כשליח ובין כשרותו לעשות את הפעולה לטובת עצמו. כלומר, מי שאינו כשיר לעשות את הפעולה לטובת עצמו, אינו כשיר גם לעשותה עבור שולחו. ויש גם גישה אחרת, שכפי שנראה להלן, היא גישת המשפט עברי, ולפיה יש אמנם להבחין בין הכשרות להתמנות לשליח ובין הכשרות המשפטית הכללית, אבל באופן הפוך מזה שנקט המחוקק, היינו שיש להחמיר את תנאי הכשרות של השליח לעומת תנאי הכשרות של אדם הפועל לטובת עצמו: אין די בכך שהשליח כשר לעשות את הפעולה המסוימת נושא השליחות, אלא תנאי לכשרותו להתמנות שליח הוא שיהיה בעל כשרות משפטית מלאה. כלומר, קטין או מי שלוקה בשכלו, אף שיש לו כשרות לעשות פעולות משפטיות מסוימות, אינו כשר להתמנות שליח לעשות פעולות אלה עבור אחר.

בדיוננו להלן, נעמוד תחילה על המקורות לפסילתו של מי שאינו בעל כשרות משפטית מלאה לשמש כשליח ועל הנימוקים המשפטיים לפסול זה. לאחר מכן, נסקור שני כללים נוספים בדבר כשרות השליח. הכלל האחד מרחיב את כשרותו של אדם לשמש כשליח, שכן הוא קובע שאין צורך שהשליח יהיה מסוגל לעשות את הפעולה המסוימת נושא השליחות לעצמו, אלא די בזיקה כלשהי בינו ובין נושא השליחות. כך לדוגמה, אישה יכולה להתמנות שלוחה של גבר לגרש אישה אחרת, אף על פי שהיא עצמה אינה יכולה לגרש[8], ודי ש"ישנה בתורת גיטין וקידושין"[9], כלומר שיש לה זיקה לנושא השליחות. הכלל האחר מצמצם את כשרות השליח: הוא מציב דרישה לזהות דתית בין השולח ובין השליח: "מה אתם בני ברית, אף שלוחכם בני ברית"[10]. נעמוד על מקורם של כללים אלה, על הגיונם המשפטי ועל היקפם.

בהמשך נעסוק בשאלת כשרותו של השולח למנות שליח, שאלה שחוק השליחות אינו דן בה, לא בסעיף 4 ולא בסעיף אחר בחוק השליחות. ברק[11] דן בשאלה זו על פי דיני הכשרות המשפטית הכלליים החלים על השולח. נבדוק אם פסול דין (כגון קטין) או מי שאינו בן ברית כשר למנות שליח. שאלת כשרותו של השולח נידונה בהרחבה במקורות המשפט העברי, בין השאר בקשר לכלל: "כל דאיהו לא מצי עביד – לא מצי משוי שליח [=כל (דבר) שהוא (השולח) אינו יכול לעשות – אינו יכול למנות שליח]"[12]. נעמוד על ההיגיון המשפטי של הכלל ועל היקפו.

[6] כן הוא לדוגמה גם בסעיף 7, בעניין שליחות נסתרת. וראה עוד ברק, סעיף 458.
[7] לשיטות אלו, ראה ברק, סעיף 431, הערה 17.
[8] ראה גיטין סב ע"ב.
[9] על פי קידושין מא ע"ב.
[10] קידושין מא ע"ב.
[11] ברק, סעיף 437.
[12] על פי קידושין כג ע"ב.

סעיף 4 דן בכשרותו של השליח אך ורק במה שנוגע לשעת המינוי. הוא אינו דן בתוצאות של פסול שנוצר לאחר המינוי. כך לדוגמה, הוא אינו דן בשאלה: האם העובדה שהשליח או השולח נשתטה לאחר המינוי גוררת אחריה את ביטול השליחות? לשאלה זו מוקדש סעיף 14 לחוק, ואף אנו נדון בכך במסגרת אותו סעיף[13].

פרק שני

כשרות השליח – "כל אדם כשר להיות שלוח"

א. כשרות משפטית (הקטין ומי שלוקה בשכלו) – "לפעולה שהוא עצמו בר דעת לעשותה"

(1) פסולו של הנעדר כשרות משפטית, מקורו והגיונו

א. הרמב"ם[14] פוסק: "מי שאינו בן דעת, והן חרש, שוטה וקטן, אינן נעשין שלוחים"[15]. מלשון הרמב"ם עולה שלא זו בלבד שהקטין ומי שלוקה בשכלו אינם כשרים לשמש כשלוחים לפעולות שאין להם כשרות משפטית לעשותן לעצמם[16], אלא הפסול שלהם הוא פסול מוחלט. כלומר, הוא חל גם ביחס לפעולות שיש להם כשרות לעשותן לטובת עצמם[17]. כך לדוגמה, אף שהקטן כשר לקנות לעצמו מיטלטלין, אין הוא כשר להתמנות שליח לקנות מיטלטלין.

מנגד, יש שהסיקו בהיקש מדברי הרמב"ם בעניין קטנה הממנה שליח לקבל את גטה[18], שלדעתו הקטן כשר לשמש כשליח לפעולה שיש לו כשרות לעשותה לטובת עצמו[19]. וכך עולה

[13] ראה דיוננו על סעיף 14, פרק רביעי, עמ' 650.

[14] רמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק ב, הלכה ב. לפי כסף משנה שם, מקור דבריו של הרמב"ם הוא במשנה: "הכל כשרין להביא את הגט, חוץ מחרש, שוטה וקטן" (גיטין ב, ה). ובגמרא שם, המסבירה "דלאו בני דיעה נינהו" (כג ע"א). וראה להלן.

[15] וכך נפסק גם בשולחן ערוך, חו"מ, סימן קפח, סעיף ב.

[16] על היעדר כשרותם המשפטית, ראה רמב"ם, הלכות מכירה, פרק כט, הלכה א: "שלשה אין מקחן מקח ואין ממכרן ממכר דין תורה, החרש והשוטה והקטן". וכתב 'מגיד משנה' שם כי המקור להלכה זו הם דברי המשנה (גיטין ה, ח): "מציאת חרש שוטה וקטן יש בהן משום גזל, מפני דרכי שלום". ומסיק: "הא מדאורייתא אין בהם גזל, לפי שאין להם זכיה".

[17] על פעולות אלה, ראה גיטין סה ע"א: "אמר רבא, ג' מידות בקטן: צרור [אבן או גוש עפר] וזורקו, אגוז ונוטלו [שהוא מבחין בין דבר שהוא בעל ערך לדבר שהוא חסר ערך] – זוכה לעצמו ואין זוכה לאחרים... הפעוטות [מגיל שש עד גיל עשר, כל אחד כפי חריפותו. ראה גיטין נט ע"א] – מקחן מקח וממכרן ממכר במטלטלין... הגיעו לעונת הנדרים – נדריהן נדר והקדשן הקדש". כשרותם של החרש והקטן לסחור במיטלטלין אינה מן התורה אלא מתקנת חכמים: "אבל חכמים תקנו שיהא החרש והקטן נושא ונותן במטלטלין, ומעשיו קיימים, משום כדי חייו" (רמב"ם, הלכות מכירה, פרק כט, הלכה א). יש הסבורים שהקטן קונה מן התורה כש"דעת אחרת" מקנה לו את החפץ. ראה: תוספות, גיטין סד ע"ב, ד"ה שאני שתופי מבואות; רא"ש, קידושין, פרק א, סימן כה. השווה רש"י, גיטין סד ע"ב, ד"ה זוכה אף לאחרים.

[18] רמב"ם, הלכות גירושין, פרק ו, הלכה ט. ראה להלן, ליד ציון הערה 116.

[19] ראה: פני יהושע, גיטין סד ע"ב, ד"ה תוספות בד"ה נערה המאורסה; קצות החושן, סימן קפח, ס"ק ג; ספר המקנה (הורוביץ), קידושין מג ע"ב, ד"ה תוד"ה דתנן; חידושי חתם סופר, גיטין סד ע"ב, ד"ה והנה; חידושי הרי"ם, גיטין סה ע"א, ד"ה והנה; אור שמח, הלכות אישות, פרק י, הלכה ב, ד"ה ונראה.
נעיר כאן על דעתו החריגה והמחודשת של הרא"ש, לפיה הקטין כשר לשמש כשליח כאשר הוא נשלח

גם מדברי התוספות[20]. יש לציין שרוב הפוסקים מאמצים את הגישה הראשונה[21], ודברי התוספות (ואף דברי הרמב"ם לדעות אחדות) אינם הגישה העיקרית[22].

נמצא, כפי שכבר אמרנו במבוא, שלרוב הדעות המשפט העברי נוקט גישה הפוכה מזו שנקט המחוקק. היינו, שיש אמנם להבחין, כמו שעשה המחוקק, בין הכשרות להיות שליח

לעשות פעולה שהיא לטובת עצמו. כך מסביר הרא"ש את סוגיית התלמוד, קידושין יט ע"א: "אמר רבא אמר רב נחמן: אומר אדם לבתו קטנה צאי וקבלי קידושיך". כל הראשונים תמהים כיצד יכולה הקטנה להתקדש בעצמה אף אם היא עושה כן בשליחות אביה, הלא אין שליחות לקטן? ומסביר הרא"ש: "נראה לי דהא דאין שליחות לקטן היינו כשעשה שליחות לזכות לאחר, דמיעוטא דקטן משליחות היינו משום ד'איש' כתיב בכל דוכתא דאתרבאי שליח בגט ובתרומה ובפסח לקמן בריש פרק האיש מקדש [קידושין מא ע"א. ראה לעיל, סעיף 2, ליד ציון הערה 11] והיינו דוקא לזכות לאחר בשליחותו. אבל בקידושי קטנה שהיא זוכה לעצמה בשליחות אביה מהני שליחותה לעצמה כאילו קבל אביה קידושין בשבילה, דקטן אית ליה זכייה כשדעת אחרת מקנה לו ובשליחות אביה היא זוכה לעצמה" (רא"ש, קידושין, פרק א, סימן טו. וראה גם שם, סימן כה). אולם רוב הראשונים הציעו פירושים אחרים לסוגיה זו ולפיהם תוקף הקידושין אינו מיוסד על חריג בדיני כשרות השליח אלא על נימוקים אחרים. ראה: בית שמואל, אבן העזר, סימן לז, ס"ק ז; אבני מילואים, שם, ס"ק ג; קהילות יעקב (קנייבסקי), קידושין, סימן כו.

20 תוספות, גיטין סד ע"ב, ד"ה שאני שתופי מבואות. המפרשים הסבירו שדברי התוספות יסודם בהנחה שקטן הסמוך לגיל מצוות ומבין את טיב מעשהו ("מופלא הסמוך לאיש") כשר להפריש תרומה מן התורה. אחד מן המקורות שמהם מסיק התלמוד (קידושין מא ע"ב) את האפשרות למנות שליח הוא הפסוק "כן תרימו גם אתם תרומת ה' מכל מעשרתיכם" (במדבר יח, כח), העוסק בהפרשת תרומה. התלמוד דורש: "גם אתם – לרבות את השליח". נמצא שאם הקטן יכול להפריש תרומה, הרי שלפי מקור זה הוא יכול אף להיעשות שליח להפרשתה. ראה: מהרש"א, גיטין סה ע"א, ד"ה תוס' ד"ה ופדאו כהן; פני יהושע, גיטין סד ע"ב, ד"ה תוספות ד"ה נערה המאורסה; שו"ת נודע ביהודה, מהדורא תניינא, אבן העזר, סימן נד, אות י; כתב סופר, גיטין סד ע"ב, ד"ה והנה; שו"ת הר צבי, אורח חיים, חלק ב, סימן א, אותיות א־ג. וראה גם אמרי בינה (אוירבך), יורה דעה, דיני תרומות ומעשרות, סימן ח, ד"ה ויש ראיה, שאף הוא סובר שהכשרות להתמנות כשליח להפרשת תרומה תלויה בכשרות להפרישה, ומתוך כך הוא מקשה על הרמב"ם (הלכות תרומות, פרק ד, הלכה ה), הסובר שהקטן הסמוך לגיל מצוות כשר להפריש תרומה, אך אינו כשר להתמנות כשליח להפרשתה.

21 ראה: השגות הראב"ד, הלכות גירושין, פרק ו, הלכה ט; ר"ן, גיטין לא ע"א (בדפי הרי"ף), ד"ה ולמכור (כך הוא מדייק מלשון רש"י, גיטין סד ע"ב, ד"ה זוכה אף לאחרים. וראה גם מהרי"ט אלגזי, הלכות בכורות, פרק ד, אות נ, ד"ה אשר, הסובר שכך היא גם שיטת הרי"ף). כך מסביר גם פני יהושע, גיטין סד ע"ב, ד"ה תוספות בד"ה נערה המאורסה, את שיטת רש"י והרמב"ן. וראה להלן, הערה 296, סקירת האחרונים הפוסקים שגם "מופלא הסמוך לאיש" פסול לשליחות.

22 וראה שו"ת בית יצחק, אורח חיים, סימן מו, אות ב, ד"ה ויש ראיה, הסובר שגם התוספות מודים לגישה הראשונה. את שיטתו הוא מסיק מן הירושלמי (תרומות, פרק א, הלכה א. וראה גם יבמות, פרק יג, הלכה ב), המסתפק אם הקטן כשר לשליחות להקרבת קרבן שהוא עצמו כשר להביאו. הירושלמי מכריע את ספקו מן הדין הקובע שאין הקטן יכול להיות שליח להפרשת תרומה, אף שהוא עצמו יכול להפריש אותה. לפיכך סובר 'בית יצחק' שגם לדעת התוספות, הקטן אינו כשר לשליחות בדבר שהוא עצמו יכול לעשותו, ודברי התוספות אמורים אך ורק לשיטת רב יהודה (גיטין סד ע"ב), הסובר שהקטן יכול לזכות בחפץ עבור אדם אחר, אולם להלכה פוסקים כרב חסדא (שם), שאין הקטן זוכה לאחרים, ולפיכך אין שליחות לקטן (וראה גם: מעדני ארץ, הלכות תרומות, פרק ד, הלכה ה; שו"ת הר צבי, חלק ב, סימן א, אות א. השווה ישועות מלכו, כתבים, סימן א, הדוחה את הראיה מן הירושלמי). וראה חלת לחם, סימן ז, סעיף ד, המוכיח גם הוא מן הירושלמי במסכת יבמות שאין הקטן כשר לשליחות להפרשת תרומה, ואינו מזכיר את דברי התוספות. אולם השווה מהרי"ט אלגזי, הלכות בכורות, פרק א, אות ז, שלדעתו סוגיית הירושלמי ביבמות עוסקת כולה בשליח נכרי, ואין משם ראיה לנידון דידן (אבל קשה לקבל הצעה זו גם בפירוש הירושלמי במסכת תרומות). וראה עוד להלן, הערה 296.

ובין הכשרות המשפטית הכללית, אבל יש להחמיר את תנאי הכשרות של השליח לעומת תנאי הכשרות של אדם הפועל לטובת עצמו.

ב. בשאלת המקור לפסילתם של החרש והשוטה והקטן מלשמש כשלוחים, נחלקו הדעות בין הראשונים. מוקדה של מחלוקת זו הוא בדרכי מדרש ההלכה, ואין לה נפקות ישירה בדיני השליחות, על כן לא נאריך בה כאן[23]. נציין רק שהרשב"א ואחרים לא הסתפקו במדרש ההלכה, והציעו הנמקה משפטית לדרישה שהשליח יהיה בעל כשרות משפטית מלאה. לדעתם, יש לחשוש שמי שאינו בעל כשרות משפטית מלאה, לא יגבש את הרצון הדרוש לפעול כשליח[24]. כבר הערנו[25] שגם לפי החוק, אף שאין דרישה מפורשת לכך, אין ספק שכדי שיהיה תוקף לשליחותו של פסול דין, יש צורך לבחון אם יש לשליח התכונות הדרושות לגבש את הרצון הדרוש לעשות את פעולת השליחות בשם השולח או במקומו[26]. אלא שקשה מאוד להוכיח שזהו מצבו הפסיכולוגי של מי שדעתו לקויה. על פי ההסבר שהציע הרשב"א, אם השליח אינו בעל כשרות משפטית מלאה, יש חזקה חלוטה שאינו מגבש את הרצון הדרוש לעשות את הפעולה בשם השולח. קביעה זו עשויה למנוע התדיינויות מיותרות.

אף שבעיקרון קטין ומי שלוקה בשכלו אינם כשרים לשמש כשלוחים, יש לכך סייגים אחדים. נסקור אותם להלן.

(2) סייג: שליחות שמקורה ב"הליכות עולם"

לדעת 'חתם סופר'[27], לצד השליחות שמקורה הנורמטיבי במדרש הכתוב, קיימת שליחות שמקורה הנורמטיבי ב"הליכות עולם", כלומר שליחות שמקורה הוא השכל הישר ונוהג העולם. כך היא לדוגמה שליחות לפירעון חוב. על פי השכל הישר, אם פרע השליח את חובו של שולחו, מיוחס הפירעון לשולח, והוא נפטר מחובו. דומה שסוג זה של שליחות מתייחס לאותן פעולות משפטיות שהדין אינו מחייב את בעל הדבר לבצען בעצמו (אין חובה עקרונית שהפירעון יתבצע במו ידיו של החייב דווקא), להבדיל מפעולות שלולי הכלל "שלוחו של אדם כמותו", חייב היה בעל הדבר לבצען בעצמו.

החשיבות העיקרית להבחנה בין שני מקורות נורמטיביים אלה היא לענייננו, שכן שליחות שמקורה ב"הליכות עולם" אינה כפופה לכללי הכשרות התורניים, ולמעשה אינה כפופה לכללי כשרות כלשהם. פירוש הדבר הוא אפוא שבסוג זה של פעולות, יכולים הקטין ומי שלוקה בשכלו לשמש כשלוחים, והשולח ייחשב כמי שעשה את הפעולה בעצמו. ואמנם כך קובע

[23] להרחבה בעניין זה, ראה להלן, נספח ראשון לסעיף זה, עמ' 241.

[24] ראה: חידושי הרשב"א, קידושין יט ע"א, ד"ה אמר רבא ("משום שלזכות עצמו נותן דעתו ומתכוון הוא לזכות, אבל לזכות אחרים אינו נותן דעתו כל כך". על דבריו, ראה דברי משפט, סימן קפח, ס"ק א); חידושי הרי"ם, גיטין סד ע"ב, ד"ה התוספות כתבו דלכך ("וכיון שאין לקטן כוונה [ראה משנה, כלים יז, טו: "אין להם מחשבה"], לא מהני מה שמתכוין לזכות עבורו"). וראה גם אוצר מפרשי התלמוד, בבא מציעא י ע"ב, ליד ציון הערה 216, בשם עין יהוסף, בבא מציעא שם. וראה עוד חידושי הגאון ר' אלחנן וסרמן, הנדפסים במאסף אוהל תורה, חלק א (ברנוביץ תרפ"ד), סימן כ. הרב וסרמן שואל: מדוע לא נלמד פסול קטן בשליחות מפסול שוטה, הלוא אין דעת לזה כמו לזה?

[25] לעיל, ליד ציון הערה 3.

[26] ראה ברק, סעיף 455.

[27] שו"ת חתם סופר, אורח חיים, סימן רא. על דעה זו כבר הצבענו בדיוננו על סעיף 1, ליד ציון הערה 30, ובדיוננו על סעיף 2, פרק שני, עמ' 100, אות ב. וראה עוד להלן, ליד ציון הערה 81.

במפורש 'חתם סופר': "אבל הך שלוחו כמותו הוא מדיני הליכות עולם... אפילו על ידי קטן, יד השליח כיד הבעל הבית ממש, והמערב שלוחו כמותו האמור אצל פרעון חוב עם שארי שלוחו כמותו, הרי זה מערב כלאים".

(3) סייג: שליחות לעברה שעניינה שינוי המציאות הרֵאלית

בפתח הדברים להבנת הסייג שיוצג להלן, יש להקדים ולהזכיר את החריג לכלל "אין שליח לדבר עברה", שעמדנו עליו בדיוננו על סעיף 1[28]. מקורו של חריג זה במדרש הלכה, ולפיו גנב עובר על איסור גזל לא רק כאשר הוא גונב במו ידיו חפץ של הזולת, אלא גם כאשר הוא גונב מכוח קניין חצרו[29]. בתלמוד[30] מובאת דעתו של ריש לקיש, ולפיה דין "קניין חצר" בנוי על המודל המשפטי של שליחות, ונמצא אפוא ש"יש שליחות לדבר עברה" באמצעות חצר. התלמוד מסביר שחריג זה אינו אמור רק בחצר, אלא גם בכל שליח הדומה מבחינה משפטית לחצר. לדעת רבינא[31], כזה הוא שליח שאינו בן חיוב (שליח שאינו נושא באחריות בגין הפעולה, כמו החצר, הנקרא בלשון התלמוד "אינו בר חיובא"). משהזכרנו חריג זה לכלל "אין שליח דבר עבירה", נעיין עתה במקור הבא.

במשנה[32] העוסקת באחריותו של אדם השולח קטין לעשות מעשה נזיקין (הצתת אש) נקבע ש"השולח את הבערה ביד חרש, שוטה וקטן [והציתו אש וגרמו נזק, השולח] פטור בדיני אדם וחייב בדיני שמים". ויש לכאורה לתמוה, הלוא החרש והשוטה והקטן אינם בני חיוב, ומדוע לא יתחייב אפוא השולח אותם בדיני אדם בהתאם לחריג שהזכרנו בפתח דברינו? התוספות[33] מסבירים שהפטור של השולח בכגון זה הוא משום שהחרש והשוטה והקטן אינם "בני שליחות".

הריטב"א[34] חולק על גישה זו. לדעתו, המשנה אינה עוסקת במי ששלח את החרש או השוטה או הקטן להצית אש ולהזיק, אלא במי שנהג בחוסר זהירות כשביקש מאנשים בלתי

[28] ראה דיוננו על סעיף 1, ליד ציון הערה 156.

[29] הכתוב אומר ביחס לגנב: "אם המצא תמצא בידו הגנבה... שנים ישלם" (שמות כב, ג). מדרש ההלכה דורש את הכתוב: "בידו' – אין לי אלא ידו, גגו חצרו וקרפיפו מנין? תלמוד לומר 'המצא תמצא' – מכל מקום". המדרש מובא בין השאר בסוגיית בבא מציעא י ע"ב.

[30] בבא מציעא י ע"ב.

[31] זו שיטת רבינא בסוגיית בבא מציעא י ע"ב. בדיוננו על סעיף 1, ליד ציון הערה 162, ראינו ששיטת רב סמא היא, שאין השולח מתחייב במעשה שלוחו אלא כאשר השליח אינו פועל באופן רצוני. לפי שיטתו, שאלה היא אם חרש ושוטה וקטן נכנסים לקטגוריה זו אם לאו. ראה נימוקי יוסף, בבא מציעא ה ע"ב (בדפי הרי"ף), ד"ה גרסי': "אמר המחבר, ונראה דקטן שאין לו יד כלל, כגון שאין מבחין בין צרור לאגוז, הוי כחצר לחייב שולחו [אפילו לשיטת רב סמא], דהא לא שייך למימר ביה אי בעי לא עביד". וראה גם דיוננו על סעיף 1, הערה 162.

[32] משנה, בבא קמא ו, ד.

[33] ראה תוספות, בבא מציעא י ע"ב, ד"ה אשה. כשיטת התוספות נקט הש"ך, חו"מ, סימן קפב, ס"ק א.

[34] ראה חידושי הריטב"א, בבא מציעא י ע"ב, ד"ה להך לישנא. כשיטה זו נוקטים גם: נימוקי יוסף (לעיל, הערה 31); תוספות, שבועות ג ע"א, ד"ה ועל. וראה סמ"ע, חו"מ, סימן תיח, ס"ק כז, שפסק כשיטה זו להלכה. אולם השווה ש"ך, חו"מ, סימן קפב, ס"ק א, וסימן תיח, ס"ק ט.

לדברינו כאן, השווה א' שיינפלד, חוק לישראל, נזיקין, ירושלים תשנ"ב, עמ' 64-67. מדבריו עולה שהחיוב לפי הריטב"א הוא מ"דינא דגרמי" (כלומר מדיני הנזיקין) ולא מדיני השליחות. ואמנם כך הבינו את דבריו: מחנה אפרים, הלכות נזקי ממון, סימן ז; חידושי חתם סופר, שבועות ג ע"א, ד"ה בא"ד מדלא. ואולם בספר משפטי השליחות, שער שני, סימן יט, ענף א, אות ד (עמ' רלח), העיר אל נכון כי פוסקים אלו לא

אחראיים אלה להעביר אש ממקום למקום, ובכך גרם נזק[35]. אבל מי ששולח קטין או מי שלוקה בשכלו ומורה לו להצית אש בשדהו של חברו, אפשר גם אפשר לתבוע אותו בנזיקין, מכוח החריג שהוזכר לעיל, ולפיו כאשר השליח אינו בן חיוב, יש שליחות לדבר עברה. אולם הלכה זו של הריטב"א תמוהה מאוד, שכן ראינו לעיל שהקטין ומי שלוקה בשכלו אינם כשרים לשמש כשלוחים, כפי שהעירו התוספות[36].

תמיהה זו מיישב 'נתיבות המשפט'[37]. לדעתו, לעניין השפעת פעולת השליח על השולח, הריטב"א מבחין בין התוקף החוקי של הפעולה ובין הפן העונשי שלה. לעניין התוקף החוקי, אין הבדל בין מעשה שהוא בגדר רשות (כגון קניין או קידושין), בין מצווה (כגון הפרשת תרומה), ובין עברה (ובלבד שיש לעברה תוצאות חוקיות, כגון קידושי כוהן וגרושה), ובכולם הכלל הוא "שלוחו של אדם כמותו", היינו התוצאה המשפטית של פעולת השליח מיוחסת לשולח. המקור הנורמטיבי לייחוס תוצאה משפטית זו הוא מדרשי ההלכה שהורו על קיום מוסד השליחות בענייני גירושין ותרומה וקרבן פסח, ומהם הורחב המוסד לכלל הפעולות הדתיות והמשפטיות[38]. 'נתיבות המשפט' מטעים שהקטין ומי שלוקה בשכלו לא נפסלו מלשמש כשלוחים אלא בסוג זה של שליחות, וזאת מכוח מדרש ההלכה (שנאמר בקשר לתרומה): "מה אתם בני דעת, אף שלוחכם בני דעת"[39].

לא כן לעניין הענישה. כאן, לא די בייחוס תוצאת פעולת השליח לשולח, שכן עקרונית אין להעניש אדם אלא אם עשה את העברה בעצמו[40]. לשון אחר. הכלל "אין שליח לדבר עברה" הוא כלל מתחום המשפט הפלילי, ולפיו אין להעניש את השולח בגין פעולת שלוחו (אף אם השיגה את התוצאה המשפטית האסורה שביקש השולח להשיג). לפי זה, משמעו של החריג, ש"יש שליח לדבר עברה" כשהשליח אינו בן חיוב, הוא שניתן לייחס לשולח לא רק

ראו את דברי הריטב"א במקורם אלא רק את מה שהובא מהם בשיטה מקובצת. וראה הרב י' אפשטיין, חבל נחלתו, חלק ד, ירושלים תשס"ה, סימן נ (משלח נכרי לדבר עברה).

35 לפי זה, חידושה של המשנה הוא שאין השולח חייב בדיני שמים אלא אם שולח חרש או שוטה או קטן ולא בר דעת.

36 בנוסף לכך, היא גם מעוררת קושי פרשני בסוגיית קידושין מב ע"ב, שבה שאל התלמוד על משנה זו: מדוע השולח את הבערה ביד פיקח פטור, הלוא "שלוחו של אדם כמותו"? מכאן שהתלמוד הבין שהמשנה עוסקת בשליחות ולא ברשלנות. כך העיר מחנה אפרים, הלכות נזקי ממון, סימן ז. אבל ראה דברי יחזקאל (ברשטיין), סימן נז, אות א, ד"ה וע"כ, שיישב קושי זה, והסביר שאין להקשות מן ההווה אמינא של סוגיית קידושין על המסקנה של סוגיית בבא מציעא י ע"ב, שעליה מבוססים דברי הריטב"א (מובא בהערות 'ברכת משה' על מחנה אפרים, שם, אות ד). והשווה יד המלך, הלכות נזקי ממון, פרק יד, הלכה ו (הובא בדיוננו על סעיף 1, הערה 139).

37 נתיבות המשפט, סימן קפב, ס"ק א (על חלק מדבריו עמדנו לעיל, בדיוננו על סעיף 1, ליד ציון הערה 144). כעין זה, ראה גם בית מאיר, שבועות ג ע"א, ד"ה בתוס'. וראה בעניין זה בהרחבה, אוצר מפרשי התלמוד, בבא מציעא י ע"ב, הערות 224-234.

38 כפי שהרחבנו על כך בדיוננו על סעיף 2, פרק שני, עמ' 96.

39 ראה להלן, נספח ראשון לסעיף זה, הערה 291.

40 נתיבות המשפט מטעים שגישה זו תואמת את עמדתו של הריטב"א, ולפיה הכלל "אין שליח לדבר עבירה" אינו תלוי בנימוק "דברי הרב ודברי התלמיד – דברי מי שומעין?". ראה לעיל, דיוננו על סעיף 1, הערה 140, אות ב. לא כן דעתו של מי שסובר שהכלל תלוי בנימוק זה, שכן על פי גישתו, ניכר שבעיקרון אין מניעה להעניש את השולח בגין מעשה השליח, ואין הוא נפטר מכך אלא משום השיקול "דברי הרב ודברי התלמיד – דברי מי שומעין?".

את התוצאות המשפטיות של פעולת השליח אלא גם את הפעולה עצמה, וכתוצאה מכך יש להענישו כאילו ביצע את העברה במו ידיו. וכאן יש לשים לב לעובדה שאחד מן המקורות הנורמטיביים של חריג זה הוא מדרש ההלכה שהוזכר לעיל בעניין גנבה על ידי חצר, שהורחב לכל עברה הנעשית באמצעות מי שאינו בן חיוב. 'נתיבות המשפט' מטעים שממקור נורמטיבי זה לא נתמעטו הקטין והלוקה בשכלו.

מעתה יש להבדיל בין שני סוגים של שליחות לדבר עברה: יש שליחות שעניינה השגת תוצאה נורמטיבית אסורה, היינו פעולה שעניינה אינו שינוי המציאות הרֵאלית אלא שינוי המציאות המשפטית (כגון כוהן השולח שליח לקדש לו אישה גרושה); ויש שליחות לביצוע פעולה אסורה שעניינה הוא שינוי המציאות הרֵאלית (כגון גרימת נזק לזולת). כאשר מטרת השליחות שינוי המציאות המשפטית, אין השולח נענש אם עשה את הפעולה על ידי קטין או מי שלוקה בשכלו, משום שלא עבר עברה כלל, שהרי השלוחים האלה לא היו כשרים לשליחות זו. לא כן כאשר מטרת השליחות היא שינוי המציאות הרֵאלית, הלוא כאן המעשה שעשה השליח, אף אם הוא קטין או לוקה בשכלו, הוא עובדה קיימת (כמו הצתת שדה), ומאחר שהשליח אינו בן חיוב, נענש השולח כאילו ביצע את הפעולה האסורה במו ידיו, וזאת מכוח מדרש ההלכה בעניין גנבה על ידי חצר הכולל גם קטין ומי שלוקה בשכלו[41].

לסיכום, כאשר נושא השליחות הוא עברה שעניינה שינוי המציאות הרֵאלית, כגון גרימת

[41] 'נתיבות המשפט' מוצא סיוע לשיטתו בדברי התוספות בשבועות (ג ע"א, ד"ה ועל), שמהם עולה שהשולח קטן להקיף את פאת ראשו של אחר (כלומר, לגלח את צדעי ראשו), עובר על איסור "לא תקפו פאת ראשכם" (ויקרא יט, כז). שליחות להקפת פאת הראש עניינה שינוי המציאות הרֵאלית. לדעת 'נתיבות המשפט', מוכח מכאן שניתן לייחס לשולח את תוצאתה המשפטית של פעולה מטריאלית שנעשתה על ידי קטן (ובנידון זה, הטלת עונש מלקות בשל מעשה העברה). 'נתיבות המשפט' מעיר שדברים אלו של התוספות (העולים בקנה אחד עם שיטת הריטב"א) עומדים בסתירה לשיטת התוספות במסכת בבא מציעא (ראה לעיל, ליד ציון הערה 33), ולפיה גם בפעולה מטריאלית אין שליחות לקטן.

מפרשים אחרים מנסים ליישב בין דברי התוספות בשני המקומות. לדעתם, יש להבחין בין ענייני איסור והיתר, בהם יש מקום להכיר בשליחות לדבר עברה לחומרה (מדרבנן), לבין ענייני ממונות, בהם אין לפסוק כנגד צד הפטור מן הדין. ראה: שער המלך, הלכות מלווה ולווה, פרק ה, הלכה יד; בית ישחק על הרמב"ם, הלכות כלאיים, פרק א, הלכה ג, ד"ה ודע שזה; שו"ת שמחת יהודה (אליעזר), סימן עו, ד"ה ויש לחקור. וראה גם הד משה (שוחט), סימן ו, ד"ה וקודם, המסיק ממקורות אחרים שיש שליחות לקטן לחומרה בענייני איסור והיתר. דברים אלו צריכים עיון משני טעמים: ראשית, מפרשים אלו הבינו שהאיסור לשלוח קטן להקיף פאת ראשו של אדם אחר אינו אלא מדרבנן, אולם מדברי התוספות נראה שזהו איסור מן התורה, והשולח אף ילקה אם יעשה כן, כפי שהבין 'נתיבות המשפט'; שנית, הבערת נכסיו של הזולת ודאי שהיא מעשה אסור, ומן הראוי שגם במקרה זה השולח את הקטן ייחשב מדרבנן כמי שעשה את הדבר בעצמו וייענש על כך, וההבחנה בין השניים אינה מוצדקת לכאורה.

מכל מקום, נמצאנו למדים שלדברי מפרשים אלו, אמנם מדין תורה אין שליחות לקטן, גם לא לפעולות מטריאליות, אך מתקנת חכמים יש שליחות לקטן לחומרה לפעולות אלה בענייני איסור והיתר (דהיינו כדי להחשיב את השולח כמי שעשה בעצמו את העברה, לבל יהיו קטנים ופסולי דין כלי ביד עוברי עברה לביצוע מעשיהם). יש לציין כי פוסקים אחרים חולקים גם על גישה זו, ולדעתם הכלל "אין שליחות לקטן" תקף באופן מוחלט גם בשליחות שעניינה שינוי המציאות הרֵאלית, ואף לחומרה אין להכיר בשליחות זו. ראה: תבת גמא על התורה, פרשת קרח, ד"ה תרימו, בעניין הלוואה בריבית על ידי קטן (הובא בפתחי תשובה, יורה דעה, סימן קסט, ס"ק ב); זיכרון יהודה (גרינוולד), חלק ב, סימן ריח, ד"ה והנה; בית לוי (גולדברג), קידושין מב ע"ב, ד"ה לכן.

נזק על ידי הצתה, לעניין עונשין ופיצויי נזיקין, גם קטין ומי שלוקה בשכלו יכולים לשמש כשלוחים, וזהו פשר שיטת הריטב"א[42].

ב. זיקת השליח לשולח

(1) "מה אתם בני ברית, אף שלוחכם בני ברית" – הכלל, מקורו והגיונו

כתוב במקרא[43]: "ואל הלוים תדבר ואמרת אלהם כי תקחו מאת בני ישראל את המעשר אשר נתתי לכם מאתם בנחלתכם, והרמתם ממנו תרומת ה' מעשר מן המעשר". המקרא חוזר ומדגיש[44]: "כן תרימו גם אתם תרומת ה' מכל מעשרתיכם אשר תקחו מאת בני ישראל". הדגשה זו, שהיא מיותרת לכאורה, משמשת יסוד למדרש הלכה שדרשו דבי ר' ינאי[45]: "מה אתם בני ברית, אף שלוחכם בני ברית". לפי זה, יש דרישה שתהיה זהות דתית בין השליח והשולח: מי שאינו בן ברית אינו כשר לשמש שלוחו של בן ברית, ואף לא כשולחו[46].

[42] והשווה שו"ת הר צבי, חו"מ, סימן עג (הובא בדיוננו על סעיף 1, הערה 152, ושם הפניות למקורות נוספים שבהם חוזר הרב צבי פסח פרנק על גישתו, ואִזכור פוסקים נוספים הנוקטים כמותו). לפי הרב פרנק, החריגים לכלל "אין שליח לדבר עברה", העולים בין השאר מדין גנבה על ידי קנין חצר, עניינם הטלת אחריות שילוחית על השולח בגין גרימת העברה, ועל כן אינם כפופים לכללי הכשרות של דיני השליחות (זו הסיבה לדוגמה, שהשולח קטן להקיף ראשו של אחר, לוקה, כפי שהסיקו התוספות, שבועות ג ע"א, ד"ה ועל). הוא מטעים שדין זה אמור בכל עברה שעניינה שינוי המציאות הרֵאלית, חוץ מאותן עברות שבהן יש גזרת הכתוב שלא להטיל עונש בגין אחריות שילוחית אלא רק בגין ביצוע אישי של העברה. לדעתו, אחד מן החריגים האלה הוא לדוגמה נזקי אש (ראה שם הוכחותיו). לפי זה, הוא מטעים שמיושבת הסתירה לכאורה בדברי התוספות עליה הצביע 'נתיבות המשפט' (לעיל, הערה 41). וראה יוסיף נתיב, סימן קפב, הוספה א, ד"ה ונראה הביאור (מודפס בסוף נתיבות המשפט השלם, אשדוד תשס"ד), שכך הבין את נתיבות המשפט.

כך נוקטים גם: הרב י"י רבינוביץ, "בגדרי שליחות", וזאת ליהודה, ירושלים תשל"ז, עמ' שכז, אות ג [=שיעורי הגר"י מפוניבז', קידושין, סימן יג]; קובץ שמועות (וסרמן), בבא מציעא, אות ח. הם אף מרחיבים "שליחות" זו ומחילים אותה לא רק על עברות אלא גם על מצוות שעניינן שינוי המציאות הרֵאלית (ובלבד כמובן שאין דרישה לביצוע אישי של המצווה, שאז המצווה אינה נושא לשליחות). אם השולח יוצא ידי חובתו בעשיית מצוות כאלה על ידי שליח, אין זה משום שמייחסים לו את פעולת השליח, אלא משום העובדה שהוא גרם לביצועה על ידי אחר. על פי זה מצדיק ר' איצל מפוניבז' את המנהג לכבד קטנים במצוות מילה (מנהג זה מוזכר בביקורת על ידי קצות החושן, סימן שפב, ס"ק ב). וראה: שו"ת חסד לאברהם (תאומים), מהדורא תניינא, אורח חיים, סימן כד, ד"ה דרשת, שהבין כך את 'נתיבות המשפט' (ומגיע לפי זה למסקנה שאפשר להדליק נר חנוכה על ידי גוי. אבל ראה מקראי קודש לרב צבי פסח פרנק, ירושלים תשל"ד, חנוכה, סימן יא). וראה: קהילות יעקב (קנייבסקי), כתובות, סימן לח, ד"ה אבל מ"מ; מנחת אשר (וייס), בבא קמא, סימן נא, אות ב, ד"ה והנה במה, שנראה שגם הם הבינו כך את 'נתיבות המשפט'.

[43] במדבר יח, כו.

[44] שם פסוק כח.

[45] ראה: גיטין כג ע"ב; קידושין מא ע"ב. וראה גם בבא מציעא עא ע"ב.

[46] הפוסקים נחלקו בשאלה אם משומד כשר לשליחות אם לאו. לדעת רש"י, משומד כשר לשליחות על פי הכלל "ישראל אף על פי שחטא ישראל הוא". ראה שו"ת רש"י, סימן קעה. לעומת זאת, יש מי שפסלו אותו משום שאינו בן ברית. ראה: כפתור ופרח (לרבי אשתורי הפרחי), ירושלים תשס"ד, פרק י, דיני משומד, ד"ה אבל על היותו משומד; רבי מנחם הבבלי (מובא בשו"ת בית יוסף, דיני גיטין וגירושין, סימן יד); מגן אברהם, סימן קפט, ס"ק א (על פי תוספות, סנהדרין עב ע"ב, ד"ה ישראל, אם כי הוא מצמצם את הפסול רק למשומד להכעיס, אבל משומד לתיאבון, כלומר מי שהמיר את דתו מחמת אינטרס, כשר לשליחות). ויש שהכשירו את המשומד, משום שהוא בן הלאום היהודי (אף שעזב את הדת היהודית ואינו

פסולו של מי שאינו בן ברית מלשמש כשליח אמור גם כאשר עניינה של השליחות הוא שינוי המציאות הרֵאלית. בהתאם לכך נפסקו הלכות שונות, כגון: שהאישה אינה יכולה להדליק נר של שבת על ידי נכרי[47]; שהשורף את חמצו על ידי שליח נכרי אינו מקיים מצוות השבתת חמץ[48]; ושאין לברך על בניית מעקה הנעשה על ידי שליח נכרי[49].

נשאלת השאלה: האם מגבלה זו על כשרותו של השליח חלה רק כאשר נושא השליחות הוא פעולה דתית פולחנית, כגון הפרשת תרומות ומעשרות (שהיא המקור למגבלה)?[50] או שמא המגבלה חלה, יהיה נושא השליחות אשר יהיה? היינו אפילו על פעולה עסקית[51].

מתוך עיון בברייתא העוסקת בהלוואה בריבית[52], ניתן היה להסיק לכאורה שדרישת הזהות הדתית בין השליח לשולח אינה חלה אלא כאשר נושא השליחות הוא פעולה דתית, אבל לא כאשר נושא השליחות הוא פעולה עסקית. ברייתא זו מורכבת משני חלקים: בחלק הראשון (הרישא), המלווה הוא נכרי; ואילו בחלק השני (הסיפא), המלווה הוא יהודי (להבנת הברייתא יש לזכור שאיסור הלוואה בריבית אינו קיים אלא בין יהודים). בשני חלקי הברייתא מתוארת סיטואציה דומה: לפני שהספיק הלווה לפרוע את ההלוואה בריבית שנטל בהיתר (שכן הייתה זו ההלוואה בין יהודי לנכרי), הוא פוגש יהודי המבקש לקבל ממנו את כספי ההלוואה באותם התנאים. וזה לשון הברייתא:

ישראל שלוה מעות מן הנכרי ברבית, וביקש להחזירם לו. מצאו ישראל אחר ואמר לו

עוד בן ברית). ראה: שו"ת בית יוסף, שם; אבן העוזר, אורח חיים, סימן קעט, סעיף א (על פי גישתו, די באחד המרכיבים, לאום זהה או דת זהה, להכשיר לשליחות. על פי גישה זו, פוסק רבי עקיבא איגר בחידושיו, גיטין כג ע"ב, שהמשומד יכול למנות נכרי להיות שלוחו, שהרי שניהם בני אותה דת. וכך פסק גם הרב בנימין זלמן שפיצר, מובא בשו"ת אבן יקרה (וייס), מהדורא קמא, אורח חיים, סימן יח. אבל השווה: שו"ת חתם סופר, אורח חיים, סימן קטז; שו"ת אבן יקרה, שם, סימן כ [תשובת הרב בנימין אריה וייס], שלדעתם דרושה זהות בשני המרכיבים). וראה עוד: שו"ת פני משה (בנבנישתי), חלק ב, סימן לח, ד"ה אחת מהנה ואילך; בית שמואל, סימן קמא, ס"ק מז; פרי מגדים, אורח חיים, סימן שד, אשל אברהם, ס"ק ח; שם, פתיחה כוללת, חלק רביעי, אות ד; שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן קלד, ד"ה ונחזי; אור שמח, הלכות גירושין, פרק ג, הלכה טו (הדן באריכות בשאלה: אם המשומד אינו כשר למנות שליח, כיצד יכולה אשת משומד להתגרש?); משפטי השליחות, שער ראשון, פרק ז, סעיף ח. וראה ש' היבנר, "ישראל שהמיר דתו, מהו?", הדרום ז (תשי"ח), עמ' 44, בעמ' 49, ס"ק ג.

להגדרת "בן ברית", ראה עוד פרי מגדים, פתיחה כוללת לשולחן ערוך, אורח חיים, חלק שלישי, אות כט, בעניין סומא (דבריו הובאו בפתחי תשובה, אבן העזר, סימן לה, ס"ק ו). לדבריו השווה שו"ת נודע ביהודה, מהדורא תניינא, אורח חיים, סימן קיב.

47 הגהות רבי עקיבא איגר, אורח חיים, סימן רסג, על מגן אברהם, ס"ק יא.

48 שם, סימן תמו, על מגן אברהם, ס"ק ב. אבל השווה קובץ שיעורים, פסחים, סימן קצ: "אפשר לבער חמץ ע"י נכרי ואין צריך בזה לדיני שליחות".

49 מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן יא. אמנם, לא כן הוא אם הנכרי מועסק כפועל, שאז דעת 'מחנה אפרים' שיש לברך על עשיית המעקה מדין "יד פועל כיד בעל הבית". השווה להלן, הערה 82.

50 וזאת אף על פי שמי שאינו בן ברית אינו בהכרח זר לסוג כזה של פעולות (כלומר, אף על פי "שישנו בתורת הדבר". על דרישה זו, ראה דיוננו להלן, ליד ציון הערה 91). ראה קידושין מא ע"ב, שם מובאת דעה ולפיה "העובד כוכבים והכותי שתרמו – תרומתן תרומה", ומשום כך יש להגדירם כמי שהם "בתורת הדבר".

51 בעניין זה, ראה ד' סינקלר, "פסלותו של גוי בדיני השליחות", שנתון המשפט העברי ט־י (תשמ"ב־תשמ"ג), עמ' 95 (להלן: סינקלר).

52 ראה בבא מציעא עא ע"ב.

'תנם לי, ואני אעלה לך כדרך שאתה מעלה לו' – אסור[53]. ואם העמידו אצל נכרי – מותר[54].

וכן נכרי שלוה מעות מישראל ברבית, וביקש להחזירם לו. מצאו ישראל אחר ואמר לו 'תנם לי, ואני אעלה לך כדרך שאתה מעלה לו' – מותר[55]. ואם העמידו אצל ישראל – אסור[56].

לכאורה, המשמעות של "העמידו אצל" היא שהמלווה[57] מינה את הלווה[58] כשלוחו להלוות כסף בריבית ללווה השני[59]. ברישא של הברייתא (שהמלווה נכרי), נקבע שאם מתן ההלוואה ללווה השני נעשה על ידי הלווה הראשון (היהודי) כשלוחו של המלווה הנכרי[60], הדבר מותר, משום שדין הלוואה בריבית זו כדין הלוואה מן הנכרי, והיא מותרת. בסיפא של הברייתא (שהמלווה יהודי), נקבע שאם העברת כספי ההלוואה ללווה השני נעשתה על ידי הלווה הראשון (הנכרי) כשלוחו של המלווה היהודי, הדבר אסור, משום שדין הלוואה בריבית זו כדין הלוואה בין יהודים.

מן הסיפא של הברייתא, מוכח אפוא לכאורה, שהנכרי כשר לשמש כשליח[61], שאם לא כן, לא היה מקום לראות הלוואה זו כהלוואה בין יהודים ולאסור אותה בשל כך, שהרי הנכרי הוא שנתן בפועל את ההלוואה ללווה השני. ואף שכלל הוא, כפי שראינו לעיל, שהשליח חייב להיות בן ברית, דומה, כפי שהצענו, שמגבלה זו אינה חלה אלא כאשר נושא השליחות הוא עניין דתי, אבל לא כאשר הוא עניין עסקי גרידא (כמו הלוואה בריבית). זו הייתה אמנם דעתו של רב אשי: "רב אשי אמר: כי אמרינן אין שליחות לנכרי – הני מילי בתרומה[62], אבל בכל התורה כולה – יש שליחות לנכרי". אבל התלמוד דוחה את גישתו זו של רב אשי בתקיפות, וקובע שדבריו אלה אינם אלא "בדותא", שכן "שליחות דכל התורה כולה נמי מתרומה גמרינן לה". כלומר, מאחר שמוסד השליחות כמוסד כללי נלמד (בין השאר) מדין

[53] משום שזו הלוואה בריבית בין יהודים. העובדה שהלווה הראשון מעביר את הריבית שהוא מקבל מן הלווה השני למלווה שלו (הנכרי) אין בה כדי להתיר את תשלום הריבית.

[54] משום שזו הלוואה בריבית מן הנכרי (התלמוד סבר תחילה שהלווה הראשון (היהודי) משמש כאן כשלוחו של הנכרי. ראה להלן).

[55] משום שזו הלוואה בריבית מן הנכרי. העובדה שהלווה הראשון (הנכרי) מעביר את הריבית שהוא מקבל למלווה שלו (היהודי), אין בה כדי לאסור את תשלום הריבית.

[56] משום שזו הלוואה בריבית בין יהודים (התלמוד סבר תחילה שהלווה הראשון (הנכרי) משמש כאן כשלוחו של המלווה היהודי. ראה להלן).

[57] ברישא – הנכרי; בסיפא – היהודי.

[58] ברישא – היהודי; בסיפא – הנכרי.

[59] בשני המקרים הלווה השני הוא יהודי.

[60] זוהי שליחות לפעולה משפטית ולא לפעולה מטריאלית גרידא (של העברת כספי המלווה לידי הלווה השני), משום שהכסף שהועבר ללווה השני הוא עדיין כספו של הלווה הראשון (שכן "מלווה להוצאה ניתנה"). ואם בכל זאת, הלווה השני נחשב כמי שקיבל הלוואה מן המלווה, הרי זה כנראה משום שהלווה הראשון פועל כשלוחו (לפעולה משפטית) של המלווה. כך הציע גם אטינגר, פרקי שליחות, עמ' 191.

[61] כמו כן, מן הרישא מוכח לכאורה שהנכרי כשר גם לשמש כשולח, אבל אין זה מעניינו כאן. לעניין זה, ראה דיוננו להלן, ליד ציון הערה 126, בעניין כשרות השולח.

[62] וראה אור שמח, הלכות מלווה ולווה, פרק ה, הלכה ד, ד"ה והנה: "פירושו לדעתי, לאו דוקא בתרומה לבד, רק [=אלא] בכל עניני הדת והמצות, משום שהעו"ג אינו בן דת ובר מצווה, לכן אין שליחות לעו"ג. אבל בזכיית מעות, שזה עסק ומשא ומתן, דהא בני אדם נינהו וישנם בדינים ובקנינים, הוי שליח".

שליחות בתרומה, הרי שמגבלת הכשרות שבשליחות להפרשת תרומה חלה גם בכל שליחות אחרת[63]. ואכן כך נפסק להלכה[64]: "אין הגוי נעשה שליח לדבר מן הדברים שבעולם" (עם זאת, צריך לציין שעסקה שנעשתה באמצעות שליח נכרי עשויה להיות תקפה מדין סיטומתא. אכן, אף שאין תוקף לשליחות, אם מנהג הסוחרים הוא לעשות עסקאות ביניהם גם באמצעות שלוחים שאינם יהודים, הרי שהקניין תקף, לא מכוח דיני השליחות אלא מכוח דיני הקניין, המכירים בכוחו של המנהג לחדש קניינים שאינם מוכרים על פי דין תורה[65]).

ומדוע פסלה התורה את מי שאינו בן ברית מלשמש כשליח, אפילו לפעולה שהוא אינו זר לה (כגון מתן הלוואה או קנייה או מכירה)? בדיוננו על סעיף 2, טענו שהיסוד הערכי לקיום מוסד השליחות, המאפשר לאדם להשיג תוצאה משפטית באמצעות פעולתו של חברו, אינו רק כיבוד רצונו של השולח, שהשליח יפעל עבורו[66], אלא גם קיומה של שותפות בסיסית ביניהם. אחד התנאים לכך, העולה לפנינו כאן הוא, שהשליח לא יהיה זר לשולח. כאשר שניהם בני ברית, מתקיימת אותה שותפות מינימלית המחברת בין השולח לשלוחו, ומאפשרת לזקוף לטובת השולח את התוצאות המשפטיות של פעולת השליח[67]. להלן[68] נראה שתנאי נוסף לקיומה של שותפות זו הוא, שהשליח לא יהיה זר לנושא השליחות.

[63] טיעון זה מצריך עיון, שכן מסוגיית התלמוד, קידושין מא ע"א־ע"ב, שבה עוסק התלמוד במקורו הנורמטיבי של מוסד השליחות, עולה שאף אם המקרא לא היה מחדש את קיום מוסד השליחות בעניין הפרשת תרומות ומעשרות ("'אתם', 'גם אתם' – לרבות את השליח"), אפשר היה להסיק את קיומו מכוח השוואה לשני נושאים משפטיים־הלכתיים אחרים שבהם נתחדש מוסד השליחות במקרא, גירושין וקרבן פסח (ראה בהרחבה בדיוננו על סעיף 2, פרק שני, עמ' 96). משום כך התלמוד הסביר שם שהייתור של הכתוב, "'אתם', 'גם אתם'", נדרש כבא להורות: "מה אתם בני ברית, אף שלוחכם בני ברית". נמצא לכאורה שדברי רב אשי, ולפיהם יש לצמצם את הכלל הזה לשליחות בתרומה, אינם מופרכים כלל, שכן אפשר בהחלט שדרישה זו לזהות דתית מצומצמת לעניינים דתיים־פולחניים דווקא. וראה חידושי הרשב"א, קידושין מא ע"ב, ד"ה אלא תיתי, המעלה את הקושי ושואל: "דלמא ללמד על עצמו בא?", ועונה: "אלא מדגלי רחמנא בתרומה דאין שליחות לגוי, על הכלל כולו בא ללמד", ולא הסביר מניין לו ש"על הכלל כולו בא ללמד", ושאין לצמצם את ההוראה הזאת בדבר פסילתו של נכרי לעניינים דתיים־פולחניים בלבד. ראה על כך מה שחידש בקשר לדיון על מהות השליחות, האדמו"ר מנחם מנדל שניאורסון מלובביץ', ליקוטי שיחות לג, ברוקלין תשנ"ד, עמ' 113.

[64] ראה: רמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק ב, הלכה א; שולחן ערוך, חו"מ, סימן קפח, סעיף א.

[65] ראה: שו"ת שואל ומשיב, מהדורא תליתאה, חלק ג, סימן ז ("שהרי סטימתא מועיל אף בדבר שלא בא לעולם, והוא הדין בזה שאין צריך לשליחות"); שו"ת מהר"ש (ענגיל), חלק א, סימן ו; שם, סימן לה; חלק ז, סימן ל, ד"ה אך באמת כיון ("כתב בשו"ת שואל ומשיב חלק ג דעכשיו דהמנהג לקנות גם על ידי שליח עכו"מ מהני [=מועיל] על כל פנים מדין סטימתא"); שם, סימן קצג, ד"ה ועוד יש לומר וד"ה אך באמת; שו"ת מנחת יצחק, חלק ה, סימן יח, אות ו. ואולם יש מי שמפקפק אם קניין זה מועיל לעקוף איסורים דאורייתא. ראה שו"ת מהר"ש (ענגיל), חלק א, סימן ו, ד"ה והנה בר"ן, בעניין בהמה מבכרת. וראה עוד: שו"ת אבן יקרה (וייס), מהדורא קמא, אורח חיים, סימן יז, ד"ה ועוד נ"ל (יד ע"ב); שם, סימן כ, ד"ה ובמה שכתב הדר"ג (טז ע"ב), שאף שהוא סבור שלכולי עלמא יש תוקף לקניינים המוכרים בערכאות לעקוף איסורים דאורייתא (ראה שם סימן יז, ד"ה ואחרי שבאנו; שם, מהדורא תליתאה, סימן קעב), מכל מקום, אין בכך להכשיר שליחות על ידי נכרי.

[66] כפי שסבור ברק, סעיפים 163־165.

[67] וראה בדיוננו על סעיף 2, ליד ציון הערה 20.

על הצורך לבטל כל אפליה במדינת ישראל בין יהודי לבין מי שאינו יהודי בדיני ממונות, ראה: הרב י"א הלוי הרצוג, תחוקה לישראל על פי התורה, כרך ג (ירושלים תשמ"ט), עמ' 278, אות ז; הרב מ' בר־אילן,

ונשאלת השאלה: אם אמנם פסילתו של מי שאינו בן ברית לשמש כשליח היא פסילה גורפת, כיצד אפשר להסביר את הברייתא העוסקת בעניין הלוואה בריבית, שראינו לעיל? האם יש להסיק ממנה קיומו של סייג לכלל הפוסל נכרי מלשמש כשליח (ואם כן מה ההיגיון לסייג זה)? להלן נראה שבשאלה זו נחלקו הפוסקים.

(2) סייג: תוקף השליחות "לחומרא"

שאלנו: אם מי שאינו בן ברית פסול מלשמש כשליח, מדוע נאסרה הלוואה בריבית שנותן יהודי לחברו באמצעות שליח נכרי? הלוא הנכרי אינו שליח, ואין לראות אפוא את הלווה כמי שקיבל את הלוואתו מידי מלווה יהודי. התלמוד עונה על כך ואומר שאין קושי להסביר חלק זה של הברייתא: "בשלמא סיפא – לחומרא". כלומר, אמנם מן התורה אין איסור בכגון זה, משום שאין תוקף לשליחות, ונמצא שפורמלית לא הייתה כאן הלוואה בין יהודים, אבל חכמים ביקשו להחמיר בעניין זה ולאסור הלוואה בריבית בין יהודים באמצעות "איש קש" נכרי, ועל כן גזרו להכיר בתוקפה של שליחותו[69].

אולם ההצעה לפרש את הברייתא על יסוד ההכרה בתוקפו של מינוי שליח נכרי לחומרה אינה מספקת, שכן אין בה כדי להסביר את הרישא של הברייתא: מדוע מותרת הלוואה שנותן נכרי ליהודי באמצעות שליח יהודי? הלוא היהודי אינו יכול להיות שלוחו של הנכרי[70]. ואם כן, צריך היה לאסור הלוואה זו משום היותה הלוואה בין יהודים! אשר על כן, התלמוד מציע הסבר אחר: "אלא אמר רב פפא: כגון שנטל ונתן ביד [כלומר, המלווה העביר את ההלוואה ללווה השני במו ידיו]... מהו דתימא: נכרי גופיה כי עביד, אדעתא דישראל קא גמיר ויהיב. קא משמע לן [=שמא תאמר: הנכרי עצמו כשעשה, על דעת ישראל עשה (ועל כן יש בזה איסור). משמיעה לנו (הברייתא שאין לקבל טיעון זה)]". כאן התלמוד חוזר בו מן הפירוש שהציע תחילה למושג "שהעמידו אצל", ומפרש שהכוונה היא לכך שהמלווה נתן את הכסף ללווה השני במו ידיו. על פי פירוש זה, החידוש של הברייתא הוא, שאף על פי שהמלווה עושה כן על דעתו של הלווה הראשון, אין הדבר אוסר את ההלוואה כשהיא ניתנת על ידי נכרי.

לדעת רבנו תם[71], משהציע התלמוד פרשנות אחרת בברייתא, הרי שלהלכה נדחה התירוץ

"חוק ומשפט במדינתנו", בתוך: המשפט העברי ומדינת ישראל (ירושלים תשכ"ט, בעריכת י' בזק), עמ' 22.

[68] להלן, ליד ציון הערה 91.

[69] לעניין שליחות לחומרה, ראה סינקלר (לעיל, הערה 51), עמ' 108-112.

[70] ראה לעיל, ליד ציון הערה 46.

[71] ראה תוספות, בבא מציעא עא ע"ב, ד"ה כגון: "אומר רבנו תם, דהשתא תו לא אמרינן: סיפא לחומרא" (על פי דרכו, ההסבר בסיפא כמו ברישא הוא, שהעובדה שהמלווה היהודי נותן את ההלוואה ליהודי אחר על דעת הנכרי, אין בה כדי להתיר את ההלוואה). וראה הגהות מיימוניות, הלכות מלווה ולווה, פרק ה, אות ו, שהביא ראיה לשיטת רבנו תם מדברי רב אשי בסוגיה, ולפיה אין זה הכרח שה"בשלמא" נשאר להלכה.

בחידושי הרשב"א, בבא מציעא, שם, ד"ה אמר רבא (וראה גם בית יוסף, יורה דעה, סימן קסח, בשם תלמידי הרשב"א), כתב שמן הירושלמי, בבא מציעא, פרק ה, הלכה ה, משמע כמו רבנו תם, שאין שליחות לנכרי אפילו לא לחומרה (וראה עוד להלן, הערה 77, אות ד). ובמראה הפנים, על הירושלמי (כב ע"ב בדפוס וילנא, ד"ה אמר ר' יוסי), כותב שלפי הגרסה שלנו בירושלמי, אין שום ראיה לכך, ורק לפי הגרסה בירושלמי כפי שמובא ברמב"ן וברשב"א יש ראיה כשיטת רבנו תם. וראה גם בביאור הגר"א (המודפס בגיליון רמב"ם, מהדורת פרנקל, הלכות מלווה ולווה, פרק ה, הלכה ד, ד"ה במ"מ), שכתב לגרוס במגיד

הראשון, ומשמעות הדבר היא שאין תוקף למינויו של שליח נכרי אפילו לא "לחומרא"[72]. רוב הראשונים והפוסקים[73] חולקים על גישתו. לדעתם, אף שהתלמוד הציע פרשנות אחרת בברייתא (כדי שאפשר יהיה להסביר גם את הרישא), הרי להלכה התירוץ הראשון עומד על כנו. כלומר, החכמים אמנם גזרו שיש להכיר בתוקפה של הלוואה בריבית בין יהודים שנעשתה באמצעות "איש קש" נכרי[74]. גם הרמ"א[75] הכריע כדעה זו, אלא שהוסיף: "אבל במקום שנהגו להקל [כשיטת רבנו תם], אין למחות בידם"[76].

לענייננו, מתבקשת השאלה: לדעת אותם פוסקים (והם הרוב) הסוברים שיש גזרה האוסרת הלוואה בריבית ליהודי באמצעות שליח נכרי, מהו היקפה של גזרה זו? האם היא מצומצמת לדיני ריבית בלבד? או שמא לפנינו גזרה כללית בדיני שליחות, שמטרתה למנוע את השימוש בשליח נכרי לשם השגת כל תוצאה אסורה שהיא? גם בשאלה זו נחלקו הפוסקים: יש אומרים[77]

משנה שם: "אבל ר"ח ורבנו אלפס ורש"י ז"ל כתבו שיש שליחות לגוי לחומרא... וזהו דעת רבנו, וכן נראה מן הירושלמי", ולא כפי שכתוב לפנינו, שמן הירושלמי נראה כשיטת רבנו תם. וראה גם מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן יד, המביא ראיה מן הירושלמי, דמאי, פרק ו, הלכה ח, שיש שליחות לגוי לחומרה, ומנסה ליישב בדוחק את שיטת רבנו תם עם דברי הירושלמי.

72 לניתוח הרקע ההיסטורי של גישת רבנו תם, ראה ח' סולובייצ'יק, הלכה כלכלה ודימוי עצמי, ירושלים תשמ"ה, עמ' 67-71.

73 ראה: רבנו חננאל, המובא באור זרוע, בבא מציעא, סימן רי, ד"ה אבל (דעתו מובאת על ידי מרבית הראשונים על אתר); רי"ף, בבא מציעא מב ע"א (בדפי הרי"ף); רש"י, בבא מציעא עא ע"ב, ד"ה אדעתא דידיה דישראל; בה"ג, הלכות ריבית (עמ' תפד במהדורת מכון ירושלים תשנ"ב, וראה שם הגהות בן אריה); ספר יראים (השלם), סימן קיח, ד"ה תשיעית, וראה שם, תועפות ראם (שיף), אות כט; רמב"ם, הלכות מלווה ולווה, פרק ה, הלכה ד (על שיטתו, ראה להלן, הערה 77); חידושי הרמב"ן, בבא מציעא עא ע"ב, ד"ה אלא (אם כי העיר שמן התלמוד הירושלמי עולה כשיטת רבנו תם. וראה לעיל, הערה 71); ספר התרומות, שער מו, חלק ד, אות י; נימוקי יוסף, בבא מציעא מב ע"א (בדפי הרי"ף), ד"ה שנשא ונתן; שולחן ערוך, יורה דעה, סימן קסח, סעיף ו.

74 אולם ראה חידושי ר' חיים הלוי על הרמב"ם, הלכות מלווה ולווה, פרק ה, הלכה ג, המסביר את הסוגיה באופן שונה מפירוש הראשונים, ולפיו לעולם אין שליחות לנכרי לחומרה, ואפילו לפי תירוצו הראשון של התלמוד. לדעתו, האיסור להלוות באמצעות נכרי אינו בשל השליחות שעושה הנכרי עבור היהודי, אלא מתוקף דיני החיובים שעל פיהם נחשב היהודי כמי שהלווה את הכסף. כעין זה ראה חלקת יואב, חלק א, יורה דעה, סימן כה.

75 רמ"א, יורה דעה, סימן קסח, סעיף ו. וראה גם שם, סימן קסט, סעיף ט.

76 על פי: שו"ת הרא"ש, כלל קח, סימן יא; תשובות מיימוניות, ספר משפטים, סימן לג (אלא שאינו מתיר אלא בהלוואה על המשכון).

77 תפיסה זו עולה מפוסקים אחדים:

א) ראה חידושי רבי עקיבא איגר, בבא מציעא סא ע"א, ד"ה בא"ד והא דאמר (=דרוש וחידוש לרבי עקיבא איגר, השמטות לבבא מציעא סא ע"א, ד"ה תוס' ד"ה אם). רבי עקיבא איגר מנסה ליישב את דברי הרמב"ם (הלכות מלווה ולווה, פרק ה, הלכה ד), שכתב: "ואם העמידו אצל ישראל, אף על פי שנתן הגוי המעות בידו, הואיל ומדעת ישראל [המלווה] נתן, הרי זו ריבית קצוצה". "ריבית קצוצה" אסורה מן התורה (ולא רק מדרבנן). המפרשים התקשו בהבנת דברי הרמב"ם, שכן מדברי התלמוד שראינו לעיל, עולה שהדבר נאסר מתוקף חומרה מדרבנן, וכיצד ייתכן לומר שריבית זו אסורה מן התורה? רבי עקיבא איגר מסביר שגזרת חכמים בענייננו אינה גזרה המצומצמת לענייני ריבית בלבד אלא גזרה כללית בדיני שליחות. לפי זה, ברור שמאחר שחכמים תיקנו להכיר בכל שליחות לחומרה, הרי הריבית היא כריבית של תורה, כשם שקניין שתיקנו חכמים, גם הוא מועיל לעניין דינים שהם מדאורייתא. לפתרונות אחרים בהסברת דברי

הרמב"ם (ובהם פתרונות שלפיהם הגזרה מצומצמת לענייני הלוואה בריבית בלבד), ראה ההפניות הרבות בספר המפתח, על הלכה זו של הרמב"ם, מהדורת פרנקל.

ב) ראה: הגהות מיימוניות, הלכות שבת, פרק ו, אות ב; שולחן ערוך הרב, אורח חיים, סימן רמג, סעיף א; פתח הדביר, חלק ד, סימן שז, סעיף ב, בשם ספר הלבוש, אורח חיים, סימן שז, סעיף ב – שכתבו שאיסור אמירה לנכרי, ולפיו אסור לומר לנכרי לעשות מלאכה בשבת, מבוסס על העיקרון שיש שליחות לנכרי לחומרה. וראה גם מהר"ץ חיות, שבת יח ע"ב, ד"ה רש"י, המייחס דעה זו לרש"י (וכך עולה אמנם גם מרש"י, שבת קנג ע"א, ד"ה מאי טעמא).

וראה שו"ת פני יהושע (מקראקא), חלק א, יורה דעה, סימן ג, בסופו (מובא בשערי תשובה, אורח חיים, סימן רסג, ס"ק כב), שתמה, מאחר שיש שליחות לנכרי לחומרה, מדוע נחוצה תקנה מיוחדת האוסרת אמירה לנכרי משום "שבות"? יש המסבירים שאף אם מדובר בגזרה כללית, היא אינה כוללת את איסור "אמירה לנכרי" בשבת, שכן מטרת איסורי מלאכה בשבת היא מנוחת האדם ושביתתו ממלאכה, ציווי שאינו מופר כאשר המלאכה נעשית על ידי שליח. לשון אחר, לדעתם, איסורי מלאכה בשבת אינם נושא לשליחות כלל. ראה לדוגמה: ישועות יעקב, אורח חיים, סימן רסג, ס"ק ו; בית מאיר, אבן העזר, סימן ה, סעיף יד (אם כי מהמשך דבריו נראה שהוא חוזר בו מהבחנה זו); חידושי חתם סופר, שבת קנ ע"א, ד"ה ובספר; שו"ת חתם סופר, אורח חיים, סימן פד; שו"ת שואל ומשיב, מהדורא קמא, חלק ב, סימנים סט, קי (לדחיית סברה זו, ראה דברי הרב צבי פסח פרנק בקונטרס אחרון שכתב לספר נשמת חיים להרב חיים פיינזילבר, אות כט). לניתוח דברי האחרונים האלה והבחנה בין שיטותיהם, ראה מנחת אשר (וייס), שמות, סימן יח, אות ב. וראה דברינו על סעיף 1, הערה 167. השווה אור שמח, הלכות מלווה ולווה, פרק ה, הלכה ד, ד"ה והנה. לדעתו, התשובה לשאלה זו נעוצה בכך שחכמים לא גזרו להכיר בתוקפה של שליחות נכרי לחומרה אלא בשליחות עסקית, שם ההיגיון היה מחייב שלא לפסול את שליחותו של הנכרי (ולא נפסל הנכרי אלא מכוח גזרת הכתוב, כפי שראינו לעיל). אבל בשליחות דתית (כמו שליחות לחלל שבת) אין מקום להכיר בנכרי כשליח, גם לא לחומרה (והשווה שו"ת בית אפרים, יורה דעה, סימן סב. לדעתו, יסוד הגזרה בכלל "הפקר בית דין הפקר", וממילא גם הוא סבור שאינה חלה אלא בשליחות עסקית). לדעה זו, מובן מדוע תוקנה תקנה מיוחדת בעניין "אמירה לנכרי" (להסברים אלה, השווה להלן, הערה 85, גישת 'נתיבות המשפט'). וראה גם חידושי רבי עקיבא איגר, גיליון שולחן ערוך, אורח חיים, סימן שז, על מגן אברהם, ס"ק כט. עוד ראה בעניין זה: קהילות יעקב (קנייבסקי), עבודה זרה, סימן ח; שם, בבא קמא, סימן כא, ד"ה כתב הנימוקי יוסף; הערות במסכת כתובות (של הרב י"ש אלישיב), חלק א, ירושלים תשנ"ח, עמ' קנד־קנה (תודתי לידידי פרופ' דב פרימר על שהפנה אותי למקור זה).

ג) ראה חוות יאיר, סימן קפה, הסובר שיש שליחות לנכרי לחומרה לעניין איסור "לפני עִוֵר לא תתן מכשול".

ד) התלמוד, בבא קמא נא ע"א, עוסק באחריותם של שותפים בנזקי בור, והוא תמה: כיצד תיתכן אחריות משותפת בכריית הבור, אף אם שלחו יחדיו שליח לכרות את הבור, הלוא "אין שליח לדבר עברה"? בחידושי הרשב"א, שם, ד"ה אין שליח לדבר עבירה, הקשה שלכאורה פתרון פשוט היה להציע שהבור נכרה על ידי שלוחם הנכרי של השותפים, שכן יש שליחות לנכרי לחומרה (לכאורה, קושיה זו אינה מובנת, שכן גם לנכרי אסור לכרות בור ברשות הרבים, והוא יתחייב בנזיקין אם יעשה כן. הנכרי הוא אפוא "בר חיובא", וגם אם יש שליחות לנכרי, אין במקרה זה שליחות לדבר עברה. אולם ראה להלן). הרשב"א מיישב לשיטתו (ראה לעיל, הערה 71), שאין שליחות לנכרי, אף לא לחומרה. לדברי הסוברים שלחומרה יש שליחות לנכרי, מתרץ בהגהת מעשה חושב, על שער המלך, הלכות תרומות, פרק א, הלכה יא, שדווקא בענייני איסור והיתר נקבע שיש שליחות לנכרי לחומרה, אולם בענייני ממונות (כגון חיוב בנזיקין בגין כריית בור ברשות הרבים), אין שליחות לנכרי, אפילו לא לחומרה (כעין זה ראה מה שהובא לעיל, ליד ציון הערה 41, בעניין שליחות לקטן). גישתו של 'מעשה חושב' הפוכה אפוא לחלוטין מגישתו של 'אור שמח', שהובאה לעיל, ליד ציון הערה 63.

ה) ראה מחנה אפרים (לעיל, הערה 71), המוכיח מן הירושלמי, דמאי, פרק ו, הלכה ח, שיש שליחות לנכרי לחומרה. מדבריו עולה שחומרה זו נוהגת בכל ענייני השליחות, שכן הירושלמי עוסק בשליחות לקניית יין נסך.

ראה גם: שער המלך, הלכות מלווה ולווה, פרק ה, הלכה יד; מלוא הרועים (יולס), חלק א, אות שי"ן, ערך שליח לדבר עבירה, אות יג.

שמדובר בגזרה כללית בדיני שליחות, המרחיבה את כללי הכשרות ומכירה בתוקפה של שליחות נכרי לאיסור[78]; ויש פוסקים הסוברים[79] שהגזרה אינה נוגעת אלא לאיסור ריבית בלבד, ואילו בשאר האיסורים, אין שליחות לנכרי, אפילו לא לחומרה[80].

(3) סייג: שליחות שמקורה ב"הליכות עולם"

לעיל[81] ראינו שהכלל הפוסל את מי שנעדר כשרות משפטית מלשמש כשליח אינו חל על שליחות שמקורה ב"הליכות עולם", כגון שליחות לפירעון חוב. סייג זה נכון גם ביחס למי שאינו בן ברית.

בהתאם לכך נפסק שאין מניעה לבנות מעקה לגג על ידי שליח נכרי, ויש מי שפסק שאפשר אפילו לברך על כך[82].

(4) סייג: שליחות לעברה שעניינה שינוי המציאות הרֵאלית

הזכרנו לעיל[83] את שיטת הריטב"א, שלפיה לעניין ענישת השולח בגין שליחות לעברה, לא חלים כללי הכשרות הרגילים, ובלבד שמתקיימים שני תנאים: עניינה של העברה שינוי המציאות הרֵאלית, והשליח אינו בן חיוב, כלומר אינו נושא באחריות אישית בגין ביצוע

[78] ראה לדוגמה שו"ת שבות יעקב, חלק א, סימן קסד, בעניין מי שהלבין את פני חברו ברבים באמצעות שליח נכרי. וראה הרב אברהם כלבו מלודז', כנסת חכמי ישראל, קונטרס ט (אודסה תרנ"ז), סימן קפז, אות ב (מובא בשדי חמד, פאת השדה, כללים, מערכת האלף, אות עח, ד"ה וחקר), הדן בשאלה אם הקביעה שיש שליחות לנכרי לחומרה משמעה ששליחות זו תקפה לחלוטין, וכיוון שכך, יש להכיר בכל התוצאות הנובעות ממנה, כולל התוצאות שהן לקולא, או שיש לראות את השליחות כתקפה רק לעניין האסור, אך לא לשאר העניינים הנובעים ממנה.

[79] ראה לדוגמה חידושי הריטב"א, בבא מציעא עא ע"ב, ד"ה בשלמא סיפא, שמדבריו נראה שהגזרה היא בדיני הלוואה בריבית דווקא, ולא בדיני כשרות לשליחות (הוא כותב: "דחומרא בטעמא היא", ומסביר את הגיונה של הגזרה בזיקה לדיני ריבית דווקא. ראה שם). ראה גם: שו"ת בית שלמה (דרימר), אורח חיים, סימן פא; שדי חמד, קונטרס הכללים, מערכת האלף, אות רסב; שו"ת בית אפרים, יורה דעה, סימן סב; בית מאיר, אבן העזר, סימן ה (אלא שהוא סובר שחכמים גזרו על שליחות לחומרה לא רק לגבי איסור ריבית אלא גם לגבי איסור שבת בשל חומרתן של עברות אלו).

[80] בסוף דברינו בעניין זה, מן הראוי לציין לפוסק אחד, ר' רפאל חזן (חקרי לב, יורה דעה, חלק ב, סימן כט, ד"ה כי ע"כ נ"ל (נט ע"ב)), הכותב שבשליחות לדבר עברה, לא חל הכלל "אין שליחות לנכרי", והשולח נכרי (או קטן) לעשות מעשה אסור ייענש על כך כאילו עשה את המעשה בעצמו. לדבריו, אם החצר, שאינה אישיות משפטית, יכולה להיות שליח לדבר עברה (וזאת מכוח גזרת הכתוב. ראה לעיל, ליד ציון הערה 29), כל שכן שהנכרי והקטן כשרים לשליחות זו. 'חקרי לב' מתקשה: מדוע אם כן אסורה הלוואה בריבית על ידי שליח נכרי רק מדרבנן, מטעם שליחות לחומרה, ולא מדאורייתא? תשובתו היא, שמכיוון שההלוואה אינה מעשה אסור כשלעצמו, ובעיקרון, נכרי אינו כשר לשמש כשליח לביצועה, יש תוקף לכללי הכשרות הרגילים גם כשנעשית עברה תוך ביצוע ההלוואה (כגון בהלוואה בריבית).

[81] לעיל, ליד ציון הערה 22.

[82] כך הסיק מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן יא, בדעת פרי חדש (יורה דעה, סימן קכ, ס"ק מ), שפסק שאפשר לברך על טבילת כלים על ידי נכרי. אבל לעיל, ליד ציון הערה 49, ראינו ש'מחנה אפרים' עצמו חולק על כך, וסבור שהבונה מעקה על ידי נכרי מברך רק כשהנכרי מועסק על ידו כפועל (מדין "יד פועל כיד בעל הבית"). לעומת זאת אם הנכרי אינו מועסק כפועל אלא רק כשליח, אף על פי שבעל הבית יוצא ידי חובתו בבניית מעקה על ידי נכרי, אין פירוש הדבר שהוא נחשב כמי שבונה את המעקה בעצמו, ועל כן אינו יכול לברך עליו.

[83] לעיל, ליד ציון הערה 37.

המעשה האסור. הסיבה לכך היא שתוקפה של שליחות מסוג זה מבוסס על מקור נורמטיבי עצמאי (בעניין גנבה על ידי חצר) שאינו שולל ממי שאינם בני דעת את האפשרות לשמש כשלוחים. 'נתיבות המשפט'[84] מדגיש שחריג זה כולל גם את מי שאינו בן ברית.

נמצא שאם נכרי נשלח על ידי יהודי לעשות פעולה שהיא אסורה לשולח, אך אינה אסורה לו, יש תוקף לשליחות, ובלבד שעניינה של העברה שינוי המציאות הרֵאלית (להבדיל משינוי המציאות המשפטית). כך לדוגמה, אם ישראל שולח נכרי להקיף את פאת ראשו של ישראל אחר, הריהו עובר על איסור "לא תקִפו פאת ראשכם" (ויקרא יט, כז), והוא יישא אפוא בעונש כאילו עשה את העברה במו ידיו[85].

יש להדגיש שסייג זה אינו מקובל על התוספות וסיעתו[86]. לדידם, השולח נכרי להקיף את פאת ראשו של אדם אחר, אינו עובר אלא על איסור מדרבנן, מכוח העיקרון שראינו לעיל, ולפיו "יש שליחות לגוי לחומרא"[87].

ג. זיקת השליח לנושא השליחות ("בתורת הדבר")

עד כה ראינו שתנאי לכשרותו של אדם להיות שליח הוא, שיהיה בעל כשרות משפטית מלאה, דרישה המחמירה יותר מדרישת החוק (ושיהיה בן ברית, דרישה שאינה קיימת בחוק). אבל הזכרנו שהמשפט העברי אינו דורש שהשליח יהיה בעל כשרות משפטית לעשות את הפעולה המסוימת נושא השליחות, ודי בכשרותו הכללית. כך לדוגמה, התלמוד[88] קובע שהאישה יכולה להיות שליחה של גבר לגירושי אישה אחרת, אף על פי שהיא עצמה אינה יכולה לגרש. כמו כן, גבר יכול להיות שליח של אישה לקבל את גטה, אף על פי שהוא עצמו אינו יכול לקבל גט. הר"ן מוסיף שבאותה מידה, אדם כשר להתמנות שליח לקדש אחת מקרובותיו[89], אף על פי שהוא עצמו מנוע מלהתחתן עמה[90]. בעניין זה תואם אפוא המשפט העברי את החוק.

[84] נתיבות המשפט, סימן שמח, ס"ק ד.

[85] כפי שעולה מדברי התוספות, שבועות ג ע"א, ד"ה ועל. 'נתיבות המשפט' מתקשה לפי זה: מדוע אין איסור מן התורה לומר לנכרי לעשות מלאכה בשבת, הרי מדובר בשליחות שעניינה שינוי המציאות הרֵאלית, כגון הדלקת נר? השווה לעיל, הערה 77. בכגון זה אין לומר ש"אין שליח לדבר עברה", שכן הנכרי אינו בר חיוב, שהרי אינו מצווה לשמור את השבת. 'נתיבות המשפט' מתרץ שאין מקום לדבר על שליחות לדבר עברה רק כאשר פעולת השליח יצרה תוצאה אסורה. לא כן הוא כשהנכרי עושה מלאכה בשבת, שהשבת אינה מתחללת על ידו (גם אם עשה זאת בשליחותו של היהודי), וממילא אין עברה שניתן לייחסה לשולח. וראה מה שהקשה בשו"ת חתם סופר, אורח חיים, סימן פד, ד"ה ראשית, על גישה זו. השווה: קובץ הערות (וסרמן), יבמות, סימן ח, אות ז; קובץ שמועות, בבא מציעא, אות ח; הרב שאול ישראלי, עמוד הימיני, סימן טז, פרק א (שליחות לדבר עבירה בבני נוח ברציחה ובשאר עבירות), עמ' קסב־קסז במהדורת תשכ"ו (=עמ' קסח־קעג, במהדורות תש"ס), ובמיוחד ההערה בעמ' קסה (עמ' קעא במהדורת תש"ס).

[86] לעיל, הערה 33. גם הרשב"א אינו מקבל סייג זה כפי שעולה ממה שהבאנו בשמו, לעיל, הערה 77, אות ד. והשווה שו"ת הר צבי (לעיל, הערה 42).

[87] וראה לעיל, הערה 41. וכך פוסק לדוגמה שו"ת חתם סופר, אורח חיים, סימן פד, ד"ה ראשית, שיהודי השולח נכרי לעשות פעולה מטריאלית אסורה (כגון סירוס בהמה או חסימת פיה תוך כדי דישה) אינו עובר על איסור מדאורייתא אלא רק מדרבנן.

[88] ראה גיטין סב ע"ב.

[89] ר"ן, קידושין כא ע"ב (בדפי הרי"ף), ד"ה וגרסי'. כך כתבו גם: שו"ת הרא"ש, כלל לה, סימן ג; מגיד משנה, הלכות אישות, פרק ט, הלכה ו. וראה: שו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, אבן העזר, סימן סד; שם, מהדורא תניינא, אבן העזר, סימן ע, הדן באפשרות זו מצד אחר.

יחד עם זאת, יש דרישה נוספת לכשרותו של השליח, והיא שהשליח לא יהיה זר לנושא השליחות[91]. כך עולה ממה שמובא בתלמוד[92] בשם רבי יוחנן: "אין העבד נעשה שליח לקבל גט לאשה מיד בעלה, לפי שאינו בתורת גיטין וקדושין"[93]. לדעת רש"י[94], דרישה זו מחויבת ההיגיון המשפטי: "דמסברא אית לן למימר דמידי דלא שייך ביה, לא מתעביד עליה שליח [=מסברה יש לנו לומר שבדבר שאינו שייך בו, אינו נעשה שליח עליו]"[95]. אולם לא ברור מהי אותה סברה המחייבת דרישה זו? הר"ן[96] מסביר שהעבד אינו יכול לקבל את הגט, משום ש"אין לו יד לגירושין". ועדיין הדברים צריכים ביאור, מדוע השליח זקוק ל"יד לגירושין"? ומה אופייה של אותה "יד"? הרי סוף סוף, לא הוא המתגרש אלא האישה ששלחה אותו! זאת ועוד, אין לטעון שהוא חייב להיות מסוגל לעשות את הפעולה נושא השליחות בעצמו כדי שאפשר יהיה לייחס את תוצאת פעולתו לשולח, שהרי כפי שראינו, אף שהאישה אינה יכולה לקדש בעצמה, היא יכולה להיות שליחה לקדש!

נראה שהתשובה לשאלות אלו היא, שהיסוד הערכי לקיום מוסד השליחות, המאפשר לאדם להשיג תוצאה משפטית באמצעות פעולתו של חברו, אינו רק כיבוד רצונו של השולח, שהשליח יפעל עבורו[97], אלא גם קיומה של שותפות בסיסית ביניהם, שבלעדיה המשפט העברי

[90] הר"ן מוסיף ראיה לכך מנזיר יב ע"ב. בסוגיה זו נקבע שאם נשלח אדם לקדש אישה בלתי מסוימת, ומת השליח ואין יודעים איזו אישה קידש, השולח אסור בכל הנשים שבעולם, משום שכל אישה היא ספק קרובת האישה שקידש לו השליח (על סוגיה זו, ראה ביתר הרחבה להלן, ליד ציון הערה 174). אומר הר"ן: "ויש שדקדקו מכאן שאדם יכול להיות שליח להוליך קדושין לקרובתו ולקדשה לאחר, אף על פי שאינו יכול לקדשה לעצמו, דאי לא, יאמרו [כלומר, ההלכה הייתה צריכה לקבוע] שמותר בקרובות השליח". מוכח אפוא מכאן שאדם כשר להתמנות שליח לקידושי קרובותיו.

[91] אם אישה כשרה להתמנות שלוחה להוליך גט לאישה אחרת או לקדש אישה אחרת, הרי זה משום שתנאי זה מתקיים, מפני שאינה זרה לענייני נישואין וגירושין.

[92] ראה: גיטין כג ע"ב; קידושין מא ע"ב.

[93] לפי רש"י, גיטין כג ע"א, ד"ה לקבל, עבד פסול לשמש כשלוחו של הבעל להוליך את הגט לאשתו (וכך נקטו הרי"ף, מובא בחידושי הרשב"א, גיטין כג ע"א, ד"ה הא, והרמב"ם, הלכות גירושין, פרק ו, הלכה ו). לא כן דעת הר"י מיגאש, כפי שהעיר חידושי הרמב"ן, גיטין כג ע"א, ד"ה עבד. הרמב"ן מסביר מה בין שליח הולכה לשליח קבלה: "ואנו יש לנו להשיב, שליח הולכה אינו אלא כשליח דעלמא, ובשליחות דעלמא איתנהו [כלומר, עבד ישנו בתורת שליחות רגילה], אבל שליח קבלה, מכיון שהגיע גט לידו מגורשת, והוא אין לו יד לגירושין, הואיל ואינו בתורת גיטין" (מובא בר"ן, גיטין יב ע"א בדפי הרי"ף, ד"ה אמר). נראה שאין כאן מחלוקת עקרונית בין רש"י והר"י מיגאש בעניין הגדרת המושג "בתורת הדבר". אלא שלפי הר"י מיגאש, כשם שהבעל יכול היה לזרוק את הגט לאישה, כך הוא יכול להעביר אליה את הגט על ידי העבד, מאחר שתפקידו אינו אלא להעביר את הגט מידי הבעל לידי האישה, ולעניין זה אין סיבה לפסול אותו מלשמש כשליח (ראה: אבני מילואים, סימן לה, ס"ק ט, ד"ה ולענ"ד; ברכת שמואל, גיטין, סימן לד. וראה דיוננו בסעיף 2, פרק שלישי, ו, עמ' 110). הר"ן מעיר שמהירושלמי גיטין, פרק ב, הלכה ו, מוכח כשיטת רש"י. לסיכום המחלוקת ותוצאותיה הלכה למעשה, ראה ערוך השולחן, אבן העזר, סימן קמא, סעיף סז.

[94] רש"י, קידושין מא ע"ב, ד"ה לפי שאינו. וראה גם רש"י, גיטין כג ע"א, ד"ה לאו בר היתרא הוא.

[95] ואולם השווה רש"י, בבא מציעא צו ע"א, ד"ה עבד דלאו בר מצוה לא. הוא קובע שם שדרישה זו, ולפיה השליח צריך להיות בעצמו "בתורת הדבר", מקורה במדרש ההלכה "'אתם' 'גם אתם' – לרבות שלוחכם" (אם כי יש לציין שהוא אינו משתמש בביטוי "בתורת הדבר", אלא ניסוחו הוא: "דבעינן דומיא דמשלח שיהיו דיניו נוהגים בו"). ליישוב סתירה לכאורה זו בדברי רש"י, ראה מה שהציע שו"ת חתם סופר, אורח חיים, סימן קטז (התשובה השנייה שם; מובא בשו"ת רבי עקיבא איגר, מהדורא תניינא, סימן קלט). אבל עדיין צריך עיון.

[96] ר"ן, גיטין יב ע"א (בדפי הרי"ף), ד"ה אמר.

[97] כפי שסבור ברק, סעיפים 163-165.

אינו מכיר בכוחו של השליח לפעול במקום השולח[98]. על אחד מן התנאים לקיומה של שותפות זו, עמדנו לעיל, בתת־פרק הקודם, כשהסברנו את הפסול של מי שאינו בן ברית. תנאי נוסף הוא שהשליח לא יהיה זר לנושא השליחות. כי אם הוא זר לנושא השליחות, כגון עבד, שאינו בתורת גטין וקידושין, חסרה אותה שותפות מינימלית המחברת בין השולח לבין שלוחו, המאפשרת לזקוף לשולח את התוצאות המשפטיות של פעולת השליח[99].

ד. אפשרות ביצוע פעולת השליחות בשעת המינוי ("מצי עביד השתא")

התלמוד[100] קובע כלל המגביל את האפשרות למינוי שליח: "לא משוי איניש שליח אלא במילתא דמצי עביד השתא. במילתא דלא מצי עביד ליה השתא, לא מצי משוי שליח [=אין אדם עושה שליח אלא בדבר שיכול לעשות עכשיו. בדבר שאינו יכול לעשות עכשיו, אינו יכול לעשות שליח]"[101]. לא ברור מיהו הנושא של המגבלה האמורה כאן, ובמילים אחרות מיהו זה שצריך להיות מסוגל לעשות את פעולת השליחות כבר בשעת המינוי, כדי שהמינוי יהיה תקף, השולח או השליח?[102]. האם תוקף המינוי מותנה ביכולתו של השולח לעשות כבר עתה את פעולת השליחות? או שמא תוקף המינוי מותנה ביכולתו של השליח?

לדעת רוב הפוסקים[103], הנושא של הכלל התלמודי הוא השולח. לפי זה, משמעות הכלל היא שמינוי השליח תקף אך ורק אם נעשה בשעה שהשולח מסוגל לעשות את פעולת השליחות בעצמו. לדוגמה, אדם אינו יכול למנות שליח לקדש לו אישה שהיא נשואה בשעת המינוי, מפני שהוא עצמו אינו יכול לקדש אותה באותה שעה[104]. על מגבלה זו, נרחיב את הדיבור בפרק הבא, כשנדון בכשרותו של השולח.

אולם מן הראוי לציין שהועלתה גם דעה אחרת[105] בהבנת הכלל התלמודי, ולפיה הכלל מתייחס לשליח, ואילו מן השולח לא נדרש אלא שיהיה "בתורת הדבר". גישה זו מציבה אפוא דרישה מחמירה ביותר לתוקפו של המינוי, ולפיה אף שמתקיימים כל התנאים שהזכרנו עד כה בעניין כשרותו של השליח: אף שהשליח הוא בעל כשרות משפטית מלאה; אף שהוא אינו זר לנושא השליחות; ואף שאינו זר לשולח (היינו שהוא בן ברית) – אם הנסיבות הן שהשליח אינו מסוגל להוציא את שליחותו אל הפועל כבר בשעת המינוי, המינוי אינו תקף[106].

98 וכפי שכבר עמדנו על כך בדיוננו על סעיף 2, ליד ציון הערה 19.

99 לשאלה מהי מידת הזיקה הצריכה להתקיים בין השליח ובין נושא השליחות, כדי שהלה יוכל להיות שליח, ראה להלן, נספח שני לסעיף זה, עמ' 243.

100 נזיר יב ע"ב.

101 על הרקע לקביעה זו ועל נוסח הדברים, ראה ביתר הרחבה, להלן, פרק שלישי, ד, עמ' 210.

102 אמנם על פי רוב, כשהאחד מנוע, גם השני מנוע, אבל יש מקרים שבהם אין זה המצב (ראה להלן, הערה 107), ויש חשיבות אפוא לעמוד על משמעותו של הכלל התלמודי הזה.

103 ראה להלן, פרק שלישי, ד(1), עמ' 211.

104 וראה שו"ת אבני נזר, אבן העזר, סימן ח, אות לו.

105 דעה זו הועלתה על ידי ר' יחזקאל לנדא בצעירותו בספרו דורש לציון, דרוש יג, ד"ה לכן מחמת (נו ע"ב). וראה גם שו"ת נודע ביהודה, מהדורא תניינא, אבן העזר, סימנים סט־ע (וראה שדי חמד, קונטרס הכללים, מערכת כ"ף, כלל צ, ד"ה והנה, עד ד"ה אמנם). דעה דומה העלה גם הנצי"ב מוולוז'ין בספרו העמק שאלה, על השאילתות, פרשת חיי שרה, שאילתא יז, ס"ק ב (הוא תולה שם את הדעה הזו בנוסח התלמוד).

106 אם כי, די בכך שהדבר בידו של השליח כדי להגדירו "מצי עביד השתא". כך הוא לדוגמה ב"כתבו ותנו

תוצאה חשובה של דעה זו היא הרחבת כשרותו של השולח, שנדון בה בפרק הבא, ולפיה אף אם השולח מנוע מסיבה כלשהי לעשות בעצמו את פעולת השליחות, אין הדבר פוגע בתוקף המינוי של שלוחו, ובלבד שמניעה זו אינה מנת חלקו של השליח[107].

פרק שלישי

כשרות השולח

א. כשרות משפטית (קטין ומי שלוקה בשכלו)

חוק השליחות אינו עוסק בשאלת כשרות השולח. כלומר, אין בחוק הוראה בעניין תנאי הכשרות הנדרשים מן האדם כדי שיוכל למנות שליח שיפעל בשמו או במקומו כלפי צד שלישי. להלן נראה שתנאי לאפשרות מינוי שליח הוא, שהשולח יהיה מסוגל לעשות את פעולת השליחות בעצמו. אבל תחילה נשאל, האם תנאי מוקדם לכשרות המינוי הוא שהשולח יהיה בעל כשרות משפטית מלאה? במילים אחרות, האם קטין או מי שלוקה בשכלו כשר למנות שליח לביצוע הפעולות המשפטיות שהחוק מעניק לו כשרות משפטית לעשותן? או שמא אף שהחוק מכיר בכשרותו לעשות פעולות אלו, החוק אינו מכיר בכשרותו למנות שליח לביצוען? בעניין זה אומר ברק[108]: "יתכנו מצבים שבהם יש כשרות לבצע את הפעולה נושא השליחות, ובכל זאת אין כשרות לבצע את הפעולה שבהענקת שליחות"[109]. מאחר שחוק השליחות אינו דן בכשרות השולח, ברק[110] פונה אל דיני הכשרות המשפטית הכלליים, ומפרט על פיהם את דינם של הקטין ופסול הדין כשולחים.

לעיל ראינו שבמשפט העברי אין הקטין ומי שלוקה בשכלו כשרים להתמנות כשלוחים. עוד ראינו שנחלקו הדעות בדבר היקפו של כלל זה, ושיש הסוברים שהקטין כשר להתמנות כשליח לפעולות משפטיות שהוא עצמו כשר לעשותן. דברים אלו אמורים גם לעניין כשרותם של הקטין ושל מי שלוקה בשכלו למנות שליח, שכן הכשרות למנות שליח מקבילה לכשרות להתמנות כשליח, "דלעשות שליח ולהיעשות שליח חדא מילתא היא [=דבר אחד הוא]"[111].

גט לאשתי", שאף שאי אפשר לתת את הגט בטרם נכתב, אין פסול במינוי שליח למסירת הגט, משום שבידו של השליח לכתבו. ראה דורש לציון, שם.

[107] גישה זו, המחמירה בתנאי כשרותו של השליח, מקילה מאוד על תנאי כשרותו של השולח, והיא עשויה להסביר לדוגמה, מדוע העבד יכול למנות שליח לקבל במקומו את שטר שחרורו, אף לדעת מי שסבור שהוא מנוע מלקבלו בעצמו (ראה להלן, ליד ציון הערה 131), שאלה שנתחבטו בה רבות רוב הפוסקים, כיוון שהבינו שהכלל "מצי עביד השתא" חל על השולח ולא על השליח, כפי שנעיר להלן, הערה 202.

[108] ברק, סעיפים 434, 437.

[109] כך נוקטים מספר פסקי דין אנגליים, ראה ברק, סעיף 432.

[110] ברק, סעיפים 438-449.

[111] לשונו של פני יהושע, גיטין סד ע"ב, ד"ה תוד"ה נערה. וראה גם השגות הראב"ד, הלכות שלוחין ושותפין, פרק ב, הלכה ב.

בפרק זה נוסיף ונדון במקורות המשפט העברי העוסקים בקטין ובמי שלוקה בשכלו הממנים שליח[112].

כבר נקבע במשנה[113]: "אין קטן עושה שליח". התלמוד מזכיר דין זה במקומות אחדים[114] בדרך אגב. הרמב"ם[115] פוסק להלכה: "מי שאינו בן דעת, והן חרש, שוטה וקטן, אינן נעשין שלוחין ולא עושין שליח". אולם ממה שפסק הרמב"ם בעניין מינוי שליח לקבלת גט[116], נראה לכאורה שהפסול אינו מוחלט: "ויש לאשה לעשות שליח קבלה לקבל לה גיטה מיד שלוחו של בעלה... וקטנה אינה עושה שליח לקבלה, אף על פי שחצרה קונה לה גיטה כגדולה, מפני ששליח קבלה צריך עדים[117], ואין מעידין על הקטן, שאינו בן דעת גמורה". מדבריו אלו של הרמב"ם עולה לכאורה, שלולי בעיית העדות ("ששליח קבלה צריך עדים, ואין מעידין על הקטן"), אין מניעה למינוי שליח, אף שהשולחת היא קטנה. האם פירוש הדבר שלדעת הרמב"ם, בכל פעולה משפטית אחרת שהקטין כשר לעשותה ושאינה מצריכה עדות, כשר הוא למנות שליח?[118]. בעניין זה נחלקו הדעות:

'חתם סופר'[119] סבור שבעיקרון קטין ומי שלוקה בשכלו כשרים למנות שליח, אבל התנאי לכשרות המינוי הוא שיהיו כשרים לעשות את פעולת השליחות בעצמם ("מצי עביד", כלומר יכול לעשות)[120]. אמנם הרמב"ם פסק ש"חרש, שוטה וקטן... לא עושין שליח", אבל זה משום שברוב המקרים תנאי זה אינו מתקיים. אם הקטין כשר לעשות את פעולת השליחות בעצמו, כשרות זו כוללת גם את הכשרות למנות שליח לביצוע הפעולה. לדעתו, זו הסיבה שהרמב"ם לא פסל את הקטנה מלמנות שליח לקבלת גטה אלא משיקול צדדי של דיני עדות, שכן הקטנה כשרה לקבל את גטה בעצמה או על ידי חצרה. המסקנה העולה מגישה זו היא שהקטין כשר למנות שליח לאותן פעולות שהוא עצמו כשר לעשותן.

גישה אחרת בהסברת שיטת הרמב"ם, החולקת על מסקנה זו, היא גישת ר' שמעון שקאפ[121]. לדעתו, גישתו העקרונית של הרמב"ם היא, שהקטין ומי שלוקה בשכלו לא נכללו במסגרת דיני השליחות כלל[122], שכן האפשרות של מינוי שליח לא נאמרה במקרא אלא ביחס למי שיש לו כשרות משפטית מלאה, ואין בסיס נורמטיבי להרחיבה מעבר לכך. אולם מכיוון שהקטנה יכולה לזכות בגטה על ידי חצרה (כלומר, מכיוון שהיא יכולה להשיג תוצאה משפטית שלא

112 בדיוננו כאן לא נעמוד על המקור לפסולם של הקטין והלוקה בשכלו, שעניינו העיקרי הוא בדרכי מדרש ההלכה. לעניין זה, ראה נספח ראשון לסעיף זה, עמ' 241.

113 משנה, גיטין ו, ג.

114 ראה: קידושין מב ע"א; בבא מציעא י ע"ב; שם עא ע"ב.

115 רמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק ב, הלכה ב.

116 רמב"ם, הלכות גירושין, פרק ו, הלכה ט.

117 כלומר, הקטנה אינה יכולה למנות שליח לקבלת גטה, מפני שמינוי שליח לקבלת הגט, כמו כל הפעולות המשפטיות שבדיני אישות, אינה תקפה אלא אם כן נעשתה בנוכחות עדים, והכלל הוא: "אין מעידין על קטן".

118 וכפי שעולה לכאורה מדברי התוספות, גיטין סד ע"ב, ד"ה שאני. וראה מה שהקשה לחם משנה, הלכות גירושין, פרק ו, הלכה ט, מהדורא ב.

119 ראה חידושי חתם סופר, גיטין סד ע"ב, ד"ה והנה. כך סוברים גם אחרונים נוספים. ראה לעיל, הערה 19.

120 על כלל זה, ראה בהרחבה להלן, ליד ציון הערה 128.

121 ראה שערי יושר, שער ז, פרק יז.

122 כגישת רש"י. ראה נספח ראשון לסעיף זה, להלן, הערה 297.

באופן אישי), צריך היה לכאורה להגיע למסקנה שהיא יכולה אף למנות שליח, שכן נמצא הבסיס הנורמטיבי להכליל אותה במסגרת דיני השליחות[123]. לכן, מסביר ר׳ שמעון שקאפ, לעניין הפסול של הקטנה למנות שליח קבלה, נזקק הרמב״ם ל״טעם צדדי, משום חסרון עדים לקיום הדבר״. נמצא שככלל הקטין ומי שלוקה בשכלו פסולים מלמנות שליח אפילו לפעולות שהם כשרים לעשותן לעצמם, משום שאין בסיס נורמטיבי המאפשר להם למנות שליח[124].

ב. זיקת השולח לשליח (״מה אתם בני ברית, אף שלוחכם בני ברית״)

כבר הסברנו לעיל שאחד התנאים היסודיים לאפשרות לבצע פעולה משפטית באמצעות שליח הוא קיום זיקה בין השולח והשליח. אחד התנאים לקיום זיקה זו הוא היותם בעלי אותה זהות דתית, שהיא היוצרת ביניהם אחווה ושיתוף. משום כך, מובן שכשם שהנכרי אינו יכול להיות שלוחו של ישראל (״מה אתם בני ברית, אף שלוחכם בני ברית״), כך אינו יכול להיות שולחו של ישראל. וכך נפסק ב׳שולחן ערוך׳[125]: ״וכן אין ישראל נעשה שליח לגוי לדבר מן הדברים״[126].

[123] שהרי כאמור הפגם במינוי שליח על ידי קטין הוא שאין בסיס נורמטיבי לאפשר לו לעשות פעולה משפטית שלא באופן אישי, והסיבה אינה שאינו ״בן דעת״ למנות שליח. וראה צפנת פענח, הלכות גירושין, פרק ו, הלכה ט, שאף הוא נוקט גישה זו, אלא שלדעתו הבסיס הנורמטיבי להכללת הקטנה במסגרת דיני השליחות הוא האפשרות העומדת לקטנה לקבל את גטה על ידי אביה.

[124] לגישות האחרונים שנסקרו כאן, השווה D. Henshke, "Agency and Divorce Proceedings: On the Legal Methodology of Maimonides' Mishne Torah", Jewish Law Annual, Vol XIV (2003), p. 163, pp. 191-183.
לדעתו, פשר דברי הרמב״ם טמון בכך שלרמב״ם גישה ייחודית בהבנת מהות הגירושין. על פי הצעתו, הרמב״ם אינו רואה בנתינת הגט על ידי הבעל וקבלתו על ידי האישה טקס המהווה חלק ממהות הגירושין, אלא הימצאות הגט ברשותה של האישה היא מהות הגירושין (ובלבד שהגט הגיע לידה מן הבעל בלא התערבות גורם זר), כפי שעולה מלשון הרמב״ם, הלכות גירושין, פרק ה, הלכה א: ״זה שנאמר בתורה ׳ונתן בידה׳ (דברים כד, א), אין ענין הכתוב אלא שיגיע הגט לה, ואחד ידה או חיקה או חצרה או שלוחה שעשת ידו כידה, הכל אחד הוא״ (ראה גם שם, פרק א, הלכה ג: ״׳ונתן בידה׳ – מלמד שאינה מתגרשת עד שינתן הגט לידה או ליד שלוחה שהוא כידה או לחצרה, שהכל כידה״). ומאחר ששליח קבלה אינו מתפקד מכוח ״שלוחו של אדם כמותו״, אלא מכוח ידה של האישה, היה מקום לחשוב שגם הקטנה תוכל למנות ״שליח״ שיתפקד כידה, ואת זאת בא הרמב״ם לשלול בנימוק ששליח הקבלה צריך עדים, ואין מעידין על הקטן. על הצעתו המחודשת של הנשקה בהבנת שיטת הרמב״ם כבר עמדנו לעיל, סעיף 2, הערה 50.
והשווה מנחת אשר (וייס), שמות, סימן טז, אות ב. לדעתו, פשר דברי הרמב״ם בייחודה של שליחות לקבלת גט, שעניינה אינו ייחוס התוצאה מכוח הענקת כוח לשליח (שאינה אפשרית אלא אם השליח בר דעת ״לקנות״ כוח שולחו), אלא עניינה הוא ייחוס הפעולה מכוח זיהוי בין השליח לשולח, כשהשליח הופך כביכול לידו הארוכה של שולחו (זיהוי שהוא אפשרי אף אם השליח אינו בר דעת). על ייחוס התוצאה וייחוס הפעולה, ראה דיוננו בסעיף 2, פרק שלישי, עמ׳ 101.

[125] שולחן ערוך, חו״מ, סימן קפח, סעיף א.

[126] אמנם בתלמוד, בבא מציעא עו ע״ב, הועלתה דעה שונה בעניין זה על ידי רב אשי, אך היא נדחתה על הסף.
לכאורה, המשפט העברי צריך להכיר בתוקף השליחות שבין נכרים לבין עצמם, שכן כאן מתקיימת דרישת הזהות בין השולח והשליח. אולם העניין אינו פשוט כל כך, ונחלקו בו הפוסקים, אך אין כאן מקום להאריך במחלוקת זו. לעת עתה, ראה המקורות שהובאו בעניין זה באנציקלופדיה תלמודית, כרך ה, ערך גוי, עמ׳ שלו, הערות 794-795.

ג. זיקת השולח לנושא השליחות (״מצי עביד״ ו״בתורת הדבר״)

לדעת ברק[127], נקודת המוצא של החוק היא: ״אם אין לשולח כשרות לבצע פעולה פלונית, אין כל אפשרות ליצור יחסי שליחות ביחס לאותה פעולה, שכן יחסי השליחות מניחים כי פעולת השלוח ׳מחייבת ומזכה׳ את השולח, ואילו במקרה שלנו תוצאה זו בלתי אפשרית״. להלן נראה ששאלת הזיקה בין אפשרות השולח להשיג את מטרת השליחות ובין אפשרותו למנות שליח נידונה בהרחבה רבה במקורות המשפט העברי.

(1) הכלל

מאחר שעניינה של השליחות הוא להביא באמצעות פעולת השליח לאותן תוצאות משפטיות שהיו אילו פעל השולח בעצמו, ברור, כמו שהעיר ברק, שהתנאי הראשון לאפשרות מינוי שליח הוא, שהשולח יהיה בעל כשרות משפטית לעשות את הפעולה בעצמו. על יסוד הנחה זו, המובנת מאליה, קובע התלמוד במסכת קידושין[128] שהכוהנים המקריבים קרבנות בבית המקדש, בוודאי אינם פועלים כשלוחי העם אלא כשלוחי השם. הלא הדיוט (שאינו כוהן) אינו כשיר להקריב קרבן, וכיצד ייתכן אפוא שיִמנה את הכוהן כשלוחו לעשות זאת במקומו? ״מי איכא מידי דאנן לא מצינן עבדינן, ואינהו מצי עבדי [=וכי יש דבר שאנו (מי שאינם כוהנים) איננו יכולים לעשות, והם (הכוהנים) יכולים לעשותו בשמנו]?״[129]. כלומר, דרישה בסיסית לאפשרות מינויו של שליח היא שהשולח יהיה בגדר ״מצי עביד״, היינו לכאורה שיוכל לעשות את הפעולה בעצמו.

נשאלת השאלה: מהן גבולותיו של המושג ״מצי עביד״?[130]. מהמשך הסוגיה עולה שכדי שהשולח יהיה בגדר ״מצי עביד״, אין צורך שיהיה מסוגל לעשות את הפעולה המסוימת נושא השליחות בעצמו, ודי בזיקה ובכשרות כללית לנושא השליחות. התלמוד מביא את דעתו של

[127] ברק, סעיף 437. וראה גם סעיפים, 177, 429, 433.

[128] קידושין כג ע״ב. וראה גם יומא יט ע״ב.

[129] לדעת רש״י, קידושין שם, ד״ה שלוחי דרחמנא, הנפקא מינה לשאלה זו (אם הכוהנים שלוחי העם הם או שלוחי השם) היא: האם יכול כוהן להקריב קרבן עבור מי שמודר הנאה ממנו, כפי שמפורש בנדרים לה ע״ב. אלא שקשה, כיצד השאיר התלמוד במסכת נדרים את השאלה פתוחה, ולא הכריע בה על פי הסברה שהכוהנים הם ודאי שלוחי השם, כפי שנקט במסכת קידושין? והשווה תוספות, קידושין כג ע״ב, ד״ה דאמר (בהסברם השני). לדעת התוספות, יש להבחין בין הכוח להקריב קרבן, שאותו ודאי מקבלים הכוהנים מאת השם, ולא מישראל (על פי הסברה ״מי איכא מידי״), כפי שנקבע במסכת קידושין, ובין ייחוס מצוות ההקרבה. לעניין ייחוס המצווה, אף שאין לישראל הכוח להקריב בעצמו, יש לו אולי הכוח לקבוע מי מהכוהנים יוציא אותו ידי חובתו (״דעת בעלים״), ובעניין זה נשארת הסוגיה במסכת נדרים בספק. וראה: שערי יושר, שער ז, פרק ז, ד״ה ובזה; קובץ הערות, סימן עו, אות יז – שנקטו דרך זו בפירוש דברי התוספות, אלא שהגדירו את ההבחנה בין הסוגיות באופן עקרוני יותר: סוגיית קידושין עוסקת בפן של התוקף של הפעולה, ולשם כך נדרשת העברת כוח הפעולה לשליח לצורך הקרבת הקרבן, ובעניין זה ברור שהכוהנים הם שלוחי השם (שהרי לנו אין כוח להעביר להם); ואילו סוגיית נדרים עוסקת בפן של ייחוס הפעולה (המצווה), ושם אין מקום לסברת ״מי איכא מידי״, ולכן יש מקום להסתפק אם בעניין זה הכוהנים שלוחיהם של ישראל הם: ״דכלל זה הוא רק לענין ההכשרה [של הקרבן], ולא לענין יחס הפעולה [של הקרבת הקרבן]״ (לשון ר׳ שמעון שקאפ. השווה להלן, הערה 133). לביאור אחר בדברי התוספות, ראה שו״ת דבר אברהם (שפירא), חלק א, סימן יג, אות ד, ד״ה ובדרך.

[130] שאלה שלא נדון בה כעת היא: האם הדרישה שהשולח יהיה בגדר ״מצי עביד״ חלה גם לאחר כניסת מינוי השליח לתוקף? שאלה זו שנויה במחלוקת, כפי שנראה בדיוננו להלן, סעיף 14, פרק רביעי, א(3)(ג) ו(ד), עמ׳ 656 ואילך, כאשר נדון בתוצאות גריעת כשרותו של השולח על השליחות.

ר׳ שמעון בן אלעזר, ולפיה העבד אינו משתחרר בקבלת שטר השחרור מידי אדונו. הסיבה לכך היא, שהתנאי לשחרור הוא שהשטר יצא מרשות האדון, דבר שאינו מתקיים בקבלת השטר על ידי העבד, שכן הכלל הוא: ״יד עבד כיד רבו״[131]. עם זאת, התלמוד קובע שאפילו לדעת ר׳ שמעון בן אלעזר, העבד יכול למנות שליח, כדי שהלה יקבל את שטר השחרור במקומו. התלמוד שואל, כיצד ייתכן שהעבד ימנה שליח לפעולה שהוא עצמו מנוע (משפטית) מלעשותה? והוא עונה שיש להבחין בין מניעת מי שאינו כוהן להקריב קרבן, ובין מניעת עבד לקבל שטר שחרור: ״ישראל [שאינם כוהנים] לא שייכי בתורת קרבנות כלל, עבד שייך בגיטין... שהעבד מקבל גטו של חברו מיד רבו של חברו״. במילים אחרות, מי שאינו כוהן הוא זר לחלוטין לעבודת הקרבנות, ומשום כך ברור שהכוהן אינו יכול להיות שלוחו. לעומת זאת, העבד אינו זר לפעולה המשפטית של קבלת גט שחרור, שהרי הוא יכול לזכות בשטר כזה עבור עבד אחר. אשר על כן, הוא יכול למנות שליח לשחרורו, אף שבנסיבות העניין לא יכול היה להשיג תוצאה משפטית זו בעצמו[132]. נמצא שאף שמגבלה משפטית אינה מאפשרת לשולח להשיג את מטרת השליחות בעצמו, הוא אינו פסול מלמנות שליח, ובלבד שאינו זר לנושא השליחות[133].

(2) מניעה מעשית

לכאורה, כשם שהמניעה המעשית של העבד לקבל את שטר שחרורו בעצמו (כפי שסבור ר׳ שמעון בן אלעזר) אינה פוסלת אותו מלמנות שליח לקבל את גט השחרור במקומו, משום שהוא ״בתורת הדבר״, כך כל מניעה מעשית מביצוע פעולת השליחות אינה צריכה לפסול את השולח מלמנות שליח, ובלבד שהוא ״בתורת הדבר״.

ברם, הדבר אינו נקי מספקות, שכן מלשון התלמוד עשוי להשתמע שאין די בזיקת השולח לנושא השליחות (ובאפשרות תחולת התוצאה המשפטית עליו), ונדרשת מן השולח גם יכולת

[131] דעת חכמים אינה כדעת רבי שמעון בן אלעזר, אלא הם סוברים ש״גטו וידו באין כאחד״. לדידם, אין אפוא קושי להסביר מדוע עבד כנעני יכול למנות שליח לקבל את שטר שחרורו.

[132] ראה חלקת יואב, אבן העזר, סימן כ, ד״ה ומטעם. הוא מעיר שמן הירושלמי, קידושין, פרק א, הלכה ג, עולה גישה אחרת, ולפיה גם בכגון זה, השולח מוגדר כ״לא מצי עביד״ (וראה גם פני יהושע, גיטין מא ע״ב, ד״ה גמרא אמר רבה). אך אין כאן מקום להאריך. והשווה שו״ת קול אליהו (ישראל), חלק א, חו״מ, סימן יט, ד״ה עוד בה מילתא, וד״ה שוב ראיתי. ודבריו תמוהים.

[133] דרישה זו מתחייבת לכאורה לכל תאוריות השליחות, שעסקנו בהן בהרחבה בדיוננו על סעיף 2. ואכן, כך מטעים תורת מיכאל, סימן סא (קונטרס בענייני שליחות), ד״ה וכיון (עמ׳ ריט): ״ולכל הסברות שביארו האחרונים במהות השליחות, אם המשלח מוסר כחו וידו להשליח, ומעשה השליח חשוב כאילו עשה המשלח בעצמו, או להיפך, דהשליח מוסר כחו וידו להמשלח, וכן יש סוברים דגוף השליח נחשב כמשלח, ולא רק דפעולת השליח מתיחסת להמשלח, ולכל אלו הסברות, פשוט דכשאין המשלח בתורת אותו דבר והוא בעצמו אין יכול לעשותו, לא מהניא גם פעולת השליח״. ואולם השווה לעיל, הערה 129, שערי יושר וקובץ הערות, שלדידם אין מקום לדרישה זו בשליחות שמהותה ייחוס הפעולה. אבל דבריהם צריכים עיון, שכן פוסקים רבים דנו בדרישה זו בזיקה לשליחות לקיום מצוות, שמהותה ייחוס הפעולה. ראה לדוגמה: שו״ת מהר״י ברונא, סימן קעח, הדן במי שקנה זכות לגלול ספר תורה, וחלה, ומבקש למנות שליח תחתיו; שו״ת חתם סופר, יורה דעה, סימן רעא, הדן במינוי שליח על ידי ממזר לכתיבת ספר תורה (ראה דבריו להלן, הערה 145); כרתי ופלתי, סימן סא, פלתי, ס״ק ו, הדן במינוי שליח לקיום מצוות התלויות בארץ (ראה דיוננו בדבריו להלן, הערה 156); פרי מגדים, סימן תרעט, אשל אברהם, ס״ק א, הדן במינוי שליח להדלקת נר חנוכה על ידי מי שכבר קיבל על עצמו את השבת.

מעשית מסוימת. אכן, מיד לאחר קביעת העיקרון שדי שהשולח יהיה "בתורת הדבר"[134], מביא התלמוד לכך ראיה מברייתא: "דתניא, נראין הדברים שהעבד מקבל גיטו של חבירו מיד רבו של חבירו, אבל לא מיד רבו שלו". דהיינו, הראיה לאותה השייכות היא שיש בידי השולח יכולת מעשית לקבל גט (אם כי לא את גטו שלו). השאלה היא אפוא: האם יכולת זו היא סימן לשייכותו לנושא השליחות (ודי בכך להגדירו כמי שהוא "בתורת הדבר")?[135]. או שמא יכולת זו היא היא הסיבה לכשרותו למנות שליח, ומכאן שתנאי הכרחי לאפשרות המינוי הוא יכולת עשייה מסוימת (אף אם לא של נושא השליחות עצמו), ואין די בשייכות כללית לנושא![136]. שאלה פרשנית זו היא העומדת ככל הנראה ברקע חילוקי הדעות שנעמוד עליהם להלן.

(א) מניעה פיזית

האם מניעה פיזית של השולח, כגון שהוא משותק ואינו מסוגל לעשות פעולה כלשהי, מגדירה אותו כמי ש"אינו בתורת הדבר" ושוללת ממנו את הכשרות למנות שליח? להלן נראה ששאלה זו שנויה במחלוקת בין הפוסקים.

שני מקורות הנוגעים לענייננו סותרים לכאורה זה את זה. המקור הראשון הוא תוספתא[137] שעניינה שליחות לגירושין, כאשר הבעל השולח נמצא במצב שאינו מסוגל פיזית לכתוב את הגט בעצמו: "היה צלוב ומגוייד ורמז לכתוב גט לאשתו, כותבין ונותנין לה כל זמן שיש בו נשמה". נקבע אפוא שאף שהשולח אינו יכול פיזית לכתוב את הגט, יש לו אפשרות למנות שליח. המקור השני הוא סוגיה תלמודית[138], שממנה עולה שכוהן זקן או חולה, שאינו מסוגל להקריב קרבנות בעצמו, אינו יכול למנות שליח שיעשה זאת במקומו (אילו היה בריא, לא הייתה מניעה לכך): "תנו רבנן... כהן שבא ומקריב קרבנותיו בכל עת ובכל שעה שירצה... אם היה זקן או חולה נותנה לכל כהן שירצה... [התלמוד שואל:] האי 'זקן או חולה' היכי דמי [כלומר, מהי חומרת מחלתו]?... ואי דלא מצי עביד עבודה, שליח היכי משוי [=אם אינו יכול לעשות עבודה, כיצד הוא ממנה שליח]?". מכאן עולה לכאורה מסקנה הפוכה מן המסקנה שעלתה מן המקור הקודם, שמניעה פיזית פוסלת את השולח מלמנות שליח.

[134] "ישראל [שאינם כוהנים] לא שייכי בתורת קרבנות כלל, עבד שייך בגיטין".

[135] שכן אם לעצמו אין שייכות בדבר, כיצד יכול להיעשות שליח עבור חברו? וראה משנת רבי אהרן (קוטלר), גיטין, סימן טו, אות ז, ד"ה והנה.

[136] ראה משנת רבי אהרן (קוטלר), גיטין, סימן טו, אות ח: "דהחילוק בגמרא בין קרבנות ושחרור אינו מצד דלגבי שחרור הוי חיסרון רק במציאות ולגבי קרבנות הוי 'אינו בתורת', דגם אם החסרון דלא מצי עביד הוי רק במציאות, גם כן לא מהני. אלא דבתרוויהו הוי חיסרון במציאות, דישראלים הוו בתורת קרבנות, שהרי הקרבן נקרב בעבור הישראל, אלא דהחיסרון הוא במציאות, שאינו יכול לעשות את הקרבן. רק דהחילוק הוא כך, דבקרבנות ליכא כלל במציאות שהישראל יעשה את הקרבן, אבל בעבד איכא גביה גם המציאות דקבלה, דנהי דלעצמו אינו מקבל, אבל מקבל הוא לחבירו. ולחבירו מצי שפיר לקבל משום זכיה... וכיון דמשכח גביה קבלה, נהי דלאחרים הוא, אבל כיון דהמציאות איכא גביה, נעשה שליח ועושה שליח, דנקרא איתא בנפשיה גם במציאות". וראה עוד: מצפה איתן, קידושין כג ע"ב; משפטי השליחות, שער שני, סימן כב, ס"ק ד ואילך – שהרחיבו בדבר.

[137] תוספתא, גיטין (ליברמן) ה, א. מובא בגיטין ע ע"ב.

[138] בבא קמא קט ע"ב–קי ע"א.

כאמור, הפוסקים נחלקו בדעתם בשאלת היחס בין המקורות הסותרים האלה[139].

יש המאמצים את המסקנה העולה מן המקור הראשון, ולפיה מניעה פיזית אינה פוסלת את השולח מלמנות שליח[140]. לדעתם, אין לכלול במסגרת המושג "לא מצי עביד", המגדיר את השולח כמי שאינו "בתורת הדבר", אלא מניעה משפטית בלבד. כך כותב לדוגמה ר' רפאל חזן, בעל 'חקרי לב'[141]: "לא מצי עביד... אינו אלא היכא דמצד הדין, דאמר רחמנא לא תעביד, הוא דלא מצי עביד, ועל כן לא מצי משוי שליח". לדעתם, המקור השני אינו סותר מסקנה זו, שכן שם הכוהן החולה מנוע מן הדין לזכות בקרבן[142] (ויש המסבירים שהסוגיה ההיא אינה עוסקת בשליחות אלא בהעברת זכות, ונקבע בה שאם הכוהן אינו מסוגל לעבוד בעצמו, אין לו זכות בקרבן, וממילא ברור שאינו יכול להעביר לאחר את מה שאינו שלו[143] [144]).

[139] והשווה מחנה אפרים, חידושים על הרמב"ם, הלכות גירושין, פרק ג, הלכה טו, ד"ה אמנם, שנשאר ב"צריך עיון" כיצד להסביר את סוגיית כוהן זקן או חולה.

[140] ראה: חקרי לב, אבן העזר, סימן מו, ד"ה אלא דאכתי (קד ע"ד); שו"ת חכמת שלמה (קוועטש), סימן א, ד"ה ע"ד (נדפס בסוף ספר הר המור לרבו ר' מרדכי בנט); מנחת אשר (וייס), במדבר, סימן ז. נראה שזו גם דעתם של הפוסקים הסוברים שכתיבת גט היא נושא לשליחות, ואף על פי כן הם מכשירים מינוי שליח על ידי בעל גידם בשתי ידיו. ראה להלן, הערה 148. לפוסקים נוספים שזו כנראה גם דעתם, ראה להלן, הערה 213 והערה 221.

[141] ראה לעיל, הערה 140.

[142] חקרי לב, שם: "וכן הסוגיא דבבא קמא דף קט בכהן טמא ובעל מום בהקרבת קרבנות, דמדין תורה אסירי, ואפילו זקן או חולה שאמרו שם... מדינא פסילי, שהרי שנינו בבכורות דף מא, זקן וחולה בכלל המומין... אבל בגידם ושכיב מרע וגוסס, שלא פסל הכתוב כתיבת הגט דידהו, אלא דמצד גופם או חלישות כחם הוא דלא מצו לכתוב את הגט – בכהאי גוונא לא נאמר בו כל דלא מצי עביד לא מצי משוי שליח". וראה גם חידושי רבי שמעון יהודה הכהן (שקאפ), חלק ד, קונטרס השליחות, סימן ג, ד"ה והנה הא.

השווה שו"ת דברי חיים (הלברשטם), חלק ב, אבן העזר, סימן פו, ד"ה אך לפענ"ד (וראה גם דבריו שם, אורח חיים, חלק א, סימן לג, ד"ה והנה באמת) המיישב את הקושי מזקן או חולה שאינו יכול למנות שליח, שבענייני קודשים (הנידון בסוגיית בבא קמא) יש דרישה מחמירה, ולא די שהשולח יהיה בתורת הדבר. הוא מבסס את דבריו על שו"ת הריב"ש, סימן רכח (על דברי הריב"ש, ראה בדיוננו להלן, סעיף 16, ליד ציון הערה 20), הטוען שמלבד מה שמצאנו לעניין שליחות לגט, שהשליח יכול לפעול עבור שולחו, הרי שבענייני קודשים נתחדש שהוא כגופו של השולח. לכאורה, יש קושי בדבריו, שכן בדיוננו להלן, ליד ציון הערה 174 ואילך, נראה שהתלמוד (נזיר יב ע"א) מחיל דרישה דומה לזו שאנו דנים בה כעת ביחס למניעה משפטית זמנית: "כל מאי דאיהו לא מצי עביד השתא, לא מצי משווי שליח". היינו, לא די שהשולח יהיה ב"תורת הדבר", אלא עליו להיות בעל יכולת ביצוע בפועל בשעת המינוי. כלל זה בא בתלמוד גם בשליחות לקידושין, וזאת אף שלא נתחדש בשליחות זו הכלל "שלוחו כמותו"! 'דברי חיים' ער לקושי זה על דבריו (ראה שם, ד"ה ואם כן לפי זה), וכפי הנראה הוא נוקט הסבר אחר לגמרי לטעמה של דרישת "מצי עביד השתא", שאינו קושר אותה בכשרות השולח אלא בכשרות נושא השליחות בהתאם לדיני הקניינים, ולפיהם לא ניתן להקנות "דבר שלא בא לעולם" (ראה דברינו להלן, ליד ציון הערה 190 ואילך).

[143] כך הסביר ר' אלחנן וסרמן, קובץ הערות, סימן עב, אות ב: "ויש לומר דהתם אין שם דין שליחות כלל, שהרי גם בעניין אכילה איתא התם שאם יכול לאכול, מצי משוי שליח לאכילה, ובודאי ליכא דין שליחות לעניין אכילה, אלא שאין זה מדין שליחות רק מדין נתינת רשות... ואף דלשון הגמרא 'כל מילתא דאיהו לא מצי עביד, שליח לא מצי משוי'. אבל כתבו הראשונים במקומות הרבה שנמצא בגמרא לשונות שווין והן עניינים מתחלפים" (וראה גם דבריו שנתפרסמו בתוך קונטרס דברי סופרים, ירושלים תשנ"א, עמ' עה. תודתי נתונה לפרופ' דב פרימר, שהפנה את תשומת לבי למקור אחרון זה). וראה כעין זה: העמק שאלה (לנצי"ב מוולוז'ין), על השאילתות, פרשת חיי שרה, שאילתא יז, ס"ק ב; שו"ת שואל ומשיב, מהדורא

לעומתם, יש הנוקטים[145] שמניעה פיזית שוללת את האפשרות למנות שליח. מקצתם[146] מסתמכים על המקור השני בעניין כוהן חולה. לדעתם, הכוהן זכאי לחלק בקרבן, אף אם הוא "זקן או חולה", אבל הוא מוגדר כ"לא מצי עביד", ועל כן נשללת ממנו האפשרות למנות שליח במקומו. על פי גישה זו, ובניגוד מוחלט לגישה הקודמת, הכלל בעניין "לא מצי עביד" אינו כולל רק מניעה משפטית, אלא "כל מידי דלא מצי עביד, יהיה החסרון מה שיהיה"[147]. את המקור הראשון, הסותר לכאורה את מסקנתם זו, הם מסבירים בכך שמקור זה עוסק בכתיבת גט, ולדעתם, כתיבת גט אינה מצווה המוטלת על הבעל, ודי שהגט ייכתב בציוויו[148]. נתינת הגט, להבדיל מכתיבתו, חייבת להיעשות על ידי הבעל או שלוחו. אולם אף שאין

תליתאה, חלק ב, סימן קסט, ד"ה ובזה מיושב היטב; שו"ת חלקת יעקב, יורה דעה, סימן קנב; מנחת אשר (וייס), במדבר, סימן ז. כעין הסבר זה (אם כי הוצע בהקשר אחר), ראה גם שו"ת נודע ביהודה, מהדורא תניינא, אבן העזר, סימן סט, ד"ה ומה דקשיא.

144 והשווה ח' בן מנחם, "דיין כשליח", שנתון המשפט העברי ט־י (תשמ"ב־תשמ"ג), עמ' 51, בעמ' 64־66. במאמרו, בן מנחם בוחן את התפיסה (העולה לכאורה מסוגיות תלמודיות אחדות), הרואה את הדיין כשלוחו של בעל הדין. הוא מציין שאחד הקשיים העומדים בדרכה של תפיסה זו הוא, שאין אדם יכול למנות שליח לפעולה שהוא עצמו מנוע מלעשותה ("לא מצי עביד"), והלוא בעל הדין פסול לדון את עצמו. נעיר שהפתרון שהוא מעלה מסוגיית עבד העושה שליח לקבל את שטר שחרורו (ולפיו די בכך שהשולח הוא בתורת הדבר), מתעלם מסוגיית נזיר שנראה להלן (ליד ציון הערה 174), הסותרת לכאורה פתרון זה (אף שהוא עצמו מזכיר את הסוגיה). נעיר עוד שבן מנחם עצמו דוחה את הפתרון שהציע, וזאת מכוח סוגיית בבא קמא קי ע"א (בעניין כוהן זקן, לעיל, הערה 138). אבל לאור מה שהבאנו כאן, עולה שלפי פוסקים רבים, סוגיה זו דווקא אינה מעוררת קושי של ממש.

145 ראה: תוספות ישנים, עירובין יג ע"א (נדפס בשולי הגיליון. ראה ציטוט דבריו להלן, הערה 148. כך הסיק מדבריו שו"ת אבני נזר, אורח חיים, סימן יג. ואולם השווה: מנחת אשר (וייס), בבא קמא, סימן סח; מנחת אשר (וייס), במדבר, סימן ז, ד"ה ואפשר דכוונת התו"י, שנדחק לפרש אחרת את דבריו באופן שלא תוסק מהם המסקנה שמניעה פיזית מגדירה את השולח כ"לא מצי עביד"); בית מאיר, אבן העזר, סימן קיט, סעיף ו. זו גם דעת שו"ת חתם סופר, יורה דעה, סימן רעא. על פי גישה זו, הוא פוסק שם שהממזר, שהוא פסול לכתוב ספר תורה משום חשש פסיכולוגי, שאינו יכול לכוון כראוי בכתיבת שם ה' שבפסוק "לא יבוא ממזר בקהל ה'" (הלכה המובאת במרדכי, סוף הלכות קטנות, דף יד ע"ג, נדפס בסוף מסכת מנחות), פסול גם מלמנות שליח לכתוב במקומו. על פי זה, הוא אף מגיע למסקנה שהממזר פטור ממצוות כתיבת ספר תורה, כיוון שאין בידו אפשרות לקיימה כלל, לא בעצמו ולא על ידי שליח.

146 ראה 'בית מאיר' (לעיל, הערה 145).

147 לשונו של 'בית מאיר' (לעיל, הערה 145).

148 הראשונים נחלקו בשאלה זו, אם דיני שליחות חלים על כתיבת הגט: יש הסבורים שאין מצווה שהגט ייכתב על ידי הבעל דווקא, אלא חשוב רק שייכתב על פי ציוויו כדי שיהיה לשמה של האישה. על פי גישה זו, דיני השליחות אינם חלים על כתיבת גט (תוספות ישנים, עירובין יג ע"א, מסבירים שזאת הסיבה שהגידם יכול לגרש את אשתו: "וצריך לחלק בין 'וכתב' ל'ונתן' [שבפסוק: "וכתב לה ספר כריתות ונתן בידה" (דברים כד, א), שהוא המקור המקראי לדיני גטין], דבנתינה בענין שליחות, אבל בכתיבה לא בענין שליחות, משום דמסתמא איירי קרא שכל אדם יכול לגרש את אשתו, ואפילו ידיו קטועות"). לעומתם, יש הסבורים שכתיבת הגט מוטלת על הבעל, ועל כן הוא אינו יכול לצאת ידי חובתו על ידי אחר אלא מכוח דיני השליחות. לסיכום שיטות הראשונים בעניין זה, ראה אנציקלופדיה תלמודית, כרך ה, ערך גט, עמ' תקסט־תקע. יש להניח שאותם ראשונים הסוברים שדיני השליחות חלים על כתיבת הגט, סוברים כדעת 'חקרי לב', שראינו לעיל, הערה 140, שמניעה פיזית אינה בגדר "לא מצי עביד", שאם לא כן, כיצד יסבירו את דין המשנה, שגידם יכול לשלוח שליח לכתוב גט, הלוא הוא מנוע פיזית מלכתוב אותו בעצמו? למסקנה זו הגיע מחנה אפרים, על הרמב"ם, הלכות גירושין, פרק ג, הלכה טו, אלא שנשאר ב"צריך עיון" לעניין יישוב הסוגיות הסותרות. וראה לעיל, הערה 140, שחקרי לב דוחה את היסוסיו.

לבעל הכוח הפיזי להביא את הגט לידי אשתו, הוא יכול למנות שליח, משום שאילו הייתה במחיצתו, יכול היה למסור לה את הגט על אף נכותו (בפיו או בחלק אחר של גופו). להלן נסביר מדוע ריחוק מקום אינו שולל את אפשרות מינויו של שליח, לכולי עלמא.

קשה להבין את הגיונה של דרישה זו, לפיה השולח צריך להיות מסוגל פיזית לעשות את פעולת השליחות, שכן אף אם נניח שהשליח צריך לקבל את כוחו מן השולח, ההיגיון אומר שכך הוא ביחס לכוח המשפטי של השולח, ולא לכוחו הפיזי[149]. אך אפשר שהדבר אינו נלמד מסברה אלא מגזרת הכתוב[150].

(ב) ריחוק מקום

לדעת רוב הפוסקים, אם המגבלה הפיזית אינה מונעת מן השולח אלא את האפשרות להגיע למקום ביצוע הפעולה, אין בכך כדי לשלול ממנו את הכשרות למנות שליח. מקורות ההלכה מלאים בדוגמאות של שולחים הנמצאים במקומות רחוקים ממקום ביצוע השליחות (כגון "השולח גט ממדינת הים"[151]), ולא נאמר בהן שתנאי לתוקף השליחות הוא שהשולח יהיה מסוגל להגיע למקום הביצוע בעצמו. זאת ועוד, ממקורות רבים עולה בבירור שמגבלה מן הסוג הזה אינה פוסלת את מינויו של השליח. כך לדוגמה, המשנה[152] מדברת על שליח "המביא גט והניחו [את השולח] זקן או חולה". יש להניח שבמצבים אלה של זקנה וחולי, השולח לא היה עומד בטורח הדרך[153], ואף על פי כן אין פסול במינויו של השליח.

הקביעה שריחוק מקומו של השולח אינו מונע ממנו את האפשרות למנות שליח עולה בקנה אחד לא רק עם הגישה שדרישת "מצי עביד" אינה מתייחסת אלא לכוחו המשפטי של השולח[154], אלא גם עם הגישה שהדרישה מתייחסת גם לכוחו הפיזי[155]. אמנם אין בידו להגיע אל מקום ביצוע השליחות, אבל ההגעה אל מקום הביצוע אינה חלק מן הפעולה המשפטית שלשמה נשלח השליח, ולעניינה השליח אינו זקוק למינוי. במילים אחרות, לעניין ההגעה אל מקום הביצוע, השליח פועל מכוח עצמו ולא מכוח שולחו. ברור אפוא שאין חלים עליה דיני השליחות, ואין דרישה שהשולח יהיה מסוגל להגיע בעצמו אל מקום הביצוע[156].

עם זאת, יש לציין שיש פוסקים הסבורים בעיקרון שריחוק מקום מהווה בעיה, אלא שברוב המקרים ניתן להתגבר עליה בשל האפשרות, ולו התאורטית והדחוקה ביותר, לגשר על פני ריחוק זה (בין על ידי הגעתו של השולח אל מקום ביצוע השליחות ובין על ידי הבאת מושא השליחות אל מקומו של השולח)[157].

[149] וצריך אפוא עיון בדברי 'בית מאיר', שאף שהוא מבסס את ההיגיון המשפטי של הדרישה על בסיס היעדר כוח לשולח (ראה להלן, ליד ציון הערה 217), הוא מחיל את ההיגיון הזה גם על מניעה פיזית.

[150] ראה משנת רבי אהרן, שהובא לעיל, הערה 136.

[151] משנה, גיטין א, א.

[152] משנה, גיטין ג, ג.

[153] שהרי מדובר במשנה בזקן או חולה שספק אם הם עדיין בחיים. הדיון שם הוא גם על הגוסס, ובוודאי שאינם יכולים לעמוד בטורח הדרך.

[154] ראה לעיל, ליד ציון הערה 141.

[155] ראה לעיל, ליד ציון הערה 145.

[156] נימוק זה העלה בית מאיר, אבן העזר, סימן קיט, סעיף ו, ד"ה לפיכך: "דכח ההילוך אין צריך השליח לקבלו מהמשלח, שהרי בר גרושין הוא לאשתו הסמוכה אליו, וכח ההילוך יש לשליח מבלעדי משלחו".

[157] ראה שו"ת מהר"י ברונא, סימן קעח. הוא פוסק שמי שקנה חזקה במצווה והלך לעיר אחרת, יכול למנות

(ג) חוסר ידע

יש שהמניעה של השולח לעשות בעצמו את פעולת השליחות נובעת מחוסר ידע, שאינו יודע כיצד עושים את הפעולה. כך הוא לדוגמה בשליחות לגירושין, שעל פי רוב השולח אינו יודע כיצד כותבים גט[158]. כך הוא גם בשליחות לכתיבת ספר תורה[159], שעל פי רוב השולח אינו סופר בעצמו.

רובם המכריע של הפוסקים סוברים שבנסיבות אלו, מכיוון שבידו ללמוד ולדעת, אין השולח בגדר "לא מצי עביד", ועל כן הוא יכול למנות שליח. ודאי שכך הוא למי שסובר שהשולח אינו בגדר "לא מצי עביד" אלא במניעה משפטית[160], אך גם מי שאינו סבור כך יודה שכאשר המניעה נובעת מחוסר ידע, אין הדבר פוסל את השולח, שכן תאורטית יש בידו להסיר מניעה זו עכשיו, כשילך אצל חכם ללמוד. אפשר להבין אפוא מדוע גם לדעת הסוברים שכתיבת הגט טעונה שליחות, סופר יכול לכתוב את הגט עבור המגרש, אף שהלה אינו יודע לכתוב אותו בעצמו. כמו כן, מובן מדוע אבי הבן יכול למנות שליח מטעמו למול את בנו אף שאינו יודע למול בעצמו[161].

שליח שיעשה את המצווה בשמו, "דמצי אתי בקפיצה", כלומר שיכול להגיע למקומו בדרך נס (מובא בכנסת הגדולה, אורח חיים, סימן קמו, הגהות הטור, אות ב).

והשווה כרתי ופלתי, סימן סא, פלתי, ס"ק ו, שמבקר את בני חוץ לארץ הממנים שלוחים כדי שיקנו עבורם בהמות בארץ ישראל, ישחטו אותן ויתנו מהן מתנות כהונה. לדעתו, מינוי שליח בנסיבות אלה אינו אפשרי, שכן השולחים הם בגדר "לא מצי עבדי". השווה לדבריו בספרו בני אהובה, הלכות אישות, פרק ט, הלכה ו, ד"ה ואופן הב'. מדבריו שם עולה שכל שביד השולח להתגבר, ולו בדרך דחוקה, על המניעה, יכול למנות שליח. זו הסיבה לדעתו שמי שמחוסר טהרה יכול למנות שליח לשחוט את פסחו, שכן תאורטית, אף שהוא מנוע מלהיכנס לעזרה, הוא יכול לשחוט בסכין ארוכה. וראה שו"ת דברי יציב, יורה דעה, סימן רה, שמצמצם את דברי 'כרתי' רק למניעה של הליכה משום סכנה, ראה שם טעמו.

והשווה גם שו"ת מהר"ש (ענגיל), חלק א, סימן יח, ד"ה והנה לכאורה, וד"ה ובאמת י"ל. הוא דן באישה המאושפזת בבית חולים למחלות מידבקות, ולפי הוראות בית החולים אסור להכניס אליה לביקור יותר משני אנשים בבת אחת, ונמצא שאי אפשר לגרש אותה שם, כיוון שבשביל לגרשה צריך שייכנסו המגרש (הבעל או שלוחו) ושני עדים לשם. לכאורה, פתרון פשוט היה שהאישה תמנה שליח לקבלת גטה, אבל מהר"ש פוסל אפשרות זו, כיוון שהאישה עצמה אינה יכולה לצאת מבית החולים. נמצא שגם לדעתו, ריחוק מקום כשלעצמו יש בו כדי להגדיר את השולח כ"לא מצי עביד" ואף כמי ש"אינו בתורת הדבר", אם השולח אינו מסוגל להתגבר על ריחוק זה.

עוד השווה שו"ת אבני נזר, יורה דעה, סימן שיט, ס"ק ו, שמעלה אפשרות (בהסתמך על דברי 'מחנה אפרים', המובא להלן, הערה 161), שאם אבי הבן נמצא בריחוק מקום, אינו יכול למנות שליח למול את בנו.

לשאלה אם בני חוץ לארץ יכולים למנות שלוחים לקיים מצוות התלויות בארץ, ראה בהרחבה סקירת הפוסקים וניתוח שיטותיהם בשו"ת יביע אומר, חלק ו, יורה דעה, סימן ל, הקובע במסקנה דמילתא שהדבר אפשרי.

158 בהנחה שכתיבת גט טעונה שליחות. ראה לעיל, הערה 148.

159 לשאלה אם מצוות כתיבת ספר תורה היא נושא לשליחות, ראה ר' מ"א עמיאל, המידות לחקר ההלכה, חלק ב, מידה טו (פועל, פעולה ופועל יוצא), אות יג־יד.

160 ראה לעיל, ליד ציון הערה 140.

161 ראה שו"ת בית אפרים, חו"מ, סימן סז, במסקנת דבריו. ברם, לא כך נוקט מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן כה, ד"ה איברא דעדיין: "ולא מיבעיא כשאין האב יודע למולו, דכיון דאיהו לא מצי עביד, שליח נמי לא משווי" (והשווה לדבריו המובאים לעיל, סוף הערה 148. וראה הערת המהדיר (ברכת משה), שעמד על סתירה זו. וראה עוד דברי 'אבני נזר' שהובאו לעיל, הערה 157). וראה מה שהשיג עליו שו"ת

(3) מניעה מחמת איסור

עד כה עסקנו במגבלות פיזיות ומשפטיות המונעות מן השולח את האפשרות להשיג בעצמו את התוצאה המשפטית המבוקשת. כאן נשאל, מה דינה של פעולה שהשולח יכול להשיג את תוצאתה המשפטית בעצמו, אבל היא כרוכה באיסור? האם עובדה זו לעצמה שוללת ממנו את האפשרות למנות שליח?[162]

'מחנה אפרים'[163] דן בשולח שנשבע שלא לקדש אישה מסוימת, וחרף שבועתו מינה שליח לקדש אותה. לפנינו אפוא דוגמה לפעולה אסורה (הפרת שבועה), שלביצועה נתמנה שליח, והשאלה היא, האם יש תוקף למינוי? לדעת 'מחנה אפרים', מאחר שבדיעבד הקידושין היו תקפים, אילו נעשו על ידי השולח בעצמו, הרי שאין לפסול את המינוי. ראיה חותכת לעמדתו מביא 'מחנה אפרים' מסוגיית שליחות לדבר עברה[164], שבה דעת רבינא היא שיש תוקף לקידושי כוהן עם גרושה, אף כשנעשו באמצעות שליח[165]. מוכח אפוא שהאיסור המוטל על השולח לעניין נושא השליחות אינו גורע מתוקפו של המינוי, כנראה משום שאילו היה עובר על האיסור בעצמו, היה תוקף למעשיו (כמו בכוהן, שאף שאסור לו לקדש גרושה, קידושיו תופסים בדיעבד)[166].

כתב סופר, יורה דעה, סימן קכא, ד"ה ודע דאין: "ודבריו תמוהים ונפלאו ממני... אטו בעל שאינו יכול לכתוב גט או לחתום או מי שאינו יודע לשחוט הפסח אי אפשר בשליחות? אתמה!".

162 לכאורה, אין מקום לשאלה זו, שכן כלל ידוע הוא: "אין שליח לדבר עברה". אולם בדיוננו לעיל, סעיף 1, פרק שלישי, ד(4)(א), עמ' 38, ראינו שיש דעות שהכלל הזה אינו חל אלא כאשר הפעולה אסורה לא רק לשולח אלא גם לשליח. נמצא שעל פי דעות אלה, יש ודאי מקום לשאול: האם השולח יכול למנות שליח לפעולה שהאיסור לעשותה מוטל רק עליו? או שמא העובדה שנושא השליחות הוא פעולה אסורה, די בה כדי להגדיר את השולח כ"לא מצי עביד", ואין תוקף למינוי? עוד ראינו שם (ליד ציון הערה 144) שיש פוסקים הסבורים שאין משמעות לכלל "אין שליח לדבר עברה" אלא בתחום הפלילי (כלומר, השולח אינו נענש על פעולת שלוחו), אבל לא בתחום המשפט הפרטי (כלומר, התוצאה המשפטית של פעולת השליח נזקפת לשולח). על פי גישות אלה, אין ספק שהתשובה לשאלה שאנו מעלים כאן היא שלילית, היינו שהעובדה שפעולת השליחות אסורה על השולח לעצמה אין בה כדי לפסול את תוקף המינוי. כי אם אין תוקף למינוי, כיצד יכלו אותם פוסקים לטעון שפעולת השליח גורמת לתוצאות משפטיות אצל השולח? שאלתנו עולה אפוא רק לבעלי הפלוגתא של פוסקים אלה.

163 מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן ט. וראה שדי חמד, קונטרס הכללים, מערכת כ"ף, כלל פה.

164 בבא מציעא י ע"ב. על סוגיה זו, ראה באריכות בדיוננו לעיל, סעיף 1, פרק שלישי, ד, עמ' 26.

165 משום שלדעתו, הכלל "אין שליח לדבר עברה" אינו חל כאשר השליח אינו בן חיוב ("בר חיובא"), כפי שהוא המצב כאן, שבו קידושי אותה גרושה אינם אסורים אלא לכוהן השולח, ולא לשליח.

166 לכאורה, אפשר היה להוכיח בדרך פשוטה יותר שאין די בהיות פעולת השליחות אסורה להגדיר את השולח כ"לא מצי עביד": התלמוד מבסס את הכלל "אין שליח לדבר עברה" על מקורות שונים: הסברא ("דברי הרב ודברי התלמיד – דברי מי שומעין?"), ומדרשי הלכה (ראה דיוננו לעיל, סעיף 1, פרק שלישי, ד(2), עמ' 29). אילו היה די בעובדה שפעולת השליחות אסורה להגדיר את השולח כ"לא מצי עביד", לא היה צורך במקורות אלה, שכן מינוי שליח לדבר עברה לא היה תקף כלל! ונראה שלזה מתכוון מקנה אברהם (שיראנו), מערכת הכ', סימן קנט, ד"ה כל. וראה גם שו"ת חתם סופר, קובץ תשובות, סימן סב, ד"ה השלישי. חידושו של 'מחנה אפרים' הוא, שאמנם מבחינת כשרות השולח למנות שליח, המינוי תקף גם כאשר נושא השליחות הוא פעולה אסורה, אבל תנאי לכך הוא שהפעולה הייתה מועילה אילו נעשתה על ידי השולח, שאם לא כן, הוא היה מוגדר כ"לא מצי עביד", ודי היה בכך לפסול את המינוי. ואולם ראה שושנת העמקים (לר' יוסף תאומים בעל פרי מגדים), כלל כג, ד"ה ויש לחקור, שקבע שמינוי שליח בשבת לכתוב גט אחרי השבת כשר, אף שהכותב גט בשבת הגט פסול (ראה שולחן ערוך, אבן העזר, סימן קכג,

אמנם מצאנו גם מי[167] שחולק על 'מחנה אפרים', ופוסל מינוי שליח לביצוע פעולה אסורה[168], אף כשהפעולה הייתה תקפה בדיעבד, אילו נעשתה על ידי השולח בעצמו. עם זאת, נראה ששיטת 'מחנה אפרים' היא השיטה המקובלת[169].

סעיף ה), משום שהמניעה לכתוב גט בשבת היא מניעה צדדית, ולא מהותית, לדיני הגירושין. על נימוק נוסף לפסקו, ראה להלן, הערה 251.

[167] ראה: שו"ת מים עמוקים, חלק ב (ראנ"ח), סימן יח, ד"ה צריך (מובא על ידי 'מחנה אפרים' עצמו כדעה חולקת); רבי עקיבא איגר, גיליון שולחן ערוך, אבן העזר, סימן לה, ס"ק ג (מובא בפתחי תשובה, שם, ס"ק יג). במקרה דומה לזה שדן בו 'מחנה אפרים' (מי שמינה שליח לפעולה שאסר על עצמו בשבועה), פסקו שבעיקרון אין תוקף למינוי. אולם אפשר שאין כאן מחלוקת עקרונית בינם לבין 'מחנה אפרים', ולא אמרו את מה שאמרו אלא משום שלדעתם, יש לחשוש לדעה שאין תוקף לפעולה שנעשתה מתוך הפרת שבועה. לעניין זה, ראה תמורה ה ע"ב, בעניין "כל מילי דאמר רחמנא לא תעביד, אי עביד לא מהני". ואפשר שהחולקים על 'מחנה אפרים' נוקטים כראשונים הסבורים שכלל זה חל גם על איסור שבדה אדם מלבו. כך הציע להסביר את דעתם חקרי לב, אבן העזר, סימן כד (אבל ראה א' שוחטמן, מעשה הבא בעברה, ירושלים תשמ"א, עמ' 131-154, שהוכיח שלאמתו של דבר, שאלה זו אינה שנויה במחלוקת ראשונים כלל, ופעולה שנעשתה תוך הפרת שבועה תקפה לכולי עלמא. האחרונים סברו בטעות שהעניין שנוי במחלוקת, משום שלידיהם הגיעה גרסה חלקית ומקוטעת של דברי אחד מן הראשונים).

וראה גם שו"ת אבן הראשה, סימן כו, שמדבריו עולה שהכוהן אינו יכול למנות שליח להגביה לו מציאה בבית הקברות, שכן מחמת האיסור החל עליו מלהיכנס לשם הוא מוגדר כ"לא מצי עביד".

פוסק אחר החולק במפורש על גישת 'מחנה אפרים' הוא שו"ת מהרש"ם, חלק ג, סימן מז. מהרש"ם מסתמך על מקור תלמודי (בבא קמא קי ע"א), הקובע שכוהן טמא אינו יכול לשלוח שליח להקריב קרבנותיו בשמו, משום שהוא עצמו אינו יכול לעבוד במקדש. הלכה זו סותרת לכאורה את העיקרון שקבע 'מחנה אפרים', שכן הלכה היא שעבודת כוהן טמא כשרה בדיעבד (ראה תוספות, יומא ז ע"ב, ד"ה דם שנטמא). על מקורו של מהרש"ם ועל גישתו, יש להעיר שלוש הערות:

א. המקור שהוא מסתמך עליו לדחות את גישת 'מחנה אפרים' אינו מכריע, שכן אפשר שהמניעה למינוי שליח באותה סוגיה אינה משום שהשולח מוגדר כ"לא מצי עביד", אלא משום סיבה אחרת, כפי שכבר הזכרנו לעיל, הערה 143. בעניין זה, ראה שו"ת שואל ומשיב, מהדורא תליתאה, חלק א, סימן סח, המפנה למה שכתב ב'מפרשי הים' על סוגיית בבא קמא שם (אם כי ראה שדי חמד, קונטרס הכללים, מערכת כ"ף, כלל פו, ד"ה ומה, שהתקשה בהבנת כוונתו).

ב. על גישת מהרש"ם עצמו קשה, כיצד הוא מפרנס את סוגיית "שליחות לדבר עברה", המוכיחה לכאורה בעליל את צדקת גישתו של 'מחנה אפרים'? אמנם לעניין כוהן השולח שליח לקדש לו אישה גרושה, אפשר שהיה מסביר שקידושי כוהן וגרושה אינם אסורים כשלעצמם, ורק חיי אישות ביניהם הם שאסורים (כפי שכבר העיר 'נודע ביהודה'. ראה דיוננו על סעיף 1, הערה 150), וזאת הסיבה ששם המינוי תקף. אולם מה היה עונה על הדוגמה השנייה שמביא התלמוד שם בעניין השולח אישה להקיף פאת ראשו של קטן, הרי שם הקפת הראש היא בוודאי פעולה אסורה עליו! ומה היה עונה גם על מה שהערנו לעיל, הערה 166?!

ג. המשך סוגיית בבא קמא סותר לכאורה את גישת מהרש"ם עצמו, שכן נקבע שם שכוהן גדול אונן יכול למנות שליח לעבוד במקומו, אף שהעבודה אסורה עליו. מהרש"ם מעורר שאלה זו בעצמו, ומתרץ בהפניה למשנה למלך, הלכות ביאת מקדש, פרק ב, הלכה ו, המסביר שאפשר שהסיבה לכך היא שאיסור העבודה המוטל על כוהן אונן אינו אלא מדרבנן, ובגין איסור דרבנן השולח אינו מוגדר כ"לא מצי עביד".

[על תחולת הכלל על איסור דרבנן, ראה שו"ת יביע אומר, חלק ו, יורה דעה, סימן ל, אות ה. בדרך אגב נעיר שמדבריו אלה של 'משנה למלך', עולה לכאורה שגם הוא חולק על גישת 'מחנה אפרים', שכן לפי 'מחנה אפרים', גם באיסור דאורייתא, השולח אינו מוגדר כ"לא מצי עביד", ובלבד שפעולתו האסורה הייתה תקפה בדיעבד. כך העירו: מנחת חינוך, מצווה קנא; שו"ת בית יצחק, אבן העזר, חלק א, סימן ג, אות ד. על גישת משנה למלך, ראה גם שדי חמד, קונטרס הכללים, מערכת כ"ף, כלל פו].

[168] אם כי בקרב בעלי גישה זו ניכרת נטייה להבחין בין איסורי תורה לאיסורי דרבנן, כך שבגין איסור דרבנן

יש להוסיף שבמניעה מחמת איסור כתוצאה מנדר או שבועה, יש פוסקים הטוענים שבלאו הכי, גם אם פעולת השולח אינה מועילה בדיעבד, אין השולח בגדר "לא מצי עביד", משום ש"הדבר בידו" להסיר את המניעה כשיישאל על נדרו או שבועתו[170].

ד. אפשרות ביצוע השליחות בשעת המינוי

לעיל[171] כבר ציטטנו את דברי ברק, ולפיהם "אם אין לשולח כשרות לבצע פעולה פלונית, אין כל אפשרות ליצור יחסי שליחות ביחס לאותה פעולה, שכן יחסי השליחות מניחים כי פעולת השלוח 'מחייבת ומזכה' את השולח, ואילו במקרה שלנו תוצאה זו בלתי אפשרית". בהמשך דבריו[172], ברק מטעים: "ודוק: אי־קיומה של השליחות אינו נובע מנימוקים של העדר כושר לשולח להעניק הרשאה, אלא מהנימוקים שבמצב דברים כזה אינה קיימת כלל שליחות"[173]. מדבריו אלה עולה שמינוי השליח תקף, אף אם נעשה בשעה שלא הייתה לשולח כשרות לעשות את פעולת השליחות, ובלבד שמצב זה השתנה בשעה שהשליח עשה את

השולח אינו מוגדר כ"לא מצי עביד" (ראה המקורות שהובאו לעיל, הערה 167). ואולם השווה דברי ר' שמעון שקאפ (להלן, הערה 216).

169 ראה: חקרי לב, אבן העזר, סימן כד; פסקי הלכות (לר' דוד פרידמן מקרלין), יד דוד, חלק ב, פרק שמיני, הלכה ד, הגהה ד (עמ' 448); שו"ת שואל ומשיב, מהדורא קמא, חלק א, סימן קטו (כך כתב גם בהסכמתו לספר זיכרון צבי מנחם (מייזליש). אמנם השווה שו"ת שואל ומשיב, מהדורא תליתאה, חלק א, סימן סח, משם עולה לכאורה שהוא מסתייג מדברי 'מחנה אפרים', אולם דבריו עמומים וצריכים עיון. וראה מה שפלפל בדבריו בשדי חמד, קונטרס הכללים, מערכת כ"ף, כלל פו. אולם נראה שהעמיס על דברי 'שואל ומשיב' דברים שלא עלו על דעתו. ועדיין צריך עיון); שדי חמד, קונטרס הכללים, מערכת כ"ף, כללים פו, פט, מוסיף עוד מקורות רבים הפוסקים כך. וראה פסקי עוזיאל בשאלות הזמן, סימן נד, אות ז (=שו"ת משפטי עוזיאל, חלק ב, אבן העזר, תל אביב תרצ"ח, סימן מח), שצירף דעה זו להתנגדותו להצעת התקנה שהבעל ימנה שליח לגירושין בשעת הקידושין, שיוסמך לתת גט לאשתו באם ייעדר מביתו יותר משלוש שנים.

170 שימוש מקורי נעשה בעיקרון "דבר שבידו" בהקשר לשליחות להדלקת נרות חנוכה. פרי מגדים, סימן תרעט, אשל אברהם, ס"ק א, מעלה את השאלה, כיצד יכול מי שכבר קיבל עליו את השבת לומר לאחר להדליק במקומו נר חנוכה (כפי שמציעים ט"ז ומגן אברהם, שם, ס"ק א), הלוא "קיימא לן: כל מידי דאיהו לא מצי עביד, לא מצי משווי שליח" (ואף לשיטת 'מחנה אפרים', שמניעה מחמת איסור אינה מניעה, שכן המעשה מועיל בדיעבד, הלוא אם ידליק, לא יצא ידי חובתו, מאחר שתהיה זו מצווה הבאה בעברה, כפי שהעיר שו"ת חבצלת השרון, חלק א, אורח חיים, סימן מא, אות ו). 'פרי מגדים' נוטה לומר שאין כאן שליחות ממש אלא "מעשה קוף" בעלמא, ובכל זאת הוא נשאר ב"צריך עיון": כיצד יכול אחר לברך במקומו? בעל ספר ראשי בשמים (ראבין), מערכת ח, אות עט, מציע תירוץ אחר, והוא שמאחר שקבלת שבת קודם הזמן אינה מחייבת אלא מכוח נדר, הרי שאין להגדיר את השולח כמי ש"לא מצי עביד", שכן בידו להישאל על נדרו בפני חכם ולבטלו למפרע. וראה דברינו על סעיף 1, הערה 167.

על "דבר שבידו" כעונה לדרישה "מצי עביד השתא", שנרחיב עליה את הדיבור בהמשך, ראה דיוננו להלן, ליד ציון הערה 235 וליד ציון הערה 266.

171 לעיל, ליד ציון הערה 127.

172 שם, סעיף 442. וראה גם סעיף 433.

173 בסגנון דומה ראה תורת מיכאל, סימן סא (קונטרס בענייני שליחות), ד"ה וכיון (עמ' ריט): "דכיון דאין המשלח יכול לעשות הדבר בשעה שהשליח עושה, היאך יוכל השליח לעשות עבורו, הא אין כח לשליח יותר מכח המשלח, ואין זה חסרון מצד המינוי, היינו שאינו יכול למנות שליח בכגון דא, אלא הוא חסרון בגוף השליחות, דאין שייך על דבר זה שליחות, כיון דהוא בעצמו אין יכול לעשותו, ולהכי גם מעשה השליח לא נחשב לכלום".

השליחות. כך לדוגמה, אין מניעה למנות שליח להעביר בעלות על בית שעדיין לא נבנה, ובלבד שהשליח יעשה את שליחותו לאחר שייבנה הבית. להלן נראה שעמדתו של המשפט העברי שונה, ולפי רוב השיטות, מינוי השליח חייב להיעשות בשעה שהשולח עצמו כבר יכול להשיג את התוצאה המבוקשת. בהבנת פשרה והיקפה של דרישה זו, נעסוק בפרק שלפנינו. אך תחילה נציג את הסוגיה התלמודית שעולה בה דרישה זו.

(1) הסוגיה התלמודית ("מצי עביד השתא")

התלמוד[174] מביא הלכה בשם רבי יוחנן בקשר לשליח שנשלח לקדש אישה כלשהי: "האומר לשלוחו 'צא וקדש לי אישה' סתם [היינו אישה בלתי מסוימת], ומת השליח [ולא ידוע את מי קידש[175]], אסור [השולח] בכל נשים שבעולם". הסיבה לאיסור גורף זה היא, שכל אישה היא ספק קרובת האישה שקידש השליח לשולח (כלומר, אפשר שהיא אמה של אותה אישה או אחותה או בתה וכדומה)[176]. רבא מסייג את הלכת רבי יוחנן, וקובע שהאיסור אינו חל על אישה שאין לה קרובה או שקרובתה הייתה נשואה בשעת מינוי השליח (משום שקרובה זו ודאי לא נתקדשה לשולח). סייג זה נכון, מדגיש התלמוד, גם כאשר אותה קרובה נתגרשה סמוך לאחר מינוי השליח. אמנם באופן תאורטי אפשר שהשליח פגש אותה כאישה פנויה וקידש אותה בשמו של השולח, אולם קידושין אלה ניתנו שלא בהרשאה, ואין להם תוקף, משום שבשעת המינוי לא הייתה פנויה, ובלשון התלמוד: "לא משוי איניש שליח אלא במילתא דמצי עביד השתא. במילתא דלא מצי עביד ליה השתא – לא מצי[177] משוי שליח [=אין אדם ממנה שליח אלא בדבר שיכול לעשות עכשיו. בדבר שאינו יכול לעשות אותו עכשיו, אינו יכול למנות שליח]". מכאן עולה לכאורה, שאף שבשעת המינוי השולח אינו זר לנושא השליחות (שהרי יש לו כשרות משפטית לקידושין), בכל זאת נשללת ממנו האפשרות למנות שליח לקידושי אישה שהיא נשואה בשעת המינוי, משום שבאותה שעה הוא מנוע מלקדש אותה בעצמו[178].

[174] נזיר יא ע"ב–יב ע"ב. וראה גם גיטין סד ע"א.

[175] אבל ההנחה היא שאכן קידש אישה כלשהי, שכן "חזקה: שליח עושה שליחותו". ראה שם.

[176] במילים אחרות, כל אישה נאסרת על השולח בהיותה ספק ערווה עבורו. וראה: תוספות, נזיר יב ע"א, ד"ה אסור, ותוספות, גיטין סד ע"א, ד"ה אסור, המעירים שהאיסור אינו אלא מכוח קנס שקנסו אותו חכמים על שלא ציין איזו אישה הוא מבקש לקדש, אבל מן הדין הוא מותר בכל הנשים שבעולם מכוח דיני "רוב" (שכן רוב הנשים אינן קרובות של האישה שקידש השליח עבורו). לדעה זו הסכים הר"ן, גיטין ל ע"א (בדפי הרי"ף), ד"ה אסור בכל הנשים. לא כן דעת הרמב"ן, גיטין סד ע"א, ד"ה הא דאמרינן, הכותב שהאיסור על השולח הוא מעיקר הדין ולא רק משום קנס. ראה מגיד משנה, הלכות אישות, פרק ט, הלכה ו. נציין שלדעת הרמב"ן, קרובותיה של האישה, ואין צריך לומר האישה עצמה, נאמנות לומר שלא נתקדשו על ידי אותו שליח, ואז היא מותרת לשולח. התוספות והר"ן לעומתם סבורים שכל זמן שהקרובות לא "עמדו ונשאו", חל הקנס על השולח. כשיטת התוספות והר"ן פסק הרמ"א, אבן העזר, סימן לה, סעיף יא, וזה לשונו: "וכן אם באו הקרובות ואמרו לא נתקדשנו, ועמדו ונשאו, מותר באשה זו, דהא ודאי לא נתקדשו הקרובות"). וראה שו"ת שמע שלמה, חלק ב, אבן העזר, סימן ב, אות ח.

[177] המילה "מצי" מצויה רק בחלק מנוסחי התלמוד. כך לדוגמה היא אינה מצויה בדפוס וילנא. וראה להלן, הערה 180.

[178] לכאורה, זו גם המסקנה העולה מסוגיית יבמות נב ע"א-ע"ב: "אמר אחד ללבלר 'כתוב גט... לאשה בעלמא' [היינו לאישה פנויה שעדיין לא קידש אותה] – אין גט, מפני שאין בידו לגרשה". גם כאן, מאחר שבזמן המינוי, השולח אינו יכול לגרש את האישה, שהרי אינה אשתו, אין תוקף לגט (אף אם נכתב לאחר הקידושין), אף על פי שהשולח אינו זר לענייני גירושין. ואמנם כך נראה שהבינו את משמעות הסוגיה

כפי שנראה להלן, הפוסקים נחלקו בשאלה אם עניינה של דרישה זו כשרות השולח או שעניינה כשרות האובייקט מושא השליחות. אך נקדים ונראה שיש גם מי שגורס אחרת בתלמוד, וכופר לחלוטין בקיומה של דרישה זו.

(2) הגישות השונות בהבנת הדרישה

(א) אומדן דעת השולח ולא נורמה משפטית (שיטת מהרי"ט)

מהרי"ט[179] אינו גורס "במילתא דלא מצי עביד ליה השתא – לא מצי משוי שליח", אלא "לא משוי שליח"[180]. לדעתו, כוונת התלמוד אינה לקבוע הלכה, נורמה משפטית, ולפיה השולח אינו יכול לכלול בהרשאתו פעולה שכרגע הוא מנוע מלעשותה, אלא כוונת התלמוד לקבוע חזקה הנוגעת לאומדן דעתו של השולח, ולפיה השולח לא התכוון לכלול בהרשאתו פעולה שהוא מנוע מלעשותה באותה עת. במילים אחרות, אין מניעה עקרונית שאדם ימנה שליח לקדש לו אישה שהיא נשואה עדיין בשעת המינוי, ובלבד שכוונה זו עולה בבירור מלשון ההרשאה[181]. מובן שהשליח לא יוכל לעשות את שליחותו אלא לאחר שאישה זו תתגרש או תתאלמן, אבל אין זה גורע מכשרות המינוי. לשון אחר, לפי מהרי"ט, לעניין כשרות המינוי, אין דרישה שהשולח יהיה בגדר "מצי עביד" כבר בשעת המינוי, ודי שיהיה כזה בשעת ביצוע השליחות על ידי השליח[182].

בעלי התוספות, שם ע"ב, ד"ה ולאשה (אך ראה מערכות חיים, מערכת שליחות, סימן ז, בפירוש דבריהם). ואולם השווה רמב"ם, הלכות גירושין, פרק ג, הלכה ו: "אמר לסופר 'כתוב גט לפלונית ויהיה עמי, לכשאשאנה אגרשנה בו', ונכתב ונשאה וגירשה בו – אינו גט, מפני שלא היתה בת גירושין ממנו כשנכתב גט זה, ונמצא שנכתב שלא לשם גירושין". מדברי הרמב"ם עולה שפסול הגט אינו נובע מכך שהמינוי היה פגום (בהיות השולח "לא מצי עביד") אלא מכך שנכתב בשעה שלא הייתה עדיין בת גירושין (וכך פירש גם רש"י את הסוגיה שם, ד"ה ולאשה בעלמא). אם כך, אין במקור זה סתירה לשיטת מהרי"ט (שנראה להלן, ליד ציון הערה 179). וכבר העיר על כך ר' יעקב כולי בהגהתו למשנה למלך, הלכות אישות, פרק ט, הלכה ו, ד"ה ומ"ש. והשווה שו"ת רבי עקיבא איגר, מהדורא תניינא, סימן עג.

לעיל, ליד ציון הערה 105, ראינו שלפי ר' יחזקאל לנדא, סוגיית נזיר אינה עוסקת בכשרותו של השולח, כי אם בכשרותו של השליח, והערנו שם שפרשנות זו אינה מקובלת על רוב הפוסקים.

179 שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן כג, ד"ה וכבר. וראה גם שו"ת מהרי"ט, חלק ב, אבן העזר, סימן מג.

180 כך היא הגרסה בדפוס וילנא. וכעין זה גרס גם הרי"ף, קידושין כא ע"ב (בדפי הרי"ף): "אבל היכא דאיהו לא מצי לקדושי, לא משוי שליח". בהקשר לחילופי הנוסח שבסוגיה זו, ראה מה שהעיר הנצי"ב מוולוז'ין, להלן, הערה 187.

181 הרמב"ם, הלכות אישות, פרק ט, הלכה ו, כותב: "אין אדם עושה שליח לקדש לו אלא אשה שיכול הוא לקדשה בשעת השליחות". לדעת מהרי"ט (שם, ד"ה ומיהו), "דברי הרמב"ם ז"ל שקולים", וקשה לדעת אם הוא מסכים לדעתו או שמא גם הוא סבור כדעת רוב הפוסקים (כפי שנראה להלן), שזו הלכה ולא רק חזקה. והשווה העמק שאלה, על השאילתות, פרשת חיי שרה, שאילתא יז, ס"ק ב. לדעתו, הרי"ף (ראה לעיל, הערה 180), הרמב"ם שם, ורבנו ירוחם (תולדות אדם וחוה, נתיב כב, חלק ג) – סוברים כמהרי"ט. ואולם השווה ערוך השולחן, להלן, הערה 190. וראה עוד לעיל, הערה 178.

לכאורה, כשיטת מהרי"ט נוקט בעל ספר התרומה, הלכות חלה, סימן פג, שכן הוא כותב: "דמילתא דלא מצי עביד אינש לא משוי שליח, יש לומר דהכי קאמר, לאו דעתא דאינש לשוויי שליח לקדש אשת איש לאחר גרושי', ואפילו גירשה לא מצי משוי שליח". אולם משפט זה אינו מופיע בכתבי היד של ספר התרומה (ותיקן 145; לונדון 518; לונד 3), ואכן מהמשך דבריו שם ברור שאינו נוקט כשיטת מהרי"ט (תודתי לרב יואל פרידמן, השוקד על הוצאה מדעית של הלכות חלה לבעל ספר התרומה, שמסר לי את עבודתו על קטע זה).

פוסקים רבים דוחים את גישת מהרי"ט משלוש סיבות. סיבה טקסטואלית: הם גורסים[183] "לא מצי משוי שליח", ולפי גרסה זו ניכר שהתלמוד אינו קובע חזקה משפטית גרידא אלא הוראה נורמטיבית[184]; סיבה פרשנית: לדעתם, המשך הסוגיה אינו מתפרש אלא אם כן מניחים שקיימת נורמה משפטית שאי אפשר מן הדין למנות שליח לפעולה שהשולח מנוע מלעשותה בשעת המינוי[185]; וסיבה משפטית: כך לדוגמה יש הסבורים שגישת מהרי"ט אינה מתיישבת עם מהות השליחות, שהיא האצלת כוחו של השולח לשליח. הם טוענים: כיצד יכול השולח להאציל לשליח כוח שאין לו בשעת המינוי? ובלשון ר' מאיר פוזנר, בעל 'בית מאיר'[186]: "צריך להיות לו הכח בשעת מנוי השליחות, כי מה יתן ומה יוסיף הכוח שמשיג המשלח בתר [=אחרי] המנוי?".

אשר לטענות הטקסטואליות והפרשניות, אין כאן מקום להרחיב בהן[187]. אשר לטענה

182 וראה הרב ש"ד רוזנטל, "מינוי שליח להפרשת תרומה לעולם", כרם ציון השלם, כרך ב, ירושלים תשכ"ח, אוצר התרומות, עמ' שסח, בעמ' שסט, ד"ה ויתכן.
מתוך דבריו של מהרי"ט, אין לדעת כיצד הוא מגדיר את המושג "מצי עביד", האם הוא כולל רק מניעה משפטית (ומה הגדרתה) או גם מניעה פיזית. כל אשר אפשר להסיק מהם הוא רק זאת, שאין דרישה שהשולח יהיה "מצי עביד השתא", כלומר כבר בשעת המינוי. על פי זה, ראה מה שנעיר להלן, הערה 202. אולם ראה חידושי מהרי"ט, קידושין עח ע"ב, ד"ה לא צריכא, משם מוכח שלדעתו גם מניעה פיזית היא בגדר "לא מצי עביד".

183 כך גרסו: הרמב"ן והריטב"א (נדרים כד ע"א בדפי הרי"ף); מרדכי, קידושין, פרק האיש מקדש, סימן תקיט; רא"ש, קידושין, פרק ב, סימן יח (וכך עולה גם מפירושו לנזיר יב ע"ב הנדפס על הגיליון); רבי עזריאל, מובא בשיטה מקובצת, נזיר יב ע"ב, ד"ה ומשני כי; ר"ן, נדרים עב ע"ב, ד"ה והא לא שמע ליה. וראה להלן, הערה 184.

184 כך נקטו כל הפוסקים שאת דעותיהם נסקור להלן. גישה זו יסודה כבר בדברי התוספות, נזיר יב ע"א, ד"ה מ"ט; שם, יבמות נב ע"ב, ד"ה ולאשה. וכך נקטו גם: שאילתות, פרשת חיי שרה, שאילתא יז; פירוש הרא"ש, נזיר יב ע"ב; המאירי, בית הבחירה, נזיר יב ע"א, ד"ה האומר; שיטה מקובצת, נזיר יב ע"ב, ד"ה אמרי; מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן י.

185 ראה משנה למלך, הלכות אישות, פרק ט, הלכה ו, ד"ה ומ"ש רבינו. ואף שהוא אינו גורס בסוגיה "לא מצי משוי שליח" אלא "לא משוי שליח", כגרסת מהרי"ט, הוא מגיע בכל זאת למסקנה מניתוח המשך הסוגיה שהכוונה שאינו יכול למנות שליח, ולא רק שאינו מתכוון לכך. התלמוד עומד על סתירה לכאורה בין הכלל ש"במילתא דלא מצי עביד ליה השתא – לא משוי שליח", ובין הלכת ר' יאשיה, שגזרת הכתוב היא שהבעל אינו יכול למנות שליח להפר נדרים שאשתו עתידה לנדור ("האומר לאפוטרופוס שלו 'כל נדרים שתדור אשתי מכאן עד שאבוא ממקום פלוני הפר לה', והפר לה, יכול יהיו מופרין? תלמוד לומר: 'אישה יקימנו ואישה יפרנו' (במדבר ל, יד), דברי ר' יאשיה"). התלמוד שואל, אילו נכון היה הכלל שהאדם אינו יכול למנות שליח לפעולה שהוא עצמו אינו יכול לעשותה בשעת המינוי, לא היה ר' יאשיה צריך לבסס את ההלכה שלו על גזרת הכתוב, שכן דעת חכמים היא שהבעל אינו יכול להפר נדרים עתידיים של אשתו (התלמוד עונה שאולי דעת ר' יאשיה היא כדעת ר' אליעזר, הסבור שהאדם יכול להפר נדרים עתידיים של אשתו, וממילא מובן מדוע נזקק לגזרת הכתוב). לדעת 'משנה למלך', שאלת התלמוד מוכיחה שאין לקבל את גישת מהרי"ט. לפי גישת מהרי"ט, התלמוד לא היה צריך לראות כל קושי בעובדה שר' יאשיה ביסס את ההלכה שלו על גזרת הכתוב, שכן אליבא דמהרי"ט, אפילו לשיטת חכמים, לולי גזרת הכתוב, לא הייתה מניעה שימנה הבעל שליח (הלוא העיקר הוא אומדן דעת השולח בשעת המינוי, ואין צורך שיהיה מסוגל לעשות את הפעולה בעצמו כבר בשעת המינוי)!

186 בית מאיר, אבן העזר, סימן קיט, סעיף ו.

187 אשר לטענה הטקסטואלית, ראה מה שכבר הערנו לעיל, הערה 180. וראה עוד הערתו הביקורתית של הנצי"ב מוולוז'ין בספרו העמק שאלה, על השאילתות, פרשת חיי שרה, שאילתא יז, ס"ק ב: "וידעתי שלפי

המשפטית, נראה לומר שיש למהרי״ט תפיסה אחרת בהבנת מהות השליחות. לדידו, אין עניינה של השליחות האצלת כוח השולח לשליח, אלא עניינה יצירת זהות משפטית בין השולח לשליח. על פי תפיסה חלופית זו, הקושי שהצביע עליו ׳בית מאיר׳ נופל מאליו, שכן כל כוח משפטי המתחדש אצל השולח, מתחדש ממילא גם אצל השליח מכוח הזהות שנוצרה ביניהם מתחילה[188].

אף שיש פוסקים המצדדים בעמדת מהרי״ט[189], נראה שהלכה למעשה אין פוסקים כמותו[190]. ואכן, להלן נראה שרוב הפוסקים הבינו שהתלמוד קובע כאן הלכה[191], אלא שנחלקו הדעות בשאלה אם הלכה זו נוגעת לכשרות האובייקט מושא השליחות או לכשרות השולח.

הנוסחא שלנו [בסוגיית התלמוד]... לא אתי שפיר. אבל ידוע דלשון [מסכת] נזיר משונה, ויש הרבה נוסחאות אינם מעיקר מסדרי הש״ס, אלא מאיזה גאון״. כלומר, הוא מודה שאמנם סוגיית התלמוד אינה מתיישבת עם גישת מהרי״ט, אבל הוא מעלה אפשרות שהסוגיה אינה מקורית, אלא נוספה לכאן בתקופת הגאונים. לסגנונה המיוחד של מסכת נזיר, ראה מה שהעיר תפארת ישראל (ליפשיץ), אבות, פרק ב, בועז, אות ב, ד״ה וביחוד.

לניסיונות ליישב את השאלה הפרשנית העולה מן הסוגיה (ראה לעיל, הערה 185), ראה: מרכבת המשנה, מהדורא קמא, הלכות גירושין, פרק ו, הלכה ג (בתירוצו השלישי); יד המלך, הלכות אישות, פרק ט, הלכה ו, ד״ה אכן לתרץ; שו״ת שואל ומשיב, מהדורא קמא, חלק ב, סימן קטו, והנה לפמ״ש; שם, מהדורא תליתאה, חלק א, סימן עג; שם, חלק ב, סימן קסט, ד״ה והנה המהרי״ט; בית אהרן (ראבין), הלכות גיטין, סימן קיט, ס״ק יא; שו״ת מהרש״ם, חלק ז, סימן קכד, ד״ה והנלע״ד; שדי חמד, קונטרס הכללים, מערכת כ״ף, כלל פח; הרב ש״ד רוזנטל, ״מינוי שליח להפרשת תרומה לעולם״, כרם ציון השלם, כרך ב, ירושלים תשכ״ח, אוצר התרומות, עמ׳ שסח, בעמ׳ שסט, ד״ה ויתכן; וראה שו״ת יביע אומר, חלק ו, יורה דעה, סימן ל, אות א.

188 וראה שו״ת חתם סופר, אבן העזר, חלק א, סימן יא, ד״ה מתוך. אמנם הוא דוחה את גישת מהרי״ט, אבל טענתו נגדו היא שגזרת הכתוב היא שהשולח צריך להיות ״מצי עביד״ כבר בזמן המינוי, ולא רק בזמן הביצוע: ״דיני שליחות ילפינן ריש פרק האיש מקדש מתרומה וקדשים וגירושין, ובעינן דומיא דהתם ממש, שיהיה איהו מצי למיעבד. ואפילו פירש להדיא, לא מהני״. מכאן שהוא לא ראה בגישת מהרי״ט גישה העומדת בסתירה למהותה המשפטית של השליחות, שהרי לא דחה אותה אלא מכוח גזרת הכתוב. גישה דומה נוקט משפטי שמואל (רבינוביץ), שמעתתא דשליחות, פרק כה, אות ט.

189 ראה: מרכבת המשנה, מהדורא קמא, הלכות גירושין, פרק ו, הלכה ג, בשם הגאון מקראטאשין (׳מרכבת המשנה׳ עצמו חולק על גישת מהרי״ט); יד המלך, הלכות אישות, פרק ט, הלכה ו, ד״ה ולי נראה דכסברת מוהרי״ט; שו״ת שואל ומשיב, מהדורא קמא, חלק ב, סימן קטו, ד״ה והנה לפמ״ש; שם, מהדורא תליתאה, חלק א, סימן עג; שם, חלק ב, סימן קסט, ד״ה והנה המהרי״ט; שם, חלק ג, סימן קו. ראה לעיל, הערה 181, שלפי הנצי״ב כך נקטו הרי״ף והרמב״ם. וראה עוד שדי חמד, קונטרס הכללים, מערכת כ״ף, כלל פח, שהביא פוסקים המצדדים בגישת מהרי״ט, אם כי הביא גם את הדעות החולקות עליהם.

190 כלשון ערוך השולחן, חו״מ, סימן קפב, סעיף ד: ״ולענין הלכה, כיון דלהתוספות מפורש שאינו יכול לעשות, וכן הרמב״ן והרא״ש והריטב״א הביאו גמרא זו בפרק י דנדרים וגורסים ׳לא מצי משוי שליח׳ [ראה לעיל, הערה 183], ובהרמב״ם [ראה לעיל, הערה 181] אינו מוכח כל כך, נקטינן כוותייהו״.

191 הרב שלמה פישר קושר שאלה זו (אם מדובר בהלכה אם לאו) בשאלה שדננו בה לעיל, סעיף 3, בעניין מהות המינוי: אם המינוי אינו אלא גילוי דעת, אין מניעה שהשליח יפעל בשעה שהדבר יתאפשר גם לשולח; ולעומת זאת אם המינוי הוא אקט פורמלי היוצר את השליחות, מובן יותר מדוע ההלכה קובעת שאין תוקף למינוי אם נעשה בזמן שהשולח אינו יכול לעשות את פעולת השליחות בעצמו. ראה בית ישי, סימן סו, אות ב, ד״ה והנה הך כללא: ״והנה הך כללא... דלא מצי משוי אינש שליח אלא במילתא דמצי עביד השתא, פשוט בסברא שאינו שייך אלא אי נקטינן דמינוי שליח היא מעשה של אשויי חלות. אבל לפי מאי דמסקינן דאינו אלא גילוי דעת של ניחותא וציווי בעלמא, אין מקום לכלל זה, ושפיר אמרינן דהציווי קיים ועומד, ולכשיתאפשר הדבר שפיר יהא שלוחו״.

(ב) נורמה משפטית הנוגעת לכשרות מושא השליחות

יש שהסבירו שהמניעה של השולח למנות שליח לקדש לו אישה שהיא נשואה בשעת המינוי אינה טמונה בו אלא בעובדה שהאובייקט מושא השליחות אינו קיים עדיין, וחלים כאן הכללים החלים בעניין "דבר שלא בא לעולם", ולפיהם לא ניתן לעשות פעולות משפטיות בדבר שלא בא לעולם[192]. לשון אחר, כשם שלא ניתן להקנות "דבר שלא בא לעולם", כך לא ניתן למנות שליח לעשות פעולה משפטית שמושאה הוא "דבר שלא בא לעולם"[193].

וכאן המקום להזכיר שהמושג "דבר שלא בא לעולם" כולל לא רק דבר שאינו קיים, אלא גם דבר קיים, אלא שיש מניעה משפטית לעשות בו את הפעולה המשפטית המבוקשת[194]. ואכן כך הוא ביחס לאותה אישה שבסוגיית מסכת נזיר, שאמנם היא קיימת בשעת מינוי השליח, אלא שיש מניעה משפטית לקדש אותה באותה שעה מפני שהיא נשואה, ועל כן אין תוקף למינוי השליח לגביה.

192 לפי זה, מתבקשת לכאורה המסקנה שאליבא דרבי מאיר החולק על חכמים, וסובר שהאדם יכול להקנות דבר שלא בא לעולם (אף שהקניין אינו חל אלא לכשיבוא הדבר לעולם), הוא הדין שניתן למנות שליח על דבר שלא בא לעולם. ואכן, כך נוקטים תוספות, יבמות נב ע"ב, ד"ה ולאשה. ואף שאין הלכה כרבי מאיר, מצאה גישה זו את ביטויה בהלכה, ראה טור, אבן העזר, סימן קלב (עמ' קנ במהדורת הטור השלם. וכבר תמה על כך בית יוסף, שם). אבל השווה אורח מישור, נזיר יב ע"א, ד"ה והשתא.

193 כלשונו של פרישה, אבן העזר, סימן לה, ס"ק כא (הגהת בן המחבר): "דעל אשה שאינו יכול לקדשה בשעת עשיית השליח לא חלה השליחות, דהוי כמקנה דבר שלא בא לעולם. כתונת פסים".
וכך הסבירו את הסוגיה התלמודית גם הפוסקים הבאים:
מחנה אפרים, הלכות גירושין, פרק ג, הלכה טו, ד"ה איברא דהרמב"ם ז"ל כתב בהלכות נדרים: "ולא דמי [סוגיית נזיר] להיא דעבד [סוגיית שחרור העבד הכנעני, לעיל, ליד ציון הערה 131, שם ראינו שהעבד יכול למנות שליח לקבלת שטר שחרורו, גם לדעה שהוא עצמו מנוע מלקבל את שטר שחרורו]... דהתם [לגבי העבד] אין במעשה שום גריעות, דהמעשה שהוא הגט יכול להתעביד השתא [כלומר, הוא יכול להיות משוחרר כבר עתה]... מה שאין כן התם [בעניין שליחות לקדש אישה נשואה], דמאי דלא מצי עביד הוא אינו משום גריעות דיליה אלא משום דאין המעשה בא לעולם".
בני אהובה, הלכות אישות, פרק ט, הלכה ו: "וכאן [בסוגיית נזיר], אין הכוונה שיש חילוק בינו לשליח, דקודם הגירושין בין הוא ובין שלוחו לא מצי לקדשה, ולאחר הגירושין שניהם יכולים לקדשה, ואין כאן הבדל בינו לשלוחו, זולת דסבירא ליה לגמרא דאינו יכול למנות שליח על העתיד לבוא במה שאי אפשר כעת לעשות, ואף דמינוהו להיות אז שליח, כשיהיה העת [=שעת] הכושר שתחול שליחותו, מ"מ מילי נינהו, ולא חל שליחות עליה, כיון שבעת מינוי השליחות אי אפשר לעשותו, ולא חל השליחות על דעת העתיד לבוא, מה שא"א עכשיו לעשותו בין הוא בין שלוחו".
קרן אורה, נזיר יב ע"א, ד"ה והא דאמרינן: "ולמסקנא דלא מצי משוי שליח, הוא משום דסבירא ליה להש"ס דבכה"ג דהמעשה עדיין איננה בעולם ודאי לא שייכא שליחות בזה... כי ביטול השליחות, משום דאיהו לא מצי עביד, דשמעתין [נזיר] ודקדושין [עבד כנעני] לאו מענין אחד הם, ואין למדין זו מזו".
חידושי הרי"ם, גיטין יא ע"ב: "דהנה ריש נזיר (יב ב) אמרינן דכל מלתא דאיהו לא מצי למיעבד השתא לא מצי למשוי שליח אף על אחר כך, וכן בכל דבר שלא בא לעולם א"י לעשות שליח אף לכשיבוא לעולם, ע"ש בתוס', דכמו שאין יכולין להקנות דבר שלב"ל, כמו כן אינו עושה שליח. ע"ש".
חידושי ר' מאיר שמחה, נזיר יב ע"ב, ד"ה ונראה: "מידי דלא מצי עביד השתא, לא מסיק אדעתיה ברצון הגמור אם יעשה זה, כיון שעדיין רחוק מזה. כי משוי שליח לזה משוי אותו שלא ברצון הגמור, כיון שהדבר אינו בידו עכשיו, ושוב לא תפסה שליחות, וזה סברא פשוטה למתחילים".
וראה גם תורת מיכאל, סימן סא (קונטרס בענייני שליחות), ד"ה והנראה (עמ' ריט).

194 ראה אנציקלופדיה תלמודית, כרך ז, ערך דבר שלא בא לעולם.

הפוסקים נחלקו בשאלה: מדוע "אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם"? יש הסבורים שהסיבה מהותית, שאין לקניין על מה לחול[195]; ויש הסבורים שהסיבה נעוצה בהיעדר גמירות דעת הצדדים לעסקה[196].

הנימוק השני (היעדר גמירות דעת) כוחו יפה להסביר מדוע נפסל מינויו של שליח כשמושא השליחות הוא בגדר "דבר שלא בא לעולם". מאחר שמושא השליחות עדיין אינו רלוונטי, נחשב השולח כמי שאינו מתכוון ברצינות למינוי[197] [198].

[195] ראה: שו"ת מהר"ש צרור, תשב"ץ, חלק ד (חוט המשולש), טור ב, סימן יג; לבוש, חו"מ, סימן רט, סעיף ד; נתיבות המשפט, סימן רז, ס"ק יח; שו"ת נודע ביהודה, מהדורא תניינא, אבן העזר, סימן נד, אות יב; חידושי הגר"ח על הש"ס מפי השמועה, בלטימור תש"ך, בענין מודר ומושבע מפי אחרים, ד"ה והנה עיקר (עמ' 22); קובץ שיעורים, בבא בתרא, אות רעו.

[196] ראה: נימוקי יוסף, בבא מציעא לה ע"ב (בדפי הרי"ף); שיטה מקובצת, בבא בתרא קמב ע"ב, בשם תוספות הרא"ש (היעדר גמירות דעת המוכר); דרישה, חו"מ, סימן רט, ס"ק ג; שו"ת מהר"ם מינץ, סימן לה; אור החיים, בראשית כה, לג; שו"ת הרא"ם (מרגליות), אבן העזר, סימן לז, אות יד.

[197] ראה לדוגמה חידושי רבנו מאיר שמחה (לעיל, הערה 193). וראה עוד משפטי השליחות, שער שני, סימן כג, ענף א, אות ח, ד"ה ואשר יראה, ואילך.
מאחר שעל פי גישה זו הכול תלוי בגמירות דעת השולח, הרי שאם יש אומדנא ברורה לרצונו של השולח בשליחות, אפשר שיש תוקף למינוי השליח, אף אם נושא השליחות היה בבחינת "דבר שלא בא לעולם" בשעת המינוי. ראה לדוגמה חידושי רבנו מאיר שמחה, שם, ד"ה אך לולי דמיסתפינא. וראה גם שו"ת ברית עולם (וולר), סימן כב, ד"ה ועוד יש צד, הדן לעניין מכירת חמץ לנכרי על ידי שליח, כשבשעת מינוי השליח עוד לא הגיעה הסחורה לידי השולח, ואומר: "דהיכא דברי לנו דהוא מקנה בלב שלם בלא שום ספק, מהני אף בדבר שלא בא לעולם". גישה זו קרובה מאוד לגישתו של מהרי"ט. וראה להלן, ליד ציון הערה 274, ואילך.

[198] נציין שיש מן הנוקטים בהסבר זה המרחיבים את היריעה וסוברים שכך היא המידה בדיני קניין בכלל. לדעתם, אם מושא הפעולה אינו בעולם, גם מתן הרשאה לביצוע הקנייה (כגון באמירת "לך חזק וקני לכשיבוא לעולם") אינה תופסת גם לא בתור גילוי דעת, אף שהרשאה לביצוע קניין בעתיד על נכס שקיים בעולם ודאי תופסת (כגון באמירת "לך חזק וקני בעוד שלושים יום"). ראה חזון איש, חו"מ, ליקוטים, סימן ט, ס"ק יג [=שם, הלכות קידושין, סימן נח, ס"ק ג]: "יש לעיין, מוכר פירות דקל ואמר ליה [לקונה], 'לכשיבואו בעולם משוך וקני', והלך ומשך, אי קנה? [שכן היה מקום לומר] דלא אמרו 'אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם' אלא בעושה עכשיו הקנין, שקנין זה יגמור המכר כשיבוא בעולם – לא מהני [=לא מועיל], אבל הכא עושה הקניין כשיבוא לעולם... [אף על פי כן] נראה... שאין מועיל אמירה בדבר שלא בא לעולם לעשות קניין כשיבוא לעולם, וכדאמר נזיר יב ע"ב, דלא מצי למשוי שליח לקדש לו אשה כשיגרשנה בעלה, אף על גב דשליח נעשה שלוחו כשכבר בא הדבר לעולם, אלא ודאי שאין אמירתו בדבר שלא בא לעולם כלום". כך נוקט גם אמרי בינה (אוירבך), חו"מ, דיני הלוואה, סוף סימן יג: "דלך ומשוך לא הוי רק כגילה דעתו דרוצה להקנות, וזה לא מהני רק אם בידו אז להקנות, אבל אם בשעה שמגלה דעתו לא היה אז בידו להקנות, לא הוי רק פיטומי מילי בעלמא, וכמו דמשמע כן מדברי נתיבות המשפט סימן רט [ולא ברור מהו המקור בנתיבות המשפט שהוא מתכוון אליו]". אבל השווה דברי חיים (אוירבך), חו"מ, דיני מכירה, סימן לג (וראה גם דבריו בחידושים שבסוף ספר דברי משפט, סימן קכו, סעיף כ, ד"ה ובעיקר). לדעתו, האומר לחברו 'לך ומשוך לכשיבוא לעולם', ועשה כן, אינו שונה מן האומר לחברו 'לך ומשוך לאחר שלושים יום'. הוא מציין שכך נוקט ספר המקנה (הורוביץ), קידושין סב ע"ב, ד"ה ונראה לענ"ד. וראה שו"ת מנחת שלמה, מהדורא תניינא, סימן קלו, אות ב, הנוקט כך רק במתנה, ולא במכר.
[והשווה קצות החושן, סימן קכג, ס"ק א, ד"ה והנה, המביא מסוגייתנו ראיה הפוכה: "ואע"פ דציווי הנותן היה בדבר שלא בא לעולם, לא גרע בזה, דמידי דהוי אשליחות בעושה שליח בדבר שלא בא לעולם, כגון לקדש לו אשה לכשתתגרש, דכתבו התוס' נזיר בדף י"ב דמהני, וכמו שמביאין ראיה מנשים העושין שליח להפריש חלה מקמח, שהוא דבר שלא בא לעולם. ע"ש. וא"כ צ"ל דמהני ליה ציווי של המשלח, אע"פ

קשה יותר להסביר מדוע נפסל המינוי על פי הנימוק הראשון. הלוא מקבל המינוי הוא השליח והוא ישנו בעולם[199], אלא שככל הנראה, המינוי אינו נוגע לשליח בלבד אלא גם למושא השליחות, ואין לנתק ביניהם, ואם מושא השליחות עדיין אינו קיים, אף שיש למינוי על מי לחול, בכל זאת אין לו תוקף, משום שאין לו על מה לחול[200].

(ג) נורמה משפטית הנוגעת לכשרות השולח

1. הסתירה לכאורה בין הסוגיות ודרכי פתרונה

לעומת הגישה שראינו זה עתה, יש פוסקים הסבורים ככל הנראה שמינוי שליח אינו פעולה משפטית הכפופה בהכרח לכללי "דבר שלא בא לעולם", ועל כן פירשו את דרישת "מצי עביד השתא" כתנאי לכשרותו של השולח למנות שליח, ולא כתנאי לכשרות מושא השליחות. כדי שהשולח יהיה כשר למנות שליח, הוא צריך להיות מסוגל לעשות את פעולת השליחות בעצמו כבר בשעת המינוי, ולא רק בשעת ביצועה.

על פי גישתם של פוסקים אלה, המסקנה העולה מסוגיה זו סותרת לכאורה את המסקנה שהעלינו מסוגיית עבד כנעני הממנה שליח[201], שהסקנו ממנה שלעניין כשרות השולח, די שהשולח לא יהיה זר לנושא השליחות, אף שלמעשה בנסיבות העניין הוא מנוע מלעשות את הפעולה בעצמו. ואילו מסוגיית שליחות לקידושי אישה בלתי מסוימת, עולה המסקנה שלא די בכך, אלא צריך שתהיה לשולח אפשרות לעשות את פעולת השליחות בעצמו. ולא זו בלבד, אלא צריך שאפשרות זו תעמוד לו כבר בשעת המינוי[202]. נשאלת אפוא השאלה: במה שונה

שהוא בדבר שלא בא לעולם". ודבריו תמוהים בעליל, כפי שהשיג עליו חזון איש, חו"מ, סימן א, ס"ק ה, ד"ה ובקצה"ח].

199 כך הקשה נגד גישה זו (הרואה את סוגיית נזיר כמיוסדת על דיני "דבר שלא בא לעולם"), שו"ת דברי נחמיה (גינצבורג), אבן העזר, סימן לו, ד"ה ולבאר יותר: "דהא דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם הוא מטעם שאין על מה לחול הקנין. לכן גם אם הוא רק מצד חסרון המציאות שייך זה, מה שאין כן בהך דשליח הנה מצד דבר שלא בא לעולם, היה הדין נותן לחול על זה תורת שליחות, שהרי ענין תורת שליחות חל על גוף השליח והרי גופו ישנו בעולם, והרי זה דומה להא דקימא לן בחו"מ, סימן ס, סעיף ו (ובהגה דסימן רט), דאף על גב דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, מכל מקום בלשון חיוב, יכול להתחייב". וכעין זה, ראה גם שו"ת מנחת שלמה (אוירבך), מהדורא תניינא, ירושלים תש"ס, סימן קלז, המנסה לבאר מדוע אין בעיית "מצי עביד" בשליח להפרשת תרומות ומעשרות על תבואה שטרם באה לעולם: "נראה דכיון שהשליחות חלה על גופו מיד שעומד במקומו, הרי זה דומה להתחייבות דמהני אף שאין לו נכסים עכשיו, וכן במתחייב ליתן לו פירות דקל שעדיין לא באו לעולם, דמהני כיון שהחיוב חל על גופו מיד והוא הדין בשליחות... כיון שמוסר לו עכשיו הכח להפריש תרומה, אף שאין זה נפקא מינה אלא לפירות שיגדלו אחר כך או שיקנה אחר כך, מכל מקום כיון שמוסר לו כחו ודינו שיש לו כבר עכשיו ונעשה כמוהו מיד שפיר מהני".

200 ראה הרב יוסף נתנאל גראז (ליטא), "בענין שליחות בתרומה", כנסת ישראל (סלבודקא תרצ"ח), עמ' יד, שהסביר לדרך זו, את המתרחש בשעת המינוי בטוב טעם, כשהדברים קשורים לדעתו בהבנת תאוריית השליחות ומנגנון פעולתה: "וכמו באומר לאשת איש 'תתקדש לי אחר שתתגרש', דלא מהני, כן הכי נמי, כיון דבעינן כונת ואמירת המשלח לפעול על מעשה השליח, ואמירתו עתה בעוד שהיא אשת איש לא מהני, ולכן לא מצי משוי שליח".

201 ראה לעיל, ליד ציון הערה 130.

202 סתירה זו בין הסוגיות אינה קיימת לגישה שראינו לעיל (ליד ציון הערה 192), ולפיה סוגיית נזיר שוללת מינויו של שליח לקדש אישה שהיא נשואה בשעת המינוי, לא משום פסול בשולח, אלא משום שמושא

המניעה של עבד מלקבל גט שחרור מן המניעה של השולח מלקדש אישה שבשעת מינוי השליח עדיין היא נשואה?[203].

להלן נסקור את הפתרונות שהוצעו בעניין זה על ידי הפוסקים, המובילים לתוצאות משפטיות שונות בתכלית לעניין כשרותו של השולח והגדרתו כ"לא מצי עביד". תוך כדי סקירה זו, נבחן את התייחסות הפוסקים לאחת מן השאלות המעשיות שעלו לאורך הדורות בנושא כשרות השולח, הלוא היא שאלת תוקפו של הגט המכונה "גט קושטא"[204]. השאלה היא: האם נכון המנהג שאדם שאשתו איבדה את שפיות דעתה, יכול, וצריך, לפני שהוא נושא אישה שנייה, להשליש גט ביד שליח שיגרש בו את אשתו הראשונה כשתשתפה?[205]. או שמא צודקים רבני קושטא, כשיצאו נגד המנהג בטענה שמאחר שכרגע הבעל מנוע מלגרשה[206], הריהו בגדר "לא מצי עביד השתא", ואין אפוא תוקף למינוי השליח, ויש חשש שהשלשת גט בנסיבות אלו היא בגדר "חומרא דאתי לידי קולא"?[207].

אין צריך לומר שאם מאמצים את גישת מהרי"ט, הרי שאין ספק בתוקפו של גט קושטא.

השליחות עדיין אינו רלוונטי ("דבר שאינו בעולם"). לא כן הוא במינוי שליח לשחרור עבד, שהוא רלוונטי כבר בשעת המינוי.

אין צריך לומר שגם על פי הנוקטים כמהרי"ט (לעיל, ליד ציון הערה 179), אין סתירה בין הסוגיות, שכן לדידם סוגיית נזיר אינה קובעת נורמה משפטית אלא רק אומדן דעת השולח. על פי גישה זו, הגדרת השולח כ"מצי עביד" נקבעת לפי שעת ביצוע השליחות בפועל ולא לפי שעת מינוי השליח, ואין אפוא כל סתירה בין הסוגיות.

לעיל, ליד ציון הערה 105, ראינו שלפי ר' יחזקאל לנדא, סוגיית נזיר אינה עוסקת בכשרותו של השולח, כי אם בכשרותו של השליח (הוא שצריך להיות בגדר "מצי עביד" כבר בשעת המינוי ולא השולח). נמצא אפוא שגם לדידו אין סתירה בין הסוגיות, שכן זו (סוגיית קידושין) עוסקת בכשרות השולח, וזו (סוגיית נזיר) עוסקת בכשרות השליח. על פירוש זה, המיישב את הסתירה לכאורה, הצביע הרב לנדא בעצמו, ראה שו"ת נודע ביהודה, מהדורא תניינא, אבן העזר, סימנים סט־ע. על כל פנים, לעניין כשרותו של השולח, די לו לשולח אם הוא מוגדר כמי שהוא "בתורת הדבר". בעניין זה, ראה שו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, אבן העזר, סימן סד, ד"ה כבר, דיון בשאלה אם הקטן מוגדר כמי שהוא בתורת קידושין (מכיוון שאתי לכלל קידושין). הנפקא מינה לדיון שם הוא לעניין דין "זכין לאדם שלא בפניו".

203 הראשון מבין האחרונים שהצביע על סתירה זו הוא אורח מישור (קרמניצר), נזיר יב ע"ב, ד"ה גמרא (נדפס בתלמוד, מהדורת וילנא), ונשאר ב"צריך עיון". אולם קדם לו בתקופת הראשונים תוספות הרא"ש, נזיר יב ע"ב, ד"ה במילתא בשם הר"מ: "הקשה הר"מ מהא דאמרינן בפ"ב דקידושין... והכא נמי האיש והאשה ישנן בתורת קידושין, ויכול לעשות שליח, אע"פ שאינו יכול עתה לקדשה!" (דבריו נעלמו מן האחרונים שדנו בשאלה זו).

204 שמו של גט זה בא לו מן העדות שהעיד ר' יעקב כולי בהגהתו למשנה למלך, הלכות גירושין, פרק ו, הלכה ג, ד"ה ודע דמעשה, על מעשה שאירע בעניין זה בקושטא.

205 וכפי שפסקו: ב"ח, אבן העזר, סימן א, וסימן קיט; בית שמואל, שם, סימן א, ס"ק כג (אמנם מי שאשתו נשתטתה רשאי לשאת אישה שנייה, ואין הוא עובר בכך על "חרם דרבנו גרשום". ראה רמ"א, אבן העזר, סימן א, סעיף י, בשם הרשב"א. אולם לטובתה של האישה, למקרה שתחזור אליה שפיות דעתה, "קבלה היא מגדולי העולם", כלשון הב"ח, שהבעל חייב להשליש לה גט כבר עתה).

206 שכן ידוע שההלכה אינה מאפשרת לגרש אישה שוטה.

207 וראה מרכבת המשנה, מהדורא קמא, הלכות גירושין, פרק ו, הלכה ג, המעיד שכך סברו גם רבני ליסא. מרכבת המשנה מתרעם על רבנים אלה: "איך לא חששו לכבודן של ראשונים, וללעז אשר כמה וכמה נשים אשר נשתפו משטותן, ואחר כך נישאו וילדו בנים על סמך הגט הנמסר ליד השליח בעודן בשטותן, ואחר שפוי נמסר לידן, ולפי דעת חכמי קונשטנדינא, בנים אשר ייוולדו להם הם חשש ממזרים!?". כפי שנראה בסמוך, על פי גישתו העקרונית בהגדרת המושג "מצי עביד", 'מרכבת המשנה' מצדיק את המנהג.

כפי שראינו לעיל[208], לפי מהרי"ט, העובדה שהשולח מנוע מלעשות את פעולת השליחות בעצמו בשעת המינוי אינה גורעת מתוקף המינוי, ובלבד שברור, כמו בגט קושטא, שהוא מתכוון ליפות את כוחו של שלוחו לעשות את הפעולה בשעה שהוא עצמו יהיה כשר לעשותה[209]. לעומת זאת, יש להניח שהפוסקים הרואים בדרישת "מצי עביד השתא" נורמה משפטית הנוגעת לכשרות מושא השליחות, ישללו את תוקפו של גט קושטא (אלא אם כן הם רואים את הבעיה במינוי שליח לדבר שלא בא לעולם בהיעדר גמירות דעת השולח, וקובעים שבנסיבות אלה יש אומדנא דמוכח שהשולח גמר בדעתו למנות את השליח).

2. מבחן מהות המניעה: יסודית או צדדית ('מרכבת המשנה' ואחרים)

כאמור, פוסקים רבים סבורים שכדי שהשולח יוכל למנות שליח, אין זה מספיק שלא יהיה זר לנושא השליחות[210], אלא נדרש שיהיה מסוגל לעשות את פעולת השליחות בעצמו. אשר על כן, אף שהשולח אינו זר לענייני קידושין, הוא אינו יכול למנות שליח לקדש לו אישה שבשעת המינוי עדיין היא נשואה. אולם כדי להגדיר את השולח כ"לא מצי עביד" ולשלול ממנו את האפשרות למנות שליח, יש לבחון את מהות הגורם המונע ממנו לעשות את פעולת השליחות בעצמו. יש, כמו בדוגמה של שליחות לקידושי אישה נשואה, שמניעת השולח היא יסודית (שכן הקידושין אינם תופסים באשת איש), ועל כן יש בה כדי להגדיר את השולח כ"לא מצי עביד". אבל יש שהמניעה אינה אלא צדדית, כגון עבד שאינו יכול להשיג בעצמו את שחרורו (כפי שסבור ר' שמעון בן אלעזר). מניעה אחרונה זו אינה משום שבעיקרון העבד אינו יכול להשתחרר, אלא משום שמניעה משפטית צדדית, הכלל "יד עבד כיד רבו", מונעת ממנו לקבל את שטר שחרורו, וזה פשר היחס בין הסוגיות הסותרות לכאורה[211]. הבחנה זו עולה לדוגמה מדברי 'מרכבת המשנה'[212]: "דהתם בודאי העבד שייך בתורת גיטין, וגם גט זה יכול לקבל בעצם, אלא מחמת לתא דדבר אחר [=צירוף של דבר אחר] גרם לו, הואיל ד'מה שקנה עבד קנה רבו'... מה שאין כן בנידון דידן [בשליחות לקידושי אישה נשואה], דהשתא לא מצי כלל לקדש אשה זו, שהרי היא אשת איש, הילכך לא מצי משוי שליח"[213].

[208] לעיל, ליד ציון הערה 179.

[209] כך העירו בין השאר: מרכבת המשנה, מהדורא קמא, הלכות גירושין, פרק ו, הלכה ג; שו"ת שואל ומשיב, מהדורא תליתאה, חלק א, סימן עג.

[210] או בלשון אחרת, שיהיה "בתורת הדבר".

[211] מעין זה ראה תוספות הרא"ש, נזיר יב ע"ב, ד"ה במילתא: "ולי נראה דלא קשיא, דעבד ישנו בתורת גט זה, אלא שידו כיד רבו, ולא יצא הגט מרשות האחרון. והיינו דקאמר, שאני עבד, שישנו בתורת גט, כשמקבלו מיד אחר שאינו רבו, אבל איש ואשה הללו אינן כלל בתורת קידושין הללו בעת הזאת".

[212] מרכבת המשנה, מהדורא קמא, הלכות גירושין, פרק ו, הלכה ג (דף ד ע"ג). וכעין זה ראה גם שושנת העמקים (לר' יוסף תאומים בעל פרי מגדים), כלל כג, ד"ה ויש לחקור, וד"ה והנה המ"ל (וראה לעיל, הערה 166, יישום מעניין של גישה זו בעניין מינוי שליח בשבת לכתוב גט לאחר השבת).

[213] נדמה שלהבחנה דומה מתכוונים גם: שו"ת אבני נזר, אבן העזר, סימן ח, אות ל; חלקת יואב, אבן העזר, סימן כ, ד"ה ומטעם, אלא שהם מנסחים את ההבחנה הזו באופן שונה במקצת. הם אומרים ששולח מוגדר כ"לא מצי עביד", כשאף אם יעשה את כל הפעולות הדרושות לשם כך, לא ישיג את התוצאה המשפטית המבוקשת. אבל אם מניעת השגת אותה תוצאה נובעת מהיעדר יכולתו לעשות את כל הפעולות הדרושות לשם כך, אין להגדירו כ"לא מצי עביד". כאמור, נראה לנו שבניסוח זה מסתתרת ההבחנה בין מניעה עקרונית למניעה צדדית, שהבאנו בטקסט בשם 'מרכבת המשנה'. והשווה ר' שמעון שקאפ, שו"ת בענין נשתטית (התשובה נדפסה בסוף חידושיו למסכת קידושין), ד"ה והא דהקשה.

על פי דרכו, 'מרכבת המשנה' שולל את השגת רבני קושטא ומצדיק את המנהג להשליש גט בידי שליש לאישה שוטה, על אף העובדה שבשעת המינוי, השולח "לא מצי עביד". הוא מסביר שבשונה מקידושי אשת איש, הנמנעים באופן עקרוני, אין מניעה עקרונית לגירושי אישה שוטה, שכן הסיבה לאי אפשרות לגרשה אינה אלא סיבה צדדית (כמו בשחרור עבד כנעני), היינו היעדר "יד" לקבלת הגט. אשר על כן, מינוי השליח אפשרי כבר עתה, ואין לערער על המנהג[214] [215].

3. מבחן מקור המניעה: היעדר כוח השולח או גורם אחר ('בית מאיר')

גישה שנייה ביישוב הסוגיות, וממילא בהגדרת המושג "לא מצי עביד", מציע ר' מאיר פוזנר, בעל 'בית מאיר'[216]. לפי 'בית מאיר', הדרישה שהשולח יהיה מסוגל לעשות בעצמו את פעולת השליחות כבר בשעת המינוי מתחייבת ממהות השליחות: "לא מסתבר דמצי ליתן כח לשליח, ולעצמו אין כח זה"[217]. זו הסיבה שאי אפשר למנות שליח לקדש אישה הנשואה לאחר בשעת המינוי (אף אם הכוונה המפורשת היא שיקדש אותה אחר שתתגרש), "דצריך להיות לו הכח בשעת מנוי השליחות, כי מה יתן ומה יוסיף הכח שמשיג המשלח בתר [=אחרי] המנוי?".

עם זאת, היגיון זה עצמו מחייב לצמצם את הדרישה של "מצי עביד" (אף בשעת הביצוע) אך ורק לפעולות שהשליח עושה אותן מכוח השולח, ולא להחיל אותה על פעולות שהשליח עושה אותן מכוח עצמו. זו הסיבה שעבד כנעני יכול למנות שליח לקבלת שטר שחרורו, אף למי שסבור שהוא עצמו אינו יכול להשתחרר בקבלת השטר לידו. בכגון זה, הפעולה שהשליח צריך לעשות מכוחו של השולח היא קבלת שטר השחרור, ופעולה זו יש בכוחו של השולח לעשות, והראיה לכך, שהוא יכול לזכות בגט שחרור כזה עבור חברו. אמנם אילו היה מקבל את השטר מידי אדוניו בעצמו, לא היה תוקף לשחרורו, משום שהגט לא היה יוצא מרשות האדון. אבל אין זה פוגע בתוקף המינוי, משום שלעניין הוצאת גט השחרור מרשות האדון, השליח אינו פועל מכוח השולח אלא מכוחו הוא[218]. משל למה הדבר דומה? לשולח שאינו

[214] והשווה שו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, אבן העזר, סימן ג. גם הוא סבור שאין לבטל את המנהג: "לא רצינו לבטל מנהג ראשונים, שנהגו שלא להתיר חרם דרבינו גרשום מאור הגולה, עד שימסור הבעל גט ביד שליח הולכה, כי אולי רבינו גרשום בעת שיסד חרם זה ונתן רשות להתיר במקום מצווה, התנה כך שלא יתירו רק בהשלשת גט. לכך נתפשט המנהג כן, ואם כן אי אפשר להתיר החרם כי אם באופן זה". עם זאת, הוא סבור שהלכה למעשה יש לחוש לדעתם של חכמי קושטא ולא להתיר את האישה לאחר שהבריאה בלא גט חדש (הוא מוסיף "ואף שבתשובה הארכתי בזה [הכוונה כנראה שהאריך לדון בדברי חכמי קושטא והעלה בהם ספקות], מכל מקום, וכי מפני שאנו מדמין, נעשה מעשה להתיר אשת איש במקום שיש ריעותא כזו?!". לא ברור לאיזו תשובה הוא מתכוון ומה הם הספקות שהעלה בה כנגד גישת חכמי קושטא). והשווה שיטת רבי עקיבא איגר (להלן, הערה 228), שגם הוא פסק, אם כי מסיבות אחרות, שהלכה למעשה יש לחוש לשתי הדעות.

[215] יש להניח שכל הפוסקים הנוקטים הבחנה זו מסכימים עם שיטת חקרי לב (לעיל, הערה 140), שמניעה פיזית, אפילו ישירה, אינה מגדירה את השולח כ"לא מצי עביד", שכן כל מניעה פיזית אינה אלא מניעה צדדית ולא יסודית.

[216] בית מאיר, אבן העזר, סימן קיט, סעיף ו, ד"ה לפיכך (וראה אטינגר, פרקי שליחות, עמ' 39-42). גישה דומה מצאנו אצל ר' שמעון שקאפ: שו"ת בענין נשתטית (התשובה נדפסה בסוף חידושיו למסכת קידושין), ד"ה העולה; שערי יושר, שער ו, פרק יז, ד"ה ובהא. אם כי ראה להלן, הערה 221.

[217] וראה ביקורתו של 'בית מאיר' על שיטת מהרי"ט, לעיל, ליד ציון הערה 186. נציין שלדעת 'בית מאיר', הדברים אמורים לא רק בהיעדר כוח משפטי אלא גם בהיעדר כוח פיזי. ראה לעיל, הערה 156 והערה 145.

[218] ובלשונו: "מדחזינן דבר קבולי לחבירו הוא, נראה מזה דמה שאינו יכול לקבל גיטו מיד רבו, לאו חסרון

יכול להגיע פיזית למקום ביצוע הפעולה. גם מניעה זו, כפי שראינו לעיל[219], אין בה כדי להגדיר את השולח כ"לא מצי עביד", משום שההגעה אל מקום הביצוע אינה חלק מן השליחות הנעשית מכוח השולח. כשם שהשליח אינו מגיע למקום ביצוע הפעולה מכוחו של השולח[220], כך ה"רשות" שלתוכה מקבל השליח את שטר השחרור אינה באה לו מכוח "רשות" השולח. זו הסיבה שאף שאין לשולח "רשות" משלו, אין בכך כדי לשלול ממנו את האפשרות למנות שליח שיקבל את שטר השחרור במקומו[221].

על פי אותו היגיון, יש לקבוע שמינוי שליח אפשרי כאשר מקור המניעה הוא היעדר כוחו של הצד השלישי לקבל את פעולת השליחות, ולא היעדר כוח מצד השולח לעשות את הפעולה. בכגון זה, יוכל השליח לפעול מרגע שישתנה מצבו המשפטי של הצד השלישי. בהתאם לכך, 'בית מאיר' מצדיק גם הוא את המנהג שעל פיו בעל שאשתו נשתטתה, ממנה שליח לגרש אותה בשעה שתשתפה[222]. הוא מסביר שהשולח אינו נעדר כוח לגרש (שהרי הוא יכל לגרש את אשתו אילו הייתה שפויה), אלא לאישה אין כוח לקבל את גטה[223]. אשר על כן, אין מניעה מצד השולח למסור את כוחו לשלוחו, אף בשעה שאשתו בלתי שפויה. 'בית מאיר' מטעים שלאישה "אין יד לקבלו, ולכשיהיה לה יד, יגרשנה שלוחו, כי אז לא נתוסף לו כח ממשלחו... כל כח הבעל היה לו מאז ומשעה שמינהו, וככחו אז כן כחו עתה מבלי הוספת כח להמשלח"[224]. אם כי צריך לציין ש'בית מאיר' מסיים את דבריו אלה בהיסוס ואומר: "ודוק, כי מכל מקום עדיין צריך עיון למעשה".

4. מבחן אופי המניעה: מוחלטת או יחסית ('חתם סופר')

גישה שלישית ביישוב הסוגיות ובהגדרת המושג "לא מצי עביד" עולה מדברי חתם סופר[225].

בכוח גופו הוא אלא מפני שאין לו רשות. והשליח שיש לו רשות בפני עצמו ואינו צריך לקבל כח הרשות ממשלחו, כי הרשות יש לו מבלעדי המשלח".

219 ראה לעיל, ליד ציון הערה 156, ובהערה 156.

220 ומשום כך, מניעתו של השולח להגיע אל אותו מקום אינה שוללת מינוי שליח.

221 בנקודה זו, שונה הנמקתו של ר' שמעון שקאפ (לעיל, הערה 216), האומר: "דמה שאינו מקבל בעצמו, אינו משום חסרון בעצמו אלא חסרון צדדי, שלא יצא מרשות האדון". יש לבחון אם שינוי זה בדרך ההנמקה הוא סמנטי או שמא הוא מסתיר חילוקי דעות ביניהם בעניין מניעה פיזית. כזכור (לעיל, ליד ציון הערה 146), 'בית מאיר' סובר שדי במניעה פיזית ישירה להגדיר את השולח כ"לא מצי עביד". אפשר שר' שמעון שקאפ חולק עליו, מאחר שמניעה פיזית אינה אלא מניעה צדדית ולא עקרונית. וצריך עיון.

222 ראה לעיל, ליד ציון הערה 204, בעניין "גט קושטא".

223 אמנם היה מקום להקשות: אם נימוק זה נכון, מדוע אינו תופס גם בעניין מינוי שליח לקדש אישה הנשואה בשעת המינוי, הלוא גם שם החיסרון אינו בכוחו של השולח (שהרי הוא יכול לקדש כל אישה פנויה), אלא באישה שאינה יכולה לקבל קידושין, משום שהיא אשת איש? ר' שמעון שקאפ (לעיל, הערה 216) מעלה שאלה זו ועונה: "ולא דמי לאשת איש לענין קדושין, כיון דהקדושין, המקדש עושה, ובעת שהדבר שעליו צריך לחול הענין [כלומר האישה] אינו ראוי עוד לענין זה [משום שהיא אשת איש], הוה דבר שלא בא לעולם. אבל שוטה ראויה לגירושין, דעל ידי אב היא מתגרשת [כשהיא ארוסה וקטנה], וכשאין לה אב, שחסר בזה מעשה קבלתה, אינו נוגע לכוח גירושין דידיה". והשווה להלן, ליד ציון הערה 227, גישת 'חתם סופר'.

224 והשווה מרכבת המשנה, מהדורא קמא, הלכות גירושין, פרק ו, הלכה ג (דף ה ע"ב), שהעלה הבחנה דומה (בנוסף להבחנה שכבר הבאנו בשמו לעיל, ליד ציון הערה 212).

225 שו"ת חתם סופר, אבן העזר, חלק א, סימן יא, ד"ה אלא.

נעיר ש'חתם סופר' (בד"ה ונחזי אנן) מציע תחילה דרך אחרת ביישוב הסוגיות. על פי דרך זו, השולח

לדידו, המבחן הקובע להגדרת השולח כ"לא מצי עביד" אינו מבחן מהות המניעה (יסודית או צדדית, כשיטת 'מרכבת המשנה'), ואינו גם מבחן מקור המניעה (האם הוא היעדר כוח מצד השולח או גורם אחר, כשיטת 'בית מאיר'). המבחן הקובע הוא מבחן אופי המניעה עצמה: השולח לא יוגדר כ"לא מצי עביד" אלא כשהמניעה (אף אם היא צדדית[226]) הייתה מוחלטת, היינו שהייתה מתקיימת (בו או בצד השלישי) בכל מקרה. אבל אם המניעה אינה קיימת אלא במסגרת יחסי השולח וצד שלישי, ולא הייתה קיימת בין השולח (או הצד השלישי) ובין אנשים אחרים, סימן הוא שאין מדובר במניעה מוחלטת, אלא במניעה יחסית בלבד, ואין לראות אפוא את השולח כמי שהוא "לא מצי עביד".

הבחנה זו עולה לדעתו מדין התלמוד, ולפיו עבד כנעני יכול למנות שליח לקבל שטר שחרור מאדוניו. אמנם לפי ר' שמעון בן אלעזר העבד מנוע מלקבל את שטר שחרורו בעצמו (שכן אין לו "רשות" משלו), אבל העובדה שהוא יכול לזכות בשטר שחרור עבור עבד אחר מוכיחה שאין מדובר במניעה מוחלטת, אלא במניעה יחסית בלבד, הקשורה ביחסיו עם אדוניו דווקא, ואינה נובעת מהיעדר כוח מוחלט לנושא השליחות.

לעומת זאת, כאמור, אם המניעה מוחלטת, השולח יוגדר כ"לא מצי עביד", אף שהמניעה אינה בו אלא בצד שלישי. כך הוא לדוגמה בעניין מינוי שליח לקידושי אישה נשואה, שאף שהמניעה אינה בשולח (שהרי יש לו כוח לקדש), אלא באישה (שאינה יכולה להתקדש)[227], מאחר שתוצאה משפטית זו אינה ניתנת להשגה בשום מקרה (בין ביחס לשולח ובין ביחס לכל אדם אחר), היא אינה יכולה להיות נושא לשליחות. על פי מבחן זה, מגיע 'חתם סופר' למסקנה שאין אפשרות למנות שליח לגירושי אישה שוטה לכשתשתפה[228], שכן מניעתה של

מוגדר כ"לא מצי עביד" כאשר מתקיים אחד משני התנאים: האובייקט שהוא מבקש להחיל עליו את פעולת השליחות אינו מושא לפעולה זו כלל (כך לדוגמה, כשהשולח מבקש למנות שליח לקדש לו אישה שהיא נשואה בשעת המינוי, שכן באותה שעה האישה אינה בת קידושין כלל); כאשר הוא עצמו מנוע לעשות פעולה מסוג זה לחלוטין (דהיינו, לא רק כלפי האובייקט מושא השליחות, אלא כלפי כולי עלמא). לפי זה, מובן מדוע עבד כנעני אינו מוגדר כ"לא מצי עביד": הוא בר שחרור, ואף על פי שאינו יכול לקבל את שטר השחרור בעצמו מיד רבו, הרי העובדה שהוא יכול לקבל שטר שחרור עבור חברו מלמדת שמניעתו אינה מוחלטת, ודי בכך להכשיר את המינוי. על פי תירוץ זה, ניתן להצדיק את המנהג למנות שליח לגירושי אישה שוטה, שכן אישה זו היא ודאי בת גירושין, ומניעת בעלה מלגרשה אינה מוחלטת, שכן אינו מנוע מלגרש אישה שפויה, וכאמור די בכך להגדירו כ"מצי עביד". אולם 'חתם סופר' מסתייג ממסקנה זו, שכן אפשר להציע הבחנה אחרת בין הסוגיות, ולפיה לא ניתן להצדיק את המנהג. על הבחנה אחרת זו, אנו דנים בהרחבה בטקסט.

[226] וכפי שראינו לעיל, הערה 145, ש'חתם סופר' מגדיר את השולח כ"לא מצי עביד" גם במניעה פיזית, שאינה אלא מניעה צדדית. וראה לעיל, הערה 156, בעניין מניעה עקיפה.

[227] השווה לעיל, הערה 223, גישת 'בית מאיר' ור' שמעון שקאפ.

[228] ראה לעיל, ליד ציון הערה 204, בעניין "גט קושטא". עם זאת, הלכה למעשה, 'חתם סופר' מכיר בתוקפו של הגט, לא מדין שליחות אלא מדין "זכין לאדם שלא בפניו", היינו שאפשר לתת את הגט לאישה בשמו של הבעל, אף שהמינוי היה פגום, משום שזהו בוודאי רצונו והאינטרס שלו. טיעון דומה העלה גם שו"ת אבני נזר, אבן העזר, סימן ח, אות יח. וראה גם שו"ת עין יצחק, חלק א, אבן העזר, סימן ב, ס"ק ה (אלא שהוא דורש שהבעל יאמר בפירוש בשעת מינוי השליח שהוא מעוניין שפעולתו תועיל מדין זכין). מרכבת

השוטה לקבל גט היא מניעה מוחלטת, ואינה קשורה ביחסה עם בעלה דווקא. קשה לעמוד על הגיונה המשפטי של הגדרה זו, ואמנם 'חתם סופר' טוען שמקור הדרישה שאין השולח יכול למנות שליח אלא ב"מילי דמצי עביד השתא" אינו בסברה אלא בגזרת הכתוב (בניגוד למה שטען במפורש 'בית מאיר')[229].

נעיר שגישתו של 'חתם סופר' אינה מצמצמת בהכרח את אפשרויות מינויו של שליח יותר מן הגישות האחרות שסקרנו לעיל. אפשר להצביע על נסיבות שבהן דווקא הוא יכשיר את המינוי, בעוד אחרים יפסלו אותו. ניטול לדוגמה את המקרה הבא: אדם ממנה שליח לקדש לו את אחות אשתו לאחר שתמות. על פי גישת 'מרכבת המשנה', אין תוקף למינוי, שכן השולח עצמו מנוע עקרונית לקדש את אחות אשתו. זו גם המסקנה שהיה מגיע אליה 'בית מאיר', שכן השולח נעדר כוח לקדש את אחות אשתו. ומאחר שלדעתו מקור המניעה בשולח עצמו, הוא מוגדר כ"לא מצי עביד". לעומת זאת, על פי דרכו של 'חתם סופר', אין פסול במינוי, שכן קידושי אותה אישה אינם אסורים אלא ביחס לשולח, בהיותה אחות אשתו, ולא ביחס לכל אדם אחר. אשר על כן, אין לפסול את המינוי, שכן אין להגדיר את השולח כ"לא מצי עביד"[230].

5. מבחן אופי השליחות: פעולה או מחדל ('שיבת ציון' ואחרים)

גישה רביעית ביישוב הסוגיות מציע ר' שמואל סג"ל לנדא, בנו של ר' יחזקאל לנדא, בעל

המשנה, מהדורא קמא, הלכות גירושין, פרק ו, הלכה ג, דוחה טיעון זה, משום שאין אומרים אלא "זכין לאדם", ולא "זכין מאדם" (ראה הנספח על דין "זכין לאדם שלא בפניו", פרק רביעי, ה, עמ' 794). אבל ראה דברי חתם סופר, שם, ד"ה נחזור להנ"ל, שדחה את הסתייגותו. סברה אחרת לדחות את הטיעון הזה היא, שאין ביטחון שאכן זכות היא לו לבעל לגרש את אשתו, שמא הוא מעוניין דווקא שאשתו תחזור אליו לאחר שהבריאה. כעין טיעון זה בהקשר אחר, ראה העמק שאלה, על ספר השאילתות, פרשת חיי שרה, שאילתא יז, ס"ק ב, בסופו.

וראה שו"ת רבי עקיבא איגר, מהדורא תנינא, סימן עג. הוא סבור, כמו חתנו ('חתם סופר'), שאין אפשרות למנות שליח לגרש אישה שוטה, שכן השולח מוגדר בעניין זה כ"לא מצי עביד". עם זאת, הוא מצדיק את התקנה, ולפיה אדם שאשתו נשתטתה משליש גט ביד שליח, בכך שקשה לאמוד את חומרת אי־שפיותה של האישה, שמא ראויה היא להתגרש מדין תורה, ורק חכמים אסרו על גירושיה. מאחר שגירושי אישה שאינה שוטה אלא מדרבנן תופסים בדיעבד, הרי שבכגון זה הבעל מוגדר כ"מצי עביד" (ראה לעיל, ליד ציון הערה 162), ובגין הספק הזה תוקנה התקנה. אולם מאחר שאפשר גם שהאישה שוטה מדאורייתא, אין לסמוך רק על גט זה, ויש צורך לתת לה גט אחר כשתשתפה. השווה לעיל, הערה 214. וראה אוצר הפוסקים, אבן העזר, סימן א, סעיף י, אות ל, שכך נקטו הרבה מן הפוסקים.

נימוק נוסף שהעלו אבני נזר, שם, רבי עקיבא איגר, שם, ושערי יושר, שער ו, פרק יז, להכשרת מינוי שליח לגרש אישה שוטה הוא, שהתקנה שלא לגרש את ה"שוטה דרבנן" אינה אלא שלא לגרשה גירושין גמורים, דהיינו גירושין שיחולו בעודה בשטותה, אבל אין מניעה לגרש אותה כבר עתה, באופן שהגירושין ייכנסו לתוקף לאחר שתשתפה, ועל כן אפשר כבר עכשיו למנות שליח לגרשה כשתשתפה, שהרי לעניין זה הבעל "מצי עביד".

229 ראה לעיל, הערה 188, ציטוט דבריו.

יש קרבה מסוימת בין גישתו של 'חתם סופר' לבין גישתו של הנצי"ב מוולוז'ין בספרו העמק שאלה, על ספר השאילתות, פרשת חיי שרה, שאילתא יז, ס"ק ב, אם כי הנצי"ב אינו מבסס את דבריו על גזרת הכתוב.

230 יש לציין שהלכה זו לא נאמרה במפורש על ידי 'חתם סופר', אלא אנו טוענים שהיא עולה לכאורה מתוך גישתו. השווה העמק שאלה (לעיל, הערה 229), שהעלה הלכה זו במפורש, וכבר הערנו על הדמיון בין גישותיהם של שני חכמים אלה. לעומתם השווה פסקי הלכות (לר' דוד פרידמן מקרלין), יד דוד, חלק ב, פרק שמיני, הלכה ד, הגהה ג (עמ' 447), המסתייג במפורש מדעה זו.

שו"ת 'שיבת ציון'[231]. לדעתו, פשר הסוגיות הסותרות לכאורה טמון באופי השונה של השליחות בשתי הסוגיות (שליחות לפעולה לעומת שליחות למחדל). השליחות לקידושי אישה היא שליחות שבה השולח מעביר לשליח כוח משפטי לפעול במקומו. בסוג זה של שליחות, מובן שאם השולח נעדר כוח לפעול בשעת המינוי, הרי הוא "כמו מקנה דבר שאינו ברשותו", ועל כן אין תוקף למינוי (לעניין זה, גישתו היא כגישת 'בית מאיר', שראינו לעיל). לא כן שליחות לקבלת שטר שחרור (ובעניין זה נבדלת גישתו מגישת 'בית מאיר'), הלוא העבד אינו משתחרר מכוחו הוא אלא מכוחו של אדוניו, והוא רק מקבל את שטר השחרור. מהותה של השליחות לקבלת שטר שחרור אינה אפוא העברת כוח משפטי לפעול אלא יצירת זהות בין השולח לשליח, באופן שמסירת שטר השחרור לידו של השליח תיוחס לשולח – "ידו כידו". בשליחות למחדל מעין זו, אין מקום לכלל "כל דאיהו לא מצי עביד השתא – לא מצי משוי שליח" ("דהא בכל שעה תמיד הוא בידה למנות אדם שיעמוד במקומה"), ודי בכך שהשולח יהיה "בתורת הדבר"[232].

את גישתו הציע ר' שמואל סג"ל לנדא בעקבות שאלה שהופנתה אליו בדבר תוקפו של מינוי שליח לקבלת גט. מעשה שהיה כך היה: בעלה של אישה איבד את שפיות דעתו, אבל היו לו לעתים רגעים של שפיות שבהם היה מסוגל לגרש אותה, "עתים שוטה עתים חלים". לאישה לא הייתה אפשרות לשהות במחיצתו של בעלה בהמתנה לרגע שתחזור אליו שפיות דעתו, ועל כן יעצו לה למנות שליח שיקבל את הגט ממנו במקומה. חתם סופר[233] ערער על תוקפו של מינוי זה, וטעמו ונימוקו עמו: הלוא אפשר שבשעת המינוי הבעל לא יהיה שפוי, והאישה לא תהיה ראויה אפוא להתגרש ממנו באותה שעה, והכלל הוא: "כל דאיהו לא מצי עביד השתא – לא מצי משוי שליח". לאור גישתו, הרב לנדא דוחה את הסתייגותו של 'חתם סופר' ומכשיר את המינוי, כשהוא מסביר שבשליחות לקבלת גט, בשונה מבשליחות לנתינת גט, אין דרישה שהשולחת תהיה בגדר "מצי עביד" כבר בשעת המינוי[234].

[231] שו"ת שיבת ציון, סימן פו, ד"ה אך אין אנו (מובא בפתחי תשובה, אבן העזר, סימן קמא, ס"ק כב).

[232] אין צריך לומר שגישה זו אינה מהווה פתרון לבעיית "גט קושטא" (לעיל, ליד ציון הערה 204), שכן שם מדובר בבעל הממנה שליח, שלגביו חל הכלל "כל דאיהו לא מצי עביד, לא מצי משוי שליח" (והשווה לעיל, ליד ציון הערה 216, גישת 'בית מאיר'). אבל ראה בהמשך שלא כך הוא במקרה ההפוך, היינו כאשר האיש אינו שפוי והאישה מבקשת למנות שליח לקבל את גטה ממנו.

[233] שו"ת חתם סופר, אבן העזר, חלק ב, סימן מב. וראה גם שם, סימן מג.

[234] וראה להלן, ליד ציון הערה 257, שם נעמוד על נימוק נוסף שהציע בעל שו"ת שיבת ציון לכשרות המינוי. לגישה זו ולמסקנה זו, הסכימו: שו"ת איגרות משה, אבן העזר, חלק ג, סימן מב (וראה גם דבריו שם, סימן לב, ענף ג, ד"ה אבל ודאי); שו"ת ציץ אליעזר, חלק כ, סימן סו, ד"ה אגב. וראה גם חקר הלכה (לנדא), אות ג, בהלכות גיטין, ס"ק פ. וראה הרב חיים שפירא, מערכות חיים, מערכת שליחות, סימן ז, הנוקט גישה דומה וקובע על פיה שיכולה אישה למנות שליח לקבל את גטה עוד לפני נישואיה.
השווה: שו"ת ברכת רצ"ה (לר' צבי הירש אורנשטיין), סימן כח, המהסס לסמוך על סברה זו; שו"ת מהר"ש (ענגיל), חלק א, סימן יח, בד"ה ובאמת י"ל; שו"ת מילי דאבות (צילץ, משה ליב), חלק ב, אבן העזר, סימן ח; נדרי זריזין (קלוגר), חלק א, השמטות, דף פט; קונטרס יד שאול (הורוביץ), סימן ד (נספח לספר נחלת דוד לר' דוד טביל, מהדורת וילנא תרכ"ד); שו"ת פרשת מרדכי (בנט), אבן העזר, סימן מז.

(3) צמצום היקף הדרישה

(א) מניעה משפטית (מושא השליחות קיים, אך יש מניעה משפטית לפעול בו)

1. "דבר שבידו" (מניעה משפטית שביד השולח להסירה)

עד כאן ראינו שהשולח אינו יכול למנות שליח לבצע פעולה שהוא עצמו מנוע משפטית מלעשותה בשעת המינוי (ויש אומרים שהוא הדין גם במניעה פיזית). ונשאלת השאלה: בהנחה שיש בכוחו של השולח להתגבר על מניעה זו ולהביא למצב שיהיה בכוחו לעשות בעצמו את הפעולה נושא השליחות, האם די בכך להגדירו כ"מצי עביד", ויוכל הוא למנות שליח עוד בטרם התגבר על המניעה בפועל?[235]. לכאורה, יש לענות על כך בחיוב, שכן כיוצא בזה מצאנו בדיני "דבר שלא בא לעולם". לכלל "אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם", יש סייג חשוב, ולפיו אם הסרת המניעה המשפטית[236] מביצוע הפעולה היא "דבר שבידו" של בעל הפעולה, אפשר לבצע את הפעולה המשפטית עוד לפני שהוסרה המניעה בפועל, כשהתחולה נדחית למועד שבו תוסר המניעה בפועל[237].

הדוגמה הקלסית שדנו בה הפוסקים בשאלה זו היא מינוי שליח להפרשת חלה לפני שהפך הקמח לבצק. כל זמן שלא הפך הקמח לבצק, אינו חייב בהפרשת חלה ואינו מושא אפוא לשליחות, אולם בידו של בעל הקמח לגבל את העיסה ולהביאה לידי חיוב.

יש הסוברים, ובראשם רבי ברוך מוורמייזא, בעל 'ספר התרומה'[238], שאכן בכגון זה, מאחר שבידו של בעל הקמח לגבל את העיסה ולהביאה לידי חיוב, יש תוקף למינויו של שליח להפרשת חלה אף לפני שהפך הקמח לבצק.

[235] "כל שבידו לעשות, לאו כמחוסר מעשה דמי?", כך מנוסחת שאלתנו בלשון הפוסקים. נטעים שלא זה היה המצב במקרים שנידונו עד כה, בהם השולח מצפה אמנם לשינוי המצב באופן שתתאפשר פעולת השליחות, אבל שינוי זה אינו בשליטתו. כך לדוגמה, השולח שליח לקדש אישה שהיא נשואה עדיין בשעת המינוי, מצפה שמצבה של האישה ישתנה ותיעשה פנויה (תתגרש או תתאלמן), אבל שינוי זה, שיהיה בו כדי להפוך את האישה למושא פעולת השליחות, אינו בשליטתו.

[236] לשאלה אם סייג זה חל גם כשהמניעה נובעת מכך שמושא הקניין אינו קיים פיזית, ראה דיוננו להלן, ליד ציון הערה 260 ואילך.

[237] כך לדוגמה, אף שחובת הפרשת תרומה היא רק לאחר קצירת התבואה, מכל מקום ניתן להפריש תרומה על תבואה שעדיין היא מחוברת על מנת שההפרשה תחול על הפירות לכשייתלשו, הואיל ו"בידו לתולשן" (ראה קידושין סב ע"א). אין צריך לומר שהוא הדין אם אין מניעה הלכתית לעשות את הפעולה מיד, אלא שבעל הפעולה מעוניין לדחות את תחולתה. כך הוא לדוגמה בעניין המקדיש קרקע שבבעלותו, בעוד שהוא מעוניין שתחולת ההקדש תהיה רק לאחר שישוב לקנותה לאחר שימכרנה. ההקדש תופס (כשיחזור ויקנה), שכן "בידו להקדישה" כבר עכשיו (ראה כתובות נט ע"א). על כלל זה, ראה אנציקלופדיה תלמודית, כרך ג, ערך בידו, בדבר שלא בא לעולם; שם, כרך ז, ערך דבר שלא בא לעולם, פרק יב (כשאינו מחוסר מעשה).

[238] ראה: ספר התרומה, הלכות חלה, סימן פג; מרדכי, קידושין, פרק האיש מקדש, סימן תקיט. על דעות אלה, ראה: בית יוסף, יורה דעה, סימן שכז, ד"ה וכתב הרא"מ (וצריך עיון בדבריו, מדוע צירף לכאן גם את ספר יראים [השלם], סימן קמח, ד"ה תנן, בעוד שנימוקו של ספר יראים שונה, שהוא פוסק כרבי אליעזר בן יעקב בסוגיית קידושין, שאדם מקנה דבר שלא בא לעולם); חקרי לב, אבן העזר, סימן מו, ד"ה אך את זה ק"ל להמרדכי.

התוספות[239] חולקים על שיטת בעל 'ספר התרומה'. לדעתם, לעניין דרישת "מצי עביד השתא", לא די שיהיה בידי השולח להסיר את המניעה[240], ונחלקו הדעות בהבנת שיטת התוספות:

רוב האחרונים, ובראשם 'משנה למלך'[241], סבורים שהתוספות מסכימים עם דעת רבנו תם המובאת שם, לפיה דרושה יכולת ביצוע במצב הנוכחי של מושא השליחות כמות שהוא, אם כי אין מניעה שתחולת הפעולה תידחה למועד מאוחר יותר, לכשתוסר המניעה המשפטית. לדעתם, זו הסיבה שאפשר למנות שליח להפרשת חלה עוד לפני לישת העיסה, שכן השולח יכול להפריש חלה כבר עתה, אף שתחולתה תידחה עד לאחר הלישה[242].

אחרים, ובהם 'אבני מילואים', סבורים שהתוספות חולקים על רבנו תם, ולפיהם דרישת "מצי עביד השתא" מחמירה עוד יותר, ומשמעה כפשוטה, היכולת להביא לתוצאה המשפטית כבר בשעת המינוי[243]. ומאחר שאין אפשרות כזו בעניין הפרשת חלה,

239 תוספות, נזיר יב ע"א, ד"ה מ"ט.

240 וזה לשון התוספות: "ואם תאמר דהא מעשים בכל יום שהאשה אומרת לחבירתה לושי לי קמח והפרישי חלה בעבורי, וגם תלמידים של בית רבן אומרים כן [ראה להלן, הערה 260], ואיך נעשה שליח בדבר הזה, הא בשעה שעושה אותה שליח לא היתה יכולה בעצמה להפריש חלה מקמח זה, שאינו בר חיובא, שאין מפרישין חלה מקמח?... בהאי טעמא לחודא לא סגי לן [=אין טעם זה מספיק לנו] למימר דמצי למיעבד שליח כאן כיון דבידו ללוש ולגלגל". התוספות מביאים ראיה לשיטתם, ש"דבר שבידו" אינו מועיל למינוי שליח, מהמשך סוגיית יבמות שהוזכרה לעיל, הערה 178. לאחר שהתלמוד קבע מחד גיסא שהבעל יכול למנות שליח לגרש את ארוסתו לאחר הנישואין (מאחר שכבר עתה בידו לגרשה), ומאידך גיסא שאדם אינו יכול למנות שליח לגרש אישה שעדיין לא קידש אותה (שכן אין בידו לגרשה עתה, כיוון שעדיין היא פנויה), התלמוד שואל: "בעי רמי בר חמא: ליבמתו, מהו? כיון דאגידא ביה [=שהיא קשורה בו], כארוסתו דמיא? או דלמא כיון דלא עבד בה מאמר [כלומר, שלא קידש אותה] – לא? תיקו" (להבנת פשר הספק אליבא דתוספות, ראה להלן, הערה 269, הסברו של ר' שמעון שקאפ). לדעת התוספות, העובדה שהתלמוד משאיר את השאלה הזו בצריך עיון מוכיחה שאף שבידו של השולח ליצור את מושא השליחות (שהרי בעיקרון האישה מתייבמת גם בעל כורחה), אין די בכך להגדירו כ"מצי עביד" לעניין מינוי שליח.
הוכחה זו אינה מקובלת על בעלי הפלוגתא של התוספות, אם משום שלדעתם הסוגיה אינה עוסקת בדיני שליחות אלא בדיני כתיבת גט לשמה (ראה לעיל, הערה 178), אם משום שלדעתם אין זה נקרא "בידו", שכן היבמה עשויה לברוח או להתחמק. ראה: מחנה אפרים, על הרמב"ם, הלכות גירושין, פרק ג, הלכה טו, ד"ה איברא דקשה (בסופו); חקרי לב, אבן העזר, סימן מו, ד"ה אך את זה ק"ל להמרדכי; ערוך השולחן, חו"מ, סימן קפב, סעיף ה; חזון איש, זרעים, ליקוטים, סימן ו, ס"ק ג; שם, אבן העזר, הערות במסכת קידושין, סימן קמח, פרק האומר, סב ע"א ד"ה פירות. גם 'נודע ביהודה' (לעיל, הערה 105) דוחה ראיה זו של התוספות, שכן לדידו דרישת "מצי עביד השתא" אינה נוגעת לשולח אלא לשליח, שאכן אין בידו לבוא על היבמה בעל כורחה.

241 ראה: משנה למלך, הלכות אישות, פרק ט, הלכה ו; קרן אורה, נזיר יב ע"א, ד"ה ונראה מדברי התוס' ז"ל וד"ה והביאו; ביאור הגר"א, יורה דעה, סימן שכז, ס"ק א.

242 אפשרות זו אינה קיימת בכתיבת גט ליבמה לפני הייבום (ראה לעיל, הערה 240). אמנם אליבא דהתוספות היבם יכול לייבם את יבמתו בעל כורחה, אך אף על פי כן, אם רואים את היבמה כפנויה ולא כארוסה, אין בידו לכתוב לה גט לפני הייבום, שכן הגט חייב להיכתב "לשמה", דבר שאינו אפשרי כל זמן שאינה אשתו. זו הסיבה שהיבם אף אינו יכול למנות שליח לגרשה לפני שייבם אותה. ראה משנה למלך, שם (לפי זה, גם רבי מאיר היה מסכים לכאורה שאין תוקף למינוי שליח בכגון זה, אף על פי שבעיקרון הוא סבור ש"אדם מקנה דבר שלא בא לעולם". השווה לעיל, הערה 192). להסבר עקרוני יותר שמציע ר' שמעון שקאפ, מדוע אפשרות זו אינה קיימת ביחס לכתיבת גט ליבמה לפני הייבום, ראה להלן, הערה 269.

243 כך פירשו כבר כמה מן הראשונים את כוונת התוספות. ראה: חידושי רבנו פרץ (נדפס בשיטת הקדמונים, ניו־יורק תשל"ב), נזיר יב ע"ב, ד"ה אלא; תוספות רבנו טודרוס (נדפס בשיטת הקדמונים), נזיר יב ע"ב, ד"ה במלתא; המאירי, בית הבחירה נזיר יב ע"ב, ד"ה כתבו בתוספות. וכך פירשו גם רבים מן האחרונים.

צריך לומר שמנהג זה של מינוי שליח להפרשת חלה עוד לפני לישת העיסה אין יסודו בדיני השליחות אלא בדין "זכין לאדם שלא בפניו", שאף שאין תוקף למינוי, יש תוקף להפרשה, משום שהיא לתועלת בעל הקמח[244].

ונשאלת השאלה: מהו ההיגיון המשפטי של דרישה זו? ומדוע הכלל בעניין "דבר שבידו" לא יועיל לעניין מינוי שליח כדין כל פעולה משפטית אחרת שלא באה לעולם (כפי שסבור בעל 'ספר התרומה')? נראה שקל יותר לענות על שאלה זו אם נוקטים שדרישת "מצי עביד השתא" נוגעת לכשרותו של השולח[245]. כך לדוגמה, על פי גישת 'בית מאיר'[246], ולפיה השליחות היא העברת כוח, ברור שתנאי לכשרות השולח הוא שיהיה בעצמו בעל כוח לעשות את הפעולה כבר בשעת המינוי. לפי זה, אפשר שהחולקים על 'ספר התרומה' סבורים שאין די בכוח תאורטי כדי להקנות לשליח את כוח השליחות, שכן על הכוח לעבור לשליח בפועל בשעת המינוי, ויש צורך באפשרות לעשות את הפעולה בפועל באותה שעה[247].

קשה הרבה יותר להסביר מדוע לא יועיל "דבר שבידו" לאלו הנוקטים שדרישת "מצי עביד השתא" נוגעת לכשרות מושא השליחות (אין שליחות על דבר שלא בא לעולם)[248], שהרי כפי שראינו כלל הוא בדיני דבר שלא בא לעולם, שמועיל "דבר שבידו"[249].

2. "מחוסר זמן" (מניעה משפטית שתיעלם מאליה)

'משנה למלך' קובע סייג בדיני "דבר שלא בא לעולם", והוא שאין מניעה לעשות פעולה בדבר שלא בא לעולם, אם בואו לעולם של אותו דבר הוא עניין של זמן, כגון: "האומר לאשה 'הרי את מקודשת לי לאחר שלשים יום', יכול לגרש בתוך ל' יום, ואע"פ שלא חלו עדיין הקדושין,

ראה: מחנה אפרים, הלכות גירושין, פרק ג, הלכה טו, ד"ה איברא דקשה; אורח מישור, נזיר יב ע"א, ד"ה שם מדאמר; אבני מילואים, סימן לה, ס"ק יג; בני יעקב (ר' יצחק בן אבא, קושטא), סוף מאמר א, זמן (נא ע"ב), מובא בחקרי לב, אבן העזר, סימן מו; דברי שאול (נתנזון), יורה דעה, סימן שכז, סעיף א ("דסברת התוספות היא דענין שליחות לא שייך רק בדבר שבידו לעשות כעת בעשייה, ולא במה שבידו לומר כעת, דסוף סוף על כל פנים לאו מידי דעשייה כעת, ורק מידי דאמירה כעת, שיחול לכשיהיה חלה, אבל מכל מקום הוי ליה מילתא דלא מצי עביד השתא, ולא חל השליחות"); חזון איש, זרעים, ליקוטים, סימן ו, ס"ק ג (ושם, קידושין, סימן קמח, פרק האומר, ד"ה סב ע"א פירות), באפשרות הראשונה שהוא מעלה. וכך פירש גם ר' יחזקאל לנדא את דברי התוספות, כפי שנראה להלן, הערה 256.

[244] ראה להלן, ליד ציון הערה 282, אבל ראה הערה 282.
ויש אומרים שדעת רבנו תם היא שניתן להחיל שם חלה כבר עכשיו, עוד לפני לישת העיסה. ראה: בית ישראל (שלאמאוויץ, וילנא תרפ"ו), סימן יא; שו"ת שאילת שלום (טויבש), מהדורא תניינא, סימן לג; שו"ת אחיעזר, חלק ב, סימן לח, אות ט.

[245] ראה לעיל, פרק שלישי, ד(2)(ג), עמ' 217.

[246] ראה לעיל, ליד ציון הערה 216.

[247] בעניין זה נחלקו כאמור הפוסקים: יש מי שמסתפק באפשרות עשיית הפעולה, אף אם תחולתה נדחית למועד מאוחר יותר (משנה למלך), ויש מי שדורש שתהיה אפשרות להשגת התוצאה כבר בשעת המינוי (אבני מילואים). כך הציע ר' שמעון שקאפ, חידושי רבי שמעון יהודה הכהן, חלק ד, קונטרס השליחות, סימן יח.

[248] ראה לעיל, פרק שלישי, ד(2)(ב), עמ' 215.

[249] אמנם יש מן האחרונים שטענו שבעיקרון, הכלל "דבר שבידו" אינו יכול להועיל לעניין מינוי שליח, אך קשה מאוד לעמוד על פשר דבריהם. ראה לדוגמה אבני מילואים, סימן לה, ס"ק יג (הוא טוען שמינוי שליח אינו בידי השולח, שכן אפשר שהשליח יסרב לקבל את השליחות על עצמו. והדברים תמוהים על פניהם). וראה עוד חידושי רבי שמעון יהודה הכהן (שקאפ), יבמות, סימן מב, ד"ה ולפי מה (על פי שיטתו המובאת להלן, הערה 269).

משום דלאו מחוסר מעשה הוא, אלא זמן דממילא קא אתי [=שבא מאליו]"[250]. וגם כאן עולה השאלה: האם הוא הדין גם לעניין מינוי שליח? לשון אחר, יש שהשולח מנוע אמנם מלעשות את הפעולה נושא השליחות בשעת המינוי, אבל המניעה עומדת להיעלם מאליה בחלוף הזמן, האם גם בכגון זה, לאור שיטת 'משנה למלך', נחשב השולח כ"מצי עביד", בדומה למה שראינו לעיל בעניין "דבר שבידו"?

לדעת 'חתם סופר', הדבר אכן אפשרי, וכך לדוגמה הוא פוסק שיש תוקף למינוי שליח לקידושי אישה, אף אם האישה הייתה קטנה בשעת המינוי[251]. בהתאם לכך, יש מי שפוסק שאפשר למנות שליח לפדיון הבן עוד לפני שמלאו לבן שלושים יום[252].

250 ראה: משנה למלך, הלכות גירושין, פרק ג, הלכה ו; שם, הלכות אישות, פרק ד, הלכה ז; שם, הלכות שכירות, פרק ו, הלכה ט (הובא להלכה בנתיבות המשפט, סימן ריא, ס"ק ה). 'משנה למלך' מביא ראיה לדבריו מהנאמר בתלמוד (כתובות נט ע"ב): "האומר לחברו 'שדה זו שמשכנתי לך לעשר שנים לכשאפדנה ממך תיקדש', דקדשה". אבל השווה אבני מילואים, סימן מג, ס"ק א. וראה עוד: שער המלך, הלכות מכירה, פרק כב, הלכה ט, ד"ה ודע; שו"ת בית שלמה (דרימר), חו"מ, סימן קיז; משמרת שלום, חו"מ, סימן רט, סעיף ד; קובץ שיעורים, כתובות, אות קצד; פתחי תשובה, חו"מ, סימן שטו, ס"ק א; אנציקלופדיה תלמודית, כרך ז, ערך דבר שלא בא לעולם, ליד ציון הערה 385 ואילך.

251 ראה שו"ת חתם סופר, אבן העזר, חלק א, סימן יא. הוא מסתמך על דברי 'משנה למלך', הפוסק שכך יכול היה לעשות השולח עצמו, לקדש קטנה כשתגדל. ראיה לדבריו מביא 'חתם סופר' מכך שבסוגיית נזיר (לעיל, הערה 174), קבע רבי יוחנן: "האומר לשלוחו 'צא וקדש לי אשה סתם' [ואין אפשרות לדעת איזו אישה קידש לו השליח], אסור בכל הנשים שבעולם", משום שלגבי כל אחת מהן יש לחשוש שאולי היא קרובת אשתו, ורבא, המסייג את הלכת רבי יוחנן (ראה לעיל, ליד ציון הערה 176), אינו מוציא מכלל זה אישה שהייתה קטנה בשעת המינוי, ומכאן שביחס לאישה זו, השולח אינו מוגדר כ"לא מצי עביד", אף שלא הייתה ראויה לקידושין בשעת המינוי.

וראה שו"ת עין יצחק, חלק א, אורח חיים, סימן כח, ס"ק א (וראה גם שם, חלק א, אבן העזר, סימן ב, אות ג, בהגהה), הנוקט אף הוא גישה זו תוך שהוא חולק על דברי 'דגול מרבבה', המובא להלן, ליד ציון הערה 253. 'עין יצחק' מביא ראיה מסוגיית התלמוד, גיטין כט ע"ב, הדנה בשליח שנתמנה למסור גט לאישה, והותנה שלא ימסור את הגט אלא לאחר שלושים יום. נקבע שאף בטרם חלפו שלושים הימים, השליח יכול למנות שליח במקומו. מכאן הוא מסיק שדין מי ש"מחוסר זמן" כדין מי ש"מצי עביד השתא". אך הוא מעיר בעצמו שיש מקום לפקפק בראיה זו, לאור דברי 'בית מאיר', שנעיר עליהם להלן, בדיוננו על סעיף 16, הערה 48.

גם ערוך השולחן, יורה דעה, סימן שה, סעיף ט, מצדד בגישה זו, אבל הנמקתו צריכה עיון. הוא כותב: "יש מי שאומר דאף על גב דמהני [פדיון הבן] על ידי שליח, מכל מקום זהו כשעושה השליח לאחר יום ל', שביכולתו בעצמו לפדות... ולעניות דעתי... 'מחוסר זמן' לאו כ'מחוסר מעשה' דמי [כלומר אינו מוגדר כ'לא מצי עביד']... דאם לא כן, בכל שליחות שעושה בקידושין ובגירושין, כשהאישה בריחוק מקום, נימא הא איהו לא מצי עביד עד זמן ביאתה לפה או הוא לשם... אמנם מחוסר קריבה לאו כמחוסר מעשה דמי... וכן מחוסר זמן לאו כמחוסר מעשה דמי". ההשוואה שעושה כאן 'ערוך השולחן' בין מחוסר קריבה ומחוסר זמן תמוהה ביותר, הרי כיצד אפשר להשוות בין מניעה מעשית (ריחוק מקום. ראה לעיל, ליד ציון הערה 156) ובין מניעה משפטית (אפילו זמנית)?

וכך נוקט גם 'שושנת העמקים' (לעיל, הערה 166) כנימוק נוסף להכשרת שליח שמונה בשבת לכתוב את הגט לאחר השבת: "דכל שהזמן ממילא קאתי הוה שליחות, ולא דמי להאומר 'לאחר שתתגרש מפלוני תתקדש לי', דשמא לא יגרשנה בעלה".

252 ראה שו"ת עונג יום טוב, סימן קא.

לפי גישה זו, מובן מדוע לא מצאנו בתלמוד דרישה שמינוי השליח לשחוט את קרבן הפסח ייעשה דווקא ביום י"ד בניסן משעה שהקרבן ראוי להקרבה. השווה: רבי עזריאל (להלן, הערה 260); קרן אורה (להלן, הערה 264). והשווה ר' צבי הירש מאגליד, "אם אפשר לעשות שליח תוך ל' לפדיון הבן",

ברם, לא כן היא דעתו של ר׳ יחזקאל לנדא[253]. אף שגם הוא מאמץ את קביעת ׳משנה למלך׳, שמחוסר זמן אינו כמחוסר מעשה[254] (ונמצא אפוא שגם הוא מודה שהאב עצמו יכול למסור כסף לכוהן כבר עכשיו, על מנת שהפדיון יחול בזמנו), עם כל זה, אין בכך כדי לענות על דרישת ״מצי עביד השתא״ לצורך מינוי שליח[255].

דומה שהמחלוקת בין ׳חתם סופר׳ ובין ר׳ יחזקאל לנדא תואמת את המחלוקת שראינו לעיל בין ׳משנה למלך׳ ובין ׳אבני מילואים׳. ׳חתם סופר׳ מאמץ את שיטת ׳משנה למלך׳, ולפיה די בכך שהשולח יכול לעשות את הפעולה נושא השליחות בעצמו בשעת המינוי, אף אם תחולתה נדחית למועד מאוחר יותר. לעומת זאת, ר׳ יחזקאל לנדא מאמץ את שיטת ׳אבני מילואים׳[256], ולפיה אין השולח מוגדר כ״מצי עביד השתא״ אלא אם הוא יכול להביא בעצמו לתוצאה המשפטית כבר בשעת המינוי. וכך הוא לדעתו בפדיון הבן קודם הזמן, שאף שבידי השולח לתת מעות לכוהן עבור פדיון בנו, אין תחולה לפדיון אלא בהגיע זמן הפדיון.

3. ספק מניעה

כבר הזכרנו לעיל[257] את השאלה שבאה בפני ר׳ שמואל סג״ל לנדא בעניין האישה שבעלה איבד את שפיות דעתו לסירוגין, ״עתים שוטה עתים חלים״, וביקשה למנות שליח אשר יקבל במקומה את הגט באחד מרגעי שפיותו. המשיב מכשיר את המינוי, אף שלכאורה הוא עומד בניגוד לכלל ״כל דאיהו לא מצי עביד השתא – לא מצי משוי שליח״, שכן אפשר שהבעל

קובץ תורני זכור לאברהם (תשנ״ז־תשנ״ח), עמ׳ קלג, בעמ׳ קלד, שסוף סוף יש משמעות להקרבת הקרבן גם טרם זמנו.

253 ראה דגול מרבבה, יורה דעה, סימן שה, סעיף י (אמנם כבר הזכרנו לעיל, הערה 105, שלדעת ׳נודע ביהודה׳, הדרישה של ״מצי עביד״ מתייחסת לשליח, ולא לשולח, אבל כאן אין לזה נפקא מינה למעשה). וראה שדי חמד, קונטרס הכללים, מערכת כ״ף, כלל צ, ד״ה ומידי, שפלפל בדברי ׳דגול מרבבה׳. וראה עוד שו״ת תשובה מאהבה, חלק ג, סימן תד (הלכות פדיון בכור, דף סה ע״ג־ע״ד); שו״ת אבני נזר, יורה דעה, סימן שצה. זו גם הדעה שנוטה אליה פסקי הלכות (לר׳ דוד פרידמן מקרלין), יד דוד, חלק ב, פרק שמיני, הלכה ד (עמ׳ 446), בעניין מינוי שליח לקדש אישה, שבשעת המינוי היא קטנה ואינה ראויה לקידושין (משום שאין לה אב), שעליו דן ׳חתם סופר׳, המובא לעיל, הערה 251. יש לציין ש׳דגול מרבבה׳ אינו קובע מסמרות בדבריו, ולא ברור מהי הכרעתו בשאלה עקרונית זו. וראה עוד שם, שמסקנתו היא שגם אם בשעת המינוי השולח נקרא ״לא מצי עביד״, מכל מקום הפדיון יתפוס מדין ״זכין״.

254 ראה לדוגמה שו״ת נודע ביהודה, מהדורא תניינא, אבן העזר, סימן נב וסימן נד. יש לציין שלעניין פדיון הבן, נאמר במפורש בתלמוד שהאב יכול לבצע את הפעולה של נתינה מוקדמת של הכסף לכוהן (ראה בכורות מט ע״ב, ושם מחלוקת רב ושמואל בשאלה אם צריך שהמעות יהיו בעינן בהגיע הזמן), אלא שלא ברור מה הסיבה לכך. ׳משנה למלך׳ הביא סוגיה זו כתנא דמסייע לו ש״מחוסר זמן לאו כמחוסר מעשה״. אבל ראה שו״ת נודע ביהודה, שם, סימן נד, הדוחה ראיה זו (אף שכאמור הוא מאמץ את שיטתו להלכה): ״דבשלמא אם היה הבן קודם פדיון קנוי לכהן, וכשפודהו קונהו האב, היה שייך לתלות בדשלב״ל [=בדבר שלא בא לעולם], אבל האב אינו קונה שום דבר מהכהן, אבל הוא מקנה המעות להכהן, והרי דבר זה יכול לעשותו עכשיו, דאטו אין בידו להקנות מעותיו לכהן עכשיו, נמצא שקנין המעות הוא דבר שאינו מחוסר אפי׳ זמן, רק הפדיון מחוסר זמן, והפדיון אינו דבר קנין, רק מצוה דרמיה רחמנא על האב״.

255 לעיל, ליד ציון הערה 241.

256 וכך עולה גם ממה שהקשה על התוספות בספרו דורש לציון, דרוש יג, וכפי שהעיר משפטי השליחות, שער ב, סימן כג, ענף ב, אות ח. וראה שו״ת אוהל משה (רויזמן), אבן העזר, סימן ב (עמ׳ 153), ד״ה והנה משמע: ״אין ביד האב לפדותו מיד בנתינת המעות לכהן, רק בידו ליתן המעות שהפדיון יחול לאחר שלושים יום, וזה לא נקרא מצי עביד השתא״. נראה שלכך נתכוון גם שו״ת דברי שלום (מזרחי), יורה דעה, סימן קלב.

257 לעיל, ליד ציון הערה 231.

אינו שפוי בדעתו בשעת המינוי. הוא מסתמך על פסיקתם של גדולי האחרונים, אשר לדעתו התירו מינוי שליח בנסיבות דומות[258], ומסביר תחילה שהגיון דבריהם הוא, שאין אדם מוגדר כ"לא מצי עביד השתא" אלא כאשר אין ספק שאינו מסוגל לעשות בעצמו את פעולת השליחות בשעת המינוי. אבל אם המניעה אינה חד־משמעית, ויש אפשרות תאורטית שיש בכוחו לעשות את השליחות בשעת המינוי, די בספק זה להגדירו כ"מצי עביד השתא". ובלשונו: "דעד כאן לא אמרינן דלא מצי למיעבד שליח במלתא דלא מצי עביד השתא אלא בדבר שאינו רגיל להשתנות וליכא מציאות למיעבד השתא בשעה שעושה השליח... מה שאין כן בנדון דידן, שהבעל מוחזק להיות עתים חלים ועתים שוטה, ורגיל הוא להשתנות... שוב לא אמרינן בזה מילתא דלא מצי למיעבד השתא, כיון שאין זה ודאי ומציא למנות שליח קבלה". לפנינו אפוא סייג חשוב לדין "כל דאיהו לא מצי עביד השתא – לא מצי משוי שליח".

מלבד הראיות שמביא המשיב לחידושו זה, הוא טוען שהוא אף מחויב ההיגיון, שאם לא כן, מן הנמנע יהיה למנות שליח לקידושי אישה, שכן אפשר שבשבעת המינוי עדיין האישה אינה מסכימה להתקדש לשולח, וכמו כן האישה לא הייתה יכולה למנות שליח לקבל את גטה מבעלה, אף שהוא שפוי, שכן אפשר שעדיין אינו מסכים לגרש אותה. על כן הוא מסכם: "אלא הוא הדבר אשר דברתי, דכיון דאיכא במציאות שיתרצה הבעל לגירושין או האשה לקידושין, שוב לא שייך בו לומר: מילתא דלא מצי עביד השתא".

אמנם הלכה למעשה הוא נרתע מלהסתמך על חידוש זה, משום שאפשר שיש להבחין בין ספק התלוי ברצונו של הצד השני (כמו בקידושין או בגירושין) ובין ספק שאינו תלוי ברצונו (כמו במחלת נפש). אשר על כן, הוא מעדיף בסופו של דבר לבסס את תוקפו של המינוי על נימוק אחר, והוא שבשליחות לקבלת גט, אין תחולה לעיקרון "כל דאיהו לא מצי עביד השתא – לא מצי משוי שליח", שכן אין עניינה של שליחות זו העברת כוח מן השולח לשליח אלא יצירת זהות ביניהם[259].

(ב) מניעה מעשית (מושא השליחות עדיין אינו קיים)

1. מבוא

יש שהשולח מנוע מלעשות את פעולת השליחות בעצמו, לא בשל מניעה משפטית החלה על האובייקט מושא השליחות, שדיברנו עליה עד כאן, אלא משום שאותו אובייקט מושא השליחות אינו קיים כלל, והלוא הכלל הוא: "אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם". כך הוא לדוגמה בשולח המבקש למנות שליח למכור לצד שלישי בית לכשייבנה או למכור לו בגד לכשייארג[260].

[258] הוא מפנה בעניין זה לשו"ת הב"ח, סימן קא (מובא בבית שמואל, אבן העזר, סימן קמא, ס"ק מ). אבל לא הכול מסכימים שכך יש לפרש את דבריהם של גדולי האחרונים.

[259] על נימוק זה, ראה דברינו לעיל, ליד ציון הערה 234. וראה בהערה 234, רשימת הפוסקים אשר נתנו את דעתם למקרה הזה. לעניין ספק מניעה, ראה עוד משנה למלך, הלכות אישות, פרק ט, הלכה ו, ד"ה ולפי זה יש לדון וד"ה וראיתי.

[260] וכך הוא גם בשולח הממנה שליח להפריש חלה על קמח שאינו בעולם עדיין. אמנם התוספות (לעיל, הערות 239־240) התייחסו גם למצב זה ("וגם התלמידים שואלים", וראה שו"ת חתם סופר, אבן העזר, חלק א, סימן יא, שהסביר: "הפשוט שנתכוונו למה שכתב ספר התרומה והובא בב"י בי"ד סי' שכ"ז, דהתלמידים הבחורים שהם אורחים אומרים לפונדקאיות שלהם לעשות להם כל עיסותיהם לעתיד ולהפריש

אכן, יש פוסקים הסבורים שאין אפשרות למנות שליח כשמושא השליחות הוא דבר שבשעת המינוי טרם בא לעולם או אפילו דבר שאינו ברשותו של השולח בשעת המינוי. כך לדוגמה, 'קצות החושן'[261] פוסק שהנושה אינו יכול למנות שליח למסור כספי חוב לפלוני לכשייגבה החוב מן החייב, בטרם הגיע מועד פירעונו של החוב. כך גם 'נתיבות המשפט'[262] פוסק שאי אפשר למנות שליח לזכות עבור פלוני מפירות שעדיין לא צמחו.

ומאליה עולה השאלה: כיצד התמודד המשפט העברי עם פגיעה קשה כל כך ביעילותו הכלכלית והמעשית של מוסד השליחות, שהרי שלוחים רבים, אם לא רובם, מתמנים לטפל בנושאים שטרם באו לעולם בשעת המינוי!? אמנם הלכה למעשה, דומה שלא חששו לדברי 'קצות החושן', כפי שמעידים האחרונים: "וכן מעשים בכל יום שעושים שלוחים לקנות ולמכור בחנויות ועסקים שונים ואין מי שידון לבטל המכירה מצד דאיהו לא מצי עביד בעת השליחות"[263]. אולם מהי ההצדקה העיונית לכך?

מהם חלה לעולם"), אבל כאן אין הדבר בידו של השולח, שהרי אינו יכול לקנות קמח מחיטה שעדיין לא צמחה. כיצד ניתן להסביר אפוא שהפוסקים הכשירו את המינוי גם בכגון זה (ראה שולחן ערוך, יורה דעה, סימן שכח, סעיף ג: "והאורח יאמר לבעלת הבית להפריש לו חלה מכל עיסות שתעשה לו בעוד שיהיה בביתה, כדי שלא תצטרך ליטול רשות בכל פעם")? אמנם יש המסבירים שביד השולח לקנות כבר עתה את הקמח (ראה: אור זרוע, חלק א, הלכות חלה, סימן רכא: "יש בידה כח לקנות ולגלגל"; ספר התרומה, הלכות חלה, סימן פג: "אבל ביד אשה לעשות עיסה מן הקמח או לומר לאחר לקנות קמח לעשות עיסה"). אבל קשה להלום את דבריהם, שהרי הקמח אינו בעולם.

כאן המקום להצביע על שיטתם הייחודית של ר"י (מובא בסמ"ג, עשה קלד) ושל רבי עזריאל (מובא בשיטה מקובצת, נזיר יב ע"ב, ד"ה והר' עזריאל ז"ל), המסבירים שמינוי שליח בכגון זה תקף, משום שביד השולח להקנות לשליח את הכסף לרכישת התבואה או הקמח לכשיבואו לעולם (וכבר תמהו על דבריהם: אור זרוע, חלק א, הלכות חלה, סימן רכא, ד"ה ור"ת; משנה למלך, הלכות תרומות, פרק ד, הלכה א). ר' שמעון שקאפ, חידושי רבי שמעון יהודה הכהן, חלק ד, קונטרס השליחות, סימן כ, מפרש את דבריהם לאור התפיסה שדרישת "מצי עביד השתא" נוגעת לכשרותו של השולח, וביתר דיוק לכוחו למנות שליח. לדעתו, כוונתם לומר שאין דרישת "מצי עביד השתא" בנושאים משפטיים שהם בשליטתו החד־צדדית של השולח (שם ברור שמושא השליחות הוא בכוחו של השולח, אף אם עדיין אינו בעולם, כגון קניית תבואה או קמח או קרבן פסח), אלא רק ביחס לנושאים שאינם בשליטתו המלאה (כגון קידושי אישה). יכולתו של השולח להקנות לשליח את כספו לצורך ביצוע השליחות אינה אלא סימן לשליטה זו. אפשר שלביאור זה נתכוון קרן אורה, נזיר יב ע"א, ד"ה ומדברי השיטה מקובצת. השווה חלת לחם, סימן ז, סעיף כא, בסופו, שלדעתו כוונת ר"י אינה להכשיר את פעולת השליח מדיני שליחות אלא מדיני מתנה: "דנותן לה במתנה כל העיסות שתעשה לו שתוכל לתרום, ואף על גב דהוי דבר שלא בא לעולם, מכל מקום, כיון שאחר כך כשקונה בא לעולם, ועדיין לא חזר עד שבא ליד בעלת הבית, קונה אותה בעלת הבית, ותוכל לתרום כיון שהיא שלה". השליח מפריש אפוא את החלה בתור הבעלים לכל דבר ועניין, ורק אחר כך הוא מקנה את מושא השליחות חזרה לשולח. וראה עוד בעניין זה: רב ברכות (יוסף חיים, בגדאד), מערכת כ"ף ("כל מילי דאיהו לא מצי עביד, לא מצי משוי שליח"), ד"ה והנה בעתה אחר החיפוש; שו"ת דברי מלכיאל, חלק ד, סימן כב, ס"ק יז, ד"ה ויש לדון; הרב ש"ד רוזנטל, "מינוי שליח להפרשת תרומה לעולם", כרם ציון השלם, כרך ב, ירושלים תשכ"ח, אוצר התרומות, עמ' שסח, ד"ה וכעי"ז; הרב ע' אריאל, "מינוי שליח להפרשה לדבר שלא בא לעולם", התורה והארץ ג (תשנ"ז), עמ' 322־332.

לדרך אחרת לצמצום הגדרת המושג "לא מצי עביד", ראה משפטי שמואל (רבינוביץ), שמעתתא דשליחות, פרק כה, אותיות ט־י, ופרק כו, אות ט, ד"ה והקשיתי.

[261] ראה קצות החושן, סימן קכו, ס"ק טז (הנזכר לעיל, הערה 184). כך נוקט גם מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן כו. אבל השווה ש"ך, חו"מ, סימן קכו, ס"ק פז. וראה אטינגר, פרקי שליחות, עמ' 42, הערה 78.

[262] נתיבות המשפט, סימן רמג, ס"ק ו.

להלן נראה שיש פוסקים הסבורים שהיעדר מושא השליחות אינו מגדיר את השולח כ"לא מצי עביד השתא". לאחר מכן נראה שאף בין החולקים עליהם, יש מי שסבור שאם יש בידו של השולח להביא את מושא השליחות לעולם (כגון שיש בידו לבנות את הבית), די בכך להגדירו כ"מצי עביד" (בדומה למה שראינו לעיל בעניין מניעה משפטית). בהמשך נראה שאף למי שאינו מקבל את הגישות המצמצמות האלה, יש בכל זאת דרכים להכיר בתוקפן של שליחויות אלה, המהוות חלק נכבד של השליחויות בעולם העסקים.

2. היעדר מושא השליחות אינו מגדיר את השולח כ"לא מצי עביד השתא"

לדעת חלק מן הפוסקים, היעדר מושא השליחות בשעת המינוי אינו מגדיר את השולח כ"לא מצי עביד השתא". תימוכין לגישתם הם מביאים מדין "כתבו ותנו גט לאשתי", ולפיו הבעל יכול למנות שליח למסור גט לאשתו עוד בטרם נכתב הגט. לדעתם, מוכח מכאן שהיעדר מושא השליחות (הגט) אינו מגדיר את השולח כ"לא מצי עביד". הם מסבירים שאמנם כאשר מושא השליחות קיים, אלא שהשולח אינו יכול להחיל עליו תוצאה משפטית (כגון אשת איש, שהקידושין אינם תופסים בה), מעיד הדבר שהשולח נעדר כוח לפעול בנושא השליחות, וממילא מובן שהוא נעדר כוח למנות שליח שיעשה במקומו את הפעולה ("לא מצי עביד"). לעומת זאת, היעדר מושא השליחות (כגון גט שטרם נכתב) אינו מעיד על היעדר כוח מצד השולח (שהרי אילו היה הגט כתוב, יכול היה לתת אותו בעצמו), ואין מניעה אפוא שימנה שליח עוד בטרם בא מושא השליחות לעולם[264].

[263] שו"ת דברי מלכיאל (טננבוים), חלק ד, סימן כב, ס"ק יז, ד"ה ועוי"ל דהנה. וראה גם משפטי שמואל (רבינוביץ), שמעתתא דשליחות, פרק כו, אות ט, ד"ה וכן: "וכן מעשים בכל יום שאדם ממנה שליח או אשתו או שותפו הנושא ונותן בביתו ובבית מסחרו, וכל מעשיהם קיימים, הם קונים והם מוכרים, ולא שמעתי ולא ראיתי מעולם פוצה פה ומצפצף מי שמערער על מכירתם, ולדברי קצות החושן מקחם מקח, אבל אין ממכרם ממכר, מפני שבשעה שהמשלח מינה אותם לשלוחים עדיין לא היה החפץ של המשלח, ואין בכחו למנות שליח על חפץ שלא קנה עדיין, לכן אין מכירתם כלום, ומעולם לא שמענו כזאת". וראה שם, אות א, הראיה שהביא לדבריו ממשנת פסחים ח, ב (פח ע"ב), שנקבע בה שהאדם יכול למנות שליח להקרבת קרבן פסח עוד לפני קניית הקרבן. וראה שו"ת צמח צדק (שניאורסון), אורח חיים, סימן מו, ד"ה הב', שהביא ראיה מדין חבורה שאבד פסחה, שיכולים למנות אחד למצוא אותו ולשחוט עבורם, אף שבאותה שעה הם בגדר ספק "מצי עביד" (אם כי ניתן לדחות ראיה זו, שכן מניעה מעשית זו, אבדן הקרבן, אינה גוררת מניעה משפטית אלא מניעה טכנית גרידא).

[264] ראה קרן אורה, נזיר יב ע"א, ד"ה ולפי הנ"ל: "אבל בכתבו ותנו... מה שאין בידו ליתן לה, הוא לאו משום דאין לו כח לעשות המעשה, אלא דאין לו מה ליתן. אבל לא נגרע כחו בשביל זה לעשות שליח על הנתינה". וראה עוד שם, שלדעתו יש בכך ליישב גם את שאלת מינוי שליח לשחוט את קרבן הפסח קודם שהגיע זמנו: "ומטעם זה יש לומר דהתוס' ז"ל מודים בשליחות שחיטת הפסח קודם י"ד דיכול לעשות שליח. דמה שאין בידו לשוחטו השתא גם כן אינו מגרע כחו דזה מחמת שלא הגיע זמנו עדיין. אבל היכא דאפשר לו לעשות המעשה, כגון להפריש חלה מעיסה אחר שתלוש, ואילו היה הדין דהפרשתו לאו כלום היא, ודאי דהוא הדין דאינו יכול לעשות שליח". והשווה לעיל, הערה 252.
לרעיון דומה, ראה ר' שמעון שקאפ, שו"ת בענין נשתטית (נדפס בסוף חידושיו למסכת קידושין), ד"ה והא: "ועיקר הענין הוא דעד כאן לא נוכל להחשיב ללא מצי עביד [אלא] אם עושה ולא מהני, אבל אם לא מצי עביד מחמת שאינו עושה, לא שייך בזה לאמר דחשיב לא מצי עביד".
גישה זו נתבארה יפה בשו"ת דברי נחמיה (גינצבורג), אבן העזר, סימן לו, ד"ה ולבאר. תחילה הוא מסביר מדוע דין "כל מילתא דלא מצי עביד השתא לא מצי משוי שליח", אינו קשור לדין "אין אדם מקנה דבר

ניכר שהפוסקים האלה נוקטים שדרישת "מצי עביד השתא" נוגעת לכשרותו של השולח (אם מושא השליחות אינו קיים פיזית, אין הדבר מעיד על היעדר כוח מצדו). לעומת זאת, לנוקטים שדרישה זו נוגעת לכשרות מושא השליחות (אין מינוי שליח על "דבר שלא בא לעולם"), אין מקום להבחין בין מושא שליחות שלא בא לעולם משפטית לבין מושא שליחות שלא בא לעולם פיזית[265]. ואכן להלן נראה שהוצעו הסברים אחרים לתוקפו של מינוי שליח לנתינת גט בטרם נכתב הגט.

3. "דבר שבידו" (שולח היכול ליצור את מושא השליחות)

'מחנה אפרים'[266] הוא שהעלה לראשונה את השאלה: כיצד יכול הבעל למנות שליח למסור גט לאשתו עוד בטרם נכתב הגט ("כתבו ותנו גט לאשתי"), הלוא באותה שעה הוא עצמו מוגדר לכאורה "לא מצי עביד", שכן האובייקט מושא השליחות, הגט, טרם בא לעולם? והוא מציע תשובה שונה לגמרי מן התשובה שראינו זה עתה. לדעתו, הלכה זו מוכיחה את צדקת גישתם של בעל 'ספר התרומה' והמרדכי[267], ולפיה "דבר שבידו" של השולח לעשותו די בו

שלא בא לעולם": "דהא דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם הוא מטעם שאין על מה לחול הקנין. לכן גם אם הוא רק מצד חסרון המציאות שייך זה, מה שאין כן בהך דשליח הנה מצד דבר שלא בא לעולם, היה הדין נותן לחול על זה תורת שליחות, שהרי ענין תורת שליחות חל על גוף השליח והרי גופו ישנו בעולם..." (כבר צוטט במלואו לעיל, הערה 199). ולאחר מכן הוא מסביר, "אלא דהכא טעמא אחרינא איכא, דהשמיענו רבא שכח זה שנתנה התורה לאדם לעשות שלוחו כמותו בכל הדינים הנפעלים עי מעשה האדם, אין זה נוהג בשעה שאין להמשלח עצמו שייכות וכח לפעול בזה בעצמו, אף שיהיה זה בכחו לאחר זמן, והוא עושהו להשליח לפעול זה אז לאחר זמן, מ"מ כיון שעתה אין לו כח לפעולה זו אפילו לשיהיה נגמר וחל לאחר זמן, הרי אנו דנין אותו בשעה זו כאלו אינו בתורת אותו דבר כלל לעת עתה כו'. ועל כן לא מצי משוי שליח אז (אפילו לשיעלה לאחר זמן). וממילא יש לומר דלא שייך זה כי אם דכשהא דלא מצי עביד הוא מצד הדין, אבל לא כשהוא רק מצד המציאות, דמכל מקום אי אפשר לומר על ידי זה, דאינו בתורת אותו דבר".

וראה גם קהילות יעקב (קנייבסקי), גיטין, סימן כח, אות ד. וראה מנחת שלמה (אוירבך), מהדורא תניינא, סימן קלו, אות ב: "חושבני דאם עשה שליח להקנות את הפירות דקל שלו דשפיר מהני, ומשום דהכלל של איהו לא מצי עביד, אינו אלא כשהחסרון הוא מצד הדין המעכב לעשותו. אבל היכי שהחסרון הוא משום שהפירות אינם עדיין בעולם, אינו מעכב בשליחות, ואין הכי נמי [=אכן] שאם יעשה שליח לקדש לו אשה שעדיין לא נולדה, דשפיר מהני, כיון שהחסרון הוא לא מחמת הדין, רק מפני שהאשה איננה עדיין בעולם. ומה שאמרו בגמרא נזיר שם הוא דוקא בכה"ג, שהיתה אסורה לו, כגון שהיתה אשת איש וכדומה". אם כי הוא מודה ש"זה חידוש גדול". וראה עוד דבריו, שם, סימן קלז, ד"ה אגב.

אפשר שזוהי גם גישת התוספות, שהרי לא ראו צורך לענות על השאלה ששאלו בעניין התלמידים הממנים את בעלת הבית להפריש במקומם חלה לעולם (לעיל, הערה 260), אלא רק על השאלה בעניין מינוי שליח להפרשת חלה מקמח קיים שטרם נילוש (לעיל, הערה 240).

[265] וחֻמה אפוא על 'קרן אורה', שדבריו (לעיל, הערה 264) אינם מתיישבים עם גישתו (לעיל, הערה 193), ולפיה דרישת "מצי עביד השתא" נוגעת לכשרות מושא השליחות ולא לכשרות השולח.

[266] ראה מחנה אפרים, הלכות גירושין, פרק ג, הלכה טו, ד"ה איברא דקשה (בסופו).

[267] לעיל, הערה 238. וראה לעיל, הערה 240, שהוא דוחה את הראיה הנגדית שהביאו התוספות לגישתם.

להגדירו כ"מצי עביד", אפילו אם מדובר ביצירת מושא השליחות עצמו: "היינו טעמא כיון דבידו לעשות [לכתוב את הגט] קרוי שפיר דבר שבא לעולם". מכוח נימוק זה, הוא דוחה את שיטת התוספות החולקים על 'ספר התרומות' ועל המרדכי בעניין זה[268].

מסתבר ש'מחנה אפרים' לא התכוון לקבוע כלל בדיני הקניינים, ולפיו יש תוקף להקנאת "דבר שלא בא לעולם", אם בכוחו של המקנה ליצור את מושא הקניין[269], אלא כוונתו אינה

[268] לגישת 'מחנה אפרים', מסכים חקרי לב, אבן העזר, סימן מו, ד"ה אך את זה קשה לי להמרדכי, ואף מוסיף: "לדידי היא ראיה גמורה". קושיה זו נגד גישת התוספות הקשה גם רבי עקיבא איגר בשולי מכתבו לר' יעקב מליסא, בעל נתיבות המשפט. ראה שו"ת רבי עקיבא איגר, מהדורא קמא, סימן קמא, ד"ה עוד תמוה לי, ונשאר ב"צריך עיון גדול" (וראה גם גנזי רבי עקיבא איגר, סימן כה). כך הקשו גם: ר' יחזקאל לנדא, בספרו דורש לציון, דרוש יג, ד"ה אמנם אחר העיון (עמ' 110); שו"ת שיבת ציון (לר' שמואל בנו של ר' יחזקאל לנדא), סימן פו, ד"ה ודע, והציעו פתרונות אחרים. אבל ראה להלן, הערה 269, דחיית הוכחה זו נגד התוספות.

[269] רעיון זה אכן נדחה מכול וכול על ידי האחרונים, שהטעימו ש"דבר שבידו" אינו מועיל ליצור את מושא הקניין, אלא רק להתגבר על בעיה צדדית המונעת להחיל את הקניין על אובייקט שכבר קיים. ראה: ר' שמעון שקאפ, שערי יושר, שער ו, פרק יז (על שיטתו הוא חוזר פעמיים: שו"ת בענין נשתטית, הנדפסת בסוף חידושיו למסכת קידושין; חידושי רבי שמעון יהודה הכהן, יבמות, סימן מב); קובץ הערות (לר' אלחנן וסרמן), יבמות, סימן לה, אותיות ח־ט; קובץ ביאורים, גיטין, אות לח; חזון איש, זרעים, דמאי, סימן יז, ד"ה בעניין; שו"ת בית הלוי (סולובייצ'יק), חלק ב, סימן מט, ד"ה וע"כ. את דבריהם הם סומכים על חידושי הרשב"א, קידושין נו ע"ב, ד"ה מתני'. וראה פתחי חושן, בדיני קניינים, מכירה ומתנה, פרק יט, הערה טז.

לפי הבחנה זו (בין מושא שליחות שקיים אלא שאי אפשר לפעול בו ובין מושא שליחות שאינו קיים), מובן מדוע אפשרי מינוי שליח לכתיבת גט ולנתינתו. אכן, האישה היא מושא השליחות, ולא הגט, שאינו אלא האמצעי לגרש אותה, והלוא היא קיימת ועומדת, ומאחר שביד השולח לכתוב את הגט, אין מניעה למנות שליח לנתינת הגט עוד בטרם נכתב. לפי זה, נדחית אפוא הוכחתו של 'מחנה אפרים' נגד התוספות (לעיל, הערה 268). ראה: תורת אליעזר (ניצברג), דיני זכייה ושליחות, סימן קנז (עד ע"ב); נודע בשערים (אשכנזי), חלק א, סימן יא, אות יג. וראה עוד שאלות חיים (פלסנברג), יורה דעה, סימן טז, ענף א, אות ז. האחרונים האלו מציינים שקדם להם גט מקושר (צינץ), סדר גט שני, אות סא (פד ע"ג). חלקם מציינים שכך יש להבין גם את נתיבות המשפט, סימן רמג, ס"ק ו (אבל השווה להלן, הערה 272). וראה חידושי תורה לגאון רבי י"י רבינוביץ (ר' איצל מפוניבוז), סימן ו, ד"ה ועוד נראה, שהוכיח מכאן שמהות תפקידו של השליח לגירושין אינה רק נתינת הגט, אלא הוא המגרש ("ובזה נכלל הכתיבה והנתינה, ומשום זה נקרא דבר שבא לעולם").

לדעת ר' שמעון שקאפ שם, הספק שהעלה התלמוד אם אדם יכול למנות שליח לגרש את יבמתו אם לאו (ראה לעיל, הערה 240) קשור להבחנה עקרונית זו: מחד גיסא, מאחר שעוד לפני הייבום היבמה קשורה ליבם, יש מקום לדון בשליחות זו כשליחות שבה מושא השליחות כבר קיים (כמו בדין ארוסה). לפי זה, הייבום אינו יוצר את מושא השליחות, אלא רק מסיר את המניעה שאינה מאפשרת את הגירושין. אם כך, העובדה שבידו של השולח לייבם אותה בעל כורחה די בה להגדירו כ"מצי עביד". מאידך גיסא, מאחר שכל זמן שהשולח לא קידש את יבמתו היא אינה אשתו, יש לדון בשליחות זו כשליחות שבה מושא השליחות אינו קיים עדיין (כמו בדין פנויה), והייבום הוא שיוצר את מושא השליחות. אם כך, העובדה שביד השולח לייבם אותה בעל כורחה, וכך ליצור את מושא השליחות, אינה מעלה ואינה מורידה (ומכאן תשובה לשאלה שהעלינו לעיל, הערה 242).

ונשאלה השאלה: מדוע פירות שעדיין מחוברים לקרקע נחשבים כמי שכבר באו לעולם לעניין הפרשת תרומה, אף על פי שחובת הפרשתה אינה חלה עליהם כל זמן שלא נתלשו (לעיל, הערה 237)? כמו כן, מדוע קמח נחשב כדבר שכבר בא לעולם לעניין הפרשת חלה, אף על פי שחובת הפרשתה אינה חלה לפני לישת העיסה (לעיל, ליד ציון הערה 242)? מדוע באלה המבחן הקובע הוא המבחן הפיזי (הפרי והקמח,

אלא ששיקול זה מועיל לעניין מינוי שליח. אמנם, כפי שראינו לעיל, יש אומרים, ובהם ׳מחנה אפרים׳[270], שהכלל הוא שפעולה משפטית שאי אפשר לעשותה בשעת המינוי אינה נושא לשליחות, והצענו שההסבר לכך הוא משום שהשולח נחשב כמי שאינו גומר בדעתו למנות שליח לפעולה שעדיין לא באה בחשבון. אולם אם הפעולה היא בידו של השולח, אין פסול במינוי, משום שאז הוא נחשב כמי שהתכוון ברצינות למינוי[271].

4. שליחות לסדרת פעולות

לדעת מקצת מן האחרונים[272], אם מינויו של השליח הוא לשליחות הכוללת סדרת פעולות, ומטבע הדברים, פעולה אחת אינה בעולם באותה שעה משום שהיא תלויה בחברתה, הרי

שכבר באו לעולם), ואילו ביבמה המבחן הקובע אינו המבחן הפיזי (האישה, שכבר באה לעולם), אלא המבחן המשפטי (האישות, שטרם באה לעולם)? ר׳ שמעון שקאפ מעלה בעצמו את השאלה (שערי יושר, שם, ד״ה אמנם) ומסביר באריכות שמהות הגירושין להפקיע את קניין האישות, ועל כן מושא הפעולה הוא האישות, ולכן אין מקום לדבר על הגירושין לפני הקידושין. לעומת זאת, מהות הפרשת תרומה או חלה אינה להפקיע ולהתיר חיוב (שאינו קיים כל עוד לא נתלשו הפירות או לא נילוש הקמח), אלא רק לייחד מתוך הפירות והקמח את החלק שכבר שייך לכוהן, כעין חלוקת שותפות, ועל כן מושא הפעולה הוא הפירות והקמח, שכבר קיימים בעולם, אלא שמניעה צדדית (תלישת הפירות ולישת העיסה) מונעת מלהפריש את התרומה או החלה.

השווה חזון איש, זרעים, ליקוטים, סימן ו, ס״ק ג (בסופו), הנוקט בפרשנות התוספות, נזיר יב ע״א, ד״ה מ״ט, כשיטת ׳אבני מילואים׳ (לעיל, הערה 243), אך מנמק את טעמם, שהם חולקים על רבנו תם (המובא בתוספות, שם) בנקודה הזאת, ולדעתם גם הפרשת חלה היא דבר שלא בא לעולם (ולא רק הסרת המניעה), ויש אפוא להבחין בין תלישת פירות מחוברים לבין לישת העיסה: ״יותר נראה דהתוספות חולקים על סברת רבינו תם, דתלישה אינה מחדשת גוף הפירי, ולא מקרי מחוסר מעשה, אבל לישה עושה גוף העיסה, וחשיב מחוסר מעשה, כמו ביבמה, דמחוסר כניסה״.

270 ראה לעיל, הערה 193. וראה עוד שם, ליד ציון הערה 197.

271 ואף שנימוק נוסף לדין ״אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם״ הוא שאין לקניין על מה לחול, כבר הערנו לעיל, ליד ציון הערה 199, שנימוק זה אינו רלוונטי לכאורה במינוי שליח, שכן המינוי אינו חל על מושא הפעולה אלא על השליח, והלוא השליח ישנו בעולם. ושמא לכך נתכוון ערוך השולחן, חו״מ, סימן קפב, סעיף ה: ״ולפי זה, גם בבניין ובבגד יכול לעשות שליח למכור אחר שיבננה ויתפרנה, כיון שבידו לעשות. ואם אחר שבנאה ותפרה מכרה השליח, מכירתו קיימת״. כעין הסבר זה ראה הרב ש׳ אידלשטיין, ״מינוי שליחות בדבר שלא בא לעולם״, מהדרין טז (אלול תשס״ב), עמ׳ לא־לה. את דבריו אומר הרב אידלשטיין בזיקה לדברי ׳חתם סופר׳ (שו״ת חתם סופר, אבן העזר, חלק א, סימן יא, ד״ה וע״ז תרצו בתוס׳), שבתשובה לשאלה: כיצד יכול אדם למנות שליח להפריש חלה מכל העיסות שיהיו לו עד עולם? עונה שמאחר שהקמח הוא מוצר שמצוי לקנותו בשוק, אינו נחשב ״דבר שלא בא לעולם״. תשובה זו קשה לכאורה, שכן בשעת המינוי, הקמח העתידי אינו מצוי בשוק (ועוד קשה, שהלכה זו שנויה במחלוקת. וכך הקשה עליו הרב ישראל מינצברג, שו״ת שארית ישראל, יורה דעה, סימן סו, קונטרס שליחות בתרומה, ד״ה ואף לתיר׳). הרב אידלשטיין (ד״ה ועל כן) אומר שמינוי שליח לדבר שלא בא לעולם שונה מהקניית דבר שלא בא לעולם: ״כיון שתמיד מצוי לקנות בשוק קמח ופירות, ליכא בזה חסרון של ׳לא סמכה דעתיה׳, ומועיל מינוי שליחות מעתה ועד עולם, וכאמור שבמינוי שליחות אין צורך שיהיה החפץ עתה בעולם, ודי בכך אם בעת ביצוע השליחות יהיה החפץ בעולם, כיון שבעת מינוי השליחות החלות הוא על הגברא, השליח, והוא בא לעולם״. השווה: ישועות מלכו (טרונק), קריית ארבע, הלכות תרומות, פרק ד, הלכה א; שו״ת דברי יציב, יורה דעה, סימן רה.

272 ראה: שו״ת שיבת ציון, סימן פו, ד״ה ודע; נתיבות המשפט, סימן רמג, ס״ק ו (כפי שהבין אותו משפטי השליחות, שער שני, סימן כג, ענף ג, אות ב. אבל השווה לעיל, הערה 269); שו״ת דברי מלכיאל (טננבוים), חלק ד, סימן כב, ס״ק יז, ד״ה ועוי״ל דהנה (בעניין מינוי שליח למכירת חמץ. וראה שם שהציע עוד

שביחס לאותה פעולה אי אפשר להגדיר את השולח כ"לא מצי עביד". זו הסיבה שיש תוקף למינוי השליח ב"כתבו ותנו גט לאשתי", אף שבשעת המינוי לנתינה טרם נכתב הגט: "והוי כאילו עושה שליח לעשות מעשה שלם, דהוי שליח אף שאי אפשר לעשות סוף המעשה קודם שיעשה תחילת המעשה, בכל זאת לא מקרי זה לא מצי עביד, כיון שעושהו שליח על מעשה שלם"[273].

(4) דרכים לעקיפת הדרישה

עד כאן ראינו גישות המצמצמות את דרישת "מצי עביד השתא", אבל כאמור גישות אלה אינן מקובלות על הכול. כך לדוגמה, התוספות אינם מקבלים את גישת בעל 'ספר התרומה', שדי בכך שמושא השליחות הוא "דבר שבידו" של השולח כדי להגדירו כ"מצי עביד". ואף לדעת 'ספר התרומה', לא בכל מקרה בידו של השולח להתגבר על המניעה (בין המשפטית ובין המעשית). וחוזרת אפוא השאלה: האם גישות אלה עשויות בכל זאת להכשיר מינוי שליח ב"דבר שלא בא לעולם"?

הפתרונות לשאלה זו, שנציע להלן, הועלו על ידי האחרונים, בעיקר כאשר נדרשו לשאלת תוקפו של מינוי שליח בהקשרים דתיים מובהקים, שחששו בהם במיוחד לתוקף המינוי בגלל התוצאות ההלכתיות החמורות העלולות לנבוע ממינוי פגום. כך לדוגמה דנו האחרונים בשאלה כיצד ניתן למנות שליח למכור חמץ[274] לפני חג הפסח, כשהמינוי נוגע גם לחמץ שטרם הגיע

פתרונות); חקר הלכה (לנדא), אות ג, בהלכות גיטין, ס"ק יט, ד"ה ואולם; ר' שמעון שקאפ, שו"ת בעניין נשתטית, ד"ה והא; משכיל לדוד (הרב דוד לאו, הרב הראשי לישראל), סימן לא (שליחות להפרשת חלה).

[273] א. לשונו של שו"ת דברי מלכיאל שם. לדעתו (וכן לדעת שיבת ציון, שם), יש בסייג זה כדי ליישב גם את קושיית התוספות בעניין הפרשת חלה (שכן אי אפשר להפרישה אלא לאחר הגיבול). אבל השווה הגהות בעל 'שיבת ציון' לספרו של אביו, ר' יחזקאל לנדא, דורש לציון, דרוש יג, ד"ה אמנם אחר העיון (עמ' 110), שהעלה את הסברה שתנאי לתוקף המינוי לרצף של פעולות הוא שמדובר בפעולות משפטיות דווקא בלא הפסקה ביניהן על ידי פעולה מטריאלית. וזו הסיבה לדעתו, שנתקשו התוספות בתוקף המינוי להפרשת חלה, שכן גיבול העיסה אינו אלא פעולה מטריאלית שאינה חייבת להיעשות בשליחות בעל הקמח. כעין זה מתכוון כנראה גם נתיבות המשפט, סימן רמג, ס"ק ו. והשווה: אוהל משה (רבי אלעזר משה הורוביץ), נזיר יב ע"א; דברי משפט (אוירבך), סימן קכו, סעיף כ, ד"ה ובעיקר.

ב. שולחן ערוך, חו"מ, סימן רמג, סעיף יא, מביא מחלוקת בעניין תוקף המינוי של שליחות לכתיבת שטר מתנה וזכייה בו עבור פלוני: "אפילו אמר [לשלוחיו] 'כתבו וזכו לו בשטר', יכול לחזור. וי"א שכיון שנכתב זכו לו, אינו יכול לחזור בו". נתיבות המשפט, שם, ס"ק ו, מסביר שהדעה הראשונה שמביא שולחן ערוך (ראה יד רמה, בבא בתרא, פרק ה, סימן כט) מיוסדת על דעת התוספות, ואילו הדעה החולקת (ראה טור, חו"מ, סימן רמג, סעיף טו) היא דעתו של בעל 'ספר התרומה', ולפיה ב"דבר שבידו" יש תמיד תוקף למינוי. לכאורה, לאור מה שראינו כאן, מאחר שמדובר בשליחות לסדרה של פעולות, המינוי היה צריך להיות תקף גם אליבא דתוספות. 'נתיבות המשפט' מסביר שאין כאן כל קושי, שהרי את כתיבת השטר עושה השליח בשמו של הנותן, ואילו את הזכייה בו הוא אמור לעשות מטעם המקבל, ואין דין רצף פעולות אלא כשכולן נעשות מטעם השולח. וראה שו"ת אוהל משה (רויזמן), אבן העזר, סימן ב, ס"ק י. והשווה 'תורת אליעזר' ו'שאלות חיים' (לעיל, הערה 269), שפירשו אחרת את כוונת 'נתיבות המשפט'.

[274] וראה מקור חיים (לר' יעקב מליסא בעל 'נתיבות המשפט'), אורח חיים, סימן תלד, ס"ק ב, שהקשה שאלה זו ביחס לביטול חמץ על ידי שליח: כיצד יכול השליח לבטל חמץ שלא היה ברשות השולח בשעת המינוי?

מלבד הפתרונות שנביא להלן, יש מי שהצדיק את מינוי השליח למכירת חמץ בשל אופיו המיוחד של איסור חמץ בפסח, ראה ערוך השולחן, אורח חיים, סימן תמח, סעיף כח. ויש מי שהסביר שמכירת החמץ שנרכש אחרי המינוי אפשרית, משום שרואים את השולח כמי שמקנה חד־צדדית לשליח את החמץ שירכוש

לרשותו של השולח? השאלה עלתה גם, ואף הייתה מוקד לפולמוס גדול, כאשר התחילו להנהיג ביישוב היהודי המתחדש בארץ ישראל הפרשת תרומות ומעשרות מרכזית על ידי שלוחים, ועלתה השאלה: האם יכול השליח לפעול להפרשת התרומות והמעשרות של יבולים שטרם באו לעולם בשעת מינויו?[275].

(א) סייגים לדין "אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם"

לפתרון הבעיות שהזכרנו, יש פוסקים שהצביעו על חריגים לכלל "אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם", והסבירו שמכיוון שהשולח יכול תאורטית לבצע את הפעולה בעצמו על פי אחד מן החריגים הללו, הרי יש להגדירו כ"מצי עביד השתא". החריגים שהוזכרו על ידי הפוסקים בהקשר זה הם: התחייבות[276]; מעמד שלושתם[277]; מכירה מוקדמת ("לכשיבוא לעולם")[278]; קניין סיטומתא[279]; קניין דבר שלא בא לעולם עם דבר שבא לעולם[280].

ברם, יש לזכור שפתרון זה כוחו יפה רק לגישת 'משנה למלך' (לעיל, עמ' 226) בהבנת

אחרי המינוי. ראה שו"ת חבל יעקב, חלק א, סימן ו, אות יג ואילך (אבל ראה שם, סימנים ז־ח). לפתרון דומה, הבנוי על דין תפיסה בקניין דבר שלא בא לעולם, ראה: שו"ת עונג יום טוב, סימן לח, ד"ה ומה ששאל; זיכרון יהושע (ניסנבוים), בענין נוסח שטר מכירה ו', ד"ה והנה (יח ע"א); תורת אליעזר (ניצברג), דיני זכייה ושליחות, סימן קנז (בסופו). וראה הרב חיים וידאל, "מינה שליח למכור חמצו ואח"כ קנה עוד חמץ", דרכי הוראה א (תשס"ה), עמ' קנה.

275 בשנת תרפ"ה, תקף בחריפות הרב שלמה אלפנדרי הפרשת תרומות ומעשרות על ידי מי שמונה לשליח לפני שבאו הפירות לרשות שולחיו. ראה שו"ת הסבא קדישא, חלק ג, יורה דעה, סימן יח. לעומתו, ראה: שארית ישראל (מינצברג), יורה דעה, סימן סו (קונטרס שליחות בתרומה); קונטרס דברי זי"ו (לר' ישעיהו זאב וינוגרד), ירושלים תר"ץ (תחת כותרת המשנה "בדין הפרשת תרומות ומעשרות על ידי שליח טרם שקנו שולחיו את הפירות שנושאים ונותנים בזה רבני וגאוני דפה עיר הקודש ירושלים תבנה ותכונן במהרה בימינו אמן"); שו"ת מנחת שלמה (אוירבך), מהדורא תניינא, סימן קלו. וראה עוד: הרב עזריאל אריאל, "מינוי שליח להפרשה לדבר שלא בא לעולם", התורה והארץ ג (תשנ"ז), עמ' 322־335 (וראה גם הנ"ל, הפרשת תרומות ומעשרות במערכת הציבורית: בעיות ופתרונות, מכון התורה והארץ, כפר דרום תשנ"ב, עמ' 34־35). הקשר הלכתי נוסף בתחום החקלאי, שבו עולה השאלה, הוא עניין הפקעת קדושת בכור בהמה. כידוע, בכור בהמה טהורה קדוש בקדושת בכור, ובעיקרון מצווה לתת אותו לכוהן, אף על פי שבימינו אין אפשרות להקריבו. כדי לעקוף דרישה הלכתית זו, נוהגים דרך הערמה המבוססת על כך שאין קדושת בכור אם הגוי שותף בבהמה המבכירה. בהתאם לדין זה, מוכרים חלק מן הבהמה לגוי לפני ההמלטה ועוקפים את הבעיה. מכירה זו לגוי נעשית בדרך כלל על ידי הרבנות מכוח הרשאה של בעל הרפת. דא עקא, שלפי מה שראינו, הרשאה זו אינה תקפה אלא לגבי בהמות שכבר באו לעולם בשעת המינוי, ולא ביחס לבהמות שעדיין לא נולדו בשעת המינוי. מלשכתו של הרב ויטמן, רבה של תנובה, נמסר לי שבעניין זה מקפידה הרבנות מאוד, ואינה מוכנה להסתמך על אף אחד מן הפתרונות הנסקרים להלן, כפי שכותב הרב מרדכי עמנואל, בכור קדשים, ביתר תש"ע, עמ' סז־ע.

276 וראה: שו"ת ברית עולם (וולר), סימן כב (הובא בשדי חמד, אסיפת דינים, מערכת חמץ ומצה, סימן ט, אות ז, ד"ה עתה); תורת אליעזר (ניצברג), דיני זכייה ושליחות, סימן קנז (בסופו).

277 ראה דברי משפט, חידושים שבסוף הספר לבעל דברי חיים, סימן קכו, סעיף כ, סוף ד"ה אבל, שדחה כך את דברי 'קצות החושן' (לעיל, ליד ציון הערה 261). מובן שפתרון זה מוגבל להיקף תחולתו של דין "מעמד שלושתם", ראה שולחן ערוך, חו"מ, סימן קכו.

278 דעת המרדכי, בבא בתרא, סימן תקעח, המובא ברמ"א, חו"מ, סימן רט, סעיף ד. וראה ט"ז, אבן העזר, סימן קלב, ס"ק ב, שיישב בדרך זו את תמיהת 'בית יוסף' על פסק הטור, שראינו לעיל, הערה 192.

279 אם כי השאלה אם קניין סיטומתא מועיל גם בדבר שלא בא לעולם שנויה במחלוקת. ראה פתחי תשובה, חו"מ, סימן רא, ס"ק ב.

280 ראה: שו"ת דברי יציב, יורה דעה, סימן רה; הרב ש' קאוויאר, "שליחות על מכירת חמץ שעדיין לא בא

התוספות, ולפיה די ביכולת לבצע את הפעולה, אף שהתחולה נדחית עד שיבוא הדבר לעולם. לעומת זאת, פתרון זה אינו מעלה ארוכה לפי הבנת 'אבני מילואים' (שם), ולפיה דרישת "מצי עביד" מחייבת יכולת של השולח להשיג את התוצאה המשפטית בעצמו כבר בשעת המינוי. אפשר שלפי דעה זו, אין פתרון למינוי שליח על "דבר שלא בא לעולם" אלא על פי אחת הדרכים שנציע להלן[281].

(ב) "זכין לאדם שלא בפניו"

אף שאין תוקף למינוי שליח כשמושא השליחות הוא "דבר שלא בא לעולם", הרי מאחר שהשולח גילה את דעתו במינוי שהוא מעוניין בפעולת השליח, יש לה תוקף הלכה למעשה מכוח הכלל "זכין לאדם שלא בפניו"[282].

(ג) פועל

פתרון אחר להכרה בתוקפה של פעולת השליח, אף שנתמנה בשעה שהשולח היה בגדר "לא מצי עביד", הוא עשיית השליח לפועל (היינו שליח בשכר, ויש אומרים שהשכר אינו קובע, אלא הוא הדין בשליח בחינם, ובלבד שקיבל על עצמו לעשות את השליחות[283]), שכן מאחר ש"יד פועל כיד רבו", לא חל על העסקתו הכלל "כל דאיהו לא מצי עביד – לא מצי משוי שליח"[284].

לרשותו", אור המזרח מט (תשס"ד), עמ' 108-110. אבל רבים מן האחרונים מסתייגים מפתרון זה. ראה לדוגמה תורת אליעזר (ניצברג), דיני זכייה ושליחות, סימן קנז (בסופו).

281 אלא אם כן גישה זו מאמצת את התפיסה שראינו לעיל, ליד ציון הערה 264, ולפיה היעדר מושא השליחות אינו מגדיר את השולח כ"לא מצי עביד". אולם נראה שלא כך סבור 'אבני מילואים' עצמו, לאור מה שכתב בספרו קצות החושן (לעיל, הערה 261).

282 ראה שו"ת חתם סופר, אבן העזר, חלק א, סימן יא. כעין זה כבר ראינו לעיל, הערה 228, בשיטת 'חתם סופר', בעניין "גט קושטא" (לשאלה: אם כך מדוע נתקשו התוספות, לעיל, הערה 239, כיצד אישה אומרת לחברתה להפריש חלה בטרם לישת העיסה? הוא מסביר שדין "זכין" אינו מועיל כשניתן ייפוי כוח גורף, כגון להפרשת חלה מכל העיסות שיהיו בעתיד. השווה שו"ת ציץ אליעזר, חלק י, סימן לט, אות טז). וראה גם חזון איש, זרעים, ליקוטים, סימן ו, ס"ק ג. וראה עוד הרב צבי שכטר, "בדין זכין מאדם", בעקבי הצאן, ירושלים תשנ"ז, סימן ל, עמ' קצ, בעמ' קצג.

כך כתבו בעניין מינוי שליח למכירת חמץ: שו"ת צמח צדק (שניאורסון), אורח חיים, סימן מו, ד"ה הג'; יסודי ישורון (פלדר), כרך ו, מערכת מכירת חמץ, עמ' שב, ד"ה נוסף להאמור; שו"ת בגדי ישע (לר' שמואל הלוי מביאליסטוק), סימן ד, ד"ה והנה בסדר; שדי חמד, אסיפת דינים, מערכת חמץ ומצה, סימן ט, אות ז. יש המבקרים עקרונית פתרון זה בטענה שדין "זכין" אינו מאפשר מכירת נכסי הזולת אלא רק זכייה בנכס עבורו. ראה לדוגמה: שו"ת חבל יעקב, חלק א, סימן ו, אותיות ז-ט (וראה להלן, הערה 285, הפתרון שהוא מציע); הרב ש' קאוויאר, "שליחות על מכירת חמץ שעדיין לא בא לרשותו", אור המזרח מט (תשס"ד), עמ' 108-110 (וראה לעיל, הערה 280, הפתרון שהוא מציע). הסתייגות אחרת מפתרון זה העלה אמרי בינה (אוירבך), חו"מ, דיני הלוואה, סימן יג, ד"ה אך, שלדעתו מינוי שליח מבטא רצון להשתמש בשליח דווקא ולא בדין "זכין" (וראה גם שו"ת עין יצחק, חלק א, אבן העזר, סימן ב). בד"ה ועוד, הוא מוסיף שגילוי דעת בשעה שהדבר אינו בעולם אינו אלא בגדר "פטומי מילי בעלמא". על הסתייגויות אלה, ראה ביתר הרחבה דיוננו בנספח על דין "זכין לאדם שלא בפניו", עמ' 767.

283 ראה בעניין זה מה שהערנו בדיוננו על סעיף 1, הערה 248.

284 ראה: חכמת שלמה, חו"מ, סימן קפב, סעיף א; שו"ת אבן הראשה, סימן כו: "דבשכיר לא אמרינן כל דלא מצי עביד לא מצי לשכור פועל"; שו"ת טור האבן (אוירבך), סימן לה (מובאים בשדי חמד, קונטרס הכללים, מערכת כ"ף, כלל צ, ד"ה ושם); שו"ת דברי מלכיאל (טננבוים), חלק ד, סימן כב, ס"ק יז, ד"ה והנראה (בעניין שליחות למכירת חמץ, וזהו לדעתו הפתרון העיקרי. לעיל, הערה 272, עמדנו על פתרון

(ד) מינוי מוקדם

דרך אחרת לעקוף את בעיית תוקף המינוי, אם השולח אינו מסוגל לעשות את פעולת השליחות בעצמו בשעת המינוי, היא למנות את השליח כך שהמינוי ייכנס לתוקפו בשעה שהשולח יכול לעשות את הפעולה נושא השליחות. אמנם פתרון זה אינו מקובל על הכול, שכן יש השוללים את תוקפו של מינוי מוקדם, משום שבשעה שייכנס המינוי לתוקפו, "כלתה אמירתו" של השולח, אלא שניתן להתגבר על כך על ידי מינוי בכתב, שאינו כלה בחלוף הזמן[285].

אולם יש הטוענים שהיעדר גמירות הדעת (שהוא הבעיה הקיימת לדעתם במינוי בדבר שלא בא לעולם) אינו בא על פתרונו במינוי מוקדם[286].

פרק רביעי

סיכום

א. כשרות השליח

סעיף 4 עוסק בכשרות השליח, והוא קובע שכדי להיות שליח, די בכך שאדם יהיה בר דעת לעשות את הפעולה נושא השליחות, אף אם אין לו כשרות משפטית לעשותה לטובת עצמו.

המשפט העברי נוקט גישה הפוכה, לדידו אין אדם כשר להיות שליח אלא אם יש לו כשרות משפטית מלאה, ואין די בכך שיש לו כשרות משפטית לעשות את הפעולה נושא השליחות לטובת עצמו. כך לדוגמה, קטין או מי שלוקה בשכלו פסול לחלוטין להיות שליח, גם לפעולות שהוא כשר לעשותן לטובת עצמו.

עם זאת, העובדה שהשליח אינו מסוגל לעשות את פעולת השליחות לטובת עצמו אינה פוסלת אותו מלהיות שליח, ובלבד שהוא בעל כשרות משפטית מלאה, כאמור, ושיש לו זיקה לנושא השליחות ("בתורת הדבר"). כך לדוגמה, אישה יכולה להיות שליח לתת גט לאישה אחרת אף על פי שהיא עצמה אינה כשרה לתת גט אלא רק לקבלו, שכן די בכך שאינה זרה לנושא גטין.

דרישה נוספת לכשרות השליח הייחודית למשפט העברי היא שחייבת להיות זהות דתית בין השליח לשולח: "מה אתם בני ברית, אף שלוחכם בני ברית".

לכללי פסלות אלה יש סייגים שונים:

(1) אין הם חלים אלא על שליחות שיסודה בדין תורה, כגון גטין, קידושין, מכר וקנייה, וכיוצא באלה פעולות משפטיות שהדין דורש בעיקרון שתיעשנה על ידי בעל הדבר. לא כן

נוסף שהציע); משפטי שמואל (רבינוביץ), שמעתתא דשליחות, פרק כו, אות ב. על פתרון זה בעניין הפרשת תרומות ומעשרות, הצביע הרב ע' אריאל (לעיל, הערה 275), עמ' 334. על פתרון זה, ראה מה שהערנו בדיוננו על סעיף 1, הערה 282.

285 על מינוי מוקדם, ראה דיוננו לעיל, סעיף 3, פרק רביעי, עמ' 153. על מינוי בכתב כפתרון למינוי מוקדם, ראה שם, ליד ציון הערה 136, בשם 'מרכבת המשנה'. על פתרון זה בעניין הפרשת תרומות ומעשרות, הצביע הרב ע' אריאל (לעיל, הערה 275), עמ' 333-334. והשווה ערוך השולחן, אורח חיים, סימן תמח, סעיף כח.

286 ראה לעיל, הערה 198.

פעולות שהדין אינו מחייב שתיעשנה על ידי בעל הדבר עצמו, שהאפשרות לעשותן על ידי שליח יסודה ב"הליכות עולם". פעולות מעין אלה מחייבות ומזכות את השולח אף אם נעשו על ידי מי שנעדר כשרות משפטית או על ידי מי שאינו בן ברית.

(2) לדעת הריטב"א, כללי כשרות אלה אינם חלים על שליחות לביצוע עברה שעניינה שינוי המציאות הרֵאלית (להבדיל משינוי המציאות המשפטית, שלגביה חלים כללי הפסלות האמורים לעיל). כך לדוגמה, השולח קטין להצית אש בשדה חברו נושא באחריות לנזק כאילו הצית את האש בעצמו.

(3) סייג נוסף לכלל הפוסל מי שאינו בן ברית מלהיות שליח הוא, שאם נושא השליחות הוא פעולה האסורה על השולח, הרי ש"יש שליחות לגוי לחומרא".

ב. כשרות השולח

חוק השליחות לא הסדיר את כללי הכשרות החלים על השולח, מתוך הנחה שחלים עליו כללי הכשרות המשפטית הכלליים. לא כן גישת המשפט העברי, המחיל גם ביחס לשולח כללי כשרות ייחודיים.

תחילה ראינו שלרוב הדעות, רק מי שהוא בעל כשרות משפטית מלאה יכול למנות שליח, ועל כן מי שאינו בן דעת (הקטין והלוקה בשכלו), פסול מלהיות שולח אפילו לפעולות שהוא כשר לעשותן לטובת עצמו (בעניין זה תואם החוק את המשפט העברי).

מי שאינו בן ברית פסול למנות בן ברית כשלוחו.

תנאי נוסף לכשרות השולח, שיהיה מסוגל לעשות את הפעולה נושא השליחות בעצמו, שכן לא ייתכן שהשליח יעשה עבור השולח פעולה שהשולח עצמו אינו כשר לעשותה. בלשון התלמוד על השולח להיות בגדר "מצי עביד". אולם הפוסקים נחלקו בהגדרת המושג "מצי עביד".

יש מי שפירשו את המושג "מצי עביד" על דרך ההרחבה, שהעיקר הוא שהשולח לא יהיה זר לנושא השליחות, ודי שהתוצאה המשפטית של הפעולה עשויה לחול עליו, אף אם מסיבה משפטית צדדית (ודאי אם מסיבה מעשית כלשהי, כגון נכות) הוא אינו מסוגל להשיג תוצאה זו בעצמו. לשון אחר, די שהשולח יהיה "בתורת הדבר".

לעומתם יש מי שפירשו את המושג "מצי עביד" באופן דווקני, ודרשו שהשולח יהיה מסוגל, לפחות במידה מסוימת, לעשות בעצמו את פעולת השליחות או לפחות פעולה כיוצא בה. לדעתם, מי שיש לו מגבלה פיזית המונעת ממנו לעשות את הפעולה נושא השליחות בעצמו, פסול מלמנות שליח לעשייתה.

דרישה נוספת שפוסקים רבים הסבירו אותה כדרישת כשרות של השולח היא, שהשולח הוא בגדר "מצי עביד השתא", כלומר כבר בשעת המינוי, ואין די בזה שיהיה בגדר "מצי עביד" בשעת ביצוע השליחות. כך לדוגמה, השולח אינו כשר למנות שליח לקדש לו אישה שהיא נשואה עדיין בשעת המינוי, מפני שהוא עצמו אינו יכול לקדש אותה באותה שעה. הרחבנו הרבה את הדיבור על פִשרה של דרישה זו, על היקפה ועל הדרכים לעקוף אותה. עיון זה חִייב אותנו לחדד את הגדרת המושג "מצי עביד", וחשף חילוקי דעות מהותיים בין הפוסקים בעניינו. כמו כן, עמדנו על דרכים לצמצום הדרישה ולעקיפתה.

פרק חמישי

הצעת נוסח לפי המשפט העברי

על פי המשפט העברי, מוצע אפוא לנסח את הסעיף כך:

כשרות השלוח **4. אדם כשר להיות שולח או שלוח אם הוא בגיר ובר דעת.**

נספח ראשון

מקור פסול הקטין והלוקה בשכלו

(לפרק שני, הערות 23, 39, 112, 122)

א. כשליח

בשאלת המקור לפסילתם של החרש או השוטה או הקטן מלהיות שלוחים, נחלקו הראשונים. מחלוקת זו, שמוקדה הוא בדרכי מדרש ההלכה, נראית במבט ראשון כמחלוקת תאורטית בלבד, אך להלן נראה שהיא נותנת את אותותיה הלכה למעשה. לדעת רש"י[287], מי שאינו בעל כשרות משפטית מלאה, פסול להתמנות שליח, משום שמוסד השליחות הוא חידוש משפטי, ובתור שכזה אין להרחיבו מעבר לגבולותיו המפורשים[288]. ומאחר שמוסד השליחות לא נתחדש במקרא אלא ביחס לבן דעת, היינו מי שהוא בעל כשרות משפטית מלאה, הרי שאין להרחיבו מעבר לכך. משמעות הדבר היא שקטין או פסול דין אינם יכולים לשמש כשלוחים, משום שאינם נכנסים למסגרת דיני השליחות[289]. לעומת זאת, התוספות[290] והראב"ד[291] סוברים

[287] ראה רש"י, גיטין כג ע"א, ד"ה דלאו בני דעה נינהו (צוטט לעיל, הערה 14). הגמרא מסבירה שחרש ושוטה וקטן פסולים מלשמש כשלוחים להבאת גט אישה, משום "דלא בני דיעה נינהו". ומסביר רש"י: "גבי שליחות, 'איש' בעינן, ולא קטן, דשליחות נפקא לן [כלומר נלמדת, במסכת קידושין מב ע"ב] מ'ויקחו להם איש שה לבית אבות' — אחד לוקח לכולם". כלומר, מכיוון שהחידוש של דין השליחות לא נאמר אלא ביחס ל"איש", הרי שאין לכלול בו "קטן", לפי שאינו בגדר "איש" (וכן אין לכלול בו מי שלוקה בשכלו, שדינו כדין קטן. ראה רש"י, שבועות מב ע"א, ד"ה אין נתינת קטן כלום: "והחרש והשוטה כקטנים הם בלא דעת"). והשווה שו"ת אבני נזר, אבן העזר, סימן ח, אות טו, המבחין בין המקור לפסולו של הקטן (שאינו איש) ובין המקור לפסולו של החרש והשוטה (שאינם בני דעה). לדעתו, ניתן לפעול בשליחותם של החרש והשוטה במקום שאין צורך בידיעתם (למשל בפעולה מדין "זכין לאדם שלא בפניו"), שכן החרש והשוטה הינם בעיקרון בני שליחות, אלא שלרוב לא ניתן לפעול בשליחותם בלא מינוי מפורש, ואין בכוחם לתת אותו. שונה הדבר ביחס לקטן, שאינו בר שליחות כלל, ולפיכך לא ניתן לזכות עבור קטן לסוברים ש"זכייה מטעם שליחות". ראה הנספח על דין "זכין לאדם שלא בפניו", פרק שלישי, א, עמ' 777.

[288] ראה דיוננו על סעיף 2, פרק שני, עמ' 96.

[289] להלן נראה שזה גם המקור להיעדר כשרותם למנות שליח.

[290] תוספות, גיטין סד ע"ב, ד"ה שאני. והשווה תוספות, פסחים צא ע"ב, ד"ה איש זוכה. וראה ספר המקנה (הורוביץ), קידושין מב ע"א, ד"ה שם בתוס' ד"ה איש.

[291] ראה השגות הראב"ד, הלכות גירושין, פרק ו, הלכה ט. כגישה זו נקט נתיבות המשפט, סימן קפח, ס"ק א, שכתב: "אי לאו דכתיב 'אתם' גם אתם למעט... אותן שאינן בני דעת, לא היינו ממעטים אותם".

שמשנתחדש מוסד השליחות, היה מקום לאפשר גם את מינוים של מי שאינם בעלי כשרות משפטית מלאה (קטינים או מי שלוקים בשכלם), אבל אלה הוצאו מכלל דיני השליחות מכוח גזרת הכתוב. לדעתם, כך נדרש הפסוק "כן תרימו גם אתם תרומה" – "מה אתם בני דעת, אף שלוחכם בני דעת"[292]. כלומר, מי שאינו בעל כשרות משפטית מלאה פסול מלהיות שליח.

הצד השווה לגישת רש"י וגישתם של בעלי התוספות והראב"ד הוא, שההיגיון המשפטי אינו מחייב לפסול קטין או מי שלוקה בשכלו מלהיות שלוחים (ובלבד, כמובן, שיש להם מספיק תבונה להבין את טיב הפעולה נושא השליחות ולהיות מסוגלים להתכוון לעשותה עבור השולח)[293]. אלא שלפי רש"י, הקטין או מי שלוקה בשכלו לא נכללו לכתחילה במסגרת דיני השליחות, ואילו לפי התוספות והראב"ד, הם הוצאו ממנה מכוח מדרש הלכה. נפקות מעשית בין הגישות עשויה להיות בשאלת כשרותו של קטן שהגיע לעונת הנדרים, הנקרא גם "מופלא הסמוך לאיש", דהיינו כשנה לפני היותו גדול[294]. קטן זה כשר על פי הדין להפריש תרומות, וממילא על פי גישת התוספות והראב"ד, אין יסוד להוציאו מכלל השלוחים[295]. לעומת זאת, על פי גישת רש"י, אין מקום להכשיר אותו[296].

ב. כשולח

רש"י[297] מסביר שמי שאינם בני דעת פסולים למנות שליח, משום שהשליחות היא חידוש שאין להרחיבו מעבר לגבולותיו המפורשים בתורה. ומאחר שהתורה לא חידשה את אפשרות מינויו

[292] יש לציין שדרשה זו אינה מפורשת בתלמוד, אלא היא פרפרזה של דרשת חז"ל אחרת המובאת בקידושין מא ע"ב, שממנה נלמד פסולו של הנכרי מלשמש כשליח: "מה אתם בני ברית, אף שלוחכם בני ברית".

[293] כפי שניתן להסיק ממה שנביא בדיוננו להלן, סעיף 8, ליד ציון הערה 110, וסעיף 14, ליד ציון הערה 147. והשווה ב' רקובסקי, הקטן והלכותיו, ירושלים תשנ"ו, חלק ג, פרק סה, סעיף א, הערה א. לדבריו, מאחר שמהות השליחות היא שהשולח מקנה את כוחו לשליח, הרי שהשליח צריך להיות בעל כשרות משפטית לקנות. ממילא ברור שאם הקטן אינו כשר לקנות, הוא גם אינו כשר להתמנות שליח (ואף שיש דעות שאם "דעת אחרת מקנה" לו, הוא כשר לקנות, אין זה אלא כשמדובר בהקנאה של נכס מוחשי, ולא בהקנאה של כוח ערטילאי). אולם מדברי הראשונים שהבאנו לעיל, נראה שלדעתם מהות השליחות אינה מחייבת להסיק את פסילתם של הקטן או מי שלוקה בשכלו מלשמש כשלוחים. על מהות השליחות, ראה ביתר הרחבה, בדיוננו על סעיף 2.

[294] לפי ההלכה, נדריו נדרים. ראה לעיל, הערה 17.

[295] וכך סבור אמנם חידושי מהרש"א, גיטין סה ע"א, ד"ה בתוס' ד"ה ופדהו. אולם ראה מעדני ארץ, הלכות תרומות, פרק ד, הלכה ה. הוא טוען שמהרש"א לא כתב כך אלא כדי להסביר את שיטת רב יהודה, אבל לפי שיטת רב חסדא, שהלכה כמותו, אין שליחות במופלא הסמוך לאיש. וראה לעיל, הערה 22.
יש לציין שלא ברור שלדעת הראב"ד "מופלא הסמוך לאיש" כשר להפריש תרומה מן התורה. ראה השגות הראב"ד, הלכות נזירות, פרק ב, הלכה יג.

[296] ואמנם ראה: שו"ת בית יוסף, דיני קידושין, סימן ז, ד"ה ומה שכתב; קצות החושן, סימן קפח, ס"ק ג; מנחת חינוך, מצווה תקז, אות ד; שו"ת בית יצחק, אורח חיים, סימן מו, אות ב, ד"ה ויש ראיה; ערוך השולחן, חו"מ, סימן קפח, סעיף ב; ישועות מלכו, כתבים, סימן א. כל אלה סבורים שגם "מופלא הסמוך לאיש" פסול לשליחות. וראה חלת לחם (רובינשטיין), סימן ז, סעיף ד, שהוכיח כך מהירושלמי יבמות, פרק יג, הלכה ב. אולם השווה מהרי"ט אלגזי, הלכות בכורות, פרק א, אות ז, שלדעתו סוגיית הירושלמי עוסקת בשליח נכרי, ואם כן אין משם ראיה לנידון דידן. וראה לעיל, הערה 22.

[297] ראה רש"י, בבא מציעא י ע"ב, ד"ה וכי היכי דשליחות לית ליה: "דכי כתיב שליחות בין בגיטין בין בפסח, איש כתיב בענין". וראה עוד רש"י, שם עא ע"ב, ד"ה קטן לית ליה שליחות. והשווה רש"י, קידושין מב ע"א, ד"ה והא הוו נמי קטנים.

של שליח אלא ביחס למי שהוא בגדר "איש", היינו גדול בן דעת[298], הרי שאין להרחיב את השליחות מעבר לכך. אשר על כן, קטין או מי שלוקה בשכלו אינם נכנסים למסגרת דיני השליחות כלל.

מדברי הראב"ד[299] עולה הנמקה שונה במקצת. הוא כותב, כשהוא מסתמך על מדרש הלכה[300]: "מה אתם בני דעת, אף שלוחכם בני דעת, נמצא שהשליח והשולח צריכין להיות בני דעת". ממדרש הלכה זה עולה שפסולו של הקטין למנות שליח אינו משום שהקטין אינו בגדר "איש", אלא משום שמושכל ראשון הוא שהשולח חייב להיות בן דעת[301].

נספח שני

הזיקה הנדרשת בין השליח ובין נושא השליחות

(לפרק שני, הערה 99)

ראינו שהתנאי לכשרות השליח הוא שלא יהיה זר לנושא השליחות, ונשאלת השאלה: מהי מידת הזיקה הצריכה להתקיים בין השליח ובין נושא השליחות, כדי שיוכל להיות שליח? בשאלה זו נחלקו הפוסקים, כפי שעולה מן הדברים שנביא להלן בעניין שליחות ל"פדיון הבן". אולם מכיוון שיסוד חילוקי הדעות בין הפוסקים אינו ברור, אנו מסתפקים בסקירת דעתם בנספח זה.

כדי להקל על הבנת חילוקי הדעות האלה, נקדים ונזכיר הלכות יסודיות אחדות בדיני פדיון הבן, כפי שנפסקו על ידי הרמב"ם[302]: "מצות עשה לפדות כל איש מישראל [את] בנו שהוא בכור לאמו הישראלית, שנאמר 'כל פטר רחם לי' (שמות לד, יט), ונאמר 'אך פדה תפדה את בכור האדם' (במדבר יח, טו). ואין האשה חייבת לפדות את בנה, שהחייב לפדות את עצמו

[298] וראה מה שהקשה קצות החושן, סימן קפח, ס"ק ג. והשווה שו"ת אבני נזר, לעיל, הערה 287.

[299] ראה השגות הראב"ד, הלכות גירושין, פרק ו, הלכה ט.

[300] על דרשה זו ראה מה שהערנו לעיל, הערה 292.

[301] נפקות בין שיטות רש"י והראב"ד קיימת לכאורה לגבי מי שלוקה בשכלו, שאף שאינו בן דעת, הרי הוא "איש". וראה בעניין זה דעתו של 'אבני נזר', לעיל, הערה 287.

יש מן האחרונים שהבינו שאף שהקטן אינו בן דעת, אין הוא מופקע לחלוטין מדיני השליחות. רבי עקיבא איגר כותב: "מה דקיימא לן אין שליחות לקטן, לא משום דקליש כוחו דקטן, אלא משום דמעשה קטן אינו כלום, והעשייה שעשה [כלומר, המינוי] לית בה מששא. ומיהו זה דווקא היכא דצריך דעתו ועשייתו... אבל היכא דאין צריך דעתו שיעשה לשליח, גם לקטן יש שליחות" (דרוש וחידוש, כתובות יא ע"א, ד"ה אר"ה). לדעתו, בעיקרון, מוסד השליחות נוהג גם לגבי קטן (שלא כפי שעולה משיטת רש"י), אלא שלקטן אין כוח משפטי למנות שליח. אשר על כן, במקום שאין צורך במינוי שליח, אין מניעה שתיעשה פעולה בשליחותו של הקטן, כגון בפעולה הנעשית בשמו של הקטן מתוקף דין "זכין" (בהנחה ש"זכייה מדין שליחות", ראה להלן, הנספח על דין "זכין לאדם שלא בפניו", פרק שלישי, א, עמ' 777). כך למשל, לדעת רבי עקיבא איגר, כשמטבילים קטן לשם גירות, הגירות תקפה מדאורייתא (ולא מדרבנן בלבד). כיוצא בדבר כותב גם חידושי הרי"ם, גיטין סד ע"ב, ד"ה התוס' כתבו דלכך: "דלעניין עשיית השליח שפיר בעינן דעת, ולא מהני [בקטן], כיון שאין לו כוונה לעשות שליח". וראה גם פני יהושע, גיטין סה ע"א, ד"ה משנה קטנה שאמרה. אפשר שבפנינו נפקות נוספת בין רש"י והראב"ד.

[302] רמב"ם, הלכות ביכורים, פרק יא, הלכות א, ב, ט, י.

הוא שחייב לפדות את בנו... כהנים ולוים פטורים מפדיון הבן... ישראל הבא מן הכהנת ומן הלויה פטור, שאין הדבר תלוי באב אלא באם, שנאמר 'פטר כל רחם בישראל [צ"ל: בבני ישראל]' (שמות יג, ב)". השאלה שנחלקו בה הפוסקים היא, האם מי שפטור ממצוות פדיון בכור כשר להיות שליח לפדיון הבן?

את הגישות של הפוסקים נציג כאן מתוך דבריו של בעל 'ערוך השולחן'[303]: "יש שרוצה לומר דכהן או לוי אינו יכול להיות שליח לפדיון הבן, מפני שהם פטורים מפדיון, וכל מידי דלנפשיה לא חזי, לא חזי למיעבד שליחותא[304]... ולפי זה גם לאשה אין ביכולתו לעשות שליח לפדות בנו, שהרי היא פטורה מפדיון בנה"[305]. אבל 'ערוך השולחן' עצמו חולק על גישה מצמצמת זו, שכן הוא טוען ש"מעשים בכל יום שעושה אשתו שליח לפדות הבן, כשהוא בריחוק מקום". אשר על כן, הוא מציע גישה מרחיבה יותר. לדעתו: "כל ישראל ישנן בעניין בכור, והיינו בבכור בהמה טהורה, שכולן חייבין בזה, ולכן אף דבבכור אדם פטורין נשים וכהנים ולויים, מקרי שישנן בתורת בכור. ולא דמי להך דגיטין, דעבד פסול לשליחות גיטין, לפי שאינו כלל בתורת גיטין וקדושין"[306]. לפי דבריו אלה, אמנם יש צורך שהשליח יהיה בתורת פדיון בכור, אבל לא צריך שתחול עליו מצוות פדיון בכור אדם דווקא, ומצוות פדיון בכור בהמה אף היא מגדירה את השליח כמי שהוא ב"תורת פדיון הבן", ועל כן הוא כשר להתמנות שליח לפדיון בכור אדם[307].

די בדברים אלה כדי להראות שהדעות חלוקות באשר למידת הזיקה הצריכה להתקיים בין

[303] ערוך השולחן, יורה דעה, סימן שה, סעיף י.

[304] כך נפסק בשו"ת פני אריה (ברסלוי), סימן מד. 'ערוך השולחן' מפנה בעניין זה גם לשו"ת חתם סופר, יורה דעה, סימן רצו, המצמצם את הפסול ללוי בלבד. אבל לדעתו, הכוהן כשר להתמנות שליח לפדיון בכור, "משום שהוא בכלל מצוה זו, לפדות על ידו בכורי ישראל". כלומר, מאחר שהכוהנים הם הפודים את הבכורות, הם אינם זרים לעניין.

וראה עוד פתחי תשובה, יורה דעה, סימן שה, ס"ק טז, שלא רק כוהן ולוי עצמם אינם יכולים להיות שלוחים, אלא אפשר שגם ישראל הנשוי לבת כוהן או לבת לוי, גם הוא אינו יכול להיות שליח, שהרי אינו מצווה במצוות פדיון בכור הנולד לו מאשתו הכוהנת או הלווייה. גישה זו תמוהה, שכן אף שבכורו מנשים אלו אינו נפדה, אין זה אומר שהוא אינו "בתורת פדיון", שכן אם יתחתן עם בת ישראל ותלד לו בן בכור, יהיה חייב בפדיון. זאת ועוד, היעלה על הדעת שמי שאשתו ילדה לו בת בכורה, יהיה פסול מלשמש כשליח לפדיון?

סייג נוסף להיות שליח לפדיון הבן, ראה שו"ת חתם סופר, יורה דעה, סימן רצה.

[305] ואמנם כך סבור יד אברהם (נדפס בגיליון שולחן ערוך), יורה דעה, סימן שה, סעיף י.

[306] ערוך השולחן מוסיף: "וראיה לזה דהא בש"ס [נדרים לה ע"ב] מסתפק אי כהני שלוחא דידן או שלוחא דרחמנא, ואיך אפשר להיות שלוחי דידן, דאם כן איך מקריבים קיני יולדות שאינן בחיוב זה [שהרי כוהן זכר לעולם לא יתחייב להביא קרבן יולדת]? אלא ודאי, כיוון שישנם בשארי קרבנות... לית לן בה, והכא נמי כוותה".

[307] השווה ערוך השולחן, חו"מ, סימן קפב, סעיף ג: "ואשה נעשית שליח אף בדבר מצווה שאין לה שייכות בזה, כמו למול ולפדות את הבן, משום שנכנסה בברית התורה והמצווה, ונקראת מבני ברית (עיין יו"ד, סימן רסד), ולכן האיש יוכל להיות גם שליח לקבל הגט, והאשה להוליך הגט, משום דשייכים בגיטין, וכן בקידושין, וכן בשארי מצווה, אף שהאשה אינה חייבת בהם כמו ציצית, סוכה, ולולב (תוס' גיטין מה ע"ב), מכל מקום יכול האיש לעשותה שליח לתקן לו כל אלה". בדבריו אלה מרחיב 'ערוך השולחן' עוד יותר את הגדרת המושג "בתורת הדבר", עד כדי זיהויו עם המושג "בן ברית". הדבר תמוה, משום שאם כן, לא היה מקום לפסול עבד משליחות בענייני גטין וקידושין. ודבריו צריכים עיון.

השליח ובין נושא השליחות, כדי שיוגדר כמי שהוא "בתורת הדבר" וכשר להתמנות שליח. אולם קשה לעמוד על יסודם המשפטי של חילוקי הדעות האלה, ואנו משאירים שאלה זו בצריך עיון[308].

[308] למחלוקת נוספת בעניין מידת הזיקה לנושא השליחות, העולה בקשר לדיני שומרים, ראה שו"ת חתם סופר, אבן העזר, חלק א, סימן יא, ד"ה והנה וד"ה ואמנם. הדיון שם עוסק בפטור של "שמירה בבעלים". הכלל בדיני שומרים הוא שאם המשאיל מועסק אצל השואל בזמן ההשאלה, השואל אינו נושא באחריות שמירה כלפיו (על פטור זה ראה דיוננו לעיל, סעיף 1, ליד ציון הערה 110, ובהערה 110). התלמוד, בבא מציעא צו ע"א, מעלה את השאלה הבאה: האם הוא הדין כאשר עבדו של המשאיל מועסק אצל השואל? התלמוד קובע שגם אם רואים את העבד כשלוחו של אדוניו, לא יחול הפטור, משום ש"הני מילי שליח דבר מצוה הוא, אבל עבד דלאו בר מצוה, לא". הראשונים נחלקו בפרשנות סוגיה זו. מדברי 'חתם סופר' שם נראה שיסוד חילוקי הדעות ביניהם נוגע למידת הזיקה הדרושה בין השליח ובין נושא השליחות.

סעיף 5

היקף השליחות

היקף השליחות

5. (א) השליחות חלה – באין הגבלה בהרשאה – על כל פעולה הדרושה באופן סביר לביצועו התקין של נושא השליחות, אולם אין היא חלה – באין הרשאה מפורשת לכך – על הליכים לפני בית משפט, בית דין או בורר, ולא על פשרה או ויתור או פעולה בלי תמורה.

(ב) רשאי שלוח לעשות כל פעולה דחופה ובלתי צפויה מראש הדרושה באופן סביר לשמירה על ענייני השולח בקשר לנושא השליחות, אף אם הפעולה חורגת מתחום ההרשאה.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 249

פרק שני: פרשנות ההרשאה 251

א. מבוא 251

ב. פרשנות מצמצמת 251

(1) "לתקן שלחתיך ולא לעוות" 252

(2) נוהג 258

(3) ביצוע חלקי של השליחות 260

ג. פרשנות מרחיבה 261

(1) כללי 261

(2) "מראה מקום הוא לו" ועוד 262

פרק שלישי: הרשאה משלימה – "השליחות חלה... על כל פעולה הדרושה..." 265

א. כללי 265

ב. המקורות להשלמת ההרשאה 265

(1) תכלית השליחות – "לביצועו התקין של נושא השליחות" 265

(2) נוהג 268

(א) נושא השליחות 268

(ב) מעמד השליח 269

ג. מודעות הצדדים להרשאה המשלימה 273

(1) ידיעת השולח 273

(2) ידיעת השליח 275

סעיף 5: היקף השליחות

פרק רביעי: סייגים להרחבת ההרשאה 277

א. כללי 277

ב. ייצוג משפטי – "הליכים לפני בית משפט, בית דין או בורר" 278

ג. "פשרה או ויתור או פעולה בלי תמורה" 281

ד. הרשאה מכללא לשבועה 284

פרק חמישי: הרשאה לפעולה דחופה – "לשמירה על ענייני השולח" – ס"ק (ב) 284

א. מבוא 284

(1) החוק 284

(2) המשפט העברי 286

ב. סקירת מקורות 289

ג. יסודה המשפטי של ההרשאה 291

(1) "זכין לאדם שלא בפניו" 291

(2) תקנת חכמים 292

ד. שמירת עניין השולח, רשות או חובה? – "רשאי" 292

ה. תחולת ההרשאה 294

(1) על מי חלה ההרשאה? – "שלוח" 294

(2) על מה חלה ההרשאה? – "ענייני השולח בקשר לנושא השליחות" 295

ו. תנאי ההרשאה 296

(1) "פעולה דחופה" 296

(2) "ובלתי צפויה מראש" 297

(3) "הדרושה באופן סביר" 298

(4) פיקוח בית דין 299

פרק שישי: סיכום 299

פרק שביעי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 301

נספח: פרשנות מרחיבה של ההרשאה – פורמליזם לעומת אומדן הדעת 302

א. מבוא 302

ב. פרשנות ההרשאה – האם התכוון השולח להגביל את ההרשאה? 303

(1) "התקבל לי גיטי במקום פלוני" (האם "מראה מקום הוא לו"?) 303

(2) "ערב לי בתמרים ועירב עליו בגרוגרות" 304

(3) "גרשנה בימין" 305

ג. היקף הגבלת ההרשאה על פי טעמה 307

(1) טעם סביר 307

(2) טעם חריג 308

(3) נוסח ההרשאה 310

ד. הגבלת ההרשאה למושא השליחות 313

פרק ראשון

מבוא

א. תנאי לקיומה של השליחות הוא הרשאת השליח על ידי השולח, כאמור בסעיף 3. מלשונו של סעיף 3, היה מקום להסיק שהשליח אינו מייצג את שולחו אלא לאותן פעולות שהלה ביקש ממנו לעשות בשמו במפורש, ואילו פעולות אחרות שלא הוזכרו על ידי השולח במפורש אינן כלולות בהרשאה. המחוקק מודע לעובדה שעמדה זו מכבידה על השולח, שכן היא מחייבת אותו לחשוב מראש על כל הפעולות שהשליח עשוי להזדקק להן לשם ביצועה התקין של השליחות ולמְנות אותן כרוכל. עמדה זו מכבידה גם על השליח, שכן אם הוא עושה מיזמתו פעולה הדרושה באופן סביר לביצועה התקין של השליחות, הוא חושף את עצמו לטענה שפעל בלא הרשאה. והיא מכבידה גם על הצד השלישי שכלפיו פועל השליח, שכן לא יוכל לתבוע את השולח, אלא אם כן אישר הלה את פעולת השליח[1].

הסעיף שלפנינו מתמודד עם תוצאות בלתי רצויות אלה, וקובע שהרשאתו של השליח אינה מצטמצמת להוראות המפורשות שקיבל מן השולח, אלא היא משתרעת על כל הפעולות הדרושות באופן סביר לביצועה התקין של השליחות. ההנחה היא שהשולח, אף שלא הזכיר פעולות אלה בהרשאתו במפורש, אכן התכוון להעניק לשליח הרשאה לבצע גם אותן. זוהי הרשאה משלימה (מכללא)[2] הנבחנת לפי אמת מידה של סבירות[3]. כך לדוגמה, על פי עיקרון זה, שליח שיש לו הרשאה לבנות ולמכור פרויקט מגורים מורשה גם לשעבד חלק מן הדירות למימון הפרויקט[4]. אם הנכס בעל ערך, יש להניח שיש לו הרשאה משלימה לבטח את הנכס מפני אבדן או נזק[5], ושליח המורשה להקים חברה בע"מ מורשה גם לחתום על כל הטפסים הדרושים לביצועו התקין של הרישום[6]. הכל בהתאם לנסיבות העניין[7].

ב. לפי ברק[8], יש פעולות נוספות שאף שאינן דרושות לביצועה התקין של השליחות, מקובל

[1] בהתאם להוראת סעיף 6 לחוק.

[2] ליחס בין 'הרשאה משלימה' לבין 'הרשאה מכללא', ראה ברק, סעיף 383.

[3] לדעת ברק, סעיף 383, השלמת ההרשאה מבוססת על עקרון תום הלב הקבוע בסעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג־1973.

[4] ראה ע"א 1235/90 הרבסט נ' אריאן קבלן לעבודות חשמל בע"מ, פ"ד מו(4) 661, 669 (1992).

[5] ברק, סעיף 389.

[6] ברק, שם.

[7] ברק העדיף לעסוק בעניין ההרשאה המשלימה במסגרת הדיון על יצירת השליחות בסעיף 3. אמנם שאלת דרך יצירת השליחות ושאלת היקפה של השליחות אחוזות זו בזו, שכן "באין הענקת כוח אין מקום לדבר על היקף הפעולות שבהן ניתן להפעיל הכוח" (ברק, סעיף 324). עם זאת, בחרנו לעסוק בשאלה זו כאן, במסגרת הדיון על סעיף 5, משום שהסעיף עוסק במפורש בשאלת היקף השליחות. לא ראינו סיבה להקדים את הדיון הזה לסעיף 3, אף שנכון הוא, כאמור, שאפשר לראות את הרחבת היקף השליחות כאחת הדרכים ליצירתה. ראה על כך דברינו להלן, פרק שלישי, א, עמ' 265.

[8] ברק, סעיף 385.

לראות את השולח כמי שהרשה את השליח לעשות גם אותן. זוהי הרשאה משלימה מכוח הנוהג. הנוהג עשוי להיות קשור לנושא השליחות (כך לדוגמה, מי שהוסמך לשכור דירה מוסמך גם לחתום על שטרות לביטחון תשלום דמי השכירות, כי כך נהוג בישראל[9]), והוא עשוי גם להיות קשור למעמדו של השליח (כך למשל מנהל העסקים של חברה רגיל לחתום בשמה על שטרי חליפין, ולכן הוא מוסמך לעשות כן בשמה[10]). לדעת ברק, אף שסעיף 5(א) אינו מונה פעולות אלה, אין להסיק מכאן הסדר שלילי.

העיקרון העומד ביסוד כל האופנים של הרשאה משלימה הוא אחד: בכולן ההנחה היא שאילו היו שואלים את השולח בשעת המינוי אם התכוון לכלול בהרשאה גם אותן פעולות, היה עונה 'בוודאי, גם לכך התכוונתי'. מכאן שאין הרשאה משלימה אלא כל זמן שהשולח לא שלל אותה במפורש.

ג. עם זאת, מתוך מגמה להגן על האינטרסים של השולח, הסעיף מוציא פעולות שונות מכלל הרשאה משלימה. כך למשל השליח אינו מורשה להתפשר או לוותר בשם שולחו, וכן אינו מורשה לייצג אותו בהליכים לפני בית משפט או בית דין או בורר, אלא אם קיבל הרשאה מפורשת לכך[11].

ד. אפשר שבמהלך השליחות, עקב שינוי בנסיבות או עקב אירוע בלתי צפוי מראש, מתעורר הצורך לבצע פעולה שוודאי לא הייתה כלולה בהרשאת השליח בשעת המינוי, אפילו לא כהרשאה משלימה, ונשאלת השאלה: האם פירוש הדבר שהשליח מנוע מלעשותה כל עוד אינו מקבל אישור מפורש משולחו לעשותה? אם כן, עלול האינטרס של השולח להיפגע! ס"ק (ב) לחוק קובע שבכגון זה, אף שהפעולה ודאי אינה חלק מן ההרשאה שקיבל השליח בשעת המינוי, בכל זאת השליח מורשה לעשותה, ובלבד שמתקיימים שלושה תנאים: הפעולה דרושה באופן סביר לשמירה על ענייני השולח בקשר לשליחות; הפעולה דחופה עד שאינה סובלת דיחוי (ולשליח אין אפשרות מעשית להתייעץ עם השולח ולקבל ממנו הרשאה לעשותה); היא לא הייתה צפויה מראש. זוהי הרשאה על פי דין (נציגות חוקית) לטובתו של השולח. כלומר, החוק, ולא השולח, הוא שמאפשר לשליח לפעול באותן נסיבות בשמו או במקומו של השולח.

ה. לפני שנדון בשאלת השלמת ההרשאה שעליה הושם הדגש בסעיף זה, כפי שסקרנו לעיל, נדון בדרכי פרשנותה של ההרשאה המפורשת עצמה. כפי שנראה להלן, יש שצריך לפרש את ההרשאה על דרך הצמצום, ויש שצריך לפרש את ההרשאה על דרך ההרחבה, הכל בהתאם לאומדן דעתו של השולח. רק בשלב השני, נדון בשאלת השלמת ההרשאה ובסייגיה ובשאר העניינים שהסעיף דן בהם, לפי הסדר.

[9] ברק, סעיף 391. וראה שם רשימה של תקדימים נוספים בעניין זה.

[10] ברק, סעיף 390. וראה שם רשימה של תקדימים נוספים בעניין זה.

[11] לדעת ברק, סעיף 395, הערה 284, מאחר שכוונת החוק היא להגן על השולח, יש מקום לומר שרק השולח יכול לטעון להיעדר הרשאה בעניינים אלה, ולא הצד השלישי. וראה להלן, הערה 142, ביקורתנו על גישה זו.

פרק שני

פרשנות ההרשאה

א. מבוא

כפי שראינו לעיל, בדיוננו על סעיף 3, השליחות נוצרת בהבעת רצונו של השולח. היקף הרשאת השליח תלוי אפוא בראש ובראשונה בפרשנות ההרשאה המפורשת של השולח. כפי שנראה להלן, בפרשנות ההרשאה יש לנסות ולאמוד את כוונת השולח על רקע נסיבות השליחות ומטרותיה[12]. כך הוא בוודאי כשבחינת אומדן הדעת של השולח עשויה לצמצם את ההרשאה, ויש הסבורים שכן הוא גם כשהיא עשויה להרחיב אותה[13].

להלן נצביע תחילה על כללים פרשניים המצמצמים את ההרשאה המפורשת, ולאחר מכן נצביע על כללים פרשניים המרחיבים אותה.

ב. פרשנות מצמצמת

נניח שההרשאה המפורשת של השולח מנוסחת באופן שאינה מגבילה את השליח, כך שלכאורה היקף הרשאתו רחב, ובמסגרתה יכול השליח לעשות פעולות רבות שיחייבו ויזכו את השולח. אין זה אומר בהכרח שהיקף השליחות רחב כל כך, שכן אפשר שעל פי אומד דעתו של השולח, יש לצמצם את השליחות לפעולות מסוימות דווקא ולראות פעולות אחרות כחורגות מן ההרשאה, משום שהשולח לא התכוון לכלול אותן בהרשאתו[14]. אמנם כלל ידוע הוא בדיני ממונות ש"דברים שבלב אינם דברים"[15], אולם אין זה הכלל כשמדובר ב"דברים שבלבו ובלב כל אדם"[16], כלומר, כשמוכח מנסיבות העניין שכוונתו של השולח הייתה שונה

[12] ברק מדבר בהקשר זה על הרשאה משתמעת. ראה ברק, סעיף 381. וראה סעיף 17 לחוק, שם קבע המחוקק חזקת פרשנות בעניין היקף ההרשאה בריבוי שלוחים ובריבוי שולחים.

[13] בנספח לסעיף זה נראה שיש הנוקטים בקו פורמליסטי גם בשאלת פרשנות ההרשאה, ולדעתם יש להיצמד בדרך כלל למשמעות הדווקנית של ההרשאה. ואף אם בחינת אומדן דעתו של השולח מלמדת שאינו מקפיד שלא יסטה השליח מהוראותיו, ניסוח ההרשאה תוחם את גבולה.

[14] אין צריך לומר שכאשר הרשאת השולח סובלת פירושים שונים, במידת האפשר, על השליח לחזור ולהיוועץ בשולח, ויש שאם לא עשה כן, פעולתו תיחשב לפעולה בלא הרשאה. כך עולה מנדרים נד ע"א, בעניין מעילה בבשר הקודש (כזכור, איסור מעילה הוא אחד החריגים לכלל "אין שליח לדבר עברה"). נקבע שאם המשרת נשלח לתת לאורחים בשר ונתן להם כבד, אף על פי שה"כבד" הוא בכלל "בשר", השליח עובר על איסור מעילה, משום שהיה עליו לחזור ולברר עם השולח אם התכוון גם ל"כבד" ("מילתא דמימליך עלה שליח"). וראה חידושי הרשב"א שם, ד"ה ואי: "לגבי שליח, כיון שלא אמר אלא 'בשר' סתם, ופעמים שאין דעתו אלא על בשר ממש ולא על מינו עד שימלך בו, שליח נמי הוי ליה לאימלוכי, וכי לא מימליך, גלי דעתיה דלא מדין שליחותיה יהיב להו, אלא עקר שליחותיה ויהיב להו מדעתיה". ונראה שהוא הדין בשליחות לקניית רכב, כשהשולח שוכח לפרט את צבע הרכב. והשווה להלן, הערה 44, שכאשר הרשאת השולח כוללת פירושים מובהקים אחדים, השליח מורשה לבחור אחד מהם על פי מיטב אומדן דעתו של השולח, בלא צורך לחזור ולהיוועץ בו.

[15] ראה: קידושין מט ע"ב; נדרים כח ע"א; מעילה כא ע"א. וראה גם אנציקלופדיה תלמודית, כרך ז, ערך דברים שבלב.

[16] ראה: חידושי הריטב"א, קידושין נ ע"א, ד"ה ודילמא; ר"ן, קידושין כ ע"ב (בדפי הרי"ף), ד"ה אמר רבא.

מן המשמעות הדווקנית שבדברי השולח[17] (״אומדנא דמוכח״). להלן נסקור עניינים שהשולח נחשב כמי שמקפיד עליהם, ועל פיהם יש לצמצם אפוא את הרשאתו המפורשת.

(1) ״לתקן שלחתיך ולא לעוות״

א. בהקשר זה של אומדן דעת השולח, נאמר כלל חשוב שיש בו כדי לצמצם באופן משמעותי ביותר את היקף הרשאתו של השליח. כוונתנו לכלל שלפיו יכול השולח לטעון כלפי השליח: ״לתקן שלחתיך ולא לעוות״[18]. על פי כלל זה, ההנחה בכל שליחות היא שהשולח שומר לעצמו את הזכות לטעון כלפי השליח שהרשאתו כוללת רק פעולות שהן לתועלתו, ״שכל השולח שליח, חשיב כמי שפירש שאם יצא עיוות מתחת ידו, שאינו שלוחו״[19]. מכאן שפעולה הפוגעת באינטרסים של השולח, ולו הפגיעה הקטנה ביותר, אף שאינה סותרת את לשונה המפורשת של ההרשאה, עלולה להיחשב כחורגת מן ההרשאה. כלל זה מקורו בתלמוד, והוא סוכם להלכה על ידי הרמב״ם בהלכות אחדות:

(1) ההלכה הראשונה נוגעת לשליח שנשלח לקנות או למכור נכס, ועשה בדיוק כמצוות שולחו, אלא שנתאנה במחיר העסקה, כגון שמכר ולא השיג את מלוא התמורה הראויה או שקנה ושילם יותר ממחיר השוק. הרמב״ם כותב בעניין זה[20]: ״שליח שעבר על דברי משלחו לא עשה כלום, וכן אם טעה בכל שהוא, בין בקרקע בין במטלטלין, חוזר, שהרי הוא אומר [יכול לטעון]: ׳לתקן שלחתיך ולא לעוות׳״. הרמב״ם מקיש דין שליח שחרג מהרשאתו (״עבר על דברי משלחו״) לדין שליח שעשה את השליחות באופן הפוגע באינטרס של שולחו, ולו הפגיעה הקטנה ביותר (״טעה בכל שהוא״)[21]. גם את השליח הפוגע באינטרס שלו, יכול השולח

[17] כמו מי שמוכר קרקע על דעת לעלות לארץ ישראל ובסוף לא עלה: קידושין נ ע״א (וראה ר״ן, שם כ ע״ב בדפי הרי״ף, ד״ה אמר רבא); בבא בתרא קמו ע״ב; כתובות נה ע״א־ע״ב; תוספות, כתובות צז ע״א, ד״ה זבין; תוספות, קידושין מט ע״ב, ד״ה דברים שבלב; תוספות, נדרים כא ע״א, ד״ה רבא אמר; רא״ש, שם, ד״ה שניהם רוצים; ריטב״א, שם (ו ע״ב בדפי הרי״ף), ד״ה נדרי זירוזין; נימוקי יוסף, שם, ד״ה קונם. וראה עוד: אנציקלופדיה תלמודית, כרך א, ערך אומדנא, עמ׳ קלד־קלט; כרך ז, ערך דברים שבלב, עמ׳ קעב־קפ.

[18] רמב״ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק א, הלכה ב, על פי: קידושין מב ע״ב; כתובות צט ע״ב; בבא בתרא קסט ע״ב.

[19] לשונו של מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן ג. הובא גם בשו״ת אבני נזר, אבן העזר, סימן קע. וראה גם שו״ת מהרש״ך, חלק ג, סימן סו (עד ע״א). וראה דברינו להלן, סעיף 6, ליד ציון הערה 40, ושם הבאנו מקורות נוספים הנוקטים את גישת ׳מחנה אפרים׳. והשווה שם, ליד ציון הערה 41, שיש הנוקטים שטענת ״לתקן שלחתיך״ היא טענה שביסודה נטענת ביחסי הפנים בין השולח לבין שלוחו (כפשוטה של הטענה וכמובנה בשליחות מטריאלית או בפעולה שאינה ניתנת לביטול). ההשפעה שיש לטענה זו כלפי חוץ, היינו על ביטול הפעולה, נובעת מכך שרואים את השליח, שהציג את עצמו כשליח בפני הצד השלישי, כמי שהתנה עם הצד השלישי שאם ייחשף לתביעת פיצוי מצד השולח (בשל הטענה שגרם לו עיוות בדרך הביצוע), לא יהיה תוקף לפעולה כלפיו. על פי גישה חלופית זו, בניגוד לגישת ׳מחנה אפרים׳, עיוות בשליחות אינו בגדר חריגה מן ההרשאה.

[20] רמב״ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק א, הלכה ב; שולחן ערוך, חו״מ, סימן קפב, סעיף ג.

[21] אם כי ביחס לראשון הוא קובע שלא עשה כלום (כלומר שפעולת השליח בטלה מאליה), ואילו ביחס לשני הוא קובע שהשולח חוזר (כלומר שפעולת השליח אינה בטלה מאליה, אלא ניתנת לביטול). על הבחנה זו, נרחיב בדיוננו על סעיף 6.

טענתנו היא שמשמעה של הטענה ״לתקן שלחתיך ולא לעוות״ היא שפגיעה ולו הקטנה ביותר באינטרס של השולח עשויה להיחשב כחריגה מהרשאה (וזו הסיבה שהשולח יכול לבטל את פעולת השליחות). אם בכגון זה (וכן בדוגמאות הבאות), פעולת השליחות אינה בטלה מאליה, אלא רק ניתנת לביטול, הרי זה משום שלא ברור מראש אם השולח מקפיד על העיוות ורואה בו חריגה אם לאו. דבר זה אינו יכול להתברר

לראות כמי שחרג מהרשאתו, משום שהוא יכול לטעון שהרשאתו הייתה אך ורק לפעולה שהיא לתועלתו ולא לפעולה שיש בה פגיעה כלשהי באינטרסים שלו: "לתקן שלחתיך ולא לעוות"[22]. אמנם אם השולח היה עושה את העסקה בעצמו, בוודאי היה מוותר על טעות קטנה מעין זו[23], אולם כפי שמסביר רבי יוסף חביבא, בעל 'נימוקי יוסף'[24], השליח "אינו יכול למחול אונאת אחרים". כלומר, אדם יכול לוותר על דבר של עצמו[25], אבל לא על של אחרים, ולכן השליח שנתאנה עלול להיחשב כמי שחרג מהרשאתו.

(2) ההלכה השנייה לעניין "לתקן שלחתיך ולא לעוות" נוגעת לשליחות לקניית מקרקעין, שיש שאף שהשליח נהג בדיוק בהתאם להוראות המפורשות של שולחו, בכל זאת רואים אותו כמי שחרג מהרשאתו. בעניין זה הרמב"ם כותב[26]: "נתן מעות לשלוחו לקנות לו קרקע וקנה לו שלא באחריות, הרי זה עוות". כלומר, השליח נחשב כמי שחרג מהרשאתו כשלא דאג ביזמתו להבטיח כראוי את השקעת שולחו. הוא קנה את המקרקעין שלא ב"אחריות", באופן שאם יעוקל הנכס מידי השולח בגלל חובות קודמים של המוכר, לא יוכל השולח לחזור אל המוכר ולתבוע ממנו פיצוי. לפנינו אפוא הוכחה נוספת לכך שאומד דעת השולח, שלפיו יש להניח שלא התכוון למנות שליח לקנות מקרקעין שלא באחריות, הוא המכריע, ומכוחו נקבע שפעולת השליח, שקנה שלא באחריות, הייתה שלא בהרשאה[27].

לא זו אף זו. לדעת הרמב"ם[28], השולח יכול להעלות את הטענה "לתקן שלחתיך" גם כאשר השליח עושה את השליחות באופן סביר ומקובל, אלא שאפשר היה לעשותה באופן מועיל עוד יותר לשולח. כך הוא לדוגמה, כשנשלח לקנות סחורה ולא התנה השליח עם המוכר שאם ירד השער עד מועד הספקתה, יגדיל המוכר את כמות הסחורה בהתאם[29]. אמנם הרמב"ן

אלא למפרע, בשעה שנודע לו העיוות. לשון אחר, אם השולח אינו מוכן לקבל את פעולת השליח בגלל העיוות, מתברר למפרע שאכן השליח חרג מהרשאתו. וזו הסיבה שאנו דנים בכלל "לתקן שלחתיך ולא לעוות" במסגרת הדיון על היקף ההרשאה. ואין צריך לומר שעל פי ההסבר השני, הנזכר לעיל, הערה 19, אין לדבר כאן על חריגה מהרשאה.

22 אבל ראה להלן, הערה 46, בשם 'בית מאיר', שהשולח אינו יכול לטעון "לתקן שלחתיך ולא לעוות" ולהביא לביטול השליחות, אם השליח קנה מוצר שיש בו פגם פעוט, שאדם סביר אינו מקפיד עליו.

23 שכן הלכה מפורסמת היא שבמיטלטלין הונאה בפחות משישית ממחיר השוק אינה מבטלת את המכר, וכן שאין הונאה בקרקעות. בהמשך דבריו, הרמב"ם מסביר בעקבות התלמוד (כתובות צט ע"ב): "ולא אמרו שההונייה במטלטלין שתות [=שישית] והעבדים והשטרות והקרקעות אין בהן הונייה אלא במוכר שלו או קונה לעצמו. אבל השליח שטעה בכולם [כלומר, בין במיטלטלין בין במקרקעין] בכל שהוא – חוזר".

24 נימוקי יוסף, בבא בתרא עח ע"ב (בדפי הרי"ף), ד"ה לתקוני שדרתיך.

25 וכך אמנם ההנחה כאשר האדם נתאנה בעצמו בפחות משישית המחיר. ראה לעיל, הערה 23.

26 רמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק א, הלכה ג, על פי סוגיית בבא בתרא קסט ע"ב. נפסק להלכה בשולחן ערוך, חו"מ, סימן קפב, סעיף ו.

27 וזאת אף אם שילם השליח מחיר זול יותר (או שקיבל שטח קרקע גדול יותר). ההנחה היא שהשולח לא היה מוכן ליטול על עצמו סיכון כזה, על אף אותו הרווח. ראה חזון איש, בבא קמא, סימן כא, ס"ק ח.

28 רמב"ם, הלכות מלווה ולווה, פרק ט, הלכה ה.

29 מקור הלכת הרמב"ם הוא במסכת בבא מציעא עד ע"ב, בעניין שליח שנשלח לקנות חיטים, כשעדיין הסחורה אינה ברשות המוכר, וההספקה נדחית למועד מאוחר יותר. על פי ההלכה, אפשר בכגון זה להתנות עם המוכר שאם יוזל השער, יספק כמות גדולה יותר בהתאם לשער הזול של מועד ההספקה (ובלבד שהשער כבר נקבע בשוק בשעת העסקה, שאם לאו, יש בכך איסור ריבית). לדעת הרמב"ם, אם השליח לא התנה תנאי זה בשעת העסקה, רשאי השולח לחזור בו בטענת "לתקן שלחתיך ולא לעוות". זו גם דעתם של:

ואחרים[30] חולקים על גישת הרמב"ם. לדעתם, אם לא הייתה הנחיה מפורשת של השולח, הרי שהיעדר ההתניה של השליח עם המוכר אינו עולה לכדי עיוות, משום שמקובל לעשות עסקאות כאלה גם בלא תנאי כזה, ונמצא אפוא שהשליח פעל באופן סביר ומקובל. נמצא אפוא שהגדרת ה"עוות" שבגינו יכול השולח לטעון כלפי שלוחו "לתקן שלחתיך ולא לעוות" שנויה במחלוקת. הרב שלמה טנא[31] מסכם את הדעות כך: "לפי הרבה מהראשונים [רמב"ם ואחרים], על השליח לתת את דעתו גם על מקרים שאינם שכיחים כל כך, ועוד יותר מאשר השולח בעצמו, ואילו הרמב"ן בפירוש דברי הרי"ף סובר כי אין לחייב את השליח יותר מאשר אנשים רגילים להתנהג"[32].

(3) עיקרון זה, שכל שליחות כפופה לכלל הפרשני שהשליחות היא "לתקן... ולא לעוות", כוחו יפה לא רק לצמצם את ההרשאה המפורשת, כפי שראינו בדוגמאות הקודמות, אלא כוחו לעתים גם לחייב את השולח שלא לתת פרשנות דווקנית לנוסח ההרשאה. כך עולה מההלכה הבאה, הלקוחה אף היא מדברי הרמב"ם[33], בעניין שליח לפירעון חוב: "אם היה החוב בשטר, בין שאמר לו 'קח השטר ותן לו המעות', בין שאמר לו 'תן המעות וקח השטר', ונתן בלא עדים ולא לקח השטר, חייב לשלם, שהרי לתקן שלחו ולא לעוות"[34] [35]. הלווה אמר לשלוחו

רש"י, בבא מציעא שם, ד"ה ותיפוק ליה; רא"ש, שם, פרק ה, סימן עג; המאור הגדול, שם מד ע"ב (בדפי הרי"ף), ד"ה ראיתי בהלכות. וכך נפסק בשולחן ערוך, יורה דעה, סימן קעה, סעיף ז.
ברור שלפי שיטה זו, טענתו של השולח אינה שהשליח עשה את השליחות באופן החורג מן המקובל, שהרי הרמב"ם כתב: "במה דברים אמורים? בפוסק על דעת עצמו. אבל אם היה שליח לאחרים, בין המוכר בין הלוקח... המשלח אומר לו 'לתקן שלחתיך ולא לעוות'". אם השולח יכול לטעון כך, בין שהוא מוכר ובין שהוא קונה, ברור שטענתו כלפי שלוחו אינה שחרג מן המקובל (שכן לא ייתכן שיהיה מקובל דבר והיפוכו, גם לטובת המוכר וגם לטובת הקונה). מוכח אפוא שטענתו היא, מדוע לא עשה השליח את הפעולה באופן המועיל ביותר, אף שלא חרג מן המקובל.

[30] ראה רמב"ן, מלחמות ה', בבא מציעא מד ע"ב (בדפי הרי"ף), ד"ה וראיתי, בשם ר"ח והגאונים. וכן סוברים גם: רי"ף, שם; חידושי הר"ן, בבא מציעא עד ע"ב, ד"ה ותיפוק; תלמידי הרשב"א, שם. אך ראה ביאור הגר"א, יורה דעה, סימן קעה, ס"ק יא. לדעתו, לפי דברי הגאונים שצוטטו על ידי הר"ן, ייתכן שלהלכה הם מסכימים עם שיטת רש"י והרמב"ם.

[31] אב בית הדין בבית הדין הרבני בתל־אביב, פד"ר ט, עמ' 31 ואילך.

[32] שם, עמ' 32. הרב טנא מביא שם עוד את דברי המאירי, בית הבחירה, בבא מציעא, שם, ד"ה גדולי הפוסקים, בשם הרי"ף, שאין לבטל את השליחות מכוח הטענה הזו, אלא אם עיוות בפשיעה. והוא מסכם שם, על פי דברי שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן קכו, שמדבריו עולה ש"אין קנה מידה מסוים, אלא על השליח לשפוט לפי הנסיבות". כלומר, עליו לשקול מה השולח מצפה ממנו ולפעול בהתאם.

[33] רמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק א, הלכה ו, על פי כתובות פה ע"א.

[34] נשאלת השאלה: האם זהו הנימוק הבלעדי להלכה גם כשהשולח אמר לשלוחו "קח השטר ותן לו המעות"? או שמא בכגון זה נחשב השליח כמי שעבר על דברי השולח בשנותו את סדר הפעולות, וגם אם לא נפגעו בסופו של דבר האינטרסים של השולח, האם אין לראותו כמי שפעל בלא הרשאה? מדברי הר"ן, גיטין יד ע"ב (בדפי הרי"ף), ד"ה אמר (בתוך הדיבור "ואיכא למידק"), עולה שגם בכגון זה, הטענה היחידה כלפי השליח היא טענת "לתקן שלחתיך ולא לעוות". מדבריו עולה שבדרך כלל אין לייחס משמעות דווקנית לסדר הפעולות שבהרשאה (תימוכין לכך, ראה לדוגמה בסנהדרין מט ע"ב: "כל מקום ששנו חכמים דרך מניין – אין מוקדם ומאוחר", וראה מרגליות הים שם. וראה עוד בבא בתרא קלח ע"א: "תנו רבנן: שכיב מרע שאמר 'תנו מאתים זוז לפלוני, ושלש מאות לפלוני, וארבע מאות לפלוני' – אין אומרין: כל הקודם בשטר – זוכה. לפיכך, יצא עליו שטר חוב – גובה מכולם"). לא כן הוא כשניכר מדברי השולח שסדר הפעולות צריך להיות עוקב, כגון שאמר "ואחר כך". זו הסיבה לדעת הר"ן שבסוגיית גיטין כט ע"ב,

במפורש 'תן המעות וקח השטר', והמשמעות הפשוטה של דבריו היא שסדר פעולות השליח יהיה: קודם נתינת המעות, ורק לאחר מכן נטילת שטר החוב מהמלווה (או שלכל הפחות, סדר הפעולות אינו חשוב לשולח[36]). אף על פי כן נקבע בתלמוד שאם השליח נתן תחילה את המעות, ולאחר מכן התחמק המלווה מלהחזיר לו את השטר, יכול לומר השולח לשליח "לתקן שלחתיך"[37]. כלומר, כיוון שהורה לו לקבל את השטר[38], היה עליו להבטיח את החזרתו בכל דרך שיבחר, בין על ידי קבלתו תחילה ובין על ידי פירעון בנוכחות עדים[39]. משלא נהג כן,

נקבע שיש משמעות לסדר הפעולות שבהרשאה. נקבע שם שבעל שאמר לשלוחו "שקול מינה חפץ והדר הב לה גיטא [= טול ממנה חפץ ואחר כך תן לה את הגט]", ואילו השליח הקדים את מסירת הגט, הגט בטל משום קפידה של הבעל. כאמור, לדעתו קביעה זו נכונה רק משום שהשולח אמר "שקול מינה חפץ והדר הב לה גיטא". ברם, מדברי ראשונים אחרים עולה שהקביעה בסוגיית גיטין נכונה גם כשלא אמר "והדר", ונראה שלהלכה התקבלה דעתם. ראה בית שמואל, אבן העזר, סימן קמא, ס"ק סו.

35 כיוצא בזה: שליח לקנייה ששילם לפני שקיבל את הסחורה. ראה נתיבות המשפט, סימן קפג, ס"ק ח. מדבריו עולה שאכן גם הוא נחשב כמי שעיוות את שליחותו. אולם השווה שו"ת בית שלמה (דרימר), חו"מ, סימן נו. הוא סבור שדווקא הקדמת הפירעון לקבלת שטר החוב מהווה עיוות, משום שעל פי דין, הלווה אינו חייב לפרוע את חובו קודם שיחזיר לו המלווה את השטר, והשליח חרג מהרשאתו כשוויתר על זכותו של שולחו. אבל במקח וממכר, אין זכות לקונה לדרוש את הספקת הסחורה קודם לתשלום (ראה שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן רז, על פי כתובות עו ע"ב, מובא בבית יוסף, חו"מ, סוף סימן קפה, מחודש ו), ועל כן אין זה עיוות. וראה פתחי חושן, הלכות פיקדון ושאלה, פרק יב, הערה לג.

וראה עוד בעניין זה, שו"ת מהרי"ל דיסקין, חלק א, קונטרס ספקות ופסקים, אות קח, בעניין שליח לקנייה ששילם שלא בפני עדים, אם יש בכך משום עיוות. וראה גם להלן, הערה 38, מחלוקת ב"ח וש"ך בעניין פירעון הלוואה שלא בפני עדים.

36 דומה שבדרך כלל, כשאין חשדנות בין הצדדים, מקובל שהלווה פורע תחילה את החוב, ורק אחר כך מקבל את שטר החוב לידיו. אף על פי כן נראה שהלכה זו מתיישבת יפה גם לפי הרמב"ן (שראינו לעיל, ליד ציון הערה 30). הרמב"ן סבור אמנם, כפי שראינו, שכל זמן שהשליח נהג לפי המקובל, אין לטעון שחרג מהרשאה, אבל מסתבר שאין הוא סובר כך אלא כשאין בנוהג זה משום ויתור על זכות. אבל כאן, מאחר שזכותו של הפורע לדרוש תחילה את שטר החוב (ראה לעיל, הערה 35), אין השליח מיופה כוח לוותר על זכות זו (כשם שהשליח אינו מיופה כוח לוותר על הונאה, אף שמקובל שהאדם מוותר עליה). ראה לעיל, הערה 25. והשווה להלן, הערה 40.

37 יש לציין שבטור ובשולחן ערוך, חו"מ, סימן נח, סעיף א, שפסקו דין זה, לא הזכירו שסיבת החיוב היא "לתקן שלחתיך" (אף שנימוק זה הוזכר במפורש בתלמוד). אפשר שלדעתם יסוד אחריותו של השליח הוא משום שהתרשל בשמירה על כספו של השולח, ולא משום שחרג מהרשאתו (כלומר, מדין שומר ולא מדין שליח). ראה ב' כהנא, חוק לישראל, שומרים, ירושלים תשנ"ט, עמ' 688-689.

38 אם השולח לא ביקש מן השליח ליטול את השטר מהמלווה, אין הוא חייב לעשות זאת ביזמתו, גם אם השולח הודיע לו שהמלווה מחזיק בשטר (ראה טור, שם, על פי ספר התרומות, שער נ, חלק ג, אות א, הובא בבית יוסף, שם, ד"ה ומ"ש). הדעות נחלקו בין הפוסקים בדעת הטור, אם השליח חייב לפרוע בפני עדים כדי להגן על האינטרס של השולח (ראה ב"ח, חו"מ, סימן נח, סוף אות ב) או שאינו חייב לפרוע בפני עדים (ראה ש"ך, שם, ס"ק ה). השווה: רב האי גאון, ספר המקח והממכר, שער ו, הדרך החמישי, הדין השישי (כפי שהבין הר"ש טנא, פד"ר ט, עמ' 31); שו"ת הריטב"א, סימן קפד (הובא בבית יוסף, חו"מ, סימן פג, מחודש יא) ולפיהם אי־נטילת השטר מידי המלווה נקראת עיוות גם בלי שנצטווה השליח לעשות כן (אם הוא מודע לכך שיש שטר), "שכן דרך לקבל השטר". וראה גידולי תרומה, שם, שתמה על הריטב"א.

39 ראה ערוך השולחן, חו"מ, סימן נח, סעיף י: "דיכול המשלח לומר לו: לתקוני שדרתיך ולא לעוותי, והיה לך לדקדק בתקנתי [כתובות פ"ה א], והיה לך להבין שמה שאמרתי כן היתה כוונתי שתהיה על כל פנים בטוח בקבלת השטר, והיה לך ליתן לו המעות בפני עדים על חוב זה וכיוצא בזה". והשווה ב"ח, חו"מ, סימן נח, סוף אות ב, שאם הורה השולח לשלוחו ליטול את השטר, הרי שפירעון בפני עדים בלבד נחשב

הרי הוא כפורע שלא בהרשאה, והוא נושא אפוא באחריות לאבדן כספי השולח[40]. יש להדגיש שלא כן הוא אם הקפיד השולח על סדר הפעולות, כגון שאמר 'תן המעות ואחר כך טול את השטר', ופעל השליח לפי סדר זה, לא יוכל השולח לטעון כנגדו: "לתקן שלחתיך ולא לעוות".

כוחו של הכלל הפרשני "לתקן שלחתיך ולא לעוות" יפה לא רק לנסיבות שהיו ידועות לשולח בשעת המינוי אלא גם לנסיבות המתחדשות במהלך השליחות, ומכוחו ההרשאה עשויה להצטמצם כליל, אם המשכה של השליחות יביא לעיוות ענייני השולח ולא לתיקונם[41]. לאמור, יש להניח שכוונת השולח כשמינה את השליח הייתה שאם במהלך השליחות ישתנו הנסיבות באופן שהמשך השליחות יביא לעיוות ולא לתיקון, השליח חייב להפסיק את שליחותו[42].

יש להטעים, כי צמצום השליחות בשל הטענה "לתקן שלחתיך ולא לעוות" היא זכותו של השולח אך לא חובתו. כלומר, אם עיוות השליח את שליחותו, היא ניתנת לביטול, אך אינה בטלה מאליה. בעניין זה נרחיב בדיוננו על סעיף 6, הדן בתוצאות פעולה שנעשתה בחריגה מן ההרשאה, על יחסיהם של השולח והשליח כלפי צד שלישי.

לחריגה מן ההרשאה, משום שנטילת השטר מן המלווה מבטיחה את זכויותיו של הלווה יותר טוב מפירעון בפני עדים, שכן אם אינו נוטל את השטר, המלווה יכול עדיין לתבוע את השולח, ושמא בית הדין לא יקבל את דברי העדים או שמא ימותו. ש"ך, שם, ס"ק ה, מפקפק בחידושו זה של הב"ח.

40 כיוצא בזה עולה השאלה: האם שליח למכור מורשה למכור גם באשראי, כשיש מן הסוחרים הנוהגים כך? או שמא עליו לנקוט משנה זהירות ולנהוג כמו הסוחרים המקפידים שלא למכור אלא במזומן? בעניין זה ראה שולחן ערוך, חו"מ, סימן קעו, סעיף י, האוסר על השותף למכור באשראי בלא הסכמת שותפו (גם אם מקצת סוחרים נוהגים למכור באשראי. ראה רמ"א, שם), אלא אם כן מדובר בסחורה שדרכה להימכר תמיד באשראי. ונראה שהוא הדין לא רק בשותף אלא גם בשליח (אף על פי שאפשרות זו לא הוזכרה בשולחן ערוך, חו"מ, סימן קפה, סעיף י). וכך פסק שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן פז. וראה עוד בעניין זה, פתחי חושן, הלכות פיקדון ושאלה, פרק יב, הערה לד. נעיר עוד שלהלן (הערה 173, ובסעיף 6, הערה 293), נראה שיש הטוענים שבדיני השותפין יש תקנה מיוחדת, ולפיה כל פעולה סבירה שעשה השותף (ובכלל זה מכירה באשראי במקום שיש הנוהגים כן), אין לשותף השני אפשרות לבטלה, אלא רק לתבוע את שותפו במסגרת יחסי הפנים על הנזק שגרם לו. וראה ש' ורהפטיג, דיני מתווך במשפט העברי, ירושלים תשמ"ו, עמ' 89־90.

[עוד ראה ש"ך, שם, סימן קעו, ס"ק טז, שמכירה באשראי על ידי השליח אינה רשלנות בעלמא מצדו (פשיעה), אלא היא מעשה נזיקין, ועל כן אינו נהנה מהפטור בגין "בעליו עמו". וראה משפט שלום, שם, סעיפים ח, ט, י. הוא מסייג את דברי ש"ך, וקובע שאין דבריו אמורים אלא כאשר אין זה מקובל למכור באשראי כלל. אבל אם דרך מקצת אנשים למכור באשראי, אף שגם זה אסור על השליח (ראה רמ"א, לעיל), השליח אינו נחשב למזיק אלא לרשלן בלבד].

41 ראה שו"ת משפטי שמואל (קלעי), סימן נב, הדן בשליח שנשלח למכור סחורה לקונה מסוים, ונודע לו שהקונה עומד לפשוט את הרגל, ואף על פי כן ביצע את השליחות כלשונה וסיפק לו את הסחורה, דבר שגרם לפגיעה באינטרס של שולחו, שלא קיבל תמורה מלאה לסחורתו. 'משפטי שמואל' קובע שלשליח אסור היה לעשות את השליחות, וכותב "שזה נקרא שינוי מדעת משלחו, ופושע הוא, והיה לו לדקדק בתקנתו... שאף על גב שנתן לו רשות למוסרו ביד יהודה, מכל מקום בראותו ההיזק, היה ראוי להישמר. וכי אם אדם הרשה לחבירו להוליך סחורתו במקום אחד אשר לא ידע המשלח שיש בו סכנה, והשליח הלך במקום הסכנה ונפסד הממון, האם לא יקרא פושע, שנאמר שלא רצה לעבור על דעת משלחו? פשיטא שאין סברא בזה כלל". והשווה שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן נ. וראה גם מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן א (בסופו). וראה דיוננו על סעיף 8, ליד ציון הערה 31.

42 להלן, בדיוננו על סעיף 5(ב), נעסוק בפעולה בלתי צפויה הדרושה לשמירה על ענייני השולח שלא נכללה בהרשאה המקורית. גם שם על השליח לסטות מהוראות השולח כדי לשמור על ענייניו, אלא שבשונה מדיוננו כאן, העוסק בהימנעות מפעולה שתזיק לשולח, סעיף 5(ב) עוסק בביצוע פעולה אקטיבית על ידי השליח.

ב. להשלמת התמונה יש להצביע על סייג חשוב לטענת "לתקן שלחתיך ולא לעוות", והוא כשהשליח פעל בסבירות על פי אומדן דעתו של השולח. לעתים הרשאת השליח אינה מפורטת דיה ואינה כוללת פרטים בדבר אופן ביצוע השליחות. במקרים אלו על השליח לאמוד את רצון השולח ולפעול על פי אומדן דעת זה. ייתכן שלאחר מעשה יתברר שהשליח לא אמד נכונה את רצון השולח, ולשולח נגרמו נזקים עקב כך. כשפעולת השליח הייתה סבירה, ומבחינה אובייקטיבית לא הייתה מניעה לנקוט אותה, אין השולח יכול לבטל את השליחות בטענה של "לתקן שלחתיך ולא לעוות".

סייג זה נלמד מדברי המשנה העוסקת בשליח שהתמנה להפריש תרומה מתבואתו של השולח, אך אינו יודע את כמות התבואה שעליו להפריש. על כך אומרת המשנה[43]: "האומר לשלוחו צא ותרום, תורם כדעתו של בעל הבית. אם אינו יודע דעתו של בעל הבית, תורם כבינונית, אחת מחמשים. פיחת עשרה או הוסיף עשרה – תרומתו תרומה". ממשנה זו עולה שאף אם השליח יפריש תרומה בכמות גדולה מן הכמות שהשולח טוען שהתכוון לה, אין השולח יכול לבטל את מעשיו[44]. התלמוד[45] מתחבט בשאלה מה בין הלכה זו לבין הכלל שלפיו יכול השולח לטעון כלפי שלוחו "לתקן שלחתיך ולא לעוות"? ותשובתו היא, שמכיוון שיש מי שמפרישים תרומה בעין יפה ויש מי שמפרישים בעין רעה, רשאי היה השליח לפעול בטווח אפשרויות זה על פי אומדן דעת השולח ("להכי אמדתיך")[46], ואין זו טעות המאפשרת לבטל את השליחות.

[43] משנה, תרומות ד, ד.

[44] יש לציין שמדובר בכמות סבירה, שיש רבים המפרישים כמותה ("פיחת עשרה", אך לא יותר מזה). על כך עמדו: שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן פה, ד"ה ולענין מה; שו"ת עין יצחק, חלק ב, אבן העזר, סימן טו, ד"ה (ד) ויש.

יש מן הראשונים שהטעימו שמידות ההפרשה האלו נחשבות כולן כפירוש מובהק להרשאת השולח (ולא רק פירוש אפשרי), ולכן הן במרחב שיקול דעתו של השליח בלא צורך שייוועץ בשולח. ראה: תוספות הרא"ש, קידושין מא ע"ב, ד"ה פיחת ("הילכך כשאמר לו 'צא ותרום', ולא פירש לו, דעתו שכל מה שיעשה שליח, יהא עשוי"); חידושי הריטב"א, שם, ד"ה פיחת ("פירוש. וכיון דאפשר בהאי אומדנא ושלחו סתם, ודאי על דעת כן שלחו, דאי לא, הוה ליה לפרושי. הלכך שליחותיה עבד"). וראה גם חידושי חתם סופר, כתובות ק ע"א, ד"ה ומ"ש ("דהרי בעל הבית יודע דאיכא בעלמא ג' מיני תורמים, ולא הודיע להשליח דעתו, על כן סמך עצמו על אומדנתו של השליח"). והשווה לעיל, הערה 14.

[45] בכורות סא ע"א. וראה גם כתובות ק ע"א.

[46] א. כך הבינו את דברי התלמוד פוסקים רבים. ראה למשל: שו"ת ישועות מלכו, יורה דעה, סימן עא, ד"ה אחר דשה"ט; שו"ת מהרש"ם, חלק ו, סימן קלה, ד"ה ונראה ליישב; שו"ת ציץ אליעזר, חלק ד, סימן ל, ד"ה הנה לפענ"ד. והשווה רמב"ם, הלכות תרומות, פרק ד, הלכה ז, המביא את דברי המשנה בנוסח שונה קצת: "האומר לשלוחו 'צא ותרום', תורם כדעתו של בעל הבית. אם היה יודע בו שהוא בעל עין רעה, מפריש אחד משש. ואם היה בעל נפש שבעה, מפריש אחד מארבעים. ואם אינו יודע דעתו, מפריש לו בינונית, אחד מחמשים. נתכוון לבינונית ועלתה בידו אחד מארבעים או אחד משש, תרומתו תרומה". מניסוח זה יש שהבינו שלדעת הרמב"ם, אם טעה השליח באומדן דעת השולח, יכול השולח לבטל את מעשיו (ורק כשהשליח התכוון להפריש כפי שהשולח רצה, אלא שבטעות הפריש כמות אחרת, לא ניתן לבטל את מעשיו). ראה פירוש מראה הפנים לתלמוד ירושלמי, תרומות, פרק ד, הלכה ד.

ב. לא כן כשהשליח שינה באיכות התבואה, ובמקום להפריש מן התבואה הבינונית, הפריש מן התבואה היפה, שם יכול השולח לבטל את שליחותו בטענת "לתקן שלחתיך ולא לעוות" (ראה בבא מציעא כב ע"א, וראה עוד דיוננו בסעיף 6, הערה 39). ומאליה עולה השאלה: מה ההבדל ביניהם? התוספות (בבא מציעא כב ע"א, ד"ה ואם לאו; כתובות צט ע"ב, ד"ה פיחת) עומדים על שאלה זו ומסבירים שבעניין הכמות, לא

סייג נוסף שמצביע עליו אחד מן האחרונים[47] הוא, שאם השליח פגע באינטרס של השולח בשל בעיה הלכתית שאינה ידועה לכל, באופן שגם השולח היה טועה בה באותה מידה, אין עילה לשולח לבטל את השליחות: "והכלל בזה, דטעות בדין שאינו ידוע לכל, ויכול להיות שגם המשלח היה עושה כן מחמת חסרון ידיעה, והשליח נתכוון לטובת המשלח, לא בטל השליחות"[48].

ג. לסיום עניין זה, יש להעיר שהאפשרות הניתנת לשולח לטעון כלפי שלוחו "לתקן שלחתיך ולא לעוות" ולהפוך את פעולת השליח לפעולה בלא הרשאה פוגעת לכאורה קשות ביעילותה הכלכלית של השליחות. היא עלולה להרתיע צדדים שלישיים מלהיזקק לשלוחים מחשש שמא השולח יתנער מפעולתם באמתלה שהשליחות נעשתה שלא מתוך הגנה מרבית על האינטרסים שלו. גם בעניין זה נרחיב בדיוננו על סעיף 6.

(2) נוהג

עד כה ראינו שהשולח מקפיד שהשליחות לא תיעשה באופן הפוגע באינטרסים שלו, והשאלה היא: האם הוא מקפיד גם שהשליחות לא תיעשה באופן החורג ממנהג העולם, אף שחריגה זו אינה פוגעת באינטרסים שלו? לדעת 'מחנה אפרים'[49], שאלה זו תלויה במחלוקת הראשונים בעניין בעל המורה לשלוחו לתת גט לאשתו אחרי שייטול ממנה חפץ מסוים[50]. לדעת התוספות[51], אם השליח עשה את שליחותו באמצעות שליח משנה[52], אף ששליח המשנה עשה

חרג השליח מן הנוהג המקובל (שהלוא יש הנוהגים להפריש בעין יפה), מה שאין כן בעניין האיכות, שאין נוהגים להפריש מן היפות. וראה עוד לעיל, הערה 14.

ג. בית מאיר, אבן העזר, סימן לט (בסופו), מחיל סייג זה על הלכה נוספת. בדיוננו לעיל, ליד ציון הערה 20, ראינו שכאשר נתאנה השליח, יכול השולח לבטל את השליחות, והדברים אמורים אף כשנתאנה השליח בסכום פעוט שרגילים למחול עליו. לדעת 'בית מאיר', שונה הדבר בשליח שקנה מוצר שיש בו פגם פעוט שיש בני אדם שאינם מקפידים עליו, שמשלא הזהיר השולח את השליח מפני קניית מוצר שיש בו פגם כלשהו, יכול השליח לומר "בהכי אמדתיך", שגם אתה אינך מקפיד על פגם פעוט זה. דברי 'בית מאיר' מובאים ומוטעמים בפד"ר ח, עמ' 261, בעמ' 272: "דברי בית מאיר מבוססים על אדני ההגיון; אף שגם בפחות משתות מדרכם של בני אדם למחול, ההבדל הוא יסודי, כי בפחות משתות המחילה היא לאחר שכבר נעשתה המכירה, לכן לא ידרוש את ביטולה ויוותר עליה. אך לא יוותר מראש על סכום כל שהוא אם רק יידע שהמוכר דורש מחיר מופרז, כי למה לו לשלם יותר במקום שניתן להשיג את הדבר במחיר נמוך? אבל בהוסיף עשרה או במום קטן, הרי יש בני אדם שעושים את זאת מלכתחילה, שמוותרים על מום קטן ביודעין [צ"ל: ביודען] את המום או שמוסיפים עשרה מתוך כוונה תחילה, לכן יכול השליח לומר 'בהכי אמדתיך'". ועדיין צריך עיון.

[47] שו"ת תולדות יצחק (קדישוויץ), סימן עג, ד"ה והנה המשנה למלך וד"ה ולכן.

[48] על פי עיקרון זה, הוא מיישב את קושייתו של משנה למלך, הלכות אישות, פרק ז, הלכה כ, ד"ה ועוד נסתפקתי. 'משנה למלך' תמה על הלכת התלמוד (קידושין נב ע"ב), ולפיה שליח לקידושין שקידש עבור שולחו אחת מחמש בנותיו של פלוני, הרי אלו "קידושין שאינם מסורים לביאה", ועל כן זקוקות כל הבנות לגט. שואל 'משנה למלך': הלא אם קידושין אלה אינם מסורים לביאה, אין לך עיוות גדול מזה, ומדוע אין אומרים בכגון זה "לתקן שלחתיך ולא לעוות"? כאמור, התשובה שמציע הרב קדישוויץ היא, שכאשר העיוות אינו ניכר לעין כל (כגון בשל אי־ידיעת הדין), אין אומרים "לתקן שלחתיך ולא לעוות", שכן אפילו אם השליח היה מתייעץ עם השולח בטרם ביצוע השליחות, יש להניח שהשולח היה מאשר את הפעולה.

[49] ראה מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן ג.

[50] ראה גיטין כט ע"א־ע"ב.

[51] תוספות, גיטין כט ע"ב, ד"ה רבי יוחנן.

[52] וזאת גם בנסיבות שמותר לשליח למנות שליח משנה להוליך את הגט (כגון שחלה). ראה דיוננו על סעיף 16.

את השליחות על הצד הטוב ביותר והקפיד ליטול את החפץ מן האישה לפני שנתן לה את הגט, אין תוקף לשליחות זו, משום שדרכם של בני אדם להקפיד שחפצים שלהם לא יעברו לידיים זרות, כי "אין רצונו שיהא פקדונו ביד אחר". לעומת זאת, ראשונים אחרים[53] סבורים שאם לא הייתה הוראה מפורשת של השולח לביצוע הפעולה דווקא על ידי השליח עצמו, השליחות תקפה[54].

כאמור, לדעת 'מחנה אפרים', מוקד המחלוקת בין הראשונים הוא בשאלה: האם שינוי של השליח מ"מנהג העולם" עולה כדי חריגה מן ההרשאה, אף כשהשינוי אינו פוגע בשולח?[55].

[53] ראה: רש"י, גיטין כט ע"ב, ד"ה ואזל; רמב"ם, הלכות גירושין, פרק ט, הלכה לה.

[54] כל עוד הקפיד שליח המשנה לבצע את הפעולות לפי הסדר הנדרש. וכך הם מפרשים את טענת השולח במשנה, "אין רצוני שיהיה פקדוני ביד אחר", היינו אין רצוני שיישאר החפץ ביד האישה לאחר מסירת הגט לידה.

[55] ניתן לקשור שאלה זו גם במקורות הבאים:

(1) לדעת שו"ת קול מבשר, חלק א, סימן א, אפשר ששאלה זו תלויה בחילוף גרסאות בין שתי סוגיות הדנות בשליח שנצטווה לכתוב גט "פשוט" וכתב "גט מקושר" או להפך (על ההבדל בין שני סוגי הגטין, ראה אנציקלופדיה תלמודית, כרך ה, ערך גט מקשר, עמ' תשיז). התוספות (בבא בתרא קסה ע"א, ד"ה באתרא) מעיירים שלפי הגרסה בסוגיית קידושין מט ע"א, עולה שאם יש "מנהג מדינה" לאופן כתיבת הגט (בין מקושר בין פשוט), תולים שלכך נתכוון השולח, אף אם ציווה לכתוב גט סתם. ואם שינה השליח מן המנהג, נחשב כמי שעבר על דעת שולחו. לעומת זאת, לפי הגרסה בסוגיית בבא בתרא קסה ע"א, עולה שהשליח נחשב כמי שעבר על דברי שולחו רק אם שינה מהוראתו המפורשת בעניין זה. והשווה להלן, הערה 335, גישת הרב קוק.

(2) בכתובות צט ע"ב, דן התלמוד בשליח שפיצל את מכירת הקרקע של השולח ליותר מאדם אחד (ראה דיוננו להלן, ליד ציון הערה 70 ואילך). להלן, בהערה 71, נביא את גרסתם של רבנו חננאל (הובאו דבריו בתוספות, שם, ד"ה אמר. וראה על דבריו עוד להלן, הערה 71), והרי"ף (כתובות נז ע"ב, בדפי הרי"ף), ממנה עולה לכאורה שלהלכה יש להתחשב ב"מנהג העולם" לצמצם את היקף ההרשאה, רק כשעולה השאלה בפרשנות ההרשאה. אשר על כן, אם השולח הורה בפירוש למכור לאחד (אף שלא אמר "ולא לשניים"), אין השליח יכול למכור ליותר מאחד, שכן דרך העולם להקפיד בכגון זה, שלא להרבות שטרות לחובתם. אבל כל זמן שלא אמר בפירוש "מכור לאחד", יכול השליח למכור לשניים ואף יותר, אף שדרך העולם להקפיד שלא להרבות בשטרות. ראה נתיבות המשפט, סימן קפב, ס"ק י. ברם, להלן, הערה 72, נראה שלא כך עולה מדברי הרמב"ן ושולחן ערוך בהבנת שיטת הרי"ף, ולדעתם יש מקום לקפידה על מנהג העולם, גם כשלא מצאה את ביטויה בלשון ההרשאה. וראה עוד שיטה מקובצת, כתובות צט ע"א, ד"ה וכתב, שהביא בשם תלמיד הרשב"א: "לא ניחא לי דליפוש שטרי עלואי... ולאו דוקא כשאמר לו לעשות דבר פלוני והוא עבר על דבריו, אלא הוא הדין [אם] עשה מעצמו, כל שעשה דבר שרוב העולם מקפידים בו, הויא קפידא".

(3) וראה עוד שער משפט, סימן קפב, ס"ק ב, הנוקט כדבר פשוט שבדבר שהוא "מנהג העולם" נקרא "עובר על דברי שולחו", גם בלי שיאמר זאת לשליח. הוא מוכיח כן מדין התלמוד (בבא בתרא קסט ע"ב) בשולח לקנות לו קרקע סתם וקנאה שלא באחריות (וצריך עיון על ראיה זו, שכן אפשר שסיבת הביטול היא בשל טענת השולח "לתקן שלחתיך", כלשון התלמוד שם). אלא שהקשה על קביעה זו מהסיפור המובא במשנה (בבא מציעא ז, א), בבנו של רבי יוחנן בן מתיא, שנשלח בשם אביו לשכור לו פועלים, והלך הבן ועשה כן, והתנה עם הפועלים שייתן להם שיעור מזונות מעבר למקובל, ועל כך אמר לו אביו, שעד שלא יתחילו במלאכתם, ימהר לחזור בו ולסכם אתם את שיעור המזונות, שאם לא כן: "אפילו אם אתה עושה להם כסעודת שלמה בשעתו, לא יצאת ידי חובתך עמהן, שהן בני אברהם יצחק ויעקב". אם נכונה הקביעה שכל המשנה ממנהג העולם נחשב כעובר על דעת שולחו, מדוע דרש רבי יוחנן בן מתיא מבנו שימהר להסדיר את העניין טרם כניסתם של הפועלים לעבודה? והלוא מנהג העולם לזון את הפועלים באופן סביר, ודין השליחות אפוא להיבטל מאליה! לדחיית קושיית 'שער משפט', ראה: שו"ת קול מבשר, חלק א, סימן א, אות ב; הרב ש' ורנר, "בענין שליח שעבר על דברי משלחו", ספר הזיכרון למרן הגרש"ב ורנר (ירושלים

יש אומרים[56] שצמצום השליחות בשל ההנחה שהשולח מקפיד על ביצועה בדרך המקובלת אינו מוחלט, והשולח יכול אפוא להבהיר בדיעבד שלא התכוון להקפיד. ואם יעשה כן, יתברר למפרע שהשליח לא חרג מהרשאתו.

(3) ביצוע חלקי של השליחות

להלן[57] נרחיב את הדיבור על שיטתם של הפוסקים, שלפיה הרשאתו של השולח מתפרשת באופן דווקני, וכל סטייה ממנה נחשבת לחריגה בלא קשר לבחינת אומדן דעתו של השולח. אולם גם פוסקים אלה מודים שביצוע חלקי של השליחות אין בו חריגה מן ההרשאה, אלא אם אומדים את דעתו של השולח שהוא מקפיד על ביצוע שלם של השליחות. כך הם מבארים על פי דרכם את התלבטות התלמוד[58] בעניין שליח שבמקום למכור יחידת שטח של כור מנכסי השולח ("זבן לי כורא"), מכר רק את מחצית השטח ("וזבן ליה ליתכא"). התלמוד מתלבט בשאלה: האם מכירה חלקית מטיבה עם המוכר (ואין לו קפידה), או שמא מרעה עמו (ויש לו קפידה)?[59]. ברור שאילו ביצוע חלקי של השליחות היה מוגדר כחריגה, לא היה מקום, לשיטתם, להתלבטות זו, אלא שכאמור, הם טוענים שביצוע חלקי כשלעצמו אינו בגדר חריגה, וכל הספק אינו אלא אם השולח מקפיד על ביצוע חלקי של השליחות אם לאו[60].

תשנ"ו), עמ' קכא, בעמ' קכה־קכו. לדעתם, יש לדחות את קושיית 'שער משפט', משום שאם השולח מודע לעובדה שהשליח עבר על דבריו ולא מנע מן הפועלים להתחיל בעבודתם, שוב אינו יכול להתנער מהתחייבות שלוחו. ליישוב קושיית 'שער משפט' בדרך אחרת, ראה עוד פסקי דין ירושלים ג, עמ' פז.

[56] אמנם משנה למלך, הלכות אישות, פרק ז, הלכה כ, מתלבט בדבר, אבל ראה אוצר הפוסקים, אבן העזר, סימן לה, סעיף ז, ס"ק מג, אות ג.

[57] ראה הנספח לסעיף זה, עמ' 302.

[58] ראה כתובות צט ע"א.

[59] מחד גיסא, השינוי של מכירה חלקית רע לשולח, שכן ריבוי קונים מחייב גם ריבוי שטרות, ו"לא ניחא לי דליפשו שטרי עילואי" (נאמרו בזה שני טעמים: או משום שפיצול המכירה בין קונים רבים יוצר תחושה שהמוכר נמצא בלחץ כלכלי וזקוק לתזרים מזומנים, ועל ידי כך יורד ערך נכסיו; או משום שפיצול המכר עלול לחייב את המוכר להתדיין עם כל אחד מן הקונים בנפרד). מאידך גיסא, הוא מיטיב עם השולח, שהוא מותיר בידיו את האפשרויות פתוחות, "דאי לא מצטרכי לך זוזי [רש"י: ותתחרט במכירתך], לא מצית הדרת [רש"י: לא היית יכול לחזור אם מכרתיה]").

[60] ראה: שו"ת שערי רחמים (פרנקו), חלק א, חו"מ, סימן ה, ד"ה ואולם; שו"ת צמח צדק (שניאורסון), אבן העזר, סימן נה, אות ה; אבני החושן, סימן קפב, ס"ק יז; שו"ת עזרת כהן, סימן סד (וראה עוד שם, סימן סה): "וכי מי שאינו יכול לעשות את כל חלקי השליחות, אפילו חלק אחד לא יעשה? ופשיטא שכל זמן שאין לנו הוכחה על קפידתו, אין לנו לחדש ולומר שהוא מקפיד". והשווה נתיבות המשפט, סימן קפב, ס"ק י (ובספרו בית יעקב, כתובות צח ע"א, סוגיא דאלמנה שהיתה), שנדחק בביאור סוגיית "כורא וליתכא" אליבא דשיטה זו, שלדעתו עצם השינוי גורם לביטול השליחות (ולא טענת ריבוי השטרות). אבל ראה גם עטרת שמואל (רוזנבאום), כתובות צט ע"א, ד"ה איכא דאמרי, מה שהשיג על דבריו.

[לאור הקביעה שביצוע חלקי אינו נחשב לחריגה, הרב קוק רוצה ליישב את דברי בית שמואל, אבן העזר, סימן קל, ס"ק כט. 'בית שמואל' דן בבעל המגרש את אשתו על ידי שלושה שלוחים, וממנה אותם שיכתבו את הגט ויחתמו עליו שלושתם (על ריבוי שלוחים, ראה דיוננו בסעיף 17). הוא מחדש שאם מת אחד מהם (ולא ניתן אפוא להחתים את שלושתם), יש עצה להכשיר את הגט (ולמנוע עגינות) על ידי שיימנעו השלוחים הנותרים מלחתום על הגט, ויסתפקו רק במסירתו לידי האישה (ועל זה לא נצטוו להיות שלושתם דווקא), שכן בדיעבד די בעדי מסירה בלבד. אחרונים אחדים (שהובאו בפתחי תשובה, שם, ס"ק יא) השיגו על דבריו, כשאחת מטענותיהם היא שבלי חתימת כולם, נחשבים השלוחים כמי שעברו על דברי שולחם! הרב קוק מיישב שאלה זו לאור העיקרון שעמדנו עליו, ולפיו כשהשליח נשלח לכמה משימות שאינן קשורות

ג. פרשנות מרחיבה

(1) כללי

יש פוסקים הסבורים שכשם שאומדן דעתו של השולח עשוי להביא לפרשנות מצמצמת של ההרשאה המפורשת, כפי שראינו עד כה, כך אומדן דעתו של השולח עשוי להביא לפרשנות מרחיבה של ההרשאה המפורשת. כלומר, אף שהשולח התייחס בהרשאתו לאופן ביצוע השליחות, אין לפרש את ההרשאה באופן דווקני ולשלול את ביצוע השליחות באופן שונה מן המפורש, אלא מתוך אומדן דעת השולח אפשר לפרש את ההרשאה באופן מרחיב, ופעמים אפילו באופן המוציא את לשון ההרשאה מידי פשוטה[61].

מהרשד"ם[62] דן בעניינו של שליח שנדרש למסור חפץ של השולח לפיקדון "ביד לוי וביד יהודה". משביקש השליח לעשות כן, פגש את לוי, שאמר לו שימסור אותו ליהודה בלבד, ודי בכך שהוא, לוי, מודע למסירה. הנכס אבד ליהודה, והשולח בא בתביעה כלפי שלוחו, שמכיוון שסטה מן ההרשאה המפורשת שקיבל, הרי הוא כמי שפעל בלא הרשאה, והוא נושא באחריות לאבדן הנכס. מהרשד"ם דוחה את טענת השולח וקובע שפעולת השליח הייתה בהרשאה, "שכל שהוא מדעת חברו [במקרה הזה, שהמסירה ליהודה נעשתה על דעתו של לוי], כמו בפניו דמי"[63]. והוא מסביר: "והטעם, דבכל המקומות אנו הולכים אחרי אומד הדעת, וכמו שהייתי יכול להביא ראיות רבות מן הגמרא ומן הפוסקים, אלא שאין צורך להאריך בזה, דזיל קרי בי רב הוא [כלומר, זהו דין פשוט וברור לכל]".

להלן נמשיך בהצגת גישת הפוסקים, שלפיה אף שהשולח ניסח את הוראותיו לשליח באופן המצמצם לכאורה את הרשאתו, אפשר לומר שלא זאת הייתה כוונתו, וכך להרחיב את ההרשאה[64]. הסוגיה התלמודית הראשונה שעליה מסתמכים הפוסקים, מרחיבה את ההרשאה

בהכרח זו בזו, העניין תלוי בקפידה (ואפילו לגישה הפורמליסטית, אין לראות בביצוע חלקי משום סטייה מן הניסוח הדווקני של ההרשאה). וכך הוא מוכיח מסוגייתנו: "וראיה ברורה יש להביא לדין זה מכל דיני שליחות, דקיימא לן שאם אמר לו לעשות שליחות גדולה, ועשה חלק מהשליחות, שדוקא אם יש לנו לתלות דלא ניחא ליה בכל השליחות כי אם בשלמותה, אז הוי כמעביר על דבריו. אבל אם אין אנו מוצאים קפידא, אז אנו אומרים שכל חלק של השליחות נכלל בדין השליחות. ומשום הכי אמרינן בגמרא דכתובות צ"ט, דהיכא דאמר ליה 'זבין לי כורא', וזבין ליה ליתכא, דהוי כמעביר על דבריו רק משום דיש קפידא בדבר, דמצי אמר ליה 'לא ניחא לי דליפשו שטרי עילואי'. אבל בלא טעם זה, אין שום קפידא לומר שהשליחות בטלה מפני שלא עשה את כולה, מפני שאנו אומרים שכל חלק מהשליחות נחשב לשליחות כל זמן דליכא קפידא". כאמור, שיקול זה מקובל גם על מי שסבור שבעיקרון, הרשאת השולח צריכה להתפרש באופן דווקני בלא קשר לאומדן דעתו, שכן ביצוע חלקי אינו סותר את ההרשאה המפורשת.]

[61] לגישה פורמליסטית יותר בפרשנות ההרשאה, ראה להלן, בנספח לסעיף זה, עמ' 302.

[62] שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן קכז.

[63] וראה ראיותיו שם, שמשמעות "לפניו" היא בידיעתו.

[64] וראה שולחן ערוך, חו"מ, סימן קפב, סעיף א: "עבר השליח על דעת משלחו, לא עשה ולא כלום". ולהלן, סימן קפח, סעיף ה: "כל היכא שהשליח משנה מדעת המשלח, בטל השליחות מכל וכל". אף מנוסח הלכות אלה, המדגישות את דעת השולח, ניכר לכאורה שהעיקר הוא שהשליח עבר על דעתו של השולח, ולא די בכך שעבר על דבריו גרידא. אולם ראה באר הגולה, שם, סימן קפב, אות ז, המפנה לכלל "לתקוני שדרתיך ולא לעוותי". כלומר, לדעתו כוונת 'שולחן ערוך' אינה להרחיב את ההרשאה אלא לצמצמה, באופן שאם השליח עבר על דעת השולח ועיוות, השליחות בטלה, אף שהוא לא עבר על דבריו (כלומר, הוא מפרש את דברי 'שולחן ערוך' באופן שחוזר לעקרונות שראינו לעיל, ואינו מסיק מדבריו אפשרות של הרחבת ההרשאה). לעומתו ראה ביאור הגר"א, שם, ס"ק ז, וכן בסימן קפח, ס"ק יד, המפנה לסוגיות בגיטין

מתוך אומדן דעתו של השולח, שלא התכוון אלא לתת לשליח עצה טובה להצלחת השליחות ("מראה מקום הוא לו"); ואילו הסוגיה השנייה מרחיבה את ההרשאה מתוך הנחה שהשולח לא הקפיד על ניסוח מדויק. בנספח[65] נראה שגישה זו אינה מקובלת על כל הפוסקים.

(2) "מראה מקום הוא לו" ועוד

א. מסוגיות אחדות עולה שלעתים ניתן לפרש את דברי השולח לא כהוראה דווקנית אלא כהמלצה. המשנה[66] אומרת: "האומר [=לשליח] 'תן גט זה לאשתי במקום פלוני', ונתנו לה במקום אחר – פסול... האשה שאמרה 'התקבל לי גיטי במקום פלוני', וקיבלו לה במקום אחר – פסול. ורבי אלעזר מכשיר". כששינה השליח של הבעל מהוראתו ונתן את הגט במקום אחר, נחשב הדבר חריגה מן ההרשאה. אבל אם שינה שליח האישה וקיבל את הגט במקום אחר, לדעת רבי אלעזר, אין בכך חריגה מן ההרשאה. התלמוד עומד על הבחנה זו בין הבעל לבין האישה, ומסביר שכיוון שעל פי דין תורה הגירושין תלויים באופן בלעדי ברצון הבעל, סביר לפרש את הוראת הבעל באופן דווקני. לעומת זאת, מאחר שמדין תורה האישה מתגרשת גם בעל כורחה, אין זה סביר לפרש את הוראתה לשליח באופן דווקני, אלא סביר יותר להניח שהיא מעוניינת לקבל את גטה בכל מקום. אם ציינה מקום מסוים לשליח, אין זה אלא משום ש"מראה מקום היא לו". כלומר, כוונתה הייתה רק להפנות את השליח למקום המשוער שבו נמצא בעלה, כדי שיצליח בשליחותו, אבל אין היא מקפידה על קבלת הגט במקום זה דווקא. נימוקם של חכמים (החולקים על רבי אלעזר, והלכה כמותם) לא נאמר בתלמוד, והשאלה היא, האם הם חולקים על רבי אלעזר באופן עקרוני, ולדעתם שינוי כל שהוא מבטל את השליחות, גם אם אין היגיון בהקפדה? או שמא המחלוקת היא רק בשאלה אם סביר לפרש גם את דרישת האישה באופן דווקני. בשאלה זו נחלקו הפוסקים[67], אך דומה שהדעה המקובלת היא שאין ביניהם מחלוקת עקרונית, ואם אין טעם בהקפדה, דברי השולח אינם מתפרשים באופן דווקני[68]. זאת ועוד, כמה מן הנוקטים את הגישה הדווקנית מסייגים אותה וקובעים שאם הסטייה מיטיבה עם השולח, ודאי שהשולח אינו מקפיד עליה[69].

ובכתובות, שמהן נלמד להלן על הרחבת היקף ההרשאה מחמת אומדן דעת השולח. נמצא שעל פי דרכו של הגר"א, כוונת 'שולחן ערוך' היא גם שאפשר להרחיב את היקף השליחות על פי אומדן דעת השולח, ושאין להיצמד ללשון ההרשאה. וראה גם פתחי חושן, הלכות פיקדון ושאלה, פרק יב, הערה א. אבל השווה צור תעודה, הלכות שלוחין, פרק א, הלכה ב, שמלשון הרמב"ם, שנקט לשון "שליח שעבר על דברי משלחו", דייק להפך, שהכל תלוי בנוסח ההרשאה. אבל ראה מטה שמעון, חו"מ, סימן קפב, הגהות הטור, אות לב. וראה הנספח לסעיף זה להלן, עמ' 302.

[65] להלן, עמ' 302.

[66] משנה, גיטין ו, ג; גיטין סה ע"א.

[67] ראה להלן בנספח לסעיף זה, ליד ציון הערה 280 ואילך.

[68] ראה לדוגמה שו"ת משאת בנימין (סולניק), סימן צז: "דאטו אם אמר המשלח למשוך המקח הזה לבית פלוני, והלך השליח ומשך לבית אחר, וכי בשביל זה יבטל המקח?!". וראה שו"ת איגרות משה, אבן העזר, חלק א, סימן קמד, שסיכם את הדעה המקובלת על האחרונים (המובאים להלן, בנספח לסעיף זה, הערה 295): "דבלא טעם להקפיד, אמרינן שהוא שלוחו בכל אופן, אף שאינו כמו שאמר לו". ועוד ראה: פסק דינו של הרב נשר, פד"ר ט, עמ' 16, בעמ' 46; פתחי חושן, הלכות פיקדון ושאלה, פרק יב, הערה א; אטינגר, פרקי שליחות, עמ' 87, הערה 5 [="חריגת שליח מן ההרשאה במשפט העברי", שנתון המשפט העברי, כרך ט־י (תשמ"ב־תשמ"ג) 29, בעמ' 32, הערה 8].

אם כי השווה שו"ת מהרי"ק, שורש ו: "דכל היכא שהשליח משנה מדעת המשלח, בטל השליחות מכל וכל,

ב. דוגמה נוספת לכך שלפעמים מפקיעים את לשון ההרשאה מפשוטה מובאת בתלמוד בעניין מי שנשלח למכור שדה. התלמוד[70] אומר: "פשיטא: אמר [השולח לשליח למכור] לאחד ולא לשנים, האמר [=הרי אמר] לאחד ולא לשנים!". כלומר, אם השולח הודיע בפירוש שהוא מתנגד לפיצול המכירה בין מספר קונים, אין ספק שאם השליח מפצל את השדה למספר יחידות ומוכר אותן ליותר מקונה אחד, הוא פועל בחריגה מן ההרשאה. אך מה הדין, שואל התלמוד, אם השולח דיבר על מכירה "לאחד", אך לא שלל בפירוש מכירה למספר קונים? ובלשון התלמוד: "אמר לו לאחד סתמא, מאי?". כאן אין הדבר חד־משמעי, שכן אפשר אמנם שהשולח־המוכר מתנגד לפיצול המכר בין מספר קונים, ועל כן הדגיש ואמר "לאחד". אולם אפשר גם שאינו מקפיד על כך, ושהעיקר מבחינתו הוא שהשדה תימכר, יהיה זה אפילו לקונים אחדים, וכשאמר 'לאחד' לא דקדק בלשונו[71]. בשאלה זו נחלקו האמוראים: "רב הונא אמר: לאחד ולא לשנים; רב חסדא ורבה בר רב הונא דאמרי תרווייהו: לאחד ואפילו לשנים,

ואפילו לענין ממון", ובשורש כז הטעים: "דבשינוי כל דהו פקע תורת שליחות מהשליח". ומכאן לכאורה שרבי יוסף קולון סבור שכל סטייה מהוראה מפורשת של השולח מבטלת את השליחות מכל וכל, אפילו לא נאמרה על דרך ההקפדה. אמנם ראה מחנה אפרים, על הרמב"ם, הלכות גירושין, פרק ט, הלכה לג, ד"ה ואם. הוא סבור שמהרי"ק לא דיבר אלא במקרים שבהם מוכח מניסוח ההרשאה שהוראת השולח נאמרה "בדרך קפידא". אולם ראה להלן, הערה 316, שממה שפסק מהרי"ק עצמו בשורש קיב לא נראה כן. וראה גם צור תעודה, הלכות שלוחין, פרק א, הלכה ב (כו ע"א), ד"ה ולפק"ד, מה שהשיג על דברי 'מחנה אפרים'. וראה עוד שו"ת עזרת כהן, סימן סה, אות ו, שגם הוא סבור שלא דיבר מהרי"ק אלא בשולח שהוראתו לשליח נאמרה בדרך קפידה ("אם יש קפידא בדבר אז אפילו בשינוי קטן גם כן השליחות בטלה לגמרי"). אך הוא מבהיר שיש שהשליח נחשב כמי שעשה פעולה אחרת ממה שנתבקש לעשות, ואז פעולתו בטלה מאליה בלא קשר להקפדת השולח ("אם הדבר שעשה הוא לגמרי דבר אחר, ואינו זה הדבר ששלח אותו, אז אמרינן שאף על פי שקפידא ממש אין כאן, אבל שליחות גם כן אין כאן, וממילא הוי בכלל קפידא וחמיר מינה"). וראה ביתר הרחבה להלן, בנספח לסעיף זה, ליד ציון הערה 331.

69 ראה משנה למלך, הלכות שלוחין ושותפין, פרק א, הלכה ב. וראה נתיבות המשפט, סימן קפב, ס"ק י (וראה ביתר הרחבה בספרו בית יעקב, כתובות צח ע"א, סוגיא דאלמנה שהיתה), המבקש על בסיס הנחה זו להסביר את מהלך סוגיית "כורא וליתכא" (ראה לעיל, הערה 58). וראה מה שהשיג עליו עטרת שמואל (רוזנבאום), כתובות צט ע"א, ד"ה איכא דאמרי.

70 כתובות צט ע"ב.

71 צדדי הספק לא נתבארו בתלמוד. מדברי רש"י (שם, ד"ה האמר), עולה שהדיון בסוגייתנו הוא דיון המשך לסוגיית "כורא וליתכא", הדנה בשליח שמכר רק מחצית מן הקרקע שנתבקש למכור, שם נתבאר שהספק הוא אם השולח מקפיד על ריבוי שטרות (ראה לעיל, ליד ציון הערה 59). בהנחה שבסתם אין השולח מקפיד על ריבוי שטרות, השאלה העולה בסוגייתנו היא: האם שונה הדין כאשר השולח ביקש מן השליח למכור את השדה "לאחד"? האם יש לפרש את "לאחד" כהקפדה או כשגרת לשון גרידא (ראה: רש"י, שם, ד"ה לאחד ואפי' לשניים; שו"ת חוות יאיר, סימן רלב). ומכאן שהשינוי מנוסח ההרשאה כשלעצמו אינו עילה לביטול השליחות, אלא אם כן יש טעם בהקפדה (מניעת ריבוי שטרות). וכך הסיק מדברי רש"י, מטה שמעון, חו"מ, סימן קפב, הגהות טור, אות לב (והשווה שו"ת שערי רחמים (פרנקו), חלק א, חו"מ, סימן ה, ד"ה ואולם הנכון, וד"ה איברא, הטוען שגם לפי רש"י, מאחר שהשולח אמר למכור "לאחד", הרשאתו מתפרשת באופן דווקני, וברור שהמכירה לקונה השני אינה תקפה, ולא נזקק רש"י לשאלת הקפידה אלא כדי לברר אם העסקה החלקית שנעשתה עם הקונה הראשון תקפה. על פירוש זה קשה ביתר שאת מה שהקשו התוספות, שם, ד"ה אמר. על גישתו הפורמליסטית הצבענו לעיל, ליד ציון הערה 60, ובהערה שם). והשווה תוספות, שם, ד"ה אמר, שלדעתם, בשונה מרש"י, הספק בסוגייתנו שונה לגמרי מן הספק בסוגיית "כורא וליתכא" (שם הספק הוא אם השולח מקפיד על כך שייאלץ לחפש עדים נוספים לכתיבת שטר

לאחד ואפילו למאה". להלכה פסק הרמ"א[72] כדעה השנייה, היינו "לאחד ואפילו למאה". לפנינו אפוא דוגמה לכך שאף שבהרשאתו אמר השולח לשליח במפורש למכור את שדהו לקונה אחד, דבריו מתפרשים על דרך ההרחבה, שלא בדווקא, משום שמכיוון שאין דרך העולם להקפיד בכגון זה, אומדים את כוונת השולח שלא התכוון לצמצם את ההרשאה, ורק לא דייק בלשונו. אשר לשאלה אם ניתן ללמוד מכאן הוראה כללית, נרחיב בזה בנספח[73], ונראה שהעניין שנוי במחלוקת. עוד נרחיב בנספח בשאלה: מה דין הרשאה שהשולח התכוון להגביל אותה מטעם זה או אחר, ולאחר מכן השתנו הנסיבות או שהתברר שהשולח טעה בהערכתו, ואין עוד טעם בהגבלה? וגם בזה נראה שהעניין אינו נקי ממחלוקת.

המכירה השני, ואילו כאן הספק הוא אם השולח מקפיד על ריבוי בעלי דין). אולם גם מדבריהם עולה שהשינוי מנוסח ההרשאה כשלעצמו אינו מבטל את השליחות אלא אם יש טעם בהקפדה.

יש לציין שפרשנות זו, הן של רש"י והן של תוספות, היא בהתאם לגרסתם בתלמוד, שהמחלוקת בין רב הונא לרב חסדא היא כשההרשאה ניתנה "לאחד". ואולם לרבנו חננאל (מובא בתוספות, כתובות צט ע"ב, ד"ה אמר לאחד) ולרי"ף (כתובות נז ע"ב, בדפי הרי"ף) גרסה אחרת בתלמוד, ולפיה אין להביא ראיה לענייננו: "פשיטא: אמר לחד, קפידא, ואי זבין לתרי לא הוי זביניה זביני. אמר סתמא מאי? [=ברור שאם אמר (למכור) לאחד, יש הקפדה, ואם מכר לשניים, אין המכר מכר. אמר (למכור) סתם, מה הדין?]". כלומר, אם המוכר אמר בפירוש למכור לקונה אחד, יש לפרש את דבריו באופן דווקני, ומכירה לקונים אחדים תהיה בגדר חריגה מן ההרשאה. לפי גרסה זו, הספק אינו עולה אלא כשהשולח לא הזכיר מספר קונים כלל. אם כן, לגרסה זו, אין להביא מכאן ראיה לאפשרות של פירוש מרחיב מעבר למילות ההרשאה המפורשות. וראה לעיל, הערה 55. יחד עם זאת, אפשר שבעיקרון, גם הם סוברים שיש מקום לפירוש מרחיב, אלא שסברו שאין זה המצב בנסיבות העניין הנידון בסוגיה, שכן לדעתם, מוכח מלשונו של שולח שאמר למכור ל"אחד" שהוא מקפיד על כך.

וראה חשוקי חמד, כתובות צט ע"א, "אמר למתווך 'תמכור דירתי לאחד', ומכרה לשנים כי לא היו קונים", עמ' תקצו.

[72] רמ"א, חו"מ, סימן קפב, סעיף י, בשם "יש אומרים". אמנם התנאי לכך הוא שהמכר נעשה בשטר אחד בלבד, אבל אם נעשה בשני שטרות, המכר בטל, משום שוודאי השולח מקפיד שלא יוציאו כנגדו שטרות רבים (בהתאם לשיטת התוספות, לעיל, הערה 71).

לעומתו, 'שולחן ערוך' פסק הלכה על פי גרסת הרי"ף (לעיל, הערה 71): "אמר לו 'מכור שדה לאדם אחד', והלך השליח ומכרה לשנים, ממכרו בטל, שהרי עבר על דבריו. אמר ליה 'מכור שדה', ולא פירש, אפילו מכר למאה, ממכרו קיים. במה דברים אמורים? כשמכרה בשטר א' או כשמכרה בב' שטרות והחתימם השליח. אבל אם מכר לשנים בשני שטרות, ולא החתימם השליח, מכרו בטל" (שם, סעיפים י־יא). לכאורה, יש לתמוה על צמצום הלכת 'שולחן ערוך', שאין תוקף למכירה אלא אם נעשתה בשטר אחד, שהרי צמצום זה לא הוזכר אלא על ידי התוספות על פי גרסתם בסוגיית התלמוד, ואינו נדרש על פי גרסת הרי"ף (ראה לעיל, הערה 71). כך העיר נתיבות המשפט, סימן קפב, ס"ק י. ואולם מקורו של צמצום זה של 'שולחן ערוך', אף שאימץ את גרסת הרי"ף, הוא בדברי הרמב"ן, מלחמות ה', כתובות נז ע"ב (בדפי הרי"ף). מדבריו עולה המסקנה (שהצבענו עליה לעיל, הערה 55, אות ב), שכשיש מקום לקפידה מכוח מנהג העולם, בכוחה לבטל את השליחות, גם אם הקפדה זו אינה עולה מלשון ההרשאה.

[73] להלן, עמ' 302.

פרק שלישי

הרשאה משלימה – "השליחות חלה... על כל פעולה הדרושה..."

עד כה עסקנו בעניין שלא נידון בסעיף, והוא היקף ההרשאה העולה מפרשנותה של ההרשאה. עתה ניגש לדון בגוף הסעיף, ונראה שאף לפי המשפט העברי, היקף השליחות עשוי להיות רחב יותר מן המשתמע מלשון ההרשאה עצמה.

א. כללי

בסעיף שלפנינו נקבע כי היקף ההרשאה אינו מצטמצם לפעולות שאפשר לעגן אותן בפרשנות נוסח ההרשאה, וההרשאה כוללת גם את הפעולות הדרושות באופן סביר לביצועה התקין של השליחות. זוהי הרשאה משלימה. כאמור, החוק מדבר במפורש רק על תכלית השליחות כמקור להשלמת ההרשאה, אך מקובל לראות את הנוהג כמקור נוסף להשלמתה. כלומר, ההרשאה כוללת גם פעולות שנהוג שהשליח עושה אותן בנסיבות דומות, אף שאינן נחוצות להשגת תכלית השליחות. נסיבות אלה עשויות להיות קשורות בנושא השליחות או במעמדו של השליח[74], כפי שנרחיב להלן.

נשאלת השאלה: מה עמדת המשפט העברי בשאלת ההרשאה המשלימה? כפי שנראה להלן, כבר ממקורות קדומים עולה שיש פעולות שאף שאינן מעוגנות בלשון הרשאתו של השולח, אפילו לא בדרך של פרשנות מרחיבה, הרי שלאור תכליתה של ההרשאה או לאור נסיבות מתן ההרשאה, ברור שהשולח התכוון לכלול גם אותן בהרשאתו, ועל כן הן חלק ממנה. כלומר, כשם שאומדן דעת השולח משמש לפרשנות ההרשאה, כך הוא משמש להשלמתה.

יש לציין שדרך זו של הרחבת ההרשאה היא חידוש גדול יותר מהרחבת ההרשאה על דרך הפרשנות. בדיוננו על סעיף 3, ראינו שאין די באומדן הדעת גרידא כדי ליצור שליחות ושיש צורך בהבעת רצונו המפורש של השולח, שבלעדיו לא נוצרת שליחות. לכאורה, מה שאנו טוענים כאן סותר את מה שראינו שם, שכן על פי דברינו, שליחות נוצרת אף באומדן דעת גרידא. אולם להלן נרחיב בנקודה זו, ונראה שיש להבחין בין יצירת שליחות לבין הרחבת היקפה. השליחות אמנם אינה נוצרת אלא בהבעת רצון מפורשת, אולם משנוצרה, נקבע היקפה לפי אומדן הדעת.

כאמור, הבסיס העיקרי להשלמת ההרשאה הוא אומדן דעת השולח. את דעתו של השולח מקובל לאמוד לאור תכלית השליחות ולאור הנוהג המקובל בנסיבות העניין. כך מצאנו כבר במקורות המשפט העברי.

ב. המקורות להשלמת ההרשאה

(1) תכלית השליחות – "לביצועו התקין של נושא השליחות"

הסוג הראשון של הרשאה מכללא, והוא הסוג היחיד שהמחוקק מצא לנכון להזכירו במפורש, הוא הרשאה ל"כל פעולה הדרושה באופן סביר לביצועו התקין של נושא השליחות" (מה

[74] ראה ברק, סעיף 385.

שברק[75] מכנה "הרשאה משלימה לפעולה אינצידנטלית"). המחוקק לא קבע במדויק עד היכן אפשר להרחיב את ההרשאה מכוח שיקול זה. המושגים "דרושה" ו"סביר" ו"תקין" עשויים להתפרש על דרך הצמצום או על דרך ההרחבה. המחוקק השאיר את המלאכה הזאת לשיקול דעתו של בית המשפט, משום שסבר שעדיף לדון בכל מקרה לגופו ושאין לקבוע בזה מסמרות, כלשונו של ברק[76]: "ההרשאה המשלימה תשתנה ממקרה למקרה, ותתאים עצמה לנסיבות המיוחדות של ההרשאה המפורשת והמשתמעת"[77].

כפי שכבר אמרנו, סוג זה של הרשאה משלימה מוּפּר כבר במקורות המשפט העברי. במשנה נאמר[78]: "היוצא בקולר [נאשם שחייו עומדים בסכנה] ואמר 'כתבו גט לאשתי', הרי אלו יכתבו ויתנו... אף המפרש [בים], והיוצא בשיירא. רבי שמעון שזורי אומר: אף המסוכן [=חולה]". ובהמשך[79]: "מי שהיה מושלך לבור, ואמר 'כל השומע את קולו יכתוב גט לאשתו' – הרי אלו יכתבו ויתנו". ואף שהשולח לא אמר בהרשאתו שיתנו את הגט לאשתו, אלא רק שיכתבו את הגט, הרי מאחר שתכלית הכתיבה היא ודאי הגירושין, ואלה לא יושגו בלא נתינת הגט, יש להשלים את ההרשאה ולכלול בה גם את הנתינה[80].

אין לטעון שמן המשנה אין הוכחה לאפשרות השלמת ההרשאה על פי תכלית השליחות אלא כשהשולח נמצא במצוקה ובלחץ (בסכנה או שהוא ממהר לנסוע), וההשלמה היא רק

[75] ראה ברק, שם. דוגמאות להרשאה משלימה מעין זו הבאנו כבר לעיל, במבוא לסעיף זה, ליד ציון הערה 3. וראה עוד ברק, סעיף 463.

[76] ברק, שם.

[77] בסעיף 389, ברק מביא תקדימים בעניין זה. נעיר שלדעתנו חלקם נוגעים יותר לשאלת פרשנות ההרשאה מאשר לשאלת היקפה של ההרשאה המשלימה. אולם יש לציין שברק עצמו מודע לכך שקו הגבול בין סוגי הרחבת ההרשאה אינו חד וחלק. בסעיף 384, הוא אומר: "לעתים נתקשה לקבוע אם ענין לנו בהרשאה מפורשת או משתמעת, או אם ענין לנו בהרשאה משתמעת או משלימה". לדעתו, במרבית המקרים אין חשיבות מעשית להבחנה. להלן שניים מן התקדימים שברק מציין: "כאשר הרשאתו המפורשת של השלוח כוללת טיפול בכל ענייני הבית, הרי יש לו גם הרשאה להשכיר... אך אין ההרשאה כוללת את הכוח למכור את הבית"; "הרשאה מפורשת לרכוש נכס אינה גוררת אחריה תמיד הרשאה משלימה ליטול אשראי לרכישת הנכס". וראה ע"א 4588/96 חרמץ נ' מרגוליס, פ"ד נ(6) 742, פסקאות 16-18 (2006).

[78] משנה, גיטין ו, ה. וכן נפסק ברמב"ם, הלכות גירושין, פרק ב, הלכה י; ובשולחן ערוך, אבן העזר, סימן קמא, סעיף טו.

[79] משנה, גיטין ו, ו. וכן נפסק ברמב"ם, הלכות גירושין, פרק ב, הלכה יג; ובשולחן ערוך, אבן העזר, סימן קמא, סעיף יט.

[80] פרשנות זו שאנו מעלים במשנה עולה מן המקורות הבאים: תוספות רבי עקיבא איגר על המשנה שם, אות עא, בסוגריים; חידושי חתם סופר, גיטין סה ע"ב, ד"ה ר"ש שזורי; שו"ת אחיעזר, חלק א, סימן כח, אותיות ד-ה (מתוך ניתוח דברי הראשונים); שו"ת היכל יצחק, אבן העזר, חלק ב, סימן נא, אות ה. וכן עולה כבר מדברי הראשונים, ראה: יד רמה, בבא בתרא, פרק עשירי, סימן עט: "וכי אמר להו 'כתבו', לאו למכתב ואנוחי בכיסייהו קאמר להו, דאם כן, מאי נפקא לן מינה? אלא כתבו ותנו קאמר להו" (וראה שיטות קדמונים לגיטין סה ע"ב, הוצאת מכון אופק, אברהם שושנה, ירושלים-קליבלנד, תשמ"ט, ושם הוסיף: "וכי תימה דרצה לשחק בה, כדאמרה גבי ברי [ראה להלן], אין אדם משטה בשעת מיתה". וכך כתב גם חידושים מכתב יד המיוחסים לריטב"א, גיטין סה ע"ב, ד"ה ואם כתבו ונתנו: "ואין אדם משטה בשעת מיתה, ולגירושין גמורין קא מיכוין").

והשווה שו"ת אחיעזר, שם, אותיות ב-ג, המעלה הצעה אחרת בהבנת המשנה. הצעה זו מבוססת על סוגיית גיטין פא ע"א, ולפיה "איכא דקרי לנתינה כתיבה". לפי זה, אין מסוגיה זו ראיה להשלמת השליחות מכוח אומדנא, שכן אין כאן אלא פרשנות ההרשאה גרידא.

משום שלא הספיק לפרט את ההרשאה[81]. מן הסיפא של המשנה, ניתן להוכיח שאין הדבר כן, ואף כאשר השולח אינו נמצא במצוקה ובלחץ, אפשר בעיקרון להשלים את מה שהחסיר (אמנם בוודאי שנסיבות המצוקה והלחץ עשויים לסייע לנו באומדן דעתו של השולח). וזה לשון המשנה: "הבריא שאמר 'כתבו גט לאשתי' – רצה לשחק בה". כלומר, אם הבעל היה בריא כשציווה לכתוב גט לאשתו, נכון הוא שאין השליח מורשה לתת את הגט, אולם הסיבה לכך אינה שהבעל לא היה במצוקה ושהיה עליו לפרט ולומר שההרשאה היא גם לתת את הגט, אלא להפך. העובדה שהשולח לא פירט למה הוא מתכוון, אף שהיה יכול לפרט, מצביעה על כך שכנראה כוונתו לא הייתה לגרש את אשתו אלא רק להקניט אותה[82]. נמצא כאמור, שכאשר אי־פירוט ההרשאה אינו מעורר ספק באשר לתכליתה, ניתן להשלים אותה ולכלול בה את כל הפעולות הדרושות להשגת אותה תכלית[83].

בהתאם לכך מסתבר שההרשאה המשלימה כוללת גם פעולות שהצורך לבצע אותן מתעורר

[81] אם כי ראה להלן, הערה 82, שאפשר שזו דעתו של רב ששת (אבל אין ראיה לכך).

[82] דברינו כאן מבוססים על ההנחה שבעיקרון, אדם שמבקש לכתוב גט לאשתו מגלה בכך את דעתו שהוא רוצה לגרש אותה. וכך הוא פירוש המשנה: בעיקרון, ההרשאה ("כתבו") ניתנת להשלמה (נתינת הגט), לאור תכלית השליחות (כוונת הבעל לגרש את אשתו). אבל אם יש ספק באשר לתכלית השליחות (כגון שהבעל לא היה לחוץ, ואז העובדה שלא אמר במפורש "תנו" מטילה ספק באשר לכוונתו, שמא לא ביקש אלא להקניט את אשתו), נשמט היסוד להשלמת ההרשאה (וראה שו"ת אחיעזר, שם, אות ה, שהעיר שאם מתן ההרשאה היה בפני בית דין, אף שלא אמר הבעל אלא "כתבו", אין מקום לפקפק בכוונת הגירושין, "משום שאין אדם משטה בבית דין, ולא כיון לצחוק").

יש לציין שהנחה זו, וממילא גם המסקנה העולה בעקבותיה מן המשנה, היא הנחתו של רב נחמן, כפי שעולה מדבריו בבבא בתרא קמו ע"ב (שם טען שמשנה זו מבוססת על לשון ההרשאה עצמה, "כתבו", ולא על "אומדנא"). אבל רב ששת (שם) רואה את הדברים בצורה אחרת. לדעתו, מי שמבקש לכתוב גט לאשתו אינו רוצה לגרש אותה בהכרח, שכן אפשר שאינו מבקש אלא להקניט אותה. אין לומר אפוא שדעתו לגירושין אלא כשיש "אומדנא" לכך לאור נסיבותיו המיוחדות של המקרה, כגון שהוא שרוי בסכנה ("יוצא בקולר" וכו'), ואין אדם משטה בשעת סכנה (לכן, הוא סבור, בניגוד לדעת רב נחמן, שמשנה זו מבוססת על כוחה של "אומדנא"). נמצא שלפי פרשנות זו, אין הוכחה לאפשרות השלמת ההרשאה לאור תכליתה אלא כשהשולח שרוי במצוקה, ולא בכל מקרה אחר, שכן בלא מצוקה, יש ספק באשר לתכלית ההרשאה. יחד עם זאת, אין גם ראיה שרב ששת דוחה עקרונית אפשרות להשלמת ההרשאה לאור תכליתה שלא בנסיבות של מצוקה ולחץ, אלא שבנסיבות העניין (שליחות לכתיבת גט), הוא טוען שאין הוכחה שכוונת הבעל הייתה אכן לגרש את אשתו.

ההבחנה שעמדנו עליה זה עתה בין רב נחמן ובין רב ששת עולה מדבריהם של חידושי חתם סופר, גיטין סה ע"ב, ד"ה ר"ש שזורי (אלא שבדבריו נתחלפו שמותיהם של רב נחמן ורב ששת); ושו"ת אחיעזר, חלק א, סימן כח, אות ד.

שו"ת אחיעזר מוסיף שהנפקות המשפטית בין שתי הגישות תהיה במי שאמר לשלוחיו "כתבו", ומיד אחר כך איבד את כוח הדיבור (נשתתק). לדעת רב נחמן, כל זמן שאין סיבה לפקפק בכך, ההנחה היא שמי שמבקש לכתוב גט לאשתו מבקש לגרש אותה. מאחר שבנסיבות העניין אין סיבה לפקפק בתכלית זו (שהרי מכורח הנסיבות לא הוסיף "תנו", ואם כן העובדה שלא אמר "תנו" אין בה כדי להטיל ספק בכוונת הגירושין שלו), אפשר להשלים את ההרשאה ולתת את הגט. לעומת זאת, לפי רב ששת, "כתבו" אינו מצביע כשלעצמו על מטרת גירושין (שהרי אפשר שלא התכוון אלא להקניט את אשתו). אשר על כן, מאחר שבשעה שהבעל אמר "כתבו" הוא היה בריא, אין יסוד לפרש את דבריו ככוללים גם "תנו", ואין הרשאה אפוא לנתינת הגט.

[83] וראה משפטי השליחות, שער ראשון, פרק ב, כלל ג, הערה ל, שהביא לכך ראיה נוספת מנדרים עב ע"ב, בעניין שליח להפרת נדרי אישה נשואה, שהרשאתו כוללת בעיקרון גם את שמיעת הנדר. וראה שם, שער שני, סימן א, ענף ג, מה שביקש להסיק מכאן לעניין מהות השליחות.

במהלך השליחות כתוצאה מנסיבות שהשולח לא צפה אותן מראש והן נחוצות לביצועה התקין של השליחות. והלוא ברור הדבר: אם השולח אינו יכול למנות מראש את כל הפעולות הדרושות לביצוע השליחות (כפי שהסברנו לעיל), ודאי שאינו יכול לצפות מראש את כל הפעולות שיידרש השליח לעשות כתוצאה משינוי נסיבות אפשרי, וההנחה הסבירה היא שהוא כולל את כולן בהרשאתו, באשר הן נחוצות לביצוע השליחות[84].

(2) נוהג[85]

כאמור, מקובל בין פרשני החוק[86] שיש פעולות נוספות שאף שאינן דרושות לביצוע השליחות, רואים אותן כחלק מן ההרשאה. אפשר לדבר על הרשאה משלימה מכוח הנוהג. לנוחות הדיון נחלק את דברינו בפעולות אלה לשני חלקים: תחילה נדון בפעולות הקשורות בנושא השליחות[87], ולאחר מכן נדון בפעולות הקשורות במעמדו של השליח[88].

(א) נושא השליחות

דוגמאות להרשאה משלימה לפעולות הקשורות בנושא השליחות מצויות כבר במקורות המשפט העברי. להלן סקירת חלק מהן:

(1) בהלכות פסח נאמר שביטול החמץ יכול להיעשות על ידי בעל החמץ או שלוחו, שהרי הביטול הוא כהפקרה[89]. בהקשר לכך כתב ר׳ אריה ליב צינץ, בעל ׳מגן האלף׳[90], שאם בעל החמץ מינה שליח לבדוק את החמץ, השליח יכול אף לבטל את החמץ, שהרי ״מסתמא עשאו

[84] יש להבחין בין פעולה בלתי צפויה הדרושה לביצועה התקין של השליחות, הכלולה על פי דברינו כאן בהרשאה המשלימה מכוח תכלית השליחות, ובין פעולה שמתעורר הצורך לעשותה לא לשם השגת תכלית השליחות, אלא לשם הגנה על ענייני השולח (גם אם עניינים אלה קשורים בנושא השליחות, כגון שהפרה שנשלח למכור לראובן חלתה, ויש צורך דחוף לשחוט אותה ולמכור את בשרה לשמעון, כדי שלא יאבד את ערכה). פעולה אחרונה זו ודאי אינה כלולה בהרשאה, משום שלא באה לשם ״ביצועו התקין של נושא השליחות״ (השליחות הייתה למכור פרה חיה לראובן, ולא לספֵּק בשר לשמעון). בכגון זה, ייפוי כוחו של השליח לעשות להצלת ענייניו של השולח יסודו בסעיף 5(ב), ולא בסעיף 5(א). ראה להלן, בדיוננו על סעיף 5(ב).

[85] חשוב להבחין לעניין הנוהג בין שאלת היקף ההרשאה (שאנו דנים בה כאן) ובין שאלת אופן ביצוע השליחות (שגם הוא כפוף לנוהג, אבל אינו מעניינו כאן). שליח העושה את שליחותו באופן שאינו מקובל אינו חורג בהכרח מהרשאתו, אבל הוא עלול לשאת באחריות כלפי השולח על תוצאות פעולתו מכוח דיני השומרים החלים עליו, אם קיבל דבר לידיו. כך יש להבין את דברי הפוסקים הבאים: שו״ת הריב״ש, סימן קכח; שו״ת מהר״י בן לב, חלק א, כלל יז, סימן קא; שו״ת בעי חיי, חו״מ, חלק ב, סימנים קד, קטו. וראה גם פד״ר ט, עמ׳ 30-31.

עוד נציין שאין קשר בין שו״ת מהרי״ק, שורש י (מובא ברמ״א, חו״מ, סימן קפג, סעיף ג) ובין עניין היקף ההרשאה העומד כאן לדיון. מהרי״ק קובע שם שהנוהג הוא שהשולח משפה את השליח על הוצאותיו, ובלבד שאינן חורגות מן המקובל. כאמור, אין לזה כל קשר עם שאלת היקף הרשאתו של השליח.

[86] ראה ברק, סעיף 385.

[87] דוגמה להרשאה משלימה הקשורה לנושא השליחות מביא ברק, סעיף 391, מתקופת המנדט הבריטי: שליח למכירת פרי הדר מורשה גם לחתום על שטרות לביטחון מקדמות שקיבל בעד הפרי, מפני שכך נהוג בענף מסחרי זה (C.A 40/30 The Palestine Fruit Distribution Co. Ltd. v. Yavvnai). וראה שם עוד תקדימים.

[88] לדוגמאות, ראה להלן, ליד ציון הערה 98.

[89] כן היא דעת פוסקים רבים. אך ראה לעיל, סעיף 1, הערה 51, שיש הסוברים שלא ניתן להפקיר על ידי שליח.

[90] מגן האלף, אורח חיים, סימן תלד, סעיף ד, אות ה.

שליח לבטל, כנהוג"[91]. לפנינו אפוא דוגמה להרשאה משלימה מכוח הנוהג: כיוון שנהוג שהשליח לבדיקת החמץ הוא גם שליח לביטולו של החמץ, רשאי השליח לבטל אף כשלא הורשה לכך במפורש. אם השולח לא היה מעוניין שהשליח יבטל את החמץ, עליו היה לציין זאת במפורש.

(2) הרא"ש[92] פוסק שאם נשלח שליח לשדך אישה פלונית, והשליח לא רק שידך את האישה אלא אף קידש אותה בשם שולחו, הקידושין תופסים. לדעת הרב אברהם ישעיהו קרליץ, בעל 'חזון איש'[93], והרב שלום מרדכי שבדרון, בעל 'משפט שלום'[94], הטעם לכך הוא, שכיוון שהשליח נשלח לשדך את האישה, אומדן הדעת הוא שהשולח מסמיך אותו גם לקדש אותה עבורו, משום שכך נהוג[95].

(3) חתם סופר[96] דן באריכות בשאלה: אלו הוצאות מוסמך "ראש הקהל" להוציא כנציג קהילתו. הוא קובע שהמבחן לעניין זה הוא הנוהג. כלומר, כל הוצאה שהוציא או התחייב להוציא היא בהרשאה, בתנאי שהיא בהתאם לנוהג. על פי זה הוא קובע שאם "ראש הקהל" התחייב כלפי עובד הקהילה לכסות את הוצאות האש"ל שלו, בשעה שהטבה זו בתנאי השכר אינה מקובלת, הרי הוא חרג מהרשאתו[97].

(ב) מעמד השליח

ברק[98] מביא תקדימים אחדים להרשאה משלימה הקשורה למעמדו של השליח: "מקובל הוא כי מנהל עסקים של חברה בערבון מוגבל מוסמך לחתום בשמה על שטרי חליפין. פלוני שמונה כמנהל חברה, סביר להניח כי הרשאתו כוללת (מכללא) הרשאה לחתום על שטרי חליפין. בדומה, נראה כי מנהל כללי של חברה המטפלת במקרקעין מוסמך כרגיל להתקשר עם אדריכלים לביצוע עבודות בשם החברה. בדומה, בחברה בעלת מחזור ניכר, יש להניח כי מזכיר החברה רשאי להתקשר עם צדדים שלישיים לביצוע עבודות שירות... פקידה שהוסמכה למכור מכונית, הרשאתה כוללת מכוח המעמד, הרשאה להתחייב כי המכונית תכלול גם ארגז. מנהל מחלקת האשראים של בנק הוא בעל הרשאה מכוח מעמדו להגיע לידי הסכמים עם לקוחות באשר לסידורים הכרוכים במתן אשראי על ידי הבנק"[99] [ההדגשות שלי; מ"ו].

[91] וכן נוטה דעת 'בעל התניא'. ראה שולחן ערוך הרב, סימן תלו, בקונטרס אחרון, ס"ק ד. ביאור הלכה, סימן תלד, סעיף ד, ד"ה יהא בטל, הביא את דברי מגן האלף ובעל התניא להלכה, החולקים בזה על מגן אברהם, שם, ס"ק ט.

[92] רא"ש, קידושין, פרק ב, סימן ז.

[93] חזון איש, אבן העזר, הלכות קידושין, סימן מט, ס"ק ט.

[94] משפט שלום (מהרש"מ מבראזאן), חו"מ, סימן קפב, סעיף א, בקונטרס אחרון.

[95] אין צריך לומר שאם נשתנה המנהג, כגון כיום, שהשליח לשדך אינו שליח לקדש, ברור שאין הרשאה לקידושין. ראה פסקי הלכות (פרידמן), יד דוד, חלק א, פרק שלישי, הלכה יד, עמ' 142 (הובא באוצר הפוסקים, אבן העזר, סימן לה, סעיף ד, ס"ק כז, אות א, בסופו).

[96] שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן ס.

[97] בעניין דומה, ראה שו"ת מהר"ש (ענגיל), חלק א, סימן מ, המגיע למסקנה שטובי העיר מורשים למכור בית כנסת, כיוון שנהוג לתת להם מעמד של בית דין הגדול (הכולל בתוכו גם סמכות זו).

[98] ברק, סעיף 390.

[99] לדעתנו, בדוגמה האחרונה, כמו גם בדוגמאות הראשונה והשנייה, יש עירוב תחומין. הרחבת היקף ההרשאה במקרים אלה אינה מכוח הרשאה משלימה אלא מכוח פרשנות ההרשאה המפורשת: ברור שמי שמונה

מקורות המשפט העברי מכירים בהרשאה משלימה מכוח המעמד. להלן דוגמאות אחדות[100]:

(1) התוספתא[101] אומרת: "אריס שתרם... תרומתו תרומה". ומסבירים ה'לבוש'[102] והש"ך[103]: "דמסתמא שליח שווייה"[104]. וכעין זה פסק הסמ"ק[105] בעניין הפרשת חלה על ידי גבל (מי שלש בצק): אם מקובל שהגבל מורשה להפריש חלה, יש לו הרשאה לעשות כן אף בלא הרשאה מפורשת[106].

(2) הרמב"ם[107] כותב: "השותפין שלווה אחד מהן או לקח בשותפות, הרי הן ערבאין זה לזה"[108]. והסביר את דבריו בעל 'ספר התרומות'[109]: "שהשותפין כשלוחין הן זה על זה"[110].

למנכ"ל חברה או מנהל עסקים בחברה, אין פירוש הדבר שמונה לשבת בחדר מכובד מאחורי שלט "מנכ"ל", אלא קיבל סמכויות למלא את הפונקציות של מנכ"ל, שהן בין השאר חתימה על שטרי חליפין וכדומה, וכן מנהל מחלקת אשראי בבנק או מנכ"ל של חברה המטפלת במקרקעין, ודאי שסמכותם ותפקידם למלא את כל התפקידים של מנכ"ל, ואין כאן הרשאה משלימה.

100 להלן, עמ' 278, בפרק רביעי, ב, הדן בסייגים להרשאה המשלימה, בעניין ייצוג משפטי, נראה עוד דוגמה מעניינת בעניין הרשאה משלימה לייצוג משפטי מכוח מעמד.

101 תוספתא, תרומות (ליברמן) א, ז. נפסק להלכה ברמב"ם, הלכות תרומות, פרק ד, הלכה י; ובשולחן ערוך, יורה דעה, סימן שלא, סעיף לז.

102 לבוש, יורה דעה, סימן שלא, סעיף לז.

103 ש"ך, יורה דעה, סימן שלא, ס"ק סז.

104 ודאי שכוונתם להרשאה מכללא, ולא ש"מסתמא" מינה אותו במפורש. כך עולה גם מן התלמוד הירושלמי, תרומות, פרק א, הלכה א, שם נקבע שלכתחילה אסור לאריס להפריש תרומה בלא הרשאה מפורשת מבעל הבית. דברי הירושלמי הובאו בפירושיהם של 'כסף משנה' ור"י קורקוס על הרמב"ם, שם.

105 ספר מצוות קטן, סימן רמו. המקור לדבריו הוא דברי המשנה, תרומות ג, ד: "הפועלים אין להם רשות לתרום [להפריש תרומה מן התבואה של בעל הבית, אם לא קיבלו לכך הרשאה מפורשת] חוץ מן [הענבים] הדרוכות שהן מטמאין את הגת". כדי להבין את דין המשנה והמשתמע ממנה לענייננו, יש לדעת שעל פי ההלכה אדם טמא אינו רשאי להפריש תרומה. עוד יש לדעת ש"עמי ארצות" לא היו מקפידים על דיני טהרה, ונהגו לשכור לצורך דריכת הענבים "חברים" (המקפידים לשמור את עצמם בטהרה), והיו ממנים אותם כשלוחים להפריש את התרומה. על פי דין המשנה, אותם חברים מורשים להפריש את התרומה אף כשלא קיבלו מינוי מפורש לכך, שכן מניחים שזאת הייתה כוונת בעל הבית (הסבר זה במשנה הוא על פי פירוש הר"ש משאנץ, שם). על משנה זו סמך הסמ"ק בעניין הפרשת חלה על ידי הגבל.

106 כעין זה ראה עוד ט"ז, יורה דעה, סימן שכח, ס"ק ב. מדין המשנה (שבהערה הקודמת) הוא הסיק מסקנה דומה בעניין הפרשת חלה על ידי משרתת, שכן מקובל שבעלת הבית מתירה לה לפעמים להפריש חלה במקומה (כך הוא הבין את דברי תרומת הדשן, שו"ת, סימן קפח). השווה: ב"ח, שם, ד"ה ומ"ש, בשם ספר המצוות; ש"ך, שם, ס"ק ה; נקודות הכסף, על ט"ז, ס"ק ב. לדעתם, הרשאת המשרתת מוגבלת, ואינה קיימת אלא כשיש חשש לקלקול העיסה. וראה גם תפארת ישראל (ליפשיץ), תרומות ג, ד, יכין, אות כב.

107 רמב"ם, הלכות מלווה ולווה, פרק כה, הלכה ט (בטור, חו"מ, סימן עז, סעיף ג, הובא דין זה בשם הרמב"ן, ושמא טעות סופר יש כאן).

108 אמנם ראה: טור, חו"מ, סימן עז, סעיף ג, שכתב שהרא"ש חולק על דין זה (וראה, בית יוסף, שם; ורמ"א, שם, סעיף ב, שפסקו כרא"ש). אבל מחלוקתם אינה בשאלת היקף השליחות אלא בגדרי התחייבות ושיעבוד. ראה: סמ"ע, שם, ס"ק ח; ש"ך, שם, ס"ק ט. עוד ראה גידולי תרומה, על ספר התרומות, שער מד, חלק א, אות ד, שהאריך בציטוט תשובות הרא"ש, שמהן עולה כי אף לדעתו כששותף אחד לווה לצורך השותפות, מתחייב בכך שותפו. ראה עוד שער משפט, שם, ס"ק ב, שכתב ששותף שלווה לצורך השותפות הרי הוא שליח ללוות ולהכניס את הכסף לקופת השותפות. ואם לא הכניס את הכסף לשותפות, הרי הוא שליח ששינה, ובטלה שליחותו (על כל פנים בשליחות נסתרת, שהצד השלישי לא מפסיד ממנה. על שליחות נסתרת, ראה דיוננו להלן, סעיף 7).

וכן כתב הש"ך[111] בעניין השותפים: "דהוה כאילו התנו כך, שכל אחד יכול לעשות מה שירצה... דאם לא כן, אין מי שיהיה לו עסק עם שותף עד שיתרצה השותף השני"[112].

וכותב 'ערוך השולחן'[113]: "כלל גדול יש בעסק השותפין, דכל שאינו משנה מדרך הסוחרים בדברים שלא התנו ביניהם ואינו פושע בהנהגת מסחרו, יעשה בשל חברו כבשלו, ונוטל מחבירו חלקו במה שהוציא, אף אם היה הפסד בזה". ועוד מוסיף 'ערוך השולחן'[114]: "אף על פי שנתבאר דאין שותף יכול לעשות דבר בלתי ידיעת חברו, כגון לקבל עוד שותף להעסק, מכל מקום אם הם במקומות נפרדים, והשותף שבמקום אחד רואה לפי מצב העסק שהוא מוכרח לקבל עוד שותף להעסק, יכול לעשות כפי הנראה לו לטובת העסק, וכן מה שרואה שהוא לטובת העסק יכול לעשות, אף אם אינו לפי הפרטים שהתנו ביניהם, ואומדנא גדולה היא, שאלמלי היה שותפו בכאן היה מסכים לזה, אם לפי ראות עיני הבקיאים הוה טובת העסק". כלומר, היקף שליחותו של השותף רחבה מאוד, והיא כוללת כל דבר שהוא לטובת העסק, גם אם לא התנו על כך במפורש בתחילת השותפות[115]. ואולם ראוי להטעים שבכגון דא השלמת ההרשאה מותנית בדחיפות הפעולה (כפי שעולה מלשון 'ערוך השולחן': "אם הם במקומות נפרדים, והשותף שבמקום אחד רואה לפי מצב העסק שהוא מוכרח לקבל עוד שותף להעסק"), כי רק כשאין לשותף אפשרות להתייעץ עם חברו, יש לו הרשאה משלימה לעשות לטובת העסק.

(3) אחת הדוגמאות המובהקות להרשאה משלימה מכוח מעמד השליח היא הרשאת אישה נשואה[116] בכל מה שנוגע לניהול הבית[117] ולחינוך הילדים[118]. הרשאה זו עשויה גם לכלול פעולות משפטיות שאינן קשורות לניהול החיים המשותפים דווקא. כך כותב לדוגמה

109 ספר התרומות, שער מד, חלק א, אות ד (וכן כתב גם הטור שם. וראה הוצאת הטור השלם, ירושלים תשנ"ג, הגהות והערות, הערה יג).

110 וראה גם נתיבות המשפט, סימן עז, ס"ק ד: "כתב הרמב"ם [כוונתו כנראה לרמב"ם הנ"ל] דכל שותף הוא שליח חבירו בדבר שהוא לצורך השותפות, דהא אם היה כאן, ודאי דהיה נתרצה". וכן ראה: ביאור הגר"א, חו"מ, שם, ס"ק יג; ערוך השולחן, שם, שם, סעיף ד. וראה עוד שולחן ערוך, חו"מ, סימן קעו, סעיף י, ובהגהת הרמ"א. וראה גם להלן, ליד ציון הערה 150 (בעניין ייצוג משפטי); וליד ציון הערה 166 (בעניין פשרה וויתור).

111 ש"ך, חו"מ, סימן עז, ס"ק יט. ראה גם דברי ר' שלמה קלוגר, שו"ת האלף לך שלמה, חו"מ, סימן כ, שהעיר: "פשוט דשותף מה שעשה עשה. אמת, כן מבואר בש"ך, סימן עז, וב"ש [בית שמואל] סימן פו, אך זה דוקא בשותפין שנשתתפו בזה, כיון דהמנהג כן, יש לומר דעל דעת כן נשתתפו מתחילה, אבל באחין שירשו, י"ל דהם לא הסכימו שיהיה מעשה אחד קיים, רק בענין דעת שניהם, וזה ברור בסברא".

112 וראה לבוש, יורה דעה, סימן שלא, סעיף לה, שהוא הדין לעניין הפרשת תרומה על ידי שותף: "דמסתמא כל אחד שליחות חבירו עושה".

113 ערוך השולחן, חו"מ, סימן קעו, סעיף לא.

114 ערוך השולחן, חו"מ, סימן קעו, סעיף עד.

115 וראה עוד בעניין זה בדיוננו על סעיף 1, פרק רביעי, ב(2)(א), עמ' 52.

116 ראה גם ברק, סעיף 392. וראה בעניין זה ביתר הרחבה א' ורהפטיג, "אחריות בעל לחובות אשתו במשפט העברי", שנתון המשפט העברי ב (תשל"ה) 258, עמ' 263 ואילך. וראה גם פסק דינו של השופט דרורי ת"א 1484/99 הרטי זבולון ואח' נ' קיבוץ קלי"ה, פסקאות 79-80 (פורסם בתקדין, 5.6.2005). עוד ראה דיוננו על סעיף 1, פרק רביעי, ב(2)(ג), עמ' 63.

117 ראה ערוך השולחן, חו"מ, סימן שנח, סעיף ה, בעניין הגשת כיבוד לאורח כשבעל הבית לא נמצא בבית (בעניין זה הוא כולל גם את כל בני הבית).

118 ראה שו"ת הרא"ש, כלל יג, סימן יא, משם עולה שאישה נשואה נחשבת לשלוחה של בעלה גם לעניין

המרדכי[119]: "פסק ראב"ן[120], כיון שהנשים רגילות לישא וליתן בזמן הזה, הרי כאילו מינום בעלים שלוחים, ואם יש עדים [שלוותה אשתו כסף], חייב הבעל לשלם מפני תקנת השוק[121], שישאו ויתנו עמהם"[122]. ואולם היקפה של הרשאה משלימה זו משתנה מזמן לזמן ומאישה לאישה. וכתב מהרש"ל[123] בעניין זה: "הכל לפי ראות עיני הדיין, כי לפעמים נמצאו נשים אשת חיל, שמחיות בעליהן, וכל ממון בעלה בידה, פשיטא שאפילו דבר גדול מוכרח הבעל לשלם, הכל כפי העניין, ומנהג המקום, וחכמת עיני הדיין"[124].

נעיר עוד שמדברי הפוסקים אנו למדים שאין הדברים אמורים בבעל ואישה בלבד, וכך הוא הדין גם כשאדם אחר מבני המשפחה מנהל את עסקי המשפחה. מהר"ם אלשיך[125] דן

חינוך הילדים, ואם שכרה מלמד לבנה, יש בכך כדי לחייב את בעלה, אלא אם הביע את התנגדותו מראש. ראה ש"ך, חו"מ, סימן צו, ס"ק ט.

119 מרדכי, בבא קמא, פרק החובל, סימנים פז־פח.

120 ראה: ספר ראב"ן, שו"ת, סימן קטו; שם, בבא קמא, סימן תנ (במהדורת דבליצקי). הובאו דבריו גם בתשובות מהר"ם מרוטנבורג, דפוס ברלין (תרנ"א), שער ראשון, סימן נז. מהר"ם עצמו חולק על ראב"ן, וכשיטתו פסקו מהרי"ק והרמ"א, ראה להלן, הערה 122.

121 תמוה הוא לכאורה שהראב"ן פתח בשליחות ("כאילו מינום בעלים שלוחים") וסיים ב"תקנת השוק". בעניין זה, ראה ביאור הגר"א, חו"מ, סימן צו, ס"ק לב, שדקדק בלשונו, "דכיוון דשוויה שליח, וגם מפני תקנת השוק", וטעמים מצטברים הם. יש יתרון לתקנת השוק על פני שליחות, כמו שכתב נתיבות המשפט, שם, ס"ק ח, שמשום תקנת השוק חייב הבעל בחובות אשתו על פי השטר, אף בלא שתישבע על זה (ולא כמו בשליח, שעליו להישבע שלווה לצורך השולח). וראה גם כסף הקודשים, שם, שאפשר שאפילו אם בעלה מיחה בידה שלא תפעל יותר כשלוחתו, בכל זאת מעשיה מחייבים אותו משום תקנת השוק. ראה על כך י' אונגר, חוק לישראל, נאמנות בנכסים, ירושלים תש"ע, עמ' 62־63, 355־356.
אם יסוד הרשאת האישה הוא מינוי מכללא, דומה שאם נפגעו האינטרסים של הבעל, ולו הפגיעה הקטנה ביותר, יוכל לבטל את פעולת אשתו בטענת "לתקן שלחתיך ולא לעוות", כמו בשליח רגיל (ראה: ש"ך, חו"מ, סימן צו, ס"ק ט; כסף הקודשים, שם). מה שאין כן אם יסוד הרשאת האישה הוא בתקנת השוק (ראה כסף הקודשים, חו"מ, סימן רכז, סעיף ל; פסקי דין ירושלים ג, עמ' פו, פסק דינו של הרב הרצברג).

122 מהרי"ק (שו"ת מהרי"ק, שורש קצב, ענף ב) סבור שדברי הראב"ן לא נאמרו אלא בדבר מועט, ולא בדבר מרובה. עם זאת, מהרי"ק עצמו חולק על הראב"ן, ולדעתו אף שהאישה נושאת ונותנת בתוך הבית, היא אינה שלוחה של בעלה ללוות כספים, ואינו חייב אפוא לפרוע את חובותיה, גם לא חוב קטן. כשיטת מהרי"ק פוסק גם הרמ"א, ראה: דרכי משה, חו"מ, סימן צו, ס"ק ד; הגהת הרמ"א, שם, סעיף ו. ש"ך, שם, ס"ק ט, יצא חוצץ נגד מהרי"ק. לדעתו, יש לאמץ את שיטת הראב"ן להלכה ולראות באישה שלוחתו של בעלה. אולם ברור שאם ניכר מהתנהגותה שאינה פועלת בשליחות בעלה, כגון שהיא משתדלת להסתיר את מעשיה כדי שלא ייוודעו לבעלה, אז ודאי שאין דינה כשלוחתו. וראה אורים ותומים, שם, ס"ק ט. עוד ראה שו"ת שואל ומשיב, מהדורא קמא, חלק ב, סימן קצב. לדעתו, "סתם נשים דידן נושאות ונותנות בתוך הבית הן", ועל כן יכולה אישה למכור בהמה של בעלה בלא הרשאה מפורשת. כמו כן ראה שולחן ערוך, אורח חיים, סימן תלד, סעיף ד, שהאישה מורשית לבטל חמץ של בעלה על פי אותו עיקרון. וראה שם, משנה ברורה, ס"ק יט, וביאור הלכה, ד"ה שתבטל אשתו.

123 ים של שלמה, בבא קמא, פרק החובל, סימן כט.

124 וכן כתב גם בשו"ת מהר"ם אלשיך, סימן יט: "שאם רגילות בסך גדול, גם במרובה יהיו מעשיהן קיימין". וראה גם שו"ת הרשב"ש, סימן צא (וראה עוד משיבים רבים נוספים שצוינו על ידי ורהפטיג, לעיל, הערה 116). אם האישה נושאת ונותנת בממון שלה, ולא בממון הבעל, כתב בעל 'התרומות' (מובא להלכה בשולחן ערוך, חו"מ, סימן עז, סעיף י. וראה: סמ"ע, שם, ס"ק כה; ש"ך, שם, ס"ק ל; ביאור הגר"א, שם, ס"ק לג) שוודאי שהיא כמו אדם זר, ואינה שלוחת הבעל, ואם גבו מן הבעל את חובה, הוא חוזר וגובה ממנה, כי אינה שלוחתו לעניין ההלוואה.

125 שו"ת מהר"ם אלשיך, סימן יט, ד"ה תשובה.

בבן שניהל את נכסי אביו, ומתוך כך משכן כמה מחפציו. האב טען שלבן לא הייתה הרשאה לנהוג כך, ולכן יש להשיב לו את החפצים הממושכנים. מהר"ם אלשיך קובע שמכיוון שהבן היה מנהל את נכסי אביו, הייתה לו גם הרשאה למשכן את חפציו, ובדומה לדין האישה, "הכא נמי מעשה בן ראובן וממכרו קיים, שהוא הנושא ונותן".

ג. מודעות הצדדים להרשאה המשלימה

עד כה ראינו שהשליחות אינה מצטמצמת לאמור בהרשאה במפורש או במשתמע, והיא חלה גם על הפעולות הדרושות באופן סביר להשגת תכלית השליחות, וכן על הפעולות שנהוג לראותן כחלק מן השליחות בנסיבות דומות (מה שמכונה הרשאה משלימה). כאן אנו מבקשים לבחון באיזו מידה תחולת ההרשאה המשלימה מותנית במודעותם של השולח והשליח לקיומה של אותה הרשאה משלימה.

(1) ידיעת השולח

האם תנאי להשלמת ההרשאה הוא ידיעת השולח (כגון שהיה מודע לכך שיידרשו פעולות נוספות לביצועו התקין של נושא השליחות או שהיה מודע לקיומו של הנוהג להרחיב את ההרשאה)? או שמא ההרשאה מורחבת בלא קשר לידיעת השולח? ואם נדרשת ידיעה, מהי מידת הידיעה הנדרשת? האם די בידיעה כללית על קיומו של נוהג ונכונות לפעול על פיו גם בלא ידיעת תוכנו המדויק? או שמא השולח צריך להכיר את תוכן הנוהג, ובלעדי זה אין לראותו כחלק מן ההרשאה? ועוד יש לשאול, אם נדרשת ידיעת השולח כאמור, על מי מוטלת חובת ההוכחה שאכן השולח ידע? לדוגמה בעניין ידיעת הנוהג: האם השליח הוא שצריך להוכיח שהשולח היה מודע לקיומו של הנוהג, ורק אז הוא ייחשב כמי שפעל בהרשאה? או שמא השולח הוא שצריך להוכיח שלא היה מודע לנוהג, ורק אז ייחשב השליח כמי שפעל בלא הרשאה?

ברק[126] סבור שבעניין זה, יש להבחין בין הרשאה משלימה מכוח תכלית השליחות (הרשאה משלימה לפעולה אינצידנטלית) ובין הרשאה משלימה מכוח הנוהג. הרשאה משלימה מן הסוג הראשון מקורה בדין (סעיף 5(א)), ועל כן קיומה אינו תלוי בידיעת הצדדים כלל. לעומת זאת, מקורה של הרשאה משלימה מן הסוג השני (נוהג) אין יסודה בדין אלא בהשערה שהשולח סמך על הנוהג, ועל כן, כמו כל עובדה, יש להוכיח את קיומה של השערה זו. טדסקי אומר[127]: "מכיוון שהוא [הנוהג] מבוסס על אימוצו המשוער על ידי הפרט, שורת ההגיון דורשת שהפרט הכיר אותו בשעת עריכת העסקה – או לפחות שידע על קיום הנוהג (אף אם לא ידע מהו תוכנו המדויק) והסכים לקבל את מרותו". בהתאם לכך ברק[128] קובע: "המבקש להסתמך על הרשאה משלימה על פי נוהג חייב הוא לטעון ולהוכיח את קיומו של הנוהג, את חוקיותו, ואת ידיעת השולח על כך" [ההדגשה שלי; מ"ו][129].

[126] ראה ברק, סעיף 388.

[127] ג' טדסקי, "המנהג במשפטנו הנוהג והעתידי", משפטים ה (תשל"ג־תשל"ד), עמ' 9, בעמ' 18.

[128] ברק, סעיף 391.

[129] לדעת ברק, סעיף 382, הבחנה זו בין סוגי ההרשאה המשלימה רלוונטית גם בעניין סדר ההשלמה: "את החסר [בהרשאה] יש להשלים על פי הוראת דין דיספוזיטיבית... באין הוראות חוק דיספוזיטיביות יושלם החסר על פי הנוהג... באין נוהג... על פי המקובל... על פי עקרון תום הלב... על פי תכליתו...", אם כי הוא עצמו מעיר (שם, הערה 198) ש"השאלה אינה נקייה מספקות".

לא מצאנו תימוכין במקורות המשפט העברי להבחנה בין סוגי הרשאה משלימה (ולכאורה אין מקום להבחנה זו, שכן המקור הבלעדי במשפט העברי להרחבת ההרשאה הוא אומדן דעת השולח). עם זאת, נראה שההיגיון מחייב להבחין ביניהן. השולח מודע בוודאי לעובדה שאינו יכול לחשוב מראש על כל הפעולות הדרושות להצלחת השליחות, ובלא ספק הוא מתכוון לכלול אותן בהרשאתו (גם אם אינו מסוגל לצפות ולפרט את כולן מראש). אשר על כן, אם השולח טוען שהשליח חרג מן ההרשאה, עליו להוכיח שלא כלל פעולות אלה בהרשאה. לא כן ביחס לפעולות שנהוג לכלול אותן בהרשאה. אמנם אם השולח מודע לקיומו של נוהג כזה (אף שאינו יודע את תוכנו[130]), סביר להניח שהוא מתכוון למנות את שלוחו בהתאם לנוהג[131]. אבל אין זה סביר להניח שהשולח מתכוון לפעול בהתאם לנוהג שאינו קשור בהשגת מטרת השליחות והוא אינו יודע על קיומו כלל. לפי זה, אם יעלה ביד השולח לעורר ספק שמא לא היה מודע לקיומו של נוהג[132], פעולת השליח תוגדר כפעולה שנעשתה בלא הרשאה, אף שנעשתה בהתאם לנוהג[133].

130 כשם שהנושא ונותן יודע שההסכם שהוא עושה יפורש לפי "לשון רוב אנשי המקום הידועה להן" (רמב"ם, הלכות מכירה, פרק כח, הלכה טו), אף שאפשר שהוא אינו יודע את תוכנה של פרשנות זו.

131 ראה שו"ת הרא"ש, כלל סח, סימן יב: "כל מי שמקנה בסודר לכתוב שטר, דעתו שיכתבוהו כמנהג המדינה, ואין צריך לפרש" (הובא בטור, ובשולחן ערוך, חו"מ, סימן סא, סעיף ה). לדעת ש"ך (חו"מ, סימן סא, ס"ק ט) דברי הרא"ש אינם אמורים אלא אם השולח היה מודע לקיומו של המנהג. אלא שחזקה שהשולח אכן יודע את המנהג (ועל מי שטוען להפך, מוטלת חובת ההוכחה). והסכים לדעתו ביאור הגר"א, שם, ס"ק כב. וראה גם ש"ך, חו"מ, סימן עא, ס"ק לג; וביאור הגר"א, שם, ס"ק כט (הגר"א שם מפנה לרי"ף, יבמות כב ע"א, בדפי הרי"ף): "אלא מיהו אף על גב דדינא דגמרא הכי, לא מחייבינן ליה... דכיון דלא נהגי עלמא הכי, כל מאן דמקבל... אדעתא דמנהגא הוא דמקבל").
לשאלה: מה דינו של שולח שטוען שאמנם הוא היה מודע לקיומו של נוהג, אך לא התכוון לפעול על פיו? ראה נחל יצחק, חו"מ, סימן סא. מדבריו עולה שאם כולי עלמא נוהגים לפי הנוהג (ואין אפילו מיעוט שאינו עושה כן), אין מקבלים את טענתו. אבל אם יש מיעוט שאינו מתנהג לפי הנוהג, יש להבחין לדעתו בין ממונות לעניינים אחרים. בממונות, הכלל הוא ש"אין הולכין בממון אחר הרוב", ועל כן אם יוכח שידע על קיומו של המיעוט, הדין עמו (ואם לא ידע על המיעוט, טענתו תידחה, משום שההנחה היא שהתכוון לפעול לפי הנוהג); ואילו בעניין שאינו ממוני, הולכים אחר הרוב, ואינו יכול אפוא לטעון שהסתמך על המיעוט.

132 די שהשולח יערער את החזקה. למשל, אם הנוהג הוא לתת הרשאה בכתב לעניינים מסוימים, ובנסיבות העניין לא ניתנה הרשאה בכתב, די בכך לעורר ספק שמא השולח לא היה מודע לנוהג, ושוב יעבור נטל ההוכחה אל המבקש להסתמך על הנוהג (כך עולה בהיקש משו"ת הריב"ש, סימן שצב, שהובאו דבריו בכסף משנה, הלכות אישות, פרק טז, הלכה ז, ובהלכות מלווה ולווה, פרק יא, הלכה יא). כיוצא בזה, אם יטען השולח שלא היה מודע לקיומו של הנוהג, משום שאינו מצוי בעסקים אלה כלל, גם כאן תעבור חובת ההוכחה אל המבקש להסתמך על הנוהג (כך עולה בהיקש מדברי ש"ך, חו"מ, סימן מב, ס"ק לו, בשם חידושי הרשב"א, כתובות עט ע"א). ואם יטען השולח שאמנם היה מודע לקיומו של הנוהג להסמיך את השליח לעשות פעולה מסוימת, אלא שסבר שהנוהג הוא לעשות כן בכתב, והעובדה שנמנע מלעשות כן מוכיחה שלא היה בדעתו לפעול על פי אותו נוהג, אף טענה זו די בה לעורר ספק ולהעתיק את חובת ההוכחה אל המבקש להסתמך על הנוהג (גם זה על פי ש"ך, שם). וראה גם: אורים ותומים, סימן סא, ס"ק ג; נתיבות המשפט, סימן סא, ס"ק ח.

133 יש אומרים שאין זו דעתו של בית שמואל, אבן העזר, סימן ק, ס"ק ב. הוא סבור, כך הם טוענים, כי הנוהג מחייב את השולח, גם אם לא הוכח שהיה מודע לקיומו. הסברה לכך היא כנראה (כמו שהצענו לעיל ביחס לפעולה הדרושה להשגת מטרת השליחות), שאומד הדעת הוא שהמתחייב מתכוון לעשות זאת כפי הנוהג, אף כשאינו מודע לקיומו. כך הסיק בדברי 'בית שמואל' הפלאה, קונטרס אחרון, סימן ק, סעיף א (וראה

(2) ידיעת השליח

כשעסקנו בדיוננו על סעיף 3[134] בדרכי יצירת השליחות, ראינו שלפי החוק, אמנם השליחות אינה טעונה הסכמת השליח, אבל השליח צריך לדעת על קיומה. השליח צריך לקלוט את דבר ההרשאה. קליטה זו יכולה לבוא בשלב כלשהו לאחר המינוי, ובלבד שתהיה לפני ביצוע השליחות. ונשאלת השאלה: האם הוא הדין גם לעניין ההרשאה המשלימה, כלומר שאין הרשאה משלימה אלא כשהשליח היה מודע לקיומה? לדעת ברק[135], התשובה לכך שלילית: "ההרשאה המשלימה משלימה חסר בהרשאת השולח, אין היא הרשאה ממשית, ואין היא זקוקה לקליטה. היא נובעת מהנוהג או מעקרון תום הלב. היא משקפת רצון היפוטתי [כלומר, רצון משוער] של השולח. על כן, תוענק הרשאה משלימה לשלוח, גם אם השלוח לא ידע על הנוהג, או לא הסיק בעצמו כי תום הלב מצדיק הרשאה זו" (ההדגשה שלי; מ"ו).

בדיוננו על סעיף 3, ראינו ששאלת הצורך בקליטת ההרשאה על ידי השליח (היינו השאלה, האם יצירת השליחות מותנית בידיעת השליח על דבר מינויו) שנויה במחלוקת. לפי אותם פוסקים הסבורים שיש צורך בקליטה[136], עולה השאלה: האם גם הם סבורים שיש להבחין, כפי שעושה ברק, בין "הרשאה ממשית" ובין "הרשאה משלימה", ושבשונה מן ההרשאה הממשית, ההרשאה המשלימה חלה גם בלא ידיעת השליח? לכאורה, מתוך מקורות המשפט העברי שראינו עד כה, אין בסיס להבחנה מעין זו, ומתבקשת לכאורה הקביעה שתנאי לתוקפה של ההרשאה המשלימה הוא ידיעת השליח. אולם יש משנה שממנה עולה לכאורה שאין צורך בקליטת ההרשאה המשלימה. וזה לשונה של המשנה[137] (שבחלקה הראשון, כבר דננו לעיל): "מי שהיה מושלך לבור ואמר 'כל השומע את קולו, יכתוב גט לאשתו', הרי אלו יכתבו ויתנו. הבריא שאמר 'כתבו גט לאשתי', רצה לשחק בה".

כאמור, ממשנה זו הוכחנו לעיל את קיומה של הרשאה משלימה במשפט העברי, שכן אף שאותו אדם השרוי במצוקה ("מושלך לבור") לא ציין בהרשאתו שיתנו את הגט לאשתו, אנו משלימים את הרשאתו, וקובעים שהתכוון גם לנתינה, ולא רק לכתיבה. אך אין הדין כן באדם שאינו שרוי במצוקה ("בריא"), משום שאפשר שלא התכוון לגרש את אשתו אלא להתל בה.

המשנה ממשיכה ומביאה סיפור, שכפי הנראה נוגע לענייננו: "מעשה בבריא אחד שאמר 'כתבו גט לאשתי', ועלה לראש הגג, ונפל ומת. אמר רבן שמעון בן גמליאל, אמרו חכמים: אם מעצמו נפל, הרי זה גט; אם הרוח דחאתו, אינו גט". כלומר, אם נפילת הבעל מן הגג הייתה עקב תאונה, הרי דין הגט הזה כדין המפורש בחלקה הראשון של המשנה, כלומר אינו גט. לעומת זאת, אם הנפילה מן הגג לא הייתה עקב תאונה אלא עקב התאבדות, הרי מתברר למפרע שאם לא ציווה הבעל לתת את הגט לאשתו, היה זה משום שהיה טרוד בתכניתו להתאבד (כדין מי שהיה "מושלך לבור"). כלומר, סביר להניח שבשעה שציווה לכתוב גט

גם מקורות וציונים המודפסים בגיליון משנה תורה לרמב"ם, הלכות אישות, פרק טז, הלכה ז, מהדורת פרנקל). לדעתנו, אין ראיה מוכחת כי הוא אכן חולק על ש"ך.

[134] פרק חמישי, א, עמ' 159.

[135] ברק, סעיף 394.

[136] ראינו שגם מי שסבורים שיש צורך בקליטה נחלקו בשאלה: האם יש צורך שהקליטה תהיה בזמן המינוי או שהיא יכולה לבוא בשלב מאוחר יותר, לפני ביצוע השליחות? אולם מחלוקת זו אינה רלוונטית לענייננו כאן.

[137] משנה, גיטין ו, ו.

לאשתו, כוונתו הייתה גם שייתנו לה את הגט, ועל כן אם השליח נתן את הגט לאישה לפני שהבעל הפיל עצמו מן הגג, הרי זו נתינה בהרשאה, והאישה גרושה ולא אלמנה.

הלכה אחרונה זו היא רבת משמעות לבירור שאלת ידיעת השליח שאנו עסוקים בה, שהרי בשעת מתן ההרשאה לא היה ידוע שכוונת הבעל היא גם לנתינת הגט (שהרי היה בריא לחלוטין, ואיש לא ידע על תכניתו להתאבד, וההנחה הייתה אפוא שאינו מבקש לגרש את אשתו אלא להתל בה). השליח לא היה יכול אפוא להיות מודע להרשאה המשלימה, ואף על פי כן נפסק שנתינת הגט על ידי השליח הייתה בהרשאה. נמצא שלעניין הרשאה משלימה, אין צורך בקליטת ההרשאה על ידי השליח[138].

האם מן הדברים שראינו לעיל מתחייבת המסקנה שמי שסובר שההרשאה טעונה קליטה, חייב להבחין בין הרשאה מפורשת ובין הרשאה משלימה, מן הנימוק שהציע ברק[139] (היינו שהאחת היא הרשאה "ממשית", ואילו השנייה אינה אלא הרשאה משוערת)? לא בהכרח (הלוא מבחינתו של השליח, אין הבדל בין אי־קליטת ההרשאה המפורשת ובין אי־קליטת ההרשאה המשוערת). מסתבר יותר להבחין בין עצם ההרשאה ובין פרטיה של ההרשאה (וההרשאה המשלימה אינה אלא פרט מפרטי ההרשאה). כלומר, אמנם יש צורך שהשליח יהיה מודע למינויו, אבל אין צורך שיהיה מודע לכל פרטי ההרשאה[140]. כך הוא גם בהרשאה מפורטת

138 הראיה מן המשנה היא רק בהנחה שסדר האירועים היה כפי שעולה מפשוטה של המשנה, היינו שתחילה ניתן הגט על ידי השליח (שעה שלא ידע על תכנית ההתאבדות של שולחו), ורק אחר כך התאבד השולח. כך פירש רש"י, חולין לט ע"ב, ד"ה ונפל ומת: "וכבר כתבו ונתנו העדים... גט לאשתו". וכן מפורש גם ברמב"ם, הלכות גירושין, פרק ב, הלכה יג: "בריא שאמר 'כתבו גט לאשתי', וכתבו ונתנו, ואחר כך הפיל עצמו מן הגג...". אולם מן התוספתא, גיטין (ליברמן) ד, ח, עולה שהגט תקף אם ניתן לאחר שהבעל הפיל את עצמו מן הגג: "בארי [=בריא] שאמר 'כתבו גט לאשתי', ועלה לראש הגג ונפל, כותבין ונותנין לה כל זמן שיש בו נשמה". ואמנם יש מן הראשונים והפוסקים שהסתמכו על התוספתא ופירשו על פיה את המשנה, היינו שמאחר שהשולח התאבד, מתברר שהתכוון ברצינות לגרש את אשתו, ולכן אפשר לתת לה גט כל עוד בעלה בחיים. ראה: רא"ש, גיטין, פרק שביעי, סימן יח; חידושי הרשב"א, גיטין סו ע"א, ד"ה רשב"ג; טיב גיטין (הלר), גיטין שם; שו"ת אבני נזר, אבן העזר, סימן קלט, ס"ק כג־כו; דברי יחזקאל, סימן מ, אות ט. על פי דרכם של פוסקים אלה, אי אפשר להוכיח מן המשנה שאין צורך בקליטת ההרשאה המשלימה על ידי השליח, שהרי לדעתם המשנה מדברת על נתינת הגט על ידי השליח אחרי שנודע לו על התאבדות שולחו (האם אפשר להוכיח מכאן, לכל הפחות, שקליטת המינוי על ידי השליח אינה חייבת להיות בזמן המינוי, אלא היא יכולה לבוא במועד מאוחר יותר, ובלבד שתהיה לפני ביצוע השליחות? לאור ההבחנה שאנו מציעים להלן, בין המינוי כשלעצמו ובין פרטי המינוי, נראה שגם זאת לא ניתן להוכיח מכאן. על שאלת מועד קליטת המינוי, ראה דיוננו על סעיף 3, פרק חמישי, א, עמ' 159).
טור, אבן העזר, סימן קמא (עמ' רכה במהדורת הטור השלם), ושולחן ערוך, שם, סעיף יז, כתבו את ההלכה כלשון הרמב"ם. אמנם 'שולחן ערוך' מוסיף: "ואם לא כתבוהו, כותבין ונותנין לה כל זמן שיש בו נשמה". אולם ברור שכוונתו אינה לומר שהדין אינו אמור אלא לכתחילה, שכן מדבריו בבית יוסף, שם, ד"ה בריא שאמר (ובהוצאת הטור השלם, מכון ירושלים, אות יז, ד"ה ובתוספתא) עולה בבירור שלדעתו, כוונת התוספתא להוסיף על המשנה, שהגט אינו תקף רק בדיעבד, כשכבר ניתן, אלא גם לכתחילה מותר לשליח לתת את הגט, כל זמן שהבעל חי. נמצא שהראיה שהבאנו בטקסט נכונה להלכה.

139 ראה לעיל, ליד ציון הערה 135.

140 הבחנה זו עולה יפה לאותה שיטה שראינו לעיל, בדיוננו על סעיף 3, הערה 148, בשם 'אמרי בינה', ולפיה הצורך בקליטת ההרשאה קשור בהבנת מהות השליחות כהקניית יד השליח לשולח, ולא יעלה על הדעת שהשליח יַקנה לשולח את ידו בלא שיהיה מודע לכך (על כן ההרשאה אינה נכנסת לתוקפה אלא משנקלטה על ידו). אבל לעניין זה, מסתבר שדי בידיעת עצם ההרשאה, ואין חשיבות לידיעת היקפה.

בכתב. ההרשאה חלה על כל פרטיה, אף שהשליח לא קרא את כתב ההרשאה על בוריו ולא "קלט" את כל סעיפיו.

פרק רביעי

סייגים להרחבת ההרשאה

א. כללי

כפי שראינו עד כה, החוק מרחיב את היקף הרשאתו של השליח מעבר למפורש בלשון ההרשאה. על פי סעיף 5(א), השליחות חלה "על כל פעולה הדרושה באופן סביר לביצועו התקין של נושא השליחות" (הרשאה משלימה לפעולה אינצידנטלית), וברק מוסיף שהשליחות חלה גם על הפעולות שנהוג לראותן כחלק מן השליחות בנסיבות דומות (הרשאה משלימה מכוח נוהג). ראינו שאפשר להרחיב את ההרשאה גם על ידי פרשנות מרחיבה של הוראות השולח. ההיגיון המשפטי העומד ביסוד הדרכים להרחבת ההרשאה הוא תמיד אומד דעת השולח. כלומר, מרחיבים את ההרשאה כל אימת שסביר להניח שהשולח לא התכוון לצמצם את הרשאת השליח למפורש בלשון ההרשאה, אלא כוונתו הייתה לכלול בה גם פעולות נוספות.

כנראה מתוך רצון להגן על השולח[141], סעיף 5(א) סיפא מסייג את הרחבת ההרשאה, ומונה פעולות שונות שאין השליח יכול לעשותן בשם השולח בלא הרשאה מפורשת. כלומר, אף שסביר להניח שהשולח התכוון לכלול גם פעולות אלה במסגרת השליחות, אין להסתפק בהשערה זו, ונדרשת לגביהן הרשאה מפורשת. פעולות אלה הן: הליכים לפני בית משפט, בית דין או בורר; פשרה או ויתור; פעולה בלי תמורה[142]. להלן נראה שלעניין הליכים לפני בית משפט, עמדת המשפט העברי שונה. נסביר מדוע היא שונה.

[141] ראה ע"א 569/80 אלסינט בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(4) 80, 82 (1981), מפי השופט ברק. מובא בספרו, סעיף 395.

[142] ברק, סעיף 395, הערה 284, כותב: "ניתן לגרוס כי מטרתה של הוראה זו היא להגן על השולח. על כן רק הוא רשאי לטעון להיעדרה של הרשאה מפורשת. הצד השלישי אינו רשאי להסתמך על דין זה. מבחינתו שלו די בקיומה של הרשאה משתמעת או משלימה. הבחנה זו מקובלת במשפט השויצרי". לדעתנו, אין לקבל גישה זו משתי סיבות עיקריות. ראשית, היא סותרת את הוראת החוק המפורשת, ולפיה אין השליחות חלה על פעולות אלה "באין הרשאה מפורשת לכך". קביעת החוק היא אובייקטיבית, ואין בה אפילו רמז לכך שרק השולח יכול לטעון להיעדר הרשאה. שנית, גישה זו פוגעת בחוש הצדק, כשהיא מאפשרת לשולח להחליט באופן בלעדי אם להכיר בשליחות אם לאו (אמנם אין מקום לטיעון זה בנוגע לפעולה שלא בתמורה, כגון מתנה שנתן השליח על פי הנוהג, שהרי ביטולה של המתנה אינו פוגע בחוש הצדק). כך עולה לדוגמה מדברי מגיד משנה, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה ז. הוא אומר שאם הרמב"ם שולל מן האפוטרופין לייצג את היתומים שהוגשה נגדם תביעה, הרי זה משום "שאי אפשר שנאמר שיהיו רשאים להזקק לדין, ואם זכו, זכו, ואם נתחייבו, לא עשו כלום. שאם כן לקתה מדת הדין, בכך שיהיה תובע זה יכול להפסיד ולא להרויח. ולפיכך אמרו שאינן רשאין להזקק כלל עם תובע". וראה גם חידושי רבנו קרשקש (המיוחסים לריטב"א), גיטין נב ע"א, ד"ה ואין האפוטרופוס. אמנם השווה השגת הראב"ד, הלכות נחלות, פרק יא, הלכה ז, החולק על גישה זו, ואינו רואה מניעה שהאפוטרופוס ייצג את היתומים מתוך מחשבה שאם יזכה בדין, מה טוב, ואם יפסיד, לא יפסידו היתומים, שכן אין לו רשות "לחוב ליתומים, לא לכתחילה ולא דיעבד". אולם שם בעל הדין המנהל את הדיון המשפטי עם האפוטרופוס מודע לסיכון זה, מה שאין כן כאן.

ב. ייצוג משפטי – "הליכים לפני בית משפט, בית דין או בורר"

לכאורה, לצורך שליחות לייצוג משפטי, גם המשפט העברי דורש מינוי מפורש, שכן כפי שכבר הזכרנו במקום אחר[143], בהתאם לתקנת "אורכתא" ("הרשאה"), הדרך המקובלת למינוי שליח לייצוג משפטי היא בשטר הרשאה שבו השולח־התובע מקנה לשליח את זכות התביעה. אולם תקנת "אורכתא" תוקנה כדי למנוע מן הצד השלישי אפשרות להתחמק מן ההתדיינות עם השליח[144], ולא משום שמינוי לייצוג משפטי חייב להיות מפורש. נמצא שבעיקרון, הרשאה משלימה עשויה להרחיב את היקף השליחות ולכלול בה גם ייצוג משפטי. על כל פנים, אין בתקנת "אורכתא" כדי לשלול אפשרות זו. וכך כותב במפורש בעל 'ערוך השולחן'[145]: "יראה לי שהמלווה שעשה שליח [לגבות את חובו מן החייב] בלא הרשאה [כלומר, בלא שטר אורכתא], והיה להנתבע איזה טענה, ועמד השליח עמו בדין, ויצא השליח חייב, אין יכול המלווה לומר 'כיון שלא היה לך ממני הרשאה, אין דינך דין', אלא מה שעשה עשוי... אף שהנתבע היה ביכולתו שלא להשיבו בדין כשאין לו הרשאה, מכל מקום המלווה אין ביכולתו לומר 'לא שלחתיך לזה', דהשליחות כולל הכל, אם לא שמפורש עשהו לשליח רק לקבל המעות ולא לשום עניין אחר"[146]. מדבריו עולה בבירור שייפוי כוחו של השליח כולל גם ייצוג משפטי, אף שהדבר לא צוין על ידו במפורש. אם הוא אינו מעוניין שהשליח ינהל תביעה משפטית במקומו, עליו לציין זאת במפורש[147]. אם כי הוא מוסיף שהשולח נאמן לטעון שהשליח לא ייצג אותו נאמנה כשלא העלה טענה מסוימת או שהודה בשמו בעובדה שהביאה לדחיית תביעתו, מה שאין כן במורשה[148]. העובדה שעל פי המשפט העברי האינטרס של השולח אינו עלול להיפגע מסבירה מדוע המשפט העברי פחות נוקשה מהחוק בעניין זה[149].

[143] ראה דיוננו על סעיף 1, פרק רביעי, ב(1)(ב), עמ' 49.

[144] הוא עלול לטעון שאין ביטחון שהשליח פועל עדיין בהרשאה, שכן אולי מת השולח או ביטל את השליחות, וממילא אין לחייב אותו להתדיין עמו.

[145] ערוך השולחן, חו"מ, סימן קכב, סעיף ה.

[146] והוא מסיים שם: "וכן נראה מש"ך, ס"ק ד, וכן משמע מרמב"ם, פרק ג משלוחין, הלכה ה". כנראה כוונתו להביא מהם ראיה רק לעניין תוקף השליחות גם בלא שטר הרשאה, ולא לעניין היקף השליחות.

[147] יש הסוברים שכך הוא לעניין תביעה אבל לא לעניין הגנה. כלומר, אם מוגשת תביעה נגד השולח, אין השליח מורשה לייצג אותו, אלא אם כן קיבל לכך הרשאה מפורשת, שכן ההנחה הסבירה היא שהאדם מעוניין לדחות ככל האפשר את התביעות המוגשות נגדו. כך עולה על דרך ההיקש מדברי המרדכי בעניין שותף (שאף הוא מורשה מכללא לייצוג משפטי, כפי שנראה להלן בסמוך). ראה מרדכי, כתובות, פרק מי שהיה נשוי, סימן רלט וסימן רמב (הובא בבית יוסף, חו"מ, סימן קכב, מחודש ו; וברמ"א, חו"מ, סימן קעו, סעיף כה). אבל יש החולקים על המרדכי לעניין השותף וסבורים שהוא הדין גם לעניין הגנה (אבל דומה שלעניין שליח, יודו לדבריו). ראה: רמ"ה, המובא בטור, חו"מ, סימן קעו, סעיף לא (כפי שהעיר הב"ח, שם, סעיף לא. לדעתו, כך משמע גם מרש"י, כתובות צד ע"א, ד"ה ואזל חד מינייהו); רא"ש, כתובות, פרק ו, סימן יב (כפי שהעיר ש"ך, חו"מ, סימן קעו, ס"ק מד). אבל השווה: דרישה, חו"מ, סימן קעו, ס"ק לא; ש"ך, חו"מ, סימן קכב, ס"ק לו. הם טוענים שאין מחלוקת בין הראשונים, אלא שדיברו בנסיבות שונות ("מחוסר גוביינא" או "לא מחוסר גוביינא"). והשווה שו"ת דברי מלכיאל, חלק ג, סימן קסז, ד"ה ועוד נראה, שמבקש לצמצם את משמעות דברי המרדכי עצמו. וראה עוד אנציקלופדיה תלמודית, כרך יט, ערך טוען ונטען, עמ' שמז־שמט.

[148] ראה דבריו, שם, סוף סעיף ו: "והמורשה נאמן נגד התובע [=השולח] בכל מה שיטען, ודינו כשליש, כיון שהאמינו, ואינו יכול [השולח] לסתור טענותיו [ראה ש"ך, סימן קכד, ס"ק ד]... אבל שליח בעלמא, יכול המשלח לסתור טענותיו, אם מברר לפני ב"ד שלא טען כהוגן, דלעניין טענות אינו כבעל

יבוא הטוען ויטען שמתוך דברי ׳ערוך השולחן׳, עולה אמנם שהרשאתו המפורשת של השולח מתפרשת על דרך ההרחבה ככוללת גם ייצוג משפטי, אבל אולי אין להכיר באפשרות של ייצוג משפטי מכוח דרכי ההרחבה האחרות שראינו לעיל, כגון הרשאה מכוח הנוהג. להלן נסקור מקורות שמהם עולה שאין לקבל הסתייגות זו.

הרמב״ם[150] פוסק: ״אחד מן האחים שלא חלקו או מן השותפין שבא לתבוע, תובע על הכל, הואיל ויש לו חלק בזה הממון, אינו צריך הרשאה משאר שותפין[151], ואין השותף האחר יכול לומר לשותפו שדן ׳אילו הייתי אני התובע, הייתי טוען טענות אחרות ומחייב בעל דיני׳, שהרי אומרין לו ׳למה לא באת לתבוע גם אתה?׳[152]. לפיכך אם היה במדינה אחרת, יש לו לחזור על בעל הדין ולדון עמו ולומר לו ׳אני איני מודה בכל מה שטען שותף שלי׳״[153].

דבר ממש [נ״ל]״. והשווה חזון איש, חו״מ, סימן ב, ס״ק ח.

149 בדומה למה שהערנו בדיוננו על סעיף 8, בהבדל בין היקף חובות הנאמנות במשפט העברי לעומת החוק.

150 רמב״ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק ג, הלכה ג.

על השותף כשליח, ראה דברינו לעיל, הערות 110־111. וראה גם דיוננו לעיל, סעיף 1, פרק רביעי, ב(2)(א), עמ׳ 52.

151 כלומר, מאחר שיש לו אינטרס אישי בתביעה, הנתבע אינו יכול לסרב להתדיין עמו, אף שאין בידו שטר ״אורכתא״ משאר השותפים.

152 וראה בית יוסף, בדק הבית, חו״מ, סימן קכב, סעיף יח, שמדייק מלשון הרמב״ם, שכיוון שהיה בעיר ולא בא, אות הוא שאין לו טענות אחרות. ואם לאחר גמר הדין הוא מבקש לפתוח את הדיון מחדש בשל העובדה שיש לו טענות אחרות, חזקה שהוא בודה אותן מלבו. בכך לדעתו, הרמב״ם חולק על דעת הרא״ש (שבועות, פרק ה, סימן ב) והטור (חו״מ, סימן קכב, סעיף יח), שאם השותף האחד סתם טענותיו ואמר שאין לו עדים או ראיה, ובא השני לאחר מכן וטוען שיש לו עדים או ראיה, לא הפסיד בטענת הראשון. האחרונים העירו על קושי בדברי ׳שולחן ערוך׳, שכן מחד גיסא הוא מביא את דברי הרמב״ם כלשונם (שולחן ערוך, חו״מ, סימן קכב, סעיף ט), אך מאידך גיסא הוא פוסק את דברי הרא״ש להלכה (שם, סימן קעו, סעיף כו). וראה על כך: סמ״ע, סימן קכב, ס״ק יט; ש״ך, שם, ס״ק לח; פתחי תשובה, שם, ס״ק ב; חזון איש, חו״מ, סימן ב, ס״ק ח. להלן, הערה 154, נעמוד על התוצאות של מחלוקת זו כאשר השותף לא היה בעיר.

153 מובא להלכה בשולחן ערוך, חו״מ, סימן קכב, סעיף ט. וראה גם שם, סימן קעו, סעיפים כד־כה. וראה שם, סימן עז, סעיף ט.

מקור ההלכה בתלמוד, כתובות צד ע״א: ״אמר רב הונא: הני תרי אחי ותרי שותפי דאית להו דינא בהדי חד, ואזל חד מינייהו בהדיה לדינא, לא מצי אידך למימר ליה ׳את לאו בעל דברים דידי את׳, אלא שליחותיה עביד [=אמר רב הונא: שני אחים ושני שותפים שיש להם דין עם אחד, והלך אחד מהם להתדיין עמו, אין יכול האחר לומר לו (לבעל הדין) ׳אתה אינך בעל דבריי׳, אלא (האח או השותף) שליחותו עשה]״. אולם בהמשך, התלמוד מסייג את ההלכה וקובע שהדין הזה אינו נכון אלא כשהאח או השותף היו בעיר, שמאחר ששמעו שמתנהל דיון בעניינם, היה עליהם לבוא לבית הדין. אבל אם לא היו בעיר, הם יכולים לטעון, ״אילו אנא הואי, טעיננא טפי [=אילו אני הייתי (כאן), הייתי טוען יותר]״. והשווה כסף משנה, הלכות שלוחין ושותפין, פרק ג, הלכה ג, ודבריו תמוהים, כפי שכבר העיר שו״ת מהריט״ץ, סימן קכז, ד״ה ונראה.

נעיר שלדעת הרמ״א, חו״מ, סימן קעו, סעיף כה, הלכה זו אינה אמורה אם השותף הוא אישה, משום שהאישה נחשבת תמיד כשותף שאינו בעיר (כנראה משום שאין דרכה לבוא לבית משפט, ומשום כך אין להוכיח שהסכימה ששותפה ישמש כשליח שלה). מקור הלכת הרמ״א הוא חידושי הריטב״א, כתובות צד ע״א, ד״ה אמר רב הונא. אולם ראה ש״ך, שם, ס״ק מב, שדוחה שיטה זו, וטוען שדין האישה ודין האיש שווים בעניין זה. והשווה להלן, שאם האישה נשואה, דין הבעל כשלוחה של אשתו בכל הנוגע לענייניהם המשותפים, כולל ייצוג משפטי.

עוד נעיר שיש מי שרואה את השותף כשליח לייצוג משפטי גם כאשר שותפו אינו בעיר. ראה סמ״ג, עשה

לפנינו אפוא הרשאה משלימה לייצוג משפטי (תביעה) מכוח מעמדו של השליח כשותף[154]. זאת ועוד, אם השותף השני נמצא גם הוא בעיר, והוא נמנע מלבוא לבית המשפט, אף שידע שהדיון המתנהל שם נוגע גם אליו, הריהו נחשב כמי שוויתר על זכותו לטעון שהלה לא ייצג אותו נאמנה[155].

הרמב"ם[156] מוסיף וקובע שהוא הדין גם ביחסים שבין הבעל ואשתו[157], היינו שיש לבעל הרשאה משלימה לייצג את אשתו לצורך תביעה הנוגעת לנכסיהם המשותפים: "הבעל בנכסי אשתו צריך הרשאה [משום שהוא אינו שותף בנכסי אשתו]. ואם יש שם פירות בקרקע, מתוך שיש לו לדון על הפירות, שהרי הן שלו [נכסי מלוג], דן על העיקר, ואין צריך הרשאה [שטר אורכתא] מאשתו[158], שאם אין קרקע, אין לו פירות [כלומר, יש לו עניין אישי בתביעה,

פב (קסט ע"א). לדעת הסמ"ג, הדיון בתלמוד הוא כששני השותפים בעיר, והשאלה היא, האם יכול השותף השני להיות מיוצג בבית דין על ידי שותפו? או שמא הנתבע יכול לדרוש שהשותף השני יופיע אישית (כיוון שלא יעיז פניו נגדו)? שיטת הסמ"ג הובאה במרדכי, כתובות, פרק מי שהיה נשוי, סימן רלט. וראה ב"ח, חו"מ, סימן קכב, סעיף יז, המסיק: "ואף על פי שרש"י וכל שאר הפוסקים לא פירשו כך, מכל מקום הדין ודאי אמת, ולא מצינו חולק על הדין, אלא נחלקו בפירוש ההלכה בלבד, וכל הפירושים עולים אליבא דהלכתא". דבריו אלה של הב"ח תמוהים, שהרי כפי שעולה מפירוש הב"ח עצמו בדברי הסמ"ג, ודאי ששאר הראשונים חולקים עליו לדינא. וכבר העירו על כך: שו"ת שער אפרים, סימן קלג (שהביא בשם שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן קסב, שוודאי שהראשונים חולקים על הסמ"ג, הן בעניין שותף הנמצא בעיר והן בעניין שותף שאינו נמצא בעיר); ש"ך, חו"מ, סימן קכב, ס"ק לט (אלא שהוא השיג רק שוודאי שהסמ"ג והרמב"ם חלוקים בעניין שותף שנמצא בעיר, ולא התייחס למחלוקתם כשאין השותף בעיר); חזון איש, חו"מ, סימן ב, ס"ק ט.

154 לדעת רבים מן הראשונים, קביעה זו נכונה גם כשהשותף אינו בעיר, אלא שאז דינו ככל שולח שיכול לטעון "לתקן שלחתיך ולא לעוות". ראה לדוגמה, ראבי"ה (מהדורת דבליצקי, בני־ברק תשס"ה), סימן אלף כב, ד"ה וגרסינן. וראה עוד אנציקלופדיה תלמודית, כרך יט, ערך טוען ונטען, ליד ציון הערה 812, ובהערה שם. ברם, השווה דעת הטור והרא"ש (לעיל, הערה 152), מהם עולה לכאורה שאין תוקף לייצוג השותף כשהשותף לא היה בעיר (וכך עולה גם מדברי הרמ"ה המובאים בשיטה מקובצת, כתובות צד ע"א, ד"ה והר"מ הלוי ז"ל). אבל ראה חזון איש, חו"מ, סימן ב, ס"ק ח.

155 במילים אחרות, השותף נחשב אז כמי שפעל מכוח הרשאה "בין לתקן בין לעוות" (בדומה לשליח שפועל מכוח שטר "אורכתא". ראה לעיל, הערה 148). וראה שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן קסב, שדן בשאלה אם בעצם הימצאותו בעיר יש משום חזקה שהוא יודע על קיום ההליך המשפטי, ולדעתו הדבר שנוי במחלוקת בין הראשונים.

156 רמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק ג, הלכה ד. על פי גיטין מח ע"ב. נפסק בשולחן ערוך, חו"מ, סימן קכב, סעיף ח; שם, אבן העזר, סימן פה, סעיף ד.

157 וראה שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן אלף קלז. אחר שביאר שדין השותף כדין שלוחו של שותפו לייצוג משפטי, כפי שהובא לעיל, הוסיף גם הוא: "ובעל בנכסי אשתו כשותפים נינהו, דגוף הנכסים לאשה ופירות לבעל". אבל ראה להלן, הערה 159. וצריך עיון בביאור הגר"א, חו"מ, סימן קכב, ס"ק כד, שכתב כי מקור דברי 'שולחן ערוך' לזכות הייצוג של שותף (שהובא לעיל) הוא הדין שהבעל זכאי לייצג את אשתו מאחר שהם שותפים. ויש לתמוה, מדוע הגר"א נזקק למקור עקיף זה, כשכוח הייצוג של שותף מפורש בסוגיית כתובות, כפי שראינו לעיל, הערה 153.

158 כמו שפסק בעניין שותף, ראה לעיל, הערה 151.

יש לציין שלפי חידושי הריטב"א, כתובות צד ע"א, ד"ה אמר רב הונא, סוגיית ייצוג האישה על ידי בעלה אינה רלוונטית לענייננו. כפי שראינו לעיל, הערה 153, לדעת הריטב"א, האישה נחשבת תמיד כמי שאינה בעיר (ועל כן שותפה אינו יכול לייצג אותה אלא בהרשאה מפורשת). אשר על כן, הוא מסביר שכוח הייצוג של הבעל כלפי אשתו אינו קשור לזכות הייצוג של שותפים, אלא זהו דין מיוחד לבעל ולאישה, משום

שאם האישה תאבד את הקרקע, הוא יאבד את הפירות]". יש לשים לב לכך שבשונה מדין השותף, האישה אינה יכולה לטעון שהבעל לא ייצג אותה נאמנה, אף אם לא הייתה בעיר[159], כלומר שלא הייתה מודעת לניהול המשפט[160]. הסיבה לכך היא כנראה, שבשונה מהשותף, אומדים את דעת האישה, שהיא מעוניינת שבעלה ייצג אותה בכל הנוגע לנכסיהם המשותפים בכל מקרה, גם כאשר היא אינה מודעת שמתנהל משפט הנוגע לה.

ג. "פשרה או ויתור או פעולה בלי תמורה"

נראה שמה שראינו זה עתה לעניין הייצוג המשפטי אינו נכון לעניין "פשרה, ויתור, ופעולה בלי תמורה". לעניין פעולות אלה, עמדת המשפט העברי כעמדת החוק, שאין די באומדן דעת השולח כדי להרחיב את היקף השליחות, אלא נדרשת לזה הרשאה מפורשת. כך עולה מהנמקתו של 'אור זרוע'[161] את אי־יכולתו של המורשה שקיבל הרשאה לירד לדין לעשות פשרה (ונראה שהוא הדין

ש"ידו כידה", ועל כן הוא מוסיף: "אפילו בעל כרחה יכול לתבוע, ואינה יכולה למחול [למחות?]" (הובא בבית יוסף, חו"מ, סימן קעו, סעיף כט, ושם גרס: "ואינה יכולה לעכב"). כך הבינו את הריטב"א: ש"ך, חו"מ, סימן קכב, ס"ק לד; קצות החושן, שם, ס"ק ה. אולם השווה חזון איש, חו"מ, סימן ב, ס"ק ג. הוא דוחה הבנה זו וכותב: "אפשר שכוונתו [של הריטב"א] שהבעל דן גם על הגוף [כלומר על גוף הקרקע, אף שהיא בבעלותה הבלעדית של אשתו, שהרי אין לו אלא זכות לפירות], דמסתמא היא מתרצית, כיון דידו כידה בעלמא, ולישנא בעלמא הוא [כלומר, אין להבין את הביטוי 'ידו כידה' באופן דווקני, ובכך להוציא את ההלכה הזאת מכלל דיני שליחות]". לפי זה, גם הריטב"א מכיר בהרשאה משלימה של הבעל לייצוג משפטי של אשתו (אולם קשה על 'חזון איש', שהרי הריטב"א אומר במפורש שהבעל יכול לייצג אותה גם בעל כורחה, ואם כן ברור שאין מדובר כאן בדין שליחות. אמנם ש"ך, שם, כותב שאפשר שכוונת הריטב"א אינה אלא שהבעל יכול לתבוע בעל כורחה את הפירות, שבלאו הכי הם שלו, ולא את הגוף. אבל הוא עצמו מודה שאין זה במשמעות לשונו של הריטב"א. וראה שם, שהמשיך לתמוה בדברי הריטב"א).

בניגוד לדעת הריטב"א, כל הפוסקים הסוברים שדין אישה נשואה כדין שותף, סוברים גם שהאישה יכולה להתנגד שבעלה ייצג אותה. ראה ש"ך, חו"מ, סימן קכב, ס"ק לד (הוא מציין שבחיבורו על אבן העזר, סימן פד [צ"ל: פה, שם מקומו], סעיף ד, הוא הביא שהרשב"א והר"ן סוברים כך. לידינו לא הגיע חיבורו של ש"ך על אבן העזר, לכן לא נותר לנו אלא לשער שכוונתו לחידושי הרשב"א, גיטין מח ע"ב, ד"ה אמר אביי; ור"ן על הרי"ף, המובא להלן, הערה 159); שו"ת המבי"ט, חלק ב, סימן קסד.

159 השווה: חידושי הרשב"א, גיטין מח ע"ב, ד"ה אמר אביי; ר"ן, גיטין כד ע"ב (בדפי הרי"ף), ד"ה גרס' בגמ'. הם סוברים שדין האישה כדין שותף, ואין היא נחשבת כמי שוויתרה על הטענה שבעלה לא ייצג אותה נאמנה אלא כשהיא בעיר, כלומר שהייתה מודעת לניהול המשפט ושתקה. דעה זו הובאה בחלקת מחוקק, אבן העזר, סימן פה, ס"ק ט; בית שמואל, שם, ס"ק ח; ים של שלמה, גיטין, פרק רביעי, סימן עד. אבל שאר הפוסקים (הטור ושולחן ערוך, חו"מ, שם, וכן מפרשי הרמב"ם) לא סייגו את ההלכה בסייג זה (נראה שזאת כוונת הערתו של ר' יחזקאל לנדא בדגול מרבבה, אבן העזר, סימן פה, על דברי בית שמואל, ס"ק ח).

160 ברור אפוא לחלוטין שלפנינו הרשאה משלימה לייצוג ולא מינוי מכוח שתיקה (ראה לעיל, הערה 154), שכן יש לבעל הרשאה לייצג את אשתו גם כשאינה מודעת לניהול המשפט כלל, ולכן אין מקום לומר שמינתה אותו בשתיקה.

161 ראה אור זרוע, פסקי שבועות [לא ע"א]. וראה גם: שו"ת הראב"ד (מהדורת הרב קאפח), סימן קמא ("בדינא אורכיה, בפשרה לא אורכיה [=בדין הרשהו, בפשרה לא הרשהו], ומצי למימר ליה 'לתקוני שדרתיך ולא לעוותי'"); מרדכי, בבא קמא, פרק מרובה, סימן עח ("אבל לבצוע לא נתן לו כח"); נימוקי יוסף, בבא קמא כז ע"ב (בדפי הרי"ף), ד"ה ואי תפס, בשם הגאונים ("הורו הגאונים... אם מחל [המורשה

לכל שליח): "שליחא שוייה להביא לו ממונו, ולא למחול לו". וכך גם פוסק הרמב"ם[162]: "הבא בהרשאה שמחל לזה הנתבע או שמכר לו או שמחל לו על השבועה או שעשה עמו פשרה, לא עשה כלום, שהרי אומר לו 'לתקן שלחתיך ולא לעוות'". ואף שהרמב"ם מבסס את שלילת הסמכות מן המורשה לוותר ולהתפשר על טענת "לתקן שלחתיך ולא לעוות", ומשתמע מכאן לכאורה שהשליח לא פעל בחריגה מוחלטת מן ההרשאה, אלא רק פגע באינטרסים של שולחו[163], מכל מקום, מתוך שהדגיש "לא עשה כלום" (כלומר שפעולת השליח בטלה מאליה, ולא שהיא ניתנת לביטול), ניכר שדעתו היא שפעל בלא הרשאה, גם בלא קשר לפגיעה באינטרסים של שולחו[164], אלא אם כן נתמנה במפורש אף למחול ולהתפשר[165].

את] החוב, יכול לומר 'לתקוני שדרתיך ולא לעוותי', דהא קיימא לן, שליח שווייה"); ספר התרומות, שער נ, חלק ג, אות ד.

[162] רמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק ג, הלכה ט. וראה ביתר הרחבה בדיוננו לעיל, פרק שני, ב(1), עמ' 252, על הכלל "לתקן שלחתיך ולא לעוות".

[163] על ההבחנה בין חריגה מוחלטת (שהיא בטלה מאליה) לבין חריגה שאינה מוחלטת (הניתנת לביטול), ראה בהרחבה בדיוננו על סעיף 6.

[164] ברוח פרשנות זו בדברי הרמב"ם, ראה: שער משפט, סימן קפב, ס"ק ג; משפטיך ליעקב, חלק ב, סימן לו, ס"ק יג.
הוכחה נוספת שכך יש לפרש את הלכת הרמב"ם היא שהרמב"ם מונה גם את מכירת הנכס מושא השליחות בין הפעולות שהמורשה אינו מיופה כוח לעשותן ("או מכר"), ולא סייג זאת בכך שהמורשה מכר את מושא השליחות באופן הפוגע באינטרסים של השולח.

[165] נעיר כאן על פרטים אחדים בעניין ניסוחה ותוקפה והיקפה של הרשאה מפורשת לוויתור ולפשרה:
(1) שו"ת הרא"ש, כלל סב, סימן ג, מדגיש שאם כתב השולח בשטר ההרשאה "מחילתו כמחילתי", הרי המורשה מיופה כוח למחול. אמנם מה שנכתב בשטר ההרשאה כאילו התביעה כולה מוקנית למורשה אינו מתפרש כפשוטו, אבל זה משום שאלמלי היה מנוסח כן, יכול היה הנתבע להתחמק מן התביעה בטענה שהמורשה אינו בעל דברו (ראה לעיל, בדיוננו על סעיף 1, פרק רביעי, ב(1)(ב), עמ' 49). לא כן לגבי התוספת "מחילתו כמחילתי", שאינה דרושה לשם כך, ואין לפרש אותה אפוא אלא כפשוטה. וראה שו"ת שער אפרים, סימן קלג, שאף אם נכתב בשטר ההרשאה "מחילתו כמחילתי", אין לשותף ייפוי כוח לוותר על החוב כולו (אלא רק על חלקו). אבל השווה שולחן ערוך, חו"מ, סימן קכג, סעיף ה, שלדעתו ניסוח כזה מייפה את כוחו של המורשה למחול על החוב כולו.
(2) ראה שו"ת צמח צדק (קרוכמל), סימן קכד, ד"ה ויראה נמי, שאף אם נכתב בשטר ההרשאה שהמורשה רשאי גם להסכים לפשרה, אין הכוונה שהמורשה יכול למחול על החוב כולו, ואף לא להתפשר ביזמתו, אלא הכוונה היא שהוא מוסמך לקבל פשרה שתוצע על ידי בית הדין, "דלא היתה כוונתו אלא על פשרה מפי הדיינים, מפני שאז תהיה הפשרה קרובה לדין על פי זכיותיו. אבל שיתפשר המורשה עצמו מדעתיה דנפשיה לא הרשוהו, אם לא שפירש בהדיא [=במפורש]". וראה גם שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן פה, ד"ה וכי תימא.
(3) הרמב"ם, שם, כותב: "לפיכך אם התנה עמו בין לתקן בין לעוות, אפילו מחל לו על הכל, הרי זה מחול" (ואין בזה בהכרח סתירה לדבריו של 'שער אפרים', שהובאו לעיל, שהרי כאן אמר לשלוחו בפירוש "בין לעוות"). אולם ראה שו"ת צמח צדק (קרוכמל), סימן קכד, ד"ה והא דכתבו הרמב"ם והסמ"ג, המצמצם את משמעות דברי הרמב"ם, וקובע שהדבר תלוי במקום ההוראה בתוך כתב ההרשאה (רק אם היא מופיעה בתחילת השטר ולא בסיומו, ראה שם נימוקו). עוד הוא קובע שם שאין ייפוי כוח לוויתור אלא כאשר ניסוח ההוראה היה על דרך החיוב ("בין לתקן בין לעוות"), אבל ניסוח על דרך השלילה ("לא אוכל לומר לתיקוני שדרתיך ולא לעוותי"), אינו מתפרש כייפוי כוח לוויתור. והשווה הרב ש"ב ורנר, "בענין שליח שעבר על דברי משלחו", ספר הזיכרון למרן הגרש"ב ורנר, ירושלים תשנ"ו, עמ' קכא, אות א.
(4) ראה שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן תרצט (א) (מובא במרדכי, בבא קמא, פרק החובל, סוף סימן צו). מהר"ם מעיר על סגנון שאין לפרש אותו כמתן הרשאה למחול או להתפשר: "כל אשר

לדעת רבים מן הפוסקים[166], הוא הדין גם בשותף, שאף אם ידע ששותפו עומד להתפשר או לוותר בשם השותפות ושתק, אין שתיקתו מתפרשת כהרחבת המינוי[167].

אולם דעה זו אינה מקובלת על הכל. יש מן האחרונים הסבורים ששתיקת השותף עשויה ללמד על היקף ההרשאה מכללא בין השותפים[168], אם כי נחלקו ביניהם אם הרשאה מכללא זו עשויה לכלול רק פשרה[169] (שהשותף משיג בה תמורה לטובת השותפות[170]), או שהיא עשויה לכלול גם ויתור (שהשותף אינו משיג תמורתו דבר, ואינו אלא בגדר מתנת חינם)[171].

ויש אחרונים הסבורים שאף אם השותף אינו מודע למה שעושה השותף האחר בשם השותפות, הרי משום "תקנת השוק", הרחיבו חכמים את ייפוי כוחו של השותף האחר, והוא כולל גם פשרה[172]. ויש שהרחיקו לכת עוד יותר וקבעו שהוא כולל אפילו ויתור[173].

תעשה בחלקך, תעשה בחלקי". מהר"ם מסביר שבסגנון זה השולח "השליטו על החוב לטובתן [צ"ל: לטובתו], להציל מידם ולא למחול להם" (התשובה מודפסת בהשמטת נוסח השאלה, בשינויי סגנון קלים ובלי חתימה, בשו"ת הרשב"א, חלק א, סימן אלף צז).

166 ראה שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן אלף פז, וסימן אלף קלח: "ואפילו מחל לו את הכל, אין חלק חבירו [שותפו] מחול, דלתבוע ולדון שויה שליח, למחול לא שויה שליח". דברי הרשב"א הובאו להלכה בשולחן ערוך, חו"מ, סימן עז, סעיף ז: "אחד שלוה משנים, ומחל אחד מהם כל החוב, אין חלק חבירו מחול". הרמ"א מוסיף: "אפילו שניהם כתובים בשטר אחד". על תוספת זו של הרמ"א, ראה להלן, הערה 173.

167 ראה לדוגמה שו"ת מהרלב"ח, סימן קלז: "לא דמי להא כלל, דהתם ירד לדין השותף ונתחייב בדין, ויכולין אנו לומר לשותף האחר, למה לא באת לתבוע גם אתה? אבל בכאן, שלא נתחייב בדין ראובן עם שמעון, אלא שמחל לו, מה היה צריך לוי לבא לומר דבר כנגד אותה המחילה? שפשוט היה לו שלא היה יכול שותפו למחול את שלו כלל". וראה עוד: שו"ת שער אפרים, סימן קלג (פה ע"ב), ד"ה ונאמר עוד; שו"ת פרח מטה אהרן, חלק א, סימן פט, ד"ה ואעיקרא; שו"ת תורת משה (שבתי), חו"מ, סימן ד, ד"ה ועוד נראה לי.

168 ראה שו"ת המבי"ט, חלק ב, סימן קנג. המבי"ט דן באישה שעשתה פשרה על נכסי מלוג שלה, ובעלה מסתייג מן הפשרה. מדבריו עולה שאם הבעל היה בעיר, רואים אותו כמי שהסכים לפשרה. המבי"ט מבסס את דבריו על דברי הרשב"א, שהובאו לעיל, הערה 159, לעניין ייצוג משפטי, ולפיהם דין בעל ואישה כדין שותפים. וראה צור תעודה, הלכות שלוחין, פרק ג, הלכה ג, ד"ה ולכאורה דבר זה (קפב ע"ב) שתמה על דברי המבי"ט, שהרי אין ראיה מדין השותפים שהם מורשים אף לפשרה. הוא מעלה את הסברה שאולי לא התכוון המבי"ט אלא לפשרה שהשותף נאלץ להסכים לה בראותו שאם לא כן ידחה בית הדין את תביעתו (דבר שיזיק אף לשותפו). וראה שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן קסב, שנראה לכאורה שגם הוא פוסק כמו המבי"ט. וראה הגהת המהדיר לשו"ת תורת משה (לעיל, הערה 167), מה שפלפל בדבריו.

169 ראה לדוגמה חקרי לב, חו"מ, חלק א, סימן מט, ד"ה וכתב (נד ע"א).

170 אם השותף משיג תמורה, רואים בפשרה כעין עסקה כלכלית, שאם השותף היה מודע לה ושתק, רואים אותו כמי שהרשה את שותפו לעשותה.

171 ראה: שו"ת הרדב"ז, חלק ד, סימן אלף שכב (רנא); שו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק א, סימן קנט, ד"ה עוד שמעתי שהחכם.

172 ראה שו"ת בנימין זאב, סימן שצט, ד"ה ומידי, כפי שפירש את דבריו שו"ת מכתם לדוד, חו"מ, סימן לא, ד"ה ומידי: "וכיון דקיימא לן דפשרה דינה כמכר". וכך נוטה לומר גם שער משפט, סימן עז, ס"ק ד, כשהוא מדגיש שהנימוק הוא משום "תקנת השוק". עוד מדגיש 'שער משפט' ששיקול זה אינו אמור אלא ביחס לשותף, ולא ביחס לשליח רגיל (שהשותף עדיף משליח, ראה בדיוננו על סעיף 6, הערה 294).

173 ראה ש"ך, חו"מ, סימן עז, ס"ק יט: "הבא בהרשאה [היינו שליח שאינו שותף] שמחל, אינו כלום, שזה יאמר לו 'לתקוני שדרתיך ולא לעוותי'. אבל בשותפין, שדרך הוא שכל אחד ואחד יש לו כח לעשות מה שירצה, הוה כאילו התנה עמו בין לתקן בין לעוות, דמועיל מחילתו". מהמשך דבריו נראה שהוא

ד. הרשאה מכללא לשבועה

בדיוננו על סעיף 1, ראינו שיש מי שסוברים שניתן להישבע על ידי שליח[174]. הפוסקים הסוברים כך מסייגים את דבריהם למקרים שניתנה בהם לשליח הרשאה מפורשת להישבע בשם שולחו[175]. כאשר ניתנה לשליח הרשאה כללית, ואפילו הרשאה רחבה ביותר, "שיהא ידו כידו ופיהו כפיו לכל דבר", אומדן דעת השולח מלמד שאין הוא מקנה לשליח את הכוח להישבע בשמו, ד"אמרינן אנן סהדי [=אנו עדים, כלומר כך הוא אומדן דעתו הברור של השולח] דלהכי לא שוייה למורשה שליח להקים עליו ולאסור איסר על נפשו בחרם, שיכנס בסכנה"[176], כנראה בשל חומרתה הרבה של השבועה ובשל האחריות האישית המוטלת על השולח לקיימה.

פרק חמישי

הרשאה לפעולה דחופה – "לשמירה על ענייני השולח" – ס"ק (ב)

א. מבוא

(1) החוק

אפשר שבמהלך השליחות יתעורר הצורך לעשות פעולה שוודאי לא הייתה כלולה בהרשאת השליח בשעת המינוי (לא על דרך פרשנות מרחיבה של ההרשאה ולא על דרך השלמתה)[177], שכן אינה באה לשם "ביצועו התקין של נושא השליחות", כלשונו של סעיף 5(א), אלא לשם מניעת הפסד או נזק לשולח. ברק[178] מעלה לדוגמה את המקרה הבא: שליח נשלח למכור את בהמת השולח, ובדרך חלתה הבהמה, ועל פי חוות דעתו של וטרינר, אם לא תישחט מיד, יאבד ערכה לחלוטין. נשאלת השאלה: בהנחה שהשליח ישחט את הבהמה וימכור את בשרה בשוק, האם הוא חושף את עצמו לתביעה מצד השולח בגין עוולת נזיקין או בגין הפרת חובת הציות המוטלת עליו[179], רק בשל העובדה שפעולות נחוצות אלה לא היו כלולות בהרשאה שקיבל? ועוד, האם עלול הוא להתחייב אישית כלפי צד שלישי (מי שקנה את הבשר) כדין

מסייג את הדברים ואומר שהם נכונים לכל הפחות במה שנוגע ליחסים שבין השותפים לצד שלישי, וכאן ההנמקה היא משום תקנת השוק, "דאם לא כן, אין מי שיהיה לו עסק עם שותף עד שיתרצה השותף השני, אלא ודאי לגבי אחרים כל מה ששותף אחד עושה כאילו שניהם עושים". וראה דיוננו על סעיף 1, ליד ציון הערה 242, שדעתו אינה מקובלת על פוסקים רבים.

174 ראה שם, הערה 56.

175 ראה: תרומת הדשן, פסקים וכתבים, סימן רנד; שו"ת נודע ביהודה, מהדורא תניינא, יורה דעה, סימן קמח (תשובת בן המחבר).

176 לשון תרומת הדשן.

177 אמצעים אלה להרחבת ההרשאה רלוונטיים כאשר הרחבת ההרשאה באה לשם "ביצועו התקין של נושא השליחות". אבל הפעולה הדחופה שמדובר בה כאן לא תגשים את נושא השליחות, ומסתבר כי היא אף תכשיל אותו, וזאת כדי להגן על האינטרסים של השולח הקשורים לנושא השליחות, וחשוב להבחין בין השניים. ראה ברק, סעיף 463.

178 ברק, סעיף 463.

179 על חובה זו, ראה להלן, סעיף 8.

שליח שחרג מהרשאתו, בהתאם להוראת סעיף 6?[180]. אם אכן השליח מסתכן באלה, הוא יעדיף להמשיך בשליחותו כאילו לא אירע דבר, והאינטרס של השולח ייפגע![181].

לפתרונה של דילמה זו, הוסיף המחוקק את ס"ק (ב), הקובע שבכגון זה, אף שהפעולה ודאי אינה חלק מן ההרשאה שקיבל השליח בשעת המינוי, בכל זאת השליח מורשה לעשותה, ובלבד שמתקיימים שלושה תנאים: הפעולה דרושה באופן סביר לשמירה[182] על ענייני השולח בקשר לנושא השליחות[183]; הפעולה דחופה עד שאינה סובלת דיחוי (ולשליח אין אפשרות מעשית להתייעץ עם השולח ולקבל ממנו הרשאה לעשותה); הפעולה לא הייתה צפויה מראש, כיוון שאם השולח צפה מראש את הצורך בפעולה, ולא נתן לשליח הנחיות בקשר לכך, אות הוא שאינו מעוניין שהשליח יעשה את הפעולה[184].

לדעת ברק[185], להוראת החוק משמעות כפולה: היא מעניקה לשליח הגנה מפני תביעת נזיקין ומפני הטענה שהפר את חובתו כלפי השולח (ולכן, אף אם בפועל גרמה פעולת החירום נזק לשולח, הוא לא ייתבע על כך). ויתרה מזו, על פיה השליח נחשב גם כמי שפעל בהרשאה כלפי הצד השלישי, ולא יחולו עליו אפוא הוראות סעיף 6 בעניין חריגה מהרשאה[186]. הפעולה שעשה תחייב ותזכה אפוא את השולח כלפי הצד השלישי, והוא יהיה זכאי להשבת הוצאותיו

[180] אף אם רואים את השליח כמי שפעל בלא הרשאה, אין הכרח שיתחייב אישית, שכן על פי סעיף 6 לחוק, השולח יכול לאשר את פעולתו בדיעבד, והרשאה בדיעבד כמוה כהרשאה מלכתחילה.

[181] יש להעיר שלנוכח סעיף 6 לחוק השומרים, התשכ"ז-1967, דוגמה זו של ברק אינה דוגמה מוצלחת, שכן נקבע שם שהשומר יכול לעשות כל פעולה דחופה הדרושה למניעת נזק לנכס המופקד בידו, "כאילו נתן לו בעל הנכס הרשאה לעשות כן", והלוא השליח שבדוגמה זו הוא גם שומר. דוגמה מתאימה יותר תהיה אפוא שליח שאינו שומר. ראה להלן.

[182] וראה ברק, סעיף 470: "אין להצדיק במסגרת זו פעולה הבאה להרבות נכסיו של השולח או להיטיב אותם. מבחינה זו נראה כי הפעולה של השולח צריכה להיות מכוונת למניעת הפסד או נזק".

[183] קיימת עמימות באשר למידת הקשר שצריך להתקיים בין ענייני השולח העומדים בסכנה ובין נושא השליחות. כך לדוגמה, שליח שנשלח למכור פרה ונודע לו ששאר הפרות של השולח שנשארו ברפת עומדות בסכנה: האם החוק מעניק לו הרשאה להתקשר עם גורם שלישי לצורך הצלתן?

[184] ברק, סעיף 468.

[185] ברק, סעיף 464.

[186] זאת אף על פי שניסוחו של ס"ק (ב) אינו "השליחות חלה גם על פעולה דחופה" (כמו בס"ק (א)), אלא "רשאי שלוח", וגם אף על פי שהסעיף אינו מדגיש שיראו את השליח "כאילו נתן לו בעל הנכס הרשאה", כפי שמודגש בסעיף המקביל בחוק השומרים, התשכ"ז-1967, סעיף 6: "שומר רשאי לעשות כל פעולה דחופה ובלתי צפויה מראש הדרושה באופן סביר למניעת נזק העלול להיגרם לנכס, כאילו נתן לו בעל הנכס הרשאה לכך". לדעת ברק, שיקולים אלה אינם מכריעים, שכן "אילו רצה המחוקק רק להעניק הגנה בפני אחריות, האמנם לא היה די שהמחוקק יקבע כי תהא זו הגנה לשליח בפני תביעת השולח אם הוא ביצע פעולה דחופה ובלתי צפויה מראש?". מה עוד שכותרת השוליים של הסעיף כולו, על שני סעיפיו הקטנים, היא "היקף השליחות".

נוסיף שההבדל בניסוח הסעיף שלפנינו וניסוח סעיף 6 לחוק השומרים, התשכ"ז-1967, נובע מן האופי השונה של מעמד השומר ומעמד השליח. מעיקרו, השומר אינו מתמנה כשליח לביצוע פעולות משפטיות בשם המפקיד, ועל כן הנסיבות החדשות המסכנות את הנכס מחייבות מתן הרשאה חדשה לשומר, כדי שיוכל לבצע את הפעולה הדרושה למניעתו. מאידך גיסא, השליח מורשה זה מכבר, והנסיבות החדשות אינן דורשות אלא את הרחבת ההרשאה הקיימת, כך שיוכל השליח לסטות מן השליחות כדי לשמור על ענייני שולחו. על כן הסתפק המחוקק בקביעה שהשליח רשאי לעשות פעולה זו, ובכך די היה להבהיר כי הוא עושה זאת כשליח, היינו בהרשאה.

ולשאר הזכויות המוקנות לשליח כלפי שולחו[187]. על פי זה, השליח מורשה גם לעשות פעולה משפטית בנכס של השולח, כגון למכור אותו, אף שאינו שלו[188]. הרשאה זו היא אפוא הרשאה מכוח הדין, שליחות מכוח החוק, להבדיל מן ההרשאה הרצונית שעליה דיברנו עד כה[189], שכן היא ניתנה לשליח על ידי החוק, ולא על ידי השולח (יחד עם זאת ברור שאם השולח מודיע לשליח מראש שאינו מעוניין שיעשה פעולה דחופה ובלתי צפויה מראש, החוק אינו כופה עליו את ההרשאה[190]).

יש להדגיש שעל פי לשון החוק, הרשאה זו מצומצמת: ראשית, היא אינה ניתנת לכל אדם אלא רק לשליח; שנית, השליח אינו מורשה לפעול אלא לשמירה על ענייני השולח "בקשר לנושא השליחות". אם מתעורר הצורך לעשות פעולה דחופה עבור השולח שלא בקשר לנושא השליחות, כגון שהשליח נשלח למכור מכונית ותוך כדי שליחותו נודע לו שיש צורך לעשות פעולה דחופה לשמירת המקרקעין של השולח, דין השליח לעניין שמירת המקרקעין כדין כל אדם אחר[191].

(2) המשפט העברי

לפני שנתחיל את הדיון בעמדת המשפט העברי בשאלת ההרשאה לביצוע פעולה דחופה, יש

187 יש להטעים, שהחוק רואה את השליח כמי שפועל בהרשאה אף כשפעולת ההצלה אפשרית גם בלעדיה. אמנם, שליח הפועל לשמירה על ענייני שולחו זכאי לשיפוי הוצאותיו גם מכוח סעיף 5(א) לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט־1979, ככל אדם הפועל לשמירת ענייני זולתו אף שאינו שלוחו (על המשמעות הערכית הטמונה בעקרונות חוק זה לעניין חיזוק הסולידריות החברתית, ראה ח' דגן, "דיני עשיית עושר: בין יהדות לליברליזם", בתוך: משפט והיסטוריה (בעריכת ד' גוטוויין ומ' מאוטנר, ירושלים תשנ"ט), עמ' 165). עם זאת, השיפוי הניתן מכוח חוק השליחות עדיף על פני השיפוי הניתן לכל מציל מכוח סעיף 5(א) לחוק עשיית עושר ולא במשפט. וזאת בנקודות הבאות:
(1) מניסוח סעיף 11 משתמע שהשליח זכאי לפיצוי על נזקים אשר נגרמו לרכושו (הדבר אינו מפורש בחוק השליחות, אך כך היא דעתו של ברק, סעיף 843). לעומת זאת, זכותו של הפועל לשמירת ענייני הזולת לפיצוי על נזקיו נתונה לשיקול דעתו של בית המשפט, אם ראה "שמן הצדק לעשות כן בנסיבות העניין" (לדעת י' בלס, חוק לישראל, עשיית עושר ולא במשפט, ירושלים תשנ"ב, עמ' 136, מן הצדק לעשות כן רק אם פעולת ההצלה הועילה).
(2) מסתבר שזכותו של השליח לפיצוי על נזקים כוללת גם פיצוי על נזקי גוף שאירעו לו מחמת השליחות, ואילו הפועל לשמירת ענייני הזולת אינו זכאי לפיצויים על נזקי גוף שנגרמו לו, אלא רק על נזקי רכוש (ראה ד' פרידמן, דיני עשיית עושר ולא במשפט, תל־אביב תשמ"ב, עמ' 180).
(3) השליח המציל את שולחו זכאי לשכר עבודה בגין שליחותו (ראה: פרידמן, שם, עמ' 177; ברק, סעיף 840. וראה ע"א 474/80 גרובר נ' תל יוסף, פ"ד לה(4) 45, 58 (1981)), לעומת זאת, מי שמציל את זולתו ואינו שלוחו, אינו זכאי לשכר עבודה (ראה בלס, שם, עמ' 118).

188 דבר שהשליח לא היה מורשה לעשות על פי סעיף 5 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט־1979. ראה ד' פרידמן, דיני עשיית עושר ולא במשפט, תל־אביב תשמ"ב, עמ' 92, אבל ראה הערה 51, שם.

189 השווה ר' בן אוליאל, "חוק השליחות' מאת נשיא בית־המשפט העליון, פרופסור אהרון ברק", מאזני משפט א (תש"ס), עמ' 180, בעמ' 192: "אני סבור כי סעיף 5(ב) עוסק בהרחבה על פי דין של השליחות הרצונית, ולא בשליחות על־פי דין".

190 ראה ברק, סעיף 472, הקובע שס"ק 5(ב) הוא סעיף דיספוזיטיבי (מרשה) ולא קוגנטי (כופה). וראה גם ע"א 156/82 ליפקין נ' דור הזהב, פ"ד לט(3) 85, 94 (1985).

191 לדעת ברק (סעיפים 466, 476), גם על כגון אלו יחול סעיף 5(ב), מכוח היקש. אולם קשה לקבל את דבריו: אם החוק דאג לצמצם את תחולת ההרשאה מכוח הדין לשליח ולפעולה הקשורה לנושא השליחות, כיצד אפשר להצדיק את הרחבתה מכוח היקש? וראה להלן, ליד ציון הערה 235. על זיקת פרשנותו של ברק לעמדת המשפט העברי בסוגיה זו, ראה להלן בסיכום, פרק שישי, עמ' 299.

להקדים ולומר שאם עניינו של השולח העומד בסכנה הוא נכס של השולח המוחזק בידי השליח (כמו בדוגמת הפרה החולה שהובאה לעיל), יש מן הפוסקים[192] הסבורים שבתור שומר[193], חובה על השליח למנוע כל הפסד לנכס המופקד בידו, יהא מקורו של ההפסד אשר יהא. ומאחר שזאת חובתו, הרי שיש לו הרשאה לעשות כל פעולה נחוצה לשם כך, אף פעולה שלא נצפתה מראש. סביר להניח שהרשאה זו כלולה מכללא בתפקידו כשומר[194]. לפי גישה זו, הרשאתו לפעולה דחופה של השליח המחזיק בנכס של השולח יכולה להיגזר ממעמדו כשומר, המורשה מכללא לבצע פעולות הדרושות למניעת נזק מן הנכס, ובכך גם להשיג את תכלית השמירה המוטלת עליו נוסף על שליחותו[195].

192 ראה: מגן אברהם, אורח חיים, סימן תמג, ס"ק ה; שו"ת חתם סופר, אורח חיים, סימן קה. לרשימה מלאה של פוסקים הנוקטים גישה זו, ראה כהנא, שומרים, עמ' 352, הערה 87.

193 על דינו של השליח כשומר, ראה רמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק ב, הלכות ז, ט. וראה גם ברק, סעיף 237, המשווה בין אחריות השליח ובין אחריות השומר. וראה גם כהנא, שומרים, עמ' 77, 92־96, 662־664.

194 זאת גם עמדת המחוקק, המחייב את השומר לעשות כל פעולה דחופה הדרושה "למניעת נזק העלול להיגרם לנכס", תוך שהוא מצייד אותו בהרשאה הנדרשת לכך (סעיף 6 לחוק השומרים). וראה מה שהערנו לעיל, הערה 181. אמנם לשון סעיף זה היא "שומר רשאי", אך הדבר מתפרש לא כמתן רשות לביצוע הפעולה אלא כמתן הרשאה לה, אשר השומר עלול לשאת באחריות אם לא יבצע אותה (ראה: י' ויסמן, חוק המשכון, תשכ"ז־1967, ירושלים תשל"ה, עמ' 226; מ' ויגודה, חוק לישראל, השבת אבדה, ירושלים תשנ"ב, עמ' 94, הערה 8. גישות אחרות טוענות כי רק בחלק מן המקרים יישא השומר באחריות, אם לא יבצע את הפעולה האמורה בסעיף 6. ראה ש' רנר, חוק השומרים, תשכ"ז־1967, ירושלים תשנ"ח, עמ' 267־271; כהנא, שומרים, עמ' 344). עם זאת, המחוקק טרח לצייד במפורש את השומר בהרשאה לביצוע פעולות אלו, בעוד המשפט העברי (על פי גישה זו של הפוסקים) ראה זאת כדבר המובן מאליו.
בדרך כלל, בפרק זה נסתמך הרבה על הדברים שכתב ב' כהנא, חוק לישראל, שומרים, ירושלים תשנ"ט, סעיף 6, תוך התאמתם לשליח שאינו שומר. לא נחזור ונפרט את מגוון המקורות שהביא כהנא, אלא נצביע רק על העיקריים שבהם. יחד עם זאת, יש להעיר שלדעתנו במקומות אחדים כהנא לא דייק כשתיאר את מעמדו של השומר כשליח המורשה לפעול בשמו של בעל הפיקדון, אף שלא קיבל ממנו מינוי לכך, זאת כנראה משום שמוקד הדיון שלו היה שאלת אחריות השמירה ולא דיני השליחות. על מקומות אחדים כאלו נעיר כדרך הילוכנו בפרטי הפרק. ראה לדוגמה להלן, הערה 195.

195 לכאורה, סוגיה תלמודית הסותרת את הנחתנו, ולפיה יש לשומר הרשאה לעשות כל פעולה הנופלת במסגרת אחריותו כשומר, היא הסוגיה במסכת בבא מציעא צג ע"ב, העוסקת ברועה שחיות טרף מאיימות על העדר שהופקד בידו, והוא אינו מסוגל להציל את העדר לבדו. התלמוד קובע שעליו להעסיק רועים אחרים שיעזרו לו במשימה, אלא שיש הבדל בין שומר חינם לבין שומר שכר: שומר חינם אינו חייב להקדים ולשלם להם מכיסו, ואילו שומר שכר חייב להקדים ולשלם להם מכיסו, ואחר כך לקבל את החזר מה ששילם מבעל העדר (וכך נפסק בשולחן ערוך, חו"מ, סימן שג, סעיף ח). לכאורה, מוכח מכאן שהשומר (הרועה) אינו פועל כשלוחו של בעל העדר, אף על פי שהצלת העדר היא בלא ספק חלק מחובתו כשומר, שאם כן, לא היה מקום להבחין בין שומר חינם לבין שומר שכר, שכן בשניהם חוזה ההעסקה היה נקשר ישירות בין הרועים ובין בעל העדר, והשומר היה יוצא מן התמונה. אולם אין מכאן הוכחה לסתור, מפני שייתכן שהשומר אכן מורשה להתקשר בשמו של בעל העדר (ואז אין הבדל בין אם הוא שומר חינם או שומר שכר. ראה: מעייני החכמה, בבא מציעא צג ע"ב, ד"ה בגמרא – ש"ש בשכר; שו"ת אבן הראשה, סימן ג; כהנא, שומרים, עמ' 356, ושם בהערה 110. לדעת ר"י מלוניל, המובא במילואים להערה זו (שם, עמ' 1110), אמנם אין שומר חינם מחויב בכך, אך משתמע כי הוא מורשה לכך, אם הוא יבחר לעשות כן), אלא מסתבר שדין התלמוד אמור כשהרועים אינם מוכנים להירתם למשימת ההצלה אלא אם השומר יתחייב כלפיהם אישית, ואינם מסתפקים בחיובו של בעל העדר, שאינם מכירים אותו. בכגון זה הוא שנקבע שרק שומר שכר חייב להקדים ולשלם להם מכיסו, ואחר כך יטרח ויתבע את הוצאותיו מבעל העדר, ואילו

יחד עם זאת, לא נוכל לחתום בזה את הדיון בס"ק 5(ב), וזאת משתי סיבות:
ראשית, פוסקים רבים[196] חולקים על דעה זו וסוברים שאחריותו של השומר מצטמצמת לשמירה על שלמות גוף הנכס המופקד בידו מפני גורמים העלולים לפגוע בו (גנבים, פגעי טבע וכדומה), אבל אין לו אחריות לשמירת ערך הנכס, כשלא ניתן לשמור את גוף הנכס[197]. כך לדוגמה, אם הנכס עומד לאבד מערכו בשל ירידת השערים בשוק, אין זו אחריותו של השומר בתור שומר[198] למכור את הנכס בעוד מועד כדי לשמור את ערכו[199].

שומר חינם אינו חייב להקדים ולשלם מכיסו, משום שאין מטילים עליו את הטרחה הכרוכה בתביעת החזר הוצאותיו. ואמנם ראה חידושי הריטב"א, בבא מציעא לא ע"ב, ד"ה מתני', הכותב על רועה זה: "אלא מפני שמירה שקבל עליו, שנעשה שלוחו של בעל הבית, וכדין שליח הוא עושה, שיש לו להשתלם כל מה שהוציא".
כאן המקום להעיר שכהנא, שומרים, עמ' 341, הביא מקור זה ואת דברי הריטב"א והסיק מהם שמעמדו של השומר כשליח נלמד מזכותו להחזר הוצאותיו בגין הצלת הנכס. ואולם אין קשר הכרחי בין הדברים, שכן יש הנוקטים שגם מי שאינו שומר זכאי להחזר הוצאות ההצלה, ובלבד שאינו בגדר "מבריח ארי" (היינו שאינו פועל ביזמתו להציל מפני נזק שאינו ודאי). זאת ועוד, לוּ יהי שרק שומר זכאי להחזר, מקור זה אינו קשור להרשאה מכוח החוק (שבסעיף 6 לחוק השומרים ושבסעיף 5(ב) לחוק השליחות), שכן, כאמור, מדובר בו על פעולה הנעשית במסגרת חובת השמירה, ובתור שכזו היא כלולה בהרשאה המקורית כפעולה המגשימה את תכלית השמירה, שמירת שלמות גוף הנכס. והשאלה בסוגיה היא רק אם חובתו כשומר מחייבת אותו אף להתחייב אישית ולדרוש אחר כך את החזר הוצאותיו.

196 בראשם הרמב"ם, הלכות שאלה ופיקדון, פרק ז, הלכה ד. וראה עוד: חידושי הרשב"א, בבא מציעא לח ע"א, ד"ה מדקתני; המאירי, בית הבחירה, בבא מציעא לז ע"ב, ד"ה המפקיד פירות; יד דוד (זינצהיים), בבא מציעא לח ע"א, ד"ה מפני שהוא; חוק יעקב, אורח חיים, סימן תמג, ס"ק ח; בית מאיר, אורח חיים, סימן תמג, ס"ק ב; שולחן ערוך הרב, אורח חיים, סימן תמג, סעיף ח; משנה ברורה, סימן תמג, ס"ק יב (ראה שם שער הציון, אות טז). עוד ראה: מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן לה; חזון יחזקאל על תוספתא, בבא מציעא ג, ג, חידושים, ד"ה מפני; כהנא, שומרים, עמ' 342, 350.

197 ראה לדוגמה דברי 'שולחן ערוך הרב' (לעיל, הערה 196) בעניין חמץ המופקד אצל שומר והוא עומד לאבד את ערכו עם כניסת הפסח (ראה פירוט דוגמה זו להלן, ליד ציון הערה 207): "שלא קיבל עליו אלא לשמור את החמץ שיהא שמור לבעליו ולא יחסר ממנו מאומה עד שיחזירנו בשלמות לבעליו, אבל לא קיבל עליו למכרו בערב פסח, שאין זו בכלל שמירה, שהרי במכירה זו מוציאה מרשות בעליו, ואינו חייב כלל למכרו בערב פסח מחמת שקיבל עליו לשמרו, אלא מחמת מצוות השבת אבדה לבעלים" (ראה על כך בהערה הבאה ובהמשך דיוננו).

198 ההדגשה "בתור שומר" היא משום שלפי דין המשנה, עליו לעשות כן, אלא שמקור החובה אינו בחיוב השמירה המוטל עליו בתור שומר, אלא במצוות השבת אבדה, המוטלת עליו כפי שהיא מוטלת על כל אדם. ההבדל המשמעותי בין השניים הוא בתוצאות המשפטיות, כשנמנע ולא מכר את הנכס שערכו עומד בסכנה: אם הייתה זו חובתו בתור שומר, הפרת החובה גוררת אחריה חובת פיצוי; ואילו אם היא מאחר שנמנע רק מלהשיב אבדה, הרי אין כנגדו זכות תביעה. ראה להלן, ליד ציון הערה 225.
יש לציין כי לדעת אורים ותומים, סימן עב, ס"ק מג, מקורו של חיוב זה בחובת השבת אבדה, אך בעקבותיו חל על השומר חיוב מקביל מכוח דיני השומרים, שכן "אף דמתחילה תקנו חכמים... מפני השבת אבידה, מכל מקום עכשיו, דמקבל החפץ בשמירה, מקבלו לנהוג בו כל דין שמירה כפי שתקנו חז"ל. ואם נמנע, הוי ליה פושע וחייב בתשלומין".

199 יש להעיר שאמנם על פי גישה זו, אין זה מאחריותו של שומר לשמור על ערך הפיקדון, שכן מטרת השמירה אינה אלא אחזקת גוף הפיקדון במצב תקין עד החזרתו למפקיד, והלוא מכירת הנכס לאחר סותרת מטרה זו. אבל לא כן הוא בהכרח בשליח. כשמטרת השליחות היא עסקית־כלכלית, לשם הפקת רווח, המכירה עשויה להתיישב עמה בהחלט, שכן אין מטרת השליחות החזרת הנכס בעין אלא הפקת רווח ממכירתו. נמצא שהדוגמה שהביא ברק (לעיל, ליד ציון הערה 178) בעניין פרה העומדת למכירה אינה

שנית, הסעיף מקנה לשליח הרשאה לעשות פעולות להצלת ענייני השולח "בקשר לנושא השליחות", אף כשלכולי עלמא עניינים אלה אינם באחריותו של השליח בתור שומר. כך הוא לדוגמה, כשתוך כדי שליחות למכירת סחורות, נודע לשליח שהמחסן שבו השולח מחזיק את סחורותיו עומד להתמוטט (והוא, השליח, לא קיבל על עצמו לשמור על הסחורות או המחסן), ויש צורך דחוף להתקשר עם קבלן בניין למניעת ההתמוטטות. למרות שאין על השליח אחריות לשמור על המחסן ועל הסחורות שבתוכו, בכל זאת החוק מקנה לו הרשאה להתקשר עם קבלן בשמו של שולחו.

יש לנסח אפוא את השאלה העומדת לפנינו לדיון כך: מהי עמדת המשפט העברי ביחס לפעולות הנחוצות למניעת הפסדים מן השולח שאינם באחריותו של השליח לא בתור שליח ואף לא בתור שומר (כי אם הפסדים אלה באחריותו, אין ספק כי לפי המשפט העברי הוא מורשה מכללא לעשות כל הדרוש למנוע אותם)?

ומן הראוי לחדד את השאלה עוד יותר: כידוע, דיני השבת אבדה שבמשפט העברי כוללים את החובה להציל את הזולת מהפסד[200]. במקביל לחובה זו, החלה על כל אדם, בין שהוא שליח ובין שאינו שליח[201], המשפט העברי מזכה את המציל בהחזר הוצאותיו ובפיצוי על נזקיו ממי שחייו או נכסיו ניצלו על ידו, אף על פי שאין רואים את המציל כמי שפעל בשליחותו. אולם זכויות הפיצוי והשיפוי של השליח רחבות יותר משל מציל גרידא, כפי שנרחיב בדיוננו על סעיף 11. ונשאלת אפוא השאלה: האם המשפט העברי מכיר בשליח העושה פעולה דחופה להצלת ענייני שולחו כמי שפועל בהרשאה, אף על פי שהרשאה כזו אינה כלולה במסגרת אחריותו כשליח או כשומר?

כפי שניווכח להלן, המשפט העברי אכן מכיר בהרשאה לפעולה דחופה. תחילה נסקור את המקורות בעניין זה, לאחר מכן נעמוד על יסודה המשפטי של ההרשאה לפעולה דחופה, ובעקבות כך נוכל לתחום את היקף תחולתה של הרשאה ייחודית זו ואת תנאיה.

ב. סקירת מקורות

התלמוד קובע[202], בעקבות המשנה[203], שאם הופקדו פירות אצל שומר והפירות מרקיבים ומפסידים מערכם מעבר למקובל, על השומר למכור את הפירות בבית דין כדי להציל את

דוגמה מוצלחת, שהרי מכירת הפרה בעקבות שינוי הנסיבות מתיישבת היטב עם קידום האינטרסים הכלכליים של השולח, שהוא מטרת השליחות, ולפי זה יש לראות את השליח כמי שיש לו הרשאה מכללא לשחוט את הפרה ולמכור את בשרה, כי בכך הוא מגשים את מטרת השליחות כרוחה, אף אם לא כלשונה. להלן בסמוך נציע דוגמה אחרת, שבה אין ספק שאי אפשר לראות את פעולת ההצלה שעושה השליח כמשתמעת מכללא מן ההרשאה המקורית שקיבל מן השולח.

200 ראה: נ' רקובר, עושר ולא במשפט, ירושלים תשמ"ח, עמ' 120; מ' ויגודה, חוק לישראל, השבת אבדה, ירושלים תשנ"ב, עמ' 2; י' בלס, חוק לישראל, עשיית עושר ולא במשפט, ירושלים תשנ"ב, עמ' 115 ואילך.

201 אם כי שאלה מעניינת היא: האם היקף החובה רחב יותר בשליח מבאדם אחר? לדוגמה, ידוע שיש נסיבות שבהן אדם פטור מהשבת אבדה, כגון "זקן ואינה לפי כבודו" (ראה שולחן ערוך, חו"מ, סימן רסג, סעיף א), והשאלה היא: האם פטור ממנה גם "זקן" שהוא שלוחו של בעל האבדה? או שמא חובות השבת אבדה החלות על השליח מקיפות יותר, ואין הוא נהנה מפטור זה? מעין שאלה זו, ראה שו"ת הרדב"ז, חלק א, סימן שיג.

202 בבא מציעא לח ע"א.

203 משנה, בבא מציעא ג, ו.

המפקיד מהפסד[204]. וכפי שכבר ראינו, לפי רבים מן הפוסקים, מכירה זו אינה חלק מחיובי השמירה המוטלים על השומר, ואין לבסס אפוא את ההרשאה למכור את הפירות על חיובים אלה. לדידם, עליו למכור את הפירות משום מצוות השבת אבדה, הכוללת גם את החובה להציל את הזולת מהפסד[205]. וכך מסכם הרמב"ם[206] הלכה זו: "המפקיד פירות אצל חבירו, הרי זה לא יגע בהן, ואף על פי שהן חוסרין ומתמעטין והולכין. במה דברים אמורים? כשחסרו חסרון הראוי להן בכל שנה. אבל אם חסרו יותר מכדי חסרונן, מוכרן בבית דין, מפני שהוא משיב אבידה לבעלים".

דין דומה הובא בתלמוד[207] בקשר לשומר שהופקד בידו חמץ, וחג הפסח עומד בפתח. כידוע, בפסח החמץ אסור בהנאה מן התורה, וחכמים גזרו שאם החמץ נותר ברשותו של היהודי עם כניסת החג, הוא נאסר בהנאה אף לאחר החג ("חמץ שעבר עליו הפסח"), ונפסק שעל השומר למכור את החמץ לנכרי עוד לפני כניסת החג כדי להציל את המפקיד מן ההפסד. וגם כאן הסבירו רבים שאין הוא עושה כן משום אחריותו כשומר אלא משום מצוות השבת אבדה. דין זה נפסק אף הוא על ידי הרמב"ם[208]: "המפקיד חמץ אצל חבירו והגיע הפסח, הרי זה לא יגע בו עד שעה חמישית מיום י"ד. מכאן ואילך יוצא ומוכרו בשוק לשעתו[209] [=מיד] משום השב אבידה לבעלים".

בדורות מאוחרים יותר נפסק כעין זה בעניין הפרשת חלה. על פי הדין, בצק חייב בהפרשת חלה קודם אפייתו. ההפרשה הזאת היא פעולה משפטית, ולא מטריאלית, החייבת להיעשות על ידי בעל הבצק או שלוחו דווקא. בספרו 'תרומת הדשן'[210], פסק ר' ישראל איסרליין שמשרתת הלשה את הבצק, ובעלת הבית יצאה אל מחוץ לבית, והיא נוכחת לדעת כי אם תידחה האפייה, תחמיץ העיסה ותתקלקל, רשאית להפריש את החלה מיזמתה, אף שלא קיבלה הרשאה מבעלת הבית. הלכה זו מעניינת במיוחד, משום שלכולי עלמא, אין למשרתת אחריות שמירה על הבצק (כך שלכולי עלמא אין לה הרשאה מכוח דיני השומרים להפריש חלה), ואף על פי כן הפרשתה מועילה כהפרשת בעלת הבית.

[204] אמנם דעת החכמים במשנה היא: "המפקיד פירות אצל חבירו, אפילו הן אבודין – לא יגע בהן", ורק רבן שמעון בן גמליאל סובר: "מוכרן בפני בית דין, מפני שהוא כמשיב אבידה לבעלים". אבל להלכה נתקבלה פרשנותו של רבי יוחנן בתלמוד, ולפיה כשהפירות הרקיבו בכמות גדולה יותר מן המקובל בכל שנה, חכמים מודים שעל השומר למכור את הפירות כדי למנוע הפסד גדול עוד יותר. גם רבן שמעון בן גמליאל מודה שאם הפירות מרקיבים כמקובל, השומר אינו רשאי למכור אותם, ולא נחלקו אלא בשקצב הריקבון מהיר מן המקובל: לפי חכמים, לא ייגע השומר בפירות כל זמן שהריקבון אינו חורג מן המקובל, אף אם קצב הריקבון מהיר יותר מבשנים אחרות, ואילו לפי רבן שמעון בן גמליאל, על השומר למכור אותן מיד ולא להמתין. ראה תוספות, שם, ד"ה מחלוקת. והשווה נימוקי יוסף, בבא מציעא כא ע"א (בדפי הרי"ף), ד"ה מחלוקת בכדי חסרונם.

[205] כפי שעולה מפשוטה של המשנה. לשאלה כיצד הדעה הרואה במכירה חלק מחיובי השמירה מתיישבת עם לשון המשנה, ראה כהנא, שומרים, עמ' 351.

[206] רמב"ם, הלכות שאלה ופיקדון, פרק ז, הלכה א.

[207] פסחים יג ע"א.

[208] רמב"ם, שם, הלכה ג.

[209] והשווה צפנת פענח, מהדורא תניינא, דף לו ע"א (מובא במכתבי תורה לר' מרדכי קאלינא, סימן רעד), ולפיו הרמב"ם סבור "דהמקח אינו כלום שלא מדעת הבעלים", ולכן על השומר למכור את החמץ מיד כדי שייאכל עוד לפני הפסח, וזו כוונת הרמב"ם "לשעתו".

[210] תרומת הדשן, שו"ת, סימן קפח. נפסק ברמ"א, יורה דעה, סימן שכח, סעיף ג.

בכל ההלכות שסקרנו, הצלת הזולת מהפסד אינה אפשרית בלא הרשאה, שכן בעיקרון, אין אדם יכול לתת או למכור נכס של זולתו בלא ייפוי כוח ממנו. נשאלת אפוא השאלה: אף שהצלת הזולת מהפסד יש בה משום קיום מצווה חשובה, "השבת אבדה", והיא מטרה רצויה, מהו יסודה המשפטי של הרשאת המציל לפעול בנכסי זולתו? בשאלה זו נעסוק להלן.

ג. יסודה המשפטי של ההרשאה

(1) "זכין לאדם שלא בפניו"

ר' ישראל איסרליין מבסס את הפסק שלו בעניין הפרשת חלה על ידי המשרתת על הכלל "זכין לאדם שלא בפניו". וזה לשונו: "דכיון דמתקלקלת העיסה, זכות הוא לה לבעלת הבית, וזכין לאדם שלא בפניו... והכא נמי המשרתת נעש[ת]ה שלוחה אפילו שלא מדעתה, מטעם דזכות הוא לה".

כלומר, כלל הוא במשפט העברי: האדם רשאי לפעול כשלוחו של חברו אף בלא שנתמנה על ידו, ובלבד שהפעולה המשפטית שהוא עושה עבורו מוגדרת כזכות[211]. הצלת אדם מהפסד בוודאי מוגדרת כזכות. אשר על כן, מכוח הכלל "זכין לאדם שלא בפניו", אף שפעולת ההצלה דורשת הרשאה (כגון מכירת נכס העומד בסכנה), המציל נחשב כמי שיש לו הרשאה לעשות את פעולת ההצלה. כך נימקו רבים מן האחרונים גם את ההלכות האחרות שסקרנו לעיל (בעניין פירות המרקיבים ובעניין חמץ), ולפיהן השומר רשאי למכור את הפיקדון שתחת ידו, אם אין דרך אחרת למנוע את אבדן ערכו[212].

אם אכן זהו היסוד המשפטי של הרשאת השליח, הרי משמעות הדבר היא לכאורה שאין להרשאה זו תוקף מוחלט, אלא מותנה, שכן כלל הוא בדין "זכין", שעם היוודע דבר הזכייה למקבל הזכות, הוא רשאי לדחות אותה, שכן "אין נותנין לאדם מתנה בעל כרחו"[213]. על כן, אם נחזור לדוגמה של ברק, שהבאנו בתחילת פרק זה, בעניין הפרה שחלתה, ושחט אותה השליח ומכר את בשרה, נמצא שיכול בעל הפרה לטעון שאינו רוצה במכירה.

אולם קביעה זו אינה נקייה מספקות, שכן יש פוסקים הסבורים[214] שאם מדובר בזכות

[211] אמנם יש מן האחרונים הטוענים שכלל זה אינו חל אלא כאשר הזכות היא בנתינת דבר מה לזולת ("זכין לאדם"), ולא בנטילת דבר מה ממנו ("זכין מאדם"), כפי שהוא במקרה דנן, שמוכרים את רכושו לטובתו. אולם נראה שהבחנה זו לא הייתה מקובלת על דעת 'תרומת הדשן'. לדיון מפורט בשאלה זו בפרט ובדין "זכין לאדם שלא בפניו" בכלל, ראה בנספח, עמ' 767.

[212] ראה לדוגמה שו"ת נאות דשא (אייבשיץ), סימן לט: "גם משיב אבידה אינו רק מתורת זכין לאדם שלא בפניו". עם זאת, יש להעיר שדבריו אינם ברורים כל צורכם, שכן כתב תחילה: "אז נעשה הנפקד שליח מעצמו בתורת משיב אבדה, דאף על גב דהבעלים לא עשאוהו שליח למכור, מכל מקום נעשה שליח מדעת תורה מדין משיב אבדה, שהתורה עשאתו שליח". מניסוח זה משתמע לכאורה שיסוד ההרשאה אינו רק בדין הכללי של "זכין", אלא בהרשאה מלאה שהעניקה לו התורה (הרשאה מכוח הדין), כדי שהשומר יוכל לקיים את מצוות השבת האבדה המוטלת עליו. וראה כהנא, שומרים, עמ' 342, ליד ציון הערה 24, ובעמ' 1090, במילואים להערה 24.

על ההבדל המעשי בין הרשאה מכוח דין "זכין" לבין הרשאה מכוח הדין, ראה בהמשך דברינו.

[213] רמב"ם, הלכות זכייה ומתנה, פרק ד, הלכה ב.

[214] ראה מחנה אפרים, הלכות זכייה ומתנה, סימן ו, ד"ה העולה מדברנו: "מידי דהוי זכות גמור וליכא שום צד חובה, דנראה דכל כי האי גוונא אפילו כי אתי לקמן וצווח לומר 'לא ניחא לי' – לא משגחינן ביה". הנימוק לכך מופיע בתחילת דבריו, שם, ד"ה ראיתי: "דאיכא למימר דמתחילה היה רוצה [אילו נודע לו

מוחלטת, כמו הצלת ערכו של חמץ לפני הפסח, בעל הנכס אינו יכול להתנער מן הפעולה, שכן אינו נאמן לטעון שלא היה מעוניין בה בשעת ביצועה.

אף לדעת החולקים על גישה זו[215], ברור שהתנגדות השולח לפעולה שעשה עבורו השליח מכוח דין "זכין" אינה חושפת את השליח לתביעת נזיקין מצד השולח או לתביעה אישית על ידי הצד השלישי שכלפיו עשה את הפעולה. לא יעלה על הדעת שהשליח ייתבע בגין פעולה שחובתו הייתה לעשותה מדין השבת אבדה.

(2) תקנת חכמים

מדבריהם של פוסקים אחרים, אפשר אולי להסיק שלדעתם היסוד להרשאתו של המציל אינו (או אינו רק) בדין "זכין לאדם שלא בפניו" אלא בתקנת חכמים מיוחדת שתוקנה כדי שהשומר יוכל לפעול להצלת הפיקדון המופקד בידו[216].

כך אפשר אולי להבין את דברי הרשב"א[217], המטעים את דין המשנה, ולפיו על השומר למכור את הפירות המרקיבים דווקא בפני בית דין. אומר הרשב"א: "לעשות להן [לפירות המרקיבים] תקנה – בית דין הוא שעושים". אילו יסוד המכירה היה רק דין "זכין לאדם שלא בפניו", מדוע דרושה מעורבות בית דין? העובדה שהמכירה חייבת להתבצע בפיקוח בית דין היא אולי משום שחכמים הם הנותנים הרשאה לשומר למכור את הפירות, ועל כן הם עומדים בתוקף שהדבר ייעשה בפיקוח בית דין[218].

לפנינו אפוא הרשאה מכוח הדין[219]. אמנם גם לפי הגישה הקודמת, הרשאת השליח בכגון זה היא הרשאה מכוח הדין (דין "זכין לאדם שלא בפניו"), אבל יש הבדלים חשובים בין שתי ההרשאות, כפי שנפרט עוד בהמשך פרק זה. לעת עתה די להצביע על כך שאם יסודה של ההרשאה למכירה בתקנת חכמים, השולח לא יוכל בשום אופן להתנער מפעולת השליח, אפילו אם בסופו של דבר לא הועילה הפעולה ולא ניצלו ענייניו מהפסד. לעומת זאת, אם יסודה של ההרשאה למכירה בדין "זכין", יש אומרים שיוכל להתנער מפעולת השליח[220].

ד. שמירת עניין השולח, רשות או חובה? – "רשאי"

על פי החוק, אם יעשה השליח את הפעולה הדחופה לשמירת ענייני שולחו, לא צפויים לו

דבר הזכייה] ועכשיו חזר בו". וראה גם שו"ת דמשק אליעזר (פרלמוטר), אורח חיים, סימן ז, ד"ה ולפענ"ד. וראה בנספח על דין "זכין לאדם שלא בפניו", פרק חמישי, א, עמ' 797.

[215] ראה בנספח על דין "זכין לאדם שלא בפניו", שם.

[216] וראה לעיל, הערה 212, שם ראינו שיש מי שהעלה אפשרות שמדובר בהרשאה מן התורה. אולם כאמור שם, דבריו אינם ברורים כל צורכם וצריכים עיון.

[217] חידושי הרשב"א, בבא מציעא לח ע"א, ד"ה מדקתני.

[218] הסבר אפשרי אחר לדרישה זו הוא שהמכירה צריכה להיעשות בפיקוח בית דין כדי להגן על בעל הנכס מפני מכירה כושלת. ראה כהנא, שומרים, עמ' 362.

[219] ברור שאין תקנה זו חלה אם בעל הבית הודיע מראש שאינו מעוניין שהשליח יפעל להצלתו מהפסד, שהרי חכמים אינם מגינים על האדם בעל כורחו, מה עוד שהתשתית לתיקון התקנה היא מצוות השבת אבדה, והלוא אין מצווה להשיב אבדתו של אדם המאבד אותה מדעת (ראה מ' ויגודה, חוק לישראל, השבת אבדה, ירושלים תשנ"ב, עמ' 11-13). לשון אחר: לגבי השולח, התקנה מרשה, ולא כופה. כך נקט גם החוק, ראה לעיל, ליד ציון הערה 190.

[220] אם כי ראה לעיל, ליד ציון הערה 214.

סיכונים או הפסדים כלשהם, שהרי דינו כדין מי שפועל בהרשאה, שמובטחים לו החזר הוצאותיו ופיצוי על נזקיו, אף אם נכשלה שליחותו (ובלבד שלא התרשל בה). ברם, הסעיף אינו מחייב אותו לעשות את הפעולה, ומשאיר זאת לשיקול דעתו ("רשאי שלוח"), אף על פי שהימנעות מן הפעולה משמעה גרימת הפסד לשולח. אפשר שהסיבה לכך היא שבדרך כלל המחוקק ממעט בהטלת חובות עשה על האדם, אם לא קיבל אותן על עצמו מרצונו[221]. ומאחר שפעולה דחופה זו לא הייתה צפויה מראש, והשליח לא קיבל אותה על עצמו, אין החוק מחייב אותו לעשות אותה, והוא משאיר את הדבר למצפונו. יש לציין שאין זאת גישת ברק[222], שאחרי שהטעים שהסעיף אינו מחייב את השליח לעשות את הפעולה הדחופה, הוא מוסיף: "עם זאת, ייתכן שהחובה לבצע אותה פעולה תבוא ממקור אחר בחוק השליחות, כגון חובות הנאמנות שהשלוח חב לשולח, או ממקור שמחוץ לחוק השליחות"[223].

עמדתו החד־משמעית של המשפט העברי בעניין זה היא, שהשליח חייב לעשות את הפעולה הדחופה לשמירת ענייני שולחו, שכן, כפי שראינו לעיל, פעולה זו היא בגדר מצוות השבת אבדה. כך הוא בוודאי אם יסודה של פעולת השליח בתקנת חכמים המבטיחה לשליח החזר הוצאותיו ופיצוי על נזקיו, ואין לו אפוא עילה להתחמק מקיום מצוות השבת אבדה המוטלת עליו. ונראה שכך הוא גם אם יסודה של הפעולה בדין "זכין לאדם שלא בפניו". אמנם ראינו שלפי דעות אחדות, השולח יכול לדחות את הפעולה המשפטית שעשה השליח, אך ביטול הפעולה לא יחשוף את השליח לתביעה משפטית מצדו של השולח או מצד שלישי, ונראה שהוא גם לא ישלול מן השליח את זכותו לשיפוי על הוצאותיו[224].

אף שכאמור, חובה על השליח לעשות כל פעולה כדי להציל את שולחו מהפסד, אפילו פעולה הדורשת הרשאה, אם נמנע השליח מכך, אין לשולח עילת תביעה נגדו, שכן הימנעות ממצוות השבת אבדה אינה מקנה זכות תביעה לבעל האבדה. ובלשונו של ר' אפרים נבון[225]: "לא מצינו שיתחייב לשלם מי שאינו משיב אבידה".

חובתו של השליח להימנע מביצוע פעולת השליחות, אם נוכח לדעת כי זו עלולה להסב לשולחו נזק, חורגת ממסגרת סעיף זה, שעניינו הרחבת היקף השליחות המפורשת, ולא צמצומה, והיא תידון להלן, במסגרת דברינו על סעיף 8, שנעסוק בו בפירוט בחובות השליח.

221 "ברוח הדמוקרטיה הליברלית וזכויות הפרט... קל יותר להטיל על היחיד חובות לא־תעשה מאשר חובות עשה" (מ' חשין, בג"ץ 164/97 קונטרם נ' משרד האוצר, פ"ד נב(1) 289, 370 (1998)). כך גם עשה המחוקק בחוק השבת אבידה, התשל"ג־1973. סעיף 2(א) לחוק זה קובע: "המוצא אבידה ונוטלה חייב להשיבה". החוק אינו מחייב את המוצא ליטול את האבדה, ואם הוא נמנע מלעשות כן, אינו חייב להשיבה. זאת בשונה מן המשפט העברי, הקובע כי המוצא אבדה חייב ליטלה ולהשיבה. ראה מ' ויגודה, חוק לישראל, השבת אבדה, ירושלים תשנ"ב, עמ' 28־29.

222 ברק, סעיף 465.

223 על זיקת פרשנותו של ברק לעמדת המשפט העברי בסוגיה זו, ראה להלן פרק שישי, עמ' 299.

224 כפי שאמרנו לעיל, ליד ציון הערה 215. וראה י' בלס, חוק לישראל, עשיית עושר ולא במשפט, ירושלים תשנ"ב, עמ' 153.

225 מחנה אפרים, הלכות שומרים, סימן לה.
נזכיר ונטעים שהשליח לא ייהנה מפטור זה אם רואים את פעולת ההצלה ככלולה בחיובי השמירה המוטלים עליו בתור שומר או אם רואים אותה ככלולה במינויו כשליח, שאם כן, יישא השליח באחריות אם נמנע מלהציל, כפי שכבר הערנו לעיל, הערה 198.

ה. תחולת ההרשאה

(1) על מי חלה ההרשאה? — "שלוח"

א. על פי לשון הסעיף, "רשאי שלוח", הרשאה מכוח החוק לשמירת ענייני השולח חלה על השליח בלבד, לא על אדם זר. עם זאת, לדעת ברק[226], יש לפרש כאן את המושג "שלוח" על דרך ההרחבה ולכלול בו גם שליח שכבר נסתיימה שליחותו, כגון שכבר מת שולחו[227]. למעשה, ברק מרחיק לכת אף יותר, שכן לדעתו[228], ראוי להחיל את הוראת החוק מכוח היקש גם על אדם זר, וזאת מתוך מגמה לעודד אותו לפעול להצלת רכוש הזולת. לפי זה, בדוגמת הפרה החולה שהבאנו לעיל, בתחילת פרק זה, גם מי שאינו שליח, יהיה מורשה לשחוט את הפרה ולמכור את בשרה, ובלבד שיימנע הפסד מן השולח.

לנוכח לשונו החד־משמעית של החוק, ספק אם יש הצדקה להיקש שמציע ברק[229], אבל אין ספק שעידוד כל אדם לפעול למניעת הפסד מחברו עולה בקנה אחד עם דעת המשפט העברי, הרואה בכך מצווה (השבת אבדה) המוטלת על כל אדם[230].

ב. כשהפעולה לשמירת עניין השולח דורשת הרשאה, נשאלת השאלה: האם המשפט העברי מבחין בין השליח לבין אדם זר? כאן יש להבחין בין שני היסודות המשפטיים שהציעו הפוסקים לביסוס ההרשאה:

אם יסודה המשפטי של ההרשאה בכגון זה הוא הכלל "זכין לאדם שלא בפניו", הרי דין אחד לשליח ולכל אדם אחר, שניהם רשאים וחייבים באותה מידה להציל את השולח (כמו כל אדם אחר שנכסיו בסכנה), ושניהם יכולים לעשות כן מכוח דין "זכין"[231].

לעומת זאת, אם תקנת חכמים עומדת ביסוד ההרשאה, אפשר שלא תוקנה התקנה אלא לשליח ולא לאדם זר. השולח הביע את אמונו בשליח וסמך עליו שיטפל בענייניו, משום כך אולי ראו חכמים הצדקה להרחיב את הרשאתו ולהחיל אותה בכוח תקנתם גם על פעולות שלא היו חלק מן ההרשאה המקורית. לעומת זאת, אדם זר, שהשולח לא הביע את אמונו בו

[226] ברק, סעיף 466.

[227] אם כי הוא מבחין בין שליח ששליחותו נסתיימה שלא מרצונו של השולח (מוות, גריעת כשרות, פשיטת רגל), שהרחבת השליחות בו מכוח החוק אפשרית, משום שאינה עומדת בסתירה לרצון השולח, ובין שליח ששליחותו בוטלה על ידי השולח, שהרחבת השליחות אינה אפשרית בו, משום שהיא עומדת בסתירה לרצונו המפורש של השולח לסיים את השליחות. ראה לעיל, הערה 190.

[228] ברק, שם. נדגיש כי זכות השיפוי והפיצוי של מי שפעל לשמירת עניינו של הזולת, אף שאינו שליח, מעוגנת בחוק הישראלי מאז חקיקת חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט־1979, סעיף 5. אם כן, חידושו של ברק הוא כי אדם זה אף ייהנה מהרשאה לביצוע פעולות משפטיות אשר יחייבו ויזכו את השולח. לדעתו, "הרמוניה פנימית בגדרי המשפט האזרחי מצדיקה גישה היוצרת קשר בין זכותו של הפועל להשבה ולפיצויים לבין הכרה בו כשליח (מכוח הדין)" (ברק, סעיף 476). לגישה אחרת, ראה ר' בן אוליאל, "'חוק השליחות' מאת נשיא בית־המשפט העליון, פרופסור אהרון ברק", מאזני משפט א (תש"ס), עמ' 180, בעמ' 193.

[229] ברק טוען שהחוק שותק בשאלת זיהויו של נמען סעיף 5(ב), ומכאן האפשרות להשלים את החסר (לקונה) מכוח היקש, בהתאם להוראת סעיף 1 לחוק יסודות המשפט, התש"ם־1980. אולם סביר יותר לומר שהמילים "רשאי שלוח" משמען הסדר שלילי ביחס למי שאינו שליח, ואין כאן שום חסר (לקונה) בחוק.

[230] עוד על זיקת פרשנותו של ברק לעמדת המשפט העברי בסוגיה זו, ראה בסיכום להלן, פרק שישי, עמ' 299.

[231] ראה גם אמרי מהרש"ח, בבא מציעא לח ע"א.

מעולם, אפשר שחכמים לא ראו לנכון לתת לו הרשאה שלא מדעתו של בעל העניין[232]. לפי זה, אדם זר לא יוכל לפעול אלא מכוח דין "זכין", ולא כמורשה מן הדין. משמעות הדבר היא, לפי חלק מן הפוסקים, שהשולח יוכל להתנער מפעולתו, אפשרות שאינה קיימת, כפי שכבר הזכרנו[233], אם רואים את המציל כמי שפועל על פי הרשאה מכוח הדין, כפי שמציע ברק.

(2) על מה חלה ההרשאה? – "ענייני השולח בקשר לנושא השליחות"

א. מחד גיסא, תחולת ההרשאה על פי דין רחבה יותר בחוק מבמשפט העברי, שכן החוק רואה את השליח כמי שפועל בהרשאה אף כאשר ההרשאה אינה נחוצה לצורך ביצוע פעולת ההצלה, מה שלא מצאנו במשפט העברי[234].

מאידך גיסא, תחולת ההרשאה מכוח החוק מצומצמת יותר, שכן אין היא חלה אלא לצורך שמירת ענייני השולח "בקשר לנושא השליחות", אבל לשמירה על עניין שאינו קשור בנושא השליחות, דין השליח כדין אדם זר, ואין לו הרשאה לפעול למניעת ההפסד (כך הוא לדוגמה אם נשלח למכור פרה ונודע שמכוניתו של השולח עומדת בסכנה). עם זאת, יש לציין שברק[235], כשהוא עקבי בגישתו בעניין החלת ההרשאה על אדם זר[236], סבור שגם כאן ראוי להרחיב את הסעיף ולהחילו מכוח היקש גם על שמירת עניינים שאינם קשורים לנשוא השליחות (הלוא לגבי עניינים אלה, דין השליח כדין אדם זר).

כאמור, ברור שלפי המשפט העברי, השליח יכול לפעול בשמו של השולח להצלת עניינים אלה אף על פי שאינם קשורים בשליחות, לפחות מכוח הכלל "זכין לאדם שלא בפניו", כפי שכבר ראינו לעיל[237]. עוד ראינו לעיל[238] שיש גם מי שסובר שהרשאתו של השליח לפעול להצלת נכסי השולח המופקדים בידו יסודה בתקנת חכמים, תקנה זו תוקנה כאמור על נכסים המופקדים בידי השליח (השומר), אף שההפסד המאיים עליהם אינו באחריותו, וספק אם התקנה חלה גם על עניינים שאינם מופקדים בידו. הדבר אינו חד־משמעי, משום שבשונה מאדם זר שהשולח לא הביע בו את אמונו כלל (ועל כן הצענו לומר לעיל[239] שהתקנה אינה חלה עליו), שליח זה זוכה לאמונו של שולחו, ואפשר אפוא שהתקנה חלה גם עליו. וצריך עיון.

ב. צמצום נוסף להרשאת השליח עולה מלשון הסעיף, האומר שהפעולה באה "לשמירה על ענייני השולח", וברק[240] מטעים כי הכוונה היא שהשליח מורשה לפעול "למניעת הפסד או נזק", אך לא "להרבות את נכסיו של השולח או להיטיב אותם". כך למשל אם נשלח השליח למכור את פרתו של השולח, ולא חלתה הפרה, אבל נתברר לו כי מחיר בשר הבקר האמיר בצורה משמעותית, וכי שחיטת הפרה ומכירת בשרה תניב רווח נאה לשולח, אין לו הרשאה על פי דין לעשות כן.

[232] אבל השווה שו"ת נאות דשא (אייבשיץ), סימן לט, ד"ה הנה כל מה שכתבנו.
[233] לעיל, ליד ציון הערה 219.
[234] לחוק, ראה לעיל, תחילת הערה 187. למשפט העברי, ראה לעיל, סוף פרק חמישי, ב, עמ' 291.
[235] ברק, סעיף 476, וכן רמז כבר בסעיף 466, הערה 45.
[236] ראה לעיל, ליד ציון הערה 228. ביקורתנו על ברק, לעיל, ליד ציון הערה 229, נכונה גם כאן.
[237] פרק חמישי, ג(1), עמ' 291.
[238] פרק חמישי, ג(2), עמ' 292.
[239] ליד ציון הערה 231.
[240] ברק, סעיף 470.

עמדה זו היא גם עמדת המשפט העברי. הדבר עולה כבר מן הדוגמאות שנידונו לעיל (פירות המרקיבים, חמץ בערב הפסח, עיסה שלא הופרשה ממנה חלה), וכפי שניסח זאת אחד מן הפרשנים: "אין מתעסקים בנכסי השני שלא ברשותו למען הרבות ריווח לבעלים"[241]. עם זאת, ההבחנה בין מניעת הפסד ובין השגת רווח אינה קלה תמיד. מה נאמר לדוגמה כשמטרת השליחות הייתה להרוויח, וכעת אפשרות זו עומדת בסכנה לא צפויה?[242]. לדעת 'שדי חמד'[243], יש מקום לראות פעולה זו כפעולה הנעשית למטרת רווח, ולא למניעת הפסד, ועל כן ייתכן שאין לו הרשאה לעשותה. לעומת זאת, בעל שו"ת 'פנים מאירות'[244] סבור כי אין זו פעולה הנעשית למטרת רווח אלא למניעת הפסד, אשר על כן יש להחיל גם עליה את ההרשאה.

ו. תנאי ההרשאה

החוק מתנה את הרשאתו של השליח לפעול לשמירת ענייני השולח בשלושה תנאים: הפעולה דחופה; היא בלתי צפויה מראש; היא דרושה באופן סביר. תנאים אלה מופיעים כבר במקורות המשפט העברי, אלא שאינו מסתפק בהם, כפי שנראה להלן.

(1) "פעולה דחופה"

ברק[245] מסביר ש"פעולה דחופה" היא פעולה שאינה סובלת דיחוי עד לקבלת הוראות מן השולח. אם הייתה לשליח אפשרות ליידע את השולח בדבר שינוי הנסיבות ולקבל ממנו הוראות, ולא עשה כן, אין לו רשות לחרוג מהרשאתו. תנאי זה עולה בקנה אחד עם חובת הדיווח המוטלת על השליח כלפי שולחו על פי סעיף 8(1): "יגלה לשולח כל ידיעה וימסור לו כל מסמך הנוגעים לנושא השליחות ויתן לו דין וחשבון על פעולותיו".

תנאי זה תואם את עמדת המשפט העברי. על פסקו של הרמב"ם[246], שמי ששומר על פירות חייב למכור אותם כשהם עומדים להירקב כדי למנוע הפסד מן הבעלים, מוסיף 'מגיד משנה' סייג: "ודע שדברים אלו דוקא כשאין בעל הפיקדון בעיר, אבל אם היה בעיר, יודיענו ויעשה בהן מה שלבו חפץ". עמדה זו מתיישבת היטב עם השיטה שמקור כוחו של השליח לפעול להצלת ענייני שולחו בכלל "זכין לאדם שלא בפניו", שהרי אין זו זכות לאדם אם עושים

[241] אמרי מהרש"ח, בבא מציעא לח ע"ב. ראה גם ליקוטי חבר בן חיים, חלק ה, בבא מציעא לח ע"א. הדבר עשוי להשתנות כאשר תכלית השליחות היא הפקת רווחים עבור השולח. ראה בעניין זה סעיף 8, פרק שישי, ב, עמ' 456.

[242] דוגמה זו עולה במשפט העברי בשליח המחזיק בבהמה מבכרת (ההרה היריון ראשון). על פי ההלכה, הוולד הבכור שהיא עתידה ללדת הוא קודש, ועל כן אסור בהנאה מרגע לידתו, וכדי להתירו בהנאה, יכול בעל הבהמה למכור אותה לנכרי קודם ההמלטה, וכך לא ייאסר הוולד בהנאה. השאלה היא אפוא: האם בלא קבלת הרשאה מן השולח, יכול השליח למכור את הבהמה לגוי כדי להציל עבורו את הוולד שעדיין אינו בעולם?

[243] שדי חמד, אסיפת דינים, מערכת בכור בהמה, סימן ג, אות י), אם כי הוא עצמו מתלבט בדבר ואינו מכריע חד־משמעית.

[244] שו"ת פנים מאירות (אייזנשטאט), חלק ב, סוף סימן נב.

[245] ברק, סעיף 468.

[246] רמב"ם, הלכות שאלה ופיקדון, פרק ז, הלכה א. בעקבותיו פסק כן שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצב, סעיף טו. וראה שם, סעיף יח.

בשמו פעולות משפטיות שלא מדעתו, במיוחד ברכושו, אם אפשר היה להיוועץ בו תחילה[247]. היא מתיישבת גם עם השיטה שמקור כוחו של השליח בתקנת חכמים. הלוא אין זה סביר שחכמים יתקנו תקנה המאפשרת למכור את רכושו של אדם שלא מדעתו כאשר אפשר להיוועץ בו תחילה.

אין כאן מקום לדון בשאלת זכות המציל לשיפוי ולפיצוי, כשהציל את חברו מהפסד בלא שנטל ממנו רשות תחילה, אף שהדבר היה אפשרי. שאלה זו נוגעת לדיני "עשיית עושר ולא במשפט", והיא נידונה במקומה[248].

(2) "ובלתי צפויה מראש"

תנאי נוסף לקיומה של הרשאה מכוח החוק הוא, שתהיה הפעולה בלתי צפויה מראש[249]. אם הפעולה צפויה מראש, יש לראות בשתיקת השולח התנגדות למתן הרשאה לשליח לביצועה[250], והלוא כבר הערנו שהוראת החוק אינה חלה כשהשולח מתנגד למתן הרשאה לשליח לעת הצורך[251].

האמנם סביר לראות את השולח כמי שמתנגד לפעולה שעשויה להצילו מהפסד רק בשל העובדה שהצורך בביצוע הפעולה היה צפוי מראש, והוא שתק ולא נתן לשלוחו הנחיות בקשר אליה? לכאורה, כך עולה מן ההלכה שהוזכרה לעיל בעניין מכירת פירות מרקיבים על ידי מי שהופקד על שמירתם. הרמב"ם[252] מדגיש, בעקבות התלמוד, שזכות השומר למכור את הפירות היא דווקא כשהחלו להירקב מעבר למידה הצפויה, "יתר מכדי חסרונן", אבל אם הרקיבו במידה הצפויה, "חסרון הראוי להם", המפקיד נחשב כמי שאינו מרשה לשומר לגעת בפירותיו, אף שמכירת הפירות שעוד לא הרקיבו הייתה עשויה למנוע ההפסד הצפוי הנגרם כתוצאה מן הריקבון. אולם מן התלמוד עולה שהסיבה לכך אינה רק שההפסד היה צפוי, אלא גם "רוצה אדם בקב שלו יותר מתשעה קבין של חברו". כלומר, יש להניח שהמפקיד מעדיף לשמור את הפירות שעמל בגידולם ולספוג את ההפסד, אף אם הוא משמעותי, כל זמן שאינו חורג מן הסביר והמקובל[253], וזו הסיבה ששתיקתו מתפרשת כהתנגדותו למכירת פירותיו. מכאן יש

[247] שו"ת באר יצחק (ספקטור), אורח חיים, סימן א, ענף א; שו"ת עדות ביהוסף (אלמושנינו), חלק א, סימן ח; כהנא, שומרים, עמ' 369.

[248] ראה י' בלס, חוק לישראל, עשיית עושר ולא במשפט, ירושלים תשנ"ב, עמ' 119-121. וראה גם: שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן שפח; כנסת הגדולה, חו"מ, סימן קכח, הגהות בית יוסף, אות לז; שו"ת פורת יוסף (אלפאנדרי), חו"מ, סימן לא; פתחי חושן, הלכות נזיקין, פרק יב, הערה יא.

[249] מבחן הצפיות הוא מבחן סובייקטיבי ולא אובייקטיבי, כי יש להעריך את אשר צפה השולח בעת יצירת השליחות למעשה, ולא את אשר היה עליו לצפות. ראה: ברק, סעיף 468; ד' פרידמן, דיני עשיית עושר ולא במשפט, תל־אביב תשמ"ב, עמ' 151.

[250] ראה ברק, סעיף 468.

[251] לעיל, הערה 190.

[252] לעיל, הערה 206.

[253] התלמוד מדגיש שאין להבין את הפתגם הזה כפשוטו אלא כגוזמה, וכאשר ההפסד חורג מן המקובל, ההנחה היא שהמפקיד מעוניין במכירת הנכס שלו כדי למנוע הפסד.
ועדיין יש מקום לשאול: מה הדין כאשר הפסד שאינו חורג מן הסביר והמקובל נגרם בנסיבות בלתי צפויות? האם גם בכגון דא נאמר הכלל "רוצה אדם בקב שלו יותר מתשעה קבין של חברו", ועל השליח להימנע מן הפעולה? או שמא אין אומרים כן אלא כאשר בעל הנכס צפה את ההפסד מראש ושתק? והעניין צריך עיון.

להסיק שאם ההפסד צפוי, אך הוא חורג מן הסביר והמקובל, אין לפרש את שתיקת השולח כהתנגדותו למכירת פירותיו, והשליח מורשה לפעול להצלתו. כך הוא לדוגמה כשהשולח מפקיד חמץ בידי השליח. בוא הפסח צפוי, ועם זאת שתיקתו אין משמעה התנגדות למכירת החמץ והצלת ערכו על ידי השליח, ויש להניח שהיא נובעת רק מהיסח הדעת ותו לא[254].

נמצא אפוא שיש לשקול לא רק את צפיות ההפסד אלא גם את מידתו, אם היא סבירה אם לאו. אם ההפסד חורג מן הסביר, אף אם היה צפוי, אין לפרש את שתיקת השולח כהתנגדות לפעולת ההצלה.

(3) "הדרושה באופן סביר"

א. תנאי שלישי לקיומה של הרשאה מכוח החוק הוא שהפעולה תהיה "דרושה באופן סביר". לדעת ברק[255], סבירות זו נבחנת הן מן ההיבט האובייקטיבי הן מן ההיבט הסובייקטיבי. לאמור, ההרשאה תינתן לשליח אם על פי דעתו הפעולה הייתה דרושה באופן סביר, ואפילו התבססה על הנחה מוטעית, ובלבד שגם ההנחה המוטעית הייתה סבירה. כך, למשל, בדוגמה שהובאה במבוא, השליח יהיה מוגן לפי סעיף 5(ב), גם אם יתברר למפרע כי הווטרינר שעליו הסתמך כששחט את הפרה טעה, וכי הפרה לא הייתה חולה.

ב. מסתבר כי כך הדין גם על פי המשפט העברי. אם יסודה המשפטי של ההרשאה לפעולה דחופה בתקנת חכמים, ברור שחכמים לא התכוונו לפעולה שאינה דרושה באופן סביר לשמירה על ענייני השולח. והוא הדין אף אם יסודה המשפטי של ההרשאה לפעולה דחופה בדין "זכין לאדם שלא בפניו", שכן אם הפעולה אינה דרושה באופן סביר לשמירה על ענייני השולח, אין להגדירה כ"זכות"[256].

אשר למבחן הסבירות, דומה שהוא זהה למבחן הסבירות החל על מי שפועל לשמירת ענייני הזולת[257].

ג. לעתים ניצב השליח בפני צורך ממשי לחרוג מהרשאתו ולפעול לשמירת ענייני שולחו, אך הצלחת הפעולה שהוא מבקש לבצע מוטלת בספק, ונשאלת השאלה: האם גם במקרה זה יש לשליח הרשאה לעשות את הפעולה? בעיקרון לא ניתן לסייג את הרשאת השליח לפעולות שהצלחתן ודאית. הצבת תנאי הקובע כי רק פעולות אשר הצלחתן ודאית תזכינה להרשאה לפעולה דחופה תביא לצמצום משמעותי של היקף הרשאות אלה. אולם אם ביצוע פעולה שיעילותה מוטלת בספק כרוך בהפסדים לשולח, יש לבחון את סיכויי ההצלחה למול גובה ההוצאה, וההרשאה לפעולה תינתן על פי מבחן הסבירות[258].

ד. שאלה מעניינת היא: האם פעולת ההצלה של השליח נחשבת לסבירה רק כשהסיכון

[254] ראה: שו"ת נאות דשא (אייבשיץ), סימן לט, ד"ה הנה כל מה שכתבנו; שו"ת בגדי ישע (הלוי), סוף סימן ד; שדי חמד, אסיפת דינים, מערכת חמץ ומצה, סימן ט, אות יב. וראה גם שו"ת באר יצחק (ספקטור), אורח חיים, סימן א, ענף א. אמנם יש אפשרות שהמפקיד התכוון למכור את חמצו לנכרי אחר, ותתבטל מכירתו של השומר. על כן יתנה השומר עם הקונה שלא יאכל את החמץ קודם שיתברר כי המפקיד לא מכר את החמץ לנכרי אחר (כהנא, שומרים, עמ' 370).

[255] ברק, סעיף 469, בעקבות ע"א 44/59 חכים נ' האחיות מנצרת, פ"ד טו(2) 1093, 1101 (1961).

[256] ראה דיוננו בנספח על דין "זכין לאדם שלא בפניו", להלן, עמ' 767.

[257] ראה י' בלס, חוק לישראל, עשיית עושר ולא במשפט, ירושלים תשנ"ב, עמ' 119-121.

[258] ושמא יש להקיש בעניין זה מדיני שומרים. ראה כהנא, שומרים, עמ' 489, וראה בעמ' 1257, מילואים להערה 54.

לענייני השולח עמו היא מתמודדת הוא ודאי? או שמא הפעולה נחשבת לסבירה גם כאשר יש רק חשש להפסד ענייני השולח ולא סיכון ודאי?

ראשית, יש לומר שאם יש רק חשש להפסד, נראה שבשונה ממה שראינו עד כה, השליח אינו חייב לפעול להצלת שולחו, כמו שכותב הרב ז׳ולטי[259]: ״כשיש רק חשש של הפסד, אינו מחויב להטריח את עצמו״.

ואם יטריח השליח את עצמו בכגון זה, האם ייחשב כמי שפעל בהרשאה? שאלה זו שנויה במחלוקת בין ר׳ יואל סירקיס[260], הסובר שאם ההפסד אינו ודאי, אין לשליח הרשאה לפעול, ובין בעל ׳טורי זהב׳, הסובר שדי גם בחשש מפני הפסד להעניק לאדם הרשאה לפעול לטובת זולתו[261]. מחלוקתם באה בהקשר לפסקו של ׳תרומת הדשן׳ בעניין הפרשת חלה[262], כשהשאלה היא, האם ההרשאה הנתונה לאדם להפריש חלה מבצקו של חברו מדין ״זכין לאדם שלא בפניו״ נתונה לו גם כאשר יש ספק שמא בעלת הבצק תחזור בעוד מועד להפריש אותה בעצמה. הדעת נותנת כי בשאלה זו אין הבדל מהותי בין האפשרויות השונות להסברת יסודה המשפטי של ההרשאה לפעולה דחופה, ובסופו של דבר בהכרעת השאלה: האם יש הרשאה לביצוע הפעולה? צריך לשקלל את הסיכויים והסיכונים שיש בה עבור השולח.

(4) פיקוח בית דין

ראינו לעיל שלפי דין המשנה, שומר המוכר פירות שהופקדו בידו משום שהחלו להרקיב במידה בלתי צפויה, חייב לעשות כן בפיקוח בית דין[263]. מכירת נכס השולח שלא נעשתה בפני בית דין אסורה ואף אינה תקפה[264].

פרק שישי

סיכום

קביעת גבולות היקף השליחות מהווה שלב מכריע בעיצוב מעמדם של השליח ושולחו, ויש בה כדי לחרוץ במידה רבה את עתידם של השליחות ושל ענייני השולח, אם להצלחה אם לכישלון. בסוגיה רחבה זו, דומה המשפט הישראלי בדברים אחדים למשפט העברי, ובדברים אחרים שונה ממנו. ככלל, בכל הנוגע לקביעת גבולות ההרשאה הרצונית כפי הדרוש להגשמת השליחות, קרוב המשפט הישראלי למשפט העברי. מנגד, בכל הנוגע לציוד השליח בהרשאה לסטות מן השליחות כדי להגן על ענייני השולח, קיים פער בין המשפט הישראלי ובין המשפט

[259] משנת יעבץ (זולטי), חו״מ, סימן מ.

[260] ב״ח, יורה דעה, סימן שכח, ד״ה ומ״ש בשם ספר המצות.

[261] ט״ז, יורה דעה, סימן שכח, ס״ק ב. וראה גם שו״ת פורת יוסף (אלפאנדרי), חו״מ, סימן לא.

[262] ראה לעיל, ליד ציון הערה 210.

[263] שולחן ערוך, חו״מ, סימן רצב, סעיף טז. על גדריה המפורטים של המכירה בבית דין, ראה: כהנא, שומרים, עמ׳ 362־363; מ׳ ויגודה, חוק לישראל, השבת אבדה, ירושלים תשנ״ב, עמ׳ 98.

[264] שארית יעקב (וינר), בבא מציעא, סימן ה, לח ע״א, ד״ה שם לאחרים (בדעת תוספות, שם לב ע״א, ד״ה בית). אך ראה חידושי רבי עקיבא איגר, חו״מ, סימן רצב, סעיף טז.

העברי, אם כי בפרספקטיבה היסטורית, המשפט הישראלי מתקרב אט אט אל דרכו של המשפט העברי בסוגיה זו.

העיקרון הבסיסי המנחה את המשפט העברי בקבעו את גבולותיה של ההרשאה הרצונית הוא אומדן דעת השולח. המשפט העברי אינו נצמד באופן דווקני ללשונה של ההרשאה אלא לרוחה הפנימי. המשפט העברי מפרש את ההרשאה בצורה מרחיבה וגמישה על פי תכלית השליחות, על פי הנוהג ועל פי מעמד השליח. מגמה פרשנית זו מציידת את השליח באפשרות למלא את תפקידו נאמנה, בלא שלשונה הדווקנית של ההרשאה תעמוד לו לרועץ. עקרונית, זו אף דרכו של המשפט הישראלי, אם כי המשפט העברי גמיש יותר בנכונותו להרחיב את גבולות ההרשאה כדי להעניק לשליח כלים רבים יותר לביצוע שליחותו. כך, בעוד המשפט הישראלי מעגן בדין עצמו את ההרשאה המשלימה על פי תכלית השליחות, המשפט העברי מעגן אותה באומדן דעתו של השולח[265]. ובעוד המשפט הישראלי קובע סייגים קשיחים להרחבת ההרשאה, כמו לעניין הליכים לפני בית משפט, בית דין או בורר, שהוא דורש הרשאה מפורשת, בוחר המשפט העברי לעצב אותם בגמישות, בהתאם לאומדן דעתו של השולח.

לצד ההרחבה הגמישה והתכליתית של ההרשאה, הנעשית לשם מתן כלים מתאימים לשליח לביצוע שליחותו, מצמצם המשפט העברי את ההרשאה, ככל שהדבר נדרש להגשמתה המוצלחת. ביצוע השליחות בדרך בלתי זהירה המסיבה לשולח הפסדים או פוגעת באינטרסים שלו, אף שהוא תואם את לשון ההרשאה, עלול להתפרש כביצוע החורג ממנה, שכן השולח יכול לטעון כלפי שלוחו: "לתקן שלחתיך ולא לעוות".

לעתים, נסיבות חדשות ובלתי צפויות יוצרות מצבים בהם ביצוע השליחות בהתאם להרשאה עלול לפגוע באינטרס השולח, ולשם הגנה על ענייניו, דרושה דווקא פעולה משפטית החורגת מהגשמת נושא השליחות. המשפט העברי מחייב את השליח לחרוג מן השליחות כדי להגן על ענייני שולחו, וזאת כחלק מן החובה הכללית המוטלת על האדם להשיב את אבדת חברו (שמשמעה חובה להציל אותו מהפסד). לשם כך מצייד המשפט העברי את השליח בהרשאה על פי דין, המאפשרת לו לבצע פעולה זו כנציג השולח. רוב הפרשנים ביססו הרשאה זו על דין "זכין לאדם שלא בפניו", ומדברי מקצת מהם עולה אפשרות לבסס אותה גם על תקנת חכמים שיוחדה למקרה זה. דין זה מהווה ביטוי נוסף לעיקרון הכללי במשפט העברי, המטיל על האדם אחריות לשמירת ענייני זולתו.

חקיקת חוק השליחות, התשכ"ה־1965, ועוד יותר חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט־1979, היו צעידה משמעותית בעקבות דרכו של המשפט העברי בסוגיה זו. עד אז שלטה גישה בעלת יתר מאפיינים אינדיבידואליסטים, ולפיה בדרך כלל אין אדם יכול לזכות את חברו שלא מכוח רצונו[266]. לעומת זאת, חקיקת חוקים אלו קבעה את זכות השיפוי של מי שמציל את ענייני זולתו, ובכך הביאה לעידודו[267], ואף ציידה את השליח בהרשאה על פי דין לבצע כשליח את הפעולות הדרושות לשמירת ענייני שולחו. לדעת ברק מדיניות זו מקבלת את השראתה מן המשפט האמריקני והקונטיננטלי[268], אך למעשה ברור שמקורותיה במשפט

[265] נפקות אפשרית הנגזרת מהבחנה זו נוגעת לשאלה באיזו מידה צריך השולח להיות מודע לאפשרות הרחבת ההרשאה ובנטל ההוכחה בעניין זה. ראה לעיל, פרק שלישי, ג(1), עמ' 273.

[266] ברק, סעיף 462. וראה גם ד' פרידמן, דיני עשיית עושר ולא במשפט, תל־אביב תשמ"ב, עמ' 143.

[267] ראה ח' דגן, "הפועל לשמירת עניין הזולת", משפטים כד (תשנ"ה), עמ' 463.

[268] ברק, סעיף 462.

העברי, אשר סלל דרך זו עבור שיטות משפט שונות עוד מקדמא דנא[269]. עם זאת, בשלושה עניינים עיקריים נבדל המשפט הישראלי מן המשפט העברי: (א) חוק השליחות מתיר לשליח לחרוג משליחותו לשם שמירת ענייני השולח, ואילו המשפט העברי מחייבו לעשות כן; (ב) חוק השליחות מגביל הרשאה זו להגנה על ענייני השולח הקשורים בנושא השליחות, ואילו המשפט העברי מרחיב אותה לכל ענייני השולח העומדים בסכנת הפסד; (ג) חוק השליחות מגביל הרשאה זו לשליח בלבד, ואילו המשפט העברי מרחיב אותה, ככל הנראה, ומעניק אותה לכל אדם היכול לשמור על ענייני השולח. קיבוצם של שלושת ההבדלים האלו יחדיו מאיר באור חדש את פרשנותו של ברק לס"ק 5(ב) לחוק השליחות. בשלושת הנושאים האלו בוחר ברק לנטוש את משמעותו הפשוטה של חוק השליחות ולפרש את לשון החוק בדרך המתקרבת באופן משמעותי לעמדת המשפט העברי. לדעת ברק, השליח חייב לפעול לשמירת ענייני שולחו[270], ואין הרשאה זו מוגבלת דווקא לדברים הקשורים בנושא השליחות[271], ואף לא לשליח עצמו דווקא[272]. גם אם ניתן להטיל ספק במידת הלימותה של פרשנות ברק ללשון החוק, אין ספק כי היא אכן צועדת בעקבות מה שטבע זה מכבר המשפט העברי בסוגיה זו.

פרק שביעי

הצעת נוסח לפי המשפט העברי

על פי המשפט העברי, מוצע אפוא לנסח את הסעיף כך:

היקף השליחות

5. (א) השליחות חלה – באין הגבלה בהרשאה – על כל פעולה הדרושה באופן סביר לביצועו התקין של נושא השליחות, אולם אין היא חלה – באין הרשאה מפורשת לכך – על פשרה או ויתור או פעולה בלי תמורה.

(ב) רשאי שלוח לעשות כל פעולה דחופה ובלתי צפויה מראש הדרושה באופן סביר לשמירה על ענייני השולח אף אם הפעולה חורגת מתחום ההרשאה.

[269] יצוין כי בדיוני הכנסת לקראת חקיקת חוק השליחות, התנגד ח"כ יעקב גרוס (מאגודת ישראל) לס"ק 5(ב) (בהצעת החוק הובא כס"ק 6(ב)), בטענה שאינו עולה בקנה אחד עם עמדת המשפט העברי (דברי הכנסת, כרך 41, עמ' 477). טענתו העיקרית הייתה כי סעיף זה מסכן את השולח בפעולות נמהרות של השליח, אשר אינו חושש לחרוג מתחום שליחותו, בידעו כי הוא מוגן על ידי ס"ק זה. אכן, בנקודה זו יש הבדל בין המשפט העברי ובין חוק השליחות (שהרי אם יסודה המשפטי של ההרשאה הוא דין "זכין לאדם שלא בפניו", אזי השולח יכול לבטל את הפעולה שעשה עבורו השליח אם פעל ברשלנות), אך עם זאת, אין בו כדי לטשטש את העובדה כי אף הדין העברי מצייד את השליח בהרשאה בעת הצורך לחרוג משליחותו ולעשות פעולה נחוצה ואחראית לשם הגנת ענייני שולחו, ואף מחייבו בכך.

[270] ראה לעיל, ליד ציון הערה 222.

[271] ראה לעיל, ליד ציון הערה 235.

[272] ראה לעיל, ליד ציון הערה 228.

נספח

פרשנות מרחיבה של ההרשאה – פורמליזם לעומת אומדן הדעת

(לפרק שני, הערות 65, 73)

א. מבוא

כוחו של השליח לפעול בשם שולחו נובע מן ההרשאה שקיבל ממנו. זהו עיקרון בסיסי בדיני השליחות, וממילא עולה שאלת פרשנות ההרשאה, שכן אם השליח חורג מן ההרשאה, פעולתו אינה מחייבת ואינה מזכה את השולח, וחל ההסדר שנעסוק בו בדיוננו על סעיף 6 לחוק.

שני גורמים משפיעים על פרשנות ההרשאה: נוסח ההרשאה ואומדן דעתו של השולח, כפי שמסכם הריטב"א[273]: "שהכל הולך אחר דעתו של בעל הבית בשעת השליחות ואחר משמעות לשונו".

לעיל[274], בדיוננו בפרשנות ההרשאה, כבר עמדנו על כך שרצונו המשוער של השולח עשוי לצמצם את ההרשאה, גם אם רצון זה לא בא לידי ביטוי בנוסח ההרשאה[275]. ולאידך גיסא, ראינו שרצונו המשוער של השולח עשוי אף להרחיב את ההרשאה. כך לדוגמה יש מי שאומרים שכאשר השולח אומר לשלוחו 'מכור לאחד', בנסיבות בהן אין יסוד להשערה שהתכוון לאחד דווקא, השליח יכול למכור ליותר מאחד ("לאחד ואפילו למאה"), שכן מניחים שלא דקדק השולח בלשונו. אולם מה הדין כשאין ספק שהשולח ברר את מילותיו, אך הדעת נוטה לפרש את דבריו שלא נאמרו על דרך "קפידה", כגון אישה שאמרה לשלוחה 'התקבל לי גיטי במקום פלוני'? ראינו שלדעת רבי אלעזר, בכגון זה יש לפרש את ההרשאה על דרך ההרחבה, שלא התכוון השולח לצמצם את כוחו של השליח, אלא רק להדגים לו כיצד להוציא את השליחות אל הפועל, כ"מראה מקום הוא לו".

אבל חכמים חולקים על רבי אלעזר, והלכה כמותם, ובנספח זה נתמקד תחילה בבירור עמדתם: האם הם חולקים על רבי אלעזר באופן עקרוני, ולדעתם מכיוון שהשולח בירר את מילותיו, הרי שכל עוד לא הוכח אחרת, יש לפרש את דבריו על דרך ההקפדה? או שמא גם הם מודים בעיקרון לדברי רבי אלעזר?[276]. כפי שנראה, בשאלה זו נחלקו חכמי ההלכה, למן חכמי התלמוד ועד האחרונים, כשיש הנוקטים גישה דווקנית ויש הנוקטים גישה מרחיבה.

לאחר מכן, נדון בהרשאה שברור שהשולח התכוון להגביל אותה למקום מסוים או לאופן מסוים, אך הסיבה המשוערת להגבלה זו מתבררת כלא נכונה או כלא רלוונטית: האם מתרחבת ממילא ההרשאה? גם כאן נראה שיש פוסקים הנוקטים גישה דווקנית ויש הנוקטים גישה מרחיבה.

[273] חידושי הריטב"א, כתובות צט ע"א, ד"ה כי תיבעי. דבריו הובאו בהסכמה על ידי הפוסקים הבאים: חלקת יואב, אבן העזר, סימן לד, ד"ה והנה ראיתי; חקר הלכה (לנדא), אות ש, בענין שליחות, ס"ק ו. וראה גם הרב ש"ב ורנר, "בענין שליח שעבר על דברי משלחו", ספר הזיכרון למרן הגרש"ב ורנר, ירושלים תשנ"ו, עמ' קכא, בעמ' קכג, ד"ה וכן מבואר.

[274] פרק שני, עמ' 251.

[275] ראה לדוגמה דיוננו לעיל (ליד ציון הערה 15 ואילך), ושם ראינו דוגמאות להיעדר הרשאה בשל "קפידה", אף שהביצוע עולה בקנה אחד עם לשון ההרשאה.

[276] ולא נחלקו עליו אלא משום שבנסיבות העניין שדנו בו, אומדן הדעת היה שהשולח התכוון לביצוע דווקני.

לבסוף נציג גישה נוקשה ופורמליסטית עוד יותר, ולפיה משהגביל השולח את הרשאתו, הרי כוחו של השליח תָּחום על פי ניסוחה של ההרשאה בלא קשר לאומדן דעתו של השולח וקפידתו. אולם נראה שיש המצמצמים את הדברים ומחילים אותם למה שנוגע למושא השליחות בלבד, ולא להגבלות צדדיות.

יש לציין שעניין פרשנות ההרשאה נידון בתלמוד בסוגיות רבות ובמגוון נושאים[277], ואף שניתן היה לכאורה להבחין ביניהם, מקורות ההלכה דנים בהם כמקשה אחת, מקישים מזה לזה ומקשים מזה על זה[278].

ב. פרשנות ההרשאה — האם התכוון השולח להגביל את ההרשאה?

יש שנוסח ההרשאה מגביל לכאורה את השליחות, אף שאין להגבלה זו טעם הגיוני הנראה לעין, ונשאלת השאלה: אם לא ציין השולח 'אל תעשה את השליחות אלא כך', האם יש לפרש את ההרשאה בכל זאת באופן דווקני? או שמא יש לאמוד את דעתו של השולח, שלא התכוון להגביל את ההרשאה?[279].

סוגיות אחדות בתלמוד עוסקות בשאלה זו, אך כפי שנראה להלן, קשה להסיק מהן מסקנה חד־משמעית.

(1) "התקבל לי גיטי במקום פלוני" (האם "מראה מקום הוא לו"?)

התלמוד[280] דן בשליח שנשלח לתת או לקבל גט במקום מסוים, ועשה את שליחותו במקום אחר. מוסכם על הכל שאם שליח הבעל נתן את הגט במקום אחר, השליחות בטלה, אך נחלקו רבנן ורבי אלעזר בשאלת הדין כאשר שליח האישה קיבל את הגט במקום אחר. לעיל[281] עמדנו על דעתו של רבי אלעזר, המכשיר את הגט, משום שלדעתו, מאחר שבשונה משליח הבעל, המגבלה נטולת היגיון, אין לפרשה באופן דווקני, אלא על פי אומדן דעתה של האישה, שלא ציינה את המקום אלא כהמלצה לשליח היכן קרוב לוודאי יעלה בידו לפגוש את בעלה כדי לקבל ממנו את הגט. אולם חשוב לברר מהי עמדתם העקרונית של חכמים, הפוסלים את הגט, שכן הלכה כמותם.

בעניין זה נחלקו דעות הפוסקים:

יש אומרים שאין כאן מחלוקת עקרונית, ולא חלקו חכמים על רבי אלעזר אלא משום שלדעתם יש מקום להבין את הוראת האישה על דרך הקפידה, משום שאינה רוצה להתבזות בקבלת הגט במקום אחר[282].

[277] סטיית השליח מנוסח ההרשאה נידונה בתלמוד בנושאים הבאים: מכירה (כתובות צט ע"א; זבחים לד ע"א); גטין (גיטין כט ע"ב; שם סה ע"א; קידושין נ ע"א); קידושין (קידושין מח ע"ב; שם מט ע"א; שם נ ע"א; שם נט ע"א); עירוב תחומין (תוספתא, עירובין (ליברמן) ג, ג; גיטין סה ע"ב); מעילה (משנה, מעילה ו, א; כתובות צט ע"א; קידושין נ ע"א). מקורות אלה ומקורות נוספים יוזכרו להלן, כל אחד במקומו.

[278] לדוגמה, התלמוד משווה בין גטין לבין קידושין (ראה קידושין נ ע"א), בין מכירה לבין מעילה (ראה כתובות צט ע"א), ובין קידושין לבין מעילה (ראה קידושין נ ע"א). וראה דברינו להלן, הערה 331.

[279] כגון ש"מראה מקום" הוא לשליח כיצד יעלה בידו לעשות את השליחות או שדבריו נאמרו רק לכתחילה, ואינו מתכוון לעמוד עליהם גם בדיעבד (אפשרות זו מעלה מכתב מאליהו (אלפנדרי), שער ח, במשפטי התנאים, סימן לח, ד"ה אמנם אשר נראה).

[280] גיטין סה ע"א.

[281] לעיל, ליד ציון הערה 66.

ויש אומרים שחכמים חולקים על רבי אלעזר באופן עקרוני, ולדעתם אף שלא הייתה סיבה הגיונית לצמצם את השליחות למקום פלוני דווקא, מאחר שהאישה טרחה להורות לשליח לעשות את שליחותו במקום מסוים (הוראה שלא הייתה נחוצה לעצם השליחות), ולא הבהירה שהיא אומרת את דבריה על דרך "מראה מקום היא לו", יש לפרש את דבריה על דרך ההקפדה[283].

(2) "ערב לי בתמרים ועירב עליו בגרוגרות"

יש הטוענים[284] ששתי האפשרויות שעמדנו עליהן לנימוק עמדתם של חכמים במחלוקתם עם רבי אלעזר הן העומדות ביסוד מחלוקת רבה ורב יוסף בהמשך הסוגיה. התלמוד[285] מעיר על סתירה בין שתי ברייתות הדנות בשליח להנחת "עירוב תחומין" ששינה מהוראות שולחו, ובמקום לערב בתמרים עירב בגרוגרות. בעוד שברייתא אחת קובעת שאין עירובו עירוב, ברייתא אחרת קובעת שהעירוב כשר.

[282] ראה רש"י המובא להלן, הערה 288. וראה מחנה אפרים, על הרמב"ם, הלכות גירושין, פרק ט, הלכה לג, ד"ה ואם.

כך ניתן להסיק שסבורים ב"ח, בית שמואל והט"ז לאור מה שפסקו (להלן, הערה 295), בעניין בעל שאמר לשלוחו "גרשנה בימין", שמאחר שאין טעם בהקפדה על גירושין ביד ימין דווקא, הגט כשר, אף אם נתן אותו השליח ביד שמאל. מכאן שהם מבינים שאם חכמים חולקים על רבי אלעזר, הרי זה משום שיש כאן עילה לקפידה.

בשליח האישה להביא לה את גטה מידי בעלה במקום פלוני (וגירושיה יחולו רק בהגיע הגט לידה), הכל מודים שגם אם קיבל השליח את הגט מן הבעל במקום אחר, אין בשינוי כדי לבטל את השליחות, כמפורש במשנה שם. מכאן יש להוכיח לכאורה, שגם לדעת חכמים, הכל תלוי בקפידה, אלא שב"הבא לי", האישה מקפידה פחות, כפי שפירש ר"ן, גיטין לא ע"ב (בדפי הרי"ף), ד"ה הבא לי גיטי ממקום פלוני. אולם אין להביא מכאן ראיה אלא למי שמגדיר את שליח ההבאה כשלוחה של האישה (רש"י ור"ן), ואילו לחולקים עליהם, שאינם רואים בו אלא שלוחו של הבעל, אין מכאן כל ראיה. ראה שו"ת חבצלת השרון, מהדורא תניינא, סימן עו, ד"ה אמנם לכאורה (אבל ראה שם בהמשך דבריו).

[283] כלשון התוספות, גיטין סה ע"ב, ד"ה הא: "לא היה מזכיר אם לא שהיה מקפיד". וראה שו"ת פני יהושע (מקראקא), חלק א, אבן העזר, סימן ו (בסופו), בדעת רש"י והתוספות. וראה שו"ת חבצלת השרון, שם, באמצע ד"ה אמנם לכאורה.

נעיר שהתוספות מודים שיש נסיבות שבהן הסטייה בין ההוראה לבין הביצוע דקה כל כך, עד שדברי השולח אינם מתפרשים על דרך ההקפדה (כך מבקשים הם להסיק מבבא מציעא מב ע"ב, שם נפסק שמשרת שבעל הבית ציווה עליו לתת בשיכר כשות מסוימת, והוא שם בו כשות אחרת שהייתה מופקדת אצל בעל הבית, פטור מאחריות בגין אבדן הכשות). אבל השווה לחם משנה, הלכות שאלה ופיקדון, פרק ד, הלכה ט (וכעין זה פני יהושע, גיטין סה ע"ב, ד"ה בא"ד ותימה), שדברי השולח מתפרשים על דרך ההקפדה בכל מקרה, ואין להקיש מדיני שומרים לדיני שליחות.

ועדיין שאלה יפה היא: מה מובנה של הקפדה זו של השולח? האם אנו משערים שיש לשולח סיבה להקפדתו, אף שלרוב בני אדם היא חסרת משמעות (ולפי זה, כשברור שהשולח אינו מקפיד, גישה זו תודה שיש לפרש את דבריו על דרך של "מראה מקום הוא לו", כפי שנוקט בית יעקב, המובא להלן, הערה 298)? או שמא השליחות בטלה גם כשאין כל טעם הגיוני להקפדתו, וזאת בשל ההשערה שהשולח חפץ בקיום דווקני של ההרשאה (כפי שנוקט צור תעודה, המובא להלן, הערה 298 והערה 319).

[284] ראה: גרש ירחים (ציגץ), גיטין סה ע"ב, אות קכט; שו"ת צמח צדק (שניאורסון), אבן העזר, סימן רעא, אות ח; צור תעודה, הלכות שלוחין, פרק א, הלכה ב, ד"ה כתב רבינו; חלקת יואב, אבן העזר, סימן לד, ד"ה והנה ראיתי; הרב ע' ברזון, "שליח שלא עשה שליחותו", ברקאי ב (תשמ"ה), עמ' 148, בעמ' 151, ד"ה נראה.

[285] גיטין סה ע"ב.

לדעת רבה, אכן הברייתות אינן עולות בקנה אחד, וכל אחת מהן באה מבית מדרש אחר. הברייתא הקובעת שעירובו של השליח כשר באה מבית מדרשו של רבי אלעזר, ואילו הברייתא הקובעת שעירובו פסול באה מבית מדרשם של חכמים. נמצא אפוא שלפי רבה, מחלוקתם של חכמים ורבי אלעזר היא עקרונית, ולדעתם יש לפרש את הוראת השולח באופן דווקני גם כשאין טעם בהקפדה[286].

לעומת זאת, לדעת רב יוסף, אין סתירה בין הברייתות, שכן הן עוסקות במקרים שונים: הברייתא שלפיה העירוב כשר אמורה בשליח שעשה שימוש בפירות שלו, וההנחה היא אפוא שהשולח אינו מקפיד באילו פירות ייעשה העירוב (ולא אמר "תמרים" אלא לשם דוגמה בעלמא); ואילו הברייתא השנייה אמורה בשליח שעשה את העירוב בפירות השולח, ועל כן השולח מקפיד[287]. עולה אפוא שאליבא דרב יוסף, גם לדעת רבנן, ההגבלה אינה מתפרשת באופן דווקני, אם אינה עומדת במבחן הסבירות[288].

נמצא אפוא שהשאלה אם דרישה נטולת היגיון מתפרשת כקפידה, תלויה במחלוקת רבה ורב יוסף. מעתה שומה עלינו לברר כמי הוכרעה ההלכה בדיני עירובין, כרבה או כרב יוסף? וגם כאן נחלקו הדעות, הרשב"א[289] פוסק כרב יוסף והרמב"ם[290] פוסק כרבה, וכך פסקו בעקבותיו הטור ו'שולחן ערוך'[291]. מכאן לכאורה שההלכה המקובלת היא שהרשאת השולח צריכה להתפרש פירוש דווקני, כשההנחה היא שהשולח אינו משחית את מילותיו לריק. ברם, בנושא זה יש מבוכה רבה בין הפוסקים, בעיקר משום שלא כך עולה ממה שפסקו הרמב"ם ו'שולחן ערוך' בסוגיה הבאה.

(3) "גרשנה בימין"

רבים טוענים שמקרה מבחן לדיוננו הוא מי שהורה לשלוחו לגרש את אשתו ביד ימין, וגירש אותה השליח ביד שמאל, או שהורה לו לגרשה בבית, וגירש אותה בעלייה. אף שאין היגיון בהעמדת דרישות אלו כתנאי לקיום השליחות, היה מתבקש לכאורה לומר שלפי רבה אליבא

286 כפי שניסח זאת רש"י, שם, ד"ה הא רבנן, שלפי חכמים, "כל מאי דאמר איניש לשלוחיה, אי שני [אם סטה מהוראתו], לאו שלוחיה הוא. הכי נמי אין עירובו עירוב". וראה: הרב ש"ב ורנר, "בענין שליח שעבר על דברי משלחו", ספר הזיכרון למרן הגרש"ב ורנר, ירושלים תשנ"ו, עמ' קכא, בעמ' קכד, ד"ה אמנם יש לעיין; משנת יעקב (רוזנטל), הלכות גירושין, פרק ט, הלכה לג. והשווה חידושי הרשב"א, שם, ד"ה הא דאמר רבא הא רבנן.

287 כך פירשו התוספות, שם, ד"ה הא והא, את דברי רב יוסף. והשווה רש"י שם, ד"ה הא והא.

288 כלשון רש"י, שם, ד"ה הא והא רבנן: "ואינהו נמי לא אמור קפידא אלא גבי אשה, דהתם ניחא ליה דתיתזל, ולאו בדוכתא אחרינא". אבל ראה גרש ירחים (צינץ), גיטין סה ע"ב, אות קכט ואילך, מה שכתב בדעת התוספות.

289 ראה עבודת הקודש, שער ה, סימן יז. וראה גם חידושיו לקידושין מח ע"ב, ד"ה כגון (ראה להלן, הערה 304).

290 רמב"ם, הלכות עירובין, פרק ו, הלכה כג: "האומר לחבירו 'ערב עלי בתמרים', ועירב עליו בגרוגרות, 'בגרוגרות', ועירב עליו בתמרים, אמר לו 'הניח עירובי במגדל', והניחו בשובך, 'בשובך', והניחו במגדל, 'בבית', והניחו בעליה, 'בעליה', והניחו בבית – אינו עירוב". מקורו בתוספתא, עירובין (ליברמן) ג, ג. לכאורה, הלכה זו שבתוספתא קשה לשיטת הרשב"א, שכן מה טעם יש בהקפדה בין בית לעלייה ובין מגדל לשובך? הרשב"א עצמו מוצא טעם בהקפדה בכגון זה, וזה לשונו (עבודת הקודש, שם): "יש קפידא שמא במקום זה, שהוא יותר קרוב או יותר רחוק, דעתו נוחה. ואפילו היו שניהם קרובים או שניהם רחוקים, כאן דעתו נוחה לנוח בשבת ולא במקום אחר". אולם תירוצו נראה דחוק, כפי שנראה להלן, הערה 297.

291 ראה טור ושולחן ערוך, אורח חיים, סימן תט, סעיף י.

דרבנן (שראינו זה עתה בעניין "ערב לי בתמרים"), גם בכגון זה, יש לפרש את דבריו באופן דווקני, שהלוא הנחתו היא שהשולח אינו משחית את מילותיו לריק, ואם גירש אותה השליח בשמאל או בעלייה, אין תוקף לגירושין. ברם, מלשון התלמוד[292] נראה שהשליחות בטלה רק אם השולח הקפיד במפורש ואמר לשלוחו 'אל תגרשנה אלא בימין'[293], וכך ניסחו את ההלכה הרמב"ם והטור ו'שולחן ערוך'[294]: "אמר לו 'אל תתנהו לה אלא בבית', ונתנו לה בעלייה, 'אל תתנהו לה אלא בימין', ונתנו לה בשמאל... – אינו גט". מכאן עולה לכאורה שאם אמר השולח בסתם 'גרשנה בבית' או 'גרשנה בימין', אין לפרש את דבריו באופן דווקני, ואפילו גירש אותה בעלייה או בשמאל, היא מגורשת, כפי שהבינו רבים[295] בדעת הרמב"ם[296] והטור ו'שולחן ערוך'. וקשה, שהרי שאלה היא: כיצד מתיישבים הדברים עם מה שפסקו בעניין "ערב לי בתמרים"?[297].

[292] ראה גיטין כט ע"א.

[293] אמנם אפשר לטעון שלא נקבע כך בתלמוד אלא כדי שיתאימו הדברים גם אליבא דרב יוסף. כך הציע צור תעודה (לעיל, הערה 284), ד"ה ועל הרב ב"ח. אולם קשה יותר להבין מדוע גם הרמב"ם, שפסק כרבה, ניסח כך את הדברים, כפי שמובא בהמשך הטקסט.
על הרקע הרָאלי של הדרישה לגרש את האישה ביד ימין או בבית דווקא, ראה תוספתא כפשוטה, גיטין, עמ' 817, הערה 56. והשווה צמח צדק, לעיל, הערה 284.

[294] ראה: רמב"ם, הלכות גירושין, פרק ט, הלכה לג; שולחן ערוך, אבן העזר, סימן קמא, סעיף מה.

[295] ראה: שו"ת רבי אליהו מזרחי (להלן, הערה 311); ב"ח, אבן העזר, סימן קמא, סעיף כח, ד"ה כיצד; בית שמואל, אבן העזר, סימן קמא, ס"ק סב; ט"ז, שם, ס"ק כט. וכן פסק שו"ת איגרות משה, אבן העזר, חלק ראשון, סימן קמד, בעניין שולח שאמר לשלוחו 'תן לה גט', שהגט כשר גם אם נתן אותו לשלוחה.

[296] ואכן, כך עולה לכאורה ממה שפסק הרמב"ם, הלכות גירושין, פרק ט, הלכות לה־לו: "האומר לשלוחו... 'טול לי ממנה חפץ פלוני ותן לה גט'... נתן לה הגט ואחר כך נתנה החפץ... אינו גט, שהרי עבר על דברי הבעל בדבר שסתם בני אדם מקפידין עליו, שהרי הבעל אמר לו 'טול החפץ ותן לה', והוא נתן ואחר כך נטל". מנימוק הרמב"ם עולה לכאורה שהבסיס להלכה זו הוא ה"קפידא", ולא עצם השינוי מן הסדר שקבע השולח. אבל השווה מים חיים (לבעל פרי חדש), גיטין כט ע"א, שלא הדגיש הרמב"ם את עניין הקפידה אלא משום שאלמלי כן, אין משמעות לסדר הפעולות שקבע השולח בהרשאתו, לא כן כאשר השליח עושה פעולה אחרת מזו הנקובה בהרשאה. וראה מה שהשיג עליו אמרות טהורות (ישראל), הלכות גיטין, סימן קמא, סעיף כח. והשווה מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן ג, המבחין בין שינוי צדדי לבין שינוי בגוף השליחות. וראה מה שהשיג עליו חלקת יואב, אבן העזר, סימן לד, ד"ה והנה ראיתי (והשווה מכתב מאליהו (אלפנדרי), שער ח, סימן לט, ד"ה לכן, שגם הוא מבחין הבחנה זו, אלא שלדעתו בסטייה מגוף השליחות, אין השליחות מתבטלת מטעם קפידה, אלא משום שהשליחות תחומה על פי ניסוחה. ראה להלן, הערה 332).

[297] על קושי זה עמדו: פסקי הלכות (פרידמן), יד דוד, חלק ב, פרק שביעי, הלכה יח (עמ' 385); מכתב מאליהו (אלפנדרי), שער ו, בדיני שליחות הגט, סימן כד, ד"ה אך קשיא; שו"ת קול מבשר, חלק א, סימן לד, ד"ה ועוד יש לומר (בסופו).
ודוחק לומר שהרמב"ם מבחין בין גטין לבין עירובין, ושדווקא בעירובין יש טעם בהקפדה בין בית לעלייה ובין מגדל לשובך (כפי שטען הרשב"א, לעיל, הערה 290): ראשית, משום שההקפדות שהצביע עליהן הרשב"א דחוקות; שנית, משום שהקפדות דחוקות מעין אלה ניתן להעלות גם ביחס לגירושין. כך העיר שו"ת צמח צדק (שניאורסון), אבן העזר, סימן רעא, אות ח. והשווה שו"ת חבצלת השרון, מהדורא תניינא, סימן עו, ד"ה ונלע"ד, שמעלה סברה אחרת להבחין בין גטין לבין עירובין (הקשורה בעובדה שדין השליחות בגטין ובעירובין נסמך על מקורות שונים). עוד ראה להלן, הערה 319, שיטת 'מטה שמעון', שמבחין בין פעולה כמו התקנת עירוב, שאינה משפיעה אלא על השולח, שם מקפיד השולח על ביצוע מדויק של ההרשאה כלשונה, ובין פעולה כמו מכר, שמשפיעה גם על צד שלישי, ואפשר שכך יש להתייחס

מכוח קושיה זו, אחרונים אחרים חולקים עליהם, ולדעתם אין לפרש את דברי הרמב"ם באופן דווקני, אלא צריך לומר שלשיטתו גם אם אמר "גרשנה בימין", וגירש אותה בשמאל, אינה מגורשת[298].

ג. היקף הגבלת ההרשאה על פי טעמה

לפעמים ברור שהשולח התכוון להגביל את השליחות למקום מסוים או לאופן מסוים, אך לא ציין את מניעיו[299], ונשאלת השאלה כיצד לפרש את כוונתו: האם יש לומר שלא התכוון להגביל את הרשאתו של השליח אלא מן הטעם שרוב בני אדם מקפידים בו, וממילא אם טעם זה אינו רלוונטי בנסיבות העניין, אין להגביל את ההרשאה? או שמא, מכיוון שלא ציין במפורש מאיזה נימוק הוא מגביל את ההרשאה, יש לחשוש שאולי כוונתו של השולח הייתה בדווקא, והוא מקפיד אף בדברים שרוב בני אדם אינם מקפידים בהם? ועוד אפשר שלאחר שהגביל השולח את ההרשאה, יהא הנימוק לכך אשר יהא, שוב אינו מוכן שיסטה השליח ממנה כהוא זה. בשאלה זו של פרשנות אומדן דעתו של השולח, נחלקו הדעות.

(1) טעם סביר

יש מן הפוסקים[300] המפנים בעניין זה לדברי הרשב"א, שדן בשאלה דומה בהקשר רחב יותר

גם לגטין, ונתיישבו דברי הרמב"ם. אלא שהבחנה זו אינה מתיישבת עם סוגיית התלמוד (לעיל, הערה 285) הדנה בשליחות לגטין ובשליחות לעירובין בחדא מחתא בלא להבחין ביניהן. וצריך עיון.

298 ראה: צור תעודה שם, ד"ה ומן התימא ("הדבר ברור דלרבינו והטור לאו דוקא אל תגרשנה אלא בבית, אלא בימין, דהוא הדין באמר ליה גרשה בבית, גרשה בימין"); בית הילל (הירץ), אבן העזר, סימן לה, סעיף ז; תורת גיטין, סימן קמא, ס"ק מה (והוסיף: "וגם מן הסברא, כיון שהזכיר עליה מה שלא היה לו להזכיר, קפידא הוי". והשווה למה שכתב בבית יעקב, כתובות צח ע"א, סוגיא דאלמנה שהיתה, ששונה ימין ושמאל, שאין בהם מקום לקפידה כלל); שו"ת צמח צדק (שניאורסון), אבן העזר, סימן רעא (לדעתו, לא פסקו ב"ח ובית שמואל מה שפסקו אלא משום שהם פוסקים כרב יוסף).
וכן נקט לכאורה גם פרישה, אבן העזר, סימן קמא, ס"ק פז, כפי שהעיר שו"ת איגרות משה (לעיל, הערה 295).
וראה מטה שמעון, חו"מ, סימן קפב, הגהות טור, אות לב, הדוחה את גישת 'צור תעודה' מכוח סוגיית התלמוד שראינו לעיל, ליד ציון הערה 70, בעניין שולח שאמר 'מכור לאחד', שהרשאתו אינה מתפרשת באופן דווקני, ויכול השליח למכור אפילו למאה קונים (כפי שעולה לכאורה מרש"י, שם, המובא לעיל, הערה 71). והשווה שו"ת שערי רחמים, חו"מ, סימן ה, ד"ה וכשאני לעצמי. הוא דוחה את דבריו, ומסביר שהלשון "ערב לי בתמרים" מתפרש באופן דווקני, משום שאלמלי הקפיד על זה, לא היה השולח מציין 'תמרים', אלא היה מסתפק באמירה הסתמית המקובלת בלשון בני אדם, 'ערב לי'. לעומת זאת, הלשון 'מכור לי לאחד' אינו מתפרש באופן דווקני, משום שכך דרכם של בני אדם להתבטא ('לאחד' אינה תוספת מיותרת אלא שגרת הלשון המקובלת, וזו כוונת רש"י שם). וראה עוד בני חיי (אלגזי), אבן העזר, סימן קמא (צז ע"ב), ד"ה שר צבא ד.

299 אם ציין את מניעיו, יכול השליח לסטות מנוסח ההרשאה, אם מתברר לו שמניע זה אינו רלוונטי. ראה לדוגמה שו"ת גור אריה יהודא, חו"מ, סימן כז, הדן בשליח שנתבקש לרכוש סחורה ממוכר מסוים, אף שסחורתו גרועה משל אחרים, וזאת בשל המחיר המופחת שהוא גובה. לאחר שהתברר לשליח שהפער במחיר אינו עומד ביחס לאיכות הירודה של הסחורה, קנה את הסחורה מסוחר אחר. המשיב, ר' אריה יהודא לייב תאומים, פסק שהשליחות בתוקף.

300 ראה דרך עץ החיים (אלגזי), טור אבן העזר, סימן לה (ו ע"א), ד"ה ואחר המחילה.

של פרשנות הסכמים בכלל. הרשב"א[301] מסייג את הלכת המשנה[302], שלפיה המקדש אישה "על מנת שיש לי [קרקע] במקום פלוני", אין האישה מקודשת אם היה הקרקע במקום אחר. לדעתו, אם התברר שהקרקע המדוברת נמצאת במקום קרוב יותר מזה שהותנה עליו, הקידושין תופסים, שכן בדרך כלל אין לתת פרשנות דווקנית להתניה, ויש אפוא להחיל את התנאי רק לסיטואציה גרועה מזו שהציב בתנאו. ובלשונו: "שאין אדם מתנה בדוקא אלא במה שדרך בני אדם להקפיד בו".

מדבריו עולה שהוא הדין בהגבלת הרשאה, שכן בין שאר ראיותיו, הוא מביא ראיות מסוגיות הדנות בשליחות[303]. אחת מסוגיות אלה עוסקת בדברי המשנה[304]: "האומר לשלוחו 'צא וקדש לי אשה פלונית במקום פלוני', והלך וקדשה במקום אחר – אינה מקודשת". התלמוד[305] מסביר שהקידושין בטלים, משום שלשולח הייתה סיבה טובה להקפיד על ביצוע השליחות במקום פלוני דווקא, שכן הוא ידע שבאותו מקום יש לו אוהבים שישכנעו את האישה להתקדש לו, ואילו במקום אחר יש לו שונאים, שיניאו אותה מלהתקדש לו. מהנמקה זו מבקש הרשב"א להסיק "שאין לומר קפידא במה שאינו מפסיד כלל"[306].

כנגד ראיה זו אפשר לטעון שאמנם אין לפרש את הרשאת השולח על דרך ההקפדה אלא כאשר יש טעם בהקפדה, אבל אין מוכח מכאן שאם פקע טעם זה לאחר מכן, מתרחבת ממילא הרשאתו של השליח[307].

(2) טעם חריג

הר"ן[308] חולק על הרשב"א. בשלב זה נביא כאן את נימוקו הראשון. לדעתו, לעולם אין לדעת מדוע הגביל השולח את ההרשאה, ויש לחשוש שמא הוא מקפיד אף בדברים שרוב בני אדם אינם מקפידים בהם[309]. אשר על כן, הכלל הוא שאין לזוז מנוסח ההרשאה (וכן הוא בחוזים) אם אין ודאות שהשינוי אינו גורע. גם לפי גישה זו, אם ברור מעל לכל ספק שאין קפידה

[301] חידושי הרשב"א, קידושין ס ע"ב, ד"ה מהו.

[302] משנה, קידושין ג, ג.

[303] ראה חידושי הרשב"א, שם, שהפנה לחידושיו בדף מח ע"ב, ד"ה כגון.

[304] משנה, קידושין ב, ד. ראייתו השנייה של הרשב"א היא מסוגיית "ערב לי בתמרים וערב בגרוגרות", שבה כבר ראינו לעיל, הערה 289, שפסק כרב יוסף, הסבור שהכל תלוי בסבירות ההקפדה ולא בנוסח ההרשאה.

[305] קידושין נ ע"א.

[306] השווה שו"ת נהרי אפרסמון, חלק ב, חו"מ, סימן יד, ד"ה פסק, שלדעתו אין להביא מכאן ראיה.

[307] ולא זו בלבד, אלא להלן, הערה 327, נראה שיש להביא ראיה לכאורה מסוגיה תלמודית אחרת, שמשעה שהוגבלה השליחות, שוב אין להרחיב אותה.

[308] ראה ר"ן, קידושין כה ע"א (בדפי הרי"ף), ד"ה על מנת שיש.

[309] וכך לדעתו בנידון האישה שנתרצתה לקידושין "על מנת שיש לי בית כור עפר במקום פלוני", שאפילו אם התברר לאחר מכן שהשטח שיש לו קרוב יותר, הקידושין אינן חלים, שכן ייתכן שהייתה לה סיבה מיוחדת להקפיד שהשטח לא יהיה קרוב יותר. גם מגיד משנה, הלכות אישות, פרק ז, הלכה ג, חולק על הרשב"א מטעם זה: "אומר אני שאפילו יש במקום קרוב כמוהו או יותר קרוב, לא נתקיים התנאי בודאי, שהרי מצינו שיש קפידא באומר... 'על מנת שביתי רחוק מן המרחץ', ונמצא קרוב, שיכולה לומר 'בעיא הוינא מטרפסא אזלא מטרפסא אתיא [=רוצה אני להתאמן בהליכה]', כדאיתא בירושלמי [קידושין, פרק ב, הלכה ב]. וזו ודאי אינה קפידא אצל רוב בני אדם, אלא שכל שהתנה עליה ונמצא הפך תנאו, יכולה היא להקפיד בכל שהוא".

בדרך שבחר השליח (כגון שציין במפורש מדוע הוא מקפיד), אין להגביל את השליחות לניסוחה הדווקני. פוסקים רבים נקטו את גישתו זו של הר״ן[310].

חילוקי דעות אלה בין הרשב״א לבין הר״ן באים לידי ביטוי במקרה הבא: אדם נעשה שליח למסור גט, ועליו היה להתנות את תוקף הגט באי־שובו של הבעל עד מועד מסוים. מסיבות שונות, השליח השתהה, ומשחלף המועד הנקוב ולא שב הבעל, מסר את הגט לאישה בלא תנאי. הרא״ם, ר׳ אליהו מזרחי[311], פסל גט זה מכמה נימוקים, ובהם על פי גישה זו של הר״ן (בלא להזכירו). אף שלכאורה, לאחר חלוף הזמן שקבע השולח אין יותר מקום לתנאי שהטיל בשליחות, מכל מקום ייתכן שבנתינת הגט בלא תנאי אף לאחר המועד הנקוב, יש לבעל קפידה שמא ילעיזו עליו הבריות שהוא מגרש את אשתו בלא כל סיבה[312]. אמנם רבים חולקים על

310 ראה: מגיד משנה, הלכות אישות, פרק ז, הלכה ג; בית שמואל, סימן לח, ס״ק מד (ושם, מהדורא קמא, ס״ק לח, מפורש יותר, אלא שייחס דעה זו לרשב״א, וצריך עיון); ערוך השולחן, אבן העזר, סימן לח, סעיף פו.

311 שו״ת רבי אליהו מזרחי (הרא״ם), סימן כג. וראה גם שם, סימן לא. שו״ת המבי״ט, חלק ב, סימן קלא, מסכים עם פסקו של הרא״ם (אם כי לא ברור אם מן הנימוק שאנו עומדים עליו כאן או מן הנימוק האחר של הרא״ם, שנעמוד עליו להלן). וראה עוד: מחנה אפרים, חידושים על הרמב״ם, הלכות גירושין, פרק ט, הלכה לג; שו״ת תורת חיים (מהרח״ש), חלק ג, סימן פב, ד״ה ואעתיק דברי הרב, הסבורים שהרא״ם פסל את הגט בעיקר מטעם ״קפידא״.

312 ובלשונו: ״ואִלו עכשיו, שנתן לה לאחר הזמן בלי שום תנאי, יחשבו העולם שעתה בעת נתינת הגט ליד האשה שלחו לה כדי לגרש אותה בגט מוחלט, והוא גנאי גדול שיגרש את אשתו בגט מוחלט בלתי שום סבה״. הרא״ם מציין שאין להקשות עליו מדברי הרמב״ם, הלכות גירושין, פרק ט, הלכה לג, מהם עולה ששליח שנשלח למסור גט ביום מסוים יכול למסרו גם לאחר מכן, ואין אנו אומרים שאין לסטות כלל מנוסח ההרשאה, שכן במקרה שדן בו הרמב״ם ״לא מצינן לפרושי למלתיה בשום קפידא״, כלומר לא ניתן לחשוב על כל טעם לפרש את ההרשאה על דרך הצמצום. אולם כשניתן להעלות על הדעת סיבה, ולוּ הקלושה ביותר, לפרש את ההרשאה על דרך הצמצום, אזי: ״כיון דמצינן לפרושי למלתיה בקפידא, מפרשינן ליה בקפידא״.

מן הראוי להעיר שהרמב״ם סותר את עצמו לכאורה, שכן בהלכה כד, שם, בעניין בעל שאמר לשלוחיו לכתוב ולתת גט לאשתו עד מועד מסוים, הוא כותב: ״הרי שאיחרו אחר הזמן שאמר, ואחר כך כתבו ונתנו לה [את הגט]... הרי זה פסול״. על סתירה זו הצביע משנה למלך, שם. לדעתו, גם בהלכה לג דעת הרמב״ם שהגט נפסל מדרבנן, ולא כתב שם את דינו של הגט אלא מדאורייתא. והשווה שיעורי הגר״י מפוניבז׳, קידושין, סימן יב, המציע הבחנה מהותית בין שתי ההלכות.

[בעניין שליח שאיחר בביצוע השליחות, ראה שו״ת קול מבשר (ראטה), חלק א, סימן לד, שנשאל בעניין עיזבון שנפל לשני אחים, והחליטו למנות באי כוח מטעמם להפיל גורל לחלוקת העיזבון בתאריך נקוב (זאת בעקבות פסק דין שחייב אותם לעשות כן), אך בפועל, הגורל בוצע בתאריך מאוחר יותר, ובעקבות כך ערער האח שהחלק שחפץ בו לא נפל בחלקו, וטען שאין תוקף לגורל, ״כי לא נתן הרשאה רק על יום... כפי הנכתב בהפס״ד ובהרשאה, ואחר הזמן הנ״ל לא היה שום כח להמורשה הנ״ל להטיל גורל, כי כלתה שליחותו״. הרב משולם ראטה פוסק שהשליחות בטלה, ואף שהרמב״ם, שראינו זה עתה, פסק שאיחור במסירת הגט אינו מבטל את השליחות, מכל מקום, האחרונים הכריעו כדעת ראשונים אחרים, שהוא ספק גט (ראה בית שמואל, אבן העזר, סימן קמד, ס״ק יא. וכבר הזכרנו שלפי ׳משנה למלך׳, זו גם דעת הרמב״ם עצמו). עוד מוסיף הרב ראטה שכאשר אין משמעות למועד הביצוע, ואף על פי כן השולח נקב תאריך מסוים, אפשר שיודה הרמב״ם שאין לסטות מהוראתו, בין בהקדמת הביצוע ובין באיחורו].

הרא״ם[313], אבל אין זה בהכרח משום שהם מאמצים את גישת הרשב״א, שכן אפשר שלדעתם ההשערה לקפידה שהעלה הרא״ם אינה עומדת במבחן הסבירות, אפילו לא הקלושה ביותר[314].

(3) נוסח ההרשאה

א. מוסכם על שתי הגישות שראינו עד כה, שהיקף ההרשאה נקבע על פי אומדן דעתו של השולח, אם הוא מקפיד אם לאו, אלא שנחלקו הדעות כיצד לאמוד את דעתו של השולח כשלא ציין במפורש מדוע הוא מגביל את ההרשאה. הר״ן מעלה טיעון נוסף, עקרוני יותר, לחלוק על הרשב״א: ״ועוד... אפילו לשבח, כל שלא נתקיים התנאי, אינה מקודשת״. לענייננו, נלמד מדבריו שאם ברור שהתכוון השולח להגביל את ההרשאה (ולא אמר את דבריו בגדר ״מראה מקום הוא לו״), יש להיצמד להגבלת השליחות כפשוטה, גם כשאין עוד כל סיבה הגיונית הנראית לעין לאותה הגבלה. לשון אחר, משהגביל השולח את ההרשאה, יהא הטעם לכך אשר יהא, השליחות מותנית במילוי ההגבלה ככתבה וכלשונה[315]. וכן כתב גם מהרי״ק[316].

זוהי גם עמדתו של הרא״ם בנימוקו הנוסף לפסק שהזכרנו לעיל[317], בעניין שליח שהרשאתו הייתה לגרש אישה על תנאי שלא ישוב הבעל עד מועד פלוני, ולאחר חלוף מועד זה גירש השליח את האישה בלא תנאי. בנימוק זה הוא טוען שגם אם אין עוד שום קפידה בדבר, מכיוון שהרשאת השליח הייתה לתת לאישה ״גט על תנאי״, ולא ניתן עוד לקיים תנאי זה, השליחות בטלה, אף שאין עוד טעם בתנאי[318].

אפשר להסביר גישה נוקשה זו בשתי דרכים:

[313] ראה להלן, הערה 318.

[314] ראה מכתב מאליהו (להלן, הערה 318), ד״ה אמנם מה שיש.

[315] ראה אוצר הפוסקים, סימן לח, סעיף כד, אות קה, ס״ק ב, ד״ה אולם, שכך נקטו מקצת הפוסקים. וראה פסקי הלכות (פרידמן), יד דוד, חלק ב, פרק שמיני, הלכה א (עמ׳ 395), שכתב שהוא ספיקא דדינא.

[316] ראה שו״ת מהרי״ק, שורש קיב. מהרי״ק אינו דן שם בשליחות אלא במי שנשבע לפרוע חוב במקום פלוני, ומחמת אונס נמנע ממנו לפרוע את חובו באותו מקום, וטוען שאינו עובר על שבועתו אם אינו פורע את החוב במקום קרוב יותר. מהרי״ק דוחה את טענתו, אך מעיר שבשליחות הדין שונה.
יש לציין ששו״ת מהרי״ט, חלק ב, חו״מ, סימן פא (הובא בקיצור במשנה למלך, הלכות שלוחין ושותפין, פרק א, הלכה ב), ייחס לדברי מהרי״ק אלו משמעות הפוכה מזאת שאנו מעלים פה. הוא הבין, משום מה, שדברי מהרי״ק מורים שדין שליחות כדין כל חוזה. על פי הבנה זו, התקשה רימ״מ קריספין (מים קדושים, דרוש ב למתן תורה) בסתירה לכאורה בין דברי מהרי״ק בתשובה זו לדבריו בשורש כז, שם כתב: ״דבשינוי כל דהו פקע תורת שליחות מהשליח״ (הובא לעיל, הערה 68). אבל ראה דרך עץ החיים (אלגזי), אבן העזר, סימן לה, ד״ה והרב (ז ע״ב), שכבר העיר שאין כל סתירה בדברי מהרי״ק, שכן הדגיש בשורש קיב שאין דבריו אמורים אלא בדיני חוזים ולא בדיני שליחות.

[317] ראה לעיל, ליד ציון הערה 311.

[318] ראה מכתב מאליהו (אלפנדרי), שער ח, סימן לט, ד״ה אמנם הנלענ״ד, שלדעתו זהו הנימוק העיקרי עליו נסמך הרא״ם (ראה לעיל, הערה 314).
כבר ראינו לעיל, הערה 312, שהרא״ם הקשה על עצמו מפסק הרמב״ם בעניין שליח שנתבקש למסור את הגט ביום מסוים ומסרו מאוחר יותר. על פי הגישה שאנו דנים בה כעת, הוא מיישב קושי זה בדרך של פרשנות ההרשאה: ״הא לא דמי ל׳תנהו לה ביום פלוני׳, שאנו אומרים, אם נתנו לה קודם אותו יום, אינו גט, ואם נתנו לה לאחר אותו יום, הוא גט, משום דאותו יום מורה על א׳ מחלקי הזמן, וקודם אותו יום ואחריו מורים על חלקים אחרים מחלקי הזמן, ומצינן לפרושי שאמר ׳ביום פלוני׳ בא למעט החלק שקודם אותו יום בלבד או החלק שאחר אותו יום בלבד או שניהם יחד. אבל המאמר של ׳תנהו לה על תנאי׳,

(1) אפשר שיסודה באומדן דעתו של השולח, שהוא עומד על קיומה הדווקני של הרשאתו, ואינו מסכים שהשליח ינטה ממנה[319].

(2) אפשר גם שמאחר שהתכוון השולח להגביל את הרשאתו, היקף השליחות תָּחום על פי ניסוחה. ואף אם מתברר שאין צורך בהגבלה (בין שטעה השולח ובין שנשתנו הנסיבות), שוב לא ניתן להרחיבה אלא רק במינוי מפורש[320], שכן כלל ידוע הוא: אין שליח מתמנה באומדן הדעת[321].

על אפשרות שנייה זו, נרחיב את הדיבור להלן, אך לפני כן נעיר על סייג בגישת מהרי״ק.

ב. מהרי״ק מסייג כנראה את דבריו, ואינו מחיל אותם אלא על הגבלות הנוגעות לפעולה המשפטית, שהיא נושא השליחות גופה (כגון קידושין על תנאי), ולא על הגבלות הנוגעות לפעולות המקדימות והמכשירות את ביצוע השליחות[322]. בתלמוד נקבע[323]: ״האומר

שממעט הבלתי תנאי, לא מצינן לפרושי שבא למעט הבלתי תנאי דתוך זמנו ולא הבלתי תנאי דאחר זמנו, שהרי הבלתי תנאי שממעט ממאמר תנהו בתנאי, כולל שניהם יחד״.

רבים חולקים על הרא״ם. ראה: בית יוסף, אבן העזר, סימן קמד, בשם רבי יהודה בן בולאט; הרדב״ז, המובא בשו״ת המבי״ט, חלק ב, סימן קלא; מחנה אפרים, חידושים על הרמב״ם, הלכות גירושין, פרק ט, הלכה לג (דבריו מובאים בשמו כלשונם בשו״ת פרח שושן (שבאבו), אבן העזר, כלל א, סימן א. וראה גם שם, סימן ב); שו״ת תורת חיים (מהרח״ש), חלק ג, סימנים פב־פג; שו״ת מהריט״ץ, סימן קי; שם, סימן קפג. וראה גם שו״ת מהרשד״ם, אבן העזר, סימן ס. אפשר שהחולקים עליו לא נחלקו אלא משום שלדעתם הפרשנות הסבירה של נוסח ההרשאה היא שמתחילה לא התכוון השולח שיינתן הגט על תנאי רק בתוך הזמן ולא לאחריו.

319 ראה חידושי תלמיד הרשב״א, בשיטה מקובצת, כתובות צט ע״א, ד״ה וכתב: ״שדרך בני אדם להקפיד כשהשליח עובר על דעתו״. וראה גם צור תעודה, הלכות שלוחין, פרק א, הלכה ב, ד״ה ולפק״ד אין. וראה להלן, הערה 328.

והשווה מטה שמעון, חו״מ, סימן קפב, הגהות הטור, אות לב, המבקש לצמצם קביעה זו לפעולה משפטית חד־צדדית בלבד: ״ולפום ריהטא במושכל אחד נראה דיש לחלק בין שליחות לעירוב לשליחות לעלמא, דשאני גבי עירוב, דהשליחות הוי לעצמו בלתי פעולה לאחרים זולתו, ולכך כל ששינה מדבוריה מתבטל השליחות, אף דלא קפדי אינשי, מכל מקום זה המשלח לא ניחא ליה שישנה הלה דבורו. מה שאין כן גבי מקח, דכל דהוי מידי דלא קפדי אינשי, הא נגמר שליחות לגבי הקונה או המוכר שכנגדו, ואם כן תו לא שמעינן ליה לבטל השליחות בשביל ששינה דיבורו, כיון דליכא הקפדה״. שיקול זה עשוי להסביר גם מדוע בגטין סטייה שאין בה קפידה אינה מבטלת את השליחות, שהרי הגירושין אינם משפיעים רק על השולח (כמו עירובין) אלא גם על אשת השולח.

עוד השווה מהר״י קורקוס על הרמב״ם, הלכות תרומות, פרק ד, הלכה ט (מובא בכסף משנה, שם), המחדש שיקול נוסף שיש בו כדי לצמצם את קפידתו של השולח, והוא כשמדובר בפעולה שהשולח מוכרח לבצעה, כגון הפרשת תרומה. לדעתו, זו הסיבה שמי שנשלח לתרום מן הצפון ותרם מן הדרום, תרומתו תרומה (ראה להלן, ליד ציון הערה 337), ובלשונו: ״והטעם דשינוי זה אין דרך להקפיד, ולא הוי קפידא לבטל התרומה, כיון שלתרום עומד״. וראה שו״ת קול מבשר, חלק א, סימן לד, ד״ה והנה הט״ז, שדן בדבריו.

320 ראה שיעורי ראש הישיבה, רבי דוד פוברסקי זצ״ל, קידושין, חלק ב, בני־ברק תשס״ו, סימן נא, אות נח.

321 ראה דרך המלך (רפפורט), חלק שני, הלכות אישות, פרק ז, הלכה כא, ד״ה והלך וקדשה (כח ע״ג). הוא מטעים שפרשנות נוקשה זו של ההרשאה יסודה בעובדה שהשליחות היא פעולה חד־צדדית, לעומת החוזה, שהוא בין שני צדדים. בעוד שבחוזה שבין שני צדדים המגמה היא לתת תוקף לחוזה כפי אומדן דעתם של שני הצדדים, הרי שבשליחות המגמה הפוכה, ואין בה אלא מה שמפורש בה (וראה עוד שם, שזו הסיבה שתנאי בשליחות אינו כפוף למשפטי התנאים. וכן הטעים שם, פרק ז, הלכה כ, ד״ה ומעתה (כח ע״ג). והשווה הרב ע׳ ברזון, ״שליח שלא עשה שליחותו״, ברקאי ב (תשמ״ה), עמ׳ 148).

322 כהצעה זו בהבנת שיטת מהרי״ק, ראה: שדה הארץ (מיוחס), חלק ג, חידושים על הש״ס, קידושין נ ע״א,

לשלוחו ׳צא וקדש לי אישה פלונית במקום פלוני׳, והלך וקדשה במקום אחר – אינה מקודשת״. רש״י מפרש בעקבות התלמוד: ״דדווקא קאמר ליה במקום פלוני, שיש לי שם אוהבים, ואם בא אדם לומר דברים [רעים] עלי בפניה, ימחו בידו״. מהרי״ק[324] מתקשה בפירוש הסוגיה: ״דפשיטא דאין לומר [שהחשש הוא] פן ידברו עליו לפני הקידושין, ויאמרו עליו [דברים רעים], ויניאו אותה מלהתקדש לו. דאם כן, אמאי אינה מקודשת היכא דקידשה במקום אחר, מאי איכפת ליה, סוף סוף נתקדשה לו? אלא ודאי צריך לומר דאף על גב דנתקדשה לו, ירא פן יניאו אותה [אנשי המקום האחר] להינשא לו[325]... שדרך בני אדם לחוש פן יבואו בני אדם להסיר אישה ולהדיחנה מעל ארוסה״. לשון אחר, אין ספק שהשולח התכוון להגביל את הרשאת שלוחו לקידושי האישה למקום פלוני, שכן חשש שבמקום אחר השליח לא יצליח במשימתו. אף על פי כן, מדברי מהרי״ק עולה שאם מתברר בדיעבד שלחשש זה לא היה שחר (כגון שלא נמצאו לו אויבים שדיברו בגנותו, או לחלופין, אף על פי שנמצאו, האישה הסכימה בכל זאת לקידושין), היה נחשב השליח כמי שפעל בהרשאה, אם קידש אותה, ורק החשש שמא לא תינשא לו הוא שהופך את השליח כמי שפעל בחריגה מהרשאה.

לא כן דעת ׳משנה למלך׳[326], הכותב: ״אפילו נאמר שהטעם משום פן ידברו עליו לפני הקידושין ויניאו אותה מלהתקדש לו, מכל מקום, כיון דמשום האי קפידא עביד, אפילו דסוף סוף נתקדשה לו [ואף אם אין חשש שלא תינשא לו], הא לההוא מקום לאו שליח שוויה, ואיהו מדעתיה קידשה לו״. כלומר, מאחר שהשולח הקפיד שהשליחות תיעשה במקום פלוני, ונימוקו עמו, הרי ההנחה היא שהקפדתו עומדת בתוקפה, אף אם מתברר שהשליח הצליח בַמקום האחר לשכנע את האישה להתקדש לשולח[327], וזאת כנראה כדי להרתיע את השליח

ד״ה גמרא; חזון איש, אבן העזר, סימן מז, ס״ק ו. ומכאן תשובה לסתירה לכאורה בין תשובות מהרי״ק, שורש קיב (לעיל, הערה 316) ושורש כז (שם קובע מהרי״ק שכל סטייה מלשון ההרשאה מבטלת את השליחות), לבין תשובתו שנביא להלן, הערה 324 (שבה הוא קובע שיש סטייה מנוסח ההרשאה שאינה מבטלת את השליחות). על סתירה זו בין תשובות מהרי״ק הצביעו: אמרות טהורות (ישראל), הלכות גיטין, סימן קמא, בסוף ד״ה ושיטת (רסא ע״ד במהדורת ליוורנו תקמ״ז); דרך עץ החיים (אלגזי), טור אבן העזר, סימן לה, ד״ה זאת ועוד (ה ע״ב), וד״ה הדרן (ה ע״ד), וד״ה הגם (ז ע״א).

[323] קידושין נ ע״א.

[324] שו״ת מהרי״ק, שורש קעא.

[325] נזכיר שהקידושין (מתן טבעת לאישה ואמירת ״הרי את מקודשת לי״) הם הפעולה המשפטית שבאמצעותה משתנה מעמד האישה מפנויה לאשת איש. אולם בשלב זה היא אסורה עדיין לבעלה, ורק לאחר הנישואין (הכניסה לחופה), היא מותרת לו, והופכת לאשתו לכל דבר ועניין.

[326] משנה למלך, הלכות אישות, פרק ז, הלכה כא.

[327] אפשר לכאורה להביא ראיה לגישת ׳משנה למלך׳ מן הסוגיה התלמודית בקידושין נט ע״א. התלמוד מסביר שאם המשנה שראינו לעיל, הערה 304, בעניין מי שביקש משלוחו לקדש לו אישה במקום פלוני, מנוסחת בלשון ״האומר לשלוחו״, ולא בלשון ״האומר לחברו״ (המצויה במשניות אחרות), הרי זה כדי ללמדנו שאף על פי שמדובר לא ב״חבר״ גרידא, שממנו אין לצפות למאמץ מיוחד, אלא ב״שליח״, שאפשר לצפות ממנו שיתאמץ יותר, אף על פי כן, אם קידש את האישה במקום אחר, אינה מקודשת (״התם רבותא קמ״ל, דאי תנא ׳האומר לחבירו׳, הוה אמינא חבירו הוא דכי קדשה במקום אחר אינה מקודשת, דסבר לא טרח, אבל שלוחו, דטרח, אימא מראה מקום הוא לו. קמ״ל״). מכאן שההרשאה מצומצמת לניסוחה בלא קשר לסיבת הקפידה המשוערת. ראה: דרך עץ החיים (אלגזי), טור אבן העזר, סימן לה, ד״ה וראיתי להרב מוהריק״ו (ד ע״ב); שדה הארץ (מיוחס), חלק ג, חידושים על הש״ס, קידושין נ ע״א, ד״ה גמרא; חזון איש, אבן העזר, סימן מז, ס״ק ו, בסופו.

לבל ינטה מהוראותיו[328], או אולי משום שמאחר שהקפיד השולח, הרי השליחות מוגבלת על פי ניסוחה[329], כפי שכבר הזכרנו לעיל. על נימוק שני זה, נרחיב את הדיבור להלן.

ד. הגבלת ההרשאה למושא השליחות

ראינו זה עתה שיש הטוענים ששיטת מהרי"ק, המצדד בפרשנות פורמליסטית ונוקשה של ההרשאה, אינה מיוסדת על אומדן דעתו של השולח וקפידתו, אלא על העובדה שהיקף ההרשאה תָּחום על פי ניסוחה. בין הטוענים כך, יש המבהירים שאין הדברים אמורים אלא ביחס לאובייקט מושא השליחות, ואילו פרטים צדדיים בהרשאה נבחנים על פי אומדן דעתו של השולח[330], כפי שפירטנו לעיל.

אכן, ככל שהדברים נוגעים לאובייקט מושא השליחות, דעת מהרי"ק היא שכל סטייה מאובייקט זה תוגדר כחריגה מן ההרשאה. לשון אחר, אין ההרשאה חלה אלא על האובייקט המסוים שצוין על ידי השולח, ולא על אובייקט אחר, אף אם הוא דומה לו. ואם עשה בו השליח את השליחות, הרי דינו כמי שחרג מהרשאתו בלא קשר לאומדן דעתו של השולח ולקפידתו.

לדעתם, כך יש להבין את הראיה שהביא מהרי"ק לגישתו מן המשנה[331] בעניין מעילה בהקדש: "אמר לו [בעל הבית לשליח] 'הבא לי [בשר] מן החלון', והביא לו מגלוסקמא; או

[328] ראה חזון איש, אבן העזר, סימן מז, ס"ק ו: "שמקפיד [השולח] לבטל שליחותו אף בדיעבד, כדי שיצייתנו השליח ולא ישנה". וכעין זה ראה חלקת יואב, חלק א, אבן העזר, סימן לד, ד"ה והנה על הקושיא. וראה לעיל, הערה 319.

[329] ראה לעיל, ליד ציון הערה 321.

[330] ראה שו"ת עזרת כהן, סימן סד, אות ז; שם, סימן סה, אות ח, ד"ה והגאון בעל משכנ"י (וראה גם עטרת שמואל (רוזנבאום), כתובות צט ע"א, ד"ה איכא דאמרי). מכוח הבחנה זו, דוחה הרב קוק את החומרה שהחמיר שו"ת משכנות יעקב (ברוכין), אבן העזר, סימן כז (הובא בפתחי תשובה, אבן העזר, סימן קלג, ס"ק ג), ולפיה בשליחות הבעל לגירושין, כל סטייה ממנהגי החומרה בכתיבת גטין, מבטלת את הגט. לדעתו, "כל זמן שהשם הוא אחד, אלא ששינה איזה פרטים צדדיים, כל זמן שלא ידענו שקפיד בכך", אין שום עילה לבטל את השליחות. הרב קוק מוסיף שאין גם עילה לביטול בשל טענת קפידה, שכן השולח־הבעל אינו דורש את מנהגי החומרות ביזמתו, אלא חוזר על ההוראות שמקריא לו מסדר הגט, ובכגון זה ודאי שאינו מקפיד. על טיעון זה, ראה שו"ת צמח צדק (שניאורסון), אבן העזר, סימן רעא, אות ז; שו"ת משיב דבר, חלק ד, סימן מד, ד"ה ומה שהערה. והשווה שו"ת אבני נזר, אבן העזר, סימן קע, ס"ק ד (מובא להלן, סעיף 6, הערה 39).

[331] משנה מעילה, ו, א. וראה קידושין נ ע"א. מהרי"ק מניח הנחת יסוד שכל נושאי השליחות שווים הם (ראה דברינו לעיל, הערה 278), ובלשון הרב קוק (שו"ת עזרת כהן, סימן סד, אות ד): "שכל דברי המהרי"ק שם [שורש כז] סובבים לדמות את שליחות הגט לכל דיני שליחות דעלמא. ומאחר שרואים בשליחות דעלמא, שאם שינה השליח בכל דוכתא, אין שליחותו מתקיימת, גם בגט אמרינן כן". ברם, יש מן הפוסקים שביקשו לדחות הנחה זו, ולדעתם לא הרי שינוי בשליחות במעילה כהרי שינוי בשליחות משפטית. ראה: שו"ת צמח צדק (שניאורסון), אבן העזר, סימן רעא, אות ט; שו"ת היכל יצחק, אבן העזר, חלק ב, סימן סח, ס"ק ט, ד"ה ומה שהביא מהרי"ק. וראה עוד שיעורי הגר"י מפוניבז', קידושין, סימן יב, המבחין בין שליחות שעניינה ייחוס התוצאה (שמאחר שהשולח העביר כוח לשליח, יש לו יותר מרחב תמרון) לבין שליחות שעניינה ייחוס הפעולה (שהשליח אינו בעל כוח אלא ידו של השולח, וכל סטייה מהוראותיו פוסלת את שליחותו). על ההבחנה בין ייחוס התוצאה לבין ייחוס הפעולה ראה דיוננו על סעיף 2, פרק שלישי, עמ' 101. ברם, ראה מכתב מאליהו (אלפנדרי), שער ח, סימן לט, ד"ה עוד הביא, שדוחה הבחנה זו מכוח סוגיית נדרים נד ע"א.

׳מן גלוסקמא׳, והביא לו מן החלון [ונמצא שהבשר קודש] – השליח מעל [ולא בעל הבית]״. הנה כי כן, העובדה שהשליח עשה את שליחותו באובייקט אחר מזה הנקוב בהרשאה, אף שהוא דומה לו לחלוטין, די בה כדי להגדירו כמי שחרג לגמרי מהרשאתו, כלשונו של הראי״ה קוק: ״אפילו אם אין קפידא בדבר, אבל אם הדבר שעשה הוא לגמרי דבר אחר, ואינו זה הדבר ששלח אותו, אז אמרינן שאף על פי שקפידא ממש אין כאן, אבל שליחות גם כן אין כאן״[332]. לדעתם, כך יש להבין גם את הראיה שהביא מהרי״ק מהלכת רב אשי[333], ולפיה אם נצטווה השליח לתת לאישה גט ״פשוט״, ונתן לה גט ״מקושר״ (או להפך)[334], אף שאין הבדל מהותי בין השניים, אין תוקף לגירושין[335].

אמנם קביעה זו, שכל סטייה מן האובייקט מושא השליחות מוגדרת כחריגה מן ההרשאה, אינה עולה לכאורה בקנה אחד עם מקורות אחרים בתלמוד. כך לדוגמה נקבע[336] שמי שנשלח לקנות חיטים, ובמקום זאת קנה שעורים, עשויה פעולתו לזַכות את השולח. הלוא על פי גישה זו, גם אם נניח שהשולח אינו מקפיד על חיטים, פעולת השליח אינה בהרשאה, באשר נעשתה באובייקט אחר?! וכן קשה על גישה זו לכאורה גם מן התלמוד הירושלמי[337], הדן במי שנשלח להפריש תרומות ומעשרות ממקום מסוים (״תרום מן הצפון״), והפריש ממקום אחר (״מן הדרום״), שעולה ממנו שאין בסטייה זו משום חריגה מן ההרשאה, והתרומה תקפה[338]. אולם

332 שו״ת עזרת כהן, סימן סה, אות ו (וראה גם שם, סימן סד, אות ד). וראה עוד שו״ת אבני נזר, אבן העזר, סימן קע, דברים דומים בשם בנו. ואפשר שלכך נתכוון מכתב מאליהו (אלפנדרי), שער ח, סימן לט, ד״ה לכן אשר נראה (ואם כן, סרה ההשגה שהשיג עליו שו״ת צמח צדק (שניאורסון), אבן העזר, סימן רעא).

333 קידושין מט ע״א.

334 על ההבדל ביניהם, ראה אנציקלופדיה תלמודית, כרך ה, ערך גט מקשר, עמ׳ תשיז.

335 לפי התלמוד (קידושין מט ע״א, וראה תוספות, בבא בתרא קסה ע״א, ד״ה באתרא), הוא הדין שאין תוקף לגירושין אם יש מנהג לגרש אישה בגט מסוים והשליח גירש אותה בגט אחר, אף אם השולח לא אמר לשליח בפירוש באיזה גט לגרש את אשתו. לדעת הרב קוק, הסיבה לכך אינה קפידת השולח שלא לשנות ממנהג כתיבת הגט (אף על פי שכך מפורש לכאורה בסוגיית קידושין שם. והשווה לעיל, הערה 55), אלא משום שגט שאינו כמנהג אינו כלול בהרשאה כלל.

336 בבא קמא קב ע״א־ע״ב. בסוגיה זו נרחיב להלן, בדיוננו על סעיף 6.

337 ירושלמי, תרומות, פרק ג, הלכה ד. וכן פסק הרמב״ם, הלכות תרומות, פרק ד, הלכה ט.

338 אף שקביעה זו לא נאמרה במפורש בתלמוד הירושלמי, כך עולה מהקשר הדברים. הירושלמי דן במחלוקת שבין ריש לקיש ורבי יוחנן בשאלה (שתידון להלן, בסעיף 14) אם השולח יכול לבטל את השליחות לפני ביצועה. רבי יוחנן סובר שאפשר לבטל (״אתי דיבור ומבטל דיבור״), וריש לקיש חולק עליו. הירושלמי קובע שגם אליבא דריש לקיש, הביטול תופס אם השליח שינה ותרם מן הדרום במקום מן הצפון. מכאן מוכח לכאורה שהשינוי כשלעצמו אינו מבטל את השליחות (אמנם קשה, אם השינוי כשלעצמו אינו מבטל את השליחות, ואם גם הביטול כשלעצמו אינו מבטל אותה, כיצד מועיל הצירוף ביניהם? לשאלה זו, ראה להלן, הערה 339. ועוד קשה על הרמב״ם, הלוא הוא פוסק כשיטת רבי יוחנן, שהשליחות ניתנת לביטול, ומדוע אימץ כאן את דברי הירושלמי, שנאמרו כהסבר לשיטתו של ריש לקיש? לשאלה זו, ראה דיוננו להלן, סעיף 14, הערה 29).

נעיר שהטור, יורה דעה, סימן שלא, מבקר את הרמב״ם (לעיל, הערה 337) על שאימץ את הירושלמי, בין השאר משום ש״אם שינה [השליח], אפילו לא ביטל [השולח את] השליחות – אינה תרומה״. על קושיה זו עונה ׳בית יוסף׳, שלדעת הרמב״ם, שינוי כזה אינו מבטל את השליחות, משום שהוא פוסק כשיטת רב יוסף בעניין ״ערב לי בתמרים ועירב לו בגרוגרות״ (לעיל, ליד ציון הערה 284), שאין השינוי מבטל את השליחות אלא כאשר יש לשולח קפידה בדבר (נעיר שתירוץ זה תמוה מאוד, שכן ראינו לעיל, ליד ציון הערה 290, שהרמב״ם פסק בעניין זה כרבה, ולא כרב יוסף. על תמיהה זו עמד ספר המקנה

נראה שלדעתם, זכותו של השולח במקורות אלה אינה נובעת מדין שליחות (שהרי השליח אכן חרג מהרשאתו) אלא מדין "זכין לאדם שלא בפניו", ולפיו אדם עשוי לזכות בפעולתו של חברו שפעל לטובתו אף שלא היה מיופה הכוח שלו[339].

כנגד גישה נוקשה זו, יש הטוענים שיש לשליח מרחב פעולה אפילו בעניינים שבליבת השליחות הנוגעים לאובייקט מושא ההרשאה, אם הוא משער שאין השולח מקפיד על השינוי. לדעתם, השולח זוכה בחיטים, אף שהשליח נשלח לקנות שעורים, מכוח דיני השליחות גופם, וזאת לאור ההערכה כי השולח מעוניין גם בחיטים. להלן, בסעיף 6, נראה שכך נוקטים פוסקים אחדים[340]. על פי דרך זו, יש שביארו גם מדוע לדעת הירושלמי יש תוקף לתרומת השליח, אף ששינה ולקח מן הדרום ולא מן הצפון[341]. לפי דרכם, הם נדחקים ליישב את המקורות שהצביע עליהם מהרי"ק לחיזוק גישתו – "הבא לי [בשר] מן החלון', והביא לו מגלוסקמא" וגירושין בגט מקושר במקום גט פשוט – ומסבירים שנקבע בהם שהשליחות בטלה, משום שיש לשולח סיבה טובה להקפיד על מילוי מדויק של השליחות.

עם זאת, אין ספק שגם הם יודו שאם השליח סוטה לגמרי מהוראות השולח ועושה את השליחות באובייקט שונה משמעותית מזה שנקבע בהרשאה, יש להגדירו כמי שחרג מהרשאתו בלא קשר לשיקולי קפידה. כך לדוגמה, ברור שמי שנשלח לקנות בית, אינו מיופה כוח לקדש אישה ואף לא לקנות מניות, בלא קשר לשאלת הקפידה, שכן ברור שקידושי אישה או קניית מניות אינם נופלים במסגרת ההרשאה. לשון אחר, גם הם מודים שניסוח ההרשאה תוחם את היקפה, אלא שלדעתם אין לפרש את הניסוח באופן דווקני.

(הורוביץ), קידושין נט ע"ב, ד"ה כגון). אולם כפי שנראה בסמוך, אפשר שהרמב"ם מודה לטור שהשינוי אכן מבטל את השליחות, אלא שלמרות החריגה, פעולת השליח עשויה לזכות את השולח מדין "זכין לאדם שלא בפניו".

339 על דין "זכין לאדם שלא בפניו", ראה בהרחבה בנספח לספר זה. כך נראה להלן, סעיף 6, ליד ציון הערה 97, שיש המבארים בדרך זו את סוגיית חיטים ושעורים. לדרך זו בפירוש הירושלמי, ראה: נועם ירושלמי, דמאי, פרק חמישי, דף לג, ד"ה ובזה; שו"ת הר צבי, אורח חיים, חלק ב, סימן קיב ("היינו משום דהוי אומדנא דניחא ליה, אבל לא מצד מינוי שליחות, דמינוי השליחות הוא רק מה שדבר מפורש"); קהילות יעקב (קנייבסקי), זרעים, בני־ברק תשמ"ז, חלק ב, סימן ט, ד"ה ומעתה: "נהי שאינו קפידא להיות נדון כעובר על דברי בעל הבית, מכל מקום גם שליחות לתרום אין כאן, כיון שלא שלחו בפירוש לתרומה כזו, אלא דמאחר שקפידא אין כאן, מהני תרומתו מדין זכייה, כיון שעיקר הפרשת התרומה ותיקון הכרי על ידו ניחא לבעלים" (וראה עוד שם, ד"ה ונלענ"ד, שכתב כן גם לעניין קבלת הגט. וכן כתב גם גרש ירחים (צינץ), גיטין סה ע"ב, אות קלד. וצריך עיון, שהרי לכאורה, הגט אינו יכול לתפוס מדין "זכין", שכן יש לחשוש שמא חזרה בה האישה מרצונה להתגרש. ראה דיוננו בנספח על דין "זכין"). לדעת פוסקים אלה, זו הסיבה שהרמב"ם (לעיל, הערה 337) פוסק שבנוסף לסטייה מהוראות השולח (תרם מן הצפון ולא מן הדרום), יש צורך בביטול השליחות. אמנם אין בכוח הביטול כשלעצמו לבטל את השליחות, אבל הוא מונע את תחולת דין "זכין". השווה: חידושי בעל שרידי אש על הש"ס, גיטין, סימן ח, אות ח; מעדני ארץ, תרומות, פרק ד, הלכה ט, ד"ה ולכן נלענ"ד.

340 ראה להלן סעיף 6, ליד ציון הערה 88.

341 ראה: פני יהושע, קידושין נט ע"ב, ד"ה ועוד; חידושי הרי"ם, קידושין נט ע"א, ד"ה והנה. וראה מרחשת, חלק א, סימן נא, ס"ק יא, ד"ה ובתירוץ (עמ' 202), שלדעתו יש מחלוקת בין התלמוד הבבלי לבין התלמוד הירושלמי בשאלה זו.

סעיף 6

פעולה ללא הרשאה

פעולה ללא הרשאה

6. (א) פעל אדם בחזקת שלוחו של אחר בלי שהורשה לכך או בחריגה מהרשאתו, יכול אותו אחר, בכפוף לאמור בסעיף קטן (ב), לאשר את הפעולה בדיעבד; ואישור בדיעבד – כהרשאה מלכתחילה, ובלבד שלא תיפגע זכות שרכש אדם אחר בתום־לב ובתמורה לפני האישור.

(ב) לא ידע הצד השלישי בשעת הפעולה שהשלוח פועל ללא הרשאה או בחריגה מהרשאתו, הברירה בידו, כל עוד לא נודע לו על אישור הפעולה, לראות את השלוח כבעל דברו או לחזור בו מן הפעולה ולתבוע מן השלוח את נזקו.

(ג) תאגיד יכול לאשר פעולה שנעשתה למענו לפני היווסדו, ויחולו הוראות סעיף זה.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 319

פרק שני: הגדרת פעולה בלא הרשאה – "בלי שהורשה לכך או בחריגה מהרשאתו" 323

א. מבוא 323

ב. חריגה מוחלטת ("מעביר על דעת השולח") 324

ג. חריגה שאינה מוחלטת 325

(1) פגיעה באינטרסים של השולח ("לתקן שלחתיך ולא לעוות") 325

(2) סטייה מן ההרשאה ("שלחו לקנות חטים וקנה שעורים") 339

פרק שלישי: יחסי השולח וצד שלישי 347

א. השולח משלים עם החריגה – "אישור בדיעבד – כהרשאה מלכתחילה" 347

(1) היעדר הרשאה וחריגה מוחלטת מן ההרשאה 347

(א) אין אישור בדיעבד במשפט העברי 347

(ב) דין "זכין לאדם שלא בפניו" לעומת אישור בדיעבד 348

(ג) סייג: חזרת הצד השלישי מן הפעולה – "בכפוף לאמור בסעיף קטן (ב)" 350

(ד) סייג: "ובלבד שלא תיפגע זכות שרכש אדם אחר בתום־לב ובתמורה" 350

(ה) סייג: זיכוי למראית עין ("שליח מתחזה") 351

(2) חריגה שאינה מוחלטת 353

(א) זכות האישור של השולח 353

סעיף 6: פעולה ללא הרשאה

(ב) סייג: זכות הביטול של הצד השלישי 354
ב. השולח אינו משלים עם החריגה 356
(1) הכלל: ביטול השליחות 356
(2) סייגים: שליחות בממון השולח שאי אפשר לבטל אותה 358
(א) שליחות נסתרת 358
(ב) חריגה במודע (גישת הראב"ד) 363
(ג) מניעה מעשית לביטול השליחות 363
ג. נטל ההוכחה 364
פרק רביעי: יחסי צד שלישי והשליח – "הברירה בידו" – ס"ק (ב) 370
א. מבוא 370
ב. אכיפה – "לראות את השלוח כבעל דברו" 371
(1) הכלל: אין יריבות בין השליח לצד השלישי 371
(2) סייגים 371
(א) שליחות נסתרת 371
(ב) חריגה במודע (גישת הרשב"א) 373
ג. ביטול – "לחזור בו מן הפעולה" 374
ד. פיצויים – "ולתבוע מן השלוח את נזקו" 376
פרק חמישי: יחסי השולח והשליח 377
פרק שישי: הגנת הצד השלישי וביטחון חיי המסחר 377
פרק שביעי: סיכום 385
פרק שמיני: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 388

פרק ראשון

מבוא

הסעיף שלפנינו מסדיר את אחת הסוגיות היותר חשובות והיותר סבוכות בדיני השליחות, הלוא היא החריגה מהרשאה. השאלה העומדת במרכזה של סוגיה זו היא: מהן תוצאותיה המשפטיות של פעולה שעשה השליח בשמו של השולח בלא שהייתה לו הרשאה לעשותה? בהבדל משליח הפועל במסגרת הרשאתו, שבו המצב המשפטי פשוט (נוצר קשר ישיר בין השולח לבין צד שלישי, והשליח יוצא מן התמונה), הרי כשהשליח פועל שלא במסגרת ההרשאה, נשאלת השאלה: מהן זכויותיהם וחובותיהם של הצדדים של השליישייה, השולח והשליח והצד שלישי? ס"ק (א) דן בתוצאות החריגה על השולח[1] ביחסיו עם הצד השלישי[2], וס"ק (ב) דן בתוצאות החריגה על הצד השלישי ביחסיו עם השולח ועם השליח.

אשר לשולח, הכל יסכימו שאין לכוף עליו את תוצאותיה של פעולה שלא היה מעוניין בה ולא הסכים מראש שתיעשה למענו. אולם אפשר שבדיעבד הוא מעוניין בקיום הפעולה, ואז עולה השאלה: האם הוא יכול לאשר אותה לאחר מעשה? מצד אחד, אישור בדיעבד יגשים בצורה הטובה ביותר את ציפיותיהם של הצדדים המעורבים בדבר, שכן גם השליח[3] וגם הצד השלישי סברו מלכתחילה שהפעולה נעשית בשמו של השולח[4], ובסופו של עניין השולח אכן מעוניין בה. אך מצד שני, יש קושי עיוני להכיר באפשרות של אישור בדיעבד, שכן עובדה היא שבשעה שעשה השליח את הפעולה הוא לא היה מיופה כוח, וכיצד אפשר לשנות עובדה זו בדיעבד? על אף הקושי העיוני האמור, החוק מכיר בס"ק (א) באפשרות

[1] אמנם מאחר שהפעולה נעשתה בשמו בלא הרשאה, אין הוא שולח, ומן הראוי אפוא היה לכתוב "שולח", אך לא נקפיד על כך, הן כדי שלא להכביד על הקריאה הן משום שהסעיף כולל אף שליח שיש בידו הרשאה, אלא שחרג ממנה.

[2] הסעיף אינו דן בהשפעת החריגה על יחסי השולח והשליח. שאלה זו מוסדרת במסגרת סעיף 9, הדן בתרופות השולח כלפי שליח שלא פעל בהתאם להוראותיו.

[3] אמנם מאחר שפעל בלא הרשאה, אין הוא שליח, ומן הראוי אפוא היה לכתוב "שליח". אולם גם כאן לא נקפיד על כך, כדי שלא להכביד על הקריאה וכדי לכלול בו גם שליח שחרג מהרשאתו.

[4] אם כי אפשרי האישור בדיעבד גם כאשר השליח התכוון לפעול עבור עצמו, ולא עבור שולחו, ורק התחזה לפני הצד השלישי כשליח. ראה ברק, סעיף 520. במילים אחרות, המבחן להחלת סעיף 6, "פעל אדם בחזקת שלוחו", הוא מבחן אובייקטיבי. לדיון בשליח מתחזה, ראה דיוננו להלן, פרק שלישי, א(1)(ה), עמ' 351. וראה עוד ברק, סעיף 522, שהוא הדין אפילו כאשר אדם מתחזה כאחר (להבדיל מן המקרה הקודם, שם הציג את עצמו כשלוחו של אחר). אותו אדם אחר רשאי לאשר את הפעולה בדיעבד, אף על פי שמי שהתחזה לו לא פעל "בחזקת שלוחו", משום שבכך תוגשם ציפייתו של הצד השלישי להתקשר עם אותו אדם.

עוד ראה ברק, סעיף 558, שניתן ללמוד על אישור בדיעבד משתיקתו של השולח אל מול מעשיו המתמשכים של השליח, ובלבד שיהיה בה כדי להורות על כוונת השולח לאשר בדיעבד את פעולת השליח.

אישור בדיעבד, ובלבד שלא הסתיר השליח מן הצד השלישי את דבר שליחותו[5], והוא קובע שאישור בדיעבד כמוהו כהרשאה מראש[6].

עם זאת, המחוקק מסייג את האישור בדיעבד בשני סייגים: הסייג הראשון, שהאישור בדיעבד חייב לבוא לפני שהצד השלישי חוזר בו מן הפעולה כלפי השולח[7]; והסייג השני,

[5] ראה ברק, סעיף 515. כך עולה לדברי ברק מלשונו של סעיף 6, "פעל אדם בחזקת שלוחו של אחר", כלומר בשליחות גלויה דווקא, שבה ציפייתו של הצד השלישי היא לקשר עם השולח. בשליחות נסתרת, שבה אין לצד השלישי ציפייה כזו כלל, אין אפשרות של אישור בדיעבד. אמנם לפי ההסדר שבסעיף 7, המאפשר לשולח הנסתר לאמץ לעצמו את פעולת השליח, לאחר האימוץ, נוצר קשר בין השולח ובין הצד השלישי, אף שגם שם, הצד השלישי לא ציפה לקשר כזה. אולם לדעת ברק, ההיגיון לצמצום האישור בדיעבד לשליחות גלויה בלבד, הוא כי "מבחינת מדיניות משפטית... אין זה רצוי להרחיב את דיני השליחות הנסתרת לעבר תחומים שגם במולדתם [היינו באנגליה] אינם מסורים לה". כלומר, דיני השליחות הנסתרת הם חידוש, ולפיו נוצר קשר ישיר בין הצד השלישי ובין השולח, אף שהצד השלישי לא ציפה ליצור עמו קשר כלל. כאשר השליח פעל בהרשאה, לפחות צד אחר, השולח, ציפה לקשר כזה. לעומת זאת, כאשר השליח פעל שלא בהרשאה, איש מן הצדדים, לא הצד השלישי, ואפילו לא השולח, לא ציפה לקשר כזה. לדעתו, זו הסיבה שהמחוקק העדיף שלא להחיל את ההסדר שבסעיף 7 על פעולה שנעשתה בחריגה מהרשאה (עם זאת הוא מוסיף שם, סעיף 516, שהשולח יוכל לאשר את פעולת השליח בדיעבד, אם אך ידע הצד השלישי שהלה פעל כשליח, אף שלא ידע את זהות השולח, וזאת אף שסעיף 7 מגדיר גם מקרה זה כשליחות נסתרת).

והשווה אטינגר, פרקי שליחות, עמ' 164-165 [= ש' אטינגר, "שליחות נסתרת במשפט העברי ובחוק השליחות, תשכ"ה-1965", שנתון המשפט העברי טז-יז (תש"ן-תשנ"א) 1, בעמ' 25]. אטינגר מבקר את גישתו של ברק. אמנם הוא מסכים עם ברק, שעל פי החוק אין להכיר בשליחות נסתרת אלא כאשר השליח פעל בהרשאה, אולם הוא דוחה את נימוקו. לדעתו, לא לשונו של סעיף 6, "פעל אדם בחזקת שלוחו של אחר", ולא שיקולי מדיניות הם העיקר, אלא ההיגיון המשפטי אינו מאפשר אישור בדיעבד של פעולה חריגה שנעשתה בשליחות נסתרת. בשליחות נסתרת, מזכיר אטינגר, הזכות היא של השליח, ו"כיצד אפוא יוכל השולח לאשר בדיעבד פעולה שהעניקה זכות למישהו אחר?". טיעונו של אטינגר אינו מובן; הלוא עובדה היא שעל פי סעיף 7, השולח יכול לאמץ לעצמו זכות של מישהו אחר! ומדוע לא יוכל באותה מידה לאשר פעולה שמישהו אחר התכוון לעשות עבורו ולאמץ אותה לאחר מכן? העובדה שאותו אדם הוא שזוכה בפעולה אינה נוגעת לעניין!

[6] לתולדות עקרון האישור בדיעבד, ראה פרוקצ'יה, עמ' 202, סעיף 9 ואילך.

תורת האישור בדיעבד מקובלת בשיטות משפט רבות. רבים התחבטו ביסודו המשפטי של האישור בדיעבד, כשהקושי העיקרי שעמד לפניהם נוגע לאופיו הרטרואקטיבי של האישור. לנוכח מגוון התאוריות שהועלו בעניין זה, יש שהגיעו למסקנה כי האישור בדיעבד הוא אנומליה במשפט, וכי הוא מבוסס על "פיקציה טפשית"! ראה בהרחבה ברק, סעיפים 479-484, 487. ברק עצמו (שם, סעיף 485 וסעיף 568) מגן על תורת האישור בדיעבד, ומעלה שני נימוקים עיקריים. ראשית, תורת האישור בדיעבד עולה בקנה אחד עם "האוטונומיה של הרצון הפרטי". מכוח ההכרה באוטונומיה זו נקבעה הנורמה הבסיסית של דיני השליחות, ולפיה "שלוחו של אדם כמותו". כלומר, נורמטיבית רואים את פעולת השליח כאילו נעשתה על ידי השולח. באותה מידה, טוען ברק, נורמטיבית, רואים את פעולת השליח שנעשתה בלא הרשאה או בחריגה ממנה ואושרה בדיעבד כאילו נעשתה מכוח הרשאה מראש (ובלבד שאין נפגעות זכויותיהם של צדדים אחרים). שנית, כפי שהרחבנו למעלה, האישור בדיעבד מגשים באופן הקרוב ביותר את ציפיותיהם של הצדדים (טיעון אחרון זה נראה לנו חלש יותר במישור העיוני, שכן העובדה שהאישור בדיעבד יעיל ורצוי אינה גורעת מן הפיקטיביות שלו).

[7] זכות החזרה של הצד השלישי קבועה בס"ק (ב), כפי שנראה מיד.

סייג זה אינו מתקיים אלא כאשר הצד השלישי לא היה מודע לחריגה, שכן אם היה מודע לה, אין לו זכות לחזור בו מן הפעולה.

שלא יפגע האישור בזכות שרכש אדם אחר בתום לב ובתמורה לפני האישור. כך לדוגמה, אם השליח מכר לצד שלישי נכס של השולח בלא שהורשה לכך על ידו, ולאחר מכן מכר השולח אותו נכס לאדם אחר, שרכש אותו בתום לב ובתמורה, השולח לא יוכל לאשר בדיעבד את פעולת השליח, משום שאישור כזה פוגע ברוכש בתום לב[8].

אשר לתוצאות החריגה על הצד השלישי, אם השולח מאשר בדיעבד את פעולתו החריגה של השליח, לא מתעורר כל קושי[9]. אבל נשאלת השאלה: מהן זכויותיו של הצד השלישי אם השולח אינו מאשר את הפעולה בדיעבד? ודאי שכאשר לא אישר השולח את הפעולה, לא נוצר קשר משפטי בינו ובין השולח, והשאלה העיקרית היא: האם השליח נושא באחריות אישית לפעולתו כלפי הצד השלישי? מחד גיסא, אפשר לומר שהשליח אינו נושא באחריות, מאחר שהצד השלישי צריך היה לברר מראש אם מי שמציג את עצמו לפניו כשליח אכן פועל בהרשאה[10], ואם לא עשה כן, אין לו להלין אלא על עצמו. מאידך גיסא, אפשר לומר שהשליח נושא באחריות, משום שהטעה את הצד השלישי כשהציג עצמו בפניו כשליח. שיקול נוסף להטלת אחריות על השליח הוא יעילות כלכלית ועידוד חיי המסחר. אם הסיכון לחריגה מהרשאה יוטל על הצד השלישי, יימנעו הבריות מלקשור עסקאות עם שלוחים, בטרם יוכח להם שהם פועלים בהרשאה, שמא יצאו קרחים מכאן ומכאן[11].

ס"ק (ב) דן בתוצאות החריגה על צד שלישי שלא ידע בשעת הפעולה שהשליח פועל בלא הרשאה[12], וקובע שכל זמן שלא נודע לצד השלישי על אישור הפעולה בדיעבד על ידי

ומה הדין כאשר השניים מקבלים החלטות סותרות בו־זמנית: השולח מאשר את פעולת השליח בדיעבד, ובו־זמנית הצד השלישי מסתלק ממנה, החלטתו של מי משניהם גוברת? לדעת ברק, סעיף 544, גוברת ההחלטה שנקלטה ראשונה על ידי הצד שכנגד, שכן האישור בדיעבד והסילוק הן פעולות משפטיות חד־צדדיות המשתכללות רק משנקלטו על ידי הצד שכנגד.

8 כלומר, ניתנת לו הגנה, אף שלא מתמלאים תנאי תקנת השוק שבסעיף 34 לחוק המכר, התשכ"ח־1968, כגון שטרם קיבל את הנכס להחזקתו.

וראה ברק, סעיף 578. הוא מסביר שיש להעדיף כאן את ציפייתו של הצד האחר על פני ציפייתו של הצד השלישי, משום שהצד השלישי יכול היה לברר מראש אם השליח פועל בהרשאה אם לאו, מה שאין כן הצד האחר, שסמך על בעלותו של המוכר, ולא היה עליו להעלות על דעתו כל פגם בעסקה שעושה עמו. וראה ברק, סעיף 578 וסעיף 587. לדעתו, מכוח עקרון תום הלב בחוזים, יש להגיע לאותה תוצאה גם כשהעסקה עם הצד האחר לא הייתה בתמורה, כגון שהשולח התחייב לתת לו את הנכס במתנה. בנסיבות אלה, אישור בדיעבד של פעולת השליח מסכל את ההתחייבות שלו כלפיו, שלא בתום לב.

9 שכן אישור בדיעבד כמוהו כהרשאה מראש, ונוצר אפוא קשר ישיר ביניהם.

10 ראה סעיף 3(ב) לחוק, ולפיו הצד השלישי רשאי "שלא להכיר בשליחות כל עוד לא הוצגה לפניו הרשאה בכתב ולא נמסר לו העתק ממנה".

11 ראה ברק, סעיף 593. וראה גם שם, סעיף 632.

12 אם הוא ידע על היעדר ההרשאה, אין תחולה לס"ק (ב). ראה ברק, סעיף 601. הדבר מובן מאליו, שכן אם הצד השלישי ידע שהשליח פועל בלא הרשאה, ודאי אין לו אלא להלין על עצמו, ואין הצדקה לאפשר לו לתבוע את השליח אישית. בכגון זה, הצד השלישי חייב להמתין אפוא להחלטתו של השולח, אם הוא מאשר את פעולת השליח בדיעבד אם לאו (אם כי ראה ברק, סעיף 506. לדעתו, הסכם בין השליח לבין הצד השלישי על ביטול הפעולה המשפטית מונע את האישור בדיעבד, אף שהצד השלישי ידע על היעדר ההרשאה). החוק אינו קובע שהשולח חייב לקבל את החלטתו תוך זמן סביר, לאחר שקיבל דרישה לכך מן הצד השלישי (שלא כמו בחוק הגרמני, הקובע הוראה מפורשת בעניין זה. ראה ברק, סעיף 547). עם זאת, לדעת ברק, אם השולח משהה את החלטתו מעבר לזמן סביר, יוכל הצד השלישי להסתלק מן הפעולה מכוח עקרון תום הלב. ראה ברק, סעיף 548. בהצעת חוק דיני ממונות, התשע"א־2011, נוספה הוראה מפורשת

השולח[13], הבררה בידו: לראות את השליח כבעל דברו[14] (כלומר שהשליח הוא שזוכה ומתחייב כלפיו); או לחזור בו מן הפעולה (כך שאיש אינו זוכה בפעולת השליח, לא השולח ולא השליח) ולתבוע מן השליח את נזקו[15]. אם עשה אחת מאלה, הרי הוא מונע בכך את אישורו של השולח לפעולה[16].

העולה מן הסעיף הוא אפוא שכאשר הצד השלישי לא ידע על החריגה מההרשאה, המחוקק מטיל את מלוא האחריות והסיכון על השליח (בלא קשר לשאלה אם החריגה הייתה מכוונת או נעשתה בתום לב[17]). נעיר שבעוד האפשרות שנותן המחוקק לצד השלישי לחזור בו מן הפעולה ולתבוע פיצויים מן השליח בגין הנזק שגרם לו אינה מעוררת קושי עיוני[18], הרי

בעניין זה, סעיף 39(ד): "האדם השלישי ומבצע הפעולה רשאים לדרוש מהאדם שהפעולה בוצעה בשמו להודיע על עמדתו ביחס לפעולה; נמסרה דרישה כאמור, רשאי אותו אדם לאשר בדיעבד את הפעולה שבוצעה בשמו... ובלבד שהודיע על כך בתוך זמן סביר ממועד קבלת הדרישה".

13 והוא הדין אם נודע לו שהשולח החליט שלא לאשר את הפעולה. ראה ברק, סעיף 617.

14 שיטות משפט רבות אינן מכירות בבררה זו כלל, ואינן מזכות את הצד השלישי אלא בפיצויים. ראה להלן, הערה 19. לפי המשפט הגרמני, בררה זו אינה עומדת לצד השלישי, אלא אם השליח היה מודע לכך שהוא פועל בלא הרשאה. ראה ברק, סעיף 593 וסעיף 619.

יש להעיר שלפעמים בררה זו אינה עומדת למעשה לצד השלישי בשל מהות הפעולה המשפטית (בעיקר בפעולות משפטיות חד־צדדיות). כך לדוגמה, כשהצד השלישי הוא משכיר המעוניין לסיים את השכירות, ולשם כך הוא נותן את הודעת הפינוי למי שהציג את עצמו בפניו כשלוחו של השוכר, לא יועיל לו לראות את השליח הזה כבעל דברו! ראה ברק סעיף 620.

15 יש להבחין בין פיצויים אלה לבין הפיצויים שהיה משלם השליח אילו בחר הצד השלישי לראות אותו כבעל דברו, והוא היה מפר את חלקו. כך מעיר ברק, סעיף 630. הבדל זה בא לידי ביטוי לדוגמה כאשר השולח הוא פושט רגל. אם הצד השלישי בוחר לבטל את הפעולה, השליח לא יתחייב למעשה בתשלום פיצויים, שהרי לפי מצבו של השולח, שהוא פושט רגל, הצד השלישי היה יוצא ניזוק ממילא, גם אם הייתה הפעולה בהרשאה. לעומת זאת, אם הצד השלישי בוחר לראות בשליח את בעל דברו, גובה הפיצויים ייקבע לפי המצב שהיה בו הצד השלישי אילו ביצע השליח את חלקו, ומאחר שהלה אינו פושט רגל, הצד השלישי היה זוכה למעשה בפיצויים.

יש לציין שיש חריג, שבו אף שהשליח פועל בלא הרשאה, המחוקק אינו מטיל עליו שום אחריות כלפי הצד השלישי. חריג זה הוא כאשר נסתיימה השליחות (על פי סעיף 14) בלא שהשליח ידע על כך, והוא המשיך לפעול בשמו של השולח בתום לב (ראה סעיף 15(ב) לחוק). יש להטעים שחריג זה אינו כולל נסיבות אחרות שבהן השליח פועל מתוך מחשבה מוטעית שיש לו הרשאה. באותן נסיבות, הצד השלישי יכול אפילו לתבוע את השליח אישית. השווה לעיל, הערה 14.

עוד יש לציין שבהצעת חוק דיני ממונות, התשע"א־2011, נקבע בסעיף 39(ג), שהשליח רשאי לדרוש מן הצד השלישי להחליט תוך זמן סביר באיזו חלופה הוא בוחר: "מבצע הפעולה רשאי לדרוש מהאדם השלישי להודיע לו על בחירתו כאמור בסעיף קטן (ב); לא הודיע האדם השלישי על בחירתו בתוך זמן סביר ממועד קבלת הדרישה, רואים אותו כמי שבחר לחזור בו מן הפעולה".

16 כפי שנקבע בס"ק (א), שהאישור בדיעבד כפוף לאמור בסעיף קטן (ב). על המירוץ בין השולח לבין הצד השלישי, ראה לעיל, הערה 7.

לדעת ברק (סעיף 510, סעיף 543 וסעיף 623), הצד השלישי מונע את האישור בדיעבד על ידי השולח, גם כאשר הוא חוזר בו מן העסקה, אף שלא היה מודע להיעדר הרשאה. כלומר, אף שמבחינתו הסובייקטיבית הוא מפר בלא עילה את חלקו בעסקה שעשה כלפי השולח. אבל השווה ברק, סעיף 546, המבקר את הזכות שנותן החוק לצד השלישי לחזור בו, אפילו כאשר נודע לו לאחר ביצוע הפעולה שהשליח פעל בלא הרשאה, כל עוד לא נתן לשולח הזדמנות לאשר את הפעולה, דבר שהיה מגשים את ציפיותיו.

17 להוציא המקרה הנידון בסעיף 15(ב) לחוק, כפי שכבר הערנו לעיל, הערה 15.

18 אם כי נמתחה ביקורת על כך שהוא רשאי לחזור בו לפני שנתן הזדמנות לשולח לאשר את פעולת השליח

האפשרות שהמחוקק נותן לו לראות את השליח כבעל דברו אינה מובנת: הלוא הצד השלישי והשליח לא התכוונו לקשור ביניהם יחסים משפטיים. ואמנם שיטות משפט מודרניות רבות אינן מכירות בברירה זו[19]. ככלל אפשר לקבוע שהחוק הישראלי מרחיק לכת בהגנה על הצד השלישי יותר מכל שיטת משפט אחרת.

בדיון שלפנינו נעסוק בשאלות היסוד שהסעיף דן בהן, היינו בתוצאותיה של פעולה שנעשתה בחריגה מהרשאה על יחסי השלישייה, השולח והשליח וצד שלישי. לשם כך נסקור תחילה את הסוגיות התלמודיות הבסיסיות בעניין חריגה מהרשאה לאור פירושיהם של גדולי הראשונים. סקירה זו תעמיד אותנו על העובדה שהמשפט העברי מבחין בין דרגות חריגה שונות, בעוד שהחוק הישראלי אינו מבחין בהן[20]. לפירוט ההסדרים המשפטיים החלים על שלוש מערכות היחסים של השלישייה, יוקדשו הפרקים שבהמשך. השוואת ההסדר שבמשפט העברי לעומת ההסדר שבחוק הישראלי תאפשר לנו להעריך את מידת הצדק והיעילות שבשניהם.

פרק שני

הגדרת פעולה בלא הרשאה – "בלי שהורשה לכך או בחריגה מהרשאתו"

א. מבוא

המחוקק משווה בין שליח החורג מהרשאתו ובין שליח שפועל בלא הרשאה, ועל שניהם הוא מחיל את ההסדר שתיארנו במבוא. אמנם חשוב לזכור שלא כל סטייה מן ההרשאה המפורשת מוגדרת כחריגה, שכן על פי סעיף 5, ההרשאה חלה לא רק על המפורש בה אלא גם "על כל פעולה הדרושה באופן סביר לביצועו התקין של נושא השליחות". כמו כן, בדיוננו על סעיף 5, ראינו שיש לכלול בהרשאה גם פעולות שהשליח עושה אותן בנסיבות דומות על פי הנוהג. אולם אם פעולת השליח אינה נכנסת לאחת מן הקטגוריות האלה, חל עליה סעיף 6, שאינו מבחין בין דרגות חריגה שונות. כמו כן, החוק אינו מבחין בין שליח שחרג מן ההרשאה בתום לב ובין שליח שחרג ממנה ביודעין[21].

עוד נציין שלפי החוק, אם השליח פעל במסגרת ההרשאה, אלא שעשה את השליחות באופן

בדיעבד, אף שאישור זה היה מעמיד אותו במצב שבו ציפה להיות. השווה ברק, סעיפים 545־546, 617.

[19] היא אינה מוכרת לדוגמה במשפט האנגלו־אמריקני ובחלק משיטות המשפט הקונטיננטליות, כגון המשפט השוויצרי. ראה ברק, סעיפים 593, 597, 633. במשפט הגרמני היא מצומצמת לשליח שהיה מודע לחריגה. ראה לעיל, הערה 14. במשפט השוויצרי מודעות השליח לחריגה היא עילה רק להגדלת הפיצויים. ראה ברק, סעיף 619.

[20] בעניין הגדרת החריגה, ברק מסתפק בהפניה לסעיף 3 ולסעיף 5 העוסקים ביצירת השליחות ובהיקפה, ובקביעה הכללית שאם הצד השלישי מבקש להפעיל את הברירה הנתונה לו על פי סעיף 6(ב), עליו נטל ההוכחה שהשליח פעל בלא כוח ייצוג, בהתאם לכלל "המוציא מחברו עליו הראיה". ראה ברק, סעיף 615. להלן נראה שבמשפט העברי, שאלת הגדרת החריגה ואופיה היא שאלה מכרעת.

[21] להוציא המקרה הנידון בסעיף 15(ב) לחוק, כפי שכבר הערנו לעיל, הערה 15. והשווה לעיל, הערה 14, גישת המשפט הגרמני. וראה להלן, ליד ציון הערה 71, דעת הרשב"א והראב"ד. וראה גם להלן: ליד ציון הערה 110; ליד ציון הערה 184; וליד ציון הערה 234.

הפוגע באינטרס של השולח, אין בכך בלבד כדי להגדירו כשליח שחרג מהרשאה. לדוגמה, אם הייתה לו הרשאה לקנות מכונית, וקנה אותה במחיר גבוה ממחיר השוק, אין בכך משום חריגה מהרשאה[22]. אמנם לשולח תהיה עילת תביעה נגדו בגין הפרת חובת הזהירות ובגין חובת הנאמנות שהייתה לו כלפיו[23], אבל כאמור, אין כאן משום חריגה מהרשאה.

במשפט העברי, הגדרת החריגה שונה מאשר בחוק. אמנם גם במשפט העברי, מי שלא נתמנה שליח ופעל כלפי צד שלישי כשהוא מציג עצמו כשליח, פועל בלא הרשאה. אך אם נתמנה כשליח, המשפט העברי מבחין בין מה שנכנה להלן חריגה מוחלטת לבין חריגה שאינה מוחלטת, בהתאם לדרגת החריגה מן ההרשאה[24]. דוגמה לחריגה שאינה מוחלטת היא כשהשליח עושה את הפעולה תוך פגיעה באינטרס הכלכלי של השולח (אפילו פגיעה קטנה ביותר), שכן השולח יכול לטעון כנגדו: "לתקן שלחתיך ולא לעוות"[25].

להלן נסקור את המקורות התלמודיים שעולה מהם גישתו המיוחדת של המשפט העברי, המבחין בין אופני חריגה שונים[26].

ב. חריגה מוחלטת ("מעביר על דעת השולח")

המקרה הפשוט והברור ביותר של פעולה בחריגה מהרשאה הוא כאשר השולח מזהיר במפורש את השליח שלא לעשות פעולה מסוימת, והלה מפר את הוראתו. כך נקבע לדוגמה בתלמוד[27]: "פשיטא: אמר [השולח לשליח] 'לאחד ולא לשנַים' [כלומר, מכור את השדה לקונה אחד ולא לשניים], האמר ליה [=הרי אמר לו] 'לאחד ולא לשנים'". בכגון זה, אם השליח מוכר לשניים, הוא מוגדר כמי שעובר על דברי השולח, ופעולתו אינה מחייבת ואינה מזכה אותו, כפי שקובע הרמב"ם[28]: "שליח שעבר על דברי משלחו, לא עשה כלום". למותר לציין, שאם ניתן לפצל את פעולת השליח באופן שחלק ממנה נמצא בתחום ההרשאה, הרי החלק

[22] ובלבד שהסטייה ממחיר השוק אינה "כה מופלגת עד כי אין לראות בה ביצוע של ההרשאה שניתנה". ראה ברק, סעיף 260. ברור שסטייה קלה מן ההרשאה אינה מוגדרת כחריגה. ראה ברק, שם. הוא מדגיש שנימוק נוסף לכך שהשולח אינו יכול להתנער מפעולת שלוחו בכגון זה הוא, ש"יהא זה בניגוד לעקרון תום הלב לטעון לחריגה מהרשאה, אם השליח סטה סטייה קלה, אשר שולח הגון לא היה מתנער ממנה". ונראה שסטייה שאינה קלה, אך אינה עולה גם כדי סטייה מופלגת, נחשבת עדיין לפעולה בהרשאה. נטעים שעל פי החוק, עסקה שנעשתה על ידי השליח באופן הפוגע באינטרס של השולח, כגון שמכר נכס לקונה באשראי, אף שידע שהלה עומד לפני פשיטת רגל (על דוגמה זו ראה דיוננו בסעיף 8, ליד ציון הערה 31), מחייבת את השולח, מה שאין כן לפי המשפט העברי.

[23] על פי סעיף 9 לחוק. וראה דיוננו שם.

[24] אם כי ההבחנה בין השניים אינה ברורה וחד־משמעית, כפי שנעיר עוד בהמשך.

[25] כלשון הרמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק א, הלכה ב. לעניין זה, ראה גם דיוננו בסעיף 5, פרק שני, ב(1), עמ' 252.

[26] לדרכנו בניתוח נושא זה של חריגה מהרשאה, השווה: ש' אטינגר, "חריגת שליח מן ההרשאה במשפט העברי", שנתון המשפט העברי ט־י (תשמ"ב־תשמ"ג), עמ' 29; הנ"ל, פרקי שליחות במשפט העברי, ירושלים תשנ"ט, פרק שלישי, עמ' 85־107. וראה גם הנ"ל, "קווים לתורת השליחות במשפט העברי בהשוואה לחוק השליחות, תשכ"ה־1965", בתוך: עיונים במשפט העברי ובהלכה, רמת־גן תשנ"ט, עמ' 53, בעמ' 57־61.

[27] כתובות צט ע"ב.

[28] רמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק א, הלכה ב.

שבתחום ההרשאה תקף, ואילו החלק הנוסף אינו תקף. כך עולה ממה שפסק הרמב"ם[29]: "האומר לשלוחו 'מכור לי משדה שלי בית סאה', ומכר בית סאתים, הרי זה מוסיף על דבריו, וקנה הלוקח בית סאה בלבד"[30].

כפי שהרחבנו בדיוננו על סעיף 5, כשדננו בהגדרת היקף ההרשאה (ולא נחזור כאן אלא על עיקרי הדברים), יש שהשולח אינו מזהיר את השליח מפני סטייה מהוראותיו, אבל ברור מן הנסיבות שיש לפרש את הרשאתו באופן דווקני, וכל סטייה ממנה דינה כחריגה מהרשאה. כך נקבע לדוגמה במשנה[31] בעניין שליחות לגירושין: "האומר [לשליח] 'תן גט זה לאשתי במקום פלוני', ונתנו לה במקום אחר – פסול". התלמוד[32] מסביר שהגט פסול, משום שההנחה היא שהבעל, השולח, מקפיד שהשליחות תיעשה במקום פלוני דווקא[33], ועל כן, אם ניתן הגט במקום אחר, הוא גט פסול, מאחר שהשליח פעל בלא הרשאה. ויש שהתלמוד או הפוסקים מתלבטים בשאלה: כיצד לפרש את הוראת השולח? האם לפרשה באופן דווקני, היינו שהשולח מקפיד על ביצוע השליחות על פי הוראתו באופן מדויק? או שמא אין לפרשה כך. לדוגמה, התלמוד[34] שואל: "אמר לו [השולח לשלוחו] '[מכור שדה משדותיי] לאחד', מאי?". כלומר, האם יש להניח שהשולח מקפיד שהשדה לא תימכר ליותר מקונה אחד? או שמא יש לפרש את כוונתו "'לאחד', ואפילו לשניים; 'לאחד', ואפילו למאה"?[35].

ג. חריגה שאינה מוחלטת

(1) פגיעה באינטרסים של השולח ("לתקן שלחתיך ולא לעוות")

א. יש שהשליח אינו חורג מהוראות השולח המפורשות, ואף על פי כן דינו כדין שליח שפעל בחריגה מהרשאה. התלמוד[36] קובע ששליח שמכר נכס מנכסי השולח ונתאנה (היינו שלא השיג

[29] רמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק א, הלכה ד, על פי כתובות צח ע"ב. נפסק בשולחן ערוך, חו"מ, סימן קפב, סעיף ח. וראה שו"ת זרע אברהם (יצחקי), חו"מ, סימן כד (בייחוד ד"ה ונראה לע"ד). כעין זה ראה ירושלמי, תרומות, פרק ד, הלכה ד, הדן בשאלה, מדוע לעניין מעילה, כשהשליח נתן לאורחים יותר ממה שנצטווה על ידי שולחו (ולאחר מכן התברר שהשליח נטל מן ההקדש), נפסק שהשליחות לא בטלה, והן השולח והן שלוחו מעלו; ואילו לעניין שליח התורם מתבואת השולח והוסיף חיטה יתרה ממה שנצטווה, כל התרומה בטלה? על כך עונה התלמוד: "תמן מחתיכה הראשונה נסתיימה שליחותו של בעל הבית". היינו שניתן להפריד בין החתיכות. להרחבה בדברי הירושלמי, ראה: שו"ת מהרש"ם, חלק ב, סימן ריב, ד"ה והנה רו"מ; שם, חלק ג, סימן קמח, ד"ה מאז הגיעני; שם, חלק ד, סימן פ, ד"ה ואולם מ"ש כת"ר.

[30] מובן שהקונה יכול לחזור בו בטענה שלא היה מעוניין אלא בעסקה בשלמותה. כך העירו הראשונים, וסיכם השולחן ערוך, חו"מ, סימן קפב, סעיף ח: "ומיהו הלוקח יכול לחזור ולומר 'איני רוצה לקנות אלא סאתים ביחד'". וראה נושאי הכלים שם. וראה בעניין זה ברק, סעיפים 261-262. ונראה פשוט שאם השולח מצדו יבקש לבטל את העסקה ל"בית סאה" בטענה שאם הקונה יכול לבטלה, הרי שאף הוא זכאי לעשות כן, לא תתקבל טענתו. וראה כעין זה להלן, הערה 156.

[31] משנה, גיטין ו, ג.

[32] גיטין סה ע"א. ראה ביתר הרחבה דיוננו על סעיף 5, פרק שני, ג(2), עמ' 262.

[33] וכך נפסק בשולחן ערוך, אבן העזר, סימן קמא, סעיף מה. וראה בית שמואל, שם, ס"ק סב.

[34] כתובות צט ע"ב.

[35] על גבולות ההרשאה בכגון זה, ראה דיוננו לעיל, סעיף 5, ליד ציון הערה 70.

[36] קידושין מב ע"ב (בעניין האחים שחלקו, שנחשבים כל אחד כמי שמכר את חלקו לאחיו); כתובות צט ע"ב (בעניין אלמנה שמכרה מנכסי העיזבון בשם היתומים).

תמורת הממכר את מחיר השוק שהיה אפשר להשיג עבורו), הרי השולח יכול לבטל את המכר ולטעון כלפי שלוחו: "לתיקוני שדרתיך ולא לעוותי [=לתקן שלחתיך ולא לעוות]". הרמב"ם[37] פסק עיקרון זה להלכה בזה הלשון: "אם טעה [השליח] בכל שהוא[38], בין בקרקע בין במטלטלין [כלומר, בין במכירה בין בקנייה בין של מקרקעין ובין של מיטלטלין] – [השולח] חוזר, שהרי הוא אומר 'לתקן שלחתיך ולא לעוות'". מכאן שאף שהשליח מילא במדויק אחרי הוראותיו המפורשות של השולח, הרי שאם עשה את השליחות באופן הפוגע, ולו הפגיעה הקטנה ביותר, באינטרס של השולח, יש לשולח עילה לבטל את פעולת השליח[39] בטענה שחרג מהרשאתו, שלא הייתה אלא להועיל ולא להזיק[40].

[37] רמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק א, הלכה ב. וראה גם הלכות מכירה, פרק יג, הלכה ט.

[38] אמנם הלכה היא שאין הונאה בקרקעות, וכן הלכה במיטלטלין שהונאה בפחות משתות המקח (כלומר, פחות משישית ממחיר השוק) אינה מבטלת את המכר, אולם הרמב"ם, בהמשך דבריו, אומר בעקבות התלמוד (כתובות צט ע"ב): "ולא אמרו שההונייה במטלטלין שתות והעבדים והקרקעות אין בהן הונייה אלא במוכר שלו או קונה לעצמו, אבל שליח שטעה, בכולם בכל שהוא – חוזר". וכפי שהסביר נימוקי יוסף, בבא בתרא עח ע"ב (בדפי הרי"ף), ד"ה לתקוני שדרתיך: "אם נתאנה [השליח], אינו יכול למחול אונאת אחרים". כלומר, האדם יכול לוותר משל עצמו, אבל משל אחרים אין הוא רשאי לוותר. וראה שולחן ערוך, חו"מ, סימן רכז, סעיף לז, משם נראה שהוא הדין גם אם הייתה ההונאה בשישית מערך העסקה בדיוק (שבלא שליחות, הדין הוא שהעסקה תקפה אלא שמחזיר את ההונאה). אין צריך לומר שהוא הדין גם כשהטעות הייתה ב"מידה, משקל ומנין", אלא שצריך עיון בשאלה אם כך הוא גם כשניתן להשלים את החסר (שבלא שליחות, הדין הוא שהעסקה תקפה. ראה שולחן ערוך, חו"מ, סימן רלב, סעיף א. וראה גם, חוק לישראל, פגמים בחוזה, ירושלים תשע"ב, עמ' 156-158).

[39] כלומר, בכגון זה, בשונה מחריגה מוחלטת, השליחות אינה בטלה מאליה, כעין מה שכתב הרמב"ן בעניין שליח להפרשת תרומה שתרם מן הפירות היפים במקום מן הבינוניים. ראה חידושי הרמב"ן, בבא מציעא כב ע"א, ד"ה ואמאי: "וכי גלי דעתיה בסוף, הוכיח סופו על תחלתו, שאף על היפות עשאו שליח. הא אם שתק, יכול לומר לו 'לתקוני שדרתיך ולא לעוותי'". וראה גם שיטה מקובצת, בבא מציעא כב ע"א, ד"ה אמאי (בשם שיטה): "וכי שויה שליח, הוי כעין ספק אדעתא דמאי שויה שליח, ולוכיח סופו על תחילתו, דאף על גב דסתם בני אדם בבינונית, מכל מקום הרבה יש שרוצים ביפות". וראה בית אהרון (וואלקין), בבא מציעא כב ע"א, ד"ה ולכן נראה לי. ועוד ראה שו"ת מעין גנים (עבאדי), חו"מ, סימן ט, ד"ה סוף דבר (עמ' 171): "נהי דעביד שלא ברשות, מכל מקום לא נתבטלה שליחותו, אלא מיתלא תליא עד דנדע דעת בעלים, וכי אסכים, הרי שליחותו קיימת". ראה להלן, ליד ציון הערה 45. וראה עוד להלן, הערה 63. אחרונים העירו שאפשרות הביטול קיימת רק כשהביטול יעמיד את השולח במצב טוב יותר מאשר קיום פעולת השליח, אבל אם הביטול אינו עשוי לשפר את המצב, אין להניח שהשולח שמר לעצמו זכות ביטול. ראה: שו"ת אבני נזר, אבן העזר, סימן קע, ס"ק ד ("וזה שייך אם בביטול השליחות יתקן העוות". זו הסיבה לדעתו, שגט שלא נכתב בכל החומרות שבדיני כתיבת גט אינו בטל, שכן "מה ירויח אם יתבטל השליחות ולא יהיה גט כלל... מי ימחה בידו גם עכשיו לגרשה שנית בגט כשר על הצד היותר טוב". והשווה לעיל, סעיף 5, הערה 330); שו"ת ציץ אליעזר, חלק ח, סימן כה, ד"ה ובבואנו (הוא חוזר על הדברים בחלק כב, סימן צג, ד"ה וביותר).

[למותר לציין שזכות הביטול אינה קיימת אלא כאשר העיוות היה בנושא השליחות עצמו, ולא כאשר השליח גרם לשולח נזק שאינו קשור לנושא השליחות כלל, כגון ששבר כלי שלו תוך כדי ביצוע השליחות. ראה שו"ת משפט כהן, סימן מא, ד"ה והנה. לדעת מהרי"ל דיסקין (שו"ת מהרי"ל דיסקין, חלק א, קונטרס ספקות ופסקים, אות קט, ד"ה ובעיקר), לא כן הוא אם הנזק היה קשור לנושא השליחות: "ובעיקר הענין אני מסופק אם שולח לעשות איזו דבר אחר גם כן אחר קנית השליח [כלומר, שהשליח נתבקש לעשות עוד פעולה אחרי פעולת הקנייה], והדבר נחוץ להקניה, אם השליח לא עשה זאת, לי נראה דנתבטלה הקניה למפרע, דלקנות ולא לעשות אחר כך הוי עיות ממש, וכגון שאין המשלח יכול לעשות מעצמו". אולם דבריו אינם נקיים מספקות, שכן לא יעלה על הדעת שהשולח יוכל לבטל שליחות שנגמרה כלפי צד שלישי בטענה שהשליח מעל בתפקידיו הנוספים, אף אם הם קשורים לשליחות ובאים להשלים את מטרתה. כך לדוגמה,

יש להעיר שלעומת הסבר מקובל זה, יש שהסבירו[41] שטענת "לתקן שלחתיך ולא לעוות" אינה נוגעת אלא ליחסי הפנים בין השולח לבין השליח, "שהתנאי שלא יעוֵת הוא רק עם השליח" (כלשונו של בעל 'דיברות משה'), ולא ליחסים שבין השולח והצד השלישי, וכפי שעולה מפשוטו של הביטוי "לתקן שלחתיך" ולא "לתקן שלחתיו". כלומר, עיוות בשליחות אינו מגדיר את השליח כמי שפעל בחריגה מן ההרשאה, והוא רק ביטוי לזכותו של השולח לתבוע פיצוי מן השליח בגין הנזק שגרם לו, כגישת החוק[42], אלא שאם השליח הציג את עצמו כשליח בפני הצד השלישי (שליחות גלויה), הריהו נחשב כמי שהתנה עמו שאם ייגרם עיוות שהשולח לא יהיה מוכן להשלים עמו, לא יהיה תוקף לפעולתו. לפי זה, טענת "לתקן שלחתיך ולא לעוות" אינה מאפשרת לשולח לבטל את השליחות בטענה של חריגה מהרשאתו, אלא מאפשרת לשליח לבטל את העסקה כלפי הצד השלישי, וכך להשתחרר מחובת הפיצוי המוטלת עליו כלפי השולח[43].

תהא אשר תהא המשמעות המשפטית של טענת "לתקן שלחתיך", יש להטעים שאם העיוות אינו עולה כדי חריגה מוחלטת[44], כגון שהשליח נתאנה, השליחות אינה בטלה מאליה, אלא

נראה שאם נשלח השליח לקנות נכס, ולאחר קנייתו השליח מחזיק אותו בידו ואינו מעבירו לשולח, אין בכך עיוות המצדיק את ביטול השליחות כלפי המוכר, אלא דין ודברים יש לשולח עם שלוחו (ראה מערכות חיים (שפירא), מערכת שליחות, סימן ה, אות ב). ואולי לא דיבר מהרי"ל דיסקין אלא בשליחות נסתרת (שם מחויב השליח אישית כלפי הצד השלישי, ועל כן הלה אינו מפסיד), ולא בשליחות גלויה. וראה שער משפט, סימן עז, ס"ק ב. והשווה: ש"ך, חו"מ, סימן עז, ס"ק ט; נתיבות המשפט, שם, ס"ק ד, שלדעתם פעולת השליח בכגון זה מחייבת את השולח גם בשליחות נסתרת. וראה הרב שלום מרדכי הלוי סגל, "פסקי מהרי"ל דיסקין בעניני חו"מ", קובץ בית אהרון וישראל, שנה כד, גיליון ו (קמד) (אב־אלול תשס"ט), עמ' עב, בעמ' פ־פא. וראה עוד בעניין זה, דיוננו על סעיף 7, הערה 61].

[40] ראה קריית ספר (למבי"ט), הלכות שלוחין ושותפין, פרק א: "וכן אם עוות בשליחותו, הוי כעובר, דלתקוני שדריה ולא לעוות". וראה דברי ר' אברהם מונסון בתשובה המובאת בשו"ת מהרש"ך, חלק ג, סימן סו (עד ע"א): "כאילו התנה עמו על מנת שיתקן" (היינו שהרשאתו מותנית בעשיית שליחותו באופן מתוקן). וראה גם מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן ג: "שכל השולח שליח, חשיב כמי שפירש, שאם יצא עיוות מתחת ידו [של השליח], שאינו שלוחו". וכן כתב גם שו"ת אבני נזר, אבן העזר, סימן קע (כשהוא מסתמך על דעת 'מחנה אפרים'): "ואומדים דעת המשלח, שאם יעשה [השליח] עוות, יתבטל השליחות". וראה דיוננו בסעיף 5, פרק שני, ב(1), עמ' 252.

בשו"ת מהרי"א הלוי (איטינגא), חלק ב, סימן ס, העיר שבכגון זה לא נקבע שפעולת השליח תקפה, והוא חייב לתקן את העיוות, משום שיכול השולח לומר: "איני רוצה לעמוד עם השליח בדינא ודייני" (הובא בפתחי חושן, הלכות פיקדון ושאלה, פרק יב, סוף הערה א. וראה שם הערה יא). כוונתו היא שלכאורה, אילו היינו מחייבים את השליח לתקן את העיוות שגרם, אי אפשר היה לראותו כמי שפגע באינטרס של השולח, שהרי סוף סוף השולח אינו מפסיד. אולם חיוב כזה לא נקבע, משום שעצם הצורך להתדיין עם השליח גם הוא עיוות המצדיק את ביטול השליחות. אשר על כן, עדיף לקבוע שבעיקרון, מרגע שהשליח מעוות את שליחותו, אפשר לראותו כמי שפועל בחריגה מהרשאה, וממילא זכותו של השולח לבטל את פעולתו. אבל ראה להלן, הערה 82, שקביעה זו אינה מוחלטת, ויש מי שסובר שיש נסיבות שבהן השולח נחשב כמי שמעדיף לקיים את השליחות ולתבוע את השליח על העיוות שגרם לו. עוד השווה להלן, הערה 61, שיטת התוספות.

[41] ראה: נתיבות המשפט, סימן קפה, ס"ק ה; דיברות משה, בבא קמא, סימן עד, ענף ו, ד"ה ועיין בר"ן. וראה להלן, ליד ציון הערה 177.

[42] ראה לעיל, ליד ציון הערה 22.

[43] לפי זה, מובן שבשליחות נסתרת, השליח נושא באחריות כלפי שולחו, שכן הוא הסתיר מן הצד השלישי את עובדת היותו שליח. ראה להלן, ליד ציון הערה 177.

רק ניתנת לביטול, כפי שניסח זאת הרמב"ם[45] בדין השותפים: "המשתתף עם חבירו בסתם לא ישנה ממנהג המדינה באותה הסחורה, ולא ילך למקום אחר, ולא ישתתף בה עם אחרים, ולא יתעסק בסחורה אחרת[46], ולא ימכור בהקפה אלא דבר שדרכו להמכר תמיד בהקפה, ולא יפקיד ביד אחרים... עבר ועשה שלא מדעת חבירו ואחר כך הודיעו ואמר לו 'עשיתי כך וכך', והסכים למעשיו[47], הרי זה פטור. ואין כל הדברים האלו צריכין קניין אלא בדברים בלבד". מכלל דבריו עולה כאמור שהשותף (והוא הדין השולח[48]), יכול להסכים בדיעבד לפגיעה באינטרס שלו[49].

[44] אם העיוות מהותי, חוזר הדבר להיות חריגה מוחלטת, והשליחות בטלה מאליה. ראה לדוגמה שו"ת משפט כהן, סימן מא, ד"ה והנה, הדן בשליח שנשלח להפריש תרומה מחבית יין, ובדרך שבה הפריש גרם לקלקול יותר גדול מאילו לא הפריש כלל. מסקנתו שם שעל ביצוע כזה לא תחול טענת "לתקן שלחתיך" בלבד (ואז היה מקום לדון שאולי, משיקולים שונים, נוח לו להשאיר את השליחות בתוקפה. ראה דברי הרב פרנק בנידון, שו"ת הר צבי, אורח חיים, חלק א, סימן קסב): "אבל העיקר הוא דלא הוי שליחות כלל, דהוי כאילו שינה בעיקר השליחות".

[45] רמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק ה, הלכה א. אם כי הרמב"ם אינו מתייחס בדבריו לעיוות של הונאה, משום שכפי שראינו בדיוננו על סעיף 1, ליד ציון הערה 236, וכפי שנראה להלן, הערה 294, לגבי שליח שותף, אין מקום לטענת "לתקן שלחתיך ולא לעוות" בגין הונאה פחות משתות.

[46] ראה כסף משנה, שם, שהסביר שלא יעסוק במקביל באומנות אחרת (ראה להלן, סעיף 8, הערה 70). על פירוש אחר בדבריו, נעמוד להלן, ליד ציון הערה 104.

[47] לשאלה אם די בהסכמה שבשתיקה, ראה להלן, ליד ציון הערה 143.

[48] כך עולה משו"ת אבקת רוכל, סימן קסג. וכך נקט גם לדוגמה מהרשד"ם בתשובה המובאת בשו"ת מהרש"ך, חלק ב, סימן פו, ד"ה תשובה (וראה גם שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן קמח): "וכשם שהשותפין, אף על פי ששנו מן המנהג, כשהודיע הדבר לשותפו ושתק, השותף פטור מן הפשיעה שעשה. גם השליח, כיון שהודיע למשלח ונתפייס... אם כן הדין עם שמעון [השליח]". אמנם משו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן קיב, נראה לכאורה שהוא מבחין בין שותף ובין שליח, והוא פוסק: "אם תמצא לומר שמה שמכר [השליח] ללוי הוה מתחלה שלא ברשות [השולח], אם נאמר שנתרצה אחר כך ראובן [השולח] כשהודיעו שכתב לו 'כבר מה שעשית עשוי', אלמא גלי דעתיה דניחא ליה במאי דעבד, יראה דלא בשביל זה הפסיד זכותו [לבטל], ולא מחל; שהרי אחר מעשה אמר כן, ואין אחר מעשה כלום". דבריו סותרים לכאורה את דברי הרמב"ם בדין השותפים, וכדי ליישב את הסתירה, מציע תלמידו, בספרו כנסת הגדולה, חו"מ, סימן קעו, הגהות הטור, אות צא: "צריך לומר דשותף שאני משליח, ונדון דידיה שליח הוי". אלא ש'כנסת הגדולה' עצמו מציע הסבר אחר לדברי מהרי"ט: "דלא כתב מורי הרב ז"ל דאחר מעשה לא מהני אלא דוקא כשאמר דברים המורים לריצוי, אבל נתרצה בפירוש, אף שליח פטור" (ראה להלן, הערה 143). למקורות נוספים שאינם מבחינים בין שותף ושליח, ראה: שו"ת מר ואהלות (ענתיבי), חו"מ, סימן כ; שו"ת דברי ריבות, סימן קלד וסימן קלז.

[49] אמנם הרמב"ם מדבר על יחסי הפנים שבין השליח לשולחו, "הרי זה פטור", אבל מכלל דבריו אנו שומעים שהפעולה בתוקפה מכוח הסכמתו של השולח. וראה שו"ת הרשב"ש, סימן עט, ד"ה ואע"פ: "אלא כשעוות, הדבר תלוי ברצון המשלח לבטל או לקיים, שהרי עשאו שליח, אלא שנשאר הדבר תלוי כשעוות, אם רוצה לקיים או לבטל" (וראה עוד שם, ד"ה וכבר), והביא ראיה לכך מדברי הרמב"ם. וראה עוד שו"ת קול מבשר, חלק א, סימן א, שהביא ראיה מכאן שהשולח יכול למחול על קניית קרקע בלא אחריות (סוגיית "ההיא איתתא", המובאת להלן, ליד ציון הערה 51): "דהא פשיטא דאחר ששמע המשלח שהשליח עבר על דבריו וקנה שלא באחריות, צריך למחות ולומר שאינו מתרצה, אם אפשר לתקן הדבר ולבטל המקח. ואם שתק ונשתמש בקרקע, המקח קיים, כמו שמצינו גבי שותף".
הבחנה זו, בין חריגה מוחלטת (שהפעולה בטלה מאליה), לבין חריגה שאינה מוחלטת (שזכותו של השולח לבטלה), מתחזקת לאור דיוק בלשון הרמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק א, הלכה ב. בתחילת דבריו שם, בעניין שליח ש"עבר על דברי משלחו", הרמב"ם קובע שהשליח "לא עשה כלום", ואילו בהמשך

עוד יש להטעים שאם השולח טוען "לתקן שלחתיך ולא לעוות", הרי שלא נעשה דבר בין השולח לצד השלישי, והתוצאה היא לכאורה, שהמצב חוזר לקדמותו והשליח אינו נושא באחריות, לא כלפי השולח ולא כלפי הצד השלישי. לשאלה אם אמנם הצד השלישי נותר בלא הגנה, וכיצד הופעל כלל זה הלכה למעשה, נרחיב להלן[50].

ב. ממקור אחר בתלמוד[51], העוסק גם הוא בשליח שעשה את שליחותו באופן הפוגע באינטרס של השולח, עולה לכאורה מסקנה שונה. התלמוד מביא את התקדים הבא: "ההיא איתתא דיהבה ליה זוזי לההוא גברא למיזבן לה ארעא. אזל זבן לה שלא באחריות. אתיא לקמיה דרב נחמן. אמר ליה: 'לתיקוני שדרתיך ולא לעוותי, זיל זבנה מיניה שלא באחריות, והדר זבנה ניהלה באחריות' [=מעשה באותה אישה שמסרה כסף לאותו אדם לקנות עבורה קרקע. הלך וקנה לה שלא באחריות[52]. באה לפני רב נחמן. אמר לו (לשליח): 'לתקן שלחתיך ולא לעוות, לך קנה ממנו שלא באחריות, וחזור ומכור לה באחריות']". גם כאן, כמו בדין שהבאנו לעיל, השליח פגע באינטרס של שולחו, כשקנה עבורו את הקרקע שלא באחריות[53]. אולם רב נחמן אינו פוסק שפעולת השליח בטלה ושיש להחזיר את המצב לקדמותו, אלא נראה שהוא מקיים את פעולת השליח כלפי הצד השלישי ומחייב את השליח לפצות את השולח על ההפסד שגרם לו (עליו לקבל על עצמו אחריות אישית להבטחת הקנייה). כאמור, פסקו זה של רב נחמן סותר את המסקנה העולה לכאורה מתוך סוגיית התלמוד בעניין שליח שנתאנה, ולפיה כשהשליח פוגע באינטרס של השולח, תרופתו הבלעדית של השולח היא לבטל את פעולת השליח ולדרוש את השבת המצב לקדמותו (לא נקבע באותה סוגיה שהשולח רשאי לקיים את פעולת השליח תוך דרישה לתיקון העיוות).

ג. הראשונים התחבטו הרבה בפירוש סוגיה עמומה זו ובדרכי יישובה עם מקבילותיה. רבים מהם סבורים שהפתרון ליישוב הסתירה בין הסוגיות הוא בהבחנה בין שליחות גלויה לבין

דבריו, בעניין שליח שפגע באינטרס של השולח, הוא קובע שהשולח "חוזר", היינו שהשליחות אינה בטלה מאליה, אלא ניתנת לביטול. כך דייק גם מלשון הרמב"ם, מאמר המלך, הלכות שלוחין, פרק א, הלכה ב, ד"ה ומעתה נבוא (צג ע"א). וראה להלן, הערה 92.

50 ראה בעיקר להלן, ליד ציון הערה 277, שלהלכה אומצה גישת הרמ"ה, ולפיה ביחסי השולח וצד שלישי נטל ההוכחה מוטל על השולח שהרשאת שלוחו לא הייתה "בין לתקן בין לעוות". עוד ראה שם, ליד ציון הערה 293, שכלל זה אינו חל כאשר השליח הוא בעל עניין אישי בפעולת השליחות, כגון שהוא שותף, ויש מי שאומר אף לא כאשר השליח "נושא ונותן" בדרך קבע בענייניו של השולח, משום "תקנת השוק". והשווה לדעה המוזכרת שם, בהערה 270.

51 בבא בתרא קסט ע"ב. וראה גם בבא מציעא עד ע"ב, שם דן התלמוד בשליח שקנה סחורה שהמוכר אמור היה לספק במועד מאוחר יותר, ולא התנה עם המוכר שאם ירד ערך הסחורה עד הספקתה, יספק המוכר כמות גדולה יותר, ובכך פגע באינטרסים של שולחו. גם שם לא נקבע שאם השולח מקפיד על כך, העסקה בטלה. וראה להלן, הערה 169.

52 היינו שלא דאג להבטחת זכויותיה בקרקע למקרה שייתפס על ידי אחרים, כגון עורר שיוכיח את בעלותו על המקרקעין או נושה שהמקרקעין היו משועבדים להבטחת פירעון הלוואתו. ראה אנציקלופדיה תלמודית, כרך א, ערך אחריות, פרק ב, עמ' תסד.
יש להניח שגם בתי המשפט בישראל היו דנים במקרה זה כבחריגה מהרשאה, משום שהשליח חרג מן הנוהג לקנות קרקע באחריות.

53 זאת אף אם שילם מחיר זול יותר (או שקיבל שטח קרקע גדול יותר). העיוות טמון בעובדה שזכויותיו של השולח בקרקע אינן מובטחות כדבעי, וסביר להניח שהשולח לא היה מוכן להסתכן בכך. ראה חזון איש, בבא קמא, סימן כא, ס"ק ח.

שליחות נסתרת[54]. לפי דרכם, ההלכה בעניין שליח שנתאנה אמורה בשליחות גלויה, ואילו הלכת רב נחמן אמורה בשליחות נסתרת. ובלשונם של הראשונים: כאן השליח "הודיע" לצד השלישי שהוא שליח, וכאן "לא הודיע". הם מסבירים שכאשר השליח מציג עצמו בפני המוכר כשליח, הריהו כמי שמזהיר אותו שאינו נוטל כלפיו אחריות אישית לביצוע העסקה. לעומת זאת, כאשר השליח אינו מציג עצמו בפני המוכר כשליח, הריהו נוטל כלפיו אחריות אישית לביצוע העסקה, וטענתו לאחר מעשה שלא פעל אלא כשליח אינה אלא "דברים שבלב", ו"דברים שבלב אינם דברים"[55]. לפי זה, לכאורה, נקשרו יחסים בין הצד השלישי לבין השליח, ואילו לשולח אין כל קשר לעסקה[56]. ברם, לפעמים אין קיום לעסקה בין השליח לצד השלישי בלא השארתו של השולח בתמונה. כך הוא הדבר כשממונו של השולח מעורב בעסקה, כגון

[54] ראה: מרדכי, קידושין, פרק האיש מקדש, סימן תקח; חידושי הרמב"ן (המיוחסים לרשב"א), כתובות צט ע"ב, ד"ה שם ורב שמואל (מובא בשמו של הרמב"ן בשיטה מקובצת, שם ק ע"א, ד"ה וזה לשון הרמב"ן); רא"ה, מובא בשיטה מקובצת, כתובות צט ע"א, ד"ה וזה לשון רש"י; חידושי הרשב"א, קידושין מב ע"ב, ד"ה ולא אמרן (ואולם השווה שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן רנה, מובא להלן, הערה 72, שמשם עולה גישה אחרת. וצריך עיון); ר"ן, קידושין יז ע"א (בדפי הרי"ף), ד"ה אבל; נימוקי יוסף, בבא בתרא עח ע"ב (בדפי הרי"ף), ד"ה לתקוני שדרתיך. להסבר זה מסכים כנראה גם הריטב"א, כפי שעולה מחידושיו לבבא מציעא עד ע"ב, ד"ה ותפוק ליה.
יש אומרים שזהו גם הסברו של הרמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק א, הלכה ג. כך שיער הראב"ד בהשגותיו שם: "ובעל החיבור הזה חילק בין שליח שהודיע שהוא שליח לשליח שעושה סתם [היינו בשליחות נסתרת]. ולדבריו, מעשה דרב נחמן אפשר סתם היה". וכך הסבירו את פסק הרמב"ם גם: המאירי, בית הבחירה, כתובות צט ע"ב, ד"ה ולעניין; כסף משנה, שם; שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן קג; שו"ת מהר"י בן לב, חלק א, סימן פא (עט); שו"ת אבקת רוכל, סימן קסו (תשובה זו חתומה בידי ר' יצחק בן צדיק ן' לב). אבל השווה הצעות אחרות בהבנת שיטת הרמב"ם, להלן, הערה 66 (בשם הסמ"ע), והערה 75 (בשם שו"ת פליטת בית יהודה). וראה עוד בדיוננו על סעיף 9, הערה 134.

[55] ראה להלן, הערה 225. אבל השווה דעת ריב"ק, המובאת במרדכי, קידושין, פרק האיש מקדש, סימן תקח, ולפיו אם יוכיח השליח שפעל כשליח, המקח בטל, ואינו מתחייב אישית. וכך עולה לכאורה גם מדברי הרמ"ה, שיטה מקובצת, בבא קמא קב ע"ב, ד"ה וזה לשון הרמ"ה (על דבריו, ראה להלן, ליד ציון הערה 109). וצריך עיון בשאלה כיצד מתיישבות שיטות אלה עם הכלל "דברים שבלב אינם דברים". ושמא לא דיברו ריב"ק ורמ"ה אלא בשליח שפעל בכספו של השולח, כגישה המובאת להלן, ליד ציון הערה 168. בדעת ריב"ק, השווה חזון איש, בבא קמא, סימן כא, ס"ק ז, ד"ה אבל וד"ה אע"ג. הוא מציע לסייג את שיטת ריב"ק אך ורק לשליח ש"לא עקר שליחותיה לגמרי", כגון שנתאנה או שקנה שלא באחריות. אבל אם "עקר שליחותיה לגמרי", כגון שקנה שעורים במקום חיטים, גם ריב"ק מסכים שהמקח קיים בין השליח למוכר, אף אם פעל בכספו של השולח.

[56] השווה ריב"ם, מובא בהגהות אשרי, בבא בתרא, פרק י, סימן כו, ובאור זרוע, בבא בתרא, סימן רלז. גם הוא מעלה אפשרות זו ליישב בין הסוגיות, אבל מתלבט בינה לבין אפשרות נוספת. אפשר, הוא אומר, שגם סוגיית בבא בתרא עוסקת בשליחות גלויה, ונקשרו יחסים משפטיים בין השליח לבין הצד השלישי, משום שמדובר בה בשליחות לקנייה דווקא; ואילו סוגיית קידושין עוסקת בשליחות למכירה, שבה השליח אינו יכול להתחייב כלפי הצד השלישי, משום שאינו יכול למכור דבר שאינו שלו. דעה זו של ריב"ם כמעט שלא נזכרה אצל הפוסקים, למעט בשו"ת מהר"י בן לב, חלק א, סימן פא (עט), ד"ה ועוד (שהביא אותה בשם ריב"א), ובתשובתו של רבי יצחק בן לב, המובאת בשו"ת אבקת רוכל, סימן קסו (בלי לציין שזו דעתו של ריב"ם). וראה להלן, הערה 69, שגישה זו נשללה על ידי הרמ"ה. יש לציין שפוסקים נוספים הבחינו בין קנייה למכירה לעניין אחריותו האישית של השליח כלפי הצד השלישי, אבל לא עשו כן אלא בשליחות נסתרת (ראה להלן, ליד ציון הערה 167). לעומת זאת, בשליחות גלויה, נחשב השליח כמי שהזהיר את הצד השלישי שאינו מוכן ליטול אחריות אישית כלפיו, בין בקנייה בין במכירה.

שהשליח מכר נכס של השולח או שקנה נכס בכספו. להלן[57] נדון בהשפעת העסקה על הצדדים בנסיבות אלה.

ברם פתרון זה ביישוב הסתירה לכאורה בין הסוגיות אינו מקובל על הכל[58]. אפשר להצביע על גישות אחרות בהבנת פסקו של רב נחמן בעניין שליח שקנה שדה שלא באחריות, שהמשותף להן הוא שהן מעמידות אותו בשליחות גלויה ולא בשליחות נסתרת. אולם כל גישה מגיעה למסקנות משפטיות שונות בתכלית. כאן נציע את חמש הגישות הנוספות שמצאנו בין הראשונים בהסבר הסוגיה תוך הדגשת השוני הפרשני ביניהן, ואילו בפרקים הבאים נעמוד על התוצאות המשפטיות שיש לכל גישה פרשנית לעניין שלוש מערכות היחסים שבשלישייה, השולח והשליח וצד שלישי.

בקצה האחד עומדת שיטת הראב"ד[59], בעל 'ההשגות', ולפיה כאשר השליח עושה את השליחות באופן הפוגע באינטרסים של שולחו, רשאי השולח להסכים לפעולתו, ועם זאת הוא רשאי לדרוש ממנו לתקן את העיוות שגרם לו[60]. ובלשונו: "ונראה לי כל מה דאמרינן דעוות משהו בשליח מבטל המעשה, הני מילי [=דברים אלה (אמורים)], בזמן שהמשלח רוצה לבטל המעשה. אבל המשלח ההוא [בסוגיית השדה שנקנתה שלא באחריות] רוצה היה המקח, ורוצה שיתקן לו השליח את העיוות, וחייבו רב נחמן. וכן הדין לכל שליחות". אין סתירה אפוא בין

[57] להלן, ליד ציון הערה 166.

[58] רבים מן הדוחים את הפתרון הזה עושים כן, לא משום שאינם מקבלים את ההבחנה המשפטית בין שליחות גלויה לבין שליחות נסתרת, אלא משום שלדעתם הפתרון אינו מתיישב עם לשון סוגיית בבא בתרא. ראה לדוגמה רא"ש, בבא בתרא, פרק י, סימן כו. הרא"ש מסביר שאין להעמיד את סוגיית בבא בתרא בשליחות נסתרת, משום שאין זה מתיישב לא עם תיאור עובדות המקרה בסוגיה (שכן מלשון הסוגיה עולה שהשליח הציג את עצמו כשליח; "אזל זבן לה [=הלך קנה לה]"), ולא עם פסקו של רב נחמן (שכן אילו היה מדובר בשליחות נסתרת, רב נחמן לא היה פוסק שעל השליח לקנות את הקרקע מחדש עבור עצמו, "זיל זבנה מיניה שלא באחריות [=לך קנה אותה ממנו שלא באחריות]", שכן הוא הציג את עצמו כמי שקונה לעצמו, ועסקה זו בינו ובין המוכר אינה בטלה). על כן, לדעת הרא"ש, יש להעמיד את הסוגיה בשליחות גלויה. כך כותב גם שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן רנה, שאף הוסיף נימוק שלישי, שאין זה סביר להניח שהשליח לא הציג את עצמו כשליח, וגם הוסיף שאין צורך להידחק ולהעמיד את הסוגיה בשליחות נסתרת. וכבר העיר הש"ך, חו"מ, סימן קפב, ס"ק ו, שלגופו של עניין, הרא"ש מסכים שאילו היה מדובר בשליח נסתר, אכן הוא היה מתחייב אישית כלפי צד שלישי. וראה שו"ת אהלי תם, סימן סט, ד"ה צריך, שטוען שגם הראב"ד (המובא להלן, ליד ציון הערה 59) מקבל את ההבחנה בין שליחות גלויה לבין שליחות נסתרת. וכן העיר גם דיברות משה, בבא קמא, סימן עד, ענף א, ד"ה עוד צריך.

רוב הראשונים סבורים כנראה שדיוקיו של הרא"ש אינם מכריעים לפירושה של הסוגיה, ועל כן לא נמנעו מלהעמיד אותה בשליחות נסתרת, ואפשר שהיו מזדהים עם דבריו של בית יוסף, חו"מ, סימן קפב, סעיף י, הדוחה את דיוקיו של הרא"ש, ואומר: "ומה שרצה הרא"ש להכריע פירושו מדאמר 'אזל זבן לה', אין זה הכרע, דתלמודא נקט על פי כוונת הקונה, שהיה לו לקנות לה, ולא יתחייב שאמר כן למוכר. ומה שהכריע מדאמר 'זיל זבנה מיניה', יש לומר שקנאה ממנו בחזקה או בשאר קנינים, ועדיין לא נתן הכסף או לא כתב שטר, ומשום הכי אמר ליה 'זיל זבנה שלא באחריות', כלומר תגמור קנייתך שלא באחריות, כמו שהתנית". והשווה אבן האזל, הלכות שלוחין ושותפין, פרק א, הלכה ג, המציע דרך מקורית ליישב את הקשיים הטקסטואליים, שהשליח הודיע למוכר שהוא קונה עבור אחר אבל הסתיר ממנו את העובדה שהוא עושה כן בשליחותו. ראה שם, ד"ה ונראה לפרש.

[59] השגות הראב"ד, הלכות שלוחין ושותפין, פרק א, הלכה ג.

[60] אפשר שזו גם גישת התוספות, בבא קמא קב ע"ב, ד"ה שאני, כמו שסבור בעל שו"ת נאות דשא (אייבשיץ), סימן נה, ד"ה איברא. והשווה להלן, הערה 110.

הסוגיות, שכן הבררה בידי השולח: רצה – מבטל את פעולת השליח ודורש את השבת המצב לקדמותו; רצה – מקיים את פעולתו ודורש את תיקון העיוות[61].

בקצה האחר של קשת הדעות עומדת שיטת הרא"ש[62], ולפיה השולח אינו יכול גם לאמץ את פעולת השליח וגם לדרוש ממנו לתקן את העיוות. ואלה דבריו בעניין שליח שקנה שדה שלא באחריות: "כיון ששינה בשליחותו, שסתם קונה שדה אין קונה אלא באחריות, דלא שדי איניש זוזי בכדי [=שאין אדם זורק זוזים לחינם], בטלה שליחות, ואין כאן מקח". לדעת הרא"ש, הכלל המשפטי הוא הכלל העולה ממה שנפסק בתלמוד בעניין שליח שנתאנה, היינו שאם השליח פגע באינטרסים של שולחו, התרופה הבלעדית העומדת לרשותו, אם אינו מוכן להשלים עם אותה פגיעה[63], היא ביטול השליחות ודרישה להחזיר את המצב לקדמותו. ואם בכל זאת לא פסק רב נחמן להוציא את הכסף מידי הצד השלישי ולהשיב לו את הקרקע, הרי זה כנראה משום שמסיבה כלשהי לא הייתה אפשרות מעשית לעשות זאת (כגון שהכסף

[61] ראה מה שהקשה חזון איש, בבא קמא, סימן כא, ס"ק ח, ד"ה והראב"ד, על שיטת הראב"ד: "והדבר קשה, שאם בידו של משלח לבטל המקח, למה יהא זכאי לתבוע [מ]השליח את העיוות, והרי עדיין לא הפסידו השליח כלום, שהרי בידו לומר שמבטל המקח, ולא יפסיד, לא הוא ולא השליח. ואם מקיים המקח, ועל ידי זה גורם הפסד, למה חייב השליח בדבר?". אפשר שלדעת הראב"ד, זהו גדרו של שליח, שהוא מתחייב לתקן את העיוות. אולם שאלת חזון איש במקומה עומדת, שכן לא השליח הוא שגורם את העיוות, אלא השולח בהתעקשותו לקיים את המקח. וצריך עיון. לסייג לשיטת הראב"ד, ראה להלן, הערה 91.

והשווה גישת התוספות, קידושין מב ע"ב, ד"ה אבל; כתובות ק ע"א, ד"ה רבא (מובא גם בראש, כתובות, פרק יא, סימן יז, בשם ר"י). לפי גישה זו של התוספות, עולה לכאורה שאם השליח נתאנה בפחות משתות, טענת "לתיקוני שדרתיך" אינה מבטלת את המקח, אלא היא עילה ביד השולח לדרוש מן הצד השלישי שיחזיר לו את הונאתו (מה שאין כן אילו היה עושה את העסקה בעצמו, ולא על ידי שליח, שבה ההנחה היא שמחל על ההונאה). וכך אמנם הסיקו מדברי התוספות: שו"ת אהלי תם, סימן סט (לביקורת על תשובה זו, ראה שער המלך, הלכות מכירה, פרק יג, הלכה ט); שו"ת זרע אברהם (יצחקי), חו"מ, סימן כט, ד"ה אמנם. אבל ראה בית יוסף, חו"מ, סימן קפב, סעיף ז, ד"ה וכתב הרא"ש, ששיטה זו של התוספות לא נאמרה להלכה (וכך העיר גם בשו"ת פני דוד (פאפו), חו"מ, סימן יא, ד"ה ונוראות נפלאתי. וראה גם שער המלך, שם). וראה עוד כנסת הגדולה, חו"מ, סימן קפב, הגהות בית יוסף, אות ח. וראה עוד לעיל, הערה 40, דברי מהרי"א הלוי איטינגא.

ואולם השווה משפט שלום (שבדרון), חו"מ, סימן קפב, סעיף ו, ד"ה שיטה ב', שנראה שרוח אחרת עמו בפירוש דברי הראב"ד, אבל דבריו דחוקים.

[62] רא"ש, בבא בתרא, פרק י, סימן כו. לניתוח דברי הרא"ש, השווה לפוסקים המובאים להלן, הערה 64. וראה עוד דיוננו להלן, סעיף 9, ליד ציון הערה 117.

[63] כך נראה לנו שיש לפרש את דברי הרא"ש, שהשליחות בטלה רק אם השולח אינו משלים עם הפגיעה שנגרמה לו ודורש את תיקון העיוות. כלומר, השליחות אינה בטלה מאליה, אלא ניתנת לביטול. במילים אחרות, אם השולח משלים עם פעולת השליח, על אף הפגיעה באינטרסים שלו, ואינו דורש את תיקון העיוות, הרי הפעולה תקפה. ראה חזון איש, בבא קמא, סימן כא, ס"ק ח, ד"ה ומשמע: "ורשות ביד השליח לומר 'הא לך מעותיך, כיון שאינך מתרצה בשליחותי'". מכאן שאם השולח מתרצה בשליחותו, השליחות תקפה. וכן כתב גם שם בהמשך דבריו, ד"ה והראב"ד: "ודעת הר"ם [=הרמב"ם], הרא"ש והר"ן, שאם הודיעו שהוא שליח, המקח בטל, ואין ביד המשלח לקיים המקח ולתבוע מן השליח העיוות". הבנה זו בדעת הרא"ש עולה גם מדברי ש"ך, חו"מ, סימן קפב, ס"ק ו, למעיין היטב בדבריו. כך יש להבין גם את שו"ת דברי חיים (הלברשטם), חלק א, אבן העזר, סימן פו (צה ע"א), בדבריו על הרא"ש: "מפשט לשון הרא"ש, יראה דאפילו הסכימה בתחילה לקבלת אחריות דהשליח, גם כן לא מהני". מכאן שאם האישה הסכימה בתחילה לקניית הקרקע בלא אחריות כלל, הקנייה תקפה. כך ראינו גם בדעת הרמב"ם, לעיל, ליד ציון הערה 45.

אבד למוכר ואינו בר פירעון)[64]. ואם פסק שעל השליח לקנות שוב מן המוכר את הקרקע שלא באחריות ולמכור אותה לאישה באחריות, הרי זה כנראה משום שגם השליח לא היה מסוגל להשיב לאישה את כספה. אילו יכול היה להשיב לה את כספה, ודאי שזכותו (ואף חובתו) הייתה לעשות כן, ורב נחמן לא היה מחייב אותו לקבל על עצמו אחריות כלפי השולח. וזה לשון הרא"ש: "לכך הוצרך לקנותו שנית מן המוכר. ומיהו, אם ירצה השליח, יחזיר לה המעות, אלא אם אין בידו מעות להחזיר לה, קאמר שצריך לקבל עליו אחריות". נמצא אפוא שבניגוד לדעת הראב"ד, דעת הרא"ש היא שהשולח אינו יכול לאחוז את החבל בשתי קצותיו, גם להסכים לפעולת השליח וגם לתבוע ממנו לתקן את העיוות שגרם לו[65]. במילים אחרות: לדידו

[64] חזון איש, בבא קמא, סימן כא, ס"ק ח, ד"ה טור, כותב: "ואם ירצה השליח להוציא המעות מן המוכר – רשאי". נמצא שבעיקרון, כדי להחזיר לשולח את כספי השליחות, השליח יכול היה לדרוש את הכסף מן המוכר (הצד השלישי) ולהעבירו לשולח. אם פסק רב נחמן שעל השליח לקנות את הקרקע מן המוכר שנית, הרי זה כנראה משום שהמוכר לא היה יכול להשיב לו את מעות העסקה בעין, ומכיוון שכך, לא נותר לו אלא לעשות את עסקת המכר ישירות עם השליח. כך העיר כבר הט"ז, חו"מ, סימן קפב, סעיף ו. מכאן אפשר להסיק שהחזרת המצב לקדמותו היא באחריות השליח, ועוד נחזור לדון בזה להלן, סעיף 9, ליד ציון הערה 85.

והשווה שו"ת מהר"ש צרור, תשב"ץ, חלק ד (חוט המשולש), טור ב, סימן כב, שמכוח שאלה זו, הניח שדעת הרא"ש היא שהמכר תקף בין המוכר לשליח, אף שמדובר בשליחות גלויה: "אם המכר בטל, ילך אל המוכר ויחזיר המעות שקיבל ויתנם לאשה. נמצא דסבירא ליה להרא"ש שמכר קיים בין השליח והמוכר". ונשאר ב"צריך עיון", מדוע לא קבע הרא"ש שהמכר ביניהם בטל.

[פירוש זה של מהר"ש צרור בדברי הרא"ש קשה לכאורה, שכן הרא"ש עצמו נמנע מלהעמיד את הסוגיה בשליחות נסתרת, דווקא משום שאם בשליחות נסתרת עסקינן, רב נחמן לא היה פוסק שעל השליח לקנות את השדה מן המוכר שנית, שכן המכר ביניהם היה תקף מתחילה! אולם, אין כאן קושי של ממש. מאחר שהייתה השליחות גלויה, אזי יש צורך לכתוב שטר חדש שהצדדים לו יהיו השליח והמוכר (ולא השולח והמוכר כמו שהיה כתוב בשטר הראשון). דבר שלא היה צורך לעשותו, אילו היה מדובר בשליחות נסתרת, שבה מלכתחילה הציג את עצמו השליח כמי שקונה לעצמו (ואין צורך אפוא לכתוב שטר אחר)].

והשווה: שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן קג (בשם מהר"י בירב); בית יוסף, חו"מ, סימן קפב, ס"ק י; שו"ת לחם רב, סימן צג; שו"ת פליטת בית יהודה, סימן כא (תשובת ר' שמחה בר' גרשון הכהן), ד"ה וקשה (נז ע"א); שו"ת מכתם לדוד, חו"מ, סימן י, ד"ה והרא"ש; כנסת הגדולה, חו"מ, סימן קפב, הגהות בית יוסף, אות יד; שער המלך, הלכות מכירה, פרק יג, הלכה ט. גם הם סבורים שדעת הרא"ש היא שהעסקה בין השליח והמוכר תקפה (והדין ודברים אינם אלא בין השולח והשליח). הם מסבירים שבעניין זה דעת הרא"ש כדעת הרשב"א, שנראה להלן, ליד ציון הערה 72, ולפיה השליח אינו יכול להתנער מפעולתו כלפי הצד השלישי, כשהחריגה שלו הייתה במודע ולא בתום לב (אם כי שער המלך, שם, ד"ה מיהו, מציין שאפשר שלא נקט כך הרא"ש אלא בשליחות לקנייה, שבה ניתן לראות את השליח כמי שלווה את כספו של השולח, ולא בשליחות למכירה, שכן השליח אינו יכול למכור דבר שאינו שלו). בדרך דומה (אם כי בלי לציין את שיטת הרשב"א), נוקט גם דיברות משה, בבא קמא, סימן עד, ענף ז, ד"ה ויש מקום. וראה שם, ד"ה ולכן, שדייק כן מלשון הרא"ש. וראה להלן, הערה 235.

אחדים מהפוסקים טוענים שדעת הרא"ש כדעת הרמ"ה, שנראה להלן (ליד ציון הערה 66), ולפיה העסקה תקפה בין השולח למוכר, משום שעל השולח הנטל להוכיח שהשליח פעל בחריגה מהרשאתו. ראה דרישה, חו"מ, סימן קפב, ס"ק יא.

רבנו ירוחם, תלמידו של הרא"ש, מישרים, נתיב כח, חלק א, כותב: "ואם יש לשליח מעות, נותנן למשלח, וישאר קרקע לשליח, כי המוכר לא ירצה לחזור" (מובא בשו"ת המבי"ט, שם). לשון זו, "כי המוכר לא ירצה לחזור", שמשתמע ממנה כי זו זכותו של המוכר, עשויה להתיישב הן עם שיטת הרשב"א הן עם שיטת הרמ"ה, אך לא עם פירוש הט"ז וחזון איש, שראינו בתחילת ההערה, ולפיו המוכר אינו רשאי לעכב את כספי השולח.

[65] גישה זו מסתברת מאוד, שכן אם השולח טוען שהיה עיוות, פירוש הדבר שהשליח פעל בלא הרשאה,

של הרא״ש, פסקו של רב נחמן אינו מבטא עיקרון משפטי, אלא כיוון שמלשון הסוגיה ברור שמדובר בשליחות גלויה, הרי אין בררה אלא להידחק ולהסביר את הפסק כחריג הנובע מן הנסיבות המיוחדות של המקרה, היינו שהשליח לא היה מסוגל להשיב לשולח את כספו, ועל כן, בדלית בררה, נאלץ לקבל על עצמו אחריות אישית כלפי השולח.

הרמ״ה[66] סבור גם הוא שבעיקרון, אם השליח פגע באינטרסים של שולחו, התרופה הבלעדית העומדת לרשותו היא ביטול השליחות ודרישה להחזיר את המצב לקדמותו, כעולה מסוגיית התלמוד בעניין שליח שנשלח למכור נכס ונתאנה. אבל אין הוא מצדיק את פסקו של רב נחמן משיקולים מעשיים, כפי שעשה הרא״ש, אלא משיקולים משפטיים, אם כי השיקול המשפטי שהוא מציע אינו טמון בדין המהותי אלא בדיני הראיות. הרמ״ה מיסב את תשומת הלב לעובדה שבעניינו של רב נחמן, לא היה מדובר בשליחות למכירה אלא בשליחות לקנייה. לדעתו, העובדה שהצד השלישי מחזיק בכספו של השולח מאפשרת לו להטיל על השולח את נטל ההוכחה שהשליח חרג מהרשאתו, שהרי ייתכן שמינה אותו ״בין לתקן בין לעוות״, ולא הייתה אפוא חריגה בקנייתו[67]. כל עוד לא ירים השולח את הנטל ולא יוכיח שהרשאתו הייתה ״סתם״, כלומר רק לתקן ולא לעוות, יוכל הצד השלישי לחייב אותו לקיים את העסקה שעשה השליח בשמו, ולשולח לא תישאר בררה אלא לתבוע פיצוי מן השליח[68]. מאחר שבמקרה שבא לפניו, המוכר היה מוחזק בכספה של האישה (השולחת), וזו לא הצליחה

ומשמעות הדבר שאין בפעולתו כדי לחייב את השולח. המצב חוזר אפוא לקדמותו, ואין עיוות, וממילא אין עוד מה לתקן.

[66] ראה יד רמה, בבא בתרא, פרק עשירי, סימן צא (על סוגיית בבא בתרא קסט ע״ב). וביתר הרחבה, ראה דבריו המובאים בשיטה מקובצת, בבא קמא קב ע״ב, ד״ה וזה לשון הרמ״ה.

וראה להלן, הערה 204, שיש מן הפוסקים הסבורים שהרמב״ם חולק על הרמ״ה. אבל נראה שלא הכל מסכימים לכך. ראה לדוגמה סמ״ע, חו״מ, סימן קפב, ס״ק י, שפירש את הלכת הרמב״ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק א, הלכה ג, על פי שיטת הרמ״ה דווקא. וראה להלן, ליד ציון הערה 207.

[67] וכן הוא גם אפוא כאשר נשלח השליח לקנות נכס ונתאנה, שכל זמן שהשולח לא יוכיח שהרשאתו של השליח לא הייתה ״בין לתקן בין לעוות״, לא יוכל השולח להשתחרר מן העסקה כלפי הצד השלישי. ואכן ראה להלן, הערה 284.

בסוגיות קידושין וכתובות (לעיל, הערה 36), שמדובר היה בשליחות למכירת נכס, חובת ההוכחה שהנכס נמכר על ידי השליח בהרשאה מוטלת על הקונה (הצד השלישי), שכנראה אינו נחשב כמוחזק אף לא בקניית מיטלטלין. לכן נקבע שהשולח יכול לבטל את המכירה, אם נתאנה, בלא שיידרש להוכיח שהשליח חרג מהרשאתו. ואכן כך נוקט ב״ח (חו״מ, סימן קפה, סעיף ה) בהסברת שיטת הרמ״ה, כשהוא מטעים שהבחנה זו בין שליחות לקנייה לשליחות למכירה נכונה גם כשהנכס מושא העסקה הוא מיטלטלין (כבסוגיית קידושין). ש״ך (חו״מ, סימן קפה, ס״ק ח) חולק עליו, ולדעתו אם הצד השלישי מוחזק במיטלטלין שקנה מן השליח, חובת ההוכחה מוטלת על השולח, כשם שהיא מוטלת עליו כאשר הצד השלישי מוחזק בכסף (ראה על כך להלן, הערה 214). לפי זה, ייאלץ הש״ך להסביר שההבדל בין הסוגיות אינו שזו עוסקת בשליחות לקנייה וזו בשליחות למכירה, אלא שבזו הרים השולח את נטל ההוכחה, ובזו לא הצליח להרימו, כפי שהציע מדעת עצמו בעל כנסת הגדולה, חו״מ, סימן קפב, הגהות הטור, אות נה, ד״ה ואני. הצעה זו דחוקה בלשונו של הרמ״ה (בייחוד לשונו המובאת בשיטה מקובצת), אולם יש לזכור שפוסקים אלה לא ראו ככל הנראה את דברי הרמ״ה עצמם, אלא נתוודעו רק לחלקם מכלי שני כפי שהובאו בטור, חו״מ, סימן קפב, סעיף ח (שכן אף שר׳ בצלאל אשכנזי חי ופעל לפני הש״ך, ספרו שיטה מקובצת לא נדפס אלא כמאה שנה אחרי פטירתו של הש״ך).

[68] בדיוננו להלן, סעיף 9, ליד ציון הערה 148, נראה שלפי הרמ״ה, הבררה ביד השליח להחזיר לשולח את כספו.

להרים את נטל ההוכחה, פסק רב נחמן שעל השליח לפצותה על ידי קבלת אחריות אישית על המקרקעין שקנה עבורה[69].

בתווך, בין שתי גישות אלה (של הראב"ד, בעל 'ההשגות', מצד אחד, ושל הרא"ש והרמ"ה, מצד שני), עומדות שתי גישות ביניים: של הראב"ד (כפי שהוא מובא ב'שיטה מקובצת'[70]) ושל הרשב"א. על פי גישתם, ההבחנה בין הסוגיות טמונה בדין המהותי, כאשר יש להבחין בין פגיעה במודע באינטרס של השולח ובין פגיעה שאינה במודע: יש שהשליח פוגע באינטרס של שולחו בתום לב (כגון שנתאנה במחיר העסקה); ויש שהוא פוגע באינטרסים שלו מתוך מודעות מלאה (כגון שקנה בשמו קרקע שלא באחריות). כשהפגיעה בתום לב, כולי עלמא מסכימים שמאחר שהשליח אינו מודע לפגיעה באינטרס של השולח, אין לראותו כמי שנטל אחריות אישית כלפי הצד השלישי, ואף אין לחייב אותו לפצות את השולח על הנזק שגרם לו עקב ביטול השליחות[71]. לא כן כשהפגיעה במודע, אם כי בעניין זה חלוקות הדעות:

לדעת הרשב"א[72], מאחר שהשליח מודע לפגיעה באינטרס של השולח והטעה את הצד השלישי לחשוב שהוא פועל בהרשאה, הרי יש לראותו כמי שנטל אחריות אישית כלפיו. כלומר, לדידו פשר הסוגיה הוא בדין המהותי, ולא בדיני הראיות. וזה לשון הרשב"א: "אבל

[69] וזה לשון הרמ"ה, בבא בתרא, שם: "והני מילי בדינא דשליח בהדי בעל הבית דשוויה שליח, אבל בדינא דבעל הבית בהדי מוכר, היכא דבעי מרי זוזי [השולח] לבטולי זביני, (איכא לפלוגי), דאי אתברר בסהדי או בהודאת המוכר דבעל הבית שדריה להאי שליח למזבן ליה האי ארעא [=לקנות לו קרקע זו] סתמא בזוזי דיהב ליה לשליח, ולא אתני עליה 'בין לתקוני בין לעוותי', ואזל שליח וזבן ליה שלא באחריות, בטלי זביני, מידי דהוה אהיכא דשווייה שליח לזבוני [=למכור], וטעה, דהדרי זביני [שכן בחריגה בשליחות למכירת נכס השולח יכול לבטל את העסקה כשנטל ההוכחה שהשליח לא חרג מהרשאתו אינו מוטל עליו. ראה לעיל, הערה 67]. ואי לא אתברר היכי שווייה שליח – המוציא מחבירו עליו הראיה". מדברי הרמ"ה עולה שגם בשליחות לקנייה, אם הוכחה חריגה מהרשאה, המקח בטל, והשליח אינו חייב לקיים את העסקה כלפי הצד השלישי. והשווה לעיל, הערה 56, דעת ריב"ם.

לפי זה, הנוסח בסוגיה היה צריך לכאורה להיות "זיל זבנה מינה", כלומר ממנה, מן השולחת, ולא "זיל זבנה מיניה", מן המוכר. ואכן, אף על פי שהרמ"ה עצמו אינו גורס כך, יש עדות לקיומה של גרסה זו במקורות שונים: כתב יד מינכן (שם הגרסה "מינ", ולא העיר עליה בעל דקדוקי סופרים); כתב יד פריס 1337; הלכות פסוקות (לרב יהודאי גאון), הוצאת מקיצי נרדמים, ירושלים תשי"א, עמ' סט. על גרסה זו מעיד גם הקטע הקראי שפרסם ש' אסף, "דברי פולמוס של קראי קדמון נגד הרבנים", תרביץ ד (תרצ"ג) 35, בעמ' 197 (על מקורות אלו העיר ש' אברמסון במהדורת התרגום שלו למסכת בבא בתרא, ירושלים 1958, עמ' 198). וכן היא הגרסה בכתב יד אסקוריאל 3-I-G ("זיבנה מינה"). וכן הגרסה גם בהלכות גדולות, סימן מט, הלכות הלוואה (עמ' תקנ במהדורת מכון ירושלים תשנ"ב), ד"ה ואחריות, וראה שם, הערה 12, הערת הרב הילדסהיימר. ואולם ד"ר יחיאל קארה העירני שחילופים אלה שורשיהם עתיקים ואפילו בארמית המקראית יש "ליה" המנוקדת בפתח ומצד שני "לה" המנוקדת בצירי, ובגאונים החילופים הללו רגילים עד מאוד. לשון אחרת, גרסת "מיניה" או "מינה" אינה מכרעת בפירוש הסוגיה.

[70] ראה להלן, הערה 79.

[71] בכגון זה, התרופה היחידה של השולח, אם אינו מוכן להשלים עם העיוות שנגרם לו, היא ביטול פעולת השליח. לשולח אין זכות לקיים את הפעולה ולדרוש בו־זמנית מן השליח את תיקון העיוות. בעניין זה מסכימים אפוא ראשונים אלה עם שיטת הרא"ש, שראינו לעיל.

[72] שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן רנה (שני קטעים קצרים מן התשובה הובאו בבית יוסף, חו"מ, סימן קפב, סעיף י).

וראה לעיל, הערה 58, שהרשב"א גם הוא סבור כמו הרא"ש שאין להעמיד את הסוגיה בשליחות נסתרת, אבל לעיל, הערה 54, כבר תמהנו על הרשב"א עצמו שעשה כן בחידושיו. וראה להלן, הערה 79, ושם נציין שבחידושיו לתלמוד, דומה שהרשב"א מסכים עם הראב"ד שנביא להלן. וצריך עיון.

בענין האחריות, לא מדרך האונאה הוא [כלומר, השליח לא הוטעה], אלא דברים מפורשין הן, ועל תנאי כן קנה [השליח] בפירוש [ואינו יכול לטעון אפוא שלא היה מודע למשמעות התנאים שהסכים להם]. ואני אומר [כך יכול הצד השלישי לטעון שהבין בשעת המכר, כלומר 'אני אמרתי לעצמי']: שהמשלח כך אמר לו לקנות, אפילו שלא באחריות, דעביד אינש דזבין ליומיה [=שעשוי אדם לקנות ליומו, היינו לזמן מוגבל, ועל כן המוכר לא היה צריך לחשוד שמא השליח פועל בלא הרשאה], והשליח והמוכר בדברים מפורשים התנו ביניהם. ולפיכך המקח קיים אצלם[73], שאין כאן אונאה של כלום [כלומר, לא הייתה כאן הטעיה מצד המוכר שהייתה מאפשרת לשליח לטעון שפעל בתום לב, ומשום כך אינו אחראי כלפיו], אלא שהשליח שעשה[74] פשע"[75]. ואף שתוצאה זו נשמעת צודקת, שאלה היא: מהו יסודה המשפטי

[73] כלומר, המקח קיים בין המוכר לשליח. וכך הטעים שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן קג: "ולעולם לדעת הרשב"א, המכר קיים אצל השליח". לפי זה, אין מקום לפרש את "זיל זבנה מיניה" כהוראה לשליח לקנות את השדה מן המוכר, שכן השדה כבר קנויה לו, אלא הכוונה היא, לך השלם את העסקה שעשית עם המוכר וקבל ממנו שטר על שמך (בבית יוסף גורס "אצלה". ונראה על פי פירוש זה שהוא טעות סופר. ואכן ראה הגהות והערות (במהדורת הטור השלם), חו"מ, סימן קפב, הערה כב, שבדפוסים הראשונים גרסת 'בית יוסף' הייתה "אצלם". אבל השווה להלן, הערה 78). והשווה חידושים וביאורים (גריינימן), בני־ברק תשס"א, בבא מציעא עד ע"א, קונטרס בענייני שליחות, ס"ק ז, ד"ה ובתשובת הרשב"א, שלדעתו השליח חייב לחזור ולבצע את העסקה בשם עצמו, והוא נחשב כמי שהתחייב לכך מראש, אם לא יסכים השולח לפעולתו. לדעתו, יסוד תוקפה של התחייבות זו בדין ערב.

[74] 'בית יוסף' גורס "שעיוות".

[75] זו גם גרסת התשובה בשו"ת המבי"ט, חלק א, סימן קג (תשובת מהר"י בירב). אמנם חלק מן הקטע הזה אינו מובא בבית יוסף, אבל אין זה מעיד שהייתה לפניו גרסה אחרת, שכן ציטט את התשובה למקוטעין. ונדחו השערותיו של אטינגר בעניין זה (ראה לעיל, הערה 26).

כך ניתחו את דברי הרשב"א: שו"ת לחם רב, סימן צג, ד"ה ואשיב (משיב זה ייחס דעה זו גם לרא"ש. ראה לעיל, הערה 64); שו"ת פליטת בית יהודה, סימן כא (תשובת ר' שמחה בר' גרשון הכהן), ד"ה והנראה (נח ע"א); כנסת הגדולה, חו"מ, סימן קפב, הגהות בית יוסף, אות יג, אבל השווה שם, הגהות הטור, אות מז, ד"ה ויש; שו"ת מעין גנים (עבאדי), חו"מ, סימן ז, ד"ה ואיכא למידק (עמ' 114); חידושים וביאורים (גריינימן), בני־ברק תשס"א, בבא מציעא עד ע"א, קונטרס בענייני שליחות, ס"ק ז, ד"ה ובתשובת הרשב"א (להלן, אות ט, הוא מייחס דעה דומה לרמב"ם. וראה להלן). והשווה להלן, הערה 78. וראה להלן, הערה 235. פרשנות זו בדברי הרשב"א עולה בקנה אחד עם הסברו השני של הרמב"ן (שהיה רבו של הרשב"א), כתובות צט ע"ב, ד"ה הא דאיבעיא לן (בסופו): "ותו, כיון דאתני תנאין מנפשיה ואמר ליה בלא אחריות מזבינא ליה, לאו שליחותיה עבד, ולנפשיה זבין [=ועוד (אף אם לא נעמיד את הסוגיה בשליחות נסתרת), מכיוון שהתנה תנאים מדעת עצמו ואמר לו (המוכר) אני מוכר בלא אחריות, לא עשה שליחותו, וקנה לעצמו]".

[שו"ת פליטת בית יהודה ייחס דעה דומה לרמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק א, הלכה ג. וראה עוד שם, ד"ה ובין (נח ע"ב) וד"ה ונמצא (נט ע"א). לעיל, הערה 64, כבר ראינו שמשיב זה ייחס דעה דומה גם לרא"ש. אבל ראה צור תעודה, הלכות שלוחין, פרק א, הלכה ג (כט ע"א), ד"ה ומעתה עלה נעלה, שדחה הצעה זו בדעת הרמב"ם מכוח דברי הרמב"ם בפרק ב, הלכה ד: "שליח שמכר... ונמצא שעבר על דעת המשלח, בטל המקח, ומחזיר", וכן מכוח דברי הרמב"ם שם, פרק ב, הלכה ו (בעניין סרסור שחרג ביודעין מהוראות שולחו ומכר בזול): "ואם ידע הלוקח שחפץ זה של ראובן הוא, וזה המוכר לו סרסור הוא, יחזיר החפץ לבעלים".

וראה גם כנסת הגדולה, שם, הגהות בית יוסף, אות יד, שאף הוא כתב שאפשר שזו גם דעת הרמב"ם. אבל ראה שער המלך, הלכות מכירה, פרק יג, הלכה ט, ד"ה ולע"ד, שדחה את דבריו מכוח המקורות שהביא בעל צור תעודה].

של התחייבותו האישית של השליח כלפי הצד השלישי? הרי סוף סוף לא הסתיר ממנו את עובדת היותו שליח[76], והעסקה נעשתה בשמו ובכספו של השולח, ולא בשמו ובכספו שלו! אפשר שיסוד אחריותו האישית של השליח הוא מכוח הסכם מכללא בין השליח לצד השלישי או מכוח תקנת חכמים, שאם יתברר שהשליח הטעה אותו בעניין הרשאתו, הריהו נחשב כמי שלווה את כספו של השולח והתחייב אישית בעסקה כלפיו[77] [78].

לעניין יחסי השולח והשליח, כלומר לשאלה מה התרופה העומדת בכגון זה לשולח, עמדת הרשב"א כעמדת הרא"ש, היינו שתרופתו היחידה של השולח, אם אינו משלים עם הפגיעה באינטרסים שלו, היא ביטול השליחות ודרישה מן השליח שיחזיר את המצב לקדמותו, והשולח אינו יכול לכפות עליו את תיקון העיוות. כך עולה מסיום דבריו, שם: "והילכך, או ימכור למשלח באחריות או ישלם מעות שמסר בידו". לשאלה אם אמנם הבררה בידי השליח, כפי שעולה מפשוטם של דברי הרשב"א, ראה דיוננו להלן, סעיף 9, הערה 121.

לכאורה, מאחר שהרשב"א נמנע גם הוא מלהעמיד את הסוגיה בשליחות נסתרת (ראה לעיל, הערה 58), עולה השאלה שהקשינו לעיל, הערה 64, על מהר"ש צרור. אולם התירוץ שהצענו שם נכון גם לדעת הרשב"א.

[76] בשליחות נסתרת, חיובו האישי של השליח אינו מעורר קושי עיוני, שכן הוא הציג את עצמו כמי שפועל באופן אישי, ואף שכוונתו הייתה לחייב ולזכות את השולח, כלל גדול הוא בדיני ממונות: "דברים שבלב אינם דברים". וראה דיוננו לעיל, ליד ציון הערה 54 ואילך.

[77] וכעין זה ראה מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן טז.

וצריך עיון אם הרשב"א יאמר את דברו גם בשליחות למכירה, שכן אף שהשליח הטעה את הצד השלישי ביודעין, ומן הראוי לראותו כמי שנטל אחריות אישית כלפיו, כיצד יכול הוא למכור דבר שאינו שלו? אם כי אפשר שבכגון זה תיקנו חכמים שלא לבטל את המכירה בינו לבין הצד השלישי ולחייבו בפיצויים לשולח. וראה שער המלך, הלכות מכירה, פרק יג, הלכה ט, ד"ה ולע"ד, שניכר מדבריו שהרשב"א אמר את דבריו גם בשליחות למכירה (וכן עולה גם מספר צור תעודה, לעיל, הערה 75). אבל דומה שהוא מייחס לו דעה הדומה יותר לדעת הראב"ד, שתובא להלן, ולפיה כדי להגן על הצד השלישי, מחייבים את השליח לפצות את השולח, וממילא אין עוד לשולח עילת ביטול. וראה לעיל, הערה 64, שהתלבט בשאלת דעת הרא"ש בעניין זה. וראה להלן, ליד ציון הערה 236.

עוד צריך עיון, כיצד מתיישבת שיטת הרשב"א עם סוגיית בבא מציעא עו ע"א, שם נקבע שאם שלח אדם שליח לשכור פועלים בשלושה דינרים, והלך השליח ושכר אותם בארבעה דינרים, אין לפועלים עליו אלא תרעומת, ואין השליח מתחייב אישית כלפיהם להשלים את השכר שקבע להם. ואפשר ששם, מאחר שעבודת הפועלים הייתה בשדהו של השולח, אין יסוד להניח שהשליח מוכן להתחייב אישית על דבר שאינו מועיל לו, וממילא אין יסוד להניח שהפועלים התכוונו לראות בשליח כמי שמתחייב אישית כלפיהם. ועדיין צריך עיון. והשווה פתחי חושן, הלכות פיקדון ושאלה, פרק יב, הערה ד, ד"ה ובסימן. וראה להלן, סוף הערה 82, שמקור זה קשה גם לשיטת הראב"ד שנביא להלן. וראה שו"ת איגרות משה, חו"מ, חלק א, סימן לז.

[78] לעומת הפירוש שהצענו בדברי הרשב"א, המבוסס על הדין המהותי, השווה: שו"ת פני דוד, חו"מ, סימן יא (עמ' צ); משפט שלום, סימן קפב, סעיף ו, ד"ה ומבואר מדברי הרשב"א. לדידם, שיטת הרשב"א דומה לשיטת הרמ"ה, במובן זה שפשר הסוגיה מצוי בדיני הראיות ולא בדיני השליחות המהותיים. מאחר שהשליח ידע שהוא פוגע באינטרס של השולח, ובכל זאת לא נמנע מלקנות את הקרקע בלא אחריות, יכול הצד השלישי לטעון כלפי השולח שוודאי השליח לא היה עושה כן אלמלא קיבל לכך הרשאה מפורשת, ועל השולח הנטל להוכיח את ההפך. לפי זה, כוונת הרשב"א בסיום דבריו, "ולפיכך, המקח קיים אצלם", היא שהמכר קיים בין המוכר לשולחת. ויש בזה קצת דוחק, שכן במשפט הקודם דיבר הרשב"א על השליח והצד השלישי (לעומת זאת, גרסת 'בית יוסף', "אצלה", שהערנו עליה לעיל, הערה 73, עולה יפה על פי פירוש זה).

יש להטעים את ההבדל שבין גישה זו לגישת הרמ"ה: הרמ"ה אינו מבחין בין חריגה במודע לחריגה בתום לב, ובשניהם אם הצד השלישי מוחזק, חובת ההוכחה על השולח שלא ייפה את כוחו של שלוחו "בין לתקן

הראב"ד[79] סבור אף הוא שפשר הסוגיה בדין המהותי ובהבחנה בין פגיעה במודע באינטרס של השולח לבין פגיעה בתום לב, אבל דרכו שונה משל הרשב"א. לדידו, אם ידע השליח שהוא פוגע באינטרס של השולח, ובכל זאת לא נמנע מלעשות את הפעולה, אין הצדקה לבטל את הפעולה כלפי הצד השלישי, אלא מוצדק יותר לקיים אותה ולתבוע את השליח לתקן את מה שעיוות. ובלשונו: "עוד אני מוסיף לבאר כי כל מקום שהשליח משנה בשליחותו [להבדיל מטועה בתום לב], השליח משלם [לשולח], והמעשה קיים [בין השולח לצד השלישי][80]. וזה דבר ברור הוא מכמה מקומות[81]... אבל היכא דלא שני [=שלא שינה], ולא קרוב לשינוי [אלא טעה בתום לב], מעשיו בטלים לגמרי". לפי גישה זו, עולה שהראב"ד מכיר בשתי האפשרויות, ביטול השליחות או הדרישה לתיקון העיוות, אלא שחכמים קבעו מהו הפתרון הצודק מן השניים בהתאם לנסיבות: כאשר השליח פועל בתום לב, השולח נחשב כמי שבוחר בביטול השליחות (משום שמוצדק יותר להטיל את האחריות על הצד השלישי); ואילו כאשר השליח פועל שלא בתום לב, השולח נחשב כמי שבוחר בדרישה לתיקון (משום שאז מוצדק יותר להטיל את האחריות על השליח)[82].

בין לעוות". לעומת זאת, לפי הרשב"א, רק בחריגה במודע, חובת ההוכחה על השולח שלא ייפה את כוחו של שלוחו "בין לתקן בין לעוות".

עוד יש להטעים שעל פי דרכם של האחרונים שהזכרנו בהבנת שיטת הרשב"א, דינו של רב נחמן לא נאמר אלא כשהמוכר מוחזק (שאז השולח הוא המוציא מחברו, ועליו הראיה), אבל רב נחמן לא היה פוסק כן אילו נעשתה הקנייה באשראי. לעומת זאת, על פי הדרך שהצענו בטקסט, אין מקום להבחנה זו, ורב נחמן היה פוסק כנגד השליח גם לו נעשתה הקנייה על ידו באשראי. עוד יש לציין שלפי דרכם של אחרונים אלה, אין מקום לשאלה שהעלנו לעיל (הערה 77), שכן הפועלים אינם מחזיקים בכסף שבמחלוקת, וממילא אינם יכולים להטיל על השולח את נטל ההוכחה שחרג השליח מהרשאתו. כך העיר לי הרב זלמן נחמיה גולדברג, המציע גם הוא לפרש את דברי הרשב"א על פי דיני הראיות ולא על פי הדין המהותי.

לפירושים אחרים בשיטת הרשב"א, ראה: שו"ת נאות דשא (אייבשיץ), סימן נה, ד"ה שיטה אחת, וד"ה שיטה שני'; מאמר המלך (מצליח), הלכות שלוחין, פרק א, ד"ה איך שיהיה (צה ע"ד) ואילך; חזון איש, בבא קמא, סימן כא, ס"ק ט, ד"ה כ' ב"י בשם הרשב"א, וד"ה אח"כ.

79 ראב"ד, מובא בשיטה מקובצת, בבא מציעא עד ע"ב, ד"ה וזה לשון הראב"ד (מובא בשמו בהסכמה לכאורה בחידושי הרשב"א, בבא מציעא עד ע"ב, ד"ה ההוא, ובחידושיו לקידושין מב ע"ב, ד"ה ולא אמרן. וראה נימוקי יוסף, בבא מציעא מד ע"ב (בדפי הרי"ף), ד"ה אי פסקת, שהסכים לדעת הראב"ד והרשב"א). יש לשים לב לכך שגישת הראב"ד המובאת כאן שונה מגישת הראב"ד בהשגות, שדננו בה לעיל, ליד ציון הערה 59. אפשר שמדובר בשני חכמים או שהראב"ד בעל ההשגות חזר בו. על אי־ההתאמה בין שתי הגישות העירו רבים. ראה בין היתר: חקרי לב, חו"מ, חלק א, סימן קלג; חזון איש, בבא קמא, סימן כא, ס"ק ט, ד"ה אח"כ. לעומתם השווה משפט שלום, סימן קפב, סעיף ו, ד"ה והנה מצאתי. לדעתו, אין סתירה בדברי הראב"ד, אולם קשה להלום את דבריו.

80 לפי זה, יש לפרש את הוראת רב נחמן לשליח, "זיל זבנה מיניה", שהכוונה היא 'לך קנה את השדה מן האישה שלא באחריות', וחזור ומכור לה באחריות, כעין מה שראינו לעיל, הערה 69, בדעת הרמ"ה. והשווה אבן האזל, הלכות שלוחין ושותפין, פרק א, הלכה ג, ד"ה אמנם.

81 והוסיף כאן בעל צרור הכסף (לרבנו חיים ב"ר שמואל ן' דוד, תלמיד הרשב"א), הדרך השני, השער השלושה־עשר – שליחות, עמ' קפט: "זהו, מעשה דהאי איתתא דלעיל מוכיח כן".

82 כך נתפרשו דברי הראב"ד על ידי חזון איש, בבא קמא, סימן כא, ס"ק ט, ד"ה אח"כ. יש להטעים שוב שגישה זו שונה מגישת הראב"ד בהשגות, שראינו לעיל, ליד ציון הערה 59, משום שעל פיה השולח אינו יכול בד בבד גם לקיים את השליחות וגם לדרוש את תיקון העיוות, אלא הפתרון הנכון נקבע בהתאם לנסיבות (סביר להניח שכל זה לא נאמר אלא ביחס לעיוות שאין לשולח עילה סבירה להתנגד לתיקונו על ידי השליח). והשווה לעיל, הערה 61.

על פי גישות ביניים אלה, ההבדל בין הסוגיות נובע אפוא מהבחנה עניינית בין נסיבות שונות של פגיעה באינטרס של השולח, לפי מידת מודעותו של השליח לאותה פגיעה, ואין כאן רק עניין מעשי (כפי שהציע הרא"ש) או עניין פרוצדורלי של נטל ההוכחה (כפי שהציע הרמ"ה). הבחנה זו נותנת את אותותיה: לדעת הרשב"א, ביחסי השליח וצד שלישי (בדיני החוזים); ולדעת הראב"ד, ביחסי השולח והשליח (בדיני הנזיקין).

(2) סטייה מן ההרשאה ("שלחו לקנות חטים וקנה שעורים")

א. מן המקורות שראינו עד כה, עולה שאף על פי שהשליח לא חרג מהוראותיו המפורשות של השולח, שליחותו ניתנת לביטול, אם עשה אותה באופן שפוגע באינטרס של שולחו, שכן הלה יכול לטעון כנגדו: "לתקן שלחתיך ולא לעוות"[83]. לעומת זאת, אם השליח חרג מהוראותיו המפורשות של השולח ("עבר על דבריו"), פעולתו בטלה מאליה. נעיין עתה במקור תלמודי נוסף[84], שם מובאת ברייתא הסותרת לכאורה את המסקנה שהסקנו לעיל בעניין חריגה מהוראותיו המפורשות של השולח: "תנו רבנן: הנותן מעות לשלוחו ליקח לו חיטין ולקח מהם שעורין, שעורין ולקח מהן חיטין... אם פחתו – פחתו לו; ואם הותירו – הותירו לאמצע". מקור זה סותר את המסקנות שעלו עד כה, שכן עולה ממנו שעל אף החריגה מהוראותיו המפורשות של השולח, פעולת השליח אינה בטלה. התלמוד אינו מעיר על סתירה זו, אבל מעיר שמקור זה עומד בסתירה למקור תנאי מקביל, שבו נקבע שבחריגה מסוג זה, פעולת השליח אינה מחייבת ומזכה את השולח אלא את השליח: "תנו רבנן: הנותן מעות לשלוחו ליקח לו חיטין ולקח מהם שעורין, שעורין ולקח מהן חיטין... אם פחתו – פחתו לו; ואם הותירו – הותירו לו". הסתירה בין שתי הברייתות בולטת לעין: לפי ברייתא אחת, כשנוצר רווח כתוצאה מחריגת השליח מהוראות השולח, כל הרווח לשליח; ואילו לפי הברייתא האחרת, כל הרווח בעיקרון לשולח[85].

כדי ליישב את הסתירה בין שתי הברייתות, התלמוד מביא את הסברו של רבי יוחנן, ולפיו

לכאורה, מפשט לשון הראב"ד, משתמע פירוש אחר, והוא שכאשר השליח היה מודע לשינוי מהוראות שולחו, המקח קיים כלפי צד שלישי, משום שרק אז יש לשולח עילת תביעה כנגד השליח על העיוות שגרם לו, ונמצא שלמעשה לא נפגעו האינטרסים שלו. ולעומת זאת, כאשר השליח פגע באינטרס של השולח בתום לב, מאחר שאין לו עילת תביעה כנגד השליח, המקח כלפי צד שלישי בטל (ונראה שכך הבין את דברי הראב"ד בחידושים וביאורים (גריינימן), בני־ברק תשס"א, בבא מציעא עד ע"א, קונטרס בענייני שליחות, ס"ק ח, ד"ה חו"מ). אם 'חזון איש' נדחק להציע הסבר אחר בדברי הראב"ד, המיוסד על השאלה על מי מוצדק יותר להטיל את הסיכון, הרי זה כנראה משום שלדעתו, שאלת מודעותו של השליח לנזק שהוא גורם לשולח אינה מעלה ואינה מורידה לעניין אחריותו כלפיו, שהרי גם פגיעה בתום לב פשיעה היא.

עוד נעיר שהקושיה שהקשינו לעיל, הערה 77, על שיטת הרשב"א מסוגיית התלמוד, בבא מציעא עו ע"א, בעניין שליח ששכר פועלים במחיר גבוה יותר ממה שאמר לו השולח, קשה גם על שיטת הראב"ד: מדוע לא נקבע שבעל הבית ישלם לפועלים כפי שהתחייב שלוחו, ושלוחו יפצה אותו?

[83] אם כי ראינו זה עתה שדעת הראב"ד (לעיל, הערה 79) היא שאם הפגיעה הייתה במודע (והשליח יכול לתקנה), פעולת השליח אינה ניתנת לביטול, והשולח תובע ממנו את תיקון העיוות.

[84] בבא קמא קב ע"א־ע"ב. סוגיה זו תשוב ותעסיק אותנו בהקשרים אחרים: שליחות נסתרת (סעיף 7); שליח הפועל לעצמו (סעיף 9); חלוקת רווחים (סעיף 10). כאן אין אנו מציגים אלא אותו חלק מן הסוגיה הרלוונטי לענייננו. לתיאור מפורט של מהלך הסוגיה, ראה דיוננו על סעיף 7, נספח ראשון, עמ' 415.

[85] אמנם הברייתא אינה קובעת שהרווח הולך כולו לשולח, אלא "הרווח לאמצע", אבל לדעת רוב הראשונים, אין זה אלא משום שמדובר כאן ב"עסקא". כלומר, היה מוסכם בין הצדדים שיחלקו ביניהם בשווה את הרווח שיצמח מפעולת השליח. מכאן שבשליחות רגילה, השולח זוכה לבדו בכל הרווח. להלן נתייחס אפוא

שתי הברייתות מייצגות דעתם של שני תנאים שונים, וכל אחת מבטאת עמדה עקרונית שונה בדינו של שליח המפר את הוראות השולח: "אמר רבי יוחנן: לא קשיא, הא רבי מאיר והא רבי יהודה. הא רבי מאיר, דאמר: שינוי קונה. והא רבי יהודה, דאמר: שינוי אינו קונה". כלומר, הברייתא הקובעת שהרווח לשליח היא אליבא דרבי מאיר, שלדעתו שליח המפר את הוראות השולח הוא כגזלן[86] ("שינוי קונה"), וממילא הוא לבדו נושא בסיכונים של פעולתו ונהנה מן הרווחים שלה. לעומת זאת, הברייתא הקובעת שהרווח, על אף החריגה, לשולח, היא אליבא דרבי יהודה, שלדעתו אין לראות בשינוי השליח מהוראות השולח משום גזלה ("שינוי אינו קונה").

ר' אלעזר מבקר את גישתו של רבי יוחנן, ולפיה אי אפשר להעמיד את שתי הברייתות אליבא דתנא אחד: "מתקיף לה רבי אלעזר: ממאי? דלמא עד כאן לא קאמר רבי מאיר אלא במידי דחזי ליה לגופיה [=מניין? אולי עד כאן לא אמר רבי מאיר אלא בדבר שהוא רוצה אותו לעצמו (כלומר, לאכילה)], אבל לסחורה, לא אמר! אלא אמר רבי אלעזר: הא והא רבי מאיר. ולא קשיא: כאן לאכילה, כאן לסחורה". כלומר, לדעת רבי אלעזר, אפשר ששתי הברייתות יצאו מתחת ידי רבי מאיר, ואין ביניהן סתירה, שכן הן עוסקות בנסיבות שונות של חריגה בהתאם למטרת השליחות. אם מטרת השליחות הייתה לקנות חיטים לאכילה, הרי שקניית שעורים במקומן מהווה חריגה מוחלטת מן ההרשאה, והופכת את השליח לגזלן, ועל כן הוא נושא בהפסד וזוכה ברווח. אבל אם השליחות הייתה למטרה עסקית (סחורה), אין כאן חריגה מוחלטת, שכן יש לשער שהשולח אינו מקפיד על חריגה מהוראותיו, ובלבד שירוויח.

מהצעתו של רבי אלעזר בהסברת הניגוד כביכול שבין הברייתות הסותרות, עולה שיש להבחין בין חריגה מוחלטת לבין חריגה שאינה מוחלטת. בעוד בחריגה מוחלטת, השליחות בטלה מאליה, בחריגה שאינה מוחלטת, אם האינטרסים של השולח לא נפגעו, השליחות תקפה. לעומת זאת, לפי הצעתו של רבי יוחנן בהסברת ניגוד זה, עולה שהשולח זוכה בפעולת השליח אף כאשר נשלח לקנות חיטים לאכילה, היינו לכאורה, גם כאשר הייתה בפעולתו חריגה מוחלטת מן ההרשאה, ובלבד שהאינטרסים של השולח לא נפגעו. שיטתו של רבי יוחנן צריכה עיון, כיוון שאף על פי שדינו של השליח אינו כדין גזלן, סוף סוף חרג מהרשאת שולחו, ונשאלת השאלה: כיצד זוכה הלה בפעולתו?[87]. האם על אף החריגה, הוא

לאותה ברייתא כאילו כתוב בה: "הותירו – הותירו לשולח". לחלוקת רווחי השליחות, ראה בהרחבה דיוננו להלן, סעיף 10.

[86] לאמתו של דבר, גם רבי מאיר אינו מתייחס לשליח כאל גזלן ממש אלא כאל לווה. ראה חזון איש, בבא קמא, סימן כא, ס"ק ב, ד"ה ויש לע'.

[87] הלוא ההלכה היא ש"המוכר לחבירו מין ממיני פירות ונתן לו מין אחר, אין כאן מכר, ושניהם יכולים לחזור בהם" (שולחן ערוך, חו"מ, סימן רלג, סעיף א, על פי המשנה, בבא בתרא ה, ו). קשה אפוא להבין כיצד ייתכן שהמקח תקף, אם השליח קנה שעורים במקום חיטים. אמנם אפשר שפעולת השליח אינה ניתנת לביטול כלפי הצד השלישי (המוכר), כגון שהשליחות הייתה נסתרת (כפי שנראה להלן, ליד ציון הערה 108, בהסבר חלקה השני של הברייתא "אם פחתו – פחתו לו [לשליח]"), ובכגון זה יש אומרים שפעולת השליח מחייבת ומזכה את השולח (ראה להלן, ליד ציון הערה 171. ראה גם דיוננו על סעיף 9, ליד ציון הערה 108). אבל מדברי הפוסקים נראה שהשולח זוכה ברווח גם כאשר פעולת השליח ניתנת לביטול כלפי צד שלישי (ראה כנסת הגדולה, חו"מ, סימן קפב, הגהות בית יוסף, אות כז). אשר על כן, עלינו למצוא הסבר נוסף לזכייתו של השולח.

עדיין נחשב שליח? או שמא זכייתו של השולח יסודה בדין אחר? בעניין זה, נחלקו הדעות בין הפוסקים מן הקצה אל הקצה:

מחד גיסא, מדברי הרא"ש[88], "דהא אכתי חשיב בשמעתין שלוחו", עולה שאם החריגה נעשתה מתוך כוונה לפעול לטובת השולח[89], ובדיעבד השולח מעוניין בה, השליחות תקפה[90]. הסיבה לכך היא ככל הנראה, שחריגה זו אינה נחשבת לחריגה מוחלטת, שכן אדם מעוניין תמיד ברווח כלכלי, אם אינו מסתכן בכך, אף שניסח את הרשאתו בצורה מצומצמת יותר[91] [92]

[88] רא"ש, בבא קמא, פרק ט, סימן יח.

[89] בלשונו של הרא"ש: "דאע"ג דשני השליח, מכל מקום אין מתכוין לקנות [לעצמו], ודעתו לזכות לצורך בעל המעות". ומפורשים עוד יותר הדברים בסמ"ג, עשה פב, הלכות שותפים, ד"ה מתוך: "אלא ודאי נחשב לענין זה כשליח גמור, מאחר שאין מתכוון לגזול, אלא מתכוון לטובת הבעלים, כדי שישתכרו בדבר".

[90] לגישה זו, הרואה את השליחות כנמשכת, על אף שהשליח חרג משליחותו, כשקנה שעורים במקום חיטים, קיים קושי בהבנת המשך הסוגיה. התלמוד מביא את תמיהתם של בני מערבא על שיטתו של רבי יוחנן. בהנחה שדבריו נאמרו גם בשליחות נסתרת (כלומר שהשליח הסתיר מן המוכר את עובדת היותו שליח), הם שואלים: כיצד יכול השולח לזכות בנכס ללא ידיעת המוכר, "דעת המקנה"? ובלשונם: "וכי מי הודיעו לבעל חטין שיקנה חטין לבעל מעות?". מתמיהתם עולה לכאורה שהם הבינו בדעת רבי יוחנן שהשליח אינו נחשב כמי שפעל בהרשאה, שאם כן, לא היה מקום לתמיהתם, הלוא גם לדעתם, כל זמן שהשליח פועל בהרשאה, אף אם הסתיר מן המוכר את דבר שליחותו, אין מקום לשאול "מי הודיעו למוכר שיקנה", שכן כדבריהם: "שאני חיטין וחיטין, דשליחותיה קעביד" (וראה תוספות, שם, ד"ה מי הודיעו לבעל חטין, שקושיית בני מערבא מכוונת רק כנגד רבי יוחנן, ולא כנגד רבי אלעזר אליבא דרבי מאיר, משום שכשמטרת השליחות היא עסקית ("לסחורה"), השליח נחשב כמי שפעל בהרשאה). בשאלה זו דן דיברות משה, בבא קמא, סימן עד, ענף ט, ואומר שכדי לפתור את בעיית "דעת המקנה", לא די שיחולו דיני השליחות, אלא יש צורך שיד השליח תהא כידו של השולח. דעתם של בני מערבא היא שגם אם זכיית השולח היא מכוח דיני השליחות, עדיין אין זה עושה את השליח כידו של בעל הבית, כל זמן שהשולח יכול להתנער מפעולת השליח בשל החריגה.

[91] והלוא כאן אינו מסתכן, שהרי "אם פחתו – פחתו לו [לשליח]". כך מדגישים: שו"ת דברי ריבות, סימן רסז ("אני אומר כי לא כל איזה שינוי שיהיה מבטל לגמרי השליחות, דהא קיימא לן בקמא [=מסכת בבא קמא] פרק הגוזל עצים, תנו רבנן, הנותן מעות לשלוחו ליקח בהם חטים ולקח שעורין, שעורין ולקח בהם חטין, אם הותירו הותירו לבעל המעות, ואם פיחתו פיחתו לשליח, משום דשינה מדעת משלחן. הרי לך דאף על גב דשינה לגמרי מדעת משלחו, מכל מקום לא אמרינן דנתבטל לגמרי השליחות, עד שנאמר אם הותירו הותירו לשליח, שהרי נתבטל לגמרי השליחות מבעל המעות, ולא חשיב שלוחו, אלא אמרינן, כיון שלא בא למשלח הפסד מאותו השנוי, ניחא ליה בשליחותיה"); מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן א ("דכיון דהמשלח הוי קרוב לשכר ורחוק להפסד, שאם הותירו, הותירו לו, ואם פחתו, פחתו לשליח, כהאי גוונא לא אמרינן כיון ששינה נתבטל שליחותו"); נפש חיה (לוריא), בבא מציעא עח ע"א, ד"ה אפילו זו עשר מילין ("וכדפירש רש"י, דאם הותירו לאו שינוי הוא, דבכל מידי דאיכא רווחא ניחא ליה". ולא ברור היכן מצא פירוש זה בדברי רש"י); אבני החושן, סימן קפג, ס"ק ח ("כיון דשינוי לא קנה, וההפסד הוא לשליח והריוח לבעלים, לא מיקרי כלל עבר על דעת משלחו"); דיברות משה, בבא קמא, סימן עד, ענף ב וענף ט.

ויש מי שמרחיק לכת עוד יותר, וקובע שאף כאשר נגרם בסופו של דבר הפסד לשולח, אין לראות בפעולת השליח חריגה מן השליחות, משום שהיה בה סיכוי לרווח. ראה שו"ת אורים גדולים, סימן לב, לימוד קצה, ד"ה ובזה: "ומה מתוק לחיכי דברי הראב"ד ז"ל, שהקדים ואמר, כיון שכל שינוי שהשליח משנה לעוות מקחו בטל, דכוונתו לומר לעוות דווקא, ואינו מעותד לריוח כלל, אז אנו אומרים בטל מקח" (וראה דבריו שם, לימוד קצד, ד"ה והנה ראיתי, שהסיק מדברי הרא"ש שהשליח אף רשאי לכתחילה לחרוג חריגה מעין זו מהוראות שולחו. אבל ראה מה שהערנו על דבריו בדיוננו על סעיף 8, ליד ציון הערה 125). נמצא אפוא

(דומה שאין הדברים אמורים אלא בחריגה שלשולח עשוי היה להיות עניין בה לגופה, כגון שהוא זקוק הן לחיטים והן לשעורים[93], אבל אין די ברווח גרידא לראות בחריגה פעולה בהרשאה).

מאידך גיסא, פוסקים אחרים[94] סבורים שמשעה שחרג השליח מהוראות שולחו, אף אם השליחות הייתה לסחורה[95], הריהי בטלה מאליה. אמנם נקבע שהשולח זוכה ברווח, אבל אין זה מכוח דיני השליחות אלא מכוח דינים אחרים, החלים כאן משום שהנכס נקנה בכספו של השולח, היינו: (א) "זכין לאדם שלא בפניו"[96], כלומר, על אף שהשליח חרג משליחותו, סוף סוף הוא התכוון לזכות בפעולתו את שולחו[97]; (ב) השולח זוכה בבעלות על השעורים מכוח

שגם כש"פחתו", השולח אינו יכול לבטל את השליחות, ואין לו אלא זכות לפיצויים. כעין זה ראה דעת 'הרב המורה', המובאת במחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן א, ד"ה ראיתי, ולפיה: "דשליח ששינה נתבטל שליחותו היינו היכא ששינה ולא לתועלתו של המשלח, אבל היכא שהשינוי היה לתועלתו של המשלח, כנדון דידן, לא נתבטל שליחותיה, וכופין למשלח לקבל המקח". ואולי גם הוא לא נתכוון לפטור את השליח מתשלום פיצויים במקרה של הפסד. וראה להלן, הערה 103, דיוננו בדברי 'חזון איש' בשאלה זו.

[92] וראה מהר"ש גאביזון (מובא בשו"ת מהרש"ך, חלק ג, סימן סה, ד"ה עוד כתב כ"ת הנה הרמב"ם; ובשו"ת מהריט"ץ, סימן קכט, ד"ה גם משכתב בתחלת דבריו), המניח שהרמב"ם מבחין בין חריגה מוחלטת (שהרמב"ם מכנה אותה לדעתו "מעביר על דבריו") ובין חריגה שאינה מוחלטת (שהרמב"ם מכנה אותה "משנה מדעת בעל הבית"), ובלשונו: "שהמעביר בטל שליחותו לגמרי, והמשנה אינו כן, אלא עדיין תורת שליחות עליו" (ראה על כך דיוננו לעיל, הערה 49). לדעתו, שליח הקונה שעורים במקום חיטים הוא בגדר "משנה" ולא "מעביר". אבל ראה מהרש"ך ומהריט"ץ שם, שדחו את דבריו, משום שלדעתם דיוקים לשוניים אלה בדברי הרמב"ם אינם עומדים במבחן הביקורת, שכן הרמב"ם אינו משתמש בהם בעקיבות.

[93] וכעין העולה מן המסופר באגדת החורבן, גיטין נה ע"א, בעניין שלוחה של מרתא בת בייתוס, עשירת ירושלים בתקופת המצור, שלו היה סוטה מהרשאתו וקונה פת נקייה במקום סולת שאזלה מן השוק, היה נחשב עדיין כפועל בשליחותה.

[94] לרשימת פוסקים אלו, ראה להלן, הערות 95־99.

[95] כך מדגיש במפורש משנה למלך, הלכות שלוחין ושותפין, פרק א, הלכה ה: "דלרבי יוחנן במידי דסחורה נמי חשיב שינוי, אם שינה". וראה עוד שו"ת מהרש"ך, חלק ג, סימן סו, ד"ה ואין לומ': "ועל כרחך כשנתן לו לקנות לאכילה, השינוי ברור מאותה שעה, ובודאי דלאו ברשות בעלי המעות קאי, ואין צריך לתלות בשינוי זה עד יגיע ליד המשלח. מעתה הוא הדין בלסחורה, דודאי מאותה שעה נתבטל, דאם איתא דלסחורה, הדבר תלוי עד נראה אולי ימצא ריוח בקנין השליח יותר אם היה קונה ממה שציוה המשלח, אם כן לאו חד דינא אית להו".

[96] על כלל זה, ראה הנספח להלן, עמ' 767.

[97] ראה חידושי הרשב"א, בבא קמא קב ע"ב, ד"ה ואחיכו עליה: "ולרבי יהודה דקימא לן כוותיה, בין לסחורה בין לאכילה, ואף על פי ששינה לגמרי, אם הותירו הותירו לבעל המעות, דדעתו של שליח אינו לקנות ולזכות לעצמו אלא לבעל המעות". על שיטה זו של הרשב"א, עמד מהר"א מונסון, המובא בשו"ת מהרש"ך, חלק ג, סימן סה, ד"ה ועוד דענין זה של מעביר: "והטעם משום דזכין לאדם שלא בפניו. תדע דהוצרך הרשב"א ליתן טעם לזכייה זו, מפני שנתכוין השליח לזכות לבעל הבית. הא לאו הכי, בטלה שליחותו". ההשערה היא שרצונו של השליח לזכות את שולחו, משום שאינו רוצה להיעשות גזלן על מעותיו (ועל כן אין לומר שדעתו לקנות לעצמו כדי לחזור ולמכור לשולח). כך כותב מהר"א מונסון (דבריו הובאו בשו"ת מהרש"ך, חלק ג, סימן סו, ד"ה והשתא) בדעת התוספות, רש"י והרא"ש: "ואין למשלח זכות אלא מפני שהשליח אינו רוצה לעשות עצמו גזלן". וכך נקט גם בדעת הראב"ד (שם, ד"ה ומיהו). כשיטה זו, ולפיה השולח זוכה מדין "זכין", נוקטים גם: שו"ת אוהלי יעקב (מהריק"ש), סימן מה, בדעת הרמ"ה; מחנה אפרים, שלוחין ושותפין, סימן א, ד"ה ואני, בדעת הרא"ש (אבל בהמשך דבריו הוא חוזר בו, כפי שכבר ראינו, וקובע: "דאף על פי ששינה השליח בשליחותיה, כיון דלהרווחת המשלח ולתועלתו נתכוון, לא בטיל

העובדה שנקנו בכספו, ובעלותו בכסף הומרה בבעלות בשעורים, היינו זכות של עקיבה[98]; (ג) קנס, שאמנם מעיקר הדין השליח היה צריך ליהנות מן הרווח, שכן בטלה שליחותו עקב החריגה, אבל חכמים קנסו אותו על שחרג משליחותו, וזיכו ברווח את השולח[99]. על כל פנים, לדידם, סוגייתנו אינה יכולה לשמש בסיס לדיון בחריגה שאינה מוחלטת[100].

בתווך יש הטוענים שההבחנה בין שליחות לסחורה ושליחות לאכילה עשויה להיות מקובלת גם על דעתו של רבי יוחנן (אף שלא אמר זאת במפורש): אם השליחות הייתה לסחורה, חריגת השליח אינה חריגה מוחלטת, ואם השולח מעוניין בה משום שהביאה לו תועלת, הוא זוכה בה מכוח דיני השליחות. לעומת זאת, אם השליחות הייתה לאכילה, חריגת השליח היא חריגה מוחלטת[101], ואף אם הביאה תועלת לשולח והוא מעוניין לזכות בה, השולח אינו זוכה בה

שליחותיה"); צור תעודה, הלכות שלוחין, פרק א, הלכה ה (מז ע"א), ד"ה והנה מוהריק"ו. וראה להלן, ליד ציון הערה 127.

98 על פי גישה זו, העובדה שהנכס נקנה בכספו של השולח די בה להסביר את זכייתו. הנכס שבידי השליח הוא מעין תחליף למעותיו של השולח, ובלבד שהשולח חפץ בכך. ראה לדוגמה: שו"ת נהרי אפרסמון, חו"מ, סימן יד, ד"ה אבל מבואר: "שמעות המשלח היא בסחורה שלקח [השליח]". וראה ביתר הרחבה, אוסף חידו"ת (קוטלר), סימן יח, אות ג ואילך. וראה להלן, סעיף 9, הערה 136, וסעיף 17, הערה 67.

99 ראה שו"ת זרע אברהם, חו"מ, סימן כד, ד"ה נחזור לענינינו (בדעת רש"י): "דאם פחתו פחתו לשליח, דנתבטל השליחות מכל וכל באותו מקצת, וקמה ליה ברשותיה, ומה שקנה – לעצמו קנה. אמנם לענין אם הותירו לא אמרינן הכי... וטעמא כמו שכתב רש"י [בבא קמא ק ע"ב, ד"ה ר' יהודה אומר, בעניין הצבע ששינה וצבע שחור במקום אדום], דקנסא הוא דקניס רבי יהודה שיהא ידו על התחתונה" (והשווה דיוננו על סעיף 9, הערה 177, שיטת המבי"ט, ולפיה רש"י מתכוון להסביר שדין "פחתו – פחתו לו" הוא משום קנס). וכן ראה שו"ת הראנ"ח, סימן מד (בדעת הרמב"ם. ראה להלן, בדיוננו על סעיף 9, הערה 303). וראה עוד שו"ת מהרש"ך, חלק ג, סימן סו, ד"ה ומיהו אם ישבע, תשובת ר' אברהם מונסון (בדעת הרמ"ה): "עוד הוסיף הרמ"ה ז"ל בפריטיו [מובא בשיטה מקובצת, בבא קמא קב ע"ב, ד"ה וז"ל הרמ"ה בפרטיו] טעם בקניית המשלח, משום דקנסינן לשליח ששינה, כלומר לא מפני שהדין כך". אבל השווה דיוננו להלן, סעיף 10, ליד ציון הערה 114. לפי המובא שם, כוונת הרמ"ה אינה לבסס על קנס את זכיית השולח אלא את שלילת זכייתו של השליח בחלק מן הרווח, אף על פי שהוא גרם לרווח זה, כשחרג מהוראות שולחו.

100 וקשה לדעת אם פוסקים אלה מכירים סוג זה של חריגה.

לעיל, הערה 90, כבר הזכרנו את תמיהתם של בני מערבא על שיטתו של רבי יוחנן; בהנחה שדבריו נאמרו גם כשהשליח הסתיר את דבר שליחותו, הם שואלים: כיצד יכול השולח לזכות בנכס בלא ידיעת המוכר? ובלשונם: "וכי מי הודיעו לבעל חטין, שיקנה חטין לבעל מעות?". שאלה זו מובנת אם מניחים שהבסיס לזכיית השולח הוא דין "זכין לאדם שלא בפניו", שכן לדעת בני מערבא, אין די בכוונת השליח, שגם המוכר (המזכה) צריך להתכוון להקנות למקבל. לעומת זאת, אין מקום לכאורה לשאלתם לפי הגישה המוצעת כאן, שהרי אכן מעיקר הדין השליח הוא שזוכה בנכס, ורק תקנת חכמים היא שמעבירה את הנכס לרשות השולח! וכעין זה הקשה פני יהושע, בבא קמא קב ע"ב, ד"ה בגמרא וכי, ונשאר ב"צריך עיון". לכאורה, קשה להבין את שאלת בני מערבא גם לפי השיטה המבססת את זכיית השולח על עקיבה. וראה אוסף חידו"ת (לעיל, הערה 98), המסביר שככל הנראה בני מערבא אינם מכירים מושג זה, ולכן שאלו כפי ששאלו.

101 גישה זו הועלתה על ידי שניים מן האחרונים:

(א) אור שמח, הלכות שלוחין ושותפין, פרק ה, הלכה ב, ד"ה המשל"מ. הוא מביא את דברי הפוסקים שביקשו לדייק מלשונו של הרמב"ם, שם, שהשליח נושא באחריות רק אם היה קשר סיבתי בין החריגה לבין הפחת (ראה דיוננו בעניין זה להלן, סעיף 9, ליד ציון הערה 188). לדעתו, אין לקבל את דבריהם אלא בשליחות לצורכי מסחר, שבה עוסק הרמב"ם באותה הלכה, ולא בשליחות לצריכה ביתית

מכוח דיני השליחות אלא מכוח אחד הדינים שראינו לעיל[102]. מפרשים אלה מקבלים אפוא את המושג חריגה שאינה מוחלטת בסטיית השליח מן ההרשאה, אלא שהם מצמצמים את הגדרתו לעומת שיטת הרא"ש.

ב. לאחר שהסברנו מדוע על אף החריגה, השולח זוכה בפעולת השליח, נדון בהסדר שנקבע בברייתא כאשר נפגעו האינטרסים של השולח בעקבות החריגה. הברייתא קובעת: "אם פחתו – פחתו לו [לשליח]". כפי שנראה, כוונת הברייתא היא שהשליחות ניתנת לביטול, ולא שהיא בטלה מאליה[103]. ואכן יש המציעים[104] לפרש כך את דברי הרמב"ם[105] בעניין שותף:

("לאכילה"). בשליחות לצריכה ביתית, אם השליח קונה שעורים במקום חיטים, הרי שחרג משליחותו חריגה מוחלטת, ובטלה שליחותו מאליה, ועל כן הוא נושא בכל הסיכונים (והרווחים פרי החריגה הם ככל הנראה לשולח מכוח אחד הדינים שהוזכרו לעיל). לעומת זאת, בשליחות לסחורה, אם השליח קונה שעורים במקום חיטים, אין כאן חריגה מוחלטת, והשליחות עומדת בתוקפה, ועל כן השליח אינו נושא בסיכונים אלא במידה שהיו קשורים בחריגה, שאז יוכל השולח לטעון כלפיו "לתקן שלחתיך ולא לעוות" (ואם היה רווח, השולח זוכה בו מכוח דיני השליחות).

(ב) הבחנה זו עולה גם מביאור הגר"א, חו"מ, סימן קעו, ס"ק סג (בדעת הרי"ף והרמב"ם, שפסקו לדבריו כבני מערבא בעניין שותף שקנה שעורים במקום חיטים לסחורה, משום שהדרישה שהמוכר יתכוון להקנות לבעל המעות [על דרישה זו, ראה להלן, סעיף 7, פרק שני, א(3), עמ' 397] מתקיימת באמצעות השליח, שכן חריגה זו אינה נחשבת לחריגה מוחלטת). נוסיף שמדברי הגר"א, עולה שבשליחות לצריכה ביתית (שבה קניית שעורים במקום חיטים נחשבת לחריגה מוחלטת), הרמב"ם והרי"ף מבחינים בין שליחות ובין שותפות: בשליחות, הרווח הולך לשולח, ואילו בשותפות, הרווח אינו מתחלק בין השותפים, ולא ברור מהו הגיונה של הבחנה זו. לדעת הר צבי, על טור, חו"מ, סימן קעו, הגיונה של ההבחנה הוא, ששליח שחרג מהרשאתו וקנה שעורים במקום חיטים, חזקה עליו שעשה כן מתוך כוונה לזכות את שולחו, מה שאין כן שותף הקונה גם לעצמו, ואם כן אפשר שהתכוון לקנות רק לעצמו ולא לשותפו [נציין שדברי הגר"א מבוססים על ההנחה שתיתכן שותפות גם באכילה, אבל יש המשיגים על כך. ראה: אבן האזל, הלכות מלווה ולווה, פרק א, הלכה ה, ד"ה ומה שחילק הרי"ף. הר צבי, שם, השיב על דבריו, אבל ראה שו"ת חדות יעקב (מייזליש), סימן יח, שהשיג על 'הר צבי'].

102 ראה לעיל, ליד ציון הערות 96, 98, 99.

103 וכמו שראינו לעיל (ליד ציון הערה 44), כשדננו בשליחות שנעשתה תוך פגיעה באינטרסים של השולח (כגון שקנה השליח נכס במחיר הונאה או שקנה קרקע שלא באחריות). הדברים אמורים כמובן לאותם פוסקים שסקרנו לעיל, הרואים בקניית חיטים במקום שעורים משום חריגה שאינה מוחלטת, שבה השליח נחשב עדיין לשליח. לפוסקים הסבורים שקניית חיטים במקום שעורים היא חריגה מוחלטת, ברור שפעולת השליח בטלה מאליה, אם כי היא עשויה לזכות את השולח מכוח דינים אחרים, כפי שראינו לעיל. ויש מקום לשאול אם אותם דינים חלים גם כאשר בסופו של דבר התברר שפעולת השליח הביאה להפסד: למי שמבסס את זכיית השולח על דין "זכין", דומה שהוא הדין גם אם "פחת" ערך השעורים, שכן הזמן הקובע הוא זמן הקנייה, ובאותו זמן לא היה הפסד (אבל השווה: עולת שמואל (זיברטנסקי), סימן נג, ד"ה וקושיא; שו"ת נחלת שמעון (זרחי), סימן מ, ד"ה הספק השלישי); ואילו למי שמבסס את זכיית השולח על דין עקיבה, דומה שדין זה חל גם כש"פחת" ערך השעורים, אם השולח מעוניין בכל זאת לזכות בהם, שכן השעורים הם תחליף לכספו של השולח. אבל דומה שלפי מי שמבסס את זכיית השולח על קנס, פעולת השליח בטלה מאליה, שכן תקנת חכמים היא למנוע ממנו רווח. אבל אם נגרם הפסד, לא אכפת לנו שיזכה השליח. ואם כן, יש להחיל את עיקר הדין, והשולח אינו יכול אפוא לאמץ את פעולת השליח, אם היא גרמה בסופו של דבר להפסד.

אפשרות אחרת לפרש את דין "פחתו – פחתו לו" היא שהשליחות תקפה ואינה ניתנת לביטול, ואין לשולח כלפי השליח אלא תביעת פיצוי על ההפסד שגרם לו. ראה לעיל, הערה 91, בשם שו"ת אורים גדולים. לכאורה, כך נוקט גם חזון איש, בבא קמא, סימן כא, ס"ק ט, ד"ה ומיהו אפי': "ואין לקיחת שעורים [במקום חיטים] בשם עיוות, דאין ידוע איזה יוכשר טפי, זה או זה. לכן נהי דיכול לתבוע פחתא, אבל לתבוע כסף

"ולא יתעסק בסחורה אחרת [כלומר שלא יקנה חיטים במקום שעורים]... עבר ועשה שלא מדעת חבירו, ואחר כך הודיעו ואמר לו 'עשיתי כך וכך', והסכים למעשיו[106], הרי זה פטור".

נשאלת השאלה, כשלא השלים השולח עם הסטייה מהוראותיו: מדוע נקבע שהשליח נושא בהפסד, ולא נקבע שהמצב חוזר לקדמותו ושעל המוכר לשאת בהפסד?[107].

הפתרונות שהוצעו לשאלה זו דומים לאלה שסקרנו לעיל, כששאלנו את השאלה הזאת בסוגיית "ההיא איתתא", שבה הטיל רב נחמן את הסיכון בגין קניית שדה שלא באחריות על השליח, ולא פסק שהמצב חוזר לקדמותו:

(1) כמו שם, גם כאן, יש אומרים שההפסד אינו רובץ על המוכר אלא על השליח, משום ההנחה שהלה לא הציג עצמו כשליח בפני הצד השלישי (המוכר), היינו הוא פעל כשליח נסתר[108]. אך אם הציג את עצמו כשליח בפני הצד השלישי (המוכר), חוזר המצב לקדמותו, והצד השלישי נושא בהפסד.

(2) כמו שם, גם כאן, הרמ"ה טוען שהפתרון טמון בדיני הראיות. מאחר שהצד השלישי, המוכר, מוחזק בכספו של השולח, הוא יכול להטיל על השולח את חובת ההוכחה שהשליח סטה מהוראותיו. ואף אם יוכיח השולח שהשליח סטה מהוראותיו, אפשר שהשולח ייפה את כוחו של שלוחו בין לתקן בין לעוות (כך שקניית שעורים במקום חיטים נחשבת עדיין לפעולה בהרשאה). אשר על כן, על אף החריגה, פעולת השליח מחייבת את השולח כלפי הצד השלישי, והשליח נושא באחריות כלפי השולח[109].

דוקא [כלומר לבטל את השליחות], אינו זכאי". אבל ראה דבריו שם, ס"ק כא, שראה צורך להסביר מדוע משנתבע השליח לשלם פיצויים, אינו יכול לדרוש את ביטול המקח (ראה להלן, הערה 110), ומכאן שלדידו נחשב השליח כמי שחרג מהרשאתו, ולא כפי שכתב בעל שו"ת אורים גדולים. וצריך עיון בדעת 'חזון איש'.

104 ראה: שו"ת ראנ"ח, סימן סד; שו"ת מהריט"ץ החדשות, סימן קפד; דרישה, חו"מ, סימן קעו, ס"ק טז. אבל השווה כסף משנה (שהובא לעיל, הערה 46). גם אם לא מפרשים כך את דברי הרמב"ם, מן ההקשר נראה ברור שהרמב"ם רואה את סוגיית חיטים ושעורים כאחת הדוגמאות הקלסיות של חריגה מעין זו. ראה שם, הלכה ב.

105 רמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק ה, הלכה א. הובא לעיל, ליד ציון הערה 45, בדיוננו על פגיעה באינטרס.

106 דומה שהשולח יכול לאשר את פעולת השליח גם אם באותה שעה כבר אירע פחת בנכס שקנה השליח, כפי שעולה מדיוקו של הרשב"ש, לעיל, הערה 49.

107 וכן יש לשאול גם לאלה הסבורים שדין חריגה זו כדין חריגה מוחלטת, והשליחות בטלה מאליה. יש להתפלא שלמעט הרמ"ה (ראה להלן), הראשונים לא דנו בשאלה זו (מבין האחרונים יש שהסיקו מן העובדה שהשליח נושא בהפסד, אם "פחתו", שגם ב"פחתו", השליחות תקפה, ואינה ניתנת לביטול על ידי השולח. ראה שו"ת אורים גדולים, לעיל, הערה 91).

108 כך בלאו הכי עולה מהמשך הסוגיה לדעת רוב הראשונים, כפי שכבר הערנו לעיל, הערה 90 והערה 100. וראה: שו"ת מהרש"ך, חלק ג, סימן סו, ד"ה וכן הביא; שו"ת מהריט"ץ, סימן קכט, ד"ה הנה עיני כל רואיהם וד"ה והשתא; קצות החושן, סימן קפג, ס"ק ג. פוסקים אלה העירו שלפי אותם הראשונים המעמידים את הסוגיה בשליחות נסתרת, יש ממילא פתרון לשאלה מדוע השליח נושא בהפסד.

109 ראה רמ"ה, הובא בשיטה מקובצת, בבא קמא קב ע"ב, ד"ה וז"ל הרמ"ה: "ואי לא אתברר דבעל הבית שויה שליח למזבן ליה האי מידי סתמא, מצי מוכר למימר, דילמא כי עביד, שליחותיה דבעל הבית עביד, אי נמי רשותא יהב ליה אפילו לעוותי [=ואם לא הוכח שבעל הבית עשה אותו שליח לקנות דבר זה בסתם, יכול המוכר לומר, שמא מה שעשה (השליח), בשליחות בעל הבית עשה, או גם (יכול המוכר לטעון), רשות נתן לו אפילו אם יעוות]". כבר הערנו (לעיל, הערה 108), שסוגיה זו עוסקת בשליחות נסתרת. לפי זה, עולה לכאורה שאם יוכח שהקונה פעל כשליח ושהשליחות לא הייתה "בין לתקן בין לעוות", כי אז

(3) כמו שם, וביתר שאת גם כאן, יש המסבירים שמאחר שהשליח הטעה ביודעין את המוכר לחשוב שיש בידו הרשאה לקנות שעורים, הריהו מתחייב אישית (לשיטת הרשב"א, כלפי הצד השלישי, ולשיטת הראב"ד, כלפי השולח). אמרנו ביתר שאת, משום שבשונה משליח שקנה שדה בלא אחריות, שם צריך היה הדבר לעורר את חשדו של המוכר (ומשום כך יש אומרים שעליו לשאת בסיכון של ביטול השליחות על ידי השולח), כאן לא הייתה למוכר סיבה לחשוד שהשליח מטעה אותו ופועל בחריגה מהרשאתו[110], ומשום כך על השליח לשאת בהפסד.

המקח בטל, והשליח אינו מתחייב אישית כלפי הצד השלישי. לשון אחר, לשיטת הרמ"ה, לעניין אחריותו של השליח כלפי הצד השלישי, אין לכאורה הבדל בין שליחות גלויה לבין שליחות נסתרת. אבל השווה לעיל, הערה 55, שכל זה אמור רק כאשר השליח פועל בכספו של השולח.

110 ראה שו"ת מהריט"ץ, סימן קכט, ד"ה והשתא: "אמנם, באמר לו חטים וקנה שעורים, כיצד יחזור על המוכר, והרי הוא מודה שאמר לו חטים, ועם כל זה קנה שעורים?! אומר לו המוכר 'הכה רישך בהר' [על פי חולין לט ע"ב, ורש"י שם], הרי כבר אמר לך בפירוש 'לא תקנה אלא חטים', ואתה קנית שעורים, בודאי שכונתך לומר, הגם שלא ירצה, אקחם אני, הילכך אין יכול לחזור ולבטל המקח. ותירוץ זה נראה בעיני נכון" (לדעת מהריט"ץ, סברה זו מקובלת על הראב"ד, בעל ההשגות, לעיל, הערה 59). מניסוח הדברים ניכר שמהריט"ץ נוקט כשיטת הרשב"א, ולפיה בפגיעה במודע בשולח, נקשרים יחסי שליח וצד שלישי, אף שהשליחות הייתה גלויה.

וראה גם חזון איש, בבא קמא, סימן כא, ס"ק כא, ד"ה ק"ב ע"ב, שמציע להסביר כן בדעת התוספות (בבא קמא קב ע"ב, ד"ה שאני), המעמידים את דעת רבי יוחנן בסוגיה בשליחות גלויה, ולא בשליחות נסתרת (כשהוא דן בשאלת קצות החושן, סימן קפג, ס"ק ג, שאם בשליחות גלויה עסקינן, הלוא הדין הוא שהמצב חוזר לקדמותו, ומדוע אפוא פחתו לשליח?): "ויש לומר שלא דמי לנתאנה פחות משתות או שלקח שלא באחריות, שהרי לא אמר לו השליח דמשלח אמר לו לקנות שלא באחריות ולא להוסיף על המקח פחות משתות, ועל המוכר ליזהר שלא יהא עיוות במקחו של השליח, דאם כן בטל שליחותו. אבל הכא אמר לו השליח שהוא שליח לקנות שעורים, ואם כן אין השליח יכול לתבוע למוכר שיבטל המקח, וכדין לקח סתם, ולא הודיעו שהוא שליח [היינו בשליחות נסתרת], ובכגון זה, דעת המשלח לתבוע את השליח, וכן דעת השליח לשאת את אחריות העיוות, וכדין לקח סתם" (אמנם יש מקום לשאול, הלוא בדין "לקח סתם ולא הודיעו שהוא שליח", התוספות עצמם מתלבטים אם הקנייה מחייבת את השליח, כפי שנראה להלן, הערה 230. וצריך עיון). מניסוח הדברים ניכר ש'חזון איש' נוקט כאן כשיטת הראב"ד המובא בשיטה מקובצת, ולפיה בפגיעה במודע בשולח, נקשרים יחסי שולח וצד שלישי, והשולח תובע פיצוי מן השליח (והשווה לעיל, הערה 60, שלדעת שו"ת נאות דשא, דעת התוספות כדעת הראב"ד בהשגותיו).

והשווה עוד שו"ת מהרש"ך, חלק ג, סימן סו, ד"ה וכן הביא (עג ע"ב). לדעתו, הפתרון ביישוב שיטת התוספות הוא שדין "פחתו – פחתו לו" לא נאמר אלא בשליח הפועל כשותף (הטעם שהוא מציע להבחין בין שותף לבין שליח בעניין זה אינו ברור, ושמא כוונתו לתקנת חכמים, כפי המובא להלן, הערה 295), אבל בשליח רגיל, אכן חוזר המצב לקדמותו, והמוכר הוא שנושא בהפסד. אחרים הציעו לומר שהתוספות נוקטים כשיטת הרמ"ה. ראה: קצות החושן, סימן קפג, ס"ק ג (אלא שנשאר שם ב"צריך עיון", לאור דברי הסמ"ע, חו"מ, סימן קפה, ס"ק יב); שו"ת מעין גנים (עבאדי), חו"מ, סימן ז, ד"ה כי ע"כ. והשווה פני יהושע, בבא קמא קב ע"ב, סוף ד"ה בד"ה שאני חיטין. וראה עוד: כנסת הגדולה, חו"מ, סימן קפב, הגהות בית יוסף, אות כז; צור תעודה, הלכות שלוחין, פרק א, הלכה ה (מו ע"ב), סוף ד"ה והנה. לדעתם, אמנם השליח הודיע למוכר שהוא קונה עבור אחר (ובכך נפתרה בעיית דעת המקנה), אלא שהוא לא הודיע לו שהוא שלוחו, ולכן יכול לטעון המוכר: "סבור הייתי שאתה הקונה ומזכה לאחר". וראה עוד אבן האזל, הלכות שלוחין ושותפין, פרק א, הלכה ג, ד"ה ונראה ולפרש, שכתב מעין דברים אלו בשיטת הרמב"ם בסוגיית "ההיא איתתא".

לאחר שסקרנו את הסוגיות התלמודיות המרכזיות בעניין חריגה מהרשאה וניתחנו את שיטות הראשונים באותן סוגיות, עלינו לפרט באופן שיטתי את המסקנות המשפטיות העולות ממקורות אלה לעניין שלוש מערכות היחסים בשלישייה, השולח והשליח וצד שלישי. ביחסי השולח וצד שלישי, נברר באיזו מידה נוצר קשר משפטי ביניהם, והאם המשפט העברי מכיר באפשרות של אישור בדיעבד המוכרת בחוק? ביחסי השליח וצד שלישי, בהנחה שלא נוצר קשר משפטי בין הצד השלישי לשולח, נדון בשאלה: האם הצד השלישי יכול לראות את השליח כבעל דברו? או לחלופין, האם הוא יכול לתבוע ממנו פיצויים על הנזק שגרם לו? או שמא עליו לשאת בסיכונים של חריגת השליח? לעניין יחסי השולח עם השליח, נדון בשאלה: מהן זכויותיו של השולח כלפי שלוחו, כאשר הלה חרג מהרשאתו, הן חריגה מוחלטת הן חריגה שאינה מוחלטת?

פרק שלישי

יחסי השולח וצד שלישי

א. השולח משלים עם החריגה – "אישור בדיעבד – כהרשאה מלכתחילה"

לאור הדברים שהעלינו לעיל, נדון עתה בתוצאות חריגת השליח, כאשר השולח מבקש להשלים עם החריגה, ונחלק את דיוננו לשני חלקים: תחילה נדון בתוצאות המשפטיות של פעולה שנעשתה על ידי השליח בהיעדר הרשאה או בחריגה מוחלטת מהרשאה, שבה השליחות בטלה מאליה, ולאחר מכן נדון בתוצאות המשפטיות של פעולה שנעשתה תוך פגיעה באינטרס של השולח, שבה השליחות אינה בטלה מאליה, אלא ניתנת לביטול מכוח הטענה "לתקן שלחתיך ולא לעוות" (והוא הדין, לדעת חלק מן הפוסקים, בשליחות שנעשתה תוך סטייה מהוראות השולח אך אינה עולה כדי חריגה מוחלטת).

(1) היעדר הרשאה וחריגה מוחלטת מן ההרשאה

(א) אין אישור בדיעבד במשפט העברי

שליח שפעל בלא הרשאה או שחרג מהרשאתו חריגה מוחלטת (היינו שחרג באופן שברור שהשולח מקפיד עליו), ודאי שאינו מחייב ומזכה בפעולתו את מי ש"השליח" התיימר לפעול בשמו. עם זאת, המחוקק קובע שהשולח יכול "לאשר את הפעולה בדיעבד; ואישור בדיעבד כהרשאה מלכתחילה". וכבר עמדנו במבוא[111] על הסייגים לאישור בדיעבד ועל חלק מן הבעיות העיוניות והמעשיות שהוא מעורר.

לפי המשפט העברי, אם לא היו יחסי שליחות בין השולח לבין השליח, אין הסדר המאפשר לשולח לאשר את הפעולה למפרע ולהפוך אותה לפעולה שנעשתה בהרשאה[112].

[111] לעיל, ליד ציון הערה 6.

[112] ראה שו"ת הרשב"ש, סימן עט, ד"ה ואם. וכן בד"ה עוד: "וכל שבשעת מעשה לא היה לו חלות, אי אפשר לו לחול אחר מיכן".

הוא הדין בשליח שחרג חריגה מוחלטת מן ההרשאה שקיבל[113]. כך פסק 'משנה למלך'[114] בעניין שליח שנשלח לקדש אישה על תנאי, וקידש אותה בלא תנאי[115]. הוא קובע שאף אם לאחר מעשה הסכים השולח לפעולת השליח, אין תוקף לקידושין, מפני שהשליח חרג מן השליחות חריגה מוחלטת, כשקידש את האישה בלא תנאי בניגוד להוראת השולח, והוויתור של השולח על התנאי לאחר מעשה אינו מועיל, מאחר ש"כבר נתבטל המעשה"[116].

(ב) דין "זכין לאדם שלא בפניו" לעומת אישור בדיעבד

אין להסיק מן האמור לעיל שבכל מקרה אין תוצאה לפעולה שעשה השליח בשם השולח. כלל הוא במשפט העברי: "זכין לאדם שלא בפניו"[117]. כלומר, אפשר לעשות פעולה משפטית שהיא לזכותו של אדם אף שלא בידיעתו, כפי שפוסק הרמב"ם[118]: "המזכה לחבירו במתנה על ידי אחר, כיון שהחזיק בה האחר, כגון שמשך המטלטלין או הגיע שטר קרקע לידו או החזיק בקרקע, זכה חבירו, אף על פי שלא הגיעה מתנה לידו. ואין הנותן יכול לחזור בו. אבל המקבל, ידו על העליונה: אם רצה, מקבל; ואם לא רצה, לא יקבל. שזכין לאדם שלא בפניו, ואין חבין לו אלא בפניו. וזכות היא לו שתנתן לו מתנה, אם ירצה. אבל אם לא ירצה, אין נותנין מתנה לאדם בעל כרחו". נמצא אפוא שפעולת השליח, על אף החריגה שבה, עשויה לזכות את השולח[119].

113 יש להזכיר שלפי שיטת הרמ"ה, פעולתו החריגה של השליח עשויה לחייב את השולח כלפי צד שלישי, אם לא יעלה בידו להוכיח שלא מינה את שלוחו "בין לתקן בין לעוות". ראה לעיל, ליד ציון הערה 66. וראה ביתר הרחבה להלן, ליד ציון הערה 202 ואילך, וליד ציון הערה 279 ואילך. ודומה שדבריו אמורים גם בחריגה מוחלטת, כפי שעולה מלשונו המובאת לעיל, הערה 109, בעניין מי שקנה שעורים במקום חיטים.

114 משנה למלך, הלכות אישות, פרק ז, הלכה כ.

115 והשווה יד המלך, הלכות אישות, שם. לדעתו, אי־הזכרת התנאי על ידי השליח אינו עולה כדי חריגה מוחלטת, משום שהשולח עצמו רשאי לוותר על התנאי. וראה אוצר הפוסקים, אבן העזר, סימן לה, ס"ק מג, אות ב.

116 לשונו של שו"ת דברי חיים (מצאנז), חלק א, אבן העזר, סימן פו.

כעין זה ראה גם שו"ת מהרי"ק, שורש כז. תשובה זו עוסקת בשליח שנשלח על ידי כוהן לתת גט לאשתו, באופן שבהגיע תאריך מסוים הגט ייכנס לתוקפו למפרע מיום מתן הגט (כך ביקש הבעל לפטור את אשתו מייבום וחליצה, שכן אם תהיה גרושה, לא תהיה זקוקה עוד לייבום). הבעל ביקש מן השליח שיתנה את תוקפו של הגט בכך שבתאריך המיועד, הוא, הבעל, כבר לא יהיה בין החיים (כך ביקש הבעל להבטיח שאם לא ימות, תוכל אשתו לחזור אליו, על אף שהוא כוהן). השליח חרג מהוראות שולחו וגירש את האישה בלא תנאי. בפועל, בשעה שהגט היה אמור להיכנס לתוקף, הבעל כבר לא היה בין החיים, והתברר אפוא שהשמטת התנאי לא פגעה למעשה בקיום רצון הבעל. המהרי"ק פוסל בכל זאת את הגט, כשהוא מנמק את פסקו בעובדה שהשליח פעל בלא הרשאה בשעה שהשמיט את התנאי, ועל כן מתן הגט היה נעדר תוקף. העובדה שמתברר למפרע שהשמטת התנאי לא פגעה בשולח, אין בה כדי להכשיר את הפעולה למפרע (וראה אוצר הפוסקים, אבן העזר, סימן לה, ס"ק מג, אות ב). וראה גם שו"ת חתם סופר, אורח חיים, סימן קט, שפוסל מכירת חמץ על ידי שליח אם השליח חרג משליחות ומכר רק חלק מן החמץ, וזאת אף שבדיעבד וודאי מעוניין השולח במכירה זו לפחות (כדי שלא יוגדר כל חמצו כחמץ שעבר עליו הפסח). והשווה: שו"ת לחם רב, סימן קז; שו"ת נאות דשא (אייבשיץ), סימן נח, שעולה מדבריהם שאף שהייתה חריגה מוחלטת מן ההרשאה, אם השולח מתרצה לבסוף בפעולתו של השליח (לפני שהצד השלישי חוזר בו), השליחות תקפה. וצריך עיון בשיטתם.

117 על כלל זה והיקפו, ראה הנספח להלן, עמ' 767.

118 רמב"ם, הלכות זכייה ומתנה, פרק ד, הלכה ב.

יש לשים לב להבדל המהותי שבין תורת האישור בדיעבד שבחוק לבין דין "זכין" שבמשפט העברי. דין "זכין" חל רק על פעולה משפטית המוגדרת כזכות עבור הזוכה[120]. מכאן, שבשונה מהחוק, "השולח" אינו יכול להסכים בדיעבד לפעולה המוגדרת כחובה, כגון הלוואה[121] [122]. זאת ועוד. בשונה מהחוק, כאשר הפעולה היא זכות מובהקת (כגון מתנה), היא תקפה משעת עשייתה גם בלא אישור המקבל, אלא שהלה רשאי, משנודע לו עליה, להביע את התנגדותו לה[123], ובכך הוא יכול לבטל למפרע את הפעולה שנעשתה עבורו[124]. אמנם כשיש בפעולה גם צד חובה (כגון קניית נכס במחיר הזדמנות, הכרוכה בכל זאת בתשלום), יש להמתין לתגובתו של מקבל הזכייה בשעה שייוודע לו עליה, ורק אם יביע לה הסכמה, תחול זכייתו בה למפרע, בדומה להסדר שבחוק[125].

119 מעיר על כך בעל שו"ת דברי חיים (מצאנז), חלק א, אבן העזר, סימן פו. וכך ראינו כבר לעיל, ליד ציון הערה 97.

120 ראה רמ"א, חו"מ, סימן קצה, סעיף ג: "והא דנקנה המקח שלא בפני הקונה היינו במתנה וכיוצא בזה, דודאי ניחא ליה, אבל במקח, שאפשר שאינו חפץ לקנות – לא קנה, ושניהם חוזרין". לדעת קצות החושן, סימן קצה, ס"ק ג, אין ספק שיש להגדיר קניית נכס במחיר הזדמנות כזכות. וראה דבריו, שם, ס"ק ב, בעניין מתנה.

121 אמנם הרמב"ם, הלכות מכירה, פרק ל, הלכה א, פוסק: "המוכר שמכר קרקע או מטלטלין, וזיכה בהן ללוקח שלא מדעתו, יד הלוקח על העליונה: אם רצה ליקח, אין המוכר יכול לחזור בו; ואם לא רצה, תחזור לבעליה" (מובא בטור, חו"מ, סימן רלה, סעיף כה; שולחן ערוך, שם, שם, סעיף כג). וראה עוד רמב"ם, שם, הלכה ב (בעניין עבד שקנה או מכר בנכסי האדון) והלכה ג (בעניין אישה שקנתה או מכרה בנכסי בעלה). אבל ראה נתיבות המשפט, סימן קצה, ס"ק א, שהסביר שהלכה זו אמורה דווקא במוכר שזיכה את הלוקח באופן שהסכים מראש שבידי הלוקח הבררה הבלעדית להסכים לעסקה או לדחותה, שזה בוודאי זכות. והוא הדין במי שמכרו את נכסיו שלא מדעתו בהתנאה מראש שהעסקה תלויה בהסכמתו. ראה רמב"ם, שם, הלכות ב־ג. וראה שו"ת מנחת שלמה (אוירבך), חלק א, סימן עט, ס"ק ג. והשווה שו"ת הרשב"ש, סימן עט, שלדעתו הרמב"ם לא התכוון לומר שהקונה יכול לאשר את הקנייה שנעשתה בלא הרשאתו, אלא שהמוכר אינו יכול לחזור בו וחייב לאפשר לקונה לעשות עתה מעשה קניין (הוא מעיר שרק בעבד, שם, הלכה ב, הוא שאמר הרמב"ם שדי ב"דברים בלבד", וזאת משום שיד עבד כיד רבו). והשווה מחנה אפרים, הלכות זכייה ומתנה, סימן ו, ד"ה וראיתי למור"ם, שהסביר שהלכת הרמב"ם אמורה בקונה שגילה את דעתו מראש שהוא מעוניין בקנייה. וראה הנספח על דין "זכין לאדם שלא בפניו", פרק רביעי, ב(1), עמ' 787.
בחידושי הרמב"ן, חולין לט ע"ב, ד"ה כשזיכה, הביא שיטה מרחיקת לכת עוד יותר, ולפיה יכול אדם לטעון שכל פעולה שנעשתה עבורו (ואפילו שאובייקטיבית היא חובה), הייתה זכות בשבילו בשעת מעשה. אבל הרמב"ן דחה שיטה זו על הסף.

122 ויש גם מי שאומר שדין "זכין" אינו חל אלא על פעולת רכישה ולא על פעולת הקניה ("זכין לאדם", אבל "אין זכין מאדם"). ראה: קצות החושן, סימן רמג, ס"ק ח; מרכבת המשנה, מהדורא קמא, הלכות גירושין, פרק ו, הלכה ג. אבל ראה הנספח על דין "זכין לאדם שלא בפניו", פרק רביעי, ה, עמ' 794, שרבים חולקים על כך.

123 לשאלה מה דינו של זוכה ששתק ולא הביע את התנגדותו מיד עם היוודע לו דבר הזכייה, האם שתיקתו כהסכמה? או שמא הוא יכול להתנגד בשלב מאוחר יותר? ראה הנספח על דין "זכין לאדם שלא בפניו", פרק חמישי, א, עמ' 797.

124 על הבדל זה בין המשפט העברי לחוק הישראלי, עמד ש' אטינגר, "שליחות מכוח הדין במשפט העברי", מחקרי משפט יד (תשנ"ח) עמ' 5, בעמ' 9־11. בעמ' 11, אטינגר מצביע על שיטתו הייחודית של הר"ן (בבא בתרא קכו ע"א, ד"ה אמר רב הונא) הקרובה יותר לעמדת החוק, ולפיה הפעולה אינה תקפה אוטומטית, והיא תלויה ועומדת עד לאישורה בדיעבד, אלא שבניגוד לעמדת החוק, לדעת הר"ן, האישור פועל את פעולתו רק מכאן ואילך, ולא למפרע. אבל ראה בנספח על דין "זכין לאדם שלא בפניו", עמ' 800, ליד ציון הערה 164, שאנו מציעים פירוש אחר בדברי הר"ן.

יש להעיר שלפעמים יש מקום להחיל את דין "זכין" בחריגה מן ההרשאה דווקא, ולא בהיעדר הרשאה, ולפעמים להפך. כך לדוגמה, מי שקנה נכס (במחיר רֵאלי) עבור חברו בלא הרשאה, אין חברו קונה את הנכס מדין "זכין", שכן פעולת קנייה זו מוגדרת בעיקרון כחובה[126]. אבל אם הייתה לו הרשאה לקנות נכס אחד, והוא חרג מהרשאתו וקנה נכס אחר כיוצא בו (כגון ששלח אותו לקנות חיטים והלך וקנה שעורים), הרי מאחר שבין כך ובין כך התכוון השולח להוציא מכספו, אפשר להגדיר את קניית השעורים כ"זכות" ולזכות בה את השולח, אם ירצה בכך[127]. וכן להפך. אם התנה השולח במפורש עם שלוחו שיקבל מתנה עבורו מפלוני, והזהיר אותו שלא לקבל מתנה עבורו מפלמוני, וחרג השליח מהרשאתו, וקיבל מתנה מפלמוני, אין מקום להחיל על זה את דין "זכין", שכן השולח כבר גילה דעתו שהוא מתנגד לקבל מתנה מפלמוני, מה שאין כן בהיעדר הרשאה, שבה חל דין "זכין" בכגון זה.

(ג) סייג: חזרת הצד השלישי מן הפעולה — "בכפוף לאמור בסעיף קטן (ב)"

החוק מסייג את האפשרות לאישור בדיעבד בכך שהצד השלישי לא חזר בו מן הפעולה, משנודע לו שהשליח פעל בלא הרשאה. במקום שבו יש תחולה לדין "זכין", דומה שסייג זה מקובל גם במשפט העברי. כלומר, הצד השלישי רשאי, משנודע לו על החריגה, לחזור בו, ובכך למנוע את הזכייה. אמנם הרמב"ם הדגיש בדין "זכין" ש"אין הנותן יכול לחזור בו", אך נראה שדבריו אמורים דווקא כשהנותן (הצד השלישי) מודע לעובדה שהאדם שהוא עושה עמו את העסקה אינו פועל כשליח או שהוא חורג משליחותו, ועל דעת כן התקשר עמו. אבל אם סבר הנותן בתום לב שהלה פועל כשליח, והתברר לו לאחר מעשה שלא הייתה בידו הרשאה או שחרג ממנה חריגה מוחלטת, מן הדין שגם הוא יוכל לחזור בו, כל זמן שיכול לעשות כן המקבל ("השולח")[128]. נמצא אפוא שההבחנה בחוק בין ידיעת הצד השלישי לבין אי־ידיעתו[129] תואמת את עמדת המשפט העברי.

(ד) סייג: "ובלבד שלא תיפגע זכות שרכש אדם אחר בתום־לב ובתמורה"

סייג נוסף לאישור בדיעבד לפי החוק הוא, שלא תיפגע זכות שרכש אדם אחר בתום לב ובתמורה. אף שכפי שראינו לעיל, הקונסטרוקציה של דין "זכין" שונה מאוד מזו של האישור בדיעבד שבחוק, דומה שסייג זה נכון למעשה גם לפי המשפט העברי, שכן אם ה"שולח" עשה בנכסיו פעולה עם צד רביעי הסותרת את פעולת הזכייה שנעשתה עבורו (כגון שמכר לאותו צד רביעי את הנכס שנמכר בשמו על ידי "שליח" לצד שלישי), דינו כמי שמיחה בפעולת הזכייה[130]. לפי המשפט העברי, אין לדבר אפוא על סייג, והאפשרות המעשית לפגיעה בצד רביעי אינה קיימת כל עיקר, אף אם פעל הלה בהיעדר תום לב או שלא בתמורה.

[125] ראה הנספח על דין "זכין לאדם שלא בפניו", עמ' 784, ליד ציון הערה 80.

[126] ראה הנספח על דין "זכין לאדם שלא בפניו", עמ' 785, ליד ציון הערה 83.

[127] ראה ברכת שמחה (היין), בבא קמא קב ע"ב, ד"ה ולא מהני זכיה. לעיל, ליד ציון הערה 97, ראינו שאכן כך הסבירו מקצת הפוסקים את סוגיית התלמוד בעניין זה. וראה עוד מחנה יהודה (חסמן), סימן א, ד"ה וברא"ש.

[128] ראה: נתיבות המשפט, סימן קצה, ס"ק א; שו"ת מהרי"ל דיסקין, סוף חלק א, קונטרס רשימות קצרות מספקות ופסקים, אות קי, שכך עולה מדבריהם.

[129] ראה לעיל, הערה 12.

[130] ראה שו"ת אוהלי יעקב (מהריק"ש), סימן סב (בתחילת התשובה, קח ע"ב): "מידי דהוה אמיחה ולבסוף נתרצה, שאין ריצויו אחר כך כלום" (ואין הוא רואה בכך מחאה בטעות). והשווה נהורא דיעקב (קופריץ),

(ה) סייג: זיכוי למראית עין (״שליח מתחזה״)

א. מקרה ייחודי של פעולה בלא הרשאה הוא כאשר אדם מתכוון לפעול עבור עצמו, אך מסיבה זו או אחרת הוא מציג את עצמו כלפי צד שלישי כשלוחו של אחר (להלן: שליח מתחזה). כבר הערנו לעיל[131] שלפי ברק, כוונתו הסובייקטיבית של ה״שליח״ אינה מעלה ואינה מורידה, והוראות סעיף 6 יחולו גם בכגון דא. לאמור, השולח המדומה יוכל לאשר את פעולת השליח המתחזה בדיעבד ולזכות בה לעצמו, אלא אם כן יחזור בו הצד השלישי מן הפעולה לפני אישורה בדיעבד, ויתבע את השליח המתחזה אישית או יבקש לראותו כבעל דברו[132].

ב. לא כן גישת המשפט העברי. אם ברור לכל, שמי שהציג את עצמו כשליח לא התכוון לזַכות בפעולתו את זולתו, אין ספק שהוא זוכה בנכס, ולא השולח המדומה[133]. אמנם כלל גדול הוא במשפט העברי ש״דברים שבלב אינם דברים״, אולם חשוב לשים לב לעובדה, שאף שכלל זה אמור גם כאשר עולה בידו של האדם להוכיח את הדברים שהיו בלבו (כלומר, את כוונתו הסובייקטיבית), הרי הדברים המפורשים שאמר אינם מחייבים אותו אלא ביחסיו עם הצד השני לעסקה. לעומתו, השליח המתחזה אינו בעל דברו של השולח המדומה ואינו צד לעסקה עמו, ועל כן אם ברור שלא הייתה כאן אלא התחזות, אין לו עילת תביעה כלפיו[134]

אבן העזר, סימן לז, סעיף יא. והשווה גם אטינגר (לעיל, הערה 124), הערה 18. וראה הנספח על דין ״זכין לאדם שלא בפניו״, עמ׳ 801, ליד ציון הערה 168.

131 ראה לעיל, הערה 4.

132 לדעת ברק, סעיפים 516-517, שליח שלא ציין מיהו שולחו, יכול לאחר מעשה לקבוע את זהותו של האדם שבשמו פעל, והלה יהיה רשאי לאשר את הפעולה בדיעבד. וראה ברק, סעיף 308, שהוא הדין גם בשליח מתחזה. כלומר, אם השליח המתחזה הציג את עצמו כשליח סתם, ולא כשלוחו של פלוני, והצד השלישי לא גילה כל עניין בזהותו של השולח, אין מניעה שהשליח המתחזה יאשר בדיעבד את פעולתו שלו, וכך יחייב את הצד השלישי לגמור את העסקה עמו (אלא אם כן ניתן להראות כי הצד השלישי ביקש שלא להתקשר אישית עם השליח).

133 ראה צור תעודה, הלכות שלוחין, פרק ב, הלכה ה (קכו ע״ב), ד״ה ואם לחשך, שהדברים אמורים כאן ולהלן באדם המציג עצמו כשלוחו של פלוני, ולא באדם העושה מעשה קניין המזכה ישירות את פלוני שלא מכוח דיני השליחות, כגון שאמר למוכר ׳הילך מנה ומכור לפלוני׳, שאז אין ספק שקונה אותו פלוני מכוח ״דין עבד כנעני״ (על ״דין עבד כנעני״, ראה דיוננו בסעיף 1, פרק רביעי, ג, עמ׳ 65).

134 וכן עולה מסוגיית התלמוד, בבא קמא קב ע״ב, בעניין מי שקנה שדה בשם חברו. התלמוד מצטט מקור תנאי, וזה לשונו: ״תנו רבנן: הלוקח שדה בשם חבירו, אין כופין אותו למכור. ואם אמר לו ׳על מנת׳, כופין אותו למכור״. לדעת רב ששת, שם, כך הוא פירושה של ברייתא זו: ״הלוקח שדה מחבירו בשם ריש גלותא [=ראש הגולה] – אין כופין אותו, [את] ריש גלותא למכור. ואם אמר ׳על מנת׳, – כופין את ריש גלותא למכור״. רוב הראשונים מסבירים שמדובר בקונה שדה שהתכוון לקנות את השדה לעצמו, אבל התחזה לשלוחו של ראש הגולה כדי למנוע ערעורים אפשריים על העסקה (רש״י, שם, ד״ה הלוקח) או כדי להשיג מחיר טוב יותר, שכן ידע שהבריות נושאים פנים לראש הגולה (שיטה מקובצת, שם, ד״ה ח״מ ס׳, בשם גאון. והשווה חידושי הראב״ד, שם, ד״ה הלוקח וד״ה אלא). לפי פירושם, קונה זה, אף שהציג את עצמו כשליח, זכה בשדה לעצמו (כלשון התלמוד: ״מכלל דמיקנא קני ליה [לשליח המתחזה]״), אלא שאינו יכול לכפות על השולח המדומה (ראש הגולה), שעל שמו נכתב השטר, לכתוב לו שטר המעיד כביכול על העברת הבעלות על השדה אליו. אמנם יש מן הראשונים המטעימים שהשליח המתחזה זוכה בשדה רק אם השולח המדומה אינו מערער על כך (ראה להלן, הערה 137), אבל ברור שאין דבריהם אמורים אלא כאשר יש ספק מה הייתה כוונתו בשעת הקנייה. אבל אם ברור שכוונתו הייתה לקנות לעצמו, גם הם מודים שהוא הזוכה, ולא השולח המדומה.

(נדגיש שהשליח המתחזה זוכה בעסקה אף שהמוכר טעה בזהות הקונה[135], אלא אם כן מוכח מנסיבות העניין שזהות הקונה הייתה עבורו פרט מהותי, שבלעדיו לא היה גומר את העסקה, וההתחזות עולה אפוא לכדי מקח טעות[136]).

ג. ומה הדין כאשר לא ברור שכוונת השליח המתחזה הייתה לפעול לעצמו, והשולח המדומה מעוניין לזכות בפעולתו מדין "זכין לאדם שלא בפניו", על מי חובת ההוכחה? בעניין זה נחלקו דעות הפוסקים:

יש הטוענים שחזקה היא שמי שמציג את עצמו כשליח, מתכוון אכן לפעול עבור השולח המדומה. ואם הוא מבקש לסתור חזקה זו, עליו נטל ההוכחה[137].

מנגד, יש הטוענים שאדם שהציג את עצמו כשליח, אין חזקה שהוא מתכוון לפעול עבור השולח המדומה, שכן ההתחזות היא תופעה שכיחה בחיי המסחר, וקונים רבים משתמשים בה משיקולים כלכליים שונים (כגון להשיג יתרון במשא ומתן וכדומה). אשר על כן, חובת ההוכחה שהשליח המתחזה התכוון לפעול עבורו מדין "זכין" מוטלת על השולח המדומה דווקא[138].

[135] כך עולה מסוגיית התלמוד שצוינה לעיל, הערה 134. על סיבת הדבר, ראה דיוננו על סעיף 7, נספח ראשון, ליד ציון הערה 132. וראה גם מ' ויגודה וח' צפרי, "טעות בזיהוי הקונה – למהותה של עסקת המכר", פרשת השבוע, תולדות, תשס"ח, גיליון מס' 304.

[136] וכגון שאמר בפירוש שאינו מוכן למכור לו אישית אלא רק בתור שליח. ראה אוצר הגאונים, בבא קמא, חלק התשובות, עמ' 77-78. על הקשר בין תשובה זו ובין דברי רבנו חפני, שמביא העיטור (המובא להלן, הערה 138), ראה הערת המהדיר שם, אות ג. ועדיין היחס בין שתי התשובות צריך עיון.

[137] כך עולה מדברי תוספות הרא"ש, מובא בשיטה מקובצת, בבא קמא קב ע"ב, ד"ה ואודיענהו לסהדי, המעמיד את הברייתא המובאת לעיל, הערה 134, באופן שהקונה אמנם הסתיר את כוונתו מהמוכר, אבל הודיע לעדים בפירוש על כוונתו האמתית. וראה גם שו"ת הרא"ש, כלל צו, סימן ה. וכן עולה גם מדברי הרמ"ה (מובא בשיטה מקובצת, שם, ד"ה וכן כתב הרמ"ה ז"ל בפרטיו) והרשב"א בחידושיו, בבא קמא קב ע"ב, ד"ה ולענין דינא, המעמידים את הברייתא באופן שהשולח המדומה (ראש הגולה) מכיר בעובדה שהקנייה עבורו הייתה רק התחזות. וראה עוד שו"ת הריב"ש, סימן רנ.

[138] כך היא דעתו של רב חפני גאון, המובאת בספר העיטור, מאמר שני, קניין (מהדורת ר"מ יונה, חלק א, יב ע"א), כפי שנתבארה על ידי קצות החושן, סימן קפד, ס"ק א, בסופו. כך נראה שהסיק הרשב"א בתשובותיו מהברייתא המובאת לעיל, הערה 134 (ראה: שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן תתקנז; שם, סימן תתקכז. וראה ביאור הגר"א, חו"מ, סימן ס, ס"ק נ). כמה מן האחרונים עמדו על הסתירה שבין דברי הרשב"א האלו לבין דבריו בחידושיו (לעיל, הערה 137). ראה: צור תעודה, הלכות שלוחין, פרק ב, הלכה ה (קכח ע"א), ד"ה והנה הרשב"א בתשוב' (שלדעתו חזר בו הרשב"א בחידושיו ממה שכתב בתשובותיו); חקרי לב, מהדורא בתרא, חו"מ, סימן כג, ד"ה ומשתכל הוינא; ושם, סימן כה, ד"ה אלא דחזי הוית (שנדחק בלשון הרשב"א בחידושיו); הערות המהדיר לשו"ת צדקה ומשפט (חוצין), אבן העזר, סימן כט, ד"ה שוב ראיתי; פד"ר ו, עמ' 263, ד"ה ברם; פסקי דין ירושלים ד, עמ' פט, ד"ה וצ"ל.

וכן היא גם דעתו של רבי שמואל הסרדי, ספר התרומות, שער נא, חלק ט, אות א. מכוח הברייתא (ראה ביאור הגר"א, חו"מ, סימן ס, ס"ק מד), הוא מבקש ללמוד לדיני הלוואה, שמלווה שביקש בשעת ההלוואה לזקוף את שטר ההלוואה על שם אחר, אין אומרים ש"עשה [המלווה (בעל המעות)] ענינו כמזכה לו אותו ממון [למי שהשטר נכתב על שמו]" (וכן פסק שו"ת הרמב"ן, סימן נז).

האחרונים תמהו מדוע אימץ הטור דעה זו של בעל התרומות (ראה טור, חו"מ, סימן ס, סעיף יז. וכך פסק גם שולחן ערוך, חו"מ, סימן ס, סעיף ט), הסותרת את שיטת אביו (לעיל, הערה 137), והציעו פתרונות שונים. ראה: גידולי תרומה על ספר התרומות, שם; תומים, סימן ס, ס"ק יז (לדעתו אפשר שיש להבחין בין שטר ראיה לשטר קניין); נתיבות המשפט, סימן ס, ס"ק יט (לדעתו, ההבחנה היא בין מי שהודיע שהוא זוקף את העסקה על שמו של זולתו בשעת הקניין (ראה לעיל, הערה 133) ובין מי שלאחר מעשה

ומצאנו גם גישות ביניים, ולפיהן יש לבחון כל מקרה על פי נסיבותיו. כך לדוגמה, הקונה דירה ורושם אותה על שם אשתו, אין הדבר מוכיח שאכן התכוון להקנות לה את הדירה[139], כדברי 'ערוך השולחן'[140]: "כבר בארנו דבזמנינו אין שום ראיה מה שנכתבו קרקעות על שם האשה, ואפילו נתקיים בערכאות, מפני שהרבה עושים כן מפני איזה טעמים שיש להם, ואין כוונתם להקנות להן. לכן צריכים הדיינים להיות מתון בזה מאד מאד".

(2) חריגה שאינה מוחלטת

(א) זכות האישור של השולח

ראינו לעיל (פרק שני, ג) שכאשר השליח עושה את שליחותו באופן הפוגע באינטרס של השולח, יש לשולח זכות לחזור בו מן הפעולה בטענה שהשליח חרג מן ההרשאה שהייתה לו, שכן הייתה לו הרשאה רק לתקן, ולא לעוות. ראינו שאפשר שהוא הדין כאשר השליח סטה מהוראותיו המפורשות של השולח, כגון שנשלח לקנות חיטים וקנה שעורים[141]. אולם בכל אלה, השולח אינו חייב לנצל זכות זו, והוא יכול לקבל את פעולת השליח כמות שנעשתה[142]. שאלה שאינה נקייה מספקות היא: כיצד מתפרשת שתיקתו של השולח משנודע לו על הפגיעה באינטרסים שלו או על הסטייה מהוראותיו? האם היא מתפרשת כהסכמה? או שמא כל זמן שלא אימץ את פעולת השליח במפורש, רשאי הוא לטעון לחריגה?[143].

הקניין מבקש לכתוב את השטר על שמו של זולתו); כנסת הגדולה, חו"מ, סימן קפד, הגהות הטור, אות יד. אבל השווה: שו"ת משאת משה, חו"מ, סימן ד; צור תעודה, הלכות שלוחין, פרק ב, הלכה ה (קכב ע"א), ד"ה הנה בעה"ת. לדעתם, השיקול המכריע של רבי שמואל הסרדי לשלול מן השולח המדומה את הזכות בהלוואה הוא משום שבאותו מקרה השליח המתחזה טרח לבקש את השטר לידו ולא להעבירו לידי מי שהשטר נכתב על שמו (וצריך לומר שעשה כן בשעת הקניין), ומכאן היסוד להנחה שזו התחזות, אבל לולי כן, היה מסכים עם הרא"ש. וראה חוק לישראל, פגמים בחוזה, ירושלים תשע"ב, עמ' 38־42.

139 ראה לדוגמה פסקי דין ירושלים ד, עמ' פט, ד"ה וצ"ל (בדעת הרשב"א, לעיל, הערה 138): "שהכל תלוי באומדן דעת, דסתם הקונה בשם חבירו בודאי חבירו זוכה בכך... אבל היכא שיש לנו אומדן דעת שהוא קנה את הנכס לפנחאי [=למחסה, להצלה] בעלמא, או שהבעל רשם על שם אשתו כדי להבריח מבעלי חובותיו, אם כן הנכס נקנה לעצמו ולא למי שרשם על שמו". וראה עוד: פד"ר יח, עמ' 271, בעמ' 280; דברי משפט, חלק ד, עמ' רנה ואילך (פס"ד של הרב שלמה דיכובסקי); ביכורי גושן (לרב נחום גורטלר, חבר בית הדין הרבני ברחובות), חלק א, סימן לז.

140 ערוך השולחן, חו"מ, סימן סב, סעיף ו.

141 בבא קמא קב ע"א. ראה לעיל, ליד ציון הערה 88.

142 ראה לעיל, ליד ציון הערות 39, 63, 103.

דעת רוב הפוסקים היא שאישור פעולת השליח על ידי השולח מונעת ממנו לתבוע מן השליח פיצוי בגין הנזק שגרם לו (כפי שראינו לעיל, ליד ציון הערה 62, בדעת הרא"ש), בניגוד לדעת הראב"ד, בעל ההשגות (לעיל, ליד ציון הערה 59), ולפיה השולח יכול בד בבד לאמץ את פעולת השליח ולתבוע ממנו פיצוי. בעניין זה, נרחיב להלן, בדיוננו על סעיף 9, המוקדש ליחסי השולח והשליח.

143 ושמא יש מקום להקיש בעניין זה מדיני הונאה, שדי בהסכמה שבשתיקה. מתאנה שלא תבע הונאתו משנודע לו על ההונאה (או מן המועד שיכול היה לדעת עליה, "כדי שיראה לתגר או לקרובו"), שוב אינו יכול לתבוע אותה. ראה שולחן ערוך, חו"מ, סימן רכז, סעיף ז. ואולי הוא הדין בענייננו. ראה על כך מנחת פתים, חו"מ, סימן קפב, סעיף ב: "דבזה לא מצינו הבדל כלל בין שליח לבעלים, דגם על ידי שליח, כיון דשהה אחר כך ביד הבעלים השיעור ולא תבעו לבטל המקח, נתרצה ומחל ההונאה". והוסיף שם שכך יש להבין גם את דברי הש"ך, חו"מ, סימן קפב, ס"ק ג.

בשאלה זו נחלקו הפוסקים בעניין דברי הרמב"ם (המובאים לעיל, ליד ציון הערה 47), בדין שותף שעבר על דעת שותפו, והלה "הסכים למעשיו". לדעת אחדים מהם, די בהסכמה שבשתיקה (ראה לדוגמה שו"ת

כבר הזכרנו שתפיסת החוק שונה. ראשית, החוק אינו מגדיר פגיעה באינטרס של השולח כחריגה[144] (אלא אם כן מדובר בוויתור על זכות[145]), אלא פעולה כזו נחשבת כנעשית בהרשאה, והתרופות העומדות לרשות השולח בגין הנזק שגרם לו השליח מוסדרות במסגרת סעיף 9 לחוק, הדן בשליח שלא נהג בנאמנות ובזהירות כלפי שולחו[146]. שנית, לפי החוק, כשהשליח פועל בלא הרשאה, אין לפעולתו תוקף ביחס לשולח, ואישור בדיעבד יוצר הרשאה למפרע. לעומת זאת, לפי המשפט העברי, שולח שאינו טוען כלפי שלוחו "לתקן שלחתיך ולא לעוות" אינו יוצר בכך הרשאה למפרע לפעולה שלא הייתה תקפה עד אז. להפך. בעיקרון, פעולת השליח תקפה, אלא שמאחר שנעשתה תוך כדי פגיעה באינטרסים של שולחו או תוך כדי סטייה מהוראותיו, יכול הלה לבטל אותה למפרע[147].

(ב) סייג: זכות הביטול של הצד השלישי

כאמור, לפי החוק, האישור בדיעבד פועל למפרע, אלא שהחוק מסייג את השימוש בו בתנאי שהצד השלישי לא חזר בו מן הפעולה לפני אישורה[148].

יש להעיר שמן העובדה שלפי המשפט העברי, בחריגה שאינה מוחלטת שהשולח החליט שלא לבטלה, פעולת השליח תקפה כבר משעת עשייתה (ולא למפרע), אין להסיק מסקנה גורפת, בשונה מהחוק, שהצד השלישי אינו יכול לחזור בו מן הפעולה משנודע לו על החריגה של השליח, שהרי השולח יכול לחזור בו, ואולי ראוי שגם הצד השלישי יוכל לעשות כן.

מהרשד"ם, חו"מ, סימן שסח). לעומתם, טוענים פוסקים אחרים שאם המעשה בלתי הפיך כלפי הצד השלישי, הרי שההסכמה לשינוי צריכה להיאמר בפירוש, ואין די בשתיקה, שכן הוא יכול לטעון שמאחר שכבר נעשה המעשה, ולא היה במחאתו כדי להשיב את הגלגל לאחור, הוא לא ראה כל תועלת למחות באותה שעה דווקא (ראה לדוגמה סמ"ע, חו"מ, סימן קעו, ס"ק לד. וראה מעין זה בשו"ת מהריט"ץ החדשות, סימן עב). למקורות נוספים בנידון זה, ראה: משנה למלך, הלכות שלוחין ושותפין, פרק ה, הלכה א (וראה עוד המובא בספר המפתח (מהדורת פרנקל), שם); כנסת הגדולה, חו"מ, סימן קעו, הגהות הטור, אות צא; שו"ת מעין גנים (עבאדי), חו"מ, סימן ט; ב' כהנא, חוק לישראל, שומרים, ירושלים תשנ"ט, עמ' 1178-1179. וראה שו"ת בית שלמה (דרימר), חו"מ, סימן עא (הובא בפד"ר ט, עמ' 16), שמחלוקת זו שלעניין שותפים רלוונטית גם לעניין שליח ששינה (והשווה כנסת הגדולה בשיטת מהרי"ט, הובא לעיל, הערה 48). וראה שם הכרעתו שהמוחזק יוכל לטעון "קים לי". אבל דומה שהרמב"ן מרחיק לכת יותר, וקובע שאף כאשר פעולת השליח הפיכה, שתיקת השולח אינה מתפרשת כהסכמה. וזה לשונו: "ומוקמינן [את דין האומר לחברו 'צא ותרום', ותרם מן היפות, ראה לעיל, הערה 39] בשעשאו שליח. וכי גלי דעתיה בסוף, הוכיח סופו על תחלתו, שאף על היפות עשאו שליח. הא אם שתק, יכול לומר לו 'לתקוני שדרתיך ולא לעוותי'" (חידושי הרמב"ן, בבא מציעא כב ע"א, ד"ה ואמאי. וראה הערה 59 במהדורת הרשלר). וראה שו"ת מעין גנים (עבאדי), חו"מ, סימן ט, ד"ה אבל לפענ"ד (עמ' 153).

144 ראה לעיל, ליד ציון הערה 22.

145 ראה סעיף 5(א) לחוק.

146 אם כי יש להניח שמקרה כגון "שלחו לקנות חיטין וקנה שעורין" היה מוגדר על פי החוק כמקרה קלסי של חריגה מהרשאה. וכן הוא בשליח שקנה שדה שלא באחריות. ראה לעיל, הערה 52.

147 אשר להגנה על מי שרכש זכויות מן השולח בתמורה ובתום לב לאחר שהשליח עשה את שליחותו והעביר זכויות אלה לצד שלישי, דומה שיחולו עקרונות תקנת השוק, אף שבעיקרון, השולח יכול היה לבטל את פעולת השליח למפרע (על תקנת השוק, ראה נ' רקובר, המסחר במשפט העברי, ירושלים תשמ"ח, עמ' 53-67). והשווה לעיל, ליד ציון הערה 130, באותו עניין, כאשר השליח פעל בחריגה מוחלטת מן ההרשאה.

148 וראה לעיל, הערה 7, הדין כאשר השניים מקבלים החלטות סותרות בו-זמנית. לביקורתו של ברק על ההסדר שבחוק, ראה לעיל, הערה 16.

סייג נוסף הוא, שלא תיפגענה זכויות של צד אחר שנרכשו לפני האישור בתמורה ובתום לב.

אכן, בעיקרון, מאחר שהשולח יכול לחזור בו מן העסקה, גם הצד השלישי יכול לחזור בו ממנה[149]. אולם דומה שאין הדין כן אלא כאשר הצד השלישי נהג בהגינות, כגון שמכר לשליח קרקע בלא אחריות (ולא ידע שהשליח אינו מיופה כוח לכך) או שמכר שעורים (ולא ידע שהשליח מיופה כוח לקנות חיטים)[150]. אבל אם הצד השלישי נהג שלא בהגינות, כגון שמכר לשליח נכס בהונאה (ואפילו הונאה כלשהי), נראה שקביעה זו אינה מוסכמת על הכל.

בשאלה מעין זו, בדיני הונאה במכר (שלא באמצעות שליח), נחלקו דעות הפוסקים: ר׳ יוסף קארו[151] סבור שהזכות לבטל את העסקה בגין הונאה היא זכותו הבלעדית של המתאנה, ואילו המאנה אינו רשאי לחזור בו, ״כדי שלא יהא חוטא נשכר״[152]. לעומתו, סבור הרמ״א[153] שכל זמן שהמתאנה יכול לחזור בו, אין לשלול זכות מקבילה מן המאנה[154]. אפשר אפוא שמחלוקתם של ר׳ יוסף קארו והרמ״א מתקיימת גם בענייננו: שלפי ר׳ יוסף קארו, אכן הצד השלישי אינו יכול לחזור בו מן העסקה (״כדי שלא יהא חוטא נשכר״); ואילו לפי הרמ״א, הוא יכול לעשות כן.

אולם שיטת הרמ״א אינה נקייה מספקות, שכן אפשר שדווקא בהונאה יתר על שתות, נקט הרמ״א ששני הצדדים יכולים לחזור בהם, משום שאין תוקף לעסקה כל זמן שהמתאנה אינו מסכים לה, מה שאין כן בענייננו, שהעסקה תקפה, אלא שהשולח זכאי לחזור בו ממנה מכוח הטענה ״לתקן שלחתיך ולא לעוות״[155]. נשאיר אפוא שאלה זו של זכות חזרת הצד השלישי שנהג שלא בהגינות פתוחה[156].

149 בדומה למה שראינו לעיל, ליד ציון הערה 128, בעניין חריגה מוחלטת. וראה הרב ע׳ האניג, ״בדין טעות עכו״ם״, בתוך: ויעל אליהו (ספר זיכרון), לונדון תשנ״א, עמ׳ שמו, בעמ׳ שנג, אות יג.
אמנם בעניין סרסור שמכר נכס בלי שקיבל תחילה אישור על המחיר מן המוכר, נקט בית יוסף, חו״מ, סימן קפה, סעיף ו, ד״ה ומ״ש: ״ונראה לי לדעת הרמב״ם, שאף על פי שהמוכר [השולח] יכול לבטל המקח, אין הלוקח [הצד השלישי] יכול לבטלו״ (מובא בסמ״ע, חו״מ, סימן קפה, ס״ק טו). אבל שם ידע הקונה שהעסקה שהוא עושה עם הסרסור כפופה לאישורו של המוכר, ועל דעת כן קנה, ועל כן מובן שאינו יכול לחזור בו (כפי שפסק הרמב״ם בדין ״זכין״, לעיל, ליד ציון הערה 118 וראה לעיל, ליד ציון הערה 128). והשווה מה שכתב בעניין זה שו״ת נאות דשא (אייבשיץ), סימן נח, ד״ה איברא. וראה נתיבות המשפט, סימן קפה, ס״ק ז, שהעמיד את דברי ר׳ יוסף קארו דווקא בסרסור שנתאנה, אבל סוף סוף גם לפי דבריו, אין להביא הוכחה מדין הסרסור לענייננו.

150 ראה שו״ת נאות דשא (אייבשיץ), סימן נח.

151 שולחן ערוך, חו״מ, סימן רכז, סעיף ד (כדעת הרי״ף והרמב״ם, הלכות מכירה, פרק יב, הלכה ד): ״היתה האונאה יתירה על השתות כל שהוא, כגון שמכר שוה ששים בחמשים פחות פרוטה, בטל המקח, והמתאנה יכול להחזיר החפץ, ולא יקנה כלל, אבל המאנה אינו יכול לחזור, אם רצה זה [המתאנה] וקבל״.

152 ראה: תוספות, בבא מציעא נ ע״ב, ד״ה ואילו; סמ״ע, חו״מ, סימן רכז, ס״ק ו.

153 רמ״א, חו״מ, סימן רכז, סעיף ד: ״ויש אומרים דאף המאנה יכול לחזור בו, אלא אם כן נתרצה המתאנה פעם אחת או ששתק יותר מן השיעור שיתבאר בסמוך סעיף ז׳ (טור בשם הר״י והרא״ש)״. למקורו של הרמ״א, ראה רא״ש, בבא בתרא, פרק ה, סימן יד, בשם עליות דרבנו יונה, בבא בתרא פד ע״א.

154 זאת משום שאמנם אם יסכים המתאנה לעסקה, יהיה תוקפה למפרע. אך כל זמן שלא הסכים לה, אין לה תוקף. ראה: סמ״ע, חו״מ, סימן רכז, ס״ק ח; נתיבות המשפט, סימן רכז, ס״ק א; מחנה אפרים, הלכות מכירה, דיני אונאה, סימן יב (למקורות נוספים, ראה פתחי חושן, הלכות גנבה ואונאה, פרק יא, הערה כב).
הסמ״ע כותב שלדעת הרמ״א (שבאונאה ביתר על שתות, שני הצדדים יכולים לחזור בהם), הוא הדין גם בטענת מום במקח. לעומתו, יש הסוברים שכאן יודו הכול שרק הקונה יכול לחזור בו. ראה ב״ח, חו״מ, סימן רלב, סעיף ד (למקורות נוספים, ראה פתחי חושן, הלכות גנבה ואונאה, פרק יג, הערה ב). וראה חוק לישראל, פגמים בחוזה, ירושלים תשע״ב, עמ׳ 125, ועמ׳ 195.

ב. השולח אינו משלים עם החריגה

(1) הכלל: ביטול השליחות

ראינו שאם חרג השליח חריגה מוחלטת מן ההרשאה, פעולתו בטלה מאליה. יש להטעים שדין זה אמור גם כאשר ניתן לתקן את החריגה בדיעבד, והשליח מוכן לעשות כן על חשבונו, כעולה מדברי 'שולחן ערוך'[157]: "כל היכא שהשליח משנה מדעת המשלח, בטל השליחות מכל וכל". ומעיר הש"ך[158]: "פירוש: אפילו אם השליח רוצה להשלים חסרונו"[159].

אם חרג השליח מן ההרשאה חריגה שאינה מוחלטת, ראינו שהשליחות אינה בטלה אלא אם מקפיד השולח על החריגה. ונשאלת השאלה: בהנחה שלאחר שהקפיד השולח על החריגה הצד השלישי או השליח מוכנים לתקן את העיוות, האם יש בכך כדי למנוע את ביטול הפעולה, בטענה שאילו ידע השולח שהעיוות יתוקן, הוא לא היה מקפיד עליו? מן הפוסקים[160]

155 כך נוקט דברי חיים (אוירבך), חו"מ, דיני שלוחין, סימן ד, ד"ה בשליח.

156 שאלה מעניינת נוספת שלא נרחיב בה כאן היא, האם הצד השלישי יכול גם הוא לבטל את העסקה שעשה עם השליח, כאשר הוא זה שנתאנה בפחות משתות, בטענה שמן הצדק הוא שאם השולח יכול לבטל את העסקה כשנתאנה פחות משתות, כך ראוי שיוכל לעשות גם הוא. אף שיש פוסקים הסבורים כך (דעת רב האי גאון המובאת בר"ש, כתובות, פרק יא, סימן טז, ובטור, חו"מ, סימן קפב, סעיף ט, והביא דעה זו כדעה הראשונה בשולחן ערוך, חו"מ, סימן רכז, סעיף ל, בשם "יש מי שאומר"), דומה שהדעה המקובלת היא שדין הצד השלישי כדין כל אדם, ואינו יכול לבטל את העסקה אלא אם נתאנה ביותר משתות, כיוון שבשונה מן השולח עשה את העסקה באופן אישי, "ומה לו שקנהו מהשליח או מהמוכר עצמו" (לשון הסמ"ע, שם, ס"ק נה, בהסבר השיטה השנייה המובאת בשולחן ערוך, שם). וכך פסק שולחן ערוך, חו"מ, סימן קפב, סעיף ה: "אם הטעה השליח את הלוקח, דינו כשאר כל אדם, שהמכר קיים עד שתות, וזכה המשלח ביתרון", ושם לא הצביע על הדעה החולקת.

[בהנמקת שיטתו של רב האי גאון, מעניין לצטט את דבריו של ר' פנחס הלוי הורוביץ, בעל ההפלאה, בפירושו לתורה, פנים יפות (ויקרא כה, יד): "ועיין מ"ש [=מה שכתבתי (בספר הפלאה)] בכתובות דף ק' [ע"א, ד"ה ועיין] לפרש טעם דרב האי גאון, שהביא הטור בח"מ סימן קפ"ב [ס"ט], דאם הטעה השליח את הלוקח בכל שהוא, המקח בטל, כיון דאיכא עבירה במכירה אפילו בפחות משתות, א"כ הא קי"ל [קידושין מב ע"ב] אין שליח לדבר עבירה, וממילא בטל השליחות". אולם המעיין בספר הפלאה יראה ששם ייחס לרב האי גאון כוונה קצת שונה].

השופט א' פרקש הביא את שיטת רב האי גאון בפסק דינו ת"א 6233/04 בוריס ציקבאשווילי נ' מוסד ילדים וישיבת תפארת שלמה, פסקה 25 (פורסם בנבו, 15.8.2005), אך החמיץ את כוונת דברי רב האי.

157 שולחן ערוך, חו"מ, סימן קפח, סעיף ה.

158 ש"ך, שם, ס"ק ב.

159 אבל ראה דברי משפט, חו"מ, סימן קפח, סעיף ה, המסייג את דברי הש"ך: "היינו דוקא אם בשעה דעשה השליח המקח לא היה דעת שליח להשלים החסרון, ומשום הכי, אף דאחר כך רוצה שליח להשלים החסרון, מכל מקום המקח בטל... אבל אם בשעת מקח היה דעת שליח להשלים החסרון, הוי כלא עבר על דעת המשלח כלל". אפשר שאין דבריו אמורים אלא בעיוות כספי. ועדיין צריך עיון בשאלה: איזה תוקף משפטי יש לעובדה שהיה בדעתו להשלים, הלוא מה מונע ממנו לחזור בו?

וראה עוד שו"ת ציוני, חלק א, סימן א, סעיף ז, ד"ה אך בכאן, שאם השליח חוזר ועושה את שליחותו כפי שהורשה לפני שנודע לשולח על החריגה, פעולתו תקפה, ולא יוכל השולח לטעון לביטול השליחות. וראה גם שם, חלק ב, חו"מ, סימן ג, אות א, ד"ה ומ"ש הכ"מ.

160 ראה חכמת שלמה, חו"מ, סימן קפב, סעיף ו, הקובע שאף אם בדיעבד הצד השלישי מוכן לתקן את העיוות, מאחר שבשעת ביצוע הפעולה היה עיוות שהשולח מקפיד עליו, הרי שהפעולה בטלה, ואין אפשרות שתתקיים למפרע.

על פי היגיון זה, נראה שהוא הדין אם השליח מציע מעצמו לתקן את העיוות שגרם, שגם כאן דין פעולת

עולה שאם השולח אכן מקפיד על העיוות, הרי השליחות בטלה, על אף העובדה שהעיוות בא על תיקונו לאחר מעשה. והוא הדין אם השולח, לאחר שהקפיד תחילה, מתרצה לבסוף. גם בכגון זה, הפעולה בטלה, שכן מרגע שהקפיד השולח, גילה את דעתו שהשליח פעל בלא הרשאה, והריצוי שבא לאחר מכן אין בו כדי לקיים את השליחות למפרע[161].

והוא הדין בסטיית השליח מן ההרשאה ("שלחו לקנות חיטים וקנה שעורים") לאותם פוסקים הרואים בכך משום חריגה שאינה מוחלטת, גם כאן השליחות בטלה רק אם השולח מקפיד על הסטייה[162]. נטעים, שהשולח רשאי להקפיד ולהביא בכך לביטול השליחות, אף כשהסטייה לא פגעה באינטרסים הכלכליים שלו[163].

לפי 'שולחן ערוך'[164], כשהצד השלישי מוחזק (כגון שמכר נכס לשליח וקיבל לידו את כספו של השולח), התנאי לאפשרות ביטול השליחות בחריגה שאינה מוחלטת הוא שהשולח יוכיח שלא ייפה את כוחו של השליח בין לתקן בין לעוות. אם אין בידו להרים את נטל ההוכחה הזה, הרי שפעולת השליח מחייבת אותו כלפי צד שלישי. ההסבר לכך הוא שאין לשלול את האפשרות שהשולח מינה את השליח בין לתקן בין לעוות, ומאחר שהצד השלישי מוחזק, ספק זה פועל לטובתו, ולא נותר לשולח אלא לתבוע את השליח על הנזק שגרם לו.

אף שבעיקרון, אם יש חריגה מוחלטת מן ההרשאה, השליחות בטלה מאליה, ואף שבעיקרון כאשר נפגעו האינטרסים של השולח או שסטה הלה מן ההרשאה, השליחות ניתנת לביטול, פעמים שבעל כורחו של השולח נוצרת יריבות משפטית בינו לבין הצד השלישי. כך עשוי לקרות בעיקר כאשר השליח פעל בכספו של השולח, והפעולה שעשה כלפי צד שלישי אינה ניתנת לביטול, בין מסיבות משפטיות בין מסיבות מעשיות, כפי שנפרט להלן.

השליח כדין פעולה בלא הרשאה, והיא בטלה. כך ראינו כבר לעיל, הערה 63, בדברי שו"ת דברי חיים: "מפשט לשון הרא"ש יראה דאפילו הסכימה בתחילה לקבלת אחריות דהשליח, גם כן לא מהני". וכן נפסק גם בשו"ת תורת אמת (למהר"א ששון), סימן קלא: "שאפילו לא יגיע לו הפסד, יכול [השולח] לטעון כן [היינו שהשליחות בטלה]". וכן עולה מדברי הב"ח, חו"מ, סימן קפב, סעיף י: "ואין השליח יכול לכופו לקיים המקח אפילו יתקן לו העיוות".

161 נראה שדברים אלו נכונים גם לגישה שעמדנו עליה לעיל, ליד ציון הערה 41 (ועוד נעמוד עליה להלן, ליד ציון הערה 177), ולפיה תביעת השולח היא כלפי השליח לתיקון העיוות, אלא שהשליח מגלגל אותה לפתחו של הצד השלישי, בהודעתו שהוא פועל כשליח (וכאילו אומר לו שאם ייתבע על ידי השולח, העסקה ביניהם בטלה). היה מקום לכאורה לטעון שאם השליח נכון לפצותו, שוב אין עילה לביטול. ברם, אין הדברים כן, שכן גם לגישה זו, המועד הקובע הוא מועד ביצוע השליחות, ובאותו מועד הלוא הודיע השליח שאין תוקף לשליחות, אלא אם כן לא יקפיד השולח, ומשהקפיד כבר נתבטלה השליחות.

162 ראה לעיל, ליד ציון הערה 88 וליד ציון הערה 101. לפוסקים הרואים בכך חריגה מוחלטת, אין צריך לומר שפעולת השליח בטלה מאליה כדין חריגה מוחלטת.

163 אמנם זכות הביטול בכגון זה לא הוזכרה בדברי הפוסקים, אך ניתן לשער שהפוסקים התעלמו משאלה זו, משום שבנוהג שבעולם אדם מעדיף להשלים עם סטיית השליח מהוראותיו, אם לא גרמה לו נזק, ובוודאי שהוא מעדיף לעשות כן אם הביאה לו הסטייה רווח.

164 שולחן ערוך, חו"מ, סימן קפב, סעיף ד. על גישה זו שמקורה בדברי הרמ"ה (לעיל, ליד ציון הערה 66), ועל היקפה, נרחיב את הדיבור להלן, ליד ציון הערה 202, וליד ציון הערה 284.

(2) סייגים: שליחות בממון השולח שאי אפשר לבטל אותה

(א) שליחות נסתרת

ראינו לעיל[165] שלדעת רבים מהראשונים, כשהשליח פעל בשליחות נסתרת, הפעולה תקפה, מכיוון שהשליח נטל על עצמו אחריות אישית לביצועה, וטענתו שלא פעל אלא כשליח אינה אלא בגדר "דברים שבלב"[166]. כפי שנראה להלן, יש אומרים שלקביעה זו יש משמעות לא רק ביחסי השליח וצד שלישי, אלא היא נותנת את אותותיה גם ביחסי השולח וצד שלישי, כאשר השליח פעל בכספו של השולח.

אמנם יש פוסקים הסבורים שביחסי השולח וצד שלישי, אין הבדל בין שליחות נסתרת לבין שליחות גלויה, ובשתיהן טענת השולח, "לתקן שלחתיך ולא לעוות", מביאה לביטול השליחות, ולא נוצרו אפוא יחסים בין השולח וצד שלישי. ולא זו בלבד, אלא שפעמים ביטול השליחות מונע את קיום העסקה גם בין השליח לבין הצד השלישי, כמו שכותב מהרש"ל[167] בעניין שליח נסתר שטעה ומכר את סחורתו של השולח במחיר נמוך מן המקובל, שלא זו בלבד שפעולת השליח אינה מחייבת את השולח, אלא שאין היא מחייבת גם את השליח, שכן אינו יכול למכור את מה שאינו שלו. זאת ועוד. לדעת הרמב"ן[168], הוא הדין כשהשליח קנה נכס בממון השולח (בקניין מעות[169]), שאם השולח מבקש את כספו חזרה, הוא רשאי לעשות כן, אף אם יגרום הדבר ממילא לביטול העסקה גם בין הצד השלישי לשליח[170].

[165] לעיל, ליד ציון הערה 54.

[166] ראה להלן, ליד ציון הערה 225.
לדעת הש"ך, הוא הדין אם הודיע שהוא שליח, ורק הסתיר את זהות שולחו. ראה ש"ך, חו"מ, סימן קפה, ס"ק ז: "אבל אם [הצד השלישי] אינו מכיר המשלח, אע"פ שהוא מודיע שהוא שליח, י"ל [=יכול לומר (הצד השלישי)] סבור הייתי כיון שאתה אינך מפרש מי הוא המשלח, בודאי אין קפידא בכך, שלא יקפיד המשלח ויקיים מעשיך". ראיה לדבריו מביא הש"ך מדברי הרמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק ב, הלכה ו, בעניין סרסור: "ראובן שנתן חפץ לשמעון הסרסור, ואמר לו 'מכור לי זה, ואל תמכור בפחות ממאה', והלך ומכרו בחמשים, משלם החמשים מביתו... ואם ידע הלוקח שחפץ זה של ראובן הוא וזה המוכר לו סרסור הוא, יחזיר החפץ לבעלים". וכך הוא מדייק גם מדברי הרמב"ם, שם, פרק ב, הלכה ד: "השליח שקנה או שמכר והודיע שהוא שליח בדבר זה לפלוני, אף על פי שמשך או שהמשיך, ונמצא שעבר על דעת המשלח, בטל המקח, ומחזיר". וראה שו"ת משפט כתוב (זיתון), חו"מ, סימן ל, שהטעים שלפי הש"ך, השליח אינו אחראי כלפי הצד השלישי אלא אם חרג מהרשאתו, אבל אם לא חרג מהרשאתו (כגון שמכר את הסחורה שנתן לו השולח, אך הסתבר לאחר מעשה שהסחורה הייתה פגומה), השליח אינו נושא באחריות כלפי הצד השלישי לקיום חיוביו של השולח, אף שהסתיר מן הצד השלישי את זהותו, כי "מה מעלה או מה מוריד אם פירש שם משלחו". והשווה דיוננו על סעיף 7, פרק חמישי, עמ' 411, גישת ר' יעקב מליסא ושו"ת שמן ראש, שהסתרת זהות השולח מטילה אחריות אישית על השליח אף כשלא חרג מהרשאתו. והשווה אבני החושן, סימן קפב, ס"ק ח, השולל מכל וכל אחריות אישית של שליח שהודיע שהוא פועל כשליח אף כשחרג מהרשאתו, וכותב שדברי הש"ך הם "סברא קלושה, ומכל הפוסקים לא משמע כן". וראה עוד בעניין זה, אטינגר, פרקי שליחות, עמ' 156, הערה 61.

[167] ראה חכמת שלמה (מהרש"ל), כתובות צט ע"ב, ד"ה גמרא (מובא בפסק דינו של הרב ש' ישראלי, בתוך: עדות ביהוסף (קאפח), ירושלים תשס"ד, סימן עג, עמ' 413).

[168] ראה חידושי הרמב"ן, בבא מציעא עד ע"ב, ד"ה דיהב זוזי, בתירוצו הראשון (ראה להלן, הערה 169). וראה דברי משפט, סימן קפב, סעיף ב, ד"ה או המשיך. וראה להלן, הערה 228.

[169] אמנם במיטלטלין אין תוקף לקניין מעות, אבל יש בו כדי לחייב את החוזר בו בקללת "מי שפרע" ("מי שפרע מאנשי דור המבול ומדור הפלגה, הוא עתיד להפרע ממי שאינו עומד בדיבורו" (משנה, בבא מציעא ד, ב)). התלמוד (בבא מציעא עד ע"ב) מביא מעשה בשליח (חתן) שקיבל סכום נדוניא משולחו (חמיו)

אבל דעת פוסקים רבים היא שהן בשליחות למכר הן בשליחות לקנייה, השולח אינו יכול לקבל לידיו חזרה את הנכס או את התמורה שהעביר השליח לידי הצד השלישי, כמו שפוסק הרמב"ם[171]: "השליח שקנה או שמכר והודיע שהוא שליח בדבר זה לפלוני, אף על פי שמשך או המשיך, ונמצא שעבר על דעת משלחו – בטל המקח, ומחזיר. ואם לא הודיע שהוא שליח – נקנה המקח, ויהיה הדין בינו ובין זה ששלחו"[172]. כך נקטו כאמור פוסקים

כדי לקנות תכשיטים לאשתו ליום פלוני על סך מסוים, והרמב"ן מעלה אפשרות שהחתן נתן את המעות כמקדמה בלא שהודיע שהוא פועל בשם שולחו ובלא שהתנה מראש עם המוכר שאם ביום ביצוע העסקה יֵרד מחיר הסחורה, כמות הסחורה תעלה בהתאם ("שער הגבוה"), ובכך פגע באינטרס של השולח. בהגיע המועד, התברר שאכן ירד מחיר השוק, והשולח ביטל את העסקה בטענה "לתקן שלחתיך ולא לעוות". ונפסק בתלמוד שבנסיבות אלה השליח אינו מקבל אפילו "מי שפרע". הרמב"ן שואל: "ותימה הוא, אי לא אודועיה שליח למוכר דלצורך חמיו הוא לוקח [כלומר, אם פעל בשליחות נסתרת], אמאי לא מקבל שליח 'מי שפרע', הא מוכר לדידיה זבין ולא לחמיו, ומה עסקו עם חמיו? וזה ודאי כיון שלא הודיעו אין עליו תורת שליח עם המוכר". והוא עונה בתירוצו הראשון: "ויש לומר, אם ידוע בעדים שלקח במעותיו של חמיו, על כרחו של מוכר יחזירם, כיון שלא עשה שליחותו". ומכיוון שחוזרות המעות לשולח, הופך ממילא השליח כמי שלא נתן מעות, ומשום כך לא חל עליו דין "מי שפרע". והוא הדין כאשר השליח הנסתר נשלח לקנות קרקע בקניין מעות, אם השולח חוזר בו בשל הפגיעה באינטרסים שלו, החזרת כספו גורמת אף לביטול העסקה בין השליח לבין המוכר.

170 וראה דברי משפט, סימן קפב, סעיף ב, ד"ה ולפי"ז, שהטעים שלדברי הרמב"ן יש להעמיד את סוגיית "ההיא איתתא" באופן שמלבד נתינת כסף, השליח עשה קניין אחר בקרקע המחייב אותו אישית כלפי המוכר (כגון קניין שטר או חזקה). שאם לא כן, רב נחמן היה פוסק שכיוון שדרשה האישה את כספה, בטל הקניין לא רק בין המוכר לבינה אלא גם בין המוכר לבין השליח, כאמור.

[בנסיבות מסוימות, אפשר שהעסקה תתבטל גם כשנעשה קניין אחר, נוסף על מתן מעות (כגון קניין משיכה), שכן הפיכת העסקה לעסקה שלא שולמה עליה התמורה המוסכמת בין הצדדים, מאפשרת למוכר לבטלה. ראה: בבא מציעא עז ע"ב; שולחן ערוך, חו"מ, סימן קצ, סעיף טו. וראה חזון איש, בבא קמא, סימן כא, ס"ק ט, ד"ה ויש הרבה: "ואם היה לו רשות לתבוע המעות מהמוכר [כשיטת הרמב"ן], היה הדין תלוי אי מתרצה המוכר לקיים המקח ולתבוע דמי השדה מהשליח על ידי בית דין ודאי היה המקח קיים (אם השליח החזיק או לקח שטר, שאם לא היה רק [=אלא] קניין כסף, בטל קניינו), אבל אם המוכר אין רצונו בזה, היה מבטל המקח". ויש הנוקטים שכל זמן שהמוכר יכול לחזור בו, אף הקונה יכול לחזור בו. ראה שולחן ערוך, שם, סעיף י וסעיף יד, ונושאי הכלים, שם].

171 רמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק ב, הלכה ד.

172 כך עולה גם ממה שפסק הרמב"ם, שם, פרק ב, הלכה ו: "הסרסור שליח הוא, אלא שהוא נוטל שכר שליחותו, לפיכך אם שינה על דעת הבעלים, משלם מה שהפסיד. כיצד? ראובן שנתן חפץ לשמעון הסרסור ואמר לו 'מכור לי זה, ואל תמכור בפחות ממאה', והלך ומכרו בחמשים, משלם החמשים מביתו... ואם ידע הלוקח שחפץ זה של ראובן הוא, וזה המוכר לו סרסור הוא, יחזיר החפץ לבעלים ויחרים על מי שנתן לו רשות למכור בחמשים או שרצה בחמשים וחזר בו אחר שקניתי". מתוך סיום דבריו, "ואם ידע", דומה שראשית דבריו אמורים בשליחות נסתרת, ושם פסק שפעולת השליח מחייבת את השולח כלפי הקונה (כך פירשו את דבריו: כסף משנה, שם; שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן עז. והשווה להלן, הערה 194, שיש שפירשו שהרמב"ם לא נתכוון בהלכה זו להבחין בין שליחות גלויה לבין שליחות נסתרת. לדעתם, הרמב"ם דן בשולח שאין בידו הוכחה על בעלותו, וההבחנה בין "ידע" לבין "לא ידע" היא אפוא אם הצד השלישי מודה שהתובע הוא אכן בעל הנכס, אם לאו). עוד עולה מהלכה זו שהדברים אמורים אף בחריגה מוחלטת מן ההרשאה.

שאלה יפה היא בשליחות לקנייה שלא יכולים להתקיים בה יחסי שולח וצד שלישי, כגון שהשליח קנה נכס שונה לחלוטין מן הנכס שהיה אמור לקנות, ואין לראותו בשום אופן כמי שפעל בשליחותו של השולח, האם גישה זו מודה שרואים את השליח כלווה, ונקשרו יחסי שליח וצד שלישי? או שמא אין רואים אותו

רבים, אם כי הדגישו שפעולתו של השליח אינה מחייבת את השולח כלפי הצד השלישי אלא אם העיוות ניתן לתיקון או לפיצוי על ידי השליח[173].

ונשאלת השאלה: מדוע מחייבת פעולת השליח את השולח כלפי צד שלישי? הלוא חרג השליח מהרשאתו. להלן נציג שתי תפיסות עיקריות לפשר הדבר. להבהרת הדברים, נדון תחילה בשליחות למכירה, שברור בה שהיעדר היכולת של השולח לקבל לידיו חזרה את הנכס פירושו שנוצרו יחסים בין השולח וצד שלישי, ולאחר מכן נדון בשליחות לקנייה.

(1) לדעת ר׳ יעקב מליסא בעל ׳נתיבות המשפט׳, חיובו של השליח לתקן את העיוות מסביר מדוע הפעולה אינה בטלה כלפי הצד השלישי. חובת התיקון משמיטה מידי השולח את הטענה לביטול (״לתקן שלחתיך״), וממילא התוצאה היא שהשליחות תקפה, ויחולו אפוא יחסי שולח וצד שלישי[174]. ומהו מקורו של חיוב זה? ר׳ יעקב מליסא דן בדבר בשני מקומות:

כלווה, וממילא לא נקשרו יחסי שליח וצד שלישי? לשאלה זו, ראה להלן, ליד ציון הערה 232, בדיוננו ביחסי שליח וצד שלישי, ושם, הערה 230.

173 הייתה השליחות להעברת זכות מן השולח לצד השלישי (כגון שליחות למכירה) ואי אפשר לתקן את העיוות, מודים בעלי גישה זו שהעסקה אינה תקפה, אף לא ביחסים שבין השליח לצד השלישי. הנימוק לכך הוא, שהשליח אינו יכול להעביר את מה שאינו שלו. כך לדוגמה, שליח שנשלח להשכיר בית לשנה, והלך והשכיר אותו לשלוש שנים, אין לומר שהשכירות תקפה בין השליח לצד השלישי לשנתיים הנוספות, שכן זהו עיוות שאינו ניתן לתיקון, והשליח אינו יכול להשכיר את מה שאינו שלו. למסקנה זו הגיעו (בקשר לשכירות) הפוסקים הבאים: שו״ת מהר״י בן לב, חלק א, סימן פא (עט) (מצוין בחידושי רבי עקיבא איגר, חו״מ, סימן קפב, סעיף ב); שו״ת אבקת רוכל, סימן קסו, התשובה חתומה בידי ר׳ יצחק בן צדיק ן׳ לב (המדגיש שפעולת השליח חורגת לחלוטין ממסגרת ההרשאה, ואין להעלות על הדעת לחייב את השולח להשכיר את ביתו בעל כורחו); שו״ת אבקת רוכל, סימן קסז (והשווה שו״ת המבי״ט, חלק א, סימן קג, שדן גם הוא במקרה זה, אלא שהתעלם מדברי הרמב״ם המפורשים בעניין זה, ״נקנה המקח״. ושמא הוא סבור שהרמב״ם לא דיבר בהלכה זו אלא בעסקת מיטלטלין ולא בעסקת מקרקעין, כפי שהעיר אבן האזל, הלכות שלוחין ושותפין, פרק א, הלכה ג, ד״ה ונראה דלפי״מ, ופרק ב, הלכה ז). הם מביאים דוגמאות לעיוות הניתן לתיקון או לפיצוי: קנייה במחיר גבוה מההרשאה (התיקון: השליח ישלם את היתרה); קניית כמות גדולה מההרשאה (התיקון: השליח יפריד את הכמות שהתבקש לקנות וייטול את היתרה לעצמו); קניית קרקע בלא אחריות כשמקובל לקנות באחריות (התיקון: השליח יישא באחריות); מכירת נכס באחריות, כשנתבקש למכור ללא אחריות (התיקון: גם כאן השליח יישא באחריות כלפי הקונה); מכירת שטח קטן מן השטח שהיה אמור למכור, דבר הגורם הפסד לשולח (התיקון: ימכור את השטח הנשאר וישלים מכיסו את הפער בין מה שקיבל לבין מה שהיה מקבל אילו מכר את השטח כולו לקונה אחד).
וראה עוד מהרש״ך ור׳ אברהם מונסון, שו״ת מהרש״ך, חלק ג, סימן סה, ד״ה אבל וד״ה ועוד (סט ע״ד) (מובא בכנסת הגדולה, חו״מ, סימן קפב, הגהות הטור, אות סט), שהגיעו למסקנה שמי שנשלח למכור חיטים ומכר שעורים (להבדיל משליח שנשלח לקנות חיטים וקנה שעורים, עליו מדובר בסוגיית בבא קמא, שהובאה לעיל, ליד ציון הערה 84), המקח בטל לחלוטין, גם בין השליח לבין הקונה.
והשווה שו״ת מהר״ש צרור, תשב״ץ, חלק ד (חוט המשולש), טור ב, סימן כב (מצוין אף הוא בחידושי רבי עקיבא איגר, חו״מ, סימן קפב, סעיף ב), שכתב: ״שהוא הדין בעושה שליח למכור, והלך ומכר בסתם [כלומר, שליחות נסתרת] ושינה מדעת המשלח, אף על פי שאחר כך נודע שהוא שליח, אין לקונה בכך כלום, וחייב המוכר להעמיד המקח ביד הקונה״. ולא סייג את הדברים בשהעיוות היה ניתן לתיקון. מהר״ש צרור דן בשליח שאמור היה למכור נכס מתאריך מסוים, והקדים ומכר את הנכס לפני המועד. לדעתו, המכר תקף, אף על פי שמדובר לכאורה בעיוות שאינו ניתן לתיקון. וצריך עיון. וגדולה מזו, יש לתמוה על קרבן נתנאל, כתובות, פרק אחד עשר, סימן טו, אות י, שכתב שלפי הרמב״ם, אם חרג השליח ומכר בשליחות נסתרת דונם אדמה במקום חצי דונם, העסקה מחייבת את השולח. כאמור, הדברים הללו מתמיהים.

במקום אחד[175] הוא אומר ששליח המסתיר מן הצד השלישי את עובדת היותו שליח נחשב כמי שנטל על עצמו התחייבות מכללא כלפי השולח לתקן את העיוות, משום שאינו רוצה להיחשב כמי שנהג שלא בהגינות כלפי הצד השלישי, כשהסתיר ממנו את עובדת היותו שליח[176] (זאת, בשונה משליחות גלויה, שבה הוא נחשב כמי שהזהיר את הצד השלישי מפני האפשרות של ביטול פעולתו על ידי השולח). ומאחר שהתיקון מובטח לשולח, אין לו עוד עילה לבטל את פעולת השליח כלפי הצד השלישי.

במקום אחר[177], טוען ר׳ יעקב מליסא שאין צורך לתור אחר התחייבות מסוימת של השליח לתקן, שכן חיוב זה כלול בעצם נכונותו לשמש שליח, וזוהי הסיבה לחיובו של השליח בשליחות נסתרת. רק אם השליח הציג את עצמו בפני הצד השלישי כשליח (שליחות גלויה), נחשב הוא כמי שהתנה עם הצד השלישי שאם יהיה עיוות, והשולח לא ישלים עמו, ויתבע ממנו את תיקונו, הרי פעולתו כלפיו בטלה כדי להשתחרר מאחריות זו.

(2) גישה הפוכה מזו עולה מדבריו של ר׳ איסר זלמן מלצר[178]. לדעתו, הפעולה אינה בטלה, לא משום חובתו של השליח לתקן, אלא להפך. החבות באה לאחר שנקבע שלא ניתן לבטל את הפעולה כלפי הצד השלישי, מכיוון שהצד השלישי לא היה מודע לעובדה שלפניו שליח,

[174] נוסף על יכולתו של הצד השלישי לתבוע את השליח. ראה להלן, סעיף 7, פרק שלישי, ב, עמ׳ 410.

[175] ראה נתיבות המשפט, סימן קפב, ס״ק ד (אבל ראה שם בסוף דבריו, שהוא חוזר בו מגישה זו ומעדיף על פניה את הגישה שאנו מביאים בשמו, מסימן קפה, ס״ק ה, להלן, ליד ציון הערה 177). ונראה שכך נקט גם דברי משפט, סימן קפב, סעיף ב, ד״ה ולפי״ז, בהסבר שיטת הרמב״ם. נתיבות המשפט מובא בפסק דינו של הרב ישראלי (לעיל, הערה 167).

[176] אמנם ׳נתיבות המשפט׳ כותב שהשליח אינו רוצה להיראות כגזלן כלפי השולח, ואולם הסבר זה אינו רלוונטי לכאורה אלא בקנייה בכספו של השולח, ולא במכירת רכושו (שהוא עיקר דיונו שם). שם, אם תתבטל העסקה, יחזור המצב לקדמותו, שכן אינו יכול למכור את מה שאינו שלו. אשר על כן, נראה לנו שיש להבין את דבריו על דרך ההרחבה, היינו שהשליח מבקש להיות הגון גם כלפי הצד השלישי, ועל כן הוא מתחייב כלפי השולח לתקן, כפי שכתבנו בטקסט.

אבני החושן, סימן קפב, ס״ק ו, תמה על דרכו זו של ׳נתיבות המשפט׳: ״לא נהירא, דאם כן בידעינן שהשליח היה שוגג לא יצטרך לתקן, ולא משמע כן, וגם הסברא רחוקה״. ואכן ראה: גידולי תרומה, שער מו, חלק ד, אות סב, ד״ה ואני בעניי; חידושים וביאורים (גריינימן), בני־ברק תשס״א, בבא מציעא עד ע״א, קונטרס בענייני שליחות, ד״ה ונראה (בגישתו הראשונה). הם נוקטים גישה עקרונית זו, אבל מצמצמים אותה לחריגה במודע של השליח, שאם לא כן, אין לראות את השליח כמי שנטל על עצמו התחייבות כלפי השולח. ונראה שלפי ׳נתיבות המשפט׳, הסתרת השליחות לעצמה די בה לראות את השליח כמי שנטל על עצמו התחייבות לתקן. והשווה דעת מחנה אפרים, להלן, הערה 229, אות ב.

[177] נתיבות המשפט, סימן קפה, ס״ק ה. וראה לעיל, ליד ציון הערה 41, הרחבת דברים לגישה הזאת.

[178] ראה אבן האזל, הלכות שלוחין ושותפין, פרק א, הלכה ג, ד״ה ונראה דדברי הכ״מ: ״דכיון שמסר להשליח דבר שיוכל לגרום היזק להמוכר או להקונה, שיסמוך על השליח וימכור או יקנה ממנו, ואחר כך יתברר דהקנין אינו קיים, ויפסיד לוקח או מוכר אחר, לכן אמרינן דכשמסר להשליח, מסר לו על דעתו שלא יהיה לו דין ודברים על מי שימכור לו או יקנה ממנו״. וכבר קדמו דברי חיים (אוירבך), חו״מ, דיני שלוחין, סימן ו, ד״ה ולפענ״ד.

וראה אבן האזל, שם, ד״ה ונראה דלפי״מ, שאין הדברים אמורים אלא במיטלטלין (כסף או נכס מיטלטל) שהשולח מסר אותם לידי השליח, ובכך הטעה את הצד השלישי לחשוב שמי שמציג את עצמו בפניו כבעלים הוא אכן הבעלים (״חזקה כל מה שביד אדם הריהו שלו״). אבל אין הדברים אמורים במכירת קרקע של השולח, שם לא גרם השולח להטעיית הצד השלישי, שעליו היה לבדוק שמי שמציג את עצמו כבעל הקרקע הוא אכן בעליה.

ולכן אין זה הוגן להכזיב אותו ולבטל את העסקה שנעשתה עמו. לשאלה מהו הבסיס הנורמטיבי להגנה זו על הצד השלישי? יש מי שאומר שהבסיס שלה בתקנה שתיקנו חכמים מעין תקנת השוק, ולפיה בכגון זה, מחייבת פעולת השליח את השולח כלפי צד שלישי, והשולח תובע את נזקו מן השליח[179], ואילו ר׳ איסר זלמן מלצר עצמו מעגן את הבסיס בהסכמה מכללא של השולח. כלומר, השולח מבין בעצמו שאין זה הוגן מצדו לבטל את העסקה כלפי הצד השלישי, מפני שגם הוא נושא באחריות מסוימת להכשלתו, על כן הוא נחשב כמי שמוותר מראש על ביטול השליחות ומעדיף לתבוע פיצוי משלוחו.

עד כאן עסקנו בשליחות למכירה, שבה כאמור אי־ביטול הפעולה, יהא טעמו אשר יהא, גורר אחריו בהכרח יחסי שולח וצד שלישי. לעומת זאת, שאלת יחסי השולח וצד שלישי בשליחות לקנייה מורכבת יותר, שכן להגנת הצד השלישי, אפשר להחיל על הקנייה יחסי שליח וצד שלישי בלבד, ואף שהשליח עשה את הפעולה בכספו של השולח, ניתן לראותו כלווה (כלומר, כמי שלווה את כספו של השולח כדי לעשות את הפעולה לטובת עצמו). אכן, להלן, בדיוננו ביחסי שליח וצד שלישי, נראה שיש הנוקטים שהשליח זוכה בנכס[180]. ברם, מלשונו של הרמב״ם, נראה שאינו סובר כמותם, ולדעתו, בשליחות לקנייה בכספי השולח, השולח הוא הזוכה[181].

אם נבחן תוצאה זו לאור שני הטעמים שראינו לעיל לאי־ביטול הפעולה בשליח שמכר

[179] ראה חידושים וביאורים (גריינימן), בני־ברק תשס״א, בבא מציעא עד ע״א, קונטרס בענייני שליחות, ס״ק ח, ד״ה ואכתי יש לדון: ״דהשליח אחראי לשלם הפסד טעותו כשאי אפשר להחזיר, הרי כשלא הודיע שהוא שליח, יש לומר שאין מבטלין מקח שאין בו כדי אונאה מחמת שליחותו מעין תקנת השוק ללוקח״. ודומה שההבחנה שהובאה לעיל, הערה 178, בין קרקע למיטלטלין, נכונה גם לדעת מי שמבסס את ההגנה על הצד השלישי על תקנת השוק, שמסיבה זו עצמה, אינה חלה כידוע על מקרקעין. ראה נ׳ רקובר, המסחר במשפט העברי, ירושלים תשמ״ח, עמ׳ 62.

[180] כן היא דעת הר״ן, ראה להלן, ליד ציון הערה 228. בהערה 228 נעמוד על כך שהר״ן לא ביאר מהי שיטתו בשליח למכירה, ואפשר שבזה דעתו כדעת הרמב״ם.

[181] אמנם אין להוכיח שזו דעת הרמב״ם ממה שפסק בהלכה שהובאה לעיל, ליד ציון הערה 171: ״השליח שקנה או שמכר... אם לא הודיע שהוא שליח – נקנה המקח, ויהיה הדין בינו ובין זה ששלחו״, שכן אפשר שלעניין קנייה, כוונת הרמב״ם היא שהמקח נקנה לשליח, והדין בינו ובין שולחו הוא לעניין החזרת הכסף. אבל ראה רמב״ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק א, הלכה ג: ״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״. לעיל, הערה 54, ראינו שרבים העמידו הלכה זו של הרמב״ם בשליחות נסתרת, ומן הלשון ״הואיל וקנה אותה במעותיו״, מסתבר שהקרקע עברה לבעלותו של השולח. וראה אבן האזל, שם, ד״ה אמנם, שתמה כיצד יכול השליח לרכוש את השדה שוב מן המוכר, כשהשדה כבר עברה לבעלותו של השולח? והוא עונה שהקנייה מחייבת את השולח, אלא אם כן המוכר מסכים לחזור בו מן העסקה. ומאחר שמובטח לו שלא יצטרך להחזיר את הכסף שקיבל, אלא רק לכתוב שטר לשליח כדי שהלה יוכל למכור חזרה את הקרקע באחריות לשולח, אין לו סיבה להתנגד לכך. ואפשר אולי להציע פרשנות אחרת בהלכת הרמב״ם, ולפיה השליח קונה תחילה את הקרקע מן השולח וחוזר ומוכרה לו באחריות, וכך יתפרשו דבריו: ״נתן מעות לשלוחו לקנות לו קרקע, וקנה לו שלא באחריות [בלא להודיע שהוא שליח], הרי זה עוות [ואף על פי כן, נקנתה הקרקע לשולח], והשליח לוקח אותה לעצמו שלא באחריות [מן השולח], כמו שעשה [כאשר קנה מן המוכר], וחוזר ומוכרה למשלח באחריות, הואיל וקנה אותה במעותיו, והאחריות על השליח. וכן כל כיוצא בזה״ (וראה לעיל, הערה 69, לעניין הגרסה ״מינה״ במקום ״מיניה״, העולה בקנה אחד עם הצעה זו). ועדיין קשה, אף שהשליח עיוות את שליחותו, כיצד ניתן לחייבו לקנות מן השולח ולחזור

נכס, נראים הדברים שלפי הגישה שהשליחות נמשכת, מכיוון שהשליח מחויב לפצות את שולחו, הוא הדין גם בשליחות לקנייה, וברור אפוא שגם בשליחות לקנייה נרקמו יחסי שולח וצד שלישי. לא כן לפי הגישה הנוקטת שיסוד אי־ביטול הפעולה ברצון להגן על הצד השלישי, שכן לצורך זה די היה, כאמור, לראות את השליח כלווה. אפשר אפוא שזכיית השולח אינה מכוח דיני השליחות, אלא מכוח עקרונות דיני הקניין, ולפיהם תחליפי כספו של אדם הם שלו[182]. ועדיין צריך עיון אם פירושו של דבר שהנכס נקנה ישירות מהצד השלישי לשולח? או שמא אפשר שאף שביחסי הפנים השליח מחויב להעביר לשולח את הנכס, בהיותו הגורם המממן, מכל מקום, ביחסי החוץ, נקשרו היחסים בין הצד שלישי לבין השליח דווקא[183].

(ב) חריגה במודע (גישת הראב"ד)

בסקירתנו לעיל, ראינו את דעתו הייחודית של הראב"ד[184], שלפיה כאשר הפגיעה באינטרסים של השולח נעשתה על ידי השליח באופן מודע והיא ניתנת לתיקון, הרי השליח חייב לתקן את העיוות. לדעת 'חזון איש'[185], הטעם לכך הוא שבנסיבות כאלה, שאשמתו של השליח מוכחת, אין זה הוגן שהשולח יבטל את השליחות כלפי צד שלישי והוא נחשב אפוא כמי שמעדיף לתבוע את השליח על הנזק שגרם לו. משמעות הדבר היא אפוא שאם הפעולה נעשתה בממון השולח, נוצרו יחסים משפטיים בינו ובין צד שלישי, בין בעסקת קנייה בין בעסקת מכירה.

לדעת 'חזון איש', גם החולקים על הראב"ד בפגיעה במודע באינטרס של השולח, יודו שבסטייה במודע מהוראותיו, ודאי אין זה הוגן לבטל את הפעולה כלפי הצד השלישי. הטעם לכך הוא, שבניגוד לקניית שדה שלא באחריות, שאינה עסקה מקובלת, ולכן הייתה צריכה להידלק 'נורה אדומה' אצל הצד השלישי שמא השליח חורג מהרשאתו, כאן השליח מציג את עצמו כמי שיש לו ייפוי כוח לעשות עסקה מקובלת (קניית שעורים), ועל כן לא הייתה לצד השלישי כל סיבה להיזהר מפני מעשיו של השליח, ובכגון זה, גם הם מסכימים שהוא ראוי אפוא להגנה כמו בשליחות נסתרת.

(ג) מניעה מעשית לביטול השליחות

לעיל, בסייג של שליחות נסתרת, ראינו שיש המנמקים את קיום הפעולה בשל מניעה משפטית שנועדה להגן על צד שלישי, ולכן נקבע שגם בעסקת קנייה, השולח זוכה בנכס, מכיוון שנקנה

ולמכור לו, הרי אין מקום לכאורה לחייבו אלא בתשלום פיצוי כספי ותו לא?! וכך תמה חזון איש, בבא קמא, סימן כא, ס"ק ט, ד"ה והר"מ.

182 ראה לעיל, הערה 98. וראה סעיף 9, הערה 136, שנראה שכך פירשו רבים את נימוקו, "הואיל וקנה אותה במעותיו", המובא לעיל, הערה 181.

183 נציין שבדיוננו על סעיף 9, פרק שלישי, ג(2), עמ' 504, נראה שאף אם נקשרו יחסי שולח וצד שלישי (או שהנכס נקנה לשולח מכוח קניין כספו) אין זה מחייב בהכרח שהנכס שקנה השליח תוך חריגה מהרשאתו יישאר ביד השולח: יש הסבורים שבכגון זה, הבררה ביד השולח לכפות על השליח לקנות את הנכס לעצמו ולהשיב לו את כספו; ויש הסבורים שביד השליח הבררה לכפות על השולח למכור לו את הנכס תמורת השבת כספו.

184 ראב"ד, מובא בשיטה מקובצת, בבא מציעא עד ע"ב, ד"ה וזה לשון הראב"ד. ראה לעיל, ליד ציון הערה 80.

185 חזון איש, בבא קמא, סימן כא, ס"ק כא, ד"ה ק"ב ע"ב. הובא לעיל, הערה 110.

בממונו[186]. אפשר אפוא שלדעתם הסייגים שראינו עד כה אינם אלא דוגמאות לכלל רחב יותר, ולפיו כל אימת שפעל השליח בכספו של השולח ופעולתו אינה ניתנת לביטול כלפי צד שלישי, הרי השליחות קיימת על אף החריגה, ולא נותר לשולח אלא לתבוע פיצוי מן השליח על הנזק שגרם לו (ואין רואים את השליח כמי שלווה את כספו של השולח). במילים אחרות. אמנם, כאמור לעיל, העיקרון הוא שהשולח אינו יכול לאחוז את החבל בשני קצותיו, גם לקיים את פעולת השליח כלפי צד שלישי וגם לתבוע ממנו פיצוי, אלא עליו להכריע בין השניים, אולם כאשר אפשרות הביטול אינה עומדת בפניו, בין מסיבה משפטית (כמו בדוגמאות שנסקרו לעיל) בין מסיבה מעשית, כגון שהצד השלישי נעלם או שהוא מסרב להחזיר את אשר קיבל מן השליח או שאינו יכול להחזירו[187], בכל אלה אפשר שהשליחות קיימת, והשולח תובע פיצוי מן השליח[188].

ג. נטל ההוכחה

א. נשאלת השאלה: כשהשולח טוען לביטול השליחות בשל חריגה מהרשאה, על מי מוטלת חובת ההוכחה? האם על השולח להוכיח שהשליח חרג מהרשאתו? או שמא על הצד השלישי, המבקש לקיים את השליחות, להוכיח שהשליח פעל בהרשאה? בשאלה זו נחלקו הרמב"ם והראב"ד.

הרמב"ם[189] דן בשליחות למכירה, שבה טוען השולח־המוכר שהשליח חרג מהרשאתו, כשמכר את הנכס בפחות ממה שהורה לו, והוא פוסק: "הסרסור שליח הוא, אלא שהוא נוטל שכר שליחותו... ראובן [השולח] אומר [לשליח] 'במאה אמרתי לך', והסרסור אומר 'בחמשים אמרת לי, וכן בחמשים מכרתי', נשבע הסרסור שבועת התורה, שהרי הודה במקצת. ואם כבר נתן לו החמשים, נשבע שבועת היסת שעשה שליחותו, וזוכה הלוקח. ואם ידע הלוקח שחפץ זה של ראובן הוא, וזה המוכר לו סרסור הוא, יחזיר החפץ לבעלים, ויחרים על מי שנתן לו רשות למכור בחמשים או שרצה בחמשים וחזר בו אחר שקניתי".

מן הסיפא של דברי הרמב"ם, שנפסקו להלכה ב'שולחן ערוך'[190], עולה שחובת ההוכחה מוטלת על הצד השלישי, שיוכיח שהשליח לא חרג מהרשאתו[191], שהרי הרמב"ם קובע ש"אם

[186] קרוב לזה גם הסברו של 'חזון איש' בשיטת הראב"ד. ראה לעיל, הערה 82.

[187] ראה שו"ת פני יהושע (חנדאלי), נדפס בספר שני המאורות הגדולים, סימן יא, ד"ה באופן יצא.

[188] בכפוף לנאמר לעיל, הערה 183.

[189] רמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק ב, הלכה ו.

[190] שולחן ערוך, חו"מ, סימן קפה, סעיף ה. וראה שו"ת צדקה ומשפט (חוצין), חו"מ, סימן לג: "ואף על גב דהראב"ד פליג עלי' דהרמב"ם [ראה להלן]... מ"מ כל הפוסקים נמשכו לדעת הרמב"ם. וכן פסק מרן בשו"ע". המקרה שדן בו הרב חוצין היה באדם ששלח שליח שימכור תכשיטים לאישה. האישה סירבה לקנות מכספה את התכשיטים, והשליח הסכים עמה כי תקנה את התכשיטים ובעלה ישלם עבורם (הדבר היה בהסכמת בעלה, כמובן). הבעל מת בלא שהספיק לשלם, והתעוררה השאלה: האם זכתה האישה בתכשיטין למרות שלא שלמה תמורתם? השולח טען שהשליח חרג מהרשאתו כאשר הסכים לפטור את האישה מתשלום מכל וכל, גם אם בעלה לא ישלם, ואילו השליח טען שלכך ייפה השולח את כוחו.

[191] מן הראוי להדגיש שכך הדין בשליחות גלויה, אבל בשליחות נסתרת, דומה שלפי הרמב"ם, שאלת חובת ההוכחה אינה רלוונטית, שכן אף אם יוכיח השולח שהשליח חרג מהרשאתו, דעת הרמב"ם היא שהעסקה שעשה השליח מחייבת את השולח (אפילו היא עסקת מכירה), ולא נותר לו אלא לתבוע את השליח על הפסדו, כפי שאפשר לדייק מלשונו, "ואם ידע". ראה לעיל, הערה 172. אבל השווה שו"ת המבי"ט, חלק

ידע הלוקח שחפץ זה של ראובן", עליו להחזיר את החפץ לשולח, כל זמן שאינו מוכיח שהשליח לא חרג משליחותו. קביעה זו תמוהה לכאורה, שהרי הצד השלישי הוא המוחזק בנכס, והלוא כלל גדול הוא בדיני הראיות ש"המוציא מחברו עליו הראיה", ומדוע לא קבע אפוא הרמב"ם שחובת ההוכחה מוטלת על השולח? דומה שההסבר לכך הוא שהמחזיק פיזית בנכס אינו נחשב בהכרח גם למוחזק מן הבחינה המשפטית. כך לדוגמה, הקונה (המחזיק בנכס) אינו נחשב מוחזק נגד הבעלים הראשונים הבאים להוציא מידו, אלא כאשר יש בפיו טענת "ברי", ולפיה רכש את הנכס כדין[192]. ואין זה המצב בענייננו, שטענתו של הקונה אינה אלא טענת "שמא", שמא[193] השולח ייפה את כוחו של השליח למכור לו את הנכס בחמישים בלבד. לעומתו, השולח, שהוא הבעלים הראשונים ("מרא קמא"), טוען כנגדו טענת "ברי", ועל כן בעימות ביניהם נחשב הוא למוחזק, והקונה נחשב למוציא. לשון אחר, כנגד הבעלים[194], אין די בחזקה פיזית בנכס, אלא יש צורך בטענה משפטית החלטית[195].

א, סימן קג, שמדבריו עולה שבעסקת מכירה, נטל ההוכחה על הצד השלישי אף בשליחות נסתרת, שכן השליח אינו יכול למכור מה שאינו שלו (וראה לעיל, הערה 173). ככל הנראה, המבי"ט מפרש את הסיפא בדברי הרמב"ם, "ואם ידע", כדעת הפוסקים המובאים להלן, הערה 194, ולדעתו לא התכוון הרמב"ם להבחין בין שליחות גלויה לבין שליחות נסתרת. ותמוה הוא שלא נזקק המבי"ט בתשובתו להלכה זו של הרמב"ם כדי להוכיח את טענתו שחובת ההוכחה על הצד השלישי.

192 ראה שולחן ערוך, חו"מ, סימן רכג, סעיף א, ונושאי הכלים, שם. כך יהיה בענייננו, אם הצד השלישי עצמו היה עד למינוי או שראה את כתב המינוי (וראה שולחן ערוך, שם, שהוא הדין כששני הצדדים טוענים "שמא").

193 ברור שאין לומר שטענתו טענת ברי כשהוא מסתמך על עדותו של השליח, ולפיה אכן השולח אמר לו למכור את הנכס בחמישים, שכן השליח פסול לעדות זו עקב היותו נוגע בדבר. ראה: סמ"ע, חו"מ, סימן קפה, ס"ק ט; כנסת הגדולה, חו"מ, סימן קפב, הגהות הטור, אות מח, ד"ה ולי נראה; אור שמח, הלכות שלוחין ושותפין, פרק ב, הלכה ו. אך לא זו בלבד, אלא לפי הרמב"ם, גם ההסתמכות על המצג שיצר השליח בפניו אינה הופכת את טענת הצד השלישי לטענת "ברי". והשווה נתיבות המשפט, סימן קפה, ס"ק ו, המתקשה בדברי הרמב"ם, מדוע אין לסרסור נאמנות של "שליש", ונדחק בפירוש דברי הרמב"ם. וראה: אבן האזל, הלכות שלוחין ושותפין, פרק ב, הלכה ו, ד"ה כתב הכ"מ וז"ל; טבעת החושן, חלק ג, על דברי נתיבות המשפט, עמ' עח, שדחו את דבריו (והשווה להלן, הערה 201, דברי שער משפט). והשווה שיטת הראב"ד, להלן, ליד ציון הערה 199.

194 ראה אנציקלופדיה תלמודית, כרך יד, ערך חזקת מרא קמא, עמ' קמז, בעמ' קס. וראה: דברי משפט, סימן קפג, ס"ק ה; דברי חיים, דיני תפיסה, סוף סימן ט (מצוינים באנציקלופדיה תלמודית, שם, הערה 141), שדנו בשאלה זו לאור דברי הרמב"ם והראב"ד דנן.

פוסקים אחדים מדייקים מלשון הרמב"ם, "ואם ידע", שהלכה זו נכונה גם כאשר ההוכחה היחידה לבעלותו של "מרא קמא" היא הודאתו של הצד השלישי. ראה: פרישה, חו"מ, סימן קפה, ס"ק ה; משנה למלך, הלכות שלוחין ושותפין, פרק ב, הלכה ו; ביאור הגר"א, חו"מ, סימן קפה, ס"ק ט (ליקוט), המדמים את הלכת הרמב"ם למה שמובא בתלמוד (בבא בתרא ל ע"א) בעניין מי שקנה קרקע מאדם שלדבריו רכש אותה מבעליה הראשונים, ועתה נתבע הקונה על ידי אותם בעלים ראשונים להסתלק מן הקרקע בטענה ש"לא היו דברים מעולם". נפסק שהדין עם הבעלים הראשונים, שהרי הקונה עצמו מודה שאין לו ידיעה אישית בדבר בעלותו של מי שמכר לו, ואין טענתו אפוא אלא טענת "שמא" לעומת טענת "מרא קמא". וראה נתיבות המשפט, סימן קפה, ס"ק ו. והשווה לעיל, הערה 172.

195 מקור הלכת הרמב"ם בשו"ת הרי"ף (מהדורת לייטר), סימן עו. מדברי הרי"ף עולה שאם הנכס אינו מצוי עוד בידי הקונה, כגון שמכר אותו לאחר (ואי־אפשר להוציאו מידיו, כפי שהדגיש משמרת שלום, סימן קפה, סעיף ה, ס"ק ג), כי אז השולח נחשב כמי שבא להוציא מחברו, ועליו הראיה, אף על פי שהצד השלישי אינו טוען אלא טענת "שמא". ובלשונו של הרי"ף: "ואם אין הפרקמטיא ברשות קונה, אלא מכרה,

הראב"ד[196] משיג על הרמב"ם, והוא סבור שהצד השלישי הוא המוחזק, ועל השולח נטל ההוכחה שהשליח חרג מהרשאתו. ובלשונו: "שלא יחזור [כלומר, שהצד השלישי, הקונה, אינו צריך להחזיר את מה שבידו], ולא עוד אלא שאפילו הסרסור מודה [כשהוא תומך בגרסת השולח], יאמר הלוקח 'קנוניא אתם עושים עלי'". בטעמו של הראב"ד, נראה שנחלקו הפוסקים[197]:

(1) יש הסבורים שהראב"ד חולק מהותית על הרמב"ם בדיני "טוען ונטען", וכי לדעתו הכלל הוא שהמחזיק בממון חזקתו גוברת על חזקת מרא קמא [=הבעלים הראשונים], אף כשמרא קמא טוען טענת ברי, ואילו הוא טוען רק טענת שמא. לכן בענייננו נטל ההוכחה מוטל על השולח־המוכר, אף על פי שהצד השלישי־הקונה המוחזק בנכס אינו טוען אלא טענת שמא (שמא פעל השליח בהרשאה כשמכר לו בחמישים)[198].

(2) ויש הסבורים שהראב"ד אינו חולק מהותית על הרמב"ם בדיני "טוען ונטען", ובעיקרון, אם אין הקונה טוען אלא טענת שמא, ואילו המוכר טוען טענת ברי, הקונה הוא המוציא מחברו, ועליו חובת הבאת הראיה, אף אם הוא מחזיק פיזית בנכס. אבל לדעתו, במקרה דנן, מאחר שהצד השלישי מסתמך על דברי השליח ועל התנהגותו[199] בשעת ביצוע השליחות, הריהו נחשב כמי שטוען טענת ברי[200] [201].

ישבע הסרסור שלא מכרה אלא על דעת בעלה, ואין לבעלה על הקונה שום תביעה, לפי שאומר לו: 'לאו בעל דברים דידי את', דאין הפרש [אם הנכס כבר אינו בידו] בין ידע הקונה למי היה ובין לא ידע". אבל ראה אנציקלופדיה תלמודית, כרך יד, ערך חזקת מרא קמא, פרק ח, עמ' קסז. וצריך עיון.

196 השגות הראב"ד, על הרמב"ם, שם. וראה שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן עז, שהראב"ד אינו חולק על הרמב"ם אלא כאשר הצד השלישי מוחזק, "אבל להוציא, אין כח בכל זה אפילו לדעת הראב"ד". וכן כתב גם שו"ת לחם רב, סימן צג, ד"ה גם כן.

197 להצעות שלהלן בהבנת טעמו של הראב"ד, השווה שו"ת נאות דשא (אייבשיץ), סימן נו, המציע הבנה אחרת בשיטת הראב"ד (הקשורה בשיטת הראב"ד שראינו לעיל, ליד ציון הערה 59), ולפיה אם השליח מוכר טבעת בשלושה זהובים במקום בחמישה, הקונה אינו חייב להשיב אותה לשולח, אף אם השליח הודיע לו במפורש בשעת המכירה שהוא חורג מהרשאתו. דומה שמסקנה אחרת מתחייבת מן הטעמים שנציע להלן בהבנת הראב"ד.

198 ראה לדוגמה 'דברי משפט' (לעיל, הערה 194). והשווה 'דברי חיים' (לעיל, שם). על פי גישה זו, דברי הראב"ד אמורים במיטלטלין, שבהם יש נפקות לחזקה הפיזית בנכס, מה שאין כן באדם המחזיק במקרקעין בלא טענה חד־משמעית. השווה להלן, הערה 200.

199 ראה לדוגמה סמ"ע, חו"מ, סימן קפה, ס"ק יב. לדבריהם, יש לבאר את יכולתו של הצד השלישי לטעון "קנוניא אתם עושים עלי" אף כנגד השליח, משום שהוא נסמך על דברי השליח בשעת ביצוע הפעולה, כלשון לבוש, חו"מ, סימן קפב, סעיף ב: "ואפילו מודה הסרסור לדברי המוכר, [הקונה] אינו צריך להאמינו, שאומר: 'לדבריך הראשונים אני מאמין, וקנוניא אתם עושים עלי'".

200 על פי גישה זו, דברי הראב"ד אמורים גם בקניית מקרקעין. השווה לעיל, הערה 198.
וראה שו"ת מהרש"ם, חלק ז, סימן מו, ד"ה גם מ"ש. לדעתו, אפשר שסברת הרמב"ם, השולל מן הצד השלישי להסתמך על דברי השליח, יסודה בהיקש מדין "עד מפי עד"; כשם שבאותם עניינים שיש בהם בעיקרון תוקף לעדות שמיעה (עד מפי עד), אין תוקף לעדות השמיעה אם עד המקור סותר אותה (ראה: חידושי הרמב"ן, שבועות לב ע"ב, ד"ה הא דאמרינן, שכך קיבל מרבותיו; שולחן ערוך, אבן העזר, סימן יז, סעיף ח), כך אין לסמוך על הסרסור אם השולח סותר אותו.

201 להשלמת התמונה, מן הראוי להביא כאן מדברי הטור, שלכאורה גם הוא חולק על הרמב"ם, אולם עיון מעמיק מגלה שדבריו אינם קשורים לשאלת נטל הוכחת החריגה. ואלה דברי הטור, חו"מ, סימן קכא, סעיף טו: "כתב הרמב"ם [הלכות שלוחין ושותפין, פרק א, הלכה ט]: 'שלח המלוה שלוחו ללוה להביא

ב. כאן המקום לשוב לדברי הרמ"ה שראינו לעיל[202] בעניין שליח שפגע באינטרסים של שולחו, כשקנה לו בכספו שדה בלא אחריות. כזכור, לדעת הרמ"ה, אם המוכר קיבל לידו את כספו של השולח, נטל ההוכחה שהמינוי לשליחות זו לא היה "בין לתקן ובין לעוות" מוטל על השולח, וכך נפסק ב'שולחן ערוך'[203] בשם "יש מי שאומר" (בלי לציין דעה חולקת).

לכאורה, גישת הרמ"ה, המטיל את נטל ההוכחה על השולח, עולה בקנה אחד עם גישת הראב"ד שראינו זה עתה (שהרי גם כאן השולח מכחיש שהוא שלח את שלוחו "בין לתקן ובין לעוות", ולכן הוא מבקש לבטל את פעולת שלוחו, ואף על פי כן נטל ההוכחה עליו). וכך אמנם נוקטים מקצת מחשובי האחרונים[204]. אולם קשה לשיטתם, כיצד פסק 'שולחן ערוך' להלכה בו זמנית כשיטת הראב"ד (כשאימץ את דברי הרמ"ה[205]) וכנגדה (כשאימץ את דברי הרמב"ם[206])? לשון אחר, יש לשאול אם אמנם שיטת הרמב"ם ושיטת הרמ"ה אינן מתיישבות זו עם זו[207].

ואכן, יש מן האחרונים הטוענים שאין לקשור בהכרח בין הנידון בדברי הרמ"ה לבין שיטת הראב"ד.

חובו לו, והחוב היה מנה, וטען הלוה שנתן לשליח כל המנה, והמלוה אומר שלא שלחו להביא לו אלא חמשים זוז, ולא נתן לו אלא חמשים, והשליח אמר שנתן לו כל המנה, ישבע השליח היסת ללוה שנתן למלוה כל המנה, והמלוה ישבע שבועה חמורה שלא שלחו לקבל אלא חמשים ולא נתן אלא חמשים, כדין כל מודה מקצת, ויטול חמשים מהלוה' [הגרסה ברמב"ם לפנינו שונה. וראה מה שהעיר בעניין זה בית יוסף, שם, סעיף יב]. ואיני מבין דבריו... אלא כיון ששלח שלוחו להביא שלו, והלוה אומר שנתן לו הכל, והמלוה אומר שלא נתן לו אלא חציו, ישבע הלוה ויפטר". טעמו של הטור אינו שנטל ההוכחה לחריגה מן ההרשאה מוטל על השולח, אלא בנסיבות העניין (שליחת שליח לגביית חוב) נחשב השולח כמי שגרם הפסד לעצמו, שכן הצד השלישי נחשב "יורד ברשות" (כלשון בית יוסף, שם), כשפרע את חובו במצוות השולח, שלא דאג להזהירו שאין לשלוחו ייפוי כוח לגבות את כל החוב. וראה באריכות ש"ך, חו"מ, קכא, ס"ק סב. להלכה פסק שולחן ערוך בעניין זה כרמב"ם, ראה שולחן ערוך, חו"מ, סימן קכא, סעיף יב. וכן פסק גם שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן מב. והשווה ב"ח, חו"מ, סימן קכא, סעיף טו, ד"ה אכן.

וראה שו"ת נודע ביהודה, מהדורא תניינא, חו"מ, סימן לה, הדן בשליח לגביית חוב שהתפשר עם החייב, קרע את שטר החוב, ולאחר מכן טען השולח שאסר על השליח להתפשר בסכום כה נמוך. 'נודע ביהודה' אינו מזכיר את דברי הרמב"ם ושולחן ערוך, ופוסק לכאורה בניגוד לדעתם: "יכול הלוה לומר למלוה 'איני מאמינך ששינה השליח'. ואפילו אמר המלוה לשליח בפני עדים בכמה יתפשר, יכול הלוה לומר 'אחר כך נתת לו רשות להתפשר בפחות'" (וראה מה שהשיג עליו בשו"ת יד אליהו (רגולר), חלק א (פסקים), סימן קי, אות א, מכוח פסק השולחן ערוך, שם). והשווה שער משפט, סימן קכג, ס"ק ה (מובא בפתחי תשובה, חו"מ, סימן קכג, ס"ק ב), שהתייחס למקרה שדן בו 'נודע ביהודה' (בלי להזכירו בשמו), ופסק כמותו מכוח שני נימוקים: שיטת הראב"ד; לשליח יש נאמנות של "שליש" והצד השלישי יכול להסתמך עליו. השווה לעיל, הערה 193, ש'נתיבות המשפט' סבור שגם לסרסור יש נאמנות של שליש.

202 ראה לעיל, ליד ציון הערה 66.

203 שולחן ערוך, חו"מ, סימן קפב, סעיף ד.

204 כך נוקט שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן קי: "והטור ז"ל, שהוא אחרון, כתב דהכי מסתבר [כדברי הראב"ד], ונראה בעיני שכן דעת הרמ"ה, שהביאו הטור בריש הלכות שלוחין... משמע דאזיל לשיטת הראב"ד ז"ל". ומכאן שלדידו הרמב"ם חולק על הרמ"ה. וכך נוקט גם ביאור הגר"א, חו"מ, סימן קפה, ס"ק י.

205 ראה לעיל, הערה 203.

206 ראה לעיל, הערה 190.

207 שאלה זו קשה עוד יותר על הסמ"ע, שהסביר את הלכת הרמב"ם בעניין שליח הקונה שדה בלא אחריות על פי שיטת הרמ"ה. ראה לעיל, הערה 66.

לדעת 'טורי זהב'[208], דברי הרמ"ה אמורים בהרשאה שעל פי טיבה עשויה להתיישב עם תוספת ההוראה "בין לתקן ובין לעוות". לאמור, השולח עשוי היה להסכים מראש שלא לנצל את זכותו לבטל את השליחות, אם יתברר שייפגעו האינטרסים שלו כתוצאה מביצוע סביר של שליחותו, כגון שהשליח יתאנה במחיר העסקה. ומאחר "שאין עושים שליח לחצאין", כלשון 'טורי זהב', הרי סביר להניח שאכן השולח ייפה את כוחו של השליח בעניין זה "בין לתקן בין לעוות", וזו הסיבה שהנטל להוכיח את ההפך מוטל על השולח. לעומת זאת, דברי הרמב"ם אמורים בהרשאה חד־משמעית ("לך מכור במאה"), שאינה מתיישבת בשום אופן עם סטייה ממנה, ושם אין סיבה לתת עדיפות לטענת הצד השלישי (ולפיה ההרשאה הייתה למכור בחמישים) על פני גרסת השולח (ולפיה ההרשאה הייתה למכור במאה)[209].

הסמ"ע[210] נוקט גישה דומה, אך הוא מצמצם יותר את כוח הטענה שהייתה השליחות "בין לתקן בין לעוות". לדעתו, לא אמר הרמ"ה את דבריו אלא בשליח בחינם, שכן סביר להניח שמי שעושה טובה לחברו אינו מוכן לקחת אחריות על עצמו, שכן "מה לו ולצרה הזאת"[211].

[208] ט"ז, חו"מ, סימן קפה, סעיף ה. וכעין זה ראה גם סמ"ע, חו"מ, סימן קפה, ס"ק יב. וראה להלן, הערה 290.

[209] וראה שו"ת צדקה ומשפט (חוצין), חו"מ, סימן לג, ד"ה ונראה לי עוד, לדעתו "זהו התירוץ האמיתי וסברא נכונה וחילוק נכון הוא".
לדעת הט"ז (חו"מ, סימן קפב, סעיף ו), אמורים הדברים גם בעניין שליח שקנה קרקע שלא באחריות (סוגיית "ההיא איתתא"). כלומר, גם בכגון זה, השולח אינו צריך להוכיח שלא מינה את השליח בין לתקן בין לעוות, שכן נטל ההוכחה הזה אינו מוטל עליו אלא ביחס לפעולות שהשליח עשוי היה לחשוב בתום לב שהן במסגרת הרשאתו. קניית שדה בלא אחריות היא פעולה כל כך לא סבירה, שהשליח ידע בוודאי שאינה במסגרת הרשאתו. הסבר זה קשה להלמו בדעת הרמ"ה, שכן כפי שראינו לעיל, הרמ"ה עצמו אמר את דבריו בזיקה לסוגיית "ההיא איתתא" (וראה ערך השולחן (להרב יצחק טייב), חו"מ, סימן קפב, ד"ה ג' דין ד', שהרגיש בזה). ונראה שניתן ליישב את דעת הרמ"ה באחת משתי דרכים: או שלדעת הרמ"ה, נטל ההוכחה מוטל על השולח, שלא מינה את שלוחו בין לתקן בין לעוות גם ביחס לפעולות שהשליח אמור היה לדעת שהן פוגעות באינטרסים של שולחו (ודברי הט"ז אמנם מיישבים את פסיקתו של 'שולחן ערוך', אך אינם מתאימים להסבר דברי הרמ"ה); או שדעתו של הרמ"ה היא שקניית שדה בלא אחריות אינה פעולה כה בלתי סבירה (בייחוד אם נתקבלה בגין כך הנחה במחיר העסקה), ועל כן השליח עשוי היה לחשוב שהיא במסגרת הרשאתו. וכבר הערנו לעיל, הערה 67, שהפוסקים לא ראו את דברי הרמ"ה במקורם.

[210] סמ"ע, חו"מ, סימן קפב, ס"ק ח; סימן קפה, ס"ק יב. את דבריו נזכיר גם להלן, ליד ציון הערה 290. לביקורת על תירוץ זה של הסמ"ע, ראה שו"ת צדקה ומשפט (חוצין), חו"מ, סימן לג, ד"ה והנה ראיתי להרב בסמ"ע.
הסמ"ע אינו מסתפק בתירוץ שהציע לעיל, הערה 208, משום שלדעתו, בהלכת הסרסור הרמב"ם אינו עוסק רק בשולח שהורה לסרסור למכור במחיר קצוב (במאה), אלא גם בשולח שלא קצב לו את המחיר, ומבקש לאחר מעשה לבטל את פעולת הסרסור בטענה שנפגעו האינטרסים שלו. גם בכגון זה, מטיל הרמב"ם את נטל הראיה על הצד השלישי, לכאורה בניגוד לשיטת הרמ"ה (ומכאן הצורך להציע את ההבחנה האחרת בין שליח בחינם לבין שליח בשכר). ראה דבריו בדרישה ופרישה, סימן קפה, ס"ק ה. הוא מבין שהרמב"ם עוסק גם בכך, מתוך דיוק בלשון הרמב"ם בסיום הלכת הסרסור: "ויחרים [הצד השלישי] על מי שנתן לו [לסרסור] רשות למכור בחמשים או שרצה בחמשים וחזר בו אחר שקניתי". לדעת הסמ"ע, במילים "או שרצה בחמישים", רומז הרמב"ם שהוא אומר את דבריו לא רק ביחס לשולח שקצב את מחיר העסקה, אלא גם ביחס לשולח שלא קצב את מחיר העסקה ומבקש לבטל אותה בשל הפגיעה באינטרסים שלו (והשווה בית יוסף, שם, סעיף ה, שפירש את המילים האלה ברמב"ם בעניין אחר).

[211] האחריות שמדבר עליה הסמ"ע היא להחזרת המצב לקדמותו בעקבות ביטול פעולתו על ידי השולח בגין

אבל בשליח בשכר (שעליו דיבר הרמב"ם שם), אין סביר להניח שהשולח ייפה את כוח השליח "בין לתקן בין לעוות"[212].

גם הש"ך[213] נוקט אותה גישה, אך הוא מצמצם את הטענה בדרך שונה. לדעתו, לא אמר הרמ"ה את דבריו אלא ביחס לפגיעה שלא הייתה עילה לביטול, אילו השולח היה עושה את העסקה בעצמו (כגון שנתאנה בפחות משתות), אבל ודאי אין להניח שהשולח נתן לשליח הרשאה לעשות עסקה בתנאים גרועים, שהיו מקנים לו עילת ביטול, אילו פעל בעצמו (כגון הונאה יתר על שתות, שעליה דיבר הרמב"ם).

גם ר' יואל סרקיס, בעל 'בית חדש'[214], סבור שאין לקשור בין הרמ"ה לבין הראב"ד, אבל דרכו שונה משל שלושת הפוסקים הקודמים. הצד השווה שבין פוסקים אלה הוא שיש נסיבות שבהן טענתו של הצד השלישי (הקונה), שמא השולח ייפה את כוחו של שלוחו "בין לתקן בין לעוות", אינה מתקבלת, ומשום כך אין הרמב"ם רואה את מי שקנה מן הסרסור כמוחזק. לדעת 'בית חדש', הגדרתו של הצד השלישי כמוחזק תלויה רק במהות העסקה, ובעניין זה יש להבחין בין שליחות לקנייה לבין שליחות למכירה: בשליחות לקנייה (שעליה דיבר הרמ"ה), משקיבל הצד השלישי את כספו של השולח, נחשב הוא למוחזק גם אליבא דהרמב"ם, ומשום כך נטל ההוכחה על השולח[215]; ואילו בשליחות למכירה (שעליה דיבר הרמב"ם בעניין הסרסור), מסכים הרמ"ה שהשולח הוא שנותר מוחזק, ומשום כך נטל ההוכחה על הצד השלישי[216].

העיוות שגרם לו (על חובה זו, ראה להלן, בדיוננו על סעיף 9, ליד ציון הערה 85), ואין הכוונה שהפעולה תקפה והוא חייב לתקן את העיוות, כפי שהוכחנו לעיל, וכפי שעולה בבירור מתוך דבריו שם.

212 מתוך דברי הרמ"ה, המובאים בשיטה מקובצת, בבא קמא קב ע"ב, ד"ה וזה לשון הרמ"ה, עולה בבירור שהרמ"ה עצמו אינו מצמצם את דבריו לשליח בחינם דווקא, שהרי הוא אומר את דבריו גם בסוגיית "שלחו לקנות חיטים וקנה שעורים", אף שסוגיה זו דנה בשליח בשכר (שהרי מדובר בה ב"עסקא", שבה השליח אמור להתחלק ברווחים עם השולח). וכבר הערנו לעיל, הערה 67, שהפוסקים לא ראו את דברי הרמ"ה במקורם.

213 ש"ך, חו"מ, סימן קפב, ס"ק ד, וזה לשונו: "דמסתמא עשאו שיהא כאלו הוא עצמו [והוא עצמו לא היה יכול לבטל עסקה שנתאנה בה בפחות משתות], אבל לא קאי אשווה מנה בדינר [כלומר, ודאי אין להניח שהסכים השולח שהשליח יקנה נכס בהונאה שמעל שתות], דמסתמא אינו שופטני [=אינו טיפש] שיתנה [ש]אפילו יעוות הרבה יהיה קיים" (וראה מה שהקשה עליו נתיבות המשפט, שם, ס"ק ו).

214 ב"ח, חו"מ, סימן קפה, סעיף ה. על דבריו נחזור להלן, ליד ציון הערה 287. הב"ח מציע את דבריו כדי להסביר את העובדה שמחד גיסא הטור בסימן קפב, סעיף ח, הביא להלכה את שיטת הרמ"ה בלא חולקים, ואילו בסימן קפה, סעיף ה, הביא את המחלוקת בין הרמב"ם לראב"ד. אולם יש להעיר שעל הטור השאלה חריפה הרבה פחות מאשר על השולחן ערוך, שכן הטור עצמו נקט עמדה כשיטת הראב"ד, כשאמר על דבריו: "והכי מסתבר".

215 ייתכן שכך הדין אפילו אם הכסף נותר בעין, שכן כסף הניתן בתמורה לרכישת נכס, גם אם לא יצאה העסקה אל הפועל, הריהו בגדר חוב ולא פיקדון. ראה ב' כהנא, חוק לישראל, שומרים, ירושלים תשנ"ט, עמ' 126.

216 כבר הערנו לעיל, הערה 67, שהבחנה זו בין קנייה לבין מכירה עולה מתוך לשונו של הרמ"ה עצמו. ההצעה להבחין בין קנייה לבין מכירה הוצעה גם על ידי הש"ך בצעירותו, כפי שמעיד חתנו בהגהתו לש"ך, חו"מ, סימן קפה, ס"ק ח (כאן המקום להעיר שדברי הש"ך שם בסיום דבריו, "ועיין בב"ח", שבהם הוא נראה כסותר את דבריו הראשונים, נכתבו במקורם על ידי הש"ך כהערה לדברי הסמ"ע, שם, ס"ק יב. כך מסר לי הרב א' קבלקין, עורך מהדורת פריעדמאן, שבידו צילום מהדורת השולחן ערוך שעליה העיר הש"ך

סעיף 6: פעולה ללא הרשאה

על פי גישתם של פוסקים אלה, נמצא אפוא שבנידון הרמב״ם, אפשר שגם הרמ״ה היה מסכים שאין מקום להטיל על השולח את הנטל להוכיח שלא מינה את שלוחו ״בין לתקן בין לעוות״, ובנידון הרמ״ה, גם הרמב״ם עשוי היה להסכים שעל השולח מוטל הנטל להוכיח שלא מינה את שלוחו ״בין לתקן בין לעוות״, ואין כל תמיהה אפוא על ׳שולחן ערוך׳, שהביא להלכה את שניהם גם יחד[217].

פרק רביעי

יחסי צד שלישי והשליח – ״הברירה בידו״ – ס״ק (ב)

א. מבוא

כבר ראינו במבוא לסעיף זה שהחוק מעדיף להטיל את כל הסיכון בגין חריגה מהרשאה על השליח, ולא על הצד השלישי, אף שיכול היה לברר אם השליח פועל בהרשאה, בעיקר מתוך דאגה לחיי המסחר. על פי ההסדר שבחוק, כל זמן שלא נודע לצד השלישי על אישור הפעולה על ידי השולח, הבררה בידו[218]: לראות את השליח כבעל דברו (ומשמעות הדבר, לדוגמה, שאם השליח קנה סחורה בשם השולח, יוכל הצד השלישי לאכוף עליו את העסקה[219]); או לחזור בו מן הפעולה ולתבוע מן השליח פיצויים בגין הנזק שגרם לו[220]. ונשאלת השאלה: מהי עמדת המשפט העברי לעניין יחסי השליח והצד שלישי, כשחרג השליח מהרשאתו?

בפרק הקודם ראינו שיש אופנים שעל אף חריגת השליח מן ההרשאה, נקשרים יחסים משפטיים בין השולח לבין הצד השלישי (בחריגה מוחלטת מכוח דין ״זכין״, ובחריגה שאינה מוחלטת משום שהשולח עשוי להחליט שלא לבטל את השליחות). ואם אכן נקשרו יחסי שולח וצד שלישי, השליח יוצא בעיקרון מן התמונה, ואין מקום לדון ביחסיו עם הצד השלישי. אבל אם לא נקשרו יחסים בין השולח לבין הצד השלישי (בין משום שבנסיבות העניין אין

את הערותיו בכתב ידו, שחלקן שובצו לאחר מכן בספרו). הש״ך חזר בו ככל הנראה מתירוץ זה, כפי שהעיר שו״ת נאות דשא (אייבשיץ), סימן נז, ד״ה ואחר שביארתי, אשר שיער שהש״ך חזר בו, משום ״דלא מצינו בשום דוכתא חילוק כזה, דמה לי אם יש בידו חפץ שיודע שהוא של ראובן או אם יש בידו מעות ויודע שהם של ראובן?״.

217 יש להעיר שהצעות הט״ז, הסמ״ע והש״ך, שנסקרו לעיל, אינן מתיישבות יפה עם לשונו של הרמ״ה בפירושו לסוגיית חיטים ושעורים, שבה הוא שם בפי הצד השלישי־המוכר גם את הטענה ״דילמא כי עביד, שליחותיה דבעל הבית עביד״, ולא רק את הטענה ״רשותא יהיב ליה אפילו לעוותי״. אם הצד השלישי יכול להעלות גם את הטענה הזאת, צודקים לכאורה אלה הטוענים שאכן דברי הרמ״ה ודברי הראב״ד שורש אחד להם, ובעימות גרסאותיהם של הצד השלישי והשולח, הצד השלישי הוא המוחזק, ועל כן ידו על העליונה. הערה זו אינה תופסת כנגד הצעת הב״ח, המבחין בין קנייה לבין מכירה. וכבר הערנו לעיל, הערה 67, שהפוסקים לא ראו את דברי הרמ״ה עצמו, ודנו בדבריו מתוך מובאות חלקיות שהובאו בטור בשמו.

218 אם כי סעיף 15(ב) מסייג את כוחו של הצד השלישי לתבוע את השליח, והוא כשנסתיימה השליחות (על פי אחת הדרכים שנקבעו בסעיף 14, כגון שהשולח ביטל את השליחות או שנגרעה כשרותו), והשליח לא ידע על כך.

219 ראה לעיל, הערה 19, שאפשרות זו אינה מקובלת ברבות משיטות המשפט המודרניות.

220 וראה לעיל, הערה 15.

תחולה לדין "זכין" בין שיש תחולה לדין "זכין", אבל השולח אינו מעוניין בזכייה, ובין שהחריגה לא הייתה מוחלטת, אבל השולח החליט לבטל את פעולת השליח), עולה שאלת יחסי השליח והצד השלישי: האם, כפי שנקבע בחוק, הצד השלישי יכול לראות את השליח כבעל דברו ולאכוף עליו אישית את הפעולה שהתיימר לעשות בשמו של השולח? והאם יכול הוא לתבוע ממנו פיצויים על הנזקים שנגרמו לו?

כפי שנראה בפרק זה, אם השולח אינו מעוניין בקיום הפעולה, הרי שהיא בטלה גם ביחסי השליח והצד השלישי[221]. אבל לדעת חלק מן הפוסקים, יש מקום לדון באותם סייגים שנידונו לעיל ביחסי השולח וצד שלישי (היינו שליחות נסתרת וחריגה במודע), ולבחון את השפעתם גם על יחסי השליח וצד שלישי.

ב. אכיפה – "לראות את השלוח כבעל דברו"

(1) הכלל: אין יריבות בין השליח לצד השלישי

בשליחות גלויה, בשונה מהחוק, רוב הפוסקים[222] אינם מכירים בזכותו של הצד השלישי לראות את השליח כבעל דברו. השליח הציג את עצמו כשליח, ובכך הודיע בפירוש לצד השלישי שאינו מתכוון להיות צד לעסקה עמו. נמצא שאף שהשליח פעל בלא הרשאה, לא נוצרו יחסים ישירים בינו ובין הצד השלישי[223]. עמדת המשפט העברי בסוגיה זו היא אפוא כעמדת המשפט האנגלו־אמריקני וכעמדת חלק משיטות המשפט הקונטיננטליות, כפי שהזכרנו במבוא[224].

(2) סייגים

(א) שליחות נסתרת

בשליחות נסתרת רוב הראשונים סבורים שהדין שונה. מאחר שהשליח לא הציג את עצמו כשליח, הרי הוא כמי שנטל על עצמו אחריות אישית כלפי הצד השלישי, שהרי טענתו לאחר מעשה, שלא פעל אלא כשליח, אינה אלא בגדר דברים שבלב, ו"דברים שבלב אינם דברים"[225].

[221] ואין מקום להבחין בין חריגה מוחלטת לחריגה שאינה מוחלטת, ובשתיהן גם יחד השליחות בטלה.

[222] ראה דיוננו לעיל, פרק שני, עמ' 323. וראה במיוחד שם, הערה 54 והערה 64.

[223] ונראה שהוא הדין אף כשהיעדר ההרשאה נובע מסיבות משפטיות בשל היעדר כשרות של השולח למנות שליח (כגון יהודי שנשלח לקנות נכס על ידי מי שאינו בן ברית), הצד השלישי אינו יכול לאכוף את הפעולה על השליח, אם השולח אינו מעוניין בקיום הפעולה. אמנם להלן, ליד ציון הערה 247, נראה גישה שלפיה בכגון זה השליח הוא הבעלים על הנכס כל זמן שלא העביר אותו לידי השולח, אולם אפשר שמכיוון שהשליח הודיע למוכר בפירוש שהוא פועל מכוחו של השולח, הרי יש בכך גילוי דעת שהרכישה מותנית בכך שהלה ייטול את הנכס לידיו, כעין מה שנפסק בעניין קונה המודיע למוכר שהוא קונה למטרה מסוימת, וסוכלה המטרה, שיכול לבטל את הקנייה (ראה טור, חו"מ, סימן רל, סעיף ה, מחלוקת בעניין זה בין רבנו יונה לרבנו חננאל, הובא בסמ"ע, חו"מ, סימן רל, ס"ק טו. ועוד ראה נתיבות המשפט, סימן רז, ס"ק ג, וסימן רל, ס"ק א). וראה: שו"ת שער אפרים, סימן קמ (הובא בבאר היטב, חו"מ, סימן רז, ס"ק ח); שו"ת בית אפרים, חו"מ, סימן ל, שכך פסקו בעניינים הקרובים לענייננו. ועדיין הדברים צריכים עיון.

[224] ראה לעיל, הערה 19.

[225] ראה חזון איש, בבא קמא, סימן כא, ס"ק ט, ד"ה בס' מחנ"א: "דכיון דלפנינו מכירה מקוימת, אף על גב דמברור אחר כך בעדים שהוא שליח בשעת הקנין, הוי דברים שבלב, וכל לוקח שהחזיק בשדה חייב דמיה, אף על גב דמכוין בלבו שלא יקנה ושלא יתחייב, והוא קונה השדה מן הדין לענין חובתו. אלא שאם מכוין לזכות לאחרים, קני משלח, דלחובתו סגי במחשבה, כיון דנאמן על זה. וגם לגבי משלח לא חשיב דברים שבלב, כיון דהיה כן המדובר ביניהם מקדם, ואת המוכר אינו זקוק להודיעו שאינו קונה לעצמו".

נראה שכאשר לא פעל השליח בכספו או ברכושו של השולח, כגון שקנה נכס בכספו הוא או באשראי, הכול יודו שהשליח נטל על עצמו מחויבות אישית[226]. וכפי שראינו לעיל[227], כך הוא גם לפי רבים מן הפוסקים, אף כשקנה השליח נכס בכספו של השולח, העסקה בין השליח לצד שלישי אינה מתבטלת, שכן השליח נחשב כמי שלווה את הכסף מן השולח[228] [229]. ואין

[226] ראה חזון איש, שם, ד"ה ואם: "ומיהו השליח חייב לשלם למוכר, ולא בלבד בחטים ושעורים אלא אפילו בנתאנה פחות משתות או לקח שלא באחריות. ואף לדעת הראב"ד והרשב"א דבנתאנה פחות משתות המקח בטל [ראה להלן, ליד ציון הערה 229], זהו דוקא בנתן מעות המשלח למוכר, דהמשלח מוציא מעותיו מן המוכר, וממילא מתבטל המקח... אבל כשמכר בתחלה בקנין משיכה, וזקף הדמים במלוה על השליח, ודאי אין השליח יכול לבטל המקח, כיון דלא הודיעו שהוא שליח". וראה לעיל, הערה 55, בדעת ריב"ק.

[227] לעיל, ליד ציון הערה 180.

[228] כך נתפרשו דברי הר"ן, קידושין יז ע"א (בדפי הרי"ף), ד"ה אבל, על ידי חזון איש, בבא קמא, סימן כא, ס"ק ח, ד"ה והר"ן פירש: "שהשליח מחל לו שלא יוכל לתובעו [את הצד השלישי] בטענת שליחות [היינו, בעצם ההסתרה יש מחילה של השליח כלפי הצד השלישי, שלא יוכל לתובעו על הביטול, בהתאם לגישה שהובאה לעיל, הערה 177] וגם המשלח נתן לו המעות בהלואה" (על דברי הר"ן השווה דיוננו להלן, סעיף 9, הערה 158). וראה עוד: חידושים וביאורים (גריינימן), בני־ברק תשס"א, בבא מציעא עד ע"א, קונטרס בענייני שליחות, ס"ק ח, ד"ה ואכתי יש לשאול; דיברות משה, בבא קמא, סימן עד, ענף ז, ד"ה וכיון.

אין לדעת מה היה פוסק הר"ן בשליחות למכירה. אפשר שבעניין זה דעתו כדעת מהרש"ל (לעיל, הערה 167), שהעסקה מתבטלת לא רק בין השולח לצד השלישי (הקונה) אלא גם בין השליח לצד השלישי, משום שהשליח אינו יכול למכור את מה שאינו שלו (שכן במכירת נכס של השולח אי אפשר לראות את השליח כלווה). אך אפשר גם שבעניין זה דעתו כדעת הרמב"ם (ראה בהרחבה לעיל, ליד ציון הערה 171 ואילך), ולפיה העסקה בין השולח לצד השלישי אינה מתבטלת, ועל השליח לפצות את שולחו.

[229] א. לעיל, ליד ציון הערה 168, ראינו שלא כך דעת הרמב"ן. וראה חזון איש, בבא קמא, סימן כא, ס"ק ט, ד"ה ואם, שכאשר השליח פעל בכספו של השולח ונתאנה פחות משתות (כלומר פגע באינטרסים שלו שלא במודע), אף שהשליחות הייתה נסתרת, גם הרשב"א והראב"ד בדעה שאין לראות את השליח כמי שלווה את כספו של שולחו. השולח יכול אפוא להוציא את כספו מתחת ידי הצד השלישי, והשליח אינו מתחייב אישית כלפיו. יש לציין שאם החריגה הייתה במודע, מודה הרשב"א שיש לראות את השליח כמי שלווה את כספו של שולחו (גם בשליחות גלויה). ראה לעיל, ליד ציון הערה 77.

ב. כאן המקום לציין את גישתו הייחודית של מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן ב. לדעתו, אמנם (שלא כמו הרשב"א) רק בשליחות נסתרת, ניתן לראות את השליח כמי שנטל אחריות אישית כלפי הצד השלישי, אך כאשר פעל בכספו של השולח, אין לראותו כמי שהתכוון להיות כלווה (ובכך למנוע מן השולח למשוך את כספו ולגרום לביטול העסקה בינו ובין הצד השלישי), אלא אם היה מודע לכך שהוא פוגע באינטרסים שלו ("מזיד"). רק אז, מאחר שידע שהשולח עלול לדרוש את כספו חזרה, נחשב הוא כמי שהתכוון להיות כלווה. לעומת זאת, אם לא היה מודע לכך שהוא פוגע באינטרסים של השולח ("שוגג", כגון שנתאנה פחות משתות), אין לראותו כמי שהתכוון ללוות את כספו של השולח, והשולח יוכל אפוא למשוך את כספו מן הצד השלישי, וכך להביא לביטול העסקה גם בין השליח לצד השלישי. מדברי 'מחנה אפרים', ניכר שאין הוא מקבל את הגישה שבשליחות נסתרת ביקשו חכמים להגן על הצד השלישי (ראה לעיל, ליד ציון הערה 179), שאם כן, לא היה מקום להבחין בין שליח "מזיד" לבין שליח "שוגג". לשיטה זו, השווה לעיל, הערה 176.

'מחנה אפרים' מודע לעובדה שדעתו אינה מקובלת על הכל. הוא מציין שהראב"ד ו'כסף משנה' הבינו בדעת הרמב"ם "דאף כשטעה השליח בכל שהוא, אם לא הודיעו, המקח קיים, והשליח מפסיד", ושכך סוברים גם פוסקים נוספים (ראה שם). נראה שלדעת אותם פוסקים, הצורך בהגנה על הצד השלישי בשל הסתרת קיום השליחות הוא הגורם לכך שהפעולה בלתי הפיכה, ומכאן נובע חיובו של השליח לפצות את שולחו. לדידם, השליח אינו פטור מאחריות זו אלא אם אינו חורג משליחותו, שאז "ידו כיד בעל הבית",

צריך לומר שאין לראות את השליח כלווה אלא כאשר אכן נתמנה להיות שליח, אלא שחרג מהרשאתו אפילו חריגה מוחלטת[230]. אבל מי שלא נתמנה להיות שליח, ופעל עבור זולתו בכספו של זולתו, אין לראותו כלווה אלא כמשתמש בכספו של זולתו[231].

ברם, לעיל[232] ראינו שיש פוסקים הנוקטים גישה אחרת, ולפיה שליחות נסתרת שנעשתה בכספו של השולח מחייבת עקרונית את השולח על אף החריגה, ואין רואים את השליח כמי שלווה את כספו של השולח. שאלה יפה היא: האם בעלי גישה זו מודים שאם השולח נעדר כשרות משפטית למנות שליח (כגון שאינו בן ברית), אזי כדי להגן על הצד השלישי, רואים את השולח כמי שהלווה את כספו לשליח, ומאחר שאינו יכול לתבוע את כספו חזרה, העסקה מחייבת את השליח כלפי הצד השלישי?[233].

(ב) חריגה במודע (גישת הרשב"א)

על פי דברי הרשב"א שראינו לעיל[234], אם השליח היה מודע לחריגה (כגון שלא הייתה לו

והאחריות כלפי הצד השלישי היא של השולח. וראה נתיבות המשפט, סימן קפב, ס"ק ה, שזו גם גישתו: "דכל שלא הודיעו [לצד השלישי, שהוא פועל כשליח], הדין שוה כמו בקנאו לעצמו" (דבריו אמורים בשליח שנתאנה בפחות משתות).

לביקורת על שיטת 'מחנה אפרים', ראה: חזון איש, בבא קמא, סימן כא, ס"ק ט, ד"ה בס' מחנ"א, וד"ה ואם השליח, וד"ה כ' עוד; חקרי לב, חו"מ, חלק א, סימן קלג. וראה עוד: דברי משפט, הלכות שלוחין, סימן קפב, סעיף ג; מחנה יהודה (אשכנזי), סימן קפב, סעיף ו; משפט שלום, סימן קפב, סעיף ב; שו"ת מעין גנים (עבאדי), חו"מ, סימן ז (עמ' 129).

230 כך ניתן להוכיח מתמיהת קצות החושן, סימן קפב, ס"ק א, על התוספות, בבא קמא קב ע"ב, ד"ה מי הודיעו לבעל חטין, בסוגיית שלחו לקנות חיטים וקנה שעורים. שיטת בני מערבא באותה סוגיה היא שהשליח שקנה בכספו של שולחו חיטים במקום שעורים, יש בזה חריגה מוחלטת, והשולח אינו יכול לקנות את החיטים (שכן "מי הודיעו לבעל חטים שיקנה חטים לבעל המעות"). התוספות מתלבטים בשאלה אם בכגון זה, השליח קנה את החיטים לעצמו, אם לאו. כאמור, לדעת 'קצות החושן', לא היה מקום להתלבטות זו, שכן ברור שהשליח נחשב כלווה, וקנה את השעורים לעצמו, כשם שכך הדין בשליח שנשלח לקנות שדה וקנה אותה בלא אחריות בשליחות נסתרת. מכאן שלדעת 'קצות החושן', כשם שבחריגה שאינה מוחלטת, רואים את השליח כלווה, כך הוא הדבר גם בחריגה מוחלטת.

[לפתרון אחד לקושיה זו של 'קצות החושן', ראה להלן, ליד ציון הערה 252, כפי שאנו מעירים שם, הערה 252. פתרון אחר הוא לדחות מכל וכל את קושיית 'קצות החושן', שקושייתו מבוססת על ההנחה שנקודת המוצא של התוספות היא כגישה הרואה במי שפועל בכספו של זולתו בשליחות נסתרת וחורג מהרשאתו כלווה. אבל אפשר שהתוספות נוקטים כגישת הראשונים שראינו לעיל, ליד ציון הערה 171, ולפיה כאשר השליח חורג מהרשאתו בכספו של שולחו, אין הוא נחשב כלווה, ופעולתו מחייבת בעיקרון את שולחו עקב היותו בעל המעות. אם זו אכן נקודת המוצא של התוספות, הרי מובנת מאליה התלבטותם, כאשר יחסי השולח וצד שלישי אינם אפשריים (כך הוא בנושא דינם, אליבא דבני מערבא, בשליח שקנה חיטים במקום שעורים ופעל בשליחות נסתרת), אם אז רואים את השליח כמי שנתכוון לקנות לעצמו אם לאו. לביאור התוספות בדרך זו, ראה: דברי חיים, חו"מ, דיני שלוחין, סימן ג, ד"ה ולפ"ז נראה; חזון איש, בבא קמא, סימן כא, ס"ק א, ד"ה ק"ב; דיברות משה, בבא קמא, סימן עד, ענף ו, ד"ה ולמה; מחנה יהודה (חסמן), שליחות, ד"ה ונראה דלהאי].

231 אם כי אפשר שהצד השלישי יכול לדרוש את השבת הנכס לידיו כתנאי להשבת הכסף לשולח מכוח תקנת השוק. ראה להלן, הערה 253.

232 ראה לעיל, ליד ציון הערה 171.

233 ראה לעיל, הערה 230, שיש מי שאומר שכעין שאלה זו התלבטו התוספות (אלא שהתוספות לא העלו את השאלה מצד הדין, כמוצע כאן, אלא מצד כוונת השליח).

234 לעיל, ליד ציון הערה 72. נציין ששיטה זו דומה לשיטה הנקוטה בחוק הגרמני (ראה ברק, סעיף 619).

הרשאה כלל או שחרג במודע מהרשאתו, כגון שקנה קרקע בלא אחריות או שקנה חיטים במקום שעורים) והסתיר עובדה זו מן הצד השלישי, והטעה אותו לחשוב שיש לו הרשאה, הרי הוא כמי שנטל אחריות אישית כלפיו, אף שפעל בשליחות גלויה[235]. על פי גישה זו, דינו של שליח זה אינו שונה מדינו של שליח שהסתיר מן הצד השלישי את עובדת היותו שליח (שליחות נסתרת), ואף הוא נחשב כמי שנטל אחריות אישית כלפיו (ואף אם פעל בכספו של השולח, רואים אותו כלווה).

יש לציין שהרשב"א אמר את דבריו בשליחות לקנייה, וספק אם דבריו אמורים גם על שליחות למכירה, שכן, כיצד יכול השליח למכור דבר שאינו שלו? ושמא אף בשליחות למכירה סבור הרשב"א שתיקנו חכמים שלא לבטל את המכירה בינו לבין הצד השלישי ולחייבו בפיצויים לשולח?[236].

כפי שראינו לעיל[237], יש מן הפוסקים המרחיקים לכת פחות מן הרשב"א, והם סבורים שאין השליח נושא באחריות אישית כלפי הצד השלישי אלא אם חרג מהרשאתו חריגה מוחלטת או שסטה מהוראותיו (כגון שקנה שעורים במקום חיטים, ואין צריך לומר אם פעל בלא הרשאה), משום שאז לא הייתה לצד השלישי כל סיבה לחשוד שמא השליח חורג מהרשאתו. לא כן כשהשליח עשה את שליחותו באופן הפוגע באינטרסים של השולח (כגון שקנה עבורו קרקע בלא אחריות). העובדה שהעסקה פוגעת באינטרסים הכלכליים של השולח צריכה הייתה לעורר את חשדו של הצד השלישי, שמא השליח פועל בלא הרשאה. משלא בדק זאת, אין לו להלין אלא על עצמו.

ג. ביטול – "לחזור בו מן הפעולה"

לפי החוק, אם חרג השליח מהרשאתו, כל עוד לא נודע לצד השלישי על אישור הפעולה בדיעבד על ידי השולח, הבררה בידו לראות את השליח כבעל דברו או לחזור בו מן הפעולה ולתבוע ממנו את הנזק שנגרם לו. כבר ראינו[238] שכמו שיטות משפט רבות, המשפט העברי פחות נדיב כלפי הצד השלישי, ואינו מכיר בזכותו לראות את השליח כבעל דברו[239], אבל הוא מכיר, גם מכיר, בזכותו לחזור בו מן הפעולה. זכות זו אינה אמורה כלפי השולח בלבד[240] אלא גם כלפי השליח. לאמור, שליח שחרג מהרשאתו אינו יכול לכפות על הצד השלישי את קיום העסקה עמו[241].

[235] אמנם שיטה זו לא הובאה במפורש ב'שולחן ערוך', אבל ראה לעיל, הערה 64 והערה 75, שרבים מן האחרונים ייחסו אותה לרא"ש, ויש שאף ייחסו אותה לרמב"ם. ושמא אף החולקים על גישת הרשב"א, לא עשו כן אלא כאשר פעל השליח בכספו של השולח. אבל אם פעל השליח בכספו שלו, כולי עלמא מודים שהשליח מחויב אישית כלפי הצד השלישי. וצריך עיון. אבל השווה ערוך השולחן, חו"מ, סימן קפב, סעיף כא, שמסתפק בדבר ונוטה לומר שגם בכגון זה, דעת רוב הפוסקים היא שהשליח אינו מחויב אישית כלפי הצד השלישי.

[236] על ספק זה הצבענו לעיל, הערה 77, ושם הבאנו אחרונים שמדבריהם ניכר שלדעתם הרשב"א אמר את דבריו גם בשליחות למכירה.

[237] ראה לעיל, ליד ציון הערה 110, שיטת מהריט"ץ ותוספות (אליבא ד'חזון איש'). וראה גם לעיל, ליד ציון הערה 185, ושם הזכרנו נימוק דומה ביחס לשיטת הראב"ד.

[238] ראה במבוא לעיל, ליד ציון הערה 19.

[239] כך לשיטת רוב הפוסקים, למעט הרשב"א, בחריגה במודע. ראה לעיל, ליד ציון הערה 234.

[240] ראה לעיל, ליד ציון הערה 128.

שאלה היא: מה הדין כשהיעדר ההרשאה לקנות נכס אינו נובע מחריגה אלא מסיבות משפטיות פורמליות, שאינן מאפשרות לשולח לזכות בנכס במישרין, האם גם אז יכול המוכר לחזור בו מן העסקה? או שמא נחשב השליח כזוכה בעל כורחו של המוכר על מנת להעביר את הנכס לשולחו?[242]. למעשה, השאלה היא: מי נחשב הבעלים של הנכס לפני שהוא מגיע לידי השולח, המוכר או השליח? הפוסקים דנו בשאלה זו בזיקה לשולח שאינו בן ברית[243], כשזכיית השליח מעוררת בעיה הלכתית (כגון ביהודי שנשלח על ידי גוי לקנות לו חמץ בפסח, שאם רואים את השליח כזוכה, הריהו עובר על איסור "בל ייראה ובל יימצא"[244]). נפקות מעניינת נוספת מעלה בעל 'מחנה אפרים'[245] בעניינו של שליח שקנה נכס עבור מי שאינו בן ברית והפקיד אותו ביד אחר, ומשמת השולח־הגוי, מבקש הנפקד לזכות בנכס כמי שזוכה מן ההפקר. בעניין זה נחלקו הפוסקים: יש מי שאומר שהנכס נשאר בבעלות המוכר, כל זמן שלא הגיע לידי השולח[246], ולפי זה, אכן כל זמן שהשולח לא קיבל חזקה בנכס, יכול הצד השלישי לחזור בו מן העסקה גם כלפי השליח; ויש מי שאומר שהנכס עבר לבעלות השליח[247], ולפי זה, אף שהנכס טרם הגיע לידי השולח, אין הצד השלישי יכול לחזור בו מן העסקה כלפי השליח.

[241] עם זאת, נראה שבקניית נכס סטנדרטי, כל זמן שהצד השלישי לא הודיע על ביטול העסקה כלפיו, יוכל השליח, אם הוא מעוניין בכך, לרכוש את הנכס לעצמו על ידי מעשה קניין חדש, לאור מה שנפסק בשולחן ערוך, חו"מ, סימן ר, סעיף יא, שסחורה שדמיה קצובים יכול לזכות בה כל מי שמשלם תמורתה. ברם, אם הודיע הצד השלישי על ביטול העסקה לפני שהספיק השליח לזכות בנכס, נראה שהעסקה בטלה, בדומה למה שפסק הרמ"א בדיני הונאה, שכל זמן שהמתאנה יכול לחזור בו, יכול לעשות כן גם המאנה (ראה לעיל, הערה 153, אך השווה שם, ליד ציון הערה 155). ונראה שגם ר' יוסף קארו יודה בכך, שכן הצד השלישי לא חטא, ועל כן, בכגון דא, אין סיבה לשלול ממנו את הזכות לחזור בו (בדומה למה שראינו לעיל, ליד ציון הערה 150).

[242] באשר ליכולת האכיפה של הצד השלישי על השליח, נראה שגם לגישה שנציג להלן, ולפיה השליח הוא בעל הנכס הפורמלי, מכל מקום אם השולח מסרב לקבל לידיו את הנכס, רואים את השליח כמי שהתנה עם המוכר, שבכגון זה יהיה המקח בטל, כפי שהערנו לעיל, הערה 223.

[243] ראה על כך להלן, דיוננו בסעיף 4, פרק שני, ב, עמ' 187.

[244] ראה שו"ת הריב"ש, סימן תא. נפקות נוספת שנידונה בפוסקים היא לעניין מי שקנה מגוי בהמה מבכרת בשותפות עם גוי אחר, והמליטה לפני שהגיעה לחזקתו של השותף הגוי, והשאלה היא: האם חלקו של השותף הגוי נשאר בבעלותו של המוכר (שכאמור גם הוא גוי), וממילא גם בנסיבות אלה, פוקעת קדושת הבכורה (על פי הכלל ששותפות עם גוי מפקיעה קדושת בכורה)? או שמא השותף היהודי נחשב כמי שזוכה גם בחלקו של השותף הגוי, וממילא חלה הקדושה על הבכור? ראה: שו"ת בית שלמה (דרימר), יורה דעה, חלק ב, סימן קפד; שו"ת מהרש"ג, חלק א, יורה דעה, סימן לג.

[245] ראה מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן טז.

[246] לפי 'מחנה אפרים', כך הכריעו התוספות, בבא קמא קב ע"ב, ד"ה מי הודיעו לצבע, את הספק שהעלו בנידון, שם, ד"ה מי הודיעו לבעל חטין (כפי שראינו לעיל, הערה 230, התוספות שם, הדנים בקנייה בשליחות נסתרת, אינם דנים ישירות בהיעדר הרשאה, אלא בבעיה משפטית הנוצרת מהסתרת השולח, שאליבא דבני מערבא, הסוברים שידיעת המוכר מי הוא הקונה הכרחית לתוקף הקניין ביניהם, אינה מאפשרת לשולח לזכות בנכס מכוח השליחות, וממילא העלו את הספק אם זוכה השליח). וכן הכריעו הפוסקים שנזכרו לעיל, הערה 244, בעניין קדושת בכורה, ופטרו את הוולד מקדושת בכור. וכך נוקט בעיקרון גם משנה למלך, הלכות חמץ ומצה, פרק ד, הלכה ג, בעניין יהודי שנשלח על ידי גוי לקנות לו חמץ בפסח (אלא שלדעתו, כשהמוכר גוי, הנכס לא נשאר בבעלות המוכר אלא נעשה הפקר).

[247] כך היא דעת הריב"ש (לעיל, הערה 244) בעניין יהודי שנשלח על ידי גוי לקנות לו חמץ בפסח (אלא שהריב"ש עצמו מעלה השערה שבנסיבות העניין בשל האיסור המוטל על יהודי להחזיק בבעלותו חמץ בפסח, ברור שהיהודי אינו זוכה בחמץ, משום שאינו רוצה לעבור על האיסור. אבל השווה מגן אברהם,

כאמור, כשחרג השליח מהרשאתו בשליחות גלויה, כשם שהצד השלישי אינו יכול לכפות עליו את העסקה, כך השליח אינו יכול לכפות את העסקה על הצד השלישי. אך מה הדין בשליחות נסתרת, שבה, כפי שראינו לעיל, יכול הצד השלישי לכפות את העסקה על השליח, האם גם שם נשמרת ההדדיות, וגם השליח יכול לכפות את העסקה על הצד השלישי? בעניין זה, עמדת החוק הישראלי ברורה: הן השליח הן הצד השלישי מחויבים לעסקה שעשו ביניהם[248]. ודומה שזו גם עמדת המשפט העברי[249]. ברם, אחרונים אחדים טוענים שאף שאפשר שהתוספות[250] נוקטים שכדי להגן על האינטרסים של הצד השלישי, ניתנה לו רשות לכפות את קיום העסקה על השליח[251], הרי כשהצד השלישי מוותר על הגנה זו ומעוניין בביטול העסקה דווקא, יש מקום להתלבט בשאלה אם השליח יכול לכפות אותה עליו. והספק הוא שמא לא התכוון השליח ללוות את כספו של השולח, ויכול הצד השלישי לדרוש את ביטול העסקה[252].

ד. פיצויים – "ולתבוע מן השלוח את נזקו"

ברור שהצד השלישי זכאי לתבוע מן השליח להשיב את הנכסים והכספים שהלה קיבל ממנו במסגרת השליחות[253]. אבל לא מצאנו שיש לו עילת תביעה חוזית נגדו בגין נזקים שנגרמו לו.

ספק גם אם הצד השלישי יוכל לבסס תביעה מעין זו על דינים אחרים, כגון דיני הנזיקין, שכן אין כאן נזק ישיר אלא רק נזק עקיף, "גרמא", וכידוע, הכלל הוא: "גרמא בנזיקין – פטור"[254]. נראה אפוא שהגישה המקובלת במשפט העברי היא שהסיכון לחריגה רובץ על הצד

סימן תמח, ס"ק ו, שנקט שלמרות האיסור, החמץ קנוי לשליח. בעקבותיו הלכו פוסקים נוספים, ראה: שו"ת מנחת יצחק, חלק ט, סימן קיא; שם, סימן קיג, ד"ה אחדשה"ט). וכן פסק בעקבותיו מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן טז, בעניין שהוזכר בטקסט, ליד ציון הערה 245. לדעת שו"ת אבני נזר, יורה דעה, סימן קלז, ס"ק ג, לא נאמרו דברי הריב"ש אלא בכגון שהשליח היה מודע לכך שלא חלים דיני השליחות, שרק אז יש לראותו כמי שנתכוון לקנות לעצמו.

בדעת הריב"ש, השווה: שו"ת קול אליהו (ישראל), חלק א, חו"מ, סימן לא (הובא בדברי גאונים, כלל צה, סימן עז, ד"ה ועי'); דברי חיים (אוירבך), חו"מ, דיני שלוחין, סימן ג, ד"ה ולהנ"ל; מגן האלף, אורח חיים, סימן תנ, אות ח. לדעתם לא פסק הריב"ש שבעיקרון קנה השליח אלא בשליחות נסתרת, ומחמת הצורך להגן על צד שלישי, מכאן שבשליחות גלויה לא זכה השליח. לביקורת על העמדת דברי הריב"ש בשליחות נסתרת, ראה שו"ת מנחת יצחק, חלק ט, סימן קיג, ד"ה ועוד.

248 ראה סעיף 7 לחוק.

249 ראה שו"ת מי השליח, סימן ט, ס"ק ב, ד"ה על.

250 תוספות, בבא קמא קב ע"ב, ד"ה מי הודיעו לבעל חטין.

251 וכשיטת הפוסקים שראינו לעיל, ליד ציון הערה 228, ולפיה רואים את השליח בעל כורחו כלווה כדי להגן על האינטרסים של הצד השלישי.

252 כך הסבירו את התלבטות התוספות: דברי משפט, סימן קפב, ס"ק ו; חידושי רבי שמעון יהודה הכהן (שקאפ), בבא מציעא, סימן יז, ד"ה הגה"ה (ומכאן תשובה לקושיית 'קצות החושן', לעיל, הערה 230, שתמה על התלבטות התוספות. וראה שם פירוש אחר בהבנת התלבטות התוספות, ולפיו יש לדחות מכל וכל את קושיית 'קצות החושן').

253 ראה שו"ת תורת אמת (ששון), סימן קלא, ד"ה הכלל. לדעת מהר"א ששון, הצד השלישי יכול אפילו להתנות את ביטול העסקה והשבת כספו של השולח בקבלת סחורתו חזרה. ואם אבדה הסחורה, אינו חייב להחזיר את כספו של השולח.

254 אם כי אפשר שהטעייתו של הצד השלישי על ידי השליח מוגדרת כ"גרמי", בדומה למה שפסק הרמ"א,

השלישי, שהיה צריך לברר מראש שמי שמציג את עצמו בפניו כשליח, אכן הוא מיופה כוחו של השולח. אמנם נראה שאם הצד השלישי חושש שמא השליח פועל בלא הרשאה, הוא יכול לדרוש ממנו להתחייב כלפיו, שאם יתברר שפעל בלא הרשאה, יפצה אותו על הנזקים שייגרמו לו[255]. פתרון זה אינו מדיני השליחות, ועל כן לא נרחיב לדון בו, אבל חשוב להזכירו, משום שהוא עשוי להיות בעל חשיבות מעשית רבה.

פרק חמישי

יחסי השולח והשליח

כפי שראינו, אם פעל השליח בלא הרשאה כלל, פעולתו אינה משפיעה על זכויותיו וחובותיו של השולח, ואין אפוא כל יריבות ביניהם. הזכרנו[256] שאם עשה עבור השולח פעולה המוגדרת כ"זכות", הרי שעל פי הכלל "זכין לאדם שלא בפניו", פעולתו עשויה לזכות את השולח. ברור שבכגון זה, כמו בשליחות בהרשאה, השליח יוצא מן התמונה, ואין לשולח תביעה כלפיו.

ואם חרג השליח מהרשאתו, בין חריגה מוחלטת ובין חריגה שאינה מוחלטת, יש מקום לדון בזכויותיו של השולח כלפי שלוחו בגין החריגה מהוראותיו. המחוקק לא דן ביחסי השולח והשליח במסגרת סעיף 6, והוא מייחד להם את סעיף 9, הדן בתרופות השולח נגד שליח שהפר את חובת הנאמנות והציות כלפיו. אף אנו נדון אפוא בעניין זה בדיוננו על סעיף 9[257].

פרק שישי

הגנת הצד השלישי וביטחון חיי המסחר

ראינו לעיל שלפי החוק, הסיכון בחריגה מהרשאה נופל על השליח: לא זו בלבד שהוא עלול להיתבע על יד הצד השלישי לשלם פיצויים על הנזק שגרם לו, אלא הוא עלול גם להתחייב

חו"מ, סימן יד, סעיף ה: "מי שאמר לחבירו שילכו לדון במקום אחר, ואמר לו 'לך, ואני אבוא אחריך', והלך, והשני לא הלך אחריו, צריך לשלם לזה שהלך כל יציאותיו". אבל אין הדבר נקי מספקות. על המושג "גרמי", ראה א' שיינפלד, חוק לישראל, נזיקין, ירושלים תשנ"ב, עמ' 288. וראה גם: שיעורי הרב אהרן ליכטנשטיין, דינא דגרמי, אלון שבות, תש"ס; שו"ת מנחת אשר (וייס), חלק א, ירושלים תשע"ג, סימן קיד. אם ברור שלולי עשה את העסקה עם השליח, הצד השלישי היה יכול להרוויח מעסקה עם אדם אחר, יש מי שאומר שיש לו תביעת נזיקין כלפי השליח. ראה נ' רקובר, המסחר במשפט העברי, ירושלים תשמ"ח, עמ' 143-148, בעניין "מבטל כיסו של חברו", בשם ראבי"ה.

עוד ראוי להזכיר את דברי הרב ז"נ גולדברג (ראה שיינפלד, שם, עמ' 378, נספח לסעיף 76, הערה 5), ולפיהם יש הסוברים שכאשר יש חיוב בדיני שמים (וכך הוא הדין בגרמא), יש תוקף לדינא דמלכותא לכולי עלמא (וראה המקורות שהביא שם). לפי זה, המשפט העברי יכיר בחיובו של השליח הגורם נזק לשולחו באי־ביצוע השליחות מכוח חוק המדינה.

[255] לתוקפה של התחייבות כזו, ראה מרדכי, בבא קמא, פרק הגוזל (קמא), סימן קטו.

[256] לעיל, ליד ציון הערה 117.

[257] ראה שם, בעיקר פרק שלישי, עמ' 498.

אישית כלפיו (אף כשפעל בתום לב[258]). יש להניח שהמחוקק סבר שלשם שמירת יעילותה הכלכלית של השליחות הנחוצה לפיתוחם של חיי המסחר, עדיף לצמצם ככל האפשר את הפגיעה בצד השלישי. הפגיעה היחידה והבלתי נמנעת בצד השלישי היא, שציפייתו לקשור קשר משפטי עם השולח עלולה שלא להתממש, שכן היא תלויה ברצונו הטוב של השולח לאשר בדיעבד את פעולת השליח. הסדר זה של החוק מרחיק לכת בהגנה שהוא מעניק לצד השלישי, יותר מכל שיטות המשפט המודרניות[259].

אין צריך לומר שלפי החוק, שאלת ההגנה על הצד השלישי אינה מתעוררת כלל אם עשה השליח את שליחותו באופן הפוגע באינטרסים של השולח, שכן פעולתו אינה נחשבת לפעולה חורגת מן ההרשאה, והיא מחייבת אפוא את השולח כלפי הצד השלישי, והשולח יתבע מן השליח פיצויים בגין הנזק שגרם לו[260]. במילים אחרות, החוק אינו רואה בטענת "לתקן שלחתיך ולא לעוות" עילה לביטול השליחות בגין חריגה מהרשאה, בניגוד למה שעולה ממקורות המשפט העברי[261].

המשפט העברי נוקט גישה שונה. עמדת רוב הפוסקים[262] היא שהסיכון בחריגה מהרשאה נופל על הצד השלישי. יש להניח שאם המשפט העברי אינו רואה צורך להגן על הצד השלישי בגלל "תקנת השוק", הרי זה משום שלדעתו, הצד השלישי יכול היה לוודא שהשליח פועל בהרשאה, ואם לא עשה כן, אין לו להלין אלא על עצמו[263] (אם כי אפשר שיש נסיבות שבהן יוכל לתבוע את השליח תביעת נזיקין[264]).

אך המשפט העברי מרחיק לכת עוד יותר, כשהוא קובע שאם פעולת השליח נעשתה באופן הפוגע באינטרסים של השולח, גם אז השולח יכול להתנער מפעולת השליח בטענה שחרג מהרשאתו, ולומר לו "לתקן שלחתיך ולא לעוות". ואף בכגון זה, דעת רוב הפוסקים[265] היא שאין לצד השלישי הגנה, והוא אינו יכול לתבוע את השליח אישית, ואף לא לתבוע ממנו פיצויים. לכאורה, גישה זו של המשפט העברי פוגעת ביעילותה המעשית של השליחות. וכבר

[258] להוציא המקרה הנדון בסעיף 15(ב) לחוק, כפי שכבר הערנו לעיל, הערה 15. וראה לעיל, הערה 14 והערה 19.

[259] כפי שעמדנו על כך במבוא לסעיף זה.

[260] בהתאם לסעיף 9 לחוק.

[261] עם זאת, הערנו (לעיל, הערה 22), שאם ויתר השליח על זכות מזכויות השולח, בלא שהייתה לו הרשאה מפורשת לכך, הרי שפעל בחריגה מהרשאה, ויחול ההסדר שבסעיף 6.

[262] חוץ מרשב"א, מהריט"ץ ותוספות (לפי הסבר 'חזון איש'), שראינו לעיל, ליד ציון הערה 234 ואילך. לדעתם, מאחר שהשליח הסתיר את החריגה מן הצד השלישי והציג בפניו מצג שווא, ולפיו יש בידו הרשאה, הריהו מתחייב כלפיו אישית. גישה זו אמנם לא הובאה בשולחן ערוך, אבל ראה מה שהערנו לעיל, הערה 235 (אם כי השווה לעיל, הערה 78, שיש פוסקים שהבינו אחרת את שיטת הרשב"א). על גישה זו, נחזור עוד להלן.

[263] וכעין מה שכותב ש"ך, חו"מ, סימן קכג, ס"ק סב, בעניין לווה שפרע את הלוואתו לידי שלוחו של המלווה, והשולח טוען שהלה לא היה מיופה כוחו לגבות את החוב כולו אלא רק את חלקו, ש"הלוה הפסיד אנפשיה, דהוי ליה לחקור לכמה שולחו".

[264] ראה לעיל, הערה 254.

[265] חוץ מרשב"א ומראב"ד. לדעת רשב"א, אם השליח היה מודע לפגיעה באינטרס של שולחו, ובכל זאת לא נמנע מלעשות את פעולת השליחות, הוא נוטל על עצמו אחריות אישית כלפי הצד השלישי. ראה לעיל, ליד ציון הערה 71. לדעת ראב"ד (המובא בשיטה מקובצת), פעולת השליח מחייבת את השולח, והשולח יכול לתבוע ממנו את תיקון העיוות. ראה לעיל, ליד ציון הערה 73, וליד ציון הערה 184.
על עמדת התוספות (לפי הסבר 'חזון איש') בכגון זה, ראה לעיל, הערה 110.

העיר גולאק[266] ש"כלל זה[267] בשליחות בכחו להקטין מאד את ערך השליח והשתמשות בו בעסקי המשא ומתן, לפי ששום אדם לא יחפוץ לבוא בדברים עם שליח שכל מעשהו יכול להבטל על ידי עוות כל שהוא".

מן הראוי לציין שלשיטות אחדות במשפט העברי, התוצאה פחות חמורה ממה שמציג גולאק. כך, לשיטת הרשב"א[268], שליח הפועל בלא הרשאה או פוגע באינטרסים של השולח במודע, נוטל על עצמו אחריות אישית כלפי הצד השלישי. גם התוספות[269] נוקטים גישה דומה, אם כי הם מצמצמים את אחריותו האישית של השליח כלפי הצד השלישי לאותם מקרים שבהם סטה השליח מהרשאתו ועשה בשם השולח פעולה אחרת שאינה פוגעת באינטרסים הכלכליים שלו (קנה לו חיטים במקום שעורים), ומשום כך לא הייתה לצד השלישי כל סיבה לחשוד שהוא פועל בלא הרשאה. התוצאה פחות חמורה גם לשיטת הראב"ד, שכן לדידו, יש עילה לביטול השליחות רק כאשר הצד השלישי הטעה את השליח, שפעל בתום לב (ולדוגמה מכר לו נכס במחיר שיש בו משום הונאה). אבל אם לא הייתה הטעיה של הצד השלישי, והשליח פגע ביודעין באינטרס של שולחו (לדוגמה, כשקנה ממנו שדה בלא אחריות), אין עילה לביטול השליחות, והשולח תובע פיצויים מן השליח[270].

[266] ראה א' גולאק, יסודי המשפט העברי, ברלין תרפ"ב, ספר ראשון, עמ' 47.

[267] הוא מתייחס בדבריו רק לכלל, ולפיו אם השליח עשה את שליחותו באופן הפוגע באינטרס של השולח, הלה יכול לבטל את פעולתו בטענת "לתקן שלחתיך ולא לעוות", אך אין הוא מתייחס למצב של היעדר הרשאה או של חריגה מוחלטת מהרשאה, כנראה משום שבעניין זה הוא סבור, כפי שהצענו לעיל, שהדרישה מן הצד השלישי שייזהר ולא יתקשר עם שליח לפני שבדק שאכן יש לו ייפוי כוח, אינה מכבידה על חיי המסחר.

[268] כפי שכבר הערנו לעיל, הערה 262 והערה 265.

[269] לפי הסבר חזון איש. על דעה זו, כבר הערנו לעיל, הערה 262.

[270] דעת יחיד, מרחיקת לכת עוד יותר בהגנה שהיא מעניקה לצד השלישי (וקרובה מאוד לחוק), היא דעתו של שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן קטו. לפי דבריו, אין השולח יכול לבטל את פעולת השליח כלפי הצד השלישי אלא כאשר הצד השלישי ידע, או היה עליו לדעת, שהשליח חורג מהרשאתו. אם לא ידע, ולא היה עליו לדעת על החריגה, השליחות תקפה, והיא מחייבת את השולח כלפי הצד השלישי (והשולח תובע את השליח על הנזק שגרם לו). מהרשד"ם מבקש להסתמך בעניין זה על הרמב"ם: "וחלק [=הבחין] הרמב"ם [הלכות שלוחין ושותפין, פרק ב, הלכה ד] דוקא כשהודיע שהוא שליח של פלוני [כלומר, בשליחות גלויה], לפיכך אף על פי שמשך או המשיך, אם נמצא שעבר על דעת משלחו, בטל המקח, ומחזיר. אבל אם לא הודיע שהוא שלוחו של פלוני, נקנה המקח, ויהיה [הדין] בינו ובין משלחו. עד כאן [לשון הרמב"ם]. הרי בפירוש שכשידע שהוא שליח פ' [=פלוני] וידוע ששינה, הדין עם הלוקח [רק אם הצד השלישי ידע על החריגה, השולח יכול להתדיין עמו ולבטל את העסקה] לא עם השליח [אינו תובע את נזקיו מן השליח]" (יש להעיר שהסתמכותו על הרמב"ם תמוהה מאוד, שכן העיקר בה חסר מן הספר, הלוא המילים "וידוע ששינה" אינן מפורשות בדברי הרמב"ם, ומניין לו אפוא שהרמב"ם דורש כתנאי לביטול השליחות שהצד השלישי ידע על החריגה?). וראה פסק דינו של הרב חיים הרצברג, פסקי דין ירושלים ג, עמ' פו־פח, בעניין שליח שהרשאתו הייתה למכור מחסן על תנאי, וחרג מהרשאתו ומכר את המחסן בלא תנאי. הרב הרצברג טוען תחילה, בהסתמך על מהרשד"ם, שמאחר שהקונה לא ידע שהמוכר חורג מהרשאתו, המכירה תקפה, ואין לשולח עילה לבטל אותה, והוסיף (עמ' פח): "שמה שכתב המחבר 'עבר השליח על דעת משלחו לא עשה כלום', היינו דוקא אם הלקוח [הצד השלישי] מודע לכך שהשליח עובר על דעת משלחו, אבל אם אין על הלוקח לדעת שהוא עובר על דעת משלחו (ומסתמא אינו עובר על דעתו), ודאי ששליחותו קיימת... שאם לא כן, לא נוכל לנהל שום משא ומתן על ידי שליח, שהרי תמיד יוכל המשלח לחזור בו". אולם, כאמור, דעה זו היא דעת יחיד, ולא כך נקטו רוב

עם זאת, לכאורה, דעות אלה אינן נותנות פתרון של ממש לבעיה, שכן הצד השלישי יחשוש תמיד מביטולה של העסקה על ידי השולח בטענת טעות בתום לב מצד השליח, שאז, לכולי עלמא, אין לו את מי לתבוע, לא את השולח ולא את השליח[271]. אפשר אמנם לטעון שאי־הענקת הגנה לצד שלישי בכגון זה יש בה גם צד חיובי, כי עלינו לזכור שביטול השליחות בטענת "לתקן שלחתיך ולא לעוות" היא באופן שהצד השלישי הונה את השליח, ובאי־הענקת הגנה יש אפוא כדי לעודד מסחר הוגן.

יהא אשר יהא, דעות אלה לא הובאו ב'שולחן ערוך'[272], וחזרה למקומה הקושיה בדבר חוסר היעילות של השליחות במשפט העברי לנוכח הסיכונים הרובצים על הצד השלישי.

תרופה להיעדר הגנה לצד שלישי, המקובלת על רוב הפוסקים, באה מצד הנוהג שהתפתח במרוצת הזמן. כדי שהצד השלישי לא יסרב להיזקק לשליח (מחשש שמא השולח יבטל את פעולתו בטענת "לתקן שלחתיך ולא לעוות"), התפתח הנוהג שהשולח מצייד את שלוחו בשטר מינוי, שבו נאמר במפורש שהרשאת השליח היא "בין לתקן בין לעוות"[273]. באופן זה, התגברו במשך הדורות על הבעיה המעשית שהצבענו עליה, שכן הלכה פשוטה היא שאפשר למנות שליח גם לעוות (היינו, אפשר לייפות את כוחו של השליח גם אם יפעל בניגוד לאינטרסים של השולח). לכן, "אם התנה עליו שעשהו שליח, בין לתקן בין לעוות, אפילו מכר לו שוה מאה בדינר או לקח שוה דינר במאה, אינו יכול לחזור בו, וחייב המשלח ליתן לו כפי התנאי"[274]. כיוון שכן, אין עוד לצד השלישי סיבה לחשוש[275]. אולם פתרון זה אינו אידאלי

רובם של הפוסקים. ואמנם לאחר מכן הוא נסוג בו מגישה זו וקובע שההגנה על הצד השלישי אינה אמורה אלא בשליח קבוע ("נושא ונותן בעסקיו") ומפני תקנת השוק. ראה להלן, הערה 300.

271 אמנם בעניין שליח שנתאנה, הבעיה אינה קיימת לפי שיטת שו"ת אהלי תם בדברי התוספות (הובאה לעיל, הערה 61). אולם כבר הערנו שם שהבנה זו בדברי התוספות נשללה על ידי הפוסקים.

272 אם כי ראה לעיל, הערה 235.

273 כך עולה משטרי השליחות שהגיעו לידנו. ראה לדוגמה שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן קטו. וראה גם שו"ת הרמב"ם (מהדורת בלאו), סימן סג, שם הנוסח הוא על דרך השלילה, "ולית לנא למימר לך 'לתקוני שדרתיך ולא לעוותי' [=ולא נוכל לטעון 'לתקן שלחתיך ולא לעוות']". וראה רקובר, השליחות וההרשאה, נספח יב, עמ' 392. וראה שם לפי מפתח העניינים, ערך לתיקוני שדרתיך ולא לעוותי.

274 רמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק א, הלכה ג. נפסק בשולחן ערוך, חו"מ, סימן קפב, סעיף ג. ש"ך, שם, ס"ק ג, העיר: "צריך עיון למה יגרע מהוא עצמו, דאפילו אמר על מנת שאין (בו) אונאה אינו מועיל [ראה שולחן ערוך, חו"מ, סימן רכז, סעיף כא]? וצריך לומר דמיירי כגון שהוא אִחר זמנו או בדברים שאין בו אונאה [כגון קרקעות]. ודוק היטב". לשון אחר, כשהתנה השולח עם השליח "בין לתקן בין לעוות", הרי דינו כאילו עשה את העסקה עם צד שלישי בעצמו, לא עדיף עליו, אך גם לא גרוע ממנו. אשר על כן, אם קנה השליח במחיר אונאה יותר משתות (כגון שווה דינר במאה), אם לא יאחר השולח את זמנו ("עד כדי שיראה לתגר או לקרובו". ראה שולחן ערוך, חו"מ, סימן רכז, סעיף ז), יוכל לבטל את העסקה, כדינו אם היה קונה בעצמו. פירוש זה נראה דחוק בלשון הרמב"ם ו'שולחן ערוך'. ואכן, דומה שיש שהבינו את הדברים כפשוטם. ראה: שו"ת ר' שלמה דוראן, תשב"ץ, חלק ד (חוט המשולש), טור א, סימן י, ד"ה תשובה (בסופו); ב"ח, חו"מ, סימן קפב, סעיף ח.

כיוצא בזה, יש הסבורים שמינוי השליח לפעול "בין לתקן בין לעוות", אין משמעו שהשליח מיופה כוח גם לחרוג חריגה מוחלטת מהרשאתו. ראה שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן פה, ד"ה וכי תימא לא מצי. וראה גם: סמ"ע, חו"מ, סימן קפב, ס"ק ז; ט"ז, שם, סעיף ב (הם מעירים שלכן לא הזכיר 'שולחן ערוך' את האפשרות להתנות עם השליח "בין לתקן בין לעוות" בסעיף ב, שעסק בו בשליח העובר על דברי משלחו). והשווה רדב"ז, הלכות שלוחין ושותפין, פרק ב, הלכה ד, שאינו מקבל סייג זה. והשווה גם ב"ח, שם, שלדעתו רק אם הזהיר השולח את השליח בפירוש שלא יעשה פעולה מסוימת, לא יועיל התנאי "בין

מבחינתו של השולח, שכן הוא חושף את עצמו לפגיעה באינטרסים שלו בלא שתהיה לו עילת תביעה נגד שלוחו (כנראה משום כך נהגו שהשליח מתחייב "שיתנהג בנאמנות ביושר ובתמים"[276]).

תרופה נוספת המגיעה לתוצאה דומה, אבל בלא כתב מינוי מיוחד (ובלא ויתור על אפשרות תביעה של השולח כנגד השליח), יש בשיטה הקובעת שביחסי השולח וצד שלישי, יש הגנה על הצד השלישי מכוח דיני הראיות, ובלבד שהצד השלישי קיבל לידיו את התמורה לעסקה[277]. בכגון זה, הצד השלישי נחשב למוחזק, ועל כן אם השולח מבקש לבטל את פעולת השליח עליו להוכיח שהשליח חרג מהרשאתו שכן אין להוציא מכלל אפשרות שהוא ייפה את כוחו "בין לתקן בין לעוות" (ואם כן אינו יכול להתנער מפעולתו אף אם גרמה לו נזק). נטל הוכחה זה קשה מאוד להרימו, ויש בו אפוא כדי להפיס את חששו של הצד השלישי[278]. לא כן ביחסי שולח ושליח, שם השליח אינו מוחזק (מה עוד שלרוב אין הוא מתכחש לעובדה ששליחותו לא הייתה "בין לתקן בין לעוות"), ועל כן השולח יכול לתבוע מן השליח פיצוי על הנזק שגרם לו. חידוש חשוב זה מיוחס להרמ"ה, רבי מאיר הלוי אבולעפיה, שראינו לעיל[279], בפירושו לסוגיה בעניין שלוחה של אישה שקנה שדה שלא באחריות. כשסקרנו את דעות הראשונים באותה סוגיה[280], ראינו שכולם התמודדו עם הקושי העולה מהשוואת הסוגיה למקבילותיה. מאחר שהאישה לא הייתה מוכנה לקבל את השדה שקנה עבורה השליח בלא אחריות המוכר, מדוע לא פסק רב נחמן שהעסקה בטלה ושיש להחזיר את המצב לקדמותו?[281].

לתקן בין לעוות" לגביה. וראה שער משפט, שם, ס"ק ג, שהקשה על הט"ז ממה שנפסק בשולחן ערוך, חו"מ, סימן קכג, סעיף ה: "הבא בהרשאה שמחל לנתבע או שמכר לו או מחל לו על השבועה או שעשה עמו פשרה, לא עשה כלום, שזה יאמר 'לתקוני שדרתיך ולא לעוותי'. לפיכך אם התנה עמו בין לתקון בין לעוות, אפילו אם מחל על הכל – מחול". מכאן לכאורה שהתנאי "בין לתקן בין לעוות" מועיל גם להכשיר חריגה מוחלטת מן ההרשאה. אולם דומה שאין מקום לשאלה זו, שכן כוונת "בין לתקן בין לעוות" בהקשר זה של שטר הרשאה לתביעה משפטית היא לכלול במסגרת ההרשאה גם פשרה וויתור, כפי שפירש שו"ת צמח צדק (קרוכמל), סימן קכד, ד"ה והא דכתבו הרמב"ם והסמ"ג (שמביאו שער משפט, סימן קכג, ס"ק ו). והשווה הרב ש"ב ורנר, "בענין שליח שעבר על דברי משלחו", ספר הזיכרון למרן הגרש"ב ורנר, ירושלים תשנ"ו, עמ' קכא, אות א. על הרשאה לפשרה וויתור, ראה להלן, בדיוננו על סעיף 5, פרק רביעי, ג, עמ' 281.

275 ואולי הוספת תנייה זו בשטרי השליחות לא באה רק מפני החשש שהצד השלישי לא ירצה להיזקק לשליח, אלא גם כדרישה של השליח עצמו, המבקש להשתחרר מן האחריות המוטלת עליו, לדאוג להחזרת המצב לקדמותו, באם יחליט השולח לבטל את שליחותו בשל הפגיעה באינטרסים שלו. וכך אמנם משתמע מסמ"ע המובא לעיל, הערה 210, ולהלן, הערה 290 (וכפי שהערנו לעיל, בהערה 211).

276 ראה שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן קטו.

277 ראה לעיל, ליד ציון הערה 164.

278 אמנם אין להוציא מכלל אפשרות שהשולח יצליח להרים את נטל ההוכחה שהשליחות הייתה רק "לתקן", אולם נראה שחשש רחוק זה אין בו כדי להרתיע צד שלישי פוטנציאלי מלהתקשר עם השליח, מה עוד שסביר להניח שברוב המקרים לא יבקש השולח לבטל את השליחות בגין פגיעה קלה באינטרסים שלו.

279 לעיל, ליד ציון הערה 66.

280 ראה לעיל, ליד ציון הערה 51 ואילך.

281 הזכרנו שרוב הראשונים סבורים שהפתרון לכך מצוי בהנחה שבאותו מקרה הייתה השליחות נסתרת, ועל כן פעולת השליח חִייבה אותו אישית כלפי הצד השלישי. על פי דרכו של הרמ"ה בפירוש הסוגיה, אין צורך בהבחנה בין שליחות גלויה לבין שליחות נסתרת, כפי שמעיר הגר"א, חו"מ, סימן קפב, ס"ק יד. על עמדתו של הרמ"ה בעניין שליחות נסתרת, ראה לעיל, הערה 109.

כזכור[282], הרמ"ה הסביר שביחסים שבין השולח לבין המוכר (הצד השלישי), אם השולח מבקש לבטל את פעולת שלוחו ולקבל את כספו חזרה מן המוכר, עליו להוכיח שייפוי כוחו של שלוחו היה מותנה בכך שלא יגרום לו עיוות. אם לא יעלה בידו להרים נטל הוכחה זה (וכך היה לדעת הרמ"ה בתקדים של רב נחמן), הרי שפעולת השליח מחייבת את השולח כלפי הצד השלישי, והשולח לא ימצא תרופה לעצמו אלא בתביעה מן השליח שיתקן את העיוות שגרם לו, שכן ביחסים שביניהם, חובת ההוכחה אינה עליו. וזה היה פשר פסק דינו של רב נחמן[283].

גישת הרמ"ה, שנאמרה במקורה בעניין שליח שקנה שדה שלא באחריות, הובאה להלכה ב'שולחן ערוך'[284], שהחיל אותה גם בעניין שליח שנתאנה: "טעה וקנה ביוקר, אפילו בכל שהוא, המקח בטל, בין בקרקע בין במטלטלין, שיאמר לו 'לתקוני שדרתיך ולא לעוותי'... יש מי שאומר [הכוונה לרמ"ה] שכל זמן שלא יברר המשלח שעשאו שליח לקנות לו סתם, יכול המוכר לומר שהתנה עמו [כלומר, שהשולח נתן לשליח ייפוי כוח] 'בין לתקן בין לעוות', והמוציא מחבירו עליו הראיה". בכך צומצם למעשה החשש מפני פגיעה בחיי המסחר[285].

עם זאת, גישת הרמ"ה אינה פותרת את הבעיה לחלוטין, שכן מפרשי הטור ו'שולחן ערוך' מצמצמים[286] את הלכת הרמ"ה עצמה בדרכים שונות:

(1) לדעת 'בית חדש'[287], הלכת הרמ"ה אמורה בשליח לקנייה, אבל בשליח למכירה, מאחר שידוע שהממכר המסוים שייך לשולח, הרי הוא נחשב למוחזק (אף שהממכר מוחזק פיזית בידי הצד השלישי הקונה), ואין מקום אפוא להטיל עליו את נטל ההוכחה שהשליחות לא הייתה "בין לתקן בין לעוות". ואין צריך לומר שהוא הדין בשליחות לקנייה באשראי,

[282] ראה לעיל, ליד ציון הערה 66.

[283] על פתרון מעשי זה, העיר כבר גולאק (לעיל, הערה 266), וזה לשונו: "כתקון החסרון ביפוי כחו של השליח אפשר לראות את הדין המאוחר, שהשליח יכול להתמנות בין לתקון ובין לעוות, ואז יפה כחו, ועוות כל שהוא לא יבטל את מעשהו. כפי הנראה השליחות בין לתקון בין לעוות נתפשטה, ובה נשתמשו הרבה, עד שבאה השערה משפטית (praesumptio), כי סתם שליחות היא בין לתיקון ובין לעוות, כל זמן שלא נתברר ההפך". אם כי, יש להעיר שתיאור זה של גולאק אינו מדויק, שכן הדין, ולפיו השליח יכול להתמנות בין לתקן בין לעוות, אינו דין מאוחר, שהרי פשוט וברור שבדיני ממונות יכול אדם להתנות כרצונו. זאת ועוד, והוא העיקר, אין מדובר ב"השערה משפטית" לפיה סתם שליחות היא בין לתקן בין לעוות, אלא בכלל בדיני הראיות לפיו המבקש להוציא מיד המוחזק, עליו נטל הראיה אף כשהמוחזק סומך את זכותו על טענה דחוקה (כגון שהשליחות הייתה "בין לתקן בין לעוות"). לפי זה, אם הצד השלישי אינו מוחזק (כגון שמכר לשליח נכס באשראי), עליו נטל הראיה שהשליח היה מיופה כוח "בין לתקן בין לעוות", ואין לדבר אפוא על "השערה משפטית" כפי שעשה גולאק.

[284] שולחן ערוך, חו"מ, סימן קפב, סעיף ד. ראה לעיל, הערה 67.

[285] מה עוד שלפי מה שראינו לעיל, הערה 217, דברי הרמ"ה אמורים אפילו בסטייה מהוראותיו המפורשות של השולח, כגון שקנה חטים במקום שעורים (אם כי, כפי שכבר הצענו לעיל, דרישה מן הצד השלישי לבדוק את קיומה של הרשאת השליח ותוכנה אינה פוגעת פגיעה של ממש בחיי המסחר).

[286] הם עושים זאת כדי ליישב את הסתירה העולה לכאורה מפסקי 'שולחן ערוך', שפסק להלכה הן כשיטת הרמ"ה הן כשיטת הרמב"ם (הלכות שלוחין ושותפין, פרק ב, הלכה ו), הדוחה לכאורה את גישת הרמ"ה. ראה לעיל, ליד ציון הערה 207 ואילך. על יחסם של הפוסקים לשיטת הרמ"ה, ראה גם: פתחי חושן, הלכות פיקדון ושאלה, פרק יב, הערה כ.

[287] ב"ח, חו"מ, סימן קפה, סעיף ה. על דבריו כבר עמדנו לעיל, ליד ציון הערה 214. וכך כתב גם הש"ך בצעירותו, כפי שמעיד חתנו בהגהתו לש"ך, חו"מ, סימן קפה, ס"ק ח, אבל ככל הנראה חזר בו, כפי שכבר הערנו לעיל, הערה 216. וכבר הערנו לעיל, הערה 67, שהבחנה זו בין קנייה לבין מכירה עולה מלשון הרמ"ה עצמו.

שמאחר שהצד השלישי אינו מוחזק בכספו של השולח, עליו מוטל להוכיח שהשליח פעל בהרשאה. בנסיבות אלה, מאחר שאין מטילים את נטל הראיה על השולח, לא תהיה הגנה לצד השלישי.

(2) 'טורי זהב'[288] סבור שהלכת הרמ"ה אמורה רק בשליח שפגע באינטרס של השולח בתום לב, כי אין להניח שהשולח נתן לו ייפוי כוח לפגוע באינטרסים שלו ביודעין[289].

(3) בעל 'ספר מאירת עיניים'[290] טוען ששיטת הרמ"ה אינה מקובלת בכל שליח, אלא רק בשליח שעושה טובה לשולחו ועושה את שליחותו חינם. בכגון זה, הוא מסביר, קיימת הנחה סבירה שהשליח לא היה מוכן לקחת על עצמו אחריות בגין עיוות כלשהו שהוא עלול לגרום לשולח בביצוע השליחות, שכן "מה לו ולצרה הזאת", מה שאין כן בשליח בשכר[291].

לאור זאת, לא נותר אלא לקבוע שאף שאימוץ גישתו של הרמ"ה מקל את מצבו של הצד השלישי ביחס לשולח[292], אין בכך כדי לספק לו ביטחון מסחרי מלא (בוודאי לא ביטחון המשתווה לזה שמספק לו חוק השליחות).

לסיום, שאלה היא אם הדאגה לחיי מסחר תקינים מצדיקה הסדר המיטיב באופן כה קיצוני עם הצד השלישי, כפי שנקט החוק. עובדה היא ששיטות משפט רבות אינן מרחיקות לכת עד כדי כך בסטייתן מן התאוריה המשפטית (ולדוגמה אינן מאפשרות לצד השלישי לראות את השליח כבעל דברו, לפחות לא כשפעל בתום לב). זאת ועוד. עובדה היא שההסדר של המשפט העברי, שנהג דורות רבים הלכה למעשה, לא הביא לסירובם של צדדים שלישיים להתקשר עם שלוחים. אפשר אמנם שצרכים כלכליים חדשים, בנסיבות משתנות, כגון במציאות העסקית של ימינו, מחייבים תיקון "תקנת שוק" שתגן על הצד השלישי, אך הדבר צריך להיעשות בשיקול דעת ומתוך בחינה זהירה של המציאות.

[288] ט"ז, חו"מ, סימן קפב, סעיף ו. וראה גם ט"ז, שם, סימן קפה, סעיף ה. על דבריו כבר עמדנו לעיל, ליד ציון הערה 208.

[289] דומה ששיטת הט"ז, ולפיה נטל ההוכחה שהמינוי לא היה בין לתקן בין לעוות אינו מוטל על השולח אלא ביחס לפעולות שהשליח עשוי היה לחשוב בתום לב שהן במסגרת הרשאתו, דומה מאוד לסייג הנוסף של הסמ"ע, שנזכיר להלן, הערה 290, אם כי בשינוי סגנון. וצריך עיון אפוא מדוע התקיף הט"ז את הסמ"ע בסימן קפה, סעיף ה.

[290] ראה: סמ"ע, חו"מ, סימן קפב, ס"ק ח; שם סימן קפה, ס"ק יב. על דבריו עמדנו כבר לעיל, ליד ציון הערה 210. וראה ערוך השולחן, שם, סימן קפב, סעיף יח.
מדברי הסמ"ע בסימן קפה, ס"ק יב (בסופו), עולה סייג נוסף, והוא שאין להסתפק אולי מינה השולח את השליח בין לתקן בין לעוות, אלא אם השולח לא אמר דברים מפורשים בהרשאתו. אבל אם מינה את השליח במפורש לקנות במאה (או לקנות באחריות), אזי אין אומרים שאולי הוסיף שהמינוי הוא בין לתקן בין לעוות. וראה גם סמ"ע, חו"מ, סימן קפב, ס"ק ז. והשווה לעיל, הערה 289, שיטת הט"ז. על מה שהביא את הסמ"ע להציע את ההבחנה שהזכרנו בטקסט, ראה לעיל, הערה 210.

[291] ש"ך, חו"מ, סימן קפב, ס"ק ד, מוסיף עוד סייג (ראה לעיל, ליד ציון הערה 213). לדעתו, הלכת הרמ"ה אינה אמורה אלא ביחס לפגיעה שלא הייתה עילה לביטול אילו השולח היה עושה את העסקה בעצמו (כגון שנתאנה בפחות משתות), אבל ודאי אין להניח שהשולח נתן לשליח הרשאה לעשות עסקה בתנאים גרועים, שהיו מקנים לו עילת ביטול, אילו פעל בעצמו (כגון הונאה יתר על שתות). סייג זה אין בו כדי להרתיע את הצד השלישי מלהיזקק לשליח, שכן הוא יודע שהעסקה הייתה ניתנת לביטול גם אילו עשה אותה ישירות עם השולח (מה עוד שאין הצדקה להגן על צד שלישי הנוהג שלא בהגינות, כשהוא מוכר או קונה במחיר הונאה, כעין מה שכבר אמרנו לעיל, ליד ציון הערה 271).

[292] שאף שנגרם לו עיוות כלשהו, אינו יכול לטעון שהפעולה הייתה בחריגה מהרשאה, אלא אם יוכיח שהרשאתו הייתה רק "לתקן" ולא "לעוות".

אכן, מצינו "תקנת השוק" מעין זו במוסדות משפטיים הנושקים לשליחות, כגון בשותפות[293], שנקבע בה שאם נגרם עיוות על ידי השותף, פעולתו מחייבת את השותפות כלפי צד שלישי, כאילו התנו ביניהם השותפים שכל אחד מייפה את כוחו של חברו לפעול "בין לתקן בין לעוות"[294]. לשון אחר, מכוח "תקנת השוק", השותפים אינם יכולים לבטל את הפעולה כלפי צד שלישי, ולא נותר להם אלא לתבוע את השותף על ההפסד שגרם להם[295]. לדעת פוסקים אחדים, הוא הדין בגזברים[296] ובפרנסי העיר[297], הממונים על קופת הקהל, שכן בהיותם חלק מהקהל, שיש להם אינטרס אישי בפעולה, הרי הם כשותפים[298]. תקנה דומה מצאנו גם ביחס לאישה נשואה הנושאת ונותנת בנכסי בעלה[299]. ויש מי שהרחיב את תחולת התקנה גם על

293 על היחס שבין שליחות לשותפות, ראה דיוננו על סעיף 1, פרק רביעי, ב(2)(א), עמ' 52.

294 ראה ש"ך, חו"מ, סימן עז, ס"ק יט: "נהי דיש [=אמנם יש] בידו למחול, היינו דהוה כאילו התנו כך שכל אחד [מן השותפים] יכול לעשות מה שירצה, ואם יעוות, ישלם לחבירו חלקו. דאם לא כן, אין מי שיהיה לו עסק עם שותף, עד שיתרצה השותף השני" (אמנם הש"ך כותב שהבסיס המשפטי הוא הסכם מכללא שבין השותפים, אך נראים הדברים שכוונתו היא שכך יש לעגן את התקנה. ואכן ראה כסף הקודשים, סימן רכז, סעיף ל, שנקט בלשון תקנה בהבנת דברי הש"ך). וראה דיוננו בסעיף 1, ליד ציון הערה 237.

295 על פי עיקרון זה, פסק ר' הילל בר' נפתלי הירץ בספרו בית הילל, אבן העזר, סימן פו (הובא בבית שמואל, אבן העזר, סימן פו, ס"ק יט) ששותף שמכר באשראי בניגוד לנוהג, העסקה תקפה. סמך לדברים מוצא בית מאיר, אבן העזר, סימן פו, ס"ק ב, בכך שבכל ההלכות שבחו"מ, סימן קעו, שבהם נידונה חריגת השותף, התרופה שנקבעה היא במסגרת יחסי הפנים, ואילו אופציית הביטול לא הועלתה כלל: כך הוא בשותף שהקדים את מועד המכירה בניגוד למה שסיכמו ביניהם (ראה רמ"א, חו"מ, סימן קעו, סעיף יד); כך הוא כשקנה שעורים במקום חיטים (ראה שולחן ערוך, חו"מ, סימן קעו, סעיף יא. ושמא לזה התכוון שו"ת מהרש"ך, הנזכר לעיל, הערה 110); וכך הוא כשגרם להוזלת הנכס המשותף על ידי חריגה מן המכסה שעליה סוכם (ראה שו"ת מהרי"ק, שורש טו, ענף ב: "שכל המשנה לעשות דבר בשותפות, דמסתמא חבירו מקפיד עליו, כל ההפסד שאפשר לתלות שבא מחמת השינוי, עליו לפרוע [לשותפו]"). וראה ס' לוי, "חבותה של חברה בע"מ כלפי צד שלישי", תחומין כו (תשס"ו), עמ' 362, בעמ' 363, הטוען שלולי הכלל "אין שליח לדבר עבירה", ניתן היה להחיל אותו עיקרון לעניין אחריות חברה בע"מ לנזקים שגרמו נציגיה.

296 ראה שו"ת מהר"ם די בוטון, סימן נא, ד"ה עוד נראה לי לומר (צא ע"ב), הדן בגזבר שמכר קרקע של הקדש, ואומר: "ובנדון דידן, כיון דבזמנינו זה הממונים והפרנסים נמנים מדעת כל הקהל על כל ענייני בית הכנסת, ותלו הכל בדעת עצמן, הוי ליה כאילו התנו בפירוש בין לתקן בין לעוות, שאין להם אונאה כלל, וחייב המשלח". וראה שו"ת בית שלמה (דרימר), חו"מ, סימן מז, ד"ה זאת תשובתי: "גזברים שיש להם חלק, דינם כשותפים, ובשותפים לא אמרינן 'לתיקוני [שדרתיך ולא לעוותי]'" (מובא בהסכמה בשו"ת מהרש"ם, חלק ז, סימן קסט). וראה גם נתיבות המשפט, סימן קמט, ס"ק טו. וראה גם שו"ת דבר אברהם (שפירא), חלק ב, סימן יט, אות ח, ד"ה אבל. הוא מעלה נימוק מחודש מדוע בגזברים אין אומרים "לתיקוני שדרתיך", שאין לומר כן כשנושא השליחות הוא כזה שנעשה תמיד על ידי שלוחים, משום שבין כך ובין כך לא היה השולח פועל באופן אישי. דעה חולקת הובאה בשו"ת פני דוד, חו"מ, סימן יא, ד"ה מעתה שוב אשוב אל החקירה הה'.

297 ראה שו"ת פני משה (בנבנישתי), חלק א, סימן לב, ד"ה אך כל היד, לעניין השכרת קרקע של הקדש עניים על ידי טובי העיר.

298 וראה שולחן ערוך, חו"מ, סימן קמט, סעיף לא: "המחזיק בהקדש עניים או של בית הכנסת אין לו חזקה, ואם יש לו גזברים ממונים עליו, יש לו חזקה". על כך הוסיף הרמ"א (בהסתמכו על מה שפסק בדין האפוטרופוס, שם, סעיף כד): "ודוקא שיש לגזברים חלק באותו הקדש. אבל בלאו הכי, לא הוי חזקה, דלא יפסידו העניים משום שלא מיחה הגזבר, שאין לו חלק בהקדש".

299 ראה ראב"ן, מובא במרדכי, בבא קמא, פרק החובל, סימן פז (מובא לעיל, בדיוננו על סעיף 5, ליד ציון

השליח, ובלבד שיחסיו עם שולחו אינם מושתתים על בסיס אקראי, אלא הוא בגדר "נושא ונותן" בעסקיו של חברו[300]. ועדיין שאלה היא: מהן גבולותיה של הגנה זו על הצד השלישי? האם כל חריגה תחייב את השולח כלפיו? או שמא יש חריגות העולות לכדי הפקעת שֵם שליח מעושה הפעולה, והופכות אותו לאיש זר העושה שימוש בממונו של הזולת תוך הטעיית צד שלישי?[301].

על כל פנים, במקום שאין תחולה ל"תקנת השוק", דומה שעמדתם של הראב"ד ושל הרשב"א (המטילים אחריות מסויגת על השליח) ועמדתו של הרמ"ה (המטיל את חובת ההוכחה על השולח, שכבר נתקבלה להלכה) מביאות לאיזון נאות בין האינטרסים הצודקים של הצדדים המעורבים מחד גיסא ובין ביטחון חיי המסחר מאידך גיסא.

פרק שביעי

סיכום

א. עניינו של סעיף 6 בתוצאות המשפטיות של פעולה שעשה השליח בהיעדר הרשאה או בחריגה ממנה. מתוך שלוש מערכות היחסים שבשלישייה, השולח והשליח וצד שלישי, הסעיף מסדיר את יחסי החוץ, היינו היחסים המשפטיים שבין השולח לבין הצד השלישי, וכן את היחסים שבין השליח לבין הצד השלישי, ואילו יחסי הפנים שבין השולח והשליח מוסדרים בסעיף 9.

ס"ק (א) עוסק ביחסי השולח וצד שלישי, וקובע שאף שפעולה בלא הרשאה או בחריגה ממנה בטלה, יכול השולח לאשר אותה בדיעבד. ס"ק (ב) עוסק ביחסי השליח וצד שלישי, ומעניק הגנה לצד השלישי, שלא ידע שהשליח פועל בלא הרשאה או בחריגה ממנה, כשהוא מאפשר לו לתבוע את השליח אישית או לתבוע ממנו פיצויים.

כפי שראינו, גישת המשפט העברי שונה כלפי שתי מערכות היחסים.

הערה 119). וראה כסף הקודשים, סימן רכז, סעיף ל, הנוטה לומר שהתקנה חלה גם באישה שנתאנתה בפחות משתות.

300 ראה פסק דינו של הרב חיים הרצברג, פסקי דין ירושלים ג, עמ' פו־פח, בעניין מנהל בפועל שמכר מחסן בלא תנאי, תוך סטייה מהחלטת ההנהלה, ולפיה מכירת המחסנים מותנית בכך שכל בעלי הדירות ירכשו מחסן גם הם. ראה לעיל, הערה 270.

301 ש"ך (לעיל, הערה 294) מרחיק לכת וטוען שהרשאה מקיפה זו כוללת גם מחילה על חוב כלפי צד שלישי. ברם, רבים מן האחרונים משיגים עליו בנקודה זו. לדעתם, לעניין מחילת חוב, דין שותף כדין שליח, ואם נקבל את דברי ש"ך, יש לצמצם אותם "לשותפים בכל עסקיהם", ולא בשותפים מזדמנים. ראה: תומים, סימן עז, ס"ק ט; בית מאיר, אבן העזר, סימן פו, ס"ק ב, בסופו; שו"ת מהרש"ם, חלק ה, סימן כח, ד"ה ומה ששאל. דומה שגישת ש"ך אינה מקובלת גם על הרמ"א, שכן דברי הש"ך שם הם למעשה השגה על דברי הרמ"א, חו"מ, סימן עז, סעיף ז.

שו"ת מהרש"ם, שם, ד"ה ועוד נראה, סבור שרק חריגה מן המנהג זוכה להגנה, אך לא כן שותף החורג מהוראותיו המפורשות של שותפו. לדבריו, להבחנה זו מסכימים גם: שו"ת פרח מטה אהרן, חלק א, סימן פה; שו"ת לחם רב, סימן קד). וראה עוד פסקי דין ירושלים ז, עמ' שמח. אבל השווה שו"ת יורו משפטיך ליעקב, סימן לד.

ב. ביחסי השולח וצד שלישי, המשפט העברי מבחין בין חריגה מוחלטת מן ההרשאה (היינו סטייה מהותית ממנה) לבין חריגה שאינה מוחלטת (כגון שעשה השליח את השליחות באופן הפוגע באינטרס של השולח, אף שלא סטה מהוראותיו המפורשות. ויש אומרים שהוא הדין גם כאשר הסטייה מהוראותיו לא הייתה מהותית).

כאשר החריגה מוחלטת, פעולתו של השליח בטלה מאליה, ואין לשולח אפשרות לאשר אותה בדיעבד[302]. עם זאת, אם הפעולה מוגדרת כ"זכות", היא עשויה לזַכות בכל זאת את השולח מדין "זכין לאדם שלא בפניו"[303], ובלבד שנתקיימו בנוסף לכך שלושה תנאים: השולח לא התנגד משנודע לו דבר הזכייה[304]; הצד השלישי לא חזר בו מן העסקה לפני כן[305]; לא תיפגע זכות שרכש אדם אחר[306].

אם הצד השלישי טוען שהשליח פעל בהרשאה כשמכר לו את הנכס של השולח, ופעולתו מחייבת אפוא את השולח, דעת הרמב"ם, וכן נפסק ב'שולחן ערוך', שאף על פי שהוא מוחזק, נטל ההוכחה עליו. הראב"ד חולק על כך[307].

כאשר החריגה אינה מוחלטת, השליחות ניתנת לביטול, אך אינה בטלה מאליה[308]. אם החליט השולח שלא לבטלה (ואפשר שכך תתפרש שתיקתו משנודע לו עליה[309]), הרי ממילא נקשרו ביניהם יחסי שולח וצד שלישי[310]. השארנו בצריך עיון את השאלה אם עד אז, בדומה לשולח, רשאי גם הצד השלישי לחזור בו מן הפעולה[311].

אם השולח אינו מוכן להשלים עם חריגה זו מהרשאתו, הוא רשאי כאמור לבטל את פעולת שלוחו, ואז לא נקשרו יחסים בינו ובין הצד השלישי. לדעת הרמב"ם, וכן נפסק ב'שולחן ערוך', יש לסייג את הדברים. לדעתו, אם הסתיר השליח מן הצד השלישי את עובדת היותו שליח (שליחות נסתרת), ועשה את פעולת השליחות ברכושו של השולח או בכספו, פעולת השליח מחייבת את השולח כלפי הצד השלישי, ובלבד שהעיוות שנגרם לשולח ניתן לתיקון[312]. הראב"ד מסייג את הדברים אף יותר. לדעתו, אם השליח היה מודע לעובדה שהוא חורג מהרשאתו, כי אז אף בשליחות גלויה, מאחר שלא גלה את אוזנו של הצד השלישי,

[302] ראה לעיל, פרק שלישי, א(1)(א), עמ' 347.

[303] ראה לעיל, פרק שלישי, א(1)(ב), עמ' 348.

[304] ויש שלא די באי־התנגדות, ודרושה הבעת הסכמה. ראה לעיל, ליד ציון הערה 125.

[305] ראה לעיל, פרק שלישי, א(1)(ג), עמ' 350.
תנאי נוסף, האמור בעסקת קנייה בלבד, שהשליח אכן התכוון לרכוש את הנכס מושא העסקה עבורו, והצגת עצמו בפני הצד השלישי כשליח לא הייתה התחזות בעלמא. ונחלקו הפוסקים בשאלה: על מי נטל ההוכחה כאשר השליח טוען ש"שליחותו" לא הייתה אלא התחזות, על השליח או על השולח המדומה? ראה לעיל, פרק שלישי, א(1)(ה), עמ' 351.

[306] ראה לעיל, פרק שלישי, א(1)(ד), עמ' 350. בניגוד לחוק הישראלי, גם אם הצד הרביעי לא עשה בתום לב, לא יוכל השולח לאשר בדיעבד את הפעולה מדין "זכין".

[307] ראה לעיל, פרק שלישי, ג, עמ' 364.

[308] ראה לעיל, פרק שלישי, א(2)(א), עמ' 353.

[309] ראה לעיל, הערה 143.

[310] עשה כן, לדעת רוב הראשונים, לא יוכל השולח לתבוע את השליח בגין פגיעה באינטרסים שלו, שלא כשיטת הראב"ד, בעל ההשגות, לעיל, הערה 59.

[311] ראה לעיל, פרק שלישי, א(2)(ב), עמ' 354.

[312] ראה לעיל, פרק שלישי, ב(2)(א), עמ' 353. גישתו של הרמב"ם אמורה גם בחריגה מוחלטת מן ההרשאה (ובלבד שפעל השליח במושא השליחות, כמובן). אך אינה אמורה במי שפעל בלא הרשאה כלל.

והטעה אותו לחשוב שהוא פועל בהרשאה, הריהו כמי שהתחייב לתקן את העיוות, ובהיעדר עיוות, אין לשולח עילת ביטול[313]. נמצא אפוא שבכגון אלו, על אף החריגה, נקשרו יחסים בין השולח לבין הצד השלישי.

ואם הצד השלישי מוחזק, חובת ההוכחה מוטלת על השולח ששלוחו חרג מהרשאתו כשפגע באינטרסים שלו, שכן אין להוציא מכלל אפשרות שהשולח ייפה את כוחו של שלוחו "בין לתקן בין לעוות", וספק זה פועל לטובת הצד השלישי כשהוא מוחזק (כך כתב הרמ"ה, ובעקבותיו 'שולחן ערוך', אולם הפוסקים סייגו את תחולת דבריו)[314].

אם השולח אכן ניצל את זכותו לבטל את הפעולה, אין בכוחם של השליח או של הצד השלישי לקיימה, אף אם יסכימו לפצות את השולח על הפסדיו[315].

ג. כאמור, ביחסי השליח והצד השלישי, החוק מטיל את האחריות לכל הסיכונים על השליח, והוא עלול להיתבע אישית על ידי הצד השלישי (בין לאכיפה בין לפיצויים). לא כן נוקט המשפט העברי. כאשר השליח הציג עצמו כשליח (שליחות גלויה), דעת רוב הפוסקים היא, שמאחר שהשליח הודיע לצד השלישי שאינו מתכוון לפעול עבור עצמו, אלא עבור שולחו, הרי שלא נקשרו יחסים משפטיים ביניהם[316]. ולא זו בלבד, שהצד השלישי לא יוכל לתבוע את השליח אישית, אלא גם לא יוכל לתבוע ממנו פיצויים בגין הנזק שנגרם לו (בשל הכלל "גרמא בנזיקין – פטור"), אם כי דומה שהוא יהיה זכאי לפיצוי מכוח "דינא דמלכותא"[317]. אכן, אם הסתיר השליח את עובדת היותו שליח, כי אז נקשרו יחסים בינו ובין הצד השלישי, והוא מחויב אישית כלפיו על פי הכלל הידוע: "דברים שבלב אינם דברים"[318].

כאמור, זו דעת רוב הפוסקים. אולם לרשב"א יש גישה ייחודית[319]. לדעתו, אף בשליחות גלויה, אם השליח היה מודע לעובדה שהוא חורג מהרשאת השולח, ולא גלה את אוזנו של הצד השלישי, והטעה אותו לחשוב שהוא פועל בהרשאה, הריהו מחויב אישית כלפיו[320].

ואף שנתקבלה להלכה שיטת הרמ"ה שהזכרנו לעיל, ולפיה נטל ההוכחה על השולח שלא

[313] ראה לעיל, פרק שלישי, ב(2)(ב), עמ' 363. גישה זו של הראב"ד אמורה גם בחריגה מוחלטת מן ההרשאה, אך אינה אמורה במי שפעל בלא הרשאה כלל.

[314] ראה לעיל, ליד ציון הערה 202 ואילך.

[315] ראה לעיל, ליד ציון הערה 160.

[316] ראה לעיל, פרק רביעי, ב(1), עמ' 371. וכשם שהצד השלישי אינו יכול לתבוע אישית את השליח, כך השליח אינו יכול לכפות על הצד השלישי את קיום העסקה עמו. ראה לעיל, הערה 241.
ונחלקו הפוסקים בשאלה אם לא נקשרו יחסים בין השליח לצד השלישי, גם כאשר היעדר ההרשאה של השליח נובע מן העובדה שהשולח אינו כשר למנותו כשליח (כגון שאינו בן ברית או שהוא קטן). לדעת הריב"ש, העסקה בין השליח לבין הצד השלישי תקפה, והשליח חייב להעבירה לשולח.

[317] ראה לעיל, פרק רביעי, ד, עמ' 376.

[318] ראה לעיל, פרק רביעי, ב(2)(א), עמ' 371. ודומה שבכגון זה, גם השליח יכול לכפות את העסקה על הצד השלישי (אם כי יש מי שאומר שהתספות התלבטו בשאלה זו). ראה לעיל, ליד ציון הערה 250.

[319] ראה לעיל, פרק רביעי, ב(2)(ב), עמ' 373.

[320] ואף אם פעל בכספו של השולח, נחשב הוא כלווה, כך שהשולח אינו יכול לדרוש את החזרת הכסף מן הצד השלישי, דבר העלול להביא לביטול העסקה בין השליח לבין הצד השלישי (אם מעשה הקניין ביניהם היה קניין כסף).
יש מי שמסכים עם גישה זו בצמצום מסוים, והוא שלא היה בפעולה כשלעצמה פגיעה בשולח אלא רק חריגה מהוראותיו (כגון שהציג את עצמו כמי שיש לו הרשאה לקנות חיטים, בעוד שהרשאתו הייתה לקנות שעורים). אם הייתה פגיעה כזו (כגון שקנה עבור השולח שדה בלא אחריות), היה הדבר צריך לעורר את

מינה את שלוחו בין לתקן בין לעוות, עדיין אין בדבר כדי לספק הגנה מלאה לצד השלישי (זאת בין השאר בשל סייגים שונים לדין זה שהצביעו עליהם האחרונים). עם זאת, ראינו שדין שלוחים מקצועיים (להבדיל משלוחים מזדמנים) כדין שותפים, שהמתעסק עמהם נהנה מכעין "תקנת השוק". לשון אחר, ככל שמדובר בשלוחים מקצועיים (מנהלים או גזברים וכיו"ב), אם נפגעו האינטרסים של השולח, אין לו עילה לבטל את פעולת השליח כלפי צד שלישי, אלא רק לתבוע את השליח בגין הנזק שגרם לו.

פרק שמיני

הצעת נוסח לפי המשפט העברי

על פי המשפט העברי, מוצע אפוא לנסח את הסעיף כך (בהצעת הנוסח כללנו בסוגריים מרובעות את גישותיהם החלופיות של הראב"ד והרשב"א):

פעולה ללא הרשאה

6. (א) (1) פעל אדם כשלוחו של אדם אחר, ועשה עבורו פעולה שהיא זכות, בלי שהורשה לכך או בחריגה מוחלטת מהרשאתו, ולא התנגד האדם האחר לזכייה, דין הפעולה, בכפוף לאמור בסעיף קטן (ב), כפעולה בהרשאה, ובלבד שלא תיפגע זכות שנרכשה בתמורה ובתום לב.

(2) האמור בס"ק (1) יחול אף אם הפעולה אינה בגדר זכות, אם נעשתה עבור אדם שגילה את דעתו מראש שהוא מעוניין בה.

(3) חרג השלוח מהרשאתו חריגה שאינה מוחלטת, יכול השולח לבטל את הפעולה. לעניין זה, דין פעולת שליחות שיש בה כדי לפגוע בשולח כדין חריגה שאינה מוחלטת.

[(4) היה השלוח מודע לכך שהוא חורג מהרשאתו, והחריגה ניתנת לתיקון, תחייב פעולתו את השולח – ראב"ד].

(ב) לא ידע הצד השלישי בשעת הפעולה שהשלוח פועל בלא הרשאה או בחריגה מהרשאתו, יכול הוא, כל זמן שלא נודע לו שהשולח השלים עם החריגה, כאמור בסעיף קטן (א), לבטל את הפעולה, [ואם השלוח היה מודע לחריגה, הבררה בידו של הצד השלישי גם לראות אותו כבעל דברו – רשב"א].

(ג) תאגיד יכול לאשר פעולה שנעשתה למענו לפני היווסדו, ויחולו עליה הוראות סעיף זה.

חשדו של הצד השלישי, ואם לא בירר שאכן יש לשליח ייפוי כוח לעשות את העסקה, אין לו אלא להלין על עצמו. ראה לעיל, הערה 110, וראה גם לעיל, ליד ציון הערה 237.

סעיף 7

שליחות נסתרת

שליחות נסתרת

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

התוכן

פרק ראשון: מבוא 391

פרק שני: יחסי השולח והצד השלישי 395

א. ההיבט הקנייני 395

(1) מבוא — טעות המוכר בזהות הקונה 395

(2) הסוגיה התלמודית ("מי הודיעו לבעל חטין שיקנה חטין לבעל מעות") 396

(3) הגישות השונות בדבר היסוד המשפטי לזכיית השולח הנסתר 397

(א) המוכר מתכוון להקנות לבעל המעות, תהא זהותו אשר תהא 397

(ב) כוונה להקנות לשליח כמוה ככוונה להקנות לשולח (זהות) 400

(ג) המוכר מתכוון להקנות לשליח, והשליח מתכוון לקנות עבור השולח 401

(ד) אין צורך ב"דעת מקנה" 401

(ה) סיכום 403

ב. ההיבט של דיני החיובים (ההיבט האובליגטורי) 404

(1) חבות השולח כלפי צד שלישי — "תחייב פעולת השלוח את השולח" 404

(2) זכות השולח כלפי צד שלישי — "יכול השולח לאמץ לעצמו זכויות השלוח כלפי הצד השלישי" 407

פרק שלישי: יחסי השליח והצד השלישי 408

א. ההיבט הקנייני: זכיית השליח בנכס כשהשולח אינו זוכה בו 408

ב. ההיבט של דיני החיובים — "תחייב פעולת השלוח את... השלוח... ותזכה את השלוח" 410

פרק רביעי: יחסי השולח והשליח 411

פרק חמישי: "או לא ידע את זהות השולח" 411

פרק שישי: סיכום 414

פרק שביעי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 415

סעיף 7: שליחות נסתרת

נספח ראשון: "שלחו לקנות חטין וקנה שעורין" – ניתוח סוגיית התלמוד הבבלי 415

נספח שני: "שלחו לקנות חטין וקנה שעורין" – ניתוח סוגיית התלמוד הירושלמי 427

פרק ראשון

מבוא

א. בשליחות גלויה, השליח מציג את עצמו בפני הצד השלישי כשליח, ועם ביצוע השליחות, נוצרים יחסים משפטיים ישירים בין השולח לבין הצד השלישי, והשליח יוצא מן התמונה[1]. לעומת זאת, בשליחות נסתרת, אמנם השליח מתכוון, כמו בשליחות הגלויה, לפעול כשלוחו של השולח, אולם הוא מסתיר זאת מפני הצד השלישי. הצד השלישי סבור שהאדם שהוא קושר עמו יחסים משפטיים פועל עבור עצמו. ציפייתו היא אפוא שהשליח הוא שיתחייב כלפיו, והוא יזכה בתוצאות הפעולה שעשה עמו. לעומתו, השולח מצפה לזכות בתוצאות פעולתו של שלוחו, והוא גם מוכן להתחייב כלפי הצד השלישי בגין אותה פעולה.

שיטות המשפט חלוקות ביניהן בשאלות: כיצד להסדיר את יחסי השולח והשליח והצד השלישי בשליחות נסתרת, וכיצד להשלים בין ציפיותיהם הסותרות של כל הצדדים המעורבים?[2]. האם יש בכוחה של השליחות הנסתרת ליצור יחסים משפטיים ישירים בין השולח לבין הצד השלישי, אף שהלה לא היה מודע כלל לקיומו של השולח? גישתו העקרונית של המשפט המקובל (Common Law) בשאלה זו היא לחיוב. אמנם, אף שהתברר לו שהשליח לא פעל עבור עצמו, זכותו של הצד השלישי להתעלם מקיומו של השולח ולראות רק בשליח מי שזכאי וחייב כלפיו, אולם זכותו להעדיף את השולח כבעל דברו. ואם יעשה כן, השולח הוא שיהיה זכאי וחייב כלפיו, אף שבשעת ביצוע פעולת השליחות הצד השלישי לא ידע על קיומו, וזה לא נתגלה אלא לאחר מעשה. או אז, יוצא השליח מן התמונה, כמו בשליחות הגלויה. לעומת זאת, גישת המשפט הקונטיננטלי[3] היא לשלילה. דינו של מי שפעל בשליחות נסתרת כדין אדם עצמאי, והוא לבדו מתחייב וזוכה כלפי הצד השלישי (כמובן, בנסיבות מתאימות, יוכל להעביר את זכותו לשולחו).

המצדדים בתוקפה של השליחות הנסתרת מצביעים על היתרונות הכלכליים שהיא טומנת בחובה[4]. היא מאפשרת לשולח לעשות פעולות משפטיות תוך הסתרת קיומו או זהותו, שעה שגילוי זהותו היה עלול להכביד על המשא ומתן שהוא מעוניין בו (כגון שאם הצד השלישי היה יודע שהוא עומד מאחורי השליח, היה מעלה את מחיר העסקה). השליחות הנסתרת אף אינה פוגעת באינטרסים ובציפיות של הצד השלישי, שהרי הלה רשאי, אם הוא רוצה בכך, להתעלם מן השולח ולתבוע את זכויותיו אך ורק מן השליח שנשא ונתן עמו. מבחינה זו, השליחות הנסתרת מקנה גם לצד השלישי יתרון כלכלי, בכך שהיא מעמידה לרשותו אפשרות תביעה נוספת, תביעה נגד השולח, מלבד אפשרות התביעה שציפה שיהיה לו נגד השליח. אין

[1] הכל בהתאם לאמור בסעיף 2 לחוק.

[2] לתיאור הגישות, ראה ברק, סעיפים 656-658.

[3] על גישה זו, ראה גם ברק, סעיף 183.

[4] ראה ברק, סעיף 659.

גם לראות בעובדה שהשולח הוא שיזכה בפעולת השליח משום פגיעה בצד השלישי, שכן לא הייתה לצד השלישי זכות מוקנית שהשליח לא יַמחה את זכותו לאחר בלא הסכמתו (בהתאם לדיני המחאת זכות). הביקורת העיקרית נגד השליחות הנסתרת היא[5], שקשה ליישב אותה עם עקרונות בסיסיים של דיני החוזים. הצדדים לחוזה הם השליח והצד השלישי, ו"אין זה מתיישב עם עקרונות של דיני החוזים, כי לפתע יוכנס לקשר זה איש חדש, אשר לא רק נהנה מפרי החוזה, אלא גם עשוי להתחייב על פיו"[6]. ברק[7] מציין שבמשך השנים חלה התקרבות בין שתי השיטות. מחד גיסא, המשפט האנגלי הכיר במספר סייגים ומגבלות שחיזקו את הקשר בין הצד השלישי לבין השליח. מאידך גיסא, המשפט הקונטיננטלי הכיר במספר הולך ורב של מקרים שבהם ניתן לשולח מעמד כלפי הצד השלישי.

ב. סעיף 7 שלפנינו נוקט גישה מקורית להסדרת סוגיה סבוכה זו. אמנם גם הוראת הסעיף רואה את השליח כבעל דברו של הצד השלישי, בכך שהוא מתחייב כלפיו, ויש לו גם זכות תביעה כלפיו, אולם בנוסף לכך, החוק נותן גם מעמד לשולח, אלא שכאן, ובזה מקוריותו העיקרית של החוק הישראלי, הוא מבחין בין חיובו של השולח כלפי הצד השלישי ובין זכותו כלפיו. לעניין חיובו, השולח נחשב גם הוא, נוסף על השליח ויחד עמו, כחייב כלפי הצד השלישי. משמעות הדבר היא שהצד השלישי יכול לתבוע את שניהם יחד או כל אחד לחוד לפי שיקול דעתו[8]. לענין זכותו, בשונה מן השליחות הגלויה, השולח אינו זוכה באופן אוטומטי בתוצאות פעולתו המשפטית של שלוחו. עם זאת, הוא רשאי לאמץ לעצמו את זכויות השליח כלפי הצד השלישי, ובלבד שהדבר אינו "נוגד את הזכות לפי מהותה, תנאיה, או נסיבות הענין"[9]. נמצא אפוא שעמדת החוק הישראלי בסוגיה זו היא עמדת ביניים: לעניין חיובו של השולח כלפי הצד השלישי, עמדתו קרובה לעמדת המשפט האנגלי, אם כי אינה זהה לה לגמרי (לפי המשפט האנגלי, על הצד השלישי לבחור את מי הוא רוצה לראות כחייב לו, את השולח או את השליח, ואילו לפי המשפט הישראלי, זכותו לתבוע את שניהם יחד). ולעניין זכותו של השולח כלפי הצד השלישי, עמדתו קרובה לעמדת המשפט הקונטיננטלי, אם כי אינה זהה לה לגמרי (אמנם החוק הישראלי מסכים גם הוא שהשולח אינו זוכה באופן

[5] ראה ברק, סעיף 660.

[6] ראה ברק, שם.

[7] ראה ברק, סעיף 657.

[8] לביקורת על היבט זה של ההסדר הישראלי, ראה: אטינגר, פרקי שליחות, עמ' 162 [=ש' אטינגר, "שליחות נסתרת במשפט העברי ובחוק השליחות, תשכ"ה־1965", שנתון המשפט העברי טז־יז (תש"ן־תשנ"א), עמ' 1, בעמ' 22].

[9] אטינגר, פרקי שליחות (לעיל, הערה 8), עמ' 162־163, מותח ביקורת על פן זה של ההסדר הישראלי ושואל: "מדוע לא ייקבע בפשטות שהזכות עוברת במישרין לשולח, כבשליחות רגילה – לאחר שהגנו כראוי על הצד השלישי מבחינת החבות, והרי כפי שכבר צוין, כל חייב צפוי לו ממילא שזכות הנושה כלפיו תומחה לאדם אחר?". לדעתו, האימוץ אינו אלא פיקציה בעלמא, שבעזרתה ביקש המחוקק למצוא פשרה כביכול בין כוחו של השולח ובין ציפייתו של הצד השלישי. לדעתנו, אטינגר טועה בביקורת שלו כנגד ההסדר שבחוק, מפני שהאימוץ אינו פיקציה בעלמא, ויש הבדל חשוב בין אימוץ זכותו של השליח על ידי השולח ובין זכות ישירה של השולח. באימוץ, הצד השלישי שומר כנגד השולח על כל הטענות המשפטיות שהיה יכול להעלות כנגד השליח (כגון טענות קיזוז ושאר טענות אישיות שיש לצד השלישי כלפי השליח), שלא היה יכול להעלות אותן כנגד השולח, אילו היה נקשר קשר משפטי ישיר ביניהם. נמצא אפוא שרעיון האימוץ גם הוא קשור בצורך להגן על הצד השלישי.

אוטומטי בפעולת השליח, אולם בעיקרון יש לשולח זכות לאמץ את זכויות השליח כלפי הצד השלישי בלא צורך בהסכמתו של השליח).

ברק[10] מצביע על היתרונות העיוניים של ההסדר הישראלי. לדעתו, העובדה שהשולח מתחייב כלפי הצד השלישי אין בה סתירה לעקרונות דיני החוזים, שכן השולח אינו בא במקומו של השליח, אלא חבותו מתוספת על חבות השליח (השולח והשליח חייבים יחד ולחוד). חבות זו של השולח היא פועל יוצא מן הכוח שהעניק לשליח לפעול במקומו, והיא עולה אפוא בקנה אחד עם תורת השליחות הכללית. ואשר לזכותו של השולח לאמץ לעצמו את זכותו של השליח כלפי הצד השלישי, זכות זו אינה מעוררת כל קושי ביחסים שבין השולח לבין השליח, שהרי השליח ידע מראש שהוא פועל עבור השולח. אפשרות האימוץ אף אינה פוגעת באופן מהותי בציפיותיו של הצד השלישי, שכן על פי הדין הכללי (בדבר המחאת זכויות), כל נושה (במקרה זה השליח), רשאי להמחות את זכותו כלפי החייב בלא הסכמת החייב. מבחינתו של הצד השלישי, אימוץ זכותו של השליח על ידי השולח אינו שונה אפוא מכל המחאת זכות[11].

ברק[12] מדגיש שההסדר הקבוע בסעיף 7 לעניין השליחות הנסתרת אינו אמור אלא כאשר השולח הוא שביקש מן השליח שלא לגלות לצד השלישי את דבר קיומה של השליחות. ואילו אם ההרשאה הייתה לשליחות גלויה, והשליח הוא שהחליט על דעת עצמו להסתיר את עובדת היותו שליח, יש לראות בהסתרה משום חריגה מן השליחות, שכן בשליחות הנסתרת נפגם באופן משמעותי מעמדו של השולח כלפי הצד השלישי[13]. בכגון זה, פעולת השליח לא תחייב את השולח[14]. עוד מדגיש ברק[15] שתנאי נוסף לתוקפה של שליחות נסתרת הוא שבאופן סובייקטיבי השליח התכוון לפעול לטובת שולחו. אם השליח לא רק שלא הציג את עצמו כשליח, אלא אף מבחינה סובייקטיבית התכוון לפועל לטובת עצמו, הרי שגם אז לא יחול עליו סעיף 7, ופעולת השליח לא תחייב ולא תזכה אלא את עצמו. ברק מודה שתנאי זה קשה להפעלה, מאחר שהוא מתבסס על מחשבותיו הסובייקטיביות של השליח, "אך חלופה אחרת אין".

לכאורה, הסדר זה של השליחות הנסתרת מעמיד את השליח במצב נחות ובלתי סביר: בעקבות אימוץ זכותו על ידי השולח, הוא נשאר חייב כלפי הצד השלישי בלא שתהיה לו

[10] ראה ברק, סעיף 662.

[11] אמנם יש לציין שאם השליח ידע שהצד השלישי אינו מעוניין בקשר עם השולח, והוא הסתיר ממנו את עובדת היותו שליח, יש לצד השלישי עילה לביטול הפעולה המשפטית שעשה עמו בגין הטעיה. ראה ברק, סעיפים 666-667, וסעיפים 716-717. אם השולח ידע שהצד השלישי אינו מעוניין בקשר עמו, ואילו השליח לא ידע על כך, נראה שאין לצד השלישי עילה לבטל את הפעולה בגין הטעיה, שהרי השליח שעמו הוא קשור לא הטעה אותו, והשולח שהטעה אותו אינו קשור עמו (הוא אינו קשור עמו בקשר ישיר, משום שהקשר הישיר הוא בינו לבין השליח, ובעקבות האימוץ אין לשולח יותר ממה שהיה לשליח). עם זאת, אפשר שאימוץ הזכות בנסיבות אלה אינו אפשרי, משום שהוא נשלל על פי הסיפא של הסעיף, המתנה אותו בשלא יהיה "נוגד את הזכות לפי... נסיבות הענין". ראה ברק, סעיפים 663, 716, 720.

[12] ראה ברק, סעיף 676 וסעיף 265. וראה גם שם, סעיף 707.

[13] שכן, כפי שכבר ראינו לעיל, הערה 9, השולח יכול רק לאמץ את זכויות השליח, והוא חשוף אפוא לטענות הגנה אישיות של הצד השלישי כלפי השליח.

[14] השולח אף לא יוכל לאמץ את פעולת השליח, משום שלשם כך הוא היה צריך תחילה לאשר את פעולתו החריגה של השליח בדיעבד, ועל פי סעיף 6, אישור בדיעבד אינו אפשרי אלא אם הצד השלישי ידע שהשליח פועל כשלוחו של אדם אחר.

[15] ראה ברק, סעיף 677.

כלפיו זכות כלשהי[16]. זהו אמנם סיכון הרובץ על השליח, אולם יש לזכור שעל פי סעיף 11 לחוק, "השולח חייב לשפות את השלוח על ההוצאות הסבירות שהוציא ועל ההתחייבויות שהתחייב בהן באופן סביר עקב השליחות". נמצא שאם ייתבע השליח על ידי הצד השלישי, יהיה זכאי לקבל שיפוי מן השולח.

ג. הסעיף מגדיר כשליחות נסתרת גם שליחות שבה השליח מציג את עצמו בפני הצד השלישי כשליח, אך אינו מגלה לו את זהות שולחו: "או לא ידע את זהותו של השולח". בכגון זה, הצד השלישי מודע לכך שהוא נושא ונותן עם שליח, ובכל זאת הסעיף מחיל על מקרה זה את ההסדר החל כשאינו מודע שלפניו שליח המייצג אדם אחר כלל. ברק[17] מותח ביקורת על גישה זו של החוק. לדעתו, אף על פי שיש הצדקה להטיל אחריות גם על השליח, אין הצדקה להסדר, שלפיו השליח הוא הזוכה בתוצאות הפעולה כלפי הצד השלישי ולא השולח (כל עוד לא אימץ את זכות השליח), הלוא הצד השלישי ידע שהשליח אינו פועל עבור עצמו, ואין כל מניעה מצד הגיון דיני החוזים שהפעולה תזכה את השולח כמו בשליחות גלויה.

ד. כשאנו באים לדון בשאלת השליחות הנסתרת לאור מקורות המשפט העברי, עלינו לנקוט משנה זהירות. המקורות התלמודיים העוסקים בשליחות נסתרת (או שנתפרשו על ידי הראשונים כעוסקים בשליחות נסתרת), עניינם, רובם ככולם, בשליח לקנייה שחרג מהרשאתו, ושאלה היא אם ניתן להקיש בין שליחות לעסקה קניינית לשליחות לחוזה אישי, וכן אם ניתן להקיש בין חריגה מן ההרשאה לשליחות שלא הייתה בה חריגה.

בדיוננו להלן נבחין אפוא בין עסקה קניינית, שבה היסוד האישי רופף וניתן ביתר קלות להכיר בתוקפה של שליחות נסתרת, ובין חוזה אישי אובליגטורי, שבו הכרה בשליחות מעין זו בעייתית הרבה יותר. כך לדוגמה נבחין בין שליח שקנה נכס מן הצד השלישי בשליחות נסתרת לבין שליח שחתם על חוזה לאספקת סחורה בשליחות נסתרת. ואף בעסקה קניינית עצמה יהיה עלינו להבחין בין הפן הקנייני של העסקה שנעשתה בשליחות נסתרת לבין הפן האובליגטורי שלה (חובת תשלום וכדומה). כך לדוגמה בשליחות נסתרת לקנייה: מחד גיסא, תעלה השאלה אם הבעלות על הנכס עוברת מן הצד השלישי לשולח, אף על פי שהצד השלישי אינו מודע לזהות הקונה האמתי; ומאידך גיסא, תעלה השאלה אם השליח יוצא מן התמונה ואינו נושא באחריות כלפי הצד השלישי, או שמא הוא מתחייב כלפיו אף אם הקניין עבר לשולח. כפי שנראה להלן, בעיקרון, השולח הנסתר אכן רוכש את הבעלות בנכס, אבל השליח אינו משתחרר מאחריותו לתשלום כלפי הצד השלישי.

בדברינו להלן, נדון תחילה ביחסי השולח והצד השלישי, הן מן ההיבט הקנייני והן מן ההיבט של דיני החיובים[18], ולאחר מכן נדון בהיבטים אלה ביחסי השליח והצד השלישי. נייחד גם דברים ליחסי הפנים, היחסים שבין השולח לבין השליח. לבסוף נדון בשאלת אי־הידיעה של זהות השולח ונבדוק אם אכן דינה זהה לדין השליחות הנסתרת לכל דבר ועניין.

[16] לביקורת על תוצאה בלתי צודקת זו, ראה ר' בן אוליאל, "'חוק השליחות' מאת נשיא בית־המשפט העליון, פרופסור אהרון ברק", מאזני משפט א (תש"ס), עמ' 180, בעמ' 198־199.

[17] ראה ברק, סעיף 681.

[18] כאשר אין לשליחות היבט קנייני, כגון שליחות נסתרת לחוזה עבודה, לא יהיה רלוונטי אלא הפרק על ההיבט האובליגטורי.

פרק שני

יחסי השולח והצד השלישי

א. ההיבט הקנייני

(1) מבוא — טעות המוכר בזהות הקונה

השאלה המרכזית בהיבט הקנייני היא: האם בעלות על נכס יכולה לעבור בין הצד השלישי לבין השולח בשליחות נסתרת, כלומר אף כשהצד השלישי אינו מודע לזהותו האמתית של המוכר או של הקונה? אפשר ששאלה זו אינה עולה רק בדיני השליחות, אלא היא שאלה כללית בדיני המכר: האם טעות בזיהוי הצד שכנגד כשלעצמה פוגעת בתוקף המכר אם לאו?[19]. לדוגמה: האם העובדה שהמוכר טעה לחשוב שהוא מוכר לראובן, והתברר לו שהקונה הוא שמעון, יש בה כדי לבטל את הקניין? ויודגש. שאלה זו עולה בלא קשר לשאלת "מקח טעות", שעשויה כמובן להתעורר גם היא בכגון דא[20].

נראה שבשאלה זו יש להבחין בין טעות בדעת המקנה (שהמוכר טעה בזיהוי הקונה) לבין טעות בדעת הקונה (שהקונה טעה בזיהוי המוכר). דומה שטעות הקונה בזהות המוכר אינה פוגעת בתוקף העסקה, כיוון שדי שהקונה מעוניין לקנות את הנכס מושא העסקה[21], והוא הדין אפוא כשהקונה לא ידע שהלה מוכר לו נכס בשליחותו של אדם אחר. ההסבר לכך הוא שידיעת

[19] לגישה אחרת, הממקדת את הדיון בשליחות בלבד, ראה להלן, הערה 53.

[20] בעיקרון, טעות בזהות הצד שכנגד אינה עילה לביטול העסקה בטענת "מקח טעות" (ולא תעמוד לו הטענה של חשש מפני אי־עמידה בתשלומים, שכן כפי שנראה להלן, השליח נשאר חייב כלפי הצד השלישי גם כשהעסקה תקפה מול השולח). ראה לדוגמה חכמת שלמה, חו"מ, סימן רלג, סעיף א (מובא בפתחי חושן, הלכות פיקדון ושאלה, פרק יב, סוף הערה עג), שהוא מבקש להסיק עיקרון כללי, לעניין טעות בזיהוי, מדין שליחות נסתרת. בדבריו שם הוא מפנה לספרו חכמת התורה, פרשת תולדות, עמ' תקפא (מהדורת מכון חכמת שלמה, ירושלים תשס"ב), ושם הוא מבחין בין מכר למתנה: "ובעל כרחך דמכירה שאני [=שונה], דבזה ליכא אומדנא לומר דלזה מכר ולזה לא מכר. רק כיון שקיבל דמים, גמר ונתרצה" (ומסתבר שדין מתנה חל על עסקאות בעלות אופי אישי, כגון שכירות, שבהן יכול לטעון "אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר". ראה מ' ויגודה, חוק לישראל, שכירות ושאילה, ירושלים תשנ"ח, עמ' 489 ואילך. וראה עוד להלן, ליד ציון הערה 72). אולם לא כן אם גילה המוכר או הקונה את דעתו במפורש קודם לביצוע העסקה, שאינו מעוניין בקשר ישיר עם השולח הנסתר, אף בנסיבות שבהן אינו יכול למנוע מהצד שכנגד להמחות את זכותו לאחר. ראה שו"ת ישועות מלכו, חו"מ, סימן יג. וראה כעין זה לעיל, סעיף 6, הערה 136, שם הבאנו את דבריו של רב חפני גאון (כפי שהובאו באוצר הגאונים), בעניין שליח מתחזה הקונה לעצמו, והמוכר טוען שהטעה אותו: "וכל שכן הכא דהא קאמר ליה ראובן 'לדידך לא קמזבנינא' [=וקל וחומר כאן, שהרי אמר לו ראובן: 'לך אין אני מוכר']".

[21] ראה יבמות נב ע"ב, שלעומת "העודר [עושה פעולת קניין] בנכסי הגר [שמת בלא יורשים, שנכסיו הפקר], וכסבור שלו הן", שלא זכה, כיוון שלא נתכוון לקנות, הרי "העודר בנכסי גר זה וכסבור של גר אחר הוא", קנה, שהרי נתכוון במעשהו לקנות. וכך נפסק בשולחן ערוך, חו"מ, סימן רעה, סעיף כו. וראה שו"ת חתם סופר, אבן העזר, חלק א, סימן קו, ד"ה והנה במ"ש אביי. לכאורה, אפשר לטעון שאין הנידון דומה לראיה: בעודר בנכסי הגר שמת, סוף סוף, בין לפי מחשבתו של העודר בין לפי האמת, אין לנכס בעלים, והוא זוכה בו מן ההפקר, ואולי אין להסיק מכאן שמי שמתכוון לקנות מפלוני, קונה גם כאשר מתברר שהנכס של אלמוני. אולם יש לדחות טענה זו ולומר שההפך הוא הנכון, בקנייה מאדם אחר (להבדיל מזכייה מן ההפקר), לדעת רבים מן הפוסקים (ראה לעיל, סעיף 2, הערה 121), מאחר ש"דעת אחרת מקנה", הרי העושה את פעולת הקניין זוכה בנכס, אף אם הוא טועה לחשוב שהוא עושה בשלו, וכל שכן אם הוא סבור

הקונה ("דעת הקונה") מיהו בעל הנכס היא ידיעה צדדית שאינה מהותית לקניין. לעומת זאת, לא ברור אם הוא הדין גם בטעות המוכר בזהות הקונה, שכן, כפי שנראה להלן, אפשר שהידיעה למי הוא מקנה את הנכס היא מהותית לקניין (להלן: "דעת המקנה"), ובלעדיה אין תוקף לעסקה ביניהם[22]. ראוי לציין שהמפרשים[23] שדנו בשאלה כללית זו מצאו לה מקור באחת הסוגיות הקלסיות לשליחות נסתרת בתלמוד, שתידון בהמשך דברינו, סוגיית "שלחו לקנות חיטים וקנה שעורים"[24], שרוב הראשונים העמידו אותה בשליחות נסתרת[25].

(2) הסוגיה התלמודית ("מי הודיעו לבעל חטין שיקנה חטין לבעל מעות")

לעיל, בסעיף 6, ראינו שלדעת רבי יוחנן, שליח שקנה נכס עבור שולחו, זכה בו השולח אפילו אם השליח חרג מהרשאתו וקנה נכס אחר. נגד שיטתו של רבי יוחנן, שנפסקה להלכה, הקשו בני מערבא [=בני ארץ ישראל] בתלמוד לעניין זהות הקונה: "מי הודיעו לבעל חטין שיקנה חטין לבעל מעות?". קושייתם היא שדין זה אינו עולה בקנה אחד עם דיני הקניין, ולפיהם לדעתם על המוכר לדעת למי הוא מקנה, ואם כן, כיצד יכול השולח לזכות בנכס בעוד "דעת המקנה" הייתה להקנות לשליח?

על שאלתם של בני מערבא, מגיב רב שמואל בר ססרטי בשאלה בסגנון "לשיטתכם" ואומר: "אי הכי [=אם כדבריכם (שהמקנה צריך לדעת מיהו הקונה)], אפילו [שלחו לקנות] חטין ו[השליח קנה] חטין נמי [=גם כן]". כלומר, אם כשיטתכם, אף אם לא חרג השליח מהרשאתו, לא יזכה השולח בנכס. על כך באה התשובה: "שאני חטין וחטין, דשליחותיה קא עביד, וכי בעל הבית דמי [=שונה הדין בחיטים וחיטים, שהשליח עושה (נאמנה) את שליחותו, והוא דומה לבעל הבית]". כלומר, כשהשליח פועל בהרשאה, יש זהות משפטית בינו ובין שולחו, על כן, אף על פי שהמוכר מתכוון להקנות לשליח, הרי זה כאילו הוא מתכוון להקנות לשולח,

שהוא עושה בשל אדם אחר. עם זאת, יש פוסקים החולקים על הבחנה זו בין "דעת אחרת מקנה" לבין "אין דעת אחרת מקנה", ולדעתם יש לדחות אפוא את הראיה מסוגיית יבמות. ראה אור שמח, הלכות זכייה ומתנה, פרק ב, הלכה יג.

22 יש להדגיש שהבעיה אינה אי־ידיעת זהות הקונה אלא טעות בזיהויו, כפי שהעירו: חידושי רבי שמעון יהודה הכהן (שקאפ), בבא מציעא, סימן יז, ד"ה ונ"ל, ובהערה שם; ברכת שמחה, בבא קמא קב ע"ב, ד"ה והשתא. שאי־ידיעת זהות הקונה אינה פוגעת בתוקף העסקה עולה לדוגמה מבבא בתרא פח ע"א, בעניין סחורה שדמיה קצובים, שיכול כל מי שמשלם תמורתה לזכות בה, אף על פי שהמוכר אינו יודע מיהו הקונה (נפסק בשולחן ערוך, חו"מ, סימן ר, סעיף יא). יתרה מזו, יש מי שאומר שאפשר שהקניין תקף אף אם המוכר אינו מודע למעשה הקניין כלל, כפי שעולה ממה שנפסק בשולחן ערוך, אבן העזר, סימן כח, סעיף יז, בעניין מי שמקדש אישה בנכס שלקח מאדם אחר שלא בידיעתו, שאם מדובר בנכס שאין בעליו מקפיד עליו (כגון תמרה או אגוז), הרי האישה ספק מקודשת, משום שרואים את הבעלים כמי שאולי נתן לו את הנכס הזה במתנה (ראה אבני מילואים, שם, ס"ק מט). משמעות הדבר שאפשר שהמקדש קנה את הנכס אף בלא ידיעת הבעלים, שאם לא כן, ודאי לא היה תוקף לקידושין.

23 וראה לדוגמה דיברות משה, בבא קמא, סימן עד, ענף ג, ד"ה והנכון. והשווה חלקת יואב, חו"מ, סימן ג, ד"ה אך בעיקר, וסימן ה, ד"ה והנה. לדעתו, גם אם קיימת בעיה בדעת המקנה בשליחות נסתרת, אפשר שהבעיה אינה קיימת במוכר הטועה בזהות הקונה (שמכר לראובן והתברר שהוא שמעון), משום ששם, סוף סוף, "נתכוין לגוף זה", ורק טעה בכינויו.

עוד נעיר שבעיית "דעת מקנה" עומדת גם במוקד הדיון על השליח המתחזה שבהמשך הסוגיה. ראה להלן, נספח ראשון לסעיף זה, שלב ו, כפי שראינו בדיוננו לעיל, סעיף 6, ליד ציון הערה 135.

24 בבא קמא קב ע"ב. לתיאור מפורט של מהלך הסוגיה, ראה להלן, נספח ראשון לסעיף זה, עמ' 415.

25 למעט תוספות, בבא קמא קב ע"ב, ד"ה שאני. על דבריהם נעמוד להלן, נספח ראשון לסעיף זה, הערה 110.

מכוח הפיקציה של דיני השליחות "שלוחו של אדם כמותו"[26]. זהות זו אינה קיימת כשהשליח חורג מהרשאתו וקונה שעורים במקום חיטים, שאז לא מתקיים הכלל "שלוחו של אדם כמותו", ומאחר שהמוכר אינו יודע את זהות הקונה – חסרה "דעת מקנה" ואין תוקף לעסקה[27].

נמצא אפוא שלדעת בני מערבא, טעות בזהות הקונה אכן מעוררת בעיה משפטית שאת פתרונה יש למצוא בעקרון הזהות בין השליח לבין השולח, הקיים לדעתם רק כשהשליח אינו חורג משליחותו.

בדיוננו להלן נתמקד בדעתו של רבי יוחנן, שהתקבלה להלכה כאמור, ונשאל: האם הוא רק מוסיף על דעתם של בני מערבא, שהזהות בין השולח לבין השליח קיימת גם כשחרג השליח משליחותו וקנה שעורים במקום חיטים? או שמא הוא חולק על בני מערבא, ומעמיד את זכיית השולח על בסיס משפטי אחר, שהוא רלוונטי לדעתו גם כשהשליח חרג משליחותו? ואם כן, מהו אותו בסיס? להלן נסקור את שלוש ההצעות העיקריות שהוצעו לבירור שיטתו.

(3) הגישות השונות בדבר היסוד המשפטי לזכיית השולח הנסתר

(א) המוכר מתכוון להקנות לבעל המעות, תהא זהותו אשר תהא

מפרשים רבים[28] נוקטים שלפי רבי יוחנן "דעת מקנה" הדרושה במכר קיימת גם כשהקנייה נעשית על ידי שליח הפועל בשליחות נסתרת, ובלבד שהשליח משלם בכספו של השולח,

[26] יש הטוענים שדבריהם של בני מערבא מושתתים על תפיסת מהות השליחות כזהות בין גוף השליח לגוף השולח ממש (ולדעתם, רבי יוחנן חולק עליהם בנקודה זו). ראה לדוגמה שו"ת עונג יום טוב, סימן קיג, ד"ה וא"כ; חידושי רבי שמעון יהודה הכהן (שקאפ), בבא מציעא, סימן יז, ד"ה ונ"ל; חלקת יואב, חו"מ, סימן ג, ד"ה אך בעיקר. והשווה לדבריו, שם, סימן ה, ד"ה והנה, שהוא מבקר את הרעיון שתאוריית הזהות פותרת את בעיית הצורך בדעת המקנה. להסבר אחר בהבנת גישת בני מערבא, ראה דברי חיים (אוירבך), חו"מ, דיני שלוחין, סימן ו, ד"ה ולפענ"ד נראה. וראה אטינגר, פרקי שליחות, עמ' 137, הערה 7. וראה לעיל, דיוננו על סעיף 2, ליד ציון הערה 40.

[27] אמנם השליח מתכוון לעשות את העסקה עבור שולחו, וחל כאן לכאורה דין "זכין" (על החלת דין "זכין" בקנייה, ראה דיוננו בנספח, עמ' 782), אולם דין "זכין" אינו קובע זהות בין הזוכה למקבל, ולכן על המוכר להיות מודע לעובדה שהזוכה פועל עבור המקבל. להבחנה בין שליחות לבין "זכין" בעניין זה, ראה: חידושי הראב"ד, בבא קמא קב ע"ב, ד"ה אמר ר' אבהו; ברכת שמואל (לייבוביץ), קידושין, סימן טו, אות ד; מנחת יהודה (ליפקוביץ), בבא קמא קב ע"ב, אות סג, ד"ה מכחו [צ"ל: מחכו]. וראה עוד: שם, אות סז, ד"ה ובביאור, ושם ד"ה חילוק, מה שהביא משמו של הרב איסר זלמן מלצר. וראה עוד חידושים וביאורים (גריינימן), בני־ברק תשס"א, בבא קמא קב ע"ב, ס"ק ג, ד"ה שם מחכו; שיעורי בקיאות (רבינוביץ־תאומים), בבא קמא קב ע"ב, ד"ה דחה ר' אבהו. וראה להלן, נספח ראשון לסעיף זה, הערה 118, כיצד עמדה זו מתיישבת עם המשך הסוגיה. וראה דיוננו בנספח על דין "זכין לאדם שלא בפניו", עמ' 775, הערה 43.

[28] ראה: תוספות רבנו פרץ, בבא קמא קב ע"ב, ד"ה אי הכי; ריצב"ש, מובא בשיטה מקובצת, בבא מציעא טז ע"א, ד"ה וז"ל הריצב"ש (הוא הריב"ש, כפי שהוכיח ש' טולידאנו, רבי בצלאל אשכנזי – האיש, מפעלו הספרותי וספרייתו, חיבור לשם קבלת התואר דוקטור לפילוסופיה, האוניברסיטה העברית בירושלים, תשס"ב, עמ' 197־198. תודתי לפרופ' שמחה עמנואל שהפנה אותי לחיבור זה); רמב"ן, מובא בספר התרומות, שער א, חלק א, אות ה; תוספות הרא"ש, מובא בשיטה מקובצת, בבא קמא קב ע"ב, ד"ה אי הכי (ולדעת חלק מן האחרונים, כך יש לבאר גם את דברי הרא"ש, בבא קמא, פרק ט, סימן יח. ראה: פלפולא חריפתא, על הרא"ש שם, ס"ק א; ש"ך, חו"מ, סימן קפג, ס"ק ב. להבנה אחרת בשיטת הרא"ש, ראה להלן, נספח ראשון לסעיף זה, הערה 122). כך נוקטים גם רבים מן האחרונים, ראה לדוגמה: סמ"ע, חו"מ, סימן קפג, ס"ק יא; מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן יז, ד"ה וכי תימא וד"ה אשר ע"כ; קצות החושן, סימן קפג, ס"ק ג; נתיבות המשפט, סימן קפג, ס"ק ד; חזון איש, בבא קמא, סימן כא, ס"ק ג, ד"ה שם; שם, ס"ק יא, ד"ה ואם.

משום שדעת המוכר להקנות לבעל המעות[29], תהא זהותו אשר תהא (ולאו דווקא לאדם שעושה עמו את העסקה בפועל). בזה חולק רבי יוחנן על בני מערבא הסבורים שעל המוכר לדעת את הזהות המדוייקת של הקונה[30]. לא זו אף זו, לפי הצעה זו, יש מי שטוען שאף בהיעדר חריגה, אם לא שילם השליח בכספו של השולח, לא יזכה השולח על אף הזהות ביניהם[31]. מובן אפוא מדוע לדעת רבי יוחנן, זוכה השולח בנכס אף כאשר השליח חרג משליחותו (על אף שאין זהות בינו ובין השליח)[32].

הפוסקים דנו בשאלה: מהו היקפה של ההנחה ש"דעת מקנה להקנות לבעל המעות"?

(1) יש מי שטוען שיש להיצמד למובנה המצומצם של ההנחה, היינו שהתמורה שולמה

[29] ראה להלן, נספח ראשון לסעיף זה, הערה 111, שמקור הביטוי בירושלמי.

[30] וראה חידושי רבי שמעון יהודה הכהן (שקאפ), בבא מציעא, סימן יז, ד"ה ונ"ל: "היינו, שאין כוונתו דוקא להאדם שהוא רואה, אלא כוונתו להסבה, ובדעתו גומר להקנות אל הסבה ולא להצורה שהוא רואה". וראה עוד ברכת שמחה (היין), בבא קמא קב ע"ב, ד"ה ולפי דרך: "דהמוכר אינו סומך דעתו אלא על מי שמשלם, ואינו רוצה להיות תלוי באיש אחר". לפי שיטה זו, כך הוא הדין לכאורה, אף כשהשליח מועל בתפקידו ומתכוון לקנות את הנכס עבור עצמו, כפי שנרחיב על כך בדיוננו על סעיף 9. לביקורת על גישה זו, הן עניינית הן בפרשנות הסוגיה, ראה חלקת יואב, חו"מ, סימן ה, ד"ה והנה.

[31] ראה להלן, נספח ראשון לסעיף זה, שלב ה, ליד ציון הערה 126. וראה עוד שם, שלב ח, ליד ציון הערה 144, שהוא הדין במי שמוכר נכס שלו, וכוונתו לזַכות בתמורתו את חברו, שעליו ליידע על כך את משלם התמורה מראש, שאם לא כן, כוונתו של משלם התמורה להקנותה למי שמכר לו את הסחורה. ראה: פני יהושע, בבא קמא קג ע"א, ד"ה בגמרא אמרי; קצות החושן, סימן קפג, ס"ק ד, ד"ה והנה מבואר.

[32] האם פירוש הדבר שמעשהו של השליח בקנייה אינו אלא בבחינת "מעשה קוף", ואין צורך להזדקק לדין שליחות או למצער לדין "זכין" (ולדוגמה, המכר תקף אף אם השליח חסר כשרות משפטית)? נראה שבעניין זה, יש לבחון מהו מעשה הקניין שבאמצעותו עשה השליח את העסקה כלפי הצד השלישי:

(1) אם מעשה הקניין הוא נטילת החזקה (משיכה או הגבהה, כפי שהוא במקרה דנן, המדבר על קניית מיטלטלין, שאינם נקנים בכסף), נראה שאכן השולח אינו זוכה בנכס אלא מכוח דיני השליחות, ויחולו אפוא דיני הכשרות המיוחדים לדיני השליחות. ראה: מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן טו, ד"ה אמנם; חזון איש, בבא קמא, סימן כא, ס"ק יט, ד"ה בקצה"ח; ערך ש"י, סימן קפב, סעיף א, ד"ה ומ"מ.

(2) אם מעשה הקניין הוא קניין מעות, אפשר שאין צורך בדיני השליחות כלל, על כל המשתמע מזה (כולל הדינים הנוגעים לכשרות השליח והשולח), שכן נתינת המעות על ידי השליח וקבלת הנכס לידיו אינם אלא "מעשה קוף". ראה מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן טו (וראה גם: נתיבות המשפט, סימן קפב, סוף ס"ק ב; שו"ת רבי עקיבא איגר החדשות (בודפשט תרצ"ח), סימן מז, ד"ה ומעתה נ"ל; גידולי שמואל, בבא קמא קב ע"ב, ד"ה ומבואר. וכן עולה גם משו"ת אבקת רוכל, סימן קכט, ד"ה תשובה. אבל השווה: שו"ת מהר"ם אלשיך, סימן י, ד"ה ועוד; דברי חיים (אוירבך), חו"מ, דיני מכירה, סימן א). פוסקים אחדים הקשו על 'מחנה אפרים', שמדברי שו"ת הריב"ש, סימן תא (המובא במחנה אפרים עצמו, שם, סימן טז), עולה שגם בקניין מעות, יש צורך להזדקק למוסד השליחות! הריב"ש פוסק שמכיוון שאין שליחות לגוי, הרי שגוי הנותן מעות ליהודי ושולח אותו לקנות חמץ בפסח מגוי אחר אינו זוכה בחמץ (לשאלה אם היהודי זוכה בו ועובר על איסור "בל ייראה ובל יימצא", ראה דיוננו על סעיף 6, ליד ציון הערה 242), ומכאן שאף קניין מעות בנוי על דיני השליחות. כך הקשו: ביאור הלכה (לבעל משנה ברורה), אורח חיים, סימן תמח, סעיף ג, ד"ה ובלבד; משפט שלום, סימן קפח, סעיף א, אות ו; שו"ת מהרש"ם, חלק ב, סימן א, ד"ה הנה במח"כ; שם, חלק ג, סימן שכב, ד"ה ולכן. וראה ערך ש"י, חו"מ, סימן קפב, סעיף א, ד"ה ומ"מ, שהריב"ש חשש לשיטה שהגוי קונה במשיכה ולא בקניין מעות (כעין זה, כבר העלה ביאור הלכה, שם). וראה עוד מחנה יהודה (חסמן), שליחות (נדפס גם בסוף ספר מנחת יהודה, בבא קמא), ד"ה ויש לדקדק. וראה עוד דברינו בסעיף 1, הערה 29.

מכספו של השולח דווקא. אבל אם התמורה שולמה מכספו של השליח, אפילו היה זה על מנת להיפרע מן השולח, השולח אינו זוכה בנכס[33].

(2) אחרים[34] מבקשים לתת פרשנות רחבה יותר למושג "בעל המעות", ולדעתם גם אם רכש השליח את הנכס בכספו שלו, מאחר שהשולח חייב לשפות אותו[35], די בזה כדי להחשיב את השולח כבעל המעות. כך, לדעתם, יש לפרש את דברי הרמ"ה[36], כשהוא אומר שהשליח "כמאן דאוזפיה דמי [=דומה כאילו הִלווה לו]". נמצא שאם השליח שילם בעד הנכס שלא על מנת לשוב ולגבות מן השולח, לא יזכה השולח בנכס. לדעת 'מחנה אפרים'[37], גם רכישה באשראי אינה יכולה לזכות את השולח[38].

(3) ויש הנותנים פירוש מרחיב עוד יותר, ולפיו משמעות המושג "בעל המעות" היא, מי שבעל המעות מעוניין שיזכה בנכס, אף אם הלה לא יישא בעלות הרכישה. כך מפורש בדברי

[33] ראה דרכי משה, חו"מ, סימן קפג, ס"ק ב* (מהדורת הטור השלם). לדעתו, כך נוקט רבנו ירוחם, מישרים, נתיב כח, חלק א (בתחילתו), וזה לשונו: "ואם הקנה במעותיו ומתכוין לזכות לחבירו, לא קנה חבירו אפילו אם אמר בפני עדים 'לצורך חברי אני קונה במעותי', אלא אם כן הודיעו למוכר, בפרק ט קמא [כלומר, המקור לדברים אלו הוא פרק תשיעי במסכת בבא קמא]". 'דרכי משה' מעיר שדבריו אלו של רבנו ירוחם עומדים בסתירה לדברי הרמ"ה המובאים בטור שם, מהם עולה שהשליח יכול לקנות בשליחות נסתרת עבור שולחו גם בכספו שלו (על דברי הרמ"ה, נעמוד להלן, הערה 50). מכאן שלהבנת 'דרכי משה', דברי רבנו ירוחם, השוללים את זכיית השולח, אמורים אפילו בשליח, ולא רק באדם הקונה עבור חברו ביזמתו. והשווה להלן, הערה 36 והערה 40.

[34] ראה: מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן יח, ד"ה וראיתי (וכתב שם שזו גם כוונת הש"ך. והשווה להלן, הערה 40); קצות החושן, סימן קפג, ס"ק ד (הוא מפנה ל"דין ערב"); נתיבות המשפט, סימן קפג, ס"ק ב. וראה דיוננו בדעת הרמב"ן, להלן, הערה 50.

[35] אלא אם כן הסכימו אחרת. ראה דיוננו על סעיף 11, פרק שני, עמ' 584.

[36] כפי שהובאו דבריו בטור, חו"מ, סימן קפג, סעיף ד. ועדיין דבריהם צריכים ביאור: חוב יש כאן, אבל כיצד זוכה השולח בגוף המעות? כך הקשה לדוגמה שו"ת תשורת ש"י, מהדורא קמא, סימן רעט (סט ע"א). וראה: לבוש מרדכי (אפשטיין), בבא קמא, סימן מב; טבעת החושן, חלק ג, סימן קפג, ד"ה ע' קצות סק"ד, שהתשובה לכך היא שהאומדנא שכוונת המוכר להקנות לבעל המעות מיוסדת על העובדה שהמוכר מעדיף להקנות לגורם שבסופו של דבר ממנו את העסקה. והשווה: שו"ת שואל ומשיב, מהדורא קמא, חלק א, סימן קסז, ד"ה מכתבו הגיעני; שו"ת מהרש"ם, חלק ג, סימן קעז; שו"ת תשורת ש"י, מהדורא קמא, סימן רעט. אולם התירוץ שהם מציעים כבר נדחה כמה דורות לפניהם על ידי דברי משפט, חו"מ, סימן קפג, סעיף ד, אות ב.

בעלי גישה זו טוענים שגם רבנו ירוחם עשוי להודות לשיטה זו, שכן אפשר שהדברים הסותרים שצוטטו בשמו לעיל, הערה 33, לא נאמרו אלא במי שפעל ביזמתו עבור זולתו, ולא במי שהוציא מעותיו בציוויו של זולתו, שהלה חייב לשפות אותו, ולכן יכול להיחשב כבעל המעות (והשווה להלן, הערה 40, שגם לדעת הש"ך, כך יש להבין את דברי רבנו ירוחם, אם כי מסיבה אחרת). השווה: שו"ת איגרות משה, חו"מ, חלק א, סימן מח; שם, סימן סז, ד"ה ובדבר מה. לדעתו, צדק 'דרכי משה' כשהעיר על הסתירה שבין דבריו של רבנו ירוחם לדברי הרמ"ה. מכיוון שכך, ההלכה בעניין נשארת מוטלת בספק, אף כשהקונה פעל בשליחות, והשולח חייב להשיב לו את כספו.

[37] ראה מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן יב.

[38] והשווה דברי חיים (אוירבך), חו"מ, דיני שלוחין, סימן ז. לדעתו, כשם שרואים את השולח כבעל הממון, כשהתמורה שולמה על ידי השליח, כך יש לומר גם שרואים את השולח כמי שנשתעבד כשהנכס נקנה עבורו באשראי. על דבריו יש להשיב, שאמנם בהסדר הפנימי שבין השליח לשולחו המשוואה צודקת, אבל מדוע להניח שדעת המוכר להקנות למי שלא עשה עמו את העסקה וגם לא שילם?!

הרשב"א[39], האומר שדעת המוכר "למכור למי שהמעות שלו או למי שדעת בעל המעות לקנות לו".

(ב) כוונה להקנות לשליח כמוה ככוונה להקנות לשולח (זהות)

יש הטוענים שרבי יוחנן מודה לדבריהם של בני מערבא, שעל המוכר לדעת את זהות הקונה, ואף על פי כן יש תוקף לשליחות נסתרת מכוח הזהות שבין השליח לבין שולחו[40]. אלא שכאמור לעיל, רבי יוחנן מוסיף שהשולח זוכה בנכס אף כשהשליח חרג משליחותו וקנה חיטים במקום שעורים. וקשה לכאורה, שכן אם חרג מן ההרשאה, בטלה הזהות בין השניים[41].

אפשר להבין את שיטתו של רבי יוחנן בעניין זה באחד משני האופנים הבאים:

(1) חריגה מעין זו נחשבת לחריגה שאינה מוחלטת, כפי שהרחבנו בדיוננו על סעיף 6[42], ועל כן לא בטלה הזהות ביניהם[43]. כך ניתן להבין את דברי הרא"ש[44]: "דאף על גב דשני [=ששינה] השליח, מכל מקום אין מתכוין לקנות [לעצמו], ודעתו לזכות לצורך בעל המעות, ואף על פי שבעל החטים מזכה לשליח [את] החטין, ידו [של השליח] כיד בעל המעות". מהנוקטים גישה זו, יש הטוענים שמדברי הרא"ש עולה שאליבא דרבי יוחנן, לשם יצירת הזהות ביניהם ("ידו כידו"), לא די שהשליח פועל עבור שולחו אלא עליו לרכוש את הנכס בכספו של השולח[45], ואז, ורק אז, סובר רבי יוחנן שנוצרה הזהות ביניהם, ולכן גם אם חרג הלה מן השליחות, הזהות נותרת על כנה[46].

[39] ראה חידושי הרשב"א, בבא קמא קב ע"ב, ד"ה מכלל. וכבר עמדו על שיטתו: חלקת יואב, חו"מ, סימן ה, ד"ה ולפמש"כ; חידושים וביאורים (גריינימן), בני־ברק תשס"א, בבא קמא קב ע"ב, ס"ק ז, ד"ה ודעת הרשב"א.

[40] כך עולה מדברי מהרי"ח, מובא בהגהות אשרי, בבא קמא, פרק ט, סוף סימן יח. וראה: דרישה, חו"מ, סימן קפג, ס"ק ג, ד"ה כתב רבינו ירוחם; ש"ך, חו"מ, סימן קפג, ס"ק ב. לדעתם, רבנו ירוחם עשוי להודות לשיטה זו, שכן אפשר שהדברים הסותרים שהובאו בשמו לעיל, הערה 33, לא נאמרו אלא במי שפעל ביזמתו עבור זולתו, ולא בשליח, שנאמר עליו: "שלוחו של אדם כמותו". וכבר ראינו לעיל, הערה 36, שיש שהגיעו למסקנה זו בדברי רבנו ירוחם מסיבה אחרת, שכן לדעתם, אם הלה פעל בהוראות שולחו, נחשב השולח כבעל הממון.

[41] מלבד הקושי המשפטי הזה, יש גם קושי פרשני, שכן הנחה זו עומדת לכאורה בסתירה להמשך השקלא וטריא של הסוגיה, כפי שהקשה קצות החושן, סימן קפג, ס"ק ד. לניתוח מהלך הסוגיה לגישה זו, ראה נספח ראשון לסעיף זה, ליד ציון הערה 123.

[42] ראה דיוננו על סעיף 6, פרק שני, ג, עמ' 325, ושם הסברנו שיש מקום להבחין בין חריגה זו, שהגדרנו אותה כחריגה שאינה מוחלטת, הניתנת לביטול, אבל אינה בטלה מאליה, ובין חריגה מוחלטת, הבטלה מאליה. וראה שם, ליד ציון הערה 88.

[43] ראה מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן יח, ד"ה אמנם, ואילך, בהבנת דברי מהרי"ח. וראה עוד חידושים וביאורים (גריינימן), בני־ברק תשס"א, בבא קמא קב ע"ב, ס"ק ג, ד"ה שם מחכו. פרשנות זו בהבנת דברי רב שמואל בר ססרטי הוצעה כבר בתוספות תלמידי רבנו פרץ, בבא קמא קב ע"ב, ד"ה אי הכי, אך הוא דוחה אותה, מכיוון שלדעתו, היא אינה עולה בקנה אחד עם השקלא וטריא שבהמשך הסוגיה.

[44] רא"ש, בבא קמא, פרק ט, סימן יח.

[45] אך בניגוד להצעה הראשונה שהוצגה לעיל, אין זה משום שדעת המוכר להקנות לבעל המעות, אלא משום שמסירת המעות לידי השליח על ידי השולח היא שיוצרת את הזהות המוקדמת ביניהם.

[46] על כיוון זה בהבנת דברי הרא"ש, הצביע קצות החושן, חו"מ, סימן קפג, ס"ק ד, אלא שתמה על כך: "אלא דלשיטת הרא"ש לא ירדנו, דכיון דמוכר אינו מכוין אלא לשליח, אמאי זוכה המשלח טפי כשנותן מעות, כיון דהכל תלוי בכוונת שליח, ואם כן, כי ליכא מעות והשליח זוכה למשלחו נמי יזכה המשלח". וראה דיברות משה, בבא קמא, סימן עד, ענף ט. המחבר, ר' משה פיינשטיין, מסביר שגם לפי הרא"ש, המצמצם

(2) אכן הייתה כאן חריגה מן ההרשאה ואין זהות בין השולח לבין השליח, אבל תאוריית הזהות אינה שוללת את ההצעה הקודמת, ולפיה הזכייה אינה מכוח דיני השליחות אלא מכוח הקנאה ישירה, "דעת המקנה להקנות לבעל המעות", אף כשהוא טועה בזהותו, ובלבד שהשולח נחשב בעל המעות[47].

(ג) המוכר מתכוון להקנות לשליח, והשליח מתכוון לקנות עבור השולח

גישה אחרת בהבנת שיטת רבי יוחנן היא שאין סתירה בין הדרישה שהמוכר יֵדע את זהות הקונה ובין יכולתו של השליח לקנות עבור השולח, אף כאשר הוא חורג מהרשאתו. הדרישה ל"דעת מקנה" באה על סיפוקה בכוונתו של המוכר להקנות לשליח (בין שהשליח משלם בכספו של שולחו בין שהוא משלם בכספו שלו), ואילו השליח מצדו מתכוון לקנות עבור שולחו, ואין צורך בתיאום בין כוונתו של המוכר לבין כוונתו של הקונה. ואפשר שכך יש להבין את דברי הרא"ש, שהובאו לעיל[48]: "דאף על גב דשני [=ששינה] השליח, מכל מקום אין מתכוין לקנות [לעצמו], ודעתו לזכות לצורך בעל המעות. ואף על פי שבעל החטים מזכה לשליח [את] החטין, ידו כיד בעל המעות שהוא מתכוין לזכות, ולא בעינן שידע בעל החטין שהוא זוכה לבעל המעות". כאמור, אפשר שכוונת הרא"ש היא שגם כשהמוכר מתכוון בסתם להקנות את הנכס לשליח דווקא, הרי בכוחו של השליח לזכות בנכס עבור שולחו[49].

(ד) אין צורך ב"דעת מקנה"

עד כאן ראינו את הגישות הנוקטות שרבי יוחנן אכן מכיר בדרישה שהמקנה יידע את זהות הקונה ויתכוון להקנות לו את מושא העסקה, אלא שנחלקו בפתרון השאלה: כיצד זוכה השולח בשליחות נסתרת? גישה אחת טוענת שהפתרון היחיד לבעיה זו הוא, שהמוכר מתכוון להקנות

את זכיית השולח רק אם נעשה שימוש בכספו, מכל מקום, הפתרון הוא מכוח דיני השליחות. לדעתו, מוקד המחלוקת בין רבי יוחנן לבני מערבא הוא בשאלה מהו הגורם המכריע לראות את השליח כ"ידו של השולח". לדעת בני מערבא, הגורם המכריע לראות את השליח כידו של השולח קשור בשולח: אם השולח חייב להסכים לפעולת שלוחו, הריהו כידו. על כן, בשליחות נסתרת, לא יראו בשליח ידו של השולח אלא כאשר לא הייתה חריגה מן השליחות, שרק אז השולח חייב להסכים לפעולתו. לעומת זאת, לדעת רבי יוחנן, הגורם המכריע לראות את השליח כידו של השולח קשור בשליח: אין רואים בשליח ידו של השולח, אלא כשהשליח חייב לפעול עבור השולח. על כן, בשליחות נסתרת, לא יראו את השליח כידו של השולח אלא כאשר הוא פועל בכספו, שרק אז הוא שחייב לפעול עבור שולחו, שאם היה פועל עבור עצמו, היה בזה משום גזלה. ואף שהשולח מצדו אינו חייב לקבל את פעולתו, כגון שהשליח חרג מהוראותיו, עדיין יש לראות בשליח שלוחו של השולח, אם כי אינו אלא שליח על תנאי. התנאי הוא שהחריגה תביא לתועלת לשולח: אם יש תועלת בחריגה, השולח מוכן לראות את השליח כשלוחו; ואם אין תועלת, הוא מתנער ממנו, ועל השליח לשאת בתוצאות של החריגה שלו. וראה כעין זה, שו"ת חבל יעקב, חלק א, סימן א, אות י.

[47] ראה חזון איש, בבא קמא, סימן כא, ס"ק יא, ד"ה שם בהג"א, בהבנת דברי מהרי"ח.

[48] רא"ש, בבא קמא, פרק ט, סימן יח (הובא כבר חלקית לעיל, ליד ציון הערה 44).

[49] אבל יש להעיר שניתן להבין את דבריו גם על פי תורת הזהות (הצעה ב), כפי שראינו לעיל, ליד ציון הערה 44. עוד יש להעיר שמהמשך דבריו נראה שהרא"ש נוקט את הגישה שהשולח זוכה משום שכוונת המוכר להקנות לבעל המעות (הצעה א), כפי שהעיר פלפולא חריפתא (הובא לעיל, הערה 28). על סתירה לכאורה זו בדברי הרא"ש, ראה: קצות החושן, סימן קפג, ס"ק ד (ד"ה אלא דלשיטת הרא"ש, במהדורת מורשה להנחיל); דברי משפט, חו"מ, סימן קפג, סעיף ב, אות א; דיברות משה, בבא קמא, סימן עד, ענף ט. וראה להלן, נספח ראשון לסעיף זה, הערה 122.

לגורם הממון את העסקה (הוא השולח הנסתר "בעל המעות"). גישה אחרת טוענת שפתרון נוסף עשוי להיות גם מכוח הזהות שבין השליח לבין שולחו. וגישה שלישית טוענת שדי בכוונתו של המוכר להקנות לשליח, ואילו השליח מצדו מתכוון לקנות עבור שולחו.

גישה רביעית היא, שרבי יוחנן חולק מכל וכל על העיקרון של בני מערבא, ולפיו דרושה "דעת מקנה"[50], וסובר שכשם שבקנייה אין דרישה שהקונה יֵדע ממי הוא קונה, ובלבד שרצונו לקנות, כך במכירה, אין דרישה שהמוכר יֵדע למי הוא מוכר, ובלבד שרצונו למכור[51]. לשון אחר. בעסקת מכר המוכר אינו פעיל, ואינו נדרש לכוונה פוזיטיבית כלשהי, להוציא עצם הסכמתו להעברת הבעלות בנכס[52]. אשר על כן, כשם שהשולח יכול לזכות מן ההפקר באמצעות שליח, כך יכול הוא גם לקנות מצד שלישי באמצעות שליח, אף כשהצד השלישי אינו מודע לקיומו[53].

[50] כך הסבירו כמה מן האחרונים את דעת הרמ"ה לאור הדברים שהובאו בשמו בשיטה מקובצת, בבא קמא קב ע"ב, ד"ה וזה לשון הרמ"ה ז"ל בפרטיו. ראה: דברי משפט, סימן קפג, סעיף ב, ד"ה וזה; חידושי ר' מאיר שמחה, בבא קמא קב ע"ב, ד"ה שם הש"ך; אבן האזל, הלכות מלווה ולווה, פרק א, הלכה ד. לכאורה, דברים אלו אינם עולים בקנה אחד עם הדברים שהביא בשמו הטור (ראה לעיל, ליד ציון הערה 36), מהם עולה לכאורה שהשולח הנסתר זוכה בנכס, משום שכוונת המוכר להקנות לבעל המעות (הצעה א). על סתירה לכאורה זו בדברי הרמ"ה, עמדו אחרונים אלו.

וכך עולה לכאורה גם מחידושי הרמב"ן, בבא מציעא טו ע"ב, ד"ה אמר ליה. הנידון שם הוא שמעון שמכר ללוי קרקע שאינה שלו. בעיקרון, אין תוקף לעסקה, שכן אין אדם יכול למכור דבר שאינו שלו. אולם מוסיף התלמוד שאם חזר שמעון וקנה את הקרקע מן הבעלים, יש בקנייה זו כדי לזכות את לוי, אף שלכאורה הבעלים לא היה מודע לעסקה שעשה שמעון עם לוי מאחורי גבו, ובוודאי לא נתכוון לזַכות את לוי. הרמב"ן מסביר: "ועכשיו כשלקח, לצורכו של לוקח לקח, ונעשה כשלוחו, דלא קימא לן כנהרדעי [כוונתו לשיטת בני מערבא שבסוגייתנו] דאמרי: מי הודיעו לבעל החיטים שיקנה חטיו לבעל המעות". משמעות דבריו אלה של הרמב"ן היא לכאורה, שאין צורך ב"דעת מקנה" (ראה מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן יח, ד"ה ונראה). קשה להניח שטעמו הוא משום שכוונת המוכר להקנות לבעל המעות, שהרי הגזלן (שמעון) הוא בעל המעות! אם כי השווה חידושים וביאורים (לרב חיים גריינימן, בבא קמא קב ע"ב, ס"ק ד, ד"ה בבעה"ת ושם ס"ק ז, ד"ה ובמחנ"א), הטוען שלדעת הרמב"ן, יש לפרש את הביטוי "בעל המעות" על דרך ההרחבה (ראה לעיל, ליד ציון הערה 34 ואילך): "דהתם כמעות של הלוקח דמי, כיון שהגזלן חייב לו דמיו, ולוקח השדה להיפטר מחובו". ואכן השווה לעיל, הערה 28, שלפי בעל התרומות, הרמב"ן נוקט כהצעה א.

[51] ראה אמרי הצבי, בבא קמא קב ע"ב, סימן פו, סעיף ג, ד"ה ומעתה: "דאין נפקא מינא כלל להמוכר בשביל מי הוא קונה, אם לעצמו או בשביל אחר, כל שהוא מקבל המעות אין לו קפידא להמוכר כלל". ברור שבמתנה, הנותן אינו אדיש לזהות מקבל המתנה, כפי שהעיר דיברות משה, בבא קמא, סימן עד, ענף ו, ד"ה והנה.

[52] א. וראה דיברות משה, בבא קמא, סימן עד, ענף ג, ד"ה והנכון, וענף ו, ד"ה ומחלוקתם, שבנקודה זו נחלקו רבי יוחנן ובני מערבא (והשווה לעיל, הערה 46, מה שהציע בדעת הרא"ש). וראה עוד פרי משה, קניינים, סימן ג, ס"ק א, ד"ה ונראה לומר.

ב. מקצת מהאחרונים טוענים שההצעה שאין צורך ב"דעת מקנה", ושדי בכוונת השליח לקנות עבור שולחו, רלוונטית אך ורק בקניינים שבהם יש לקונה (השליח) תפקיד אקטיבי (כגון משיכה או הגבהה וכדומה, כאמור בסוגיית חטין ושעורין). לא כן הוא בקניין מעות! ראה: דברי חיים (אוירבך), חו"מ, דיני שלוחין, סימן ז (וראה מה שהעיר על דבריו מהדיר ספר מחנה אפרים, מהדורת ברכת משה, הלכות שלוחין, סימן יח, אות ב); חלקת יואב, חו"מ, סימן ה, ד"ה אך; חידושי רבי שמעון יהודה הכהן (שקאפ), בבא מציעא, סימן יז, סוף ד"ה ונ"ל דכמו (אבל ראה דבריו שם, ד"ה ולפי הנ"ל, שנשאר ב"צריך עיון"); לבוש מרדכי (אפשטיין), בבא קמא, סימן מב, ד"ה אכן, וד"ה ולפ"ז. וראה שו"ת בית אפרים, חו"מ, סימן לח, שמבחין בין קרקע (שאינה יוצאת מחזקת בעליה אלא למי שדעת המוכר להקנותה) לבין משיכת מיטלטלין.

(ה) סיכום

אשר לשליחות נסתרת, יש להבחין בין שליחות נסתרת של המוכר לשליחות נסתרת של הקונה.

מכירת נכס אפשרית אף בשליחות נסתרת, משום שטעות בזהות המוכר אינה פוגעת כשלעצמה בתוקף העסקה (אלא אם כן היא עילה לטענת הטעיה, "מקח טעות").

אשר לקניית נכס בשליחות נסתרת, חלוקות הדעות:

יש הנוקטים שאמנם תנאי לתוקף העסקה הוא שהמוכר יידע למי הוא מקנה את הנכס, אלא שאם התשלום הגיע לו מן השולח, ההשערה היא שהוא מתכוון להקנות לו את הנכס כנגד תשלום זה: "דעת המוכר להקנות לבעל המעות" (הצעה א).

ואף כשהתשלום לא הגיע מן השולח, יש הסוברים שכוונתו של המוכר להקנות לשליח כמוה ככוונתו להקנות לשולח מכוח הכלל "שלוחו של אדם כמותו" (הצעה ב).

אחרים סבורים שכוונתו של המוכר להקנות לשליח אינה מונעת מן השליח לקנות את הנכס עבור שולחו (הצעה ג).

לעומתם, יש הנוקטים שאין צורך בידיעת המוכר מי הוא הקונה. ומאחר שההשערה היא שהמוכר אדיש לזהות הקונה (ובלבד שמובטחת לו התמורה), די בכוונתו של השליח (הקונה) לייעד את הנכס לשולח[54] (הצעה ד).

הצעה ג והצעה ד מרחיבות יותר את תוקפה הקנייני של השליחות הנסתרת לעומת הצעה ב, שכן לפיהן הרכישה יכולה להיעשות גם מדין "זכין" ולאו דווקא בתורת שליחות[55]. כמו כן, הן מרחיבות את תוקפה הקנייני של השליחות הנסתרת יותר מהצעה א, שכן לפיהן יכולה הרכישה להיעשות גם בכספו של השליח ולאו דווקא בכספו של השולח[56]. לעומת זאת, הצעה

[53] מדברי כמה מן האחרונים, נראה שאפשר שהגישות שראינו לעיל, השוללות פתרון זה, עושות כן משום הדרישה שעל השליח להיות "שלוחו של בעל הממון" (על כלל זה, ראה בהרחבה בדיוננו על סעיף 1, נספח שני, עמ' 80). בשליחות לקנייה, השולח אינו הבעלים של הנכס מושא הרכישה, ומשמעות הכלל היא אפוא שעל השליח להתמנות כשליח גם על ידי המוכר עצמו, שהוא "בעל הממון" (ראה סעיף 1, נספח שני, הערה 362). ומאחר שבשליחות נסתרת, המוכר אינו מודע לכך שהשליח מתפקד כשליח, אין הוא יכול להתכוון למנותו כשלוחו, ולכן אין תוקף לשליחות. ראה: מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן יב (וראה גם חידושי רבנו מאיר שמחה, בבא קמא קב ע"ב, ד"ה אולם). עם זאת, בדיוננו על סעיף 1, נספח שני, ליד ציון הערה 415, ראינו שאין דרישה זו חלה על שליחות לקנייה אלא רק בקנייה באשראי.

[54] כאמור, הבאנו בפרק זה את הגישות המרכזיות. והשווה גישתו הייחודית של ר' אהרון קוטלר, אוסף חידו"ת, סימן יח, אות ה. גם הוא נוקט שהשולח זוכה מכוח היותו בעל המעות, אך הסיבה לכך אינה משום כוונתו של המוכר, "דעת המקנה", אלא משום ייחודו של קניין מעות (שרק עליו מוסבים דברי רבי יוחנן, לדעתו), שבו זכייתו של בעל המעות בנכס היא אוטומטית מכוח העקיבה אחר מעותיו. מה שאין כן בשאר קניינים, שבהם דרושה כוונת המוכר, שאינה קיימת לדעתו בשליחות נסתרת (וראה עוד שו"ת משכנות יעקב (ברוכין), חו"מ, סימן נג, ד"ה דהנה, שמתחילת דבריו נראה שגם הוא נוקט גישה זו, ומביא בהקשר לזה את הביטוי התלמודי "זוזי דאינשי אינהו עבדי ליה ספסירותיה" (בבא מציעא סג ע"ב). אבל השווה שם, בהמשך דבריו). אולם דומה שגישה זו אינה מקובלת על רוב רובם של הפוסקים, ועל כן הזכרנו אותה רק בהערה. לביקורת על צמצום הסוגיה לקניין מעות בלבד, ראה ברכת שמחה (היין), בבא קמא קב ע"ב, ד"ה ובלשון.

[55] העירו על כך חידושי ר' מאיר שמחה ואבן האזל (לעיל, הערה 50), בדעת הרמ"ה. וראה לעיל, הערה 27.

[56] נפקות משפטית מעניינת נוספת בין שתי ההצעות היא כשהשליח פועל בשליחות משנה בכספו של השליח הראשון, והוא אינו יודע שהוא שליח משנה, וממילא גם המוכר אינו יודע זאת. ודן בזה מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן יז. לדעתו, לפי הטעם שכוונת המוכר להקנות לבעל המעות, הוא הדין גם כאן. לעומת זאת, אם הטעם הוא שדעת השליח לזכות לשולח, הרי השולח הראשי אינו זוכה בפעולתו.

א מרחיבה את תוקפה הקנייני של השליחות הנסתרת יותר מן ההצעות האחרות, שכן לפיה אם רוכש השליח את הנכס מן הצד השלישי בקניין מעות, לא חלים עליו כללי הכשרות של דיני השליחות, מאחר שאינו נחשב אלא כמי שעושה מעשה קוף, מה שאין כן לפי ההצעות האחרות[57].

בפרק הבא נדון בשאלה: האם מלבד העברת הבעלות על הנכס, נוצרו גם יחסים משפטיים בין השולח לבין הצד השלישי (בדומה לשליחות גלויה), נוסף כמובן על היחסים המשפטיים שבין השליח לבין הצד השלישי? או שמא, מן ההיבט של דיני החיובים (ההיבט האובליגטורי), היריבות המשפטית היא בין הצד השלישי לבין השליח בלבד? כמו כן נדון בשאלה: מה דין פעולה משפטית שנעשתה בשליחות נסתרת ואין בה יסוד קנייני כלל, כגון התחייבות גרידא?

ב. ההיבט של דיני החיובים (ההיבט האובליגטורי)

האם נוצרה יריבות בין השולח לבין הצד השלישי, כשפעל השליח בשליחות נסתרת?

כאמור לעיל, עמדת החוק בשאלה זו היא שהצד השלישי יכול לראות בשולח את בעל דברו, גם אם השולח לא אימץ את הפעולה, ואילו השולח יכול לראות בצד השלישי את בעל דברו רק לאחר שאימץ את הפעולה, ומשעשה כן, עוברת הזכות לידיו, והשליח חדל להיות בעל הזכות[58]. להלן נבחן את עמדת המשפט העברי בשאלה זו.

(1) חבות השולח כלפי צד שלישי — "תחייב פעולת השלוח את השולח"

אין ספק שאם השליח נשלח לעשות עסקה קניינית (קנייה או מכירה), הרי משזכה השולח בנכס של הצד השלישי (כמו בסוגיית "הנותן מעות לשלוחו ליקח לו חטין", שראינו לעיל) או בתמורה (בשליחות למכירה)[59], הופך השולח לבעל דינו הישיר של הצד השלישי, והוא חייב כלפיו לפי התנאים שסיכם עבורו שלוחו[60]. בדומה לכך נפסק בשליחות נסתרת להלוואה, שהצד השלישי (המלווה) זכאי לגבות את חובו מן השולח שעבורו נלקחה ההלוואה[61] [62]. אין

וכבר הערנו לעיל, הערה 30, שהוא הדין לכאורה, אם השליח מתכוון למעול בתפקידו ולקנות את הנכס לעצמו. השווה ברק, סעיף 1036.

[57] ראה לעיל, הערה 32.

[58] כך סובר ברק, סעיף 714.

[59] על פי העקרונות שנתבארו לעיל, בהיבט הקנייני.

[60] ונראה שהוא הדין במי שהועסק בשליחות נסתרת כדי לבצע עבודה, שיכול לתבוע ישירות את שכרו מן השולח הנסתר. ראה בית מאיר, יורה דעה, סימן קסט, ס"ק ז. וראה גם ערך ש"י, חו"מ, סימן שמו, סעיף ו ("מכל מקום כיון דהולך [הפועל] בשביל שכר, דעתו להשתעבד לבעל המעות. וכדאמרינן בפרק הגוזל קמא דף קב ע"ב... דאפילו לא הודיעו למוכר דקונה בשביל אחר, מכל מקום דעת המוכר לאקנויי לבעל המעות". ברם, מהמשך דבריו נראה שהעניין אינו נקי מספקות). בכך הוא מבקש להשיג על שו"ת שבות יעקב, חלק ג, סימן קעז (אולם דומה שבמקרה שהובא לפניו, לא ראה ר' יעקב רישר את השליח כמי שהעסיק פועל עבור השולח, אלא כמי שהעסיק אותו עבור עצמו על חשבון השולח). ואין להביא ראיה לסתור מן הברייתא: "השוכר את הפועל לעשות בשלו והראהו בשל חבירו — נותן לו שכרו משלם, וחוזר [השוכר] ונוטל מבעל הבית מה שהנה אותו" (בבא מציעא עו ע"א), שכן מקור זה אינו עוסק בשוכר שפעל בשליחותו הנסתרת של בעל השדה אלא בשוכר שהעסיק את הפועלים ביזמתו.

[61] ראה שולחן ערוך, חו"מ, סימן עז, סעיף ב (דין זה נאמר בהלכות שותפים, וכבר ראינו שהשותפים כשלוחים זה לזה): "שותפין שלוה אחד מהם מאחר לצורך השותפות, השני משועבד, אף על פי שלא היה עמו בקנין בשעת הלואה". נתיבות המשפט, שם, ס"ק ד, מבהיר שחוב זה מוטל על השותף גם כשהצד השלישי

צריך לומר שאף כשאין תוקף לשליחות, אם השולח נהנה בפועל מנכס של הצד השלישי, הוא חשוף לתביעה ישירה מן הצד השלישי מכוח דינים כלליים מתחום "עשיית עושר ולא במשפט" ("נהנה" או "ממוני גבך" וכדומה), אלא שאז לא יוכל הלה לתבוע מן השולח אלא את שווי השוק של ההנאה ולא את התשלום המוסכם עם השליח[63].

(המלווה) לא היה מודע לעובדה שהלווה נוטל את ההלוואה לצורך השותפות. ובלשונו: "דהא המשלח חייב בעשיית השליח אפילו לא הודיעו [השליח לצד השלישי] שהוא שליח". אמנם הלכה זו אינה נקייה מספקות, ויש מי שחולק עליה. ראה רמ"א, שם, שהביא את דעת שו"ת הרא"ש, כלל פט, סימן ג, שהשותף פטור, וטעמו: "דנהי שהיו שותפים בממונם, מכל מקום כל זמן שלא שיעבד גופו וממונו, לא חל השיעבוד עליו, שאין שמעון משתעבד במאמר ראובן, כל זמן שהוא עצמו לא היה בשעבוד". ברם, ראה ש"ך, שם, ס"ק ט, הטוען, על פי דברי שו"ת מהר"י בירב, סימן ו, שאם היזמה להלוואה באה מצדו של השולח, הוא חייב לכל הדעות. ובלשונו: "אלא דמיירי [השולחן ערוך] שלקח לצורך השותפות בציוויו של השותף הב', פשיטא דבכהאי גוונא לכולי עלמא חייב, כיוון שנעשה שלוחו" (והשווה שו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל ב, סימן א. מובא בהסכמה בשו"ת מהרש"ם, חלק ז, סימן סג, החולק על צמצום זה בדעת הרא"ש).

[מדברי הש"ך עולה שהשולח חייב כלפי הצד השלישי, אף אם מעל השליח בשליחותו ולא העביר לשולח את הנכס מושא השליחות. והשווה שער משפט, סימן עז, ס"ק ב. לדעתו, אי־העברת הנכס לשולח דינה כדין חריגה המבטלת את השליחות למפרע, ויחולו אפוא יחסי השליח והצד השלישי בלבד. ובלשונו: "הגע עצמך, מי ששלח שליח לקנות דבר בהקפה על שם השליח [כלומר, בשליחות נסתרת], ואחר כך לא רצה השליח ליתן אותו דבר להמשלח, וכי יעלה על הדעת שהמשלח יצטרך לשלם להמוכר עבור אותו דבר שלא הגיע לידו כלום, וגם המוכר לא ידע מן המשלח כלל [בשעת הקנייה]?! דבר זה מוקצה מן הדעת. דפשיטא שהשליחות בטל מכל וכל". מן המילים "וגם המוכר לא ידע מן המשלח כלל", משמע שהשליחות בטלה למפרע בשל אי־ההעברה, רק משום שהביטול אינו פוגע בציפיותיו של הצד השלישי, שציפה ממילא לקשור קשרים עם השליח בלבד (כפי שהטעים את דבריו ערך ש"י, חו"מ, סימן עב, סעיף ב). וראה שו"ת מהרי"ל דיסקין, חלק ב, כתבים, סימן קיא, שהסתפק אם אי־העברה דינה כדין חריגה המבטלת את השליחות אם לאו (הוא דן בשליח לקנייה שסירב תחילה להעביר את מושא הקניין לשולח, ולאחר מכן ביקש לחזור בו, ועתה השולח מסרב לקבלו). ויש להעיר שגם ספקו הוא בשליחות נסתרת בלבד (וראה דברינו בסעיף 6, הערה 39, ששיערנו שזוהי הפרשנות הנכונה גם לדבריו, שם, סימן קט).

וראה: אולם המשפט, סימן עב, סעיף ב; ערך ש"י, שם. הם מביאים ראיה לגישתו של 'שער משפט', ולפיה חריגה של השליח באחת מן הפעולות אליהן נשלח מבטלת למפרע את הפעולות שכבר בוצעו על ידו בלא דופי (ובלבד שהביטול אינו פוגע בציפיות של הצד השלישי). התלמוד קובע (גיטין סג ע"ב) ששולח שהורה לשלוחיו 'כתבו גט לאשתי', ולאחר שכתבוהו, אבד או נפסל הגט בטרם נמסר לידי האישה, שהם יכולים לחזור ולכתוב גט אחר בלי לקבל מינוי חדש מהבעל, מכיוון ששליחותם כוללת גם את מסירת הגט, ומשלא נמסר, בטלה השליחות כולה, וכאילו לא עשו עדיין שליחותם כלל (אילו נחשבו כמי שכבר עשו שליחותם, לא היו יכולים לחזור ולכתוב את הגט בלא מינוי חדש). מכאן מוכח שחריגה מחלק אחד של ההרשאה (מסירת הגט) מבטלת למפרע חלקים מוקדמים של ההרשאה, אף שנעשו בלא דופי! (נטעים שגם כאן, הביטול אינו פוגע בציפיות של הצד השלישי, שכן כתיבת הגט היא פעולה חד־צדדית של השולח). והשווה הרב שלום מרדכי הלוי סגל, "פסקי מהרי"ל דיסקין בעניני חו"מ", קובץ בית אהרון וישראל, שנה כד, גיליון ו (קמד) (אב־אלול תשס"ט), עמ' עב, אות ד].

[62] בדומה לזה, לדעת רבים מן הפוסקים, מועיל היתר עסקה עבור השולח, אף אם שלוחו נטל את ההלוואה בריבית בשליחות נסתרת (שכן נוצר קשר ישיר בין השולח לבין המלווה). כמו כן, מותר ללוות בריבית מגוי בשליחות נסתרת (שכן השולח נחשב כמי שלווה ישירות מן הגוי). ראה: ברית יהודה, ירושלים תשל"ט, פרק ו, הערה נב; קיצור דיני ריבית המצויים (שטרנבוך), קונטרס אחרון (מאת חתנו הרב יששכר שרייבר), פרק י, דין ה, אות ד, עמ' רכב (על פי: חוות דעת, סימן קסט, ס"ק י; בית מאיר, יורה דעה, שם, סעיף ז). והשווה ט"ז, יורה דעה, סימן קע, ס"ק ב, שנראה מדבריו שלא נוצר קשר ישיר בין השולח לבין המלווה (מה שאוסר את הריבית לשולח).

[63] לדיני עשיית עושר ולא במשפט במשפט העברי, ראה י' בלס, חוק לישראל, עשיית עושר ולא במשפט,

אך מה הדין בחוזה שבו התחייב השליח לבצע דבר מה, ולא עברה שום זכות קניינית ושום טובת הנאה בין הצד השלישי לבין השולח, כלומר חוזה אובליגטורי גרידא?[64]. אין ספק שהשולח חייב כלפי השליח לעמוד בכל תנאי החוזה כפי שסיכם אותם השליח עם הצד השלישי במצוות השולח. אבל נשאלת השאלה: האם לאחר שנודע לצד השלישי שבעל דברו פעל כשליח, רשאי הוא לראות בשולח את בעל דינו? או שמא, משהוסתרה השליחות מעיניו של הצד השלישי, ולא ציפה ליצירת יחסים משפטיים עם השולח, מחויבות זו של השולח לקיום העסקה נותרת עניין בינו ובין השליח, והצד השלישי אינו יכול לראותו כבעל דינו?

אין בידנו מקורות מפורשים בעניין זה, אבל נראים הדברים שעל אף הסתרת השליחות, יש לראות בעצם מינויו של השליח התחייבות של השולח כלפי הצד השלישי לעמוד בהסכם שבינו לבין השליח, ובלבד כמובן שהשליח פעל במסגרת הרשאתו (וזאת אולי אף אם נמנע מן השולח ליהנות מפעולת שלוחו). לשון אחר. לא מצאנו במשפט העברי מקור הסותר את קביעת המחוקק שבשליחות נסתרת "תחייב פעולת השלוח את השולח"[65].

ירושלים תשנ"ב. ליישום עקרונות אלה בענייננו, ראה לדוגמה פסקי התוספות, בבא קמא, פרק הגוזל קמא, סעיף רנ: "סופר שכתב לבעל הבית ספר ולא פרע שכרו, ונותן הבעל הבית הספר לאחר, הסופר טוען השכר מבעל הספר". לא צוין המקור התלמודי לפסק זה, וכבר העיר על כך חידושי רבנו מאיר שמחה, בבא קמא קב ע"ב, ד"ה שם תוס' ד"ה מי הודיעו לצבע, שהמקור הוא דברי התוספות, בבא קמא קב ע"ב, ד"ה מי הודיעו לצבע, שדנו בשאלת חיוב השכר לאומן שנתבקש על ידי הבעל לצבוע בגד שבבעלות אשתו בלא שהודיע לו שאינו בגד שלו. לדעת התוספות, אם מניחים שאין תוקף לשליחות נסתרת זו, זכאי האומן בכל זאת ליריבות ישירה כלפי האישה בעלת הבגד בשל ההנאה שהפיקה מעבודתו, והיא אף החייבת הבלעדית (ראה להלן, הערה 85 והערה 116). וראה מחנה יהודה (חסמן), שליחות, ד"ה והנראה כיון, הנוקט כדבר פשוט שיכול לגבות גם מהשולח מדין "נהנה", משום "דלא גרע מיורד שלא ברשות, ורצה מזה גובה, רצה מזה גובה". וכן נוקט אילת השחר (שטיינמן), בבא קמא קב ע"ב, ד"ה והנה יש לעיין. אך העיר שם שאם השכר שנקבע חורג מן התשלום המקובל בשוק, השוכר חייב לשלם את היתרה. וראה עוד להלן, הערה 85, בשאלת חיובו של השליח בנסיבות אלו. והשווה חידושי חתם סופר (ירושלים תשכ"א), בבא מציעא יד ע"ב, ד"ה ומה שהקשו על רש"י, המבקש להסיק מן הברייתא שהובאה לעיל, הערה 60: "ומשמע שאין לפועל על בעל הבית כלום [אפילו לא שיעור הנאתו], דלאו בעל דברים דידיה הוא, אלא המשכיר ששכרו". כך נוקט גם יתרון האור (פרלמן), משנה, בבא מציעא ו, א, ד"ה ואי אמר. שני מקורות אלו הובאו באנציקלופדיה תלמודית, כרך כג, ערך יורד לנכסי חברו שלא מדעתו, עמ' תטז, הערה 157. וראה חידושים וביאורים (גריינימן), בני־ברק תשס"א, בבא מציעא קיא ע"א, ד"ה דתניא, שהסתפק בעניין זה.

[64] לדוגמה, הצד השלישי התחייב כלפי השליח למכור לו סחורה באשראי, ולאחר מכן נודע לצד השלישי שהלה פעל בשליחותו של אחר, נשאלת השאלה: האם הצד השלישי יכול לתבוע מהשולח את קיום החוזה? כן אפשר לשאול כאשר השליח התחייב למכור לצד השלישי סחורה באשראי, ולאחר מכן נודע לצד השלישי שהלה פעל בשליחותו של אחר: האם יכול הוא לתבוע ישירות את השולח? (מובן שאין מקום לשאלה זו אלא בהנחה שיש תוקף לשליחות להתחייבות. לשאלה זו, ראה דיוננו על סעיף 1, הערה 52).

[65] ושמא ניתן להביא לכך ראיה מן הסיפור המובא בתלמוד, בבא מציעא עד ע"ב (על סוגיה זו, ראה דברינו בסעיף 6, הערה 169). נקדים ונאמר שלפי הפוסקים, דין עסקת קנייה של נכס עתידי בתמורה לתשלום מוקדם, "הפוסק על שער שבשוק" (בבא מציעא עב ע"ב), כדין חוזה אובליגטורי (ראה ורהפטיג, התחייבות, עמ' 155 ואילך). התלמוד מביא מעשה בשליח (חתן) שקיבל סכום נדוניה משולחו (חמיו) כדי לקנות תכשיטים לאשתו ביום מסוים בסך מסוים. הלה נתן את המעות כמקדמה בלא שהודיע שהוא פועל בשם שולחו וגם לא התנה מראש עם המוכר שאם ביום ביצוע העסקה יֵרד מחיר הסחורה, כמות הסחורה תעלה בהתאם ("שער הגבוה"). בהגיע המועד, התברר שאכן ירד מחיר השוק, והשולח ביטל את העסקה בטענה "לתקן שלחתיך ולא לעוות". נפסק בתלמוד שבנסיבות אלה השולח אינו עובר אפילו על "מי שפרע" (היא

(2) זכות השולח כלפי צד שלישי — "יכול השולח לאמץ לעצמו זכויות השלוח כלפי הצד השלישי"

החוק אינו מכיר בזכות השולח כלפי הצד השלישי אלא לאחר אימוץ. המשפט העברי אינו מכיר בתורת האימוץ, ונראה שהוא מבחין בין עסקה קניינית לבין התחייבות.

כאמור, בעסקה קניינית, העברת הקניין עשויה לגרור אחריה זכויות אישיות כלפי הצד השלישי, ועליו לעמוד בכל ההתחייבויות שנטל על עצמו כאילו היה זה מול השולח. כך לדוגמה, אם השליח מכר לצד השלישי נכס של השולח, השולח זכאי לתבוע את התמורה המוסכמת מן הצד השלישי ישירות, אף על פי שהלה לא ידע על קיומו (והוא הדין אם השליח קנה נכס עבור שולחו במעשה קניין תקף, השולח זכאי לתבוע את מסירת הנכס לידיו ישירות מן הצד השלישי). בהתאם לכך, נפסק שאם לווה הצד השלישי בשטר שנרשם על שם השליח, רואים אותו כמי שהתחייב בשטר לשולח, אף על פי שלא ידע שכסף ההלוואה היה של השולח: "ראובן הוציא שטר שלוה שמעון מלוי, וטען ראובן שלוי היה שלוחו, וכתב השטר על שמו, ולא הקפיד עליו, ושמעון טוען 'לאו בעל דברים דידי את (מאחר שאין לך הרשאה מלוי)'[66]. אם הודה לוי לראובן ששלוחו היה, אם אינו חב לאחרים בהודאתו, כופין את שמעון שיפרע לראובן[67]. ואם בא לוי למחול לשמעון, אינו מחול"[68].

הקללה הרובצת על מי שחוזר בו מעסקה שלא נגמרה במעשה קניין). אבל מכאן עולה שבאופן עקרוני, לולי טענת "לתקן שלחתיך", התחייבות השליח הייתה מחייבת את השולח (והייתה חלה עליו קללת "מי שפרע"). וכך כתב בשיטה מקובצת, שם, ד"ה וזה לשון הרב ר' יהונתן: "אבל אם זה השליח קנה מן החנוני, ולא הודיעו שלצורך אחר הוא קונה, ולא נתזלזל השער, שאין להאשימו על דבר, מיחייב לקבולי עליה בעל הבית ששלחו בתרעא דזבין ליה. ואי בעי למהדר, מקבל עליה מי שפרע [=חייב בעל הבית ששלחו לקבל עליו בשער שקנה עבורו. ואם רוצה לחזור בו, מקבל עליו מי שפרע]". כך הביא גם בית יוסף, חו"מ, סימן קפב, סעיף יב (ד"ה וכתב בעל נמוקי יוסף) בשם נימוקי יוסף (בבא מציעא מד ע"ב בדפי הרי"ף). והשווה ספר החינוך, מצווה סה, בסוף ד"ה ועוד, ולפיו השולח אינו חייב ב"מי שפרע" אפילו בשליחות גלויה (וכן לא השליח). וצריך עיון בדבריו.

[וראה דברי נפתלי (גרברסקי הכהן), סימן קפב, כללי דינים, ס"ק ד, שהסתפק כשהשולח מסרב לעסקה בלא כל סיבה מוצדקת, האם מחויב השליח ב"מי שפרע"?].

66 המובא בתוך הסוגריים, הוא הערת הרמ"א על פי הטור, חו"מ, סימן ס, סעיף יז.

67 על פי השקפת החוק, מקרה זה מעורר בעיה מיוחדת, שכן בעיקרון, לא ניתן להביא ראיה בעל פה הסותרת מסמך בכתב. על בעיה זו, שאינה קיימת על פי עקרונות דיני הראיות של המשפט העברי, ראה דיונו של ברק, סעיפים 687-692.

68 א. שולחן ערוך, חו"מ, סימן ס, סעיף ח. מקורה של הלכה זו בדעת ר' שמואל הסרדי, ספר התרומות, שער נא, חלק ח, אות א. אמנם ר' שמואל הסרדי מביא שם דעה חולקת לפיה לא מועילה הודאתו של לוי "דכיון דשטרא לא מכתיב בשמיה דמאן דמפיק ליה, אינה מועילה [=שכיון שהשטר אינו רשום על שמו של מי שמוציא אותו (ראובן), לא מועילה (ההודאה של לוי)]", והש"ך, שם, ס"ק לב, נוטה דווקא לאמץ שיטה חולקת זו. אולם דומה שחילוקי הדעות בספר התרומות אינם אלא כשההודאה של לוי אינה הודאת אמת, ולא נחלקו אלא בשאלה אם בכגון זה משמשת ההודאה כמעשה קניין חלופי להקניית שטר החוב לראובן (כלומר קניין "אודיתא" במקום "כתיבה ומסירה" כפי שדורשת ההלכה בעיקרון). אבל אם טענתו של לוי שפעל כשלוחו של ראובן היא טענת אמת, כולי עלמא מסכימים שראובן נחשב כמלווה הישיר של שמעון. ראה: קצות החושן, שם, ס"ק ט; נתיבות המשפט, שם, ס"ק יז (והשווה ש"ך, שם, שלדעתו טענתו של לוי אינה מספקת ואין הוא נאמן לסתור את הרשום בשטר, אבל ראה דחיית דבריו להלן, הערה 69).

ב. הלכה זו עומדת בסתירה לכאורה להלכה אחרת בשולחן ערוך, חו"מ, סימן עז, סעיף י: "לוה משנים ונכתב השטר בשם אחד מהם, אם תִבעוֹ אותו שלא נכתב השטר בשמו, יכול לדחותו ולומר 'לא נתחייבתי

מהלכה אחרונה זו בעניין מתן הלוואה באמצעות שליח, עולה שמספיק שהשליח מודה שפעל בשליחות נסתרת, כדי לאפשר לשולח לתבוע את הצד השלישי ישירות[69]. השולח אינו נדרש להוכיח את השליחות, אלא אם יש פגיעה בצד רביעי ("חב לאחרים בהודאתו"). עוד עולה מהלכה זו, שלאחר הודאתו שפעל כשליח, הרי השליח איבד את זכותו כלפי הצד השלישי, וכך לדוגמה אין תוקף למחילתו על החוב[70] (אף שפרט להודאתו, אין השולח יכול להוכיח שהלה פעל כשלוחו).

ראינו אפוא שמשזכה הצד השלישי בנכסי השולח, או משזכה השולח בנכסיו של הצד השלישי, השולח זכאי הן בזכויות הקנייניות והן בזכויות האובליגטוריות כלפי הצד השלישי כתוצאה מן העסקה הקניינית, אף שזו נעשתה עם השליח בלא שהצד השלישי ידע על קיומו. ברם, אפשר שלא כן הוא בחוזה אובליגטורי גרידא, ולדוגמה, אם הצד השלישי התחייב לספק סחורה לשליח תמורת התחייבות לתשלום, נראה שהכל יודו[71] שבכגון זה אין בכוחה של השליחות להעביר את הזכות לידיו של השולח, שכן זכות אובליגטורית היא זכות אישית מעצם טבעה[72] (והלוא בשונה מן השולח, אי אפשר לראות בצד השלישי כמי שנטל על עצמו התחייבות כלפיו). וכשם שבעיקרון זכות אישית אינה ניתנת להמחאה[73], כך אין משמעות לעובדה שהלה פעל בשליחותו של אחר. והדברים צריכים עיון[74].

פרק שלישי

יחסי השליח והצד השלישי

א. ההיבט הקנייני: זכיית השליח בנכס כשהשולח אינו זוכה בו

ראינו שבכלל, השולח עשוי לזכות בנכס שנקנה עבורו בשליחות נסתרת. ברם, לפעמים הפעולה שעשה השליח כלפי הצד השלישי אינה יכולה לזכות את השולח: כך הוא לגישה המנמקת

לך כלום"". מהלכה זו עולה שבעיקרון, יכול החייב לטעון שלא נתכוון להתחייב אלא למי שהחוב נרשם לזכותו. ונשאלת השאלה: מדוע טענה זו אינה רלוונטית לענייננו? לדעת שער משפט, סימן עז, ס"ק ה, טענה זו מתקבלת רק כשיש רגליים לדבר שאכן לא נתכוון להתחייב לאדם אחר, וכך הוא כשהקפיד לכתוב את ההלוואה על שם אחד מן הלווים, אף על פי שידע שההלוואה היא משניהם, מה שאין כן בנידון דידן. והשווה שו"ת זיכרון יהונתן (אבלמן), חו"מ, סימן ב, ס"ק לז.

[69] וראה נתיבות המשפט, סימן ס, ס"ק יז, שהסיבה לכך שהוא נאמן היא משום שאילו רצה, יכול היה למכור את השטר למי שעל פי הודאתו הוא השולח (ונראה אפוא שהוא הדין בכל עסקה שבכוחו של השליח להמחותה לאחר, כגון עסקת מכר וכדומה). והשווה ש"ך, שם, ס"ק לב.

[70] "אם בא לוי למחול לשמעון, אינו מחול". לעמדת החוק בעניין זה, ראה לעיל, הערה 58.

[71] ודאי שכך הוא לגישה שהשולח זוכה בנכס מכוח ההשערה שדעת המוכר להקנות לבעל המעות, הרי לדעתם גם בזכות הקניינית, השולח אינו רוכש את הנכס, אם נרכש באשראי (ראה לעיל, הערה 37).

[72] ראה לעיל, הערה 20, לעניין טענת מקח טעות.

[73] ראה לדוגמה גיטין יג ע"ב. משם עולה שבעיקרון, לא ניתן להמחות שעבוד אלא בהסכמתו המוקדמת של המתחייב ("ולכל דאתו מחמתך"). וראה גם: רש"י, כתובות פה ע"ב, ד"ה מחול; השגות הראב"ד, הלכות מכירה, פרק ו, הלכה יב; חידושי הריטב"א, קידושין מז ע"ב, ד"ה ואי בעית אימא (בהסבר שיטת רבנו תם).

[74] לשאלת אחריותו של שומר משנה כלפי בעל הנכס, כשחשב שהנכס שייך לשומר הראשון, ראה כהנא, שומרים, עמ' 469 ואילך.

את זכייתו משום "דעת מוכר להקנות לבעל המעות", כשהרכישה נעשתה שלא בכספו של השולח; וכך הוא גם לגישות המנמקות את זכיית השולח מכוח דיני השליחות, כשבנסיבות העניין אין תוקף לשליחות, אם בשל היעדר כשרות משפטית של השולח, ואם בשל טענת השולח לחריגה מההרשאה[75]. בכגון זה, נשאלת השאלה: האם העסקה תקפה ביחסי השליח והצד השלישי?

בסעיף 6[76] עמדנו על כך, שכאשר חרג השליח מהרשאתו בשליחות נסתרת, הצד השלישי יכול לאכוף על השליח את קיום העסקה, שכן טענת השליח שהתכוון לקנות עבור אחר (ומשביטל הלה את שליחותו בטענת חריגה, יש לבטל את הפעולה כולה), היא בגדר "דברים שבלב"[77], ודבריו המפורשים כלפי הצד השלישי הם המחייבים אותו. נראה שהוא הדין כשהשליחות בטלה מסיבות אחרות, כגון שהשולח נעדר כשרות משפטית או שהשולח מסרב לקיים את העסקה[78], והשאלה היא: האם הצד השלישי יכול לאכוף על השליח את קיום העסקה גם כאשר השליח רכש את הנכס בכספו של השולח? הלוא לכאורה, תביעת השולח להחזרת כספו עשויה להביא ממילא לביטול העסקה שבין השליח לבין הצד השלישי, באשר היא מביאה לביטול פעולת הקניין ביניהם (בייחוד אם פעולת הקניין הייתה בקניין כסף גרידא)[79].

בעניין זה ראינו בדיוננו על סעיף 6, שרוב הפוסקים[80] סבורים שהשולח אינו זכאי לתבוע את החזרת כספו מן הצד השלישי (המוכר). אשר לשאלה אם בכגון זה חלים יחסי שולח צד שלישי או שמא יחסי שליח צד שלישי, ראינו שנחלקו הדעות:

יש הטוענים[81] שהעובדה שהשולח אינו יכול למשוך את כספו מן המוכר, אין פירושה שהשליחות בתוקף, אלא רואים את השליח כמי שלווה את כספו של השולח, והוא שזוכה בנכס[82], ועליו להשיב לשולח את כספו. ונראה שהוא הדין לפי גישה זו, גם כאשר השולח חסר כשרות משפטית.

לעומתם, דעת הרמב"ם היא, שמכיוון שהתמורה שולמה מכספו של השולח, השליחות בתוקף, ואם כתוצאה ממנה נגרם הפסד לשולח, יתבע פיצוי מן השליח[83].

[75] ראה דיוננו לעיל, סעיף 6.

[76] ראה בפירוט דיוננו שם, ליד ציון הערה 55, וליד ציון הערה 225.

[77] ראה: חזון איש, בבא קמא, סימן כא, ס"ק ט, ד"ה בספר מחנ"א (וראה עוד דבריו שם, ס"ק א, ד"ה ונראה); דיברות משה, בבא קמא, סימן עד, ענף ו, ד"ה ולמה.

[78] ראה: שער משפט (לעיל, הערה 61); דברי נפתלי (לעיל, הערה 65).

[79] בנסיבות מסוימות, אפשר שהעסקה תתבטל גם כשנעשה קניין אחר, נוסף על מתן מעות (כגון קניין משיכה), שכן הפיכת העסקה לעסקה שלא שולמה עליה התמורה המוסכמת בין הצדדים מאפשרת למוכר לבטלה. ראה: בבא מציעא עז ע"ב; שולחן ערוך, חו"מ, סימן קצ, סעיף טו. ויש הנוקטים שכל זמן שהמוכר יכול לחזור בו, אף הקונה יכול לחזור בו (ראה שולחן ערוך, שם, סעיף י וסעיף יד, ונושאי הכלים, שם), ולפי זה, לא יוכל הצד השלישי לכפות על השליח את קיום העסקה. ראה חזון איש, בבא קמא, סימן כא, ס"ק ט, ד"ה ויש הרבה. כך הערנו כבר בדיוננו על סעיף 6, הערה 170.

[80] וראה לעיל, סעיף 6, ליד ציון הערה 171.

[81] ראה לעיל, סעיף 6, ליד ציון הערה 180. וראה שם, הערה 228.

[82] ונראה שהוראה זו אינה אמורה רק להגנת הצד השלישי, אלא אף אם הלה מעוניין לחזור בו מן העסקה כלפי השליח, השליח יכול לאכוף אותה עליו. אבל בדיוננו על סעיף 6, ליד ציון הערה 250, ראינו שיש מי שאומר שהתוספות מתלבטים בשאלה זו.

[83] בדיוננו על סעיף 6, ליד ציון הערה 233, השארנו ב"צריך עיון" את השאלה אם כאשר אי אפשר להכיר בתוקפה של פעולת השליח מצד דיני השליחות, כגון שהשולח חסר כשרות משפטית, יודה הרמב"ם שיש

ב. ההיבט של דיני החיובים – "תחייב פעולת השלוח את... השלוח... ותזכה את השלוח"

כאמור, אם הסתיר השליח את דבר שליחותו, יכול הצד השלישי לראותו כבעל דינו, וטענתו של השליח שלא התכוון לפעול עבור עצמו אלא עבור שולחו, דינה להידחות כדין דברים שבלב, שאינם דברים.

ונראה שהוא הדין אף כאשר אין מדובר בחוזה אובליגטורי גרידא, אלא בחיוב הנובע מעסקה בעלת אופי קנייני, כגון קניית נכס או ביצוע עבודת השבחה בנכס. ואף אם הפעולה מזכה את השולח וגם מחייבת אותו אובליגטורית (כפי שראינו בפרק הקודם), אין בכך כדי לשחרר את השליח מאחריותו כלפי הצד השלישי, שכן לעניין זה רואים את השליח כמי שהתחייב כלפי הצד השלישי, מאחר שהציג את עצמו בפניו כמי שקונה לעצמו[84] או מזמין לעצמו את השירות[85].

לראות את השליח כמי שלווה את כספו של השולח, אם לאו. ואף אם מניחים שלפי הרמב"ם, הגנת הצד השלישי אינה מצדיקה את הפיכת השליח ללווה בעל כורחו, אפשר שרצונם של השולח והשליח שהשליח יזכה בנכס בעצמו, כדי שיוכל אחר כך להעביר אותו לשולח, שמאחר שהוא נעדר כשרות למנות שליח, הרי זו הדרך היחידה לזכותו בנכס. ראה דיוננו על סעיף 6, ליד ציון הערה 242.

84 כך נראה מלשון הר"ן, קידושין יז ע"א (בדפי הרי"ף), ד"ה אבל: "דהתם [בסוגיית "ההיא איתתא", ראה סעיף 6, ליד ציון הערה 51] השליח לקח סתם, ואין למוכר דין ודברים אלא עמו". וראה גם שו"ת שאילות משה, חו"מ, סימן נה, אות ה: "נמצא דשמעון [השליח] הזה משתמש בשתי פעולות: פעולת לוקח מצד המוכר, ופעולת שליח מצד הלוקח". וראה עוד חזון איש, חו"מ, בבא קמא, סימן כא, ס"ק ט, ד"ה בס' מחנ"א: "דכיון דלפנינו מכירה מקוימת, אע"ג דמברר אח"כ בעדים שהוא שליח בשעת הקנין, הוי דברים שבלב, וכל לוקח שהחזיק בשדה חייב דמיה, אע"ג דמכוין בלבו שלא יקנה ושלא יתחייב". קביעה זו ודאי נכונה לגישה שהצד השלישי נחשב כמי שמכר לשליח, והשולח זוכה מכוחו של השליח (ראה לעיל, ליד ציון הערה 48, בהבנת דברי הרא"ש). היא נכונה גם לגישה הטוענת לקשר ישיר בין השולח לבין הצד השלישי משום ההשערה שהמוכר אדיש לזהות הקונה (ראה לעיל, ליד ציון 50, בהבנת דברי הרמ"ה), שכן אין יסוד להנחה זו אלא כאשר הצד השלישי קיבל את המגיע לו על פי המוסכם ביניהם. ונראה שגישה זו נכונה גם לדעת מי שטוען שיחסי השולח והצד השלישי חלים משום שדעתו של המוכר להקנות לבעל המעות (ראה לעיל, ליד ציון הערה 28 ואילך), מכל מקום, אין יסוד להניח שבכוונת המוכר לפטור את השליח מאחריות, שהרי לא ידע כלל שהלה פועל כשליח.

85 נראה שגם בנידון זה, החייב העיקרי בתשלום הוא השליח (מזמין השירות), ולא בעל הנכס, שכן התשלום הוא בראש ובראשונה בגין הזמנת השירות, כפי שראינו לעיל, הערה 60 (בעניין השוכר פועלים לעבודה בשדה שלו ומורידם לעבודה בשדה של אחר).

יש להעיר שמסקנה אחרת עולה לכאורה מדברי התוספות שהובאו לעיל, הערה 63. התוספות דנים בבעל שהזמין אצל אומן עבודת צביעה לבגד שבבעלות של אשתו, ומדבריהם עולה שהתשלום אינו בגין הזמנת השירות אלא בגין התוצאה, השבחת הנכס (ראה להלן, הערה 116). ואולם חשוב להדגיש שגם אם נקבל את דבריהם של התוספות כפשוטם, שהאומן נוטל שכר בגין המוצר שנהנתה ממנו האישה, ולא בגין הזמנת העבודה על ידי הבעל, הרי אין הדברים אמורים אלא בהנחה שלא היה תוקף לשליחותו של הבעל. אבל אם היה תוקף לשליחותו, מודים התוספות שהבעל נחשב כמי שחייב בגין הזמנת השירות. וצריך עיון בשיטתם, שכן מבחינתו של הצַבָּע שהתקשר עם הבעל, אין זה משנה אם יש או אין תוקף לשליחותו של הבעל! וראה להלן, דברי 'מחנה יהודה' ושו"ת באר משה.

לגופם של דברי התוספות, נעיר שכמה מן האחרונים ניסו ליישב את דבריהם (מהם, כאמור, עולה שהחוב הוא בגין המוצר), עם מה שראינו בעניין שכירות פועלים (שם חייב השליח מעצם עובדת היותו מזמין השירות). ראה חידושי רבנו מאיר שמחה, בבא קמא קב ע"ב, ד"ה שם תוס' ד"ה מי הודיעו לצבע, שמבחין בין פועל המשתמש בחומרים שלו להשבחת הנכס (דוגמת הצבע), ועל כן דעתו לתבוע את בעל הנכס, לבין פועל שמשקיע בנכס עבודה בלבד, שדעתו לתבוע את מזמין העבודה. ובלשונו בעניין צביעת הבגד: "כדין

פרק רביעי

יחסי השולח והשליח

גישת החוק היא שהשולח אינו זוכה באופן אוטומטי בפעולת השליח, אלא השליח הוא שזוכה בתוצאות המשפטיות של הפעולה שעשה עם צד שלישי, אלא שיחד עם זאת, החוק מאפשר לשולח לאמץ לעצמו באופן חד־צדדי את זכותו של השליח.

המשפט העברי אינו מכיר בתורת האימוץ. כאשר השליח פועל בכספו של השולח, כל הפוסקים סבורים שיש בכוחה של השליחות הנסתרת לזַכות ולחייב את השולח, ואין מדובר אפוא באימוץ[86]. כאשר השליח פועל בכספו שלו, ראינו שיש הנוקטים שפעולתו אינה מחייבת ואינה מזכה את השולח אלא את עצמו, ולא מצאנו רמז לכך שבכגון זה השולח יהיה רשאי לאמץ את זכותו באופן חד־צדדי.

פרק חמישי

"או לא ידע את זהות השולח"

ומה הדין כשהשליח אינו מסתיר את עובדת היותו שליח, אך אינו מגלה לצד השלישי את זהות שולחו? ראינו שעמדת החוק היא שהסתרת זהות השולח כמוה כהסתרת עצם השליחות לכל דבר ועניין. כפי שאמרנו במבוא, לדעת ברק[87], הסדר זה אינו ראוי, שכן הצד השלישי ידע שהשליח אינו פועל עבור עצמו, ואין כל מניעה אפוא שהפעולה תזכה את השולח כשליחות גלויה.

כפי שנראה להלן, ממקורות המשפט העברי עולה, שאכן יש מן הפוסקים הנוקטים שדין הסתרת זהות השולח כדין הסתרת השליחות, אבל גם לדעתם, אין זה אלא לעניין אי־שחרור

מכר, ו[דעתו ל]מוכרם [את סממני הצבע] לבעל הבגד, רק שסבור [בטעות] שהבעל הוא הלוקח". מעין זה, ראה מחנה יהודה (חסמן), סימן א (שליחות), ד"ה ולפי"ז יצא לנו, שמבחין בין שכיר, שדעתו לתבוע את מי ששכר אותו, לבין קבלן, שדעתו לתבוע את מי שקיבל את השבח בפועל. ברם, בהמשך דבריו, ד"ה ומ"מ, הוא נשאר ב"צריך עיון גדול" על התוספות, מדוע אין לחייב את השליח לכל הפחות מדין ערב, ולהחיל את הכלל: "רצה מזה [השולח] גובה [מדין נהנה], רצה מזה [השליח] גובה [מדין ערב]". וראה שו"ת באר משה (דנושבסקי), חו"מ, סימן ח (בסופו), שנדחק בדברי התוספות. לדעתו, גם התוספות לא נתכוונו אלא שלכתחילה ראוי שהאומן יגבה חובו מהאישה ולא מהבעל. וראה אילת השחר (שטיינמן), בבא קמא קב ע"ב, ד"ה תוד"ה מי הודיעו לצבע, שבכל מקרה האומן זכאי למלוא הסכום שסיכם אתו הבעל, ואם ההתחייבות של הבעל הייתה יותר משיעור "נהנה" שחייבת בו האישה, הרי שאת המוֹתר הזה יגבה האומן מן הבעל, גם לדברי התוספות.

[86] ואולם השווה להלן, הערה 110, שיטתם הייחודית של בעלי התוספות (עליה רמזנו לעיל, הערה 25), ולפיה דומה שהשולח אינו זוכה בפעולה שעשה עבורו השליח (ואף ספק אם השליח זוכה בה). גם לפי דרכם, לא מצאנו רמז לרעיון האימוץ.

[87] ראה לעיל, במבוא, ליד ציון הערה 17.

השליח מאחריות כלפי הצד השלישי. מן ההיבט הקנייני, הכל מודים[88] שדי בידיעת הצד השלישי שהשליח פועל בשמו של אחר לפתור את בעיית "דעת המקנה", גם אם אינו יודע את זהותו. וגם מן ההיבט של דיני החיובים (ההיבט האובליגטורי), ביחסי השולח והצד השלישי יחולו דיני השליחות הכלליים גם בחוזה אובליגטורי גרידא. אין ספק שכך הוא לעניין חובתו של השולח[89], ונראים הדברים שכך הוא גם לעניין זכותו, שכן משהסכים הצד השלישי לעסקה, השולח זכאי ליריבות ישירה מולו. ברם, השאלה הנידונה במשפט העברי היא ביחסי השליח והצד השלישי, הן מן ההיבט הקנייני (כשהשולח אינו זוכה בנכס) הן מן ההיבט האובליגטורי, והשאלה היא: האם די בידיעה מעין זו לשחרר את השליח מאחריות? או שמא כל עוד הצד השלישי אינו יודע את זהות השולח, אין השליח יוצא מן התמונה? שאלה זו שנויה במחלוקת.

לדעת הש"ך[90], אם השליח לא הודיע לצד השלישי את זהות שולחו, אין הוא משתחרר מאחריות אישית כלפיו. ראיה לדבריו הוא מביא מדיוק בלשונו של הרמב"ם[91] בעניין הסרסור: "ראובן שנתן חפץ לשמעון הסרסור ואמר לו 'מכור לי זה ואל תמכור בפחות ממאה', והלך ומכרו בחמשים, משלם החמשים מביתו... ואם ידע הלוקח שחפץ זה של ראובן הוא וזה המוכר לו סרסור הוא, יחזיר החפץ לבעלים"[92]. ואכן כך נפסק בעניין סרסור שמכר נכס, תוך שהציג בפני הקונה את דרישות התשלום של שולחו בלי לנקוב בשמו, ולאחר התשלום נשרף הנכס, והקונה טען שהשרפה אירעה לפני שהספיק לעשות מעשה קניין בנכס, ולכן תבע את השליח שיחזיר לו את כספו. השליח טען שאינו חייב להתדיין עם הקונה, שהרי הקונה ידע שהוא רק שליח, ואם כן הוא יוצא מן התמונה. אבל נפסק, לאור גישת הש"ך, שמאחר שהשליח לא הודיע מי הוא שולחו, אין הוא יוצא מן התמונה, והצד השלישי יכול לראות בו את בעל דינו[93].

אולם יש מי ששולל מכל וכל הטלת אחריות אישית על השליח, אף אם הסתיר את זהות

[88] גם לגישה שראינו לעיל, ליד ציון הערה 28, שלפיה כשהצד השלישי אינו מודע לקיום השליחות, אין השולח זוכה בנכס אלא אם כן הוא בעל המעות, שכן דעת המוכר להקנות לבעל המעות דווקא.

[89] כך נראה בקל וחומר ממה שראינו לעיל, ליד ציון הערה 65, שכך הדין בשליח המסתיר את השליחות לחלוטין.

[90] ש"ך, חו"מ, סימן קפה, ס"ק ז.

[91] רמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק ב, הלכה ו.

[92] וכך הוא מדייק גם מדברי הרמב"ם, שם, פרק ב, הלכה ד: "השליח שקנה או שמכר והודיע שהוא שליח בדבר זה לפלוני, אף על פי שמשך או שהמשיך, ונמצא שעבר על דעת המשלח, בטל המקח ומחזיר". וראה שו"ת משפט כתוב (זיתון), חו"מ, סימן ל, שהטעים שלפי הש"ך, השליח אינו אחראי כלפי הצד השלישי אלא אם חרג מהרשאתו, אבל אם לא חרג מהרשאתו (כגון שמכר את הסחורה שנתן לו השולח, אך הסתבר לאחר מעשה שהסחורה הייתה פגומה), השליח אינו נושא באחריות כלפי הצד השלישי לקיום חיוביו של השולח, אף על פי שהסתיר מן הצד השלישי את זהותו, כי "מה מעלה או מה מוריד אם פירש שם משלחו". אבל ראה להלן, שלא כך הבינו את דברי הש"ך 'חוות דעת' ושו"ת שמן ראש.

[93] ראה שו"ת שמן ראש (אשכנזי), חו"מ, סימן א, ד"ה אולם: "דאפילו לטענת המוכר, שהודיע ללוקח שהתבואה נשלחה לו ממקום אחר למוכרה, מכל מקום הסרסור הוי בעל דינו דלוקח, מאחר שלא הודיעו ממי נשלחה לו התבואה ואיזה המשלח, ולא פירש שמו, והוי כלא הודיעו".

שולחו, ובלבד שלא הסתיר את העובדה שהוא פועל כשליח ולא עבור עצמו[94] (ואף אם חרג מהרשאתו[95]).

לדעת ר' יעקב מליסא[96], גם אם לא נקבל את גישת הש"ך במקח וממכר (כמו בדין הסרסור), הרי ודאי שהלכה כמותו בהלוואה, שכן עסקת הלוואה מבוססת על אמון מתמשך בין הצדדים, ובהיעדר ידיעת הצד השלישי מי הוא השולח, ודאי רואה הוא בשליח את בעל דינו[97]. אמנם מדבריו עולה שלעניין דרגת חיובו של השליח, יש להבחין בין מצב שבו השליחות תקפה לבין מצב שבו השליחות בטלה. כשהשליחות בטלה, נחשב השליח לחייב העיקרי, ואילו כשהשליחות תקפה, חיובו של השליח כלפי הצד השלישי אינו אלא מדין ערב[98].

[94] ראה אבני החושן, סימן קפב, ס"ק ח. וראה עוד בעניין זה, אטינגר, פרקי שליחות, עמ' 156, הערה 61.

[95] כך הוא לשיטת רוב הפוסקים, הנוקטים שבשליחות גלויה השליח משתחרר מאחריות כלפי הצד השלישי, אף אם חרג במודע מהרשאתו. מן הראוי להזכיר שבדיוננו על סעיף 6 (ליד ציון הערה 234), ראינו שאם החריגה הייתה במודע, דעת הרשב"א שהשליח אחראי אישית כלפי הצד השלישי אפילו בשליחות גלויה, משום שהטעה אותו לחשוב שהוא פועל בהרשאה. וכך יהיה אפוא בקל וחומר גם בענייננו.

[96] חוות דעת, יורה דעה, סימן קסט, ס"ק כ.

[97] ובלשונו: "ודאי היה דעת שניהם שיהיה השליח הבעל דין, דאם לא כן, הניח מעותיו על קרן הצבי, דאת מי יתבע? דבשלמא, במכירה נסתלק העסק מביניהם אחר המכירה, מה שאין כן בהלוואה, וכן כשיאבד המשכון והמעות מתחת יד השליח, אף שחיוב אחריות מדינא על הלווה המשלח, מכל מקום למי יתבע, כיון שלא הזכירו? וכן ההתראה שצריך בעל המשכון לעשות קודם מכירת המשכון ושאר תביעות, ודאי היה דעתם שיהיה השליח בעל דינו".

דבריו אמורים על הלכה בדיני ריבית, שנפסק בה שיהודי יכול להיות שלוחו של הגוי ללוות בריבית מיהודי על משכון של הגוי, בתנאי שהמלווה מנקה אותו מכל אחריות הכרוכה בהעברת המשכון מהלווה למלווה ובהעברת המעות מהמלווה ללווה. וכך נפסק בשולחן ערוך, יורה דעה, סימן קסח־קסט, סעיף יג: "גוי שאמר לישראל 'לוה לי מעות מישראל ברבית על משכוני', מותר למלוה ליקח הרבית מיד ישראל השליח, והוא שיאמר המלוה לשליח 'אתה תהיה שלוחי להביא לי המשכון מיד הגוי, באחריותי, ולהוליך לו המעות על אחריותי'". המקור של הלכה זו הוא בדברי רבנו גרשום, שמביא הרא"ש בתשובותיו, כלל קח, סימן ה. מדבריו שם נראה שאם ההלוואה אינה נעשית בדרך של הלוואה על המשכון, המלווה והלווה עוברים על איסור ריבית מן התורה, שכן המלווה רואה בשליח את בעל דינו היחידי, ואילו השולח הגוי יוצא מן התמונה, מכיוון שאין שליחות לגוי. על כך תמה 'חוות דעת' ואומר: "והוא תמוה, דבשלמא נגד המשלח יש לחלק בין יש שליחות לאין שליחות, דביש שליחות נקנית ההלואה להמשלח בקבלת השליח, ונתחייב במעשה השליח, מה שאין כן באין שליחות. אבל לחיובי שליח, אין סברא כלל לחייבו, מחמת שאין שליחות, כיון שהודיעו לו המשלח [כלומר, שהודיע לו שהוא פועל מטעם השולח הגוי], ולא רצה לחייב עצמו רק להמשלח, מה בכך דאין שליחות והמשלח לא קנה? מכל מקום, הוא לא התחייב עצמו". מתוך כך, מגיע 'חוות דעת' למסקנה שדברי הרא"ש נאמרו באופן שהשליח הודיע ללווה שהוא שלוחו של הגוי, אך בלי לנקוב בשמו. ובלשונו: "כיון שלא רצה השליח להזכיר שם הלוה, ודאי הכניס עצמו שכל תביעות שיהיה להמלוה, שיהיה עמו, דהא אין המלוה מכיר שום אדם, ולא יכול להיות לו עסק רק עמו".

[98] בכך הוא מסביר מדוע הוסיף הרא"ש את הטיעון ש"אין שליחות לגוי" (ראה לעיל, הערה 97). ובלשונו: "והא שכתב הרא"ש בטעם האיסור, משום שאין שליחות לגוי, הוא מטעם דאם היה שליחות, אף שהשליח נשתעבד להיות בעל דינו, מכל מקום, כיון דיש שליחות, נקנה תיכף ההלוואה להמשלח, ונעשה המשלח הלווה, והשליח, אף שיכול לתובעו גם כן, אין לו רק דין ערב, ומותר לישראל להיות ערב כשנותן המשכון".

פרק שישי

סיכום

סעיף 7 עוסק בשליחות נסתרת, היינו שליחות שבה השליח אינו מציג עצמו בפני הצד השלישי כשליח. החוק הישראלי קובע הסדר ייחודי, שאינו קיים בשיטות משפט אחרות, ולפיו פעולת השליח מחייבת הן את השולח הן את השליח ("יחד ולחוד"), ומזכה את השליח בלבד, אולם השולח רשאי לאמץ את זכויותיו של השליח הנובעות מן השליחות, אלא אם כן הדבר נוגד את הזכות לפי מהותה או תנאיה או נסיבות העניין.

מקורות המשפט העברי עוסקים בשאלת השליחות הנסתרת בעיקר בהקשר של שליחות לעסקה קניינית. בעסקת מכירה שמבצע שליח שאינו מגלה את דבר שליחותו, לא ראינו כל הסתייגות מתוקפה של השליחות, שכן לכולי עלמא, זהותו של המוכר היא פרט שולי בעסקה (אלא אם כן יוכח אחרת בנסיבות העניין). מדברי הפוסקים עולה שיש תוקף גם לעסקת קנייה שמבצע שליח המסתיר את דבר שליחותו (למצער כל זמן שאינו חורג מהרשאתו[99]), וזאת על אף שהמוכר אינו יודע את זהותו של הקונה (אלא אם כן הוא טוען להטעיה).

ראינו ארבעה הסברים להלכה זו: (א) הצד השלישי מקנה את הנכס לבעל המעות, יהא אשר יהא[100]; (ב) הכלל "שלוחו של אדם כמותו" יוצר זהות בין השולח ובין השליח, וכך ניתן לראות את הצד השלישי כמי שהקנה ישירות לשולח[101]; (ג) בעל הנכס מקנה לשליח, אך הלה מתכוון לקנות עבור שולחו, ואין צורך שתהיה זהות בין כוונתו של המוכר לכוונתו של הקונה. הצד השווה בין שלושה הסברים אלו שהם מניחים שעקרונית חיונית "דעת המקנה" בעסקת קנייה; (ד) לעומת זאת, על פי ההסבר האחרון, ידיעת זהותו של הקונה אינה חיונית כלל לתוקפו של הקניין.

מן ההיבט האובליגטורי, מובן שכאשר הנכס (בשליחות לקנייה או להלוואה) או תמורתו (בשליחות למכירה) הגיע לשולח, נוצרו יחסים משפטיים בין השולח לבין הצד השלישי[102].

אשר לעסקה אובליגטורית גרידא שבוצעה בשליחות נסתרת (כגון התחייבות להספקת סחורה), לא מצאנו במקורות התייחסות לשאלת היחסים המשפטיים שבין השולח לבין הצד השלישי, ונראה שיש להבחין בעניין זה בין חובה ובין זכות. אם השליח נטל על עצמו חובה כלפי הצד השלישי, הלה יכול לראות גם בשולח את בעל דינו, כפי שנקבע בחוק[103], ואילו בעסקה המקנה לשליח זכות כלפי הצד השלישי, לא נוצרו יחסים משפטיים בין השולח לבין הצד השלישי, ובשונה מן ההסדר שבחוק, השולח אינו יכול לאמץ לעצמו חד־צדדית את זכותו של השליח.

אשר ליחסי השליח והצד השלישי, ראינו שמן ההיבט הקנייני, בנסיבות שבהן פעולת

[99] ראה דיוננו בסעיף 6, פרק שלישי, ב(2)(א), עמ' 358.

[100] לדעה זו, הקניין תקף אך ורק אם בוצע בכספו של השולח, אם כי ראינו שיש דעות המרחיבות את המושג "בעל המעות" (כאשר השליח הקדים ושילם במקומו, והוא זכאי לשיפוי).

[101] גם לדעה זו, יש מי שאומר שהקניין תקף רק אם הוא נעשה בכספו של השולח.

[102] גם אם השליחות אינה תקפה, ייתכנו חיובים הדדיים בין השולח לבין הצד השלישי מדיני "עשיית עושר ולא במשפט".

[103] זאת בתנאי שהסתרת דבר השליחות הייתה על דעתו של השולח, שאם לא כן, ייחשב השליח כמי שחרג מהרשאתו, כששליחותו מטילה על השולח רק חובות ולא זכויות. ראה דברי חיים, חו"מ, דיני שלוחין, סימן ג.

השליח אינה מזכה את השולח (אם בשל חריגה מן ההרשאה אם מסיבה אחרת), השליח נחשב כמי שרכש את הנכס לעצמו. עוד ראינו שמן ההיבט האובליגטורי, לעניין חיוב השליח, הצד השלישי יכול לראותו כבעל דברו העיקרי, וזאת גם אם מן ההיבט הקנייני חלים יחסי שולח וצד שלישי (ונמצא שהשולח חייב אף הוא)[104].

בשונה מן החוק, גישת המשפט העברי היא שדין שליחות שבה השליח הסתיר רק את זהות שולחו, ולא את עובדת היותו שליח, כדין שליחות גלויה. עם זאת, לעניין יחסי השליח וצד שלישי יש פוסקים הסבורים שהשליח נושא באחריות אישית כל זמן שלא גילה את זהות שולחו (ודומה שכולי עלמא מודים שכך הדין בעסקה כגון הלוואה, הכרוכה ביחסי אמון ארוכי טווח בין הצדדים, שם סביר להניח שהצד השלישי ראה בשליח את בעל דברו).

פרק שביעי

הצעת נוסח לפי המשפט העברי

על פי המשפט העברי, מוצע אפוא לנסח את הסעיף כך:

שליחות נסתרת

7. לא ידע הצד השלישי בשעת הפעולה על קיומה של השליחות, תחייב פעולת השלוח את השולח ואת השלוח, ותזכה בזכות קניינית את השולח, ובזכות חוזית – את השלוח.

נספח ראשון

"שלחו לקנות חטין וקנה שעורין" – ניתוח סוגיית התלמוד הבבלי

(לפרק שני, הערות 23, 24, 25, 27, 28, 29, 31, 41, 49)

כפי שראינו לעיל, הסוגיה המרכזית שהביעו בה הראשונים והפוסקים את דעתם בנושא שליחות נסתרת היא סוגיית התלמוד בעניין שליח שנשלח לקנות חיטים וקנה שעורים[105]. מפאת חשיבותה המיוחדת של הסוגיה לנושאנו מחד גיסא, ומורכבותה, מאידך גיסא, ננתח להלן את מהלך הסוגיה שלב אחר שלב, תוך ציון השאלות הפרשניות ודרכי פתרונן לכל אחת מן הגישות שפורטו לעיל.

שלב א: הברייתות הסותרות ויישוב הסתירה ביניהן אליבא דרבי יוחנן

> תנו רבנן: "הנותן מעות לשלוחו ליקח לו חיטין ולקח מהם שעורין, שעורין ולקח מהן חיטין". תניא חדא: "אם פחתו – פחתו לו; ואם הותירו –

[104] השווה לדברי התוספות, לעיל, הערה 85 (וראה שם, שגם לפי דרכם, אפשר שהשליח חייב חיוב משני מ"דין ערב").

[105] בבא קמא קב ע"א-ע"ב.

הותירו לו". ותני חדא: "אם פחתו – פחתו לו; ואם הותירו – הותירו לאמצע"...
אמר רבי יוחנן: לא קשיא, הא רבי מאיר והא רבי יהודה. הא רבי מאיר, דאמר שינוי קונה. והא רבי יהודה, דאמר שינוי אינו קונה.

לפנינו סתירה בין שתי ברייתות. בעוד שלפי הברייתא הראשונה, כשנוצר רווח כתוצאה מחריגת השליח מהוראות השולח, כל הרווח הוא של השליח, הרי לפי הברייתא השנייה, כל הרווח הוא בעיקרון של השולח[106].

כדי ליישב את הסתירה בין שתי הברייתות, התלמוד מביא את הסברו של רבי יוחנן, ולפיו שתי הברייתות מבטאות את דעתם של שני תנאים, המייצגים עמדה עקרונית שונה ביחס לשליח המפר את הוראות השולח. על פי הצעתו, הברייתא הראשונה, הקובעת שהרווח של השליח, היא אליבא דרבי מאיר, שלדעתו, השליח שהפר את הוראות השולח הוא כגזלן ("שינוי קונה"), וממילא הוא לבדו נושא בסיכונים ונהנה מן הרווחים של פעולתו. לעומת זאת, הברייתא הקובעת שהרווח, על אף החריגה, הוא של השולח, היא אליבא דרבי יהודה, שלדעתו אין בשינוי השליח מהוראות השולח משום גזלה ("שינוי אינו קונה"), וממילא הנכס הוא של השולח ועל כן הרווח אף הוא של השולח[107].

בארץ ישראל קמו נגד הצעתו של רבי יוחנן[108]:

[106] אמנם הברייתא אינה קובעת שהרווח הולך כולו לשולח, אלא "הרווח לאמצע", אבל לדעת רוב הראשונים, אין זה אלא משום שמדובר כאן בשותפות. כלומר, שהיה מוסכם בין הצדדים שיחלקו שווה בשווה את הרווח שיצמח מפעולת השליח. מכאן שבשליחות רגילה, השולח הוא שזוכה לבדו בכל הרווח. להלן נתייחס אפוא לאותה ברייתא כאילו כתוב בה "הותירו – הותירו לשולח". לחלוקת רווחי השליחות, ראה בהרחבה דיוננו להלן, סעיף 10. והשווה להלן, נספח שני לסעיף זה, עמ' 427, בניתוח סוגיית הירושלמי.

[107] המקור לשיטותיהם של רבי מאיר ורבי יהודה הוא המשנה, בבא קמא י, ד (ק ע"ב), בעניין מי שנתן צמר לצַבע לצבוע אותו אדום, והלה צבע אותו שחור. רבי מאיר סובר שאם המזמין אינו מוכן להשלים עם הטעות של הצַבע, אין הצַבע חייב לשלם לו אלא דמי צמרו, ואילו רבי יהודה סובר שיד הצַבע על התחתונה (היינו שאם ערך הצמר הצבוע עולה על הוצאות הצביעה, אינו משלם אלא את הוצאות הצביעה. וכן להפך, אם הוצאות הצביעה עולות על ערך הצמר הצבוע, אינו משלם אלא לפי ערך הצמר). התלמוד מסביר שחילוקי הדעות האלה בין רבי מאיר לרבי יהודה יסודם בשאלה: האם "שינוי קונה" או "שינוי אינו קונה"? אולם הדמיון בין מחלוקת זו ובין חריגת שליח שקנה שעורים במקום חיטים אינו עולה יפה לכאורה, שכן השינוי כאן אינו שינוי בגוף נכסי השולח אלא רק שינוי מהוראות השולח. בעניין זה, ראה: פני יהושע, בבא קמא קב ע"ב, ד"ה בגמרא לא קשיא. והשווה: ש' אטינגר, "חריגת שליח מן ההרשאה במשפט העברי", שנתון המשפט העברי ט־י (תשמ"ב־תשמ"ג) 29, בעמ' 40, הערה 45. נוסיף שהתלמוד כנראה לא התכוון להיקש מלא בין דין הצַבע לדין השליח, שכן לפי רבי יהודה, הדין הוא שיד הצַבע על התחתונה (כלומר, שאינו מקבל את שכרו המוסכם, אלא לכל היותר את הוצאותיו), ואילו ביחס לשליח, הוא פוסק (לפי הצעת רבי יוחנן) ש"אם הותירו – הותירו לאמצע", היינו שידו אינה על התחתונה (שכן הוא זוכה במחצית הרווח, כמוסכם ביניהם). וראה רמ"ה, המובא בשיטה מקובצת, בבא קמא קב ע"ב, ד"ה וזה לשון הרמ"ה. רמ"ה עומד על שאלה זו, ומציע להבחין בין הרווח מן הצמר, הנוצר ברכושו של המזמין (ועל כן הולך כולו למזמין), ובין הרווח מן השעורים, שאין השולח זוכה בו אלא משום שהשליח התכוון לפעול כידו, והרי ודאי שלא התכוון לפעול כידו אלא למחצית הרווח ולא לכולו.

[108] כאן דילגנו על שלב נוסף בסוגיה, שבו ר' אלעזר תוקף את קביעתו של ר' יוחנן, ולפיה אי אפשר להעמיד את הברייתא השנייה אליבא דרבי מאיר. וזה לשון הסוגיה: "מתקיף לה ר' אלעזר: ממאי? דלמא, עד כאן לא קאמר ר"מ אלא במידי דחזי ליה לגופיה, אבל לסחורה לא אמר! אלא א"ר אלעזר: הא והא ר' מאיר. ולא קשיא. כאן לאכילה, כאן לסחורה". כלומר, לדעת ר' אלעזר, אפשר ששתי הברייתות יצאו מתחת ידי

שלב ב: קושיית בני מערבא על רבי יוחנן

מחכו עלה במערבא [=בארץ ישראל]: לרבי יוחנן אליבא דרבי יהודה, וכי מי הודיעו לבעל חטין שיקנה חטין לבעל מעות?

כלומר, בארץ ישראל ביקרו את הצעתו של רבי יוחנן לפרש את הברייתא השנייה אליבא דרבי יהודה. הנימוק לביקורתם הוא: כיצד יכול השולח לזכות ברווח, הרי המוכר לא התכוון להקנות את הממכר לשולח, אלא לשליח, ואם כן אין כאן "דעת מקנה"?[109]. ניכר משאלת בני מערבא שהם הניחו שהברייתא אמורה בשליחות נסתרת (או לפחות גם בשליחות נסתרת), ומכאן לזיקתה של סוגיה זו לנושא דידן.

רב שמואל בר ססרטי יוצא נגד הביקורת של בני מערבא:

שלב ג: התקפת רבי שמואל בר ססרטי נגד בני מערבא

מתקיף לה רב שמואל בר ססרטי: אי הכי, אפילו חטין וחטין נמי לא!

רב שמואל בר ססרטי, התומך בשיטת רבי יוחנן, יוצא נגד השגתם של בני מערבא בקושיה בסגנון "לשיטתכם": אם אכן על המוכר לדעת את זהות הקונה, כך היה צריך להיות גם כשהשליח לא חרג מהרשאתו (נשלח לקנות חיטים וקנה חיטים), והלוא ודאי מודים בני מערבא שבכגון זה הסתרת השליחות אינה פוגעת בתוקפה[110].

האם כוונת רב שמואל בר ססרטי לומר שבעיקרון אין המוכר צריך להתכוון להקנות את סחורתו למאן דהוא, והעיקר שיהיה לו רצון למכור, יהיה למי שיהיה? או אולי כוונתו לומר שאכן יש צורך שהמוכר יתכוון להקנות את סחורתו למאן דהוא, אלא שידיעת זהותו המדויקת

רבי מאיר ושאין ביניהן סתירה, שכן הן עוסקות בנסיבות שונות של חריגה בהתאם למטרת השליחות. אם מטרת השליחות הייתה לקנות חיטים לצריכה עצמית (אכילה), הרי שקניית שעורים במקומן מהווה חריגה מוחלטת מן ההרשאה, והופכת את השליח לגזלן (ועל כן הוא נושא בהפסד וזוכה ברווח). אבל אם השליחות הייתה למטרה עסקית (סחורה), אין כאן חריגה מוחלטת, שכן השולח אינו מקפיד בהכרח על השינוי (ועל כן אם היה הפסד, השולח מבטל את השליחות, וממילא ההפסד נופל על השליח. ואם היה רווח, הוא מאמץ את השליחות וזוכה ברווח). דבריו אלה של רבי אלעזר מעלים קשיים פרשניים הקשורים להמשך הסוגיה (ראה תוספות, שם, ד"ה מי הודיעו לבעל חטין, המעלים את השאלה, מדוע בני מערבא, בשלב הבא של הסוגיה, תוקפים רק את הצעתו של רבי יוחנן, ואינם מקשים על רבי אלעזר, מדוע לא הציע להעמיד את שתי הברייתות גם אליבא דרבי יהודה?), אך לא כאן המקום להרחיב בעניין זה. בהבחנה שבין שליחות עסקית לבין שליחות לצריכה אישית, הרחבנו לעיל, בסעיף 6, פרק שני, ג(2), עמ' 339, ושם ליד ציון הערה 101, וראינו שיש המאמצים אותה גם להלכה.

109 לצורך ב"דעת מקנה" אליבא דשיטתם, ראה לעיל, פרק שני, א(1), עמ' 395. והשווה לעיל, הערה 53.

110 כהסבר זה בדעת רב שמואל בר ססרטי, נוקטים רוב הראשונים. אבל השווה גישת התוספות, בבא קמא קב ע"ב, ד"ה שאני, המפרשים שבני מערבא הניחו אמנם שהלכת הברייתא בעניין חיטים ושעורים אמורה גם בשליחות נסתרת (ומסיבה זו דחו את דבריו של רבי יוחנן, שכן מי הודיעו וכו'). ברם, רב שמואל בר ססרטי טוען כנגדם ואומר שאין מקום לקושייתם, שכן הלכת הברייתא אמורה בשליחות גלויה, שאם לא כן, אף אם השליח לא חרג משליחותו, הרי גם אז יש לומר: "מי הודיעו לבעל החטין שיַקנה חטין לבעל המעות?". שיטת התוספות היא שיטה יחידאית, ואין לה זכר בפוסקים, וכבר העיר על כך קצות החושן, סימן קפג, ס"ק ג. יתרה מזו, גם בדעת התוספות, יש מקום (מכוח סוגיות אחרות) לפרשנות אחרת בדעת רבי יוחנן, השונה מזו של רב שמואל בר ססרטי, ואפשר שהיא נתקבלה להלכה גם אליבא דתוספות! ראה חזון איש, חו"מ, סימן כא, ס"ק ג, ד"ה והא. וראה עוד חלקת יואב, חו"מ, סימן ה, ד"ה ולפמש"כ.

אינה חשובה, ודי בכוונה להקנות לבעל המעות? ועוד. אפשר שכוונתו היא שאכן המוכר צריך להתכוון להקנות את סחורתו לקונה מסוים, אך אין זה מונע מן הקונה (השליח), מצדו, להתכוון לקנות את הסחורה עבור אחר (השולח). בעניין זה נחלקו הדעות:

(1) לדעת רבנו פרץ ואחרים[111], רבי יוחנן מודה שצריך המוכר להתכוון להקנות את הממכר לקונה ("דעת מקנה"), אלא שההנחה היא שדעתו להקנות לגורם הממכן את העסקה ("בעל המעות"), יהא אשר יהא, ודי בכך.

(2) לדעת הרא"ש[112], אף על פי שדעתו של המוכר להקנות לשליח, יכול הלה לכוון שזכייתו תהא עבור השולח[113].

(3) לדעת הרמ"ה[114], רבי יוחנן כופר בצורך ב"דעת מקנה". לשון אחר, אין דרישה פוזיטיבית שיֵדע למי הוא מוכר, ובלבד שהוא רוצה למכור.

יהא אשר יהא הנימוק לתוקף הקנייה בשליחות נסתרת, משמעות קושייתו של רב שמואל בר סרטי נגד בני מערבא היא אפוא שנימוק זה נכון אף כשחרג השליח משליחותו, ולכן לא היה

[111] ראה תוספות רבנו פרץ, בבא קמא קב ע"ב, ד"ה לכן. וראה לעיל, ליד ציון הערה 28, שכך היא גם דעת תוספות הרא"ש. גישה זו, ולפיה "דעת המוכר לזכות לבעל המעות", נזכרת לראשונה בתלמוד הירושלמי, דמאי, פרק ו, הלכה ח. להבנת דברי הירושלמי שם, נקדים ונאמר שבעיקרון אסור לתלמיד חכם למכור לעם הארץ תבואה שלא הופרשו ממנה תרומות ומעשרות ("דבר שאינו מתוקן"). אף על פי כן, קובעת המשנה: "עם הארץ שאמר לחבר 'קח לי אגודת ירק, קח לי גלוסקין אחד', לוקח סתם ופטור [מלהפריש תרומה ומעשר]" (דמאי ו, יב). התלמוד הירושלמי מסביר שפירוש המשנה הוא שהקונה (החבר) קנה אגודת ירק עבור שולחו (שהוא עם הארץ), כשלא הציג את עצמו כשלוחו, היינו בשליחות נסתרת, ואף על פי כן אינו חייב להפריש תרומות ומעשרות (כך הסביר הגר"א בביאוריו, שם, את סוגיית הירושלמי. אולם השווה פני משה, שם). הירושלמי מסביר שהלכת המשנה מיוסדת על השיטה, ולפיה "לא נתכוון המוכר לזכות אלא לבעל המעות". על פי שיטה זו, מובן מדוע החבר אינו עובר על האיסור למכור לעם הארץ דבר שאינו מתוקן, שהרי לא הוא מכר את הירק לעם הארץ, אלא הירק עבר ישירות לבעלותו מאת המוכר, אף על פי שהמוכר לא ידע על כך. אולם יש להעיר שלפי הירושלמי, שיטה זו אינה אלא אליבא דרבי יוסי שבתוספתא, דמאי (ליברמן) ח, א, ולא אליבא דרבי יהודה, החולק עליו שם (על שיטת רבי יהודה, נעמוד להלן, הערה 113). עוד יש להעיר שבניגוד לגישת הראשונים שסקרנו כאן, הרי שלמסקנת התלמוד הירושלמי, בבא קמא, פרק ט, הלכה ה, שנראה להלן, נספח שני לסעיף זה, עמ' 427, אין מקום לנימוק "דעת המוכר להקנות לבעל המעות" אלא כשהשליח לא חרג מהרשאתו.

[112] ראה לעיל, הערה 48.

[113] גישה זו מתיישבת יפה עם דבריו של רבי יהודה, המובאים בתוספתא, דמאי (ליברמן) ח, א, על פי ביאור התלמוד הירושלמי (לעיל, הערה 111). רבי יהודה קובע שם שחבר הקונה תבואה בשליחות נסתרת עבור עם הארץ חייב להפריש ממנה תרומה ומעשר, אף על פי שפעל בכספו של שולחו, משום שאסור לחבר להוציא דבר שאינו מתוקן מתחת ידו (בכך הוא חולק על רבי יוסי, הסבור שכוונת המוכר למכור לבעל המעות, ומשום כך פטור החבר מהפרשת תרומה ומעשר). הירושלמי מסביר שטעמו של רבי יהודה הוא, ש"לא נתכוון המוכר להקנות אלא ללוקח [כלומר לשליח]", ועל כן חובה עליו להפריש תרומה ומעשר לפני העברת התבואה לעם הארץ. אין לומר שמשמעות הדברים היא שהשליח הוא שקנה מן המוכר, ורק אחר כך הקנה לשולח, ולכן חייב להפריש (ולפי זה, אין תוקף לשליחות נסתרת כלל, אף לא בהיבט הקנייני, כפי שהבין מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן יז). נראה יותר לומר ששיטת רבי יהודה מיוסדת על הגישה שתיארנו בטקסט, ולפיה השולח זוכה בנכס ישירות מן המוכר, אלא שזכייתו באה לו באמצעות השליח, ודי במעורבות זו של השליח־החבר כדי לחייב אותו בהפרשת תרומה ומעשר. ואכן, כך הציעו לפרש את שיטת רבי יהודה מקצת מן האחרונים, כשהם דוחים את דברי 'מחנה אפרים'. ראה: חלקת יואב, חו"מ, סימן ה; דברי חיים (אוירבך), חו"מ, דיני שלוחין, סימן ז.

[114] ראה לעיל, ליד ציון הערה 50.

מקום לביקורתם נגד רבי יוחנן. זאת ועוד. מהתקפתו ניכר שלדעתו, אם קיימת בעיה בהיעדר "דעת מקנה" בשליחות נסתרת, הרי שהכלל "שלוחו של אדם כמותו", המתקיים כאשר פעל השליח במסגרת הרשאתו גם בשליחות נסתרת, ולפיו יש זהות בין השולח לשליח, אינו פותר אותה.

שלב ד: רבי אבהו דוחה את קושייתו של רבי שמואל בר ססרטי נגד בני מערבא

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

רבי אבהו דוחה את קושייתו של רב שמואל בר ססרטי. לדעתו, יש ויש להבחין בין שליח שפעל בהרשאה ובין שליח שחרג מהרשאתו. כשפעל השליח בהרשאה, הזהות בינו ובין שולחו עונה על הדרישה ל"דעת מקנה" בשליחות נסתרת, שכן מכוחה נחשב השליח כידו של בעל הבית.

בשלב הזה, מוסיף רבי אבהו לכאורה ראיה לכך שתורת הזהות אכן עשויה להסביר את תוקפה של קנייה בשליחות נסתרת, וממילא יש ויש מקום להבחין בין פעולה בהרשאה ("חטים וחטים") לבין פעולה בחריגה מהרשאה ("חטים ושעורים"). את ראייתו הוא מביא ממשנה במסכת ערכין[115], הקובעת שאם הקדיש אדם את כל נכסיו, אין ההקדש זוכה בבגד שנתן לצַבָּע לצבוע עבור אשתו. מכאן מוכח שהאישה זוכה בבגד ישירות מן הצַבָּע, אף על פי שההנחה היא שהלה לא התכוון להקנות לה את הבגד הצבוע[116].

תדע, דתנן... המקדיש נכסיו[117]... אין לו [להקדש] בכסות אשתו ולא בכסות בניו, ולא בצבע שצבע לשמן[118], ולא בסנדלים חדשים שלקחן לשמן. ואמאי?

[115] משנה, ערכין ו, ה.

[116] ואף אם הודיע הבעל לצַבע שצביעת הבגד היא עבור אשתו, אין להניח שהצַבע התכוון להקנות את הבגד הצבוע ישירות לאישה, אלא סביר יותר להניח שהתכוון להקנותו לבעל המבקש לתת מתנה לאשתו. ראה תוספות, בבא קמא קב ע"ב, ד"ה שאני.
והשווה תוספות, שם, ד"ה מי הודיעו לצבע. התוספות הבינו אחרת את הראיה שביקש רבי אבהו להביא ממשנת ערכין. לדידם, הבגד שמסר הבעל לצביעה הוא בבעלות האישה, וברור אפוא שההקדש אינו יכול לשים עליו את ידו בגין סממני הצבע שעליו. לדעתם, חידושה של המשנה הוא שגזבר ההקדש אינו יכול לשים את ידו על השכר ששילם הבעל לצבע. לפי רבי אבהו, מוכח מכאן שיש תוקף לשליחותו של הבעל, אף שהייתה זו שליחות נסתרת, שאם לא כן, חייב היה הצַבע להשיב לבעל את השכר ששילם לו (והוא היה תובע את האישה בגין ההנאה שגרם לה), ועל שכר זה יכול היה אפוא גזבר ההקדש לשים את ידו. וראה מה שהערנו על שיטת התוספות, לעיל, הערה 85.

[117] הנוסח המלא של המשנה הוא: "אחד המקדיש את נכסיו ואחד המעריך את עצמו אין לו לא בכסות אשתו ולא בכסות בניו ולא בצבע שצבען לשמן ולא בסנדלים חדשים שלקחן לשמן". כלומר, הדין שגזבר ההקדש אינו יכול לשים את ידו על בגד שנתן אדם לצביעה עבור אשתו או בניו, אמור לא רק ביחס לאדם שהקדיש את כל נכסיו אלא גם ביחס לאדם שנדר לשלם להקדש את ערכו, ושנכסיו משועבדים לקיום חיובו. וראה להלן, הערה 124.

[118] לכאורה, קיים קושי גם אליבא דבני מערבא, שהרי לא נזכר כלל שהאישה מינתה את בעלה כשלוחה, ובעל כורחנו עלינו לומר שזכייתה בבגד הצבוע הוא מדין "זכין"! (וכך מבאר תוספות הרא"ש, מובא בשיטה מקובצת, בבא קמא קב ע"ב, ד"ה אי הכי, את הוכחת רבי אבהו: "אי אמרת בשלמא דקנתה משום דהוי שלו[חו], הוי ניחא, אף על גב דלא עבידתיה שליח, זכין לאדם שלא בפניו"). וראה: חלקת יואב, חו"מ, סימן ה, ד"ה והנה פירוש (וראה פירושו המקורי של חלקת יואב, להלן, הערה 131); מנחת יהודה, בבא קמא קב ע"ב, אות סז, ד"ה אכן, שהעירו על כך. ניתן ליישב קושי זה באחת משלוש דרכים: א) אכן, היזמה לרכישה באה מצד האישה, והיא מינתה אותו שליח (כך כותב חלקת יואב עצמו, חו"מ, סימן ג,

לימא הכא נמי ׳מי הודיעו לצבע שיקנה צבעו לאשה׳? אלא לאו משום דאמרינן [דשליחותיה קא עביד וכיד אשתו דמי, הכא נמי] שליחותיה קא עביד וכיד בעה״ב דמי!

קשה להבין היכן מוצא ר׳ אבהו במשנה זו סיוע לשיטת בני מערבא? הלוא הלכה זו שבמשנה, ולפיה האישה זוכה בבגד שהבעל נתן לצביעה עבורה, אף שהצַבָּע לא היה מודע לכך, ומשום כך בגד זה אינו נתפס בהקדש נכסי הבעל, מתיישבת היטב גם עם שיטת רבי יוחנן ורב שמואל בר ססרטי, הסבורים שהמוכר מקנה את הממכר לשולח גם כאשר השליח חורג מהוראות שולחו! אם כן, מה הוכחה מצא רבי אבהו באותה משנה, עד שאמר ״תדע!״?[119]. כל אחת מן הגישות שסקרנו לעיל, מתמודדת בצורה שונה עם קושי פרשני זה:

(1) לפי רבנו פרץ[120]: משנת ערכין עוסקת בשליח שפעל בשליחות נסתרת בכספו, לא בכספה של השולחת, ואף על פי כן השולחת זוכה בשליחותו. ההסבר לכך חייב להיות אפוא בתורת הזהות, ולא היה מקום לדחות הסבר זה, כפי שעשה רב שמואל בר ססרטי.

(2) לפי הרא״ש[121]: במשנת ערכין אין אפשרות לזכייה מכוחו של השליח, שכן ״אין אדם זוכה משלו לאחר״[122], ומוכח אפוא שהנכס נקנה לאישה מכוח תורת הזהות, ולא היה מקום לדחות הסבר זה, כפי שעשה רב שמואל בר ססרטי.

(3) לפי הרמ״ה[123]: אכן, משנת ערכין אינה מוכיחה את תוקפה של תורת הזהות, שהרי לפי רבי יוחנן, משעה שהצבע מקבל את התשלום תמורת השבחת הבגד, אין לו עניין

ד״ה אך בעיקר); ב) יש לראות ביחסים שבין הבעל והאישה מעין שליחות מכללא, שכן האישה מצפה שבעלה ידאג למחסורה, אשר על כן, כל קנייה כזאת נחשבת כאילו נעשתה בשליחותה; ג) יש להבחין בין דרגות של ״זכין״, יש היוצרות זהות ויש שאינן יוצרות זהות. ראה לדוגמה: מנחת יהודה, בבא קמא קב ע״ב, אות סז, ד״ה אכן, שמבקש להבחין בין זכות רגילה, שאינה יוצרת זהות, לבין זכות גמורה (כדוגמת הקונה עבור אשתו); שיעורי בקיאות (לר׳ רבינוביץ־תאומים), בבא קמא קב ע״ב, ד״ה לכן היוצא מכל זה, המבחין בין זכות בעצם הפעולה (דוגמת הקונה לאשתו במתנה) לבין זכות בתוצאות הפעולה (דוגמת קניית חיטים במקום שעורים, שהרי הפעולה היא בניגוד לרצונו של השולח, אלא שאם תוצאותיה יהיו טובות, הרי הוא נכון לקבלה).

119 את השאלה הזאת, מעלה מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן יז, ד״ה ולכאורה. והשווה ד׳ הלבני, מקורות ומסורות, בבא קמא, ירושלים תשנ״ג, עמ׳ תד.

120 לעיל, ליד ציון הערה 111.

121 לעיל, ליד ציון הערה 112.

122 הרא״ש כותב שבנידון המשנה בערכין, אי אפשר שהשולח יזכה מכוחו של השליח גם לדעתו של רבי יוחנן, משום ״שאין אדם זוכה משלו לאחר, אם לא יזכה לו על ידי אחר״. יש הנוקטים שדבריו מוסבים על בגד שהיה שייך לבעל זה מכבר, ונתן אותו הבעל לאומן לצבעו, ונמצא שכשהאומן מחזיר את הבגד לידי הבעל, אין הבעל יכול להקנותו לאשתו מכוחו הוא (ומכאן מבקש רבי אבהו להוכיח שב״חטים וחטים״, כוונת המוכר להקנות לשליח כמוה ככוונה להקנות לשולח). ביאור זה בדעת הרא״ש נוקטים בסגנונות שונים: אמרי הצבי, בבא קמא קב ע״ב, סימן פו, ס״ק ד, ד״ה וכתב; ערך ש״י, חו״מ, סימן קפג, סעיף ב, ד״ה אך יש מקום; לבוש מרדכי (אפשטיין), בבא קמא, סימן מב, ד״ה אכן; מחנה יהודה (חסמן), סימן א, ד״ה ולפי המתבאר; חידושים וביאורים (גריינימן), בני־ברק תשס״א, בבא קמא קב ע״ב, ס״ק ג, ד״ה יעוי׳. וראה עוד מה שכתב ר׳ זבולון לייב ברי״ט בירחון הרבני הפלס א (תרס״א), עמ׳ 720. והשווה: שו״ת בית אפרים, חו״מ, סימן לח, ד״ה ולענ״ד ז״א; שו״ת מי השליח, שאלה ט, ד״ה ועוד הא. עוד השווה לעיל, הערה 28 והערה 46 (בשם דיברות משה).

123 לעיל, ליד ציון הערה 114.

בזהות הקונה. אשר על כן, נאלץ רמ"ה להידחק ולהסביר שדברי רבי אבהו (ורבי אבא בהמשך הסוגיה) אינם אלא דיון פנימי בשיטתם של בני מערבא, ואין מגמתם להוכיח שהתקפת רב שמואל בר ססרטי הייתה מופרכת.

שלב ה: רבי אבא דוחה את ראיית רבי אבהו מן המשנה

א"ר אבא: לא. כל המקדיש נכסיו, אין דעתו על כסות אשתו ובניו[124].

רבי אבא דוחה את הראיה שהביא רבי אבהו, שכן אפשר שהסיבה לכך שההקדש אינו זוכה

[124] בהמשך הסוגיה, התלמוד מקשה שתי קושיות על תירוצו זה של רבי אבא, הקושיה הראשונה נדחית, אך הקושיה השנייה מחייבת את רבי אבא לתקן את התירוץ שלו. תיקון זה אינו משמעותי לענייננו, על כן נסתפק בהבאתו כאן בהערה:

מתקיף לה רבי זירא: וכי דעתו של אדם [המקדיש את נכסיו] על תפיליו [=התפילין שלו]? ותנן: המקדיש נכסיו – מעלין לו תפילין! א"ל אביי: אִין [=כן], דעתו של אדם על תפילין. המקדיש נכסיו סבר מצוה קא עבידנא, ואין דעתו של אדם על כסות אשתו ובניו, משום איבה. מתקיף לה רב אושעיא: והלא חייבי ערכין שנו כאן [כלומר, משנת ערכין אמורה גם באדם שנדר לשלם להקדש את ערכו, שגזבר ההקדש אינו יכול לגבות מן הבגד שנתן הנודר לצַבע לצבוע אותו עבור אשתו]. ותנן: חייבי ערכין ממשכנין אותן. וכי דעתו של אדם על עצמו למשכנו? [מכאן שאם גזבר ההקדש אינו יכול לגבות חוב זה מן הבגד שנתן הנודר לצַבע לצבוע אותו עבור אשתו, אין זה משום כוונת הנודר, שהרי שעבוד נכסיו לכיסוי חובו אינו תלוי ברצונו הטוב כי אם בהלכה, אלא כפי שהציע רבי אבהו, משום שבגד זה עבר ישירות לבעלות האישה. אבל ראה תוספות, שם, ד"ה אין דעתו, שניכר שהבינו אחרת את קושיית הגמרא. וראה חזון איש, בבא קמא, סימן כא, ס"ק ה]. אלא אמר רבי אבא: כל המקדיש נכסיו, נעשה כמי שהקנה להן כסות אשתו ובניו מעיקרא.

בחידושי הרשב"א, בבא קמא קב ע"ב, ד"ה הא דאמר, הציע שני פירושים לתירוץ האחרון של רבי אבא: (א) רבי אבא מודה שהסיבה לאי־זכיית ההקדש בנכס היא, משום שהנכס הוא רכוש האישה (ולא משום האומדנא שלא נתכוון הבעל לכלול את הבגד במסגרת הקדשת כל נכסיו, כפי שתירץ תחילה), אלא שבניגוד לדעת רבי אבהו (הסובר שהבגד נקנה לאישה מכוח השליחות כבר בשעה שהעבירו האומן לידי הבעל), הרי שלדעת רבי אבא, הבעל הוא שהעביר לה את הבעלות על הבגד לפני שהקדיש את כל נכסיו. ואף שבעיקרון, "אין אדם זוכה משלו לאחר", הרי בשל גמירות הדעת הברורה של הבעל, יש כאן חריג לכלל זה, העוקף את הצורך בפעולה קניינית (וראה עוד: שו"ת רבי עקיבא איגר, מהדורא קמא, סימן לז, ד"ה והנלע"ד; חזון איש, בבא קמא, סימן כא, ס"ק ה). כפירוש זה נוקט גם הרמב"ן בתשובתו המובאת בספר התרומות, שער א, חלק א, אות ה (כשהוא מחיל את הדברים על הבעל, שלאחר שקיבל את הבגד הצבוע, נטל הלוואה, שאף שבעיקרון משתעבדים כל נכסיו, הבגד הזה אינו משועבד, שכן הבעל נחשב כמי שהקנה אותו לאשתו עוד קודם שנטל את ההלוואה). וראה מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן יח.

(ב) רבי אבא מחזיק בדעתו שההקדש אינו זוכה בבגד שנתן הבעל לצביעה עבור אשתו, לא משום שהאישה זכתה בו ישירות מן הצַבע, אלא משום שהבעל לא נתכוון לכלול אותו במסגרת הקדשת כל נכסיו, "דאין אדם נותן דעתו על מה שכבר לקח לצורך אשתו ובניו". אף שמבחינה משפטית, נכסים אלו נותרו בבעלותו, הרי סובייקטיבית, אין הוא רואה אותם כנכסיו, ועל כן ההנחה היא שאינו כולל אותם בהקדשתו. מלשון הרא"ש, שנקט בפסקיו (בבא קמא, פרק ט, סימן יח) את תירוצו הראשון של רבי אבא (ללא התיקון), ניכר שנקט כפירוש זה, ולא ברור כיצד מתורצת קושיית הגמרא מן "המעריך את עצמו". לעניין זה, ראה ברכת שמחה, בבא קמא קב ע"ב, ד"ה גמרא אלא, המציע לומר שתקנה מיוחדת מוציאה את הבגדים המיועדים לאישה ולבנים מכלל שעבודו של הנודר. וכעין זה מפורש בתלמוד הירושלמי, להלן, הערה 156. והשווה אבן האזל, הלכות מלווה ולווה, פרק א, הלכה ה, ד"ה ונראה (שנדחק לומר שהמשנה אינה מדברת לעניין הגבייה מן המקדיש אלא לעניין הערכת נכסיו כדי לקבוע את השומה שלו, שכן אם הוא עני, שומתו פחותה מן השומה הקצובה בתורה. ראה ערכין יז ע"ב).

בבגד שמסר הבעל לצביעה עבור אשתו, אינה משום שיד הבעל "כיד אשתו דמי", והבגד עבר ישירות לבעלות האישה (כפי שטען רבי אבהו), אלא משום שמלכתחילה ההשערה היא שוודאי לא התכוון הבעל לכלול בגדים אלו בהקדשתו[125].

מגמתו של רבי אבא בדחיית דברי רבי אבהו נתפרשה על ידי הפוסקים בדרכים אחדות בהתאם לגישות שנסקרו לעיל:

(1) לפי רבנו פרץ, שראה בדברי רבי אבהו קושיה נגד שיטת רב שמואל בר ססרטי, כוונת רבי אבא בדבריו לאמץ את שיטת רב שמואל בר ססרטי בדעתו של רבי יוחנן, ולפיה אין בתורת הזהות כדי לתת תוקף לקנייה בשליחות נסתרת, וחשובה רק כוונתו של המוכר להקנות לבעל המעות.

הרמב"ן[126] מאמץ את דברי רבי אבא להלכה, ולפי זה, אם השולח אינו בעל המעות, אין הוא זוכה בנכס, אף כשלא שינה השליח משליחותו[127]. לא כך דעת מהרי"ח[128]. הוא מסכים שזו אכן דעתם של רב שמואל בר ססרטי ורבי אבא, אבל מכוח סוגיה אחרת, הוא מגיע למסקנה שרבי יוחנן אינו חולק על רבי אבהו לעניין תוקפה של תורת הזהות. נמצא שלדעתו, אף אם השולח אינו בעל המעות, די בתורת הזהות לתת תוקף לקנייה בשליחות נסתרת.

(2) הרא"ש, שראה גם הוא בדברי רבי אבהו קושיה נגד שיטת רב שמואל בר ססרטי, סבור שכוונת רבי אבא בדבריו לאמץ את שיטת רב שמואל בר ססרטי בדעתו של רבי יוחנן. על פי גישה זו, לא תורת הזהות עונה על דרישת "דעת מקנה", אלא דרישה זו באה על סיפוקה בכוונתו של המוכר להקנות לשליח. השליח מצדו יכול באופן חד־צדדי (מכוח יחסי השליחות שביניהם או מכוח דין "זכין") להתכוון לקנות את הנכס עבור שולחו, אף כשהוא חורג מהרשאתו ואף כשאינו פועל בכספו.

[125] כפירוש השני בדברי הרשב"א, לעיל, הערה 124.

[126] הרמב"ן, בתשובתו המובאת בספר התרומות, שער א, חלק א, אות ה. בהתאם לכך (ובהמשך למה שראינו בשמו לעיל, הערה 124), הוא פוסק שאם הבעל נטל הלוואה, ולהבטחת פירעונה שיעבד גם את המיטלטלין שהוא עתיד לקנות ("דאיקני"), יחול השעבוד גם על הבגד שנתן לצַבע לצבוע אותו עבור אשתו, כשיטת רבי אבא (ולא כשיטת רבי אבהו, ולפיה הבגד אינו משועבד לחובות הבעל, מאחר שהאישה זוכה בו ישירות מן הצַבע). וראה קצות החושן, סימן צז, ס"ק יג.

[127] וצריך קניין חדש. וכן היא דעת רבנו ירוחם, לדעת 'דרכי משה', כפי שראינו לעיל, הערה 33.

[128] דברי מהרי"ח הובאו בהגהות אשרי, בבא קמא, פרק ט, סימן יח. מהרי"ח פוסק שכשם שההקדש אינו גובה מכסות אשתו ובניו, הוא הדין בעל חוב. מהרי"ח מקשה על עצמו, שכן להבנתו, טעמו של רבי אבא אינו רלוונטי בבעל חוב ("דמשמע דוקא גבי מקדיש ומעריך איכא למימר הכי, אבל גבי בעל חוב לא"), ואם כן, נשאלת השאלה: מה המקור להרחבת הדין גם לבעל חוב? על כך הוא משיב: "ונראה דדיחויא בעלמא היא, אלא הוא הדין דבעל חוב נמי לא גבי מכסות אשתו... וטעמא משום דבלקיחתן לשמן זכו בהו, דשליחותייהו קעביד, כדמשני מעיקרא". וראה חזון איש, בבא קמא, סימן כא, ס"ק יא, ד"ה שם בהג"א: "ונראה דאין כוונתו ז"ל דקיימא לן כבני מערבא... אלא כוונתו ז"ל דאפילו לרבי יוחנן, דחטין ושעורין נמי סתמא המוכר מקנה לבעל המעות, שפיר יש לומר דחטים וחטים עדיף, ואפילו לקח במעות עצמו זכי בשביל חבירו, וכההיא מתניתין דערכין, וכדאמר רבי אבהו, ואע"ג דליתא לפי זה קושית רב שמואל בר ססרטי, מכל מקום שפיר יש לומר כרבי יוחנן, ודלא כחוכא דבני מערבא". לביאור שיטת מהרי"ח, השווה: מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן יח; קצות החושן, סימן צז, ס"ק יג. נציין שכמה מן הראשונים פוסקים גם הם כדברי המהרי"ח (שדינו של בעל חוב זהה לדינו של ההקדש, והוא אינו גובה מן הצַבע או מסנדלים שנקנו לשם האישה והבנים), אלא שלדעתם, פסק זה יכול לעלות בקנה אחד גם עם נימוקו של רבי אבא: "נעשה כמי...".

(3) לפי הרמ"ה, שלא ראה בדברי רבי אבהו קושיה נגד רב שמואל בר ססרטי, כוונת רבי אבא היא, שלשיטת בני מערבא, אין הוכחה ממשנה זו שתורת הזהות פותרת את בעיית היעדר "דעת מקנה"[129]. אולם ויכוח זה ביניהם בשאלה אם משנת ערכין משמשת או אינה משמשת ראיה לשיטת בני מערבא אינה נוגעת להלכה, שכן ההלכה היא כשיטת רבי יוחנן, ולפיה אין צורך ב"דעת מקנה" כלל, ומשום כך תוקפה של שליחות נסתרת לקנייה אינו מעורר קושי כל עיקר[130], והשולח זוכה בפעולת השליח, בין פעל בהרשאתו בין חרג ממנה ("זכין"), בין פעל בכספו בין שלא בכספו[131].

שלב ו: קושיה מברייתא על שיטתם של בני מערבא

תנו רבנן: הלוקח שדה בשם חבירו, אין כופין אותו למכור... מאי קאמר? אמר

[129] וראה חידושי הראב"ד, בבא קמא קב ע"ב, ד"ה אלא אמר רבי אבא, שהוכחה לקביעה שתורת הזהות פותרת את בעיית "דעת מקנה" יכולים בני מערבא למצוא בעצם העובדה שהברייתא, בעניין קניית שעורים, דיברה דווקא בשליח שנשלח לקנות חיטים וקנה שעורים, שאז חל הכלל: "פחתו – פחתו לו". מכאן שאם לא חרג משליחותו (שנתבקש לקנות חיטים וקנה חיטים), אין ספק שיש תוקף לשליחותו. והשווה תוספות, שם, ד"ה שאני חטין וחטין.

[130] ובלשונו של רמ"ה: "לא שנא שני שליח ולא שנא לא שני שליח, כי טעמיה דרבי יוחנן. ושינויה דרבי אבא ליתא". וראה אבן האזל, הלכות מלווה ולווה, פרק א, הלכה ח, ד"ה ושיטת הרמ"ה: "דאף שלפי סדר הגמרא, בא ליישב דעת רבי יוחנן, מכל מקום סובר הרמ"ה דמעיקר דינא לא קימא לן כבני מערבא, דאמרינן 'מי הודיעו'... ואף שאינם בעלי המעות, זכה המוכר בשבילם". על פי דרכו של הרמ"ה, דין זה נכון גם כשהבעל קונה את הנכס עבור אשתו לאחר שכבר נתחייב להקדש או לבעל חוב. בעל החוב אינו יכול לממש את חובו מנכס זה, שכן מעולם לא עבר הנכס דרך הבעל, וזאת אף אם שעבד נכסים עתידיים לפירעון החוב ("דאיקני"). ראה אבן האזל, שם, ד"ה והנה.

[131] והשווה חלקת יואב, חו"מ, סימן ה, הנוקט גם הוא, כמו הרמ"ה, שטעמו של רבי יוחנן, שאין צורך בדעת המקנה כלל, ומציע פרשנות מקורית למהלך השקלא וטריא של הסוגיה. לדבריו, רבי אבא ורבי אבהו נחלקו בשאלת עמדתם של בני מערבא בעניין הצורך ב"דעת מקנה", כפי שנבאר להלן: רבי אבהו סובר שגם בני מערבא מודים שאין צורך בדעת המקנה, וכהוכחה לכך הוא מביא את משנת ערכין (בעניין הבעל המזמין עבודת צביעה או קונה סנדלים עבור אשתו). אילו סברו בני מערבא שיש צורך בדעת המקנה, היו דבריהם עומדים בסתירה לדין המשנה, שהנכס נקנה לאישה, אף על פי שאין שם "דעת מקנה", שהרי המוכר לא ידע שהבעל קנה עבור אשתו. אבל לפי זה, נשאלת השאלה: אם מודים בני מערבא שבעיקרון אין צורך בדעת המקנה, מדוע כשהשליח חרג משליחותו וקנה שעורים במקום חיטים, דרושה לדעתם הודעה למוכר ("מי הודיעו")? דבר זה לא נתבאר בתלמוד. וכאן מחדש בעל 'חלקת יואב' שהסיבה לכך היא שכוונתו הסובייקטיבית של השליח אינה מספיקה, משום שאינה אלא "דברים שבלב", ובהיעדר הודעה מוקדמת למוכר או לעדים, אין בכוחו של השליח לטעון שקנה עבור אחר, שכן חרג מהרשאתו, והרי הוא כמי שמגביה נכס מן ההפקר וטוען שעשה זאת עבור חברו, שאינו נאמן על כך (ראה: סמ"ע, חו"מ, סימן רסט, ס"ק א; קצות החושן, שם, ס"ק א. השווה: ש"ך, שם, ס"ק א; נתיבות המשפט, שם, ס"ק א), שכן המשמעות הפשוטה של מעשיו אינה מעידה שפעל עבורו (ואף על פי שכבר ראינו לעיל, הערה 118, שלדעת 'חלקת יואב', גם במשנת ערכין, לא פעל הבעל בהרשאתה של אשתו, מכל מקום אין כאן "דברים שבלב", והוא נאמן לטעון שקנה עבור אשתו, שכן ברור לכל שהבעל נוהג לרכוש מנעלים ובגדים גם עבור אשתו ובני ביתו). לעומתו, לדעת רבי אבא, סברת בני מערבא אינה משום "דברים שבלב", אלא שבעיקרון יש צורך ב"דעת מקנה", כפי שהובנו דבריהם בתחילה, ואין להוכיח ממשנת ערכין שאין צורך בדעת המקנה, שכן אפשר ששם ההקדש אינו זוכה בכסות אשתו ובניו רק מכוח תקנת חכמים.

רב ששת, ה"ק: הלוקח שדה מחבירו בשם ריש גלותא, אין כופין אותו ריש גלותא למכור... מכלל דמקנא קניא ליה. לימא פליגא דבני מערבא, דאמרי: וכי מי הודיעו לבעל חטין שיקנה חטין לבעל הבית?

התלמוד מבקש לסתור את דעתם של בני מערבא מכוח ברייתא העוסקת במי שקנה נכס בשמו של אחר, אף על פי שלא היה שלוחו. בפרשנות הברייתא, נחלקו הראשונים, וממילא נחלקו גם בהבנת הסתירה העולה ממנה לשיטת בני מערבא.

לפי הפרשנות המקובלת[132], הקונה, שהתכוון לקנות את השדה לעצמו, התחזה בפני המוכר בשעת הקנייה כשלוחו של ראש הגולה (כדי למנוע ערעורים אפשריים על העסקה[133] או כדי להשיג מחיר טוב יותר, שכן הוא יודע שהבריות נושאים פנים לראש הגולה[134]). ואף שהקונה הודיע למוכר שהוא פועל בשם ראש הגולה, נקבע שהוא זוכה בשדה לעצמו ("מכלל דמקנא קניא ליה [לשליח המתחזה]")[135]. לפי זה, הקושיה העולה מן הברייתא נגד בני מערבא היא: כיצד זוכה השליח המתחזה בנכס לעצמו, אף על פי שהודיע למוכר בשעת הקניין שהוא קונה את הנכס עבור אחר? והלוא דעת המוכר להקנות את הנכס לאחר! שאלה זו אינה קשה לשיטת רבי יוחנן, שכן: לפי רבנו פרץ, די בעובדה שהשליח המתחזה הוא בעל המעות (אף שהמוכר חשב שהשולח המדומה הוא הקונה)[136]; לפי הרא"ש, דעתו של המוכר להקנות למי שעושה עמו את העסקה (אף כשהלה מודיע לו שהוא קונה עבור אחר); ולפי הרמ"ה, אין צורך ב"דעת מקנה" כלל.

לפי פרשנות אחרת[137], הקונה לא הציג את עצמו תחילה כשליח, אלא קנה את השדה סתם, ורק לאחר הקנייה ביקש מן המוכר לרשום את השטר על שמו של ראש הגולה, וכך עשה הלה. הברייתא קובעת שראש הגולה זוכה בנכס, כנראה משום שהרישום המאוחר בשטר

[132] כך היא דעת רוב המפרשים. ראה לדוגמה: שיטה מקובצת, בבא קמא קב ע"ב, בשם גאון; שם, בשם תוספות הרא"ש; שם, בשם הרמ"ה; חידושי הרשב"א, שם, ד"ה מכלל; ספר התרומות, שער נא, חלק ט, אות א; מהרש"א, מהדורא בתרא, שם.

[133] כך מפרש רש"י, ד"ה הלוקח.

[134] כך מפרש בעל שיטה מקובצת, שם, ד"ה ח"מ ס', בשם גאון.

[135] אלא ש"אין כופין אותו ריש גלותא למכור". כלומר, השליח המתחזה אינו יכול לכפות על השולח המדומה, שעל שמו נכתב השטר, לכתוב לו שטר המעיד כביכול על העברת הבעלות אליו.

[136] ראה: חידושי הרשב"א, בבא קמא קב ע"ב, ד"ה מכלל; תוספות הרא"ש, מובא בשיטה מקובצת, שם, ד"ה וז"ל הרא"ש בתוספותיו. הם מדגישים את העובדה שדעת המוכר להקנות לעולם לבעל המעות, אף אם הקונה אמר לו למכור לאחר (והשווה אוסף חידו"ת (קוטלר), סימן יח, שהביא מדין זה ראיה לשיטתו (ראה לעיל, הערה 54), שהמעות קונות, ולא דעת המוכר, שהרי כאן ברור שדעת המוכר להקנות לאחר: "וכאן הרי לא נעשה הקנין בסתמא, ומהיכי תיתי שיתכוין לאחר... והיינו דינו דרבי יוחנן, דלא צריך שיהא לו דין שליח, אלא דהמעות עצמן קונים למשלח, אף בלי דעת ובלי מעשה השליח בשבילו". אך, כאמור, גישתו נסתרת במפורש מגישתם של הראשונים).

[137] ראה: שו"ת הרא"ש, כלל צו, סימן ג; ש"ך, חו"מ, סימן קפג, ס"ק ב; ט"ז, חו"מ, סימן קפד, סעיף ב, ד"ה ואם קנה קרקע תחילה; ביאור הגר"א, חו"מ, סימן קצ, ס"ק ז (וראה קצות החושן, סימן קפד, ס"ק א, שתמה על פרשנות זו: "ותמיהני על המאורות הגדולים הט"ז והש"ך, מה ראו על ככה?"). אבל השווה: כנסת הגדולה, חו"מ, סימן קפד, הגהות הטור, אות יד, ד"ה וכ"ת מנ"ל; צור תעודה, הלכות שלוחין, פרק ב, הלכה ה, ד"ה והנראה לפק"ד. לדבריהם, יש לפרש את הסוגיה כשיטה המקובלת גם לדעת מפרשים אלו.

מעיד על כוונתו של הקונה בשעת הקניין[138], אף על פי שבאותה שעה לא ידע המוכר על קיומו של ראש הגולה ("מכלל דמקנא קניא ליה [לשולח המדומה]")[139]. לפי זה, הקושיה מן הברייתא נגד בני מערבא היא: כיצד זוכה ראש הגולה בשדה, אף על פי שבשעת הקניין המוכר לא ידע על קיומו? שאלה זו אינה קשה לשיטת רבי יוחנן אליבא דהרא"ש[140] והרמ"ה, אבל לכאורה היא קשה גם לשיטת רבי יוחנן אליבא דרבנו פרץ, שהרי ראש הגולה אינו בעל המעות, ולפי זה לא ברור מדוע הקשה התלמוד קושיה זו נגד בני מערבא דווקא[141].

שלב ז: דחיית הקושיה על בני מערבא מן הברייתא

אי משום הא, לא קשיא. כגון דאודעיה לבעל שדה ואודעינהו לסהדי.

כדי לדחות את הקושיה מן הברייתא כנגד בני מערבא, התלמוד מציע להעמיד את הברייתא בקונה שהודיע למוכר עבור מי הוא קונה, כך שהדרישה ל"דעת מקנה" שאוחזים בה בני מערבא באה על סיפוקה: לפי הפרשנות המקובלת, השליח המתחזה גילה למוכר ולעדים בשעת הקניין את כוונתו האמתית, לקנות לעצמו[142]; ולפי הפרשנות האחרת, הקונה הודיע למוכר כבר בשעת הקניין שהוא קונה עבור ראש הגולה.

שלב ח: תקדים שעולה ממנו לכאורה שרב פוסק כבני מערבא

רב כהנא יהב זוזא אכיתנא. לסוף אייקר כיתנא. זבניה מרוותיה דכיתנא. אתא לקמיה דרב, אמר ליה: "מה אעביד? איזיל אישקיל זוזאי?". אמר ליה: "אי כי קא זבני אמרי 'האי כיתנא דכהנא הוא', זיל שקול. ואי לא, לא תשקול". כמאן? כבני מערבא, דאמרי: "מי הודיעו לבעל חטין שיקנה חטין לבעל מעות?".

מעשה במוכר שהתחייב לספק פשתן לרב כהנא (הקונה הראשון) תמורת תשלום מראש. בהגיע מועד ההספקה, כשראה המוכר שערך הפשתן בשוק גבוה מהרגיל, החליט המוכר, לטובתו של רב כהנא, למכור את הפשתן לאדם אחר (הקונה השני), מתוך כוונה לזכות בתמורה עבור רב כהנא. רב כהנא שאל את רב אם מותר לו לקבל את התמורה או שמא יש כאן חשש לאיסור ריבית, שכן בתמורה לסכום ששילם מראש, שדינו כהלוואה למוכר, הוא מקבל ממנו

138 ראה שו"ת ושב הכהן, סימן מו, ד"ה והנה מדברי הרא"ש. וראה עוד בדרך דומה, חידושים וביאורים (גריינימן), בני־ברק תשס"א, בבא קמא קב ע"ב, ס"ק ג, ד"ה ובאמת.

139 ולפי זה, יש להבין את דברי התלמוד, "אין כופין אותו ריש גלותא למכור", כפשוטם, היינו שראש הגולה, שהשדה עברה לבעלותו, אינו חייב להסכים למכור אותה חזרה למי שקנה אותה בפועל. אבל נראה שאם אינו מסכים לכך, עליו לשפות את הקונה על הוצאותיו. והשווה לעיל, הערה 135.

140 ראה: שו"ת בית אפרים, חו"מ, סימן לח, ד"ה אולם לפמ"ש הפוסקים; גידולי שמואל, בבא קמא קב ע"ב, ד"ה ומה דהרא"ש, וד"ה ולהרא"ש מובן; שו"ת משכנות יעקב (ברוכין), חו"מ, סימן נג, ד"ה והנה עלה בדעתי; פסקי דין ירושלים ד, עמ' צא, ד"ה ויתכן לפרש.

141 וכפי שהעיר ש"ך, חו"מ, סימן קפג, ס"ק ב (יש לציין שהש"ך הקשה קושיה זו גם אליבא דהרא"ש, משום שלהבנתו, דעת הרא"ש כדעת רבנו פרץ. ראה לעיל, הערה 28). וראה שם מה שנדחק ליישב.

142 כאמור, לדעת רבי יוחנן, אין צורך בהודעה למוכר, אבל אפשר שהוא מודה שיש צורך בהודעה לעדים, שאם לא כן, לא יהיה נאמן לטעון שהתכוון לקנות לעצמו. בעניין זה עסקנו בדיוננו על השליח המתחזה, לעיל, סעיף 6, פרק שלישי, א(1)(ה), עמ' 351.

סכום גבוה יותר. על כך ענה רב, שאכן אם הסתיר מוכר הפשתן מן הקונה השני את כוונתו לזכות בתמורה עבור רב כהנא (הקונה הראשון), אסור לרב כהנא לקבל את הרווח משום שהוא בגדר ריבית. לא כן אם הודיע המוכר לקונה השני על זהותו של בעל הפשתן, שאז הסכום עובר ישירות מן הקונה השני אל רב כהנא, ואין כאן חשש ריבית.

התלמוד, המניח שהבעלות על הפשתן כבר עברה לרשותו של רב כהנא במכירה הראשונה, סבור שפסיקתו של רב תואמת את שיטת בני מערבא דווקא, שהרי רב קבע שאם הסתיר מוכר הפשתן מן הקונה השני את כוונתו, הוא זוכה בתמורה ומעביר אותה לרב כהנא, ומשום כך קבע שיש כאן איסור ריבית. לשון אחר. בדומה לדעת בני מערבא, ולפיה שליח שחרג משליחותו אינו יכול לזכות בנכס עבור שולחו הנסתר ("מי הודיעו למוכר שיקנה חטיו לבעל המעות?"), פסק רב שהמוכר שפעל בלא הרשאתו של רב כהנא, אף אינו יכול לזכות עבורו בתמורה ממכירת הפשתן שלו לקונה השני ("מי הודיען ללוקחין שיקנו מעותיהן לרב כהנא?", כדברי רש"י[143]).

כאמור, לכאורה הוראה זו אינה מתיישבת עם גישת רבי יוחנן, שכן לפי דרכו, התמורה הייתה צריכה לעבור ישירות מהקונה השני לרב כהנא, אף כשלא ידע הלה על קיומו: בין אם משום שדעת הקונה להקנות את מעותיו לבעל הנכס, רב כהנא (כשיטת רבנו פרץ)[144], בין אם משום שכוונת המוכר במכירה השנייה הייתה לזכות עבורו (כשיטות הרא"ש והרמ"ה), ומדוע אפוא חשש רב לריבית?

שלב ט: התאמת פסיקתו של רב לגישת רבי יוחנן

> אטו מי יהיב רב כהנא ארבע ושקיל תמני? כיתנא ממילא הוא דאייקר, מיגזל גזלוה. ותנן: "כל הגזלנין משלמין כשעת הגזלה"! אמרי: התם אמנה הואי, ולא משכיה רב כהנא לכיתנא.

התלמוד דוחה את הנחת היסוד, ולפיה בשעת המכירה השנייה כבר זכה רב כהנא בפשתן. אילו כך היה, לא היה מקום לחשוש לאיסור ריבית כלל, שהרי הדין הוא שרב כהנא היה זכאי לקבל את ערך הפשתן שלו בשעה שנמכר (כדין גזלה), אף אם שוויו גבוה ממה שהוא שילם עליו בשעה שקנה אותו. הכרח הוא לקבוע אפוא שרב כהנא עדיין לא זכה בפשתן בשעה שנמכר לקונה השני, ובינו ובין המוכר לא הייתה אלא הבטחה למכור, ולא מכירה בפועל. לפי זה, מתיישבת פסיקתו של רב גם עם גישת רבי יוחנן: לפי רבנו פרץ, הפסיקה מובנת מאליה, שהרי רב כהנא אינו בעל הממון, וממילא התמורה שמקבל המוכר מן הקונה השני אינה עוברת אליו ישירות, ודינה אפוא כריבית; והפסיקה מתיישבת גם לפי הרא"ש והרמ"ה (אף שהם נוקטים ששליחות נסתרת מועילה גם כשהתמורה באה מהשליח), שכן מן הדין המוכר יכול היה לחזור בו מהתחייבותו כלפי רב כהנא כדי לזכות בתמורה הגבוהה יותר לעצמו, ואשר על כן אף אם לא עשה כן ורק הציג עצמו כמי שקונה לעצמו, יש כאן ריבית למראית עין, אפילו אליבא דרבי יוחנן[145].

[143] רש"י, שם, ד"ה כמאן. אבל ראה זריחת השני, בבא קמא שם (עמ' 187), שהעיר שרוב הראשונים אינם גורסים את ההשוואה לבני מערבא בשלב זה של הסוגיה.

[144] וראה לעיל, הערה 31.

[145] ראה פני יהושע, בבא קמא קג ע"א, ד"ה בגמרא אמרי. והשווה קצות החושן, סימן קפג, ס"ק ד, ד"ה ובסמ"ע (בסופו).

נספח שני

"שלחו לקנות חטין וקנה שעורין" – ניתוח סוגיית התלמוד הירושלמי

(לנספח ראשון, הערות 106, 111)

לסוגיית הבבלי שתוארה בנספח ראשון, ראוי להשוות את הסוגיה המקבילה בתלמוד הירושלמי[146].

שלב א: הברייתות הסותרות ויישובן

> תני. הנותן מעות לחברו ליקח לו בהן חטין ולקח בהן שעורין: אם פחתו – פחתו לו, ואם הותירו – הותירו לו. תניי חורן תני: אם פחתו – פחתו לו, ואם הותירו – הותירו לשניהם.
> מן דמר: "אם פחתו – פחתו לו; ואם הותירו – הותירו לו", ר' מאיר. מה טעמ' דר' מאיר? שלא נתכוון המוכר לזכות אלא ללוקח. ומן דמר: "אם פחתו – פחתו לו; ואם הותירו – הותירו לשניהם", ר' יהודה[147]. מה טעמ' דר' יהודה? שלא נתכוון המוכר לזכות אלא לבעל המעות.

כמו התלמוד הבבלי, התלמוד הירושלמי מביא את הברייתות הסותרות, וכמוהו הוא מסביר שהברייתא הראשונה היא אליבא דרבי מאיר, ואילו הברייתא השנייה היא אליבא דרבי יהודה (הסבר זה ליישוב הסתירה בין הברייתות מובא באופן אנונימי, בעוד בתלמוד הבבלי הוא מיוחס לרבי יוחנן). אולם לדעת הירושלמי, היסוד לחילוקי הדעות בין רבי מאיר ורבי יהודה אינו בשאלה אם "שינוי קונה" או "שינוי אינו קונה", כפי שהוצע בבבלי, והוא מציע הסבר אחר[148]: לדעת רבי מאיר, "לא נתכוון המוכר לזכות אלא ללוקח", ומכאן שרבי מאיר דוחה את תוקפה של שליחות נסתרת, למצער כשחרג השליח משליחותו; ולעומתו רבי יהודה סבור ש"לא נתכוון המוכר לזכות אלא לבעל המעות"[149]. כלומר, המוכר אינו מקנה את הסחורה ללוקח שבפניו (השליח) אלא לבעל המעות, יהיה אשר יהיה, וזאת אף אם השליח חרג מהרשאתו וקנה שעורים במקום חיטים. הצד השווה בין רבי מאיר לרבי יהודה הוא, שכוונתו

146 ירושלמי, בבא קמא, פרק ט, הלכה ה. נוסח הסוגיה משובש מאוד בדפוסים. נוסח מתוקן יותר מובא באור זרוע, בבא קמא, סימן תיג, ונוסח מתוקן עוד יותר מובא על ידי ר"ש ליברמן, ירושלמי נזיקין, ירושלים תשמ"ד, עמ' 35, על פי כתב יד אסקוריאל. כל הפרשנים מתחבטים בהבנת מהלך הסוגיה, ובהתאם לכך מציעים תיקונים לנוסח. להלן ניסיון לפרש את הסוגיה המבוסס בעיקרו על פירושו של ר' ישראל חיים דייכעס (נתיבות ירושלים, וילנא תרמ"ד), כשהוא מותאם עד כמה שאפשר לנוסח כתב יד אסקוריאל. השווה: פני משה; נועם ירושלמי; יפה עיניים (ילין), בבא קמא קב ע"ב; שו"ת משכנות יעקב (ברוכין), חו"מ, סימן נג, ד"ה ושוב ראיתי; אבן האזל, הלכות מכירה, פרק ז, הלכה יב, ד"ה והנה בעיקר דינא.

147 בדפוסים ובכתב יד ליידן חסר מן המילים "מן דמר" עד כאן. מעין נוסח כתב יד אסקוריאל נמצא גם באור זרוע, בבא קמא, סימן תיג.

148 העיר על כך נועם ירושלמי.

149 לעיל, הערה 111, ראינו שכך היא דעת רבי יוסי בתלמוד הירושלמי, דמאי, פרק ו, הלכה ח: "לא נתכוון המוכר לזכות אלא לבעל המעות", ואילו רבי יהודה סבור ש"לא נתכוון המוכר לזכות אלא ללוקח"! (ראה לעיל, הערה 113). על סתירה זו בתלמוד הירושלמי בדעת רבי יהודה, העירו המפרשים שצוינו לעיל, הערה 146. השאיפה לגשר בין הסוגיות הניעה חלק מהם לפרש את סוגייתנו בדרכים אחרות.

החד־צדדית של השליח לקנות את השעורים עבור שולחו אינה מספיקה לזכות את השולח.

שלב ב: לפשר חלוקת הרווח אליבא דרבי יהודה

ולמה חולק עמו? שאסור לאדם ליהנות משל חבירו[150].

אם ההנחה של רבי יהודה היא שדעת המוכר להקנות לבעל המעות (השולח), מדוע חייב השולח לשתף את השליח ברווח? התלמוד משיב, שמאחר שהרווח נוצר ביזמתו של השליח, השולח אינו יכול ליהנות מפעולתו חינם[151].

שלב ג: דחיית השיטה המיוחסת לרבי יהודה

מעתה, אילו[152] אמ׳ 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, וקם מה בידיה!

כלומר, אמנם כאשר השליח פועל בהרשאה, מתקבלת על הדעת ההנחה שהמוכר מתכוון להקנות את סחורתו לבעל המעות, אף שלא ידע על קיומו (שאז אינו מסתכן). אבל אין סביר להניח כן כאשר חרג השליח מהרשאתו. בכגון זה, סביר יותר להניח כשיטת רבי מאיר, שהמוכר מתכוון להקנות את הסחורה שלו למי שמציג את עצמו בפניו כבעל דברו, ויישאר הרווח בידו.

שלב ד: הצעה חלופית בשיטת רבי יהודה

אמר רבי נסא: בשעה שקיים שליחותו, לא נתכוון המוכר לזכות אלא לבעל המעות. ובשעה שלא קיים שליחותו, לא נתכוון המוכר לזכות אלא ללוקח. ולמה הוא [השולח] חולק עמו? אמ׳ ר׳, הואיל ובאת [=ובאה] לו [לשליח] הנייה מתוך ידו[153] [הודות לכספו של השולח], אף הוא חולק עמו.

רבי נסא מאמץ את הגישה העומדת ביסוד דחיית ההצעה הראשונה בהסבר שיטתו של רבי

150 פסקה זו חסרה באור זרוע. בדפוס ובכתב יד ליידן הנוסח הוא: ״ולמה אין חולק עמו״ (בכתב יד אסקוריאל ״ולמה אינו חולק עמו״). וראה אבן האזל, המקיים את נוסח הדפוס ומציע פירוש שונה לחלוטין מן המוצע כאן.

151 רעיון דומה מופיע בסוגיית דמאי שבתלמוד הירושלמי, המצוין לעיל, הערה 111 והערה 113, בשיטת רבי יוסי (המקבילה לכאורה לשיטת רבי יהודה בסוגייתנו, כפי שהערנו על כך לעיל, הערה 149), ולפיה דעת המוכר להקנות לבעל המעות. הירושלמי מעיר על סתירה לכאורה בדבריו של רבי יוסי, שכן שנינו בתוספתא, דמאי (ליברמן) ח, ג: ״נתנו לו [לשליח] אחת יתירה [היינו המוכר הוסיף פריט יותר ממה שהיה צריך לתת לו לפי התמורה שקיבל]... רבי יוסי אומר: לאמצע״. הקושי הוא, שאם דעת המוכר להקנות לבעל המעות, מדוע פוסק הוא שמתחלקים בעודף? על כך באה התשובה: ״כאן ע״י מעותיו של זה [=השולח] וע״י רגליו של זה [=השליח], שניהן חולקין״.

152 בדפוסים הנוסח הוא ״אפילו״ (בכתב יד ליידן ובכתב יד אסקוריאל ״אפי׳״). אבל ראה נועם ירושלמי ונתיבות ירושלים, שהציעו לתקן ולגרוס ״אילו״. בשלב זה של הסוגיה סטינו בפרטים נופסים מנוסח כתב יד אסקוריאל, כפי שנעיר להלן, הערה 154.

153 הדפוסים ואור זרוע גורסים: ״מתחת ידו״. ליברמן, עמ׳ 125, שורה 61, מעיר שזהו כנראה הנוסח הנכון.

יהודה, היינו שבעיקרון, כאשר השליח חרג מהרשאתו, ההנחה היא שהמוכר התכוון להקנות לו את הסחורה. ולשאלה: מדוע אם כן מתחלק השולח גם הוא ברווח? הוא עונה: "הואיל ובאת לו הנייה מתוך ידו". כלומר, לדעת רבי יהודה, מאחר שהרווח הזה שעשה השליח נעשה בכספו של השולח, הוא חייב לשתף את בעל הכסף ברווח.

עד כאן החלק הראשון של סוגיית הירושלמי, שבמרכזה עומדת שאלת חלוקת הרווח בין השולח לבין השליח[154]. מכאן מתחיל חלקה השני של הסוגיה, ובה בוחן התלמוד את הנחת היסוד, ולפיה דעת המוכר היא הקובעת, ואילו כוונתו החד־צדדית של השליח לקנות את השעורים עבור שולחו אינה מספיקה לזכות את השולח.

[154] לתיאור מהלך הסוגיה שהוצע כאן, השווה הנוסח שהציע ר"ש ליברמן, ירושלמי נזיקין, עמ' 35 (שורות 56־57), המגיע לאותה מסקנה, אבל תוך שקלא וטריא שונה לחלוטין, כדלהלן (תוך ציון שלבי הסוגיה והדגשת שינויי הנוסח):

אחרי שקבע התלמוד שבעיקרון, השולח זוכה בשעורים שקנה עבורו השליח בשליחות נסתרת, ושעליו לשתף את השליח ברווח, משום שאסור לו ליהנות ממנו בחינם, שואל התלמוד: "מעתה, אפי' אמ' לו ליקח לו בהן חטין ולקח לו בהן חטין!?". כלומר, אם אכן חייב השולח לשתף את השליח ברווח, משום שאסור לו ליהנות ממנו בחינם, עליו לשתפו ברווח לא רק כאשר הלה חרג מהוראותיו אלא גם כאשר עשה את שליחותו נאמנה (וקשה: אם השליח לא חרג מהרשאתו, איזו הצדקה יש לחייב את השולח לשתף אותו ברווח, אם לא הוסכם על כך ביניהם מראש? בשל קושי זה, העדפנו את הנוסח שהבאנו בטקסט).

(א) "אמ' 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". כוונת רבי יוחנן להציע הסבר שונה מן ההסבר שהוצע תחילה לברייתא אליבא דרבי יהודה: "פחתו – פחתו לו; הותירו – הותירו לשניהם". ההסבר שהוצע תחילה לברייתא הוא, שלדעת רבי יהודה, בניגוד לדעת רבי מאיר, אף על פי שהשליח חרג משליחותו, המוכר מקנה בכל זאת את סחורתו לשולח, והוא חייב לשתף את השליח ברווח (ועל זה הקשו: אם כן, כך צריך להיות גם כאשר השליח לא חרג משליחותו). רבי יוחנן מסביר שלא זאת גישת רבי יהודה, אלא כאשר הייתה חריגה מן השליחות, אכן השליח הוא שזוכה בעיקרון בסחורה (כשיטת רבי מאיר), אלא שעליו לשתף את שולחו ברווח, והשאלה אינה מדוע השליח נוטל חלק ברווח, אלא להפך, מדוע השולח נוטל בו חלק.

(ב) לפני שממשיכה הסוגיה לברר את פשר חלוקת הרווח בין השליח לבין שולחו לפי עמדה זו ("ולמה חולק עמו?"), היא שואלת: "וקסמיה בידיה?" (לנוסח זה מסתמך ליברמן, שם, עמ' 124, שורה 59, על נועם ירושלמי, ד"ה וע"ז אומר). כלומר, וכי קסמים בידי המוכר לדעת מה ציווה השולח לשליח? כיצד יכול הוא לדעת אם השליח חרג משליחותו אם לאו, עד שיתכוון להקנות לזה במקרה האחד ולשני במקרה האחר, מה עוד שאינו יודע כלל שהלה פועל כשליח? וראה אבן האזל, שם, ד"ה ומה, שהסביר את השאלה מעין זה, גם לפי הגרסה שבידנו.

(ג) "אמר ר' נסה, בשעה שקיים שליחותו, לא נתכוון המוכר לזכות אלא לבעל המעות, ובשעה שלא קיים את שליחותו, לא נתכוון המוכר לזכות אלא ללוקח". כלומר, אכן אין למוכר קסמים לדעת מה ציווה השולח לשלוחו, הוא גם אינו יודע אם הלוקח שבפניו פועל כאדם עצמאי או שהוא פועל כשליח, אלא ההנחה שלו היא שאם מדובר בשליח, הרי שאם אותו שליח פועל בהרשאה, הוא מקנה את הסחורה ישירות לשולח, ואם הוא חורג מהרשאתו, הרי הוא מקנה לו את הסחורה, כלקוח רגיל.

(ד) עתה חוזר התלמוד לדון בשאלת חלוקת הרווח: "ולמה הוא חולק עמו?". כלומר, מדוע אם כן נוטל גם השולח חלק ברווח? ועל כך באה התשובה: "אמ' ר': הואיל ובאת לו הנייה מתוך ידו, אף הוא חולק עמו". היינו, מאחר שהשליח השתמש בכספו של השולח, עליו לשתפו ברווח.

שלב ה: קושיה כנגד ההנחה שדעת המוכר היא הקובעת

התיב ר׳ שמע׳ בר אבה קומי רבי יוחנן: והא תנינן: אחד המקדיש נכסיו ואחד המעריך עצמו אין לו בכסות אשתו ולא בכסות בניו.

משנת ערכין עוסקת בבעל שקנה בכספו שלו בגד עבור אשתו (ולא שהציג את עצמו בפני המוכר כשליח שלה), ואף על פי כן האישה זוכה בבגד. מכאן מוכח לכאורה שלא כוונת המוכר היא הקובעת אלא כוונת הקונה[155].

שלב ו: דחיית הסתירה מן המשנה

אימר: לא עלתה על דעתו לומר לא על מה שעל אשתו ולא על מה שעל בניו.

רבי יוחנן דוחה את קושיית רב שמעיה בר אבה, שכן אפשר שהסיבה לכך שההקדש אינו זוכה בבגד שמסר הבעל לצביעה עבור אשתו אינה משום כוונת הבעל להקנות לאשתו, אלא משום שלכתחילה ההשערה היא שוודאי לא התכוון הבעל לכלול בגדים אלו בהקדשתו[156].

לסיום דברינו, נטעים שמדברי הירושלמי עולה שהלכת הברייתא השנייה, ולפיה "אם הותירו – הותירו לשניהם", אמורה גם בשליחות רגילה (ולא רק בשותפות ל"מחצית שכר", כפי שפירשו רוב הראשונים בתלמוד הבבלי). הנחת התלמוד הירושלמי היא שדעת המוכר היא הקובעת. אשר על כן, כשחרג השליח משליחותו וקנה שעורים במקום חיטים, בין אם דעת המוכר להקנות לבעל המעות (כפי שהוצע בתחילת הסוגיה) בין אם דעת מוכר להקנות לשליח־הקונה (כפי שהוצע לבסוף), עולה השאלה: "ולמה חולק עמו?". בשאלה זו של חלוקת הרווח, עוסק עיקרה של סוגיית הירושלמי. לעומת זאת, לפי התלמוד הבבלי, לא שאלת השותפות ברווח עומדת במרכז הסוגיה, אלא השאלה: כיצד ייתכן שהשולח קונה את הנכס כאשר השליח הסתיר את דבר שליחותו?

155 קושיה זו מקבילה לקושיית "תדע" בסוגיית הבבלי, לפי גישתו של רבנו פרץ (לעיל, ליד ציון הערה 120).

156 גם כאן, כמו בתלמוד הבבלי (ראה לעיל, הערה 124), התלמוד מקשה על הסברו של רבי יוחנן מכוח החלת הדין גם בערכין: "והא תנינן: ׳האו׳ ערכי עלי׳ לא קבע לעצמו חמישים סלע?". כלומר, רב שמעיה בר אבה ממשיך להקשות שהלכת המשנה אמורה גם לגבי שיעבוד נכסים עבור החוב הקצוב לאדם שנדר בלשון "ערכי עליי", ואם גזבר ההקדש אינו יכול לגבות חוב זה מן הבגד שנתן הנודר לצבוע עבור אשתו, בהכרח אין זה משום כוונת הנודר, שהרי שעבוד נכסיו לכיסוי חובו אינו תלוי ברצונו הטוב, אלא יסודו בהלכה, ומכאן שאין זה אלא משום שהבגד עובר ישירות לבעלות האישה (נציין שקושיה מעין זו הקשו התוספות, שהובאו לעיל, הערה 124). והתלמוד מיישב קושיה זו: "אמ׳: האומ׳ ׳הרי עלי ערכי, על מנת שלא לוסר לא מה שעל אשתו ולא על מה שעל בניו׳". כלומר, ההסבר שנתן רבי יוחנן לדין המקדיש כל נכסיו, כוחו יפה גם לדין האומר "ערכי עליי". גם בערכין, ניתן להגביל מראש את תחולת השעבוד על החוב, שהשעבוד לא יחול על פריט מסוים, כגון פריטים המיועדים לאשתו או בניו (והשווה לדברי האחרונים, המובאים לעיל, הערה 124). וממשיך התלמוד: "ר׳ נסה בשם ר׳ בון בר׳ חייה: האו׳ ׳הרי עלי ערכי על מנת שלא לסדר מחפץ פלוני׳, אין מסדרין אותו מדמי אותו החפץ. רב הושעיה בשם שמואל בר אבא: זאת אומרת שאין שמין ערכין מן המטלטלין דבר תורה אלא מדבריהם". כלומר, אפשרות ההתניה על שעבוד נכסיו המיטלטלין של אדם שאמר "ערכי עליי" מוכיחה שהשעבוד הזה אינו אלא מדרבנן. שאם היה מן התורה, לא ניתן היה להתנות עליו.

סעיף 8

נאמנות וחובות השלוח

נאמנות וחובות השלוח

8. קיבל אדם עליו להיות שלוח, חייב הוא לנהוג כלפי השולח בנאמנות ולפעול בהתאם להוראותיו; ובאין כוונה אחרת משתמעת ממהות השליחות או מתנאיה יחולו עליו חובות אלו:

(1) יגלה לשולח כל ידיעה וימסור לו כל מסמך הנוגעים לנושא השליחות ויתן לו דין וחשבון על פעולותיו;

(2) לא יהא שלוח של שולחים שונים לנושא שליחות אחד שלא על דעת שולחיו;

(3) לא יעשה פעולת שליחות עם עצמו;

(4) לא יקבל מכל אדם טובת הנאה או הבטחה לטובת הנאה בקשר לנושא השליחות שלא בהסכמתו של השולח;

(5) לא ישתמש לרעת השולח בידיעות או במסמכים שבאו לידו עקב השליחות, ובדרך כלל יימנע מכל דבר שיש בו ניגוד בין טובת השולח ובין טובתו שלו או של אדם אחר.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 433

פרק שני: חובת הביצוע וחובת הנאמנות 435

פרק שלישי: חובת הזהירות 442

פרק רביעי: חובת הגילוי, חובת המסירה וחובת הדיווח – "יגלה... וימסור... ויתן לו דין וחשבון" (ס"ק (1)) 442

א. הגילוי – "יגלה לשולח כל ידיעה" 443

ב. מסירת מסמכים – "וימסור לו כל מסמך" 445

ג. הדיווח – "ויתן לו דין וחשבון על פעולותיו" 445

פרק חמישי: מניעת ניגוד עניינים 446

א. כללי – "יימנע מכל דבר שיש בו ניגוד בין טובת השולח ובין טובתו שלו או של אדם אחר" (ס"ק (5)) 446

ב. ייצוג שולח אחר באותו נושא – "לא יהא שלוח של שולחים שונים לנושא שליחות אחד" (ס"ק (2)) 448

ג. פעולת שליחות עם עצמו – "לא יעשה פעולת שליחות עם עצמו" (ס"ק (3)) 450
ד. קבלת טובת הנאה – "לא יקבל מכל אדם טובת הנאה" (ס"ק (4)) 452
ה. ניצול השליחות לרעת השולח – "לא ישתמש לרעת השולח בידיעות או במסמכים" (ס"ק (5)) 453

פרק שישי: חובת הציות – "ולפעול בהתאם להוראותיו" 454
א. כללי 454
ב. אי־ציות לטובת השולח 456
ג. סייג: שליחות לדבר עברה 458

פרק שביעי: התניה על חובות השליח 458

פרק שמיני: פקיעתן של חובות השליח 459

פרק תשיעי: סיכום 460

פרק עשירי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 463

נספח: שליח העושה את השליחות עם עצמו או כשלוחו של צד שלישי 464
א. מבוא 464
ב. שליח העושה את פעולת השליחות עם עצמו 464
(1) הכלל "אין השליח יכול לקנות לעצמו" 464
(2) הגיונו של הכלל 466
(א) אי אפשר לעשות בו זמנית עסקאות סותרות 466
(ב) הנכס אינו יוצא מרשות לרשות 467
(3) היקפו של הכלל 470
(א) קנייה לעצמו באמצעות שליח 470
(ב) מכירה לשותף 470
(ג) שלוחי מוכר המוכרים זה לזה 470
(ד) נכס שמחירו קצוב בשוק (שליחות מטריאלית) 471
(ה) אישור הפעולה על ידי השולח 472
(ו) שליח לקנייה הקונה מנכסי עצמו 473
ג. שליח המייצג בו זמנית את שני הצדדים לעסקה 474
ד. הכלל "לא חזרה שליחות אצל הבעל" 475
(1) מקורות הכלל 475
(2) הגיונו המשפטי של הכלל 476
גישה א: פעולות סותרות (קונה ומקנה, נותן ומקבל) 476
גישה ב: דיני השליחות (השליח אינו יכול "לעבור צד" תוך כדי שליחותו) 478
גישה ג: דיני גטין (בגירושין נדרשת נתינה ממשית של הגט) 481

פרק ראשון

מבוא

עד כה עסק החוק בסעיפים השונים בעיקר ביחסי החוץ של השליחות, היינו ביחסים שבין השולח (והשליח) לבין הצד השלישי, שכלפיו עושה השליח את פעולת השליחות. מכאן עובר החוק לדון ביחסי הפנים של השליחות, היינו במערכת החובות והזכויות שבין השולח לבין שלוחו. על פי דברי ההסבר להצעת החוק[1], "יחסים פנימיים נדונים בחוק זה רק במידה שהם משותפים לכל סוגי השליחות ללא זיקה ליחסים העסקיים שבין הצדדים, כגון יחסי עבודה, קבלנות, סוכנות, תיווך, וכדומה".

סעיף 8 פותח בחובותיו של השליח כלפי השולח, וסעיף 9 בתרופות העומדות לרשות השולח בגין הפרת חובות אלה. סעיף 10 דן בשאלה: למי מגיעים הנכסים והרווחים שמקבל השליח עקב ביצוע שליחותו? סעיפים 12-11 דנים בחובותיו של השולח כלפי השליח.

על פי סעיף 8, שתיים הן חובותיו העיקריות של השליח במסגרת השליחות: הוא חייב לנהוג כלפי השולח בנאמנות, והוא חייב לפעול בהתאם להוראותיו של השולח. ברק[2] מעיר שחובות נוספות עשויות להיות מוטלות על השליח, כגון חובות חוזיות (אם יש חוזה בין השולח לבין השליח); חובות שמירה על פי חוק השומרים, התשכ"ז-1967 (אם השליח מחזיק בנכס של השולח); חובות בנזיקין; ועוד. והוא מסכם: "חוק השליחות קבע הסדר מיוחד ביחס לחובות הנאמנות שהן מיוחדות ליחסי שליחות. אלה הם דיני השליחות 'במובן המצומצם'".

ונשאלת השאלה: מהי המהות ומהו התוכן של חובת הנאמנות וחובת הציות? יש לזכור שיש בידו של השליח כוח לחייב ולזכות את השולח בפעולותיו. חובת הנאמנות באה להבטיח אפוא שהשליח ישים לנגד עיניו אך ורק את טובתו של השולח ושמירת ענייניו, ושלא ינצל את הסמכות שניתנה לו לקדם עניינים אישיים (או לקדם את ענייניו של אדם אחר שהוא מעוניין בטובתו) העלולים לבוא על חשבון השולח[3].

בסעיפים קטנים (1)-(5) מפרט החוק רשימה של חובות ואיסורים המוטלים על השליח במסגרת חובת הנאמנות. לכאורה, רשימה זו היא רשימה סגורה, אבל ס"ק (5) מרחיב את המסגרת גם לעניינים שאינם מפורשים בסעיף, כשהוא קובע: "ובדרך כלל יימנע מכל דבר שיש בו ניגוד בין טובת השולח ובין טובתו שלו או של אדם אחר". עיקרון זה מודגם יפה בהוראות סעיפים קטנים (2), (3), (4), האוסרות על השליח להיכנס למצב שעלול להיות בו ניגוד אינטרסים בין טובתו של השולח לבין טובתו שלו או של אדם אחר. כך, לפי ס"ק (2), אסור לשליח להיות שלוחם של שולחים אחדים בנושא אחד (אם לא בהסכמתם), שכן הוא עלול להעדיף את האינטרס של שולח אחד על פני האינטרס של שולח אחר. מסיבה דומה,

[1] הצעת חוק השליחות, הצעות חוק 633, תשכ"ה, עמ' 80. וראה גם: ברק, סעיף 728; פרוקצ'יה, עמ' 281.

[2] ראה ברק, סעיף 729.

[3] ראה ברק, סעיף 740.

ס"ק (3) אוסר על השליח לעשות את פעולת השליחות עם עצמו, כדי שלא יבוא להעדיף את האינטרס שלו על פני האינטרס של שולחו. וכן עושה גם ס"ק (4), האוסר על השליח לקבל מכל אדם טובת הנאה או הבטחה לטובת הנאה בקשר לשליחות (אם לא בהסכמת השולח). הבטחה כזו היא כעין שוחד העלול לעוור את עיניו, כך שלא יראה שהאינטרס של שולחו הוא שפעולת השליחות תיעשה עם אדם אחר ולא עם משלם השוחד. נמצא אפוא שלא זו בלבד שאסור לשליח לפעול כנגד האינטרס של שולחו למעשה, אלא אסור לו גם להיכנס למצב של ניגוד אינטרסים, שבו הוא עלול שלא להיות נאמן לשולחו[4].

עד כאן מתבטאת הנאמנות באיסורים המוטלים על השליח (לא תעשה). לפי ס"ק (1), הנאמנות מטילה על השליח גם חיובים (עשה). השליח חייב לגלות לשולח כל ידיעה ולמסור לו כל מסמך הנוגעים לנושא השליחות, העשויים להשפיע על החלטת השולח כיצד להמשיך ולכלכל את צעדיו[5]. הוא אף חייב לתת לשולח דין וחשבון על פעולותיו (הוצאות וכדומה), כדי שיוכל לפקח עליהן ולהבטיח שהשליח פועל לשביעות רצונו.

חובתו היסודית השנייה של השליח היא לפעול בהתאם להוראות השולח. ברק מסביר[6] שחובת הציות באה אמנם להבטיח את האינטרסים של השולח, והיא כלולה אפוא בחובת הנאמנות הקבועה ברישא של הסעיף, אך אף על פי כן, המחוקק ראה צורך לקבוע חובת ציות נוסף על חובת הנאמנות, כדי להדגיש שהשולח הוא הקובע מהם האינטרסים שלו וכיצד להשיגם, והשליח צריך אפוא להימנע מלעשות פעולה שהשולח אינו רוצה בה, גם אם לדעתו היא לטובת השולח. בכגון זה, אמנם השליח אינו מפר את חובת הנאמנות המוטלת עליו, שהרי הוא מבקש לפעול לטובת שולחו, אולם הוא מפר את חובת הציות.

חשוב להדגיש שלפי הסעיף, חובותיו של השליח אינן מתחילות אלא משקיבל עליו להיות שליח: "קיבל אדם עליו להיות שלוח, חייב הוא". ואכן, כפי שכבר ראינו לעיל[7], השליחות היא פעולה חד־צדדית של השולח, המייפה את כוחו של השליח לפעול בשמו. השליחות כשלעצמה אינה חוזה, שבמסגרתו מתחייב השליח לפעול כנציגו של השולח (אף שכמובן אין מניעה שבין הצדדים יהיה חוזה), ועל כן אין לכפות את השליחות על השליח. מובן אפוא שרק משקיבל והסכים לפעול כשליח, חלות עליו החובות הקבועות בסעיף.

לפי המשפט העברי, חובת הנאמנות היא מן החובות המרכזיות של השליח כלפי שולחו, אם כי היקפה של חובה זו מצומצם יותר מאשר על פי החוק. נראה שהדבר נובע מן העובדה שכוחו של השליח לפגוע באינטרס של השולח מצומצם יותר מאשר לפי החוק[8]. להלן נדון בחובת הנאמנות, ולאחר מכן בחובת הציות. במסגרת חובת הציות, נדון למשל בשאלה: האם

[4] וכך אומר ברק, סעיף 749: "חובת הנאמנות מבקשת להקדים תרופה למכה. היא בוחנת את המעשה על יסוד הסתברותה האפשרית של פגיעה לרעת השולח במצבים דומים. חוק השליחות מבקש למנוע מהשליח שיימצא במצב שבו יהיה קיים או שיהיה עלול להתקיים ניגוד בין האינטרס האישי של השולח לבין האינטרס של השליח. על כן, אין זו טענת הגנה לשליח כי בפועל לא היה ניגוד בין האינטרסים של השולח ובין השליח או כי בפועל לא נגרם כל נזק". וראה עוד ברק, סעיף 750. והשווה ברק, סעיף 768, הערה 171, שמספר שיטות משפט קונטיננטליות נוקטות גישה שונה, לפיה אין הפרת חובת אמון אלא כשנפגעו בפועל האינטרסים של השולח. ראה: סעיף 1395 לקודקס האיטלקי; סעיף 400 לקודקס המסחרי הגרמני.

[5] ראה ברק, סעיף 760.

[6] ראה ברק, סעיף 783.

[7] ראה לעיל, בדיוננו על סעיף 3, הערה 4.

[8] על התוצאות המשפטיות בגין הפרת חובות הנאמנות והציות לפי החוק, ראה סעיף 9.

חובה זו היא חובה מוחלטת? או שמא יש לה סייגים, ופעמים השליח רשאי לסטות מהוראות השולח? עוד נדון בשאלה: אימתי מתחילות חובות השליח כלפי שולחו ואימתי הן פוקעות? לדוגמה, האם משנסתיימה השליחות, פוקעת חובת הנאמנות, ואז יכול השליח לפעול בניגוד לאינטרסים של מי שהיה שולחו? או שמא חובה על השליח שלא לפגוע באינטרסים של שולחו גם לאחר שגמר את ביצוע השליחות? אולם לפני שנדון בפרטי חובות הנאמנות והציות, נבחן אם השליח חייב לבצע את השליחות שקיבל על עצמו.

פרק שני

חובת הביצוע וחובת הנאמנות

א. על פי החוק, כל זמן שהשליח לא קיבל על עצמו להיות שליח, לא חלה עליו חובה כלשהי כלפי השולח: לא חובת נאמנות, לא חובת ציות ולא שאר החובות המפורטות בסעיף 8. אבל אם קיבל על עצמו להיות שליח, חייב הוא לנהוג כלפי השולח בנאמנות, לציית להוראותיו ולפעול בהתאם לחובות המפורטות בסעיף. ונשאלת השאלה: האם פירוש הדבר שלאחר שקיבל על עצמו להיות שליח, שוב אינו רשאי להסתלק מן השליחות? אמנם סעיף 14 קובע ש"השליחות מסתיימת בביטולה על ידי השולח או השלוח", ומכאן שבכוחו של השליח לסיים את השליחות בכל רגע, אולם אף על פי שיש לו הכוח המשפטי לסיים את השליחות, אין הוא משתחרר מחובת הביצוע כל זמן שלא הודיע לשולח על סיום השליחות תוך זמן סביר, כדי שהלה יוכל להתארגן בהתאם[9].

ב. ומהי עמדת המשפט העברי בשאלת חובת הביצוע? מקורות רבים קובעים ששליח שקיבל על עצמו את השליחות[10] חייב לעשותה. אולם נראה שחובה זו אינה אלא חובה מוסרית שהפרתה אינה גוררת אחריה סנקציה משפטית כנגד השליח. כך עולה לדוגמה ממה שפסק הרמב"ם[11]: "הנותן מעות לשלוחו ליקח בהם חטים או מין ממיני סחורה, ולא לקח – אין לו עליו אלא תרעומת"[12]. ולא זו בלבד, אלא הוא הדין לכאורה אפילו אם אי־ביצוע השליחות

[9] ראה ברק, סעיף 731, ושם הוא קובע שגם באין חוזה, אם קיבל את השליחות על עצמו, הרי שציפיית השולח יוצרת חובת ביצוע: "אם הוא אינו מוכן לבצע את תפקידו, עליו להודיע על כך לשולחו". וראה גם שם, סעיף 738. וראה פרוקצ'יה, עמ' 286־289.

[10] ראה שו"ת הב"ח, סימן יט, המדגיש שלא חלה על השליח חובה כלשהי אלא משקיבל על עצמו את השליחות.

[11] רמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק א, הלכה ה (הלכה זו חוזרת בשינוי קל שם, פרק ז, הלכה ו): "הנותן מעות לחבירו ליקח בהם פירות למחצית שכר, ולא לקח, אין לו עליו אלא תרעומת". מקור ההלכה הוא כנראה בתוספתא, בבא מציעא (ליברמן) ד, כב. השווה רמב"ם, הלכות מכירה, פרק ז, הלכה י. וראה תוספתא כפשוטה, בבא מציעא, עמ' 206, הביאור לשורות 68־70. לעניין שליחות למחצית שכר, ראה בהרחבה בדיוננו על סעיף 9, ליד ציון הערה 58. למהות דין תרעומת ראה חזון יחזקאל על תוספתא, בבא מציעא ז, א, ביאורים, ד"ה אלא תרעומת: "אלא תרעומות, אבל לא תביעת ממון, דאילו בעלמא אדם מישראל אינו רשאי להתרעם על חברו על לא דבר". וכך אכן למדו בעלי המוסר מדין זה, ראה נתיבות אור (לר' יצחק בלזר בשם רבו ר' ישראל סלנטר), בתוך אור ישראל, וילנא תר"ס, עמ' נח, ד"ה והנה. וראה עוד דרכי חושן (סילמן), קרית ספר תשס"ב, עמ' רצט־שג.

[12] אין צריך לומר שאם נבצר מן השליח לעשות את פעולת השליחות, אין לשולחו אפילו לא תביעה מוסרית

היה תוך הפרת אמון גסה, היינו שבמקום לעשות את פעולת השליחות עבור שולחו, עשה אותה השליח עבור עצמו. אמנם בכגון זה, לא זו בלבד שיש לשולח תרעומת כנגד השליח, אלא השליח נחשב רמאי ורשע, אבל לשולח אין עילה לתביעה משפטית נגדו[13], כמו שפוסק הרמב"ם הן בשליחות לקידושי אישה הן בשליחות למקח וממכר: "העושה שליח לקדש לו אשה, והלך וקדשה לעצמו – הרי זו מקודשת לשליח. ואסור לעשות כן. וכל העושה דבר זה וכיוצא בו בשאר דברי מקח וממכר נקרא רשע"[14]; "הנותן מעות לחברו לקנות לו

כלפיו. עם זאת, עליו להודיע לו על כך בהקדם האפשרי, כדי שהלה לא יסמוך עליו. כך אפשר להסיק מדברי סמ"ע, חו"מ, סימן קפג, ס"ק ג.

[13] אם כי ראה בדיוננו על סעיף 9, הערה 244.

[14] רמב"ם, הלכות אישות, פרק ט, הלכה יז. וכן נפסק בשולחן ערוך, אבן העזר, סימן לה, סעיף ט. מקור הלכה זו וההלכה המובאת בהערה הבאה הוא בתוספתא, יבמות (ליברמן) ד, ג (מובאת גם בשינוי קל בקידושין נט ע"א): "האומר לחברו 'צא וקדש לי אשה פלנית', והלך וקדשה לעצמו, 'צא וקח לי מקח פלוני', והלך ולקח לעצמו, מה שעשה עשוי אלא שנהג מנהג הרמיות". בתלמוד (קידושין נח ע"ב) מפורש שזו גם כוונת המשנה (קידושין ג, א): "האומר לחבירו 'צא וקדש לי אשה פלונית', והלך וקדשה לעצמו, מקודשת לשני" – "והלך – ברמאות". וראה שו"ת נודע ביהודה, מהדורא תניינא, אבן העזר, סימן עב, שהיינו רמאי היינו רשע. לעניין היחס בין רמאי לבין רשע, ראה להלן, הערה 22.

יש מי שאומר שבהקשר זה, גם שתיקת השליח לנוכח מינויו מתפרשת כהסכמתו להיות שליח. ראה חידושי הרי"ם, קידושין נח ע"ב, ד"ה האומר וד"ה ונראה, שנוקט כן ודן בשאלה, מדוע במינוי שליח, שתיקת השליח מתפרשת כהסכמה, בעוד שבהקשרים משפטיים אחרים אין השתיקה מתפרשת כהסכמה (כגון שתיקת האישה לנוכח הצעת קידושין או שתיקת המקנה לנוכח הצעת עסקת מכר)? ועל כך הוא משיב: אמנם בפעולות משפטיות שתוקפן תלוי בהסכמת הצד השני (כגון קידושין או מכר), הכלל הוא ששתיקתו של הצד השני אינה מתפרשת כהסכמה, שכן הוא יודע שתוקף הפעולה תלוי בהסכמתו, ועל כן מן הדין לפרש את שתיקתו כסירוב ולא כהסכמה. לעומת זאת, בפעולות משפטיות שהתנאי לתוקפן הוא רק שהצד השני לא יסרב לקבל אותן, מן הדין לפרש את השתיקה כהסכמה. כך הוא לדוגמה במינוי שליח: "דעיקר תלוי רק במשלח, שעושהו שליח כמותו, ומתי שיעשה בשליחותו יהיה עשוי, ואין צריך רק שלא ימחה השליח לומר שאינו חפץ ל[י]עשות שליח, כדאמר הש"ס דעקריה וכו'. ואם כן, כיוון דבשתיקה על כל פנים לא מחה, נגמר השליחות... ושוב כיוון שנגמר הדבר בשתיקה שוב השתיקה ראיה שקיבל עליו, דאם לא כן הוי ליה למימר לא בעינא [=איני רוצה]". וראה גם שו"ת הרי בשמים (הורוביץ), מהדורא תניינא, סימן סו. כדברי חידושי הרי"ם עולה לכאורה גם מהדין ששליח לזכות בנכס אינו נאמן לומר שהתכוון לזכות לעצמו. כפי שנראה להלן בסעיף 9 (ליד ציון הערה 249), לדעת רבים מן הפוסקים, הסיבה לכך שאין להאמין לשולח הטוען שפעל עבור עצמו היא משום שבכך הוא משים עצמו רמאי ורשע, והכלל הוא: "אין אדם משים עצמו רשע". דין זה אמור גם כשהשליח שתק בשעת המינוי (כפי שעולה מדברי הראב"ן והראבי"ה שיובאו להלן בהערה זו), ומכאן הוכחה ששליח שקנה לעצמו מוגדר כרמאי ורשע, גם אם שתק בשעת המינוי. וכך אכן נוקט ר' שניאור זלמן הירשוביץ בספרו אבן בוחן (נדפס בסוף ספר אבן ישראל לרבו ר' ישראל סלנטר), דרוש לחג השבועות, ד"ה אמנם.

[וכאן המקום להעיר שלא כל שתיקה מתפרשת כהסכמה לבצע את השליחות. כך לדוגמה, הרמ"א, חו"מ, סימן רסט, סעיף ו, מביא מחלוקת בשאלה אם שתיקת השליח אוסרת עליו לקנות לעצמו, גם כאשר השולח אינו מסוגל להשיג את מטרת השליחות אלא על ידו. ראה: מרדכי, בבא מציעא, פרק שניים אוחזין, סימן רלב; הגהות מיימוניות, הלכות גזלה ואבדה, פרק יז, אות ג, שהביאו בעניין זה מחלוקת בין ראב"ן לבין ראבי"ה (מקורות אלו מובאים גם בבית יוסף, חו"מ, סימן קפג, מחודש ד, ד"ה כתב רבינו ירוחם). ראשונים אלו דנים בשליח ששתק לנוכח בקשתו של השולח להיות שלוחו לרכישת נכס, ולאחר שרכש את הנכס, טען שעשה זאת עבור עצמו ולא עבור השולח. אם היה סיפק ביד השולח לזכות בעסקה בעצמו (כגון שהיה לו כסף משלו, והייתה לו אפשרות להגיע למקום ביצוע העסקה), שניהם מסכימים שאם השליח אינו מתכוון לפעול כשליח, עליו להודיע על כך לשולחו (ואם לא הודיע כן, הפעולה שעשה תיזקף לזכות השולח), כפי

קרקע או מטלטלין, והניח מעות חברו אצלו והלך וקנה לעצמו במעותיו – מה שעשה עשוי, והרי הוא מכלל הרמאין"[15]. יש לציין שלדעת ה'נודע ביהודה'[16], אם השליח יודע שהשולח סומך עליו, ואינו מודיע לו שאינו מתכוון לעשות את השליחות, עצם ההימנעות מביצוע השליחות די בה גם להגדירו כרמאי, אף אם לא עשה את פעולת השליחות למען עצמו, ואינה גוררת אחריה תרעומת בלבד[17].

ג. מן הנאמר עד כה, עולה לכאורה שחובת הביצוע של השליח שקיבל על עצמו את השליחות אינה אלא חובה מוסרית, ושאי־ביצוע השליחות על ידו אינו גורר אחריו תוצאות משפטיות כנגדו. אולם מסקנה זו אינה מדויקת, כפי שנראה בהרחבה בדיוננו על סעיף 9, כשנדון בתרופות העומדות לרשות השולח כנגד שליח שהפר את חובותיו כלפיו. כך לדוגמה, אם השולח סמך על הבטחת השליח שיבצע את השליחות, ואי־ביצועה מנע רווח ודאי לשולח (ואין צריך לומר אם גרם לו הפסד), לדעת 'חתם סופר'[18], יש לשולח עילת תביעה כנגד השליח, והוא יכול לתבוע ממנו פיצוי על הפסדיו. כאמור, נרחיב בנקודה זו בדיוננו על סעיף 9. כמו כן, כאשר השליח עושה את השליחות לטובת עצמו ונוהג כלפי שולחו "מנהג רמאות", יש לדבר תוצאות משפטיות מובהקות, ולא רק שיפוט מוסרי שלילי, בעיקר בתחום

שראינו לעיל. והם נחלקו כאשר השולח לא היה מסוגל לעשות את העסקה בעצמו (כגון שלא היה לו כסף או שלא הייתה לו אפשרות להגיע למקום ביצוע העסקה). לדעת הראב"ן, בבא מציעא ח ע"א, ד"ה ראובן תבעו לשמעון (כרך ג, עמ' קא במהדורת דבליצקי), גם בכגון זה השליח אינו נאמן, אם הוא טוען שעשה את הפעולה עבור עצמו, ומכאן שהוא רואה אותו כמי שקיבל על עצמו את השליחות. לעומתו, הראבי"ה מסתפק בדבר, ולדעתו אפשר שבכגון זה אין למנוע מן השליח לזכות בעסקה לבדו, שכן בין כה ובין כה השולח לא היה מסוגל לזכות בה, ועל כגון דא אומרים: "זה נהנה וזה לא חסר – כופין על מידת סדום". לדעתו, בכגון זה, אין לראותו כמי שקיבל על עצמו את השליחות אלא אם הסכים לה בפירוש].

לעומת גישתם של חידושי הרי"ם ור' שניאור זלמן הירשוביץ, השווה ספר המקנה (הורוביץ), קונטרס אחרון, סימן לה, סעיף ט, ד"ה ה"ז מנהג רמאות, הדן בשאלה זו ומכריע ששליח שקנה לעצמו לאחר ששתק בשעת המינוי אינו בגדר רמאי ורשע. לדעתו, אין לכרוך את השאלה אם נאמן השליח לומר שפעל עבור עצמו עם השאלה אם הוא נקרא רמאי ורשע כשעשה כן, והסיבה שאינו נאמן לומר שקנה לעצמו היא כנראה הכלל: "חזקה – שליח עושה שליחותו" (ראה להלן, בדיוננו בסעיף 9, הערה 249). וראה עוד אוצר הפוסקים, אבן העזר, סימן לה, ס"ק מה, אות ב.

[15] רמב"ם, הלכות מכירה, פרק ז, הלכה י. וראה לעיל, הערה 14.

[16] ראה שו"ת נודע ביהודה, מהדורא תניינא, אבן העזר, סימן עא וסימן עב.

[17] "שלדעתי עיקר העבירה בכאן, שחבירו סמך עליו שיקיים שליחותו, והוא רימה אותו ולא קיים שליחותו, ואפילו לא קידשה לעצמו כלל, רמאי הוא, שחבירו סמך עליו, והוא אינו מקיים שליחותו" (שם, סימן עא). לגישתו, כאשר השולח לא סמך על השליח או שהוא יכול עדיין להשיג את מטרת השליחות, אין לו עליו אלא תרעומת, כדין שליח שרק נמנע מלעשות את השליחות, אך לא עשה אותה לעצמו (ראה לעיל, ליד ציון הערה 11).

על פי זה, קובע 'נודע ביהודה' ששליח שנשלח לקדש אישה, ומינה שליח אחר לקדש אותה לעצמו, שליחותו של השליח השני אינה בגדר "שליחות לדבר עברה", שכן העברה של הפרת אמון שולחו נעברה על ידו בעצם הימנעותו מלבצע את שליחותו, ואין אפוא בשליחותו של השני תוספת עברה. 'נודע ביהודה' מוסיף שמאחר ששליחותו של השליח השני אינה שליחות לדבר עברה, הריהי תקפה, ומשמעות הדבר היא שהאישה מקודשת לשליח הראשון (על היעדר תוקף משפטי של שליחות לדבר עברה לשיטת 'נודע ביהודה', ראה דיוננו על סעיף 1, ליד ציון הערה 148). והשווה שו"ת איגרות משה, אבן העזר, חלק א, סימן צא, ד"ה ולמה שבארתי להרמב"ם.

[18] ראה שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן קעח. וראה בהרחבה דיוננו על סעיף 9, פרק שני, ב(4), עמ' 495, שיש מי שחולקים על 'חתם סופר'.

דיני הראיות (כלומר, נטל ההוכחה שנהג ברמאות כלפי שולחו מוטל על השליח). גם בנקודה זו, נרחיב בדיוננו על סעיף 9.

לעת עתה, שומה עלינו לברר אם כל אימת שהשליח עושה את פעולת השליחות לעצמו הוא נחשב רשע ורמאי. להלן נראה שאין הדבר כן, ולהגדרת השליח כרמאי יש לפחות שני סייגים:

(1) ראינו שההערכה המוסרית השלילית של שליח העושה את פעולת השליחות עבור עצמו חמורה יותר מזו של שליח שרק נמנע מלבצע את השליחות[19]. נראה שחומרה זו אינה נעוצה רק בעובדה שהשליח עשה עבור עצמו את מה שהתחייב לעשות עבור שולחו, אלא שנוסף על זה מנע במו ידיו מהשולח את האפשרות להשיג את מטרת השליחות בדרך אחרת[20]. קביעה זו מתחזקת לאור העובדה שבזיקה לדין שליח שקנה לעצמו, התלמוד[21] מביא את דין "עני המהפך בחררה ובא אחר ונטלה ממנו", היינו דינו של מתחרה המכשיל עסקה של חברו, ומקדים ו"חוטף" אותה מתחת ידיו, שגם הוא נקרא "רשע"[22]. לפי זה, אם השליח לא מנע

[19] שכן הראשון נקרא רמאי ורשע, ואילו כנגד השני אין לשולח אלא תרעומת. ואולם השווה לעיל, ליד ציון הערה 16, ובהערה 17, שיטת 'נודע ביהודה', ולפיה עצם ההימנעות מביצוע השליחות כשהשליח יודע שהשולח סומך עליו די בה להגדיר את השליח כרמאי ורשע.

[20] אמנם מניעת השגת השליחות יכולה להיגרם גם כתוצאה מאי־ביצוע השליחות, ולאו דווקא כתוצאה מביצוע השליחות עבור השליח. אבל נראה שיש להבחין, אף מבחינה מוסרית, בין מי שמונע את השגת מטרת השליחות באופן אקטיבי לבין מי שגורם לכך באופן פסיבי.

[21] קידושין נט ע"א.

[22] על דין "עני המהפך בחררה", ראה: י"מ לאו, "איסור הסגת גבול – עני המהפך בחררה", תורה שבעל פה יט (תשל"ז), עמ' קו; נ' רקובר, המסחר במשפט העברי, ירושלים תשמ"ח, עמ' 123־132. להפניות ביבליוגרפיות נוספות ראה נ' רקובר, אוצר המשפט, ערך הסגת גבול. לענייננו נזכיר שקיימת מחלוקת מפורסמת בין רש"י (קידושין נט ע"א, ד"ה עני) לבין רבנו תם (שם, תוספות, ד"ה עני) בשאלת היקפו של דין "עני המהפך בחררה". שלא כמו רש"י, רבנו תם מסייג את הדין וקובע שאינו חל אלא באופן שהמכשיל "חטף" מתחת ידי חברו עסקה שיכול היה להשיג כמותה במקום אחר. אבל אם "חטף" ממנו זכייה במתנה או בנכס הפקר, אינו נקרא רשע, שכן אין לדרוש ממנו לוותר על הזדמנות בלתי חוזרת רק משום שחברו כבר טרח בהשגתה (שיטה זו הובאה להלכה בשולחן ערוך, חו"מ, סימן רלז, סעיף א, בשם "יש אומרים". וראה להלן, הערה 103. וראה ש' שילה, "עידוד המסחר והכלכלה בפסיקת רבינו תם", סיני ק (תשמ"ז), עמ' תתפב, בעמ' תתפט).

ונשאלת השאלה: לפי הפוסקים המסייגים את דין "עני המהפך בחררה", האם הסמיכות בין דין שליח שקנה לעצמו לדין "עני המהפך בחררה", כפי שהיא מופיעה בתלמוד, קידושין נט ע"א, מחייבת לסייג את חומרת מעשהו של השליח בסייגים שבדין "עני המהפך בחררה ובא אחר ונטלה"? אם כן, קשה לכאורה על שיטת רבנו תם: מדוע שליח שקידש לעצמו את האישה שהיה אמור לקדש עבור שולחו נקרא רמאי, הרי מבחינתו של השליח, הייתה זו הזדמנות בלתי חוזרת לשאת אישה זו (ראה ים של שלמה, קידושין, פרק ג, סימן א)? אבל ראה דברי ר' שניאור זלמן הירשוביץ בספרו אבן בוחן (נדפס בסוף ספר אבן ישראל לרבו ר' ישראל מסלנט), דרוש לחג השבועות, ד"ה אמנם, המסביר שאף שהאיסור המוטל על השליח לעשות את פעולת השליחות עבור עצמו מיוסד על דין "עני המהפך בחררה", אפשר שהאיסור רחב יותר בשליח, משום שבשונה מדין "עני המהפך בחררה" הקלסי, השליח אינו אדם זר לשולח, אלא יש לו חובת אמון כלפיו משעה שקיבל על עצמו את שליחותו. ובלשונו: "דתרי גווני עני המהפך בחררה נינהו. דהיכא שהלך ברמאות, שעשאו שליח לזכות לו (וקרוב הדבר שאם לא משלחו, לא היה יודע מזה כלל), ולולי שהבטיחו לקיים שליחותו, היה המשלח בעצמו משתדל להגביה המציאה או לקדש האשה, רק שסמך על השליח שהבטיחו בפירוש לעשות שליחותו או על ידי שתיקה דהויא כהודאה, ולכן לא זכה בעצמו, בזה איכא איסורא דעני המהפך בחררה אפילו במציאה כמו גבי אשה במתניתין, דהאומר כו', משום דמאי הוי ליה

גביה לרמותו ולהפסידו על ידי שסמך עליו, ומקרי רשע ורמאי אפילו גבי אישה או מציאה או סחורה בזול... ודוקא בעני המהפך בחררה כמו עובדא דרב גידל [שבזיקה אליו נתחדש דין 'עני המהפך בחררה'] שלא שלח רב גידל לרבי אבא, רק דהוה מהפך בההיא ארעא לקנותה ורבי אבא אזיל וזבין לה מעצמו ורב גידל לא עשאו שליח... בכל כהאי גוונא דוקא סבירא ליה לרבנו תם וסיעתיה דבמציאה וסחורה בזול דלא שכיח להשיג במקום אחר ליכא ביה משום עני המהפך בחררה, אבל לא במקום ששלחו וסמך עליו".

וראה עוד שו"ת איגרות משה, אבן העזר, חלק א, סימן צא, ד"ה ולמה שבארתי ניחא, שנוקט גישה דומה, אלא שהוא מבחין בין "רמאי" ו"רשע" ולדעתו הגדרת השליח כ"רשע" תלויה בשאלה: מדוע רבנו תם אינו מתחשב בטרחת העני בהפקר ובמתנה? לדעתו, אפשר להסביר את הגיון שיטתו של רבנו תם באחת משתי דרכים: לפי הדרך הראשונה, אכן על פי שורת הדין, יש מקום להגן על "עני המהפך בחררה" גם כשהוא מתאמץ לזכות בהפקר או במתנה, אלא שמאחר שמדובר בהזדמנות בלתי חוזרת, אין לדרוש מן המתחרה לוותר על זכותו לזכות בה רק משום שחברו כבר טרח בהשגתה (כפי שהסברנו את שיטתו לעיל. ובלשונו של הרב פיינשטיין, שם, ד"ה ומסתבר: "דמאי אולמיה דמהפך שלא יפסיד הפוכו [=טרחתו], מהאחרים שלא יפסידו זכותם?"). לפי דרך זו, שונה הדין בשליח, שמאחר שמוטלת עליו חובת אמון כלפי השולח ואינו רשאי לזכות עבור עצמו (שאם היה עושה כן היה נקרא רמאי), ממילא חל עליו דין "עני המהפך בחררה" גם בנסיבות אלו של הפקר ומתנה. ועל כן, אם יזכה לעצמו, יוגדר לא רק כרמאי אלא כרשע (שלא כדברי 'נודע ביהודה', לעיל, הערה 17, הסבור שלאי־קיום חובת הנאמנות אין השפעה על דין "עני המהפך בחררה"). אבל לא כן הוא לפי הדרך השנייה בהבנת טעמו של רבנו תם. על פי דרך חלופית זו, דווקא במכר מוגדר המתחרה כרשע, משום שהמאמץ של הראשון לקנות את הנכס (ההיפוך בחררה) כמוהו כתחילת קניין (מעין קניין שביושר), שהרי המוכר סיים את חלקו בעסקה משעה שגילה את רצונו למכור, ובלבד שהקונה ישלם, תהיה זהותו אשר תהיה. לעומת זאת, בהפקר (שאין בו "דעת מקנה") ובמתנה (שהנותן אינו אדיש לזהות המקבל), אין לראות במאמץ שהשקיע העני משום תחילת קניין, ועל כן לא חל על המתחרה דין "עני המהפך בחררה". לפי דרך זו, כשהשליח מתחרה בשולחו לזכות בנכס הפקר או במתנה (או באישה), הוא אמנם מפר את חובת האמון שלו כלפיו, ונקרא רמאי, אבל לא חל עליו דין "עני המהפך בחררה", שכן לא הייתה כאן תחילת קניין, ואין לקרותו אפוא רשע.

והשווה שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן קיח, ד"ה אמנם, שגם הוא מבחין בין "רמאי" ו"רשע", ומסיק מפסקו של הרמב"ם (הלכות אישות, פרק ט, הלכה יז) המגדיר שליח שקידש לעצמו את האישה שהיה אמור לקדש עבור שולחו כ"רשע", שהרמב"ם דוחה את שיטת רבנו תם, שאם לא כן הוא היה מגדיר את השליח רק כרמאי (בשל הפרת האמון שלו כלפי שולחו) ולא היה מחמיר להגדירו כרשע (כדין "עני המהפך בחררה"). ונראה שכך נקט גם ערוך השולחן, אבן העזר, סימן לה, סעיף כט, המסביר שרבנו תם והרמב"ם חלוקים גם בשליח, ומסיבה זו הטור ושולחן ערוך (הנוקטים כרבנו תם שבמתנה ובהפקר אין דין "עני המהפך בחררה") לא קבעו שהשליח נקרא רשע, כפי הנוסח בדין "עני המהפך בחררה", וכפי שניסח הרמב"ם את ההלכה, אלא קבעו שהוא רמאי. נעיר שלאור הגדרת הרמב"ם את השליח הקונה לעצמו כרמאי (לעיל, הערה 15), קשה לייחס לו הבחנה בין רמאי ורשע. לעניין הבחנה זו, ראה עוד אוצר הפוסקים, אבן העזר, סימן לה, אות מח.

לעומת הפוסקים שסקרנו עד כה, השווה נתיבות המשפט, סימן קפג, ס"ק ו. לדעתו, אין מקום להבחין בין רמאי לבין רשע, ודין שליח העושה לעצמו כפוף לדין "עני המהפך בחררה". לפי זה הוא קובע שאם הייתה העסקה במחיר הזדמנות ("בזול"), שליח הקונה לעצמו אינו בגדר רמאי (וראה שו"ת באר יצחק (ספקטור), אבן העזר, סימן א, ד"ה והנלע"ד בזה, שגם הוא סבור שהסייגים בדין "עני המהפך בחררה" חלים גם על השליח). כאמור, לפי דבריו קשה מדוע שליח המקדש לעצמו את האישה שהייתה מיועדת לשולחו הוא בגדר רמאי? (כך הקשה עליו בשו"ת אמרי יושר (אריק), חלק א, סימן סח. וכן הקשה גם אבני החושן, שם, ס"ק ז). זאת ועוד, הרמ"א, חו"מ, סימן קפג, סעיף ד, קובע במפורש (בעקבות ספר העיטור, שלישות ממון, מהדורת ר"מ יונה, חלק א, מד ע"א) ששליח שקנה לעצמו הוא בגדר רמאי, אף כשהסחורה שנשלח לקנות הייתה זולה! (כך הקשה עוד אבני החושן, שם). והשווה טבעת החושן, על נתיבות המשפט שם, המבקש להצדיק את דברי 'נתיבות המשפט'. אבל דבריו דחוקים.

[ונעיר שלא הכל מסכימים שלדעת רבנו תם, יש לסייג את דין "עני המהפך בחררה" לא רק בזכייה בהפקר ובמתנה אלא גם בעסקה בזול. זו אמנם דעתו של שו"ת רד"ך (מהדורת אוסטרהא), בית כז, חדר ב (וכן פסק בעקבותיו הרמ"א, חו"מ, סימן רלז, סעיף א), אבל לא כן דעת חידושי הרמב"ן, בבא בתרא נד ע"ב,

את השגת מטרת השליחות, כגון שנשלח לקנות נכס שהשולח יכול לרכוש כמותו, אין לראותו אלא כשליח שלא עשה את שליחותו, ואין כנגדו אלא תרעומת, ואינו נקרא רמאי[23].

(2) אם הצד השלישי מסרב ליצור יחסים משפטיים עם השולח, אבל הוא מוכן לעשות כן עם השליח, השליח לא ייחשב רמאי, אם יקבל את ההצעה של הצד השלישי. אולם בכגון זה, אם ניתן הדבר, עליו להודיע על כך מראש לשולח, לא רק כדי שהלה לא יסמוך עליו[24], אלא גם כדי להסיר מעל עצמו את החשד שמא לא נהג בנאמנות כלפיו. וזה לשון הרמב"ם בעניין זה[25]: "היה יודע שזה המוכר אוהב אותו ומכבדו, ומוכר לו ואינו מוכר למשלחו – הרי זה מותר לקנות לעצמו, והוא שיחזור ויודיעו. ואם מפחד שמא יבוא אחר ויקדמנו לקנות – הרי זה קונה לעצמו, ואחר כך מודיעו". בכגון זה, התנהגות השליח מותרת, ואין לשולח כלפיו אפילו לא תרעומת.

מקורה של הלכה זו בסיפור המובא בתלמוד[26] על רבה בר בר חנה, ששלח את רב לקנות לו קרקע, והלך רב וקנה את הקרקע לעצמו. התלמוד תמה: כלום ייתכן שרב נהג מנהג רמאות? והשיב התלמוד: "באגא דאלימי הוו [=בקעה של אנשים אלימים היו]: לרב נהגו ביה כבוד, לרבה בר בר חנה לא נהגו ביה כבוד". מנוסח הלכת הרמב"ם עולה שפירש שאנשי המקום לא היו מוכנים למכור לרבה בר בר חנה, ולכן רב קנה אותה לעצמו[27]. לעומת זאת, נראה שרבנו ירוחם[28] הבין שאנשי המקום לא סירבו למכור את הקרקע לרבה בר בר חנה, אבל רב העדיף לקנות אותה לעצמו, משום שלהערכתו שולחו היה מצטער אם היה קונה אותה לו, שכן השכנים באותו מקום היו מציקים לו, ולא היו נוהגים בו כבוד. במילים אחרות, רבנו ירוחם נותן לשליח שיקול דעת רחב יותר, ואף כשביכולתו לעשות את השליחות לשולחו, הוא אינו בגדר רמאי, אם עשה אותה לעצמו מתוך שיקול שבטובת שולחו[29].

ד"ה נכסי הגוי (מובא בש"ך, חו"מ, סימן רלז, ס"ק ג). וראה שו"ת איגרות משה, שם, ד"ה ובשני טעמים אלו, המסביר שיסוד המחלוקת טמון בשני הנימוקים שהציע בהסבר שיטת רבנו תם (ראה לעיל בהערה זו): הרד"ך סבור שמאחר שמדובר במחיר הזדמנות, אין לדרוש מן המתחרה לוותר על זכותו, ואילו הרמב"ן סובר שמאחר שמדובר בעסקת מכר (אף שהוא בזול), ויש כאן תחילת קניין, שוב אין המתחרה רשאי להקדים את מי שטרח בקנייה זו וכבר זכה בה בקניין שבירושר].

23 כך עולה מדברי הר"ן, קידושין כב ע"א־ע"ב (בדפי הרי"ף), ד"ה וגרסי' (הובא להלכה על ידי הרמ"א, חו"מ, סימן קפג, סעיף ב). וראה הגהות הגר"א לתוספתא יבמות ד, ג (הובא לעיל, הערה 14), הגורס על פי דברי הר"ן "צא קח לי מקח מפלוני", ולא מקח פלוני.

אין צריך לומר שהדברים אמורים רק בשהשליח קנה נכס סטנדרטי זה בכספו שלו, ולא בכספו של השולח, אך אילו היה קונה אותו בכספו של השולח, לא היה נחשב רק רמאי אלא גזלן. ראה חזון איש, יורה דעה, סימן עז, ס"ק ו, ד"ה ואם. וראה בהרחבה בדיוננו על סעיף 9, פרק חמישי, ב, עמ' 536.

24 ראה לעיל, הערה 12.

25 רמב"ם, הלכות מכירה, פרק ז, הלכה יא.

26 קידושין נט ע"א.

27 וכך פירשו: רש"י, שם, ד"ה באגה דאלימי; טור, חו"מ, סימן קפג, סעיף ב.

28 רבנו ירוחם, מישרים, נתיב כח, סוף חלק א. על מחלוקת זו בין רבנו ירוחם לבין רמב"ם ורש"י והטור, העיר בית יוסף, חו"מ, סימן קפג, סעיף ב. נביא כאן את לשונו של רבנו ירוחם: "נותן מעות לשלוחו לקנות קרקע וקנה לעצמו, אין לו עליו אלא תרעומת, ולא נהגו בו רמאות. ודוקא שראוי לשליח יותר מלמשלח, כגון שהיתה בקע' אלמין, ומתיראין משליח ולא ממשלח, אבל בשוה נהג בו מנהג רמאות". גם הש"ך, חו"מ, סימן קפג, ס"ק ג, העיר על דברי רבנו ירוחם, והוסיף: "ונראה לי דגם דינו אמת", ומכאן שלא ראה מחלוקת הלכה למעשה בין הפירושים.

29 אם כי רבנו ירוחם מדגיש שבכגון זה אמנם אין רמאות מצדו של השליח, אבל יש לשולח תרעומת עליו.

לפי גרסת הגאונים[30], התלמוד משיב תשובה נוספת: "זוזי יתירי בעו מיניה [=מעות הרבה ביקשו ממנו]. לרב הוו ליה, לרבה בר בר חנה לא הוו ליה". כלומר, בעלי השדה ביקשו מרב סכום גבוה ממה שהקציב לו רבה בר בר חנה. מתוך כך הסיק רב שבנסיבות אלו אין לרבה בר בר חנה עניין בקרקע זו, ועל כן קנה אותה לעצמו.

ד. אם נשתנו הנסיבות מכפי שהיו בשעת מינויו של השליח (או מכפי שהשולח חשב שהיו), ועתה יודע השליח שמילוי השליחות יפגע באינטרס של השולח, עולה השאלה: האם חובה עליו בכל זאת לעשות את שליחותו? מקרה כגון זה בא לפני מהרשד"ם[31]. השולח הורה לשליח להעביר סחורה לידי מאן דהוא, שהיה אמור תוך זמן סביר להעביר סכום כסף בתמורה לסחורה. לשליח נודע מפי מקורות מהימנים שאותו אדם פשט את הרגל, ולא יוכל בשום פנים למלא את חלקו בהסכם. השליח התעלם מן האזהרות של מקורות אלו, והעביר אליו בכל זאת את הסחורה, וכצפוי לא קיבל תמורתה דבר. מהרשד"ם קובע שהשליח מעל בתפקידו כשהתעלם מן האזהרות, והרי הוא כשומר שהזיק בידיים לנכס שהופקד אצלו לשמור עליו, ועל כן הוא חייב לפצות את השולח[32].

ה. להשלמת התמונה, נוסיף שיש מצבים שבהם רואים את השליח כמי שנטל על עצמו התחייבות חוזית לעשות את השליחות (אף כשלא התחייב לכך במפורש), והוא כשמינויו נעשה במעשה קניין: "שאם נעשה שליח בקנין, שיקנה שדה, ואומר בפני עדים שקנאה לעצמו, משיעבוד גופו לא נפיק [=לא יוצא], וחייב עוד להשתדל ולקנות שדה אחר למשלח, אם מתחלה לא ייחד לו השדה"[33]. לשון אחר, אם השליח נתמנה במעשה קניין, רואים אותו

[30] ראה אוצר הגאונים (התשובות), קידושין נט ע"א, אות שיז, בשם רב האי גאון, ספר המקח והממכר, סוף שער לה, וספר מתיבות, עמ' 39.

[31] שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן נ. וראה גם מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן א (בסופו). וראה A.Y. Warburg, The Multi-Faceted Halakhic Identity of a Jewish Investment Broker, Tradition 43:3 (2010), pp. 62-63, 51.

[32] לכאורה, נימוקו של מהרשד"ם הוא שאחריות השליח כשומר על הנכס שהופקד בידו קודמת לחובת הציות. ואולם השווה שו"ת משפטי שמואל (קלעי), סימן נב, העוסק במקרה דומה ומגיע לאותה מסקנה, אם כי נראה שנימוקו שונה. בעוד שמהרשד"ם מבסס את אחריות השליח על הפרת חובת השמירה המוטלת עליו, שהוא כמזיק בידיים, נראה שמשפטי שמואל רואה את השליח כמי שחרג מן ההרשאה, משום שיש להניח שכוונת השולח כשמינה את השליח הייתה שיימנע מביצוע השליחות, אם ישתנו הנסיבות באופן שקיום השליחות עלול להסב לו נזק ולא תועלת: "שזה נקרא שינוי מדעת משלחו, ופושע הוא, שהיה לו לדקדק בתקנת משלחו... וכי נאמר שאין הוא פושע, מפני שלא רצה לעבור על דעת משלחו? ו[הלוא] אפילו בשליח בחינם חייב להיזהר ולהציל ממון משלחו". וראה לעיל, בדיוננו על סעיף 5, ליד ציון הערה 41. על פי גישה זו, חובה על השליח להימנע מהמשך קיום השליחות לא רק כאשר המשך השליחות עלול לפגוע בנכס שהופקד לשמירתו, אלא גם כאשר הנזק שעלול להיגרם לשולח אינו בנכס שהופקד לשמירתו. כך לדוגמה, אם השליח נשלח לקנות בהקפה נכס שיסופק ישירות לשולח, ולשליח נודע שהנכס עומד לאבד מערכו, עליו להימנע מביצוע השליחות, אף אם אינו שומר על אותו נכס (שכן הנכס עדיין אינו של השולח). וראה ש' שילה, "סטיית השלוח מהוראות השולח", הפרקליט לג (תש"ם), עמ' 13, המסתמך על המשפט העברי בביקורתו על פסק דינו של השופט ברק בע"א 841/76 בן אריה נ' סברה ואח', פ"ד לב(1) 85 (1978).

[33] שו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, חו"מ, סימן ל, אות ט, על סמך דיני פועלים (ראה ש"ך, חו"מ, סימן שלג, ס"ק ד, בשם הגהות אשרי, בבא מציעא, פרק ו, סימן ו, ד"ה ומכל, בשם מהרי"ח). וראה פד"ר ו, עמ' 182. וראה א' ורהפטיג, ההתחייבות, ירושלים תשס"א, עמ' 265 ואילך. וראה להלן, בדיוננו על סעיף 9, הערה 43. וראה גם בית מאיר, אבן העזר, סימן קנד, סדר הגט ר"י מרגליות, ד"ה בסדר גט שלישי, שהרחיק לכת וקבע ששליח שקיבל על עצמו שליחות "מחויב מן הדין לעשות". ואף על פי שלא נעשה בקניין, הריהו

כמי שהתחייב לבצע את השליחות, וכל זמן שאפשר לעשות את פעולת השליחות, השליח חייב להמשיך בה בהתאם להתחייבותו[34]. הבחנה זו דומה להבחנה של ברק שראינו לעיל[35] בין שליחות לבין חוזה שליחות.

פרק שלישי

חובת הזהירות

אם השליח עושה את השליחות מתוך חוסר זהירות או מתוך חוסר מיומנות באופן הפוגע באינטרס השולח, השולח יכול לבטל את פעולת השליחות ולהתנער מן הקשר עם הצד השלישי, מכוח הטענה "לתקן שלחתיך ולא לעוות"[36], כלומר, להועיל לי שלחתיך, ולא לפגוע בי. נוסף על זכות הביטול, תהיה לשולח תרעומת כנגד השליח, כשם שיש לו תרעומת כנגד שליח שאינו עושה את שליחותו. ואם ביצוע השליחות מתוך חוסר זהירות גרם נזק ודאי לשולח, יוכל לתבוע ממנו את הנזק שנגרם לו[37].

פרק רביעי

חובת הגילוי, חובת המסירה וחובת הדיווח – "יגלה... וימסור... ויתן לו דין וחשבון" (ס"ק (1))

החוק מטיל כאן על השליח שלוש 'חובות־עשה' כחלק מחובת הנאמנות: גילוי כל ידיעה הנוגעת לנושא השליחות; מסירת כל מסמך הנוגע לשליחות; הגשת דין וחשבון על פעולותיו. להלן נדון בכל אחת מהן.

כפועל, שאינו יכול לחזור בו ב"דבר האבד". אבל ראה מה שהשיג עליו חלקת יואב, אבן העזר, סימן לב, ד"ה ואף שמצאתי. וראה דיוננו על סעיף 14, הערה 155.

לעניין חובת הפועל להשלים את עבודתו, ראה ש' ורהפטיג, דיני עבודה במשפט העברי, ירושלים תשמ"ב, עמ' 126 ואילך.

[34] הדברים שלפנינו אינם סותרים את הדברים שראינו בדיוננו על סעיף 3, עמ' 143־144, ולפיהם לא זו בלבד שיצירת השליחות אינה טעונה מעשה קניין, אלא מעשה הקניין אינו מוסיף דבר לתוקף המינוי, כפי שהדגיש הרמב"ם. ואמנם מעשה הקניין אינו משפיע על מעמדו של השליח כשליח אלא רק על מעמדו כעובד. במילים אחרות, מעשה הקניין משפיע על יחסי העבודה שבין השולח לבין השליח ולא על יחסי השליחות שביניהם.

[35] לעיל, ליד ציון הערה 9.

[36] על טענה זו והיקפה, ראה לעיל, דיוננו על סעיף 6, פרק שני, ג, עמ' 325.

[37] להרחבה בעניין תרופות השולח כנגד שליח שעשה את השליחות באופן הפוגע באינטרסים שלו, ראה דיוננו על סעיף 9.

א. הגילוי – "יגלה לשולח כל ידיעה"

א. כפי שכבר ראינו במבוא, חובה על השליח לגלות לשולח כל ידיעה ולמסור לו כל מסמך שעשוי להיות נוגע לקידום ענייניו או להחלטתו אם להמשיך בשליחות אם לאו. ברק[38] מביא כדוגמה שליח שנשלח למכור נכס לקונה מסוים, ונודע לו שהקונה עומד על סף פשיטת רגל. יש להעיר שאין זה מובן מאליו שחובת הגילוי היא חלק מחובת הנאמנות. שליח שאינו מוסר מידע רלוונטי לשולח אינו פוגע בהכרח באינטרס של השולח, משום שייתכן שהוא עצמו שוקל לפי מיטב הבנתו ומצפונו כיצד לכלכל את צעדיו לטובת השולח לאור המידע שיש בידו. העובדה שאינו משתף את שולחו בעניין אינה מעידה בהכרח על חוסר נאמנותו. בדוגמה של פשיטת הרגל של הקונה, שליח שנודע לו שהסיכון לעסקה גדול מדי צריך להחליט בעצמו שלא להוציא את העסקה אל הפועל (ואם לא יעשה כן, תהיה לשולח עילת תביעה נגדו)[39]. יחד עם זאת, גישת החוק היא כנראה שאם המידע הוא חשוב, אין זה מתקבל על הדעת שהשליח ייקח על עצמו את ההחלטה מה לעשות בו, אף אם הוא שוקל את הדברים אך ורק לטובת השולח ולפי מיטב הכרתו, במיוחד לאור העובדה שברוב המקרים, ההחלטה אם להמשיך בפעולת השליחות אם לאו אינה חד־משמעית, ויש בה צדדים לכאן ולכאן, ועל כן ראוי שהשליח לא ייקח על עצמו את ההחלטה, אלא יחזור אל השולח ויקבל ממנו הנחיות מה לעשות.

כמו כן, לפי החוק, חובת הנאמנות דורשת מן השליח לעדכן את השולח על פעולותיו למען יוכל להעריך בעצמו אם השליחות מתבצעת לשביעות רצונו אם לאו. ברק[40] מוסיף עוד נימוק לחובת הגילוי, והוא שלפי סעיף 2 לחוק, רואים את ידיעתו של השליח כידיעתו של השולח. לדעתו, "הבסיס העובדתי להצדקת כלל זה היא חובתו המקבילה של השליח למסור כל מידע שיש לו בנושא השליחות לשולח".

מועד מסירת המידע והדיווח לא נקבע בסעיף. באין הסכם בין הצדדים בעניין זה, השליח צריך להעביר לשולח את המידע באופן סדיר ביזמתו בפרקי זמן סבירים ובהתאם למידת הדחיפות שבהעברת המידע[41].

ב. גם במשפט העברי, מצאנו חובת גילוי. אם השליח יודע שהנסיבות שלפניו שונות מן הנסיבות כפי שחשב אותן השולח בשעה שמינה אותו להיות שליח, ודאי עליו לקחת את הדבר בחשבון ולהימנע מביצוע השליחות, אם ברור לו שבנסיבות האלו השולח לא היה מעוניין בקיומה[42]. ונשאלת השאלה: האם על השליח ליידע את שולחו גם לפני שהוא מחליט? או שמא יש להניח שהשולח סומך על שיקול דעתו של השליח שיפעל לטובתו, ואם הוא מעוניין לפקח על פעולותיו, עליו להתנות על כך מראש? בקשר לזה מצאנו שני מקורות סותרים לכאורה זה את זה.

התלמוד[43] דן בשליח שהצטווה להגיש לאורחי השולח מאכל שהוא רכוש ההקדש, שליחות

[38] ראה ברק, סעיף 759.
[39] ראה שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן נ, המובא לעיל, הערה 31.
[40] ראה ברק, סעיף 759.
[41] ראה ברק, סעיף 763.
[42] ראה שו"ת מהרשד"ם, שם.
[43] מעילה כ ע"ב; נדרים נד ע"א. וראה גם חולין קד ע"א.

שמילויה גורם למעילה ברכוש ההקדש. במשנה נקבע הכלל[44]: "השליח שעשה שליחותו – בעל הבית מעל. לא עשה שליחותו – השליח מעל". הוי אומר: כשהשליח ביצע את השליחות כהלכה, פעולתו מחייבת את השולח[45], אך אם סטה מהוראות שולחו, פעולתו אינה מחייבת את השולח, והשליח נחשב כמי שמעל ברכוש ההקדש. המשנה מדגימה את הכלל הזה ואומרת: "כיצד? אמר לו [השולח לשליח] 'תן בשר לאורחים', ונתן להם [השליח] כבד. [אמר לו השולח 'תן] כבד', ונתן להם בשר – השליח מעל". התלמוד מבאר שאף על פי שההרשאה להגשת בשר כוללת הגשת כבד[46], שליח שהצטווה להגיש בשר והגיש כבד לא עשה את שליחותו, ולכן הוא בגדר מועל, שכן היה עליו לשאול את השולח אם הוא מעוניין בהגשת הכבד[47], "דכיון שצריך לימלך ואינו נמלך, גלי אדעתיה [=גילה את דעתו] דלא מתורת שליחות בעל הבית הוא דקא יהיב להו [=הוא נותן להם] אלא מדעתו"[48]. מסוגיה זו עולה אפוא שעל השליח לחזור לשולחו ולקבל ממנו הוראות משלימות. ונראה שהוא הדין כשמשתנות הנסיבות, שעליו לגלות זאת לשולחו כדי לקבל ממנו הנחיות כיצד לנהוג.

לעומת זאת, בדיוננו על סעיף 5[49], ראינו ששליח להפרשת תרומה שהרשאתו לא כללה הוראות בדבר שיעור התרומה שעליו להפריש, רשאי לאמוד את רצון השולח ולפעול על פי אומדן זה, ופעולתו מחייבת את השולח, גם אם יתברר שהשליח לא אמד נכונה את רצונו. מכאן עולה לכאורה, בשונה מן הסוגיה הקודמת, שהשליח אינו חייב לחזור ולקבל משולחו הוראות כיצד לנהוג.

ניתן להציע פתרונות אחדים ליישוב הסתירה בין הסוגיות: אפשר שהסוגיה בעניין שליח

[44] מעילה ו, א.

[45] זהו אחד החריגים לכלל "אין שליח לדבר עברה". ראה דיוננו בסעיף 1, הערה 128.

[46] כך היא דעת רבי עקיבא, והלכה כמותו (ראה: רמב"ם, הלכות נדרים, פרק ט, הלכה י; שולחן ערוך, יורה דעה, סימן ריז, הלכה ד). לדעת חכמים, הרשאה להגשת בשר אינה כוללת הגשת כבד (ראה נדרים נד ע"א. אמנם הסוגיה שם עוסקת בהגדרת היקף נדרו של מי שנודר שלא לאכול בשר, אך התלמוד מבאר שהוא הדין לעניין היקף הרשאת השליח).

[47] שאלה יפה היא, האם במצב זה ייחשב השליח לכל דבר ועניין כמי שפעל בחריגה מן ההרשאה? כך למשל, האם יכול השולח לחייב את השליח לפצותו עבור הנזק שנגרם לו, כשהשליח לא חזר לקבל הוראות משלימות, ואשר על כן רכש נכס שהשולח לא היה מעוניין בו? צריך עיון.

[48] חידושי הרשב"א, נדרים נד ע"א, ד"ה ואי ר"ע. וראה גם ר"ן, נדרים נד ע"ב, ד"ה מי לא מודה רבי עקיבא דצריך אימלוכי: "הלכך לענין מעילת שליח, ודאי כיון דצריך אימלוכי ולא ממליך, אדעתא דנפשיה קעביד, ובעל הבית נמי סמיך, דכל כמה דלא מימליך לא יתן להם כבד [=מכיוון שהיה השליח צריך להתייעץ, ולא התייעץ, הרי השליח פועל על דעת עצמו, וגם בעל הבית (השולח) סומך על זה, שמכיוון שלא התייעץ, לא ייתן להם כבד], הלכך לא עשה שליחותו".

באופן דומה נקבע (מעילה כא ע"א-ע"ב) ביחס לשליח שנשלח לרכוש בכספי הקדש דבר מה עבור השולח. השליח מצא שמחיר הדבר נמוך בחצי ממה שהעריך השולח, ורכש אותו במחיר זה. לדעת חכמים, השליח ביצע את שליחותו, ואשר על כן השולח הוא המועל. אולם רבי יהודה סבור שהשליח הוא המועל, שכן השולח יכול לטעון, שאילו היה השליח משתמש בכל הסכום העומד לרשותו, היה רוכש נכס טוב עוד יותר. שפת אמת, שם, תמה על שיטתו של רבי יהודה ומסביר אותה כך: "כל כוונת רבי יהודה, דכהאי גוונא [=במקרה כזה], צריך השליח לאמלוכי ביה [=להימלך בו, בשולח], כיון דרואה שינוי כזה. ולכן בין שקנה חלוק בעד חצי דמיו בין בעד כולו, לא מעל בעל הבית".

וראה גם משנה למלך, הלכות שלוחין ושותפין, פרק ב, הלכה ז, בעניין שליח שנשלח למכור נכס, ולא נקב השולח בסכום מסוים שהוא רוצה עבור אותו הנכס, ש"צריך לאימלוכי ביה בכמה יתננו".

[49] ליד ציון הערה 43.

להפרשת תרומה עוסקת בשליח שאין עומדת בפניו האפשרות לחזור לשולחו, ואילו הסוגיה בעניין שליח להגשת בשר עוסקת בשליח שעומדת בפניו אפשרות זו[50]. ואפשר גם שיש להבחין בין פעולה שהיא פירוש אפשרי להרשאת השולח, שלגביה חייב השליח לחזור לשולח ולהתייעץ עמו אם אכן התכוון לכלול גם אותה בהרשאתו, לבין פעולה הכלולה באופן מובהק בהרשאתו של השולח, שאף על פי שכלולים בה פירושים מובהקים נוספים, רשאי השליח להפעיל את שיקול דעתו ולבחור ביניהם, משום שההנחה היא שהשולח ייפה את כוחו מראש לעשות כן[51]. גם על פי פתרון זה, יש לקבוע שאם נשתנו הנסיבות, על השליח לחזור ולהתייעץ במידת האפשר עם השולח[52].

ב. מסירת מסמכים – "וימסור לו כל מסמך"

אשר לחובה למסור לשולח מסמכים הנוגעים לנושא השליחות, אם השגת אותם מסמכים הייתה מטרת השליחות או שהם חלק בלתי נפרד ממטרת השליחות (כגון קבלות וכדומה), ברור שהשליח חייב להחזיק בהם כשומר, ועליו להעבירם לשולח כחלק מחובת ביצוע השליחות, שהרי מדובר במסמכים שאינם שלו אלא של השולח (אם כי דומה שאם לא נקבע אחרת, חובת מסירתם חלה עליו בסיום השליחות ולא במהלכה).

אם מדובר במסמכים אחרים, שהשגתם לא הייתה מטרת השליחות, לכאורה אין חובה למסור אותם לשולח. אולם אם אי־מסירתם עלולה לפגוע בשולח, ייתכן שחובה להעבירם אליו (אפילו לפני תום ביצוע השליחות), הכל לפי נסיבות העניין.

ג. הדיווח – "ויתן לו דין וחשבון על פעולותיו"

אשר לחובה המוטלת על השליח להגיש דיווח על פעולותיו בתום שליחותו, נראה שיש להבחין בין שני מצבים:

כשהשגת מטרת השליחות תלויה בהגשת הדיווח, פשוט שעל השליח לעשות זאת. כך למשל שליח שנשלח למצוא לשולחו אישה ולקדש אותה לו צריך לחזור לשולח ולדווח לו את מי קידש עבורו[53].

כשהשגת מטרת השליחות אינה תלויה בהגשת הדיווח[54], לא מצאנו מקור האומר

[50] לפי זה, על השליח לחזור לשולח לקבלת הוראות משלימות, כל אימת שהדבר אפשרי.

[51] כך עולה לדוגמה מתוספות הרא"ש, קידושין מא ע"ב, ד"ה פיחת, בהסברו מדוע שליח להפרשת תרומה שלא נאמר לו כמה להפריש יכול לומר לשולח "בהכי אמדתיך". וזה לשונו: "הילכך כשאמר לו 'צא ותרום', ולא פירש לו, דעתו שכל מה שיעשה שליח יהא עשוי". וראה גם חידושי הריטב"א, שם, ד"ה פיחת: "פירוש. וכיון דאפשר בהאי אומדנא, ושלחו סתם, ודאי על דעת כן שלחו. דאי לא, הוה ליה לפרושי. הלכך שליחותיה עבד". עוד ראה חידושי חתם סופר, כתובות ק ע"א, ד"ה ומ"ש: "דהרי בעל הבית יודע דאיכא בעלמא ג' מיני תורמים, ולא הודיע להשליח דעתו, על כן סמך עצמו על אומדנתו של השליח".

[52] להלן, ליד ציון הערה 98, נראה שאם השליח מקבל טובת הנאה מן הצד השלישי תוך כדי ביצוע השליחות, חובה עליו לדווח על כך לשולח.

[53] ראה אוצר הפוסקים, אבן העזר, סימן לה, סעיף יא, אות ס, בעניין שליח לקדש אישה סתם, שוודאי חובה עליו לחזור ולהודיע לשולח מי האישה שקידש לו.

[54] כגון בשליחות למסירת גט.

שעל השליח לחזור לשולחו ולדווח לו אם ביצע את השליחות בהצלחה אם לאו[55], אף על פי שיש מקורות המעידים על נוהג כזה ("דרך ארץ")[56]. עם זאת, אם השליח מחזיק בידו נכס שהוא מושא השליחות, כגון סחורה שנשלח לקנות, הרי כל עוד לא דיווח על כך לשולח ונתן לו הזדמנות לבוא ולקחת את שלו, הוא נושא באחריות עליו כדין שומר. כך נפסק[57] לדוגמה בעניינו של שליח שלא דיווח במועד על קניית סחורה, ובינתיים ירד ערך הסחורה.

פרק חמישי

מניעת ניגוד עניינים

א. כללי – "יימנע מכל דבר שיש בו ניגוד בין טובת השולח ובין טובתו שלו או של אדם אחר" (ס"ק (5))

הסעיף קובע שחובתו המרכזית של השליח היא לנהוג כלפי השולח בנאמנות. הסעיף אינו מגדיר מהי הנאמנות. בסעיף קטן (5) סיפא, יש הוראה כללית, ולפיה: "בדרך כלל יימנע מכל דבר שיש בו ניגוד בין טובת השולח ובין טובתו שלו או של אדם אחר". אמנם הוראה כללית זו אינה מכסה את דרישות הנאמנות כולן[58], אולם היא מגדירה את אחת מן הדרישות המרכזיות שלה, ולפיה אסור לשליח להיכנס למצב של ניגוד בין האינטרס של שולחו לבין האינטרס שלו או של אדם אחר. הטעם לדרישה מחמירה זו הוא החשש שיעדיף השליח את האינטרס שלו או של אחר על פני האינטרס של השולח, בעוד שהאינטרס של השולח חייב לעמוד בראש מעייניו. או בלשונו של ברק[59]: "מטרתה של חובת הנאמנות היא להשגיח על השלוח שלא ינצל לרעה את כוח הייצוג"[60].

[55] בדיוננו על סעיף 1, ליד ציון הערה 208, ראינו שההלכה פוטרת במפורש את האפוטרופוס ממסירת דיווח. אולם פטור זה נאמר דווקא באפוטרופוס, ויש הסוברים שהוא נועד לעודד אנשים לשמש בתפקיד אפוטרופוס. ושמא ניתן להסיק מכאן שלעומתו, השליח חייב בדיווח.

[56] במקורות אחדים נאמר אמנם שעל שליח לחזור לשולחו ולדווח לו על תוצאות פעולותיו, אך מקורות אלו אינם עוסקים בשליחות לפעולה משפטית, ואף אינם קובעים זאת כנורמה משפטית מחייבת, אלא ככלל בדרך ארץ בלבד. ראה למשל: פסיקתא זוטרתא (לקח טוב), שמות, פרק יט, אות ח, ד"ה ויענו: "וישב משה את דברי העם אל ה' – וכי מה צורך היה למשה להשיב דברי העם אל ה'? לא בא הכתוב אלא ללמדך דרך ארץ ממשה רבינו, שלא יאמר אדם 'הואיל ויודע מי ששלחני מה עשיתי, איני צריך להשיב לו תשובה', אלא צריך להשיבו". וראה גם רש"י, שמות יט, ח. והשווה אבן עזרא, שמות יט, כג: "ויאמר לא יוכל העם לעלות – אמר הגאון כי שנים רבות חשב בזה הפסוק ולא ידע טעמו, עד שראה בספר מוסרי מלכי פרס שאין רשות לשליח לומר למלך 'עשיתי שליחותך', עד שיצונו לעשות דבר אחר, אז יאמר לו". וראה דיוננו בנספח לסעיף זה, הערה 212, שיש הטוענים שעל נוהג זה מבוסס הדין ששליחות שאינה ראויה לחזור לשולח אינה שליחות.

[57] ראה שו"ת מהרש"ג (גרינפלד), חלק ג, סימן קי.

[58] היא אינה כוללת למשל את חובת הדיווח האמורה בס"ק (א). וראה ברק, סעיף 740. וראה גם להלן, הערה 91.

[59] ברק, סעיף 749.

[60] ניטול את הדוגמה הבאה: אדם מתמנה להיות שליח לעניין מסוים, וידוע לו שביצוע מוצלח של השליחות עלול להזיק לו בעסקיו או בענייניו, האם מותר לו לקבל את השליחות? או שמא ההגינות מחייבת אותו

כפי שראינו במקורות המשפט העברי שהבאנו לעיל בפרק השני, שליח המעדיף את האינטרס שלו על פני האינטרס של שולחו נוהג מנהג רמאי. מכאן שחובה בסיסית מוטלת על השליח לנהוג בנאמנות כלפי השולח. אולם נראה שחובת הנאמנות המוטלת על השליח על פי המשפט העברי שונה בשני עניינים מזו המוטלת עליו על פי החוק, בהיקף החובה ובתוצאות המשפטיות בגין הפרתה. בתוצאות המשפטיות בגין הפרת חובת הנאמנות, נדון ביתר אריכות בדברינו על סעיף 9, ואילו כאן נתרכז בדיון בהיקף חובת הנאמנות. דרישת הנאמנות כפי שהיא עולה בחוק שלפנינו היא דרישה מקיפה ומחמירה, אשר יש בה כדי להצר בצורה משמעותית ביותר את חופש הפעולה וההחלטה של השליח. גישת החוק, מסביר ברק[61], היא ש"אסור לשלוח להימצא במצב שבו ישנה אפשרות של ניגוד אינטרסים"; "האינטרס של השולח הינו כי השלוח לא יעמוד בפני קונפליקט אפשרי בין טובת השולח לבין טובתו הוא"[62]. ובאופן כללי הוא מסביר[63]: "חובת הנאמנות מבקשת להקדים תרופה למכה. היא בוחנת את המעשה על יסוד הסתברותה האפשרית של פגיעה לרעת השולח במצבים דומים. חוק השליחות מבקש למנוע מהשלוח שיימצא במצב שבו יהיה קיים או שיהיה עלול להתקיים ניגוד בין האינטרס האישי של השולח לבין האינטרס של השלוח. על כן, אין זו טענת הגנה לשלוח כי בפועל לא היה ניגוד בין האינטרסים של השולח ובין השלוח או כי בפועל לא נגרם כל נזק".

הנימוק לגישתו המחמירה של החוק קשור קשר הדוק לעובדה שלפי השקפת החוק, הכוח שמעניק השולח לשליח לפעול בשמו עלול להיות מנוצל לרעתו, כמו שמסביר ברק[64]: "עצם יצירת השליחות פותחת בפני השלוח שדה נרחב לניצולו לרעה, ומעניקה לו כלי לפגיעה קשה בשולח... ככל שכוחו של השלוח רב יותר, כן מן הדין להטיל עליו חובות התנהגות ראויה חמורות יותר שימנעו ממנו לנצל לרעה את כוחו".

גישת המשפט העברי היא גישה הפוכה. לשליח אין כוח רב לנצל את השליחות לרעת השולח, שכן כלל יסודי הוא בדיני שליחות שכל אימת שהשליח עושה פעולה אשר יש בה פגיעה באינטרסים של השולח, אין הפעולה מחייבת את השולח. משעה שנפגע השולח מאופן ביצוע השליחות, הוא יכול לטעון כנגדו "לתקן שלחתיך ולא לעוות" או בלשונו של 'מחנה אפרים'[65]: "שכל השולח שליח חשיב [=דומה] כמי שפירש שאם יצא עוות מתחת ידו, שאינו שלוחו". לפי זה, נמצא שאם יעלה ביד השולח להראות שאופן הביצוע של השליחות היה בניגוד לשמירת האינטרסים שלו, השליחות בטלה, ופעולתה אינה יכולה לחייב אותו. לפי זה, יש לצפות שדרישות הנאמנות וכללי "ההתנהגות הראויה" המוטלים על השליח יהיו מחמירים פחות לפי המשפט העברי מאשר לפי החוק, משום שככל שכוחו של השליח לפגוע באינטרס

לסרב להצעה? לפי האמור בסיפא של ס"ק (5), נראה ששליח זה צריך להימנע מקבלת השליחות, שכן היא כרוכה בדבר שיש לו עצמו טובת הנאה, ולכל הפחות הוא חייב להודיע לשולחו שהשליחות שהוא מבקש ממנו מעמידה אותו במצב של ניגוד אינטרסים. השווה שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן קי, העוסק במקרה דומה, באדם שקיבל סחורה למכור עבור חברו, כשלו עצמו הייתה סחורה כזו, ולא רצה למכור את סחורת חברו, כדי שהמחיר לא ירד, ויוכל למכור את הסחורה שלו במחיר יותר גבוה.

[61] ראה ברק, סעיף 768.

[62] ראה ברק, סעיף 774.

[63] ראה ברק, סעיף 749. וראה גם שם, סעיף 750, הציטוט מדברי פרידמן.

[64] ראה ברק, סעיפים 740־741.

[65] מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן ג. וראה באריכות בדיוננו על סעיף 6, פרק שני, ג, עמ' 325.

של השולח מצומצם יותר, כך פוחת הצורך להגביל את השליח לעניין אופן ביצוע השליחות[66]. לדוגמה, אין הכרח לאסור עליו להיכנס למצב של ניגוד אינטרסים בינו ובין שולחו.

נבדוק עתה, אחת לאחת ולפי סדר, את הדרישות שיסודן באיסור ניגוד העניינים כפי שהסעיף מפרט אותן.

ב. ייצוג שולח אחר באותו נושא – "לא יהא שלוח של שולחים שונים לנושא שליחות אחד" (ס"ק (2))

הסיבה לכך שהשליח צריך להימנע מלהיות שלוחם של שולחים אחדים בנושא אחד לפי החוק היא למנוע את האפשרות לניגוד אינטרסים, שבה השליח עלול להיות נאמן יותר לאינטרסים של שולח אחד על פני משנהו. נדגיש שוב שקביעה זו יש בה משום הרחקה, לבל יתקרב השליח למצב שבו הוא עלול להפר את חובת הנאמנות המוטלת עליו כלפי שולחו.

לא כן עמדת המשפט העברי. אמנם חובה על השליח לפעול מתוך נאמנות לשולחו, אולם אין בכך כדי למנוע ממנו עקרונית לייצג שולח אחר באותו נושא. כך נדמה שעולה בדרך קל וחומר מלשון התוספתא[67]: "הנותן מעות לחבירו ליקח בהן פירות למחצית שכר, רשיי הלוקח ליקח לו [לעצמו, מכספו שלו] מאותו המין". מדובר באדם המקבל סכום כסף מחברו למטרה מסחרית, ומוסכם ביניהם שיתחלקו ברווחים בהסכם הנקרא "עסקא"[68]. התוספתא מלמדת שנוסף על מה שהשותף קונה מכספי העסקא, מותר לו לקנות מאותה סחורה מכספו הוא. ומסבירים המפרשים[69] שהחידוש בהלכה זו הוא, שמניחים שהשותף ינהג בהגינות ואין לחשוש שיקנה לעצמו סחורה יותר משובחת מן הסחורה שיקנה לעסקא. לענייננו נסיק מדבריהם שאם אין ההלכה חוששת שאדם יעדיף את עצמו על פני שולחו, ודאי שאין מקום לחשוש שיעדיף שולח אחד על פני משנהו[70].

[66] כפי שהסביר ברק (מובא לעיל, ליד ציון הערה 64).

[67] תוספתא, בבא מציעא (ליברמן) ד, כא.

[68] זוהי דרך מקובלת להשקעת כספים בלי לעבור על איסור ריבית. הצדדים מסכימים שחצי מן הסכום הוא בגדר פיקדון (הנותר בבעלות הנותן ובאחריותו) וחצי מן הסכום הוא בגדר הלוואה. בשותפות מסוג זה, הנקראת בלשון חכמים "עסקא", העוסק מקבל את הסכום כולו כדי לסחור בו, והרווחים או ההפסדים מן המשא ומתן שהוא עתיד לנהל מתחלקים שווה בשווה בין הצדדים, שהרי כל רווח (וכן כל הפסד) חציו נובע ממעות ההלוואה, שהן בבעלותו (ובסיכונו) של העוסק, וחציו ממעות הפיקדון, שנותרו בבעלותו (ובסיכונו) של הנותן.

[69] ראה לדוגמה בית יוסף, יורה דעה, סימן קעז (בסופו).

[70] יש אולי מקום לפקפק בראיה זו, שכן בעסקא יש לשליח אינטרס לקנות סחורה טובה, שהרי גם הוא עתיד להשתתף ברווח, מה שאין כן אולי כשאין לשליח כל נגיעה ואינטרס בשליחות. על כל פנים, לא מצאנו איסור לקבל שליחות משולחים אחדים בנושא אחד, אף בלא ידיעתם של השולחים.
בעניין זכותו של שותף לעסוק במקביל בעסק אחר, הרמב"ם פוסק (הלכות שלוחין ושותפין, פרק ה, הלכה א): "המשתתף עם חבירו בסתם, לא ישנה ממנהג המדינה באותה הסחורה, ולא ילך למקום אחר, ולא ישתתף בה עם אחרים, ולא יתעסק בסחורה אחרת". וכן נפסק גם בשולחן ערוך, חו"מ, סימן קעו, סעיף י (לדעת הסמ"ע, שם, ס"ק לב, הגבלה זו קיימת רק כשהשותף מבקש לעסוק בעסק אחר לבדו, ולא כשהוא מבקש לעשות כן עם שותף אחר. ש"ך, שם, ס"ק כב, דוחה את הבחנתו של הסמ"ע, ולדעתו מנוע השותף מלעסוק בעסק אחר הן בעצמו הן בשיתוף עם אחר). האם ניתן להקיש מדין השותף לדין השליח ולאסור על השליח לקבל על עצמו שליחות נוספת באותו עניין? נראה שאין לדמות שותפות לשליחות. השותף מנוע מלעסוק בעסק אחר עקב החשש שיזניח את עסק השותפות: "לפי שאין עיניו על החנות בשעה שהוא

עם זאת, יש מי שאומרים שהשליח מנוע מלהתמנות בו זמנית גם להיות שלוחו של הצד השלישי שאתו נעשית פעולת השליחות, כעולה מסוגיית התלמוד בעניין שליח הבעל למסירת גט לאשתו, המתמנה להיות גם שלוחה של האישה לקבלתו[71]. לדעת האמורא רבי אמי, השליח אינו יכול לייצג בו זמנית הן את הבעל הן את האישה, ואילו האמורא רבי חייא בר אבא מסתפק בדבר זה, ולהלכה נפסק כדבריו: "הרי זו ספק מגורשת, עד שיגיע גט לידה"[72].

לדעת פוסקים אחדים, הוא הדין בשליחות עסקית[73], אם כי נחלקו הדעות בשאלת טיב הספק: האם יסודו בדיני השליחות, כשהשאלה היא אם השליח יכול לייצג את הצד שכנגד בטרם הושגה מטרת שליחותו?[74]. או שמא יסוד הספק בדיני הקניין, והשאלה היא אם אלה מאפשרים ייצוג של שני הצדדים לעסקה בו זמנית?[75]. ויש הסבורים[76] שעקרונית אין מניעה

עוסק באומנותו" (לשון התוספתא, בבא מציעא (ליברמן) ד, יב, מובא בבית יוסף, חו"מ, סימן קעו, סעיף יז, ד"ה כתב הרמב"ם). חשש זה אינו קיים בשליח, שבו יש לחשוש אולי מניגוד אינטרסים אך לא מהזנחת פעולת השליחות. יש להטעים עוד שבשותפות, על כל השותפים לתרום בשווה, וזו הסיבה ששותף אחד מנוע מלעסוק בעסק אחר בעוד השותף השני עוסק בשותפות בלבד. לפרשנות אחרת לגמרי בדברי הרמב"ם, ולפיה אין קשר בין דבריו לבין הנידון דידן, ראה בדיוננו על סעיף 6, הערה 104.

[71] ראה גיטין סג ע"ב.

[72] ראה שולחן ערוך, אבן העזר, סימן קמא, סעיף א. השווה גיטין כד ע"א, שהתלמוד אינו מסתפק בדבר אלא מניח כדבר פשוט ששלוחו של הבעל למסירת הגט לא יוכל להתמנות גם להיות שליח האישה לקבלתו. וראה חידושי הרשב"א, גיטין סג ע"ב, ד"ה ואי לאו, המיישב את הסוגיות. לדעתו, אם כבר בשעת המינוי, לא עמדה בפני השליח האפשרות לחזור לשולח, כגון במקרה הנדון שם כד ע"א, שהבעל מינה את אשתו להיות שליח למסור לעצמה את הגט במקום אחר, מוסכם על הכל שהשליחות אינה תקפה כל עיקר. הספק קיים כשבשעת המינוי הייתה לשליח אפשרות לחזור לשולח, ורק לאחר מכן התמנה לשלוחו של הצד השלישי. והשווה אבני מילואים, סימן קמא, ס"ק א, ד"ה ונראה, המציע הסבר אחר על פי פירוש רש"י: פשוט הוא שהאדם אינו יכול להיות שליח לעשות פעולה משפטית עם עצמו (וזהו המצב שעוסקת בו הסוגיה בגיטין כד ע"א, שם התמנתה האישה למסור את הגט לעצמה), ולכן שם לא הסתפק התלמוד (וראה להלן, ליד ציון הערה 77). הספק של התלמוד בגיטין סג ע"ב הוא בשאלה אם אדם שאין לו עניין בפעולה לעצמו יכול לשמש בו זמנית כשלוחם של השולח ושל הצד השלישי. על הכלל, ולפיו תנאי לתוקפה של השליחות הוא שתהיה בגדר "חזרה שליחות אצל בעל הבית", ראה בהרחבה להלן, בנספח לסעיף זה, תת־פרק ד, עמ' 475.

[73] וכך פסקו: ש"ך, חו"מ, סימן קפה, ס"ק א; ערוך השולחן, אבן העזר, סימן קמא, סעיף ז.

[74] הגם שסיים את חלקו בפעולת השליחות. על דרישה זו ראה להלן, בנספח לסעיף זה, תת־פרק ד, גישה ב, עמ' 478, וראה שם, ליד ציון הערה 214, שהצענו לפרש בדרך זו את דברי הש"ך, חו"מ, סימן קפה, ס"ק א.

[75] בדומה לדרך שמנמק הרשב"א את קביעתו שהשליח מנוע לעשות את פעולת השליחות עם עצמו, כפי שנראה להלן, ליד ציון הערה 77. ונראה שכן נקט אבני מילואים, סימן קג, ס"ק ז, ד"ה ובש"ך. אולם השוואה זו קשה, שהרי התלמוד מסתפק בשאלה זו, ואילו הרשב"א קובע בה מסמרות?! וראה חזון איש, אבן העזר, הלכות גיטין, סימן קד, ס"ק כא, המיישב את הקושי ומסביר שאין הספק קיים אלא כאשר השליח פועל עבור אחר: "כיון דאין הנתינה והזכיה לעצמו, שפיר יש לומר דמשמש בב' כוחות וחשיב נתינה". והשווה שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן קכז, שלדידו ברור שבשליחות עסקית השליח אינו יכול לייצג בו זמנית את שני הצדדים.

ברם, יש הדוחים את הקשר בין הלכת הרשב"א לבין דיוננו, שכן כפי שנראה בסמוך, הרשב"א מוסיף ומנמק את קביעתו בעובדה שאין בקניית השליח לעצמו כדי הוצאת הנכס מרשות לרשות. נימוק זה (ויש הטוענים שהוא הנימוק העיקרי) אין לו מקום כשהשליח קונה לאחר. וראה בהרחבה להלן, בנספח לסעיף זה, ליד ציון הערה 204, דיוננו בנקודה זו.

[76] ראה חידושי רבנו קרשקש (המיוחסים לריטב"א), גיטין סג ע"ב, ד"ה ולענין חזרת, המסביר שהביטוי "לא

לייצוג במקביל של שני הצדדים לעסקה, והספק בעניין זה לא עלה בתלמוד אלא בדיני גירושין, ששם, בשונה משליחות עסקית, נדרשת פעולת נתינה, שספק אם היא באה על סיפוקה כאשר השליח מתפקד גם כנותן וגם כמקבל.

ג. פעולת שליחות עם עצמו – "לא יעשה פעולת שליחות עם עצמו" (ס"ק (3))

גם במשפט העברי, ביצוע שליחות על ידי השליח עם עצמו היא בעייתית, אולם בראש וראשונה מסיבה משפטית טהורה, ולא משיקולים של הפרת נאמנות, שכן אחדים מן הראשונים סוברים שהשליח אינו יכול למלא במקביל את שני התפקידים, נותן ומקבל או קונה ומקנה וכדומה. וזה לשון הרשב"א[77]: "שליח ששלחוהו בעלים למכור, אם יכול לקנות לעצמו?". והוא עונה: "אין השליח יכול לקנות לעצמו אפילו באותם דמים שהרשוהו הבעלים למכרו, לפי שהוא נעשה שליח להקנות הקרקע ללוקח, אבל לעצמו אינו יכול לזכותו להקנותו, דאין אדם מקנה לעצמו, שאין המכר אלא הוצאת דבר מרשות לרשות, וזה לא יצא מרשותו, שהרי הוא עומד במקומו".

מכאן ברור שגם כאשר אין חשש שתיפגענה זכויותיו של השולח, כגון שהשולח קבע בעצמו מה יהיו תנאי המכירה, יש מניעה משפטית שהשליח יעשה את פעולת השליחות עם עצמו. וכן נפסק ב'שולחן ערוך'[78]: "אין שליח יכול לקנות לעצמו אפילו באותם הדמים שהרשהו בעלים למכרו". מניעה זו, שנעמוד עליה בהרחבה בנספח לסעיף זה, מקורה בפירוש רש"י ועוד ראשונים בסוגיית אלמנה המוכרת בשליחותם של היתומים מנכסי עיזבון בעלה לצורך גביית כתובתה, שהתלמוד קובע שאם מכרה לעצמה "לא עשתה ולא כלום"[79]. ראשונים אלו סוברים שאף על פי ששומת הנכסים הייתה ידועה ואין חשש לניגוד עניינים, אין תוקף למכירה.

אולם יש לציין שדינו של הרשב"א אינו מוסכם על הכל, ויש מי שחולקים עליו[80]. אמנם כאשר הבעלים לא קצבו את מחיר העסקה, יש שיקול נוסף למניעת ביצוע השליחות על ידי השליח עם עצמו, והוא החשש שלא יגן כהוגן על האינטרסים של שולחו, ויקנה למשל את הסחורה במחיר נמוך ממחיר השוק. העובדה שהשליח מצוי בניגוד עניינים פוסלת אותו מלשמש כצד שלישי. כך פירשו הגאונים את דין התלמוד בעניין האלמנה, שכן היתומים יכולים לטעון כלפיה: "כי שמא לא דקדקת יפה בשומא, אע"פ שבב"ד הדיוטות לקחה, חיישינן שמא כיון דלעצמה הוא, לא דקדקו יפה בשומתם".

שאלה יפה היא: מה דין השליחות בדיעבד, כשהשליח עשה אותה למרות ניגוד העניינים אך לא פגע באינטרסים של השולח[81]? בדיוננו על סעיף 9, נראה ששאלה זו שנויה במחלוקת[82].

חזרה שליחות אצל הבעל" אינה אלא דרך אחרת לומר שהאישה קיבלה את הגט שלא מידי הבעל ("טלי גיטך מעל גבי קרקע"), ולכן דרישה זו היא רק בשליחות להולכת גט. לניתוח הגישות בהרחבה ראה להלן, בדיוננו בנספח לסעיף זה.

77 ראה שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, סימן מד. וראה גם ר"ן, כתובות נז ע"א (בדפי הרי"ף), ד"ה כיסתא.

78 שולחן ערוך, חו"מ, סימן קפה, סעיף ב.

79 כתובות צח ע"א.

80 ראה חידושי הריטב"א, כתובות צח ע"א, ד"ה אלמנה, בשם הגאונים. הריטב"א מסיים את דבריו שם כך: "ולפירוש זה [של הגאונים], דינו של רבינו ז"ל [רש"י, הנוקט כעמדת הרשב"א, לעיל, הערה 77] צריך תלמוד". וראה עוד ש"ך, חו"מ, סימן קפה, ס"ק ג. וראה להלן בנספח לסעיף זה, ליד ציון הערה 152. לדעת הרמב"ם, ראה להלן, הערה 158.

המשפט העברי מחמיר אף יותר מן החוק, והוא אוסר על השליח לעשות את פעולת השליחות עם עצמו אף כאשר אין חשש לניגוד עניינים, כגון שמחיר העסקה נקצב על ידי השולח. גם בכגון זה, עליו להימנע מלעשות את פעולת השליחות עם עצמו לבל ילעיזו עליו מי שאינם יודעים שפעל בהרשאת השולח. וכפי שנפסק בעניין שומר פירות, שאם החלו הפירות להירקב (או ששמר על חמץ והגיע ערב פסח[83]), יש לו זכות, ואפילו חובה, למכור את הפירות (או את החמץ) כדי למנוע הפסד מן המפקיד, וגם שם נפסק[84]: "כל המוכר על פי בית דין, הרי זה מוכר לאחרים, ואינו מוכר לעצמו מפני החשד"[85]. ואף שהמכירה נעשית בפיקוח בית דין, עליו להימנע מלקנות לעצמו, לא כדי להגן על בעל הפירות, אלא כדי להוציא את עצמו מן החשד ולהגן על שמו הטוב, מפני שעליו להיות "נקי מהשם ומישראל".

אין כאן אפוא חובת נאמנות כלפי השולח במובנה שבחוק אלא חובה מוסרית של האדם כלפי עצמו וכלפי החברה. כך עולה גם מן ההלכה הבאה ב'שולחן ערוך'[86]: "מי שעשאו בעל הבית שליח למכור שדהו, אף על פי שהשליח עצמו מצרן[87], אינו רשאי לקנות", ומסביר הטור[88] שהטעם לכך הוא שלא יחשדו בו שקנה את השדה במחיר נמוך ממחירה הרֵאלי, כדין אפוטרופוס המוכר מנכסי היתומים לאחרים ולא לעצמו, כדי להוציא את עצמו מן החשד[89]. ברם, דרישה מחמירה זו אמורה רק לכתחילה, אבל בדיעבד המכירה תקפה לכולי עלמא[90].

[81] אם עשה כן ויש חשש שנפגעו האינטרסים של השולח, ברור שיש לשולח עילה לבטל את השליחות. ראה בני חיי (אלגזי), חו"מ, סימן קפה, הגהות בית יוסף, אות ה (בסוף הפסק של רבי אליעזר אבן שאנג'י ומהר"ח אלפנדרי), ד"ה תבנא (קלד ע"ד): "אבל היכא שלא קצב לו סך קצוב שימכרנו באותו סך, אלא דבסתמא סמך דעתיה עליו שיעשה בשלו מה שלבו חפץ, וכאשר ימצא ימכרנו... היכא דאיהו בעצמו שם לעצמו, ואפשר דלפי האמת דזל לעצמו ולקחו בפחות משיוויו, הדבר פשוט דלא קנה, ואין ספק אצלי דלדעת כולי עלמא בכל כהאי גוונא לית דין ולית דיין, שיאמר שקנה לעצמו". וראה עוד שו"ת דבר משה (אמריליו), חלק ב, סימן קג, ד"ה אמנם עדיין, מה שפסק על פי דבריהם. וראה עוד להלן, הערה 90, שאם החשד הוא למראית עין בלבד ("והייתם נקיים"), אין עילה לביטול השליחות.

[82] ראה בדיוננו בסעיף 9, ליד ציון הערה 232.

[83] ראה פסחים יג ע"א: "נישקליה [הנפקד] לנפשיה! משום חשדא. דתניא: גבאי צדקה שאין להם עניים לחלק – פורטין לאחרים ואין פורטין לעצמן. גבאי תמחוי שאין להם עניים לחלק, מוכרין לאחרים ואין מוכרין לעצמן, משום שנאמר: 'והייתם נקים מה' ומישראל' (במדבר לב, כב)".

[84] רמב"ם, הלכות שאלה ופיקדון, פרק ז, הלכה ה, על פי בבא מציעא לח ע"א.

[85] השווה פני יהושע, בבא מציעא לח ע"א, ד"ה בגמרא מתיבי. מדבריו עולה שהסיבה לכך שאינו מוכר לעצמו אינה החשד (שאם כן, טוען 'פני יהושע', מאחר שהמכירה נעשית בפני בית דין ובפיקוחו, לא היה מקום למנוע ממנו לקנות לעצמו), אלא כדי להשהות את המכירה עד שיימצא קונה אחר המרבה במחיר. שיקול זה קרוב לחובת האמון האמורה בחוק, ואולי אף מרחיק לכת ממנו. אבל כאמור, רוב הראשונים הסבירו שהנימוק להלכה הוא החשד (שלדעתם אינו פג גם כאשר המכירה עצמה נעשית בפיקוח בית הדין, ככל הנראה משום שלא הכל יודעים שהמכירה נעשית בפיקוח בית דין).

[86] שולחן ערוך, חו"מ, סימן קעה, סעיף טז.

[87] "מצרן" הוא מי שיש לו מקרקעין הגובלים במקרקעין אחרים. על פי המשפט העברי, יש ל"מצרן" זכות קדימה בקניית מקרקעין הגובלים בשלו, ומי שקונה אותם נחשב כשלוחו מכוח הדין. ראה ש' אטינגר, "שליחות מכוח הדין במשפט העברי", מחקרי משפט יד (תשנ"ח), עמ' 5, בעמ' 12-19.

[88] טור, חו"מ, סימן קעה, סעיף ל. וראה סמ"ע, שם, ס"ק כו.

[89] לשאלה מדוע לא חלה כאן הלכת הרשב"א, שאומצה על ידי השולחן ערוך עצמו (לעיל, הערה 78), ולפיה השליח מנוע עקרונית מלקנות לעצמו, ראה להלן בנספח לסעיף זה, הערה 180 והערה 192.

[90] וכך העיר הט"ז, חו"מ, סימן קעה, סעיף טו, על נימוק הטור: "ופשוט לפי זה, שאם עבר השליח וקנאו, דלא מסלקינן ליה". מקור הדברים: תוספות, פסחים יג ע"א, ד"ה מאי לאו; בבא מציעא לב ע"א, ד"ה בית

ד. קבלת טובת הנאה – "לא יקבל מכל אדם טובת הנאה" (ס"ק (4))

הסעיף אוסר לקבל טובת הנאה או הבטחה לקבלת טובת הנאה, משום שאפשר לראות בדבר שוחד העלול להטות את החלטתו של השליח לטובת המשלם, אף שהדבר עומד בניגוד לטובת השולח. במובן זה, איסור זה הוא הברור ביותר מבין האיסורים המוטלים על השליח[91]. אמנם העובדה שהוא מקבל טובת הנאה אינה מחייבת בהכרח שיפעל שלא לטובת האינטרסים של שולחו, אולם הסכנה לזה קרובה כל כך, עד שלפי החוק ברור שיש למנוע אותה.

האיסור לקבל שוחד הוטל במקרא על הדיין: "לא תטה משפט לא תכיר פנים ולא תקח שחד, כי השחד יעור עיני חכמים ויסלף דברי צדיקם" (דברים טז, יט)[92]. פוסקי ההלכה קבעו שהאיסור חל גם על עובד ציבור[93], אבל לא על אדם פרטי. אדם פרטי רשאי לתת טובת הנאה לחברו כדי לקדם את ענייניו, והוא רשאי גם לקבל טובת הנאה. כך לדוגמה, המוכר רשאי לחלק קליות ואגוזים לתינוקות כדי למשוך קונים לחנותו[94]. ונראה שהדברים אמורים גם על שליח, שכן מצאנו שהמוכר רשאי להוסיף סחורה או לתת טובת הנאה אחרת לשליח[95], כדי שיתרגל לקנות אצלו[96]. התלמוד והראשונים לא אמרו שיש בדבר טעם לפגם, ולא כינו את התשלום הזה בתואר השלילי "שוחד". כאמור, ברור שאם השליח מקבל טובת הנאה ופוגע

דין הדיוטות, שבאחד מתירוציהם כתבו שהמכירה תקפה בדיעבד (וראה שו"ת דבר משה (אמריליו), חלק ב, סימן קא, ד"ה אמנם, המביא את תשובתו של ר' יונה אבן ריי, שדן בשאלה אם מסקנה זו מקובלת גם לפי התירוצים האחרים המובאים בתוספות שם. והשווה לדבריו, שם, סימן קג, ד"ה אך אמנם וד"ה הרי מבואר. עוד ראה אנציקלופדיה תלמודית, כרך יז, ערך חשד – מראית העין, עמ' תקסז, הערה 404, שהשאירו את הדבר ב"צריך בירור"). וראה עוד: שו"ת דבר משה, שם, ד"ה אך עדיין; שם, סימן קג (השגתו של ר' משה אמריליו), ד"ה עוד בא הרב הפו'. וראה בני חיי (לעיל, הערה 81), המסייג את דברי התוספות רק כשהנידון הוא מראית עין ("חשד") וכגון שקדמה לקנייתו שומה. אבל לא כן הדבר כשיש חשש אמתי לניגוד עניינים, כפי שראינו לעיל, ובלשונו: "ועד כאן לא אמרי [התוספות] דמטעם חשדא לא מהדרינן עובדא [=אין מבטלין את המקח] אלא היכא דאיכא בית דין מומחין, וכסברת התוספות, דכיון דאיכא בית דין, מסתמא יפה עשו ויפה כיוונו, אלא משום חשדא דאחריני במה שאינו לא מהדרינן עובדא".

[91] ברק, סעיף 776, מעיר שטובת ההנאה עשויה שלא לבוא מאדם אחר אלא מהשולח עצמו, כך לדוגמה אם נשלח לקנות סחורה, וקנה אותה בזול והעביר אותה לשולח תמורת תשלום גבוה יותר, בכגון זה השולח עצמו הוא שנותן טובת הנאה לשליח. ברק מציין שאף שמקרה זה אינו נכנס בגדר ס"ק (4), הרי שהוא נכלל במסגרת חובת הנאמנות הכללית הקבועה בראש הסעיף ובסופו (בס"ק (5). ראה להלן). ראה ברק, סעיף 776 וסעיף 782. לשאלה זו, ראה גם דיוננו על סעיף 10.

עוד יש להעיר. מדברי ברק, סעיף 809, עולה שהשליח מפר את חובת הנאמנות, גם אם הוא מקבל את טובת ההנאה מן הצד השלישי לאחר שעשה עמו את פעולת השליחות, ולאו דווקא אם קיבל אותה לפני ביצוע הפעולה. הדבר תמוה, משום שהשליח עשה את שליחותו מתוך כיבוד כללי הנאמנות. על כן, לא ברור מדוע אסור לו גם עתה לקבל טובת הנאה ממי שבחר לעשות עמו את פעולת השליחות (ובלבד כמובן שזו לא הובטחה לו מראש לפני ביצוע השליחות), הלוא כעת אינו פועל עוד כשלוחו של השולח ואינו עלול עוד לפעול כנגד האינטרסים שלו? אפשר היה להציע שזה משום ה"חשד", שלא יחשדו בו שהייתה קנוניה בינו לבין מי שעמו עשה את פעולת השליחות, והלה שילם לו לאחר ביצוע הפעולה, כמוסכם ביניהם. במשפט העברי, אולי יש בזה איסור על שוחד מאוחר (רא"ש, סנהדרין, פרק ג, סימן יז).

[92] וראה: רמב"ם, הלכות סנהדרין, פרק כג, הלכה א; שולחן ערוך, חו"מ, סימן ט, סעיף א.

[93] ראה א' שיינפלד, "נתינת שוחד לעובד ציבור", תחומין ה (תשד"ם), עמ' 332, בעמ' 333.

[94] ראה בבא מציעא ס ע"א.

[95] ראה כתובות צח ע"ב. וראה תוספתא, דמאי (ליברמן) ח, ג.

[96] ראה חידושי הריטב"א, כתובות שם.

באינטרס של שולחו, הוא מועל בתפקידו ונושא באחריות לנזק שגרם לו[97], אולם אחריות זו רובצת עליו גם כשלא קיבל טובת הנאה. אמנם יש מקום לתמוה ולשאול: מדוע לא נקבע שאסור לשליח לקבל טובת הנאה כדי להוציא את עצמו מן החשד, בדומה למה שראינו בפסקה הקודמת, שמאותה סיבה נאסר על השליח לקנות את הנכס מושא השליחות לעצמו. הדבר צריך עיון. אמנם בין פוסקי זמננו יש שכתב[98] שאם השליח מקבל טובת הנאה מן הצד השלישי, חובה עליו לדווח על כך לשולח, כדי שישקול אם לאשר לו את ביצוע העסקה למרות החשש לפגיעה באינטרסים שלו.

ה. ניצול השליחות לרעת השולח — "לא ישתמש לרעת השולח בידיעות או במסמכים" (ס"ק (5))

כפי שכבר ראינו לעיל בפרק השני, שליח המועל בשליחותו, ובמקום לעשות את הפעולה שנשלח לעשותה לטובת השולח, עושה אותה לטובת עצמו, הוא רמאי. נוסח הסעיף שלפנינו מקיף יותר, שכן הוא אוסר שימוש לרעת השולח בכל מידע המגיע לשליח עקב השליחות, בין שמידע זה קשור לשליחות ובין שאינו נוגע לה[99]. נניח לשם דוגמה שלידי השליח הגיע מסמך תוך כדי ביצוע השליחות, שממנו הוא למד על עסקה אחרת שהשולח מתכוון לעשות בקרוב. לפי נוסח הסעיף, אף על פי שמידע זה אינו קשור עניינית לפעולת השליחות שהתבקש לעשות, הרי מאחר שהמידע הגיע לידיו עקב השליחות, אם ישתמש השליח במידע לרעת השולח, כגון שיקדים אותו ויבצע את העסקה לפניו, יפר בזה את חובת האמון המוטלת עליו, ולשולח תעמודנה כלפיו כל הסנקציות הקבועות בסעיף 9.

לפי המשפט העברי, אסור לשליח להתחרות בשולח או לפעול בניגוד לאינטרס שלו תוך שימוש במידע שהגיע אליו עקב השליחות. כך ניתן להסיק בהיקש לאיסור החל על שותף להתחרות בשותפו תוך ניצל מידע שהתגלה לו במהלך השותפות: "אין בגידה גדולה מזו במה שנודע לו רק על פי חבירו על דעת שותפות וילך ויקנה לעצמו... הרי זה כגניבה ממש, וגם כפי שורת ההלכה יש בזה איסור גניבת דעת, כיון שרק על נאמנותו סמך והודיעו מקום הסחורה"[100].

מקור נוסף לאיסור המוטל על השליח להתחרות בשולחו הוא הדין הכללי, שלפיו כל אדם, ולאו דווקא שליח או מי שקשור ביחסי אמון מיוחדים, שנודע לו שחברו מבקש לעשות עסקה

[97] על שליח שקיבל שוחד וכתוצאה מכך פגע באינטרס של השולח, ראה שו"ת דברי חיים (הלברשטם), חלק ב, חו"מ, סימן מו. המשיב דן באפוטרופוס שהשכיר רכוש של יתומים בפחות מן המחיר הראוי, כיוון שקיבל שוחד מן השוכר. מובא אצל נ' רקובר, עושר ולא במשפט, ירושלים תשמ"ח, עמ' 80, הערה 5.

[98] ראה מנחת צבי (שפיץ), הלכות שכירות פועלים, ירושלים תשמ"ט, סימן ח, אות ח.

[99] ראה ברק, סעיף 780.

[100] כסף הקודשים, חו"מ, סימן קפג, סעיף ד. בדומה לזה אומר גם הרב שמואל וואזנר, מחשובי הפוסקים בדורנו, ביחס לעובד המבקש להשתמש בסוד מסחרי של מעסיקו כדי להתחרות בו: "ופשוט אצלי שפועל שעובד במקום שעובדים בדברים סודיים, או שמשתמשים במכשירים שהם עדיין בגדר סוד, או אפילו פעולה שהיא המצאה של בעל העבודה, שאסור לו לפועל להעתיק לעצמו או לאחרים, ובגדר גזל הוא מן הדין, גם אם לא עשו תקנה מיוחדת לזה, כיון שהם דברים שסתמא מקפידים מאד על גילויים" (שו"ת שבט הלוי, חלק ד, סימן רכ). וראה חוות דעתי, "שימוש בסודות מסחריים אליהם נחשף העובד", באתר האינטרנט של המחלקה למשפט עברי במשרד המשפטים, מדור חוות הדעת.

מסוימת, אסור לו להקדים אותו. וכן נפסק ב'שולחן ערוך'[101]: "המחזיר [=המחזר] אחר דבר לקנותו או לשכרו, בין קרקע בין מטלטלין, ובא אחר וקנאו – נקרא רשע". וכותב הסמ"ע[102]: "נקרא רשע, ומכריזים עליו בבית הכנסת שעשה מעשה רשע כזה". אמנם חלק מן הפוסקים מסייגים הלכה זו, ולדעתם אין היא חלה על הזדמנות עסקית בלתי חוזרת[103], אבל לדעת ר' משה פיינשטיין ואחרים, אפשר שגם לפי אותם הפוסקים, השליח אינו נהנה מסייג זה בשל יחסי האמון המיוחדים שבינו לבין השולח[104].

פרק שישי

חובת הציות – "ולפעול בהתאם להוראותיו"

א. כללי

א. חובה נוספת של השליח היא לפעול בהתאם להוראות השולח. כבר הערנו[105] שאם הוראות השולח באות להגן על זכויותיו, ברור לכאורה שהשליח חייב לציית להן כחלק מחובת הנאמנות המוטלת עליו. הבאנו את דברי ברק, המסביר שמשמעות ההוראה היא שהשולח הוא שקובע מה טוב לו, והשליח אינו רשאי להתערב ולעשות דברים בניגוד להוראות השולח, גם אם הוא סבור שסטייה זו מהוראות השולח היא לטובת השולח.

יש לציין שלא ברור מהו היחס בין "הוראות השולח" ובין "הרשאת השלוח". כידוע, "הרשאת השלוח" קובעת את המסגרת שבה השליח מייצג את השולח (כמפורש בסעיפים הראשונים לחוק). אפשרות אחת היא, שהוראות השולח שעליהן מדובר בסעיף זה הן הקובעות את גבולות הרשאתו של השליח. לפי אפשרות זו, כוונת הסעיף היא ששליח שפועל בחריגה מהרשאה, לא זו בלבד שחל עליו סעיף 6 לחוק, והוא עלול להיות אחראי אישית כלפי הצד

[101] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רלז, סעיף א.

[102] סמ"ע, שם, ס"ק א.

[103] המקור להלכה זו הוא התלמוד (קידושין נט ע"א), בעניין "עני המהפך בחררה, ובא אחר ונטלה... נקרא רשע". ומסביר רש"י: "עני המהפך בחררה – מחזר אחריה לזכות בה מן ההפקר או שיתננה לו בעל הבית. נקרא רשע – שיורד לחיי חברו". אמנם השווה תוספות, קידושין נט ע"א, ד"ה עני, ושם נאמר שרבנו תם חולק על רש"י. לדעתו, בזכייה בנכס הפקר אין איסור להקדים את הזולת, "אלא דוקא כשרוצה העני להרויח בשכירות או כשרוצה לקנות דבר אחד, וחבירו מקדים וקונה". לפי רבנו תם, הנימוק לאיסור הוא: "למה מחזר על זאת שטרח בה חברו? ילך וישתכר במקום אחר". לדעת הרמ"א, שם, הוא הדין בעסקה במחיר מוזל (על פי שו"ת רד"ך, מהדורת אוסטרהא, בית כז, חדר ב), אבל הש"ך, שם, ס"ק ג, מציין שאין דעת הרמב"ן כדעתו (חידושי הרמב"ן, בבא בתרא נד ע"ב, ד"ה נכסי הגוי). וראה ביתר הרחבה, לעיל, הערה 22.

[104] ראה לעיל, הערה 22.

[105] לעיל, ליד ציון הערה 6.

השלישי, הוא גם מפר חובה כלפי שולחו, והלה יהיה זכאי לתבוע להפעיל כנגדו את התרופות הקבועות בסעיף 9 (ביטול, אכיפה ופיצויים)[106]. אולם נראה שלא זה עיקר עניינו של הסעיף, שהרי אם פעל השליח בחריגה מהרשאה, לפי סעיף 6, הפעולה אינה מחייבת את השולח (זולת אם הוא מאשר אותה בדיעבד), ואין זה עולה בקנה אחד עם מה שנאמר בסעיף 9(ב), שאם השליח מפר את חובותיו כלפי השולח (ובהן חובת הציות), השולח לא יוכל לבטל את הפעולה, אלא אם כן ידע הצד השלישי על ההפרה. נמצא אפוא שסעיף 9 יוצא מנקודת הנחה שהפרת חובת הציות אינה הופכת בהכרח את פעולת השליח לפעולה בחריגה מהרשאה. כוונת הסעיף היא כנראה שהשליח חייב לציית להוראות השולח שניתנו לו במסגרת ההרשאה[107]. כך לדוגמה, במסגרת ההרשאה למכור את ביתו של השולח, הורה השולח לשליח להעביר אליו את התמורה לעסקה בהעברה בנקאית. לפנינו דוגמה שבה אי־הציות להוראת השליח לא היה מגדיר את פעולת השליח כלפי הצד השלישי כפעולה בחריגה מהרשאה.

ב. במקורות המשפט העברי, מצאנו בדברי רב האי גאון[108] הוראה מפורשת המחייבת את השליח לפעול בהתאם להוראותיו של השולח ומטילה עליו אחריות, אם נגרם נזק לשולח בעקבות אי־הציות להוראותיו: "ויש לי להזכיר בכאן דין השליח והסרסור [=שליח בשכר]... תחילה צריך שיעשה מה שציוהו שולחו, ולא ישנה ולא יחליף ממה שציוהו. אם ישנה ממה שציוהו, כל ההפסד שאירע באותו מעשה הוא עליו". אפשר שדברי רב האי גאון אמורים לא רק בדבר שינויים מהותיים שיש בהם כדי להגדיר את פעולת השליח כחריגה מן ההרשאה, אלא גם בדבר הפרת הוראות הנלוות לפעולת השליחות. ואף על פי שהפרת הוראות אלו אינה בגדר עילה לביטול השליחות, רב האי מטיל אחריות על השליח, אם גרמה ההפרה נזק לשולח[109].

ג. חובת השליח לפעול בהתאם להוראות השולח כוללת גם הוראות הניתנות במהלך השליחות, אם אלה אינן מכבידות עליו ואינן משנות באופן מהותי את השליחות שקיבל על עצמו. ודאי אמורים הדברים כאשר השולח מורה לו להפסיק זמנית את השליחות (אף שאינו מבטל אותה פורמלית). חלק מן האחרונים אף מטעימים ששליח הפועל על דעת עצמו ואינו מציית בכוונה תחילה להוראות השולח שוב אינו נקרא שליח, ושליחותו אינה מחייבת את השולח: "דכל שאינו עושה כפי אמירת המשלח ממש, הרי הוא עושה על דעת עצמו, ושליח לא נקרא רק אם עושה דבר על דעת המשלח"[110].

כשהוראות השולח שונות באופן מהותי מהוראות ההרשאה המקורית, יכול השליח לסרב לקבלן על עצמו ולהביא למעשה לסיום השליחות[111].

[106] וראה ברק, סעיף 783, הערה 213.

[107] ראה ברק, סעיף 263 וסעיף 784.

[108] ספר המקח והממכר, שער נב, אות א. מובא אצל ש' ורהפטיג, דיני מתווך במשפט העברי, ירושלים תשמ"ו (להלן: ורהפטיג, מתווך), עמ' 70.

[109] וראה מה שדננו בדברי מהרי"ל דיסקין, לעיל, סעיף 6, הערה 39.

[110] חלקת יואב, אבן העזר, סימן לד, ד"ה והנלפענ"ד. וראה גם: קהילות יעקב (קנייבסקי), גיטין, סימן כה, ד"ה והנראה: "אין כאן שליחות אחרי שמעשיו אינם בגרמת ציווי המשלח ולא למען למלאת את רצונו ופקודתו". וראה עוד: חידושי רבי שמעון יהודה הכהן (שקאפ), חלק ד, קונטרס השליחות, סימן טו, ד"ה ולכאורה; תוספות חיים (לובוצקי), אבן העזר, סימן קלג, ד"ה ונראה דיש. וראה דיוננו בסעיף 2, הערה 54, ובסעיף 14, ליד ציון הערה 147.

[111] וזאת אף אם השליח קיבל על עצמו התחייבות חוזית לעשות את השליחות, וכדין פועל שרשאי, בנסיבות

כשההוראות החדשות נמסרות לשליח על ידי אדם שלישי, ולא מפי השולח עצמו, רשאי השליח שלא להיזקק להן, כל זמן שאינו בטוח שכך אכן הורה השולח. כך פסק למשל 'חתם סופר'[112] בעניין שליח למסירת גט שהבעל התחרט על מינויו ושלח שליח אחר להורות לו להימנע ממסירת הגט. השליח השני מסר לשליח הראשון את ההוראה החדשה, אך בהיעדר אסמכתה מפורשת של השולח, לא השתכנע השליח הראשון שהלה מונה על ידי השולח, ועל כן המשיך במשימתו ומסר את הגט לאישה. 'חתם סופר' קובע שהשליח הראשון פעל כדין כשמסר את הגט לאישה (ולפיכך האישה מגורשת). מאידך גיסא, קבע 'חתם סופר' שאם נודע לשליח שהשולח מעוניין בביצוע השליחות באופן שונה ממה שנקבע בשעת המינוי, עליו לפעול בהתאם, אף אם לא קיבל הוראה מפורשת לכך[113].

ב. אי־ציות לטובת השולח

לעיל ראינו[114] שלפעמים על השליח להימנע מביצוע השליחות, אם הוא יודע שהמשך ביצועה יגרום נזק לשולח. ונשאלת השאלה: האם השליח רשאי לשנות מהוראות שולחו כשהוא מעריך שהשינוי יביא תועלת לשולח?[115]. ואם כן, האם הוא פטור מאחריות אם איתרע מזלו וגרם השינוי להפסד?[116].

כמעט כל הפוסקים סבורים שאסור לשליח לסטות מהוראות שולחו, אף אם הוא סבור שאי־הציות יניב רווח לשולחו. כך כותב באופן חד־משמעי הר"ן: "שאסור לו מדאורייתא לשנות ולעבור על דעתו של בעל הבית"[117]. מהרי"ט[118] מתבטא בצורה פחות חריפה, ואומר בתשובתו הדנה בשליח שלא מכר סחורה של שולחו מתוך ציפייה שמחירה יעלה: "שלא היה ראוי לעבור על דעת הבעלים, שכתבו לו שימכרם כאשר ימצא, [ו]לאו שפיר עבד [=ולא

דומות, לחזור בו מחוזה העבודה בלא לשאת בתוצאות החלות בדרך כלל על פועל החוזר בו (על תוצאות אלה ראה דיוננו להלן, סעיף 9, פרק שני, ב, עמ' 490). ראה ש' ורהפטיג, דיני עבודה במשפט העברי, ירושלים תשמ"ב, עמ' 196 ואילך.

112 שו"ת חתם סופר, אבן העזר, חלק ב, סימן נ (הובא לעיל, בדיוננו על סעיף 3, הערה 213). וראה גם חידושי בעל שרידי אש על הש"ס, גיטין, סימן ח, אות ד, שכתב שלדעת ריב"א (המובא במרדכי, גיטין, פרק השולח, סימן שסו), השליח הראשון אינו רשאי להאמין לשליח השני, המודיע לו על שינוי רצונו של השולח. אך אם השליח השני בא בליווי שני עדים, הוא חייב להאמין לו ולפעול על פי רצונו החדש של השולח.

113 וראה על כך דיוננו בסעיף 14, פרק שני, א(4)(ב), עמ' 626.

114 לעיל, ליד ציון הערה 31.

115 דיוננו כאן מתמקד בשינוי מהוראות השולח לשם תוספת רווח ולא למניעת הפסד. על חריגה מהוראות השולח לשם מניעת הפסד, הרחבנו את הדיבור לעיל, בדיוננו על סעיף 5, פרק חמישי, עמ' 284. וראה גם לעיל, ליד ציון הערה 31.

116 העובדה שהוא פועל ברשות אינה משחררת אותו בהכרח מאחריות במקרה של הפסד. דוגמה לדבר, אם כי בהקשר אחר, יש בדיני הנזיקין: "כל אלו שאמרו: פותקין ביבותיהן וגורפין מערותיהן, בימות החמה אין להם רשות, בימות הגשמים יש להם רשות, אע"פ שברשות, אם הזיקו – חייבים לשלם" (בבא קמא ו ע"א).

117 שו"ת הר"ן, סימן עג (מובא בבית יוסף, יורה דעה, סימן קעז. וראה פלפולא חריפתא על הרא"ש, בבא קמא, פרק ט, סימן יח, ס"ק ר). הר"ן אינו מציין מהו המקור לאיסור מדאורייתא. לדיון בדברי הר"ן, ראה אמרי הצבי, בבא קמא קב ע"א, אות ג. אבל השווה תשובות מיימוניות, ספר משפטים, סימן כט. וראה חזון איש, בבא קמא, סימן כא, ס"ק ו.

118 שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן קי.

טוב עשה]"[119]. ככלל, שליח שאינו מציית להוראות שולחו, אף כשכוונתו לתועלת השולח, מכונה על ידי הפוסקים "פושע", כלומר, הוא נחשב כמי שהתרשל בשליחותו[120]. הם מביאים ראיה לדבריהם מסוגיית התלמוד[121] בעניין מי שנשלח לקנות חיטים וקנה שעורים, שאף על פי שכוונתו הייתה לתועלת השולח, "אם פחתו [השעורים בערכם] – פחתו לו". נראה שחובה על השליח לציית להוראות שולחו, אף כשברור בעליל שסטייה מהן עדיפה, שכן אפשר שמשיקוליו של השולח, הוא מעדיף את העסקה הפחות טובה[122].

הרא"ש[123] מדייק מאותה סוגיה ולומד ששליח ששינה מהוראות שולחו וקנה שעורים במקום חיטים, עדיין שם שליח עליו, ואינו גזלן, שאם לא כן, השליח הוא שהיה צריך לזכות ברווח שבא בעקבות השינוי, כשעלה מחיר השעורים, ולא השולח. יש מי שביקש להסיק מכאן שלדעת הרא"ש, מותר לשליח שלא לציית להוראות שולחו, אם הוא עושה כן לתועלתו[124]. אולם דבריו אינם משכנעים כלל, שכן אפשר בהחלט שגם הרא"ש מסכים ששליח שלא ציית להוראות שולחו פעל שלא כדין, אלא שמאחר שהתכוון לפעול עבור שולחו, ולא עבור עצמו, אינו בגדר גזלן[125].

119 אמנם תשובה זו עוסקת באי־ביצוען של הוראות השולח, ולא בביצוע תוך סטייה מהוראותיו, אבל דומה שאין לזה משמעות, ככל שהדבר נוגע לשאלה אם השליח רשאי לשנות מהוראות השולח.

120 ראה לדוגמה שו"ת מהריט"ץ, סימן קכט, ד"ה והשתא נחזי אנן: "שבודאי ר' משה [השליח] פשע פשיעה גסה, ויצא מחזקת שליח עושה שליחותו". וראה גם שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן קעט (בעניין שליח שבמקום להשקיע בשתי סחורות, כמצוות השולח, סבר שעדיף להשקיע בסחורה אחת בלבד); שו"ת מגיד מראשית, חו"מ, סימן ו (מובא אצל ורהפטיג, מתווך, עמ' 81); שו"ת ויאמר יצחק, חלק ב, סימן לג (בעניין שליח ששינה את מקום עשיית פעולת השליחות מתוך כוונה טובה. מובא אצל ורהפטיג, מתווך, עמ' 89). וראה עוד שו"ת בני אברהם (מיוחס), חו"מ, סימן יט, המחייב את השליח ששינה לטובה מדין פשיעה, כשומר שמסר לשומר, שחייב לשלם, אף אם מסר לשומר טוב יותר (בבא מציעא לו ע"א; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רצא, סעיף כו).

121 בבא קמא קב ע"ב. אבל ראה לעיל, הערה 116.

122 שו"ת זרע אברהם (יצחקי), חו"מ, סימן כד, ד"ה סוף דבר (קמח ע"ג), כותב שנימוק זה ברור כשמש, "ואין צורך להאריך בראיות", ובכל זאת הוא מביא ראיה מדין "הטעהו לשבח", ולפיו הלקוח רשאי לדרוש את ביטול המכר, אף אם קיבל סחורה טובה יותר מזו שהזמין, משום ש"איכא ניחא ליה בכספא ולא ניחא ליה בדהבא [=יש מי שטוב בעיניו כסף ולא טוב בעיניו זהב]". ראה: קידושין מח ע"ב; רמב"ם, הלכות מכירה, פרק יז, הלכה ב; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רלג, סעיף א.

123 רא"ש, בבא קמא, פרק תשיעי, סימן יח: "וגם לא חשיב גזלן מה שהוא משנה ממה שאמר, דהא אכתי חשיב בשמעתין [=שהרי עדיין הוא נחשב בסוגייתנו] שלוחו, דהא קתני [=שהרי שנינו] 'אם הותירו – הותירו לאמצע'".

124 שו"ת אורים גדולים, סימן לב, לימוד קצד, ד"ה והנה ראיתי. וכך דייק גם ר' חיים כפוסי (מובא שלא בהסכמה בשו"ת מהריט"ץ (לעיל, הערה 120), ד"ה תשובה) ממה שכתב המרדכי, בבא קמא, פרק הגוזל (קמא), סימן קכב, וזה לשון המרדכי: "וגם המקבל אינו נחשב גזלן במה שמשנה ממונו של זה לדבר אחר [וקונה חיטים במקום שעורים], דאם היה נחשב גזלן, לא היה אומר הותירו לאמצע, אלא בוודאי נחשב לעניין זה כשליח גמור, מאחר שאין מתכוין לגזול, אלא מתכוין לטובת הבעלים, כדי שירויחו חביריו בדבר", ומסיק מכאן ר' חיים כפוסי לענייננו: "אפילו נימא שה"ר משה [השליח] שינה מדעת משלחו, כיון דמצינן למימר דלא שינה אלא לפי שסובר שיש ריוח... לא מקרי פושע אלא ישר ונאמן". כעין זה ראה דעת הרב המורה המובאת במחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן א, ד"ה ראיתי, ולפיה: "דשליח ששינה נתבטל שליחותו היינו היכא ששינה ולא לתועלתו של המשלח, אבל היכא שהשינוי היה לתועלתו של המשלח, כנדון דידן, לא נתבטל שליחותיה, וכופין למשלח לקבל המקח". אבל 'מחנה אפרים' אינו מקבל את דבריו בנקודה זו.

ואף על פי שהשליח אינו רשאי לסטות מהוראות שולחו, אף לא לתועלתו, בדיוננו על סעיף 9 נראה שמניע חיובי זה עשוי לצמצם את היקף אחריותו במקרה של הפסד.

ג. סייג: שליחות לדבר עברה

כפי שכבר ראינו[126] בדיוננו על סעיף 1, כלל גדול הוא במשפט העברי ש"אין שליח לדבר עברה". אמנם כפי שראינו שם, נחלקו הדעות בין הפוסקים בדבר משמעותו והיקפו של כלל זה, ולא נחזור על כך כאן, אך דבר אחד ברור, והוא שהשליח אינו חייב לבצע הוראה שיש בה משום עברה, שכן "דברי הרב ודברי התלמיד – דברי מי שומעין?", וזאת גם כאשר עיקרה של השליחות אינו לביצוע עברה, ורק אחת ההוראות בדרך הביצוע כרוכה בעברה[127].

פרק שביעי

התניה על חובות השליח

לדעת ברק[128], סמכותם של הצדדים להתנות על חובת הנאמנות מוגבלת. הם יכולים לוותר על הפרת חובת הנאמנות הנעשית מתוך רשלנות, אבל הסכם המאפשר לשליח לנהוג בזדון אינו תקף[129]. יתרה מזו. לדעתו, יש מקום לקבוע ש"אם שלוח נוטל על עצמו את השליחות, בתנאי שהוא יוכל לנהוג כרצונו, לרבות היזק לאינטרסים של השולח ופגיעה זדונית בהם... יחסי השליחות (הפנימיים) לא נוצרו כלל".

לא כן עמדת המשפט העברי. לא זו בלבד שהשולח יכול ליפות את כוחו של השליח לנהוג בנושא השליחות "בין לתקן ובין לעוות"[130], אלא הוא יכול אפילו להתיר לו לנהוג בנושא השליחות כבשלו, כולל הזכות להזיק לו, ואין בכך כדי לפגוע בתוקף השליחות. כך לדוגמה, הוא יכול להסכים עמו: "עשה בבגד זה [מושא השליחות] כל מה שתרצה וכל מה שיעלה רעיונך ומחשבתך, שאפילו תטיל אותו לים, לא אתבע ממך כלום"[131].

[125] ראה ביקורתו של מהריט"ץ (לעיל, הערה 120) על פסק דינו של הרב חיים כפוסי (לעיל, הערה 124). הוא מטעים שהעובדה שהשליח אינו גזלן אין פירושה שלא פשע כשלא ציית להוראות שולחו. יש לציין שאף אם גרם השינוי לרווח, השליח אינו זכאי בגין כך לתוספת רווח, כפי שנראה בדיוננו על סעיף 10, ליד ציון הערה 48.

[126] לעיל, סעיף 1, פרק שלישי, ד, עמ' 26.

[127] וראה ברק, סעיף 789, המונה גם הוא אי־ציות להוראה לעשות מעשה בלתי חוקי עם הסייגים לחובת הציות.

[128] ראה ברק, סעיף 756.

[129] על פי סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג־1973.

[130] ראה רמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק א, הלכה ג. על משמעה של התניה זו, ראה בדיוננו על סעיף 6, הערה 274.

[131] שו"ת הרדב"ז, חלק ג, סימן אלף ב (תקעג).

פרק שמיני

פקיעתן של חובות השליח

לעיל כבר דננו בשאלה: אימתי מתחילות חובותיו של השליח כלפי שולחו? כעת נדון בשאלה: אימתי פוקעות חובותיו של השליח? הדעה המקובלת היא שבמשפט הישראלי, כמו בשיטות משפט אחרות, חובות השליח אינן פוקעות עם סיום השליחות, כפי שכותב השופט חשין[132]: "חובת הנאמנות אינה באה אל קיצה בתום השליחות, והרי נמשכת היא והולכת אף לאחר סיום השליחות". כך לדוגמה, אסור לשליח להשתמש לרעת השליח במידע המגיע לידיו עקב שליחותו אף לאחר גמר השליחות[133].

המשפט העברי נוקט אף הוא גישה דומה. בעיקרון, חובות השליח פוקעות עם סיום השליחות, אולם גם לאחר סיום השליחות, אסור לשליח לנצל לרעת השליח מידע שהגיע אליו עקב השליחות[134].

לדעת פוסקים אחדים, חובותיו של שליח בשכר אינן פוקעות לגמרי אפילו לאחר סיום השליחות. לדעתם, אם לאחר סיום השליחות, יש צורך בפעולות נוספות כדי להשיג את מטרת השליחות, על השליח לבצע פעולות אלה, אף שהשליחות הסתיימה (אולם יש לציין, שחובותיו הן בתורת שכיר, ולא בתורת שליח). ר' ישראל איסרליין[135] דן במי שתיווך[136] בעסקת הלוואה שצפוי היה שתצליח, אלא שלאחר מכן התגלו בה קשיים, והיה צורך בפעולות נוספות כדי לגבות את החוב. הוא פוסק שמכיוון שהמתווך קיבל שכר עבור עבודתו, חובתו לסייע בגביית החוב, אף על פי שסיים את תפקידו[137]. וכך פוסק להלכה גם הרמ"א[138]: "ראובן המציא חוב

[132] ע"א 4092/90 מיטלברג נ' נייגר, פ"ד מח(2) 529 (1994). מובא אצל ברק, סעיף 755.

[133] בע"א 4092/90, מדובר בבן שאביו נתן לו ייפוי כוח להעביר בית על שמו כמתנה. מאוחר יותר כתב האב צוואה, ובה הוריש את הבית גם לבנו וגם לבתו. הבן, שלא ידע על הצוואה המבטלת למעשה את שליחותו, העביר את הבית על שמו. הבת הגישה תביעה לקיום צוואת האב. בית המשפט העליון קבע שחובת הנאמנות הנמשכת של הבן מחייבת אותו להעביר את מחצית הבית על שם אחותו. אבל הלכה זו נדחתה בדיון נוסף, דנ"א 1522/94 נייגר נ' מיטלברג, פ"ד מט(5) 314 (1996), וכן כותבת השופטת שטרסברג כהן: "משהגיע לידיעת הבן דבר ביטול השליחות, כבר בוצעה השליחות והגיעה לסיומה. עם סיומה, הגיעו לקצן מרבית חובות הנאמנות. מבחינה מושגית חלה נאמנות לאחר סיום השליחות, אך יש להצביע בכל מקרה על חובת נאמנות קונקרטית כלפי השולח (ראה והשווה ע"א 262/86 רוט נ' Deak and Co. Inc., פ"ד מה(2) 353, 365 (1991)). החובות הקונקרטיות הנשארות בעינן הן ספציפיות ומצומצמות, כגון: העברה לשולח של טובות הנאה שהגיעו לשולח בהקשר לשליחות, גילוי ידיעות ומסמכים שהגיעו לשולח בהקשר לשליחות וכיוצא באלה. החובה לבטל פעולה שבוצעה כדין אינה ממין חובות אלה" (שם, עמ' 333). גישה זו הביע גם ברק, סעיף 997.

[134] ראה לעיל, הערה 100.

[135] תרומת הדשן, שו"ת, סימן שכד.

[136] וראה פד"ר ט, עמ' 16, בעמ' 53 (פסק דינו של הרב אריה הורביץ). בית הדין הרבני מסיק שהוא הדין לכל שליח, שכן כפי שראינו לעיל, בדיוננו על סעיף 1, פרק רביעי, ד(2), עמ' 68: "הסרסור שליח הוא, אלא שנוטל שכר". וראה להלן, הערה 141, מה שהעיר בשו"ת ויאמר יצחק.

[137] נראה עם זאת, שלפי 'תרומת הדשן', הפרת חובה זו אינה מקנה לשולח עילה לתביעה משפטית, אם נגרמו לו נזקים. וכן נפסק במפורש בשו"ת הרשב"א, חלק ג, סימן קלא.

[138] רמ"א, חו"מ, סימן רצד, סעיף ו.

בטוח לשמעון וקבל שכר על הסרסרות, ואחר כך נתקלקל החוב, וצריכין להשתדל עם השר בעד החוב, ושמעון רוצה שראובן יטריח אותה טירחא, הואיל וקבל שכר מן החוב, יש אומרים דהדין עם שמעון". 'בית יוסף'[139] והש"ך[140] חולקים על 'תרומת הדשן'. לדעתם, חובות המתווך מסתיימות עם השלמת העסקה[141].

בתשובה אחרת, פוסק ר' ישראל איסרליין[142] שאם בעקבות ביצוע השליחות נוצר סכסוך משפטי עם הצד השלישי, כגון שהצד השלישי מכחיש את ביצוע השליחות, חייב השליח לטפל בתביעה נגד הצד השלישי[143]. לדעת מהרשד"ם[144], אם נוכחות השליח דרושה להוכחת התביעה, השליח אף יישא בנזק שייגרם לשולח, אם לא ימלא את חובתו לסייע להצלחת התביעה.

פרק תשיעי

סיכום

סעיף 8, העוסק ביחסי הפנים של השליחות, מגדיר את מערכת החובות של השליח כלפי

139 בית יוסף, חו"מ, סימן שלה (בסופו), מחודש א.

140 ש"ך, חו"מ, סימן רצד, ס"ק ט.

141 וראה שו"ת בית אפרים, חו"מ, סימן לה, ד"ה והנה הש"ך, שמיישב את השגותיו של הש"ך על 'תרומת הדשן', ומסקנתו היא כמו שנפסק ברמ"א. עוד ראה שו"ת ויאמר יצחק, חלק ב, סימן קמז (המעיר ש'בית יוסף' אינו חולק על 'תרומת הדשן' אלא במתווך, אבל מודה לדבריו בשליח, שאם מכר סחורה בהקפה, חובה עליו לטפל בגביית החוב). וראה גם שו"ת שואל ומשיב, מהדורא תליתאה, חלק ג, סימן קס, הפוסק גם הוא כדברי 'תרומת הדשן', וסובר שאף הש"ך (לעיל, הערה 140) אינו חולק על 'תרומת הדשן' והרמ"א אלא כשהמתווך המציא ללקוחו "חוב בטוח". אבל אם מתחילה היה סיכון בעסקה, והלקוח סמך על דברי המתווך, מודה הש"ך שעל המתווך לעזור בגביית החוב. וראה תיק 5069/ש"ל (תל אביב), פד"ר ט, בעמ' 36 (פסק דינו של הרב נשר), שמגיעה לשליח תוספת שכר עבור מעשיו לאחר סיום שליחותו.

142 תרומת הדשן, שו"ת, סימן שח.

143 יש לציין ש'תרומת הדשן' מסייג את דבריו למקרה שהשולח מאמין לשליח ופוטר אותו מלהישבע שביצע את השליחות. שאם לא כן, השליח והצד השלישי יכחישו זה את זה בשבועתם, ובמקרה זה "ודאי מיקרי [=נקרא] הפסד וקפידא, ואין לכופו לכך לטעון". ש"ך, חו"מ, סימן קכא, ס"ק מב, חולק על 'תרומת הדשן', וסובר שאף במקרה זה חייב השליח לטפל בתביעה כנגד הצד השלישי. וראה גם שו"ת שמחת כהן (רחמים חי חויתה הכהן), חו"מ, סימן ה, ד"ה ומעתה נבא, הקובע שדברי 'תרומת הדשן' אמורים רק בשטענות הצד השלישי כנגד השולח נובעות מאופן ביצוע השליחות, ולא מטענות ענייניות של הצד השלישי כנגד השולח שאינן קשורות באופן ביצוע השליחות. וראה א' שוחטמן, סדר הדין בבית הדין הרבני, ירושלים תשע"א, עמ' 128, שהדגיש בתשובת 'תרומת הדשן' שהצד השלישי אינו יכול לטעון כנגד השליח: "לאו בעל דברים דידי את שהרי אין הממון שלך". עוד העיר שוחטמן (שם, הערה 23), שאם אין לשליח אינטרס כלכלי בתביעה, חייב הוא להצטייד בהרשאה ("אורכתא". על מוסד זה, ראה דיוננו על סעיף 1). אבל דומה שלפי 'תרומת הדשן', אין צורך כאן בהרשאה כדי להפוך את השליח לצד בעניין, ודי בעובדה שהצד השלישי כופר בעצם ביצוע השליחות (או אף בפרטי ההסכם ביניהם).

144 שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן קכב. וראוי לציין שמהרשד"ם מפנה לתשובת 'תרומת הדשן' הראשונה שהבאנו (בסימן שכד), אך אינו מפנה לתשובתו השנייה (בסימן שח), שהיא לכאורה יותר רלוונטית.

שולחו. הסעיף קובע שתי חובות עיקריות של השליח במסגרת השליחות: הוא חייב לנהוג כלפי השולח בנאמנות, והוא חייב לפעול בהתאם להוראותיו של השולח. בסעיפים קטנים (1)־(5), מפרט החוק את החובות והאיסורים המוטלים על השליח במסגרת חובת הנאמנות ובמסגרת חובתו לציית להוראות השולח.

לפי המשפט העברי, חובת הנאמנות היא מן החובות המרכזיות של השליח כלפי שולחו, אם כי היקפה של החובה מצומצם יותר מבחוק, שכן כוחו של השליח לפגוע באינטרס של השולח מצומצם יותר מבחוק. החובה הראשונה בה עסקנו היא חובתו של השליח לבצע את השליחות. ראינו ששליח שקיבל על עצמו את השליחות חייב לעשותה. עם זאת, חובה זו היא רק חובה מוסרית, והשולח יכול רק להתרעם על שלוחו אם לא מילא את השליחות, אבל בעיקרון אי־מילויה של השליחות אינו גורר אחריו סנקציה משפטית. עוד ראינו שאפילו כאשר אי־ביצוע השליחות היה תוך הפרת אמון גסה, כשבמקום לעשות את פעולת השליחות עבור שולחו, עשה אותה השליח עבור עצמו, אין לשולח עילה לתביעה משפטית נגדו. אמנם בכגון זה, אין רק תרעומת כנגד השליח, והוא נחשב רמאי ורשע. כאשר השליח אינו יכול לבצע את פעולת השליחות בשמו של שולחו, אין הוא מפר את חובת הנאמנות, אם עשה את הפעולה עבור עצמו.

החובה השנייה בה עסקנו היא חובת הזהירות. שליח המבצע את שליחותו בחוסר זהירות או מתוך חוסר מיומנות מפר את חובת הזהירות שחלה עליו. במצב זה, יכול השולח לבטל את השליחות בטענת "לתקן שלחתיך ולא לעוות", ואם התנהגות השליח גרמה נזק לשולח, יוכל לתבוע ממנו את הנזק שנגרם לו (לפי גישות אחדות, מדובר גם במניעת רווח, ובלבד שהרווח היה ודאי).

בהמשך דיוננו עסקנו בחובת הגילוי והדיווח (ס"ק (1)). במשפט העברי, לא מצאנו שהשליח חייב לגלות לשולח ידיעות הנוגעות לנושא השליחות, אלא אם השגת אותן ידיעות הייתה מטרת השליחות או שאי־מסירתן עלולה לפגוע בשולח. אשר לשאלה, האם חייב השליח ליידע את השולח לפני שהוא מקבל החלטה, ראינו מקורות סותרים. הצענו שאם נשתנו הנסיבות, על השליח לחזור לשולחו כל אימת שהדבר אפשרי. ואם לא ניתן לעשות זאת, יכול השליח לפעול על פי שיקול דעתו.

אשר לחובת השליח להגיש דיווח על פעולותיו בתום שליחותו, הבחננו בין שני מצבים: כאשר השגת מטרת השליחות תלויה בהגשת הדיווח, על השליח לעשות זאת; אך כשהשגת מטרת השליחות אינה תלויה בהגשת הדיווח, לא מצאנו מקור לכך שחובה משפטית מוטלת על השליח לחזור לשולחו ולדווח לו אם ביצע את השליחות בהצלחה, אף על פי ש"דרך ארץ" לעשות כן.

על פי סעיף קטן (5), על השליח להימנע מכל דבר שיש בו ניגוד עניינים בין טובת השולח ובין טובתו או טובת אדם אחר. הוראה כללית זו אוסרת על השליח להיכנס למצב שבו עלול להיות ניגוד עניינים בין שולחו לבין אדם אחר. אמנם ראינו במקורות המשפט העברי שישנה דרישה מעין זו לעניין פעולת השליח עם עצמו[145], אך לא מצאנו אותה לעניין ייצוג אחרים.

[145] וגם זאת, רק כשיש פוטנציאל ברור לניגוד עניינים, כגון בשליחות למכירה שבה השולח לא קצב את מחיר העסקה, והשליח עלול לקנות לעצמו בזול. אף בהיעדר סיכון, על השליח להימנע מביצוע השליחות עם עצמו, לבל יחשדו בו אחרים, משום "והייתם נקיים". אולם הפרת דרישה זו אינה עילה לביטול הפעולה. ראה לעיל, ליד ציון הערה 90.

אפשר שהמשפט העברי אינו חושש מפני עצם הכניסה למצב של ניגוד עניינים אלא כאשר מעורבים אינטרסים אישיים של השליח, ולא כאשר מעורבים אינטרסים של אדם אחר (אולם לפי זה היינו מצפים שכמו החוק, גם המשפט העברי יאסור על השליח לקבל מכל אדם טובת הנאה בקשר לנושא השליחות, ואנו תמהים שלא עשה כן[146]). זאת ועוד. על פי המשפט העברי, לשליח אין כוח רב לנצל את השליחות לרעת השולח, שכן כל אימת שמתברר שהשליח עשה את הפעולה באופן הפוגע באינטרסים של השולח, אין הפעולה מחייבת את השולח. עם זאת, אם הנוהג המקובל הוא שעל השליח להימנע מכל ניגוד עניינים, הרי הסטייה מן הנוהג עלולה להכניסו לגדר מי שחרג מהרשאתו, ויוכל השולח לטעון כנגדו: "לתקן שלחתיך ולא לעוות"[147].

סעיף 8 מפרט מספר הוראות נוספות בעניין חובת הנאמנות. הוא אוסר על האדם להיות שליח של כמה שולחים לנושא שליחות אחד שלא על דעת שולחיו (ס"ק (2)). לא כן היא עמדת המשפט העברי. אמנם חובה על השליח לפעול מתוך נאמנות לשולחו, אולם אין בכך כדי למנוע ממנו עקרונית לייצג שולח אחר בנושא אחד. אמנם יש הסבורים שהשליח מנוע מלייצג בו זמנית גם את השולח וגם את הצד השלישי שאתו נעשית פעולת השליחות, אולם לא הכל מסכימים שהסיבה לכך נעוצה בדיני השליחות, ויש הסבורים שהיא נעוצה בדיני הקניין, לפיהם אין אדם יכול להיות בו־זמנית קונה ומקנה.

החוק אוסר על השליח לעשות את פעולת השליחות עם עצמו (ס"ק (3)). כאמור, גם במשפט העברי, ביצוע שליחות על ידי השליח עם עצמו היא בעייתית, אך לא רק משיקולים של נאמנות השליח, אלא גם כאן בשל דיני הקניין, שכן לדעת הרשב"א, השליח אינו יכול למלא בו זמנית שני תפקידים, נותן ומקבל או קונה ומקנה וכדומה.

אסור לשליח להשתמש לרעת השולח בידיעות או במסמכים שבאו לידו עקב השליחות (ס"ק (5)). לפי המשפט העברי, אסור לשליח להתחרות בשולחו או לפעול בניגוד לאינטרסים שלו תוך שימוש במידע שנחשף אליו עקב השליחות. מקור נוסף לאיסור המוטל על השליח להתחרות בשולחו הוא הדין הכללי, ולפיו כל אדם, ולאו דווקא שליח או מי שקשור ביחסי אמון מיוחדים, שנודע לו שחברו מבקש לעשות עסקה מסוימת, אסור לו להקדים אותו ולעשות אותה לעצמו.

ועוד. חובתו של השליח היא לציית להוראות השולח (אלא אם כן ביצוע השליחות כרוך בביצוע עברה). יתרה מזו. שליח העובר על דברי שולחו, כשסביר הדבר שהשולח מקפיד על ביצוע השליחות על פי הוראותיו דווקא, "לא עשה ולא כלום", והשליחות בטלה. חובת השליח לפעול בהתאם להוראות השולח כוללת גם הוראות הניתנות במהלך השליחות. אבל כשההוראות החדשות נמסרות לשליח על ידי אדם שלישי, ולא מפי השולח עצמו, רשאי השליח שלא להיזקק להן, אם אינו בטוח שכך הורה השולח. מנגד, אם לשליח נודע שהשולח מעוניין בביצוע השליחות באופן שונה ממה שנקבע בשעת המינוי, עליו לפעול בהתאם לזאת, אף אם לא קיבל הוראה מפורשת לדבר זה.

אמנם אם השליח מעריך שביצוע השליחות יגרום נזק לשולח, עליו להימנע מלבצע את

[146] עם זאת, ברור ששליח שפוגע באינטרס של שולחו בעקבות טובת הנאה שקיבל מועל בתפקידו ונושא באחריות לנזק הנגרם לשולח, אולם אחריות זו רובצת עליו גם אם הוא פועל בלא שקיבל טובת הנאה.

[147] וכעין מה שראינו לעיל, הערה 81, בעניין שליח העושה את פעולת השליחות עם עצמו. ואף אם למעשה לא נפגעו האינטרסים של השולח, עצם הכניסה למצב שבו סיכן השליח את האינטרסים של השולח בניגוד למקובל דינה כעיוות.

השליחות או לבצע אותה בשינויים המתבקשים. רוב הפוסקים סבורים שהשליח אינו רשאי לשנות מהוראות השולח, אף אם הוא סבור שהשינוי יביא לו תועלת.

בעיקרון, פוקעות חובות השליח עם גמר השליחות, אלא שגם לאחר גמר השליחות, אסור לו לנצל לרעת השולח מידע שהגיע אליו עקב השליחות. לדעת פוסקים אחדים, שליח בשכר מחויב בביצוע פעולות נוספות כחלק מתפקידיו. כך למשל: עליו לטפל בגביית חובות שנוצרו עקב השליחות; עליו לטפל בתביעות השולח כנגד הצד השלישי שאתו בוצעה העסקה; ועליו להופיע בפני בית הדין, אם נוכחותו נחוצה להצלחת תביעות השולח.

סוף דבר. חובות הנאמנות שבחוק מחמירות יותר מאשר במשפט העברי. עם זאת, לא מצאנו לנכון להציע נוסח חלופי, שכן ההסדר של החוק נראה לנו כתקנה ראויה.

פרק עשירי

הצעת נוסח לפי המשפט העברי

לאור דברינו, ניסוח הסעיף מתאים למשפט העברי.

נאמנות וחובות השלוח

8. קיבל אדם עליו להיות שלוח, חייב הוא לנהוג כלפי השולח בנאמנות ולפעול בהתאם להוראותיו; ובאין כוונה אחרת משתמעת ממהות השליחות או מתנאיה יחולו עליו חובות אלו:

(1) יגלה לשולח כל ידיעה וימסור לו כל מסמך הנוגעים לנושא השליחות ויתן לו דין וחשבון על פעולותיו;

(2) לא יהא שלוח של שולחים שונים לנושא שליחות אחד שלא על דעת שולחיו;

(3) לא יעשה פעולת שליחות עם עצמו;

(4) לא יקבל מכל אדם טובת הנאה או הבטחה לטובת הנאה בקשר לנושא השליחות שלא בהסכמתו של השולח;

(5) לא ישתמש לרעת השולח בידיעות או במסמכים שבאו לידו עקב השליחות, ובדרך כלל יימנע מכל דבר שיש בו ניגוד בין טובת השולח ובין טובתו שלו או של אדם אחר.

נספח

שליח העושה את השליחות עם עצמו או כשלוחו של צד שלישי

(לפרק רביעי, הערה 56; לפרק חמישי, ליד ציון הערה 78, והערות 72, 74, 75, 76, 80, 89)

א. מבוא

האם העובדה שהשליח הוא נציגו של השולח שוללת ממנו את כוחו העצמי להיות הצד שכנגד המתקשר עם השולח, כגון מי שנשלח למכור נכס, האם יכול הוא לשמש בו זמנית כנציג המוכר וכקונה ולמכור את הנכס לעצמו? וכן מי שנשלח לרכוש נכס ונכס כזה מצוי ברשותו, האם הוא יכול לשמש בו זמנית כנציג הקונה וכמוכר ולקנות את הנכס מעצמו?

במסגרת חובות האמון שהשליח חב כלפי שולחו, חוק השליחות אוסר על השליח לעשות את פעולת השליחות עם עצמו בשל ניגוד העניינים שהוא מצוי בו[148], אך אינו קובע שפעולתו בטלה בשל היעדר כוח של השליח לבצעה[149]. לשון אחר, המשפט הישראלי אינו מפרש את הכלל "שלוחו של אדם כמותו" כשולל מן השליח את הכוח לעשות את פעולת השליחות עם עצמו, אבל הוא שולל ממנו את זכותו לעשות כן בלא הסכמת השולח[150].

עמדת המשפט העברי שונה. הזכרנו בדיוננו בסעיף זה שכמה מן הראשונים סבורים שהשליח מנוע מלקנות את הנכס מושא השליחות לעצמו. בדברים שלהלן נבקש תחילה לברר את הגיונה של שיטה זו והיקפה (לדוגמה, אם היא אמורה גם בשליח לקנייה המבקש לקנות את הנכס מעצמו עבור השולח). לאחר מכן נדון בשאלה: האם הדין שונה כאשר השליח מבקש לעשות את פעולת השליחות לא עבור עצמו אלא כשלוחו של הצד השלישי, המוכר?

ב. שליח העושה את פעולת השליחות עם עצמו

(1) הכלל "אין השליח יכול לקנות לעצמו"

הזכרנו לעיל את סוגיית התלמוד[151] שעניינה באלמנה המוכרת מנכסי עיזבון בעלה בשליחותם של היתומים לצורך גביית כתובתה מן העיזבון, הקובעת: "אלמנה ששמה [=שהעריכה]

[148] חוק השליחות, סעיף 8(3). וראה ברק, סעיף 768. הפרת חובת האמון אף מזכה את השולח בתרופות בגין הפרת חוזה. ראה שם, סעיף 9.

[149] הפעולה אינה בטלה מאליה (void) אלא רק ניתנת לביטול (voidable), ראה למשל ע"א 2664/90 פרלוב נ' נסימי, פ"ד מח(1) 787, 798 (1994). וראה גם ברק, סעיף 807.

[150] כיוון שתכלית כלל זה להגן על האינטרס של השולח, לבל יימצא השליח בניגוד עניינים, הריהו מתפרש ככלל דיספוזיטיבי, והשולח יכול להרשות לשליח לעשות את הפעולה המשפטית עם עצמו. ראה ברק, סעיף 769. דוגמה לכך יש בע"א 4092/90 מיטלברג נ' נייגר, פ"ד מח(2) 529 (1994), הדן באב שנתן לבנו ייפוי כוח לרשום את דירתו על שמו כמתנה. ראה ברק, סעיף 772. וראה עוד ברק, סעיף 773, הקובע ששליח המבקש לתת מתנה לשולחו יכול לעשות כן בעצמו ולזכות בה עבור שולחו אף בלא הסכמת השולח, משום שברור שתכלית החוק רק לאסור על השליח לעשות עם עצמו פעולות שעלולות לפגוע באינטרס של השולח ולא פעולות שהן רק לתועלתו.

[151] ראה כתובות צח ע"א.

לעצמה [בנכסי יתומים], לא עשתה ולא כלום". הגאונים[152] לא ראו מניעה עקרונית שהשליח ירכוש את הנכס מושא השליחות לעצמו, ועל כן תלו את ההלכה בחשש מפני ניגוד עניינים.

ברם, הבאנו שמדברי רש"י[153] עולה שהלכת התלמוד מושתתת על מניעה אחרת לגמרי, ולפיה דיני הקניין בצירוף דיני השליחות מונעים מן השליח את האפשרות לקנות את הנכס מושא השליחות לעצמו. וכן מסיק הרשב"א[154]: "ושמעינן מהא דאין השליח יכול לקנות לעצמו אפילו באותם דמים שהרשוהו הבעלים למוכרו, לפי שהוא נעשה שליח להקנות הקרקע ללוקח, אבל לעצמו אינו יכול לזכותו ולהקנותו, דאין אדם מקנה לעצמו, שאין המכר אלא הוצאת דבר מרשות לרשות, וזה לא יצא מרשותו שהוא [השליח] עומד במקומו [של השולח]". דברי הרשב"א הובאו גם בתשובת הרא"ש[155], ומשם נעתקו לטור[156], ונפסקו להלכה שאין עליה עוררין ב'שולחן ערוך'[157]: "אין שליח יכול לקנות לעצמו, אפילו באותם דמים שהרשוהו בעלים למכרו". ברם, כבר העירו שהלכה זו אינה נקייה מספקות[158]. ואכן, מקצת מן הפוסקים נוקטים להלכה שיש לפסוק מספק לפי הכלל: "המוציא מחבירו – עליו הראיה"[159].

152 שאלות ותשובות הגאונים (ירושלים תש"ך), סימן שפד (מובא בש"ך, חו"מ, סימן קפה, ס"ק ג). כך הביא בשמם חידושי הריטב"א, כתובות צח ע"ב, ד"ה מאן שם. וכן עולה גם ממרדכי, בבא מציעא, פרק השוכר את האומנים, סימן שנט, בשם מהר"ם מרוטנבורג (מובא במחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן כ, ד"ה והמרדכי. אבל ראה י' ארנון, דפי עיון, חו"מ, גיליון מס' 243, בני־ברק תשע"א, עמ' לב־לג, המסתפק שמא לא דיבר מהר"ם אלא בספסר, הקונה מזה ומוכר לזה, ולא בשליח). לכאורה, כשיטה זו של הגאונים מוכח מדברי התלמוד (פסחים יג ע"א), שמבואר בו שלולי ניגוד העניינים שהוא מצוי בו, מי ששומר על חמץ שבעליו לא באו לקחתו לפני הפסח היה רשאי ליטלו לעצמו. וכך מוכח גם מדין השבת אבדה (בבא מציעא כח ע"ב), שהמוצא פרה או חמור מטפל בהם שנים־עשר חודש, ומכאן ואילך "שם דמיהן ומניחן". כלומר, הוא רשאי לקנות את הבהמה באשראי עד שיימצאו בעליה (על ראיות אלה הצביע שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן צג וסימן קכז. אבל ראה להלן, הערה 181).

153 כך פירש חידושי הריטב"א (שם, ד"ה אלמנה) את דברי רש"י (שם, ד"ה מאן שם לך): "ממי קיבלת מכירה זו, לא מבית דין ולא מיתומים, לפיכך לא יצא הקרקע מרשות יתומים". וכך הובנו דברי רש"י על ידי השואל בשו"ת הרא"ש, כלל קה, סימן ב (אמנם רש"י במהדורא קמא, שהובאו בשיטה מקובצת, שם, ד"ה ובמהדורא, פירש כמו הגאונים, אבל כבר העיר י"נ אפשטיין, "פירושי הריב"ן ופירושי וורמייזא", תרביץ ד (תרצ"ג), עמ' 11, בעמ' 16, שפירוש זה אינו מרש"י אלא מריב"ן). יש לציין שהשואל בשו"ת הרא"ש מוסיף שכך פירשו גם התוספות (שם, ד"ה מאן שם), וזאת לפי הנוסח שהוא מביא בשמם ("אם לא מיד המקנה לו"), ואולם מלשון התוספות שלפנינו ("אם לא יחזיקוהו בה בית דין"), ספק אם ניתן להוכיח זאת. וראה אטינגר, פרקי שליחות, עמ' 23, הערה 22, שעמד על כך.

154 שו"ת הרשב"א, המיוחסות לרמב"ן, סימן מד. וכך כותב גם הר"ן, כתובות נז ע"א (בדפי הרי"ף), ד"ה גמ' (בסופו): "וזה לא יצא מרשותו, שהרי [השליח] במקום בעלים עומד". וכך נקטו גם: תוספות רי"ד, כתובות צח ע"א (נדפס על הדף); רא"ש, כתובות, פרק יא, סימן יג (אבל ראה שו"ת אורים גדולים, סימן לב, לימוד קצד, ד"ה אמנם, שלדעתו גישת הרא"ש כללית יותר, ולפיה אדם אינו יכול לקנות נכס של זולתו המופקד בידו אף אם אינו שלוחו).

155 שו"ת הרא"ש, כלל קה, ס"ק ב. אולם דברי הרשב"א לא נזכרו על ידי הרא"ש עצמו אלא על ידי השואל.

156 טור, חו"מ, סימן קפה, סעיף ב.

157 שולחן ערוך, חו"מ, סימן קפה, סעיף ב.

158 ראה חידושי הריטב"א, שם, שלאחר שהביא את פירוש הגאונים, הוא מעיר: "ולפירוש זה [של הגאונים], דינו של רבינו [רש"י] ז"ל צריך תלמוד". וראה ש"ך, חו"מ, סימן קפה, ס"ק ג, שהעיר על הדעה החולקת של הגאונים בלי לנקוט עמדה בעניין זה.
יש שהעירו ש'שולחן ערוך' סותר לכאורה את עצמו, שכן בעוד שכפי שראינו בחו"מ, סימן קפה, סעיף ב, הוא פוסק כרשב"א, הרי באבן העזר, סימן צג, סעיפים כד־כח, וסימן קג, סעיף ה, בעניין אלמנה הלוקחת

ונשאלת השאלה: מדוע אי אפשר שהשליח ייצג את המוכר ואת עצמו? להלן נראה שדברי הרשב"א נתבארו בשתי דרכים.

(2) הגיונו של הכלל

(א) אי אפשר לעשות בו זמנית עסקאות סותרות

בעניין אלמנה המוכרת את נכסי העיזבון שאינה יכולה לקנותם לעצמה, כותב הריב"ש[160] שהמניעה היא משום שאינה יכולה להיות "מוכרת וקונה כאחד". מדבריו נראה שהסיבה לכך שהשליח אינו יכול להיות קונה ומקנה כאחד היא משום שאי אפשר לעשות בו זמנית שתי פעולות סותרות[161].

נימוק זה מושתת לכאורה על שתי הנחות יסוד: שבעסקת מכר במועד העברת הקניין דרושה "דעת מקנה"[162], ושבשליחות למכירה, "דעת המקנה" מיוצגת על ידי השליח, ואינה ישירות

לעצמה את נכסי היתומים לצורך גביית כתובתה, הוא פוסק כרמב"ם (הלכות אישות, פרק יז, הלכה יד), הנוקט לכאורה כשיטת הגאונים (שכן מדבריו עולה שאם השומה נעשתה על ידי בית דין, אף של הדיוטות, יש תוקף לקניית האלמנה. ראה מגיד משנה, שם). ראה לדוגמה: מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן כ, ד"ה ומתוך; שו"ת שואל ומשיב, מהדורא חמישאה, סימן כב, ד"ה ובגוף הקושיא. ברם, יש הטוענים שמדבריו של הרמב"ם במקום אחר (הלכות עירובין, פרק ו, הלכה כ), מוכח שעקרונית דעתו כדעת הרשב"א. הרמב"ם פוסק שם שהשליח לקנות פת ולערב בה עירובי תחומין עבור שולחו אינו יכול להקנות לו פת משלו. ו'מגיד משנה' מבאר שהטעם הוא: "דאין שליח קונה [משולחו לעצמו] ומקנה [משלו לשולחו]" (על יכולת השליח להקנות משלו לשולחו, הנשללת בהלכה זו על ידי הרמב"ם, ראה דיוננו להלן, ליד ציון הערה 182 ובהערה 182). לדעת ר' יעקב כולי, בהגהתו למשנה למלך (הלכות שלוחין ושותפין, פרק א, הלכה ה), אין להסיק מהלכת הרמב"ם בעניין אלמנה הלוקחת מנכסי היתומים לצורך גביית כתובתה שהוא נוקט כשיטת הגאונים: "ומ"מ אפילו תימא דכוונתו ז"ל לומר דכל שהיו ב"ד הדיוטות, מעשיה קיימין, כמו שנראה מפשט דבריו, נראה דאין זה סותר לדינו של הרשב"א. דשניא ההיא [בעניין השליח לעירוב] דאיירי בשליח דבמקום בעלים הוא עומד, ואינו יכול לזכות לעצמו... אבל גבי אלמנה סבירא ליה להרמב"ם דלא דמיא לשליח, שהרי הנכסים בחזקתה קיימי, ושלה היא מוכרת, ולאו שליחותייהו דיתמי קא עבדא". ובכך הוא מבקש ליישב את הסתירות לכאורה העולות הן מדברי הרמב"ם הן מדברי 'שולחן ערוך', שכן לדעתו דעת שניהם תואמת לדעת הרשב"א. וראה עוד שו"ת אורים גדולים, סימן לב, לימוד קצב, ד"ה וכתב כת"ר.

159 ראה לדוגמה שו"ת מנחת יצחק (וייס), חלק י, סימן קא, ד"ה ושוב ראיתי. והשווה שו"ת סם חיי, סימן מ, ד"ה איברא, שטען "דסברת הגאונים היא יחידאה", ואין המוחזק יכול לטעון 'קים לי' כמותה.

160 שו"ת הריב"ש, סימן שצו.

161 א. וראה גם: שו"ת יהודה יעלה (אסאד), חלק א, יורה דעה, סימן רסה, ד"ה וע"ד בעייתו, וד"ה ועוד הרי; חידושי רבי שמעון יהודה הכהן (שקאפ), חלק ד, קונטרס השליחות, סימן ב, ד"ה ולפי הנתבאר ("שאין אדם יכול להיות קונה ומקנה כאחד... דכוונת ורצון המקנה צריך שתהיה בשעת כוונת ורצון הקונה"). וראה יד המלך, הלכות שכירות, פרק א, הלכה ג ("דאין בידינו לומר בשום ענין שני הפכים בנושא אחד, כמו כן אין בידינו לומר בעשיה אחת אשר השליח יהיה עומד מצד אחד בכח עצמו להיות לו דין שליח, ומצד השני יהיה עומד ברגע זו ובעסק זה עצמו בכח מתנגד להיות כמשלח... ודברים ברורים המה, והוא יסוד גדול בענין שליחות"). וראה עוד מדבריו להלן, הערה 182, שמסיבה זו הוא שולל גם משליח לקנייה לקנות מנכסי עצמו.

ב. ראה דיוננו לעיל, סעיף 1, נספח שני, הערה 393, ושם ראינו שבשל היגיון זה, רבים מן האחרונים טוענים שאין להבין את הדרישה שעל השליח להיות גם "שלוחו של בעל הממון" כפשוטה.

162 וכן העיר לדוגמה חזון יחזקאל על מסכת זבחים וליקוטים על הש"ס, ירושלים תשמ"א, גיטין יא ע"ב, ד"ה ולא מסתבר, שהעיר (בסוגריים): "וכנראה בענין הקנאה של מקנה בפועל ממש ולא מהני מה שמניח

של השולח. מאחר שהשליח הוא המייצג את דעתו של המקנה, דעת הריב"ש היא שאין הוא יכול לתפקד גם כקונה. ואם יתפטר מתפקידו כשליח למכירה כדי שיוכל לרכוש את הנכס לעצמו, הרי שבהיעדר "דעת מקנה", שוב לא יהיה תוקף לקניין. אפשר שהגאונים חולקים על הנחות יסוד אלה, ושמשום זה לא ראו מניעה עקרונית שהשליח יקנה את הנכס מושא השליחות לעצמו[163].

(ב) הנכס אינו יוצא מרשות לרשות

קשה להלום את הנימוק שהוצע לעיל בדברי הרשב"א, שכן הרשב"א תלה לכאורה את המניעה של השליח לרכוש את הנכס מושא השליחות לעצמו בדיני הקניין (ולא בעובדה שהשליח מבצע תפקידים סותרים בו זמנית). ובלשונו: "שאין המכר אלא הוצאת דבר מרשות לרשות, וזה לא יצא מרשותו, שהוא עומד במקומו"[164]. ונחלקו הדעות בשאלת פרשנות דבריו.

יש שהבינו שהבעיה היא, שמאחר שהשליח נכנס בנעלי השולח, "מתבטלת" כביכול יישותו של השליח בכל הנוגע לחפץ. מאחר שלא יכולה להתקיים הדרישה הבסיסית במעשה הקניין, שהיא הוצאתו של מושא הקניין מרשות המקנה לרשות הקונה, שכן הנכס אינו יוצא מרשות השולח, לכן השליח אינו יכול לקנות את הנכס לעצמו[165]. הסבר זה מתיישב לכאורה יפה עם

לקנות". וראה: שערי ציון (סופר), סימן א, ענף ה; פרי משה (סגל), בענייני קניינים, סימן ג, ס"ק ה, המקורות שהביאו בשאלה זו בהקשר לסוגייתנו. וראה אבן האזל, הלכות שכנים, פרק ב, הלכה י, המצביע על מחלוקת ראשונים ואחרונים בשאלה אם הדרישה שהמוכר יאמר "לך חזק וקנה" לא נועדה אלא לתת אישור לפעולת הקניין שעושה הקונה ("ניחותא"), או שמא אמירתו משמשת כפעולה משפטית חיובית להעברת הקניין ("דעת מקנה"). וראה על כך בדיוננו על סעיף 1, הערה 29.

163 אפשר שלדעתם אין צורך ב"דעת מקנה", ודי בהסכמתו של השולח למכור, "ניחותא" (כשיטת נתיבות המשפט, סימן קפב, ס"ק ב, וסימן רמד, ס"ק א, על פי הבנת אבן האזל, לעיל, הערה 162), ולכן אין מניעה עקרונית שהשליח יִקנה את הנכס מושא השליחות לעצמו. וראה עוד להלן, הערה 191.

עוד אפשר שאמנם יש צורך ב"דעת מקנה", אך זו מתקיימת ישירות על ידי השולח, ועל כן אין מניעה שהשליח יִקנה את הנכס מושא השליחות לעצמו, שהרי אין הוא "מקנה לעצמו", אלא השולח מקנה לו. ראה משפטי שמואל (רבינוביץ), שמעתתא דשליחות, פרק ז, אות ד, שהביא שם נפקא מינה נוספת לחילוקי הדעות בנקודה זו: "אם ראובן מינה את שמעון שיהא שליח למכור את החפצים שלו, והלך שמעון ופסק דמים עם לוי שיקח את החפצים האלה, ואמר לו שמעון השליח ללוי הקונה 'לך משוך וקני', ואחר האמירה הזאת, טרם שהלך לוי ומשך, ביטל שמעון [השליח] את שליחותו, ואחר כך הלך לוי ומשך, אם כן יש לחקור אם מהני משיכתו של לוי או לא".

164 וראה 'יד המלך' (לעיל, הערה 161), שחש בהבחנה שבין שני הנימוקים, ותמה על הרשב"א, מדוע היה צריך לנימוקו שאין כאן מעבר מרשות לרשות. קושי נוסף בנימוק שהוצע לעיל עולה מחילוקי הדעות בין הפוסקים בשאלה אם המוכר יכול להיות שלוחו של הקונה ולמשוך עבורו את הנכס. כפי שנראה להלן (ליד ציון הערה 183), המבי"ט (שאינו חולק לכאורה על הרשב"א) אינו רואה מניעה בדבר, ומכאן שלדעתו יכול אדם להיות מוכר וקונה כאחד.

אפשר שהרשב"א לא הסתפק בנימוק שלא ניתן לעשות פעולות סותרות במקביל, משום שהשליח, כשהוא מייצג את "דעת המקנה", אינו נדרש לעשות פעולה משפטית כלשהי אלא רק לייצג את כוונתו של המקנה (מצב נפשי), וכיוון שכך, אין מניעה שבמקביל הוא יעשה בעצמו את הפעולה המשפטית של הקונה (שכן הכוונה אינה סותרת מעשה, ורק פעולות סותרות הוא שאינו יכול לעשות במקביל).

אפשרויות נוספות להסביר מדוע נזקק הרשב"א לנימוק שאין כאן מעבר מרשות לרשות, עולות מתוך מה שנביא להלן, הערה 169, וליד ציון הערה 170, שנציע אפשרויות להבין את דברי הרשב"א גם בלי הצורך בייצוג דעת המקנה על ידי השליח בשעת מעשה הקניין. והדברים צריכים עוד עיון.

165 ראה לדוגמה: ב"ח, חו"מ, סימן קפה, סעיף ב ("שהסרסור במקום בעלים עומד, והחפץ לא יצא מרשות

תאוריית השליחות, הרואה את השליח כידו הארוכה של השולח[166]. יש להטעים שהבנה זו מושתתת גם היא על ההנחה שייצוג "דעת המקנה" על ידי השליח נדרש בשעת ביצוע הקניין עצמו (שאם לא כן, יכול היה השליח לסיים את שליחותו וליטול את החזקה בנכס מכוח אישיותו העצמית. אלא שאם יעשה כן, לא יהיה תוקף למכר בהיעדר "דעת המקנה" באותו רגע).

אחרים הבינו שהשליח אינו מסוגל להוציא בעצמו את הנכס מרשות לרשות, מכיוון שעם מינויו כשליח, הרי הוא כבר נחשב כבעל הנכס. לשון אחר, בקנותו את הנכס, השליח אינו מוציא אותו מרשות לרשות, שהרי כבר היה ברשותו[167]. הסבר זה מתבאר לכאורה יפה לפי התאוריה הרואה את השליח כבעל הפעולה שרק תוצאתה מיוחסת לשולח[168]. יש להטעים שגם

בעליו"); סמ"ע, סימן קפה, ס"ק ד ("עדיין לא יצא מרשות המוכר, דיד השליח כידו דמי"); ערוך השולחן, חו"מ, סימן קפה, סעיף ב ("וזה לא יצא מרשות המוכר, דידו כיד בעה"ב"), ושם, סימן קעה, סעיף נד ("דכל שליח אינו יכול לקנות לעצמו, דלעולם לא תיכנס לרשותו של הלוקח, כיון שהוא שלוחו של המוכר").

166 ראה: משפטי שמואל (רבינוביץ), שמעתתא דשליחות, פרק ז, אות א: "אלמא שהשליח בעצמו נעשה גופו כגופו של המשלח, וכן כשהחפץ הוא ביד השליח, הוי כאילו הוא ביד המשלח, ומטעם זה לא יכול השליח לקנות לעצמו, מפני שלא יצא החפץ מרשות הבעלים, דאי נימא דידיו של השליח אינן כידי המשלח ממש... אם כן אמאי לא יכול השליח לקנות לעצמו, והלא שפיר מיקרי שהחפץ יצא מרשות המשלח, כיון שידי השליח אינן כידי המשלח?". וכעין זה ראה אטינגר, פרקי שליחות, עמ' 22: "לכאורה נראה כי גישה זו מבטאת בעליל ובצורה חדה את תורת הזיהוי, לפיה השליח הוא הוא השולח, ולכן אין השליח יכול לקנות את הנכס לעצמו, שהרי 'אין אדם מקנה לעצמו'". ברם באות ב, משפטי שמואל דוחה הסבר זה ומציע הסבר אחר, ולפיו אין לקשור בין הלכה זו לבין תאוריית השליחות: "אף על גב שגופו וידיו של השליח אינם כגופו וידיו של המשלח, מכל מקום כיון דעל כל פנים מעשיו של השליח הם כמעשה המשלח (כמו שכתב הקצות החושן) [מה שכינינו בדיוננו על סעיף 2 "תאוריית ייחוס הפעולה"], או שפעולת הענין שהשליח עושה נחשב על המשלח [מה שכינינו בדיוננו על סעיף 2 "תאוריית ייחוס התוצאה", שהוא נוקט אותה בעצמו]... אם כן, כל זמן שהשליח לא יבטל שליחותו, לא יכול לקנות כיון שמעשיו ופעולת ידיו בהחפץ הזה עושים ופועלים בעד המשלח, אם כן לא עשה השליח מאומה לעצמו, ואין לו במה לקנות, כיון שלא עשה שום קנין לעצמו, רק למשלח הוא עושה, אם כן במה יקנה השליח? ואם השליח יתכוין בקנינו לקנות לעצמו ולא למשלח, אם כן יצטרך השליח לבטל שליחותו, שמעשיו ופעולתו הם לעצמו ואינם עוד למשלח. אם כן, אין מי שיקנהו לו לשליח, כיון שכבר נתבטלה שליחותו דשליח, ואינו עומד במקום הבעלים, הרי ליכא דעת מקנה שימכור ויַקנה להשליח, לכן לא קנה השליח לעצמו". והשווה להלן, הערה 168.

167 ראה לדוגמה: שו"ת רבי עקיבא איגר החדשות, בודפשט תרצ"ח, סימן פא, ד"ה ואולם מטעם ("כיון דהוא שלוחו למכור, הוא כבעלים, ואינו יכול להקנות לעצמו, כיון דבאותו שעה הוא כבעלים ושם בעלים עליו"); שו"ת שואל ומשיב, מהדורא חמישאה, סימן כב, ד"ה ובגוף ("דבמשיכה וחזקה צריך להיות מרשות המוכר לרשות הלוקח, וכאן כבר היה ברשותו"); בית אהרן (קלפפיש), גיטין ל ע"ב, ד"ה ולגודל ("והכא מקודם גם כן ברשות שליח, ואם כן אין כאן קנין"); דברי חי"בה (בלאך), עמ' צה, ד"ה וראיתי ("ואחרי שהשליח הוא בעלים על החפץ, על כן בענין שיצא הדבר מבעלותו של השליח לבעלותו של הקונה"). וראה עוד א' הראל, תורת השליחות, ירושלים תשנ"א, סימן ט, אות ג: "יסוד הדין שליחות בזה הוא שהשליח נחשב כהבעלים עצמם ממש, והיינו שעומד במקום הבעלים לענין זה של השליחות, וזהו יסוד דינא ד'שלוחו של אדם כמותו'... שאין גדר השליחות כאן מסירת כוח גרידא... [ולכן] כשם שאין המוכר יכול להקנות לעצמו, דלא שייך ש[י]עשה את עצמו בעלים, שכבר הוא בעלים על זה, כן גם השליח אינו יכול לקנות לעצמו כלל, שהרי הוא כבעלים, שזהו גדר השליחות שעומד במקום הבעלים ממש".

168 ראה שו"ת מהר"ש (ענגיל), חלק א, סימן צב, ד"ה והנה בהא דכ', המציע תחילה להסביר שביסוד המחלוקת

הבנה זו, כקודמותיה, מושתתת על ההנחה שייצוג "דעת המקנה" על ידי השליח נדרש בשעת ביצוע הקניין עצמו (שאם לא כן, יכול היה השליח לסיים את שליחותו וליטול את החזקה בנכס מידי השולח, שהנכס חזר אליו בינתיים[169]).

הצד השווה לשני ההסברים האלה הוא, שעקב הזיהוי שבין השליח לשולח לא תיתכן הוצאה מרשות לרשות על ידי השליח (לפי ההסבר הראשון, משום שאישיות השליח נבלעת כביכול באישיות השולח, ולפי ההסבר השני, משום שאישיות השולח נבלעת כביכול בזו של השליח). אולם לאמתו של דבר, אין הכרח לכרוך הלכה זו בתאוריה זו או אחרת על השליחות, שכן ייתכן שהקנייה על ידי השליח אינה נפסלת אלא משום שלמראית עין אין ניכר שהחפץ עבר מרשות לרשות. וכבר מצינו בדיני הקניין דוגמאות לכך שאם המעבר אינו ניכר חיצונית, יש בכך כדי לפסול את הקניין[170].

ההבדל בין הנימוקים שסקרנו לעיל לכלל "אין השליח יכול לקנות לעצמו" אינו רק הבדל תאורטי, אלא הוא עשוי להוביל לנפקויות משפטיות, כפי שנעמוד על כך מיד, כשנסקור את היקפו של הכלל.

בין הגאונים לבין רש"י והרשב"א עומדת המחלוקת שעסקנו בה בדיוננו על סעיף 2 בדבר תאוריית השליחות: לפי רש"י והרשב"א, השליח נחשב כבעל הפעולה, ורק תוצאת פעולתו מיוחסת לשולח, מובן אפוא שאינו יכול לרכוש את הנכס לעצמו, שהרי אין כאן הוצאה מרשות לרשות ("היכי דמוסר חפץ ליד השליח אז השליחות הוא במעשה [כלומר השליח הוא בעל הפעולה], ושוב המשלח מסתלק לגמרי מהפעולה, והוי השליח עושה הכל... אם כן שוב לא הוי הוצאת החפץ מרשות לרשות וליכא מקנה וקונה ולא מהני"). לעומת זאת, לפי הגאונים, השולח נחשב כמי שעושה את הפעולה באמצעות שלוחו, ומשום כך אין מניעה שהשליח ירכוש את הנכס לעצמו, שהרי יש כאן הוצאה מרשות לרשות, ההקנאה נעשית על ידי השולח והרכישה על ידי השליח ("דאי נימא דפעולה מתייחס להמשלח, והחפץ עדין עומד ברשות בעלים... אם כן שפיר חשיב על ידי קניית השליח החפץ לעצמו הוצאת מרשות לרשות, ויש כאן מקנה וקונה, דהיינו הבעלים הם המקנים למי שירצה הוא להקנות"). אבל ראה להלן, הערה 170, שמהר"ש ענגיל חזר בו מהסבר זה.

169 עם זאת, אפשר שלפי דעה זו (בניגוד לקודמותיה), ייצוג דעת המקנה מסתיים סמוך לפעולת הקניין של הקונה (בדומה לדברי ר' שמעון שקאפ, המובאים להלן, ליד ציון הערה 207, בעניין נתינת גט וקבלתו, שאינן פעולות חופפות, כי אם פעולות סמוכות), ומשום כך אין כאן הוצאה מרשות לרשות. אפשר שלכך נתכוונו בשיעורי הרמי"ם (פוניבז'), גיטין, עמ' פו, ד"ה ומקשים (בסופו), בהבנת 'נתיבות המשפט' (המובא להלן, ליד ציון הערה 190): "דסגי בדעת המקנה אשר עד תחילת המעשה קנין".

170 ראה שו"ת מהר"ש (ענגיל), שם, ד"ה והנה בהא דכ', הדוחה בעצמו את ההצעה לקשור את ההלכה בתאוריית השליחות (ראה לעיל, הערה 168), משום שאפשר שאין כאן אלא דרישה למראית עין של קניין, ותו לא. דוגמה לכך הוא מביא מהלכת הרמב"ם (הלכות מכירה, פרק ג, הלכה ו), ולפיה המשכיר אינו יכול לקנות נכס של השוכר מכוח קניין חצרו, אף על פי שבעיקרון, החצר המושכרת קונה לו נכסים של אחרים (הלכות שכירות, פרק ו, הלכה ה). וכתב בטעם הדבר מחנה אפרים, הלכות מכירה, קניין חצר, סימן ג: "דכל הקנאה בעינן מרשות לרשות, והכא כיון שהיא שכורה ללוקח, עדיין לא יצאו מרשותו". מהר"ש מבקש להסיק שכשם שלעניין חצר, המשכיר אינו זוכה, "לפי שלא ניכר ההוצאה מרשות לרשות, לפי שהשוכר משתמש בו, אם כן הכי נמי, כיון דנעשה שליח למכור דבר זה, אם כן נהי דהפעולה מתייחס להמשלח, מכל מקום כל זה באם באמת מוציא החפץ לרשות אחר, אמרינן דהוי כאילו המשלח מסרו להקונה, אבל בקונה לעצמו, נהי דבאמת הבעלים הוא המקנה, מכל מקום לא ניכר ההוצאה מרשות לרשות ולא מהני".

(3) היקפו של הכלל

(א) קנייה לעצמו באמצעות שליח

הפוסקים דנו בשאלה: אם השליח לא יעשה את פעולת הקנייה בעצמו אלא באמצעות שליח, האם יהיה בכך כדי להכשיר את העסקה, מפני שמישהו אחר מייצג אותו, ואין לראותו כמי שמייצג בו זמנית את השולח ואת עצמו? 'מחנה אפרים' מביא שכך נוקט "חד מרבוואתא"[171], ברם הוא עצמו מסתפק בדבר[172]. ואפשר שהדבר תלוי ביסוד הכלל השולל מן השליח את הזכות לקנות לעצמו את מושא השליחות: אם הוא משום שאי אפשר לעשות בו זמנית עסקאות סותרות (כפי שנוקט כנראה "חד מרבוואתא") או משום היעדר הוצאה מרשות לרשות (כפי שנוקט כנראה 'מחנה אפרים')[173].

(ב) מכירה לשותף

מהרי"ט פוסק שהשליח יכול למכור את הנכס מושא השליחות לאשתו, אף שהוא נהנה מפירות המכירה (נכסי מלוג)[174]. בעקבותיו דנו הפוסקים בשאלה: האם מועילה מכירת השליח לשותפות שבה הוא שותף? או שמא יש לפסול את המכירה לשותפות של השליח, מאחר שהיא מזכה גם את השליח בבעלות בגוף הנכס (ולא רק בפירותיו)[175].

(ג) שלוחי מוכר המוכרים זה לזה

נושא אחר שנחלקו בו הפוסקים הוא: האם כשהמוכר מינה שני שלוחים, יכול האחד למכור את הנכס לחברו?[176]. גם כאן אפשר שחילוקי הדעות בין הפוסקים תלויים ביסוד הכלל השולל

171 אפשר שכוונתו לשו"ת לחם רב (בוטון), סימן קצה, ד"ה איברא: "מיהו יש לומר דהיו יכולים למכור לעצמם כגון שימכרו לאחר והאחר יחזור ויזכה להם". אבל אפשר שאין כוונתו מדין שליחות אלא מדין מכר ומכר חוזר. ועדיין צריך עיון בדבר.

172 מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן כ, ד"ה אמנם, משער שהבסיס להצעה זו, לקנות על ידי שליח, נלמד בהיקש מסוגיית "לא חזרה שליחות אצל הבעל" (ראה להלן, תת־פרק ד, עמ' 475), ושם מבואר שאף שהאישה שמונתה על ידי בעלה כשליח להולכת הגט אינה יכולה לקבל את גטה מידי עצמה, מכל מקום היא יכולה להתגרש בו, אם תיתן אותו לשליח מטעמה (גיטין כד ע"א). הוא הדין אפוא בענייננו (וכך נוקט מכוח היקש זה יד המלך, הלכות אישות, פרק יז, הלכה יד, ד"ה והנה). כפי שנראה להלן, הערה 207, 'מחנה אפרים' אינו מקבל את ההשוואה בין הסוגיות, משום שלדעתו תפקידו של השליח להולכת הגט (שאינו עושה פעולת הקנאה אלא פעולת נתינה גרידא) שונה מהותית מתפקידו של שליח המוכר (הנדרש לעשות פעולת הקנאה). יש לציין שבעל לחם רב (לעיל, הערה 171) לא הסתמך על סוגיית גיטין, אלא אמר את דבריו מסברה.

173 כך הציע הערות וציונים (אוסטרן), כתובות צח ע"ב, ד"ה נראה (וראה שם ד"ה שיטת).

174 ראה שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן צג, ד"ה הנני. מהרי"ט טוען ש"אף על פי שידו כידה לענין פירות, מכל מקום הרי יש לה יד לזכות לעצמה" (מובן שאין הדברים אמורים אלא כשאין מקום לחשוש לניגוד עניינים, כגון שהמחיר נקבע על ידי השולח).

175 ראה שו"ת דבר משה (אמריליו), חלק ב, סימנים קא־קג, בחליפת הדברים שבינו ובין ר' יונה בן ריי (אב"ד קושטא, בעל שו"ת בני יונה, שנדפס בסוף ספר דבר משה), העוסקת בשאלה זו.

176 ראה שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן צג, שהסתפק בדבר. ושם בסימן קכז הכריע שהדבר אפשרי (מהרי"ט טוען שאין כאן חשש לניגוד עניינים, מאחר שהשליח האחד יפקח על מעשי חברו). והשווה שו"ת לחם רב (בוטון), סימן קצה, ד"ה תשובה, שחולק על זה (במקרה הנידון שם שני השלוחים הם שותפים, וייתכן אפוא שמהרי"ט היה מסכים שיש להימנע מלעשות את העסקה, לא בשל בעיה מהותית אלא משום החשש לניגוד עניינים). עוד ראה: שו"ת קול אליהו (ישראל), חלק א, חו"מ, סימן יט, ד"ה מעתה ואילך; שו"ת

מן השליח לקנות לעצמו את מושא השליחות: אם הוא משום היעדר הוצאה מרשות לרשות, הבעיה קיימת גם כאן; ולעומת זאת, אם הוא משום שאי אפשר לעשות בו זמנית עסקאות סותרות, הרי כאן השליח המחליט לקנות אינו פועל בו זמנית גם כמקנה, אלא חברו הוא שמקנה לו את הנכס.

(ד) נכס שמחירו קצוב בשוק (שליחות מטריאלית)

ראינו לעיל ששיטת הרשב"א מיוסדת על ההנחה שבשליחות למכירה השליח הוא המוכר, ולא השולח, ועל כן לא יועיל לו לשליח אם יסיים את תפקידו כשליח לפני שהוא רוכש את הנכס לעצמו, שאם יעשה כן, לא יהיה תוקף למכירתו בשל היעדר מוכר. פוסקים אחדים טוענים שמהבנה זו נגזר שכאשר ברור שהשולח הוא המוכר ישירות (ולא באמצעות השליח), אין מניעה שהשליח יקנה את הנכס לעצמו, מאחר ששליחותו אינה לפעולה משפטית אלא רק לפעולה מטריאלית.

לדעת 'מחנה אפרים', מצב זה מתקיים כאשר השולח קצב בעצמו את מחיר העסקה. על כן במצב זה אין לקבל את פסיקת הרשב"א ו'שולחן ערוך', אלא יש לאמץ את פסיקת הגאונים[177]. אחרים אינם מרחיקים לכת עד כדי כך, אבל הם מסכימים שכך הדין כאשר מחיר הנכס העומד למכירה קצוב וידוע לכל[178].

סם חיי, סימן מ, ד"ה אמנם אחר העיון – המצדדים בדעת ר' אברהם די בוטון. על מחלוקת זו הצביעו: כנסת הגדולה, חו"מ, סימן קפה, הגהות הטור, אות י; דברי גאונים, כלל צה, סימן כז.

177 ראה מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן כ, ד"ה אבל היכא. 'מחנה אפרים' מבסס את דבריו על דברי התלמוד (בבא בתרא פח ע"א), ושם מבואר שחפץ שדמיו ידועים המוצע למכירה, משעה שהגביהו הקונה נעשה ברשותו להתחייב באונסין. והשווה מלאכת שלמה (חכים), הלכות שלוחין ושותפין, פרק א, הלכה א: "ואחר המחילה רבה לא זכיתי להבין דבריו [של 'מחנה אפרים'], דהתם [בסוגיית בבא בתרא], אף דנימא דדעתו של חנוני להקנות לכל מי שיתן דמיו, התם שאני, דכיון שנטל מרשותו, דהיינו מהחנות, ע"כ מכוחו של חנווני זוכה, והוא [החנווני] ניהו המקנה. ברם בנותן לשליח למכור בכך וכך, הרי נתרוקן רשותו מעליו, דכי זכה לוקח לאו מכח בעל החפץ זכי. תדע דעל כרחך צריך לחלק בהכי, דאם לא כן תקשה להר"ן ז"ל [הנוקט כזכור כשיטת הרשב"א, ראה לעיל, הערה 154], דהא כבר כתבתי לעיל דסבירא ליה דשליח אינו יכול להקנות לעצמו, ואפילו דאמר ליה בכך וכך, ואילו בפרק הספינה [סוגיית בבא בתרא] כתב דחפץ שדמיו קצובים יכול ליטלו שלא מדעתו של בעלים דמשמע שבעל החפץ הוא המקנה".

וראה עוד מחנה אפרים, שם, ד"ה עוד ראיתי, שלדעת הגאון (ספר המקח והממכר, שער שישי, טו ע"א, בדפוס ונציה שס"ב), יש להבחין בין מכירת קרקעות (עליו נאמר הדין שאין אדם מוכר לעצמו), לבין מכירת מיטלטלין. 'מחנה אפרים' מבאר את ההבדל, שלדעת הגאון אמירת "לך חזק וקנה" (המתפרשת כהשתתפות במעשה הקניין) אינה נצרכת אלא בקרקעות, ולא במיטלטלין. והדברים תמוהים.

178 ראה חידושי רבי שמעון יהודה הכהן (שקאפ), חלק ד, קונטרס השליחות, סימן ב, ד"ה ולפי זה היכא: "והא דמבואר בסימן קפה דהשליח אינו יכול לקנותו לעצמו אף באותם דמים שהרשוהו הבעלים למכרו, נראה לעניות דעתי דכיון דאין דמיו ידועים, כדמשמע מסגנון הלשון שם, או דמיירי בחפץ שאינו עומד כל כך להמכר, ומשום כך, אף דגלי הבעלים דעתו להשליח דבסכום שסיים מוכן, ודעתו מסכמת למכור, מכל מקום אין כל אדם יכול לקנותו בלא דעת השליח [המייצג את דעת המקנה], משום דעל דעת ורצון השליח ועל פסיקתו בסכום הדמים סמכו הבעלים, ומשום הכי נקרא השליח המקנה במקום הבעלים, ועל כן אינו יכול להיות גם קונה, דמי יַקנה לו". ומכאן שאם המחיר ידוע לכל, אין עוד מניעה לזהות אצל השולח את דעת המקנה, וממילא יכול השליח לקנות לעצמו.

לנסיבות נוספות שבהן השליח אינו מייצג את דעת המקנה, ועל כן יכול לקנות לעצמו, ראה פלס חיים (סופר), סוגיא דתופס לבע"ח, עמ' פד, ד"ה ולפמ"ש.

(ה) אישור הפעולה על ידי השולח

אם השולח (המוכר) מרשה לשליח במפורש לקנות את הנכס מושא השליחות לעצמו, אין חולק על כך שהשליח יכול לקנותו לעצמו, שכן בכגון זה לא השליח מייצג את דעת המקנה אלא השולח עצמו, המוכר ישירות את הנכס לשליח. ונשאלת השאלה: האם יועיל אישור השולח, אם יינתן בדיעבד?

מדברי פוסקים אחדים עולה שהשליח מנוע משפטית מלעשות את פעולת השליחות עם עצמו, ופירוש הדבר שאם עבר וקנה לעצמו, אין תוקף לקנייתו[179]. ואף על פי כן, השולח יכול לאשר את הפעולה בדיעבד, ובכך להעניק לה תוקף למפרע[180].

לא זו אף זו. הפוסקים מטעימים שלולי היה בעשיית השליח את פעולת השליחות עם עצמו משום ניגוד עניינים למראית עין, משום "והייתם נקיים", השליח רשאי היה לעשות כן אפילו לכתחילה, משום שמותר היה לו להניח שהשולח אינו מתנגד לכך[181].

179 אחת התוצאות של זה היא, שאם לאחר שקנה את הנכס לעצמו, מכר אותו השליח לאחר במחיר גבוה יותר, השולח זוכה ברווח. ראה שו"ת מהרש"ך, חלק ב, סימן קיז[ב], ד"ה הא קמן. וראה דיוננו בסעיף 9, פרק רביעי, עמ' 528.

180 א. ראה שו"ת משפטי שמואל (קלעי), סימן קטו, השולל את הטענה שלדעת הרשב"א, הקניין חסר תוקף לחלוטין (ויש צורך במעשה קניין חדש, אם הנכס אינו ברשותו כעת): "דדבר ברור הוא דאחרי דנתרצו בדבר ונתפייסו בו, למפרע קנה, ובדיבורא דידהו הוה משיכתו משיכה". דין זה מובן יותר לפי הסברו של מהר"ש ענגיל (לעיל, הערה 170) שהקניין אינו נפסל אלא משום שלמראית עין לא הייתה כאן הוצאה מרשות לרשות (ראה שם, ד"ה נחזור להנ"ל). יותר קשה להבין דין זה לפי הנימוקים האחרים שהבאנו לעיל. ואכן השווה ערוך השולחן, חו"מ, סימן קפה, סעיף ב, שהקניין תקף רק מכאן ולהבא ולא למפרע. כדברי 'משפטי שמואל' עולה גם מדברי הסמ"ע, חו"מ, סימן קעה, ס"ק כו. הסמ"ע מצביע על סתירה לכאורה בין דברי הטור בענייננו (סימן קפה, סעיף ב), ולפיהם השליח מנוע משפטית מלקנות את מושא השליחות לעצמו (כשיטת הרשב"א), לבין מה שפסק בסימן קעה, סעיף ל, בעניין מצרן שהתמנה להיות שליח למכור שדה, משם עולה שהמניעה שלו לקנות את השדה לעצמו אינה אלא משום חשד לניגוד עניינים (כשיטת הגאונים). הסמ"ע מסביר שאין כאן סתירה, שכן בסימן קפה מדובר בשהשולח אינו משלים עם הקנייה של השליח, ואילו בסימן קעה הוא משלים עמה. אבל ראה שו"ת שואל ומשיב, מהדורא חמישאה, סימן כב, ד"ה מ"ש, המעיר שדברי הסמ"ע אינם מוסכמים על הכל. וראה להלן, הערה 192.

ב. אשר לשאלה, האם כל זמן שהשולח לא אישר את המכירה, יכול השליח הקונה לעצמו לחזור בו מן המכירה? ראה בית יוסף, אבן העזר, סימן צג, ד"ה ומ"ש ואם טעתה, הנוקט כדבר פשוט ש"אלמנה שמכרה לעצמה" היא עצמה אינה יכולה לחזור בה אלא היתומים בלבד. והשווה שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן סד, שהשיג על דבריו: "אי מטעמא דאמרינן... אין אדם זוכה לעצמו אם לא שיזכה ע"י אחר, אף היא יכולה לחזור בה, דהיאך יצא המקח מרשות יתומים לרשותה, כיון שלא זכתה ע"י אחר". וראה עוד צור תעודה, הלכות שלוחין, פרק ב, הלכה ז (בסופו).

ג. ואשר לשאלה אם שתיקת השולח שנודע לו שהשליח קנה את הנכס לעצמו מתפרשת כהסכמה, ראה בית יוסף, חו"מ, סימן קפה, סעיף ב, ד"ה ומ"ש וד"ה נראה לי.

181 ראה הגהות אמרי ברוך, חו"מ, סימן קפה, ס"ק ב: "דאף לדעת הפוסקים דאין שליח יכול לקנות לעצמו, מכל מקום בודאי אינו בכלל שולח יד בשל אחרים, כשלוקח לעצמו באותן דמים שהרשה המשלח, רק שאין לו באותו מקח דין זכות [לפני שהשולח מאשר את הקנייה למפרע]... כיון דלא היה דין קניה בהוצאה מרשות לרשות". בכך יש לדעתו לתרץ את הקושיה שהקשה שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן צג וסימן קכז, על הרשב"א, מדברי התלמוד פסחים יג ע"א (הובא לעיל, הערה 152), ושם מבואר שלולי החשד שיגידו עליו שלא הגן כראוי על אינטרס של הבעלים, נפקד שיש ברשותו חמץ שהופקד בידו קודם הפסח (והבעלים לא באו לקחת אותו), היה רשאי לקנות אותו לעצמו. כפי שראינו לעיל (הערה 152), לדעת מהרי"ט מקור זה קשה על הרשב"א, שהרי לשיטתו אין תוקף לקנייה (בסימן צג, ד"ה ויש

(ו) שליח לקנייה הקונה מנכסי עצמו

הפוסקים נחלקו בשאלה אם מוכר יכול להיות שלוחו של הקונה ולמשוך עבורו את הנכס. פוסקים רבים סבורים שכשם שהשליח למכור אינו יכול לקנות לעצמו, כך השליח לקנות אינו יכול לקנות מעצמו[182], ואילו המבי"ט אינו רואה מניעה לכך[183]. אפשר שהשוללים עושים זאת משום שלדידם טעמו של הרשב"א הוא שאין אדם יכול להיות בו זמנית מוכר וקונה. ואילו לדעת המבי"ט, הרשב"א אינו שולל אלא את קניית השליח לעצמו (בשליחות למכירה), משום שאין בה העברה מרשות לרשות (מפני שעם מינויו כשליח כבר עבר הנכס לרשותו[184]), מה

לישב, מהרי"ט מציע לתרץ את הקושי בעובדה ששם נעשית הקנייה מכוח תקנת חכמים). אולם כאמור, אין כאן קושי, שכן השומר יכול היה להניח שהבעלים יאשרו את הקנייה למפרע. וראה עוד שו"ת אמרי משה (סוקולובסקי), סימן לז, בהגהה. וראה שו"ת שואל ומשיב, מהדורא חמישאה, סימן כב, מה שהביא משמו של הר"ש קלוגר על פי רש"י, פסחים שם, ששאלת התלמוד הייתה למה לא יאכל את החמץ לפני הפסח (ולא למה לא יקנה אותו). רעיון דומה הובא בצפנת פענח (לעיל, סעיף 5, הערה 209).

182 ראה: מגיד משנה (לעיל, הערה 158); שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן קכז; שו"ת משפטי שמואל (קלעי), סימן מו; שו"ת מהרש"ך, חלק ב, סימן קג, ד"ה תשובה הן אמת ("יראה דכי היכי דהעושה שליח למכור אין השליח רשאי לקנותו לעצמו, הכי נמי יראה דהעושה שליח לחברו לקנות לו איזו סחורה ונתן לו המעות לקנותה, אין לו לקנות אותה הסחורה מסחורות שלו, ואפילו באותם דמים שהרשוהו לקנות"); בני יעקב (ששון, קושטא תקמ"ד), קכא ע"ב, ד"ה וכתב, בשם רבו ר' יעקב אלפנדרי (מובא על ידי ר' יעקב כולי בהגהתו למשנה למלך, הלכות שלוחין ושותפין, פרק א, הלכה ה); יד המלך, הלכות שכירות, פרק א, הלכה ג ("הגע בעצמך באם אחד עשה שליח לחבירו לקנות עבורו שדה או כרם של השליח בעצמו, האם נאמר בזה דשלוחו של אדם כמותו, ויהיה ביד השליח לקנות שדהו או כרמו מעצמו עבור המשלח? הלא דבר זה אין הדעת סובלתו כלל". וראה דבריו לעיל, הערה 161, אות א, בעניין שליח למכור).
כך עולה לכאורה כבר בתלמוד (עירובין עט ע"ב) בדין עירובי חצרות (המחייב שכל בני החצר יהיו שותפים בפת), שבן חצר המבקש להקנות שותפות בפת לאחד מבני החצר חייב לעשות כן באמצעות אדם שלישי, ואינו יכול להקנות לו חלק בפת בעצמו. אבל השווה להלן, הערה 183.
שו"ת מהרש"ך, שם, דוחה על הסף את האפשרות לעקוף את המניעה באמצעות מכירת הנכס לגורם שלישי וקנייתו ממנו בתור שליח (כנידון בשאלתו): "ואפשר שלהנצל מזאת המבוכה, שלא יהיה מוכר לעצמו וקונה מסחורת עצמו, עשה שמעון מה שעשה, להשים יד לוי באמצע, והעביר לו סחורתו, ואחר כך מכר לו הגביע וקנה ממנו הסחורה, ובודאי דכל זה לא מעלי ומהני, דודאי כל מה שעשה לכאורה נראים הדברים שהוא ענין מרמה ותחבולה, והדין נותן שלא יחרוך רמיה צֵידו [על פי משלי יב, כז], אם כן שורת הדין היתה לבטל המקח וממכר שעשה שמעון מדמי ראובן וגביע הכסף". אולם לא ברור מדוע הוא פוסל "תחבולה" זו. ואולי אין זה אלא משום חשש לניגוד עניינים. על כל פנים, יש להטעים שעסקה זו בטלה רק אם נעשתה שלא בתום לב, אך אם מכר השליח את הנכס לאדם השלישי, ורק כעבור זמן, ובעקבות שינוי נסיבות, הוא רוכש לעצמו את הנכס מן האדם השלישי בתום לב, אין פסול בדבר. ראה שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן קיב.

183 ראה שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן קמה. וראה אמרי בינה (אוירבך), חו"מ, קונטרס בדיני קניינים, סימן ח, ד"ה והנה, שאין הדברים אמורים אלא בשליחות, אבל אין אדם יכול להקנות מיזמתו משלו לאחר מכוח דין "זכין" (ובכך הוא דוחה את הראיה שהביאו שאר הפוסקים מסוגיית עירובין, לעיל, הערה 182). וראה עוד שער משפט, סימן ר, ס"ק ד (מובא בפתחי תשובה, חו"מ, סימן ר, ס"ק ח. ובטעות צוין שם לחלק ב בשו"ת המבי"ט). והשווה ערך ש"י, חו"מ, סימן קצו, סעיף ה. וראה עוד שו"ת שואל ומשיב, מהדורא רביעאה, חלק ב, סימן ריא (בסופו). וראה שו"ת מהרש"ם, חלק ה, סימן יח, שכתב שהכרעת האחרונים היא שלא כדעת המבי"ט (וראה גם ספרו משפט שלום, סימן ר, סעיף יב. וראה גם דבריו בהסכמתו לספר ערך ש"י, חו"מ, אות ו). עוד ראה פרי משה (סגל), בענייני קניינים, סימן ג, ס"ק ה.

184 ראה לעיל, ליד ציון הערה 167. וכן הוא גם להסבר האחר שראינו לעיל, ליד ציון הערה 166, ולפיו אישיותו

שאין כן בשליחות לקנייה, שבה אין מניעה שהשליח יקנה משל עצמו, משום שהנכס עובר מרשותו לרשות השולח.

ג. שליח המייצג בו זמנית את שני הצדדים לעסקה

כאמור, המקור ממנו למד הרשב"א את דבריו עוסק בשליח הקונה לעצמו. הפוסקים דנו בשאלה דומה: האם שלוחו של המוכר יכול לשמש בו זמנית גם כשלוחו של הקונה? כפי שנראה להלן, שאלה זו נבחנה על ידי הפוסקים הן מכוח היקש להלכת הרשב"א, ולפיה "אין השליח יכול לקנות לעצמו" (ובה דננו בתת־פרק הקודם), הן מכוח היקש לסוגיית גיטין, שבה נידונה השאלה אם שליח להולכת הגט (מטעם הבעל) יכול לשמש בו זמנית גם כשליח האישה ולקבל את הגט בשמה (ובה נדון בתת־פרק זה).

יש מן הפוסקים שנראה מדבריהם שניתן ללמוד מהלכת הרשב"א שכשם שהשליח למכירה אינו יכול לקנות עבור עצמו, כך אינו יכול לקנות עבור אחר. כך עולה מדברי מהרי"ט[185]. אבל מדברי הש"ך[186], דומה שאין להסיק מהלכת הרשב"א ששלוחו של המוכר מנוע מלשמש גם כשלוחו של הקונה (להלן נראה שהוא מטיל ספק באפשרות זו, אבל מסיבה אחרת[187]).

נראה שההיקש מהלכת הרשב"א לענייננו מתיישב יפה על הלב לנימוק ש"אין קונה ומקנה כאחד". כשם שהשליח אינו יכול לקנות לעצמו, משום שאינו יכול להיות בד בבד קונה ומקנה, כך אינו יכול לקנות עבור אחר (וכך נוקט כנראה מהרי"ט)[188]. לא כן לגישה המנמקת את המניעה בהיעדר הוצאה מרשות לרשות, שכן אף על פי שהשליח עושה את הפעולה עם עצמו, סוף סוף הוא מייצג שני אנשים, ויש כאן העברה מרשות לרשות (וכך נוקט כנראה הש"ך)[189].

של השליח נבלעת באישיות השולח, ובשל הדרישה ל"דעת מקנה" בשעת המכירה, נמנעת ממנו האפשרות להעביר את הנכס לרשותו.

185 ראה שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן קכז: "וכי היכי דשליח אינו יכול לזכות לעצמו לפי שהוא כיד הבעלים, מטעם זה עצמו אינו יכול לזכות לאחרים על יד עצמו, כמו שהמקנה עצמו אינו יכול לזכות לאחרים על ידו". בהמשך דבריו מהרי"ט נסמך על סוגיית "לא חזרה שליחות", שנדון בה להלן, תת־פרק ד, עמ' 475. וראה יד המלך, הלכות אישות, פרק יז, הלכה יד. וראה להלן, ליד ציון הערה 216 ובהערה 217.

186 ראה ש"ך, חו"מ, סימן קפה, ס"ק א. הש"ך לא הזכיר את דברי הרשב"א כדי להכריע ולשלול מן השליח את האפשרות לקנות עבור אחר, ומכאן שלדידו נימוקו של הרשב"א כשלעצמו אינו שולל מן השליח את האפשרות לייצג בו זמנית הן את השולח הן את הצד השלישי. וכך נוקט גם ערוך השולחן, אבן העזר, סימן קמא, סעיף ז.

187 מקור הספק בדין "לא חזרה שליחות אצל הבעל", שנדון בו להלן, ליד ציון הערה 202. וראה גם להלן, ליד ציון הערה 214.

188 וכך העלה חידושי רבי שמעון יהודה הכהן (שקאפ), חלק ד, קונטרס השליחות, סימן ב, ד"ה והנה בשו"ע, בהתאם לגישתו הנזכרת לעיל, הערה 161.

189 ראה שו"ת קול אליהו, חלק א, חו"מ, סימן יט, ד"ה והנראה ("אבל כל שיצא מרשות מוכר והרי הוא ביד שליח, יכול זה השליח לזכות לאחר, דכי היכי דנעשה זה שליח למוכר נעשה שליח ללוקח"). וראה אבי עזרי, חלק ד, הלכות מלווה ולווה, פרק כ, הלכה ב, ד"ה אולם (עמ' רל) [=אבי עזרי על הש"ס, גיטין, סימן כא, ד"ה אולם (עמ' עו)]: "ואין להקשות, אם כן למה אמרו בגמרא שאם הוא עושה שליח להולכה שאין האשה יכולה לעשותו לשליח קבלה רק מטעם 'לא חזרה שליחות אצל הבעל' [ראה להלן, ליד ציון הערה 196], ואמאי לא נימא שאין כאן קבלה, שלא יצא הגט מרשות הבעל? אולם הטעם הוא שרק אם השליח מצד המוכר רוצה לקנות לעצמו, אין כאן הוצאה מרשותו של המוכר, שהשליח כמו הבעלים והוא

כאן המקום להעיר על שיטת 'נתיבות המשפט'[190], ולפיה אין מניעה שהשליח ייצג גם את השולח וגם את הצד השלישי, אבל מנימוק שונה לגמרי מזה של הש"ך. לדעתו, בדרך כלל, השליחות למכירה מתמצית בניהול משא ומתן עם קונה והבעת הסכמה למכור לו ("לך חזק וקני")[191], ואילו "דעת המקנה" הנחוצה להעברת הבעלות נותרת של השולח־המוכר. אשר על כן, אין מניעה שהשליח ייצג את הקונה וירכוש עבורו את הנכס. אולם כפי שראינו לעיל, לא כן הוא כאשר השליח מבקש לקנות את הנכס לעצמו. השולח־המוכר אינו מעלה בדעתו שהשליח יקנה את הנכס לעצמו, ואין לו אפוא כלפיו "דעת מקנה"[192], והשליח הוא שנדרש לייצג את "דעת המקנה", אם הוא רוצה לקנות את הנכס לעצמו. אולם אף אם יעשה כן, לא יועיל לו הדבר, בהתאם לנימוקים שדיברנו עליהם בהרחבה לעיל בהסבר דעת הרשב"א[193].

כפי שראינו לעיל בעניינו של שליח הקונה לעצמו, דומה שאם השליח אינו מייצג את דעת המקנה, אלא רק מודיע לצד השלישי על רצונו של השולח להקנות, כולי עלמא יודו לבעל 'נתיבות המשפט' שאין מניעה שהשליח ייצג את הצד השלישי. כך הוא לדוגמה בשליח לתת מתנה לאדם מסוים, שבה השולח לא הותיר לשליח כל שיקול דעת[194]. והוא הדין במכר כשהשליחות מתמצית בפעולה מטריאלית של מסירת הנכס[195].

ד. הכלל "לא חזרה שליחות אצל הבעל"

(1) מקורות הכלל

לשני הנושאים שדננו בהם עד כה, שליח המוכר לעצמו ושליח המייצג את שני הצדדים לעסקה, יש לכאורה מקבילות תלמודיות בשליחות לגירושין.

במקום אחד במסכת גיטין[196] (להלן: הסוגיה הראשונה), התלמוד דן בבעל שנתן לאשתו גט, אך אמר לה שלא תתגרש בו מיד, ומינה אותה כשליח הולכה עד שתגיע למקום פלוני,

הקונה והמוכר, מה שאין כן כשהשליח של המוכר נעשה שליח של איש אחר לקנות, שפיר יכול לקנות, שהרי הוא קונה בשביל אחר ועומד במקומו של הקונה גם כן, יש כאן שפיר הוצאה מרשותו של המוכר, וכל החסרון הוא רק מצד 'לא חזרה שליחות אצל הבעל'".

190 ראה נתיבות המשפט, סימן קפה, ס"ק א.

191 ובלשונו: "אם כבר אמר השליח להלוקח 'לך משוך וקני' או בקרקע 'חזק וקני', דשוב כלתה שליחותו לגמרי, דאין צריך שוב למעשה השליח כלל, דהלוקח יכול למשוך ולהחזיק אפילו שלא בפניו ולקנות, פשיטא דהלוקח יכול לומר להשליח שימשוך או יחזיק בשליחותו, דהרי כבר חזרה שליחות אחר אמירתו 'לך משוך' או 'חזק', וכיון שאין צריכין שוב לשום מעשה שליח כלל, יכול להיעשות שליח, כיון שכבר כלה שליחותו קודם שנעשה שליח לחבירו".

192 "דשם שליח אינו אלא לאחר, ולאחר הוי שליח להתרצות בפיסוק דמים, מה שאין כן לעצמו" (לשון נתיבות המשפט). וראה עוד בני חיי, חו"מ, סימן קפה, הגהות בית יוסף, אות ה, שהביא שם את תשובתם של ר' אליעזר אבן שאנג'י ומהר"ח אלפנדרי, ד"ה איברא: "וליכא הוצאה מרשות לרשות, דהרי אעיקרא לא אדעתא דהכי נתנו לו כי אם למכור ולא לקנות" (בהתאם לכך הוא מיישב את קושיית הסמ"ע מדין מצרן, לעיל, הערה 180, ששם השולח ודאי העלה על דעתו שהמצרן יבקש לרכוש את השדה הסמוכה לשדהו, כמו שביאר הב"ח, חו"מ, סימן קעה, סעיף ל, בתחילה).

193 ראה לעיל, ליד ציון הערה 164.

194 ראה מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן ד, ד"ה ואל תשיבני. וראה להלן, הערה 219.

195 ראה: בית ישראל (שלומוביץ), סימן יב, ס"ק ט; יוסיף נתיב (על נתיבות המשפט, מהדורת ויינרב, אשדוד תשס"ד), עמ' רפג.

196 גיטין כד ע"א. וראה חידושי הרש"ש, שם, ד"ה וכי מטית.

ושם תזכה בו ותתגרש, ונקבע כדבר פשוט שאין תוקף לגירושין אלה, בנימוק ש"לא חזרה שליחות אצל הבעל". וסתם התלמוד ולא פירש את דבריו.

ואולם במקום אחר באותה מסכת[197] (להלן: הסוגיה השנייה), דן התלמוד באפשרות ששלוחו של הבעל ישמש גם כשליח קבלה מטעמה של האישה[198]. בשאלה זו נחלקו האמוראים: לדעת רבי אמי, כיוון ש"לא חזרה שליחות אצל הבעל", השליח אינו יכול לייצג בו זמנית את הבעל ואת האישה, ואילו רבי חייא מסתפק בדבר, וכדעה אחרונה זו נפסק להלכה: "הרי זו ספק מגורשת, עד שיגיע גט לידה. ומשיגיע לידה, תתגרש ודאי"[199].

ועולות מאליהן השאלות הבאות: מה פשר הכלל "לא חזרה שליחות אצל הבעל"? מה היחס בין שתי הסוגיות (מדוע נקבע בראשונה באופן ודאי שהאישה אינה יכולה לקבל את גטה בעצמה, ואילו בשנייה הסתפק התלמוד שמא השליח יכול לייצג בד בבד את הבעל ואת האישה)? ומה היחס בין סוגיות אלה להלכת הרשב"א (שלא הסתמך עליה) ולשיטת הגאונים (שפסקו לכאורה נגדה)?

(2) הגיונו המשפטי של הכלל

גישה א: פעולות סותרות (קונה ומקנה, נותן ומקבל)

יש הטוענים שהכלל "לא חזרה שליחות אצל הבעל" מבטא את הרעיון שאין השליח יכול לתת ולקבל כאחד, בדומה לכלל שראינו לעיל בדברי הרשב"א, ולפיו "אין קונה ומקנה כאחד"[200].

[197] גיטין סג ע"ב.

[198] במקום לקבל את הגט, אמרה האישה לשליח "ליהווי בידך", כלומר: "תהיה אתה שלוחי לקבלה" (רש"י, שם, ד"ה ליהוי בידך).

[199] שולחן ערוך, אבן העזר, סימן קמא, סעיף א, על פי רמב"ם, הלכות גירושין, פרק ו, הלכה יג.

[200] שכן כיצד יכול השליח לעבור צד, כשעדיין לא נסתיימה פעולת הנתינה? ראה לדוגמה "יש מפרשים" שהביא המאירי, בית הבחירה, גיטין כג ע"ב (על המשנה), ד"ה אלא: "'והא לא חזרה שליחות אצל הבעל', כלומר דכל שליח הולכה במקום בעל קאי, והרי אין הבעל יכול לעשות עצמו שליח קבלה, ואם כן כל שהוא אומר לה להיות שלוחה לקבלה אינו כלום".
תורת גיטין, סימן קמא, ס"ק א, נוקט גם הוא גישה זו: "דכשם שאין האשה יכולה לעשות את הבעל עצמו, שהגט בידו, לשליח קבלה, מטעם דבעינן שהאשה תקבל מיד בעלה, ואם תעשה הבעל לשליח קבלה שיהיה במקום האשה, אם כן ממאן יקבל? הרי לא יקבל מיד הבעל! הכי נמי שליח הולכה שלו, כיון שהוא כבעל עצמו אינו יכול לעשותו לשליח קבלה שלה, שיהיה במקומה, דשליח הולכה כבעל ממש הוא, ובעינן שיעשה שליחותו, דהיינו שיהיה נותן ואז יוגמר שליחותו קודם שיעשה לאחרים, דהינו שיעמוד במקום האשה, כי לעולם אי אפשר שיהיה אחד במקום בעל ואשה ביחד שיהיה הוא הנותן והוא המקבל". 'תורת גיטין' ממשיך ואומר שאין לראות את הנתינה והקבלה כבאות זו אחר זו: "ואין לומר דיוגמר שליחות שלו שיניחו על גבי קרקע ואחר כך יעשה שליח קבלה לקבל מעל גבי קרקע, דזה אינו, דטלי גיטך מעל גבי קרקע אינו גט" (אבל ראה להלן, הערה 208). והשווה פלס חיים (סופר), סוגיה דתופס לבעל חוב, ד"ה ומה שאמר.
חידושי הרש"ש, גיטין כד ע"א, ד"ה והא לא חזרה, נוקט אף הוא גישה זו, אך מבאר את הכלל בדרך שונה: "זה פשוט דאינה יכולה לעשות את הבעל גופיה שליח לקבלה... וכיון שנעשית שליח הבעל, הות כמוהו, דשלוחו של אדם כמותו, וזהו שאמר 'והא לא חזרה שליחות (דקבלה) אצל הבעל', רצונו לומר שהוא בעצמו אינו יכול להיעשות שליח לקבלה, והכא הרי היא כמותו כדאמרן".
רבים מן האחרונים טוענים שזו גם כוונת הריטב"א, המובא להלן, ליד ציון הערה 219 (אבל השווה לדברינו שם). וכן פירש בדעתו חזון איש, אבן העזר, הלכות גיטין, סימן קד, ס"ק א: "'והא לא חזרה שליחות אצל

בעל 'אבני מילואים'[201], הנוקט גישה זו, מוצא התאמה מלאה בין ההלכה שהסיק הרשב"א מסוגיית כתובות (בעניין אלמנה הקונה לעצמה מנכסי היתומים לצורך גביית כתובתה), ולפיה "אין אדם מקנה לעצמו", ובין סוגיית גיטין, ולפיה אין האישה יכולה בו זמנית לתת ולקבל את הגט לעצמה.

אמנם מן הסוגיה השנייה במסכת גיטין, למדנו שהתלמוד מתלבט אם כלל זה חל גם כאשר השליח אינו פועל עבור עצמו, כי אם עבור הצד השלישי, והוא הדין אפוא גם בשליחות עסקית. לדעתו זהו פשר פסקו של הש"ך[202].

ונשאלת השאלה: אם האדם אינו יכול לעשות בו זמנית פעולות סותרות (קונה ומקנה, נותן ומקבל), מה הפרש יש בין שליח הפועל לעצמו (הסוגיה הראשונה) ובין שליח הפועל עבור הצד השלישי (הסוגיה השנייה)? נראה שהכלל "אין אדם משמש בשני כוחות" אינו כלל מוחלט, והוא חל רק כשהפעולה היא לעצמו, ששם יישותו אינה מותירה מקום כביכול ליישות שאותה הוא אמור לייצג. לא כן כשאינו מעורב אישית, אלא מייצג את הצד השלישי[203].

הסברו של 'אבני מילואים', שייחס את הדברים לש"ך, אינו נקי מספקות. ראשית, אם אכן יש קשר בין הלכת הרשב"א ובין סוגיית גיטין, ניתן היה לצפות שהרשב"א יתבסס עליה, אך הוא מתעלם ממנה בהקשר זה, ואף הש"ך עצמו לא ציין קשר בין הלכת הרשב"א ובין סוגיית גיטין. שנית, כפי שראינו לעיל, פוסקים אחרים אינם תמימי דעים עם הש"ך, ולדעתם רק בשליחות לגירושין, הסתפק התלמוד אם השליח יכול לייצג את שני הצדדים, אבל בשליחות עסקית, ברור שהשליח אינו יכול לקנות בין לעצמו ובין לאחר (כפי שראינו בדעת מהרי"ט[204]). עוד יש לציין שההשוואה שעושה 'אבני מילואים' אינה עולה בקנה אחד עם דברי הרשב"א עצמו, התולה את ההבדל בין הסוגיה הראשונה לבין הסוגיה השנייה בעניין שונה לגמרי[205],

הבעל' – נראה דרצונו לומר, דכי היכי דאין הנותן נעשה שליח לזכות בשביל המקבל, הכי נמי אין הזוכה יכול להיות שליח של הנותן, ובמתנה דעלמא, דאין צריך נתינה, לא אכפת לן בזה דאין צריך שליחות של הנותן, אבל בגט, דצריך נתינה וצריכה האשה לשמש ב' כוחות, של נותן ושל מקבל, וזה אי אפשר, וזה לא חשיב נתינה מה שנגמר השליחות ומתחיל הנתינה, והוי כטלי גיטך מעל גבי קרקע, וכן כתב ריטב"א" (והוסיף חזון איש: "וצריך לפרש כן גם דברי רש"י ותוס"). וראה גם שיעורי הלכה (בלוך), עמ' קטו, "תוך כדי דיבור כדיבור דמי", בעמ' קטז, ד"ה וכן יש.

[201] אבני מילואים, סימן קג, ס"ק ז, ד"ה ובש"ך.

[202] ראה לעיל, ליד ציון הערה 186. המוחזק נהנה אפוא מן הספק על פי הכלל: "המוציא מחברו – עליו הראיה".

[203] ראה חזון איש, אבן העזר, הלכות גיטין, סימן קד, ס"ק כא: "כיון דאין הנתינה והזכיה לעצמו, שפיר יש לומר דמשמש בב' כוחות וחשיב נתינה".

[204] ראה לעיל, הערה 185.

[205] ראה חידושי הרשב"א, גיטין סג ע"ב, ד"ה ואי לאו. הכלל הוא "דשליח לא מקרי אלא המשתלח מזה לזה, שראוי לחזור אצל שולחו ולומר לו 'עשיתי שליחותך'" (לשון חידושי הרשב"א, גיטין כד ע"א, ד"ה והא). תנאי זה ("ראוי לחזור") בוודאי אינו מתקיים באישה שמונתה על ידי בעלה כשליח להולכת הגט ולקבלתו בעצמה, שכן כבר בשעת המינוי ברור שלא תוכל לחזור אל הבעל לפני שתקבל את הגט עבור עצמה (וזה פשר ההלכה החלוטה בסוגיה הראשונה). לעומת זאת, ספק הוא אם התנאי אינו מתקיים בשליח שלא נקבע מראש שישמש גם כשליח קבלה, שכן בשעת המינוי השליחות הייתה ראויה לחזור אל הבעל (וזה פשר הספק בסוגיה השנייה). כך נוקט גם בית שמואל, אבן העזר, סימן קמא, ס"ק א, בלי לציין את הרשב"א. פירוש זה מתאים לפירוש השני שנציע להלן, הערה 210, בדברי רש"י. על הגיונה של הבחנה זו, ראה עוד קונטרסי שיעורים (גוסטמן), גיטין, קונטרס ט, ד"ה ועיי' אה"ע.

ובוודאי שאינה מתיישבת עם דעת אותם הפוסקים הטוענים שגם בסוגיה הראשונה הדין אינו אלא ספק[206].

אכן, יש מן האחרונים הטוענים שהנימוק שנתן הרשב"א, "דאין אדם מקנה לעצמו, שאין המכר אלא הוצאת דבר מרשות לרשות, וזה לא יצא מרשותו, שהוא עומד במקומו", שלפיו שלל מן השליח אפשרות לקנות את הנכס מושא השליחות לעצמו, ספק אם הוא נוגע לשליחות לגירושין. בשונה משליחות עסקית, שבה ברור שדרושה "דעת מקנה" בשעה שהקונה עושה את פעולת הקניין, הרי בשליחות לגירושין אין דרישה לקיום "דעת מקנה" בשעת נתינת הגט, שכן הגט אינו עובר מן הבעל לאישה מכוח דיני הקניינים[207], ודרושה רק פעולת נתינה. על פעולה זו הסתפק התלמוד במסכת גיטין: האם היא חייבת להתקיים בו זמנית עם פעולת הקבלה (ואז אין השליח יכול לתפקד בו זמנית כנותן וכמקבל)? או שמא די בכך שפעולת הנתינה באה בסמוך לפני פעולת הקבלה (ואז אין מניעה שהשליח ישמש כנותן וכמקבל)[208].

גישה ב: דיני השליחות (השליח אינו יכול "לעבור צד" תוך כדי שליחותו)

יש מי שדוחים את ההבנה שראינו זה עתה, ולדעתם ברור לתלמוד שמבחינת הדרישה לנתינת הגט ולקבלתו, אין מניעה מהותית במעבר מתפקיד הנותן לתפקיד המקבל[209]. ואם

אבני מילואים, שם, מציין בעצמו שדבריו אינם מתיישבים עם פירוש הרשב"א, ומייחס את גישתו לרש"י, הסבור שההבחנה בין שתי הסוגיות היא בין שליח הפועל עבור עצמו ובין שליח הפועל עבור הצד השלישי. וכך נקטו בדברי רש"י: 'פרי חדש', בספרו מים חיים, גיטין כד ע"א, נדפס בסוף המסכת בש"ס וילנא (דבריו הובאו בשער המלך, הלכות גירושין, פרק ו, הלכה ט); חידושי חתם סופר, גיטין כד ע"א, ד"ה והא.

206 ראה בית מאיר, אבן העזר, סימן קמא, ס"ק א, הטוען שכך היא עמדתם של התוספות (גיטין כד ע"ב, ד"ה והא לא) והרמב"ן (גיטין סג ע"ב, ד"ה ועדיין), וגם הרשב"א עצמו לא אמר כן בוודאות (שכן הוא פותח את פירושו במילים "אי לאו דמסתפינא, אמינא"). וראה תורת גיטין, לעיל, הערה 200.

207 ודאי שכן הוא לדעת מי שנוקטים שכל תפקידו של שליח ההולכה מצטמצם לנתינה בלבד (והבעל הוא המגרש). ראה חידושי רבי שמעון יהודה הכהן (שקאפ), חלק ד, קונטרס השליחות, סימן ב, ד"ה אמנם: "עיקר פעולת השליח הוא רק על ענין מעשה הנתינה בלבד... אבל הוא איננו במקום הבעל לגרש, אלא הבעל בעצמו מגרש". הבחנה זו בין גט לבין מכר נאמרה כבר על ידי מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן כ, ד"ה אמנם, ובלשונו: "דהתם גבי גט הבעל הוא דווקא המגרש לה". וראה לעיל, הערה 172, ולהלן, הערה 209. וראה עוד דיוננו בסעיף 2, ליד ציון הערה 66, בביאור שיטת הר"י מיגאש בעניין מינוי עבד כשליח הולכה. ברם, יש לציין שר' שמעון שקאפ עצמו (שם בהגהה, ד"ה ולפי הנ"ל) אינו סבור כדעת 'אבני מילואים', ולדעתו גם בשליח הולכה, השליח הוא הנחשב למגרש, ובלשונו: "דודאי צריך לכוין בגירושין בשעת הגירושין, ומה שהבעל מכוין מקודם ודאי לא מהני". מכל מקום, גם לדעתו, טעמו של הרשב"א אינו נוגע לעניין שליחות לנתינת הגט: "דהתם עיקר הטעם הוא הוצאה מרשות לרשות, וכמו שכתב הרשב"א, דהיינו משום שזה עיקר כוונת הקנאת כל חפץ, ובגירושין, שאינו בגדר הקנאת חפץ ואינו בגדר הוצאה מרשות לרשות, לא שייך לדון כלל מדין שליח שנעשה להקנות".

והשווה שו"ת קול אליהו (ישראל), חלק א, חו"מ, סימן יט, ד"ה אך מההיא: "והוי ליה להקשות [בסוגיית גיטין הראשונה] דאין כאן הוצאה מרשות לרשות... ולזה יש לומר דאין הכי נמי דהוה מצי להקשות כן... וזו עדיפא ליה להקשות".

208 ראה חידושי רבי שמעון יהודה הכהן (שקאפ), קונטרס בענייני שליחות, סימן ב, ד"ה אמנם, וד"ה ולפי, ובהגהה אות א שם. אפשר שלכך נתכוון תורת גיטין, סימן קמא, ס"ק א, בסיום דבריו. לפי זה, העניין נתון בספק לא רק בסוגיה השנייה אלא גם בסוגיה הראשונה (כשיטת 'בית מאיר', לעיל, הערה 206).

209 ראה שערי חיים (שמואלביץ), קידושין, סימן מג, ס"ק ז, ד"ה אכן: "דהא דלא מצי השליח לקנות לעצמו אינו משום 'לא חזרה שליחות אצל הבעל', אלא הוא דינא לחוד, ומשום דכיון דבמקום בעלים הוא עומד, והוא איהו המקנה, לא שייך שיהא הוא נמי הקונה. ודבר זה באמת לא שייך בגירושין, דהשליח אינו המגרש

בכל זאת נקבע שאין תוקף למעבר השליח מתפקיד שליח הולכה לתפקיד שליח קבלה (או שלכל הפחות הדבר בגדר ספק), הרי זה משום הדרישה שיסודה בדיני השליחות, ולפיה על השליח להישאר במעמדו עד תום הפעולה, אף שהדבר אינו נצרך לעצם קליטת הגט על ידי האישה. וכך יש להבין את הכלל "לא חזרה שליחות אצל הבעל". מוקד העניין אינו בדין המהותי אלא בדיני השליחות, ולפיהם השליח אינו יכול לייצג את הצד שכנגד טרם הושגה מטרת השליחות, כלשון רש"י: "וזו אינה ראויה לחזור, שהרי לא נשתלחה אלא לעצמה, ואח"כ נעשית היא בעל המעשה, ובטל השליחות קודם שתחזור"[210] [211]. אמנם יש להודות שמקורה של דרישה זו אינו ברור[212].

אלא הבעל עצמו, אלא שמטעם אחר נגעו בה, דלא חזרה שליחות אצל הבעל, ובזה הוא דהוי ספיקא בגמ'". ועוד ראה שו"ת משנת אברהם (פרייס), חלק ב, סימן יז, ענף ד, ד"ה ועוד יש לחלק.

[210] רש"י, גיטין כד ע"א, ד"ה והא לא. הדעות נחלקו בהבנת שיטת רש"י, אם נדרש מן השליח להישאר במעמדו בשעת השגת מטרת השליחות, או שמא נדרש ממנו להישאר במעמדו אף לאחר השגת מטרת השליחות, עד שיוכל לחזור אל השליח ולומר לו "עשיתי שליחותך":

1) ראה המאירי, בית הבחירה, גיטין כג ע"ב (על המשנה), ד"ה אלא: "ואנן בעינן שאף בשעת קיום השליחות יהא נקרא שליח וראוי לחזור מתורת שליחות". וראה ר' יחיאל מיכל פיינשטיין, "בדין חזרה שליחות אצל הבעל", ישורון יד (תשס"ד), עמ' תס, בעמ' תסב, ד"ה והנה בלשון: "דשליחות כזו, שכל זמן שהשליחות קיימת אין כאן מעשה של נתינה ויציאת הגט מרשות הבעל לרשות האישה, ורק על ידי הפסקת וביטול השליחות מתקיימת נתינה ויציאת הגט מרשות הבעל לרשות האישה, שליחות כזו לא הוי שליחות" (ושם בהערה 3: "דלא שייך שליחות רק לפעול מעשה אבל לעשות את השליח כמותו [כלומר למנות שליח] בכדי שממילא על ידי כך בהִפסק שליחותו יהא המעשה, לא שייך שליחות לכך"). וראה כעין זה אילת השחר (שטיינמן), גיטין כד ע"א, ד"ה תוד"ה והא. והשווה לניסוחו של הרב שמואל אויערבאך (הובא באוהל יצחק – גיטין (בעריכת הרב הלל מן), ירושלים תשס"ה, עמ' תשעו): "וגדר הדברים דנתחדשה בתורה פרשת שליחות, וכדדרשינן מקרא ד'ושילחה', דהאיש עושה שליח, דשלוחו של אדם כמותו וידו כיד הבעלים, אבל אין לנו בזה אלא שליח, ולא שייך שיפעל ויעשה כבעלים ממש, וצריך שישאר ויהא שֵם שליח עליו, ושלוחו כפשוטו ומשמעו, דנשלח בשליחותו מהבעלים, וזהו שליחות דגומר מעשיו, ושייך שיחזור ויודיע להבעלים שעשה שליחותו, אבל בגוונא דעם גמר מעשה שליחותו כבר פועל בהמשך הדבר מבלי כח המשלח, כבר חרג משֵם שליחות, וזה מעשה בעלות ממש, ולא נתרבה ונתחדש בתורה אלא שליחות ולא יותר מזה".

2) במקום אחר (גיטין סג ע"ב, ד"ה לא חזרה), רש"י מנסח את הדברים בדרך אחרת: "שליח שחזר ונעשה שליח למי שנשתלח לו ניתק משליחות הראשון עד שלא היה לו שהות לחזור אצל שולחו ולומר 'עשיתי שליחותך'. ושליחות שאינה ראויה לחזור ולהגיד אינה שליחות". ויש שהסיקו מניסוח זה שרש"י מטעים שהכלל "חזרה שליחות אצל הבעל" משמעו שהשליח חייב להישאר במעמדו גם לאחר שעשה את המוטל עליו עד הזמן שיהא ראוי לדווח לשולחו על מילוי משימתו. ראה: טבעת החושן, חלק ד, קונטרס בדיני שליחות, סימן י, ד"ה ולענ"ד; מילואי אבן (שיינברג), סימן קג, ס"ק ח, ד"ה והנה מה; גיליוני הש"ס, גיטין כד ע"א, ד"ה והא לא; ברכת אברהם (ארלנגר), גיטין כד ע"א, בעניין חזרת שליחות אצל הבעל, ס"ק ד. וראה תמצית הסוגיות (קרלנשטיין), גיטין סג ע"ב, ד"ה אולם, שתלה את הדבר בתאוריית ייחוס התוצאה: "ומשום הכי צריך להיות שליח אחרי שעשה המעשה כדי שהמעשה שבידו יתייחס למשלח". והשווה: שערי יושר, שער ז, פרק ז, ד"ה ולענין שאלה (בעיקרון הוא מבין את שיטת רש"י כהבנה הראשונה: "דבעינן שיעמוד במקום המשלח גם אחר שעשה השליח השליחות עד שיתהוה התכלית היוצא מן פעולתו". ורק כדי שלא ייוותר השליח בלא תפקיד מעשי, פירש רש"י שעליו לחזור ולדווח לשולח "עשיתי שליחותך"); דיברות משה, גיטין, סימן כג, הערה פד, ד"ה והא. וראה להלן, הערה 212. ונעיר שגישה זו בהבנת הכלל "חזרה שליחות" דומה לגישת הרשב"א, שראינו לעיל, הערה 205.

[211] לעומת רש"י והרשב"א (לעיל, הערה 205), שמדבריהם עולה שהיעדר "חזרה שליחות" פוסל את שליחות ההולכה של הבעל, נראה מן הרמב"ם שהיעדר "חזרה שליחות" פוסל את האפשרות שיהיה השליח שליח

דרישת "חזרה שליחות אצל הבעל" כוחה יפה לכאורה גם בשליחות עסקית, אלא שכאמור

קבלה של האישה, שכן הוא פוסק ש"משיגיע גט לידה תתגרש ודאי" (רמב"ם, הלכות גירושין, פרק ו, הלכה יג), ומכאן שלא נפסלה שליחות ההולכה. וכן אכן הסיקו מהלכה זו: מגיד משנה, שם; שער המלך, הלכות גירושין, פרק ו, הלכה ט; ט"ז, אבן העזר, סימן קמא, סעיף ב; בית שמואל, שם, ס"ק א וס"ק ב; אבני מילואים, סימן קמא, ס"ק א; מעשה רוקח, הלכות גירושין, פרק ו, הלכה יג; מרחשת, חלק ב, סימן כז, סעיף א, אות ב. אבל השווה: שו"ת דברי חיים (הלברשטם), חלק א, אבן העזר, סימן פה, ד"ה על דבר שאלתו; אור שמח, הלכות גירושין, פרק ו, הלכה ח, ד"ה ואין. במחלוקת זו נפסק בשולחן ערוך כרמב"ם (שולחן ערוך, אבן העזר, סימן קמא, סעיף א), ונראה שהטור סובר כרש"י (טור, שם).

ייתכן שמחלוקת זו תלויה בגרסת התלמוד. על פי הגרסה שלפנינו, הגמרא שואלת "והא לא חזרה שליחות אצל הבעל", כלומר הפגם הוא בשליחות ההולכה שלא הושלמה כראוי. לעומת זאת, על פי גרסת כ"י מינכן, הגמרא שואלת "והלא חזרה שליחות אצל הבעל", ואפשר שהכוונה שהפגם הוא בשליחות הקבלה, שאינה יכולה להיכנס לתוקף כל זמן שלא נסתיימה שליחות ההולכה (ראה דקדוקי סופרים (פלדבלום), גיטין סג ע"ב. על גרסה זו העירו גם בדקדוקי סופרים השלם, גיטין סג ע"ב, ירושלים תש"ס, אך בהערה 44, שיערו שהיא טעות סופר. השערה זו תמוהה, שכן בדף כד ע"א, הערה 32*, העירו שעל גרסה זו, הבאה גם בכ"י רומי־ואטיקן, העיד 'נימוקי יוסף' בשם ר' שמואל הנגיד). וראה להלן, הערה 220.

212 היעדר מקור לכלל "לא חזרה שליחות" קשה במיוחד לגישה השנייה, שראינו לעיל, הערה 210, ולפיה על השליח להישאר במעמד שליח עוד זמן מה לאחר קיום השליחות ("ועניין זה הוא מופלא בלא ביאור", כלשונו של ר' שמעון שקאפ, שערי יושר, שער ז, פרק ז, ד"ה ולענין). ראה נימוקי יוסף, גיטין כד ע"א, ירושלים תשכ"ג, ד"ה פירוש: "ולפי זה יש לנו לומר דגמרא גמירי לה דשליחות הראויה לחזור בעינן". כלומר, בהיעדר מקור לכלל "לא חזרה שליחות", אין לנו ברירה אלא לקבוע שמדובר בהלכה למשה מסיני. והשווה בית האוצר (ענגיל), מערכת א־י, כלל עט, ד"ה ולפי"ז, המבקש למצוא מקור לדין זה ואומר: "דשליחות ילפינן מתרומה וקדשים, ובעינן דומיא דהתם, דגם רגע אחד אחרי מעשה השליחות עדיין הוא שליח המשלח". אבל דבריו תמוהים (וראה הצעה אחרת, תמוהה לא פחות, שהציע עוד הרב ענגיל בגיליוני הש"ס, גיטין כד ע"א, ד"ה והא). יש המפנים לדברי המכילתא, פרשת יתרו, מסכתא דבחדש, פרשה ב, על הפסוק "וישב משה את דברי העם אל ה'" (שמות יט, ח): "וכי צריך היה משה להשיב? אלא למדה תורה דרך ארץ. בא משה והשיב תשובה לשולחו, שכן אמר משה, אף על פי שהוא יודע ועד, אשיב תשובה לשולחני" (דרשה זו הובאה ברש"י, שם, ראה לעיל, הערה 56). וראה ילקוט יהודה (תורת המוסר והמשפט העברי, גינזבורג, דנוור תרצ"ג), שמות, שם, אות י, שהעיר: "היינו אפילו במקום שהמשלח יודע את תוצאת הדברים, בכל זה דרך ארץ הוא שהשליח בעצמו יבא ויודיע לו מה נעשה משליחותו, ואפשר שמזה הוא המקור להדין מה שאמרו בגיטין כד 'והא לא חזרה שליחות אצל הבעל', היינו ששליח לא מיקרי אלא מי שראוי לחזור אצל שולחו ולומר 'עשיתי שליחותך'". דבריו הובאו בהסכמה בטבעת החושן, חלק ד, קונטרס בדיני שליחות, סימן י, ד"ה וע' בילקוט, שמכאן הוא מבקש לחזק את טענתו (שם, ד"ה ולענ"ד) שהדרישה היא שהשליח יישאר במעמדו זמן מה לאחר ביצוע השליחות (ולא רק תוך כדי ביצועה). וראה מנחת אשר (וייס), גיטין, סימן סד, אות ה, ד"ה ונראה בזה, שלשון "דרך ארץ" הנזכר במכילתא וברש"י (וראה גם רש"י, גיטין עא ע"ב, ד"ה דאמר מילי, בעניין "מילי לא מימסרי לשליח") מובנה: "דאף שחידשה תורה דין שליחות, אין זה אלא באופן המקובל בדרך ארץ ומנהג בני אדם, ולא בשליחות משונה שאינו מקובל בדרך העולם". וכעין זה ראה גם ברכת אברהם (ארלנגר), גיטין כד ע"א, בעניין חזרה שליחות אצל הבעל, ס"ק ד.

ועדיין התמיהה על כלל זה גדולה, כפי שהיטיב לנסח זאת הרב נתן גשטטנר (נתן פריו, גיטין כד ע"א, ד"ה רש"י): "צריך עיון מה טעם בעינן שיהא השליח ראוי לחזור אצל שולחו ולומר 'עשיתי שליחותך', ונימא דמיד שסיים מעשה השליחות כבר נגמרה השליחות, ומה איכפת לן אם היא [האישה] נהפכה להיות בעל מעשה. ויתירה מזו תקשי, דאף אם היא נהפכה להיות שליח קבלה או בעל מעשה, אכתי יכול לחזור ולומר להמשלח 'עשיתי שליחותך', שהרי באמת היא מסרה את הגט ליד שליח קבלה או בעל המעשה, ומה נפקא מינה אם שליח לקבלה הוא איש אחר או היא עצמו". וכן תמה דיברות משה, גיטין, סימן כג, הערה פד, ד"ה והא.

לעיל, על פי הסוגיה השנייה, קיומה מוטל בספק[213], ומובן אפוא מדוע העדיף הרשב"א להתעלם בהקשר זה מסוגיית גיטין.

נראה שבדרך זו יש להבין את דברי הש"ך[214]. כבר הצענו לעיל שלדעתו נימוקו של הרשב"א בשליח שקנה לעצמו אינו רלוונטי כשהשליח נעשה שליח של הקונה (שכן שם יש מעבר מרשות לרשות). אף על פי כן סבור הש"ך שמכוח הספק לקיומה של הדרישה שבסוגיית גיטין, "לא חזרה שליחות אצל הבעל", חל הכלל: "המוציא מחבירו – עליו הראיה"[215].

נראה שגם את דברי מהרי"ט[216], יש לבאר על זה הדרך. לדידו, בשליחות עסקית, נימוקו של הרשב"א רלוונטי גם כשנעשה שליח לאחר (שכן אין אדם קונה ומקנה בו זמנית בין לעצמו בין לאחר), דבר המייתר את הצורך להזדקק לכלל "לא חזרה שליחות אצל הבעל", שאפשר שאינו אלא ספק[217].

גישה ג: דיני גטין (בגירושין נדרשת נתינה ממשית של הגט)

הגישות שסקרנו עד כה מניחות שקיימת הקבלה בין שליחת לגירושין לבין שליחות עסקית. הקבלה זו אינה מקובלת על הגאונים[218], והם לא שללו מן השליח למכירה לקנות את מושא השליחות לעצמו אלא משיקולים של חשש לניגוד עניינים. ונשאלת השאלה: מדוע לא חששו הגאונים לדין "לא חזרה שליחות" בשליחות עסקית?

אפשר שדעתם היא כדעה המובאת בשם הגאונים[219], ולפיה סוגיית גיטין ייחודית לדיני גירושין, שבהם נדרשת פעולת נתינה ממשית, שאינה יכולה להתקיים כאשר השליח מחליף

[213] ראה לעיל, הערה 205, שלפי הרשב"א, הספק הוא בשליח שלא נקבע מראש שישמש גם כשליח קבלה, שכן בשעת המינוי השליחות הייתה ראויה לחזור אל הבעל.
לפי הבנת 'אבני מילואים' ברש"י (ראה לעיל, הערה 205), הספק הוא אם הכלל "לא חזרה שליחות" חל גם כאשר השליח אינו מבקש לפעול עבור עצמו כי אם עבור הצד השלישי. ספק זה מובן יותר על פי ההסבר הראשון שראינו לעיל, הערה 210, בדברי רש"י (ואינו מתיישב עם הפירוש השני שם). וכבר עמדו על זה ר' יחיאל מיכל פיינשטיין ור' שמואל אויערבאך (לעיל, הערה 210).
לגישת הסוברים שגם בסוגיה הראשונה הדין אינו אלא ספק (ראה לעיל, הערה 206), אפשר שהספק הוא בעצם הדרישה.

[214] לעיל, הערה 186.

[215] לפי זה, אפשר שהספק קיים גם בסוגיה הראשונה, ואין הכרח שהש"ך היה מאמץ את ההבחנה שהציע 'אבני מילואים' (לעיל, הערה 201), בין שליח הפועל עבור עצמו ובין שליח הפועל עבור הצד השלישי.

[216] לעיל, הערה 185.

[217] לפי זה צריך עיון מדוע מהרי"ט עצמו ראה לנכון להסתמך גם על סוגיה זו.

[218] ראה לעיל, ליד ציון הערה 152.

[219] ראה: חידושים מכתב יד המיוחסים לריטב"א, גיטין כד ע"א, ד"ה ואקשינן; חידושי רבנו קרשקש (המיוחסים לריטב"א), שם, ד"ה והא; שם סג ע"ב, ד"ה ולענין חזרת (לדרך אחרת בהבנת הדברים, ראה לעיל, הערה 200).
המיוחס לריטב"א עצמו מעיר שלדעת הגאונים, דין "לא חזרה שליחות" לא יחול במתנה. ברם אפשר שהוא דייק בדבריו ולא אמר כן אלא לעניין מתנה ולא לעניין מכר, וזאת לאור הבחנתו של 'מחנה אפרים' (המובאת לעיל, ליד ציון הערה 194) בין מכר לבין מתנה לעניין "דעת מקנה". וראה ר' יחיאל מיכל פיינשטיין (לעיל, הערה 210), ד"ה ועי' בד' הריטב"א, שעמד על כך.

באופן מדומה את מעמדו משליח הבעל לשליח האישה[220]. לעומת זאת, בשליחות עסקית אין צורך בפעולת מקנה, ודי ברצונו של השולח למכור[221].

220 ראה נימוקי יוסף, גיטין כד ע"א, ירושלים תשכ"ג, ד"ה פירוש: "אבל הריטב"א ז"ל מצא מכתב ר' שמואל הנגיד ז"ל שגורס: 'והלא חזרה שליחות אצל הבעל [על גרסה זו כבר הערנו לעיל, סוף הערה 211], ומפרשי לה דכיון שאי אפשר לאדם אחד להיות שליח הולכה ושליח קבלה כחדא, וכשזו נעשה [=נעשית] שליח קבלה בטלה שליחות הולכה וחזרה אצל הבעל, וכאלו לא קבלה הגט מידו אלא מאיניש דעלמא". וכעין זה כתב פסקי הלכות (פרידמן), יד דוד, חלק ב, פרק שביעי, הלכה יח, הגהה י (עמ' 387), שהביא משמו של הר"מ הלוי לווין, שביאר על פי הבנה זו את הביטוי "לא חזרה שליחות": "הכוונה דפעולת השליח תצטרך ליסוב להמשלח, רצה לומר דיחשב כאלו עשה זאת המשלח, וכאן, כיון שנעשה שליח לקבלה ממנה, אם כן אין כאן עשיית נתינת המשלח, שהנתינה נעשית ממילא במה שעשתה אותו שליח לקבלה, ואין כאן 'ונתן' מכח השליח בשליחות הבעל". וכתב על זה: "זו סברא נכונה מאד".
לשאלה מה בין קביעה זו להלכה הקובעת שיש תוקף לגט המצוי בחצרו וזיכה לה הבעל את החצר, הלוא גם שם חסר לכאורה מעשה של נתינה? ראה: אור שמח, הלכות גירושין, פרק ג, הלכה טו, ד"ה אולם; שו"ת חבל יעקב, חלק ב, סימן ז, ד"ה לזאת; קהילות יעקב (קנייבסקי), גיטין, סימן טו; ר' יחיאל מיכל פיינשטיין (לעיל, הערה 210), ד"ה והנה בעיקר.

221 גישה זו, ולפיה הבעיה בדיני גטין היא היעדר פעולת נתינה אינה מקובלת על בעלי הגישות הקודמות. ראה לדוגמה שערי יושר, שער ז, פרק ז, ד"ה ולעניין שאלה בבעלים. ר' שמעון שקאפ מסביר שלפי רש"י (לעיל, הערה 210), ברור שאין מניעה לראות בהחלפה מדומה זו מעשה נתינה (ועל כן פירש את דרישת "לא חזרה שליחות אצל הבעל" כדרישה כללית בדיני שליחות, כפי שראינו לעיל, הערה 210): "שמה שמנתק עצמו משליח להולכה להעשות שליח לקבלה, בזה חשבינן שמכוח שליח הולכה בא הגט ליד שליח קבלה, דהרי ענין זה עשה שליח הולכה דהכוונה והמחשבה היה בעוד שהוא שליח להולכה". וראה גם קונטרסי שיעורים (גוסטמן), גיטין, קונטרס ט, ד"ה ועיי' א"מ: "דזהו גופא מיקרי נתינה על ידי שנגמר שליחות הבעל והותחל שליחותה נכנס הגט מרשות הבעל לרשותה, וזהו גופא מיקרי נתינה".

סעיף 9

תרופות

תרופות

9. (א) הפר השלוח אחת החובות המוטלות עליו לפי סעיף 8, זכאי השולח לתרופות הניתנות בשל הפרת חוזה.

(ב) פעולה שהשלוח עשה כלפי צד שלישי עקב הפרת חובה כאמור וההפרה היתה על דעת הצד השלישי, זכאי השולח, נוסף על התרופות האמורות בסעיף־קטן (א), לבטל את הפעולה וכן לתבוע מן הצד השלישי את הפיצויים המגיעים לו מן השלוח.

התוכן

פרק ראשון: מבוא — "הפר השלוח אחת החובות המוטלות עליו לפי סעיף 8" 485

פרק שני: אי־ביצוע 488

א. אחריות השליח כשומר 488

ב. אחריות השליח כעובד 490

(1) מבוא 490

(2) מימון השלמת השליחות ("שוכר עליהן") 490

(3) הפסד 493

(4) מניעת רווח ("מבטל כיסו של חברו") 495

(5) עגמת נפש 498

פרק שלישי: ביצוע לקוי של השליחות (פגיעה באינטרסים של השולח ואי־ציות להוראותיו) 498

א. פעולה הניתנת לביטול כלפי הצד השלישי: השבת המצב לקדמותו 498

ב. פעולה שאינה ניתנת לביטול כלפי הצד השלישי: פיצוי 500

ג. ייחודה של שליחות לקנייה: פיצוי או השבת הכסף? 503

(1) מבוא 503

(2) פגיעה באינטרסים של השולח 504

מבוא 504

גישה א — השבת הכסף 506

גישה ב — תיקון העיוות 509

גישה ג — הבררה ביד השליח 512

גישה ד — הבררה ביד השולח 514

(3) אי־ציות הגורם לפגיעה עתידית בשולח 515

(א) מבוא (״אם פחתו — פחתו לו״) 515
(ב) פיצוי או השבת הכסף? 518
ד. הפסד שאינו קשור בביצוע לקוי של השליחות 519
(1) מבוא 519
(2) אי־ציות להוראות השולח 520
(3) פגיעה באינטרסים של השולח 527
פרק רביעי: הפרת נאמנות שלא גרמה הפסד לשולח — ס״ק (ב) 528
פרק חמישי: שליח העושה את פעולת השליחות עבור עצמו 531
א. השליח עשה את הפעולה בכספו הוא 531
ב. השליח עשה את הפעולה בכספו של השולח 536
(1) דיני הראיות — האם השליח נאמן כשהוא טוען שפעל עבור עצמו? 536
(2) הדין המהותי — האם השליח יכול לפעול לעצמו בכספו של שולחו? 539
(א) דעה א: השליח זוכה לעצמו מכוח דיני גזל (״כל הגזלנין משלמים כשעת הגזלה״) 539
(ב) דעה ב: השולח זוכה 541
1. כללי 541
2. השולח זוכה מכוח דיני המכר (״דעת המוכר להקנות לבעל המעות״) 543
3. השולח זוכה מכוח תקנת חכמים 547
פרק שישי: סיכום 548
פרק שביעי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 550

פרק ראשון

מבוא – "הפר השלוח אחת החובות המוטלות עליו לפי סעיף 8"

אף שהשליחות אינה חוזה בין השולח לשליח, הסעיף שלפנינו קובע שאם השליח הפר את חובות הנאמנות והציות המוטלות עליו על פי סעיף 8[1], "זכאי השולח לתרופות הניתנות בשל הפרת חוזה"[2]. תרופות אלה הן: אכיפה, ביטול ופיצויים. אכיפה כיצד? בית המשפט מוציא צו המורה לשליח לכבד את כללי הנאמנות ומחייב אותו לפעול בהתאם להוראות השולח[3]. פיצויים כיצד? אם גרמה ההפרה נזק לאינטרסים של השולח, הוא זכאי לפיצויים. ביטול כיצד? מן האמור בס"ק (ב), עולה שאין הכוונה שהשולח יוכל לבטל את התוצאה המשפטית של פעולת השליח כלפי צד שלישי (שהרי מודגש שאפשרות זו אינה קיימת אלא כאשר הצד השלישי ידע על ההפרה). נראה אם כן שתרופת הביטול האמורה כאן משמעה שהשולח רשאי לבטל את ייפוי הכוח שנתן לשליח (להבדיל מביטול הפעולה). אמנם על פי סעיף 14 לחוק, השולח יכול לבטל את השליחות בכל עת שירצה, אבל משמעות ההוראה שלפנינו היא שאם ייפוי הכוח ניתן לשליח מכוח התחייבות חוזית, הרי שאם השליח מפר את חובתו כלפי השולח, יש לשולח עילה לבטל את התחייבותו החוזית למנות אותו כשלוחו[4].

מן הראוי להתעכב עוד על תרופת הביטול שבס"ק (א) ולהדגיש שוב שתרופה זו צופה אך ורק פני עתיד ולא פני עבר. כלומר, הפעולה שעשה השליח כלפי הצד השלישי עומדת בתוקפה, אף על פי שנעשתה על ידי השליח תוך הפרת חובת הנאמנות, ואף כשהיא גורמת נזק לשולח, וזאת כדי שלא לפגוע בצד השלישי[5]. מובנת אפוא קביעתו של ס"ק (ב), שאם הצד השלישי ידע שהשליח עושה עמו את פעולת השליחות מתוך הפרת אמון כלפי שולחו

[1] כפי שהדגשנו שם, החוק מרחיב מאוד את חובת הנאמנות, כשהוא אוסר על השליח לא רק לפגוע באינטרסים של השולח אלא גם להימצא במצב של ניגוד אינטרסים (כדי שלא יתפתה לפגוע בו). לפי זה, אם השליח קיבל על עצמו שליחות של אדם אחר באותו נושא בלא הסכמת שולחו (בניגוד להוראת סעיף 8(2)), או שעשה את פעולת השליחות עם עצמו (בניגוד להוראת סעיף 8(3)), יראו בו כמי שהפר את חובת הנאמנות, אף שלא הוכחה פגיעה בשולח, והשולח יהיה זכאי כלפיו לתרופות הקבועות בסעיף 9.

[2] ראה: ברק, סעיף 796; פרוקצ'יה, עמ' 303. וראה ר' בן אוליאל, "'חוק השליחות' מאת נשיא בית־המשפט העליון, פרופסור אהרון ברק", מאזני משפט א (תש"ס), עמ' 180, בעמ' 201־202. לדעתו, הוראה זו מיותרת לאור העובדה שחובות הנאמנות מוטלות על השליח רק כאשר "קיבל... עליו להיות שלוח", כלומר רק כאשר נקשר חוזה בינו ובין השולח.

[3] כגון צו עשה שיורה לו להמציא לשולח מסמך או צו מניעה שיאסור עליו לנהוג בניגוד להוראות השולח. אבל בית המשפט לא יכפה על השליח ביצוע או קבלה של עבודה אישית או שירות אישי, באשר הוחרגו אלה מכלל האכיפה בסעיף 3 לחוק החוזים (תרופות). ראה: ברק, סעיף 800; פרוקצ'יה, עמ' 305.

[4] ראה: ברק, סעיף 802; פרוקצ'יה, עמ' 306.

[5] ראה פרוקצ'יה, עמ' 306: "אם הצד השלישי לא היה צד להפרה, לא היה מן הצדק ומן ההגיון להקנות לשולח כוח לבטל את הפעולה המשפטית על יסוד הפרת האימון של שלוחו". וראה גם ברק, סעיפים 263, 290, 806.

(אם היה צד להפרה), יהיה רשאי השולח לבטל את פעולת השליחות, והוא אף יהיה רשאי לתבוע מן הצד השלישי את הפיצויים המגיעים לו מן השליח[6].

עלינו לחזור ולהצביע על הבדל יסודי בנקודה זו בין גישת המשפט העברי לבין גישת החוק. בדיוננו על סעיף 6, ראינו שעל פי המשפט העברי, אם השליח לא נהג בהתאם להוראות שולחו או שלא דאג כראוי לשמור על האינטרסים שלו (אף על פי שפעל בתום לב), יש שהשליחות בטלה, ויש שהיא ניתנת לביטול (הכל לפי דרגת החריגה או הפגיעה), וזאת אף כשהצד השלישי לא ידע שהשליח אינו נוהג כשורה. כך עולה מדברי הרמב"ם[7]: "שליח שעבר על דברי משלחו, לא עשה כלום. וכן אם טעה בכל שהוא, בין בקרקע בין במטלטלין [כלומר, בין במכר ובקנייה של מקרקעין בין במכר ובקנייה של מיטלטלין] – חוזר, שהרי הוא אומר: 'לתקן שלחתיך ולא לעוות'". ההצדקה לביטול הפעולה במקרה האחרון היא שאין לשליח הרשאה לפגוע באינטרסים של השולח, וממילא פעולתו אינה יכולה לחייב את שולחו. נמצא שכל מי שנושא ונותן עם מי שמציג את עצמו בפניו כשליח, לוקח על עצמו סיכון שהפעולה שהוא עושה עמו תבוטל[8]. כאמור, תפיסה זו אינה תפיסת החוק. על פי החוק, גם אם פעולת השליח הסבה נזק לשולח, אם הצד השלישי לא ידע שהשליח נוהג מתוך הפרת חובת אמון כלפי שולחו, פעולת השליחות עומדת בתוקפה, והיא מחייבת את השולח[9]. בכגון זה, לא נותר לשולח אלא לתבוע משלוחו את הטבת נזקו על שהפר את חובתו כלפיו לבצע את ההרשאה "במיומנות ובזהירות"[10], אך אין לו תביעה כלפי הצד השלישי[11].

לאור הטעמת נקודה מרכזית זו, יובן מדוע דיוננו להלן יתמקד בעיקר בתרופת הביטול הצופה פני עבר (ביטול פעולת השליח כלפי צד שלישי), שהיא כאמור התרופה העיקרית במשפט העברי בגין ביצוע לקוי של השליחות, ובזכות השולח לתבוע מן השליח פיצוי בגין הנזק שגרם לו. רק בשולי הדברים נזכיר את זכותו של השולח לבטל את הרשאתו של השליח מכאן ולהבא[12].

בדיוננו להלן, נסקור את התרופות שמעמיד המשפט העברי לרשות השולח כלפי שלוחו תוך הבחנה בין אופני ההפרה על פי הסדר הבא:

[6] ובלבד שלא יפוצה פעמיים על אותו נזק, כמובן. עוד על היקף תרופה זו, ראה: ברק, סעיף 818; פרוקצ'יה, עמ' 307 ואילך.

[7] ראה רמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק א, הלכה ב. נפסק בשולחן ערוך, חו"מ, סימן קפב, סעיף ב.

[8] על הקשיים המעשיים שכלל זה מעורר והדרכים לעקיפתם, ראה דיוננו על סעיף 6, פרק שישי, עמ' 377.
בדיוננו על סעיף 7, ראינו שאם הצד השלישי אינו יודע שהאדם שהוא נושא ונותן עמו הוא שליח (שליחות נסתרת), הפעולה אמנם אינה מחייבת את השולח, אבל היא מחייבת את השליח אישית.

[9] כפוף לסעיף 5 לחוק, היינו שלא מדובר בוויתור או מחילה או פעולה בלא תמורה. וראה דיוננו בסעיף 6, הערה 22 והערה 52.

[10] חובה שניתן לראותה הן כחובה חוזית הן כחובת זהירות בנזיקין. ראה ברק, סעיף 733. על אחריות השליח כלפי שולחו בנזיקין, ראה עוד ברק, סעיף 738.

[11] אלא אם כן הלה ידע שהשליח מפר את אמונו של השולח, ואף על פי כן שיתף עמו פעולה, כאמור בסעיף קטן 9(ב).
כפי שכבר הטעמנו בדיוננו לעיל על סעיף 8, הבדל יסודי זה בין גישת החוק לבין גישת המשפט העברי יכול להסביר מדוע המשפט העברי מחמיר פחות בדרישות הנאמנות שהוא מטיל על השליח מאשר החוק: ככל שמצומצם יותר כוחו של השליח לחייב את שולחו בניגוד לאינטרס שלו, כך פוחת הצורך לקבוע סטנדרטים מחמירים בעניין חובת הנאמנות. וראה ברק, סעיף 741.

[12] ראה להלן, ליד ציון הערה 81.

(א) תחילה נדון בתרופות העומדות לרשות השולח, כשהשליח לא עשה את השליחות כלל, אף שקיבל על עצמו להיות שליח. כאן נשאל: האם השולח יכול לכוף על השליח את ביצוע השליחות? ואם נגרם לשולח נזק כתוצאה מאי־הביצוע, האם יש לו עילת תביעה נגדו? או שמא רואים במחדלו של השליח רק נזק עקיף, שעל פי המשפט העברי, אינו מזכה את השולח בפיצוי לפי הכלל "גרמא בנזיקין – פטור"?[13].

(ב) לאחר מכן נדון בתרופות העומדות לרשות השולח, כאשר השליח עשה את השליחות אלא שהביצוע היה לקוי, בין שפגע באינטרסים של השולח, כגון שקנה את הסחורה שנשלח לקנות אותה, אלא ששילם תמורתה מחיר גבוה ממחירה בשוק (הונאה), בין שסטה מהוראותיו, כגון שקנה שעורים במקום חיטים[14]. כאן תעלינה השאלות הבאות: האם השולח רשאי לקיים את פעולת השליח[15], ובד בבד לדרוש ממנו לתקן את העיוות? או שמא אישור הפעולה כמוהו כוויתור על העיוות? ומה דינה של שליחות לקנייה כאשר פעולת השליח אינה ניתנת לביטול: האם חובתו של השליח להחזיר לשולח את כספו? או שמא חייב הוא לפצותו על הנזק שגרם לו? ומה דין נזקים שאירעו בלא קשר לפגיעה באינטרס או לאי־הציות, כגון שקנה חיטים במקום שעורים, ונשדדו השעורים או שטבעו בלב ים?

(ג) עוד נדון בתרופות העומדות לרשות השולח, כאשר השליח עשה את השליחות מתוך הפרת חובת הנאמנות כלפיו, אבל למעשה לא פגע באינטרסים של השולח. כאן נשאל: אף אם הצד השלישי ידע על ההפרה, האם מוצדק לאפשר לשולח לבטל את פעולת השליח, כפי שקובע החוק בס"ק (ב)?

(ד) לבסוף נדון בשאלה שהסעיף אינו עוסק בה, והיא: מה דינו של שליח שאמנם עשה את הפעולה שהיה אמור לעשות, אבל הוא טוען שלא עשה אותה עבור שולחו אלא עבור עצמו? במילים אחרות: מה דינו של שליח שנהג מתוך הפרת אימונו של שולחו, כשעשה עבור עצמו את הפעולה המשפטית שקיבל על עצמו לעשות עבור שולחו? אמנם אם עשה כן, הרי דינו כשליח שלא עשה את שליחותו, אך כפי שנראה, מצב זה מעלה שאלות נכבדות הן מתחום דיני הראיות והן מתחום הדין המהותי. מתחום דיני הראיות, השאלה היא: האם השליח נאמן כשהוא טוען שנהג בחוסר נאמנות כלפי שולחו? וכשהשליח השתמש בכספו של השולח, עולה גם שאלה מתחום הדין המהותי, והיא: האם השליח יכול לעשות לעצמו פעולה בכספו של שולחו?

[13] מן הראוי כאן להפנות לדברי הרב ז"נ גולדברג, המובאים בספרו של א' שיינפלד, נזיקין, ירושלים תשנ"ב, עמ' 378 (נספח לסעיף 76, הערה 5), ולפיהם יש הסוברים שכאשר יש חיוב בדיני שמים (וכך הוא הדין בגרמא), הרי יש תוקף לדינא דמלכותא לכולי עלמא (וראה המקורות שהביא שם). לפי זה, המשפט העברי יכיר בחיובו של השליח הגורם נזק לשולחו באי־ביצוע השליחות מכוח חוק המדינה.

[14] בדיוננו על סעיף 6, הרחבנו את הדיבור בעניין תוצאות ביטול השליחות בגין אלה על יחסי הצד השלישי והשליח, ואילו כאן נתרכז ביחסי השולח והשליח.

[15] לפי מה שראינו בדיוננו על סעיף 6, אופציה זו אינה קיימת אלא כאשר הסטייה אינה עולה כדי חריגה מוחלטת מן ההרשאה. לעומת זאת, סטייה העולה כדי חריגה מוחלטת מן ההרשאה דינה לכאורה כדין אי־ציות.

פרק שני

אי־ביצוע[16]

א. אחריות השליח כשומר

כאמור, אנו מבקשים לברר תחילה מהן התרופות העומדות לרשות השולח, כאשר השליח אינו עושה את השליחות שקיבל על עצמו? אם במסגרת שליחותו, השליח מחזיק בנכס של השולח, הריהו נושא באחריות לנזק שייגרם לאותו נכס כתוצאה מאי־ביצוע השליחות על פי דיני השומרים החלים עליו[17].

כך עולה ממה שפסק מהרי״ט[18] בעניין שליח שהיה אמור למכור סחורה שהשולח מסר לידיו, אך לא עשה את שליחותו, ובינתיים ירד ערך הסחורה. מהרי״ט פוסק שהשליח חייב לפצות את השולח. אמנם הנזק אינו ישיר, אלא נזק עקיף (״גרמא״), אולם הוא מסביר ש״השומר [וכן שליח, שכאמור לעניין זה דינו כשומר] חייב אפילו בגרמא״[19]. עם זאת, מהרי״ט מסייג את דבריו וקובע שהשליח עשוי להיות פטור, אם נמנע מלעשות את שליחותו מתוך שיקולים של טובת השולח, ובלבד שהם שיקולים סבירים, כגון שציפה לעליית ערך הסחורה

[16] נציין שפרק זה רלוונטי בכל שליחות, הן שליחות למעשה משפטי הן שליחות לפעולה מטריאלית (מעשה קוף), כגון שליח שנשלח להביא סחורה למקום פלוני, ולא עשה את שליחותו, והסחורה ניזוקה.

[17] וראה בעניין זה ביתר הרחבה, ב׳ כהנא, חוק לישראל, שומרים, ירושלים תשנ״ט, עמ׳ 342־354. וראה: הרב ר׳ ערוסי, ״הברוקרים לאור ההלכה – היחסים המשפטיים וההלכתיים שבין הברוקרים ולקוחותיהם״, שערי צדק יא (תש״ע), עמ׳ 192; A.Y. Warburg, The Multi-Faceted Halakhic Identity of a Jewish Investment Broker, Tradition 43:3 (2010) 51.

[18] ראה שו״ת מהרי״ט, חלק ב, חו״מ, סימן קי. וראה פתחי חושן, הלכות פיקדון ושאלה, פרק יב, הערה לט.

[19] עיקרון דומה עולה גם משו״ת חתם סופר, חו״מ, סימן קמ, כפי שנראה להלן, ליד ציון הערה 101, בעניין ביצוע לקוי של השליחות. וראה גם דברי גאונים, כלל צה, סימן לב, בעניין שליח שאיבד שטר חוב שמסר לו השולח: ״דהתורה חייבה בשלוחין ושומרים כל גרמא בנזיקין, ואף דאין בשטרות דין שומרים״. והשווה נ׳ רקובר, המסחר במשפט העברי, ירושלים תשמ״ח, עמ׳ 159, הערה 94, המקורות שהביא שם. למקורות נוספים, ראה ב׳ כהנא, שומרים, עמ׳ 5, הערה 16, ובמילואים להערה זו, בעמ׳ 597.

כאן המקום להעיר שלכאורה, חיובו של השליח אינו פשוט מסיבה נוספת, והיא שירידת ערך הסחורה מוגדרת ״היזק שאינו ניכר״, שכן גוף הפיקדון לא נשתנה, והוא עומד בעינו כבשעת ההפקדה, וכלל הוא בדיני נזיקין ש״היזק שאינו ניכר – פטור״, משום שיכול המזיק לומר לניזק ׳הרי שלך לפניך׳ (אלא אם כן הזיק במזיד, שאז קנסו אותו חכמים). הפוסקים נחלקו בשאלה אם כך הוא גם דינו של השומר (כפי שסובר הש״ך, חו״מ, סימן שסג, ס״ק ז) או שדינו של השומר שונה, והוא חייב אפילו ב״היזק שאינו ניכר״ (כפי שסובר מהרש״ל, ים של שלמה, בבא קמא, פרק ט, סימן כ). לכאורה, מהרי״ט נוקט כשיטת מהרש״ל, וכך נוקט לכאורה גם ר׳ יעקב עמדין, שיובא להלן, הערה 21, כפי שהסיק אמנם מדבריהם בדברי גאונים, כלל טו, סימן יז. אבל ראה שו״ת תשורת ש״י, מהדורא קמא, סימן תקצג, שחולק עליו, ולדעתו, להלכה יש לפסוק שבעיקרון, גם שומר פטור ב״היזק שאינו ניכר״. ואם חִייב מהרי״ט את השליח, היה זה משום שבאותו מקרה נעלמה הסחורה לגמרי, והשליח לא היה יכול לומר לשולחו ׳הרי שלך לפניך׳. וראה שו״ת משיב דבר, חלק ג, סימן טז, שלדעתו ירידת ערך הסחורה בשוק מוגדרת כ״היזק הניכר״ (ואפשר שזו הייתה גם דעתם של מהרי״ט ור׳ יעקב עמדין). עוד אפשר שלדעתם שונה דינו של שליח מדינו של שומר, שכן השליח התחייב למנוע גם ״נזק שאינו ניכר״. על יסוד הבחנה זו, ראה שער משפט, סימן סו, ס״ק לד (הובא אצל כהנא, שומרים, עמ׳ 214, הערה 428. עוד להבחנה זו, ראה: שם, עמ׳ 354, הערה 98; שם, עמ׳ 1105, מילואים להערה 86, אות יג).

(מה שהוא מכנה "לא ברי הזיקא", היינו שהנזק אינו ודאי, מאחר שאי־הביצוע עשוי להיות לתועלת השולח), שכן בכגון זה אי־הביצוע אינו עולה כדי רשלנות בשמירת הסחורה[20]. רק אם ברור שאי־הביצוע לא יביא שום תועלת, אלא עלול להביא רק לירידת ערך הסחורה (מה שהוא מכנה "ברי הזיקא"), השליח חייב.

כך קבע גם ר' יעקב עמדין[21] בעניין שליח שהיה אמור לשלם סך מסוים לממונה על כרטיסי הגרלה כדי להאריך את תוקפם של כרטיסי ההגרלה של השולח, והלה התרשל בתפקידו ולא עשה כן. תחילה נוטה המשיב לפטור את השליח מאחריות, משום שהנזק שגרם לשולח הוא נזק עקיף, "גרמא", והכלל הוא: "גרמא בנזיקין – פטור". אולם הוא חוזר בו וקובע שהשליח (שביחס לנכס המופקד בידיו דינו כשומר), נושא באחריות לנזקים שבאו כשהתרשל במילוי התפקיד שקיבל על עצמו, כדין כל שומר. אשר על כן, הוא מחייב את השליח בפיצוי לפי מחירם של הכרטיסים בשוק לפני שפג תוקפם[22].

ולא זו בלבד שהשליח נושא באחריות על ההפסד שגרם לשולחו באי־ביצוע השליחות, אלא הוא נושא גם באחריות למניעת רווח. וכך כותב הראב"ד[23]: "אם נתן לו יין להוליך, ולא הוליך, נראה שחייב לשלם מה שהפסיד באותו יום השוק, שאותו יום אין לו תשלומין ביום שוק אחר". וכך פסק גם מהריט"ץ[24]: "התרה בו [השולח] שלא יוליכוהו [את הסחורה למקום

[20] ודומה שבעניין זה אין הבדל בין הוא שליח בחינם בין הוא שליח בשכר.
לכאורה, גישה זו של מהרי"ט עומדת בסתירה לגישת אביו בשו"ת המבי"ט, חלק א, סימן קעט, שכן מדבריו עולה שהשליח נושא באחריות, אם סטה מהוראות השולח, גם אם עשה כן לטובתו. על סתירה זו, עמדו האחרונים והבחינו בין אי־ביצוע לבין אי־ציות. ראה: זרע אברהם (יצחקי), חו"מ, סימן כד, ד"ה סוף דבר (דף קמח ע"ג); שו"ת נחפה בכסף, חלק א, חו"מ, סימן יח; שו"ת מכתם לדוד, חו"מ, סימן יג, ד"ה האמנם, וד"ה וראיתי.

[21] שו"ת שאילת יעבץ, חלק א, סימן פה. הוא מפנה לשו"ת תורת אמת (ששון), סימן קח, בעניין שליח שנשלח לגבות דמי פיצויים של הביטוח על נכסים שהיו באחריותו, והסכים לדחות את מועד הגבייה, ובינתיים פשט המבטח את הרגל. תשובה זו ותשובת מהרי"ט מובאות בפד"ר יז, עמ' 289, בעמ' 293.

[22] וזאת, גם אם לאחר מכן התברר שכרטיסים אלו לא עלו בהגרלה, כך שהתברר שבעל הנכס לא הפסיד דבר עקב אבדן הכרטיסים. הסיבה לחיוב היא, מפני שבעל הכרטיס יכול לטעון שהתכוון למכרם, ולא להחזיקם אצלו עד ההגרלה. החיוב לשלם כגובה שווי הכרטיסים בשוק עומד בעינו, גם אם יתברר שכרטיסים אלו הם שעלו בדיעבד בהגרלה, משום שבשעת אבדן תוקף הכרטיסים היה ערכם מסופק (ראה כהנא, שומרים, עמ' 318־319, בשם הרב ז"נ גולדברג).
כפי שכבר הערנו (לעיל, הערה 19), נראה שדעתו של ר' יעקב עמדין היא שהשומר חייב אף ב"היזק שאינו ניכר". אך השווה שו"ת תשורת ש"י (שהובא שם), הטוען שהעניין שדן בו ר' יעקב עמדין הוא מקרה של היזק הניכר, שכן תאריך פקיעת התוקף רשום על כרטיס ההגרלה, וההיזק ניכר אפוא לכל.

[23] ראב"ד, מובא בשיטה מקובצת, בבא מציעא עד ע"א, ד"ה וזה לשון הראב"ד. הראב"ד מדגיש שמקרה זה שונה מדינו של שליח שנשלח לקנות סחורה, ולא עשה את שליחותו, ומנע רווח משולחו, שבו נדון להלן, ליד ציון הערה 70.

[24] שו"ת מהריט"ץ החדשות, סימן קכז. וראה גם שו"ת משיב דבר, חלק ג, סימן טז, המדגיש שבנכס הנתון לשמירתו של השליח, אין מקום למחלוקת שנראה להלן, ליד ציון הערה 58 ואילך, בעניין אחריות השליח בגין מניעת רווח (דין "מבטל כיסו של חברו"), משום שמניעת רווח מנכס (כגון שבעקבות אי־ביצוע השליחות ירד ערכו בשוק), מוגדרת כנזק, בשונה ממניעת רווח בעקבות אי־ביצוע השליחות בכסף, שם הכסף לא ירד בערכו. לשאלה, מדוע לא חל כאן הכלל "כל השומרים משלמים כשעת הפשיעה", ראה: קצות החושן, סימן קעו, ס"ק ז; נתיבות המשפט, שם, ס"ק לא; שו"ת פני יצחק (אבולעפיה), חלק ה, חו"מ, סימן ח. והשווה שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן קט, ד"ה אבל.

אחר], מפני שכאן שוה ביוקר, ולא שמע, והוליכו... חייב לפרוע לו מה שגרם לו שלא להרויח".

נדגיש שבתור שומר, השליח אינו מתחייב בגין אי־הביצוע כשלעצמו, אלא בגין העובדה שאי־הביצוע עולה כדי הפרת חובת השמירה המוטלת עליו במסגרת השליחות. יש אפוא מקרים שבהם לא יישא באחריות. לדוגמה, שליח בחינם שלא מילא את חובתו למסור חפץ במועד מסוים, והחפץ נגנב מרשותו, פטור מאחריות, משום שאי־המסירה אינה עולה כדי הפרת חובת השמירה לעניין הגנבה[25].

ב. אחריות השליח כעובד

(1) מבוא

נשאלת השאלה: מהו הדין כאשר הנזק שנגרם כתוצאה מהמחדל של השליח לא נגרם לחפץ שהופקד בידו, אלא נפגע האינטרס שהיה מטרת השליחות, האם גם אז נושא השליח באחריות? לדוגמה, השליח נשלח לקנות סחורה, שבלעדיה ייגרם הפסד לנכסי השולח (כגון שנשלח לקנות חומר הדברה עבור שדהו), והשליח לא קנה את הסחורה, ועקב כך נגרמו הפסדים לשולח. כאן צריך לכאורה לענות בשלילה ולומר שהשליח אינו נושא באחריות, שכן ביחס לשאר האינטרסים של השולח, השליח אינו מוגדר כשומר, ועל כן לא ניתן להטיל עליו אחריות לנזק עקיף שגרם לו[26]. ברם, בין השולח לבין השליח מתקיימים גם יחסי עובד־מעביד[27]. אחריותו של השליח כלפי שולחו בכל הנוגע לאי־ביצוע השליחות נגזרת אפוא גם מעקרונות דיני העבודה[28]. אמנם הכלל הוא שה"פועל יכול לחזור בו אפילו בחצי היום"[29], ולפי זה השליח רשאי לחזור בו משליחותו, ואין אפשרות לאכוף עליו את ביצועה[30]. אבל אם כתוצאה מכך נגרמו נזקים לשולח, אפשר שיש להטיל עליו אחריות עליהם, כפי שיבואר.

(2) מימון השלמת השליחות ("שוכר עליהן")

ככלל, שליח החוזר בו מן השליחות חלים עליו דיני פועל החוזר בו בחצי היום[31], והוא נושא באחריות מוגבלת, אם בכלל. לא כאן המקום לדון בפרטי הדינים של פועל החוזר בו באמצע

[25] העיר על כך הרב א' מילר.

[26] כך בדברי גאונים, כלל צו, סימן כג, בעקבות שו"ת הר הכרמל, חו"מ, סימן טז (הובא בפד"ר יז, עמ' 289, בעמ' 294). אבל ראה מה שהעיר שם מדברי שער משפט, סימן סו, ס"ק לב, ששליח שאיבד שטר חוב חייב, אף על פי שבעיקרון, אין דין שומרים בשטרות, ומכאן הסיק שלפי 'שער משפט', אם השולח סמך על שלוחו והסתלק משמירת נכסיו, השליח חייב. וראה כהנא, שומרים, עמ' 12־13.

[27] ראה דיוננו על סעיף 1, הערה 248, חילוקי הדעות בין הפוסקים בהגדרת פועל אם היא תלויה בשאלה אם הוא מקבל שכר אם לאו. וראה להלן, ליד ציון הערה 44.

[28] ראה שו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, חו"מ, סימן ל, אות ט: "בדין שבין השליח והמשלח או בין המורשה להמרשה, אם רוצים לחזור בהם, פשוט שהשליח או המורשה דין פועל או קבלן יש להם. אם המה לזמן ידוע, דינם כפועל. ואם לאו, דינם כקבלן". וראה גם 'חתם סופר', להלן, הערה 31.

[29] בבא קמא קטז ע"ב, ועוד. והוא הדין לענייננו גם בעובד קבלן. ראה להלן, סוף הערה 43.

[30] אם כי בתחום המוסר, "שארית ישראל לא יעשו עוולה", ומוצדק שתהיה לשולח "תרעומת" על השליח. אבל ראה להלן, הערה 33 והערה 43.

[31] כלשון שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן קעח: "אם בא לחזור משליחתו [=משליחותו], הרי דינו בכל מילי כפועל החוזר באמצע היום".

העבודה[32]. נסתפק בהצגת עקרונות כלליים אחדים בסוגיה זו, כשאנו מתאימים אותם ליחסי שולח־שליח.

יש להבחין תחילה בין "דבר האבד" לבין "דבר שאינו אבד", היינו בין חזרה משליחות הגורמת להפסד לשולח או לסיכול מטרת השליחות לבין חזרה משליחות שאינה גורמת להפסד או לסיכול מטרת השליחות (כגון שהשליחות סובלת דיחוי).

אם החזרה מן השליחות היא בדבר האבד, אמנם אי אפשר לכוף את השליח לבצע את הפעולה[33], אבל השולח זכאי לגלגל על השליח את עלות העסקתו של שליח חלופי, "שוכר עליהם"[34], אם כי אחריותו של השליח מוגבלת עד כדי גובה שכרו בלבד[35] או עד כדי הממון שהפקיד בידי השולח (בלשון התלמוד: "באת חבילה לידו"), שאז אחריותו היא עד כדי ערכו של הנכס הנחשב כערובה לקיום השליחות[36].

אם החזרה מן השליחות היא בדבר שאינו אבד, ובכל זאת השולח הוציא הוצאה גדולה יותר מן ההוצאה שהייתה מוסכמת בינו ובין השליח הראשון כדי להעסיק שליח אחר במקומו, יש להבחין בין שליח־שכיר (המקבל את שכרו לפי מספר השעות שהוא עובד, והוא נתון למרותו של מעבידו) ובין שליח־קבלן (המקבל את שכרו כתמורה להשגת מטרת השליחות, והוא אדון לזמנו)[37]. בעוד שבשכיר, השולח אינו רשאי לנכות מן השכר המגיע לו, אף שהוציא הוצאה גדולה יותר ממה שתכנן תחילה, על פי הכלל "'עבדי הם' – ולא עבדים לעבדים"[38], הרי בקבלן, שעתותיו בידו, רשאי השולח לנכות מן השכר המגיע לו[39].

[32] בעניין זה, ראה: ש' ורהפטיג, דיני עבודה במשפט העברי, ירושלים תשמ"ב, עמ' 654־720; א' ורהפטיג, "חוזה עבודה – מהותו ובטולו: חזרת העובד", תחומין ח (תשמ"ז), עמ' 203־242 (=ההתחייבות, ירושלים תשס"א, עמ' 245־300). וראה גם א' שיינפלד, חוק לישראל, חוזים (תרופות), סעיף 10 (בהכנה).

[33] על פי הכלל: "עבדי הם, ולא עבדים לעבדים". ראה לעיל, ליד ציון הערה 29. אבל השווה שו"ת מהרי"ט, חלק ב, יורה דעה, סימן נ, שלדעתו, כאשר לא חל הכלל "עבדי הם" (ראה להלן, הערה 38), בית דין יכול לכוף את השליח להמשיך במלאכתו. לדבריו הסכימו חלק מהאחרונים שהובאו בפתחי תשובה, חו"מ, סימן שלג, ס"ק ד. אך ראה שם, שפוסקים רבים חולקים עליו. לדיון נוסף בדבריו, ראה: שו"ת מהרש"ם, חלק ד, סימן קיג, ד"ה והנה בגוף; פד"ר ו, עמ' 163־164.

[34] על פי המשנה, בבא מציעא ו, א (עה ע"ב). וראה שולחן ערוך, חו"מ, סימן שלג, סעיף ה.

[35] כלומר, לא זו בלבד שהשליח לא יקבל את שכרו, אלא שהשולח יוכל להעסיק שליח חלופי ולהטיל את מימונו על השליח המתפטר עד כדי גובה השכר שהוסכם ביניהם. כך פירשו רוב הראשונים. אבל השווה רש"י, בבא מציעא עח ע"א, ד"ה עד כדי שכרן, שהשליח אינו נדרש להוציא הוצאות מעבר לשכרו שמוחזק אצל השולח (ראה: סמ"ע, חו"מ, סימן שלג, ס"ק כה; ש"ך, חו"מ, סימן שלג, ס"ק לב). לדעת חלק מהראשונים, יסוד החיוב אינו בדיני הנזיקין אלא בדיני החוזים, ומשום כך הוא מוגבל עד כפל שכרו של השליח. ראה: חידושי הרמב"ן, בבא מציעא עו ע"ב, ד"ה והוי יודע; חידושי הריטב"א, שם עה ע"ב, ד"ה להביא פרייפרין. וראה עוד א' ורהפטיג, שם, עמ' 208־209.

[36] ראה בבא מציעא עח ע"א. וראה שולחן ערוך, חו"מ, סימן שלג, סעיף ו.

[37] לניתוח ביקורתי של ההבחנה בין עובד לבין קבלן, ראה ב' ליפשיץ, עובד וקבלן – בין קניין לבין התחייבות, ירושלים תשנ"ד. וראה לעיל, סעיף 1, הערה 248.

[38] ראה שולחן ערוך, חו"מ, סימן שלג, סעיפים ג־ד. אבל ראה רמ"א שם, סעיף ד, שאם השליח אינו מבקש להפסיק לעבוד כדי לנוח, אלא כוונתו ללחוץ על המעביד כדי שיעלה את שכרו (או שהוא מעוניין לעבוד עבור מעסיק אחר, ראה פתחי תשובה, שם, ס"ק ד), לא חל הכלל "עבדי הם", והשולח רשאי לנכות משכרו אף בדבר שאינו אבד.

[39] אבל בשונה מ"דבר האבד", אינו יכול להטיל עליו פיצוי מעבר לניכוי השכר. ראה שולחן ערוך, שם, סעיף ד.

לדעת רבנו תם[40], אם עשו השולח והשליח־הקבלן מעשה קניין, כגון במתן מעות או בחתימה על חוזה, פעולת הקניין מחייבת את השליח־הקבלן להשלים את שליחותו[41], ואינו יכול לחזור בו מהתחייבותו לבצע אותה. יש מי שאומר שאין כוונת רבנו תם שאפשר לאכוף על השליח את שליחותו, אלא רק שבכגון זה אין הגבלה לסכום השיפוי שאפשר להשית עליו למימון שליח חלופי[42], בין בדבר האבד בין בדבר שאינו אבד. אבל יש מי שהבינו אחרת את דברי רבנו תם, ולדעתם כוונתו לומר שאכן אם נעשה מעשה קניין, ניתן אף לאכוף על השליח את השליחות[43].

האמור לעיל הוא בשליח בשכר דווקא. שונה הדין בשליח בחינם, כפי שפסק הרמ״א בעניין פועל בחינם: ״פועל שעושה בחינם עם בעל הבית, יכול לחזור בו, אפילו בדבר האבוד [כלומר, אפילו שגורם הפסד למעביד]״[44]. עם זאת, לדעת הש״ך[45], אף אם השליח עושה שליחותו

[40] ראה תוספות, בבא מציעא מח ע״א, ד״ה והא: ״מכאן אומר ר״ת דהסופר שהשכיר עצמו, אם משכו ממנו קולמוס או תער שלו, אין יכולין שוב לחזור בהם״. דבריו הובאו ברא״ש, בבא מציעא, פרק ד, סימן ט, בטור, חו״מ, סימן שלג, סעיף א, וברמ״א, שם, סעיף א. ראשונים אחרים משיגים על רבנו תם, ולדעתם אין במשיכת כלי אומנותו של האומן כדי לחייבו מעבר לדיני פועלים רגילים. ראה: רמב״ן, רשב״א, ר״ן, שם, ונימוקי יוסף, שם כט ע״א (בדפי הרי״ף).

[41] התוספות מדגישים שאין הדברים אמורים אלא בקבלן, ולא בפועל, שכן ביחס לפועל, חל הכלל ״עבדי הם״. ברם, השווה חידושי הריטב״א, בבא מציעא עה ע״ב, סוף ד״ה להביא פרייפרין (וכן הוא בשו״ת הריטב״א, סימן קיז), שמחדש בשם רבו שגם פועל שנשכר בקניין אינו רשאי לחזור בו. האחרונים נחלקו בשאלה אם לקבל את דברי הריטב״א להלכה. ראה: ש״ך, חו״מ, סימן שלג, ס״ק יד; פתחי תשובה, שם, ס״ק ד, בסופו (וראה מה שחידש הרב אשר וייס, מנחת אשר, ויקרא, סימן סא, אות ג, ד״ה ובאמת, שכוונת הריטב״א היא שהפועל יכול להסכים מראש שדינו יהיה כדין קבלן).

[42] ראה: חידושים המיוחסים לריטב״א, בבא מציעא מח ע״א, ד״ה הא; שו״ת מהריא״ז ענזיל, סימן טו (הובאו אצל א׳ ורהפטיג, שם, הערה 161); חזון איש, בבא קמא, סימן כג, ס״ק ג, ד״ה ומדברי (בשם הרשב״א, אך חיפשתי ולא מצאתי); חידושים וביאורים (גרייניימן), בני־ברק תשס״א, בבא מציעא עה ע״ב, ד״ה מתני׳.

[43] ראה הגהות אשרי, בבא מציעא, פרק ו, סימן ו: ״דלגמרי לא יכול לחזור בו, בשום ממון״. וכן נקט הש״ך, חו״מ, סימן שלג, ס״ק ד: ״וצריך לעשות המלאכה, אם ירצה הבעל בית״. וראה עוד חידושי רבי עקיבא איגר, על הש״ך שם. וראה מחנה אפרים, הלכות שכירות פועלים, סימן ב, שדן בתוקפה של התחייבות לעבוד. וראה עוד שו״ת שבט הלוי, חלק ד, חו״מ, סימן רכא, שהציע לבסס את הכפייה על דין ״כופין על המצוות״ (מצוות השבת אבדה): ״במקום שרק הוא בקי וגורם ודאי הפסד ממון, נראה דיכולים לכוף מדין השבת אבידה״. אבל דבריו צריכים עיון. וראה בכל זה א׳ ורהפטיג, שם, עמ׳ 227, ליד ציון הערה 162. והשווה חידושים וביאורים (גרייניימן), בני־ברק תשס״א, בבא מציעא עה ע״ב, ד״ה ואפשר, שהעלה אפשרות ש״מה שכתב [הגהות אשרי], דאינו יכול לחזור בשום ממון, רצונו לומר דגם אם ירצה להיות ידו על התחתונה או שישכרו עליו כדי שכרו או כדי חבילתו, נמי לא סגי בהכי, עד שישלים לבעל הבית את כל הפסדו... ואפשר דגם הש״ך נתכוין לזה״. וראה שם, ד״ה שמחתי: ״ואם כי הדבר מצריך דחיקת לשונות ברבותינו ז״ל, על כרחינו לומר איהו דחיק ומוקי אנפשיה. ואם פועל נתמעט מדין ׳עבדי הם׳, שיכול לחזור בו, הרי לעניין כפיה בשוטים, גם קבלן ראוי לאותה איצטלא, שאין לך עבד לאחרים יותר מזה שהאדון כופהו בשוטים״. וראה דיוננו לעיל, סעיף 8, הערה 33.

[44] רמ״א, חו״מ, סימן שלג, סעיף ה. מקורו בשו״ת מהרי״ק, שורש קנג. וראה מחנה אפרים, הלכות שכירות פועלים, סימן ו (סימן זה נערך על ידי בנו), ד״ה וראיתי, שפסק זה אינו מוסכם על הכל. ׳מחנה אפרים׳ עצמו נוקט דרך ביניים, וקובע שבעיקרון חל אמנם דינו של מהרי״ק, אבל אם העובד בחינם ״הקנה את גופו״ למעביד, כגון שאמר לו ״הריני שאול לך״ (ולא אמר ״הריני מקבל עליי לעשות את המלאכה״), הוא יפצה את המעביד בגין שכירת שליח חלופי. על אחריותו של שליח חינם, ראה עוד להלן, ליד ציון הערה 45.

[45] ש״ך, חו״מ, סימן שלג, ס״ק לא. וראה ביתר הרחבה, ש׳ זעפראני, ל״ב נתיבות, ירושלים תשנ״ג, נתיב טו, אות ו, ונתיב טז.

בחינם, אם השולח מציע לו תשלום ראוי, והוא מסרב בכל זאת לעשות את שליחותו, הריהו נושא באחריות כלפיו כדין שליח בשכר. ונראה שהוא הדין כאשר השליח חזר בו משליחותו בלא להודיע על כך לשולח, ולא נתן לו אפוא הזדמנות להציע לו תשלום[46]. 'נתיבות המשפט'[47] חולק עליו, ולדעתו שליח בחינם פטור מאחריות בכל מקרה.

(3) הפסד

נשאלת השאלה: האם השולח זכאי לפיצוי, אם לא שכר שליח חלופי, וכתוצאה מכך נגרם לו הפסד? נראה שיש להבחין בעניין זה בין פיצוי שהוא עד גובה השכר שהיה צריך השולח להוציא אם היה שוכר שליח חלופי לבין פיצוי שהוא גבוה מסכום זה.

עד לסכום שהשולח היה צריך להוציא לצורך העסקת שליח חלופי, השולח זכאי לפיצוי על הפסדו, ולוּ רק מן הטעם שאם עמד סכום זה לרשותו להשלמת השליחות, כפי שראינו בסמוך לעיל, אין היגיון לשלול אותו ממנו לכיסוי הפסדיו, רק משום שלא שכר שליח כזה בפועל. וכך כותב הריטב"א[48], שהשליח (הפועל) נחשב כמי שהתחייב לשאת בהפסד "עד כדי שכרו" (או עד כדי הממון שהפקיד בידי השולח). אמנם הרמב"ן[49] כותב שאין לשולח עילה לתבוע פיצוי על ההפסד שגרם לו השליח, משום שזהו נזק עקיף שהשליח לא קיבל עליו אחריות[50]: "ומיהו אם לא שכר עליהן, אלא הפסיד בהמתנתן, אינן משלמים, שהרי לא קבלו עליהם לשלם". אלא שדומה שאינו חולק על הריטב"א בנקודה זו, וכוונתו אינה אלא לפיצוי על ההפסד הנוסף על שכר העסקתו של שליח חלופי[51].

מעבר למימון שליח חלופי, אין לכאורה מקור שאפשר לבסס עליו את חיוב השליח, וכאמור, נראה שזו דעת הרמב"ן. לעומתו, הריטב"א מחדש בשם רבו שבעיקרון, משעה שהשליח קיבל לידיו את ממון השולח, רואים בו כמי שערב לכל ההפסדים שיבואו באשמתו. את העיקרון, שלפיו השליח ערב להפסדו של השולח, מוצא הריטב"א[52] בסוגיה תלמודית העוסקת בשליח שלא עשה את שליחותו, וכתוצאה מכך מנע רווח מן השולח[53]. לדעתו, על

[46] וכדין שליח בשכר. ראה להלן, הערה 55.

[47] נתיבות המשפט, סימן שלג, ס"ק יב (המבקש לצמצם את משמעות דברי הש"ך). כשיטה הזאת נקט גם בסימן קפג, ס"ק א. אבל ראה חזון איש, בבא קמא, סימן כב, ס"ק ב, שתמה עליו, וכתב: "דנהי שיכול לחזור, שאין כאן שעבוד פועל, אבל כל אדם אחראי שלא יבא היזק לחבירו על ידו".

[48] ראה חידושי הריטב"א, בבא מציעא עה ע"ב, ד"ה להביא: "ומיהו כל שלא שכר עליהן ולא הטען... דאיכא הפסד ממון, משתלם מהן כדי שכרן או כדי החבילה שבאת לידו". ונראה שאם יכול היה לשכור פועל אחר, לא יעלה הפיצוי על עלותו של אותו פועל (ובעניין זה, נטל ההוכחה על השליח).

[49] ראה חידושי הרמב"ן, בבא מציעא עו ע"ב, ד"ה והוי יודע (מובא ברמ"א, חו"מ, סימן שלג, סעיף ו). וראה גם: חידושי הר"ן, שם, ד"ה בד"א; נימוקי יוסף, בבא מציעא מו ע"ב (בדפי הרי"ף), ד"ה עד ארבעים.

[50] אבל השווה הגהות אשרי, בבא מציעא, פרק שישי, סימן ב, ד"ה ואם (הובא בתרומת הדשן, שו"ת, סימן שכט, ונפסק גם הוא להלכה ברמ"א, חו"מ, סימן שלג, סעיף ו. וראה להלן, הערה 55), שאם הפועל הוא שיצר את ההפסד (כשהתחיל במלאכתו והפסיק אותה. לדוגמה, הוא הכניס את הפשתן למשרה ולא הוציא אותו בזמן), יחויב בנזיקין, משום שדינו כמזיק ישיר, ואין כאן גרמא גרידא (כך הבין את דבריו בשו"ת משיב דבר, חלק ג, סימן יח, ד"ה מתחלה). אבל ספק אם שיטה זו רלוונטית בענייננו (אי־ביצוע השליחות), שכן באי־ביצוע השליחות, לא השליח הוא שיצר את ההפסד.

[51] כך כתב חזון איש, בבא קמא, סימן כג, ס"ק כה, ד"ה ש"ך, וד"ה והנה.

[52] חידושי הריטב"א, בבא מציעא עג ע"ב, ד"ה האי מאן.

[53] בבא מציעא עג ע"ב. בסוגיה זו, המובאת להלן, ליד ציון הערה 70, במסגרת הדיון על מניעת רווח, מחייב

יסוד זה של ערבות, עומדת אחריותו של פועל שלא עשה את העבודה שקיבל על עצמו, וגרם הפסד למעבידו[54]. אולם בנסיבות שבהן יש להניח שהשליח (הפועל) שיער בנפשו בשעה שנתחייב לבצע את הפעולה שהשולח ימצא חלופה אחרת, גם אם תהיה יקרה יותר, ההנחה היא שלא התחייב לפצות את השולח ביותר מעלות שכירת שליח חלופי עד כדי כפל שכרו (שכן הוא מניח שבכפל השכר לא יקשה על השולח למצוא שלוח חלופי, אלא אם כן נקבע אחרת בחוזה ביניהם). לא כן, כאמור, אם השליח היה מודע מראש שאין לשולח חלופה שתמנע את ההפסד. בכגון זה, השליח מקבל על עצמו את האחריות למלוא ההפסד שייגרם לשולח, אם לא יבצע את השליחות (אף מעבר לפי שניים משכרו, ואף אם לא פורש הדבר בחוזה ביניהם)[55]. החולקים על רבו של הריטב"א[56] מפרשים סוגיה זו בדרכים אחרות.

רב חמא את מי שנשלח על ידי חברו לקנות לו יין בתקופת הבציר (כשהיין בזול), ופשע ולא קנה, ועכשיו עלה מחיר היין. לדעת רב חמא, השליח חייב לפצות את שולחו ולספק לו את כמות היין שאפשר היה לקנות לפי השער הזול. הראשונים תמהו על רב חמא, כיצד העלה על דעתו לחייב את השליח, הרי ההפסד שגרם לשולח אינו אלא גרמא, והכלל הוא: "גרמא בנזיקין – פטור". הריטב"א מסביר (בשם רבו), שלדעת רב חמא, יסוד החיוב של השליח הוא מדין עָרב, היינו שבעצם קבלת ממון השליחות התחייב השליח לפצות את השולח על נזק שייגרם לו בגין אי־ביצועה. ובלשונו: "שזה הבטיחו שיקח לו, וסמך עליו, ונתן לו מעותיו על דעת כן, הרי הוא חייב לשלם לו מה שהפסיד בהבטחתו, דבההיא הנאה דסמיך עליה ונותן לו ממונו משתעבד ליה מדין ערב". אמנם רב אשי חולק על רב חמא, והלכה כמותו, אבל נראה שאין הוא חולק עליו אלא משום שאי־קניית היין אינה מניעת רווח ודאי (ראה להלן, ליד ציון הערה 72). אבל בהפסד, מאחר שאינו מוטל בספק, גם הוא מסכים שהשליח נושא באחריות. ראה שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן קעח. וראה עוד בעניין זה: מ' ויגודה, חוק לישראל, שכירות ושאילה, ירושלים תשנ"ח, עמ' 171, הערות 43־44; ב' כהנא, חוק לישראל, ערבות, ירושלים תשנ"ח, עמ' 80 ועמ' 518.

[54] ובלשונו: "וזה ענין שכירות פועלין דבפרקין דלקמן, שחייבין לשלם לבעה"ב מה שמפסיד כשחזרו בהן, או שבעה"ב חייב לשלם להם מה שמפסידים [כשהוא חוזר בו], דכיון שסמכו זה על זה, נתחייבו זה לזה במה שיפסידו על פיו, וזה דין גדול".

[55] ראה ריטב"א, בבא מציעא עה ע"ב, ד"ה להביא: "ואם תאמר, אם כן [אם אמנם הפועל ערב לכיסוי הפסדיו של המעביד, אם לא יעשה את מלאכתו], למה אינו שוכר עליהן אלא כדי כפל שכרן בלבד או כדי חבילה [ולא נושא במלא ההפסד]? יש לומר דמסתמא היינו דאסיקא אדעתייהו, שאם לא יוכלו לעשות, שימצא לעולם פועלים בכפל שכרם. ועל זה בלבד הבטיחוהו, אלא אם כן נתנו לו חבילה שלהם להתחייב לו כדי דמיה".

והשווה ש"ך, חו"מ, סימן שלג, ס"ק לט. לדעתו, ההבחנה אינה בין שליח שהיה מודע מראש לעובדה שהשולח עלול שלא למצוא חלופה ובין שליח שלא היה מודע לזה, אלא ההבחנה היא בין שולח שיכול היה בפועל להקטין את נזקו ובין שולח שלא יכול היה להקטין את נזקו (כגון שהנזק קרה קודם שנודע לו על חזרתו של השליח או שחיפש ולא מצא שליח חלופי). על פי הבחנה זו, הש"ך מבקש לטעון שאין מחלוקת בין הרמב"ן (לעיל, הערה 49) לבין הגהות אשרי (לעיל, הערה 50). הגהות אשרי אינו מחייב את השליח שיצר את ההפסד משום "דינא דגרמי", אלא כשאין לשולח אפשרות להקטין את נזקו, ואילו הרמב"ן אינו פוטר את השליח אף כשיצר את הדבר האבד, אלא כשהייתה לשולח אפשרות להקטין את נזקו (וכעין הבחנה זו העלה חתם סופר, להלן, הערה 74, מדעת עצמו, בשיטת הריטב"א, בין שליח שהודיע לשולח על חזרתו מן השליחות וכך אֶפשר לו למצוא חלופה, ובין שליח שלא הודיע לשולח על חזרתו. ומכאן ש'חתם סופר' לא ראה את דבריו המפורשים של הריטב"א). וראה חזון איש, בבא קמא, סימן כג, ס"ק כה, ד"ה והנה, שהשיג על הש"ך.

וראה שו"ת איגרות משה, חו"מ, חלק ב, סימן טז, בעניין שליח שנשלח לקנות מניות ולמכור אותן, ולא מכר אותן, ואיבדו מערכן. המחבר, ר' משה פיינשטיין, קובע שהשליח נושא באחריות, ודומה שפסיקתו מבוססת על אותה גישה. עוד עולה מתשובה זו שהשליח נושא באחריות להפסד שגרם לשולח, אף אם המניע לאי־ביצוע השליחות היה סירובו של השולח לשפות את השליח על הוצאותיו. וראה עוד הרב צ"י בן־יעקב, "ברוקר ששינה משליחותו", משפטיך ליעקב, חלק ב, סימן לד, ס"ק ב.

(4) מניעת רווח („מבטל כיסו של חברו")

עד כאן דננו בשאלת הפיצוי על הפסד שנגרם לשולח כתוצאה מאי־ביצוע השליחות. כעת נעבור לדון בשאלה אם הוא הדין במניעת רווח[57].

נאמר בתוספתא[58]: „הנותן מעות לחבירו ליקח בהם פירות למחצית שכר, ובאחרונה אמר לו 'לא לקחתי', אין לו עליו אלא תרעומת"[59]. התלמוד הירושלמי[60] מסיק מן התוספתא עיקרון כללי: „אמר ר' יצחק, הדא אמרה: המבטל כיס חבירו, אין לו עליו אלא תרעומת". כלומר, מי שמונע מחברו רווח, ואפילו הוא קשור אתו בקשר חוזי, כגון שליח שמונע משולחו רווח, כשלא ביצע את השליחות שקיבל על עצמו, אין לחברו אלא תביעה מוסרית כלפיו. לכאורה, לפנינו כלל גורף וחד־משמעי, ולפיו אין חובת פיצוי על מניעת רווח![61] אלא שבהמשך דברי הירושלמי נקבע שבניגוד למבטל כיסו של חבירו, „המבטל שדה חבירו [אריס שהתחייב לעבד את השדה, ולא עיבד אותה] – חייב לשפות לו". וכאן עולה השאלה: מה הסיבה לחיובו של „המבטל שדה"? הלוא גם הוא אינו אלא מונע רווח מחברו! למחלוקת הראשונים בפתרון שאלה זו, יש נפקות משפטית לענייננו, כפי שנראה להלן.

כמה מן הראשונים נוקטים בעיקרון שמניעת רווח אכן אינה עילה לתביעת פיצויים, והחיוב ב„מבטל שדה" אינו אלא משום מנהג[62] או תקנה מיוחדת שתוקנה לעניין עבודה חקלאית דווקא[63]. לדידם, דין „מבטל שדה" הוא יוצא מן הכלל המעיד על הכלל, ולפיו מניעת רווח אינה עילה לתביעה, והוא הדין אפוא בשליח המונע רווח משולחו עקב אי־ביצוע השליחות[64].

[56] ראה: מרדכי, בבא קמא, פרק הגוזל (קמא), סימנים קיד־קטו; חידושי הרשב"א, בבא מציעא עג ע"ב, ד"ה משלם ליה; רא"ש, בבא מציעא, פרק ה, סימן סט; חידושי הריטב"א, בבא מציעא עג ע"ב, ד"ה האי מאן, בשם ר"י; חידושי הר"ן, שם, ד"ה משלם כדאוזיל; נימוקי יוסף, בבא מציעא מד ע"א (בדפי הרי"ף), ד"ה משלם ליה. וראה חזון איש, בבא קמא, סימן כג, ס"ק כה, ד"ה ולכאורה. והשווה 'חתם סופר' (לעיל, הערה 53), שבהפסד הכל מודים לריטב"א, והוא הדין אפילו במניעת רווח ודאי (ראה להלן, הערה 74).

[57] ראוי לציין שזכותו של השולח לממן שליח חלופי על חשבון השליח, „שוכר עליהם" (ראה לעיל, ליד ציון הערה 34), אמורה גם במניעת רווח. ראה חזון איש, בבא קמא, סימן כג, ס"ק כב, ד"ה ויש לעי'.

[58] תוספתא, בבא מציעא (ליברמן) ד, כב. נפסק ברמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק ז, הלכה ו, ובשולחן ערוך, יורה דעה, סימן קעז, סעיף מ.

[59] וכך פסק הרמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק א, הלכה ה, בכל שליח (ולא רק בנותן מעות למחצית שכר): „הנותן מעות לשלוחו ליקח בהם חטים או מין ממיני סחורה, ולא לקח, אין לו עליו אלא תרעומת". וראה גם שולחן ערוך, חו"מ, סימן קפג, סעיף א.

[60] ירושלמי, בבא מציעא, פרק ה, הלכה ג. על הירושלמי ועל המשך הדיון כאן, ראה בהרחבה, נ' רקובר, המסחר במשפט העברי, ירושלים תשמ"ח, עמ' 143־150. וראה גם י' אונגר, חוק לישראל, נאמנות בנכסים, ירושלים תש"ע, עמ' 296־297.

[61] וראה ש"ך, חו"מ, סימן סא, ס"ק י: „וגרע מגרמא בנזיקין דפטור". כוונתו היא שבעוד שהמזיק בגרמא חייב בדיני שמים, במבטל כיסו של חברו, אין לניזק אלא תרעומת, ואינו חייב בדיני שמים. דומה שההבדל נעוץ בעובדה שהמבטל כיסו של חברו אינו פוגע בנכס קיים אלא בציפייה לרווח שעדיין לא בא לרשות הניזק. ראה משפטי התורה (שפיץ), בבא קמא, סימן פד.

[62] כך נראה מהסוגיה המקבילה בירושלמי, בבא מציעא, פרק ט, הלכה ג. וראה אור זרוע, בבא מציעא, פרק ט, סימן שלט (הובא בהגהות אשרי, בבא מציעא, פרק ט, סימן ג). וראה נימוקי יוסף, בבא מציעא סא ע"ב (בדפי הרי"ף): „אף על פי שלא כתב, מאחר שנהגו כך".

[63] ראה חידושי הרמב"ן, בבא מציעא עג ע"ב, ד"ה ולרבא, בשם רב האי גאון.

[64] אם כי נראה שהשולח יוכל לתובע פיצוי בגין מניעת רווח עד כדי כפל שכרו של השליח, כפי שראינו לעיל, בעניין הפסד. ראה לעיל, הערה 57.

לעומתם, יש מן הראשונים נוקטים[65] ש"המבטל שדה" חייב לפצות את בעל השדה, משום שבעיקרון, מניעת רווח היא עילה לתביעה, ובלבד שהרווח הצפוי ודאי (הלוא אם הפועל היה עובד בשדה, הייתה מניבה פירות בוודאי). אם ה"מבטל כיסו של חברו" אינו נושא באחריות, הרי זה רק משום שחיי המסחר, על פי רוב, אינם מאפשרים לקבוע שנמנע מן השולח רווח ודאי[66]. אשר לשאלת סיבת החיוב לדעת פוסקים אלו, נחלקו הדעות: יש הרואים את יסוד חיובו של "מבטל שדה" בדיני הנזיקין[67], יש הרואים אותו בדיני החוזים (ערבות)[68], ויש הסוברים שיסודו בתקנה כללית[69]. בין כך ובין כך, לפי ראשונים אלה, נוכל להסיק ששליח

[65] ראה: ראבי"ה (מהדורת דבליצקי, בני־ברק תשס"ה), סימן תתקנז, ד"ה ובהיא (תשובה זו לא נודעה לפוסקים עד לאחרונה. חלקים מתשובה זו הובאו אמנם בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן תר, ובמרדכי, בבא קמא, פרק הגוזל (קמא), סימן קכה, אבל בהשמטת החלק העוסק בענייננו. וראה רקובר (לעיל, הערה 60), עמ' 149); המאירי, בית הבחירה, בבא מציעא סח ע"ב, ד"ה פירשו, וד"ה וכן אמרו.

[66] וראה שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן קעח, המחדש פירוש זה מדעת עצמו.

[67] כך משתמע מתשובת ראבי"ה (לעיל, הערה 65). וראה שו"ת הרדב"ז, חלק א, סימן שצט, שחִייב מכוח דין "גרמי" שותף על עיכוב סחורה שהיה אמור לספק לשותפו, ובכך מנע את מכירתה בשער הגבוה (וראה שער משפט, סימן קעו, ס"ק ד, שדן בדבריו). כגישה זו, ולפיה דיני פועל שלא עבד וגרם הפסד למעבידו, מבוססים על דיני נזיקין, ראה לעיל, הערה 50, גישת הגהות אשרי, והכרעת הש"ך בהערה 55.
על החיוב בגין מניעת רווח מכוח דיני הנזיקין ("גרמי"), ראה קצות החושן, סימן שלג, ס"ק ב (הדן בשאלת חיובו של המעביד שביטל את העסקת הפועל ומנע ממנו רווח). וראה עוד פלפולא חריפתא על רא"ש, בבא מציעא, פרק ו, סימן ב, ס"ק ד, שגם הוא נוקט לעניין "גרמי" במניעת רווח מן הפועל את ההבחנה בין רווח ודאי לרווח שאינו ודאי.

[68] ראה שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן קעח, בדעת הריטב"א, שהובא לעיל, ליד ציון הערה 52. נציין עם זאת ש'חתם סופר' לא הבחין בין שיטת הריטב"א (ערבות) לבין שיטת הגהות אשרי (נזיקין), לעיל, הערה 50 (וכמותו לא הבחין ביניהם שו"ת הר הכרמל, חו"מ, סימן י). והשווה י' ברנד, "הנושא ונותן בדברים' – בין התחייבות חוזית להסתמכות נזיקית", מחקרי משפט כד (תשס"ח), עמ' 5, עמ' 31־32, המבקש לטעון שדעת הריטב"א, גם בערבות, מיוסדת על דיני הנזיקין, אך הוא עצמו מודה שפירושו אינו מקובל. ראה שם, הערה 112.

[69] כך עולה מחידושי הרשב"א, בבא מציעא עג ע"ב, ד"ה משלם: "מאי שנא דלא תקנו כדתקינו בההיא". כך הבין נתיבות המשפט, סימן קפג, ס"ק א.
וראה עולת שמואל (זיברטנסקי), סימן נג, ד"ה וקושיא. לדעתו, הרשב"א נאמן לשיטתו זו בפירושו לסוגיה שנראה להלן, ליד ציון הערה 215, בעניין שליח שנשלח לקנות חיטים והלך וקנה שעורים. בתלמוד נקבע שאם פחתו השעורים, השליח נושא בהפסד. הרשב"א מסביר שיסוד החיוב הוא בתקנה. לדעת 'עולת שמואל', הפחת שמדובר בו אינו שירד ערך השעורים לעומת הקרן, שכן אין צורך בתקנה כדי לחייב את השליח לפצות את השולח על כך, אלא הכוונה היא לפער הרווחים בין החיטים שהשליח היה אמור לקנות לבין השעורים שקנה בפועל. לפי זה, גם מכאן עולה שלשיטת הרשב"א השליח חייב לפצות את השולח על מניעת הרווח מכוח תקנה (והשווה שו"ת מהריט"ץ החדשות, סימן קכז, שלדעתו דין זה נכון בשותף אבל לא בשליח. וראה עוד בעניין זה שו"ת פני יצחק (אבולעפיה), חלק ה, חו"מ, סימן ח). ואולם קשה על הצעתו של 'עולת שמואל', שכן בשליח שקנה שעורים במקום חיטים, הרווח שנמנע מן השולח לא היה ודאי, והלוא לפי הרשב"א, תנאי לתקנה הוא שהרווח יהיה בידו (=ודאי)? ושמא לשיטת הרשב"א, אין זהות בין "בידו" לבין רווח ודאי.
לדעת 'נתיבות המשפט', התקנה מותנית בקיומם של שני תנאים מצטברים נוספים (מעבר להיות הרווח ודאי): הפועל מועסק בשכר; על פי מהותה, הפעולה אינה סובלת דיחוי (וההפסד שנגרם למעביד אינו הפסד זמן גרידא). 'נתיבות המשפט' מניח שהרווח שמדובר בו בשולחן ערוך (לעיל, הערה 59), "הנותן מעות לשלוחו לקנות לו סחורה ידועה ולא לקחה, אין לו עליו אלא תרעומת", הוא רווח ודאי (לדעתו, בהסתמך על דברי התוספות, בבא מציעא עג ע"ב, ד"ה התם, די בכך ש"השער נמשך" להגדיר את הרווח

המונע רווח משולחו באי־ביצוע השליחות, חייב לפצותו, ובלבד שהרווח, אילו עשה את שליחותו, היה ודאי.

לדעת ראשונים אלה, הבחנה זו בין רווח ודאי לבין רווח שאינו ודאי עולה מסוגיית התלמוד בעניין שליח שלא עשה את שליחותו ומנע רווח משולחו. וזה לשון התלמוד[70]: "אמר רב חמא: האי מאן דיהיב זוזי לחבריה למיזבן ליה חמרא, ופשע ולא זבין ליה, משלם ליה כדקא אזיל אפרוותא דזולשפט [=אמר רב חמא: מי שנתן מעות לחברו לקנות לו יין, ופשע ולא קנה, משלם לו כמו שנמכר היין בנמל זולשפט (שם מקום)]". רב חמא דן במי שנשלח על ידי חברו לקנות לו יין בתקופת הבציר (כשהיין בזול), ופשע ולא קנה, ועלה מחיר היין, ולדעתו השליח חייב לפצות את שולחו ולספק לו את כמות היין שאפשר היה לקנות לפי השער הזול. אמנם רב אשי, שהלכה כמותו, חולק על רב חמא[71], ולדעתו בכגון זה השליח פטור, אבל אין זה אלא משום שלדעתו הרווח מקניית היין "אינו בידו" של השליח, כלומר אינו ודאי[72]. אך אילו היה מדובר ברווח ודאי (כמו בעיבוד שדה), גם רב אשי היה פוסק שהשליח חייב לפצות את שולחו[73].

בהתאם לכך קובע 'חתם סופר': "מי שנתן מעות ליקח לו סחורה, והלה יושב לו ואינו עוסק כלום, והוא תובעו במעותיו ומברר שיכול להרוויח ריווח ברור, ומכל מקום זה מעכבו, הרי זה צריך לשלם כל הפסדו שעל ידי עכובו"[74]. והוא מוסיף שאף שיש מן הראשונים שלא פירשו כך את סוגיית "פרוותא דזולשפט", הרי זה משיקולים פרשניים בלבד, אבל להלכה גם הם היו פוסקים כך.

אחרים חלקו עליו. ראשית, יש מי שטוען שבפעילות מסחרית (בשונה מעיבוד קרקע), לא ייתכן רווח ודאי[75]. שנית, 'חתם סופר' מתעלם מדעתם של הראשונים, ולפיהם החיוב ב"מבטל

כוודאי). אשר על כן, לדעתו, לא נאמרה הלכה זו אלא בשליח בחינם. אשר להלכת התוספתא (לעיל, הערה 58), שאי אפשר להעמידה בשליח בחינם, הוא מסביר שהשליח פטור ממניעת הרווח, משום שאין מדובר בה אלא בהפסד זמן. ראה דבריו בחידושים, שם, ס"ק א. והשווה שו"ת חקקי לב (פלאג'י), חו"מ, חלק ב, סימן מד (קנז ע"ב), ד"ה וראיתי בס' נדפס (מובא בפסקי דין ירושלים ה, עמ' נג, בעמ' נח, ובטעות הפנו שם לספר חקרי לב, סימן מט), שדוחה את דבריו ומוכיח שלפי כל הפוסקים, רווח התלוי בפעולה משפטית שבה נדרש שיתוף פעולה של גורם נוסף (מוכר או קונה) מוגדר כלא ודאי.

70 בבא מציעא עג ע"ב.

71 תמוה לכאורה שהתלמוד לא הקשה על שיטת רב חמא מן התוספתא שהובאה לעיל, הערה 58, בעניין "הנותן מעות לחבירו ליקח בהם פירות". על כך מעיר שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן קעח: "אולי לא הוה ידעי לה". כלומר, אפשר שהתלמוד הבבלי לא הכיר ברייתא זו.

72 הראשון שמצביע על הזיקה בין "אינו בידו" שבתלמוד הבבלי לבין "מבטל כיסו של חברו" הוא הראבי"ה (לעיל, הערה 65). וראה גם שו"ת חתם סופר, שם.

73 הראשונים החולקים על גישה זו (ראה לעיל, הערה 56) סבורים שלא עלה על דעתו של רב חמא לחייב את השליח, אלא כאשר התחייב השליח במפורש לפצות את שולחו, אם לא יעשה את שליחותו. רב אשי חולק עליו, משום שלדעתו, אין תוקף להתחייבות זו, על פי הכלל "אסמכתא לא קניא". למושג "אסמכתא", ראה ב' ליפשיץ, אסמכתא – חיוב וקנין במשפט העברי, ירושלים תשמ"ח. וראה מה שכתב שם על סוגיית "פרוותא דזולשפט", לפי מפתח המקורות.

74 שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן קעח. חתם סופר מדגיש שהחיוב הוא רק בכגון שהשליח לא הודיע לשולחו על חזרתו מביצוע השליחות מבעוד מועד. נראה שהוא רומז בזה לדברי הש"ך שהובאו לעיל, הערה 55. וראה מה שהשיג עליו חזון איש, בבא קמא, סימן כב, ס"ק ג, ד"ה ח"ס.

75 ראה נחלת צבי, חו"מ, סימן רצב, סעיף ז, בסופו: "כל כמה שלא נגמר העסק, אין ברור שירויח, והוא

שדה" יסודו בנוהג או בתקנה ייחודית[76], ומכאן שבעיקרון, אין מקום לחייב במניעת רווח אף כשההפסד ודאי[77]. להלכה, יש לציין ש'חתם סופר' עצמו נרתע וקובע ש"מכל מקום, הואיל ולא מצאתי כן להדיא [לא מצאתי את עיקרון הריטב"א מפורש בדבריהם של שאר הפוסקים[78]]... על כן, כשיבוא לידי, אראה לפשר ולבצע על כל פנים"[79].

(5) עגמת נפש

אשר לפיצוי בגין עגמת נפש שנגרמה לשולח עקב אי־ביצוע השליחות, כגון שהשליח היה אמור לשכור צלם לחתונה, ולא עשה זאת, נראה שעל פי שורת הדין, המשפט העברי אינו מכיר בחובת פיצוי בכגון זה, מאחר שאין מדובר בהפסד ממון[80]. דומה שראוי לתקן תקנה בעניין זה.

פרק שלישי

ביצוע לקוי של השליחות (פגיעה באינטרסים של השולח ואי־ציות להוראותיו)

א. פעולה הניתנת לביטול כלפי הצד השלישי: השבת המצב לקדמותו

כפי שראינו בדיוננו על סעיף 6, אם השליח חרג מהוראות השולח (כגון שקנה שעורים במקום חיטים), פעולתו אינה מחייבת את השולח. ואף כשהשליח לא חרג מהוראות שולחו, אם עשה את השליחות באופן הפוגע באינטרסים של השולח, כגון שקנה עבורו נכס במחיר גבוה יותר ממחיר השוק ("נתאנה") או שקנה עבורו מקרקעין בלא להבטיח את ההשקעה מפני עיקול ("בלא אחריות"), פעולתו אינה מחייבת את השולח. בכגון אלה, השולח רשאי לבטל את

בכלל גרמא". וראה גם חזון איש, בבא קמא, סימן כב, ס"ק ב, ד"ה חו"מ: "ונראה דריוח של עסק לעולם לאו בידו, שהמוכר משתדל להעלות השער ואינו מניח ללוקח ריוח יותר מן הרגיל. וריוח הרגיל אינו בטוח לעולם, כי מצוי מאורעות של הפסד. והלכך, לא משכחת לה שיחשב הפסד ברור אלא בכעין פרוותא דזלשפט, וזה מקרי אין בידו. והיכי דבידו, אין ההפסד ברור. והלכך לא תקנו חכמים לפירוש הרשב"א [שלפיו יסוד החיוב בתקנה], ואינו חייב מטעם ערב לפירוש הריטב"א [שלפיו יסוד החיוב בדין ערב], ולא משכחת לה 'בידו' ו'הפסד ברור' אלא בריוח של שכירות ושדה [הכוונה היא כנראה לשכירות פועל לעיבוד שדה]". לטיעון זה, ראה גם ש"ך, חו"מ, סימן סא, ס"ק י.

[76] ראה לעיל, ליד ציון הערה 62 ואילך.

[77] ראה חזון איש, בבא קמא, סימן כב, ס"ק ג, ד"ה ומה שסיים.

[78] לעיל, הערה 65, ראינו שכך פסק ראבי"ה, אבל כבר הערנו שדבריו לא נודעו לפוסקים אלא בעת האחרונה. וראה שו"ת הר הכרמל, חו"מ, סימן י (הובא בדברי גאונים, כלל קה, סימן א), שפסק כן להלכה. וראה גם פד"ר יז, עמ' 289, בעמ' 303־309.

[79] על מניעת רווח, ראה עוד ש' ורהפטיג, דיני חוזים במשפט העברי, ירושלים תשל"ד, עמ' 341־345 (שהביא בעניין זה שלוש גישות). והשווה מ' חיגר, "פיצויים בעד מניעת ריווח עקב הפרת חוזה", סיני צט (תשמ"ו), עמ' קנג (בעמ' קסב, הוא מסיג על ורהפטיג, ולדעתו לכולי עלמא, יש נסיבות שבהן יש חובה לפצות על מניעת רווח). וראה הרב צבי שכטר, "בענייני גרמא וגרמי", גינת אגוז, ניו־יורק תשס"ז, סימן נא, עמ' קצב־קצז.

[80] ראה ש' ורהפטיג, שם, עמ' 340־341.

השליחות ולדרוש מן השליח שיחזיר את המצב לקדמותו (כגון שיחזיר את כסף השליחות שהופקד בידו), וזאת מכוח הטענה "לתקן שלחתיך ולא לעוות".

כפי שכבר אמרנו לעיל במבוא, תרופת הביטול האמורה בסעיף 9 אין משמעה ביטול פעולת השליחות לשעבר אלא ביטול ייפוי הכוח של השליח. לאמור: אם הפר השליח את חובתו כלפי השולח, רשאי הלה לבטל את ייפוי כוחו מכאן ולהבא, אף אם התחייב בחוזה להעניק לו את ייפוי הכוח. דומה שתרופה זו עומדת גם היא לרשותו של השולח על פי המשפט העברי[81], אבל דברינו להלן מתרכזים בביטול השליחות שנעשתה כבר כלפי הצד השלישי, ולא בביטול ייפוי כוחו של השליח מכאן ולהבא.

ונשאלת השאלה: האם ביטול השליחות הוא התרופה היחידה שעומדת לרשות השולח? או שמא הוא רשאי גם לקיים את השליחות ולדרוש מן השליח את תיקון העיוות שגרם לו?

בדיוננו על סעיף 6, ראינו שלפי רוב הראשונים[82], אם השולח מאשר את פעולת השליח כלפי הצד השלישי על אף זכותו לבטל אותה, הוא לא יוכל בד בבד לדרוש מן השליח פיצוי על העיוות שגרם לו. על השולח לבחור אחד משני דברים: או להשלים עם הסטייה מהוראותיו או הפגיעה באינטרסים שלו ולקיים את פעולת השליח כמות שהיא; או לא להשלים עם הסטייה, ואז הבררה היחידה העומדת לרשותו היא לטעון על חריגת השליח מהרשאתו (שהרי נשלח לתקן ולא לעוות). עשה כן, מתבטלת פעולת השליח כלפי הצד השלישי, והשולח זכאי לדרוש את החזרת המצב לקדמותו[83]. במילים אחרות, השולח אינו יכול לאחוז את החבל בשני קצותיו.

זוהי תרופת החובה גם מבחינתו של השליח. כלומר, השליח אינו יכול לכפות על השולח את תיקון העיוות במקום להחזיר את המצב לקדמותו, שכן אי אפשר להפוך את פעולתו לפעולה בהרשאה למפרע[84].

חשוב להטעים שהשבת המצב לקדמותו היא באחריות השליח. כלומר, אם במסגרת השליחות, העביר השליח מכספו של השולח אל הצד השלישי (כגון בשליחות לרכישת נכס, והוא הדין בשליחות למכירה, אם העביר נכס של השולח), ובשל ביצוע לקוי של השליחות (כגון הונאה במחיר), ביטל השולח את פעולת השליח, הרי שמלבד זכותו לפנות ישירות אל

[81] על הזכות לפטר עובד המתרשל בתפקידו, ראה בבא בתרא כא ע"ב. וראה פסקי הרי"ד, שם, ד"ה ואמר רבא. וראה עוד: שולחן ערוך, חו"מ, סימן שו, סעיף ה; חזון איש, בבא קמא, סימן כג, ס"ק ב; שו"ת ציץ אליעזר, חלק ז, סימן מח, קונטרס אורחות המשפטים, פרק י (על החובה לפטר עובד ציבור שהתרשל בתפקידו, ראה שו"ת ציץ אליעזר, חלק ה, רמת רחל, סימן כג, אות ד).

[82] יוצא מן הכלל הוא הראב"ד, בעל ההשגות, הלכות שלוחין ושותפין, פרק א, הלכה ג, שלדעתו, השולח יכול לקיים את פעולת השליחות כלפי צד שלישי ובד בבד לדרוש ממנו פיצוי על הנזק שגרם לו, אף על פי שעומדת לרשותו האפשרות לבטל: "ונראה לי, כל מה שאנו אומרים דעוות משהו [=כלשהו] בשליח מבטל המעשה, הני מילי בזמן שהמשלח רוצה לבטל המעשה, אבל המשלח ההוא רוצה היה המקח ורוצה שיתקן לו השליח את העוות, וחייבו רב נחמן. וכן הדין לכל שליחות". אבל דעה זו לא הובאה בשולחן ערוך, ונראה שהיא דחויה מן ההלכה. וראה מה שהבאנו בעניין זה בדיוננו על סעיף 6, הערה 61.

[83] יש מקום לדון בשאלה: האם בכגון זה נחשב השליח כמי שלא עשה את שליחותו, ויחולו עליו עקרונות האכיפה שראינו לעיל? או שמא אף על פי שהשולח החליט לבטל את הפעולה, נחשב השליח כמי שעשה את שליחותו? לעת עתה, לא מצאנו במקורות תשובה לשאלה זו.

[84] כך הערנו כבר בדיוננו על סעיף 6, ליד ציון הערה 159.

הצד השלישי, זכאי השולח לדרוש משלוחו לפעול להשבת הנכס אליו מידי הצד השלישי[85]. אפשר שמחובתו לעשות כן אף כשאין לראותו כמי שהתרשל בביצוע העסקה[86]. ואם לא עלה בידי השליח, מכל סיבה שהיא, להשיב את הטעון השבה, דין הפעולה כדין פעולה שאינה ניתנת לביטול, שנדון בה בהמשך הפרק.

ב. פעולה שאינה ניתנת לביטול כלפי הצד השלישי: פיצוי

אם השליח לא ציית להוראות שולחו, והשולח אינו מוכן לאמץ את פעולת השליח, חובתו הבסיסית של השליח להחזיר את המצב לקדמותו. במילים אחרות: אם קיבל מן השולח כסף או נכס לביצוע השליחות, עליו להחזיר אותם לשולח. אף אם השליח לא חרג מהוראות שולחו, אם עשה את השליחות באופן הפוגע באינטרסים של השולח והפעולה ניתנת לביטול, על השליח מוטלת האחריות להשבת המצב לקדמותו, ובלבד שניתן לראותו כמי שעשה את שליחותו באופן רשלני[87] (והוא הדין אם התרשל בתביעה כנגד צד שלישי[88]). ואם מסיבה

[85] ואין לומר שהשליח יוצא מן התמונה ושהיריבות להשבת כספי השולח היא בין השולח לבין הצד השלישי. כך כתב בשו"ת פני יהושע (חנדאלי), נדפס בספר שני המאורות הגדולים, סימן יא, ד"ה ונראה לע"ד, שהוכיח מדרכו של הרמב"ם בסידור ההלכות הדנות בשליח שחרג משליחותו, שהאחריות להשבת הכסף מן הצד השלישי מוטלת על השליח. זו הסיבה לדעתו שהרמב"ם בפרק ראשון מהלכות שלוחין ושותפין, הדן ביחסים הפנימיים שבין השליח לשולחו, כולל גם הלכות שנפסק בהן שהשליחות בטלה: "כי בכל פנים יש לו לשליח לתקן המעוות... ואילו היה הדין נותן שכשהודיע השליח למוכר שהוא שליח, שאין להמשלח על השליח כלום, אלא יש לו לעשות דין ודברים עם המוכר, היה ראוי להקשות על הרמב"ם ז"ל, אמאי בחדא מחתא מחתינהו [=מדוע הביא אותם יחד]? אבל כיון שעל כל פנים יש לשליח לתקן, הוצרך הרמב"ם ז"ל להשמיענו עניין זה בפרק א' מה הדין נותן בין המשלח והשליח, ובפרק ב' השמיענו הדין שבין המשלח והמוכר ובין השליח והמוכר [כלומר יחסי החוץ]".

כך עולה גם מדברי הרא"ש בסוגיית "ההיא איתתא", שדננו בה באריכות לעיל, בדיוננו על סעיף 6, ליד ציון הערה 51, ועוד נדון בה להלן, ליד ציון הערה 117. הרא"ש מסביר שחובתו הבסיסית של השליח היא להחזיר לשולחת את כספה, ולא הורה לו רב נחמן לקחת על עצמו אחריות אישית, אלא משום שלא היה בידו כסף לפירעון. לכאורה, יש קושי בהסברו של הרא"ש, משום ש"אם המכר בטל, ילך [השליח] אל המוכר ויחזיר המעות שקיבל ויתנם לאשה"? (לשון שו"ת מהר"ש צרור, תשב"ץ, חלק ד (חוט המשולש), טור ב, סימן כב. הובא בדיוננו על סעיף 6, הערה 64). להלן, ליד ציון הערה 120, נראה שבין המפרשים את דברי הרא"ש, יש המציעים לומר שמבחינה משפטית, השליח יכול היה אמנם לתבוע את החזרת הכסף מן הצד השלישי, אלא שמעשית, לא עלה הדבר בידו (כגון שלמוכר לא היה כסף או שהיה אלים וסירב להחזיר את הכסף), ועל כן הורה רב נחמן לשליח לקחת את השדה באחריות. לאור האמור כאן, הרי שפרשנות זו בדברי הרא"ש כלולה למעשה בדברי הרא"ש (באמרו שלא היה לשליח כסף לפירעון), שכן השולח רואה בו את הכתובת להשיב לו את כספו מן המוכר. וכשכתב הרא"ש שלא היה לשליח כסף, כלול בזה שהוא לא הצליח להוציאו מידי המוכר. והשווה שו"ת טוב עין (לחיד"א), סימן טו (על דברי הרמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק א, הלכה ג), ד"ה ומה שתירץ.

[86] וכדין שומר חינם שנגנב ממנו הפיקדון, שאף על פי שהוא פטור מאחריות, חובה עליו לנהל תביעה כנגד הגנב. ראה בבא קמא קח ע"ב, וביתר הרחבה, כהנא, שומרים, עמ' 346, ליד ציון הערה 42 ואילך, ובמילואים להערות, שם. אמנם לא מצאנו לכך ראיה מפורשת, אבל ראה פד"ר ט, עמ' 16, בעמ' 34. וראה דיוננו על סעיף 8, פרק שמיני, עמ' 459.

[87] נראה שלעניין זה, שליח שהתרשל בתפקידו כמוהו כאומן או פועל שהתרשל בתפקידו. אין כאן מקום להרחיב בגדר פועל שהתרשל בתפקידו. ראה א' שיינפלד, חוק לישראל, נזיקין, ירושלים תשנ"ב, עמ' 157־159. נאמר בקצרה שקיימת הבחנה בין פועל בחינם לבין פועל בשכר, וכן בין מומחה לעבודה זו לשאינו מומחה. שאלה היא, האם חיובו הוא מכוח דיני נזיקין? או שמא אומן העוסק במלאכתו אינו חייב

כלשהי, לא עולה בידו לכפות את ההשבה על הצד השלישי, בין אם מסיבות מעשיות (כגון שהטעון השבה כבר אינו בידו ואין לו כסף לשלם[89], או שנעלם[90], או שאינו מציית לפסק הדין המחייב אותו בהשבה[91] וכיוצא באלה) בין אם מסיבות משפטיות שנעמוד עליהן להלן, הרי שחובת הפיצוי מוטלת על השליח.

כך קובע כבר רב האי גאון[92] בעיקרון בעניין שליח שחרג מהוראות שולחו: "ויש לי להזכיר בכאן דין השליח והסרסור [=שליח בשכר]. תחילה צריך שיעשה כמו שצוהו שולחו, ולא ישנה, ולא יחליף ממה שצוהו. שאם ישנה ממה שצוהו, כל ההפסד שארע באותו מעשה הוי עליו"[93].

וכך פוסק הרמב"ם[94] בעניין שליח לפירעון חוב שגרם הפסד לשולחו, אף שלא חרג מהוראותיו המפורשות: "אם היה החוב בשטר, בין שאמר לו [השולח לשליח] 'קח השטר ותן לו המעות', בין שאמר לו 'תן המעות וקח השטר', ונתן [השליח] בלא עדים ולא לקח השטר [ועתה מכחיש הנושה את הפירעון], חייב לשלם, שהרי לתקן שלחו ולא לעוות". השליח פגע באינטרס של השולח, כשפרע את החוב בלא שדאג להוכחת הפירעון. פעולת השליח אינה ניתנת לביטול, והפגיעה באינטרס של השולח היא בלתי הפיכה, שכן השולח אינו יכול להתכחש לשטר המוצג לו[95]. בכגון זה, מאחר שהתרשל בתפקידו, השליח חייב לפצות את השולח על הנזק שגרם לו[96].

משום מזיק, שהרי הוא עושה את מלאכתו ברשות, וחיובו הוא מכוח דיני השומרים. ראה: א' שיינפלד, שם, עמ' 158, הערה 18; ב' כהנא, חוק לישראל, שומרים, ירושלים תשנ"ט, עמ' 914, מילואים להערה 296, ס"ק ב.

88 ראה לעיל, הערה 86.

89 ראה להלן, ליד ציון הערה 120.

90 ראה להלן, הערה 120.

91 ראה תשב"ץ, חלק ג, סימן קעג, שדן בשאלה מעין זו.

92 ראה ספר המקח והממכר, שער נב.

93 "כדגרסינן: השליח שעשה שליחותו – בעל הבית מעל; לא עשה שליחותו – שליח מעל". יש לשים לב לעובדה שרב האי גאון אינו עושה שימוש בטיעון "לתקן שלחתיך ולא לעוות" כמו בענייננו, וכבר העיר על כך 'עמק השער', על ספר המקח והממכר שם.

94 רמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק א, הלכה ו. על פי כתובות פה ע"א, וזה לשון הסוגיה בתרגום לעברית: "אבימי, בנו של רבי אבהו, היו נושים בו בני העיר. שלח אותם [אבימי, את דמי הפירעון] ביד חמא, בנו של רבה בר אבהו. הלך ופרע. אמר להם [השליח לנושים]: תנו לי את השטר. אמרו לו: [חובות] צדדיים הם [שאין עליהם שטר, והתשלום הזה הוא לפירעון אותם חובות ולא לפירעון החוב שבשטר]. בא לפני רבי אבהו. אמר לו: יש לך עדים שפרעת להם [כלומר, שמסרת לידיהם כסף]? אמר לו: לא. אמר לו: [אם כן] מתוך שיכולין לומר לא היו דברים מעולם, יכולין גם לומר שחובות צדדיים הם [אף על פי שאין להם הוכחות לגבי אותם חובות צדדיים]. [ושואל התלמוד:] לעניין [תביעת] תשלום [מן] השליח, מה הדין? אמר רב אשי: יש לבדוק. אם אמר לו [השולח לשליח]: קח את השטר ותן את הכסף – משלם; תן את הכסף וקח את השטר – אינו משלם. ואין [הדין] כן. [אלא] בין כך ובין כך משלם. שאומר לו השולח לשליח: לתקן שלחתיך ולא לעוות".

95 אף על פי שהצדק עמו, שכבר פרע את חובו, אין בידו ראיה לכך, ועל כן יפסיד.

96 וראוי להפנות לדברי הגהות מרדכי, בבא מציעא, פרק שניים אוחזין, סימן תיח, ולפיהם אם שני שלוחים נשלחו לפרוע את החוב, ופרעו אותו בלא שנטלו את השטר תחילה, אין לראותם כמי שהתרשלו בתפקידם (כפי שעולה מסוגיית התלמוד בקידושין מג ע"ב), משום שסברו בתום לב שיוכלו בעצמם להעיד על

וכך פסק הרמב"ם[97] גם בעניין שליח למכירה שחרג מהוראות שולחו וגרם לו הפסד: "הסרסור שליח הוא, אלא שהוא נוטל שכר שליחותו. לפיכך אם שינה דעת הבעלים, משלם מה שהפסיד. כיצד? ראובן שנתן חפץ לשמעון הסרסור ואמר לו 'מכור לי זה, ואל תמכור בפחות ממאה', והלך ומכרו בחמשים, משלם החמשים מביתו". וצריך לומר שאף שהייתה לכאורה עילה לביטול העסקה, שכן הייתה כאן הונאה, הייתה מניעה כלשהי (מעשית או משפטית) להשבת הנכס מידי הקונה[98].

לפי עיקרון זה, פסק מהרשד"ם[99] בעניין שליח שנתבקש למסור נכס לפלוני ומסרו לאלמוני, והנכס אבד מידי אותו אלמוני: "הלכה רווחת היא שהשליח ששינה מדעת המשלח בטלה שליחותו. ואם עוות, עליו לתקן מה שעוות"[100].

חובת הפיצוי המוטלת על השליח קיימת אף כשהנזק אינו אלא עקיף (בדומה לנאמר לעיל, פרק שני, א, בעניין אי־ביצוע). כך לדוגמה פסק 'חתם סופר'[101] בעניין שולח שמסר לשליח שטר חוב לגבייה והזהיר את השליח שאם לא יעלה בידו לגבות את החוב, עליו להחזיר את שטר החוב לידיו, ולא לתת אותו לשותפו. השליח לא פעל לפי הוראות השולח, ומסר את שטר החוב לשותפו של שולחו, והשותף הצליח לגבות את החוב מידי החייב, ועתה הוא מסרב להשיב לשותפו (השולח) את חלקו בטענה שהוא מקזז את הסכום המגיע לשותפו מגביית החוב ממה שהלה חייב לו ממקום אחר. השליח טען שאינו חייב לפצות את השולח, שכן מה שעשה אינו אלא "גרמא" בעלמא. 'חתם סופר' דוחה בתוקף את הטענה, ואלה

הפירעון. ואף על פי שטעו (שכן הם נוגעים בעדות ופסולים להעיד), אין כאן רשלנות. וראה להלן, הערה 102, מה שהסיק 'מחנה אפרים' מדבריו.

97 רמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק ב, הלכה ו.

98 אבל השווה נתיבות המשפט, סימן קפה, ס"ק ב. לדעתו, כוונת הרמב"ם היא לחייב את השליח, אף אם השווי הרֵאלי של הנכס אינו אלא חמישים. לפי זה, לא הייתה כאן הונאה. וקשה, מה הפסיד השולח עד שנדרש השליח לפצותו? זאת ועוד. לכאורה, קביעה זו סותרת את הכלל שכל הגזלנים והמזיקים משלמים כשעת הגזלה! 'נתיבות המשפט' מסביר שהשליח נחשב כמי שהתחייב להשלים מכיסו את ההפסד (כלומר את הפער שבין המחיר המבוקש על ידי השולח לבין המחיר המושג על ידי השליח, גם אם הוא מחיר רֵאלי), שכן "כל המשנה מדעת בעל הבית נקרא גזלן, לכך אמרינן: מסתמא היתה כונת השליח לתקן העיוות בכדי שלא יקרא מזיק וגזלן" (בחידושים, שם, ס"ק ב, הוא מבהיר מדוע אינו יכול לחזור בו מהתחייבות זו: "והוי כאילו קנאה לעצמו במאה [כפי שהורה לו השולח], ומכרה בחמישים [לצד שלישי]"). והשווה שו"ת אגודות אזוב מדברי, סימן ה. ליישום אחר של רעיון זה, ראה להלן, ליד ציון הערה 118, וליד ציון הערה 139.

פוסקים רבים אינם מקבלים את גישתו של 'נתיבות המשפט', ומעדיפים את ההסבר שהנכס אכן היה שווה מאה, ונגרם הפסד של ממש לשולח, ועל כן פסק הרמב"ם שהשליח חייב לפצות את השולח על ההפרש. ראה: משפט שלום, סימן קפה, סעיף א, ד"ה שם בש"ע משלם החמישים כו'; אבני החושן, סימן קפה, ס"ק ב (אם כי פוסק זה מקבל את סברת 'נתיבות המשפט' בנכס שערכו אינו ידוע); אבן האזל, הלכות שלוחין ושותפין, פרק ב, הלכה ו, ד"ה והנה במה. וראה עוד פתחי חושן, הלכות פיקדון ושאלה, פרק יב, הערה לב.

99 ראה שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן קכז.

100 אלא שבשאלה שנידונה לפניו, פטר את השליח, שכן פעולתו עמדה במבחן הסבירות של אומדן דעת השולח. ראה לעיל, סעיף 5, ליד ציון הערה 62.

101 ראה שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן קמ.

נימוקיו: "דלא נאמרו דיני גרמי וגרמא אלא באיניש דעלמא המזיק חברו, אבל מי שבא הדבר לידו בתורת שמירה או שליחות [כלומר, במסגרת יחסי אמון והסתמכות], חייב אפילו על צד רחוקה ונפלאה. וכל פשיעת השומרים ועיוות שליחות, כד מעיינת בהו [=כשאתה מעיין בהם], איננו אלא גרמא בעלמא, ואפילו הכי חייב". כלומר, יחסי האמון וההסתמכות בין השליח לבין שולחו מטילים על השליח אחריות מיוחדת, וחלים עליו אותם הכללים החלים על שומר. כשם שהשומר נושא באחריות לתוצאות של אי־שמירה כראוי, אף על פי שנגרמו רק באופן עקיף (גרמא), כך השליח נושא באחריות לנזק שנגרם לנכס שהופקד אצלו או שהגיע לידו במסגרת השליחות, כשלא ביצע את השליחות כראוי.

הזכרנו לעיל שתנאי לחיוב זה, המוטל על השליח, הוא שהפגיעה נעשתה ברשלנות. ברם, לא תמיד ברור אם יש להגדיר את השליח כמי שהתרשל בשליחותו אם לאו. כך לדוגמה, נחלקו הפוסקים בשאלה: האם קנייה באונאה הפחותה משתות נחשבת כרשלנות אם לאו?[102].

עוד נבהיר שאם השליח טוען שייפוי הכוח שלו היה "בין לתקן בין לעוות", נטל ההוכחה עליו[103].

ג. ייחודה של שליחות לקנייה: פיצוי או השבת הכסף?

(1) מבוא

לפי מה שראינו עד כה, ברור מחד גיסא שאם פעולת השליח ניתנת לביטול, השולח אינו זכאי בעיקרון לדרוש מן השליח את תיקון העיוות, ותרופתו הבלעדית היא החזרת המצב לקדמותו. מאידך גיסא, ברור גם כן שאם לא ניתן להחזיר את המצב לקדמותו (גם אם יבטל השולח את פעולת השליח, וקל וחומר אם לא ניתן לבטלה, כגון שפרע בשמו חוב בלא שדאג לקבל את שטר החוב מידי המלווה), השולח זכאי לדרוש מן השליח לתקן את העיוות.

אולם לא ברור מה הדין בשליחות לקנייה[104], כשמחד גיסא, פעולת השליח אינה ניתנת

[102] ראה מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן ב. לדעתו, אין בכך משום רשלנות (כך הוא מסיק בהיקש מדברי הגהות מרדכי, המובאים לעיל, הערה 96). לא כן סבור חזון איש, בבא קמא, סימן כא, ס"ק ט, ד"ה כ' עוד. לדעתו, גם אי־ידיעת המחיר של הנכס פשיעה היא. וראה פד"ר ט, עמ' 16, בעמ' 47, ד"ה ויש להעיר על דבריו.
מסתבר שיש מצבים ש'חזון איש' יודה שאין להגדיר בהם את השליח כרשלן. כך לדוגמה, במקרה המובא בשו"ת ר' שלמה דוראן, תשב"ץ, חלק ד (חוט המשולש), טור א, סימן י: "ומה שנראה לי לדקדק בזה הוא, אם המשלח נתן לשליח חפץ אחד למכרה ואינו מהדברים שיש להם ערך ידוע, ולא הזכיר לו הסכום שימכור בו, רק אמר לו מכור לי סתם חפץ זה, והלך השליח ומכרו כדרך המוכרים, שהראה לתגרים ועשה כל יכלתו, ועם כל זה נתאנה במכירת החפץ, כמו שיקרה תמיד לסוחרים בדברים שאין להם סכום ידוע. יש לומר שאין למשלח על השליח כלום, דהיה לו להודיע ולומר לו: חפץ זה ערכו כך וכך. ואין לו עליו רק חרם סתם או הדרת הראש, שלא פשע, ועשה כל יכלתו, ושלא לקח לעצמו שום דבר מאותו פקדון. ואין לו עליו שבועה אפילו דרבנן, אלא אם יטעון עליו טענת ודאי שהוא פשע או לקח. וזה דבר ברור הוא".

[103] אמנם ביחסים שבין השולח לבין הצד השלישי, ראינו בדיוננו על סעיף 6, שחובת ההוכחה על השולח שלא ייפה את כוחו של שלוחו "בין לתקן בין לעוות". אבל לא כן הוא ביחסי הפנים שבין השולח לבין השליח. ראה יד רמה, בבא בתרא, פרק עשירי, סימן צא (על סוגיית בבא בתרא קסט ע"ב). וראה ביתר הרחבה דבריו המובאים בשיטה מקובצת, בבא קמא קב ע"ב, ד"ה וזה לשון הרמ"ה.

[104] בשליחות למכירה, אם לא ניתן להחזיר את הנכס לשולח מידי הצד השלישי, ברור לכאורה שלא באה בחשבון אלא תרופה אחת, והיא פיצוי על ההפסד שנגרם לשולח (כפי שראינו לעיל, ליד ציון הערה 97),

לביטול כלפי הצד השלישי, אך מאידך גיסא, אין היא מחייבת בהכרח את השולח, אף שהעסקה נעשתה בכספו, שכן אפשר שהיא מחייבת את השליח (כגון שרואים אותו כמי שלווה את הכסף מן השולח וקנה לעצמו), ושתי תרופות באות אפוא בחשבון: תיקון העיוות או השבת כספו של השולח. ושמא השולח זכאי לבחור ביניהן? או אולי השליח הוא שזכאי לבחור? הפוסקים נחלקו בעניין זה, כשכל האפשרויות התאורטיות מוזכרת בדבריהם. בדברינו להלן, נסקור את השיטות וננסה לעמוד על יסודן המשפטי. אך לפני כן, נצביע על דוגמה מן התלמוד, שבה שתי התרופות באות בחשבון, כאמור.

הפוסקים התמקדו בשאלה זו באופן שהשליח פגע באינטרס של שולחו בשעת ביצוע הפעולה. לאחר שנסקור את הדעות, נבחן את המאפיינים המיוחדים שיש בשאלה זו, כשההפסד אירע כתוצאה מאי־ציות.

(2) פגיעה באינטרסים של השולח

מבוא

מה דינו של שליח שקנה נכס באופן הפוגע באינטרס של השולח? דוגמה קלסית למקרה כגון זה משמשת, לדעת רוב הראשונים, הסוגיה שכבר הוזכרה לעיל, בסעיף 6, בעניין שליח שקנה שדה שלא באחריות (סוגיית "ההיא איתתא"). כזכור, הסוגיה עוסקת בשליח של אישה שקנה לה שדה שלא באחריות. מאחר שסירבה השולחת להשלים עם הפגיעה באינטרסים שלה, פנתה לרב נחמן, והורה רב נחמן לשליח לקנות את השדה שנית מן המוכר[105] לעצמו[106] שלא באחריות, ולחזור ולמכור אותו לשולחת באחריותו האישית. מכאן לכאורה, תיקון העיוות הוא התרופה, ואין אופציה להחזרת המצב לקדמותו. ברם, להלן נראה שלדעת רבים מן הפוסקים, אין הכרח לפרש כך את פסקו של רב נחמן, שכן אפשר שדבריו לא היו אלא בגדר עצה טובה לשליח (על סמך ההנחה שהשולחת מעוניינת בתרופה זו, ושהתרופה נוחה יותר גם לו[107]), ואפשר גם שלא היה לשליח כדי להשיב את הסכום הנדרש, ובמקום זאת נאלץ לקבל על עצמו אחריות אישית!

בסעיף 6 דננו בסוגיה זו בזיקה לשאלה: מהם "יחסי החוץ" שנוצרו לאחר טענת השולח, "לתקן שלחתיך ולא לעוות"? ראינו שפסיקתו של רב נחמן אינה מתיישבת לכאורה עם סוגיות אחרות, מהן עולה שמשטען השולח "לתקן שלחתיך ולא לעוות", הפעולה בטלה, ושאלנו: מדוע לא הורה רב נחמן לבטל את הפעולה? סקרנו שם את הנימוקים שניתנו על ידי הראשונים לפשר מניעת ביטול הפעולה ואת ההשפעה של נימוקים אלו על יחסי החוץ. לצורך דיוננו כאן ביחסי הפנים, נחזור עליהם בקצרה:

אם כי אפשר אולי שבמכירת נכס סטנדרטי, כלומר נכס שכמותו מצוי לקנות בשוק, תחייב העסקה את השליח, ולא את השולח, ועומדת אפוא גם כאן הבררה בין תיקון העיוות להחזרת המצב לקדמותו. וצריך עיון.

[105] כך פירשו הראשונים. אבל השווה לעיל, סעיף 6, הערה 69, והערה 80.

[106] לגישות הנוקטות שהייתה זו שליחות גלויה, שטר הקנייה הראשון שנעשה על ידי השליח בין המוכר לבין השולחת בטל (שהרי השולחת טענה "לתקן שלחתיך ולא לעוות"), ומכאן הצורך בכתיבת שטר חדש בין השליח למוכר.

[107] שהרי אינו נדרש להוציא ממון, אלא לקבל אחריות על עיקול אפשרי של השדה בעתיד, סיכון שהוא נושא בו בין כך ובין כך, שהרי ההנחה היא שפעולתו כלפי הצד השלישי אינה ניתנת לביטול.

(1) שליחות נסתרת. רבים מן הראשונים[108] הציעו לומר שמניעת הביטול נבעה מן העובדה שהשליחות הייתה נסתרת. דעתם היא שבשליחות נסתרת, השולח אינו יכול לדרוש את שלו חזרה, ועל ידי כך לגרום לביטול העסקה שעשה השליח עם הצד השלישי, אף אם חרג הלה משליחותו[109]. ושלושה נימוקים הוצעו למניעה זו: (1) הגנה על הצד השלישי[110]; (2) השליח נחשב כמי שהתחייב כלפי השולח שלא יצא נפסד מקיום העסקה כלפי הצד השלישי, ושוב אין לשולח עילה לגרום לביטולה[111]; (3) כשהשולח טוען כלפי שלוחו "לתקן שלחתיך ולא לעוות", אין פירוש הדבר שהשליח פעל בלא הרשאה, אלא שהוא תובע ממנו לתקן את העיוות, ורק בשליחות גלויה נחשב השליח כמי שהתנה עם הצד השלישי שאם ייתבע בגין העיוות על ידי השולח, הוא, השליח, יבטל את העסקה[112]. ועדיין אין הכרע בשאלה אם השליח הוא שזכה בקרקע, וחובתו העקרונית הייתה להשיב לשולחת את כספה או שהשולחת היא שזכתה בקרקע מכוח פעולתו של השליח, ומכאן חובתו לפצותה.

בשל קשיים טקסטואליים בהעמדת הסוגיה בשליחות נסתרת, הסבירו אחרים את פסקו של רב נחמן באותו מקרה מתוך הנחה שהשליחות הייתה גלויה:

(2) עיוות שנעשה במודע. יש שהציעו לומר שאף שהשליחות הייתה גלויה, הביטול נמנע, משום שהפגיעה באינטרס של השולחת נעשתה על ידי השליח מדעת ולא בתום לב. הרשב"א[113] מסביר שבכגון זה, רואים את השליח כמי שנטל אחריות אישית כלפי הצד השלישי, משום שהלה לא היה צריך להעלות על דעתו שהשליח חורג מהרשאתו. לפי זה, השליחות אמנם בטלה, אך פעולת השליח כלפי הצד השלישי אינה ניתנת לביטול (ורואים את השליח כמי שלווה את כספו של השולח)[114].

(3) דיני הראיות. אחרים, כמו הרמ"ה[115], הסבירו שעל השולח מוטל נטל ההוכחה שהשליח חרג מהרשאתו (כלומר שלא ייפה את כוחו לקנות בין לתקן בין לעוות). מאחר שבנסיבות העניין לא הרים השולח את הנטל, הפעולה לא הייתה ניתנת לביטול ביחסי השולח וצד שלישי.

(4) מניעות מעשיות. ויש[116] שהסבירו שמבחינה משפטית, השליח יכול היה אמנם לתבוע

[108] ראה דיוננו בסעיף 6, הערה 54.

[109] ראה שם, ליד ציון הערה 171.

[110] ראה שם, ליד ציון הערה 178.

[111] ראה שם, לדי ציון הערה 175.

[112] ראה שם, לדי ציון הערה 177.

[113] ראה שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן רנה (לפי אחד ההסברים שהצענו לדבריו, בדיוננו על סעיף 6, ליד ציון הערה 72). והשווה להלן, הערה 115.

[114] ויש, כמו הראב"ד (מובא בשיטה מקובצת, בבא מציעא עד ע"ב, ד"ה וזה לשון הראב"ד, לפי אחד ההסברים שהצענו לדבריו לעיל, בדיוננו על סעיף 6, ליד ציון הערה 79), המסבירים שאם ידע השליח שהוא פוגע באינטרס של השולח, ובכל זאת לא נמנע מלעשות את הפעולה, אין הצדקה לבטל את הפעולה כלפי הצד השלישי, ומוצדק יותר שהשולח יקיים את הפעולה כלפי הצד השלישי ויתבע את תיקון העיוות מן השליח. נמצא שהפעולה לא הייתה ניתנת לביטול ביחסי השולח והצד השלישי.

[115] ראה יד רמה, בבא בתרא, פרק עשירי, סימן צא. וראה ביתר הרחבה דיוננו על סעיף 6, ליד ציון הערה 66. כפי שהערנו בדיוננו על סעיף 6, הערה 78, יש מן האחרונים הסבורים שגם את דברי הרשב"א (לעיל, הערה 113), יש לפרש במסגרת דיני הראיות, אלא שבהבדל מן הרמ"ה, נטל זה מוטל על השולח רק בחריגה במודע.

[116] כך הציעו פוסקים אחדים בדעת הרא"ש (ראה להלן, הערה 120) ובדעת הרמב"ם (ראה להלן, הערה 134).

מן הצד השלישי את החזרת כספו של השולח, שהרי הלה ביטל את שליחותו, אבל מעשית, בנסיבות העניין, לא ניתן היה להוציא כסף זה מן הצד השלישי, כגון שהצד השלישי כבר הוציא את הכסף, ואין לו עוד כסף לפירעון. על כן חִייב רב נחמן את השליח לקחת על עצמו אחריות אישית.

לאחר שסקרנו את הפתרונות שניתנו לשאלה מדוע לא הורה רב נחמן לבטל את הפעולה כלפי המוכר (יחסי החוץ), נשוב כעת לשאלת התרופה שלה זכאי השולח כלפי שלוחו (יחסי הפנים). כאמור, הפוסקים העלו ארבע אפשרויות תאורטיות לתרופה שזכאי לה השולח: השבת כספו; פיצוי (=תיקון העיוות); זכות השליח לבחור בין השניים; זכות השולח לבחור אחד מן השניים.

לכאורה, קביעת התרופה בכגון זה הייתה צריכה להיגזר משאלת הבעלות על הנכס נשוא השליחות, כשהשולח אינו משלים עם העיוות: אם השולח אינו הבעלים, התרופה היא השבת כספו; ואילו אם השולח הוא הבעלים, התרופה היא תיקון העיוות. אבל דומה שניתוח זה שטחי במקצת, שכן כפי שנראה להלן, גם אם ביחסי החוץ מול הצד השלישי, נקבע שנוצרו יחסי שליח וצד שלישי (כפי שסבור הרשב״א, כשהשליח חרג במודע), או שנוצרו יחסי שולח וצד שלישי (כמו שסבור הרמ״ה, כשלא הוכחה חריגת השליח), הרי שהסכמים והתחייבויות (מכללא) ביחסי הפנים בין השליח לבין שולחו עשויים להביא בסופו של דבר להעברת הנכס מן השולח אל השליח, ולהפך.

שׂומה עלינו אפוא לנתח את הגישות השונות כדי לעמוד על ההיגיון המשפטי שמאחוריהן. נקדים ונאמר שהראשונים לא ניסחו את דעתם בשאלה זו באופן ברור וחד־משמעי. בשל כך, נתפלגו הדעות בין האחרונים בהבנת דבריהם מן הקצה אל הקצה, ויש שלאותו חכם יוחסו על ידי האחרונים דעות הפוכות. עובדה זו מקשה עוד יותר על הצגה בהירה של נושא זה, המסובך בלאו הכי. אשר על כן, בדברינו להלן, ניתן את דעתנו בעיקר לבירור הגיונה המשפטי של כל גישה, ואין אנו מתיימרים לקבוע מסמרות בשאלה מי אמר אותה.

גישה א — השבת הכסף

לדעת הרא״ש[117], בניגוד למשתמע מן הסוגיה, תרופת החובה היא השבת הכסף, ורק אם אין לשליח כסף, אפשר יהיה לכפות עליו לתקן את העיוות על ידי קבלת אחריות אישית כאמצעי אחרון לפירעון החוב[118]. ובלשונו: ״אם אין בידו מעות להחזיר לה, קאמר שצריך לקבל עליו אחריות״[119].

[117] ראה רא״ש, בבא בתרא, פרק י, סימן כו.

[118] א. דומה שדרך זו לפירעון החוב מותנית בהסכמת השולח. ואם הלה מעדיף להמתין עד שישיג השליח כסף מזומן, הזכות בידו. ראה שולחן ערוך, חו״מ, סימן עד, סעיף ו.

ב. על חובת פירעון זו של השליח, נשאלת השאלה: אם השדה שקנה השליח בלא אחריות שוות ערך לכסף שהוא חייב להחזיר לשולח, מדוע השליח אינו יכול לתת כפירעון את השדה בלא אחריות? על כך עונה חזון איש, בבא קמא, סימן כא, ס״ק ח: ״ואפילו הקרקע שויא סכום המעות אפילו בלא אחריות, אינו יכול לכוף אותה לקבל הקרקע שלא באחריות בפרעון, ששיווי שלא באחריות הוא מחמת דהלוקח משלם בשביל הספק, ואין בעל חוב חייב ליקח ממון ספק... וכל שכן באית ליה [=ביש לו] מיטלטלין, דאינה חייבת ליקח קרקע״.

ג. לדעת הב״ח, חו״מ, סימן קפב, סעיף יא, אליבא דהרא״ש (להבדיל מהרמב״ם, ראה להלן, הערה 133), השליח רשאי לפרוע את החוב שלו בשווה כסף כלשהו כדין כל חייב (ולאו דווקא בקבלת אחריות על שדה זו דווקא). אבל השווה נתיבות המשפט, סימן קפב, ס״ק ז, שלדעתו, אם אין לשליח כסף, אינו יכול

בבסיס גישה זו, עומדת לכאורה התפיסה שאף שקניית השדה נעשתה בכספו של השולח, מאחר שהוא אינו מוכן להשלים עם הפגיעה באינטרס שלו, והוא מבטל את השליחות, השדה אינה שלו, וממילא תרופת החובה היא החזרת כספו. ואכן, רבים מן האחרונים הסבירו ששיטת הרא״ש היא שפעולת השליח שקנה שדה שלא באחריות אינה מחייבת את השולח (יש הסבורים, כמו ׳טורי זהב׳, שפעולת השליח אינה מחייבת אף לא את השליח[120]; ויש הסבורים, כמו מהר״י בירב, שהיא מחייבת את השליח, משום שהטעה את הצד השלישי[121]).

לפרוע אלא בקבלת אחריות, וזאת מכוח התחייבות שנטל על עצמו מראש, לבל ייחשב כמי שנהג שלא כדין: ״דודאי אסור להוציא מעות אחרים וליתן לו שומא, דודאי לא היה כוונת השליח על דבר שאסור לו לעשותו״ (׳נתיבות המשפט׳ חוזר על אומדן דעת זה בהקשרים נוספים. ראה לעיל, הערה 98. וראה להלן, הערה 139). לפי זה, בשונה מן הב״ח, קבלת האחריות אינה מתורת פירעון אלא מתורת קיום השליחות (ראה דיברות משה, בבא קמא, סימן עד, ענף ז, ד״ה ולכן משמע. אם כי לדבריו, התחייבות זו של השליח אינה קיימת אלא כאשר השליח פגע במודע באינטרס של השולח, כמו במקרה דנן, כשקנה לו שדה בלא אחריות, כשיטת הרשב״א, שהוזכרה לעיל, הערה 113).

119 אמנם הרא״ש כותב לפני זה: ״ומיהו אם ירצה השליח יחזיר לה המעות״, ומכאן לכאורה שהבררה בידי השליח, להחזיר לשולח את כספו או לתקן את העיוות על ידי נטילת אחריות אישית. אולם נראה שכוונת הרא״ש היא, שאם האישה מעוניינת בקרקע (עם קבלת אחריות של השליח), הרי אין הוא חייב להסכים, ו״אם ירצה״, יכול לשלם לה מעות, ורק אם אין לו מעות, חייב הוא לקבל על עצמו אחריות אישית. וכך פירש הב״ח, וזה לשונו: ״ובגמרא מיירי דלא היה לשליח מעות, הלכך חייב לקבל עליו אחריות אם המשלח חפץ בכך. אבל ודאי מודה הרא״ש דאין יכול לכפותו למשלח בכך״. לפי זה, החזרת כספי השולח היא תרופת החובה המוטלת על השליח, כפי שכתבנו בטקסט. כך פירש גם בשו״ת מעין גנים (עבאדי), חו״מ, סימן ז, ד״ה שוב (עמ׳ 108־109). על הבנה אחרת בדברי הרא״ש, ראה להלן, הערה 148.

120 בעיקרון, יכול היה השליח להוציא את הכסף מידי הצד השלישי, אלא שמעשית לא עלה הדבר בידו (ראה לעיל, הערה 85). ראה: ט״ז, חו״מ, סימן קפב, סעיף ו; כנסת הגדולה, חו״מ, סימן קפב, הגהות בית יוסף, אות ח, ד״ה שוב אשוב. כך סבר כנראה גם הש״ך, חו״מ, סימן קפב, ס״ק ו. וראה עוד חזון איש, בבא קמא, סימן כא, ס״ק ח, ד״ה טור: ״ובאמת המקח בטל, ואם ירצה השליח להוציא המעות מן המוכר, רשאי. ואם לא נתן מעות, הרי זה מעכבם בידו״. והשווה אבני החושן, חו״מ, סימן קפב, ס״ק יב, בסופו. ׳אבני החושן׳ משער שהמניעה המעשית יכולה להיות גם משום שהמוכר נעלם ולא ניתן היה להשיגו. קשה לקבל הצעה זו בפירוש דברי הרא״ש, שאם כן, לא היה מקום לפסיקת רב נחמן, המורה לשליח לקנות את השדה מן המוכר בשנית, הלוא המוכר נעלם!

121 ורואים את השליח כמי שלווה את כספו של השולח, כשיטת הרשב״א, שהוזכרה לעיל, ליד ציון הערה 113 (על שיטת הרשב״א, ראה להלן, בהמשך ההערה). ראה שו״ת המבי״ט, חלק א, סימן קג (התשובה נכתבה על ידי מהר״י בירב, והושלמה על ידי תלמידו המבי״ט לאחר פטירתו): ״הכלל העולה שדעת הרשב״א הוא שלגבי השליח, בין הודיעו בין לא הודיעו שהוא שליח, המכר קיים. ולגבי המשלח, אם יחזיר לו מעותיו, אינו צריך לחזור ולקנות מהמוכר למוכרו למשלח באחריות. וזהו דעת הרא״ש אלא שפירש יותר״. בעקבותיו הלכו גם הפוסקים הבאים: בית יוסף, חו״מ, סימן קפב, סעיף י; שו״ת לחם רב, סימן צג; שו״ת פליטת בית יהודה, סימן כא (תשובת ר׳ שמחה בר׳ גרשון הכהן), ד״ה וקשה (נז ע״א); שו״ת מכתם לדוד, חו״מ, סימן י, ד״ה והרא״ש; כנסת הגדולה, חו״מ, סימן קפב, הגהות בית יוסף, אות יד; שער המלך, הלכות מכירה, פרק יג, הלכה ט. בדרך דומה (אם כי בלי לציין לשיטת הרשב״א), נוקט גם דיברות משה, בבא קמא, סימן עד, ענף ז, ד״ה ויש מקום. וראה שם, ד״ה ולכן, שדייק כן מלשון הרא״ש.

אמנם לכאורה, הרשב״א עצמו נוקט שהבררה ביד השליח, שכן הוא כותב: ״אלא שהשליח שעשה, פשע. והילכך או ימכור למשלח באחריות או ישלם מעות שמסר בידו״ (וראה גם חידושי הרשב״א, בבא בתרא קסט ע״ב, ד״ה אמר). וכך אמנם דייק בלשונו משפט שלום, סימן קפב, סעיף ו, ד״ה ומבואר, כשדחה את דברי שו״ת נאות דשא (אייבשיץ), סימן נה, לפיהם הבררה ביד השולח. הבנת דברים אלה כפשוטם

כזכור, משיקולים פרשניים שונים, העמיד הרא״ש את הסוגיה בשליחות גלויה. עם זאת, לפי רבים מן הפוסקים, החזרת המצב לקדמותו היא תרופת החובה לפי הרא״ש גם בשליחות נסתרת, שכן לדעתו, גם בשליחות נסתרת, השדה אינה עוברת לבעלות השולח, כפי שנוקטים גם ראשונים אחרים[122] (שלא כשיטת הרמב״ם המובאת להלן בגישה ב). כך כתבו מהר״י בירב ופוסקים נוספים במפורש בדעת הרא״ש[123], ונראה שכך נקט גם הרמ״א, כשהביא את דעת הרא״ש להלכה בשם ״יש אומרים״[124]. אבל כפי שנראה להלן[125], יש פוסקים הסבורים שהרא״ש מבחין בין שליחות גלויה לבין שליחות נסתרת, ובשליחות נסתרת דעתו היא שהשולח רוכש את השדה, ותרופת החובה היא תיקון העיוות.

עם זאת, צריך לומר שאין זיקה הכרחית בין שאלת הבעלות לבין שאלת התרופה, וגישת הרא״ש, ולפיה תרופת החובה היא החזרת המצב לקדמותו, עשויה להתיישב גם לפי מי שסבור

אפשרית אמנם אם מפרשים את דברי הרשב״א במסגרת דיני הראיות, כפי שמפרש הרמ״ה (ראה להלן, ליד ציון הערה 148). אבל על פי הפירוש שהצענו בדברי הרשב״א, לעיל, סעיף 6, ליד ציון הערה 72, קשה להלום את הדברים כפשוטם. לפי אותו פירוש, דעת הרשב״א היא שמוסכם בין השליח לבין הצד השלישי שאם השולח יסרב לקבל את השדה בלא אחריות, השליח נחשב כמי שהתחייב לקנות את השדה שלא באחריות לעצמו. ואם כן, לא ברור מניין כוחו לכפות על השולחת את תיקון העיוות, הלוא השדה שלו, ולא שלה?! נראה אפוא לומר שבניגוד למשתמע מפשטות דבריו, שיטת הרשב״א אינה שהבררה ביד השליח, אלא לדעתו תרופת החובה היא החזרת הכסף, ומה שאמר ״או ימכור למשלח באחריות או ישלם מעות שמסר בידו״, לא אמר כן אלא כאפשרות וכעצה טובה (ולא כזכות). הלוא ההנחה היא שהאישה (השולחת) מעוניינת בקרקע באחריות, ועדיף לשליח לקחת על עצמו את האחריות מלהחזיר לשולחת את כל כספה (שהרי אם ייטול על עצמו אחריות, ייתכן שלא ישלם כלום בעתיד, וזו אפוא אופציה עדיפה הרבה יותר מבחינתו, שהרי אינו מתכוון עתה לקנות לעצמו שדה, מה עוד שאם יהיה הפסד בעתיד, הרי הוא יהיה גם אם הקרקע תישאר בידו). אבל אם מסיבה כלשהי, האישה אינה מעוניינת בקרקע (או שאינה מוכנה להסתפק באחריות שלו), נראה שגם הרשב״א סובר שהשליח אינו יכול לכפות עליה את תיקון העיוות (קבלת אחריות), וחובה עליו בעיקרון להחזיר לה את כספה. כמו כן, זכותו של השליח, אם הוא רוצה, להחזיק בקרקע ולהחזיר לאישה את כספה.

ואולם אין הדבר חד־משמעי, שכן אפשר לפרש את דברי הרשב״א (וכן את דברי הרא״ש, לעיל, הערה 119) כפשוטם, ולהסביר שאכן לדעתם הבררה ביד השליח להחזיר את הכסף או לתקן את העיוות, שכן אם היה התיקון מושלם, הרי השליחות חוזרת ונעורת. רעיון דומה העלה כבר מהר״א מונסון, והובאו דבריו בשו״ת מהרש״ך, חלק ג, סימן סו, ד״ה ואין לומ׳ דאישתמיטיה, בדעת הר״ן בסוגיית ההיא איתתא (מובא להלן, הערה 149): ״דאף על פי דמתחילה נתבטל השליחות, עתה כשיקבל השליח ויתקן כל העיוות, כופין את המשלח שיקנה מחדש קנייה חדשה״ (וחשוב להטעים שאין הדברים אמורים אלא בנסיבות שבהן אנו דנים כאן, היינו שאין אפשרות לבטל את פעולת השליח כלפי הצד השלישי. לעניין אם אפשר לבטל את הפעולה, ראה לעיל, ליד ציון הערה 84).

122 ראה: חידושי הרמב״ן, כתובות צט ע״ב, ד״ה הא דאבעיא; נימוקי יוסף, שם, ד״ה אבל.

123 ראה: שו״ת המבי״ט, חלק א, סימן קג (תשובת מהר״י בירב); שו״ת מהר״ש צרור, תשב״ץ, חלק ד (חוט המשולש), טור ב, סימן כב; ב״ח, חו״מ, סימן קפב, סעיף יא (לדעתו, זו גם דעת הרמב״ם. ראה להלן, הערה 133); חזון איש, בבא קמא, סימן כא, ס״ק ח, ד״ה טור, וד״ה ומשמע.

124 כך ניתן להסיק לכאורה מן העובדה שהרמ״א (חו״מ, סימן קפב, סעיף ו) מציג את שיטת הרא״ש כחולקת על שיטת הרמב״ם, כפי שנציג אותה להלן (ליד ציון הערה 128), ולפיה תרופת החובה היא תיקון העיוות. אילו סבר הרמ״א שהרא״ש מבחין בין שליחות נסתרת לבין שליחות גלויה, הוא לא היה מציג אותו כמי שחולק על הרמב״ם. כך הסיק מדבריו לדוגמה בשו״ת מעין גנים (עבאדי), חו״מ, סימן ז, ד״ה ונ״ל (עמ׳ 115).

125 אנו מעירים על שיטתם בדעת הרא״ש, להלן, הערה 141.

שהנכס עבר לבעלותו של השולח. דעה זו יוחסה לרא״ש על ידי הסמ״ע[126], אשר הסביר שפעולת השליח מחייבת את השולח כלפי הצד השלישי, כל זמן שאינו מרים את נטל ההוכחה שלא ייפה את כוחו של שלוחו ״בין לתקן בין לעוות״[127]. ואף על פי כן, תיקון העיוות אינו תרופת החובה, כנראה משום שביחסים שבין השולח לבין השליח (יחסי הפנים), ברור לשניהם שאליבא דאמת, אין תוקף לעסקה, שכן השליח לא עשה את שליחותו, וממילא חייב השליח לרכוש את הנכס לעצמו ולהשיב לשולח את כספו.

גישה ב — תיקון העיוות

הסוגיה שהוזכרה לעיל, בעניין קניית קרקע על ידי שליח שלא באחריות, נפסקה להלכה על ידי הרמב״ם[128], ובעקבותיו ב׳שולחן ערוך׳[129], בזה הלשון: ״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[130]. וכן כל כיוצא בזה״. מתוספת ההנמקה, ״הואיל וקנה אותה במעותיו״, עולה לכאורה שתיקון העיוות הוא תרופת חובה המוטלת על השליח[131], כמובנה הפשוט של הוראתו של רב נחמן[132]. וכך אמנם הובנו דברי הרמב״ם על ידי רבים מן הפוסקים[133].

126 ראה סמ״ע, חו״מ, סימן קפב, ס״ק י (האפשרות השנייה). וכן כתב בדרישה, חו״מ, סימן קפב, ס״ק יא.

127 כשיטת הרמ״ה, ראה לעיל, ליד ציון הערה 115.

128 רמב״ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק א, הלכה ג.

129 שולחן ערוך, חו״מ, סימן קפב, סעיף ו.

130 המילים ״והאחריות על השליח״ נראות מיותרות, לאור מה שכבר נאמר לעיל: ״ומוכרה למשלח באחריות״. ואמנם אינן בכ״י המבורג (ראה התצלום במכון לתצלומי כתבי יד שליד הספרייה הלאומית בירושלים, שסימנו 56B). והשווה שו״ת פליטת בית יהודה, סימן כא, ד״ה ומה (נח ע״ב), שביקש לדייק מן הייתור הזה שהבררה ביד השליח. על שיטתו ראה להלן, ליד ציון הערה 149.

131 ראה: שו״ת מעין גנים (עבאדי), חו״מ, סימן ז, ד״ה אלא שמדברי הרמב״ם (עמ׳ 112. אבל השווה לדבריו, שם, ד״ה ומ״מ, עמ׳ 113); חזון איש, בבא קמא, סימן כא, ס״ק ט, ד״ה והר״מ (אבל ראה שם, ד״ה ואולי, שהוא מעלה אפשרות לפרש את הרמב״ם כגישת הרא״ש שראינו לעיל).

132 וכפי שפירש את סוגיית התלמוד רבי ישמעאל בן חכמון: ״וראיה לדברי הוראה זו של רב נחמן [כפסק הרמב״ם], שלא אמר לשליח ׳זיל זבנא לנפשך ואהדר לה זוזי דידה אי לא בעיא לה׳, אלא אמר לו ׳זיל זבנה מיניה שלא באחריות׳, וזבנה נהלה באחריות, דשמעת מינה דמילתא אחריתי לא, כיון דיהב בההיא ארעא זוזי דידה״ (פירוש ר״י בן חכמון לבבא בתרא, ירושלים תשמ״ט, קסט ע״ב, ד״ה האי איתתא).

133 ראה: שו״ת הרשב״א, חלק ב, סימן רנה; שו״ת אהלי תם, סימן סט; שו״ת המבי״ט, חלק א, סימן קג (תשובת מהר״י בירב); שו״ת מהר״י בן לב, חלק א, סימן פא (עט); שו״ת אבקת רוכל, סימן קסו (תשובת ר׳ יצחק בן צדיק ן׳ לב). כך נראה שנקט גם ר׳ יוסף קארו בפירושו כסף משנה על הרמב״ם, שם: ״לי נראה דאין הכי נמי דמחייבין למשלח לקבלה כשיקבל עליו השליח אחריות [ולאור המשך דבריו, נראה שהכוונה שגם השליח חייב לקבל אחריות. השווה להלן, הערה 149], מפני שהרי קנאה במעות המשלח, ואין כאן אונאה לגבי המשלח, שהרי זה יקבל עליו אחריות״. והשווה להלן, הערה 142, ש׳בית יוסף׳ פירש באופן שונה את דברי הרמב״ם.

יש להעיר שלא כל הפוסקים הבינו כך את שיטת הרמב״ם. לדוגמה, הב״ח (חו״מ, סימן קפב, סעיף יא, הוזכר לעיל, הערה 123) סבור שהרמב״ם תמים דעים עם הרא״ש שבעיקרון תרופת החובה היא השבת הכסף, בין בשליחות נסתרת ובין בשליחות גלויה (לדעתו, זו גם דעת הר״ן, ראה להלן, הערה 158). לדבריו, ההבדל היחיד בין הרמב״ם לבין הרא״ש אינו אלא שלפי הרמב״ם, אם אין לשליח כסף להשיב לשולח, חייב הוא לקבל על עצמו אחריות, ואינו יכול לפרוע בשווה כסף אחר, וזאת משום שקנה את השדה

הגיונה של גישה זו הוא לכאורה, שעל אף הפגיעה באינטרסים של השולח, מאחר שפעולת השליח כלפי הצד השלישי אינה ניתנת לביטול מאחת הסיבות שמנינו לעיל[134], השולח הוא הבעלים על הקרקע, "הואיל וקנה אותה [השליח] במעותיו [של השולח]", וממילא תרופתו היא תיקון העיוות. אולם דברים אלה טעונים הסבר, שכן אם השליח חרג מהרשאתו, מדוע מחייבת פעולתו את השולח, ולא אותו?[135]. על כך ניתנו שני הסברים:

(1) ההסבר הראשון. אף שפעולת השליח הייתה צריכה לחייב אותו כלפי הצד השלישי, ולא את השולח, שהרי הלה טוען כלפיו "לתקן שלחתיך ולא לעוות", בכל זאת הקרקע עברה לבעלות השולח לא מכוח דיני השליחות, כי אם מכוח דיני הקניין ("הואיל וקנה אותה במעותיו")[136]. על פי דיני הקניין, אם נקנה נכס בכספו של אדם, ולא ניתן לבטל את הקנייה

במעותיו של השולח (ראה לעיל, הערה 118). וראה חזון איש, בבא קמא, סימן כא, ס"ק ט, ד"ה והר"מ, האומר "שאין הדבר מוכרע", שהרמב"ם חולק על הרא"ש.

134 הפרשנים והפוסקים ייחסו לרמב"ם את כל הסיבות שסקרנו לעיל למניעת הביטול כלפי הצד השלישי, כל אחד על פי דרכו:

(א) שליחות נסתרת (לעיל, ליד ציון הערה 108). כך סבורים רוב הפוסקים בדעת הרמב"ם, ראה הראב"ד בהשגותיו, שם: "ובעל החיבור הזה חילק בין שליח שהודיע שהוא שליח לשליח שעושה סתם [היינו בשליחות נסתרת], ולדבריו, מעשה דרב נחמן, אפשר סתם היה". וכך הסבירו גם את פסק הרמב"ם: המאירי, בית הבחירה, כתובות צט ע"ב, ד"ה ולעניין; כסף משנה, שם; שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן קג (תשובת מהר"י בירב); שו"ת מהר"י בן לב, חלק א, סימן פא (עט); שו"ת אבקת רוכל, סימן קסו (תשובה זו חתומה על ידי ר' יצחק בן צדיק ן' לב); ב"ח, חו"מ, סימן קפב, סעיף יא; סמ"ע, חו"מ, סימן קפב, ס"ק י (אפשרות ראשונה); ש"ך, חו"מ, סימן קפב, ס"ק ו.

(ב) חריגה במודע (לעיל, ליד ציון הערה 113). ראה שו"ת פליטת בית יהודה, סימן כא (תשובת ר' שמחה בר' גרשון הכהן), ד"ה והנראה (נח ע"א). אבל ראה מה שהערנו לעיל, סעיף 6, הערה 75.

(ג) דיני ראיות (לעיל, ליד ציון הערה 115). ראה דרישה, חו"מ, סימן קפב, ס"ק יא, סוף ד"ה וקצת קשה, וד"ה וכתב בית יוסף. וכן כתב בסמ"ע, חו"מ, סימן קפב, ס"ק י (אפשרות שנייה). וראה להלן, ליד ציון הערה 148, שהרמ"ה עצמו סבור שאין כופים את השליח לפצות את השולח בתיקון העיוות דווקא (נטילת אחריות אישית על השדה) אלא הבררה בידו גם להשיב את המצב לקדמותו (החזרת כספו). וראה עוד שם, הערה 149, שיש הסוברים שכן היא גם שיטת הרמב"ם.

(ד) מניעה מעשית (לעיל, ליד ציון הערה 116). ראה שו"ת פני יהושע (חנדאלי), נדפס בספר שני המאורות הגדולים, סימן יא, ד"ה באופן יצא.

135 אמנם אין מקום לתמיהה זו, אם מייחסים לרמב"ם את גישת הרמ"ה, ולפיה מאחר שהצד השלישי מוחזק ("הואיל וקנה אותה במעותיו"), פעולת השליח מחייבת את השולח כלפי הצד השלישי, כל זמן שלא הרים את נטל ההוכחה שלא ייפה את כוחו "בין לתקן בין לעוות".

136 כך נראה מדברי כסף משנה, שם, שהפנה לדברי הרמב"ם, הלכות מכירה, פרק ז, הלכה יב (שמבואר בו שנכס הנקנה במעות השולח, כשכוונת השליח הייתה לקנותו לעצמו, זכה בו השולח. ראה דיוננו להלן, פרק חמישי, עמ' 543 (ולא נהירה תמיהתו עליו בלחם משנה, שם, שכתב: "ולא ראיתי שום ראיה לזה בפרק ז ממכירה דאיירי בענינים כאלו". כך תמה גם שו"ת תורת אמת (ששון), סימן קלא, ד"ה עוד יש להתיישב). בגישה זו נוקטים פוסקים אחדים. ראה: שו"ת מהר"ש צרור, תשב"ץ, חלק ד (חוט המשולש), טור ב, סימן כב; שו"ת אבקת רוכל, סימן קסו (התשובה חתומה בידי ר' יצחק בן צדיק ן' לב): "דסתם קנה, דהיינו לעצמו, ואפילו הכי חייבו [רב נחמן] לחזור ולמוכרה למשלח, הואיל וקנה אותה במעותיו, שכן הקונה במעות חברו, אף על פי שזקפן עליו במלוה ונתכוון לקנות לעצמו, בעל המעות קנה"; ש"ך, חו"מ, סימן קפב, ס"ק ו (כפי שפירש אותו טבעת החושן, חלק ג, סימן קפב, ד"ה ועי' נתיבות ס"ק ד); אבני החושן, חו"מ, סימן קפב, ס"ק ט; אבן האזל, הלכות שלוחין ושותפין, פרק א, הלכה ג, ד"ה ונראה דדברי, ד"ה ועכשיו וד"ה ולפי"ז. וראה סעיף 6, הערה 98, וסעיף 17, הערה 67.

כלפי המוכר, בעל הכסף זוכה בנכס (על פי מה שמכונה כיום דין "עקיבה"), ולא מי שקנה אותו בפועל (אף כשלא פעל כשלוחו)[137], ומכאן חיובו של השליח לתקן את המעוות, כדין שומר וכדין פועל שגרמו נזק לבעל הבית. לפי הסבר זה, צריך להניח שלא זו בלבד שהשליח קנה קרקע בלא אחריות, אלא גם נתאנה במחיר העסקה (הקרקע שקנה אינה שוות ערך לכספו של השולח). שאם לא כן, לא ברור מהו הנזק שעליו נדרש השליח לפצות את השולח[138].

(2) על פי ההסבר שראינו זה עתה, חובתו של השליח לפצות את השולח היא פועל יוצא מזכיית השולח. ההסבר השני נוקט גישה הפוכה, ולפיה זכיית השולח היא פועל יוצא מחובתו של השליח לפצות אותו. מכוח יחסי השליחות שביניהם, השליח נחשב כמי שהתחייב מכללא בשעה שקנה את השדה בלא אחריות לפצות את השולח, אם הלה לא יהיה מרוצה מן הקנייה, לבל ייחשב הוא כמי שקנה קרקע בכסף שאינו שלו[139] (וזהו פשר דברי הרמב"ם: "הואיל וקנה אותה במעותיו"). מי שהציע הסבר זה, הניח שהלכת הרמב"ם אמורה בשליחות נסתרת, ומשום כך פעולת השליח לא הייתה ניתנת לביטול כלפי הצד השלישי. מסתבר שהתחייבות זו של השליח אינה קיימת אלא בשליחות נסתרת, שכן רק בשליחות נסתרת, ידע השליח שפעולתו עלולה לחייב אותו ולזכות אותו כלפי הצד השלישי[140]. ואכן, יש פוסקים[141] המטעימים שדברי הרמב"ם אמורים בשליחות נסתרת דווקא, ואילו בשליחות

137 הרמב"ם אינו רואה אפוא את השליח כלווה. השווה לעיל, הערה 121, שיטת הרשב"א.

138 ועדיין צריך עיון בשאלה: מדוע אחריותו של השליח מחייבת אותו ליטול אחריות אישית, ואינו יכול לפצות את השולח על הונאתו כדין כל מזיק? כפי שהקשה חזון איש, בבא קמא, סימן כא, ס"ק ט, ד"ה והר"מ. וראה שו"ת מעיין גנים, חו"מ, סימן ז (עמ' 122), שהעלה השערה שרק בנקודה זו חולק הרשב"א על הרמב"ם, ובהונאה מודה הוא שאפשר לכפות פיצוי כספי על השליח, כפי שעולה מלשון הרשב"א: "שאין השליח חייב למכור ולקנות בעל כרחו, דבמה נתחייב לקנות ולמכור?". לשאלת הבֵרה בין פיצוי כספי לבין תיקון הנזק בדיני נזיקין, ראה: א' שיינפלד, נזיקין, עמ' 299, הערה 57; פסקי דין ירושלים ב, עמ' קסט.

139 ראה נתיבות המשפט, סימן קפב, ס"ק ד: "דאמדו חז"ל דעת השליח, שבדעתו היה שיהיה המקח קיים להמשלח ולתקן אשר עיוות... בכדי שלא יהיה כגזלן" (וכבר ראינו בדיוננו על סעיף 6, ליד ציון הערה 174, שלדבריו שם, התחייבות זו של השליח היא הסיבה לכך שביחסי החוץ השולח אינו יכול למשוך את כספו מן הצד השלישי, שכן השליחות חזרה למסלולה. בנקודה זו, חוזר בו נתיבות המשפט, בסימן קפה, ס"ק ה). על שיטת הנתיבות, ראה גם לעיל, הערה 98, והערה 118. רעיון דומה בדעת הרמב"ם, של התחייבות מכללא, העלה גם חזון איש, בבא קמא, סימן כא, ס"ק ט, ד"ה והר"מ, אלא שהוא לא תלה זאת בחשש של השליח מפני איסור גזלה, אלא קבע בסתם: "צ"ל דכן דעתו של שליח לקנות עבור משלחו ולשלם אם יעוות".

לביקורת עקרונית על גישת 'נתיבות המשפט', ראה טבעת החושן, חלק ג, סימן קפב, ד"ה ועי' נתיבות ס"ק ד: "והסברא דמתחייב עצמו קשה לי לכאורה, דאיך נעשה עליו חיוב?". אבל אפשר שדברי 'נתיבות המשפט' הם כעין פסק הרמ"א, חו"מ, סימן רט, סעיף ה: "דבר... שאינו ברשותו, דינו כדבר שלא בא לעולם, שלא קנה, ויכול כל אחד מהם לחזור בו... הגה: מכל מקום אם טרח המוכר וקנה הדבר שמכר, צריך לקיים מקחו, כי אדעתא דהכי טרח וקנה, כדי דליקום בהימנותיה". וכעין זה כתב דיברות משה, בבא קמא, סימן עד, ענף ו, ד"ה ועיין בר"ן. לביקורת נוספת על 'נתיבות המשפט', ראה חידושים וביאורים (גריינימן), בני־ברק תשס"א, בבא מציעא עד ע"א, קונטרס בענייני שליחות, ס"ק ח.

140 אמנם אפשר להעמיד את הדברים גם בשליחות גלויה, אם מאמצים את גישת הרשב"א, ולפיה חריגה במודע מחייבת את השליח כלפי הצד השלישי, אלא שרוב הפוסקים לא ייחסו גישה זו לרמב"ם.

141 ראה: ט"ז, חו"מ, סימן קפב, סעיף ו; ש"ך, שם, ס"ק ו. לדעתם, גם הרא"ש מודה לרמב"ם שבשליחות נסתרת תרופת החובה היא פיצוי (נטילת אחריות). והשווה דרישה, חו"מ, סימן קפב, ס"ק יא. לדעתו, זו

גלויה, מודה הרמב"ם לרא"ש שתרופת החובה היא החזרת המצב לקדמותו. אפשר שההסבר שהצענו כאן הוא המונח ביסוד דבריהם.

יש המסייגים את הדברים, וטוענים שתיקון העיוות אינו תרופת החובה אלא אם התיקון מושלם, היינו מסלק את העיוות לחלוטין. אבל אם יש לשולח טענה שהתיקון אינו מסלק את העיוות לחלוטין, כי אז הבררה בידו לדרוש את השבת כספו. כך הבין ר' יוסף קארו[142] בעניין שליח שקנה שדה בלא אחריות, את שיטתם של הרמב"ם והר"ן[143], שמכיוון שהשולח "יכול לומר לו שרוצה יותר באחריות המוכר משלו"[144], הבררה ביד השולח לדרוש גם את השבת כספו. וכך פסק הרמ"א בהגהתו ל'שולחן ערוך'[145]: "ודוקא שהמשלח מספיק עצמו [=מתרצה] באחריות השליח ורוצה בקיום המקח. אבל אם אינו מספיק עצמו בזה, ורוצה לבטלו, הרשות בידו". יש לשער שטעמה של שיטה זו הוא, שאף שהנכס נקנה לשולח (בהתאם לאחד ההסברים שהצענו לעיל), מכל מקום, מוסכם בין השליח לבין שולחו שאם תהיה לשולח טענה שהפיצוי אינו מתקן את הנזק לחלוטין, יעבור הנכס לשליח, והוא יחזיר לשולח את כספו.

גישה ג — הבררה ביד השליח

עד כאן ראינו שתי גישות, ולפיהן על השליח מוטלת תרופת חובה, החזרת הכסף או תיקון העיוות. מכאן ואילך נראה גישות המאפשרות בחירה בין שתי התרופות, אלא שנחלקו הדעות

אכן דעת הרא"ש, אבל דעת הרמב"ם היא שתרופת החובה היא פיצוי גם בשליחות גלויה, ובלבד שהנכס נחשב לקניינו, ולא ניתן לבטל אותו כלפי הצד השלישי (וכך עולה גם מדבריו בסמ"ע, חו"מ, סימן קפב, ס"ק י).

142 ראה בית יוסף, חו"מ, סימן קפב, סעיף י, בסופו (ובעקבותיו ראה ט"ז, חו"מ, סימן קפב, סעיף ו). יש להעיר שבכך ר' יוסף קארו סותר את עצמו לכאורה, שכן בחיבורו כסף משנה (הובא לעיל, הערה 133), פירש בדעת הרמב"ם שתיקון היא תרופת חובה גם בשליח שקנה שדה בלא אחריות. על סתירה זו העירו לחם משנה, שם, ושו"ת תורת אמת (ששון), סימן קלא, ד"ה עוד יש לי (קמב ע"ד), ונשארו ב"צריך עיון". וראה עוד בעניין זה הגהות דרישה ופרישה, חו"מ, סימן קפב, אות ב. וראה שו"ת מהר"ש צרור, תשב"ץ, חלק ד (חוט המשולש), טור ב, סימן כב. הוא מסביר שתחילה, בחיבורו בית יוסף, ר' יוסף קארו נטה לקבוע, אם כי בדוחק, שדעות הרמב"ם והר"ן זהות. מאוחר יותר, בחיבורו כסף משנה, כשהעמיק בדעת הרמב"ם, הגיע ר' יוסף קארו למסקנה שדעת הרמב"ם שונה מדעת הר"ן. נציין שאכן מקובל לומר שר' יוסף קארו חיבר תחילה את ספרו בית יוסף, ולאחר מכן חיבר את ספרו כסף משנה, אבל ראה שם הגדולים (לחיד"א), מערכת ספרים, ערך כסף משנה, הקובע שככל הנראה ר' יוסף קארו עבד במקביל על שני הספרים, כך "שאין בידינו יסוד מוסד הי קדים [=איזה קדם]".

143 לא כולם הבינו כך את שיטת הר"ן. ראה להלן, הערה 158. להלן, הערה 161, אנו מצביעים על מי שסבור שדעת הרמב"ם היא שהבררה ביד השולח בכל מקרה.

144 כלשון הר"ן (מובא להלן, ליד ציון הערה 156). לביקורת על טענה זו, ראה שו"ת פליטת בית יהודה, סימן כא (תשובת ר' שמחה בר' גרשון הכהן): "זה אינו. משום דזה [השולח] לא צוה לו שיקח דוקא מפלוני כדי לומר [=שאז היה השולח יוכל לומר] 'אחריות דמוכר בעינא', אלא בסתם עשאו שליח לקנות לו קרקע, ויקנה אותו ממי שירצה, ואפילו ממי שהוא עני יותר מזה השליח. ולכן אין לו שום טענה להמשלח לומר 'אי אפשי בקניית קרקע זו', אלא בעל כורחו, שלא בטובתו, כייפינן ליה ולוקח אותה, מאחר דהאחריות על השליח". וראה אבן האזל, הלכות שלוחין ושותפין, פרק א, הלכה ג, ד"ה כתב הכ"מ: "ואולי כונתם דסתם מוכר קרקע יש לו עוד נכסים, וזה השליח משכחת לה דאין לו שום נכסים". והשווה שו"ת מים רבים, חו"מ, סימן כא, ד"ה הרי בהדיא.

145 לעיל, הערה 129.

מי זכאי לבחור, השליח או השולח. נתחיל בגישה שלפיה הבררה בידי השליח: רצה, הוא מתקן את העיוות (על ידי קבלת אחריות אישית); רצה, הוא מחזיר לשולח את כספו.

גישה זו מצאנו לראשונה אצל רבו של אבי הרמב"ם, רבי יוסף הלוי אבן מיגאש[146], האומר: "ומסתברא לן דאי אתני מוכר עליה דלוקח בעידן דזביני, דבלא אחריות הוא דמזבין ליה ניהליה, דמצי שליח למימר לה 'אנא בהדין תנאה הוא דזבנא נהלי מוכר. אי ניחא לך לקבולי הני מילי דזביני בהאי תנאה, לחיי. ואי לא, שקול זוזך ואיסתלק מהאי ארעא, ואנא מקבלנא לנפשאי בהדין תנאה' [=ומסתבר שאם התנה המוכר עם השליח בשעת המכר, שרק בלא אחריות הוא מסכים למכור לו, יכול השליח לומר לה [לשולחת, ככל הנראה בנוסף לזכותו לקבל אחריות אישית[147]]: 'בזה התנאי הוא שמכר לי המוכר. אם נוח לך לקבל את הקרקע באותם תנאים, מה טוב. ואם לא, קחי את כספך והסתלקי מקרקע זו, ואני אקבלנה באותם תנאים']". וכך נוקט גם הרמ"ה[148]. ויש מי[149] שהעלה אפשרות שגם הרמב"ם סבור שהבררה ביד השליח (ומכאן שיש להתחשב להלכה גם בגישה זו, שהלוא דעת הרמב"ם נפסקה להלכה ב'שולחן ערוך', כפי שראינו בעמ' 509).

בבסיס גישה זו, עומדת ההנחה שהשולח רכש את הקרקע, שאם לא כן, לא ייתכן לכאורה[150] לאכוף עליו את קבלת הקרקע אפילו באחריות. ומדוע רשאי השליח לבחור בין נטילת אחריות ובין החזרת כספו של השולח? התשובה לשאלה זו תלויה בשאלה: מכוח מה נקבע שהשולח רכש את השדה למרות החריגה של השליח?

אם השולח רכש את השדה מכוח שיקולים שבדיני הקניין[151] או בדיני הראיות[152], דומה שההסבר פשוט: על השליח מוטלת אמנם החובה לתקן את אשר עיוות, אולם תיקון העיוות על ידי קבלת אחריות אינו הדרך הבלעדית לתיקון, שכן גם החזרת כספו של השולח

146 חידושי הר"י מיגאש, בבא בתרא קסט ע"ב.

147 אם כי הדבר אינו נקי מספקות, שכן ניתן לפרש בדברי הר"י מיגאש שקבלת האחריות אינה באה בחשבון אלא בהסכמת השולחת. לפי פירוש זה, דעת הר"י מיגאש כדעת הרא"ש, שאין בררה בין התרופות, אלא החזרת המצב לקדמותו היא תרופת חובה, וקבלת אחריות אינה באה בחשבון אלא בהסכמה. אבל רבים מן האחרונים הבינו את דברי הר"י מיגאש כפי שכתבנו בטקסט.

148 ראה יד רמה, בבא בתרא, פרק עשירי, סימן צא.

149 ראה שו"ת פליטת בית יהודה, סימן כא (תשובת ר' שמחה בר' גרשום הכהן), ד"ה ומה (נח ע"ב). וראה גם שו"ת מעיין גנים, חו"מ, סימן ז, ד"ה ומ"מ (עמ' 113), שכך הציע גם הוא לפרש את דברי הרמב"ם, ולדעתו כך נוקטים רוב הראשונים. וראה משפט שלום, סימן קפו, ס"ק ו, ד"ה שיטה הג', שמדבריו עולה שכך הבין את שיטת כסף משנה בדעת הרמב"ם. והשווה לעיל, הערה 133.

וראה חידושי הר"ן, בבא בתרא קסט ע"ב, ד"ה א"ל זיל זבנה. משם עולה לכאורה שגם הר"ן סבור שהבררה בידי השליח: למכור לשולחת את השדה באחריות או להחזיר לה את כספה. דבריו אלו של הר"ן צריכים עיון, שכן הם אינם עולים בקנה אחד עם מה שכתב הר"ן בעצמו בקידושין יז ע"א (בדפי הרי"ף), ד"ה אבל. על דעת הר"ן, ראה להלן, הערה 158. וראה לעיל, הערה 119, מה שהערנו בדעת הרא"ש. וראה גם לעיל, הערה 121, מה שהערנו בדעת הרשב"א.

150 השווה לעיל, סוף הערה 121.

151 כפי שנוקט הרמב"ם, אף שהוא מעמיד את הסוגיה בשליחות נסתרת, על פי ההסבר הראשון שהבאנו לעיל, ליד ציון הערה 136, ולפיו הקרקע עברה לבעלות השולח מכוח דיני הקניין (עקיבה).

152 כפי שנוקט הרמ"ה, כשהוא מעמיד את סוגיית התלמוד בשליחות גלויה (לעיל, הערה 115).

תביא לסילוק העיוות[153]. ומאחר שהשליח הוא הנתבע, בידו הבררה לבחור בין שתי הדרכים לתיקון.

אם השולח רכש את השדה מכוח התחייבותו של השליח בשעת הקנייה לתקן את העיוות[154], צריך לומר, ככל הנראה, שהתחייבות זו של השליח אינה ודאית, והיא מתבררת רק למפרע[155], וזה פשר הבררה שבידו.

גישה ד — הבררה ביד השולח

גם על פי גישה זו, יש בררה בין התרופות, אבל הבררה נתונה לשולח, ולא לשליח. בהסבר פסקו של רב נחמן בעניין השליח שקנה שדה בלא אחריות, כותב הר"ן[156]: "'אם חפצה היא בקרקע, קבל עליך אחריות', אבל לא שיוכל [השליח] לכפותה בכך, שהרי היא יכולה לומר שהיא רוצה יותר באחריות המוכר משלו, ובר מן דֵּין [=וחוץ מזה], כיון שלא עשה שליחותו, הרי מקחו אצל האשה בטל". מסיום דבריו דומה שדעת הר"ן היא שבכל מקרה הבררה ביד השולח, ולאו דווקא אם יש בפיו טענה שתיקון העיוות אינו מושלם[157]. ואכן, כך הסיקו מדבריו מקצת מן האחרונים[158]. כשיטה זו נוקט לכאורה גם הרא"ה[159].

[153] כלשונו של הרמ"ה (בתרגום מן הארמית): "ומסתבר שאם אמר לו השליח לבעל הבית: אם נוח לך במה שקניתי לך שלא באחריות, מה טוב, ואם לא, מכור לי שלא באחריות וקח את כספך, שאני רוצה אותה [את השדה] — הדין עמו, שהרי אין לו הפסד לבעל הבית כלל, שהרי תיקן לו את עיוותו".

[154] כפי הסברו של 'נתיבות המשפט', שראינו לעיל, ליד ציון הערה 139, המעמיד גם הוא את הסוגיה בשליחות נסתרת.

[155] והשווה חידושים וביאורים (לעיל, הערה 139), ס"ק ט, סוף ד"ה שם. הוא מדייק מלשון הר"י מיגאש שאין מקום לספק זה אלא כשהצד השלישי לא הסכים למכור את השדה באחריות (שמאחר שהשליח עשה כל שביכולתו לפעול לטובת השולח, אפשר שלא התכוון ליטול אחריות אישית), ולא כשהשליח התרשל וקנה ביזמתו שדה בלא אחריות (שם סביר להניח שלא נהג כן אלא משום שהתחייב מראש שאם השולח לא יהיה מרוצה, הוא מקבל על עצמו אחריות אישית).

[156] ראה ר"ן, קידושין יז ע"א (בדפי הרי"ף), ד"ה אבל. לעיל, הערה 149, כבר הערנו שדברי הר"ן כאן סותרים לכאורה את מה שכתב בחידושיו למסכת בבא בתרא.

[157] השווה לעיל, ליד ציון הערה 143.

[158] ראה: שו"ת תורת אמת (ששון), סימן קלא, ד"ה תשובה; שו"ת מים רבים (מילדולה), חו"מ, סימן כ, כב (והשווה שם, סימן כא, הצעת הפירוש של ר' יוסף אירגאס). השווה ש' ורהפטיג, דיני מתווך במשפט העברי, ירושלים תשמ"ו, עמ' 74־75. וראה שו"ת אמרי נועם (לר' ישעיה דיין), חו"מ, סימן כז.
לפירוש זה בדעת הר"ן, השווה ב"ח, חו"מ, סימן קפב, סעיף יא. לדידו, דעת הר"ן כדעת הרא"ש, שתרופת החובה היא החזרת המצב לקדמותו, ואין תיקון (קבלת אחריות) אלא בהסכמה. כך נקט גם חזון איש, בבא קמא, סימן כא, ס"ק ח, ד"ה ומשמע: "ומשמע מלשון הרא"ש והר"ן שאין תביעת המשלח רק [=אלא] על מעותיו, אבל רשות ביד השליח לעכב המקח בידו, וכן בדין, דכיון דתובע העיוות, הרי אינו מתרצה במקח בגון [כגון?] זה, שנגמר המקח, ואין כאן קנין למשלח, ורשות ביד השליח לומר 'הא לך מעותיך', כיון שאינך מתרצה בשליחותי".
[אבל שם, ס"ק ט, ד"ה ויש, הוא מסייג קביעה זו ואומר: "ואפשר שאין דברי הר"ן אלא בלקח שלא באחריות, אבל בנתאנה פחות משתות, כיון דהשליח מחזיר לו האונאה, אינו יכול לבטל שליחותיה כלל, שהרי אין כאן שום שינוי". לפי זה, יש נסיבות שבהן לפי הר"ן, הבררה ביד השליח להחזיר לשולח את כספו או לתקן את העיוות. השווה לעיל, ליד ציון הערה 146, דיוננו בגישה זו. וראה שם בהמשך, ד"ה ומיהו: "ומיהו אפילו אי נימא, דבנתאנה השליח פחות משתות, רשות ביד המשלח שלא לקבל מן השליח את המקח (אלא שאם אין לו כסף, נותן לו המקח בתורת פירעון), מכל מקום, בנתן לו ליקח חטים ולקח

דומה שגם גישה זו מבוססת על ההנחה שהשליח התחייב בשעת הקנייה לתקן את העיוות, ומדוע אם כן יכול השולח בכל זאת לדרוש את השבת כספו? לדעתו, מתן הבררה לשולח באה לגלות למפרע, אם השולח רואה את פעולת השליח כפעולה בהרשאה, מאחר שהלה התחייב לקבל על עצמו אחריות אישית? או שמא אף שבפועל לא נגרם לו נזק, השולח מקפיד על כך שהשליח לא קנה את השדה באחריות, והוא רואה בכך חריגה מהרשאתו. אם השולח בוחר בתיקון העיוות, מתברר למפרע שבעיניו הפעולה הייתה בהרשאה. ואם הוא דורש את השבת כספו, מתברר למפרע שהשליח פעל בלא הרשאה (למרות שהתחייב מראש לתקן את העיוות)[160]. ואולי אפשר להציע הסבר פשוט יותר, והוא שהשליח מבקש לרצות את השולח, ולשם כך הוא מוכן להשאיר ביד השולח את הבררה אם לראותו כמי שהתחייב לתקן או לראותו כמי שלווה את כספו וקנה את השדה לעצמו. עוד אפשר להסביר שהבררה הניתנת לשולח יסודה בקנס שקנסו חכמים את השליח[161].

(3) אי־ציות הגורם לפגיעה עתידית בשולח

(א) מבוא ("אם פחתו — פחתו לו")

עד כאן דננו בתרופות הניתנות לשולח, כשהשליח עשה את השליחות באופן הפוגע באינטרסים שלו. כאן אנו מבקשים לדון בתרופות הניתנות לשולח, כשהשליח עשה את השליחות מתוך אי־ציות להוראותיו, אם כי לא היה בו באי־הציות כשלעצמו כדי לפגוע באינטרס שלו (ובוודאי שלא לכך התכוון השליח[162]), אלא שלאחר מעשה, איתרע מזלו, וכתוצאה מאירוע בלתי צפוי, נפגעו האינטרסים הכלכליים של השולח. לדוגמה, השולח, שהוא סוחר בדים, שלח את שלוחו לקנות עבורו בד בצבע אדום, והלה קנה בד בצבע שחור בערך שווה, ורק לאחר מכן ירד ערך הבד השחור בשוק, ונשאלת השאלה: האם התרופות העומדות לרשות השולח בכגון זה זהות לאלו העומדות לרשותו כאשר השליח פגע באינטרסים שלו בשעת ביצוע השליחות, דוגמת שליח שקנה שדה שלא באחריות? כפי שנראה להלן, כך סבורים אמנם חלק מן הפוסקים, אך לא כולם, והחולקים על גישה זו חלוקים ביניהם לכאן ולכאן: יש פוסקים המצביעים על כך שבנידון דידן, התנהגות השליח חמורה יותר, שכן חרג מהרשאתו (בלא

שעורים, נראה דשעורים הן ברשותו [ראה על כך להלן, הערה 185]" (אבל השליח יכול מצדו לשמור את השעורים לעצמו ולהשיב לשולח את כספו. ראה שם, ס"ק ח, ד"ה ומשמע)].
והשווה שער המלך, הלכות מכירה, פרק יג, הלכה ט, ד"ה והנה, שצידד גם הוא תחילה בפירוש זה בדעת הר"ן (שכן לא אמר הר"ן אלא שאין השליח יכול "לכפותה בכך", אך אין להסיק מכאן שהשולחת יכולה לחייב את השליח לקבל על עצמו אחריות), אבל לבסוף הוא מאמץ את הבנת מהר"א ששון מכוח מה שכתב הר"ן בכתובות נז ע"ב (בדפי הרי"ף), ד"ה והא מר הוא דאמר. אבל ראה שם, ד"ה ולעיקר, שלדעתו, הסיבה לכך שאפשר לכפות על השליח את התיקון היא, שלא ייגרם לו נזק, שכן מאחר שלפי הר"ן השליח פעל כשליח נסתר, הרי שגם אם היה מחזיר לשולחת את כספה, הסיכון לאבדן השדה היה שלו, שהרי לא עומדת לו האפשרות להחזיר את השדה למוכר.

159 ראה שיטה מקובצת, כתובות צט ע"ב, ד"ה וזה לשון רש"י.

160 כך הציע להסביר את הגיון שיטת הר"ן הרב דוד פאפו בשו"ת פני דוד, חו"מ, סימן יא, ד"ה ואחר (צא ע"ד) [להלן, ד"ה דבר הלמד (צב ע"א), 'פני דוד' מדגיש: "ודין זה הוא בין באונאה בין בשינה באחריות". והשווה חזון איש, לעיל, הערה 158].

161 ראה להלן, הערה 179, שכך פירש מהר"א מונסון את שיטת הרמב"ם.

162 יתרה מזו, אפשר שכוונתו הייתה לתועלת השולח. ראה מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן א. וראה בעניין זה דיוננו על סעיף 8, פרק שישי, ב, עמ' 456.

קשר לתוצאות הכלכליות של החריגה), ועל כן התרופות שעומדות לרשות השולח בכגון זה עדיפות על פני אלה העומדות לרשותו כשרק נפגעו האינטרסים שלו. ויש פוסקים המצביעים על כך שבנידון דידן, התנהגות השליח חמורה פחות, שכן סוף סוף בשעת ביצוע השליחות לא הייתה פגיעה באינטרסים הכלכליים של השולח, ואלמלא הנזק הבלתי צפוי שאירע לאחר מעשה, אפשר שהשולח לא היה דוחה את פעולת השליח. לשון אחר. אין לשולח טרוניה של ממש כנגד השליח, ואפשר שהטענה שהשליח חרג מהוראותיו אינה אלא אמתלא, ועל כן יש לצמצם את התרופות העומדות לרשותו.

חילוקי דעות אלה נתגלעו בהבנת הסוגיה התלמודית בעניין מי שנשלח "לקנות חיטים וקנה שעורים"[163]. התלמוד מצטט ברייתא, שלפיה אם השליח קנה שעורים במקום חיטים, ולאחר הקנייה[164] פחת ערך השעורים, ונמצא שהשינוי פגע באינטרסים של השולח, השליח הוא שנושא בהפסד: "פחתו – פחתו לו".

בטרם נמשיך בניתוח הלכת הברייתא, יש להבהיר שאם פעולת השליח ניתנת לביטול כלפי צד שלישי, היינו שאפשר לחייב את המוכר להחזיר לשולח את כספו[165], מקובל על הכל שהשולח אינו יכול לקיים את המקח, ובד בבד לתבוע מן השליח פצוי על הפחת (כמו שראינו בתת־פרק הקודם בעניין שליח שפגע באינטרסים של השולח).

עוד יש להזכיר שאף אם פעולת השליח אינה ניתנת לביטול כלפי צד שלישי, אם השולח מאשר את הפעולה[166], השליח פטור מאחריות, גם אם השינוי הביא בסופו של דבר לפגיעה באינטרס של השולח. כך ניתן ללמוד מדברי הרמב"ם בדין השותפים[167]: "המשתתף עם חבירו בסתם [כלומר, בלא לפרט את תנאי השותפות], לא ישנה ממנהג המדינה באותה הסחורה, ולא ילך למקום אחר, ולא ישתתף בה עם אחרים, ולא יתעסק בסחורה אחרת[168], ולא ימכור בהקפה אלא דבר שדרכו להמכר תמיד בהקפה, ולא יפקיד ביד אחרים... עבר ועשה שלא מדעת חבירו, ואח"כ הודיעו ואמר לו 'עשיתי כך וכך', והסכים למעשיו – הרי זה פטור"[169]. וכבר ראינו שלדעת פוסקים רבים, לעניין זה, דין השליח כדין השותף[170].

[163] בבא קמא קב ע"א. בדיוננו על סעיף 6, כבר עסקנו בסוגיה זו, אלא ששם התמקדנו בחלקה הראשון של הברייתא, ולפיו "אם הותירו", כלומר אם עלה ערך השעורים, השולח זוכה ברווח. וכבר הבאנו שם שתי גישות עיקריות בהסברת זכייתו של השולח: לפי האחת (ראה שם, ליד ציון הערה 97), השולח זוכה ברווח למרות ביטול השליחות עקב חריגת השליח מן ההרשאה, וזאת מכוח דין "זכין", מכוח עקרון העקיבה או מכוח קנס; ולפי השנייה (ראה שם, ליד ציון הערה 88), סטיית השליח אינה עולה כדי חריגה, ועל כן השולח זוכה ברווח מכוח דיני השליחות.

[164] ראה חזון איש, בבא קמא, סימן כא, ס"ק ו, ד"ה ויש לעי' בהיה, שאין לפרש שהברייתא דנה בפחת שהיה כבר בשעת הקנייה, ש"פחתו" שברישא של הברייתא מקביל ל"הותירו" שבסיפא, וכשם ש"הותירו" הוא לאחר זמן, כך גם "פחתו". וכבר העיר כך לפניו דברי חיים (אוירבך), חו"מ, דיני שלוחין, סימן ו, ד"ה ולפענ"ד.

[165] בשאלה אימתיי פעולת השליח שקנה חיטים במקום שעורים ניתנת לביטול כלפי הצד השלישי (המוכר), דננו בהרחבה בדיוננו על סעיף 6, ליד ציון הערה 107. וראה שם (הערה 91, והערה 103) שיטתו הייחודית של 'אורים גדולים' (בדברי הראב"ד), ולפיה מאחר שהיה פוטנציאל לרווח, פעולת השליח אינה ניתנת לביטול כלפי הצד השלישי.

[166] לשאלה אם די בהסכמה שבשתיקה, ראה דיוננו לעיל, סעיף 6, הערה 143.

[167] רמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק ה, הלכה א.

[168] ראה דיוננו בסעיף 6, הערה 104, שיש המפרשים שהכוונה לסטייה מן ההרשאה, כגון קניית חיטים במקום שעורים.

הלכת הברייתא, "פחתו – פחתו לו", אמורה אפוא כשאין אפשרות לבטל את הפעולה כלפי צד שלישי, והשולח לא אישר את הפעולה בדיעבד[171].

לכאורה, ההלכה "פחתו – פחתו לו" מובנת מאליה לגישה שקניית שעורים במקום חיטים היא חריגה מהרשאה המבטלת את השליחות, שאז ניתן לראות את השליח כמי שקנה את השעורים לעצמו, וברור אפוא שהוא נושא בהפסד[172]. לעומת זאת, לגישה שאי־הציות של השליח כשלעצמו אינו מבטל את השליחות[173], חיובו של השליח אינו מובן מאליו. אמנם בשל ההפסד שנגרם לו, השולח טוען כלפי השליח "לתקן שלחתיך ולא לעוות"[174], אבל הפסד זה אירע לאחר מעשה, ולא בשעת ביצוע השליחות[175]! ניאלץ אפוא להניח שלפי גישה זו, יסוד חיובו של השליח אינו מעיקר הדין, אלא ככל הנראה בהסכם מכללא[176] או בתקנה (קנס)[177] בשל אי־הציות להוראות השולח.

[169] אין להתעקש ולומר שהפטור הוא רק על הפחת הידוע כבר בשעת ההתרצות. ראה חזון איש, בבא קמא, סימן כא, ס"ק ו, ד"ה ויש לעי' בהיה.

[170] ראה סעיף 6, הערה 48.

[171] חזון איש מטעים שם: "ואין הבעלים יכולים לכופו לשליח בשעת קבלתו, שיהא אחריות זולא [=ההוזלה] על השליח". כלומר, משעה שהשולח מאשר את פעולת השליח למרות הסטייה מהוראותיו, עוברת האחריות לירידת ערך הסחורה אל השולח, ואין הוא יכול להסכים על תנאי שאם יהיה הפסד יישא בו השליח. ואם עשה כן, יכול השליח לומר לו 'קבל מעותיך חזרה ותן לי את הסחורה'. לדעה שונה, השווה להלן, הערה 222.

[172] לפוסקים הנוקטים גישה זו, ראה לעיל סעיף 6, למן הערה 95 ועד הערה 99. וראה להלן, הערה 195. ואולם השווה להלן (ליד ציון הערה 215) גישת הרשב"א, ולפיה השליחות בטלה, ואף על פי כן חיובו של השליח בפחת אינו מעיקר הדין אלא משום קנס.

[173] לפוסקים הנוקטים גישה זו, ראה לעיל סעיף 6, ליד ציון הערה 88. וראה להלן, הערה 198, והערה 205.

[174] ראה: רש"י, בבא קמא קב ע"ב, ד"ה הא ר"מ; רא"ש, בבא קמא, פרק ט, סימן יח. וראה: שו"ת שואל ומשיב, מהדורא ו, סימן נה; שו"ת הרד"ם (פעדיר), חו"מ, סימן ו, ד"ה ואגב אבאר, שעמדו על כך, שלפי רש"י, טענת השולח היא רק "לתקן שלחתיך ולא לעוות", אף שהייתה כאן לכאורה חריגה מוחלטת המבטלת את השליחות.

[175] ראה חזון איש, בבא קמא, סימן כא, ס"ק ו, ד"ה ויש לעי' בנפחת: "כיון דבשעת מכירה [כלומר קניית השעורים] ניחא ליה למשלח גם בשעורים, כי [=כאשר] הוזלו במה יתחייב השליח?".

[176] ראה חזון איש, שם: "יש כאן תנאי מצד המשלח שאם יוקרו הרי הן שלו, ואם יוזלו הנן של השליח, וגם השליח מתרצה בכך בסתמא כיון ששינה".

[אפשר שהגישה המבססת את החיוב של השליח על הסכם מכללא עומדת ביסוד דברי התוספות, בבא קמא קב ע"א, ד"ה הנותן (וכן הובא גם ברא"ש, שם, פרק ט, סימן יח). התוספות למדים מסוגייתנו כלל בהלכות ריבית: "מכאן יש להביא ראיה אם אדם נותן מעות לחבירו למחצית שכר, ואמר 'על מנת שלא תלוום אלא על משכונות של כסף וזהב ותשמרם בקרקע, ואם תשנה יהא ברשותך לחייב בכל דבר ואם פחתו, פחתו לך', שאין זה רבית. דהא הכא אם שינה מדעתו, אמר 'אם פחתו, פחתו לו', אפילו הכי אם הותירו, הותירו לאמצע, ולא הוי רבית, כיון דאם לא היה משנה דעתו, לא היו כולן ברשותו, אלא השכר וההפסד לאמצע כדין פלגא מלוה ופלגא פקדון". מאחר שהריבית האסורה מן התורה היא ריבית המוסכמת מראש בין הלווה למלווה ("ריבית קצוצה"), מסתבר שהתוספות הבינו שגם בסוגייתנו, חיובו של השליח הוסכם מראש (לפחות מכללא), שאם יסוד החיוב בקנס, לא ברור כיצד ביקשו התוספות להסיק מכאן מסקנה לעניין איסור ריבית. יתרה מזו, מראשונים אחדים שמביאים חידוש זה של התוספות, עולה שלמעשה בעל המעות מרשה למתעסק לשנות מלכתחילה, ואף ברור לו שישנה (ראה לדוגמה תשובות מיימוניות, ספר משפטים, סימן כט), ומכאן כאמור שיסוד חיובו של השליח הוא הסכם מכללא. וראה עוד להלן, הערה 207].

[177] כך עולה לכאורה מחידושי הרשב"א, בבא קמא קב ע"ב, ד"ה הא והא: "ומיהו כיון ששנה ממה שאמר

כפי שנראה להלן, שאלת יסוד אחריותו של השליח, "פחתו – פחתו לו", אינה שאלה אקדמית גרידא, אלא היא עשויה להשפיע על התשובה לשאלה: האם שליח שקנה נכס שונה מהוראות שולחו חייב להחזיר לשולח את כספו? או שמא אינו מפצה אותו אלא על ההפסד שגרם לו?

(ב) פיצוי או השבת הכסף?

לעיל, כשדננו בתרופות הניתנות לשולח, כשהשליח עשה את שליחותו באופן הפוגע באינטרסים שלו (כגון שקנה עבורו קרקע בלא אחריות, ואין אפשרות לבטל את הפעולה כלפי צד שלישי), עמדנו על שתי הגישות העיקריות בעניין התרופה שזכאי לה השולח: יש הטוענים שהשליח הוא שזוכה בנכס, ועליו להשיב לשולח את כספו; ויש הטוענים שהשולח הוא שזוכה בנכס, ועל השליח לפצותו על הפגיעה באינטרסים שלו. האם גישות אלה רלוונטיות גם לענייננו?

אכן פוסקים אחדים נוקטים שגישות אלה רלוונטיות גם לענייננו: מקצתם סבורים שכשם ששליח הפוגע באינטרסים של השולח זוכה בנכס מושא השליחות, והשולח יכול לתבוע את כספו חזרה[178], כך הוא גם בענייננו[179] [180]; ומקצתם סבורים שכשם ששליח שפגע באינטרסים של שולחו אינו רוכש את הנכס מושא השליחות, והשולח יכול לתבוע ממנו את תיקון העיוות דווקא[181], כך הוא גם בענייננו[182] (לכאורה, גובה הפיצוי יחושב באופן יחסי לערך החיטים שהיה אמור לקנות. ואם ערך החיטים ירד גם הוא, ולא רק ערך השעורים שנקנו, תקטן חובת הפיצוי בהתאם[183]).

ברם, השוואה זו אינה מקובלת על פוסקים רבים. מחד גיסא, יש הטוענים שמכיוון שקניית

לו בעל המעות, קנסינן ליה, דידו על התחתונה, ואם פחתו, פחתו לו" (אבל השווה דבריו, שם, ד"ה ואחיכו, שמהם עולה שגם בשינוי גמור, אף על פי שהשליחות בטלה, חיובו של השליח בפחת הוא מכוח קנס. לדיון בדבריו אלו, הצריכים עיון, ראה להלן, ליד ציון הערה 217). וכך סבורים: שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן קעט, בדעת רש"י: "דלעולם הוי שלוחו, [אלא] לענין פחת משום דשנה, והוי כמו קנס, וכדפרש"י ז"ל עלה דמתניתין לרבי יהודה דקניס ליה להא דשנה" (והשווה לעיל, סעיף 6, הערה 99); שו"ת דרכי נועם (לר' מרדכי הלוי), חו"מ, סימן לד, ד"ה ואמנם אם; חזון איש, בבא קמא, סימן כא, ס"ק ו, ד"ה ויש לעי' בנפחת: "ואפשר שעיקר הדין מדרבנן, וקנס חכמים הוא במשנה".

178 ראה לעיל, ליד ציון הערה 117 ואילך.

179 ראה לדוגמה שו"ת אוהלי יעקב (מהריק"ש), סימן מה. וראה גם דברי ר' אברהם מונסון, מובא בשו"ת מהרש"ך, חלק ג, סימן סו, ד"ה ומשיחתו, שמעיר על סתירה לכאורה בין מה שפסק הרמב"ם (לעיל, הערה 128) בעניין "ההיא איתתא", שעולה ממנה, לפי פרשנותו, שהשדה נקנתה לשליח, אלא שמכוח קנס עליו למכור אותה לשולח באחריות ("חוזר ומוכרה"), לבין מה שפסק בעניין חיטים ושעורים, משם עולה שהשעורים נקנו לשולח (שכן הוא מחייב אותו רק בגין ירידת ערך השעורים, ולא בגין אונס שאינו קשור בשינוי. ראה להלן, ליד ציון הערה 202), ואינו מציע להבחין בין הסוגיות.

180 וראה שו"ת אוהלי יעקב (מהריק"ש), סימן מה, המדגיש שחובת הפיצוי חלה על השליח, גם אם החיטים שהיה אמור לקנות פחתו גם הן, שכן משעה שלא ציית להוראות שולחו, הריהו כמי שלווה את כספו של השולח, וחלה עליו חובה מוחלטת להחזיר לו את כספו. לפי מהריק"ש, גישה זו מוכחת, "שהרי הברייתא מילתא פסיקתא נקטא, 'אם פחתו, פחתו לו', ולא אמרה אם פחתו בערך [=לעומת] קניית החטים".

181 ראה לעיל, ליד ציון הערה 128 ואילך.

182 ראה לדוגמה, שו"ת אורים גדולים, סימן לב, לימוד קצה, ד"ה ואיני יודע, בשיטת הרמב"ם.

183 ואכן ראה להלן, הערה 187, שכך נוקטים מקצת מן הפוסקים. מהריק"ש (לעיל, הערה 180) טוען שזו

שעורים במקום חיטים היא חריגה מוחלטת מן ההרשאה, השליח נחשב כמי שקנה את השעורים לעצמו, והתרופה הבלעדית העומדת לרשות השולח היא אפוא החזרת כספו. לדעתם, יודו לזה גם הסוברים שבפגיעה באינטרס של השולח, השליח אינו נחשב כמי שקנה את הנכס מושא השליחות לעצמו, והבררה בידו אפוא להחזיר לשולח את כספו או לפצות אותו על ההפסד שגרם לו[184]. מאידך גיסא, יש הטוענים שהשינוי של השליח שקנה שעורים במקום חיטים אינו עולה כדי חריגה. ולא זו אף זו, מאחר שבשעת ביצוע השליחות לא נפגעו האינטרסים של השולח, גם הטענה "לתקן שלחתיך ולא לעוות" קשה להלמה, וכבר הבאנו את ההשערה שהאחריות המוטלת על השליח בכגון זה אינה מעיקר הדין, אלא יסודה בהסכם מכללא או בתקנה (קנס). הנוקטים גישה זו טוענים שאף הסבורים שפגיעה באינטרס של השולח בשעת ביצוע השליחות מזכה אותו בתביעה להשבת כספו, יסכימו שכאן השולח אינו יכול לתבוע את השבת כספו, משום שהוא קנה את השעורים, ואינו זכאי אלא לפיצוי על ההפסד שנגרם לו לאחר מעשה[185].

ד. הפסד שאינו קשור בביצוע לקוי של השליחות

(1) מבוא

עד כאן עסקנו בשאלה: האם השליח חייב רק בפיצוי, או שמא עליו להשיב לשולחו את כספו? שאלה נוספת הנגזרת משאלת הבעלות על הנכס שנקנה היא: האם אחריותו של השליח היא רק להפסד שהוא תוצאה ישירה או עקיפה לאופן ביצוע הפעולה[186], או שמא יש לו

המסקנה המתבקשת למי שנוקט שהשליח אינו רוכש את השעורים לעצמו, ומשום כך דחה גישה זו בטענה שאינה מתיישבת עם לשון התלמוד. אבל השווה להלן, הערה 187, שיטת המבי"ט.

184 ראה תשובת ר' אברהם מונסון בשו"ת מהרש"ך, חלק ג, סימן סו, ד"ה ונראה שסמך: "הגם כי מרן ז"ל כתב שנראה מדברי הרמב"ם ז"ל כי צריך שום [=איזו] טענה לבטל המקח, היינו כשקנה אותו מקח שנצטווה עליו כנדון דהתם [קניית שדה], אלא שקנאו שלא באחריות. אבל אם קנה דבר אחר, אין לך טענה גדולה מזו שקנה מה שלא צווה". וצריך עיון אם הבחנה זו נכונה לשני ההסברים שראינו לעיל בשאלה מדוע הנכס שייך לשולח גם לאחר שהשליח פגע באינטרסים שלו (ראה לעיל, ליד ציון הערה 135 ואילך). וראה בעניין זה אבני החושן, סימן קפג, ס"ק ח, ד"ה הפסד (וראה עוד דבריו, סימן קפב, ס"ק ט).

185 ראה שו"ת אורים גדולים, סימן לב, לימוד קצה, ד"ה ואחר המחילה: "דבשלמא בנותן מעות לקנות לו חטים וקנה שעורים וכיוצא [בזה], דיש מציאות שיהיה ריוח באותה קניה... לא נסתלק כח המשלח... אמנם בקנה קרקע שלא באחריות, דההפסד מבורר וגלוי, ואינו מעותד שיהיה לו ריוח כלל משינוי זה נסתלק כחו של משלח כלל, ובכן [=ואז] כתב הרמב"ם חוזר ומוכרן". וכן היא גם דעת חזון איש, בבא קמא, סימן כא, ס"ק ט, ד"ה ומיהו אפי'. לעיל, הערה 158, ראינו שלדעתו בקנייה בלא אחריות, הבררה ביד השולח, ואף על פי כן דעתו בחיטים ושעורים שהשליח יכול לכוף את השולח לקבל פיצוי: "בנתן לו ליקח חטים ולקח שעורים, נראה דשעורים הן ברשותו, דכיון דלא חשיב שינוי, ורצונו ברווחא דידיה, ואין לקיחת שעורים בשם עיוות, דאין ידוע איזה יוכשר טפי, זה או זה, לכן נהי דיכול לתבוע פחתא, אבל לתבוע כסף דוקא [כלומר לבטל את השליחות], אינו זכאי". אבל ראה לעיל, סעיף 6, סוף הערה 103.

186 וזאת על פי עקרונות דיני השומרים החלים על השליח. נקבע אמנם ששומר שהפר את הסכם השמירה (כגון שוכר חמור שהוסכם שיוליך את החמור בבקעה, והוא הוליך אותו בהר. ראה בבא מציעא עח ע"א), אחריותו גדולה יותר ממה שהסכים לקבל על עצמו מתחילה, והוא נושא באחריות גם על אונסים, אבל אין זו אחריות גורפת, והיא מותנית בקשר נסיבתי בין השינוי לבין האונס. קשר כזה קיים לא רק בירידת הערך, והוא עשוי להתקיים גם בהפסד אחר. ראה: ב' כהנא, שומרים, עמ' 166 (וראה נוסף על המקורות

אחריות מוחלטת כלפי השולח, גם אם לא היה קשר בין אופן ביצוע הפעולה לבין הפחת? כפי שנראה להלן, שאלה זו נידונה על ידי הפוסקים בנוגע לשליח שלא ציית להוראות השולח בזיקה לסוגיית "שלחו לקנות חיטים וקנה שעורים", וכמעט שלא דנו בה בזיקה לסוגיות הנוגעות לפגיעה באינטרס של השולח (קנה במחיר הונאה או קנה שלא באחריות).

(2) אי־ציות להוראות השולח

ומה הדין כאשר ניזוק נכס שנקנה תוך אי־ציות להוראות השולח אך לא בשל אי־הציות, כגון שהנזק נגרם כתוצאה מתאונה במהלך ההובלה או שירדו המחירים הן של הנכס שקנה הן של הנכס שהיה אמור לקנות?[187]. שאלה זו עמדה במוקד חילוקי דעות נוקבים בין הפוסקים לאורך הדורות. לכאורה, התשובה לשאלה זו, כמו לקודמתה, נגזרת משאלת יסוד חיובו של השליח: אם חיובו הוא משום שאי־הציות עולה כדי חריגה, כי אז מוטלת על השליח אחריות מוחלטת, כאילו אבד לו נכס שבבעלותו שהוא נושא בהפסד. לעומת זאת, אם חיובו אינו מעיקר הדין, אלא יסודו בהסכם מכללא או בתקנה (קנס), כי אז אפשר שאחריותו מצומצמת להפסד שהיה קשור בשינוי. בדיוננו להלן, ניווכח שקשר זה בין שתי השאלות אינו הכרחי. לשם הבהירות, בחרנו להציג את גישותיהם של הפוסקים לפי תוכנן, מן הפשוטה אל המורכבת, ולא לפי השתלשלותן הכרונולוגית.

אין ספק שאם יסוד חיובו של השליח בפחת הוא משום שאי־הציות עולה כדי חריגה, והוא נחשב כמי שקנה את השעורים לעצמו, הרי שהוא נושא באחריות מוחלטת[188]. ואמנם כך נקטו חלק מן הפוסקים, כשנדרשו לשאלה הבאה: מעשה בראובן ששלח סחורה ממצרים לוונציה לשלוחו, כדי שהלה ימכור שם את הסחורה, ובתמורה שיקבל, יקנה סחורה מסוימת וישלח אותה אליו. השליח, שהיה לחוץ בזמן, החליט על דעת עצמו לסטות מהוראות שולחו, ושלח לו סחורה שונה מזו שביקש. בדרך חזרה טבעה הספינה שהייתה עליה הסחורה המיועדת

שאנו דנים בהם להלן, את המקורות שאסף כהנא, שם, עמ' 874); מ' ויגודה, חוק לישראל, שכירות ושאילה, ירושלים תשנ"ח, עמ' 377.

187 ראוי לציין שלעומת השאלה של אבדן הנכס בנסיבות אונס, שנידונה בפוסקים בהרחבה, הרי השאלה של הוזלה כללית (פחת) לא זכתה להתייחסות רבה. לכאורה, פחת כללי כזה דינו גם הוא כאונס שאינו קשור באי־הציות, שהרי הוא היה קורה בכל מקרה. ואמנם כך סוברים: שו"ת נהרי אפרסמון, חו"מ, סימן יד, ד"ה אולם; חזון איש, בבא קמא, סימן כא, ס"ק ו, ד"ה ויש לעי'. לא כן דעת המבי"ט (שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן קעט. ראה דיון בדבריו להלן, ליד ציון הערה 198). לדעתו, אין קשר הכרחי בין ירידת הערך של מין אחד לירידת הערך של מין אחר, ובלשונו: "כל מינא אתי ליה זולא ופחתא ממיניה, או חיטים או שעורים, לא מחמת פחת וזול דחבריה". יש להניח שאם ניתן להוכיח שסיבת ירידת הערך של המינים הייתה אחת, גם הוא היה מסכים שדין הפסד כזה כדין הפסד שאינו קשור באי־הציות, אלא שזהו נטל שקשה להרימו.

188 כך הניחו כמושכל ראשון הפוסקים שיובאו בסמוך, וכך הניחו גם: מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן א (כשהוא מציין שהשאלה אם קניית שעורים במקום חיטים עולה כדי חריגה שנויה במחלוקת בין הראשונים); שו"ת הרד"ם (פעדיר), חו"מ, סימן ו; קצות החושן, סימן קפג, ס"ק ה; נתיבות המשפט, שם, ס"ק ז; אור שמח, הלכות שלוחין ושותפין, פרק ה, הלכה ב, ד"ה המשל"מ (כשהוא מבחין בעניין זה בין שליחות לצריכה ביתית ובין שליחות למסחר, שרק בראשונה השינוי עולה כדי חריגה המבטלת את השליחות. הובא לעיל, בדיוננו על סעיף 6, ליד ציון הערה 101). ראוי לציין שהמבי"ט, שאת שיטתו נראה להלן, אינו חולק על הנחה משפטית זו (ראה להלן, ליד ציון הערה 200), אלא שלדעתו, קניית שעורים במקום חיטים אינה עולה כדי חריגה המבטלת אוטומטית את השליחות. לדעתו, שליח זה עדיין שם שליח עליו, ועל כן אינו נחשב כמי שקנה לעצמו, ומשום כך אינו נושא באחריות מוחלטת.

לשולח. הצדדים מינו בורר, וזה פסק לחייב את השליח, אף שלא היה קשר בין אי־הציות שלו לאבדן הסחורה. פסק דין זה גרר בעקבותיו פולמוס גדול[189]. ר׳ אברהם מונסון[190] ומהרש״ך[191] ומהריק״ש[192] הצדיקו את הפסק של הבורר. לדעתם, משעה שהשליח עבר על הוראת השולח, הסחורה שרכש נחשבת שלו, ועל כן הוא נושא באחריות מוחלטת עליה, אף על פי שאין קשר בין אי־הציות לבין הנזק. אמנם השליח ששינה מדעת משלחו אינו גזלן, משום שלא התכוון לכך, ועל כן אם מחיר הסחורה עלה, הרווח לשולח[193]. אבל לעניין האחריות, השליח שעבר על דעת משלחו נחשב כמי שהסחורה שלו, ועל כן הוא נושא בכל הפסד שהוא, אף אם אינו קשור לאי־הציות[194].

עם זאת, יש לציין שהנוקטים גישה זו מצמצמים את אחריותו המוחלטת של השליח לשליחות לקנייה בלבד, ומשום שאפשר לראותו כמי שקנה את הנכס לעצמו, אבל לא כן בשליחות למכירה, שבה אי אפשר לראותו כמי שמכר את שלו, שהרי מכר את של השולח. כך לדוגמה, אם השליח במקום למכור את הנכס של השולח לאדם מסוים כהוראת השולח, מכר את הנכס לאדם אחר, הרי התמורה שקיבל אינה שלו אלא של שולחו, ואחריותו עליה היא כאחריות שומר ולא כאחריות בעלים. אשר על כן, אם אבדה התמורה באונס שאינו קשור באי־ציות, לא יישא השליח באחריותה[195].

189 הצדדים מינו את ר׳ אברהם בן דיאה (ממצרים?) כבורר, והוא פסק שהשליח נושא באחריות. כנגד פסק זה, יצא בחריפות ר׳ שלמה גאביזון (ראה להלן, הערה 204), בטענה שהפסק הוא ״טעות בדבר משנה״, ועל כן יש לבטלו. להגנתו של ר׳ אברהם בן דיאה, נחלץ ר׳ אברהם מונסון. מהרש״ך ומהריט״ץ מצדיקים את ר׳ אברהם מונסון, וכשיטה זו נוקט גם מהריק״ש (שנראה שתשובתו נכתבה ישירות לר׳ אברהם בן דיאה).

190 מובא בשו״ת מהרש״ך, חלק ג, סימן סו (וראה במיוחד שם, ד״ה והשתא, הובא לעיל, סעיף 6, הערה 97).

191 שו״ת מהרש״ך, חלק ג, סימן סד (וראה גם סימן סה, שם הוא מתפלמס עם מהר״ש גאביזון).

192 שו״ת אוהלי יעקב, סימן מה. וראה עוד שו״ת מהריט״ץ, סימן קכט (ובייחוד בד״ה אמנם כד), שמצדיק את הפסק של ר׳ אברהם מונסון, אבל קשה לקבוע מה הוא נוקט בשאלה העקרונית אם השליחות בטלה אם לאו.

193 ראה על כך דיוננו על סעיף 6, פרק שני, ג(2), עמ׳ 339.

194 רבים מן הפוסקים שדנו בשאלת היקף אחריותו של השליח (שאנו דנים בה כאן) תלו אותה בשאלה שדננו בה לעיל, פרק שלישי, ג(3)(ב), עמ׳ 518. לדעתם, אם השליח חייב בהחזרת המצב לקדמותו, אות היא שהוא נחשב לבעל השעורים, וממילא מוטלת עליו אחריות מוחלטת. לעומת זאת, אם הוא חייב בפיצוי בלבד, אות היא שאינו בעל השעורים, וממילא אחריותו מוגבלת להפסדים הקשורים בשינוי. ברם, פוסקים אחדים טוענים שמי שנוקט שהשליח חייב בפיצוי בלבד אינו סבור בהכרח שאינו נושא אלא באחריות מוגבלת. לדעתם, כל זמן שהשליח לא המציא לשולח את הנכס בתוספת הפיצוי, נחשב הנכס כעומד ברשותו, וממילא אם יאבד הנכס, אפילו בנסיבות של אונס שאינו קשור באי־הציות, יישא באחריות מוחלטת. ראה שו״ת אורים גדולים, סימן לב, לימוד קצה, ד״ה אמנם כד: ״לא אמרוה אלא דווקא כשיתקן העוות, אמנם כל זמן שלא תקן העוות, נראה דקאי ברשות השליח״. רעיון דומה העלה כבר מהר״א מונסון, והובאו דבריו בשו״ת מהרש״ך, חלק ג, סימן סו, ד״ה ואין לומ׳ דאישתמיטיה, בדעת הר״ן בסוגיית ההיא איתתא (וכבר ראינו לעיל, הערה 179, שלדעת מהר״א מונסון, דין שליח ששינה כדין שליח שפגע באינטרסים של שולחו): ״דאף על פי דמתחילה נתבטל השליחות, עתה, כשיקבל השליח ויתקן כל העיוות, כופין את המשלח שיקנה מחדש קנייה חדשה... ונפקא מינה לנדון דידן, דכל אפייה שוין, שאם נאנסו קודם שיקנה המשלח קנייה אחרת, אבדו לשליח״. וראה להלן, הערה 201.

195 ראה שו״ת זרע אברהם (יצחקי), חו״מ, סימן כד, ד״ה אמנם אודיע, שפסק כך למעשה: ״לדידן לאו הא

כאמור, כך הוא לגישה הרואה בקניית השעורים במקום החיטים חריגה מוחלטת. לעומת זאת, לגישה הרואה באי־ציות זה של השליח סטייה שאינה עולה כדי חריגה, שאלת היקף אחריותו של השליח אינה חד־משמעית[196]. וכפי שנראה להלן, נחלקו בה ר׳ משה מטראני ור׳ יוסף קארו[197].

לדעת ר׳ משה מטראני[198], מכיוון שחיובו של השליח אינו מעיקר הדין[199], יש להגביל אותו רק לנסיבות שבהן ההפסד נגרם כתוצאה מאי־ציות. הוא דן בשליח שנתבקש להחליף סחורה מסוימת בשתי סחורות אחרות ולשלוח את החליפין חזרה לשולח. על דעת עצמו, החליט השליח שעדיף להחליף את הסחורה בסחורה אחת בלבד, וכך עשה. השיירה שבאמצעותה שיגר השליח את הסחורה לשולח נשדדה. השולח תובע את השליח בגין ההפסד שנגרם לו, כשהוא מסתמך על הברייתא שראינו לעיל, ולפיה אם השליח קנה שעורים במקום חיטים, ופחתו השעורים, ההפסד על השליח. המבי״ט פוסק שמאחר שעל אף אי־הציות של השליח, עדיין שם שליח עליו[200], והאחריות המוטלת על השליח אינה מעיקר הדין, השליח אינו נושא באחריות אלא לאותם ההפסדים שבאו כתוצאה מאי־הציות להוראות השולח[201]. מאחר שבנסיבות המקרה שלפניו, לא כן היה המצב, שהרי גם אם השליח היה מקיים את השליחות

בהא תליא, וטעמא אמינא, דבשלמא בשליח ששינה בשליחותו, כגון שאמר לו לקנות חטים וקנה שעורים, או איפכא, משעה ששינה בשליחות מדעת המשלח, קמו זוזי מלוה גביה, ויצאו מרשות בעל מעות, ולא היה שום דבר לבעל המעות שיחול עליו חלף ותמורת מעותיו, דהא השעורים שקנה אין רצונו בהם, ושלא כרצונו קנאם, ולכן ברשות השליח קיימי, כאילו היא שלו, ולזה אפילו נאנסו ואפילו לא בא האונס מחמת השינוי, חייב, דהא נכסי דידיה, ומעות מלוה גביה. זאת לא זאת, גבי סרסור ששינה מדעת משלחו ומכר בפחות ממה שציוה לו, כי אז יש דבר לחול עליו חלף ותמורת החפץ, והוא מעולם לא נתחייב בחפץ כשבא לידו אלא בגניבה ואבידה״.

196 וזאת אף אם אירע האונס בשעה שפחת ערכו של הנכס, והשליח כבר מחויב לפצות את שולחו על פחת זה.

197 הפוסקים שאת דבריהם סקרנו לעיל, מהדור שלאחר המבי״ט ור׳ יוסף קארו, התעלמו מחילוקי הדעות ביניהם. אמנם דברי המבי״ט (שהיה רבו של ר׳ אברהם מונסון), הפוטר את השליח, נזכרים על ידי ר׳ חיים כפוסי (ראה דבריו בתחילת שו״ת מהריט״ץ, סימן קכט, ד״ה מכאן) ועל ידי ר׳ שלמה גאביזון (דבריו צוטטו בשו״ת מהריט״ץ, שם, ד״ה ולענין). אבל דברי ר׳ יוסף קארו (שהיה רבו של מהריק״ש), המשיג על המבי״ט, אינם זוכים להתייחסותם של הפוסקים בדור שלאחריו כלל. וראה שו״ת משאת משה, חו״מ, סימן יג, ד״ה והנה, שאין להתפלא על שמהר״ש גאביזון אינו מתחשב בפסקו של ר׳ יוסף קארו (אף על פי שמצרים הייתה כפופה להוראותיו), וגם שהחולקים עליו אינם מציינים את תשובתו כראיה לדבריהם, שכן אפשר שתשובה זו לא נתפרסמה עדיין בימיהם. רבים מהפוסקים המאוחרים יותר נתוודעו לתשובתו של ר׳ יוסף קארו רק מכלי שני, בזכות אזכורה על ידי משנה למלך, הלכות שלוחין ושותפין, פרק א, הלכה ה: ״וראיתי למרן בתשובה כתב יד שהביא סברת המבי״ט, והרבה להשיב על דבריו״. מלשון זה, הסיקו שר׳ יוסף קארו חולק על המבי״ט לדינא. אבל ראה להלן, הערה 211, שקביעה זו אינה מוכחת כלל.

198 שו״ת המבי״ט, חלק א, סימן קעט.

199 ראה דברינו לעיל, הערות 175־177.

200 כדברי הרא״ש. ראה דיוננו על סעיף 6, ליד ציון הערה 88.

201 וראה שו״ת אורים גדולים, סימן לב, למוד קצה, ד״ה אמנם כד, שלדעתו בשליח שפגע באינטרסים של שולחו תוך ביצוע הפעולה המבי״ט יודה לעיקרון שכל עוד העיוות לא תוקן, הוא נושא במלוא האחריות (בהתאם להסבר שהוא מעלה בדעת החולקים על המבי״ט. ראה דבריו לעיל, הערה 194): ״דהם לא אמרוה אלא בברייתא דהנותן מעות לשלוחו לקנות לו חיטים וקנה לו שעורים, דעלה קתני ׳אם פחתו, פחתו לו, ואם הותירו׳ וכו׳, דעדיין היה הדבר שקול, אם יהיה פחת או אם יהיה ריוח מחמת השינוי. אבל בדבר שבשנותו את טעמו ניכר הפחת, ואין תקנה לשום ריוח שיבא מחמת השינוי, כההיא דזבן שלא באחריות,

כלשונה, השוד לא היה נמנע, הרי שיש לפטור את השליח[202]. הש"ך[203] מביא תשובה זו של המבי"ט בהסכמה, וכשיטה זו נוקטים פוסקים רבים[204].

ר' יוסף קארו[205] מבקר את תשובת המבי"ט. הוא מודה אמנם שפסק הדין של המבי"ט תואם את שיטת הרמב"ם[206], אבל הוא תוהה מדוע הוא מתעלם מן השיטה המיוחסת לראשונים אחרים, התוספות והרא"ש, ולפיה השליח נושא באחריות מוחלטת, אם לא ציית להוראות שולחו[207]. ר'

נלענ"ד [=נראה לעניות דעתי] דכולם יודו דכל זמן שלא תיקן העוות, ברשותיהו דשליח קיימי אפילו לאונסין לכולי עלמא".

202 המבי"ט מביא ראיה לדבריו בין השאר מלשונו של הרמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק א, הלכה ה. הרמב"ם מוסיף ללשון התלמוד, "אם פחתו", את המילים "דְּמֵי זה", ובכך, לדעת המבי"ט, הוא מצמצם את האחריות רק לירידת ערך הנכס. לדחיית ראיה זו, ראה שו"ת מהריט"ץ, סימן קכט, ד"ה ולענין (וכן דחו דיוק זה פוסקים רבים נוספים. ראה רשימתם בספר המפתח, מהדורת פרנקל, הלכות שלוחין ושותפין, פרק א, הלכה ה). ראיה נוספת מלשון הרמב"ם מבקש המבי"ט להביא ממה שפסק הרמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק ב, הלכה ו, בדין הסרסור שמכר במחיר נמוך ממה שנצטווה. לדחיית ראיה זו על ידי ר' יוסף קארו, ראה להלן, הערה 213. אבל ראה להלן, הערה 206, שר' יוסף קארו מודה עם זאת שזו אכן דעת הרמב"ם, ואף מביא לכך ראיה נוספת שלא הוזכרה על ידי המבי"ט עצמו. ועוד ראיה מוסיף המבי"ט לגישתו משיטת הרשב"א שהובאה בעילום שם בתשובת הר"ן, סימן עג, ולפיה "פחתו" אינו כולל מקרי אונס (על שיטתו הייחודית של הרשב"א, שפסק כך מחד גיסא, אף שהוא סבור שקניית שעורים במקום חיטים מבטלת את השליחות מאידך גיסא, ראה להלן, ליד ציון הערה 215). וראה להלן, הערה 207, ביקורתו של ר' יוסף קארו על שהמבי"ט התעלם לחלוטין משיטתם החולקת (לדעת הר"ן) של התוספות והרא"ש.

203 ש"ך, חו"מ, סימן קפג, ס"ק ט.

204 ראה: שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן קסו, ד"ה החלק הג'; מהר"ש גאביזון (הובא בתשובותיהם של בני דורו: שו"ת מהרש"ך, חלק ג, סימנים סה־סו; שו"ת מהריט"ץ, סימן קכט, ד"ה ולעניין); ר' חיים כפוסי (הובא בשו"ת מהריט"ץ, שם, ד"ה מכאן); סמ"ע, חו"מ, סימן קעו, ס"ק מז.

205 שו"ת אבקת רוכל, סימן קסג.

206 הוא אפילו מצביע על ראיה נוספת שלא הביא המבי"ט עצמו ממה שפסק הרמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק ה, הלכה ב, בעניין שותפים: "אחד מן השותפין שעבר ומכר בהקפה... או שנשא ונתן בסחורה אחרת וכל כיוצא באלו הדברים, כל פחת שיבא מחמת שעבר, חייב לשלם לבדו", ולפי ר' יוסף קארו, דין אחד לשליח ולשותף. אבל השווה בעניין זה אור שמח, שם (הובאו דבריו בדיוננו על סעיף 6, הערה 101).

207 האמת ניתנת להיאמר שהתוספות והרא"ש לא הביעו דעתם בעניין זה במפורש, והר"ן הוא שייחס להם את הדעה שהשליח נושא באחריות מוחלטת. הוא הסיק זאת מן החידוש שהעלו התוספות והרא"ש מסוגיית חיטים ושעורים לעניין דיני ריבית. וזה לשון התוספות, בבא קמא קב ע"א, ד"ה הנותן (וכן נקט גם הרא"ש בפסקיו, שם, פרק ט, סימן יח): "מכאן יש להביא ראיה, אם אדם נותן מעות לחבירו למחצית שכר ואמר 'על מנת שלא תלוום אלא על משכונות של כסף וזהב ותשמרם בקרקע, ואם תשנה, יהא ברשותך לחייב בכל דבר, ואם פחתו, פחתו לך', שאין זה רבית. דהא הכא, אם שינה מדעתו ואמר 'אם פחתו, פחתו לו', אפילו הכי 'אם הותירו, הותירו לאמצע', ולא הוי רבית, כיון דאם לא היה משנה דעתו, לא היו כולן ברשותו, אלא השכר וההפסד לאמצע כדין פלגא מלוה ופלגא פקדון". לדעת הר"ן, מוכח מחידוש זה שהשליח נושא באחריות מוחלטת, שאם לא כן (אלא השולח הוא שנושא באחריות באונס שאינו קשור באי־הציות), הרי אין כאן דמיון לאיסור ריבית, כיוון שאיסור ריבית קיים רק כשיש למלווה רק סיכוי לרווח, ואין לו סיכון להפסד ("קרוב לרווח ורחוק להפסד"), והלוא אם תאבד הסחורה באונס שאינו קשור באי־הציות של השליח (הלווה), יש לשולח (המלווה) סיכון להפסיד, וכיצד יכלו אפוא התוספות והרא"ש להגיע למסקנה שאליה הגיעו בדיני ריבית?! מוכח מכאן אפוא שלשיטתם אי־הציות גורר בעקבותיו אחריות מוחלטת של השליח, וכי אז השולח נמצא במצב של "קרוב לרווח" (אם יעלה ערך השעורים) "ורחוק להפסד" (שאף אם תאבד הסחורה באונס שאינו קשור באי־הציות, כל ההפסד על השליח). ומכאן לחידוש

יוסף קארו מטעים שדעתם של ראשונים אלו אינה משום שהם רואים בקניית שעורים במקום חיטים חריגה מוחלטת המבטלת את השליחות מאליה, שכן הם מדגישים בפירוש שגם לאחר השינוי, שם שליח עליו. יסוד אחריותו של השליח אינו אלא בטענת השולח "לתקן שלחתיך ולא לעוות"[208], אלא "דמשום טעמא דלתקוני שדרתיך ולא לעוותיה הוא חייב לגמרי באחריות הקרן... אפילו באחריות דאונסין"[209]. וכפי שאמרנו[210], נראה שביסוד השימוש בטענת "לתקן שלחתיך ולא לעוות" בענייננו, עומדת תקנה (או התחייבות מכללא). ואף שר' יוסף קארו אינו מציין זאת במפורש, נראה שכך גם הוא מבין גישה זו, ולדעתו, מכוח התקנה (או ההתחייבות מכללא), השליח נושא באחריות מוחלטת, ולא רק להפסדים הקשורים באי־הציות[211].

הנוקטים גישה זו לא יבחינו ככל הנראה בין שליחות לקנייה ובין שליחות למכירה[212], וגם בשליחות למכירה (כגון שנשלח למכור נכס לפלוני ומכר אותו לאלמוני), אף שהשליח מכר את מה שאינו שלו, אם תאבד התמורה באונס שאינו קשור באי־הציות, יישא השליח באחריות גם לאבדן זה[213].

בדיני ריבית, שאף כשהלווה לוקח על עצמו את מלוא הסיכון, אם יסטה מהוראות המלווה, אין בכך איסור ריבית כל זמן שהבררה בידו לציית להוראות המלווה, וכך לחלוק עמו הן ברווח הן בהפסד. וראה עוד לעיל, הערה 176.

ר' יוסף קארו תמה על המבי"ט, כיצד הסתמך רק על שיטת הרשב"א (כפי שהביא אותה מדברי הר"ן, ראה לעיל, הערה 202), ולפיה השליח פטור במקרי אונס, והתעלם לחלוטין משיטתם החולקת של התוספות והרא"ש (שאף היא הובאה על ידי הר"ן, שם)? נראה שהמבי"ט אינו מקבל את הפרשנות של הר"ן בדברי התוספות. ואכן יש המערערים על הבנה נחרצת זו בשיטת התוספות, ולדעתם גם התוספות סוברים שאחריותו של השליח היא כשל שומר בלבד. ראה: שו"ת אורים גדולים, סימן לב, לימוד קצד, ד"ה איברא; שו"ת ר' יעקב לבית הלוי (לר' יעקב בן ישראל הלוי), מהדורת שצ"ב, כלל י, סימן עו, ד"ה ואי לאו (קסא ע"ד), וד"ה אי נמי (אלא שהוא מבטל את דעתו מפני דעת הר"ן בזה הלשון: "אלא שהר"ן סגר עלינו המדבר... ולזה הריני מבטל דעתי מפני דבריו ז"ל, עם היות שלעניות דעתי נראין הדברים כמו שכתבנו"); שו"ת גינת ורדים, יורה דעה, כלל ו, סימן ט, ד"ה ואחר שאלת. אורים גדולים ומהר"י הלוי מצביעים על כך ששיטת התוספות היא שאיסור ריבית קיים כל אימת שהסיכון של הלווה גדול יותר מן הסיכון של המלווה, ומשום כך לא ראו מניעה לחדש את חידושם בדיני ריבית, למרות ההנחה שהשליח אינו נושא באחריות מוחלטת באי־ציות, שכן אי־ציות השליח מטיל עליו סיכון גדול יותר להפסד מאשר של השולח (שהרי הוא נושא באחריות להפסדים הקשורים באי־הציות). ומאחר שעולה מן התלמוד שאין פסול בעסקה מעין זו, למדו מכאן הלכה בדיני ריבית, כמבואר לעיל, שהוא הדין אף אם נטל הלווה על עצמו אחריות מוחלטת.

208 ובלשונו: "דלענין שבח הוי כאילו לא שינה, אבל לענין פחת א"ל [=אומר לו (השולח לשליח)] 'לתקוני שדרתיך ולא לעוותי'".

209 לפי דברינו, אין שום סתירה בין דברי ר' יוסף קארו כאן לבין מה שפסק בעניין חובת הפיצוי (ראה לעיל, הערה 133), ואין צורך אפוא בדברים שייחס לו ר' אברהם מונסון (לעיל, הערה 194).

210 ראה לעיל, ליד ציון הערה 176.

211 יש להטעים שכלל לא ברור שר' יוסף קארו חולק על המבי"ט לדינא, שכן מסקנתו היא שהעניין שנוי במחלוקת, ואם פסק בעניינו כנגד השליח, היה זה משיקול שאינו קשור בנושא דידן אלא בנסיבותיו המיוחדות של אותו מקרה. והעיר על כך שו"ת מעיין גנים, חו"מ, סימן ו, ד"ה ומזה (עמ' 105). וראה לעיל, הערה 197.

212 השווה לעיל, ליד ציון הערה 194 ואילך, שהנוקטים שהשליח אחראי משום שחרג מן השליחות חריגה מוחלטת המבטלת את השליחות מבחינים בין קנייה לבין מכירה, ובמכירה אין הם רואים את השליח כמי שמכר את שלו, שהרי מכר את של השולח, וחיובו אינו אלא כשל שומר ולא כשל בעלים.

213 א. ואכן ר' יוסף קארו אינו מוציא מסקנה זו מכלל אפשרות, כפי שעולה מדחיית הראיה שביקש המבי"ט

עד כאן הנחנו שהטלת אחריות מוגבלת על השליח אפשרית רק אם רואים את השליח כמי שלא חרג מהרשאתו, שאם לא כן, הרי הוא נחשב כמי שקנה את הנכס לעצמו[214]. אבל הנחה זו אינה פשוטה כלל ועיקר, ודומה שלא הייתה מקובלת על הרשב"א[215]. פוסקים רבים שדנו בדבריו רואים בו את נושא הדגל של הגישה הפוטרת את השליח מפחת שאינו קשור באי־ציות[216], שהרי הוא כותב: "דלאו שינוי גמור הוא... אלא כשינוי דצבע, אם פחתו באונס, לא פחתו לו"[217]. לעיל טענו שהטלת אחריות מוגבלת על השליח באה בחשבון רק אם אין

להביא לגישתו ממה שפסק הרמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק ב, הלכה ו, בדין סרסור שמכר במחיר נמוך ממה שנצטווה, ש"משלם מה שהפסיד". לדעת המבי"ט, מוכח מלשונו של הרמב"ם שהסרסור אינו חייב אלא ב"מה שפחת מן הקצבה", ואינו חייב אם אבדה התמורה שבידו באונס. כאמור, ר' יוסף קארו דוחה ראיה זו בטענה שיש בה הנחת המבוקש ("זהו מערכה על הדרוש"), שכן לשון הרמב"ם אינה חד־משמעית בעניין זה (ראה דבריו שם, ד"ה ומ"ש ונראה. והשווה שו"ת זרע אברהם (יצחקי), חו"מ, סימן כד, ד"ה הגם הלום, בהסבר דברי שו"ת מהריט"ץ, סימן קכט, שדחה גם הוא את ראיית המבי"ט מדין הסרסור, אבל מטעם אחר).

ב. פוסקים אחדים טוענים שהרחבה זו עולה מדברי רבנו ירוחם, מישרים, נתיב ל, חלק א (פג ע"ב), בשם הגאונים (וראה שו"ת אהלי יעקב (מהריק"ש), סימן מה (פב ע"א), שהטעים שהחיוב לגישה זו יסודו בקנס). וזה לשון רבנו ירוחם: "כתבו הגאונים, המפקיד אצל חבירו סחורתו להוליכה למקום פלוני, ושינה והוליכה למקום אחר, חייב [השליח] באחריות הסחורה, ונעשית מלוה, ובית דין יורדין לנכסיו לפרוע לו, ומודיעין אותו אם יכולים להודיעו, כמו שכתבתי בדיני גביית חוב [נתיב ו, חלק ב, כב ע"ד]" (דבריו הובאו בבית יוסף, חו"מ, סימן קפג, סעיף ה, ד"ה נתן לו. והובאו גם בשו"ת דברי ריבות, סימן רלד). קצות החושן, סימן קפג, ס"ק ה, העתיק את לשונו כראיה לסתור את דברי המבי"ט. דברי רבנו ירוחם הובאו להלכה על ידי הרמ"א, חו"מ, סימן קפג, סעיף ה, אלא שהרמ"א השמיט את המילים "חייב באחריותו ונעשית מלוה אצלו". וראה שו"ת נהרי אפרסמון, חו"מ, סימן יד, ד"ה ובזה נכון, שהסיק מהשמטה זו שהרמ"א נוקט כשיטת המבי"ט. והשווה שו"ת מעיין גנים, חו"מ, סימן ו (עמ' 104), ד"ה גם מה (וחזר על טענתו שם, סימן ז, אות ה, עמ' 125), שחולק על הבנה זו בדברי רבנו ירוחם, ולדעתו לא התכוון רבנו ירוחם לומר שהסחורה נעשית מלווה ביד השליח אלא אם נאבדה כתוצאה מן השינוי, כשיטת המבי"ט. ובלשונו: "דחייב באחריות הסחורה, דהיינו אחר שנאבדה. ועל זה כתבו דנעשית עליו מלוה. אבל שיתחייב באחריות אונסים שלא בא מחמתה שינוי זו לא שמענו מדבריהם ז"ל".

להגדרת "שינוי" המחייב את השליח באחריות מוחלטת מכוח קנס, נעיר שלדעת ר' אברהם די בוטון (שו"ת לחם רב, סימן קפ, ד"ה וא"כ), יש לצמצם את הוראתו של רבנו ירוחם רק לשליח ששינה מדעת משלחו, אבל אין דבריו אמורים כאשר השליח עשה את השליחות, אלא כשעשה אותה באופן רשלני. בהתאם לכך הוא פוטר שליח שטעה ברישום כמות הסחורה שהופקדה בידו (ואחר כך אבדה הסחורה בלא קשר לטעות ברישום): "דבשלמא כשאמר לו לקנות חטין וקנה שעורין, או להוליכו למקום זה והוליכו למקום אחר, הרי שינה כוונתו, ואם כן, כיון ששינה כוונתו, ודאי שנעשה באחריותו. אבל היכא דשלחו למי שאמר לו ולמקום אשר ציוה לו... וזה לא עשה כדרך הפקידים [וטעה ברישום כמות הסחורה], פשיעה מיקרי ולא שינוי שליחות. וכיון דהוי פשיעה, הא קימא לן, תחילתו פשיעה וסופו אונס, פטור, היכא דלא בא האונס מחמת הפשיעה". וראה עוד שו"ת משאת משה, חו"מ, סימן יג, ד"ה ומיהו, שהרחיב בהבחנה זו של ר' אברהם די בוטון. על פי זה, הוא הדין בשליח שנתאנה, שאם אבדה התמורה שקיבל בנסיבות של אונס שאינו קשור ברשלנותו, אינו נושא באחריות. והשווה לעיל, הערה 201, דברי 'אורים גדולים'.

214 ראה לעיל, הערה 188.

215 ראה חידושי הרשב"א, בבא קמא קב ע"ב, ד"ה אמר ר' יוחנן. דבריו הובאו גם בשו"ת הר"ן, סימן עג, בשם "המפרשים", ומשם נודעו לחלק מן הפוסקים עוד בטרם זכו חידושיו למסכת בבא קמא לפרסום. אחרים מביאים את דברי הרשב"א מתוך שיטה מקובצת למסכת בבא קמא, שם.

216 ראש וראשון להם הוא כאמור שו"ת הר"ן, סימן עג.

217 אם כי יש להדגיש שהרשב"א אינו מנקה את השליח מאחריות לחלוטין, שכן בנסיבות אלה הוא מתיר

רואים באי־הציות שלו חריגה מוחלטת המבטלת את השליחות. אף הוספנו שאחריות זו אינה מעיקר הדין (אלא מכוח קנס או הסכם מכללא). ואכן, כך כותב הרשב"א[218]: "ומיהו, כיון ששנה ממה שאמר לו בעל המעות, קנסינן ליה, דידו על התחתונה. ואם פחתו, פחתו לו". הרשב"א חוזר על כך במסקנת הסוגיה[219], אלא שלמרבה ההפתעה, הוא מדגיש שכן הוא אף על פי שאי־הציות של השליח עולה כדי חריגה מוחלטת המבטלת את השליחות. ובלשונו: "ואף על פי ששינה לגמרי, אם הותירו, הותירו לבעל המעות, דדעתו של שליח אינו לקנות ולזכות לעצמו אלא לבעל המעות, ואם פחתו, [פחתו] לשליח, דקנסא הוא, משום דשינה בשליחותיה". ועולה מאליה שאלה כפולה: אם שליחות אין כאן, הלוא השליח נחשב כמי שקנה לעצמו, ונמצא אפוא שחיובו בפחת אינו מכוח קנס אלא מעיקר הדין, ומדוע הוא מפסיד את שכרו בלבד ואינו נושא במלוא האחריות בעקבות השינוי?

כדי להלום את דבריו הסתומים של הרשב"א, יש מן האחרונים שביקשו לצמצם אותם, וטענו שמכוונים הם אך ורק לנסיבות שבהן קניית השעורים במקום החיטים אכן הביאה לרווח, אלא שרווח זה ירד לטמיון ("פחתו") מסיבות שאינן קשורות באי־הציות[220]. לשיטת הרשב"א, מאחר שאלמלא הנזק הבלתי צפוי שאירע לאחר מעשה, השולח היה זוכה ברווח מכוח "דין זכין", אין זה מן הדין לאפשר לו להתנער עתה מזכייה זו באמתלה של הפסד שאירע לאחר מכן בלא קשר לאי־הציות של השליח[221]. על כן, הסביר הרשב"א שכוונת התלמוד כשקבע

לשולח לקזז את ההפסד שאירע לו משכרו של השליח. וכלשונו: "ואין מטילין עליו אלא פחת, דידו על התחתונה להפסיד שכרו, דכל המשנה ידו על התחתונה". כך הבין דברי הרשב"א גם מהריק"ש בשו"ת אוהלי יעקב, סימן מה.

218 שם, ד"ה הא והא.

219 שם, ד"ה ואחיכו.

220 ראה חזון איש, בבא קמא, סימן כא, ס"ק ט, ד"ה אבל יש לעי': "ואם נימא דבמקום דאיכא פחתא יכול [השולח] להסתלק מן המקח, צריך לפרש הא דכתב הר"ן בתשובה בסימן עג, דיש מפרשים דוקא פחת שגרם השינוי הוא על השליח, אבל שאר אונסין על המשלח... היינו שאירע האונס בזמן דאיכא רווחא בעיסקא". וראה עוד עולת שמואל (זיברטנסקי), סימן נג, ד"ה וקושיא: "דודאי אם יש פחת על השעורים, אשר לפי זה אין בזה זכות למשלח, בודאי אף אם נאנס נמי חייב השליח, כיון דאף אם לא נאנס, לא היה המשלח מקבל השעורים, אם כן הוה השליח על המעות לוה או גזלן. אכן באמת מיירי שיש ריוח על השעורין, אם כן בודאי זכות הוא לו למשלח, ואם כן שפיר מצינן לומר דגניבה ואונס הוא על המשלח".

221 וכך ניתן לכאורה להסיק מסוגיית התלמוד, חולין פג ע"א. המשנה קובעת (חולין ה, ד; פג ע"א): "בארבעה פרקים אלו [ערב יום טוב האחרון של חג (הסוכות), וערב יום טוב הראשון של פסח, וערב עצרת (=חג השבועות), וערב ראש השנה] משחיטין את הטבח בעל כרחו [כלומר, מחייבים את הקצב לשחוט בהמה], אפילו שור שוה אלף דינרים ואין לו ללוקח [שבא אצלו לקנות בשר] אלא דינר, כופין אותו לשחוט [ואינו יכול להמתין עד שיתקבצו קונים בכמות מספקת]. לפיכך, אם מת [השור, ואין בשרו ראוי לאכילה] — מת ללוקח [שכן הלוקח נחשב כמי שקנה את חלקו בשור מחיים, ומפסיד את הדינר ששילם], אבל בשאר ימות השנה אינו כן. לפיכך, אם מת [כלומר, אם הסכים לשחוט את הבהמה לפני שהתקבצו מספיק קונים ונתנבלה ואינה ראויה לאכילה], מת למוכר [ועליו להחזיר לקונה את הדינר ששילם לו]". התלמוד מקשה: כיצד זוכה הקונה בארבעה פרקים אלו בחלקו היחסי בבהמה מחיים, ומשום כך מפסיד את התשלום, "והא לא משך [את הבהמה. כלומר, לא עשה בה מעשה קניין]!?". על שאלה זו, מציע רבי שמואל בר רב יצחק את ההסבר הבא: "שזיכה לו [המוכר את הבהמה] על ידי אחר. בארבעה פרקים אלו, דזכות הוא לו [שכן רק אם יהיה לו חלק בבהמה תיקנו חכמים לאלץ את הטבח לשחוט עבורו], זכין לאדם שלא בפניו. בשאר ימות השנה, דחוב הוא לו [שאינו בהול לכך], אין חבין לאדם שלא בפניו". עד כאן דברי התלמוד. מסוגיה זו עולה אפוא שחלק בלתי נפרד מהזכייה הוא הנכונות לשאת באונסים, אם יבואו. וראה שו"ת דובב

שאם "פחתו – פחתו לו", היא, שהשליח מפסיד את שכרו בלבד, משום "דקנסא הוא"[222]. נמצא אפוא שלשיטת הרשב"א, אם אי־הציות של השליח לא הביא לרווח כלל, השליח נושא אכן באחריות מוחלטת, כפי שהניחו שאר הפוסקים, שראו באי־הציות של השליח משום חריגה מוחלטת.

סוף דבר, השאלה אם השליח נושא רק בהפסד שבא כתוצאה מאי־הציות או שהוא נושא באחריות מוחלטת שנויה במחלוקת הפוסקים. להלכה, נוקטים האחרונים שהמוחזק יכול לטעון טענת "קים לי"[223].

(3) פגיעה באינטרסים של השולח

ומה הדין אם אבד הנכס שנקנה במחיר הונאה או ניזוקה השדה שנקנתה שלא באחריות באונס שאינו קשור באופן ביצוע השליחות על ידי השליח?

נראה שהפתרון לשאלה זו תלוי בשאלה שעסקנו בה לעיל: אם רואים את השולח כבעלים,

מישרים, חלק ג, סימן כו, שיישם עיקרון זה בענייננו: "דקימא לן כמבואר שם בסימן קפג, דאם היה הפסד, הוא לשליח, ואם היה ריוח, הוא למשלח, ואם כן, אין לך זכות גדולה מזה לעשות עסק כזה, רק להרויח ולא להפסיד, ואם כן זכות הוא לו, ועל כן אם מת או אונס אחר, חל על המשלח". ניתוח זהה על סמך אותם מקורות עשה גם עולת שמואל (זיברטנסקי), סימן נג, ד"ה וקושיא. וקדם להם ברעיון זה, אם כי בהיסוס, שו"ת אבני נזר, אורח חיים, סימן שלז, ס"ק יא. וראה בנספח על דין "זכין לאדם שלא בפניו", עמ' 784, הערה 79.

222 וכך הבין את דבריו מהריק"ש, כפי שכבר ציינו לעיל, הערה 217. פירוש אחר בדברי הרשב"א הציע בעל 'עולת שמואל'. ראה לעיל, הערה 69.

פירוש נוסף לפשר דברי הרשב"א הציע נתיבות המשפט, סימן קפג, ס"ק ז. לדעתו, ברור שהרשב"א מסכים שבעיקרון השליח נושא באחריות מוחלטת לאי־הציות (כשיטת הפוסקים החולקים על המבי"ט), שכן משעה שהפר את הוראות שולחו וקנה שעורים במקום חיטים, הפך כספו של השולח להלוואה בידו, ואשר על כן מוטלת עליו אחריות מוחלטת מן הדין. לדעתו, הקנס שמדבר עליו הרשב"א הוא, שהשולח יכול לקבל לידיו את הסחורה ובד בבד להטיל על השליח את הסיכון לירידת ערכה ("ועל כרחך הקנס הוא במה שבעל כורחו מחייב השליח להמתין עד זמן המכירה... וההפסד להשליח"). והשווה לעיל, הערה 171. 'נתיבות המשפט' מדגיש שמשעה שקיבל לידיו את הסחורה, השולח אינו יכול להטיל עוד על השליח אחריות מוחטלת אלא רק אחריות לירידת ערך הקשורה בשינוי. אולם פירוש זה בדברי הרשב"א קשה מאוד להלמו, שכן הרשב"א אמר את דבריו בצורה פסקנית, ואינו רומז אפילו שאינם אמורים אלא משהסכים השולח לקבל לידיו את הסחורה החלופית. זאת ועוד. בד"ה אמר ר' יוחנן, הרשב"א מציין במפורש שהקנס מצומצם לעניין הפסד השכר, וסביר להניח שלכך הוא מתכוון גם להלן, ד"ה ואחיכו. וכבר דחו את דברי 'נתיבות המשפט': דברי חיים (אוירבך), חו"מ, דיני שלוחין, סימן י (אם כי עיקר דחייתו הוא שמוכח מלשון המבי"ט שאינו מקבל את גישת 'נתיבות המשפט', אבל דומה ש'נתיבות המשפט' אמר את דבריו בשיטת הרשב"א, ולא ברור אם ייחס אותם גם למבי"ט); אבני החושן, סימן קפג, ס"ק ח; שו"ת מעיין גנים, חו"מ, סימן ז, ד"ה ואבוא (עמ' 125־127); שו"ת הרב"ז (שפרן), חלק ג (חו"מ), סימן ח. וראה שו"ת מהרי"ל דיסקין, חלק ב, קונטרס אחרון, סימן ה, אות רלח, שהוא מסכים עם 'נתיבות המשפט', שהשולח יכול לקבל את השעורים כשהוא מטיל את הסיכון לירידת ערכן על השליח, ומביא ראיה לדבריו מדברי רש"י, בבא קמא ק ע"ב, ד"ה לצבוע לו אדום. כנגד ראיה זו, השווה אמרי הצבי, בבא קמא קב ע"ב, ד"ה אר"י ל"ק.

ראוי לציין שכאשר השליח הועסק על דרך שותפות עסקית (כלומר שמוסכם ביניהם על חלוקת רווחים), 'חזון איש' מודה לשיטת 'נתיבות המשפט' (חזון איש, בבא קמא, סימן כא, ס"ק ט, ד"ה ולמש"כ): "מיהו נראה דאם יהיב ליה המעות לעיסקא למחצית שכר נשאר בדין פחתו פחתו לו, הותירו הותירו לאמצע".

223 ראה: שו"ת ר' יעקב לבית הלוי (לר' יעקב בן ישראל הלוי), מהדורת שצ"ב, כלל י, סימן עו, ד"ה ומעתה (קסב ע"ג); מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן א.

הרי אחריותו של השליח אינה אחריות מחולטת, אלא רק כשל שומר, ועל כן לא יישא השליח באחריות כשההפסד אינו קשור בפגיעה באינטרס, כגון שהנכס שבידו נשדד ממנו בנסיבות של כוח עליון. לעומת זאת, אם רואים את השליח כבעלים, חובה עליו להשיב לשולח את כספו בכל מקרה, ואף אם אבד לו הנכס מושא השליחות באונס שאינו קשור בביצוע לקוי של השליחות, אין הוא נפטר מאחריות זו[224].

פרק רביעי

הפרת נאמנות שלא גרמה הפסד לשולח – ס"ק (ב)

א. בפרק זה אנו מבקשים לדון בשאלה: כאשר השליח הפר את חובת הנאמנות כלפי השולח, אך בפועל לא גרם לו הפסד, אלו תרופות ראוי שתעמודנה לרשות השולח. לדוגמה, השליח נשלח למכור דירה, ובמקום למכור אותה לאחר, קנה אותה לעצמו, והפר את חובת הנאמנות לפי סעיף 8(3), אבל שילם תמורתה מחיר רֵאלי והוגן, כך שלא נפגעו האינטרסים של השולח.

בדיוננו לעיל[225], כבר הצבענו על גישותיהם השונות של החוק ושל המשפט העברי באשר לדרך ההגנה על השולח מפני שליח הפוגע באינטרסים שלו. לפי החוק, פגיעה באינטרס של השולח כשלעצמה אינה גורעת מתוקף פעולתו של השליח כלפי צד שלישי[226] (ובלבד שהשליח לא פעל בחריגה מהרשאה, כמובן). נמצא שכל פעולה שעושה השליח, אף אם היא פוגעת באינטרס של השולח, מחייבת את השולח. לאור גישה יסודית זו, ומתוך רצון להגן על השולח, המחוקק קובע, בסעיף 8, סטנדרטים של התנהגות ונאמנות מחמירים ביותר, כדי להבטיח ככל האפשר שהשליח לא יפעל מתוך פגיעה בשולח ("יימנע מכל דבר שיש בו ניגוד בין טובת השולח ובין טובתו שלו או של אדם אחר" – ס"ק (5), שם). שליח המפר את חובות הנאמנות והציות שנקבעו בסעיף 8 חושף את עצמו לתביעה מצד השולח, ולפי האמור בסעיף 9, תעמודנה לרשותו התרופות הקבועות בחוק החוזים בגין הפרת חוזה: אכיפה, ביטול ופיצויים.

כדי להרתיע את השליח מלפגוע באינטרסים של השולח, קבע אפוא המחוקק חובות מחמירות של נאמנות, האמורות להרתיע אותו לא רק מלפגוע בפועל בשולח אלא אפילו מלהיכנס למצב של ניגוד אינטרסים. על פי גישה זו, השאלה אם בפועל הפרת חובה על ידי השליח גרמה או לא גרמה לפגיעה באינטרס של השולח אינה מעלה ואינה מורידה. וכך מטעים ברק[227]: "אין זו טענת הגנה לשלוח, כי בפועל לא היה ניגוד בין האינטרסים של השולח ובין השלוח או כי בפועל לא נגרם כל נזק". הרלוונטיות היחידה לפגיעה בשולח היא לעניין תביעת פיצויים: גרמה ההפרה לפגיעה בשולח, זכאי הוא לפיצויים; לא גרמה ההפרה לפגיעה, אין הוא זכאי לפיצויים. לתרופות האחרות, אכיפה וביטול, אין זה משנה. הייתה הפרה, זכאי

[224] וראה בעניין זה לעיל, הערה 194, דברי מהר"א מונסון, והערה 201, דברי 'אורים גדולים'. והשווה לעיל, סוף הערה 213, דברי שו"ת לחם רב.

[225] בדיוננו על סעיף 8, פרק חמישי, א, עמ' 446. וראה גם לעיל, במבוא לסעיף זה, ליד ציון הערה 6.

[226] ראה דברי פרוקצ'יה, שהובאו לעיל, הערה 5.

[227] ראה ברק, סעיף 749. וראה גם ד' פרידמן, דיני עשיית עושר ולא במשפט, תל אביב תשמ"ב, עמ' 347, מובא אצל ברק, סעיף 750.

השולח לקבל מבית המשפט צו המורה לשליח לנהוג בהתאם לחובותיו (אכיפה), ואם הוא מעדיף, הוא רשאי לבטל את השליחות. כפי שהסברנו לעיל[228], המשמעות של ביטול השליחות אינה ביטול הפעולה המשפטית כלפי הצד השלישי, שלא היה צד להפרה, אלא הפסקת ייפוי הכוח של השליח. אמנם לפי סעיף 14, בכוחו של השולח לסיים את השליחות בכל עת על ידי ביטולה. אולם אם השולח מבטל את השליחות שלא בעקבות הפרת חובה מצד השליח, הוא עלול להיתבע בגין הפרת חוזה (אם מינויו כשליח היה מתוקף חוזה), מה שאין כן אם הייתה הפרה, כאמור.

מסעיף 9(ב), עולה שהאופציה של ביטול הפעולה המשפטית שעשה השליח כלפי צד שלישי (להבדיל מביטול השליחות) אינה באה בחשבון אלא כאשר הצד השלישי ידע על ההפרה. וזה לשון סעיף 9(ב): "פעולה שהשליח עשה כלפי צד שלישי עקב הפרת חובה כאמור, וההפרה היתה על דעת[229] הצד השלישי, זכאי השולח... לבטל את הפעולה". יש להדגיש שגם כאן, לשאלת הפגיעה בפועל באינטרס של השולח אין כל רלוונטיות. ואף שבפועל לא נפגע אינטרס כלשהו של השולח, בכל זאת רשאי יהיה השולח לבטל את הפעולה רק בשל העובדה שהופרה חובה כלפיו בידיעת הצד השלישי, ובעקבות זה נעשתה פעולת השליחות. כך לדוגמה, אם השליחות הייתה למכירת דירה, והשליח קנה אותה לעצמו (במקרה כזה הוא משמש גם כשליח גם כצד שלישי, ועל כן זהו מקרה קלַסי של הפרה שנעשתה בידיעת הצד השלישי), גם אם שילם מעל המחיר שדרש השולח, הלה רשאי בכל זאת לבטל את המכירה[230].

ב. גישת המשפט העברי שונה מאוד מגישת החוק. בעוד שלפי החוק, כפי שראינו, השאלה של פגיעה בפועל באינטרס של השולח אינה רלוונטית (אלא לעניין תביעת פיצויים), הרי לפי המשפט העברי, שאלה זו היא שאלה מכרעת. לפי המשפט העברי, משנפגע אינטרס של השולח, בין שהיה זה בעקבות הפרת כללי האמון מצד השליח בין שהדבר נעשה על ידי השליח בתום לב, שלא מתוך הפרת אמון, השולח זכאי לבטל את פעולת השליח בטענה: "לתקן שלחתיך ולא לעוות"[231]. זו הסיבה לדעתנו שהמשפט העברי אינו מחמיר כפי שמחמיר החוק בכללי חובת האמון שהוא מטיל על השליח. אין צורך בכללים נוקשים כאלה. לשליח אין כוח לפגוע באינטרס של השולח, שהרי אם יעשה כן, השולח יוכל לבטל את הפעולה שעשה בשמו כלפי הצד השלישי, ואין לך הגנה טובה מזו. אמנם ראינו שהמשפט העברי אוסר על השליח לעשות את פעולת השליחות עם עצמו, ויש הטוענים שעצם הכניסה למצב של ניגוד עניינים כמוה כחריגה מהשליחות, ופעולתו בטלה אף אם לא הסבה נזק בפועל לשולח[232],

[228] לעיל, במבוא לסעיף זה.

[229] ראה ברק, סעיף 810, שבסעיף זה, הביטוי "על דעת" משמעו 'בידיעתו'.

[230] ראה ברק, סעיף 811. והשווה סעיף 1596 לקוד סיביל הצרפתי, לפיו עסקה כזו בטלה ולא רק ניתנת לביטול.

[231] ראה רמב"ם, לעיל, ליד ציון הערה 7.

[232] ראה שו"ת מהרש"ך, חלק ב, סימן קיז[ב], ד"ה הא קמן. הוא מגדיר את השליח כמי שחרג משליחותו, ולכן אם חזר ומכר את הנכס במחיר גבוה ממחיר השוק, הרווח לשולח. ואם חזר ומכר את הנכס לאחר במחיר סביר אך נמוך יותר מההערכה הגבוהה של השמאים, ידו על התחתונה, ואין אומרים שהמכירה נזקפת לזכות השולח, אלא על השליח לשלם לו לפי הערכת השמאים. להסבר דבריו ראה שו"ת גדולת מרדכי (גלנטי), סימן כ, ד"ה והנה. כעין זה, לעניין שליח המוכר לשולחו משל עצמו, ראה שו"ת מהרש"ך, חלק ג, סימן סו, ד"ה אחר שכתבתי זה, מה שהביא מדברי מהרשד"ם ומהר"א מונסון: "שהרי כתבו הפוסקים ז"ל שכל שליח ששינה מדעת המשלח בדבר דאיכא קפידא כל דהוא לא הוי שליח... ואין

אבל יש חולקים עליהם, ולדעתם פעולת השליח עם עצמו אינה בטלה אלא אם פגעה בפועל באינטרסים של השולח[233].

אם השליח מפר חובה כלפי השולח (לפי הכללים שדננו בהם בסעיף 8), נראה שהמשפט העברי מסכים שהשולח יכול להשיג צו אכיפה. ולשאלה: האם השולח רשאי גם לבטל בשל כך את ייפוי הכוח שנתן לשליח, אף על פי שייפוי כוח זה ניתן לו בתוקף התחייבות? שאלה זו צריכה עיון.

יש מי שפוסק שאם השליח הפיק רווח עקב הפרת חובת הנאמנות המוטלת עליו, קנסו אותו חכמים, וזיכו גם את השולח במחצית הרווח, אף אם השתמש בכספו שלו ולא בכספו של השולח. וכך פסק הרא"ש בעקבות התוספתא[234]: "המושיב את חבירו בחנות למחצית שכר, לא יהא לוקח ומוכר דברים אחרים. ואם לקח ומכר – המכר לאמצע". ומטעים הרא"ש[235]: "דכיון שהושיבו בחנותו, אין רוצה שיתעסק אלא בשלו. ואם לקח ומכר במעות של עצמו, חצי השכר לבעל החנות, כאילו הלוה מעותיו לבעל החנות". לשון אחר. מאחר שהשליח הפר את חובת הנאמנות, כשהתעסק בסחורה אחרת, חכמים קנסו אותו, וראו אותו כאילו הלווה את מחצית כספו לשולח, ומכאן זכותו של השולח להשתתף ברווח. לדעת ר' רפאל בירדוגו[236], כך נקט גם הרמב"ם, כשפסק[237]: "המושיב את חבירו בחנות למחצית שכר... לא יהיה לוקח ומוכר דברים אחרים. ואם לקח ומכר – השכר לאמצע". לעומתו, ר' דוד פרדו[238] סבור שיש לצמצם את משמעות דברי הרמב"ם רק לשליח שעשה שימוש בכספי השליחות כדי לקנות סחורה אחרת, אך לא כן בשליח שקנה סחורה אחרת בכספו שלו. אכן השליח הפר את חובת הנאמנות המוטלת עליו, כשעשה לביתו ולא התמסר כל כולו למילוי שליחותו, אך אין בזה כדי לשלול ממנו את הרווח שהפיק בכספו. ובלשונו: "דאפילו במושיב בחנות, דוקא אם נתעסק במעות הנותן בסחורה אחרת, הוא דהריוח לאמצע. אבל אם נתעסק במעות עצמו או באומנותו, הרויח לעצמו".

לך שינוי גדול מזה, דודאי דברים של טעם הם [שלא יקנה משל עצמו]... שאם היה קונה מאחר היה מדקדק" (וראה שו"ת גדולת מרדכי, שם, ד"ה איברא, שדן בשאלה אם דינו של מהרש"ך, ולפיו ידו של השליח על התחתונה, מקובל גם על מהרשד"ם ומהר"א מונסון).

233 ראה שו"ת משפטי שמואל (קלעי), סימן קטו (קלב ע"ג). וראה דיוננו על סעיף 8, הערה 81.
זאת ועוד, בדיוננו בסעיף 8, ליד ציון הערה 181, ראינו שאם החשש לניגוד עניינים אינו אלא למראית עין ("והייתם נקיים"), לכולי עלמא השליחות אינה בטלה בדיעבד, אף שלכתחילה על השליח להימנע מלעשות זאת. ראה לדוגמה ט"ז, חו"מ, סימן קעה, סעיף טז, בעניין שליח שנתמנה למכור קרקע הסמוכה לקרקע שלו (מצרן), והוא מבקש לקנותה לעצמו. אף שנפסק בשולחן ערוך, שם, שאסור לו לעשות כן, משום ו"והייתם נקיים", מכל מקום כותב הט"ז: "ופשוט שאם עבר השליח וקנאו, דלא מסלקינן ליה".
האמור כאן הוא כשהמניעה של השליח לקנות לעצמו אינה אלא משום החשש לניגוד עניינים. אם השליח מנוע משפטית מלקנות את הנכס מושא השליחות לעצמו (ראה על כך בהרחבה בנספח לסעיף 8), ברור שאין תוקף למכירה (אלא אם כן יסכים לה השולח בדיעבד). ואם לאחר שהתיימר לקנות את הנכס לעצמו מכר אותו לאחר, ברור שהרווח לשולח. ראה שו"ת מהרש"ך, חלק ב, סימן קיז[ב], ד"ה הא קמן.

234 תוספתא, בבא מציעא (ליברמן) ד, יג.

235 רא"ש, בבא מציעא, פרק ה, סימן מ.

236 שו"ת משפטים ישרים (בירדוגו), חלק א, סימן מד.

237 רמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק ז, הלכה ז.

238 שו"ת מכתם לדוד, חו"מ, סימן כב, ד"ה מעתה.

פרק חמישי

שליח העושה את פעולת השליחות עבור עצמו

עד כאן דננו בשליח שלא עשה את פעולת השליחות או שעשה אותה באופן הפוגע באינטרסים של השולח. עתה נדון בשליח שאמנם עשה את פעולת השליחות, אבל הוא טוען שלא עשה אותה עבור שולחו אלא עבור עצמו. במילים אחרות, מה דינו של שליח שמעל באמונו של שולחו, כשעשה עבור עצמו את הפעולה המשפטית שקיבל על עצמו לעשות עבור שולחו: האם דינו כמי שלא ביצע את השליחות, ופעולתו מחייבת ומזכה רק אותו, וחלים עליו כללי האחריות שאמרנו לעיל בעניין אי־ביצוע השליחות? או שמא דינו שונה?[239].

את דיוננו בעניין זה נחלק לשני חלקים. תחילה נדון בשליח שעשה את פעולת השליחות בכספו שלו (או שפעולת השליחות לא הייתה כרוכה בתשלום כלל), והוא טוען שעשה אותה עבור עצמו ולא עבור שולחו. לאחר מכן נדון באותה טענה כשהשליח השתמש בכספו של השולח. במקרה הראשון, עולה רק שאלה של מהימנות בדיני הראיות, כלומר האם יש להאמין לשליח, שכן מהותית אין ספק שהשליח יכול לעשות את הפעולה באופן עצמאי[240]. השאלה היחידה העולה בכגון זה היא אפוא: האם השליח נאמן כשהוא טוען שפעל עבור עצמו? או שמא עליו להביא לכך ראיה? במקרה השני, בנוסף לשאלת המהימנות, עולה גם שאלה משפטית מהותית, והיא: האם הפעולה המשפטית יכולה לזכות את השליח בשעה שעשה אותה בכספו של השולח? כפי שנראה להלן, התשובות לשתי השאלות שנויות במחלוקת.

א. השליח עשה את הפעולה בכספו הוא

בדיוננו על סעיף 8[241], ראינו שאם השליח עושה את פעולת השליחות לטובת עצמו במקום לטובת שולחו, הוא נקרא "רמאי" ו"רשע". ונשאלת השאלה: האמנם התנהגות פסולה זו של השליח גוררת אחריה רק שיפוט ערכי שלילי על השליח, ואינה מקנה לשולח זכות תביעה משפטית כלפיו? לכאורה, אכן כך הוא המצב, כפי שעולה מדברי מהרש"ך[242], שהעיר בעניין זה: "הן אמת ששמעון [השליח] נקרא רשע במה שעשה, ואם יש לו יראת שמים ירחיק ממנו עַולה, כי בלי ספק בידי שמים הוא חייב עונש במה שעשה. הן אמת כי בדיני אדם אין לנו כח לכופו, כי זכה במה שעשה"[243]. אולם חשוב לציין שהקביעה שהאדם נקרא "רשע" אינה רק בעלת אופי מוסרי־ערכי, אלא יש לה גם תוצאות משפטיות ישירות ועקיפות כאחת:

[239] בשאלה זו השווה ברק, סעיפים 267־276. בסעיף 800, ברק מבהיר שהשולח אינו זכאי לדרוש מן השליח שיעביר לידיו את אשר רכש מן הצד השלישי: "הפעולה המשפטית שעשה השליח כלפי הצד השלישי ושהביאה לאותה הפרה אינה אוביקט לאכיפה במסגרת סעיף 9(א) לחוק השליחות".

[240] שאף שהוא שליח, אין הוא מאבד בשל כך את אישיותו המשפטית העצמאית הנפרדת מזו של השולח.

[241] ראה דיוננו על סעיף 8, פרק שני, עמ' 435.

[242] שו"ת מהרש"ך, חלק ב, סימן קיז, ד"ה איברא.

[243] שו"ת הרשב"א, המיוחסות לרמב"ן, סימן קכה, מקשה: מדוע אם שליח קידש לעצמו אישה שנשלח לקדש לשולח, לא יפקיעו חכמים את הקידושין, מן הטעם ש"הוא עשה שלא כהוגן, לפיכך עשו בו שלא כהוגן", כאמור ביבמות קי ע"א ובבבא בתרא מח ע"ב, כשיקול להפקעת קידושין, הלוא גם כאן מעשהו הוא מעשה רמאות (קידושין מח ע"ב)? והוא מסביר: "שלא בכל מקום אנו אומרים כן, אלא במקום שאמרו אמרו, ובמקום שלא אמרו לא אמרו... ואנן מנפשין לא אמרינן [=ואנחנו מעצמנו אין אנו אומרים]" (וראה הרב

תוצאות משפטיות ישירות, כיצד? הכרזה על האדם כרשע[244] היא הליך פומבי בעל תוצאות חברתיות־משפטיות קשות, כגון פסילתו לשבועה ולעדות[245]. כמו כן, אם הבעלות על הנכס מושא השליחות טרם עברה לידיו, בידי בית הדין לחייב את השליח לחזור בו, כדי שלא ייקרא רשע[246]. נמצא אפוא שהכרזה על השליח כרשע יש בה למעשה משום אמצעי אכיפה.

תוצאות משפטיות עקיפות, כיצד? יש פוסקים הסבורים שמאחר ששליח שעושה את פעולת השליחות עבור עצמו נוהג ברשעות, אין להאמין לו שנהג כך, עד שיביא ראיה לדבריו. במילים אחרות, על השליח רובץ נטל ההוכחה שנהג בחוסר נאמנות כלפי שולחו, וזאת אף על פי שהוא מוחזק בנכס מושא הסכסוך בינו ובין השולח[247]. הר"ן[248] מסביר שההנחה המשפטית היא שהשליח פעל כפי שהבטיח, שהרי "שארית ישראל לא יעשו עַולה" (צפניה ג, יג). ונראה שההסבר לדבריו הוא שהשליח אינו נאמן כשהוא טוען שעשה את פעולת השליחות עבור עצמו, שכן הכלל הוא ש"אין אדם משים עצמו רשע", כלומר, האדם אינו נאמן להעיד על עצמו שעבר עברה[249].

א' ברקוביץ, תנאי בנישואין ובגט, ירושלים תשס"ח, עמ' קפו־קפז). בהמשך דבריו הוא מדגיש שהוא הדין לא רק בדיני אישות אלא גם בדיני ממונות: "וכן, אי אפשר לנו לומר שכל מקום שאמרו חכמים גבי ממון לא יעשה, ואם עשה, אין עשוי, ואפקעינהו רבנן לזביניה מיניה, וא"נ אפקעינהו רבנן לממוניה מיניה". והשווה שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן אלף קפה, תשובה מקבילה לתשובה זו, אבל שם נעדרת ההתייחסות לדיני ממונות.

244 אמנם הטור והשולחן ערוך, חו"מ, סימן קפג, סעיף ב, ואבן העזר, סימן לה, סעיף ט, כותבים ששליח שעשה את השליחות לעצמו במעותיו נקרא "רמאי" ואינם מכנים אותו "רשע", שלא כמו הרמב"ם (ראה בית שמואל, אבן העזר, סימן לה, ס"ק כ, שעמד על ההבדל בין "רמאי" לבין "רשע". וכן עמד על הבדל זה 'ערוך השולחן', ראה דיוננו לעיל, סעיף 8, הערה 22). ונשאלת השאלה: האם פירוש הדבר הוא שבית דין אינו נוקט אמצעי אכיפה כלשהם נגד שליח זה? אין זה מסתבר. מסתבר יותר שדין אחד ל"רשע" ול"רמאי", בדומה למה שהעיר שו"ת נודע ביהודה, מהדורא תניינא, אבן העזר, סימן עב, ד"ה ומה שעלה בדעתו.

245 ראה סמ"ע, חו"מ, סימן רלז, ס"ק א, בדין "עני המהפך בחברה" (על דין זה, ראה דברינו לעיל, סעיף 8, הערה 22). וראה גם שו"ת ראנ"ח, סימן קכה. הראנ"ח מסתמך על דברי הגהות מיימוניות, הלכות חובל ומזיק, פרק ה, הלכה ב (ראה גם מרדכי, בבא קמא, פרק החובל, סימן קב), הקובע שהמשמעות המעשית לכך ש"המרים יד על חברו נקרא רשע" היא שמכריזים עליו בבית הכנסת שהוא רשע ופסול לעדות ולשבועה. וראה שו"ת איגרות משה, אבן העזר, חלק א, סימן צא, ד"ה והנה הרמב"ם.

246 ברם, אם מעשה הקניין נגמר, הרי זה בגדר "מעוות לא יוכל לתקון", שכן גם אם יעביר השליח את הנכס לידי השולח, הרי זו הקנאה חדשה, ואין היא מתקנת את אשר עיוות. ראה: שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן רנט; פד"ר ח, עמ' 227, בעמ' 235. והשווה שיטת רבנו תם, ולפיה גם אם נגמר מעשה הקניין, חובה על מי שנהג כ"רשע" להחזיר לחברו את הנכס: "שכל מקום שנקרא רשע, בית דין מחייבין אותו להחזיר הדמים". מובא בחידושי הרמב"ן, בבא בתרא נד ע"ב, ד"ה ושמענו, ובחידושי הריטב"א, קידושין נט ע"א, ד"ה והא דאמרי' בפ' הניזקין. הרמב"ן והריטב"א דחו את שיטתו.

247 כלומר, בניגוד לכלל "המוציא מחברו, עליו הראיה". כעין זה ראה שו"ת מהריט"ץ החדשות, סימן קסו, בעניין שותף שהציל חלק מנכסי השותפות וטוען שהצילם לעצמו ולא לשותפו, שאינו נאמן אלא אם יביא עדים שיעידו שאכן הצהיר בפניהם לפני פעולת ההצלה שאינו מתכוון להציל אלא לעצמו. וראה שם, ד"ה תדע, ההיקש שמקיש המשיב לדין שליח הטוען שפעל למען עצמו ולא למען שולחו.

248 ראה ר"ן, קידושין כב ע"א־ע"ב (בדפי הרי"ף), ד"ה וגרסי'.

אם כי השווה חזון איש, בבא קמא, סימן כא, ס"ק יא, ד"ה ואם, המסתפק בכוונת דברי הר"ן. לפי דבריו, אפשר שכוונת הר"ן אינה אלא שהשליח אינו נאמן לומר שבלבו לא התכוון לעשות את הפעולה לשולחו אלא לעצמו, "אבל אם טוען שמסר כן בפני עדים אפשר שהוא נאמן". וראה להלן, הערה 261, בדעת הסמ"ע.

[249] כך הסבירו את כוונת הר"ן: נתיבות המשפט, סימן קפג, ס"ק ו; שו"ת תועפות ראם (טויבש), חו"מ, סימן יב; משפט שלום, סימן קפג, סעיף ב. אמנם יישום הכלל "אין אדם משים עצמו רשע" בענייננו אינו נקי מספקות, שכן יש אומרים ש"אדם משים עצמו רשע" כשהדבר הוא לתועלתו. ראה להלן, ליד ציון הערה 262.

והשווה סמ"ע, חו"מ, סימן קפג, ס"ק ט: "דמסתמא אדם קאי בהימנותיה". כלומר, אם השליח הבטיח שיעשה דבר מה, ההנחה צריכה להיות שעשה אותו, כי ההנחה היא שהאדם נאמן להבטחותיו. דומה שזהו נימוק שונה מן הנימוק "אין אדם משים עצמו רשע", ואף אם מניחים שלתועלתו אדם נאמן לטעון שעבר עברה, אפשר שאינו נאמן לטעון שהפר התחייבות רצונית שקיבל על עצמו.

נתיבות המשפט, סימן קפג, ס"ק ו, מצביע על נימוק נוסף, ולפיו השליח אינו נאמן כשהוא טוען שעשה את פעולת השליחות עבור עצמו, אף שלו היה זה אמת, לא היה נחשב לרמאי או לרשע, והוא שדבריו עומדים בסתירה לחזקה משפטית, ולפיה: "חזקה שליח עושה שליחותו" (ראה לדוגמה עירובין לא ע"ב. אם כי צריך לציין שחזקה זו עצמה מושתתת על הנחת הנאמנות של השליח. ראה רש"י, חולין יב ע"א, ד"ה חזקה: "כל השלוחין עושין שליחותן, ומחזקינן להו בכך, מאחר שנתרצו בשליחותם". כך דייקו מדברי רש"י: שו"ת עין יצחק, חלק א, אבן העזר, סימן מב, ענף ד, ושם, ענף יג; שו"ת שואל ומשיב, מהדורא קמא, חלק א, סימן מז, ד"ה והנה בספר). שליח הטוען שנהג בניגוד לאותה חזקה, עליו חובת ההוכחה (את הנטל הזה, הוא יכול להרים אם השולח לא נתן לו כסף לביצוע השליחות, והוא נדרש להקדים לו מעות, או אף אם נתן לו השולח כסף, אם פעל בכספו שלו. וראה להלן, הערה 261).

[לכאורה, יישום חזקה זו, "שליח עושה שליחותו", בענייננו גם הוא אינו נקי מספקות, שכן מקורה של החזקה בדיני איסור והיתר (וראה שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס קרימונה, סימנים כו, כח, שחזקה זו אינה אמורה בדיני ממונות), וגם שם לא נאמרה רק לחומרה (גיטין סד ע"ב). זאת ועוד. לפי רב נחמן, "בשל תורה, אין חזקה שליח עושה שליחותו" (עירובין לא ע"ב). וראה המקורות שהפנו אליהם: משפט שלום, סימן קפג, סעיף ד, ד"ה והנה בנה"מ, והמהדיר בסוף שו"ת מהריט"ץ החדשות, סימן קמד, ד"ה אמנם מה. אמנם ראה: אבן בוחן (נדפס בסוף ספר אבן ישראל), דרוש לחג השבועות, ד"ה והנה לכאורה; טבעת החושן, חלק ג, סימן קפג, ד"ה והנה מה שהעיר על הנתיבות, שהציעו שניהם שאולי 'נתיבות המשפט' מבחין בין ספק אם השליח עשה את השליחות, שם לא חלה החזקה, ובין ספק אם עשה אותה עבור שולחו, שם כולי עלמא מודים שחזקה שהשליח עשה שליחותו עבור שולחו ולא עבור עצמו. הבחנה זו עולה לכאורה כבר מדברי שו"ת רבי בצלאל אשכנזי, למברג תרס"ד, סימן כז (הובא במגן אברהם, סימן תט, ס"ק יז, אלא ששם ההפניה היא לדפוס ונציה שנ"ה, סימן כט): "ואף על גב דפליגי אמוראי אי אמרינן חזקת 'שליח עושה שליחותו' אי לא, היינו כי מספקא לן בעיקר השליחות אי עשאו השליח אי לא, אבל היכא דודאי נעשה השליחות, דאנן סהדי בהם, אלא דמספקא לן אי שינה השליח אי לא, בהא ודאי לכולי עלמא לא אמרינן דשינה השליח, אלא חזקת שליח דאינו משנה בשליחותו". ברם, אבן בוחן, שם, ד"ה אבל אחר העיון, דוחה הבחנה זו ומוכיח מהתלמוד (קידושין נא ע"ב), שגם אם החשש הוא שמא עשה השליח את פעולת השליחות עבור עצמו, אין מקום לחזקה "שליח עושה שליחותו" (התלמוד שם דן באב שנשלח על ידי בתו הבוגרת לקדשה, ויש לו עוד בת קטנה שיש לו אינטרס אישי לקדשה, שכן הוא הזוכה בקידושיה, והלך האב וקידש את "בתו" סתם, ולא ידוע את מי מבנותיו נתכוון לקדש. התלמוד קובע שהקטנה היא המקודשת). ולא דיבר הרב בצלאל אשכנזי אלא כשהספק הוא אם השליח שינה משליחותו בלא שהיה לו אינטרס אישי לעשות כן.

והשווה עוד שו"ת באר יצחק (ספקטור), אבן העזר, סימן א, ענף ה, ד"ה והנלע"ד. לדידו, הסיבה לכך שהשליח אינו נאמן שפעל לעצמו אינה ש"חזקה שליח עושה שליחותו", אלא שטענתו של אדם שחזר בו מהתחייבותו היא "טענה גרועה", כלשונו, אף כשאינה כרוכה ברמאות (ואין לדחות את הצעתו מכוח סוגיית קידושין נא ע"ב, כפי שדחה 'אבן בוחן' את דברי 'נתיבות המשפט', שכן בסוגיית קידושין לא התחייב האב לקדש את בתו הבוגרת לאדם מסוים, ובידו לקיים עדיין את שליחותו).

לעניין הכלל "חזקה שליח עושה שליחותו", ראה עוד מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן כא. לדעתו, רב נחמן מודה שאפילו בשל תורה, אם השליח התחייב במפורש שיעשה את שליחותו, סומכים על חזקה זו מכוח הכלל "שארית ישראל לא יעשו עולה", אם כי אין זה אלא כשהשליח יודע שאם לא

כך פוסק לדוגמה 'שולחן ערוך'[250] בעניין שליח שנשלח להגביה מציאה: "היה רוכב על גבי בהמה וראה את המציאה ואמר לחבירו 'זְכֵה לי בה', כיון שהגביהה לו, קנה הרוכב, ואף על פי שלא הגיע[ה] לידו". והטור (שהוא המקור לדברי 'שולחן ערוך') הוסיף והטעים[251]: "ואין המגביה נאמן לומר 'לצָרכי הגבהתיה'".

עוד פוסק 'שולחן ערוך'[252] בעניין אדם ששלח את חברו לקנות נכס עבורו: "ראובן שאמר לשמעון 'זבין לי האי מידי' [=קְנֵה לי דבר זה], וזבין ליה סתמא [=וקנה לו סתם (כלומר, בלא להודיע למוכר עבור מי הוא קונה)], קנייה [=קנה אותו] ראובן [השולח] משעת משיכת שמעון. ואף על פי שחזר שמעון אחר משיכה ואמר 'לעצמי כיונתי לקנות', אינו נאמן, אע"ג דיהיב שמעון דמים שלו. קנייה ראובן ויהיב לשמעון זוזי [=אף על פי ששמעון (השליח) נתן את כספו, קנה אותו ראובן (השולח) וייתן לשמעון כסף]".

וזו גם לכאורה דעתו של הרמ"א[253]. על פסקו של 'שולחן ערוך'[254] בעניין "הנותן מעות לחבירו לקנות לו קרקע או מטלטלים, והניח מעות חבירו אצלו והלך וקנה לעצמו במעותיו, מה שעשה עשוי, והרי הוא מכלל הרמאים", מעיר הרמ"א: "קְנָאָהּ סתם [כלומר, בלא להודיע למוכר שהוא שליח] במעותיו, יכול לומר אחר כך 'לעצמי קניתי'. ודוקא בקרקע סתם[255]. אבל בקרקע מיוחד, הואיל והוא מנהג רמאות, ודאי מעיקרא קנאה למשלח, ולא יוכל לחזור בו"[256].

ועוד כיוצא בזה פוסק הרמ"א[257]: "ראובן אמר לשמעון 'קְנֵה לנו ביחד סחורה פלונית', והלך שמעון וקְנָאָהּ, ואח"כ אמר דקְנָאָהּ לעצמו... אם נתרצה לקנות לשניהן, הוי ליה כאלו זכה לשניהן"[258].

אמנם צריך לציין שגישה זו לא הייתה מקובלת על כולם. כך נראה, שאינה מקובלת על דעת הרשב"א[259] ועל דעת רבי יצחק ממרשיליא, בעל 'העיטור'[260]. לדידם, שליח שלא הציג

יעשה את השליחות, ייגרם לשולח נזק שלא יוכל לתקנו בעצמו או על ידי שליח אחר. וראה עוד אנציקלופדיה תלמודית, כרך יג, ערך חזקה ג (בטבע האדם), עמ' תשד, ליד ציון הערה 130 ואילך].

250 שולחן ערוך, חו"מ, סימן רסט, סעיף ו. מקורו בטור, שם.

251 וכך הוסיף הרמ"א בהגהתו ל'שולחן ערוך', שם.

252 שולחן ערוך, חו"מ, סימן קפג, סעיף ד. מקורו בטור, שם, בשם הרמ"ה.

253 אם כי ראה להלן, הערה 261, שהרמ"א סותר את עצמו לכאורה.

254 שולחן ערוך, חו"מ, סימן קפג, סעיף ב.

255 כלומר, קרקע לא מסוימת, שאז אין במעשהו משום רמאות, כפי שראינו לעיל, בדיוננו על סעיף 8, ליד ציון הערה 23.

256 מקורו של הרמ"א בר"ן שהובא לעיל, הערה 248.

257 רמ"א, חו"מ, סימן רסט, סעיף ו.

258 מקורו של הרמ"א במה שהביא מרדכי, בבא מציעא, פרק שניים אוחזין, סימן רלב, בשם ראבי"ה (מובא בבית יוסף, חו"מ, סימן קפג, מחודש ד, ד"ה כתב רבנו). וראה דיוננו לעיל, סעיף 8, הערה 14.

259 ראה שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן פז. ואולם ראה מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן יט. לאחר שהציג את מחלוקת הראשונים בעניין נאמנות שליח שטוען שנהג כרמאי, הוא מעיר שמתשובה אחרת של הרשב"א (שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן קג), נראה שהרשב"א אינו סובר כן אלא בשליח שלא הביע הסכמה לקבל על עצמו את השליחות. אבל אם הסכים לקבל אותה על עצמו, שוב אינו נאמן לומר שלעצמו עשה.

260 ראה ספר העיטור, שלישות ממון (מהדורת ר"מ יונה, חלק א, מד ע"א. מובא בהגהות מרדכי, בבא מציעא, פרק ד, סימן תנא, ומובא גם בבית יוסף, חו"מ, סימן קפג, מחודש ד). נביא כאן את דבריו בתרגום עברי: "ראובן שאמר לו לשמעון, 'יש סחורה במקום פלוני, לך וקנה אותה לי ולך [כלומר בשותפות]'. והלך

את עצמו כשליח בפני הצד השלישי, והוא טוען שעשה את פעולת השליחות לעצמו, נאמן. הם סבורים, כך נראה, שמאחר שהשליח הוא שמוחזק בנכס מושא הסכסוך, אף שהוא אומר על עצמו שנהג כרמאי, אין זו סיבה לסטות מן הכלל המקובל בדיני הראיות: "המוציא מחברו – עליו הראיה"[261].

שמעון וקנאה. ואמר לו ראובן, 'חלוק עימי'. ואמר לו שמעון, 'לא אחלוק'... אם שמעון לא לקח כסף [מראובן], ודברים הוא שהיה ביניהם, ועכשיו הוא חוזר בו, מודיעים לו בית הדין העונש על כך שעבר על מה שכתוב: 'איפת צדק הין צדק' (ויקרא יט, לו) [ודרשו חכמים, בבא מציעא מט ע"א]: שיהא הן שלך צדק, וכל שכן אם היה מעשה קניין ביניהם, ולא יעשה את עצמו בחזקת רמאי כמו בסיפור ברבין חסידא (קידושין נט ע"א)".

הט"ז (חו"מ, סימן קפג, סעיף ד) מצמצם את משמעות דברי העיטור. לדעתו, אין דבריו אמורים אלא בשלא היה סיפק ביד השולח להשיג את מטרת השליחות בעצמו (ומדין "כופין על מידת סדום", כפי שראינו לעיל, בסעיף 8, הערה 14, בדעת ראבי"ה, אלא שלדעתו, בשונה מן הראבי"ה, הוא הדין גם כאשר הסכים תחילה לקבל על עצמו את השליחות). אבל כאשר השולח יכול היה להשיג את מטרת השליחות בעצמו, גם העיטור מודה שפעולת השליח מזכה את שולחו. ואולם קשה על הסבר זה, שכן העיטור קובע במפורש שבנסיבות המקרה שהוא דן בו, השליח נאמן אף על פי שנהג ברמאות.

[261] מפרשי 'שולחן ערוך' תמהו על שהרמ"א הביא את פסקו של העיטור להלכה. ראה רמ"א, חו"מ, סימן קפג, סעיף ד: "ראובן שהיה יודע סחורה בזול [העיטור עצמו לא ציין פרט זה. וראה להלן] ואמר לשמעון לקנותה להם ביחד, ושמעון שתק וקנאה, ושוב אומר 'לעצמי קניתי'. אם קנאה במעות שלו, זכה שמעון במה שקנה. ואף אם נתרצה בתחלה בפירוש, יכול לחזור בו, ואינו אלא רמאי". כאמור, מפסק זה עולה שהשליח נאמן אף כשטוען שנהג ברמאות, והלוא זה סותר לכאורה את המסקנה העולה מהפסקים האחרים שיצאו מתחת ידי הרמ"א בעניין זה, כפי שהבאנו אותם לעיל. הט"ז (חו"מ, סימן קפג, סעיף ד) משאיר סתירה זו ב"צריך עיון". אחרונים אחרים הציעו פתרונות שונים ליישוב הסתירה, והרי סקירת מקצת מהם:

1) לדעת הסמ"ע (שם, ס"ק יג), הרמ"א מבחין בין שליח שטוען שהחליט בינו לבין עצמו לחזור בו מן השליחות ולעשות את פעולת השליחות לעצמו לבין שליח שטוען שהודיע על כך במפורש. במקרה הראשון, השליח אינו נאמן (וכך יש להעמיד את הפסקים שבהם פסק הרמ"א שהשליח אינו נאמן); ואילו במקרה השני, השליח נאמן (וכך יש להעמיד את הלכת הרמ"א, שבה אימץ את פסקו של העיטור). הצעה זו מקבילה לפירושו של 'חזון איש' בדעת הר"ן, שראינו לעיל, הערה 248.

2) שו"ת הב"ח, סימן יט, מצמצם את משמעות דברי העיטור. לדבריו, השליח אינו נאמן אלא כאשר הסכמתו לקבל על עצמו את השליחות הייתה כללית, בלא שירדו לפרטי העסקה שעליו לעשות. אבל אם ירדו לפרטי העסקה, אזי אינו נאמן לומר שקנה לעצמו (וראה ש"ך, חו"מ, סימן קפג, ס"ק ז, שאימץ את גישת הב"ח). צריך להעיר שגבולותיה של הבחנה זו אינם ברורים, וכמו כן לא ברור מהו הגיונה של ההבחנה (אם כי אפשר להבין שאם השליח לא קיבל על עצמו את השליחות באופן מוחלט, חובתו המוסרית כלפי השולח פוחתת. ועדיין צריך עיון).

3) נתיבות המשפט, סימן קפג, ס"ק ו, סבור שהרמ"א הוסיף פרט חשוב ביותר, והוא שהסחורה הייתה בזול, ולדעתו בכגון זה, השליח לא נהג מנהג רמאים (על הקשיים בגישתו המצמצמת של 'נתיבות המשפט', כבר הצבענו לעיל, בדיוננו על סעיף 8, הערה 22). אמנם ההלכה שפסק הרמ"א בסימן רסט (לעיל, הערה 257) גם היא עניינה סחורה בזול (אם כי ראוי להעיר ששם דווקא הרמ"א השמיט פרט זה), אבל, לדעתו, שם הסיבה לכך שהשליח אינו נאמן אינה משום שהוא משים עצמו רשע, אלא משום שדבריו עומדים בסתירה לחזקת "שליח עושה שליחותו" (ראה לעיל, הערה 249). בנקודה זו, 'נתיבות המשפט' מצביע על הבדל אחר בין שתי ההלכות, שיש בו כדי להסביר מדוע ההלכה שפסק הרמ"א בסימן קפג אינה עומדת בסתירה לאותה חזקה: בסימן קפג, השליח עשה את הפעולה בכספו הוא, ובכגון זה אין אומרים "חזקה שליח עושה שליחותו" (זאת, לא רק כשבמקום להשתמש בכסף שנתן לו השולח, השתמש בשלו, ובכך הראה בעליל שהוא סוטה משליחותו, אלא גם כשלא קיבל כסף מן השולח, שכן אין זה מופרך להניח שחזר בו מחשש שמא השולח לא ישפה אותו). לעומת זאת, בהלכה שפסק הרמ"א בסימן רסט,

לדעת ר׳ שלום מרדכי שבדרון[262], הרב מברעז׳אן, יסוד חילוקי הדעות בין הפוסקים הוא בשאלה: האם האדם נאמן לעשות את עצמו רשע, כשהוא עושה כן לשם רווח ממון או להשגת כל תועלת אחרת? הרשב״א ובעל ׳העיטור׳ סבורים שהאדם נאמן לומר שעשה מעשה רשע, אם הדבר משרת את האינטרסים שלו, ואילו הפוסקים האחרים סבורים שגם בכגון זה, האדם אינו נאמן לעשות את עצמו רשע[263].

ב. השליח עשה את הפעולה בכספו של השולח

(1) דיני הראיות — האם השליח נאמן כשהוא טוען שפעל עבור עצמו?

עד כאן, דננו בנאמנותו של שליח הטוען שקנה לעצמו, וראינו שנחלקו הפוסקים בדבר. אלה שפוסקים ששליח הטוען שקנה לעצמו אינו נאמן, אף אם הקנייה נעשתה בכספו הוא, בוודאי שכך סבורים כשהרכישה נעשתה בכספו של שולחו. והלוא דברים קל וחומר: אם השליח אינו נאמן לומר שנהג מנהג רמאים, ודאי שאינו נאמן לומר שנהג מנהג גזלנים[264].

ונשאלת השאלה: האם הפוסקים שחולקים עליהם סבורים שיש להאמין לשליח, אף כשעשה

נדרש השליח רק לעשות פעולת קניין ולא נדרש להוציא כסף. בכגון זה, אין יסוד לדחות את החזקה ״שליח עושה שליחותו״, ועל כן אינו נאמן כשהוא טוען את ההפך, עד שיביא ראיה לדבריו. על הסבר זה של ׳נתיבות המשפט׳ קשה, שכן בסימן קפג, הרמ״א אומר במפורש על השליח: ״ואינו אלא רמאי״.

4) וראה שו״ת חסד לאברהם (תאומים), מהדורא קמא, חו״מ, סימן מט (בסופו). לדעתו, ניתן ליישב את דברי הרמ״א על פי העקרונות שראינו לעיל, פרק שני, ב(4), עמ׳ 495, בעניין אי־ביצוע השליחות המונעת רווח מן השולח. על פי עקרונות אלה, השליח חייב לפצות את השולח רק כאשר הרווח היה ודאי, אבל לא ברווח שאינו ודאי. כשנשלח השליח לקנות סחורה מסוימת בזול, הרווח אינו ודאי, שכן אין ביטחון שהמוכר היה מסכים לעסקה בתנאים אלה, וזו הסיבה שכאן הסחורה נקנית כולה לשליח. גם הסבר זה קשה, שהרי הרמ״א נימק במפורש את דבריו בעובדה שהשליח אינו נאמן לומר שקנה לעצמו, אלא מניחים שקנה עבור שולחו, ולא נזקק לדין מניעת רווח כלל.

262 משפט שלום, סימן קפג, סעיף ב, ד״ה שם בהגה״ה.

263 וראה אור זרוע, בבא קמא, סימן תיג, ד״ה מעשה בפראגא. ׳אור זרוע׳ דן בשליח שחרג מהוראות שולחו וקנה סחורה אחרת וטוען שקנה אותה לעצמו. הוא מביא תחילה את דעת רבו, רבי יצחק בן רבי מאיר, הנוקט שהשליח ״מהימן לומר גזלן הייתי״, שכן אדם נאמן לשים עצמו רשע כשהוא עושה כן לשם רווח ממון. בנקודה זו ׳אור זרוע׳ עצמו חולק על רבו ולדעתו אדם אינו נאמן לשים עצמו רשע כלל (אמנם במקרה הנדון הוא מסכים שהשליח נאמן, אבל רק משום שסבר לתומו שמאחר שהוא מתכוון להשיב לשולח את כספו אינו גזלן ופעולתו מותרת). מחלוקת זו מובאת בקיצור בהגהות אשרי, בבא קמא, פרק ט, סימן יח. ראה אנציקלופדיה תלמודית, כרך א, ערך אין אדם משים עצמו רשע, עמ׳ תקמט, ליד ציון הערה 28 (והשווה ספר התרומות, שער כא, חלק ב, אות ג).

לדברינו, השווה משפטי התורה (שפיץ), בבא מציעא, ירושלים תשס״ט, סימן יא, הדן בשליח לקניית כרטיס הגרלה, הטוען לאחר הזכייה שקנאו לעצמו. הוא פוסק לטובת השולח בלא להתייחס כלל לשיטת הרשב״א והעיטור.

264 לפי זה, ברור שאם השליח עשה את פעולת השליחות בכספו של שולחו, הוא לא יהיה נאמן, אף כשהפרת אמונו של השולח כשלעצמה לא הייתה מגדירה את השליח כרמאי, כגון שעניינה של השליחות היה קניית נכס סטנדרטי שכמותו מצוי הרבה בשוק, והשליח לא הכשיל אפוא את השגת מטרת השליחות (ראה לעיל, ליד ציון הערה 255), או כגון שהעסקה שעשה הייתה במחיר הזדמנות בלתי חוזרת (לפי אותם פוסקים המחילים על שליח את הסייגים החלים בדין ״עני המהפך בחררה ובא אחר ונטלה״. ראה דיוננו לעיל, סעיף 8, הערה 22). כאן השליח אינו נאמן, משום שעשיית פעולת השליחות לטובת עצמו בכספו של

את פעולת השליחות בכספו של השולח? אמנם הרמב"ם מעיד שכך פסקו "מקצת המורים"[265], ואומר: "הורו מקצת המורים, שאם קנה לעצמו במעות חבירו אחר שזקפן עליו במלוה[266], הרי קנה לעצמו, ומקבלין ממנו כשאמר 'זקפתי אותם המעות על עצמי במלוה'"[267]. כלומר, מבחינת דיני הראיות, השליח נאמן "בדיבורו הקל"[268], שאכן התכוון לעשות כן.

ברם, דעת "מקצת המורים" אינה מקובלת על רוב הפוסקים. כך לדוגמה, הרשב"א[269] סבור

השולח היא בלא ספק מעשה רשעות (גזלה), ו"אין אדם משים עצמו רשע". על הבחנה זו, עמד בעל שו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל ג, סימן כב, ד"ה והטור ר"ס.

265 רמב"ם, הלכות מכירה, פרק ז, הלכה יב.

266 המשמעות של זקיפה במלווה היא שהשליח אינו מתכוון לגזול את המעות מהשולח, אלא כוונתו רק ללוות אותם כדי להשתמש בהם לצרכיו. ראה סמ"ע, חו"מ, סימן קפג, ס"ק ה. מבחינה משפטית, אף שזו הייתה כוונתו, דינו כגזלן. וראה להלן, הערה 267.

267 הרמב"ם עצמו חולק על דעה זו של "מקצת המורים" מכל וכל, כפי שנראה להלן, ליד ציון הערה 283. הצגנו דעה זו של "מקצת המורים" כדעה החולקת על דעת הפוסקים הסבורים ששליח הטוען שעשה את פעולת השליחות לעצמו אינו נאמן אף כשעשה אותה בכספו הוא. אולם אין הכרח בדבר, שכן אפשר שלא אמרו כן אלא בשליח שאינו נקרא רשע כשקונה לעצמו, וכגון שהשליחות הייתה לקניית נכס סטנדרטי. ואף שהוא משתמש בכספו של שולחו, ויש בכך משום גזל, הרי סובייקטיבית אין הוא רשע בשל כך, שכן אינו מתכוון לגזול מן השולח את כספו, אלא רק ללוותו ממנו, וכעין דעתו של בעל אור זרוע, בבא קמא, סימן תיג, ד"ה אלא (הובא בקיצור בהגהות אשרי, בבא קמא, פרק ט, סימן יח, בשם אבא מורי).

268 כלשונו של מגיד משנה, הלכות מכירה, פרק ז, הלכה יב: "ומכל מקום הפריזו ["מקצת המורים"] על מדותיהם במה שאמרו שהוא נאמן בדבורו הקל, דודאי דוקא כשיש עדים ששלח בהן יד לעצמו או שאמר בפניהם שחוזר בו משליחותו".

ראה חזון איש, בבא קמא, סימן כא, ס"ק י, ד"ה כתב המ"מ, שהסתפק שמא גם לדעתם יש צורך לכל הפחות שיטען שאמר כן לפני עדים, "אבל אם השליח אומר שחשב כן בלבו, הוי ליה דברים שבלב, כיון דסתמא אמרינן דלקח למשלח, וכדאמרו בגיטין לב ע"א לענין ביטול השליחות של בעל, שצריך בפני עדים [ראה להלן, דיוננו על סעיף 14, פרק שני, א(3)(ה), עמ' 622]". אך לבסוף הוא מכריע שלשיטת "מקצת המורים" די בכוונת הלב: "כיון שהוא מוחזק, אם יהיה הדין שהוא נאמן לומר שביטל השליחות בפני עדים, דין הוא דמהני גם כן מחשבתו וחשיב כביטל בפני עדים, כיון שהדבר נוגע רק לו לעצמו שיהא רשאי לעכב המקח לעצמו".

269 ראה: שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן שסט (הדברים חוזרים על עצמם, בשינויים אחדים, בחידושי הרשב"א, בבא קמא קב ע"ב, ד"ה אחיכו). זו גם דעתו של חידושי הריטב"א, קידושין נט ע"א, ד"ה רבה בר חנן: "ואפילו במעות של משלח יש לחלק בין מי שלקח אותם סתם למי שלקח לעצמו בפירוש". כך עולה גם מרבנו ירוחם, ספר מישרים, נתיב כז, חלק א: "וזה מיירי שקנה סתם, דאם אמר בפני עדים 'לעצמי אני קונה', נעשה גזלן על המעות, והכל שלו" (הוא מייחס דעה זו לבעל 'ספר מתיבות', ואולם השווה להלן, הערה 288). ואולם צריך עיון בשיטת רבנו ירוחם, שכן מדבריו בנתיב כח, חלק א (בהתחלה), עולה שאין דינו של השליח כגזלן אלא כשחרג מהוראות שולחו: "אמר לשלוחו 'קנה לי חיטים', וקנה שעורים... אם אמר בפני עדים 'לצורך עצמי אני קונה', נעשה גזלן על המעות, ואם הותירו, הותירו לו, ודוקא כששינה, דקנינהו בשינוי, דאם לא שינה, לא מהני תנאה בפני בית דין" (ראה להלן, הערה 301). לניסיונות בהבנת שיטתו, ראה: שו"ת לחם רב, סימן קנא, ד"ה עוד הקשה על דברי רבינו ירוחם; שו"ת מהרש"ך, חלק ב, סימן קיז, ד"ה גם הלום; שו"ת מהר"ש צרור, תשב"ץ, חלק ד (חוט המשולש), טור ב, סימן א, ד"ה ורבינו ירוחם. ואולם הסבריהם אינם מניחים את הדעת. מסתבר שנפלו טעויות סופר בדברי רבנו ירוחם, ומשום כך קשה לעמוד על בירור שיטתו (שספר זה "מוחזק בטעויות", ראה ש"ך, חו"מ, סימן לו, ס"ק טז; וראה גם שם הגדולים לחיד"א, בערכו).

שאין להאמין לשליח, ונימוקו אינו שהשליח אינו נאמן לומר שנהג כרמאי[270], ואף לא שהשליח אינו יכול מבחינת המשפט המהותי לעשות את פעולת השליחות לעצמו בכספו של שולחו (על נקודה זו, המוסכמת גם על "מקצת המורים", נרחיב להלן בסמוך). נימוקו הוא שכל זמן שהשליח לא חזר בו מכוונתו לעשות את שליחותו במפורש ולפני עדים, הרי אם הוא עשה את פעולת השליחות בכספו של שולחו, חזקה היא שעשה אותה כשלוחו, ולא כגזלן[271], אלא אם כן יביא עדים שיעידו שלא התכוון לעשות את שליחותו אלא לגזול מן השולח את

[270] הלוא ראינו לעיל, ליד ציון הערה 259, ששיטת הרשב"א היא ששליח הטוען שפעל לעצמו, נאמן לשים עצמו רשע, מכיוון שזהו האינטרס שלו.
ברם, השווה שו"ת תשורת ש"י, מהדורא קמא, סימן תקצ, שלדעתו, נימוקו של הרשב"א הוא שהשליח אינו נאמן לשים עצמו רשע. לדעתו, כך מוכח מן העובדה שהרשב"א אמר את דבריו גם ביחס לנפקד שהתעסק בפיקדון בלא הוראה על כך מהמפקיד (ראה שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן תתקלח, וראה ביאור הגר"א, חו"מ, סימן רצב, ס"ק ל, הטוען שהרשב"א הולך בזה לשיטתו בדין השליחות). והלוא שם לא שייך הטעם "חזקה שליח עושה שליחותו"! ואם כן, בעל כורחך, טעמו של הרשב"א הוא: "אין אדם משים עצמו רשע". לפי זה צריך לומר שהרשב"א מבחין בין דרגות שונות של רשעות: השליח נאמן לומר שנהג כרמאי, אבל אינו נאמן לומר שנהג כגזלן. אולם יש להעיר שהרשב"א עצמו מגביל שם את דבריו, דווקא כשהנסיבות מורות על כך שהנפקד אכן התעסק לטובת המפקיד. אמנם מלשון הרמ"א, חו"מ, סימן רצב, סעיף ז, שפסק את דברי הרשב"א בלא מגבלה זו, מוכח לכאורה כדברי תשורת ש"י, וכך אכן באר הט"ז שם את דבריו. אבל ראה: סמ"ע, שם, ס"ק כ; באר הגולה, שם, אות ה, שתמהו על הרמ"א.

[271] א. יש להטעים שחזקה זו אינה קיימת, כך נראה, אלא בשליח שפועל בכספו של השולח, ולא בשליח שפועל בכספו הוא, שכן, כפי שראינו לעיל, ליד ציון הערה 259, כשהשליח פועל בכספו הוא, דעת הרשב"א היא שהוא נאמן לומר שהתכוון לפעול לעצמו ולא לשולחו. מסתבר שההבחנה היא ששליח הפועל בכספו של שולחו, הרי שעצם המעשה מוכיח שהוא עשה זאת עבור שולחו, וממילא הופכת טענתו לטענת "דברים שבלב". לעומת זה, אם ביצוע השליחות נעשה בכספו הוא, הרי עצם המעשה אינו מעיד על כך שהרכישה היא עבור שולחו, ואם כך, אין זה בכלל "דברים שבלב".
ב. הרשב"א מביא ראיה לקיומה של חזקה זו משתי סוגיות תלמודיות:
ראיה אחת מסוגיית בבא קמא קב ע"ב, שדננו בה בהרחבה במסגרת דברינו על סעיף 7, ליד ציון הערה 24, וראה גם שם נספח ראשון, עמ' 415. כזכור, הסוגיה דנה בשליח נסתר (היינו שליח שלא הציג את עצמו כשליח בפני הצד השלישי) שנשלח לקנות חיטים, ובמקום זאת הלך וקנה שעורים. ההלכה נפסקה שגם בכגון זה, אם בסופו של דבר עלה מחיר השעורים והשינוי הביא לרווח, הרווח הולך לשולח. לדעת הרשב"א, הנימוק לכך הוא שכל זמן שאין הוכחה לסתור, ההנחה היא שהשליח התכוון לפעול לטובת שולחו. הרשב"א מסיק מכאן שאם כך הוא בשליח שחרג משליחותו (כשקנה שעורים במקום חיטים, אף אם הוא טוען שקנה לעצמו), קל וחומר שכך הוא בשליח שלא חרג משליחותו.
בחידושיו לבבא קמא קב ע"ב, ד"ה ואחיכו, הרשב"א מביא ראיה נוספת לכך שמן הסתם השליח פועל לטובת שולחו. כך עולה לדעתו (בהיקש) מסוגיית בבא קמא קטז ע"ב, בעניין מי שהציל נכסיו של חברו שעמדו בסכנת אבדן (באופן שחברו לא יכול היה להצילם בעצמו), וטוען לאחר מעשה שהתכוון לזכות בנכסים לעצמו. התלמוד קובע שאמנם אדם זר שהציל נכסים אלה שאינם אלא הפקר (שכן הבעלים מתייאשים מלהצילם), יכול לזכות בהם לעצמו. אבל אם המציל אינו אדם זר אלא שותף או פועל של בעל הנכסים, הרי אין להאמין לו, אלא אם כן הודיע מראש לפני פעולת ההצלה שאינו מתכוון לפעול אלא לטובת עצמו ולא לטובת שותפו או מעבידו. גם מכאן מוכח, לדעת הרשב"א, שההנחה היא ששותף או עובד (והוא הדין שליח) פועל לטובת חברו, כל זמן שלא הוכח ההפך.
[נעיר שעל הלכה זו נחלקו הדעות בין הפוסקים. יש הסבורים שהמציל יהיה נאמן שפעל לעצמו, אם יישבע על כך, אבל אין כאן מקום לדון בכך. ראה: מרדכי, בבא קמא, פרק הגוזל (בתרא), סימן קפד, בשם אבי העזרי; בית יוסף, בדק הבית, חו"מ, סימן קפא, אות א, ד"ה כתב אבי העזרי; רמ"א, חו"מ, סימן קפא, סעיף ה ונושאי כלים שם; משנה למלך, הלכות גזלה ואבדה, פרק יב, הלכה ח].

כספו ולהשתמש בו לעצמו. אם יביא עדים, כאמור, יזכה בנכס שקנה, אף שהנכס נקנה בכספו של השולח.

לכאורה, מצאנו כבר קביעה מפורשת בעניין זה בתוספתא[272], ולפיה השליח אינו זוכה לעצמו, אם עשה את פעולת השליחות בכספו של שולחו. התוספתא דנה במי שנתן כסף לחברו כדי שיסחור בו, ויַחלקו שניהם ברווחים, והלה טוען שלא עשה את פעולת השליחות. וזה לשון התוספתא: "הנותן מעות לחבירו ליקח בהן פירות למחצית שכר, ובאחרונה אמר 'לא לקחתי', אין לו עליו אלא תרעומת. ואם יש עדים שלקח ומכר, מוציאין ממנו על כרחו". לפי דרכו, מציע הרשב"א לפרש את דברי התוספתא באופן שהמתעסק לא חזר בו בפירוש: "דכיון שקנה סתם, ושכירו הוא, ידו כיד בעל המעות, דעד שיחזור בו בפירוש, מסתמא לבעל המעות הוא קונה"[273]. דעת "מקצת המורים" עומדת אפוא לכאורה בסתירה לתוספתא[274].

(2) הדין המהותי — האם השליח יכול לפעול לעצמו בכספו של שולחו?

(א) דעה א: השליח זוכה לעצמו מכוח דיני גזל ("כל הגזלנין משלמים כשעת הגזלה")

מן הדברים שראינו עד כה, עולה שהנחת יסוד היא, שבאופן עקרוני, שליח הקונה לעצמו בכספי שולחו, הנכס עובר לבעלותו, הן לדעת "מקצת המורים" הן לדעת הרשב"א. וכך פסק לכאורה 'שולחן ערוך'[275]: "הנותן מעות לחבירו ליקח בהם פירות למחצית שכר... ואם שלח בהם יד בפני עדים או שאמר בפניהם שחוזר בו משליחותו, קנה לעצמו". גם הרמ"א הביא דעה זו (בשם "יש אומרים")[276]: "מיהו אם אמר השליח לפני עדים שחוזר בשליחותו, יש אומרים דקנה לעצמו".

הנחה זו מתחייבת לכאורה מעקרונות דיני הגזל, הלוא שליח השולח יד בנכסי השולח כמוהו כגזלן, והלכה היא שנכס הנקנה במעות גזולות אינו שייך לנגזל, על אף שהוא בעל המעות, אלא לגזלן. המקור לכך הוא הכלל: "כל הגזלנים משלמים כשעת הגזלה"[277]. היינו, הגזלן אינו חייב להשיב לבעלים אלא את הקרן שגזל ממנו ולא את חליפי הגזלה[278] או

[272] תוספתא, בבא מציעא (ליברמן) ד, כב. על חלקה הראשון של התוספתא, כבר עמדנו לעיל, ליד ציון הערה 58.

[273] חידושי הרשב"א, בבא קמא קב ע"ב, ד"ה ואחיכו. פירוש זה מופיע גם בשו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן שסט, ד"ה ואם נפשך לומר. וראה להלן, הערה 274, שבשו"ת שלו, הרשב"א הציע הסבר נוסף בתוספתא שיש בו כדי ליישב אותה גם עם שיטת "מקצת המורים".

[274] אם כי התוספתא אינה עוסקת בשליח שטוען שעשה את פעולת השליחות לעצמו אלא בשליח שטוען שלא עשה את פעולת השליחות כלל ("ובאחרונה אמר לא לקחתי"). "מקצת המורים" יכולים אפוא להסביר שדווקא בכגון זה, "אם יש עדים שלקח, מוציאין מידו על כרחו", שכן אם טען השליח תחילה שלא עשה את פעולת השליחות כלל, אינו נאמן עוד לחזור בו ולומר שעשה אותה לעצמו, מה שאין כן אם אמר מלכתחילה שעשה את פעולת השליחות לעצמו ולא לשולחו. תירוץ זה העלה לצורכו הרשב"א. ראה שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן שסט, ד"ה ואם נפשך לומר עוד: "דכיון שטוען שלא לקח כלום, כבר הודה שלא נתכוון ליעשות גזלן על המעות ולזכות במקח לעצמו". על שיטת הרשב"א, ראה להלן בסמוך.

[275] שולחן ערוך, יורה דעה, סימן קעז, סעיף מ. ואולם השווה להלן, ליד ציון הערה 290.

[276] רמ"א, חו"מ, סימן קפג, סעיף ג.

[277] ראה משנה, בבא קמא ט, א.

[278] הדין הוא שאם הנכס הגזול שינה את צורתו ("שינוי שאינו חוזר לברייתו"), ואינו דומה למצבו בשעת הגזלה, הנכס נקנה לגזלן בקנייני גזלה, ואין הוא מחויב אלא בהשבת דמיו כערכם בשעת הגזלה (ראה שולחן ערוך, חו"מ, סימן שסב, סעיף א). והוא הדין כאן: המעות הפכו לחיטים, ואין אפשרות לבטל את העסקה ולדרוש את המעות חזרה.

הרווחים שהפיק ממנה[279]. מכאן המסקנה המתבקשת לענייננו, ששליח המשתמש במעות שולחו לרכוש נכס לעצמו, דינו כדין גזלן, והוא זוכה בנכס! ואכן, כך מנמק הרשב"א את דבריו[280].

אמנם קביעה זו, שהנכס נקנה לשליח, טעונה הסבר: הרי השליח קנה את הנכס במעות גזל, וכשם שהמקדש אישה במעות גזל אינה מקודשת, הוא הדין הקונה במעות גזל, המקח בטל, ומן הדין היה שהנכס יחזור למוכר והמעות לשולח. מדוע אם כן, נחשב מה שעשה השליח כשינוי שאינו חוזר לברייתו, וזוכה השליח? ואכן ראה להלן, הערה 281, שלדעת 'צמח צדק' (בהסברו השני), זהו טעמם של החולקים על שיטת הרשב"א, מדוע השליח אינו זוכה מכוח קניין גזלה.

מתוך דברי האחרונים עולות דרכים שונות ליישב את הקושי:

(א) מעשה קניין אחר, נוסף על נתינת המעות. נתיבות המשפט, סימן קפב, ס"ק ד, ושער משפט, סימן קצ, ס"ק א, כותבים שאם הגזלן עשה בנכס מעשה קניין נוסף על נתינת המעות (כגון משיכה), המקח תקף מכוח מעשה הקניין הנוסף, ולכן גם אם הנגזל זכאי להשבת כספו מידי המוכר, אין בכך כדי לבטל את העסקה. וראה מנחת פתים, חו"מ, סימן מז, שהסתפק בדין זה.

(ב) תקנת השוק במעות. 'שער משפט' מוסיף שם שגם אם מעשה הקניין היה רק קניין מעות, אם המוכר אינו יודע שהמעות גזולות, אינו חייב להחזיר אותן לשולח, אלא אם כן ייתן לו הלה מעות אחרים תמורתם (כלומר, "תקנת השוק" חלה גם על כסף). 'שער משפט' טוען שמכיוון שאין טעם בהחלפת כסף בכסף ("אפוכי מטרתא למה לי?"), בכגון זה יש להשאיר את המצב על כנו. וראה מה שהקשה על תירוץ זה במנחת פתים, שיירי המנחה, סימן שנו, סעיף ב, מכוח דין קידושי אישה במעות גזולות.

(ג) קיום המקח מכוח דיני השליחות הנסתרת. ספר הפלאה, בבא קמא קב ע"ב, ד"ה הא ר"מ, טוען שהדין שבשליחות נסתרת (והלוא כזו היא השליחות שבפנינו) המקח עומד בעינו גם כשמתברר שהשליח חרג מהרשאתו (ראה לעיל, סעיף 7, פרק שני, א, עמ' 395), הוא דין רחב ביותר, והוא כולל גם את החריגה הקיצונית של קניית השליח לעצמו. מצב בלתי הפיך זה מאפשר להחיל על הנכס את הכלל בהלכות גזלה: "שינוי שאינו חוזר לברייתו".

279 ראה ראבי"ה (מהדורת דבליצקי, בני־ברק תשס"ה), סימן תתקנז, ד"ה ואפילו אם (תשובה זו הובאה בחלקה בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן תר, ובמרדכי, בבא קמא, פרק הגוזל (קמא), סימן קכה). הוא דן בשאלה אם מפקיד כספים זכאי לתבוע מהנפקד כל רווח שבא מכספי הפיקדון, גם אם השימוש שנעשה בהם היה שלא בידיעתו, ומכריע שלא: "ואפילו אם נתכוון לשלוח יד בפיקדון והוי ליה כגזלן, הא פסק רבא בשילהי פרק המפקיד (בבא מציעא מג ע"ב) הלכה כבית הילל, דשבח דגזלן הוי, ואפילו שבחא דממילא, כגון וולדות, וכל הגזלנין משלמין כשעת הגזילה, וכל שכן שבח שהכניס עצמו לקבל האחריות שהוא שלו" (וראה י' בלס, חוק לישראל, עשיית עושר ולא במשפט, ירושלים תשנ"ב, עמ' 28־30). אבל בהמשך הוא מבהיר שכך הוא בפיקדון דווקא, ולא בשליחות, שם נוקט ראבי"ה כשיטת הרמב"ם, שאף שהתכוון לקנות לעצמו קנה השולח. ראה להלן, הערה 288.

אולם דין זה של נפקד שהרוויח בפיקדון בלא רשות המפקיד שנוי לכאורה במחלוקת ראשונים. ראה להלן, הערה 281, והערה 304.

280 וזה לשונו בשו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן שסט: "אבל אם חזר בו בפני עדים, ואמר 'סחורה זו שאני לוקח... לעצמי אני מתעסק', קנה לעצמו, שהרי אין זה גופו של ממון שמסר לו בעל הבית". והדברים חוזרים בחידושיו לבבא קמא קב ע"ב, ד"ה ואחיכו: "דכל היכא דנתכוין לגזול ולקנות לעצמו, אם פחתו, פחתו לו, ואם הותירו, הותירו לו, דכל שמתכוין לגזלותא ולקנות לעצמו, אין חילוק בין ר' יהודה לר' מאיר [כלומר, שלא כמו ר' מאיר, ר' יהודה סבור אמנם שעצם השינוי מהוראות השולח אינו מגדיר את השליח כגזלן, אבל אם השליח מתכוון לגזול, מודה הוא שדינו כגזלן]".

הרשב"א (שם, ד"ה ואם נפשך) מצביע בעצמו על סוגיה תלמודית הסותרת לכאורה את דבריו. התלמוד, בבא מציעא עד ע"א, דן בשלוחם המשותף של שלושה שולחים שמעל בתפקידו כשהתכוון לקנות רק לאחד מהם ולא לשלושתם. זה לשון התלמוד: "אמר רבא: הני בי תלתא דיהבי זוזי לחד למזבן להו מידי, וזבן לחד מנייהו, זבן לכולהו. ולא אמרן אלא דלא צר וחתים איניש איניש לחודיה, אבל צר וחתים איניש איניש לחודיה, למאן דזבן זבן ולמאן דלא זבן לא זבן [=אלו השלושה שמסרו כסף לשליח אחד שיקנה עבורם דבר מה, והוא קנה עבור אחד מהם, הקניין הוא לכולם. ואין הדברים

ברם, הנחה זו אינה פשוטה כלל ועיקר. אמנם אילו היו חלים על השליח דיני הגזל, היו מודים כולם שזאת התוצאה המתבקשת[281], אלא שיש פוסקים הסבורים שדיני הגזל אינם חלים על השליח, מסיבות שננסה לעמוד עליהן להלן, ומשום כך השולח הוא שזוכה במקח[282].

(ב) דעה ב: השולח זוכה

1. כללי

הזכרנו לעיל את גישת "מקצת המורים", שהרחיקו לכת יותר מן הרשב"א, וקבעו שהשליח נאמן כשהוא אומר שהתכוון לזכות לעצמו, גם אם לא הביא עדים לכך. הרמב"ם יוצא חוצץ נגדם, ומתוך דבריו ניכר שהוא דוחה את עמדתם לא רק באשר לדיני הראיות אלא גם באשר לדין המהותי (כלומר, הוא דוחה גם את שיטת הרשב"א). לדידו, משעה שנקנה הנכס בכספי השולח, הדין הוא שזכה בו השולח, אף אם השליח הביא עדים שהתכוון לקנות לעצמו. וזה לשון הרמב"ם[283]: "ואני אומר שאין דין זה [של מקצת המורים] אמת, אלא המקח של משלח[284], כמו שיתבאר בדין העסק".

מקורו של "דין העסק", שהרמב"ם מפנה אליו, נמצא בדברי הרי"ף[285]. להבנת דברי הרי"ף, נזכיר בקצרה ש"עסקא [=עסק]" היא טכניקת הלוואה מיוחדת המאפשרת להשקיע כספים בלא לעבור על איסור ריבית. הסכום שמקבל הלווה (הנקרא בהקשר זה "מתעסק", שכן הוא אמור לסחור ולהפיק רווחים מן הכסף שנתן לו המלווה־המשקיע), נחשב חציו פיקדון וחציו הלוואה, וממילא הרווח שהמתעסק מפיק מתחלק שווה בשווה בינו ובין המלווה: חצי הרווח שבא

אמורים אלא כשלא היה כספו של האחד בצרור נפרד מזה של חברו, אבל אם היה בצרור נפרד, למי שקנה, קנה, ולמי שלא קנה, לא קנה]". מן הסיפא ("ולא אמרן אלא דלא צר וחתים"), משתמע שאם השליח התכוון להשתמש בצרור כספו של אחד השותפים כדי לקנות נכס עבור שותף אחר, נרכש הנכס לבעל הצרור דווקא. ומכאן לכאורה שהשליח אינו יכול לגזול את כספו של שולחו (ואכן, כך הסיק מסוגיה זו הראבי"ה שהוזכר לעיל, הערה 279, בעמ' קנט, כשיטת הרמב"ם שנראה להלן). על כך עונה הרשב"א: "ויש לומר דשאני אחר, דבכל כי הא, לא [נראה שיש למחוק תיבת "לא", וכפי שהעיר המהדיר בחידושי הרשב"א במהדורת מוסד הרב קוק, הערה 372] אמרינן 'מי הודיעו לבעל חטים', לפי שדעתו של מוכר אינו אלא למי שקונה ממנו או למי שהמעות שלו, אבל לא לזה ולא לזה אלא לאחר דלאו בעל המעות ולא קונה, לא". כלומר, הרשב"א מודה שהשליח אינו יכול להשתמש בכספו של השולח כדי לקנות נכס לאדם זר, אבל לא כן כאשר הוא משתמש בכספי השליחות כדי לקנות לעצמו. וראה מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן יז, ד"ה ונראה. וראה דיוננו על סעיף 17, הערה 75, מה שתמהנו על הגר"א.

281 כך לדוגמה, אם המעות שעל ידם נרכש הנכס הן מעות פיקדון שלא נועדו לסחורה, הכל מודים לכאורה שהמפקיד אינו זוכה בנכס שנרכש בהם, וזאת מכוח דיני הגזל (אם כי השווה להלן, הערה 304). והשווה צמח צדק (שניאורסון), פסקי דינים, חו"מ, סימן רצב, ד"ה בסמ"ע סק"כ, בהסברו השני (עמ' מ), שאינו מסכים לקביעה זו. לדעתו, החולקים על הרשב"א חולקים עליו בדיני גזל, כלומר: אדם אינו יכול לקנות לעצמו נכס כשמעשה הקניין נעשה בכספו של חברו.

282 וראה להלן, ליד ציון הערה 299, שאפשר שגם דברי הרשב"א אינם אמורים כאשר ברור שכוונת המוכר הייתה להקנות לשולח.

283 רמב"ם, הלכות מכירה, פרק ז, הלכה יב. הלכה זו הוזכרה על ידי השופט טל בע"א 1851/95 קליין נ' טרנקר (פורסם בפדאור, 11.3.1997).

284 הרמב"ם לא סייג את הדברים (ולא הוסיף "אלא אם כן הביא עדים שהתכוון לקנות לעצמו"), ומכאן שהרמב"ם דוחה גם את שיטת הרשב"א, וכך מוכח גם מן ההיקש ל"דין העסק", כפי שמבואר להלן.

285 רי"ף, בבא מציעא סב ע"ב (בדפי הרי"ף).

מכספי ההלוואה הולך כולו ללווה־המתעסק, ואילו חצי הרווח שבא מכספי הפיקדון הולך כולו למלווה־המשקיע.

השאלה שדן בה הרי״ף היא: מהו הדין אם המתעסק מחליט (שלא כהוגן) לסחור רק בחלק ההלוואה שקיבל? האם כל הרווח שייך לו, שכן הרווח בא מחלקו? או שמא אין בכוחו לפצל את הכסף באופן חד־צדדי, ולפיכך מתחלקים הרווחים ביניהם שווה בשווה? דעת הרי״ף היא שפיצול חד־צדדי של הכסף על ידי הלווה אינו מועיל, באשר הוא מנוגד למה שהתנה הלווה עם המלווה. ובלשונו: ״דלאו אדעתא דעביד ביה הכי יהביה ניהליה [=שלא על דעת שיעשה כן נתן לו אותו]. הילכך, אי אתני ליה הדֵין תנאה בפני כל בית דין שבעולם, לא מהניא ליה הדֵין תנאה ולא כלום [=לכן, (אף) אם התנה כן בפני כל בית דין שבעולם, אין מועיל לו תנאי זה ולא כלום]״. מכאן מתבקשת לכאורה המסקנה, שכשם שפסק הרי״ף שהמתעסק אינו יכול להפריד את כספי ההלוואה מכספי הפיקדון באופן חד־צדדי (שלא כדין) כדי לזקוף את הרווח המופק מהם לעצמו[286], כך היה פוסק גם בעניין שליח המפיק רווח מכספי השולח שלא כדין. בשני המקרים, בעל הכסף הוא שזוכה ברווח המופק מכספו, כפי שהסיק הרמב״ם מדבריו (״כמו שיתבאר בדין העסק״)[287] [288].

[286] הרי״ף מציין שדעתו חלוקה על פוסקים (״רבואתא״) שקדמו לו. וראה חזון איש, בבא קמא, סימן כא, ס״ק טז, ד״ה כ׳ הרי״ף, שאף פוסקים אלו מודים לעיקרון שרווח המופק ממחצית הסכום המוגדר כפיקדון, נזקף לזכות המפקיד, גם אם המתעסק התכוון להפיק את הרווח לעצמו, והמחלוקת ביניהם אינה אלא ביחס לחצי הסכום המוגדר כמלווה, שלדעת ״רבואתא״, אם הפרידו המתעסק באופן חד־צדדי, זוכה הוא ברווח לעצמו.

[287] כך העלה גם הרשב״א בדעת הרי״ף. ראה: שו״ת הרשב״א, חלק ב, סימן שסט (בסופו); חידושי הרשב״א, בבא קמא קב ע״ב, סוף ד״ה ואחיכו. עם זאת, יש להעיר שהלכת הרי״ף בעניין המתעסק אינה מוכיחה באופן חד־משמעי שהרי״ף חולק על גישת הרשב״א בעניין שליח, כפי שהעיר הרשב״א עצמו בחידושיו, שם. ראה להלן, הערה 302.

[288] אפשר שגישה זו של הרי״ף והרמב״ם מקורה כבר בדברי הגאונים:

(1) ראה מתיבות, המובא בין השאר בספר העיטור, שלישות ממון (מהדורת ר״מ יונה, חלק א, מד ע״א. וראה ספר מתיבות, שערך ד״ר ב״מ לוין, ירושלים תרצ״ד, עמ׳ 38, שם סקר המהדיר את מקורות הראשונים שבהם הובאו דברי ׳מתיבות׳). כפי שראינו לעיל, סעיף 8, ליד ציון הערה 26, התלמוד במסכת קידושין נט ע״א מביא סיפור, ולפיו רב קנה לעצמו קרקע שנשלח לקנות עבור רבה בר חנן. בעל ׳מתיבות׳ תמה: כיצד רכש רב את הקרקע לעצמו בכספו של שולחו? ותשובתו היא שרב לא קנה את הקרקע בכספו של שולחו אלא בכספו שלו (בדרך אגב נעיר שתשובה זו מתיישבת יפה עם גרסת הגאונים, שהערנו עליה בדיוננו על סעיף 8, ליד ציון הערה 30). מכאן שאילו היה קונה אותה בכספו של השולח, דעת ׳מתיבות׳ היא שהשולח הוא שהיה רוכש בה בעלות אף כשהשליח לא התכוון לכך. וראה חידושי הרשב״א, בבא קמא קב ע״ב, סוף ד״ה ואחיכו. הרשב״א מציג תחילה את שיטתו (היינו, שאם יש לשליח עדים שהתכוון לפעול לעצמו, הוא קונה את המקח), ולאחר מכן הוא מציין שמדבריו של בעל ׳מתיבות׳ לא נראה כן. קביעה זו, שדברי הרשב״א ו׳מתיבות׳ אינם עולים בקנה אחד, הובאה גם במגיד משנה, הלכות מכירה, פרק ז, הלכה יב. והשווה שו״ת מהר״ש צרור, תשב״ץ, חלק ד (חוט המשולש), טור ב, סימן א, שכפי הנראה לא ראה את דברי הרשב״א בבבא קמא, ותמה על המגיד משנה, מניין לו ש׳מתיבות׳ חולק על הרשב״א. עוד השווה חידושי הרשב״א, קידושין, שם, ושו״ת הרשב״א, חלק ג, סימן קלה, שם הוא מביא את דברי ׳מתיבות׳ בלא להעיר עליהם דבר.

(2) הראבי״ה (לעיל, הערה 279) נתבקש לחוות את דעתו על פסקם של הגאונים, ולפיו ״מה ששנינו ׳המבטל כיסו של חבירו אין לו עליו אלא תרעומת׳, זהו במקום שאינו מרויח וכו׳, אבל אם מרויח, חייב ליתן לו״. הראבי״ה מאשר שדברים אלו נכונים, אבל מסייג אותם: ״ואמנם כן הוא, דהיכא דביטל כיסו של חבירו והרויח בו, שנותן הריוח לבעל המעות, [דוקא] אם נתנם לו מתחילה לקנות [לו] דבר או

דעתו של הרמב"ם הובאה גם היא להלכה על ידי הרמ"א (בשם "יש אומרים")[289], וכך לכאורה פסק גם 'שולחן ערוך'[290], בסתירה למה שפסק במקום אחר (כפי שראינו לעיל), שבו אימץ את שיטת הרשב"א[291].

ונשאלת השאלה: מהו היסוד המשפטי עליו נשענת גישה זו?

2. השולח זוכה מכוח דיני המכר ("דעת המוכר להקנות לבעל המעות")

יש מן האחרונים המסבירים שאמנם כוונת השליח לרכוש לעצמו את הנכס, אבל דעתו של המוכר היא המכרעת, ודעתו היא להקנות את הנכס לבעל המעות (השולח)[292]. מאחר שזהו גם רצונו של השולח, הרי שהעסקה בין השולח לבין המוכר יוצאת אל הפועל על אפו ועל חמתו של השליח[293].

הנחת היסוד, שלפיה דעת המוכר היא המכרעת, מקורה בסוגיית "שלחו לקנות חיטין וקנה

להרויח, וחזר ואמר לו 'לא קניתי אלא לעצמי'. אבל בתורת פיקדון, לא". וכבר הערנו שראבי"ה נוקט כשיטת הרמב"ם, ואף הביא לשיטה זו ראיה מן התלמוד. ראה לעיל, הערה 280.

[דברי הראבי"ה הובאו על ידי מהר"ם מרוטנבורג והמרדכי (ראה לעיל, הערה 279) ועל ידי הפוסקים הבאים: שו"ת מהר"י בן לב, חלק א, סימן קיד; חלק ג, סימן קיא; שו"ת מהר"ש צרור, תשב"ץ, חלק ד (חוט המשולש), טור ב, סימן א, ד"ה ואם לטענה; שו"ת מהר"ם אלשיך, סימן קיז; שו"ת הראנ"ח, סימן מד; שו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל ג, סימן כב, ד"ה אמנם כן; שו"ת נבחר מכסף, חו"מ, סימן צא; שו"ת בית דינו של שלמה, יורה דעה, סימן ח, ד"ה ואנוכי בעוניי, מהדורת מכון הכתב, ירושלים תשמ"ו, עמ' 152].

289 רמ"א, חו"מ, סימן קפג, סעיף ג.

290 שולחן ערוך, שם.

291 שולחן ערוך, יורה דעה, סימן קעז, סעיף מ (מובא לעיל, ליד ציון הערה 275). וראה בית יוסף, יורה דעה, סימן קעז (בסופו), ד"ה שם, שהתעלם לגמרי משיטת הרי"ף והרמב"ם. ולאחר שהביא את דברי הרשב"א (כפי שהביאם 'מגיד משנה'), הוא כותב כי דבריו אלו הם לדברי הכל. וראה דרישה, חו"מ, סימן קפג, ס"ק ג: "ומהתימא על הבית יוסף... דהגאונים הנ"ל [רי"ף, רמב"ם וסיעתם], שהם רוב מנין ורוב בנין, לא סבירא להו הכי!". וראה ש"ך, חו"מ, סימן קפג, ס"ק ד. לדעתו, דברי שולחן ערוך, חו"מ, שם, סעיף ג, מטים לכך שהוא פוסק כדעת הרמב"ם. וראה נתיבות המשפט, שם, ס"ק ד, בסופו, שהשיג על מסקנתו של הש"ך מכוח דברי 'שולחן ערוך' ביורה דעה, שם. וראה עוד ביאור הגר"א, יורה דעה, סימן קעז, ס"ק כא. לשאלה אם השליח יכול לטעון "קים לי" כשיטת הרשב"א, ראה שו"ת בית דינו של שלמה, יורה דעה, סימן ח, ד"ה ולעניין הלכה (עמ' 151).

292 ראה מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן יז, ד"ה אשר ע"כ, שהסביר כך את שיטת הרמב"ם. קצות החושן, סימן קפג, ס"ק ד, השתמש באותו נימוק כדי להסביר את שיטת הרמ"ה (המובאת בשולחן ערוך, חו"מ, סימן קפג, סעיף ד). אבל לדעת הרמ"ה, השווה דיוננו לעיל, סעיף 7, הערה 50.

293 וכשם שאם חזרו המעות הגזולות לידי בעליהן, ברור שאין לגזלן זכות בהן, כך ברור שאין לו זכות בהן אם הגיעו המעות לתעודתן בהתאם לרצון בעל המעות, על אף כוונת השליח לגזול אותן. ראה שו"ת רבי עקיבא איגר החדשות, בודפשט תרצ"ח, סימן מח, ד"ה ומה דנ"ל: "היכי דיכולין לומר דבמעשה זו נעשה רצון הבעלים בלי שינוי, הוי כאלו עסק לטובת בעלים, וכיד בעלים דמי, וכאלו לא יצאו המעות מעולם מרשותם". וראה גם צמח צדק (שניאורסון), פסקי דינים, חו"מ, סימן רצב, בהסברו הראשון (עמ' מ): "דאין זה שינוי הקונה, כיון שבעל הבית [השולח] צוה לשנותו [כלומר, להחליף את המעות בסחורה זו], שהרי צוה לו להתעסק בזה עבורו, ולא דמי לשאר שינוי שמשנה כן מעצמו". וכן ראה דיברות משה, בבא קמא, סימן עד, ענף יא, בסופו: "אף שהוא רצה לשלוח יד ולקנות לעצמו, כיון שהמוכר [בטעות נרשם שם: המשלח] דעתו להקנות לבעל המעות, ויקנה המשלח, נמצא שלמעשה לא היה שליחת יד... ולכן אף שבגוזל מעות וקנה בהם, גם הרמב"ם ודעימיה יודו דמה שקנה בהם הוא לעצמו... סברי שפיר בשליח שקנה במעות המשלח לעצמו, אף שאמר זה לפני עדים ובית דין, מכל מקום קונה המשלח כשרוצה".

שעורין"[294]. סוגיה זו דנה בקניית נכס על ידי שליח בשליחות נסתרת תוך כדי חריגה (כך שלכאורה, על פי דיני השליחות, השולח לא היה אמור לזכות בקנייה). כנגד דעתו של רבי יוחנן, הסבור שגם בכגון זה קנה השולח, נשאלה בתלמוד השאלה העקרונית: "מי הודיעו לבעל החיטין שיקנה חיטיו לבעל המעות?". כלומר, כיצד יכול בעל המעות (השולח) לזכות בנכס, כשהמוכר לא התכוון לזכותו (הלוא הייתה זו שליחות נסתרת, והוא לא ידע אפוא על קיומו של השולח)? ביסוד שאלה זו, עומדת ההנחה האמורה, שדעת המקנה היא המכרעת. תשובת רבי יוחנן לשאלה זו עמומה, ונחלקו הדעות בהבנתה. לפי חלק מן הראשונים, רבי יוחנן אף הוא מסכים שדעת המקנה מכרעת, אלא שלדידו דעת המקנה היא להקנות לבעל המעות, יהא אשר יהא. במילים אחרות, המוכר לוקח בחשבון את האפשרות שהאדם שעמו הוא עושה את העסקה אינו בהכרח בעל המעות עצמו, אלא שלוחו, ובדעתו להקנות את הנכס לבעלים האמתי של המעות[295].

כפי שהקדמנו, הסוגיה דנה בשליח שהיה מעוניין לפעול עבור שולחו. ונשאלת השאלה לענייננו: האם הוא הדין גם כשהשליח אינו מתכוון לקנות עבור שולחו אלא עבור עצמו? לדעת הרמב"ם, יש לענות על שאלה זו בחיוב! מבחינתו של המוכר, אין משמעות לכוונתו הנסתרת של השליח, והוא מקנה את הנכס לבעל המעות. נמצא אם כן שבפעולתו קונה השליח עבור שולחו בעל כורחו[296].

הרשב"א לעומתו חולק על הרמב"ם. לדעתו, אין מקום לאומדן זה בדעת המוכר אלא כאשר

[294] בבא קמא קב ע"ב. על סוגיה זו, ראה בהרחבה בדיוננו על סעיף 7, פרק שני, עמ' 395.

[295] ר' שמעון שקאפ הטיב לנסח שיטה זו. ראה חידושי רבי שמעון יהודה הכהן (שקאפ), בבא מציעא, סימן יז, ד"ה ונ"ל: "היינו שאין כוונתו דווקא להאדם שהוא רואה, אלא כוונתו להסְבה, ובדעתו גומר להקנות אל הסְבה ולא להצורה שהוא רואה".
נעיר שלפי הסבר זה, ר' שמעון שקאפ מסייג את שיטת הרמב"ם, וקובע שאין דבריו אמורים אלא בקניין מעות, שבו לא די בדעת המוכר להקנות, אלא המוכר צריך גם להתכוון להקנות לקונה מסוים, ועל כן הוא הדומיננטי במעשה הקניין, אבל אין דבריו אמורים במעשה קניין אחר (כגון משיכה או הגבהה), שבו די ברצון המוכר למכור למאן דהוא, ומי שעושה את מעשה הקניין הוא הדומיננטי. ראה בעניין זה, דיוננו על סעיף 7, הערה 52. אבל סייג זה דחוק בלשון הרמב"ם.

[296] אמנם עדיין קשה להבין כיצד זוכה השולח בנכס, שהרי מעשה הקניין שעושה השליח בנכס (משיכה, הגבהה וכדומה) נעשה בכוונה לזכות לעצמו? נדגיש שאמנם בקניית מיטלטלין, מדאורייתא די במסירת המעות לידי המוכר כדי להעביר את הבעלות על הנכס. ברם, חכמים תיקנו שהבעלות על הנכס אינה עוברת אלא לאחר שהקונה עשה בנכס קניין שיש בו נטילת החזקה לידיו, כגון משיכה או הגבהה (ראה: בבא מציעא מז ע"ב; שולחן ערוך, חו"מ, סימן קצח, סעיף א). הסיבה לכך היא החשש שמא לאחר נתינת המעות, קודם לנטילת החזקה בנכס, המוכר לא ישמור על הנכס במידה הראויה ("נשרפו חיטיך בעלייה")! פתרון פשוט לקושיה זו מעלה נתיבות המשפט, סימן קפג, ס"ק ג. לדעתו, חכמים לא החילו את תקנתם (שמעות אינן קונות) על נידון דידן, שכן הנימוק לתקנה אינו רלוונטי בענייננו, הלוא המקח יוצא בין כך ובין כך מידי המוכר. נציין שדבריו הם לפי גישתו העקרונית, ולפיה היקף תחולתה של תקנה נקבע לפי הנימוק שעומד ביסודה (ראה דבריו לדוגמה בסימן רט, ס"ק ט). ברם, יש החולקים על גישתו, וסוברים שהתקנה חלה גם בנסיבות שבהן הנימוק לתקנה אינו רלוונטי (ראה שו"ת מהרש"ם, חלק ג, סימן קעז, ד"ה וגם מבלעדי).
בקושיה זו התקשה גם מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן יז, ואכן הוא מציע פתרון אחר. לדעתו, אין לייחס חשיבות לכוונת השליח, שכן "אין אדם עושה סחורה במעותיו של זה". על טיעון מוסרי זה, עוד נעמוד להלן, ליד ציון הערה 304. ברם, לעת עתה אין בו עדיין כדי לפתור את קושייתנו, שכן גם אם יש בכוחו של טיעון זה לשלול מן השליח את הזכייה בנכס, אין בכוחו להעביר את הזכייה בו לשולח

השליח רוצה לקנות עבור שולחו, ולא כאשר הוא רוצה לקנות עבור עצמו בכספו של שולחו. נמצא אם כן שבנידון דידן, זכייתו של השולח אינה מתאפשרת, והשליח הוא שזוכה בנכס[297].

לפי האמור עד כאן, יסוד חילוקי הדעות בין הרמב"ם לבין הרשב"א טמון באומדן דעת המוכר, כשהשליח התכוון לפעול עבור עצמו: האם התכוון להקנות את הנכס לשולח, שבכספו נעשתה הקנייה? או שמא התכוון להקנותו לשליח, שעמו עשה את העסקה בפועל? לאור זאת, יש מן האחרונים הטוענים שיש לצמצם את המחלוקת ביניהם ולקבוע שאין מחלוקת כאשר אין מקום להסתפק בדעת המוכר[298]. יש שטענו שכך הוא כאשר השליחות הייתה גלויה, ויש שטענו שכך הוא כאשר השליח חרג מהרשאתו. הבה נפרט ונסביר את דבריהם.

(א) שליחות גלויה. בעוד שבשליחות נסתרת (שבה השליח מסתיר מן המוכר את עובדת היותו שליח), לא ברור למי התכוון המוכר להקנות את סחורתו, ועל כן יש צורך להיזקק להשערות (אומדן דעת), שבהן נחלקו הרמב"ם והרשב"א, בשליחות גלויה אין מקום למחלוקת, שכן יש רק אפשרות אחת מן השתיים: או שהשליח אינו מגלה למוכר את כוונתו האמתית לרכוש את הנכס לעצמו, ואז ודאי שכוונת המוכר להקנות את סחורתו לשולח, והוא שיזכה בנכס, ולזה יודה הרשב"א[299]; או שהשליח מודיע למוכר על כוונתו למעול בשליחותו ולרכוש את הנכס לעצמו (או שנודע הדבר למוכר ממקור אחר), ואם המוכר מסכים לשתף עמו פעולה, סימן שהוא מתכוון להקנות לו את הסחורה, ולזה יודה הרמב"ם[300].

בלא מעשה קניין. אפשר להסביר את דבריו של 'מחנה אפרים' על פי אחת משתי הדרכים הבאות שמצאנו בדברי האחרונים:

1) חזון איש, בבא קמא, סימן כא, ס"ק ב, טוען שבאמת השולח אינו קונה את הנכס אלא לאחר שיעשה בו מעשה קניין.

2) דיברות משה, בבא קמא, סימן עד, ענף יא, טוען שכאשר יש כוונה מצד המקנה להקנות ורצון מצד השולח לקנות, אין צורך עוד בכוונה מצד השליח לעשות את מעשה הקניין עבור שולחו, אלא די במעשה הקניין הטכני גרידא, ואף כוונתו לקנות לעצמו אינה מעלה ואינה מורידה (כוונת עושה מעשה הקניין אינה נחוצה אלא כאשר הוא זוכה מן ההפקר, שם אין "דעת מקנה").

297 לדעת מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן טו, ד"ה ואף לדעת הרשב"א, זו כוונת הרשב"א כשהוא כותב (שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן שסט): "לפי שדעתו של מוכר, אינו אלא למי שקונה ממנו, או למי שהמעות שלו". והשווה הערת המהדיר בחידושי הרשב"א (הוצאת מוסד הרב קוק), בבא קמא קב ע"ב, ד"ה מכלל, הערה 392, שלדעתו הרשב"א תולה את הכל בדעת השליח בלבד.

וראה נתיבות המשפט, סימן קפג, ס"ק ד. לדעתו, אפשר שגם הרשב"א נוקט שדעת המוכר להקנות לבעל המעות, ועם כל זה השליח יזכה בנכס, משום שמבחינת המוכר, הוא נחשב לבעל המעות, שכן יש לו בעלות מסוימת במעות (קניין גזלה).

298 וראה לעיל, הערה 295, שיש גם מי שטען שאין מחלוקת ביניהם כאשר דעת המוכר אינה רלוונטית (כגון שמעשה הקניין לא היה קניין מעות אלא קניין משיכה). אבל דעה זו אינה מתיישבת עם לשונו של הרמב"ם, על כן לא ייחדנו לה מקום במסגרת סקירת הסייגים.

299 ראה: שו"ת פני משה, חלק א, סימן עט (הובא במשנה למלך, הלכות מכירה, פרק ז, הלכה יב); קצות החושן, סימן קפג, ס"ק ד; צמח צדק (שניאורסון), פסקי דינים, חו"מ, סימן רצב, ד"ה בסמ"ע ס"ק כ (תחילת עמ' מ).

וראה ע"א 8813/04 יעקב קורן נ' רחל גבי (פורסם בתקדין, 18.1.2007), שם פסק בית המשפט שאדם שלקח הלוואה וקנה דירה בשם שולחו על פי ייפוי כוח, לא תישמע לאחר מכן טענתו שהתכוון לפעול עבור עצמו. כאמור, כך היה מכריע אפילו הרשב"א.

300 ראה: מנחת פתים, חו"מ, סימן קפג, סעיף ג; שו"ת צדקה ומשפט (חוצין), חו"מ, סימן לה; חזון איש, בבא קמא, סימן כא, ס"ק יט: "וכל זה בסתמא, אבל אם אומר [השליח] בהדיא שאינו זוכה לשום אדם

(ב) חריגה מהרשאה. אין מקום לשער שכוונת המוכר הייתה להקנות את הנכס לבעל המעות, אלא אם בעל המעות אכן היה מעוניין לרכוש נכס זה. אבל אם קנה השליח מן המוכר נכס אחר, תוך שחרג מהרשאתו, אין מקום להשערה זו. ומאחר שהשליח התכוון לקנות לעצמו, יודה הרמב"ם לשיטת הרשב"א, שהוא זוכה בנכס[301].

אלא לעצמו, לא אלים סתמא [כלומר, האומדן שהמוכר מתכוון להקנות לבעל המעות] לבטל מה שדיבר בהדיא, והוא [המוכר] מקנה לשליח ובוטח בו שהוא ישלם לשולחו את המעות". וראה נתיבות המשפט, סימן קפג, ס"ק ה. הוא מסיק מדברי הסמ"ע שאם השליח רוצה לחזור בו לאחר שכבר שילם למוכר עבור הנכס (אך עדיין לא עשה את מעשה הקניין), אין די בהודעה על כך למוכר, אלא לפני כן עליו לייחד מעות אחרות כנגד המעות שהוא משתמש בהן. וראה שם הטעם לכך. וראה עוד מנחת פתים, שם, מה שתמה עליו. והשווה שו"ת מהר"י בן לב, חלק א, סימן קיד, ד"ה ועתה יש לדעת, החולק על שיטה זו וקובע שהרמב"ם חולק על הרשב"א גם בכגון זה (ואפשר שטעמו משום קנס. ראה להלן).

301 ראה: אור זרוע, בבא קמא, סימן תיג; רבנו ירוחם, מישרים, נתיב כח, חלק א (צוטט לעיל, הערה 269); שלטי הגיבורים, בבא קמא לו ע"ב (בדפי הרי"ף), אות א; סמ"ע, חו"מ, סימן קפג, ס"ק ו; שו"ת לחם רב, סימן קח, ד"ה א"כ, וסימן קנא, ד"ה עוד הקשה על דברי רבינו ירוחם (מובא בשו"ת מהרש"ך, חלק ב, סימן קיז, ד"ה איברא); שו"ת הראנ"ח, סימן מד (כותב כך בלשון "אפשר"); חזון איש, בבא קמא, סימן כא, ס"ק יא, ד"ה וא"ת א"כ. והשווה: שו"ת מהר"י בן לב, חלק ג, סימן קיב; שו"ת מהר"ש צרור, תשב"ץ, חלק ד (חוט המשולש), טור ב, סימן א, ד"ה והרשב"א ז"ל; קרית מלך רב, הלכות מכירה, פרק ז, הלכה יב, שחולקים על סייג זה (ואפשר גם כאן, כמו שהערנו בהערה 300, שטעמם משום קנס. ראה להלן, ליד ציון הערה 302 ואילך). וראה גם בית יוסף, חו"מ, סימן קפג, אות ה, שמתוך ההערה שהעיר ב'בדק הבית' שם על דברי מרדכי, בבא קמא, פרק הגוזל (קמא), סימן קכב, ניכר שגם הוא אינו מקבל סייג זה.

לפי זה, יש לדחות את הראיה שביקש הרשב"א להביא לשיטתו מסוגיית "שלחו לקנות חטים וקנה שעורים" (ראה לעיל, הערה 280), ממנה העלה שהכל תלוי בדעת השליח, ואם התכוון לגזול, קנה לעצמו. הלוא הסוגיה שם עוסקת בשליח שחרג משליחותו וקנה שעורים במקום חיטים, בכגון זה, כאמור, מודה גם הרמב"ם שאם התכוון השליח לקנות לעצמו, קנה, ולא חלק אלא בשליח שעשה רצון שולחו בלא חריגה (וראה ספר המכריע (לרי"ד), סימן עט, הקובע שבכל זאת השליח יהיה חייב לשתף את השולח ברווח. ראה להלן, בדיוננו על סעיף 10, הערה 109). ראה שו"ת רבי עקיבא איגר החדשות, בודפשט תרצ"ח, סימן מח, ד"ה ומה דנ"ל. וראה גם חזון איש, בבא קמא, סימן כא, ס"ק ב, ד"ה ויש לעיין. ואולם אפשר שהרשב"א הביא מכאן ראיה, משום שלדעתו קניית שעורים במקום חיטים אינה עולה כדי חריגה מוחלטת מן ההרשאה. ראה לעיל, ליד ציון הערה 185, וליד ציון הערה 200 ואילך.

סייג זה עולה כבר מן התלמוד הירושלמי, בבא קמא, פרק ט, הלכה ה (ראה סעיף 7, נספח שני, עמ' 427): התלמוד שואל על תירוצו של רבי יוחנן: "וקם מה שבידיה [צ"ל: וקסמיה בידיה? ראה פירושו של הר"ש ליברמן, שם: "כלומר, וכי קסמים בידי המוכר לדעת מה ציווה המשלח לשליח"]? והוא עונה: "אמר ר' נסה, בשעה שקיים שליחותו, לא נתכוון המוכר לזכות אלא לבעל המעות, ובשעה שלא קיים את שליחותו, לא נתכוון המוכר לזכות אלא ללוקח". כלומר, למוכר אין קסמים לדעת מה ציווה השולח לשליח, והוא גם אינו יודע אם הלוקח שלפניו פועל כאדם עצמאי או שהוא פועל כשליח, אלא הוא מניח שאם מדובר בשליח, הרי שאם אותו שליח פועל בנאמנות למצוות שולחו, הוא מקנה את הסחורה ישירות לשולח. ואם אותו שליח אינו פועל בנאמנות למצוות שולחו, הרי הוא מקנה לו את הסחורה כלקוח רגיל.

וראה מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן יז, ד"ה והגם דראיתי, הסובר שהבחנה זו בין שליח שעשה את שליחותו לבין שליח שחרג משליחותו מקובלת גם על דעת הרא"ש, בבא קמא, פרק ט, סימן יח.

לשאלה, מה דין שליח לעסקה שמעל במקצת הכסף (כגון שקנה במקצת הכסף סחורה אחרת לעצמו)? האם דינו כגזלן על הכסף כולו (כפי שפוסק הרמ"א, יורה דעה, סימן קעז, סעיף ה)? או שמא על שאר הכסף דינו כמתעסק, ולא כגזלן (כפי שנוקט הרשב"א, לעיל, הערה 269, המובא בבית יוסף, חו"מ, סימן קעו, מחודש לו, כפי שהעיר רבי עקיבא איגר על הרמ"א, יורה דעה, שם)? ראה חשוקי חמד, בבא קמא

3. השולח זוכה מכוח תקנת חכמים

הסבר אפשרי אחר בדעת הרמב"ם הוא שדבריו אינם מיוסדים על דיני המכר, ואכן אינם מתיישבים עם עקרונות דיני הגזל, אלא יסודם בתקנה, היינו קנס שהטילו חכמים על שליח שמעל בכספי השולח ועשה את פעולת השליחות עבור עצמו.

הרעיון שביסוד הצעה זו הועלה כבר על ידי הרשב"א עצמו בהסבר שיטת הרי"ף בעניין "עסקא"[302], שעליה ביסס כזכור הרמב"ם את דבריו בעניין השליח. על פי דרך זו, אפשר שדעת הרמב"ם היא שאין לצמצם את התקנה לעניין "עסקא" בלבד, אלא יש להחיל אותה על כל שליחות[303] (ואפשר שהתקנה מקיפה אף יותר, וחלה אף על כספי פיקדון[304], אך אין כאן מקום לדון בכך).

קב ע"ב, "קיבל עסקא על מנת לעסוק באתרוגים, וקנה לעצמו מגבעות בחלק מהכסף", עמ' תקנו.

302 ראה לעיל, ליד ציון הערה 285. הרשב"א מעלה אפשרות שהרי"ף לא אמר את דבריו אלא בקשר לעסקא, ומשום התקנה (כפי שעולה מדברי הרי"ף, כשהוא דוחה את הדעה שהמתעסק יכול לפעול בחלקו בלבד, אם יודיע זאת בפני עדים: "ואם כן, מאי אהני לן הא דעבדו רבנן עיסקא פלגא מלוה ופלגא פקדון, הואיל ומלתא תליא ביה בלווה, ואי באעי לאתנויי עלה ולבטולה, מצי מבטל לה [=אם כן (שהמתעסק יכול אכן להשתמש רק בחלק ההלוואה שבידו), מה מועיל זה שעשו חכמים עסקא חצי מלווה וחצי פיקדון, אחר שהדבר תלוי בו בלווה, ואם הוא רוצה להתנות עליה ולבטלה, יכול לבטל (אלא ודאי אינו יכול לעשות כן)]. אלא האי מימרא ודאי פריכא הוא, ולאו דסמכא הוא". לפי זה, יש מקום להבחין בין עסקא, שתיקנו חכמים, ואשר על כן דאגו לבצר אותו לבל ינוצל לרעה, לבין שליחות רגילה. ובלשונו של הרשב"א בחידושיו: "ואולי גם הרב ז"ל מודה בדין זה [היינו בדין השליח], אלא שבממון שניתן לעסק ומפני התקנה [הוא שפסק שהלווה אינו זוכה]". ונשאר ב"צריך עיון". יש לציין שאין מקום להבחנה זו אלא בדעת הרי"ף, אבל לא בדעת הרמב"ם, שהרי, כאמור לעיל, ליד ציון הערה 282, הרמב"ם הקיש בפירוש בין דין העסק ודין שליח רגיל.

וראה עוד שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן שסט (בסופו), שם הוא מעלה הצעה אחרת ליישב את שיטתו עם דברי הרי"ף.

303 בדיוננו על סעיף 6 (ליד ציון הערה 99), כשניתחנו את סוגיית "שלחו לקנות חטין וקנה שעורין", שנקבע בה שאם היה רווח ("הותירו"), הוא הולך לשולח, ראינו שיש שהסבירו שזכייתו של השולח אינה מכוח דיני השליחות, שהרי השליח חרג משליחותו, אלא מכוח קנס שקנסו חכמים את השליח על שחרג משליחותו. אם קנסו חכמים את השליח אף על פי שהתכוון לפעול לטובת שולחו, קל וחומר שקנסו אותו כאשר התכוון לגזול את כספו של השולח ולעשות את פעולת השליחות עבור עצמו. ואכן כך כתב בשו"ת הראנ"ח, סימן מד.

304 וכפי שעולה מפשטות לשונו של רב האי בר נחשון גאון, כמובא בתשובת הראבי"ה (לעיל, הערה 279): "אם עבר ושלח בהן [בפיקדון] יד, חייב באחריותן. ואם הרויח, נותן לו מהן מחצית השכר". ולא כדעת הראבי"ה עצמו, שביקש לצמצם את משמעות דברי הגאון כדי להתאימם לעקרונות דיני הגזל, ולפיהם "כל הגזלנים משלמים כשעת הגזלה", ולהחילם רק כאשר המפקיד עצמו התכוון לסחור בכספי הפיקדון, והנפקד מנע זאת ממנו, כשסחר בכסף לעצמו (ראה לעיל, הערה 288). לדעת ים של שלמה, בבא קמא, פרק תשיעי, סימן ל, גם פתרון זה אינו מתיישב עם עקרונות דיני הגזל, שכן "סוף סוף הדרא קשיא לדוכתא, סוף סוף גזלן הוא, ואין לך גזלן גדול מזה מה שמעכב עדיין בידו ומסרב לדייניה". ואכן ראה שו"ת תשורת ש"י, מהדורא קמא, סימן תקצ, הטוען שהנימוק להחלת הדין גם בפיקדון יסודו בתקנה. אבל השווה שו"ת רבי עקיבא איגר החדשות, בודפשט תרצ"ח, סימן מח. וראה רמ"א, חו"מ, סימן רצב, סעיף ז, וביאור הגר"א, שם, ס"ק כח. וראה נ' רקובר, המסחר במשפט העברי, ירושלים תשמ"ח, פיצויים על עיכוב כספים, עמ' 142-145, 181-185. וראה תשובת ר' ברוך ממגנצא, שפרסם פרופ' שמחה עמנואל בתשובות מהר"ם מרוטנבורג וחבריו, ירושלים תשע"ב, סימן שלט.

לפי זה, אין מקום לצמצם את המחלוקת בין הרמב״ם לבין הרשב״א, כפי שהוצע על פי ההסבר הקודם, ויש לקבוע שהרמב״ם חולק על הרשב״א, אף אם השולח הודיע למוכר שהוא מתכוון למעול בכספי שולחו ולעשות את פעולת השליחות עבור עצמו, וכן גם אם חרג מהרשאתו[305]. גם באלה, ראוי לקנוס את השליח, לשלול ממנו את הקניין ולהעניקו לשולח[306].

פרק שישי

סיכום

סעיף 9 דן בתרופות העומדות לרשות השולח כנגד שליח שהפר אחת מחובותיו כלפיו, המוגדרות בסעיף 8. ואף על פי שיחסי השולח והשליח אינם כשלעצמם יחסים חוזיים, החוק מקנה לשולח את התרופות בגין הפרת חוזה: אכיפה, ביטול ופיצויים. בעיקרון, תרופת הביטול האמורה צופה פני עתיד בלבד. לאמור, היא מאפשרת לשולח לבטל את ייפוי הכוח של השליח, אף אם זה ניתן לו בכוח התחייבות חוזית. אבל היא אינה צופה פני עבר. לאמור, אין היא מאפשרת לשולח לבטל את הפעולה שנעשתה בשמו כלפי צד שלישי, אלא אם כן הצד השלישי היה מודע להפרה (ס״ק (ב)).

את דיוננו בתרופות העומדות לרשות השולח כלפי השליח שהפר את חובותיו כלפיו, פתחנו בתרופות בגין אי־ביצוע השליחות. ראינו שאם השליח קיבל לידיו נכס לצורך השליחות, ואי־ביצוע השליחות גרם נזק לאותו נכס, כגון שקיבל על עצמו למכור חמץ לפני הפסח ולא מכר אותו, הריהו חייב לפצות את השולח[307]. ואף על פי שאין מדובר כאן אלא בנזק עקיף, הרי בתור שומר, הוא נושא באחריות גם לנזקים עקיפים כאלה. זאת ועוד. גם כאשר אין לבסס נגדו תביעה בגין מעמדו כשומר (כגון שנפגע אינטרס אחר של השולח ולא הנכס שמסר לידיו), הרי שאם אי־הביצוע עלול לגרום לנזק, דהיינו ״דבר האבד״ (ולדעת פוסקים אחדים, בכלל זה גם מניעת רווח), השולח רשאי להעסיק שליח חדש ולממן את שכרו מן השכר המגיע לשליח. ואם השליח לא טרח לעדכן את השולח מבעוד מועד על אי־הביצוע, וכתוצאה מכך נגרם הפסד לשולח, נחלקו הראשונים אם השליח חייב לפצות את השולח: לדעת הרמב״ן, השליח לא קיבל על עצמו מעולם לשאת בהפסדיו של השולח[308]; ואילו לדעת הריטב״א, השליח נושא במלוא ההפסד, והשולח זכאי לפיצוי אף בגין מניעת רווח, שכן העובדה שהשולח מסר לשליח את כספו וסמך על הבטחתו שיעשה את פעולת השליחות, מטילה על השליח אחריות מלאה. לדעת ״חתם סופר״, מן הראוי היה לפסוק כדעת הריטב״א, אולם מאחר

וראה מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן יז, שהסביר על יסוד זה של תקנה, מדוע משיכתו של השליח מועילה לזכות את השולח (הובא לעיל, הערה 296). יסודה המוסרי של התקנה הוא בפתגם התלמודי המפורסם ״כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו״ (משנה, בבא מציעא ג, ב).

[305] והוא הדין שאין מקום לסייג שהציע ר׳ שמעון שקאפ, ראה לעיל, הערה 295.

[306] ואפשר שזו גישתם של החולקים על סייגים אלה, כמו מהר״י בן לב, לעיל, הערה 300, והערה 301.

[307] לעומת זאת, כשלא קיבל על עצמו את המכירה, לדעת הט״ז, אורח חיים, סימן תמג, ס״ק ד, הוא פטור. אך מגן אברהם, אורח חיים, סימן תמג, ס״ק ד, חולק עליו, ומסתבר שטעמו הוא שהשומר מקבל מכללא גם את מכירת החמץ כחלק מחיובי השמירה. ראה כהנא, שומרים, עמ׳ 352.

[308] ואפשר שהוא מודה שהוא נושא באחריות עד כנגד עלות פועלים חלופיים.

שהוא אינו בטוח שכל הפוסקים אכן מסכימים לדעת הריטב״א, הרי שהלכה למעשה הוא קובע שיש להשתדל ולהביא את הצדדים לפשרה.

המשכנו את דיוננו בבחינת היקף אחריותו של השליח, כאשר עשה את שליחותו אלא שעשה אותה באופן לקוי, בין שפגע באינטרסים של השולח (כגון שקנה עבור השולח במחיר מופרז או מכר נכס של השולח במחיר מופחת) בין שלא ציית להוראותיו. ראינו שאם הפעולה ניתנת לביטול כלפי הצד השלישי, והשולח בחר לקיימה, הוא אינו יכול לאחוז את החבל בשני קצותיו ולתבוע את השליח. ואם לא ניתן לבטל את הפעולה כלפי הצד השלישי, בין מסיבה מעשית[309] בין שהדין קובע כך[310], השליח יישא בתוצאות (ובלבד שפגיעה זו עולה כדי רשלנות).

תוכנה של תרופה זו על דרך כלל הוא פיצוי על ההפסד שנגרם לשולח בגין העיוות. ברם, כשנושא השליחות הוא קניית נכס בממון השולח, עולה אפשרות תאורטית נוספת, והיא השבת המצב לקדמותו (דהיינו השבת כסף הרכישה) וקיום העסקה בין הצד השלישי לבין השליח (שדינו כמעין לווה כספי השולח). בשאלה זו נחלקו הראשונים וגדולי הפוסקים בכל הדורות, ומצאנו בדבריהם ארבע שיטות:

(1) לדעת הרא״ש, מכיוון שהשליחות בטלה, השולח אינו צד בעסקה, ותרופתו היחידה היא השבת כספו. כך נוקט ׳בית חדש׳ להלכה.

(2) מנגד, מדברי הרמב״ם עולה שהנכס הנרכש שייך לשולח. ראינו שלתוצאה זו ניתן להגיע בשתי דרכים. לפי הדרך האחת, על אף ביטול השליחות, השולח הוא שזוכה בנכס, משום שסוף סוף הנכס נרכש בכספו (והשליח לא קנה את המעות או את הנכס הנרכש בקנייני גזלה), ומכאן שהתרופה שהשולח זכאי לה היא פיצויים. ולפי הדרך השנייה, התרופה היא המאפשרת את זכיית השולח בנכס, ולא להפך. לדעתם, בנסיבות אלו, יש התחייבות מכללא של השליח לפצות את שולחו, והשולח מתחייב להכיר בתיקון כאי־סטייה מהוראותיו. נמצא אפוא שמבחינת השולח, במבחן התוצאה, החריגה הייתה כלא הייתה, וכך למעשה העסקה תקפה בין השולח לבין הצד השלישי.

בתווך, ישנן גישות הטוענות שהתרופה נקבעת לפי בחירה:

(3) יש הנוקטים (בשיטת הרמב״ם) שהתרופה נתונה לבחירתו של השליח[311]. נראה שדעה זו מבוססת אף היא על ההנחה שקיימת התחייבות מכללא של השליח לתקן את העיוות, אלא שהנחה זו אינה חד־משמעית, וכוונתו של השליח בעניין אינה מתבררת אלא למפרע. וזה פשר הבררה שבידו.

(4) ויש הנוקטים (בשיטת הרמב״ם) שהתרופה נתונה לבחירתו של השולח. נראה שאף הם מסתמכים על ההנחה שהשליח התחייב מכללא לפצות את שולחו, אלא שהסדר זה מותנה גם בנכונותו של השולח לקבל את הפיצויים ולראות את החריגה כלא הייתה. נכונות זו אינה מתבררת אלא למפרע.

ראינו גם כן שאם השליח עשה את שליחותו בלא לפגוע באינטרסים של השולח, אף שהפר את כללי הנאמנות החלים עליו, השולח יכול אמנם לדרוש את אכיפת השליחות (כלומר, לקבל

[309] כגון שהצד השלישי אלים או שלא ניתן לאתר אותו.

[310] כגון בשליחות נסתרת. ראה לעיל, ליד ציון הערה 108.

[311] וכך נוקט גם הרמ״ה. אלא שיש לזכור שלדעתו הסיבה לאי־היכולת לבטל את הפעולה נובע מחוסר יכולת שבדיני הראיות, אבל אליבא דאמת, הפעולה בטלה, ומובן מדוע השליח יכול לתבוע את הנכס לעצמו.

צו מבית דין שיורה לשליח לפעול בהתאם לחובותיו), ואפשר שהוא אף רשאי לבטל את ייפוי הכוח שנתן לשליח, אף אם ייפוי הכוח ניתן לו מתוקף התחייבות. אבל בשום אופן, השולח אינו רשאי לבטל את פעולת השליחות, אפילו כשההפרה הייתה על דעת הצד השלישי.

חתמנו את דברינו על סעיף זה בדיון על שליח הטוען שפעל למען עצמו ולא למען שולחו. ראינו שכאשר השליח עשה את פעולת השליחות בכספו של השולח, והוא טוען שפעל למען עצמו, הרי שבנוסף על שאלת הנאמנות, עולה גם שאלה משפטית מהותית: האם פעולה משפטית שנעשתה בכספו של השולח יכולה לזַכות את השליח? או שמא מאחר שהשולח הוא הבעלים על הכסף שבידי השליח, הוא גם הבעלים על חליפי כספו? במילים אחרות. בהנחה שהשליח יצליח להרים את נטל ההוכחה, שאכן כוונתו הייתה לשלוח יד בכספו של שולחו (היינו לגזול אותו או ליטול אותו כהלוואה שלא מדעתו של השולח), כגון שהודיע במפורש בפני עדים שזו כוונתו: האם אז יוכל ליהנות מפרי מעלליו? בשאלה זו, נחלקו הראשונים:

דעתו של הרשב"א היא כדעת "מקצת המורים" שהביא הרמב"ם, ששליח הנוטל לעצמו את כספי השולח מתוך כוונה לגזול אותם, רוכש בהם קנייני גזלה, וממילא אף שעשה בהם את פעולת השליחות שנתבקש לעשות על ידי שולחו, לא השולח ייהנה מפעולתו אלא הוא. אבל, בשונה מהם, הוא סבור שהשליח אינו נאמן בדיבורו בלבד, שמעל בכספי השליחות, אלא עליו להביא ראיה חיצונית, כגון עדים שיעידו שהצהיר בפניהם לפני ביצוע הפעולה שהוא מתכוון לפעול עבור עצמו ולא עבור שולחו.

לרמב"ם דעה שונה. לדעתו, השולח הוא הזוכה בנכס. ושני הסברים עקרוניים נאמרו בשיטתו. לפי הסבר אחד, לדעתו, משעשה השליח את שליחותו, אין משמעות לכוונתו. במילים אחרות. מן השליח נשללו קנייני גזלה (ועדיין יש צורך להסביר כיצד זוכה השולח, אף על פי שהשליח לא התכוון לקנות עבורו[312]). לפי הסבר אחר, זכיית השולח יסודה בתקנה.

פרק שביעי

הצעת נוסח לפי המשפט העברי

על פי המשפט העברי, מוצע אפוא למחוק את ס"ק (ב) ולנסח את הסעיף כך:

תרופות

9. הפר השלוח אחת החובות המוטלות עליו לפי סעיף 8, זכאי השולח לתרופות הניתנות בשל הפרת חוזה.

[312] לפי גישה אחת, דעת המוכר להקנות לבעל המעות. לפי גישה אחרת, זכייתו של השולח מעוכבת עד שיעשה מעשה קניין. ראה לעיל, הערה 296.

סעיף 10

נכסים ורווחים

נכסים ורווחים

10. (א) כל נכס שבא לידי השלוח עקב השליחות מוחזק בידו כנאמן של השולח; והוא, אף אם לא גילה השלוח לצד השלישי את קיומה של השליחות או את זהות השולח.

(ב) השולח זכאי לכל רווח או טובת הנאה שבאו לשלוח בקשר לנושא השליחות.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 553

פרק שני: השליח כנאמן — "כל נכס... מוחזק בידו כנאמן" — ס"ק (א) 556

פרק שלישי: רווח וטובת הנאה — "השולח זכאי לכל רווח או טובת הנאה..." — ס"ק (ב) 556

א. מבוא 556

ב. רווח תוך כדי קיום הוראות השולח 557

(1) תוספת שניתנה על ידי הצד השלישי מדעת 557

(א) תוספת שניתנה כחלק מן העסקה ("דבר שאין לו קצבה") — הכל לשולח 557

(ב) תוספת שניתנה נוסף על העסקה ("דבר שיש לו קצבה") — חולקים 559

(2) תוספת שניתנה על ידי הצד השלישי שלא מדעת 564

(א) כשטעה בהערכת שווי העסקה 564

(ב) כשטעה בחשבון (טעות מכנית) 568

(ג) כשהוטעה על ידי השליח 570

(3) סייגים לזכיית השליח ברווח 571

ג. רווח עקב הפרת הוראות השולח 573

(1) טובת הנאה שניתנה לשליח כדי שיסטה מהוראות השולח 574

(2) רווח שהגיע לשולח עקב סטיית השליח מהוראותיו 574

פרק רביעי: סיכום 577

פרק חמישי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 580

פרק ראשון

מבוא

א. ס"ק (א) קובע ש"כל נכס שבא לידי השלוח עקב השליחות מוחזק בידו כנאמן של השולח". הוראה זו נראית מיותרת, שהרי לכאורה נכס שבא לידי השליח עקב השליחות הוא בבעלותו המלאה של השולח, אף שעדיין לא הגיע לידיו[1], ומה צורך יש אפוא להעניק לשולח מעמד של נהנה בנאמנות?

ס"ק (ב) קובע ש"השולח זכאי לכל רווח או טובת הנאה שבאו לשלוח בקשר לנושא השליחות". גם הוראה זו אינה ברורה, וכי "רווח או טובת הנאה" אינם כלולים במושג "נכס" שבס"ק (א)? ואם כן, האם ס"ק (ב) אינו מיותר גם הוא?

ב. ברק[2] מסביר שאמנם ככל שזכותו החפצית של השולח מוכרת גם בלעדי סעיף 10(א) לחוק, אין להוראת הסעיף חשיבות רבה. עיקר חשיבותו של ס"ק (א) הוא "במקרים שבהם בלעדיו לא היתה מוכרת זכות קנינית לשולח"[3] [ההדגשה שלי; מ"ו]. במילים אחרות. בשליח שפועל בשליחות גלויה ובמסגרת הרשאתו אין כמעט משמעות לסעיף זה, שכן בכגון זה, הנכס עובר לבעלותו של השולח מרגע שהוא מגיע לידי השליח[4]. השליח מחזיק באותו נכס כשומר, ולא היה צורך בהוראה מיוחדת בחוק השליחות שתבוא להגן על זכותו של השולח. חשיבותו העיקרית של הסעיף היא אפוא באותם מקרים שבהם פעולת השליח אינה מעניקה באופן אוטומטי זכות חפצית לשולח. כך הוא לדוגמה במתואר בסיפא של ס"ק (א): "והוא אף אם לא גילה השלוח לצד השלישי את קיומה של השליחות או את זהות השולח". כלומר, זכותו של השולח כנהנה בנאמנות קיימת אף על פי שהשליחות הייתה שליחות נסתרת. כזכור, על פי סעיף 7 לחוק, פעולה שעשה השליח בשליחות נסתרת אינה מזכה אלא את השליח בלבד. זכות השליח אינה עוברת לשולח, אלא אם הלה מחליט לאמץ אותה לעצמו, ועד אז, אין לשולח זכות חפצית בתוצאת פעולתו של השליח. החידוש של הסעיף הוא שאף שהשולח טרם אימץ את פעולת השליח, כלומר אף בתקופה שהשליח הוא הזוכה היחיד בנכס שהגיע לידו, הרי הוא מחזיק באותו נכס כנאמן של השולח. באופן זה, החוק מגן על השולח מפני פגיעה העלולה להיגרם לו, לדוגמה, כתוצאה מפשיטת רגלו של השליח. לולי קביעת הסעיף, בפשיטת רגל של השליח, לא הייתה לשולח עדיפות על פני נושים אחרים של השליח,

[1] זאת בהתאם לסעיף 2 לחוק הקובע: "שלוחו של אדם כמותו, ופעולת השליח, לרבות ידיעתו וכוונתו, מחייבת ומזכה, לפי הענין, את השולח".

[2] ראה ברק, סעיף 826.

[3] וראה גם ברק, סעיף 822, הערה 8.

[4] אם כי גם בכגון זה ייתכנו מצבים שבהם פעולת השליח אינה מעבירה אוטומטית זכות חפצית לשולח, כפי שמציין ברק, סעיף 826: "השלוח רוכש מקרקעין בשם השולח (בשליחות גלויה) מצד שלישי, ומוסכם על הכל כי הנכסים ירשמו בפנקס המקרקעין על שם השלוח. השלוח רשום כבעל המקרקעין, אך קנינו בהם הוא קנין של נאמן".

והיה נמנע ממנו לאמץ את הזכויות שרכש השליח כתוצאה מפעולת השליחות. כמו כן, לולי קביעת הסעיף, השולח לא היה זכאי לרווחים שהפיק השליח מן הנכס עד אימוץ פעולתו[5].

והוא הדין כנראה גם בפעולה שעשה השליח בחריגה מהרשאה[6]. על פי סעיף 6 לחוק, כשהשליח פועל בחריגה מהרשאה, פעולתו אינה מחייבת ומזכה את השולח, אולם השולח רשאי לאשר את הפעולה בדיעבד. גם כאן, על פי ס"ק (א) שלפנינו, אף שהשולח טרם אישר את הפעולה, הרי השליח מחזיק בנכס שבא לידו כנאמן, ומשמעות הדבר היא שאף על פי שאין לשולח קניין בנכס, והקניין הוא של השליח, הרי יחסי השליחות שבין השולח לבין השליח מעניקים לשולח זכות של נהנה בנכס, ואילו השליח מחזיק בו כנאמן[7].

ג. לאחר שעמדנו על משמעותו של ס"ק (א), נעבור לס"ק (ב), שעניינו רווח וטובת הנאה. כבר שאלנו: מה בין "רווח וטובת הנאה" שבס"ק זה לבין "נכס" שבס"ק (א)? האם "נכס" אינו כולל גם "רווח וטובת הנאה"? נראה שס"ק (א) עוסק במה שהשליח קיבל מן הצד השלישי "עקב השליחות", היינו כתמורה ישירה לפעולת השליחות שעשה עמו[8], ואילו ס"ק (ב) עוסק בכל יתרון שניתן לשליח, בין על ידי הצד השלישי ובין על ידי גורם אחר, "בקשר לנושא השליחות", ולא כתמורה ישירה לפעולת השליחות, ו"הדבר כולל שוחד שהשליח קיבל מהצד השלישי עקב תפקידו כשליח, רווחים שהשליח הפיק על ידי שימוש ברכושו של השולח או בידיעות שהתגלגלו לידיו עקב השליחות, רווחים שהשליח הפיק על ידי ביצוע פעולת שליחות עם עצמו או על ידי כך שרכש לעצמו נכס שהיה עליו לרכשו בשמו של השולח"[9]. כאמור, הבדל זה בין שני הסעיפים הקטנים עולה, כך נראה, מן ההבדל שבין הביטוי "עקב השליחות" שבס"ק (א) והביטוי "בקשר לנושא השליחות" שבס"ק (ב)[10].

[5] ראה ברק, סעיפים 826־827.

[6] וראה ברק, סעיף 828, שאף שהשליח פעל בחריגה מהרשאה, רואים בכל זאת את הנכס כבא לידו "עקב השליחות". עם זאת, נראה לנו שהסעיף אינו חל על אדם שפעל עבור זולתו בלא הרשאה כלל (אף שעל פי סעיף 6, הלה רשאי גם כן לאשר את פעולתו בדיעבד), שכן אדם זה אינו מחזיק דבר שהגיע לידיו "עקב השליחות".

[7] ראה ברק, סעיף 826.

[8] בין שפעולתו הייתה בהרשאה בין לא הייתה בהרשאה. ראה לעיל, הערה 6.

[9] ברק, סעיף 831. ראה שם, הערה 50, שהדברים הובאו בהסכמה על ידי השופט שמגר בע"א 84/80 קאסם נ' קאסם, פ"ד לז(3) 60, 82 (1983).

[10] לדעת ברק, סעיף 827: "השלוח מחזיק ברווח או בטובת הנאה זו כנאמן של השולח". כלומר, מה שנקבע בס"ק (א) בעניין "נכס" כולל גם "רווח וטובת הנאה" שבאו לשליח בקשר לנושא השליחות. מסקנה זו מתבקשת לדעתו מן הפרשנות המרחיבה שהוא מציע לתת למונח "נכס" בס"ק (א), הכולל על פי הצעתו, לא רק נכס מוחשי אלא גם זכות בלתי מוחשית. דבריו אלה של ברק קשה להלמם: אף אם נניח, כפי שאמנם מסתבר, ש"נכס" הנזכר בס"ק (א) כולל גם זכות בלתי מוחשית, כגון טובת הנאה, הרי נכללים במונח זה רק רווחים וטובות הנאה שבאו לשליח בנסיבות שדן בהן ס"ק (א) ("עקב השליחות"), אבל מניין לנו לכלול בו גם הרווחים וטובות הנאה שבאו לשליח בנסיבות שדן בהן ס"ק (ב) ("בקשר לנושא השליחות")? והלוא מן ההכרח שהנסיבות שמדובר בהן בשני הסעיפים הקטנים שונות זו מזו, שאם לא כן, נמצא שס"ק (ב) מיותר לחלוטין, שהרי ס"ק (א) כולל כבר "רווח וטובת הנאה" מכל סוג שהוא. לדעתנו, מתבקשת אפוא מסקנה שונה מזו שביקש ברק להסיק, והיא שזכותו של השולח באותם רווחים שדן בהם ס"ק (ב) היא זכות אובליגטורית גרידא, ורווחים אלו אינם מוחזקים בידי השליח כנאמן (וזאת למרות ה"ביקורת הקשה" שנמתחה על כך באנגליה. ראה שם, ליד ציון הערה 35).
והשווה לנוסח המוצע בהצעת חוק דיני ממונות, התשע"א־2011, סעיף 44: "נכס, טובת הנאה או רווח שזכה בו השלוח בשל השליחות מוחזק בידו כנאמן של השולח". על פי דברי ההסבר להצעת החוק:

ונשאלת השאלה: מדוע ראה המחוקק לנכון לזכות את השולח בכל רווח וטובת הנאה שבאו לידי השליח, אף כשאינם התמורה לפעולת השליחות, אלא רק הגיעו לידו בקשר לנושא השליחות? ומדוע שלל מן השליח אפשרות לזכות בהם, כאשר הוא אינו גורע דבר מזכויותיו ומציפיותיו של השולח?

לדעת ברק[11], ס"ק (ב) בא להשלים את ההגנה על השולח מפני הפרת אמון מצד השליח. כך לדוגמה, לפי סעיף 8(4), אסור לשליח לקבל מכל אדם טובת הנאה בקשר לנושא השליחות (שלא בהסכמת השולח). לפי סעיף 9, אין השולח זכאי לפיצויים בגין כך אלא כאשר נגרם לו נזק, אולם אם לא נגרם לו נזק, אין לו תרופה, וזאת אף שהשליח הפיק רווח מהפרת חובת האמון. על כן, מסביר ברק, בא סעיף 10(ב) וקובע שהשולח הוא שזכאי לקבל את הרווח[12]. קביעה זו היא אפוא גורם מרתיע נוסף, לבל יפר השליח את חובות האמון המוטלות עליו. השליח יֵדע שבשום אופן הפרת חובת האמון לא תהיה כדאית, שכן כל רווח שיפיק ממנה יגיע בסופו של דבר לשולח. אולם ברק בעצמו מעיר שתחולת סעיף 10(ב) אינה מוגבלת לרווח או לטובת הנאה שבאו לשליח תוך כדי הפרת חובת האמון, שכן מלשון החוק עולה ש"הסעיף חל על 'כל' רווח וטובת הנאה, בין שבאו באיסור ובין שבאו בהיתר" [ההדגשה שלי; מ"ו]. ואם כן, חוזרת השאלה ביתר שאת: מדוע לשלול מן השליח את הרווח גם כשלא הפר את חובת האמון ולא פגע באינטרסים של השולח? כך לדוגמה, נניח שלאחר שנסתיימה פעולת השליחות, נתן הצד השלישי מתנה לשליח כדי להודות לו על יחסו הטוב ועל ההזדמנות העסקית שנתן לו. מדוע יזכה השולח במתנה זו?

ד. בדיון שלפנינו, נעסוק תחילה בשאלה: מה מעמדו של השליח כאשר הוא מחזיק בידיו נכס שעדיין אינו בבעלותו של השולח, אבל לשולח יש זכות תביעה על אותו נכס? האם יש לו מעמד של נאמן עם כל הכרוך בכך, כפי שקובע החוק? או שמא גישה אחרת למשפט העברי בעניין זה? לאחר מכן, נעבור לדון בשאלה: מי זכאי לקבל את הרווח וטובת ההנאה שזכה בהן השליח "בקשר לנושא השליחות"? האם השולח הוא הזוכה הבלעדי, כפי שעולה מנוסח החוק? או שמא רשאי השליח לשמור לעצמו את הרווחים? ואולי על השניים להתחלק ביניהם ברווחים?[13].

"סעיפים קטנים (א) ו(ב) לסעיף 10 לחוק השליחות אוחדו ונקבע הן לגבי נכס והן לגבי רווח או טובת הנאה, כי הם מוחזקים בידי השלוח כנאמן של השולח, ויחול על כך פרק הנאמנות. הסיפה של סעיף 10(א) הושמטה מאחר שנראה שאין בה צורך, שכן ההוראה מושתתת על עקרונות של עשיית עושר ולא במשפט, ומצב ידיעתו של הצד השלישי לגבי השליחות אינו רלוונטי בהקשר זה". יורשה לנו להעיר שלא נראה שההוראה מושתתת על עקרונות עשיית עושר ולא במשפט אלא על ביצור חובות האמון שחב השליח כלפי שולחו, והשמטת הסיפא של ס"ק (א) משמיטה את עיקר חידושו של הסעיף, שכפי שהסברנו, נחוץ בעיקר בכל אותם מצבים בהם הנכס אינו עובר ישירות לשולח.

[11] ראה ברק, סעיף 830.

[12] והשליח אינו מחזיק בו אלא כנאמן. ואולם ראה דברינו לעיל, הערה 10.

[13] בשאלה זו ובניתוח מפורט של הסוגיות הנוגעות לעניין זה, עסקו: נ' רקובר, עושר ולא במשפט, ירושלים תשמ"ח, שער שלישי, אדם שקיבל טובת הנאה עקב שליחותו, עמ' 79 (להלן: רקובר); ש' שילה, "רווחים בלתי צפויים מראש בשליחות במשפט העברי ובחוק השליחות, תשכ"ה־1965", שנתון המשפט העברי ג־ד (תשל"ו־תשל"ז), עמ' 341 (להלן: שילה). הדברים שיבואו להלן מבוססים ברובם המכריע על מה שהעלו שני מחברים אלה, אם כי דרך הרצאת הדברים, אינה כסדר הסוגיות והפוסקים, אלא כמקובל בסדרה זו בסדר החלוקה המושגית שעולה בעקבות ניתוח הסוגיות. עוד בסוגיה זו, ראה: ש' ורהפטיג, דיני מתווך במשפט העברי, ירושלים תשמ"ו, פרקים יב־יד; א' ורהפטיג, "טובת הנאה לעובד מאחר – לו או

פרק שני

השליח כנאמן – "כל נכס... מוחזק בידו כנאמן" – ס"ק (א)

כבר הסברנו במבוא שהוראת ס"ק (א) נחוצה לכל אותם מצבים שבהם באו נכסים לידי השליח "עקב השליחות", אבל עדיין לא עברו לבעלותו של השולח, ואין לו עליהם אלא זכות תביעה. כך הוא לדוגמה, כשהשליח פעל בחריגה או שהסתיר מן הצד השלישי את דבר שליחותו (או את זהות שולחו). בכגון אלה, קובע החוק שכל עוד לא מימש השולח את זכותו, השליח מחזיק בנכסים שהגיעו לידיו בנאמנות לטובתו.

למיטב הבנתנו, מצב כזה אינו אפשרי לפי המשפט העברי. כפי שראינו בדיוננו על סעיף 6 ועל סעיף 7, המשפט העברי אינו מכיר לא ב"אישור בדיעבד" (בחריגת השליח מן ההרשאה) ולא ב"אימוץ" (בשליחות נסתרת). מכאן שאחד מן השניים: או שהנכס שהגיע לידי השליח עובר מיד לבעלותו של השולח על פי דיני השליחות (או דינים אחרים), ואז השליח מחזיק בו כשומר; או שהנכס אינו עובר לבעלות השולח מיד, ואז אין לשולח זכות תביעה כלפיו, ואין מניעה עקרונית שהשליח יזכה בו לעצמו (כשאינו חייב להשיבו לצד שלישי). על כל פנים, הצורך להפוך את השליח לנאמן של השולח (כמשמעותו בחוק הנאמנות) אינו קיים לכאורה[14].

פרק שלישי

רווח וטובת הנאה – "השליח זכאי לכל רווח או טובת הנאה..." – ס"ק (ב)

א. מבוא

לדעת ברק[15], העיקרון העולה מסעיף 10 הוא, ש"חובת הנאמנות המוטלת על השלוח מחייבת אותו שלא להפיק כל רווח או טובת הנאה אישיים מהשליחות. הסנקציה על אי־מילוי חובתו זו היא במסגרת סעיף 10(ב) לחוק, המעניק לשולח זכות לקבל רווח זה". אם מגיעים לידי

למעביד?", תחומין יז (תשנ"ז), עמ' 293; הנ"ל, "רווח שליח מטעות במקח – לשליח או לשולח?", מים מדליו (התשנ"ח), עמ' 84; פתחי חושן, הלכות פיקדון ושאלה, פרק יא, סעיף ט ואילך; הרב י' אפשטיין, חבל נחלתו, חלק א, עצמונה תשס"א, סימן צ, "מתנות לסוכני מכירות", עמ' 431.

[14] בדיוננו לעיל על סעיף 6 (פרק שני, ג(2), עמ' 339) ועל סעיף 7 (פרק שני, א(3), עמ' 397), עסקנו בשליח שנשלח לקנות חיטים וקנה שעורים, וראינו שאף על פי שהשליח חרג מהוראות שולחו, פעולתו מזכה בכל זאת את השולח. בדיוננו שם, עסקנו בשאלה: כיצד ייתכן שאף על פי שהשעורים נקנו בלא הרשאת השולח, הן בכל זאת עוברות לבעלותו? כפתרון לשאלה זו, מציע חזון איש, בבא קמא, סימן כא, ס"ק א, ד"ה ק"ב, ש"השליח זוכה בהן בשעורים לעצמו על מנת למוסרן למשלח". מלשון זו, ניתן היה אולי להבין שהשליח קנה את השעורים לעצמו, אך הוא מחזיק בהן בנאמנות עבור שולחו. אם כך הוא הדבר, מצאנו דעה ולפיה ייתכן מצב בו השליח מחזיק כנאמן בנכס שבא לידו עקב השליחות. יש לציין עם זאת שאין זו אותה הנאמנות בה עוסק החוק, שכן בעוד שחוק השליחות מדבר על נאמנות שנוצרת מכוח החוק, 'חזון איש' מדבר על נאמנות הנובעת מרצון השליח לרכוש את השעורים עבור השולח. ועוד צריך עיון.

[15] ראה ברק, סעיף 419.

השליח רווח או טובת הנאה, אף על פי שלא הגיעו אליו כחלק מביצוע השליחות וכתמורה ישירה לביצועה, די בכך שהגיעו אותם הרווחים לידיו "בקשר לנושא השליחות", כדי לזַכות בהם את השולח[16].

כפי שנראה בהמשך, לא זו עמדת המשפט העברי. כבר הסברנו לעיל באריכות[17] שהמשפט העברי מחמיר פחות מן החוק בדרישות הנאמנות שהוא מטיל על השליח. הדבר נובע בעיקר מכך שלפי המשפט העברי, כשנפגע אינטרס של השולח, עומדת תמיד לרשותו הבררה לבטל את פעולת השליח בטענת "לתקן שלחתיך ולא לעוות". במשפט העברי, לא נמצא אפוא עיקרון גורף המזכה את השולח בכל מצב שהוא ברווחים בלתי צפויים מראש שהגיעו לידי השליח עקב השליחות. הקביעה למי מגיעים רווחים אלה נעשית על פי השיקולים המשפטיים המקובלים בכל סכסוכי הבעלות, ואין מדיניות למנוע מן השליח אפשרות של הפקת רווח מן השליחות. כפי שנראה, יש אמנם מצבים שבהם הרווח הבלתי צפוי הולך כולו לשולח, אולם רבים הם המקרים שבהם הרווח, כולו או חלקו, מגיע לשליח. הדבר תלוי בנסיבות שבהן נוצר הרווח ובאופי הרווח.

להלן נבחן מהן זכויותיו של השליח ברווחים שהשולח לא ציפה שיגיעו לידיו בשעה שמינה אותו לשלוחו. את הדיון נחלק לשני חלקים: תחילה נדון ברווחים שהגיעו לידי השליח תוך כדי קיום הוראות השולח, ולאחר מכן נדון ברווחים שהגיעו לידי השליח עקב הפרת הוראות השולח.

ב. רווח תוך כדי קיום הוראות השולח

(1) תוספת שניתנה על ידי הצד השלישי מדעת

התלמוד[18] מביא מחלוקת תנאים בעניין סחורה עודפת שקיבל שלוחו של הקונה מן המוכר. מחד גיסא, מובא בברייתא שאם "הוסיפו לו [המוכרים לשליח] אחת יתירה, הכל לשליח. דברי רבי יהודה. רבי יוסי אומר, חולקין". כלומר, אם המוכרים הוסיפו ונתנו מדעתם לשליח סחורה יותר ממה שהיה צפוי שיתנו לו, הרי שלדעת רבי יהודה, השליח הוא שזוכה בתוספת, ולדעת רבי יוסי, התוספת מתחלקת שווה בשווה בין השליח לבין השולח. התלמוד מצביע על סתירה לכאורה בדברי רבי יוסי, שכן מובאת בברייתא אחרת בשמו של רבי יוסי דעה שונה: "[הוסיפו לו אחת יתרה]... רבי יוסי אומר, הכל לבעל המעות". כלומר, התוספת – כולה לשולח, ולא לשליח. כדי ליישב סתירה זו, לכאורה, בדברי רבי יוסי, התלמוד מבחין בין "דבר שאין לו קצבה" ובין "דבר שיש לו קצבה", כלומר בין סחורה שמחירה נקבע לפי אומדן (ולא לפי כמות מדויקת וקצובה), ובין סחורה שמחירה נקבע במדויק (במניין או במידה או במשקל על פי שער ידוע). במחלוקת שבין רבי יהודה ורבי יוסי, התלמוד קובע את ההלכה כדברי רבי יוסי, ועל פי ההבחנה בין דבר שאין לו קצבה ודבר שיש לו קצבה. על פשר הבחנה זו ותוצאותיה, נרחיב להלן.

(א) תוספת שניתנה כחלק מן העסקה ("דבר שאין לו קצבה") – הכל לשולח

אם העסקה היא ב"דבר שאין לו קצבה", כגון קרקע או מיטלטלין "הנמכרים באומד, פעמים

[16] וראה לעיל, הערה 10.

[17] לעיל, בדיוננו על סעיף 8, פרק חמישי, א, עמ' 446, ועל סעיף 9, פרק רביעי, עמ' 528.

[18] כתובות צח ע"ב.

מוותר [המוכר ונותן כמות גדולה] למכור בזול, ופעמים בצמצום [כמות פחותה]"[19], אין להתייחס לתוספת הסחורה שנתן המוכר כרווח שהשיג השליח מעבר לעסקה, אלא היא חלק אינטגרלי של העסקה עצמה. המוכר החליט כנראה שזאת התמורה שהוא מוכן לתת כנגד כספו של השולח, ועל כן אין ספק שהשולח הוא שזכאי ליהנות מן ה"רווח" הבלתי צפוי הזה. אמנם מלכתחילה השולח סבר שלא יוכל להשיג תמורה מעין זו לכספו, אולם בסופו של דבר התברר שהערכתו לא הייתה נכונה. בכגון זה, כאמור, אין לשליח זכות ברווח, והכול לשולח. לפי התלמוד, כך מתפרשת שיטת רבי יוסי בברייתא השנייה שהובאה בשמו בתלמוד: "[הוסיפו לו אחת יתרה]... הכל לבעל המעות"[20].

[19] לשונו של רש"י, שם, ד"ה שאין לו קצבה. וראה גם: שולחן ערוך, חו"מ, סימן קפג, סעיף ו; סמ"ע, שם, ס"ק יט.

[20] הראשונים נחלקו בשאלה אם רבי יהודה, שחולק על רבי יוסי בעניין "דבר שיש לו קצבה", וסובר שהרווח כולו הולך לשליח (כפי שנראה להלן, ליד ציון הערה 30), חולק על רבי יוסי גם ב"דבר שאין לו קצבה", וסובר שגם בזה הרווח כולו הולך לשליח? או שמא ב"דבר שאין לו קצבה", מודה רבי יהודה לרבי יוסי, שהכל הולך לשולח? מתוך פירושו של רש"י לסוגיה (שם, ד"ה כדתניא), עולה שלדעתו, רבי יהודה חולק על רבי יוסי גם כאן. כלומר, אפילו ב"דבר שאין לו קצבה", דעתו היא שהשליח הוא שזוכה בתוספת (כך עולה מן העובדה שרש"י העמיד את המשנה שם אליבא דרבי יוסי דווקא, ולא אליבא דכולי עלמא, אף על פי שהמשנה עוסקת בתוספת ב"דבר שאין לו קצבה", קרקע. על משנה זו, ראה להלן, ליד ציון הערה 55).
לא כן דעתם של ראשונים אחרים. ראה לדוגמה: תוספות, כתובות צח ע"ב, ד"ה כאן שנה רבי (הראשון); חידושי הריטב"א, כתובות צח ע"ב, ד"ה דתניא (הם מעמידים את המשנה אליבא דכולי עלמא, משום שלדעתם רבי יהודה אינו חולק על רבי יוסי אלא ב"דבר שיש לו קצבה", אבל ב"דבר שאין לו קצבה", גם הוא מסכים שהתוספת מגיעה לשולח. התוספות אף מביאים לכך ראיה מהמשך הסוגיה, שם צט ע"א, אם כי לדעתם, רבי יהודה מסייג את דעתו כאשר הצד השלישי מודיע במפורש שהוא נותן את התוספת בתור תוספת. ראה להלן בהערה זו). וראה גם: רא"ש, מובא בשיטה מקובצת, כתובות צח ע"א, ד"ה וזה לשון הרא"ש. וראה עוד: שו"ת תורת חסד (פרחיא), סימן ריא (קמה ע"א).
וראה עוד: תוספות, שם, שמדבריהם עולה שדעת רבי יוסי היא שגם אם הצד השלישי אמר במפורש "קח זה עבור מקחך, ועוד אני מוסיף לך זה משלי", גם בכגון זה הכל לשולח.
[כבר הערנו שבנקודה זו, לדעת התוספות, רבי יהודה חולק. התוספות קובעים כך, כנראה, מפני שהם מניחים משום מה שכשם שרבי יהודה חולק על רבי יוסי ב"דבר שיש לו קצבה", כך הוא חולק עליו גם ב"דבר שאין לו קצבה". אבל מאחר שלדעתם, כפי שראינו לעיל בהערה זו, רבי יהודה מסכים שב"דבר שאין לו קצבה" הכל לשולח, הם נאלצים לקבוע, כדי שלא תהיה סתירה בדברי רבי יהודה, שב"דבר שאין לו קצבה", אם הצד השלישי הודיע במפורש שנתן את התוספת בתור תוספת, ולא כחלק מן העסקה, התוספת מגיעה לשליח. בנקודה זו בלבד הוא שיש מחלוקת בינו לבין רבי יוסי ב"דבר שאין לו קצבה"].
לפי זה, ההגדרה של "דבר שאין לו קצבה" היא הגדרה אובייקטיבית. כלומר, אף על פי שהצד השלישי (המוכר) הודיע במפורש שנתן את התוספת בתור תוספת, ולא כחלק מן העסקה, מאחר שאובייקטיבית אין לנכס קצבה, הרי בעל המעות הוא שזוכה בתוספת, ולא השליח. וצריך עיון מדוע כן, הרי סוף סוף בכגון זה, אין לראות את התוספת כחלק מן העסקה, ומדוע אפוא יזכה בה השולח לבדו? (קושיה זו העלה כבר הרא"ש, מובא בשיטה מקובצת, כתובות צח ע"א, ד"ה וזה לשון הרא"ש, ומכוחה הוא דוחה את שיטת התוספות בעניין זה. לדעתו, רבי יוסי סבור שאם הצד השלישי אמר בפירוש שנתן את התוספת בתור תוספת, חולקים השליח והשולח כמו בדין "דבר שיש לו קצבה", שנראה להלן בסמוך). תשובה לקושיה זו הציע פרישה, חו"מ, סימן קפג, ס"ק ח: "ואף על פי שאומר לו בפירוש, 'ועוד אני מוסיף לך כו'', מכל מקום כיון דלפעמים מוותר למכור בזה בזול, מסתמא לאו למתנה נתכוין, אלא לשם מכר נתכוין, והכי קאמר, 'הנני מוותר לך עוד אחד מה שלא היה עושה לך מוכר אחר', ולהכי הכל לבעל המעות". כלומר, בכגון זה, התוספת היא עדיין חלק מן העסקה. תשובה אחרת לאותה קושיה הציע שו"ת מנחת שי (שור), חלק א, סימן יח (מובא אצל ש' ורהפטיג, הנזכר לעיל, הערה 13, עמ' 116). הוא טוען שבדבר ש"אין לו קצבה",

וכן נפסק ב'שולחן ערוך'[21]: "הוסיפו לשליח... אם היה דבר שאין לו קצבה – הכל לבעל המעות". ומסביר הסמ"ע[22]: "כגון טלית וחלוק וכיוצא בו, שנמכרים באומד, הכל לבעל המעות. דאמרינן, מסתמא דעל המעות שקיבל ממנו נתן לו כל כך, שהרי אין לו קצבה, וידוע ופעמים [=שלפעמים] מוכרים כ"כ [=כל כך] בדינר".

על פי אותו עיקרון, נפסקה ב'שולחן ערוך'[23] ההלכה הבאה: "ראובן שנתן חפץ לשמעון הסרסור ואמר לו 'מכור זה, ואל תמכור בפחות ממאה'... מכר במאתיים – הכל לראובן". והסמ"ע[24] מדגיש שמדובר בנכס ש"אין לו קצבה", ואף על פי שהשולח הסתפק במחיר זול, אין זה אומר שהיה מוכן לוותר על תמורה גדולה יותר, אלא שלא העריך נכונה את התמורה שניתן לקבל בעד אותו נכס[25].

האמור עד כה נכון כאשר התוספת ניתנה על ידי הצד השלישי תוך כדי ביצוע הפעולה המשפטית (העסקה) נושא השליחות, שאז רואים את התוספת כחלק מן העסקה שבין השולח לבין הצד השלישי, ועל כן התוספת מגיעה כולה לשולח. שונה המצב, לכאורה, כאשר הצד השלישי נתן טובת הנאה לשליח לפני ביצוע פעולת השליחות, כדי שהלה יסכים לעשות את הפעולה עמו דווקא, ולא יעשה אותה עם אחר (כגון שיקנה את הסחורה ממנו ולא ממוכר אחר). במילים אחרות. אם הצד השלישי "שיחד" את השליח, אף שהעסקה מתייחסת לנכס "שאין לו קצבה", ברור שטובת ההנאה שנתן לו אינה חלק מן העסקה שבין השולח לבין הצד השלישי, אלא ניתנה לשליח כדי לשכנעו לעשות את העסקה עם הצד השלישי הזה דווקא. בכגון זה, אין מניעה לכאורה שהשליח ישמור את טובת ההנאה לעצמו במלואה[26]. אולם אין הדבר פשוט כל כך, והוא תלוי במחלוקת שנראה להלן בין רש"י והרי"ף בעניין הצדקת חלוקת הרווח בין השולח והשליח ב"דבר שיש לו קצבה"[27].

(ב) תוספת שניתנה נוסף על העסקה ("דבר שיש לו קצבה") – חולקים

אם העסקה שעשה השליח היא ב"דבר שיש לו קצבה", כשתמורת המחיר מגיעה לו כמות קצובה של סחורה, שאינה נקבעת לפי אומדן אלא לפי מניין או מידה או משקל[28], ברור שהתוספת שנתן הצד השלישי אינה חלק מן התמורה לעסקה, אלא תוספת שנתן המוכר נוסף

השליח הוא כפועל שנשכר ללקוט מציאות, שכל מציאה שמוצא הפועל היא לבעל הבית. אבל צריך עיון, שכן הנידון אינו דומה לראיה כלל.

על הדין כשהצד השלישי מודיע במפורש למי הוא מתכוון לתת את התוספת, ראה להלן, עמ' 563.

[21] ראה שולחן ערוך, חו"מ, סימן קפג, סעיף ו.

[22] סמ"ע, שם, ס"ק יט.

[23] ראה שולחן ערוך, חו"מ, סימן קפה, סעיף א, על פי הרמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק ב, הלכה ו.

[24] סמ"ע, שם, ס"ק ב.

[25] על פי שו"ת הרא"ש, כלל קה, סימן ב, המובא בטור, חו"מ, סימן קפה, סעיף ב. וראה פתחי חושן, הלכות פיקדון ושאלה, פרק יא, סעיפים י־יא, וההערות שם. וראה שילה (לעיל, הערה 13), עמ' 370־372.

[26] על כך שעל פי המשפט העברי, קבלת שוחד על ידי השליח כשלעצמה אינה מוגדרת כהפרת אמון כלפי השולח. ראה דיוננו על סעיף 8, פרק חמישי, ד, עמ' 452.

[27] לעניינים אלה ולהגדרה של "דבר שיש לו קצבה" ו"דבר שאין לו קצבה", ראה בהרחבה מנחת צבי (שפיץ), הלכות שכירות פועלים, ירושלים תשמ"ט, סימן ח. וראה עוד בספרו של הרב שפיץ, משפטי התורה, חלק א, ירושלים תשנ"ח, סימנים סח־ע.

[28] ראה רש"י, כתובות צח ע"ב, ד"ה שיש לו קצבה. וראה גם: שולחן ערוך, חו"מ, סימן קפג, סעיף ו; סמ"ע, שם, ס"ק יח. וראה עוד רשב"ם, בבא בתרא פח ע"א, ד"ה והני מילי דקיצי דמיה.

על העסקה. תוספת בלתי צפויה זו אינה מגיעה אפוא בהכרח לשולח[29]. בכגון זה, נשאלת השאלה: מי יזכה בתוספת? האם יזכה בה השולח, שהתוספת ניתנה בעקבות השליחות שנעשתה מטעמו? או שמא יזכה בה השליח, שהתוספת ניתנה לידיו? שאלה זו שנויה, כאמור, במחלוקת תנאים, בין רבי יהודה ורבי יוסי[30]. לדעת רבי יהודה, השליח הוא שזוכה בתוספת, ואילו לדעת רבי יוסי, השולח והשליח מתחלקים בתוספת שווה בשווה. להלכה נתקבלה דעתו של רבי יוסי, ולפיה השולח והשליח מתחלקים בה. התלמוד מסביר שזהו המקרה שנתכוון אליו רבי יוסי בברייתא הראשונה שהובאה בשמו: "הוסיפו לו אחת יתירה... רבי יוסי אומר: חולקים".

מהו ההיגיון המשפטי העומד מאחורי חלוקת הרווח? בעניין זה, אין תמימות דעים בין הראשונים. להלן נציג את הגישות המרכזיות בשאלה זו, גישותיהם של רש"י ושל הרי"ף. וכפי שנראה בהמשך דברינו, ההבדל בין גישת רש"י וגישת הרי"ף אינו רק הבדל אקדמי אלא מוביל לתוצאות משפטיות שונות.

לדעת רש"י[31], וכן הסביר לפניו רב האי גאון[32], התוספת שנתן המוכר מעבר לשוויה המוגדר של העסקה היא מתנה שנתן הצד השלישי, כנראה מתוך כוונה לקדם את ענייניו המסחריים. אולם יש ספק למי התכוון הצד השלישי לתת את המתנה, לשולח או לשליח? ספק זה הוא שמחייב את חלוקתה ביניהם[33] [34]. ונראה שכך נקט הרמ"א[35].

[29] אם התוספת הייתה צפויה, לכאורה ברור שזוכה בה השולח. ראה שו"ת שבט הלוי, חלק ט, סימן שה, הדן בסוחר גדול הממכן את כרטיסי הטיסה של שלוחו. לפי ההסדר המקובל בחברת התעופה, ריבוי נסיעות מזכה בכרטיס טיסה חינם, ונשאלת השאלה: מי זוכה בכרטיס, השליח או השולח? הרב ווזנר (ד"ה ולדידי) מטעים שמאחר שמדובר בזכייה צפויה הבאה בתמורה לרכישת כרטיסי טיסה רבים, ברור שזוכה בו השולח. אמנם הוא מסתפק "אם יש כמה חברות נסיעות, ואין המשלח מקפיד באיזה יסע השליח, והשליח בחר בחברה כזאת שהיא נותנת פרס הנ"ל, לאפוקי שאר חברות, דאז השליח המציא רווח הנ"ל, דאז יש לדון עוד פעם בזכות השליח".

[30] מקור המחלוקת בין רבי יהודה לרבי יוסי הוא בתוספתא, דמאי (ליברמן) ח, ג. הקביעה שמחלוקת זו בין התנאים היא ב"דבר שיש לו קצבה" באה בתלמוד בבלי, כתובות צח ע"ב. ב"דבר שאין לו קצבה", ראינו לעיל, הערה 20, שדעת רבי יוסי היא שהכל לשולח, וראינו שנחלקו הדעות בין הראשונים בשאלה: האם רבי יהודה מסכים אתו? או שמא גם בזה הוא חולק עליו וסובר שהכל לשליח?

[31] ראה רש"י, כתובות צח ע"ב, ד"ה שיש לו קצבה.

[32] ראה ספר המקח והממכר, שער ו. בין רב האי לרש"י, יש הבדלים קלים בניסוח הדברים. וראה שו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק א, סימן קלג, ד"ה ובהך תשובה (קסג ע"ג), הדן ביחס שבין הסברו של רב האי להסברו של רש"י. והשווה רקובר (לעיל, הערה 13), עמ' 85-86, המעלה שיש אולי מקום להבחין בין גישת רש"י לבין גישת רב האי גאון, שלדעת רש"י הספק הוא סובייקטיבי, ואילו לדעת רב האי, הספק הוא אובייקטיבי (ולפי זה, ייתכן שלפי רב האי, גם אם המוכר אומר במפורש שהוא מתכוון לתת את המתנה לשליח, מאחר שאובייקטיבית המתנה ניתנה לו מחמת המקח, בכל זאת חייב הוא לחלוק עם השולח. ראה להלן). רקובר מביא לכך סיוע מתשובת הרשב"א (להלן, הערה 33). אולם יש לציין שהרשב"א מבחין אמנם בין נימוקיהם של רב האי ושל רש"י, אבל למעשה הוא קובע ששניהם מסכימים שאם המוכר נתן את התוספת לשליח במפורש, השליח זוכה בה לבדו.

[33] לפי הסבר זה, זכותו של השולח במחצית הרווח היא זכות חפצית, שכן הדין קובע שמחצית הרווח שייך לו. והשווה להלן, הערה 39, שיטת הרי"ף.

כהסבר זה נוקטים: שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, סימן ס (ואולם השווה שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן תרעא [=חלק ג, סימן כה], המאמץ דווקא את הסברו של הרי"ף, שנראה להלן, וצריך עיון. העירו על כך כבר: רקובר, הערה 41; שילה, הערה 54, הנזכרים לעיל, הערה 13); תשובות מיימוניות, ספר קניין, סימן

לדעת הרי"ף[36], וכן הסביר לפניו רבנו חננאל[37], סיבת החלוקה אינה מחמת הספק, אלא אף שברור שהתוספת ניתנה לשליח, ולכאורה היה צריך השליח ליהנות ממנה, "הואיל ובאתה לו לשליח הנאה על ידי בעל הבית – חולק עמו"[38]. כלומר, מאחר שהשליח קיבל את הרווח בזכות השולח, שיזם את השליחות, הרי הוא חולק עמו ברווח[39]. ונראה שכך נקט 'המחבר' ב'שולחן ערוך'[40].

כ (לפי אחת הדעות המובאות שם); חידושי הריטב"א, כתובות צח ע"ב, ד"ה דתניא (והוסיף להסביר שהסיבה לכך שהמוכר הוסיף אחת יתרה היא כנראה "כדי שיחזור ויקנה ממנו פעמים אחרות", אלא שכאמור, לא ברור אם התכוון בזה לטפח קשרים עסקיים טובים עם השליח או שמא עם השולח); תוספות רי"ד, כתובות, שם ("חולקין, שיש לומר בעבור המעות עשה [כלומר, בעבור בעל המעות], ויש לומר פניו [של השליח] נשא". אם כי השווה דבריו של תוספות רי"ד בקטע שלפני זה, שמשם עולה לכאורה סברה כעין סברת הרי"ף, שנראה להלן. וצריך עיון בשאלת היחס בין הדברים. ואפשר שדעתו כדעת הט"ז, הנזכרת להלן, הערה 34).

34 לכאורה, הסבר זה קשה, מפני שאם יש אכן ספק למי התכוון המוכר לתת את המתנה, מן הדין היה להחיל את הכלל הבסיסי "המוציא מחברו עליו הראיה", ומאחר שהשליח הוא המוחזק, הוא זוכה בתוספת. ראה ט"ז, חו"מ, סימן קפג, סעיף ו, שמכוח שאלה זו, הציע לומר שגישת רש"י קרובה לגישת הרי"ף, שנראה להלן בסמוך, ש"יש על כל פנים זכות בבירור למשלח, שמעותיו גורמים, ויש על כל פנים זכות לשליח, שהוא הולך אצל זה המוכר, ואיני יודע איזה עיקר... ומספק אמרינן שיחלוקו, ולא מהני כאן מוחזק" (וראה עוד בדעת הט"ז, להלן, הערה 50). וראה גם נתיבות המשפט, סימן קפג, ס"ק ט, שלדעתו, שאלה זו כנגד רש"י העלו כבר התוספות, כתובות צח ע"ב, ד"ה אמר רב פפא. וראה עוד, שילה (לעיל, הערה 13), עמ' 353, שנשאר ב"צריך עיון" בהסבר שיטת רש"י. והשווה רקובר (לעיל, הערה 13), עמ' 95, הערה 88, המביא שגם המאירי התייחס לבעיה זו. רקובר מפנה למקורות נוספים בספרות האחרונים שנזקקו לבעיה ופתרו אותה בדרכים שונות. עוד ראה בשאלה זו, שו"ת תורת חסד (פרחיא), סימן ריא (קמה ע"ב, ד"ה לכאורה).

35 ראה הגהת הרמ"א, חו"מ, סימן קפג, סעיף ו. וראה: סמ"ע, שם, ס"ק יח; בעל הלבוש, שם, שגם הוא נקט גישה זו.

36 ראה רי"ף, כתובות נז ע"ב (בדפי הרי"ף).

37 מובא באור זרוע, בבא קמא, סימן תיג.

38 אפשר שהיסוד לסברה זו נמצא כבר בתלמוד הירושלמי, דמאי, פרק ו, הלכה ח. אם כי שם נקודת המוצא שונה מנקודת המוצא של הרי"ף. לפי הרי"ף, התוספת הייתה צריכה בעיקרון להיות של השליח, אולם מאחר שהרווח נוצר גם הודות לעובדה שהשולח יזם את השליחות, חייב השליח לשתף אותו ברווח. לעומת זאת, לפי התלמוד הירושלמי, התוספת הייתה צריכה בעיקרון להיות של השולח: "רבי יוסי אומר: לא נתכוון המוכר לזכות אלא לבעל המעות", ואם כן, מדוע עליו לחלוק עם השליח? על כך באה התשובה: "על ידי מעותיו של זה ועל ידי רגליו של זה, שניהם חולקים" (ואולם השווה מנחת ביכורים, על התוספתא, דמאי ח, ג, שפירש שכוונת רבי יוסי היא שהמוכר לא זיכה את בעל המעות אלא בקרן, אבל התוספת מתחלקת בינו ובין שלוחו. לפי פירוש זה, נקודת המוצא של הירושלמי אינה שונה מזו של הרי"ף). והשווה דעת ר' נסא בירושלמי, בבא קמא, פרק ט, הלכה ה, שם נקודת המוצא של ר' נסא זהה לזו של הרי"ף, אם כי בהקשר אחר (רווח כתוצאה מחריגה של השליח, שנדון בו להלן, בפרק שלישי, ג(2), עמ' 574), שהרווח מגיע לשליח, אבל הוא חייב לשתף את השולח, "הואיל ובאת לו הנייה מתחת ידו, אף הוא חולק עמו". להלן, פרק שלישי, ג(2), עמ' 574, נראה שלגופו של עניין, ברווח כתוצאה מחריגת השליח, הרי"ף אינו מאמץ את שיטת ר' נסא, אולם הסיבה לכך תלויה בשיקולים אחרים שאינם נוגעים לכאן. וראה: תוספתא כפשוטה, דמיי, עמ' 282; רקובר (לעיל, הערה 13), עמ' 88, ליד ציון הערה 46.

39 לפי הסבר זה, זכותו של השולח במחצית הרווח היא זכות אובליגטורית, שכן הדין מחייב את השליח שזכה בכל הרווח להעביר את מחציתו לשולח. והשווה לעיל, הערה 33. ואולם ראה להלן, ליד ציון הערה 42. כהסבר זה נוקטים: רמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק א, הלכה ה (כך סבור כסף משנה, שם: "ולזה נוטים דברי רבנו"); רבנו תם, תוספות, כתובות צח ע"ב, ד"ה אמר (לפחות לפי גישתו הראשונה, שם, וכפי

לכאורה, הסבר זה קשה להלמו. וכי העובדה שהשולח גרם בצורה עקיפה לרווח די בה לזַכות אותו בחלק מן הרווח?![41] ואכן, יש מבין האחרונים המבססים את החלוקה על תקנת חכמים. כך הסמ"ע[42], כשהוא מסביר את סברת הרי"ף, אומר: "מן הדין היה הכל לשליח, אלא כיון דבאתה הנאה להשליח על ידי מעותיו של המשלח, אמרו חז"ל שיחלקו בהדדי [=ביניהם] המוֹתר". תקנה זו באה כנראה למנוע מריבה בין השולח לבין השליח.

יש להוסיף בשולי הדברים, שהוצע הסבר שלישי להצדקת החלוקה. על פי הסברו של ר' יואל הלוי[43], השולח והשליח חולקים ביניהם את הרווח, משום שהרווח נוצר במזל שניהם גם יחד. ב"דבר שאין לו קצבה", הרווח נגרם בוודאי במזלו של השולח, שהרי התוספת ניתנה כחלק מן המקח שהוא קונה. לעומת זאת, ב"דבר שיש לו קצבה", התוספת לא ניתנה כתמורה לכספו של השולח אלא כתוספת מעבר לעסקה, והיא באה אפוא במזל שניהם, ועל כן הם חולקים אותה ביניהם. וזה נוסח ההסבר: "הטעם נראה לו דדבר שיש לו קצבה, לא מחמת המקח בא הטעות אלא מחמת מזל שניהם, וחולקין. ודבר שאין לו קצבה, הזילזול [=ההוזלה] מחמת המקח בא בשויו, ומזלו דבעל המקח גרם"[44].

לגישות השונות להצדקת החלוקה ב"דבר שיש לו קצבה" יש תוצאות משפטיות אחדות. נציין כאן שתיים מהן שבהן באים לידי ביטוי גישותיהם השונות של רש"י ושל הרי"ף:

שהבין נתיבות המשפט, סימן קפג, ס"ק ט. אם כי השווה דברי רבנו תם כפי שהם מובאים בראש, כתובות, פרק יא, סימן טו, שמהם עולה לכאורה שאינו דוחה את הסברו של רש"י, גם לא בגישתו הראשונה. ראה רקובר (לעיל, הערה 13), עמ' 91, הערה 64); ר"י הזקן, בתוספות, שם (לפי הגהת מהרש"ל, וכך מובא בשמו במרדכי, כתובות, פרק אלמנה ניזונית, סימן רנה); שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן תרעא [=חלק ג, סימן כה] (והשווה לעיל, הערה 33); רא"ש, כתובות, פרק יא, סימן טו; ספר העיטור, שלישות ממון (מהדורת ר"מ יונה, חלק א, מג ע"ד).

40 שולחן ערוך, חו"מ, סימן קפג, סעיף ו, שהעתיק את לשון הרמב"ם, שלדעתו נוקט כהסבר הרי"ף (ראה לעיל, הערה 39).

41 והשווה הרב ז"נ גולדברג, "העתקה מקסטה ללא רשות הבעלים", תחומין ו (תשמ"ה), עמ' 185, בעמ' 196, שכנראה לא ראה בכך קושי, שכן הסיק מכאן לענייננו: "הרי שחייבין לשלם על הנאה שבאה בגרמא מממון חבירו, שהרי השליח לא נהנה מגוף ממון המשלח, רק שנסתבב לו הנאה על ידו". וראה י' בלס, חוק לישראל, עשיית עושר ולא במשפט, ירושלים תשנ"ב, עמ' 92-93.

42 ראה סמ"ע, חו"מ, סימן קפג, ס"ק יח, וס"ק כא. וראה גם: ערוך השולחן, חו"מ, סימן קפג, סעיף ח; חזון איש, חו"מ, בבא קמא, סימן כב, ס"ק ה, שהסביר גם הוא: "ועיקרו נראה תקנת חכמים דלא ליתי לאינצויי [=שלא יבואו לריב], דבגרם כזה לא זכי חלק ברווחא מן הדין".

43 ראה: מרדכי, כתובות, פרק אלמנה ניזונית, סימן רנט; הגהות אשרי, כתובות, פרק יא, סימן טו, שמהם עולה שר' יואל הלוי סבר שכך יש לפרש את הירושלמי (ראה לעיל, הערה 38). והשווה דברי ר' יואל הלוי כפי שהובאו בספר ראבי"ה, סימן תתקטז (חלק ד במהדורת מכון הרי פישל, חלק ג במהדורת דבליצקי): "מזלא דתרווייהו. ועוד, כדמפרש בירושלמי: מעות של זה ורגלים של זה". מכאן משתמע לכאורה שר' יואל הלוי לא ראה זהות בין הסברו (מזל שניהם) ובין הסבר הירושלמי. וראה רקובר (לעיל, הערה 13), עמ' 87, הערה 45. וראה גם א' ורהפטיג, "רווח שליח מטעות במקח – לשליח או לשולח?", מים מדליו (התשנ"ח), עמ' 84-92, הערה 19.

44 וראה קצות החושן, סימן קפג, ס"ק ח. הוא טוען שזו כנראה גם גישתו של רבנו יונה המובא בטור, חו"מ, סימן קפג, סעיף י (אולם ראה להלן, הערה 62). וראה גם ביאור הגר"א, חו"מ, סימן קפג, ס"ק כה, ליקוט, שמייחס שיטה זו לרי"ף וסיעתו, והדבר תמוה. העיר על כך פתחי חושן, הלכות פיקדון ושאלה, פרק יא, הערה מד (ושמא קשה הייתה לו לגר"א קושיית 'קצות החושן', שנראה להלן, הערה 62, אלא שהוא לא היה מוכן לקבל את מסקנתו, ועל כן הציע לפרש שכוונת הרי"ף היא שהרווח בא במזל שניהם, כמו ר' יואל הלוי. כך הציע לי הרב א' מילר).

(1) הצד השלישי נותן את התוספת לשליח או לשולח במפורש. אם הצד השלישי אומר במפורש שהוא נותן את התוספת לשליח, לפי רש״י, השליח הוא הזוכה, שהרי כבר אין מקום להסתפק למי מכוונת המתנה[45]. לעומת זאת, לפי הרי״ף, גם בכגון זה, השליח אינו זוכה בלעדית, שהרי סוף סוף תוספת זו זכה בה השליח גם הודות לכספו של השולח, ולכן חובה עליו לחלוק עמו בה[46]. והרמ״א[47] פוסק: ״ומיהו אם אמר המוכר בפירוש שנותן לשליח, הכל לשליח״[48], ומכאן שאימץ את דרכו של רש״י[49].

להלכה נוטים האחרונים[50] לומר שלאור חילוקי הדעות בין רש״י והרי״ף, כשאמר הצד השלישי במפורש שהוא מתכוון לתת את התוספת לשליח, יש להשאיר בידי הדיין את שיקול הדעת כיצד לנהוג.

במקרה ההפוך, כשהתוספת ניתנה במפורש לשולח, ולא לשליח, אין מחלוקת של מי

[45] וראה: ב״ח, חו״מ, סימן קפג, סוף סעיף ח; משכנות הרועים (אלחאייך), מערכת אות שי״ן, סימן קיד, שהוסיפו שהוא הדין אם הצד השלישי מודיע למי הייתה כוונתו, לאחר שכבר נתן את התוספת, ולא אומרים שמאחר שבשעת הנתינה היה ספק, חולקים. נראה שגם כשהצד השלישי אינו אומר במפורש שהוא נותן את התוספת לשליח, אך כך ברור מטיב המעשה, זוכה השליח בכל התוספת. וראה חשוקי חמד, כתובות צח ע״ב, ״קנה ריהוט לתלמוד תורה וקיבל סטנדר במתנה למי הוא שייך״, עמ׳ תקצד (לדעתו, אין זה ברור שהסטנדר ניתן לשליח, ועל כן השליח והשולח חולקים גם לפי רש״י).

[46] על נפקא מינה זה, העירו: ר״ן, כתובות נז ע״ב (בדפי הרי״ף), ד״ה הכל לבעל המעות; שו״ת הרשב״א המיוחסות לרמב״ן, סימן ס. וראה כנסת הגדולה, חו״מ, סימן קפג, הגהות בית יוסף, אות מג, שהעיר שלפי טעמו של ר׳ יואל הלוי (לעיל, הערה 43), כמו לפי טעמו של הרי״ף, אף שהמוכר אמר במפורש שהוא נותן את התוספת לשליח, בכל זאת חולקים, שכן ״מזל שניהם גרם״.

[47] הגהת הרמ״א, חו״מ, סימן קפג, סעיף ו.

[48] יש להעיר שבמקום בו יש מנהג שהשליח זוכה בכל התוספת, נחשב הדבר כאילו התנו על כך הצדדים מראש, ומנהג זה יחייב את השולח גם לדברי הרי״ף.

[49] ראה סמ״ע, חו״מ, סימן קפג, ס״ק יח. וראה לעיל, הערה 32.

והשווה ערוך השולחן, חו״מ, סימן קפג, סעיף ח, שנקט את גישת הרי״ף, ואף על פי כן קבע כמו הרמ״א: ״אבל כשהמוכר פירש למי מוסיף, אין חילוק בין ׳יש בו קצבה׳ ל׳אין בו קצבה׳, ויעשו כמו שאמר״. נראה שקביעה זו קשורה לעובדה שלדעתו החלוקה היא מכוח תקנת חכמים (ראה לעיל, הערה 42): אם הנותן פירש למי הוא נותן, לא ראו חכמים להתערב בדבר, אם כי ׳ערוך השולחן׳ מודה שהסמ״ע (שגם הוא סבור שהחלוקה היא מכוח תקנת חכמים) קבע שאף אם פירש הנותן שהתוספת מיועדת לשליח, בכל זאת חולקים. על פי גישת ׳ערוך השולחן׳, אין לקבוע שהרמ״א אימץ את גישת רש״י, שכן לדעתו גם הרי״ף מודה שאם הצד השלישי אמר בפירוש שהוא נותן את התוספת לשליח, יעשו כמו שאמר. והשווה עוד שיטת הט״ז (להלן, הערה 50).

[50] ראה סמ״ע, חו״מ, סימן קפג, ס״ק יח: ״ומכל מקום כתבתי טעם הרי״ף והרא״ש והעיטור [כלומר, הטעם שהחלוקה היא משום חלקו של השולח], דלפעמים לפי ראות הדיין יש לסמוך עלייהו״. וראה גם: ש״ך, שם, ס״ק יב; ט״ז, שם. הם נוטים להעדיף את גישת הרי״ף על פני גישת רש״י, משום שלדבריהם רוב הראשונים נקטו כרי״ף ולא כרש״י. לעיל, הערה 34, ראינו שהט״ז אף מציע לפרש את גישת רש״י באופן הקרוב לגישת הרי״ף. בהתאם לכך, הוא מטעים שגם לשיטת רש״י, ״אף שמפרש המוכר שהוא עושה בשביל שליח, היינו העיקר [כלומר, זאת כוונתו העיקרית], אבל מכל מקום, מגיע קצת למשלח, ומספק אמרינן שיחלוקו״. אבל נראה שיש להבחין בין מוכר שאומר שהוא נותן את התוספת ״בשביל השליח״ ובין מוכר שאומר שהוא נותן אותה לשליח. במקרה הראשון, התוספת ניתנה אמנם בגלל השליח (זו לדעתנו כוונת הט״ז במילים ״בשביל השליח״), אבל אין בכך כדי לשלול מן השולח את חלקו, שהרי אפשר שהתוספת ניתנה גם הודות לכספו של השולח, ומספק יחלוקו. לעומת זאת, במקרה השני, התוספת ניתנה במפורש לשליח דווקא, ואין מקום עוד לספק, ועל כן הכל הולך לשליח. אין להסיק אפוא מדברי הט״ז שהוא חולק על הרמ״א לעניין מסקנה זו, העולה משיטת רש״י.

התוספת, וגם הרי״ף היה מסכים שהתוספת היא כולה לשולח[51], כפי שמטעים ׳קצות החושן׳[52]: ״דאטו [=וכי] מי שנותן מתנה לחברו על ידי שליח, יהיה לשליח חלק בו?!״.

(2) שליחות נסתרת. ר׳ עוזיאל אלחאייך[53] מצביע על הבדל מעשי נוסף בין שתי הגישות, של רש״י והרי״ף, והוא בשליחות נסתרת. מאחר שהצד השלישי לא ידע שהאיש שעשה עמו את העסקה פעל כשליח, ודאי נתכוון לזכות אותו בתוספת. נמצא שלפי רש״י, ודאי השליח הוא שזוכה בתוספת[54]. לעומת זאת, לשיטת הרי״ף, אין מקום להבחנה בין שליחות נסתרת לבין שליחות גלויה, ובכל מקרה השליח צריך לשתף את השולח ברווח שהשיג, שהרי השיג את הרווח הודות לכספו של שולחו.

בהמשך דברינו נראה שלמחלוקת בין רש״י לבין הרי״ף בעניין הצדקת חלוקת הרווח בין השליח לבין השולח (ב״דבר שיש לו קצבה״), עשויה להיות משמעות, לא רק ברווח שניתן לשליח על ידי הצד השלישי במודע, כפי שראינו עד כה, אלא גם כשהלה נתן את הרווח שלא מדעת, מתוך טעות.

(2) תוספת שניתנה על ידי הצד השלישי שלא מדעת

כאמור, עד כה עסקנו ברווח שבא לידי השליח מאת הצד השלישי, כשהלה פעל במודע. כעת אנו עוברים לדון ברווח שהגיע לידי השליח שלא מדעת הצד השלישי. כפי שנראה להלן, יש להבחין בעניין זה, בין טעות בהערכת שווי העסקה, שבה הצד השלישי חושב בטעות שזו התמורה שהוא חייב לשלם בעד העסקה, ובין טעות בחשבון, שמחמת טעות מכַנית, הצד השלישי נותן יותר ממה שהתכוון לתת. ייתכן גם שיש להבחין בין טעות לבין הטעיה, כלומר בין שטעה הצד השלישי מעצמו ובין שהוטעה על ידי השליח. בשאלה זו נדון בנפרד.

(א) כשטעה בהערכת שווי העסקה

לכאורה, אין התלמוד מבחין בין רווח שבא מדעתו של הצד השלישי ובין רווח שבא שלא מדעתו, מתוך טעות בהערכת שווי העסקה. המשנה[55] דנה באלמנה המוכרת ממקרקעי העיזבון

[51] ראה כנסת הגדולה, חו״מ, סימן קפג, הגהות בית יוסף, אות מג. הוא מוסיף שם שלא כך לפי שיטת ר׳ יואל הלוי (לעיל, ליד ציון הערה 43). לפי הסברו של ר׳ יואל הלוי, אף שניתנה התוספת בפירוש לשולח, עדיין יש לומר שמזל שניהם הוא שגרם לכך, ועל כן חולקים. וראה להלן, הערה 62, שכך נוקט גם ׳קצות החושן׳ בדעת ר׳ יואל הלוי.

[52] קצות החושן, סימן קפג, ס״ק ז. וראה רקובר (לעיל, הערה 13), עמ׳ 88, הערה 49. לכאורה, מסקנה זו אינה מתאימה לירושלמי, דמאי, פרק ו, הלכה ח, ממנו עולה ש״לא נתכוון המוכר לזכות אלא לבעל המעות״, ואף על פי כן חולקים, משום שהרווח נוצר ״על ידי מעותיו של זה ועל ידי רגליו של זה״. ואולם ראה מנחת ביכורים, על תוספתא, דמאי ח, ב. ועדיין צריך עיון.

[53] משכנות הרועים (אלחאייך), מערכת אות שי״ן, סימן קיד.

[54] והשווה פעמוני זהב, סימן קפג, סעיף ו (מובא בפתחי חושן, הלכות פיקדון ושאלה, פרק יא, הערה כג) שחולק על כך, וטוען שגם בשליחות נסתרת חולקים, שכן עדיין יש מקום לספק אם בשביל הקונה הוסיף או בשביל המקח. ואם ישאל השואל: גם אם נאמר שמוסיף בשביל המקח, כיצד זוכה השולח בחלק מן התוספת? הלוא הצד השלישי לא התכוון להקנות לו דבר, שהרי לא ידע על קיומו. שאלה זו מעלה את השאלה העקרונית בדבר תוקפה של שליחות נסתרת, שבה עסקנו במסגרת דיוננו על סעיף 7, פרק שני, א, עמ׳ 395.

[55] משנה, כתובות יא, ד; צח ע״א. וראה ירושלמי, כתובות, פרק יא, הלכה ד, שמדובר באותה משנה בטעות מצד הקונה בהערכת שווי העסקה, ״הוקיר המקח״. מקור זה מן הירושלמי מובא על ידי התוספות: כתובות צח ע״א, ד״ה אלמנה; שם ע״ב, ד״ה כאן, וד״ה אמר.

של בעלה כדי לגבות מהם את כתובתה. נפסק שאם הקונה שילם מאתיים זוז במקום לשלם מאה, כערכו של הנכס, הרווח מגיע כולו ליתומים, ולא לאלמנה[56]. התלמוד[57] מקשה: מדוע האלמנה אינה זוכה ברווח, בעוד שבמקרה ההפוך, כשמכרה קרקע ששווה מאתיים במאה, נקבע שההפסד הוא שלה? אם ההפסד הוא שלה, מן הדין שגם הרווח יהיה שלה! התלמוד עונה שבמשנה זו ביקש רבי [=רבי יהודה הנשיא, עורך המשנה] ללמד את הכלל המשפטי, ולפיו כששליח מקבל תוספת מן הצד השלישי, השולח זוכה בתוספת: "הוסיפו לו [לשליח], הכל לשולח". מתוך היקש זה בין דין "הוסיפו לו" ובין קונה המקרקעין ששילם יותר לאלמנה, היה מקום להסיק, כאמור, שהתלמוד אינו מבחין בין רווח שבא מדעתו של הצד השלישי (דוגמת התוספת שהוסיפו המוכרים, שדן בה רבי יוסי), ובין רווח שבא שלא מדעתו (דוגמת התוספת שהוסיף קונה המקרקעין לאלמנה בהלכת המשנה). אולם יש לשים לב לעובדה שההיקש שעושה התלמוד בין השניים אמור ב"דבר שאין לו קצבה", כמו אותם מקרקעין שמכרה האלמנה, שערכם אינו נקבע לפי מידה מניין או משקל אלא לפי אומדן. ונשאלת השאלה: האם היקש זה נכון גם ב"דבר שיש לו קצבה"?

בשאלה זו, נחלקו הראשונים. הטור[58] מביא בשם רבנו יונה[59], שאכן ההיקש נכון גם ב"דבר שיש לו קצבה". כלומר, גם ב"דבר שיש לו קצבה" אין משמעות לעובדה שהתוספת ניתנה מדעת או שניתנה מתוך טעות בהערכת שווי העסקה. השליח והשולח חולקים ברווח, אף אם ברור שהצד השלישי לא התכוון לתת אותה בתור תוספת, אלא סבר לתומו שהיא חלק מן העסקה. לעומתו, רבנו תם[60] סבור שאם התוספת ניתנה מתוך טעות בהערכת שווי העסקה,

[56] משמעות הדבר הלכה למעשה היא שהאלמנה לא תוכל למכור עוד נכס מנכסי העיזבון בטענה שמגיע לה עוד מאה זוז לכיסוי כתובתה. היא קיבלה לידיה כבר ערך דמי כתובתה מן העיזבון (מאתיים), שכן הסכום הנוסף (מאה זוז) שהוציאה מן הקונה אינו רווח המגיע לה אלא ליורשים בעלי העיזבון, והם נחשבים אפוא כמי ששילמו לה את מלוא דמי כתובתה.

[57] כתובות צח ע"א־ע"ב.

[58] ראה טור, חו"מ, סימן קפג, סעיף י.

[59] שיטה זו, המובאת בטור, כאמור, בשמו של רבנו יונה, מובאת בשמו גם בחידושי הר"ן, כתובות צח ע"א, ד"ה מתני' (אם כי בניסוח שונה מאוד). יש לציין שזו הייתה גם שיטתו של רבנו תם (ראה תוספות, כתובות צח ע"ב, ד"ה אמר רב פפא) לפני שחזר בו ונקט את השיטה שנראה להלן. וראה דרישה, חו"מ, סימן קפג, ס"ק ח. כדי לצמצם לשתיים את שיטות הראשונים בעניין טעות (רבנו תם ורבנו יונה), ולא ליצור שיטה שלישית (ר"י), המאמצת את שיטת רבנו תם בעניין טעות בהערכת שווי העסקה ואת שיטת רבנו יונה בעניין טעות בחשבון (ראה להלן, הערה 60), 'דרישה' מעדיף להידחק ולפרש את שיטת ר"י בתוספות, שם, כפי שיטת רבנו יונה. כך אירע שיש ספרי טור שגורסים ר"י ולא רבנו יונה (אף שברור שגם לפי 'דרישה' עצמו הגרסה "רבנו יונה" עדיפה. ראה חידושי הגהות, שם). וראה קצות החושן, סימן קפג, ס"ק ח (בסופו), שסבור שיש לגרוס רבנו יונה ולא ר"י.

[60] ראה תוספות, כתובות צח ע"ב, ד"ה אמר רב פפא, פסקו של רבנו תם לאחר שחזר בו (תחילה פסק כמו רבנו יונה בעניין "טעות במקח", כלומר טעות בהערכת שווי העסקה. והשווה שו"ת תורת חסד (פרחיא), סימן ריא (קמה ע"ב), שנראה שהבין אחרת את המושג "טעות במקח". לדעתו, "טעות במקח" היא טעות מכנית בכמות הסחורה שמעביר צד שלישי לשליח). על חזרתו של רבנו תם מן הפסק שפסק תחילה, ראה להלן, הערה 65.

וראה רא"ש, כתובות, פרק יא, סימן טו. מלשונו עולה שזו גם שיטת ר"י (והשווה נוסח דברי הר"י בתוספות, כתובות צח ע"ב, ד"ה אמר רב פפא, משם קשה להכריע אם ר"י מסכים עם רבנו תם לפני חזרתו או אחריה). וראה גם קצות החושן, סימן קפג, ס"ק ח (בסופו), שגם הוא סובר שבעניין טעות בהערכת שווי העסקה, דעת ר"י כדעת רבנו תם, שהכל לשולח (בשונה מטעות בחשבון, שם דעתו כדעת רבנו יונה, שהכל לשליח.

הכל הולך לשולח אפילו ב"דבר שיש לו קצבה". במילים אחרות. לדעת רבנו תם, ההיקש שעשה התלמוד בין תוספת מדעת לבין טעות בהערכת שווי העסקה אינו אלא ב"דבר שאין לו קצבה". לעומת זאת, ב"דבר שיש לו קצבה", יש להבחין בין תוספת מדעת (הניתנת בתור תוספת, ועל כן היא מתחלקת בין השולח לבין השליח) ובין תוספת מתוך טעות בהערכת שווי העסקה (שאינה ניתנת בתור תוספת אלא כחלק מן העסקה, ועל כן היא הולכת כולה לשולח). אפשר שמחלוקת זו בין רבנו תם לבין רבנו יונה יסודה במחלוקת בין רש"י והרי"ף, כפי שנבאר מיד:

לפי הסברו של הרי"ף, שראינו לעיל[61], אכן אין מניעה הגיונית להגיע למסקנה שהגיע אליה רבנו יונה, שב"דבר שיש לו קצבה", בין שהרווח בא מדעת הצד השלישי ובין שהוא בא שלא מדעתו, אלא מתוך טעות שטעה בהערכת שווי העסקה, שניהם חולקים בה. בשני המקרים, על השליח להתחלק עם השולח, משום שזכה ברווח הודות למעותיו של השולח[62]. אפשר אפוא שרבנו יונה מאמץ את נימוקו של הרי"ף (אם כי אין לשלול את האפשרות שהוא מאמץ את נימוקו של ר' יואל הלוי דווקא[63]).

לעומת זאת, לפי הסברו של רש"י, נראה שיש להבחין, כפי שעשה רבנו תם, בין תוספת מדעת לבין תוספת שלא מדעת. כשהתוספת ניתנה מדעת, יש מקום לראות אותה כמתנה שנתן הצד השלישי, ומאחר שאין יודעים למי התכוון לתת את המתנה, שניהם חולקים בה. לעומת זאת, אם הצד השלישי לא התכוון לתת תוספת, אלא סבר מתוך טעות שזהו ערך העסקה, הרי שלא התכוון לתת מתנה. בכגון זה, התוספת צריכה אפוא להיות של השולח[64], אפילו ב"דבר שיש לו קצבה", משום שברור שגם בכגון זה, ניתנה התוספת בתור תשלום לשולח. אפשר אפוא שרבנו תם מאמץ את נימוקו של רש"י[65] [66].

ראה להלן). וראה שילה (לעיל, הערה 13), עמ' 360, הערה 83. והשווה רקובר (לעיל, הערה 13), עמ' 93, הערה 77 (נראה שבפסקה השנייה של הערה זו נפלו טעויות סופר רבות). לבירור שיטת ר"י ובחינת גלגולי הנוסח בהבאת דבריו, ראה א' ורהפטיג, "רווח שליח מטעות במקח – לשליח או לשולח? עיון בתוספות ומקבילותיו", מים מדליו (התשנ"ח), עמ' 84.

[61] לעיל, ליד ציון הערה 36.

[62] ראה: סמ"ע, חו"מ, סימן קפג, ס"ק כא; נתיבות המשפט (חידושים), שם, ס"ק יד, שהסיקו כן מסברת הרי"ף. ואולם השווה קצות החושן, סימן קפג, ס"ק ח. לדעתו, גם לפי טעמו של הרי"ף, בטעות של הצד השלישי, כל הרווח הולך לשולח, שכן התוספת היא כדבר שניתן בפירוש על ידי הצד השלישי לשולח, ובזה גם הרי"ף מסכים שהכל לשולח (ראה לעיל, ליד ציון הערה 51). על פי גישת 'קצות החושן', ברור שרבנו יונה אינו מאמץ את גישת הרי"ף. ואכן 'קצות החושן' מסביר שאין להבין את עמדתו של רבנו יונה, אלא אם כן מניחים שהוא נוקט גישת ר' יואל הלוי (לעיל, ליד ציון הערה 43). על פי גישה זו, טעם החלוקה ב"דבר שיש לו קצבה" הוא משום שהתוספת באה במזלם של השולח והשליח גם יחד. לפי נימוק זה, העובדה שהצד השלישי פעל מדעת או שלא מדעת אכן אינה רלוונטית, ובכל מקרה, ב"דבר שיש לו קצבה", חולקים. והשווה ביאור הגר"א, לעיל, הערה 44.

[63] על נימוקו של ר' יואל הלוי, ראה לעיל, ליד ציון הערה 43. וראה לעיל, הערה 62, שזו אכן דעת 'קצות החושן'.

[64] ראה קצות החושן, סימן קפג, ס"ק ח.

[65] ראה שו"ת לחם רב (בוטון), סימן קכד, ד"ה הסברא השנית, שכך הסיק לשיטת רש"י, והוסיף בשם שו"ת רד"ך (מהדורת קושטא), בית יט, ד"ה ולרוחא דמילתא, שרבנו תם חזר בו, משום "דסבר שטעמו של רש"י עיקר, והך טעמא לא שייך גבי טעות". וראה גם שו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק א, סימן קלג, ד"ה איברא (קסד ע"ג). על חזרתו של רבנו תם מפסקו הראשון, השווה רקובר (לעיל, הערה 13), עמ' 92. וראה להלן, הערה 72.

[66] כאן עולה קושיה חמורה בהבנת סוגיית התלמוד, כתובות צח ע"א־ע"ב (לתיאור מהלך הסוגיה, ראה לעיל,

ונראה שנתקבלה להלכה דעתו של רבנו יונה[67], שאין להבחין בין תוספת מדעת לבין תוספת מתוך טעות בהערכת שווי העסקה, ובשניהם: ב"דבר שאין לו קצבה" הכל לשולח, ו"בדבר שיש לו קצבה" חולקים. יחד עם זאת, לאור הדברים שהעלינו, יש להתפלא על שהרמ"א, אף שאימץ את גישת רש"י[68], לא העיר על ההבחנה שיש לעשות (לעניין "דבר שיש לו קצבה") בין תוספת שניתנה על ידי הצד השלישי מדעת לבין תוספת שניתנה על ידו מתוך טעות בהערכת שווי העסקה[69].

ליד ציון הערה 55): אם אכן תוספת שניתנה בטעות מגיעה תמיד לשולח בהיותה חלק מן התשלום בעד העסקה, מה פשר ההיקש בין דין המשנה בעניין אלמנה שמכרה מקרקעין מן העיזבון במחיר גבוה מערכם הרֵאלי, שעניינו תשלום בטעות (שלפי גישה זו ברור שהוא שייך לשולח), ובין דברי רבי יוסי בעניין תוספת שניתנה מדעת על ידי המוכר לשליח? קושיה זו היא שהביאה את ר' יואל הלוי (מובא בהגהות אשרי, כתובות, פרק יא, סימן טו) לדחות את הסברו של רש"י בדבר ההבחנה בין "דבר שאין לו קצבה" ו"דבר שיש לו קצבה" ולהציע הסבר אחר (על הסברו של ר' יואל הלוי, עמדנו לעיל, ליד ציון הערה 43).

וראה קצות החושן, סימן קפג, ס"ק ו, שהקשה גם הוא את הקושיה (אם כי בניסוח שונה במקצת, וגם לא ישירות על רש"י אלא על רבנו תם), והציע הסבר מפורט למהלך הסוגיה (שיש בו כדי ליישב גם את שיטת רש"י). לדעתו, המשנה אינה עוסקת בשליחות כלל, שכן לאלמנה המוכרת את קרקע היתומים לשם גביית כתובתה אין מעמד של שליח (כפי שמוכח מן התוספות, שם צח ע"ב, ד"ה כאן שנה רבי (השני). אילו הייתה נחשבת האלמנה לשלוחם של היתומים, אם מכרה במאה קרקע ששווה מאתיים, מדוע עליה להפסיד? הלוא היא יכולה לבטל את המכירה ולהחזיר את השדה ליתומים, כמו כל שליח שפגע באינטרסים של שולחו! ראה דיוננו על סעיף 6, פרק שני, ג(1), עמ' 325). מעמדה של האלמנה אינו מעמד של שליח אלא של קונה. היא קונה את הקרקע מן היתומים כדי למכור אותה לשם גביית כתובתה. אולם, וכאן החידוש העיקרי של 'קצות החושן', הקרקע אינה עוברת לבעלותה אלא בשעת המכירה. זו הסיבה שאם בשעת המכירה, עלה ערך הקרקע, הרווח הוא של היתומים ולא של האלמנה. אולם כאן, במשנה, אין מדובר בשעלה ערך הקרקע, אלא הקונה טעה בהערכת שווי העסקה, ומדוע אין רואים את הטעות כרווח שהוא חיצוני לעסקה, ועל כן הוא מגיע לאלמנה (כשם שאם מכרה במחיר הפסד, רואים את ההפסד כהפסד שלה)? מהלכות רבי יוסי בעניין תוספת שניתנה מדעת על יד הצד השלישי לשליח, למדנו שיש להבחין בין "דבר שיש לו קצבה" ל"דבר שאין לו קצבה". הקרקע שמוכרת האלמנה היא "דבר שאין לו קצבה", לכן רואים את התוספת (הטעות) שנתן הלוקח כעליית ערך הקרקע (ומשום כך היתומים הם הנהנים ממנה), ולא כתוספת חיצונית (שאף שניתנה בטעות, הייתה צריכה להיות של האלמנה, מאחר שכאמור, היא המוכרת, ולא היתומים).

[67] ראה: סמ"ע, חו"מ, סימן קפג, ס"ק כא; נתיבות המשפט, שם, ס"ק י. והשווה 'קצות החושן' (לעיל, הערה 62). לדעתו, ההלכה נפסקה כרבנו תם, שבתוספת מתוך טעות בהערכת שווי העסקה, הכל לשולח. ראה להלן, הערה 69.

[68] ראה לעיל, הערה 35, וליד ציון הערה 47.

[69] ראה סמ"ע, חו"מ, סימן קפג, ס"ק כא, שמעיר על כך: "ומהתימה שהמחבר ומור"ם לא הזכירו הדין של טעות שבמקח, והוי ליה למימר דאין חילוק בין טעות שבמקח להוספה מדעת", כדי לדחות בכך את גישתו של רבנו תם, שלדעתו, בטעות במקח הכל הולך לשולח. והשווה קצות החושן, סימן קפג, ס"ק ח. לדעתו, הסיבה לכך שהמחבר והרמ"א לא הזכירו דין חלוקה בתוספת שניתנה בטעות היא פשוטה, משום שלדעתם בתוספת מתוך טעות אכן אין דין חלוקה, והכל הולך לשולח, בהתאם למתחייב, לדעתו, לא רק מגישת רש"י אלא גם מגישת הרי"ף (ראה לעיל, הערה 62). לעומת 'קצות החושן', ראה נתיבות המשפט, שם, ס"ק י. הוא מעיר שלהלכה הסמ"ע צודק, "דבטעות שבמקח חולקים ב'דבר שיש לו קצבה'", אבל הוא מוסיף: "מכל מקום צריך טעם למה חולקים". ייתכן ש'נתיבות המשפט' מרמז לקושיית 'קצות החושן', שלדעתו הן לפי גישת רש"י הן לפי גישת הרי"ף, היה מתחייב לומר שבטעות במקח הכל לשולח, כפי שפסק רבנו תם, ואם כן צריך באמת לתת טעם למה חולקים. פתרון חלקי לתמיהת 'נתיבות המשפט' אפשר אולי לתת לאור גישתו של הסמ"ע, שראינו לעיל, ליד ציון הערה 42. לדעתו, דין החלוקה (לפי הרי"ף) הוא מכוח

(ב) כשטעה בחשבון (טעות מכנית)

עד כה דיברנו על צד שלישי שלא העריך נכונה את שווי העסקה שעשה עם השליח, ומשום כך העביר לידיו רווח. ונשאלת השאלה: האם הוא הדין גם כאשר הצד השלישי טעה בחשבון, כלומר שמחמת טעות מכנית, העביר יותר ממה שהתכוון, כגון שהחזיר יותר מדי עודף או שטעה בכמות הסחורה שהעביר לשליח?

אכן, יש מן הראשונים שאינם מבחינים בין שני אופני הטעות, והם דנים במקשה אחת ב"טעות בחשבון" (כלומר טעות מכנית) ובטעות במקח (כלומר טעות בהערכת שווי העסקה). כך לדוגמה, רבנו תם[70], שנשאל בעניין טעות בחשבון, בשליח שבא לקבל פירעון הלוואה בשם שולחו, והלווה טעה במניין המעות ופרע יותר משהיה חייב.

תחילה השיב רבנו תם שדין תוספת כזו אינו שונה מדין כל תוספת אחרת. ומאחר שבנסיבות העניין, מדובר ב"דבר שיש לו קצבה", הרי השולח והשליח חולקים בתוספת, אך אילו היה מדובר ב"דבר שאין לו קצבה", הכל היה הולך לשולח. כדעה זו סוברים גם ראשונים נוספים, כמו בעל 'העיטור'[71]. כפי שראינו לעיל (א), יש להניח שאלה שפסקו כך מאמצים את גישתו של הרי"ף.

אולם רבנו תם חזר בו מפסק זה, וקבע "דכל טעות בין על מקח [כלומר טעות בהערכת שווי העסקה, שדיברנו עליה לעיל (א)], ובין שהטעה במנין [כלומר טעות בחשבון] – הכל לבעל המעות". כפי שראינו לעיל, גישה זו מובנת היטב לפי שיטת רש"י. רש"י הסביר, כזכור, שהנימוק לכך שהשליח והשולח חולקים ביניהם את התוספת שניתנה מעבר לעסקה ("דבר שיש לו קצבה") הוא, שאין לדעת למי התכוון הצד השלישי לתת מתנה. אולם אין מקום לסברה זו אלא כאשר הצד השלישי נתן את התוספת מדעת, ולא כאשר נתן אותה שלא מדעת. יש אפוא להניח שחזרתו של רבנו תם היא משום שהחליט לאמץ את גישת רש"י, ועל כן סבר שיש לזכות את השולח בכל הרווח[72].

תקנת חכמים, ואפשר לומר "לא פלוג", כלומר שבתקנתם שוב לא הבחינו חכמים בין תוספת מדעת ובין תוספת בטעות. יחד עם זאת, הסבר זה אין בו כדי להסביר מדוע הרמ"א, שלא אימץ את דרכו של הרי"ף אלא את דרכו של רש"י, לא העיר שלפי רש"י, תוספת שניתנה מתוך טעות בהערכת שווי העסקה, זוכה בה השולח לבדו. והשווה שו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק א, סימן קלג, ד"ה וראיתי (קסג ע"ג). וחוזר על כך בכנסת הגדולה, חו"מ, סימן קפג, הגהות בית יוסף, אות ס. הוא טוען שהמחבר כופר בהבחנה בין תוספת מדעת לבין תוספת מתוך טעות במקח, ועל כן מסתפק בהבחנה שעשה בין "דבר שיש לו קצבה" ל"דבר שאין לו קצבה", בהנחה שאם אינו מציין דבר, הבחנה זו תקפה בכל מקרה. דברים אלה אפשר אולי לקבלם בנוגע לר' יוסף קארו, אבל עדיין קשה מדוע הרמ"א, שאימץ את גישתו של רש"י, לא הבחין בין השניים, ולא פסק שבטעות בהערכת שווי העסקה, גם ב"דבר שיש לו קצבה", הכל לשולח.

70 ראה תוספות, כתובות צח ע"ב, ד"ה אמר רב פפא. וראה רקובר (לעיל, הערה 13), עמ' 90, הערה 59, רשימת המקורות הנוספים שבהם הובאה תשובתו של רבנו תם.

71 ספר העיטור, שלישות ממון (מהדורת ר"מ יונה, חלק א, מג ע"ד. מובא בבית יוסף, חו"מ, סימן קפג, סעיף ח); רב צמח גאון (מובא במקורות הבאים: ספר ראב"ן, שו"ת, סימן ג; שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן תתב [=תשובות מהר"ם מרוטנבורג וחבריו, ירושלים תשע"ב, סימן שמו, ליד ציון הערה 8]; מרדכי, כתובות, פרק אלמנה ניזונית, סימן רנו; תשובות מיימוניות, ספר קניין, סימן כב. לפי האמור שם, תשובה זו הובאה, כנראה מתוך הסכמה, בספר החכמה לר' ברוך ממגנצא). וראה: שו"ת לחם רב (בוטון), סימן קכד; שו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק א, סימן קלג (קסג ע"א, מד"ה עוד הביא, עד קסג ע"ג, ד"ה תדע דהכי).

72 ראה לעיל, הערה 65. והשווה שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן תתב: "ורבנו תם לא פירש מאיזה טעם חזר בו ואמר שהכל לבעל המעות".

כאמור, הצד השווה שבין בעלי שתי הדעות שסקרנו עד כה הוא, שהם אינם מבחינים בין טעות בהערכת שווי העסקה ("טעות במקח") לבין טעות מכנית ("טעות בחשבון"). לעומתם, ר"י[73] ורבנו יונה[74] סבורים שטעות מכנית שונה מהותית מטעות בהערכת שווי העסקה. וזה לשון ר"י: "דלא דמי לשאר טעות, שנותן הכל בשביל המעות, שסבור שהמעות שוות כל מה שנתן לו. אבל הכא טעות בעלמא הוא, ודבר בפני עצמו הוא". כהוכחה לכך שכאן התוספת היא דבר בפני עצמו ואינה קשורה בשליחות, הוא מוסיף: "דהא סברא היא, שאם היה רוצה [השליח], היה מחזיר לעובד כוכבים כל מה שהטעהו. דזהו תימה למימר [=תמוה לומר] שלא היה יכול להודיעו ולהחזיר לו". לשון אחר. כשהטעות היא מכנית, אין לומר שהצד השלישי הוסיף את התוספת משום שסבר שהיא חלק משווי העסקה, שכן אינו מתכוון לתת תוספת כלל. התוספת האמורה היא אפוא כאבדה שנפלה מכיסו של הצד השלישי ומצא אותה השליח או אפילו כגזלה שגזל ממנו. אשר על כן, אין סיבה שהשליח לא יוכל לזכות באותה מציאה לעצמו, כדין כל מציאה שהוא מוצא במהלך השליחות, שאינו חייב להעבירה לשולח, וזאת לא רק ב"דבר שיש לו קצבה" אלא גם ב"דבר שאין לו קצבה"[75]. להבחנה זו הסכימו רבים מן הראשונים[76], וכך נפסק ב'שולחן ערוך'[77]: "שלח שלוחו לקבל מעות מהעכו"ם, וטעה העכו"ם ונתן לו יותר – הכל לשליח".

ויש שכולי עלמא היו מודים, כולל רבנו תם, שהרווח שייך כולו לשליח. כך הוא כאשר לאחר שסיים את שליחותו, השליח מנצל מידע שהגיע לידו תוך כדי השליחות כדי לגנוב או לרמות את הצד השלישי, ומצליח להוציא ממנו רווח כלשהו. בכגון זה, אין עוד זיקה בין הרווח לבין השליחות, ועל כן אין ספק שהשליח הוא שזוכה בפרי מעשהו. ראה: שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן כז; שו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק א, סימן קלד; שו"ת תורת חסד (פרחיא), סימן רי, ריא; ש"ך, חו"מ, סימן קפג, ס"ק יג (ראה הציטוטים שמביא רקובר (לעיל, הערה 13), עמ' 92, הערה 70). וראה להלן, הערה 75.

[73] ראה תוספות, כתובות צח ע"ב, ד"ה אמר רב פפא, המובא גם בתשובות מיימוניות, ספר קניין, סימן ט, ובעוד מקומות.

[74] מובא בטור, חו"מ, סימן קפג, סעיף י. וראה לעיל, הערה 59, על היחס בין ר"י ורבנו יונה בסוגיה זו.

[75] וראה ביאור הגר"א, חו"מ, סימן קפג, ס"ק כג, שמסביר "דהוי כמו מציאה" (וראה גם נתיבות המשפט, שם, ס"ק יב). וראה לעיל, הערה 72, שבעיקרון, רבנו תם מודה שאם השליח גונב, הרווח שלו, אבל זה משום שהצד השלישי לא התכוון להקנות רווח זה כלל, גם לא לשולח. אבל כאן רבנו תם סבור שהכל לשולח, משום שאינו מקבל את ההבחנה בין טעות מכנית לבין טעות בהערכת שווי העסקה. לדעתו, בשניהם כוונת הצד השלישי להקנות לשולח את מה שהוא נותן לידי השליח.

וראה משפט שלום, סימן קפג, סעיף ז. לדעתו, אם החייב טועה בגובה החוב שעליו לשלם לנושה, אין זה כטעות בהערכת שווי העסקה אלא כטעות בחשבון. אמנם שלא כמו בטעות בחשבון הקלסית, החייב מודע לסכום שהוא מעביר לשליח. אולם השליח לא היה מועל בתפקידו, אילו היה מעמיד אותו על טעותו שהוא משלם מעבר לחיובו. אשר על כן, ולפי הנימוק שהעלה ר"י ביחס לטעות בחשבון, אין גם מניעה שהשליח הוא שייהנה מן הטעות.

[76] ראה רשב"ם, המובא במרדכי, כתובות, פרק אלמנה ניזונית, סימן רנה, שכך פסק בפני רש"י (וכן מובא גם בתשובות מיימוניות, ספר קניין, סימן ט), מכאן נראה שגם רש"י מודה להבחנה זו, וכן מובא בשם הרשב"ם, בשלטי הגיבורים, כתובות נז ע"ב (בדפי הרי"ף), אות ב; רא"ש, כתובות, פרק יא, סימן טו; שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן תרעא; תשובות מיימוניות, ספר קניין, סימן כ; תוספות רי"ד, כתובות צח ע"ב (אם כי לשונו שם מגומגם קצת). וראה שו"ת לחם רב (בוטון), סימן קכה, שטוען שגם מהר"ם מרוטנבורג מסכים לדעת ר"י (מדבריו נראה שהוא מוכיח זאת מתשובות מיימוניות, ספר קניין, סימן כ, אולם הדברים שהוא מסתמך עליהם אינם דברי מהר"ם אלא מובאים בשם ר' אליהו בן הרב מנחם). וראה רקובר (לעיל, הערה 13), הערה 78. על שיטת הרי"ף בעניין טעות בחשבון, נחלקו הדעות, ראה רקובר, הערה 72.

הרמ"א[78] מביא להלכה את מה שמובא אצל אחדים מן הראשונים בשם רב צמח גאון: "מי שהיה עושה סחורה עם גוי, ובא חבירו וסייעו, והטעה הגוי במדה או במשקל או במנין, חולקים הרווח, בין שעשה עמו בשכר או בחנם". ב'דרכי משה'[79], הטעים הרמ"א, שלהלכה זו יסכימו גם ר"י והרא"ש. כלומר, בכגון זה, אף על פי שמדובר בטעות בחשבון, השולח והשליח חולקים ברווח. הש"ך[80] תמה על דבריו אלה של הרמ"א, כנראה משום שבטעות בחשבון, שיטת ר"י והרא"ש היא שהכל הולך לשליח, שלא כמו שפסק רב צמח גאון. אפשר שההסבר לכך הוא במה ש'דרכי משה' מדגיש בעצמו, "דהרי עסקו תרוייהו עם הסחורה". כלומר, מאחר שהשולח והשליח עסקו בעניין ביחד, זהו רווח משותף, ועל כן הם חולקים אותו ביניהם, אף על פי שמדובר בטעות בחשבון[81]. וכל זה צריך עוד עיון.

(ג) כשהוטעה על ידי השליח

האם העובדה שהשליח הוא שהטעה את הצד השלישי וגרם לו להוסיף את התוספת יש בה כדי להשפיע על השאלה: למי שייכת התוספת? את השאלה הזאת, נבדוק בזיקה לשני סוגי הטעויות שהזכרנו, טעות בשווי העסקה וטעות בחשבון.

בטעות בשווי העסקה, ראינו שלפי גישת רש"י[82], התוספת מגיעה בעיקרון לשולח לבדו, שהרי הצד השלישי ודאי מתכוון לתת לו את התוספת. אולם אם השליח הוא שגרם לצד השלישי לטעות, אפשר שרש"י היה מסכים שיש בכך כדי לזכות אותו בחצי התוספת[83]. אבל אפשר גם שרש"י לא היה מזכה אותו אלא בשכר טרחתו בלבד[84].

לפי גישת הרי"ף, ראינו[85] שבטעות בשווי העסקה, אף כשטעות הצד השלישי לא נגרמה

[77] ראה שולחן ערוך, חו"מ, סימן קפג, סעיף ז. וראה שו"ת שיח נחום, מעלה אדומים תשס"ח, סימן קיג, שפסק על פי זה שמי שנשלח לקנות כרטיס מגנטי למכונת צילום בשווי חמישים צילומים, ובטעות מילא המוכר את הכרטיס במאה צילומים, ומשהודיע לו על כך, ויתר המוכר על טעותו, התוספת לשליח.
יש לציין שבשו"ת לחם רב (בוטון), סימן קכד, פסק שמאחר שהנושא שנוי במחלוקת, "הכל הולך אחרי המוחזק". כלומר, אם השליח מוחזק, יסמוך על שיטת ר"י וישמור לעצמו את התוספת כולה. ואם השולח הוא שמוחזק (כגון שלו עצמו יש חוב כלפי השליח, והוא אפוא מוחזק בו), יוכל לסמוך על שיטת העיטור ורב צמח גאון (ואף על שיטת רבנו תם) כדי לשמור לעצמו את חצי התוספת. לגישת לחם רב, הסכים בשו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק א, סימן קלג. וחוזר על כך בספרו כנסת הגדולה, חו"מ, סימן קפג, הגהות בית יוסף, אות נב.

[78] ראה הגהת הרמ"א, חו"מ, סימן קפג, סעיף ז.

[79] ראה דרכי משה, חו"מ, סימן קפג, ס"ק ה.

[80] ראה ש"ך, חו"מ, סימן קפג, ס"ק טו.

[81] ראה סמ"ע, חו"מ, סימן קפג, ס"ק כד, שהפנה לדברי 'דרכי משה'. וראה שו"ת שואל ומשיב, מהדורא תליתאה, חלק ג, סימן לז, שמסיבה זו ("עסקו תרוייהו עם הסחורה"), השולח והשליח חולקים, אף כשהטעות הגיעה לידי השולח, שכן השליח זכה כבר בחלקו (השווה להלן, ליד ציון הערה 97).
לניתוח תשובתו של רב צמח גאון ופסקו של הרמ"א, ראה באריכות: רקובר (לעיל, הערה 13), עמ' 97-99. וראה גם: פתחי חושן, הלכות פיקדון ושאלה, פרק יא, הערה מד.

[82] ראה לעיל, ליד ציון הערה 64.

[83] ראה להלן, ליד ציון הערה 88, בעניין טעות בחשבון.

[84] כמו שנראה להלן, הערה 94, בדעת הש"ך, לעניין הברחת המכס. על פי מה שנראה להלן, ליד ציון הערה 112, אפשרות זו היא המסתברת יותר.

[85] לעיל, ליד ציון הערה 61. אם כי ראה הערה 62, שם ראינו ש'קצות החושן' חולק על מסקנה זו בדעת הרי"ף. לדעתו, כשהתוספת ניתנה על ידי הצד השלישי בטעות, הרי"ף מסכים עם רש"י שהתוספת מגיעה כולה לשולח.

על ידי השליח, חולקים ברווח השולח והשליח, שכן הרווח נוצר כתוצאה מתרומתם המשותפת, מעותיו של זה ורגלו של זה. ודאי אפוא שכך יהיה גם כאשר השליח הוא שגרם לטעות.

בטעות בחשבון (היינו בכמות הסחורה או בכמות הכסף שנותן הצד השלישי), נראה שרק לשיטת רבנו תם, עשויה להיות משמעות לעובדה שהשליח הוא שגרם לטעות, כפי שנפרט מיד.

ראינו לעיל (ב) שלשיטת ר״י, אף כשהטעות לא נגרמה על ידו, השליח הוא הזוכה הבלעדי בתוספת, משום שרואים אותו כמי שמצא מציאה תוך כדי שליחותו. לשיטה זו, ברור שהעובדה שהתוספת נגרמה כתוצאה מהטעיית השליח אינה מעלה ואינה מורידה[86]. הוא הדין לשיטת בעל ׳העיטור׳[87]. כזכור, דעתו היא שגם בטעות בחשבון, השולח והשליח מתחלקים ביניהם, משום שרואים את הטעות כתוספת שנגרמה מתרומתם של השניים, וזאת אף כשהשליח לא גרם לטעות. לפי זה, גם לדעתו, העובדה שהשליח הוא שגרם לטעות אינה משנה דבר.

לעומת זאת, ראינו שלשיטת רבנו תם, דין טעות בחשבון כדין טעות בהערכת שווי העסקה, והיא מגיעה כולה לשולח. לשיטתו, אפשר שאם הטעות נגרמה על ידי השליח, יש בכך כדי לזכותו במחצית התוספת, שהרי הוא תרם ליצירתה. ואולי זהו פשר הלכת רב צמח גאון, שראינו לעיל[88]. אבל אפשר גם שרבנו תם לא היה מזכה אותו אלא בשכר טרחתו בלבד[89] [90].

(3) סייגים לזכיית השליח ברווח

ראינו שהשליח עשוי לזכות ברווח הבלתי צפוי המגיע לידו תוך כדי ביצוע השליחות, כולו או חלקו. להלן נעמוד על סייגים אחדים לזכותו של השליח.

(1) סייג ראשון הוא כאשר הרווח אינו אלא חיסכון שנגרם לשולח, כגון שהשליח נשלח לשלם סכום מסוים שנתן לו השולח, והצד השלישי הסתפק בפחות מן הסכום האמור. בידי השליח נשאר אמנם כסף שלא היה אמור להישאר בידו, אולם אין הוא רשאי ליטול אותו לעצמו, אלא עליו להשיבו לשולח. אין זה משנה אם הצד השלישי הסתפק בפחות מן המתוכנן באופן מודע או כתוצאה מטעות או אפילו כתוצאה מהטעיה של השליח[91]. בכל אופן, יתרת

[86] אם כי השווה דעת השואל בשו״ת חכם צבי, סימן קמז, ולפיה דעת הר״י היא שהכל לשליח רק כאשר הוא שהטעה את הצד השלישי, אבל אם הצד השלישי טעה מעצמו, מודה הר״י שהכל לשולח (כשיטת רבנו תם. בניגוד למה שנציע להלן, על פי גישה זו, דעת רבנו תם היא שגם כשהשליח הוא שהטעה את הצד השלישי, אינו זוכה אפילו לא בחלק מן הרווח). אולם ראה משפט שלום, סימן קפג, סעיף ז (בסופו), שדחה את דבריו.

וראה תשובות מיימוניות, ספר קניין, סימן ט, שהוסיף: ״וכבר ביארנו על שארית ישראל שלא להטעות שום בריה לא לעכו״ם וישמעאל״.

[87] ראה לעיל, הערה 71.

[88] לעיל, ליד ציון הערה 78. כך סבור שו״ת תורת חסד (פרחיא), סימן ריא. וראה עוד בעניין זה המקורות שהביא רקובר (לעיל, הערה 13), עמ׳ 98, הערה 102.

[89] כמו שהתלבטנו לעיל, ליד ציון הערה 84, בדעת רש״י. על פי מה שנראה להלן, ליד ציון הערה 112, אפשרות זו היא המסתברת יותר.

[90] להשלמת התמונה, נציין שהשאלה שעסקנו בה בפרק משנה זה עולה גם לפי שיטת ר׳ יואל הלוי שראינו לעיל, ליד ציון הערה 43. ונשאלת השאלה: האם העובדה שהשליח הוא שהטעה את הצד השלישי מזכה אותו בכל הרווח (ב״דבר שיש לו קצבה״), שכן הרווח בא ב״מזלו״? או שמא השולח יכול לטעון שמזלו הוא שגרם לכך שההטעיה הצליחה (כעין מה שראינו לעיל, הערה 51)? וצריך עיון.

[91] וראה להלן, הערה 94.

הכסף חוזרת אל השולח, משום שכסף זה לעולם לא יצא מרשותו, ועל כן על השליח להחזירו לו[92].

הדוגמה הקלסית לסוג כזה של רווח היא שליח שמבריח את סחורת משלחו מן המכס[93], ובכך הוא חוסך תשלום שהשולח היה אמור לשלם מתוך סחורתו. גם כאן, העובדה שהשליח גרם לאותו חיסכון אינה עילה המזכה אותו אף לא בחלק מן החיסכון שגרם לשולח, שכן הסחורה מעולם לא יצאה מידי השולח. אמנם לדעת הש"ך[94], לשליח מגיע שכר טרחה בגין הברחת המכס, אך זה ותו לא.

(2) לעיל ראינו שבעיקרון, כשהרווח היה ב"דבר שיש לו קצבה", השולח והשליח חולקים ברווח. סייג לכך עולה מדבריו של מהרי"א הלוי[95] בעניינו של שליח שקנה סחורה, ולאחר מכן ירד שער הסחורה בשוק. השליח השתדל אצל המוכר והשיג הנחה, כלומר שהמוכר הסכים להוסיף לו כמות מסוימת של סחורה בלא תוספת תשלום. מהרי"א הלוי מסביר שאף על פי שלכאורה מדובר כאן ב"דבר שיש לו קצבה", ברור שההנחה שנתן המוכר היא הנחה

[92] דוגמה לכך ראה בתשובה של ר' ברוך ממגנצא, שפרסם פרופ' שמחה עמנואל, תשובות מהר"ם מרוטנבורג וחבריו, ירושלים תשע"ב, סימן שמו [=ש' עמנואל, שברי לוחות: ספרים אבודים של בעלי התוספות, ירושלים תשס"ז, עמ' 152] (בעניין מי שברח מעירו מחמת חוב כספי לשלטונות העיר ושלח שליח עם דמי הפירעון, והלה נתפשר עם שופט העיר במחצית הסכום). וראה שולחן ערוך, חו"מ, סימן קפג, סעיפים ח־ט, ונושאי הכלים, שם. נציין שבין הפוסקים יש גם מי שנוקט דעה שונה. ראה ר' אפרים, המובא בטור, חו"מ, סימן קפג, סעיף יא. לדעתו, בעיקרון, השליח יכול לזכות בטעות. אולם הפוסקים לא התחשבו בדעתו. ראה: שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן כו; שו"ת לחם רב (בוטון), סימן קכה (הדן בשולח שחייב לנושה שלו ארבע מאות זוז ושלח שליח עם שלוש מאות זוז, והשליח הטעה את הנושה, כך שזה טועה לחשוב שקיבל פירעון מלא. וראה מה שאמר שם על כך, שלכאורה, תשובת ר' צמח גאון סותרת את פסק מהר"ם); שו"ת תורת חסד (פרחיא), סימן ריא; שו"ת חכם צבי, סימן קמז. לניתוח מפורט של עניין זה, ראה שילה (לעיל, הערה 13), עמ' 365 ואילך. וראה גם ספר העיטור, שלישות ממון (מהדורת ר"מ יונה, חלק א, מג ע"ד), לדעתו: "הנותן מעות לשלוחו לפרוע לגוי והטעהו בחשבון, כ'דבר שיש לו קצבה' הוא וחולקין באמצע". אולם גם דעה זו לא הובאה להלכה. אם כי ראה שו"ת תורת חסד, שם, שלדעתו דברי העיטור אמורים דווקא כשהשליח הוא שהטעה את הגוי, ובהתאם לשיטתו שיש להבחין בין טעות ובין הטעיה. ראה לעיל, הערה 88.

[93] אמנם השווה: שו"ת דברי ריבות, סימן קיא, ושו"ת מהרש"ך, חלק ב, סימן ג (=סימן צא), שלא הבחינו בין הברחה מן המכס ובין טעות בחשבון, ועל כן פסקו שהשליח זוכה בכל מה שהוא מבריח מן המכס. והשווה שו"ת תורת אמת (ששון), סימן רא, שמתלבט הרבה בשאלה זו, אולם התלבטותו נובעת בעיקר מכך שיש מקום לומר שמרגע שנכנס השליח עם הסחורה לרשות בית המכס, נחשב הדבר כאילו המכס כבר זכה בשלו, ואם כן, כשהבריח, הרי זה כמי שגזל באופן עצמאי את המכס, ובשליח שגזל לכולי עלמא זוכה השליח (ראה לעיל, הערה 72). כסברה זו, כתב גם בשו"ת נבחר מכסף, חו"מ, סימן צה (אלא שמסקנתו היא שהשולח והשליח מתחלקים ברווח, משום שהשליח לא היה עושה רווח זה לולי סחורתו של השולח). וראה משפט שלום, סימן קפג, סעיף ז, ד"ה והנה הש"ך. והשווה דברי גאונים, כלל צה, סימן מ (ברבים מן המקורות שהוא מציין שם, לא ראיתי שום קשר לסוגיה זו. וצריך עיון). על סוגיה זו, ראה עוד באריכות: שילה, עמ' 369 ואילך; רקובר, עמ' 97, הערה 96, הנזכרים לעיל, הערה 13.

[94] ראה ש"ך, חו"מ, סימן קפג, ס"ק טו. ש"ך מוסיף שאין לומר ששליח המבריח מן המכס אינו אלא בגדר מבריח ארי, משום שתשלום המכס הוא דבר בטוח (על המושג מבריח ארי, ראה י' בלס, חוק לישראל, עשיית עושר ולא במשפט, ירושלים תשנ"ב, עמ' 101). והשווה שו"ת תורת חסד (פרחיא), סימן ריא. מדבריו עולה שאם השליח הוא שהטעה את המכס בתחבולותיו, הרי שהוא זוכה בחצי הרווח (וראה לעיל, הערה 88, והערה 92).

[95] שו"ת מהרי"א הלוי, חלק ב, סימן קכג.

לקונה, ולא לשליח, שכן מאחר שירד ערך הסחורה בשוק, המוכר מוכן להתחשב בקונה, ולכן הקונה־השולח לבדו נהנה מן ההנחה[96].

(3) סייג נוסף לזכותו של השליח הוא כאשר הצד השלישי טעה בחשבון, והרווח מן השליחות כבר הגיע לידי השולח לפני שהשליח הספיק ליטול את חלקו. וכך פוסק הרמ"א[97]: "ודוקא שידע השליח בטעות קודם שבאו [הסחורות או המעות] ליד המשלח. אבל אם לא ידע בטעות ההוא, ונתנו ליד המשלח, הכל של המשלח". ההצדקה לסייג זה היא, שכפי שראינו לעיל (ב), טעותו של הצד השלישי היא כמציאה שמצא השליח, כלומר כנכס הפקר שנטל לידיו, וכלל ידוע הוא שכדי לזכות בנכס הפקר, צריך להתכוון לזכות בו. ומאחר שהשליח לא התכוון לזכות בו, והעביר אותו לשולח, הרי שהשולח הוא שזוכה במציאה, ואילו השליח אינו זוכה בכלום[98]. מובן אפוא שסייג זה אינו חל אלא בטעות בחשבון, אבל אינו חל בתוספת שאין דינה כזכייה מהפקר, כגון תוספת שניתנה מדעת על ידי הצד השלישי. בכגון זה, מאחר שיש כאן "דעת אחרת מקנה" (דעתו של הצד השלישי), הרי גם אם השליח העביר בטעות את התוספת לשולחו, הוא יהיה זכאי לקבל ממנו חזרה את חלקו[99].

(4) סייג אחרון שנצביע עליו הוא כאשר הרווח נוצר במשותף על ידי השליח והשולח[100]. כזכור, בטעות בחשבון, דעת ר"י היא שהכל לשליח. אולם אם הטעות הייתה בעקבות מה שעשו השליח והשולח ביחד, כי אז אפשר שגם ר"י היה מסכים שחולקים, והשליח אינו רשאי לשמור את כל התוספת לעצמו[101].

ג. רווח עקב הפרת הוראות השולח

במבוא לפרק זה, הדגשנו שבניגוד לחוק, אין במשפט העברי עיקרון גורף השולל מן השליח כל רווח שבא לידו בקשר לנושא השליחות. כך ראינו לעיל שיש נסיבות שבהן השליח זכאי לחלוק עם השולח באותו רווח בלתי צפוי[102], ויש אפילו נסיבות שבהן הוא זוכה בו לבדו[103].

96 ונראה שגם כאן השליח מקבל שכר טרחתו, כמו לעיל, ליד ציון הערה 94.

97 ראה הגהת הרמ"א, חו"מ, סימן קפג, סעיף ז. וראה: שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן כו; שו"ת תורת חסד (פרחיא), סימן רי (התשובה חתומה על ידי ר' יצחק דאלבה); שו"ת שואל ומשיב, מהדורא תליתאה, חלק ג, סימן לז.

98 אולם לדעת קצות החושן, סימן קפג, ס"ק ט, אם השליח יתפוס את הרווח, הוא יוכל לטעון טענת "קים לי", כאותם הפוסקים הסוברים שחצרו וידו של אדם זוכות לו שלא מדעתו אפילו בדבר שאינו רגיל לבוא.

99 ראה קצות החושן, סימן קפג, ס"ק ט, שדחה בעניין זה את דעת הש"ך, חו"מ, סימן קפג, ס"ק יד. ואולם השווה נתיבות המשפט, שם, ס"ק יב, שעל פי הפירוש (הדחוק לדעתנו) שהציע בדברי הש"ך עולה שזו הייתה בעצם גם כוונת הש"ך עצמו. וראה שילה (לעיל, הערה 13), עמ' 357. וראה גם מה שהבאנו לעיל, הערה 81, בשם שו"ת שואל ומשיב.

100 אימתי רואים את השולח והשליח כמי שעשו את הרווח בצוותא? עניין זה אינו קל, והוא תלוי בניתוח מדוקדק של נסיבות העניין והתרומה של כל אחד מהם. ראה לדוגמה: שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן כו־כז; שו"ת יד ימין, סימן לד.

101 לעיל, ליד ציון הערה 78, הצענו לפרש כך את ההלכה שהביא הרמ"א בשם רב צמח גאון. ואולם השווה: לעיל, הערה 86, דעת השואל בשו"ת חכם צבי, והערה 94, דעת הש"ך, שנראה שלא היו מסכימים לסייג זה.

102 ראה לעיל, פרק שלישי, ב(1)(ב), עמ' 559.

103 ראה שם, ליד ציון הערה 45, לפי דרכו של רש"י. וכן ראה לעיל, ליד ציון הערה 73, בעניין טעות בחשבון, שלדעת ר"י, השליח זוכה בה לבדו. וראה גם לעיל, הערה 72.

אולם שם מדובר ברווחים בלתי צפויים מראש שהגיעו לידי השליח תוך כדי ביצוע נאמן של השליחות. כעת אנו מבקשים לדון ברווחים שהגיעו לידי השליח כתוצאה מהפרת הוראות השולח. כאן יש לכאורה מקום לבחון שני מצבים: 1) השליח קיבל טובת הנאה כדי לסטות מהוראות השולח; 2) השליח חרג ביזמתו מהוראות השולח, וכתוצאה מאותה הפרה נגרם רווח שלא היה מגיע אילו מילא בנאמנות אחר הוראות השולח. נדון בשני מצבים אלה בנפרד.

(1) טובת הנאה שניתנה לשליח כדי שיסטה מהוראות השולח

מה דינה של "טובת הנאה" כשהתוספת ניתנה לשליח על ידי הצד השלישי כדי שיעשה עמו את פעולת השליחות מתוך סטייה או הפרה של הוראות השולח? אם נחיל על תוספת מעין זו את העקרונות שראינו לעיל בעניין תוספת שניתנה לשליח, נגיע למסקנה שלפי רש"י, מאחר שאין ספק שהתוספת ניתנה לשליח, הרי השליח לבדו הוא שזוכה בה. לעומת זאת, לפי הרי"ף, מאחר שאת התוספת האמורה קיבל השליח הודות למעותיו של השולח, הרי שהם חולקים בה[104].

כשפעולת השליח לא פגעה באינטרסים של השולח, לא מצאנו במקורות המשפט העברי התייחסות לאפשרות לקנוס את השליח ולשלול ממנו את טובת ההנאה שקיבל.

(2) רווח שהגיע לשולח עקב סטיית השליח מהוראותיו

אפשר שהשליח סטה ביזמתו מהוראות השולח משיקולים שונים. אפשר אפילו שהיה זה משיקולים של טובת השולח, כגון שנשלח לקנות סחורה מסוימת, והוא העריך שכדאי יותר לקנות סחורה אחרת. בהנחה שסטיית השליח מהוראות השולח אינה מבטלת את תוקפה של הפעולה שעשה עבור השולח, נשאלת השאלה: האם העובדה שנוצר רווח בלתי צפוי כתוצאה מסטייה זו יש בה כדי לזכות את השליח ברווח או בחלק ממנו?[105].

בשאלה זו, נחלקו הראשונים. חילוקי דעות אלה נתגלעו בפרשנות סוגיה תלמודית העוסקת בדיוק במקרה כגון זה. התלמוד[106] מביא ברייתא, וזה לשונה: "הנותן מעות לשלוחו ליקח לו חטין, ולקח מהם שעורין, שעורין, ולקח מהן חטין... אם פחתו, פחתו לו, ואם הותירו, הותירו לאמצע". לא כאן המקום לדון בשאלה הסבוכה: כיצד ייתכן שעל אף החריגה מהוראות השולח, פעולת השליח מזכה את השולח, כלומר שאף על פי שהשעורים נקנו בלא הרשאת השולח, הן בכל זאת עוברות לבעלותו? בשאלה זו כבר דננו באריכות בדיוננו על סעיף 6 ועל סעיף 7[107]. מה שחשוב לענייננו הוא, שמהלכת הברייתא, "הותירו, הותירו לאמצע", עולה לכאורה שדין רווח כתוצאה מהפרת הוראות השולח כדין תוספת שניתנה לשליח ביזמת צד שלישי. גם כאן גם שם נפסק שהשולח והשליח חולקים את הרווח[108].

[104] על אף דברינו בטקסט, ייתכן שאין לדמות טובת הנאה שניתנה לשליח כדי שיסטה מהוראות שולחו לתוספת אחרת שניתנה לו, מכיוון שרווח הנוסף על הרווח הרגיל של השליחות נחשב לחלק מביצועה המוצלח של השליחות, ולפיכך יש גם לשולח חלק בו. שונה הדבר כאשר הרווח נוצר בשל פעולה שנעשתה בחריגה מן ההרשאה, שייתכן ואין לראות בו רווח שנוצר כתוצאה מן השליחות. על פי גישה זו, גם לדעת הרי"ף, יזכה השליח במלא הרווח.

[105] לדברים שלהלן, השווה הרב צ"י בן־יעקב, "ברוקר ששינה משליחותו", משפטיך ליעקב, חלק ב, סימן לד, ס"ק א.

[106] בבא קמא קב ע"א־ע"ב.

[107] ראה דיוננו על סעיף 6, ליד ציון הערה 88, וסעיף 7, ליד ציון הערה 42.

ואכן, כך סבור כנראה בעל 'העיטור'[109], ועל כן אינו רואה מניעה לפרש שברייתא זו אמורה בשליחות רגילה. מדבריו עולה שכשם שכאשר ניתנת תוספת לשליח, הוא חייב לשתף בה את השולח, משום שגם הודות למעותיו של השולח, הגיעה התוספת[110], כך באותה מידה כאשר נוצר רווח לשולח הודות לחריגה של שלוחו, עליו לשתפו ברווח[111].

לא כן עמדת רוב הראשונים[112]. הם סבורים שאם השליח סוטה מהוראות השולח, גם אם כתוצאה מכך נגרם רווח לשולח, אין זה הופך את השליח לשותף ברווח. אשר על כן, הדרך היחידה שהם מוצאים להצדיק את הלכת הברייתא, "הותירו, הותירו לאמצע", הוא להעמיד אותה בנסיבות מיוחדות של שליחות למחצית שכר. שליחות למחצית שכר היא שליחות שבה מוסכם מראש בין הצדדים שהשליח יזכה במחצית הרווח מן השליחות. לעומת זאת, בשליחות

108 כזכור, שם נפסק: "הוסיפו לו אחת יתירה... חולקים", ובלבד שמדובר ב"דבר שיש לו קצבה" (כגון חיטים או שעורים).

109 ספר העיטור, שלישות ממון (מהדורת ר"מ יונה, חלק א, מג ע"ג-ע"ד). העיטור מביא שכך סבור גם בעל מתיבות. כשיטת העיטור, עולה כבר מן התלמוד הירושלמי, בבא קמא, פרק ט, הלכה ה (על פי גרסת אור זרוע, בבא קמא, סימן תיג, כפי שהובאה בתוספתא כפשוטה, דמיי, עמ' 282): "מאי טעמא דר' יודן? שלא נתכוון המוכר לזכות אלא לבעל המעות, ולמה חולק עמו? שאסור ליהנות מחבירו". מקור זה מן הירושלמי מובא על ידי הרא"ה המובא בנימוקי יוסף, בבא קמא לו ע"א (בדפי הרי"ף), ד"ה הא ר"י דאמר לא קני. על המקור מן הירושלמי, ראה: רקובר, עמ' 84, ושילה, עמ' 350, הנזכרים לעיל, הערה 13. על העיטור והרא"ה, ראה רקובר, שם, עמ' 100. גם ר' ישעיה מטראני (רי"ד), בספר המכריע, סימן עט, סבור שהברייתא עוסקת בשליח רגיל, ולא בשליח למחצית שכר, אלא שהוא מפרש שמדובר בשליח שהשתמש בכספו של השולח לעסקיו הוא (וזה פשר סטייתו ממטרת השליחות: "ליקח לו חטין ולקח מהם שעורין"). לכאורה, היה השליח זכאי למלוא הרווח, אולם עליו לשתף בהם את השולח, שכן "לא כל הימנו לסחור ולהרויח במעותיו של חבירו בגזילה, והם לא באו בידו בגזילה אלא על דעת שיעשה שליחותו".

110 לכאורה, קשה להלום את ההיקש שמציע העיטור בין סוגיית כתובות ובין סוגיית בבא קמא. בסוגיית בבא קמא, ההלכה "הותירו, הותירו לאמצע" מיוחסת לרבי יהודה. קשה להניח שנימוקו של רבי יהודה הוא שמקבל הרווח (השולח) חייב לשתף בו את מי שעזר לו ביצירתו, שכן בסוגיית כתובות, רבי יהודה עצמו סובר ש"הוסיפו לו אחת יתירה, הכל לשליח". כלומר, לדעתו, השליח אינו חייב לשתף את השולח ברווח שהגיע לידיו, אף שהושג הודות לכספו של השולח.

הרב א' מילר הציע לי את התירוץ הבא: מדברי התוספות, שראינו לעיל, הערה 20, עולה שכאשר התוספת לא ניתנה לשליח בפירוש בתור תוספת, רבי יהודה מודה לרבי יוסי שעל השליח לשתף בה את השולח. מאחר ש"הותירו" שבסוגיית בבא קמא הוא כתוספת שלא ניתנה בפירוש, אין מקום אפוא לתמוה על ההיקש שעשה העיטור בין שתי הסוגיות. ראה 'שער החדש' על העיטור, שם, אות לה.

111 וראה דיברות משה, בבא קמא, סימן עד, ענף יג, שכנראה סברת העיטור היא, שמאחר שהשליח חרג מהוראות השליחות, אין עוד לראותו כשלוחו של השולח. משום כך, יש מקום לומר שהשליח זכאי לחלק מן הרווח שיצר. אם השליח היה נחשב עוד שלוחו של השולח, ודאי שלא היה זוכה בחלק מן הרווח, שהרי הוא עשה את תפקידו כשליח, ולא הייתה כל סיבה לזכות אותו בשכר נוסף על מה שהוסכם בינו ובין שולחו. וכן כתב במפורש ר' ישעיה מטראני (המובא לעיל, הערה 109).

112 ראה: ר"ח, מובא באור זרוע, בבא קמא, פרק ט, סימן תיג; רש"י, בבא קמא קב ע"ב, ד"ה ליקח בהן חטין; רי"ף, בבא קמא לו ע"א-ע"ב (בדפי הרי"ף); רמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק א, הלכה ה; חידושי הרשב"א, בבא קמא קב ע"ב, ד"ה אחיכו במערבא (מובא גם בשיטה מקובצת, שם, ד"ה הא והא), וכן שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, סימן ס (בסופו); רמ"ה, מובא בשיטה מקובצת, בבא קמא קב ע"ב, ד"ה וזה לשון הרמ"ה; רא"ש, בבא קמא, פרק ט, סימן יח; מרדכי, בבא קמא, פרק הגוזל (קמא), סימן קכג (בשם ר"י). כל הראשונים האלו העמידו את הברייתא בשותפות, ולא בשליחות רגילה, מן הסיבה שנבאר להלן.

רגילה, הם סוברים שהשולח הוא הזוכה לבדו ברווח, אף שאותו רווח בא הודות ליזמתו של השליח[113].

עמדה זו, השוללת מן השליח זכות ברווח, אף שהוא גרם לו, מובנת יפה לגישתו של רש"י (לעיל, הערה 31), שהרי הוא נימק את חלוקת התוספת שניתנה לשליח בספק: למי התכוון הצד השלישי לתת את התוספת? כאן אין מקום לספק זה, שהרי ברור שהרווח ניתן לשולח בתמורה לממונו. לעומת זאת, לפי הרי"ף (לעיל, הערה 36), שנימק את חלוקת התוספת בכך שהשולח גרם גם הוא לתוספת, מדוע לא יזכה השליח במחצית הרווח, הרי סוף סוף רווח זה נוצר הודות ליזמתו? לכאורה, צודק בעל 'העיטור' כשהוא מקיש בין השניים.

יש מי שהבין בדברי הרמ"ה[114] שמחצית הרווח נשללת מן השליח, משום שקונסים אותו על שחרג מהרשאתו, כשם שאומן שסטה מהוראות המזמין אינו מקבל יותר מהוצאותיו, אף שבפעולתו הוא גרם לרווח גדול יותר מן המצופה על ידי המזמין[115].

הרב משה פיינשטיין[116] מציע הסבר אחר. לדעת הרי"ף, אין להקיש בין "ניצול" כספו של השולח על ידי השליח לבין "ניצול" פעולתו של השליח על ידי השולח. בלא כספו של השולח, השליח לא היה מקבל תוספת. לעומת זאת, את פעולתו החריגה של השליח, יכול היה גם השולח לעשות בעצמו, אילו הזדמן אצל המוכר. אין מקום אפוא להשוות בין כספו של השולח (במקרה של תוספת לשליח) לבין פעולתו החריגה של השליח (במקרה של רווח כתוצאה מאותה חריגה), ועל כן אין לזכות את השליח בשותפות ברווח במקרה של חריגה. ובלשונו: "שרק במעות אמרינן, הואיל ובאת לשליח הנאה על ידי מעות המשלח, יש למשלח פלגא, משום שלא שייך מכירה בלא המעות. אבל במעשה הקנין, שאם היה [השולח] אצל המוכר, לא היה צריך להשליח, אין להחשיב כל כך מה שעתה עשה זה השליח, שהוא גרם הריוח, שיהיה לו פלגא מחמת זה, ואף בשינה לא יוכל לתבוע אלא שכר פעולה, אם התנה עמו כמו בהיה עושה שליחותו". לפי דבריו, אף שהשליח שינה מהוראות השולח, וכתוצאה מכך גרם לרווח, הוא לא יקבל יותר משכר השליחות שהוסכם ביניהם[117].

אפשר להציע הסבר נוסף, פשוט יותר. חובתו הבסיסית של השליח היא לדאוג לתקנת

[113] ומדוע לא נקטה הברייתא מקרה של שליחות רגילה, ולא כתבה "הותירו, התירו לשולח; פחתו, פחתו לו"? ראה חזון איש, בבא קמא, סימן כא, ס"ק ט, ד"ה ולמש"כ.

[114] לעיל, הערה 112. וזה לשון הרמ"ה: "דהא טעמא דרבי יהודה דאמר, כל המשנה ידו על התחתונה, למגרע ליה קאמר, דהא אומן אי לאו דשני, הוה שקיל כולי אגריה, השתא דשני, לית ליה אלא הוצאה שיעור שבח. ואם כן הכא, כיון דאי לא שני, לא הוה שקיל בשבחא ולא מידי, השתא דשני, היכי שקיל בשבחא, איתגורי איתגור?! [=שהרי טעמו של רבי יהודה שאמר 'כל המשנה ידו על התחתונה' נאמר כדי לשלול ממנו (רווח), שכן אם האומן לא היה משנה, היה זוכה במלוא שכרו, ועכשיו ששינה, אין לו אלא הוצאה שיעור שבח. ואם כן, כאן, שאם לא היה משנה (מהוראות שולחו), לא היה מקבל חלק בשבח, עכשיו ששינה (וקנה שעורים במקום חיטים), כיצד יזכה?!]".

[115] כך הבין את דבריו בשו"ת נהרי אפרסמון, חו"מ, סימן יד, ד"ה ובזה י"ל.

[116] ראה דיברות משה, בבא קמא, סימן עד, ענף יג.

[117] השווה רקובר (לעיל, הערה 13), עמ' 101, הערה 115: "אפשר שאם נבע השינוי מידיעה מקצועית של השליח, וכתוצאה מכך נוצר רווח, יהיה השליח זכאי לשכר פעולתו, אף שפעולתו נגדה את הוראות המשלח". לפי הגיונו של ר' משה פיינשטיין, ייתכן שבכגון זה, הרי"ף היה מסכים לדעת העיטור, שיש מקום לשתף את השליח ברווח (ולא לתת לו רק שכר פעולתו), שכן חריגת השליח הייתה מכרעת, ובלעדיה השולח לא היה יכול בעצמו להשיג רווח זה. אם כי אפשר לטעון, כפי שהעיר לי הרב מילר, שבשונה מכסף, ידע מקצועי אינו חלק אינטרגלי של העסקה, וגם לגביו אפשר היה לומר בפרפרזה לדברי הרב

שולחו, ועליו להפיק לטובתו את מירב התועלת מן השליחות. שליח העושה את שליחותו נאמנה ומצליח להביא לתוצאות טובות מעל למשוער פועל בתוך המסגרת הכללית שעליו לפעול בה, ואין הוא זכאי לשכר יותר משכר שליחותו. אשר על כן, שליח שגרם לרווח נוסף על הרווח שהיה מתקבל אילו מילא בדייקנות אחר הוראות השולח, פעל במסגרת חובתו הכללית, ואינו זכאי לחלק מרווח זה (כך למשל מנכ"ל חברה שנקט יזמות חדשות מעבר למה שהיה מצופה ממנו אינו זכאי לחלק ברווחים שנוצרו). שונה הדבר כאשר השולח הוא שגרם לרווח שהגיע לשלוחו. במקרה זה, אין השולח חייב לשליח מאומה יותר משכר שליחותו, ולפיכך הוא זכאי לרווחים שנגרמו עקב השליחות.

'שולחן ערוך'[118] פוסק כשיטת הרי"ף ורוב הראשונים: "נתן מעות לשלוחו לקנות לו חטים, בין לסחורה בין לאכילה, והלך וקנה לו שעורין או בהיפך, אם היה בהם הפסד, הוא לשליח, ואם היה בהם ריוח, הוא למשלח". לדעת הש"ך[119], דעת בעל 'העיטור' אינה דעת יחיד הדחויה מן ההלכה[120], אלא שליח המוחזק ברווח, יכול לשמור לעצמו את מחצית הרווח בטענת "קים לי כדעת העיטור".

פרק רביעי

סיכום

א. סעיף 10(א) קובע שהשליח מחזיק בנכס שהגיע אליו עקב השליחות כנאמן של השולח. הצורך בהוראה זו נובע מכך שיש שפעולת השליחות אינה מעבירה את הבעלות על הנכס נושא השליחות לשולח ישירות, כגון שהשליח חרג מהרשאתו (כל זמן שהשולח לא אישר את הפעולה) או כגון שהשליחות הייתה נסתרת (כל זמן שהשולח לא אימץ את הפעולה). בכגון זה, מבקש המחוקק לבצר את זכויותיו של השולח בנכס כלפי השליח, ובעיקר כלפי צד שלישי העלול לתבוע זכויות בנכס בעודו בידי השליח, ועל כן הוא קובע שהנכס מוחזק בידי השליח כנאמנו של השולח. ראינו שבמשפט העברי, אין מקום להוראה דומה, שכן ממה נפשך: אם הנכס שהגיע לידי השליח עבר מיד לבעלותו של השולח, כי אז השליח מחזיק בו כשומר; ואם הנכס לא עבר לבעלות השולח, כי אז אין לו אפילו זכות תביעה כלפיו.

ב. בעוד שס"ק (א) עוסק בנכס שהגיע לידי השליח עקב השליחות, ס"ק (ב) עוסק בנכס שהגיע לידיו בקשר לנושא השליחות, כגון טובת הנאה שקיבל מן הצד השלישי עקב הסכמתו לעשות עמו את פעולת השליחות. הסעיף קובע שהשליח חייב להעביר טובות הנאה

פיינשטיין: אם היה השולח אצל המוכר והיה לו הידע המקצועי, לא היה צריך להשליח, אין להחשיב כל כך מה שעתה עשה השליח שהוא גורם הריוח. וצריך עיון.

118 שולחן ערוך, חו"מ, סימן קפג, סעיף ה. מובן שאם השליחות הייתה למחצית שכר, השליח זוכה במחצית הרווח. ראה הגהת הרמ"א, שם.

119 ראה ש"ך, שם, ס"ק י.

120 ולא כפי שסבר בשו"ת מהר"י בן לב, חלק א, סימן קיד. וראה עוד מקורות נוספים בעניין זה שמפנה אליהם רקובר (לעיל, הערה 13), עמ' 101. וראה שמרו משפט (זעפרני), חלק ב, ירושלים תשס"ח, סימן לב ("ברואקר' ששינה בכיוון ההשקעות ועי"כ נוצרו רווחים").

אלו לשולח במלואן. ברק מצביע על הקשר שבין סעיף זה ובין סעיף 8. בדיוננו על סעיף 8, עמדנו על כך שהחוק מטיל על השליח כללי נאמנות מחמירים ביותר, האוסרים עליו אפילו להימצא במצב של ניגוד עניינים, כדי שלא יתפתה לפגוע באינטרס של השולח. סעיף 10(ב) ממשיך מגמה מחמירה זו, שכן אם יפר השליח את כללי הנאמנות, כגון שיקבל טובת הנאה מן הצד השלישי או מגורם אחר בקשר לנושא השליחות (בניגוד להוראת סעיף 8(4)), הסעיף קובע שהשולח הוא שיזכה בטובת הנאה זו ולא השליח[121].

אבל לא זו בלבד, אלא הסעיף מרחיק לכת עוד יותר בחומרתו כלפי השליח: אין הוא מסתפק בשלילת רווח ממנו, אם הפר את כללי הנאמנות, כדי להרתיע אותו מכך, אלא הוא שולל ממנו אף רווח שבא לידו בהיתר (שלא מתוך הפרת כללי הנאמנות)[122]. ומאליה עולה השאלה: איזו הצדקה יש לשלול רווח מן השליח, אם לא הפר הלה את חובת האֵמון כלפי שולחו, ולא פגע באינטרסים שלו? נניח למשל שלאחר שנסתיימה פעולת השליחות, הצד השלישי נתן מתנה לשליח כדי להודות לו על יחסו הטוב ועל ההזדמנות העסקית שנתן לו, מדוע יזכה השולח במתנה זו?

ג. דיוננו העלה שגישת המשפט העברי גמישה יותר ומאוזנת יותר: אין בה עיקרון שעל פיו יש לשלול מן השליח אפשרות להפיק רווח משליחותו. אמנם גם במשפט העברי יש נסיבות שבהן התוספת שקיבל השליח מן הצד השלישי היא לשולח, אולם אין זה אלא כאשר אפשר לראות את התוספת כתמורה לכספו של שולחו.

לא כן כאשר אין לראות בתוספת תמורה לכספו של השולח אלא כמתנה שניתנה נוסף על מה שנקבע בעסקה, שאז נקבע בתלמוד שהשולח והשליח מתחלקים בה שווה בשווה. בטעמה של חלוקת הרווח בין השניים, נחלקו רש״י והרי״ף:

(1) לדעת רש״י, אף שברור שתוספת זו ניתנה כמתנה ולא כחלק מן העסקה, ספק הוא למי התכוון הצד השלישי להעניק את המתנה, לשולח או לשליח? מאחר שזו הסיבה לחלוקת התוספת ביניהם, אם ברור לפי הנסיבות למי התכוון הצד השלישי לתת את התוספת, הוא הזוכה בה. כך לדוגמה, אם הצד השלישי אמר בפירוש שהוא מתכוון לתת את התוספת כמתנה לשליח, וכך גם אם פעל השליח בשליחות נסתרת, שהרי ודאי התכוון הצד השלישי לתת את המתנה לשליח, ולא לשולח, שלא ידע כלל על קיומו.

(2) לדעת הרי״ף, אין ספק שהצד השלישי התכוון לתת את התוספת כמתנה לשליח, ואף על פי כן, מאחר שהלה זכה בה הודות לכספו של השולח, מן הדין שיחלוק עמו ברווח. לפי נימוק זה, ובשונה מגישת רש״י, ברור שהמתנה מתחלקת בין השולח לבין השליח תמיד, אף כשהצד השלישי אמר במפורש שהוא מתכוון לתת אותה לשליח (וכך הוא גם כשהייתה השליחות נסתרת). אמנם אם נתן הצד השלישי את המתנה לשולח במפורש, הוא זוכה בה לבדו, שכן ברור שאדם יכול לתת מתנה לחברו על ידי שליח[123].

נמצא אפוא שאם התכוון הצד השלישי לתת מתנה לשליח דווקא, בין לפני ביצוע השליחות

[121] לדעת ברק, השליח מחזיק בטובת ההנאה כנאמן של השולח. אבל ראה מה שהערנו בעניין זה, לעיל, הערה 10.

[122] כפי שהדגיש ברק. ראה לעיל, ליד ציון הערה 11.

[123] הזכרנו עוד נימוק בשם ר׳ יואל הלוי, הקרוב לנימוקו של הרי״ף, אך אינו זהה לו, ולפיו השולח והשליח חולקים את הרווח, משום שהרווח נוצר במזל שניהם. על פי נימוק זה, נראה שאף אם המתנה ניתנה במפורש לשולח, עליו להתחלק בה עם השליח, שכן גם במזלו ניתנה המתנה.

(כ"שוחד") בין לאחריו (כהכרת תודה): לדעת רש"י, השליח לבדו זוכה בתשלום זה; ואילו לדעת הרי"ף, על השליח לחלוק בו עם השולח, שכן הוא קיבל אותו הודות לכספו של השולח. בשונה מן החוק, לא מצאנו בין הפוסקים מי ששולל מן השליח את האפשרות ליהנות מתשלום זה, אף על פי שניתן לו כ"שוחד". הסיבה לכך היא, כפי שהסברנו בדיוננו על סעיף 8, שבשונה מן החוק, המשפט העברי אינו חושש שאם יהא מותר לשליח להרוויח מן השליחות, הוא עלול לפגוע באינטרסים של השולח. הלוא אם יפעל השליח בניגוד לאינטרסים של השולח (למשל כתוצאה מקבלת "שוחד"), יוכל הלה תמיד להתנער מפעולתו בטענת "לתקן שלחתיך ולא לעוות"! איזו סיבה יש אפוא לשלול מן השליח כל הנאה שהיא?[124].

ד. לאחר שהוברר שהמבחן העיקרי בענייננו הוא בשאלה אם התוספת שניתנה לידי השליח ניתנה כתמורה לכספו של השולח כחלק מן העסקה עמו (שאז היא כולה לשולח), או שאינה חלק מן העסקה אלא ניתנה כמתנה (שאז היא מתחלקת בין השולח והשליח). לא נותר לנו אלא לברר אימתי מוגדרת התוספת כתמורה ואימתי אינה מוגדרת כתמורה. מן התלמוד, עולה שהמבחן בעניין זה קשור במהות הנכס מושא העסקה, או ליתר דיוק המבחן קשור בדרך שבה נקבע מחירו של הנכס: אם מחירו נקבע על פי אומדן, ולא על פי תעריף מדויק, כגון מקרקעין ("דבר שאין לו קצבה"), כי אז ברור שהתוספת נחשבת כחלק מן התמורה, ומשום כך זוכה בה השולח לבדו; ואילו אם מחירו של הנכס נקבע על פי תעריף מדויק לפי מידה או מניין או משקל וכדומה, כגון פירות ("דבר שיש לו קצבה"), כי אז מה שנתקבל יותר מן הכמות המגיעה לשולח עבור כספו, דינו כמתנה, ולא כתמורה, וחולקים בו השולח והשליח (בהתאם לנימוקיהם השונים של רש"י והרי"ף).

ועדיין נשאלת השאלה: האם זהו המבחן הבלעדי? או שמא יש להתחשב גם בכוונתו הסובייקטיבית של הצד השלישי? גם בעניין זה, ראינו שנחלקו דעות הראשונים:

(1) לפי רבנו יונה[125], אכן זהו המבחן הבלעדי, וכוונתו הסובייקטיבית של הנותן (הצד השלישי) אינה מעלה ואינה מורידה. כלומר, אף אם הצד השלישי טעה לחשוב שהוא מעביר לשליח את התמורה המגיעה לכספו של השולח (כגון שטעה בהערכת שווי העסקה), אם מחיר הנכס נקבע על פי תעריף מדויק לפי מידה או מניין או משקל, דין התוספת כדין מתנה ולא כדין תמורה.

(2) לעומת זאת, לפי רבנו תם[126], מבחן מהות הנכס אינו המבחן הבלעדי, ופעמים יש להתחשב בכוונת הצד השלישי. אם מחיר הנכס נקבע על פי אומדן, די בכך לקבוע שהתוספת נחשבת כתמורה לכספו של השולח, ולא כמתנה, וממילא השולח הוא שזוכה בה לבדו. לעומת זאת, אם מחיר הנכס נקבע על פי תעריף מדויק, אין די בכך לקבוע שדין התוספת כדין מתנה.

[124] השווה הרב י' אפשטיין, חבל נחלתו, חלק א, עצמונה תשס"א, סימן צ, "מתנות לסוכני מכירות", עמ' 431, בעמ' 433. לדעתו, אין הדין כן אלא בשליח בחינם, אבל שליח בשכר אסור לו לקבל שוחד־מתנות, אם לא בהסכמת השולח (כך ביקש לדייק מדברי רבנו תם, בתוספות, כתובות צח ע"ב, ד"ה אמר רב פפא. אבל דומה שראיה זו אינה מוכחת). עוד השווה א' ורהפטיג, "טובת הנאה לעובד מאחר – לו או למעביד?", תחומין יז (תשנ"ז), עמ' 293, בעמ' 298־299, שנראה לו על פי הסברה שיש לאסור קבלת שוחד גם לשלוחו של אדם יחיד ולאו דווקא לשליח ציבור.

[125] לעיל, ליד ציון הערה 62, עמדנו על כך ששיטה זו עולה בקנה אחד עם שיטת הרי"ף. אבל הזכרנו גם (לעיל, הערה 62) שלפי 'קצות החושן', שיטה זו עולה דווקא בקנה אחד עם שיטת ר' יואל הלוי (לעיל, הערה 123) ולא עם שיטת הרי"ף.

[126] לעיל, ליד ציון הערה 65, עמדנו על כך ששיטה זו עולה בקנה אחד עם שיטת רש"י.

לשם כך, צריך גם שהצד השלישי יהיה מודע לעובדה שהוא נותן לידי השליח יותר ממה שמתחייב מן המחיר ששילם השולח. אבל אם טעה לחשוב שזו התמורה המגיעה לכספו של השולח, דין התוספת כדין תמורה.

ה. עוד ראינו שלדעת ר"י ורבנו יונה, הכללים שסקרנו עד כה אינם חלים על טעות מכנית של הצד השלישי, כגון שטעה הלה בחשבון, והעביר לידי השליח יותר משהתכוון להעביר לו. לדעתם, טעות מעין זו דינה כמציאה. וכשם ששליח המוצא מציאה תוך כדי ביצוע השליחות זוכה בה לעצמו, ואין לשולח זכות בה (בין לשיטת רש"י בין לשיטת הרי"ף), כך טעות מכנית זו זוכה בה השליח לעצמו, ואינו חייב לשתף בה את השולח[127]. גישתם של ר"י ורבנו יונה אינה מקובלת על רבנו תם. לדעתו, מציאה שמוצא השליח שייכת אמנם לשליח לבדו, משום שאין קשר סיבתי בינה לבין השליחות, אבל תשלום זה, שהגיע בטעות מידי הצד השלישי, אינו מציאה, אלא הוא חלק מן התמורה שנתקבלה במסגרת השליחות, על כן זוכה בו השולח לבדו[128].

פרק חמישי

הצעת נוסח לפי המשפט העברי

לפי המשפט העברי, מוצע אפוא לנסח את הסעיף כך:

נכסים ורווחים

10. נכס, טובת הנאה או רווח שבא לשלוח בקשר לנושא השליחות, יזכה בו השולח, אם ניתן כתמורה לכספו או אם קבלתו על ידי השלוח מהווה הפרת אמון כלפי השולח; ואם לאו, יחלקו בו בשווה השולח והשלוח.

[127] ואולם ראה לעיל, ליד ציון הערה 97, סייג חשוב להלכה זו.

[128] אפילו ב"דבר שיש לו קצבה" (שכן רבנו תם אימץ כזכור את שיטת רש"י). לפי הרי"ף, אם אין רואים בתוספת זו משום מציאה, יזכה בה השולח לבדו רק ב"דבר שאין לו קצבה", אבל ב"דבר שיש לו קצבה" יתחלקו בה השולח והשליח.
וראה לעיל, הערה 72, שרווח שהפיק השליח לאחר ביצוע השליחות מתוך ניצול של מידע שהגיע לידו תוך כדי ביצוע השליחות נשאר במלואו בידי השליח לכולי עלמא, משום שאין זיקה מספקת בינו לבין השליחות.

סעיף 11

שיפוי

שיפוי

11. השולח חייב לשפות את השלוח על ההוצאות הסבירות שהוציא ועל ההתחייבויות שהתחייב בהן באופן סביר עקב השליחות.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 583

פרק שני: שיפוי – "לשפות את השלוח על ההוצאות" 584

פרק שלישי: פיצוי על נזקים 586

פרק רביעי: שכר השליחות 592

פרק חמישי: סיכום 594

פרק שישי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 595

פרק ראשון

מבוא

לאחר שבסעיפים 6־10 הסדיר המחוקק את חובותיו של השליח כלפי השולח, באים סעיפים 11־13 להסדיר את חובותיו של השולח כלפי השליח. במרכזן של חובות אלו עומדת חובת השיפוי על ההוצאות שהוציא השליח ועל ההתחייבויות שקיבל על עצמו לצורך ביצוע השליחות. הוראות דומות נקבעו בחקיקה האזרחית בהקשרים אחרים, כגון זכות השיפוי של שותף שהוציא הוצאות לצורך המקרקעין המשותפים[1] או זכות השיפוי של שומר שהוציא הוצאות לצורך הנכס שהופקד בידו[2]. יש לציין שבשעה שנחקקו הוראות אלו, הן היו בבחינת יוצא מן הכלל, שכן הכלל היה, בעקבות המסורת האנגלית, שהמוציא הוצאות עבור חברו נחשב למתנדב שאינו זכאי לשיפוי (אלא אם כן סוכם אחרת בינו ובין הנהנה, במפורש או מכללא). עם חקיקת חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט־1979, שונה הכלל בעקבות המשפט העברי[3], ונקבע שכל אדם המיטיב עם חברו, אף אם לא נתבקש לכך, זכאי לשיפוי[4]. יחד עם זאת, גם לאחר חקיקת חוק "עשיית עושר ולא במשפט", הוראת הסעיף שלפנינו אינה מיותרת, ולו משום שאדם המיטיב עם זולתו אינו זכאי לפיצוי על נזקים שנגרמו לו במהלך פעולתו, בעוד שמניסוח סעיף 11 משתמע שהשליח זכאי לפיצוי בגין נזקים שנגרמו לו עקב השליחות[5].

תביעה אחרת העשויה להיות לשליח כלפי השולח היא תשלום שכר בגין ביצוע השליחות.

[1] חוק המקרקעין, התשכ"ט־1969, סעיף 32.

[2] חוק השומרים, התשכ"ז־1967, סעיף 8.

[3] במבוא להצעת החוק נאמר: "החוק המוצע מאמץ את גישת המשפט העברי בנקודות אחדות: הוא מזכה את המשביח נכסי חברו; ... והוא מזכה את המציל רכושו של חברו בשפוי על הוצאותיו במטרה לעודד פעולות הצלה".

[4] סעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט־1979, קובע: "(א) מי שקיבל שלא על פי זכות שבדין נכס, שירות או טובת הנאה אחרת שבאו לו מאדם אחר, חייב להשיב למזכה את הזכיה, ואם השבה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה – לשלם לו את שוויה. (ב) אחת היא אם באה הזכיה מפעולת הזוכה, מפעולת המזכה או בדרך אחרת". ההוצאות שהוצאו באופן סביר עקב השליחות הן בגדר זכייה שזכה בה השולח כתוצאה מפעולת השליח, ועל כן הוא חייב לשלם לו את שוויה. לפרשנות מקיפה של חוק עשיית עושר ולא במשפט לאור מקורות המשפט העברי, ראה י' בלס, חוק לישראל, עשיית עושר ולא במשפט, ירושלים תשנ"ב.

[5] הדבר אינו מפורש בסעיף 11, המדבר על הוצאות עקב השליחות, אך מסתבר שהוצאות אלה כוללות גם נזקים שנגרמו לשליח. וכך היא אמנם דעתו של ברק, סעיף 843. זכות השיפוי הניתנת מכוח חוק השליחות עדיפה מהיבט נוסף. השליח זכאי לשיפוי הוצאותיו בגין תשלום על נזק שגרם לצד שלישי כתוצאה ממילוי הוראות השולח (ברק, סעיף 843), מה שאין כן מי שפועל לשמירת ענייני הזולת (למעט מקרים חריגים בלבד שבהם הנזק לזולת הוא הכרחי להצלה. ראה ד' פרידמן, דיני עשיית עושר ולא במשפט, תל אביב תשמ"ב, עמ' 177־178, ושם בהערה 142).

גם כאשר המיטיב פועל לשמירת ענייני זולתו, ולפיכך הוא זכאי לשיפוי נזקיו מכוח סעיף 5(א) לחוק עשיית

תביעה זו אינה מוסדרת בחוק השליחות. ככל הנראה הניח המחוקק שיחולו עליה העקרונות הכלליים של דיני החוזים.

בדיוננו להלן נדון בכל השאלות שהזכרנו: תחילה נבחן את חובת השיפוי של השולח בגין הוצאות השליח, מקורה והיקפה. לאחר מכן נדון בשאלה: באיזו מידה חלה על השולח חובה לפצות את שלוחו בגין נזקים שנגרמו לו עקב השליחות? ולבסוף נייחד דברים גם לשאלת שכרו של השליח[6].

פרק שני

שיפוי – "לשפות את השלוח על ההוצאות"

פוסקי ההלכה מכירים בחובתו של השולח לשפות את השליח על הוצאותיו והתחייבויותיו[7]. להלן נברר על איזו עילה ביססו הפוסקים את חובת השיפוי של השולח.

את חובת השיפוי של השולח, אין לבסס לכאורה אלא על עילה חוזית, כשההנחה היא שאף על פי שלא הוסכם במפורש בין השולח לבין השליח על שיפוי, הוא נחשב כמוסכם ביניהם מכללא. מלשונו של הרמ"א[8], המכיר בחובת השיפוי של השולח בגין הוצאות סבירות[9] שהוציא השליח עקב השליחות, עולה שאכן הוא מבסס את חובתו של השולח על עילה חוזית (הסכם מכללא): "מי שצוה לאחד שיתעסק לו באיזה דבר, והוא הוציא עליו הוצאות, אם הוציא עליו יותר מן הרגילות להוציא על עסק כזה, אין צריך להחזיר, דלא אסיק אדעתיה שיוציא כל כך. אבל אם לא הוציא יותר מן הרגילות, חייב לשלם לו"[10].

עושר ולא במשפט, יש שעדיפה זכות השיפוי הניתנת לו מכוח חוק השליחות, כפי שהערנו בדיוננו לעיל, סעיף 5, הערה 187.

6 הדברים שנראה להלן נכונים גם בשליחות מטריאלית (מעשה קוף) ולא רק בשליחות לפעולה משפטית. ראה לדוגמה להלן, הערה 8. לדיון בשאלות אלה בזיקה לסעיף 8 לחוק הנאמנות, התשל"ט־1979, ראה י' אונגר, חוק לישראל, נאמנות בנכסים, ירושלים תש"ע, עמ' 157־198.

7 ראה לדוגמה: גידולי תרומה, על ספר התרומות, שער לה, חלק א, אות לא, וחלק ב, אות ד; ריטב"א (להלן, הערה 15); שו"ת הרדב"ז, חלק ו, סימן ב אלפים נב; ועוד.

8 רמ"א, חו"מ, סימן קפב, סעיף ג. כמקור לדבריו צוינו דברי שו"ת מהרי"ק, שורש י (מהרי"ק דן שם בשליחות מטריאלית, שבה נתבקש השליח לשכנע את חתנו של השולח לתת גט לאשתו). וכלשונו של מהרי"ק, שהשולח אינו צריך לשלם לשליח "יותר מן הרגילות להוציא בעסק זה". אין צריך לומר שלפי זה השליח אינו יכול לצפות להחזר הוצאות שלא היו חיוניות להשגת מטרת השליחות והוצאות שאינן שקולות כנגד הרווח שהיו אמורות להפיק.

אמנם במקרה הנידון הוסיף השולח בפירוש: "וכל מה שתוציא מחמת זה אפרע לך", והדיון מתרכז בשאלה על מי מוטל נטל ההוכחה באשר לגובה ההוצאות. עם זאת, מדברי מהרי"ק שם, עולה שזכות השיפוי של השליח קיימת גם בלא התניה מפורשת. וראה שו"ת ציץ אליעזר, חלק ד, סימן ל, אות ב, בעניין זכות השיפוי של מי שנשלח לתת צדקה.

9 על סבירות ההוצאות, ראה הרב צבי שפיץ, משפטי התורה, בבא מציעא, ירושלים תשס"ט, סימן סה. וראה עוד בהרחבה י' אונגר, חוק לישראל, נאמנות בנכסים, ירושלים תש"ע, עמ' 184־187.

10 כך הוא בוודאי כאשר השליח קנה מכספו סחורה עבור השולח, והוא תובע את החזרת כספו. על מקרה כזה כותב שולחן ערוך, חו"מ, סימן קפג, סעיף ד: "ראובן שאמר לשמעון: זבין לי האי מידי [=קנה לי

אמנם למעשה עומדת לשליח גם אפשרות עקיפה לקבל שיפוי על הוצאותיו מכוח דין "נהנה" (מה שנקרא היום דיני "עשיית עושר ולא במשפט"), המחייב את הזוכה מפעולת חברו לשלם לו בעד זכייתו. אבל יש לציין שהעובדה שחובת השיפוי של השולח מיוסדת על הסכם מכללא נותנת לשליח יתרון, מפני שעל פי עילה זו, חובתו של השולח מקיפה יותר ואינה כפופה לסייגים החלים על תביעה בגין "עשיית עושר ולא במשפט"[11]. כך למשל גובה השיפוי על פי דיני "עשיית עושר ולא במשפט" נקבע לפי גובה הנאתו של הזוכה. נמצא שאילו זאת הייתה עילת התביעה של השליח, השולח היה פטור מלשפות את השליח במקרה של כישלון השליחות. לא כן אם חובת השיפוי מיוסדת על הסכם מכללא, שלפיו השליח זכאי לשיפוי על הוצאותיו, בין השיגה שליחותו את מטרתה בין שנכשלה[12].

סייג נוסף שאינו חל על השליח, אם תביעתו מבוססת על הסכם מכללא, הוא כאשר עקב השליחות, פרע השליח ביזמתו את חובו של השולח או שהוציא הוצאות למניעת נזק שלא היה ודאי. בשני אלה, על פי דין "נהנה" ("עשיית עושר ולא במשפט"), השולח אינו נחשב כמי שנהנה, שכן פעולת השליח לא הייתה אלא בגדר "מבריח ארי"[13] (כלומר הצלה מפני סיכון רחוק), ועל כן דינו של השליח כמי ש"הניח מעותיו על קרן הצבי"[14], שאינו זכאי לשיפוי. לעומת זאת, אם תביעתו של השליח מבוססת על הסכם מכללא, כאמור, הוא יהיה זכאי לשיפוי גם בגין פעולות אלה, מפני שסביר להניח שגם הן היו כלולות בהסכם בינו ובין שולחו[15].

דבר זה], וזבין ליה... אע"ג דיהיב שמעון דמים שלו, קנייה ראובן [השולח], ויהיב לשמעון [השליח] זוזי". ומסביר הסמ"ע, שם, ס"ק ט: "דאמרינן: הלוה שמעון ממעותיו ויחזור ויפרע ממנו". כלומר השליח נחשב כמי שהלווה את כספו לשולח לצורך קיום השליחות. אבל דומה שהשולח חייב לשפות את השליח גם על הוצאות אחרות שהוציא לצורך ביצוע השליחות, כגון הוצאות נסיעה, אף אם לא שימשו ישירות לרכישת נכס עבור השולח, ואין לראות בהם אפוא כספי הלוואה.

[11] נעיר שהעובדה שחובת השיפוי יסודה בהוראת חוק מפורשת עדיפה עוד יותר לשליח, שכן לא זו בלבד שאינו צריך להזדקק לעילת "עשיית עושר ולא במשפט", הרופפת יותר בשל תנאיה וסייגיה (כפי שאנו מציינים בסמוך), אלא גם אינו צריך להוכיח קיומו של הסכם מכללא.

[12] ראה שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן קיד: "אבל בנדון דידן, שכפי דברי לוי, ראובן מכר הסחורה בפחות משיוויין, ואם כן יאמר האומר שאין לוי חייב לפרוע טרחו ועמלו של ראובן, הא ודאי מלתא דברירא היא שאין שום שליח משועבד למשלח אלא לעשות השתדלות ביושר ואמונה. ואם לא בא מידו להרויח כפי רצון המשלח, לא מפני זה הפסיד טרחו, כיון שנתן לו רשות וכח מספיק לעשות ככל אשר יכשר בעיניו".

[13] נדרים לג ע"א. הראשונים נחלקו בשאלת ההבחנה בין הפורע חובו של חברו (שאינו זכאי לשיפוי) לבין מי שהציל רכוש חברו מהפסד (שהוא זכאי לשיפוי). לעניין זה ראה בלס (לעיל, הערה 4), עמ' 101 ואילך.

[14] משנה, כתובות יג, ב.

[15] כך אפשר להסביר את דברי הריטב"א (חידושי הריטב"א, בבא מציעא לא ע"ב, ד"ה מתני' היה בטל מסלע) הדן ביסוד זכות השיפוי של רועה, שלצורך הרחקת חיות טורפות מהעדר, שכר אנשים וציוד (ראה בבא מציעא צג ע"ב). הראשונים שואלים מדוע אין דינו של הרועה כדין "מבריח ארי", שאינו זכאי לשיפוי? על כך עונה הריטב"א: "וההיא דרועים ומקלות... לא עשה מדין השבת אבדה, ולא כעושה מרצון נפשו משום השבת אבדה, אלא מפני שמירה שקבל עליו, שנעשה שלוחו של בעל הבית, וכדין שליח הוא עושה, שיש לו להשתלם כל מה שהוציא". מכוח דברי הריטב"א, פסק בשו"ת פורת יוסף (אלפאנדרי), חו"מ, סימן לא, שהשומר שכר זכאי לשיפוי גם במקום שאילו היה עושה זאת אדם רגיל, לא היה זכאי לשיפוי, כגון שהיה יכול להיוועץ בבעל הנכס, ולא עשה כן (ראה ב' כהנא, חוק לישראל, שומרים, ירושלים תשנ"ט, עמ' 1257, מילואים להערה 51, אות ד); או כגון שהנזק לא היה ודאי, "לאו ברי היזקא" (ראה כהנא, שם, עמ' 1255, מילואים להערה 19, אות ג). יש לציין שדברי הריטב"א נאמרו ביחס לשומר

שאלה יפה היא: מה דינו של שליח בשכר לעניין החזר הוצאותיו? האם רואים את השיפוי המגיע לו כמגולם בשכרו, ועל כן אינו זכאי לשיפוי נוסף על שכרו? או שמא אין קשר בין שכרו ובין הוצאותיו, והוא זכאי אפוא לשיפוי נוסף על שכרו? נראה שהתשובה לשאלה זו תלויה באומדן דעת הצדדים. בעניין זה יש להתחשב לפחות בשני גורמים: מנהג המקום וגובה השכר שהוסכם עליו. אם אין מנהג מקום, ההנחה היא שהשיפוי מגולם בשכר[16]; אבל אם המנהג הוא לשפות את השליח נוסף על שכרו, ודאי שהמנהג מחייב. יחד עם זאת, אם השכר שהוסכם עליו גבוה מהשכר הראוי, ההנחה היא שמגולם בו החזר ההוצאות הצפויות של השליח[17].

פרק שלישי

פיצוי על נזקים

האם השולח חייב לפצות את השליח בגין נזקים שסבל עקב השליחות?[18] החוק אינו מתייחס לזה במפורש, אבל ייתכן שחובה זו כלולה במסגרת הוראת הסעיף, שלפיה "השולח חייב לשפות את השליח על ההוצאות הסבירות שהוציא... באופן סביר עקב השליחות". זו על כל פנים פרשנותו המרחיבה של ברק[19]: "נכללים במסגרת זו [של הסעיף] נזקים אשר נגרמו לרכוש השלוח עקב השליחות, אשר השולח צריך לשאת בתיקונם, וכן סיכונים אחרים הקשורים בביצוע השליחות".

במשפט העברי, זכותו של השליח לשיפוי הוצאותיו, שעמדנו עליה לעיל, אינה מחייבת את זכותו לפיצוי על נזקיו, שכן יש הבדל בין הוצאה ובין נזק: ההוצאה באה לקדם את עניין השליחות, ועל כן ניתן לחייב את השולח בגינה מדין "נהנה" ("עשיית עושר ולא במשפט")

שכר (רועה) שהיה מחויב לבצע את הפעולה, ולא ברור אם הדברים חלים גם על שומר חינם, שאינו חייב להוציא הוצאות כאלה גם אם מובטח לו שיפוי, שכן יש בכך "טרחא יתירה", שלא קיבל אותה על עצמו (ראה כהנא, שם, עמ' 1254, מילואים להערות 16, 18). לפי זה, ספק אם דברי הריטב"א חלים על שליח בחינם.

[16] כך נקבע בחוק השומרים, התשכ"ז-1967, סעיף 8(א), ביחס לשומר. הסעיף קובע שרק שומר חינם זכאי להחזר הוצאותיו הסבירות, ומכאן שלא כן בשומר שכר: "בעל הנכס חייב לשפות שומר חינם וכן את המחזיק משכון או בטוחה אחרת על ההוצאות הסבירות שהוציאו ועל ההתחייבויות שהתחייבו בהן באופן סביר עקב השמירה". וראה ב' כהנא, חוק לישראל, שומרים, ירושלים תשנ"ט, עמ' 480, שהוראה זו עולה בקנה אחד עם מקורות המשפט העברי.

[17] כפי שנפסק בתרומת הדשן, שו"ת, סימן שכג. שם נידון מקרה שהצדדים סיכמו על שכר שליחות גבוה מהרגיל, ויש ביניהם דין ודברים על השיפוי בגין הוצאות הדרך: השליח תובע שיפוי כמקובל, ואילו השולח טוען שהשיפוי נכלל בשכר (ועל כן הסכים לשלם שכר גבוה מהרגיל).

[18] לנושא זה ראה גם: ש' ורהפטיג, דיני עבודה במשפט העברי, ירושלים תשמ"ב, עמ' 939-951; א' שיינפלד, חוק לישראל, נזיקין, ירושלים תשנ"ב, עמ' 80-83; י' אונגר, חוק לישראל, נאמנות בנכסים, ירושלים תש"ע, עמ' 170-184.

[19] ברק, סעיף 843. אבל השווה סעיף 5 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979, המבחין בין הוצאות לבין נזקים.

או מכוח הסכם מכללא. לעומת זאת, נזק שנגרם לשליח עקב שליחותו אינו מקדם את השליחות, אלא הוא תוצאה שלה[20], והשיקולים לביסוס הפיצוי, אם ישנם, שונים הם בהכרח.

לשאלת חובתו של השולח לפיצוי בגין נזקים שנגרמו לשליח, יש לבחון שתי עילות אפשריות: העילה הנזיקית והעילה החוזית. בדיני נזיקין השאלה היא: האם השולח נושא באחריות בנזיקין רק משום שהנזק אירע תוך כדי ביצוע שליחותו? בדיני חוזים השאלה היא: האם ההסכם מכללא שיש בין השולח לבין השליח (שדיברנו עליו לעיל) כולל גם התחייבות לפצות את השליח על נזקים שעלולים להיגרם לו כתוצאה מביצוע השליחות?

הרשב"א נשאל על זכות השליח לפיצוי[21], ודעתו היא שאין לחייב את השולח מכוח דיני הנזיקין, שכן אין כאן נזק ישיר שגרם השולח לשליח, ולכל היותר נחשב הדבר "גרמא" [=נזק עקיף], מפני "שלא מצינו תשלומי נזק אלא בנזקי עצמו או בנזקי ממונו [=נזקי רכושו], ונזקי ממונו כעין נזקי עצמו הן. כלומר, לפי שפשע בנזקים בשמירת ממונו. אבל בנזק שהגיע לשליח, מה הזיק המשלח ומה הגיע לו מחמת פשיעתו?".

בהמשך דבריו, נראה שהרשב"א שולל גם את האפשרות לחייב את השולח מכוח הסכם מכללא, אף אם השליח היה שותף: "ואם מפני שנשתתפו, לא נשתתפו בנזקי גופא ונזקי ממונא... שלא קבל עליו נזקי גופו של שותפו. אלא אם כן מנהג בכך". והרשב"א מעלה טיעון נוסף לפטור את השולח אם השליח פועל בשכר: "וכל שכן אם השליח שכיר, שהרי הלך בשכרו, כדכתיב 'ואליו הוא נושא את נפשו' (דברים כד, טו). ודרשינן[22] שעל שכרו עלה בכותל ונתלה באילן. כלומר ולפעמים שיפול וימות, ובכלל סכנת נפשו הכניס עצמו מחמת שכרו". כלומר, תמורת הסיכון, השליח מקבל שכר, ולא יעלה על הדעת אפוא שנוסף על שכרו הוא יהיה זכאי גם לפיצוי.

דברי הרשב"א הובאו להלכה ב'שולחן ערוך'[23] ללא סייג, אבל המבי"ט[24] סבור שיש לסייג את דבריו של הרשב"א ולהחילם רק בנסיבות שבהן הפגיעה בשליח הייתה מקרית, ולא כשהפגיעה בו הייתה מכוונת (בצדק או שלא בצדק) כנגד השולח, ואין צריך לומר כשבאה באשמת השולח[25]. אסמכתה לכך מוצא המבי"ט בדברי מהר"ם בר' ברוך מרוטנבורג[26], הקובע

[20] על הבחנה זו, ראה שו"ת נבחר מכסף, חו"מ, סימן עט. בתשובתו המשיב קובע שהשליח זכאי להחזר הוצאות שהוציא למנוע הפסד מן השולח, אבל אינו זכאי לפיצוי על נזקים שנגרמו לו. הוא מסביר שיש להבחין בין השניים: "ואין לפקפק בזה מתשובות הרמב"ן [כוונתו לתשובת הרשב"א המיוחסת לרמב"ן, שתובא להלן, ליד ציון הערה 21] דזו אינה ענין לנדון דידן, דהתם הגיע ההיזק לשליח בממון השליח, ואע"פ שההפסד היה בסיבת המשלח, פטור המשלח, כי מה הזיקו המשלח, שאינו אלא גרמא בנזקו, ופטור. אבל בנדון דידן, העלילה היתה על ממון המשלח, שהיו רוצים להכניס הקורל [=אלמוג] לטמיון, והשליח עם היותו שומר חינם עשה לרעהו טובה לפנים משורת הדין והוציא הוצאות להציל ממונו, הרי זה משובח, והמשלח חייב לשלם לו כל מה שהפסיד מְשֻׁלָּם. ולהיות הדברים מאד בעיני פשוטים, על כן היו דברי מעטים".

[21] שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, סימן כ: "מי שהגיע לו היזק בממון שלו מחמת שליחות שולחו או שהעלילו עליו מחמת השליחות והפסידוהו ממון, אם על המשלח לשלם לו נזקו". ובעקבותיו כך פסק שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן תלה.

[22] בבא מציעא קיב ע"א.

[23] שולחן ערוך, חו"מ, סימן קפח, סעיף ו. הדברים הובאו ללא סייג גם בשו"ת מהרי"ק, שורש קנה, ד"ה ואשר.

[24] ראה להלן, הערה 25.

[25] ראה שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן קכג, ד"ה תשובה: "מה שפוטר הרשב"א ז"ל את המשלח מנזק השליח,

שיש זכות לערב לפיצוי על נזקים שנגרמו לו עקב הערבות (הוא דן בנזק שנגרם לו על ידי מלווה אלים שמעליל עליו עלילות בגין חיובים של החייב, שלא היו ולא נבראו[27]). מהר"ם מרוטנבורג מדגיש שהעובדה שהערב היה מודע לסיכון, ובכל זאת התנדב להיות ערב, אין בה כדי לשלול ממנו את הזכות לתבוע פיצוי[28]. מכאן מבקש המבי"ט להסיק את העיקרון שאדם המכניס את חברו למצב שהוא עלול לסבול נזק במקומו, חייב לשפותו על הנזק שנגרם לו, אף על פי שהלה היה מודע לסכנה. משמעות הדברים לעניין שליח שניזוק היא, שאם הנזק שנגרם לשליח היה מכוון נגד השולח, כגון שהשליח נתבע אישית על ידי הצד השלישי עקב הפרת חוזה על ידי השולח, השליח זכאי לפיצוי, אף על פי שהוא היה מודע לסיכון בשעה שקיבל על עצמו את השליחות[29]. והוא הדין גם אם השליח עשה את שליחותו תמורת שכר.

היינו שהוזק או הפסיד השליח על עצמו מחמת השליחות, לא שהפסידו אותו שתבעו ממנו ממון מחמת המשלח". הדיון שם הוא בקבוצת אנשים ששלחו אחד מהם לשאת ולתת בעבורם לקבל הנחה במסים, ולאחר זמן נתבע על ידי השלטונות באופן אישי בטענה שכל המס לא שולם כנדרש. על פי ההבחנה האמורה, המבי"ט חייב את השולחים בפיצוי.

המבי"ט חוזר על פסיקה זו בשלוש תשובות נוספות:

(א) שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן קכד. הוא דן שם בקבוצת אנשים שנתבעה על ידי השלטונות לפרוע מכס, אך למעשה התביעה הוגשה כנגד אחד מהם בלבד בשל היותו מוּכָּר על ידי השלטונות. כשביקש מחבריו להצטרף אליו לדיון בבקשת הקלה, השיבו לו חבריו שאם ילך לבדו (ולא ילכו כולם כקבוצה), הסיכויים לקבל הקלה משמעותית במס טובים יותר. בסופו של דבר השליח חויב בתשלום כבד, וחבריו אינם מוכנים להשתתף עמו בתשלום. משקבע המבי"ט שמעמדו של מי שהתביעה הוגשה נגדו הוא כמעמד שליח (שכן ללא הרשאתם של חבריו, ייתכן שהיה מסתתר או שהיה מצליח להביא את המוכס שיקצוב לו את חלקו בלבד), הוא מגיע למסקנה ששולחיו חייבים לפצותו.

(ב) שו"ת המבי"ט, חלק ג, סימן קנו. בתשובה זו המבי"ט מחייב בפיצוי שולח שהפר חוזה שכרת עם צד שלישי באמצעות שליח, והצד השלישי תבע אישית את השליח. וכך נקט גם שו"ת מהר"ש צרור, תשב"ץ, חלק ד (חוט המשולש), טור ב, סימן יז, במקרה דומה (שמסר השולח לשלוחו סחורה פגומה, ומשגילה הקונה את אי־ההתאמה, תבע את השליח אישית).

(ג) שו"ת המבי"ט, חלק ג, סימן קפח, בעניין עובד ציבור (רב), שמחמת השירות הנאמן שנתן לציבור, נתפס בעלילה והוציא הוצאות להשתחרר. המבי"ט כותב שהרב הוא כמו שליח הקהל, ועל כן על הקהל לפצותו, "כמו מי שעשה שליח לקנות לו איזה דבר מפלוני, ונמצא הדבר ההוא שקנה שהיה גנוב אצל המוכר, והעלילו על השליח שקנה גניבה והפסיד מעות להנצל, דפשיטא שהמשלח חייב בהפסדו, מתוך שעשה שליחותו ולא עשה שום פשיעה, כי לא ידע שהיתה גניבה, או האמת לא הייתה גניבה, והעלילו עליו שהייתה גניבה, כי באיזה אופן שיהיה זה השליח עשה שליחותו, ולא פשע ולא עווה בשום דבר, והמשלחו חייב בהפסדו, כי מחמת השליחות עצמו בא לו הפסד זה [ולא באקראי]".

[26] שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן תצה; שם, שם, סימן תתקעז (מובא במרדכי, בבא קמא, פרק הגוזל (בתרא), סימן קס).

[27] כך נראה שיש להבין את כוונת מהר"ם. וראה שו"ת שרידי אש, המצוין להלן, הערה 31.

[28] "דאטו משום דמצוה עשה ונתכוון להציל, מגרע גרע? דנהי דנתרצה לו להרביץ עליו הארי, לא נתרצה הערב לסלק הארי משלו, כיון שיש לכשנגדו ממון שיוכל לסלוקיה [=לסלקו]".

[29] לעיל הצענו שתי עילות אפשריות לביסוס חובת הפיצוי, עילה נזיקית ועילה חוזית. אפשרויות אלו הועלו כבר על ידי הפוסקים להסביר בהן את פסקו של מהר"ם מרוטנבורג (עליו הסתמך המבי"ט).

לכאורה, מהר"ם מרוטנבורג מחייב את הלווה מכוח דיני הנזיקין, שכן הוא מביא הוכחה לדבריו מסוגיית התלמוד בעניין יהודי שמכר לגוי מקרקעין הגובלים במקרקעין של יהודי אחר (בבא קמא קיד ע"א): "האי בר ישראל דזבין ליה ארעא לעובד כוכבים אמצרא דבר ישראל חבריה – משמתינן ליה. מאי טעמא? ...דאמרינן ליה 'ארבעית לי אריא אמצראי', משמתינן ליה עד דקביל עליה כל אונסא דאתי מחמתיה

מאחר שהנזק בא עליו "מחמת המשלח", ולא "מחמת השליחות", אין לטעון שהשליח קיבל על עצמו את הסיכון תמורת השכר[30].

כשהפגיעה שסבל השליח לא באה "מחמת השולח" (שם, לפי המבי"ט, אין הוא נדרש לשאת בהפסד במקום השולח, אף על פי שפעל בשכר ואף היה מודע לסיכון) אלא "מחמת השליחות", כגון שנתבקש לבצע שליחות הכרוכה בסיכון שאינו קשור לשולח, כי אז יש להבחין בין שליח שהיה מודע לסיכון לבין שליח שלא היה מודע לסיכון. אם השליח היה מודע לסיכון, אין לו עילת תביעה כנגד שולחו, לא חוזית ולא נזיקית, שכן הוא קיבל על עצמו את הסיכון מדעת. לעומת זאת, אם לא היה מודע לסיכון, כגון שנשלח להעביר סחורה אסורה בגבול, ולא ידע שמדובר בסחורה אסורה, ונתפס על ידי השלטונות, ונגרמו לו הפסדים, ברור שהשולח חייב לפצותו על הנזקים שגרם לו[31].

[=ישראל שמכר קרקע לעובד כוכבים על המצר של ישראל חברו – מחרימים אותו. מה הסיבה? ...שאומר לו (שכנו) 'הרבצת לי אריה על המצר שלי', מחרימים אותו עד שיקבל על עצמו אחריות בגין כל נזק הבא מחמתו]".

אולם לדעת חלק מן הראשונים (הובאו במגיד משנה, הלכות שכנים, פרק יב, הלכה ז), סוגיה זו משמשת דווקא ראיה לסתור, שכן עולה ממנה שכל זמן שהמוכר לא הסכים לקבל על עצמו אחריות לפצות את שכנו, אין יסוד לחייבו מכוח דיני הנזיקין, ועל כן נאלצים בית דין להשתמש נגדו באמצעי עקיף, ההחרמה (וכך פסק הרמ"א, חו"מ, סימן קעה, סעיף מ). לאור זאת, טוען מחנה אפרים (הלכות גביית חוב, סימן ד, בסופו), על כורחך עילת החיוב לפי מהר"ם מרוטנבורג אינה עילה נזיקית אלא עילה חוזית (ואכן ראה שו"ת הרא"ש, כלל יח, סימן ז, הפוסק גם הוא כדברי מהר"ם מרוטנבורג רבו, כשנימוקו הוא קיום חוזה מכללא בין הצדדים: "כאלו פרשו והתנו הצדדים על חיוב זה").

ואולם ראה שו"ת מהר"י בן לב, חלק ב, סימן סו, וחלק ג, סימן קיח, שמדבריו עולה שאפשר בכל זאת לומר שיסוד החיוב לפי מהר"ם מרוטנבורג הוא בדיני נזיקין. אמנם בן המצר פטור בנזיקין, אבל אין זה אלא משום שפעל בתוך תחומו (מכר את המקרקעין שלו). לדעתו, מהר"ם מרוטנבורג לא ביקש להוכיח מסוגיית בן המצר אלא שהנזק שעלול להיגרם כתוצאה מהתעסקות עם אדם אלים הוא בגדר "ברי היזקא", וממילא אפשר לחייב בו מדין "גרמי".

אשר לפסק ההלכה בשאלה זו של מקורות החיוב, ראה רמ"א, חו"מ, סימן קלא, סעיף ז, המסייג את דינו של מהר"ם מרוטנבורג באופן שהערב אינו זכאי לפיצוי אלא בגין נזק שכיח (על פי שו"ת מהרי"ק, שורש ז, ענף ד, בשם תשובת רבנו תם). יש פוסקים שטענו שסייג זה נכון רק אם יסוד החיוב הוא הסכם מכללא, ואולם אין זה חד־משמעי. מקורות לכך ראה: רקובר, המסחר במשפט העברי, ירושלים תשמ"ח, עמ' 240; י"ש קפלן, "יסודות נזקיים בדיני הערבות במשפט העברי", שנתון המשפט העברי ט־י (תשמ"ב־תשמ"ג), עמ' 359, בעמ' 388; כהנא, ערבות, עמ' 671, מילואים לסעיף 9, הערות 127־130.

30 ראה שו"ת המבי"ט, חלק ג, סימן קנו, שהדגיש בסוף דבריו: "אפילו הלך [השליח] בשכר, כיון שהיה בסבת ראובן [השולח] שנתחרט, חייב ראובן בהפסדו". והשווה לעיל, ליד ציון הערה 22. וראה להלן, הערה 33.

31 קביעה זו, ולפיה מודעות השליח לסיכון אינה פוטרת את השולח מאחריות אלא בנזק הבא "מחמת השליחות" ולא בנזק הבא "מחמת השולח", עולה מדברי המבי"ט שם. את שתי הדוגמאות שהוא נותן לנזק הבא מחמת השולח, אין הוא מסייג בעובדה שהשליח לא היה מודע לסכנה ("דרך משל, אלו השבאים היו שונאים למשלח וידעו כי זה היה שלוחו ועל כן שבוהו, וכ"ש אם היה המשלח חייב לאלו השבאים איזה דבר, והיה ביד השליח נכסים של המשלח, ושבו אותו ואת הנכסים, כי ידעו שהיו של המשלח, שחייב המשלח לפדותו, והוי כמו פושע בשליח, כי מסבתו נשבה, שאם לא היה הולך השליח בשליחותו, אע"פ שהיה הולך באותו הדרך והיה פוגע בשבאים אלו, לא היה נשבה"). לעומת זאת, בדוגמה נוספת שהוא נותן, שעניינה נזק שבא "מחמת השליחות", הוא מדגיש שאחריות השולח היא רק אם השליח לא היה מודע לסכנה ("וכן אם עשאו שליח למכור לו איזו סחורה ונמצא זיוף באותה הסחורה שלא ידעה השליח, ומחמת כן העלילו עליו שזיוף שזיוף [צ"ל: שזייף] באותה סחורה והפסיד והוזק בזה... יתחייב המשלח בהפסד

דעה נוספת, מקורית, המסייגת את הפטור של השולח ומחייבת אותו לשאת בפיצוי לשליח, מצויה ב'הגהות מרדכי'[32]. לדעתו, דין השולח כדין שואל, שכן הוא שואל את גופו של השליח לעשות עבורו את פעולת השליחות. מכאן למסקנה שכשם שהשואל חֵפץ נושא באחריות לנזקי החפץ המושאל בתקופת השאילה (לרבות נזקים מחמת כוח עליון, המכונים במקורות "אונס"), כך מי ששואל אדם לעשות את שליחותו, נושא באחריות לנזקי השליח[33]. ברם, יש לציין שאחריות זו של השולח היא אחריות מצומצמת משלושה טעמים: ראשית, השולח אינו נושא באחריות אלא אם השליח פעל שלא בתמורה (שכן אם פעל בתמורה, מעמדו של השולח אינו כשל שואל אלא כשל שוכר, והשוכר פטור מאונס); שנית, השואל נושא באחריות לנזקי גופו של השליח ולא לנזקי ממונו (שכן רק גופו שאול לשולח, ולא ממונו)[34]; ושלישית, השולח

שלו כי בסבתו הוזק והפסיד"). אך ההבחנה בין שני המקרים טעונה הסבר. על מודעות השליח לסיכון כמשחררת את השולח מאחריות, ראה עוד שו"ת מהר"ש צרור, תשב"ץ, חלק ד, טור ב, סימן יז. וכן ראה שו"ת שרידי אש, ירושלים תשנ"ט, חלק א, סימן קסז, ד"ה ובנידון דידן. הרב ויינברג דן שם בזכות הפיצוי של שליח שנשכר להבריח את הגבול עם סחורות אסורות, ונתפס בדרכו ונאלץ לשלם תמורת שחרורו מן המאסר. הוא מגיע למסקנה שמאחר שהשליח היה מודע לסכנה, אין יסוד לתביעתו מן השולח. וזה לשונו: "שהשליח ידע וקיבל על עצמו, ולא המשלח, אלא הוא עצמו, העמיד את הארי [הסכנה] על עצמו".

32 הגהות מרדכי, בבא מציעא, פרק השוכר את האומנין, סימן תסא (וכעין זה בהגהה על המרדכי, בבא מציעא, פרק השוכר את האומנין, סימן שנט), המובא על ידי הרמ"א, חו"מ, סימן קעו, סעיף מח.

33 זה לשון 'הגהות מרדכי': "נראה לי שאם ראובן הלך בשליחות שמעון בשכר ונתפס בדרך, ולא בסבת שמעון, שאין חייב לפדותו. אבל אם בחנם הלך בשליחותו, חייב לפדותו, דשאלה שייכא בגוף הבעלים. ואף על גב דלא דמי ממש, דבגוף האדם לא שייכא גניבה ואבידה כמו גבי אומנין, מכל מקום נראה כדפרישית, כדאיתא בפרק קמא דסנהדרין (ב ע"ב): מה לי חבל בגופו, מה לי חבל בממונו" (והשווה שו"ת הרא"ש, כלל פט, סימן ד, השולל גישה זו, משום ש"כל אחד שמירת גופו עליו הוא ואינו מחוייב בשמירת חבירו, ואפילו... השואל גוף חברו לעשות לו מלאכתו, אינו חייב באונס גופו, אם נשבה או נשבר רגלו במלאכתו"). וראה להלן, הערה 34.

נשאלת השאלה: מדוע מציין 'הגהות מרדכי' שהתפיסה נעשתה ש"לא בסבת שמעון [השולח]"? לאור דברי המבי"ט, שהובאו לעיל, ההסבר לכך הוא, שאם השולח הוא הגורם לתפיסה, יש לחייבו, אפילו הייתה השליחות בתמורה, בדומה לפסקו של מהר"ם מרוטנבורג ביחס לערב. ואכן כך ביאר המבי"ט עצמו (ראה לעיל, הערה 30) את דברי הגהות מרדכי: "[לדברי] בעל ההגהה הוא חייב, שכתב שאם הלך בשליחות שמעון ונתפס בדרך שלא בסבת שמעון, שאינו חייב לפדותו, נר' כי אם היה בסבת שמעון, חייב לפדותו אפי' הלך בשכר".

ואולם השווה שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן נב, שהבין אחרת לגמרי את הסייג של הגהות מרדכי ("שלא בסבת שמעון"). לדעתו, בהדגישו שהנזק אירע "שלא בסבת שמעון", מתכוון 'הגהות מרדכי' לומר שהנזק לא אירע "מחמת השליחות". כי אם אירע הנזק מחמת השליחות, היה השולח פטור מאחריות כדין שואל, שהוא פטור ב"מתה מחמת מלאכה" (בדומה למה שנפסק בשולחן ערוך, חו"מ, סימן שמ, סעיף ג: "השואל בהמה מחבירו לילך דרך ידוע, ובאו עליו לסטים באותו הדרך או חיות רעות, ואנסוה ממנו, חשיב שפיר מתה מחמת מלאכה". אבל הרמ"א שם מציין שיש חולקים על זה "דהרי אף בלא הליכת הדרך איפשר שיבא לה אונס כזה", ועל כן אינם מחילים על כגון זה דין "מתה מחמת מלאכה". וכך נקט כנראה המבי"ט בדעת 'הגהות מרדכי'). אשר על כן, לדעתו אין מחלוקת בין 'הגהות מרדכי' לבין הרשב"א (לעיל, הערה 21), וגם הרשב"א מודה שיש לשולח אחריות על השליח בחינם כדין שואל, אלא שדברי הרשב"א אמורים בשליח שניזוק מחמת השליחות, ולכן הוא פטור כדין "מתה מחמת מאלכה", ואילו דברי 'הגהות מרדכי' אמורים בשליח שניזוק בלא קשר לשליחות, ולכן השולח חייב כדין שואל שאירע לו אונס שלא מחמת המלאכה. אולם קשה להלום את דברי 'חתם סופר' בפירוש שיטת הרשב"א, שכן הרשב"א אינו מזכיר את דיני השומרים כלל אלא את דיני הנזיקין (שאין כאן אלא גרמא בעלמא).

34 בהערה 33, ראינו שבהתאם להשקפתו 'הגהות מרדכי' פוסק שהשולח חייב לפדות את השליח, אם הלה

אינו נושא באחריות לנזק שהיה קורה לשליח גם לולי השליחות, כגון שהנזק אירע במקום שהשליח היה אמור בין כך ובין כך להימצא בו[35] [36].

נפל בשבי תוך כדי ביצוע שליחותו. ונשאלת השאלה: סוף סוף נפילתו של השליח בשבי גם היא אינה אלא נזק ממוני, שהרי הוא יכול להשתחרר תמורת תשלום כופר (ראה: רמ"א, חו"מ, סימן קסג, סעיף ג, הגה"ה שלישית; סמ"ע, שם, ס"ק יח)? ואכן שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן נב, טוען שהחיוב מוטל על השולח רק כששאלת פדייתו הופכת לעניין של דיני נפשות. כך הוא מדייק מדברי מהר"ם מרוטנבורג, המובא במרדכי, בבא מציעא, פרק השוכר את הפועלים, סימן שסז, הפוסק שהשולח חייב לפדות את השליח רק כשאין לשליח כסף משלו: "דלאו כל הימנו שיעשיר את עצמו ויפיל את בנו [השליח] על הציבור... כיון שהלך בשליחותו. אם כן היה גופו שאול לאביו [השולח] ומיחייב לפדותו בכדי דמיו דלא גרע מבהמתו, דקיימא לן שומר חינם שהיה לו לקדם ברועים ובמקלות בחינם, ושומר שכר בשכר... אם כן שואל נמי יש לו לקדם ברועים ובמקלות בשכר, ולא יטול כלום מבעל הבית, וכל שכן שאלת גופו, דשייך ביה שאלה בגוף בעלים". ולעומת זה: "היכא דיש לו [כסף] לבן, אם האב חייב לפדותו כשהוא שואל גופו למלאכתו, צריך עיון". 'חתם סופר' מבאר את דברי מהר"ם מרוטנבורג, שאם יש לשליח כסף לפדות את עצמו, הרי שיש כאן נזק ממוני בלבד. לעומת זאת, במקום שאין לו כסף, המאסר הופך להיות הפסד גופו ("שבי קשה מכולם"). וראה שו"ת מהרי"ק, שורש קלא: "וכן נמי משמע דדוקא בפדיון גופו איכא למימר דחייב משום שהיה גוף הבן שאול לאב. אבל אם היה ארעו אונס בממונו, כגון שהיה לו זהובים בכיסו ובאו עליו לסטים ונטלו ממנו, פשיטא ליה למהר"ם דלא הוה מחייב האב בתשלומי נזקן". וראה שו"ת מהרי"ק, שורש קנה, ד"ה ואשר: "ועוד דהתם שהיה גוף הבן נתפס הוה שייך למימר דחייב האב בהשבת גופו. אבל הכא לא מבעיא בבושת וצער, דלא שייך הא טעמא, דלא הוי אלא גרמא בעלמא, אלא אפילו במה שנתפס שמעון שם אין נראה לחייב ראובן, מאחר שכבר יצא שמעון מתפיסתו, ודמי למבריח ארי". על ההבחנה בין גוף וממון לשיטת 'הגהות מרדכי' העירו גם: סמ"ע, חו"מ, סימן קפח, ס"ק יא; שו"ת שתי הלחם (לר' משה חגיז), סימן ו, ד"ה תשובה אין המשלח. והשווה ט"ז, חו"מ, סימן קעו, סעיף מח. וראה עוד בעניין זה: שו"ת יורו משפטיך ליעקב, סימן צו; שו"ת אורים גדולים, סימן מ, לימוד ריד (הוא סבור שכל אימת שנתפס גופו של השליח, אף אם יכול לשחרר את עצמו תמורת כסף, הרי זה נקרא פגיעה בגופו ולא בממונו).

יש להעיר שעצם הניסיון להתאים את דברי מהר"ם מרוטנבורג לדברי 'הגהות מרדכי' אינו נקי מספקות, שכן מדבריו נראה שהכרעתו לחייב את השולח לפדות את השליח יסודה בעובדה שהשולח היה אביו של השליח. וכבר העיר על כך בית יוסף, חו"מ, סימן קפח, מחודש ו, ד"ה כתוב בתשובות, אך ציין שמדברי שו"ת מהרי"ק, סוף שורש קנה, נראה שהבין שמהר"ם היה מחייבו בפדיון גם אם לא היה אביו. והשווה שו"ת שארית יוסף (לר' יוסף כ"ץ, גיסו של הרמ"א), סימן עט: "והמעיין במהרי"ק שורש קל"א וקנ"ה משמע שהוא משום אביו". בכך יש ליישב לדעתו את הסתירה שבין פסק זה, ולפיו משמע שהחיוב אפילו בשליח בשכר, לבין פסק 'הגהות מרדכי', ולפיו החיוב הינו רק בשליח בחינם.

[35] ראה שו"ת מהרי"ק, שורש קנה, ד"ה ואשר (בסופו).

[36] האחרונים הצביעו על קשיים עיוניים בדברי 'הגהות מרדכי' (אפשר שמחמת קשיים אלה דעתו אינה מקובלת על הרשב"א, לעיל, הערה 21):

(א) התלמוד קובע (בבא מציעא נז ע"ב) שדיני שומרים אינם חלים על העבדים. לכאורה, המשמעות הפשוטה של דבריהם היא שכללי האחריות החלים על השומר אינם תקפים כאשר מושא השמירה הוא אדם (בין שהוא עבד ובין שהוא בן חורין). אולם מדברי 'הגהות מרדכי', עולה שרק העבדים הוצאו מכלל דיני השומרים, אשר על כן יחולו דיני השאילה ביחס לשליח בחינם. לשאלה אם אדם בן חורין יכול להיות מושא לשמירה, ראה: בית מאיר, אבן העזר, סוף סימן פ; חידושי מחנה אפרים על הרמב"ם, הלכות שכירות, פרק ב, הלכה א; נתיבות המשפט, סימן קעו, ס"ק ס. למקורות רבים נוספים, ראה ב' כהנא, חוק לישראל, שומרים, ירושלים תשנ"ט, עמ' 47-48; שם, מילואים, עמ' 695-696.

(ב) כלל הוא בדיני השומרים שהשואל אינו נושא באחריות אם המשאיל מועסק על ידו ("בעליו עמו". ראה סעיף 1, ליד ציון הערה 111). אם כן, נשאלת השאלה: מדוע לא יחול פטור זה על השולח, שהרי השליח (המשאיל את עצמו) מועסק על ידו לצורך ביצוע השליחות? קושיה זו הקשו: שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן תלה (בסופו); שו"ת חכם צבי, ליקוטי תשובות, סימן קכט (מובא בשו"ת שתי הלחם (לר' משה חגיז),

סעיף 11: שיפוי

יש לציין שאף כאשר השולח פטור מבחינה משפטית מלשלם פיצויים לשלוחו על הנזקים שנגרמו לו עקב שליחותו, עמדו הפוסקים[37] על אחריותו המוסרית לעשות כן. הרב ויינברג[38] אף הרחיק לכת יותר, ופסק משיקול מוסרי זה: "יושיבו בית דין של שלושה, והם ישומו בכמה חייב הבעל הבית [השולח] להשתתף, והכל לפי ראות הדיינים".

פרק רביעי

שכר השליחות

זכותו של השליח לשכר אינה מפורשת בחוק השליחות. לדעת ברק[39], עניין זה אינו מוזכר בחוק בכוונה, משום ש"המטרה הינה כי שאלת השכר תיקבע בחלקי הקודקס האזרחי הישראלי העוסקים בסוגים השונים של מבצעי שירות"[40].

סימן ו). וראה שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן נב, הדוחה את הקושיה, "כיון שאינו ממש כמו בממון, דהוה תרי גופות, הבעלים והחפץ. אבל הכא הכל חד גופא, לא מצינו כיוצא בזה. אף על גב דאין שום סברא לחלק ביניהם, מכל מקום, כיון שגוף הדין ד'שאילה בבעלים' הוא גזירת הכתוב בלי שום טעם 'היה עמו בשעת שכירות ולא בשעת מלאכה פטור', ומאי טעמא לזה? ואם כן יש לומר: אין לך בו אלא חדושו".

(ג) ראה ט"ז, חו"מ, סימן קעו, סעיף מח: "ויש חולקים דהא לא קיבל עליו שמירת גופו".

37 שו"ת מהר"י וייל, סימן קכה, דן בשליח שנהרג תוך כדי שליחותו, ופוסק שהשולח צריך לקבל על עצמו כפרה. הוא מסיק זאת בקל וחומר ממה שמובא בסנהדרין צה ע"א בעניין אחריותו המוסרית של דוד על הריגת נוב עיר הכהנים (והובאו דבריו בהסכמה בשו"ת מהרש"ל, סימן צו, ובשו"ת מהר"ם מלובלין, סימן מד). וכן כתב גם מדעת עצמו באר שבע (איילינבורג), סנהדרין צה ע"א, ד"ה על ידך נהרג נוב עיר הכהנים. והשווה שו"ת צמח צדק (קרוכמל), סימן ו, החולק להלכה על מהר"י וייל כשהשליחות הייתה בשכר (אם כי בסיום תשובתו אינו מעז לחלוק עליו הלכה למעשה). הוא מסתמך על סוגיית בבא מציעא קיב ע"א, שהביא הרשב"א לעיל, ליד ציון הערה 22 ("שעל שכרו עלה בכותל ונתלה באילן"). והשווה שו"ת יד אליהו (מלובלין), סימן כח, ד"ה ומ"ש עוד, שדחה את ראייתו של 'צמח צדק'. ובד"ה ובר מן דין, הוסיף שאפילו לשיטת 'צמח צדק', אם השולח היה מודע לסכנה שהוא מכניס בה את השליח (כמו שהיה במקרה שנידון לפניו, שהשולח הכריח את משרתו ללכת ליריד למרות הסופה והקור, אף שהלה התחנן על נפשו, ובחזרתו מת השליח מקור), אין ספק שעוון בידו וזקוק הוא לכפרה. וראה גם שו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, אורח חיים, סימן לד, המזכיר את המחלוקת בין מהר"י וייל ו'צמח צדק' ונוקט גישת ביניים. לדעתו, אם יזמת השליחות הייתה של השליח, הרי שיש לסייג את אחריותו המוסרית של השולח, וכן הוא כאשר השליח פעל לטובת עצמו. והשווה שו"ת אבני נזר, יורה דעה, סימן תעח. באופן תמוה הוא מבקש לתלות את העניין בשאלת מהות השליחות, ומאחר שלדעתו עניינה של השליחות הוא ייחוס הפעולה (ראה לעיל, סעיף 2, ליד ציון הערה 31), השולח נחשב כמי שהכניס את שלוחו לסכנה בעצמו, ולכן זקוק הוא לכפרה. בהתאם לכך הוא סבור גם שהשולח אינו זקוק לכפרה לכולי עלמא אם ניזוק השליח בדרכו חזרה לאחר שסיים את שליחותו. וראה עוד: שו"ת חלקת יעקב (ברייש), אורח חיים, סימן ריח; משפטי התורה (שפיץ), חלק א, ירושלים תשנ"ח, סימן צח. וראה: ש' ורהפטיג, דיני עבודה במשפט העברי, ירושלים תשמ"ב, עמ' 945־950; י' אונגר, חוק לישראל, נאמנות בנכסים, ירושלים תש"ע, עמ' 182־183.

38 ראה תשובתו המובאת לעיל, הערה 31, בד"ה מ"מ נראה.

39 ראה ברק, סעיף 840.

40 ואכן ראה הצעת חוק דיני ממונות, התשע"א־2011, המגדיר חוזה שירות כ"חוזה בין מזמין לנותן שירות, למתן שירות בשכר" (סעיף 212) וקובע ש"המזמין ישלם לנותן השירות את השכר בעד מתן השירות" (סעיף 216), וזאת "עם השלמת השירות" (סעיף 217). אף שכאמור חוזה שירות הוגדר כחוזה "למתן שירות

על פי רוב, שכרו של השליח נקבע בחוזה (במפורש או מכללא)[41]. אולם החיוב המוטל על המעסיק את חברו לשלם לו את שכרו קיים גם אם לא סוכם על כך מראש, ואין פטור מתשלום אלא אם סוכם על כך מראש (במפורש או מכללא). כך למשל פוסק הרמ"א[42]: "אחד שאמר למלמד 'למד עם בני', ולא קצב לו שכירות, צריך ליתן לו כפי מה שנותנים אחרים"[43]. לדעת ר' שלמה קלוגר[44], דין זה נכון לענייננו, גם אם השולח לא ציפה, עקב טיב הקשרים שבינו ובין השליח, שהלה יתבע ממנו שכר[45]. עם זאת, הוא מסייג את דבריו, וקובע שעושה הפעולה זכאי לשכר רק בגין פעולה שאין דרך לעשותה חינם, ואינו זכאי לשכר בגין פעולות שדרכן של הבריות "להתחסד זה עם זה"[46]. בהיעדר חוזה מפורש, יש לבחון אפוא את המנהג המקובל בכל שליחות לגופה.

הוא הדין לעניין הקשר בין הזכות לשכר לבין סיומה המוצלח של השליחות. יש פעולות שהתשלום עבורן נקבע בהתאם לטרחת השליח (דין פועל), ויש פעולות שהתשלום עבורן נקבע בהתאם לתוצאה של פעולת השליחות (דין קבלן)[47].

אם סטה השליח מהוראות שולחו, אף אם כתוצאה מכך הוא גרם רווח לשולח, אין הוא

בשכר", יש להניח שבהיעדר הסכם מפורש בין הצדדים, ייחשב השכר כמוסכם מכללא בין המזמין לנותן השירות, אלא אם כן הוכח אחרת.

41 וראה שו"ת מהרי"ל דיסקין, חלק א, קונטרס ספקות ופסקים, אות רכב, הדן באדם ששכר שליח לעשות לו שליחות במקום פלוני, ותוך כדי ביצוע השליחות, התברר לו שאין לו עוד צורך בה, ושלח שליח אחר כדי להודיעו, אבל השליח השני התרשל ולא הודיע לשליח הראשון, ועשה הלה את שליחותו, והוא תובע את שכרו. מהרי"ל דיסקין פוסק שאף שהשולח נאנס (בשל רשלנות השליח השני), אין בכך כדי לפטור את השולח מתשלום שכר השליחות של הראשון, ומבחין בין המקרה הזה לבין מה שפסק הרמ"א, חו"מ, סימן שלה, סעיף ב, שם מנע האונס את ביצוע השליחות, ולכן פטר את השולח מתשלום. וראה בעניין זה, א' שיינפלד, חוק לישראל, תרופות בשל הפרת חוזה, סעיף 18 (בהכנה).

42 רמ"א, חו"מ, סימן שלה, סעיף א.

43 יתרה מזו, הרמ"א, חו"מ, סימן רסד, סעיף ד, פוסק על פי הר"ן, כתובות סג ע"א (בדפי הרי"ף), ד"ה קי"ל כחנן, ש"כל אדם שעושה עם חבירו פעולה או טובה [גם אם לא קדמה לכך פנייה ממקבל טובת ההנאה], לא יוכל לומר 'בחנם עשית עמדי, הואיל ולא ציויתיך', אלא צריך ליתן לו שכרו". ואולם תנאי לכך הוא שהפעולה משביחה את הנכס (ראה נתיבות המשפט, שם, ס"ק ז).

44 חכמת שלמה, חו"מ, סימן קפה, סעיף א.

45 שאלת השכר משפיעה על אחריותו של השליח על פי דיני השומרים: אם השליח זכאי לשכר (ובהנחה שבדעתו לתבוע אותו), הרי הוא מוגדר כשומר שכר, ומוטלת עליו אחריות גדולה יותר משומר חינם. ואולם יש הסוברים שאם השומר אינו נוטל שכר על שמירה זו בדרך כלל, הוא נחשב שומר חינם, וזאת גם אם אחרים רגילים ליטול עליה שכר. ראה על כך ב' כהנא, חוק לישראל, שומרים, ירושלים תשנ"ט, עמ' 72־73; שם, מילואים לסעיף 1(ג), הערות 37־39, עמ' 721.

46 כגון שמירה שאין בה כל טורח.

יש לציין שהשליח אינו זכאי לשכר אם שליחותו הייתה לדבר עברה. ראה: שו"ת הרשב"א, חלק ד, סימן ב; שו"ת מערכי לב (צירלסון), סימן קיג; שו"ת מנחת הקומץ, סימן קטז. וראה א' שוחטמן, מעשה הבא בעברה, ירושלים תשמ"א, עמ' 252, הערה 380, הדן בדבריהם. אבל השווה שו"ת יד רמ"ה (סאלאוויי), סימן פב.

47 ראה שו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, חו"מ, סימן ל, אות ט: "אבל בדין שבין השליח והמשלח או בין המורשה להמרשה, אם רוצים לחזור בהם, פשוט שהשליח או המורשה דין פועל או קבלן יש להם: אם המה לזמן ידוע, דינם כפועל; ואם לאו, דינם כקבלן". להבחנה בין פועל לבין קבלן, ראה עוד לעיל, סעיף 1, הערה 248.

זכאי לתוספת על השכר המוסכם[48]. אם כתוצאה מן הסטייה הרוויח השולח פחות מן הצפוי, ואין צריך לומר אם נגרם לו הפסד, השליח מפסיד את השכר המוסכם[49], ואינו זכאי אלא להשבת הוצאותיו (כולל שכר ראוי) בהתאם לעקרונות דין "נהנה" ("עשיית עושר ולא במשפט"), היינו עד גובה הנאתו של השולח.

פרק חמישי

סיכום

א. ממקורות המשפט העברי עולה כי על השולח לשפות את השליח על ההוצאות הסבירות שהוציא ועל ההתחייבויות שהתחייב בהן באופן סביר עקב השליחות. אין ספק שאפשר לבסס את חובת השיפוי על דין "נהנה" ("עשיית עושר ולא במשפט"), שהרי השולח נהנה מהוצאותיו של השליח. עם זאת, ראינו שאפשר לבסס את חובת השיפוי גם על דיני החוזים, שכן השולח נחשב כמי שהתחייב לכך מכללא. זכותו של השליח לשיפוי על פי דיני החוזים מקיפה יותר, משום שאינה כפופה לסייגים שבדיני "עשיית עושר ולא במשפט", שבהם חובת התשלום תלויה בהנאת הזוכה. כך לדוגמה, השליח זכאי לשיפוי בגין הוצאותיו והתחייבויותיו בין אם הצליחה שליחותו ובין אם נכשלה. כמו כן, השליח זכאי לשיפוי גם בגין הוצאות שהוציא להצלה מפני סיכון לא ודאי. ונשאלת השאלה: האם שליח בשכר זכאי גם הוא לשיפוי? או שמא השיפוי מגולם כבר בשכרו? התשובה לכך תלויה באומד דעת הצדדים, במנהג המקום ובגובה השכר שהוסכם עליו.

ב. העובדה שהשליח זכאי לשיפוי על הוצאותיו, אין פירושה שהוא זכאי גם לפיצוי על נזקים שנגרמו לו תוך כדי ביצוע השליחות, שכן בעוד שהוצאות השליח מקדמות את השגת השליחות, הרי נזקיו הם רק תוצאה ממנה. ואמנם לדעת הרשב"א[50], וכך פסק 'שולחן ערוך', השולח אינו חייב לפצות את השליח לא מכוח דיני הנזיקין, מפני שוודאי אינו נושא באחריות לנזק עקיף כל כך, ואף לא מכוח דיני החוזים, מפני שאין להניח שהשולח התחייב לכך מכללא. אמנם אם יוכח שהמנהג הוא לפצות בגין נזקים, יחויב השולח.

[48] ראה משפטי התורה (שפיץ), בבא מציעא, סימן עט (ברוקר שפעל בניגוד להוראות והרוויח). הוא מסיק זאת ממה שפסק הרמב"ם, הלכות שכירות, פרק ח, הלכה יד: "המקבל שדה לזורעה שומשמין וזרעה חטים [המכחישים פחות את השדה], ועשתה חטים ששוין כמה שהיא ראויה לעשות מן השומשמין, אין לו עליו אלא תרעומת... עשתה חטים יתר ממה שהיא ראויה לעשות מן השומשמין, חולקין לפי התנאי שביניהן, אף על פי שמשתכר בעל הקרקע". וכך נפסק בשולחן ערוך, חו"מ, סימן שכו, סעיף א. לדעת הסמ"ע, שם, ס"ק ב, והש"ך, שם, ס"ק א, התרעומת היא של המקבל (החוכר) על שבעל הבית אינו מוסיף לו שכר אף שהוא גרם לו רווח. אבל השווה: ט"ז, שם, וביאור הגר"א, ס"ק א, שהתרעומת היא של בעל הבית על שהחוכר סטה מהוראותיו. אמנם אם השליח טרח יותר מן המוסכם והביא בכך לרווח או לחיסכון לשולח, ייתכן שהוא זכאי לתוספת תשלום. ראה הרב הלל יצחק הלוי, משפטי הלוי, חלק ג, בני־ברק תשס"א, סימן טז (סוכן מכירות שחסך הוצאות ומבקש פיצוי כספי).

[49] וראה לעיל, בדיוננו על סעיף 9, הערה 217.

[50] לעיל, ליד ציון הערה 21.

המבי״ט מסייג את הלכת הרשב״א. לדעתו, הלכת הרשב״א אינה אמורה אלא בנסיבות שבהן הפגיעה בשליח הייתה מקרית, ואילו בנסיבות שבהן הפגיעה בשליח הייתה מכוונת באופן אישי נגד השולח (״מחמת המשלח״ ולא ״מחמת השליחות״), השליח זכאי לפיצוי. כך הוא מסיק על פי העיקרון הקובע שאדם המכניס את חברו למצב שהוא עלול לסבול נזק במקומו חייב לשפותו על הנזק שנגרם לו, אף על פי שהלה היה מודע לסכנה. נראה שהוא הדין גם כשמדובר בשליח בשכר (אלא אם כן הוסכם על שכר גבוה במיוחד, המגלם בתוכו את הסיכון שהשליח נטל על עצמו).

סייג נוסף לפטור השולח מציע בעל ׳הגהות מרדכי׳[51]. לדעתו, דין השולח כדין ״שואל״, שכן הוא שואל את גופו של השליח לביצוע השליחות. אשר על כן, כשם שהשואל אחראי לנזקי החפץ המושאל אף בנסיבות של כוח עליון (״אונס״), כך השולח נושא באחריות לנזקי השליח, יהיו נסיבות הנזק אשר יהיו. אמנם חיוב זה מסויג, שכן השולח אינו נושא באחריות אלא אם פעל השליח שלא בתמורה (שאם פעל השליח בתמורה, השולח נחשב ל״שוכר״, והוא פטור באונס); הוא אינו נושא באחריות אלא לנזקי גופו של השליח (שכן ממונו אינו שאול בידו); והוא אינו נושא באחריות בגין נזקים שהיו קורים לו גם לולא השליחות.

ג. השליח זכאי לשכר בגין שליחותו, כל זמן שלא סוכם אחרת, במפורש או מכללא, אלא אם כן נהוג לעשות את השליחות בחינם, כגון שהפעולה נושא השליחות היא פעולה שדרך הבריות ״להתחסד זה עם זה״.

פרק שישי

הצעת נוסח לפי המשפט העברי

לאור דברינו, ניסוח הסעיף מתאים למשפט העברי.

שיפוי 11. השולח חייב לשפות את השלוח על ההוצאות הסבירות שהוציא ועל ההתחייבויות שהתחייב בהן באופן סביר עקב השליחות.

[51] לעיל, ליד ציון הערה 32.

סעיף 14

סיום השליחות

סיום השליחות

14. (א) השליחות מסתיימת בביטולה על ידי השולח או השלוח, וכן במותו של אחד מהם, בגריעת כשרותו או בפשיטת רגלו או – אם היה תאגיד – בפירוקו.

(ב) הוראות סעיף זה לא יחולו אם ניתנה ההרשאה להבטחת זכותו של אדם אחר או של השלוח עצמו וזכותם תלויה בביצוע נושא השליחות.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 599

פרק שני: ביטול השליחות 600

א. ביטול על ידי השולח – "בביטולה על ידי השולח" 600

(1) כוח הביטול 600

(2) היסוד המשפטי של כוח הביטול ("אתי דיבור ומבטל דיבור") 602

(3) דרכי הביטול ותנאיו 607

(א) מבוא 607

(ב) אמירה מפורשת 607

(ג) חלופות לאמירה מפורשת 613

1. מבוא 613

2. פעולה שמשתמעת ממנה כוונת ביטול 614

3. כתיבה ורמיזה 618

(ד) ביטול השליחות לפני כניסתה לתוקף 621

(ה) בפני מי מבטלים? 622

(ו) סיכום 624

(4) עיכוב השליחות (להבדיל מביטולה) 626

(א) מבוא 626

(ב) חובת הנאמנות 626

(ג) חזרת השולח ממטרת השליחות 627

ב. ביטול על ידי השליח – "בביטולה על ידי... השלוח" 633

(1) מבוא 633

(2) הסוגיה התלמודית ("עקר שליח לשליחותיה") 634

(א) גישה א: השליחות נסתיימה מכוח ביטולה על ידי השליח 636

1. כוח הביטול 636

2. היסוד המשפטי של כוח הביטול 639

3. דרך הביטול 640

4. ביטול שליחות לפני כניסתה לתוקף 641

(ב) גישה ב: השליחות לא נתקיימה עקב החריגה מהוראות השולח 642

פרק שלישי: מוות – "במותו של אחד מהם" 645

א. מות השולח 645

(1) סיום השליחות 645

(2) יחסי יורש־שליח 648

(א) השליח כאפוטרופוס 648

(ב) היורש כשולח מכללא 649

ב. מות השליח 650

פרק רביעי: גריעת כשרות משפטית ("נשתטה") – "ובגריעת כשרותו" 650

א. נשתטה השולח 650

(1) מבוא 650

(2) אי־סיום השליחות 652

(3) דין השליחות בתקופת גריעת הכשרות 654

(א) כללי 654

(ב) עיכוב שליחות לגירושין (הסוגיה התלמודית) 655

(ג) הרחבת העיכוב לכל שליחות 656

(ד) צמצום העיכוב לשליחות לגירושין בלבד 657

1. תקנה: "שמא יאמרו שוטה מגרש" 657

2. ייחודה של שליחות להולכת הגט 661

ב. נשתטה השליח 662

פרק חמישי: פשיטת רגל – "בפשיטת רגלו" 663

פרק שישי: פירוק תאגיד – "אם היה תאגיד בפירוקו" 664

פרק שביעי: סייג לסיום השליחות – ס"ק (ב) 665

א. "הרשאה להבטחת זכותו של אדם אחר" 665

ב. דרכים למניעת ביטול השליחות 666

(1) ביטול מראש של הביטול 666

(2) הקניית מושא השליחות 668

פרק שמיני: סיכום 669

פרק תשיעי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 671

נספח ראשון: מסירת "מודעה" על השליחות 672

א. מבוא 672

ב. גישה א: ראיה להיעדר גמירות דעת בשעת ביצוע הפעולה 672

ג. גישה ב: ביטול מוקדם 673

ד. גילוי דעת או אמירה מפורשת? 675

נספח שני: נשתטה השולח – סוגיית התלמוד הירושלמי 676

א. מבוא 676

ב. הרחבת המחלוקת גם ביחס לשוטה 677

הסבר א: מעמדו המשפטי של השוטה 678

הסבר ב: רצונו של הבעל כתנאי להמשך השליחות בגט 680

פרק ראשון

מבוא

לאחר שבסעיפים 8־13 הסדיר החוק את מערכת יחסי הפנים של השליחות, היינו את חובותיהם ואת זכויותיהם ההדדיות של השולח והשליח, הוא עובר לדון בסוגיית סיום השליחות. סעיף 14(א) קובע שהשליחות ניתנת לסיום, ומונה את הדרכים לכך.

כשם שסעיף 3 קובע שהשליחות נוצרת בהבעת רצון חד־צדדית של השולח, כך סעיף 14(א) קובע שהשליחות מסתיימת באופן חד־צדדי על ידי השולח. יש שהסיום בא ביזמתו, כגון בביטול, ויש שהסיום בא בעל כורחו, כגון עקב מות אחד מן הצדדים או גריעת כשרותו המשפטית או פשיטת רגל של אחד מהם[1]. ואף שהשליח אינו צד ביצירת השליחות, החוק קובע שדרכי סיום אלה חלים גם על השליח.

לכאורה, שאלת סיום השליחות קשורה בשאלת מהותה של השליחות. ואכן, בתחילת דברי הפרשנות שלו לסעיף זה, ברק[2] מבהיר שוב את מהות השליחות ואת מטרותיה: "ביסוד השליחות על פי החוק עומד הקשר האישי וההבנה ההדדית שבין השולח לבין השלוח. על כן, אם אחד מהם מבקש להפסיק את הקשר – הכוח בידיו לעשות כן. מות אחד מהצדדים, גריעת כושרו או פשיטת רגלו, משנים את המצב ההתחלתי. הקשר הישן אינו קיים עוד". משום כך מובן מדוע מביאים מאורעות אלה לסיומה של השליחות.

סעיף 14(ב) וסעיף 15 מסייגים את סעיף 14(א), וקובעים שפעמים אין השליחות מסתיימת, אף על פי שקרה המאורע שאמור היה להביא לסיומה. סעיף קטן 14(ב) מסייג את סיום השליחות בש"ניתנה ההרשאה להבטחת זכותו של אדם אחר או של השליח עצמו וזכותם תלויה בביצוע נושא השליחות" (והוא קובע בכך ייפוי כוח בלתי חוזר); וסעיף 15 מסייג את התוצאות המשפטיות של הסיום, כאשר השליח או הצד השלישי המשיכו בתום לב לפעול במסגרת השליחות, כיוון שלא ידעו שכבר נסתיימה.

בדיוננו להלן, נבחן תחילה את האפשרות לבטל חד־צדדית את השליחות ואת יסודה המשפטי, ובתוך כך, נעמוד על הדרישה שהביטול ייאמר במפורש (ושאין די בגילוי דעת בעלמא). כמו כן נעסוק בשאלה אם הצדדים יכולים ליצור שליחות שאינה ניתנת לביטול (ייפוי כוח בלתי חוזר). בהמשך נעבור לדון במאורעות האחרים שהסעיף רואה אותם כמביאים לסיום השליחות: מותו של אחד הצדדים או גריעת כשרותו המשפטית או פשיטת רגל שלו, ונראה

[1] ברק, סעיף 878, מציין ש"רשימה זו [ביטול, מוות, גריעת כשרות, פשיטת רגל ופירוק תאגיד], בוודאי אינה רשימה סגורה של מקרים בהם באה השליחות לקיצה. אך טבעי הוא כי במקום שהשליחות נוצרה על ידי חוזה שבין השולח לבין השלוח, היא תבוא לסיומה בכל אחת מהדרכים בהם חוזה בא לסיומו. אם השולח קבע מראש מועד לסיום השליחות, השליחות מסתיימת במועד זה ללא כל צורך בפעולה נוספת... כאשר השליחות באה להגשים פעולה משפטית פלונית, וזו הוגשמה – בין על ידי השלוח ובין שלא על ידיו – השליחות באה על סיומה".

[2] ראה ברק, סעיף 877.

אם המשפט העברי רואה בהם מאורעות המביאים לסיום השליחות. עוד נעסוק בבעיה המיוחדת של סיום השליחות בפירוק חברה או תאגיד, כשעברו מן העולם רק הגופים המשפטיים, ואילו האנשים העומדים מאחוריהם ממשיכים להתקיים. לבסוף, נדון בסייגים לסיום השליחות.

פרק שני

ביטול השליחות

א. ביטול על ידי השולח – "בביטולה על ידי השולח"

(1) כוח הביטול

כבר מן המקורות התנאיים עולה בבירור כי השולח יכול לבטל את השליחות לאחר מינוי השליח. כידוע, לעניין הפרשת תרומה באמצעות שליח[3], המשנה[4] קובעת: "הרשה את בן ביתו... לתרום, תרומתו תרומה. ביטל [את השליחות]: אם עד שלא תרם ביטל, אין תרומתו תרומה; ואם משתרם ביטל, תרומתו תרומה". כלומר, אם הביטול קדם להפרשה, אין תוקף למעשהו של השליח, לפי שהשליח פעל בלא הרשאה. מכאן שברור למשנה שהשליחות ניתנת לביטול[5].

מקור נוסף שממנו עולה כי השולח יכול לבטל את השליחות נמצא במשנה שעניינה שליחות לגירושין[6]: "השולח גט לאשתו, והגיע בשליח [=מצא את השליח לפני שביצע את שליחותו] או ששלח אחריו שליח, ואמר לו 'גט שנתתי לך בטל הוא' – הרי זה בטל. קדם אצל אשתו

[3] ראה קידושין מא ע"א.

[4] משנה, תרומות ג, ד.

[5] נזכיר בקצרה שאמנם יש מחלוקת בראשונים ובאחרונים באיזו דרך יכול אדם להפריש תרומות ומעשרות על ידי אדם אחר. יש אומרים שלהפרשה על ידי אחר יש צורך במינוי שליח (ראה: קצות החושן, סימן רמג, ס"ק ח; מרכבת המשנה, מהדורא קמא, הלכות גירושין, פרק ו, הלכה ג; שו"ת עונג יום טוב, סימנים קח-קט; שו"ת הר צבי, זרעים, חלק א, סימנים ז-ח). אחרים סבורים שאין צורך במינוי שליח, והמפריש נחשב כמי שפועל בשליחותו של בעל התבואה מכוח הכלל "זכין לאדם שלא בפניו" (ראה: תרומת הדשן, שו"ת, סימן קפח; מחנה אפרים, הלכות זכייה ומתנה, סימן ו, ד"ה העולה; ערוך השולחן, יורה דעה, סימן שכח, סעיפים ו-ז; ערוך השולחן העתיד, זרעים, סימן סג, סעיף ט). ויש הסוברים שדי שבעל הבית מעוניין בהפרשה בלא צורך להיזקק לדיני השליחות (ראה: מעדני ארץ, תרומות, פרק ד, הלכה א והלכה ג; שו"ת מנחת שלמה (אוירבך), מהדורא תניינא, סימן קז, פרק א). לגישה האומרת שאין צורך להיזקק לדיני השליחות, קשה, שהרי לפי הגמרא בקידושין, שם, הפרשת תרומה על ידי שליח היא אחד המקורות לדיני השליחות? מקצת מן האחרונים עמדו על קושי זה (ראה: שו"ת הר צבי, אורח חיים, חלק ב, סימן ד, ד"ה אבל לאחר; שו"ת ציץ אליעזר, חלק י, סימן לט, אות יז), ותורף דבריהם הוא שאמנם אפשר להפריש תרומה לאחר גם שלא מדין שליחות, אלא שאז בעל התבואה מפסיד את זכותו בקיום המצווה. אשר על כן, אם הוא ממנה שליח, ההנחה היא שהוא עושה כך בדווקא, ולא תועיל הפרשה של אדם אחר, כדי שלא יפסיד את המצווה. וראה שו"ת הר צבי, שם, ד"ה ונהדר לדידן, שלפי זה ראיית התלמוד בענייננו (אפשרות ביטול השליחות) מתרומה נכונה גם לגישה האומרת שלהפרשת תרומה על ידי אחר אין צורך במינוי שליח, שהרי המשנה עוסקת באופן שהיה מינוי.

[6] משנה, גיטין ד, א.

או ששלח אצלה שליח ואמר לה 'גט ששלחתי ליך בטל הוא' – הרי זה בטל. אם משהגיע גט לידה, שוב אינו יכול לבטלו". משנה זו קובעת במפורש שכל זמן שלא עשה השליח את שליחותו, יש בכוחו של הבעל לבטל את הגט ששלח בידו[7]. ואין לדחות ראיה זו בטענה שאין עניינה של המשנה בביטול השליחות, כי אם בביטול הגט[8], שכן התלמוד[9] אומר על משנה זו: "נהי דבטליה לשליחותא דשליח, גיטא גופיה מי קא בטיל?". כלומר, אף שהבעל ביטל את השליחות, הרי את הגט עצמו לא ביטל (ומשום כך מסיק התלמוד שהבעל יכול לחזור ולגרש את אשתו בגט זה עצמו). נמצא שממקור זה עולה גם שהשולח יכול לבטל את השליחות.

שני המקורות שהבאנו כאן מובאים בתלמוד[10] בהקשר למחלוקת בין רבי יוחנן לבין ריש לקיש בשאלה אם "אתי דיבור ומבטל דיבור". כלומר: האם יש בכוחו של דיבור לבטל מינוי שנעשה אף הוא בדיבור? לדעת רבי יוחנן: "אתי דיבור ומבטל דיבור [=בא דיבור (הביטול) ומבטל דיבור (המינוי)]"[11], ואילו לדעת ריש לקיש, אין אומרים "אתי דיבור ומבטל דיבור"[12]. כאמור, המקורות בעניין ביטול שליחות להפרשת תרומה וביטול שליחות לגטין מובאים על ידי התלמוד, משום שהם תומכים לכאורה בשיטת רבי יוחנן. ואכן, התלמוד משאיר את שיטת ריש לקיש ב"צריך עיון"[13]. על מחלוקת זו נעמוד בהמשך דברינו כשנדון ביסודו המשפטי של הכוח לבטל את השליחות.

מהמשך דברי המשנה בעניין ביטול שליחות בגיטין, עולה שכוחו של השולח לבטל את השליחות אינו מותנה בידיעת השליח או הצד השלישי, והוא יכול לבטל את השליחות גם שלא בפניהם[14]. וזה לשון המשנה[15]: "בראשונה, היה עושה [השולח] בית דין[16] במקום אחר [לא בנוכחות השליח], ומבטלו".

[7] אמנם המשנה קובעת לכאורה דרכי ביטול מחמירות, ואינה מסתפקת בביטול בפני עדים, אולם היא מסבירה שזוהי תקנה מיוחדת שתיקן רבן גמליאל כדי למנוע ממזרות (שכן אם הבעל יבטל את הגט בלא ידיעת האישה או השליח, היא עלולה להינשא לאיש אחר על סמך הגט הפסול וללדת ממזרים). וראה עוד להלן, ליד ציון הערה 108 ואילך.

[8] על ביטול גופו של הגט, ראה אנציקלופדיה תלמודית, כרך ג, עמ' פ, ערך בטול הגט.

[9] גיטין לב ע"ב. אך השווה נ' עמינח, "להתהוותן של הלכות בדין שליחות בגיטין", דיני ישראל ה (תשל"ד), עמ' 189, הטוען שמקורות המשנה אינם דנים בביטול השליחות אלא בביטול הגט, שכן עוד לא הוכרה אז השליחות כמושג מופשט, והדיון בביטול השליחות בזיקה למקורות אלה הוא חידוש מתקופת התלמוד, שנולד עם הפיכת השליחות למושג מופשט. שאלה היסטורית זו חורגת ממסגרת דיוננו בחיבור זה.

[10] קידושין נט ע"א־ע"ב.

[11] האחרונים דנים בשאלה אם ה"דיבור" המאוחר מבטל את ה"דיבור" המוקדם רק מכאן ולהבא או שמא הוא מבטל אותו מעיקרא, למפרע (כעין התרת נדר על ידי חכם, העוקר את הנדר מעיקרו. ראה ש"ך, חו"מ, סימן רנה, ס"ק ו, ד"ה ולפי מ"ש דהקדש, שהתרת החכם את הנדר מבוססת על הכלל "אתי דיבור ומבטל דיבור"). ראה: חלקת יואב, אבן העזר, סימן כא; שערי יושר, שער ה, פרק כב; קובץ הערות למסכת יבמות, סימן עו, אות יב; קובץ שיעורים, חלק ב, סימן מב, אות ג; קהילות יעקב (קנייבסקי), גיטין, סימן כה. על נפקויות משפטיות בין הגישות נצביע להלן, הערה 123.

[12] כך על פי ההבנה השנייה של המחלוקת בין רבי יוחנן לבין ריש לקיש, כפי שהיא מובאת שם נט ע"ב, בשם רב זביד. לפי ההבנה הראשונה, ריש לקיש מסכים שבעיקרון השליחות ניתנת לביטול, ובלבד שמינוי השליח היה רק בדיבור ולא במעשה, אבל בקידושין, לדוגמה, העובדה שנמסר לשליח כסף הקידושין הופכת את המינוי ל"מעשה", שאין בכוח דיבור לבטלו.

[13] כיצד בכל זאת מתיישבים דברי ריש לקיש לאור מקורות אלו, ראה להלן, הערות 26, 28.

[14] לשאלה אם שליחות לדבר עברה ניתנת גם היא לביטול שלא בפני השליח (על הנסיבות שבהן "יש שליחות

נדגיש מיד. אף על פי שיש כוח בידי השולח לבטל את השליחות שלא בפני השליח, חזקה היא שהוא אינו עושה כן. וכפי שקובע הראב"ד[17], כשם ש"חזקה – שליח עושה שליחותו", כך "חזקה – בעל הבית מעמידו בשליח".

עם כל זה, מובן שעצם קיומה של האפשרות לבטל את השליחות שלא בנוכחות השליח עלולה לגרום לתוצאות קשות. כך לדוגמה בדיני גטין. אם האישה אינה יודעת שהגט שבידה חסר תוקף, היא עלולה להינשא בתום לב לאיש אחר וללדת ילדים ממזרים. להלן, עמ' 622, ובסעיף 15 לחוק, פרק שלישי, נעמוד על הדרכים המעשיות להתמודד עם חשש זה.

(2) יסודו המשפטי של כוח הביטול ("אתי דיבור ומבטל דיבור")

כפי שהזכרנו לעיל[18], מסוגיית התלמוד עולה לכאורה ששאלת תוקף הביטול בדיבור בעלמא שנויה במחלוקת אמוראים. לדעת רבי יוחנן, ניתן לבטל את השליחות בדיבור ("אתי דיבור ומבטל דיבור"), ואילו לדעת ריש לקיש, לא ניתן לבטל שליחות בדיבור ("לא אתי דיבור ומבטל דיבור"). מחלוקת זו עולה בהקשר לדיון במשנה הבאה[19]: "וכן האישה שנתנה רשות לשלוחה לקדשה, והלכה וקדשה את עצמה, אם שלה קדמה, קידושיה קידושין". התלמוד[20] שואל: מה הדין אם לא נתקדשה האישה לאיש אחר, אבל חזרה בה מרצונה להתקדש על ידי השליח? בעניין זה, נחלקו רבי יוחנן וריש לקיש.

מתוך עיון בסוגיית התלמוד, נראה שהמחלוקת ביניהם ("אתי דיבור ומבטל דיבור") אינה מצומצמת לדיני השליחות בלבד, שכן התלמוד מחיל אותה גם על עניין אחר לגמרי, שאינו קשור לדיני השליחות כלל. נאמר במשנה[21]: "האומר לאישה 'הרי את מקודשת לי לאחר שלושים יום', ובא אחר וקידשה בתוך שלשים יום – מקודשת לשני". ושואל התלמוד[22]: מה הדין אם לא נתקדשה האישה לאחר, אלא חזרה בה[23] מהסכמתה לקידושין? האם במצב זה,

לדבר עבירה", ראה דיוננו לעיל, סעיף 1, פרק שלישי, ד, עמ' 26)? ראה דיוננו לעיל, סעיף 2, ליד ציון הערה 78.

[15] משנה, גיטין ד, ב.

[16] על טיבו של בית דין זה, נעמוד להלן, ליד ציון הערה 104.

[17] תשובות ופסקים לראב"ד (ירושלים תשנ"א), סימן קמא, ד"ה ועכשיו יש לנו לפרש (בעמ' קצב) [=תמים דעים, סימן סא, בסופו]. וראה על כך בהרחבה, להלן סעיף 15, פרק שלישי, א, עמ' 688.
מדברי חלק מן הפוסקים, עולה לכאורה שהחזקה שהשולח אינו מבטל את שליחותו יסודה בהנחה שהשולח הגון דיו כדי שלא לבטל את השליחות שלא בידיעת השליח ולגרום לתקלה. מכאן הם מסיקים שהמשומד אינו יכול לגרש את אשתו על ידי שליח, שכן יש לחשוש שיבטל את השליחות ויגרום לתקלה. ראה: שו"ת מהר"י וייל, סימן קכו; שם, סימן קצ, ד"ה נראה לי, בשם הסמ"ק; שו"ת מהרי"ל, סימן ק; תרומת הדשן, פסקים וכתבים, סימן מב. וראה רמ"א, אבן העזר, סימן קמ, סעיף יא, וסימן קמא, סעיף נט. ואולם ראה שו"ת עין יצחק, חלק ב, אבן העזר, סימן לח, אות ג, סימן מא, אות ט, וסימן מו, אות כג, המוכיח שדבריהם של פוסקים אלה לא נאמרו אלא לכתחילה, שכן מעיקר הדין החזקה אינה קשורה בהגינותו של השולח אלא בעובדה שאין זה שכיח שהשולח מבטל את השליחות.

[18] לעיל, ליד ציון הערה 10.

[19] משנה, קידושין ד, ט.

[20] כך מציג את השאלה רב זביד, קידושין נט ע"ב.

[21] משנה, קידושין ג, א.

[22] קידושין נט ע"א.

[23] ומה הדין ביחס לביטול על ידי הבעל? לדעת הרא"ש (הן בפסקיו, שם, פרק ג, סימן ג, ד"ה לא בא; הן בתוספותיו, קידושין נט ע"ב, ד"ה לא בא), דין הבעל כדין האישה (ראה בפסקיו אפשרות נוספת, ולפיה

מאחר שהקידושין עדיין לא נכנסו לתוקפם, יש בכוחה לחזור בה? או שמא מאחר שהליך הקידושין נכנס למסלולו, כבר לא ניתן לעצור אותו בדיבור בעלמא? התלמוד קובע שגם בעניין זה, נחלקו רבי יוחנן וריש לקיש[24].

התלמוד מניח אפוא שיש מכנה משותף בין שליחות לקידושין לבין קידושין לאחר שלושים יום, שבשניהם השאלה היא: האם די בדיבור לבטל פעולה משפטית[25] שנעשתה בדיבור, כל זמן שהתוצאה המשפטית של הפעולה לא נכנסה לתוקפה? זו השאלה שנחלקו בה רבי יוחנן וריש לקיש. ריש לקיש סובר שאין די בדיבור לעצור תהליך שנכנס למסלולו על ידי דיבור (אם כי הוא מודה שניתן לבטל את הדיבור על ידי מעשה[26]), ואילו

אליבא דלישנא קמא, הדיון הוא באישה דווקא. וראה קרבן נתנאל, שם, אות כ, והגהות הרד"ל על הרא"ש, שם, מה שכתבו לבאר את דבריו). ברם, לדעת המאירי, בית הבחירה, קידושין נח ע"ב, אם הבעל חזר בו, גם ריש לקיש מודה שהקידושין בטלים, וטעמו הוא: "שבודאי לכך התנה ואמר לאחר שלושים". וראה ביאור דבריו בספר המקנה (הורוביץ), שם.

24 כפי שעולה מסיום הסוגיה, קידושין נט ע"ב: "והילכתא כוותיה דרבי יוחנן ואפילו בקמייתא [=בראשונה]". כלומר, הלכה כרבי יוחנן גם ביחס לקידושין לאחר שלושים יום (שהיא המחלוקת הראשונה בסדר הופעתן בתלמוד). מכאן שרבי יוחנן וריש לקיש חולקים זה על זה גם ביחס לקידושין שתחולתם דחויה למועד מאוחר יותר.

25 זאת, להבדיל מדיבור שאינו יוצר פעולה משפטית אלא רק מאפשר את קיומה, כגון מוכר המורה לקונה: "לך חזק וקני". בכגון זה, מסתבר שריש לקיש יודה שהמוכר יכול לחזור בו.

26 לעיל, ליד ציון הערה 13, הבאנו את קושיית התלמוד על שיטת ריש לקיש מהמשניות בתרומות ובגיטין, שמהן עולה לכאורה ש"אתי דיבור ומבטל דיבור". הן התלמוד הבבלי (קידושין נט ע"א־ע"ב) הן התלמוד הירושלמי (תרומות, פרק ג, הלכה ב) מציעים דרכים ליישב את שיטת ריש לקיש עם המשנה בעניין שליחות להפרשת תרומה (אשר ליחסו של ריש לקיש למשנה בגיטין, ראה להלן, הערה 28):

הירושלמי מציע לומר שריש לקיש מעמיד את המשנה בשליח שחרג מהוראות שולחו, לאחר שהלה ביטל את שליחותו. לפי מהר"י קורקוס, בפירושו לרמב"ם, הלכות תרומות, פרק ד, הלכה ט, ד"ה האומר, כוונת הירושלמי היא שלפי ריש לקיש, המשנה אינה עוסקת בדיני ביטול אלא בדיני חריגה. אמנם אם הייתה חריגה מן השליחות, פעולת השליח בטלה ממילא, ואם כן לא ברור מה מוסיפה העובדה שהשולח התיימר לבטל את השליחות. מהר"י קורקוס מסביר שמדובר כאן בחריגה קלה, שאין דרך השולח להקפיד עליה. בכגון זה, אם השולח ביטל את השליחות, אף שהביטול אינו מועיל לנתק את השליחות עצמה, הוא מעיד שהשולח מקפיד על כל סטייה, אפילו קלה ביותר. משום כך פעולת השליח נחשבת כפעולה בחריגה מהרשאה, והיא בטלה. ובלשונו: "מצאה חזרה וקפידא מקום לחול – וחלה". לדרך אחרת בהבנת הירושלמי, ראה שו"ת הר צבי, אורח חיים, חלק ב, סימן קיב, ד"ה עוד אמרתי.

הבבלי לעומתו מציע לומר שכוונת המשנה היא שהשולח הקדים והפריש את התרומה בעצמו. וזה לשון התלמוד: "כגון שקדם בעל הבית ותרם את כריו, דהוה ליה מעשה". מן ההנמקה "דהוה ליה מעשה" משתמע שהתלמוד רואה במעשה ההפרשה של השולח משום ביטול השליחות. כך עולה גם מפירושו של רש"י על המשנה, קידושין ד, ט, האומרת: "מי שנתן רשות לשלוחו לקדש את בתו, והלך הוא וקדשה, אם שלו קדמו, קידושיו קידושין". ומוסיף רש"י (קידושין עח ע"ב, ד"ה אם): "דבטליה לשליחותיה דשליח". ונשאלת השאלה: מה צורך להיזקק לביטול השליחות, הלוא כתוצאה ממעשה השולח נשמטת הקרקע מתחת לפעולת השליח? האם יש להסיק מכאן מסקנה מפליגה, שלולי היו רואים בכך ביטול, השולח היה מנוע לעשות את פעולת השליחות בעצמו (שכביכול כל זמן שהשליחות לא בוטלה, הכוח לעשות אותה אינו בידו אלא ביד שלוחו)? אמנם יש מי שרצה לומר כך. ראה: ר' מרדכי שולמן, דבריו הובאו על ידי הרב ויינברג, חידושי בעל שרידי אש על הש"ס, גיטין, סימן ח, אות ז; מערכות חיים, מערכת שליחות, סימנים א־ג. ברם הרב ויינברג דוחה גישה זו. לדעתו, אין הכרח להגיע למסקנה כה מרחיקת לכת, שכן אפשר לומר שהצורך בביטול הוא רק במקרים שבהם פעולת השולח אינה משמיטה את הקרקע מתחת לפעולת השליח, כגון: "שתרם בעל הבית מכאן ועד ל' יום, דלא חל שם תרומה, ובכל זאת הוה מעשה. או ששאל בעל הבית על

רבי יוחנן סובר שבכגון זה "אתי דיבור ומבטל דיבור". כאמור לעיל, בהקשר לחילוקי דעות אלה, התלמוד מביא את המשנה בגטין[27], העוסקת בביטול שליחות לגירושין, ומבקש להסיק ממנה כי אכן די בדיבור לעצור תהליך שהחל על ידי דיבור, כפי שסובר רבי יוחנן[28]. להלכה, נפסק בתלמוד כרבי יוחנן[29].

התרומה [כלומר, שביטל את ההפרשה שלו] קודם שבא ליד כהן, דבטלה התרומה, ובכל זאת נחשב מעשה ההרמה עצמו מעשה לבטל את השליחות" (וראה שם הסבר לדברי רש"י, שהובאו לעיל). וראה חידושי הגר"ח השלם (סולובייצ'יק), הוספות, סימן יא, שעמד גם הוא על קושי זה: "ותירץ הגאון ר' חיים [מבריסק] דמיירי אפילו בכהאי גוונא, שתרמו השליח ובעל הבית כאחת... ובכהאי גוונא הוא דבעינן לדין ביטול השליחות. דאי לאו מטעם ביטול, היה הדין ד'כל שאינו בזה אחר זה אפילו בבת אחת אינו' [כל שהפעולות אינן תקפות שתיהן כשנעשו בזה אחר זה, אין תקפות גם כן כשנעשו בבת אחת], ולא היה כאן תרומה כלל, לא של הבעל הבית ולא של השליח. אבל כיוון דאמרינן דמעשה מבטל דיבור, שפיר חל תרומת המשלח ולא תרומת השליח שבטלו". וראה עוד שו"ת ברית אברהם (פצנובסקי), אורח חיים, סימן כז, ס"ק ו.

וראה ב"ח, אבן העזר, סימן קלד. לדבריו, אילו היה ביטול השליחות טעון קניין (סודר), גם ריש לקיש היה מודה ש"אתי מעשה ומבטל דיבור". ולא ברור מדבריו מה יהיה הדין אם אכן נעשה הביטול בקניין (כפי שנהגו העם ביחס למינוי).

27 ראה לעיל, ליד ציון הערה 6.

28 בעוד שהתלמוד הבבלי מוצא דרך ליישב את שיטת ריש לקיש עם המשנה בתרומות (ראה לעיל, הערה 26), הוא אינו מוצא דרך ליישב את שיטתו עם משנת גיטין, ונשאר ב"קשיא". וכבר שאלו הראשונים, כיצד ניתן להעלות על הדעת שריש לקיש מתעלם ממשנה מפורשת (מה עוד שריש לקיש עצמו דן בהמשכה של משנה זו. ראה גיטין לג ע"א)? ראה תוספות הרא"ש, קידושין נט ע"ב, ד"ה תיובתא: "ויש לומר שהיה מחלק שום חילוק בין גט לקידושין, ולא היה כדאי בעיני בעלי התלמוד לסדרן בתלמוד". וראה עוד חידושי מהרי"ט, קידושין שם, ד"ה לא קידשה. יש לציין שמתחילת הסוגיה עולה אפשרות מצומצמת יותר למחלוקת ריש לקיש ורבי יוחנן, כפי שכבר הזכרנו לעיל, הערה 12. לפי אפשרות מצמצמת זו, מקורות המשנה אינם עומדים בסתירה לשיטת ריש לקיש.

לעומתו, התלמוד הירושלמי (גיטין, פרק ד, הלכה א) מוצא מקום להקשות ממשנה זו על שיטת רבי יוחנן דווקא, שכן מן המשנה עולה שהביטול אינו מועיל אלא כשדבר הביטול נודע לשליח או לאישה (ובכגון זה מודה ריש לקיש. ראה להלן, הערה 33). ומכאן הקושי לרבי יוחנן: מדוע הוגבל הביטול לאופנים אלה דווקא? על כך באה התשובה: "חומר הוא בעריות [שיש בהן חשש ממזרות]". התלמוד הירושלמי (שם, הלכה ב) מקשה על ריש לקיש רק מן הדין שבהמשך: "בראשונה היה עושה [השולח] בית דין במקום אחר [לא בנוכחות השליח] ומבטלו". מהלכה זו עולה אכן שהשליחות ניתנת לביטול אף בלא ידיעתם של השליח או האישה. והוא מיישב: "פתר לה בבית דין שכחו מרובה". דהיינו, ריש לקיש מסכים שיש אפשרות לבטל את השליחות, ובלבד שהביטול ייעשה בפני בית דין (והלוא בזה עוסקת המשנה). יש להעיר שדברים אלו הולמים את דברי ריש לקיש המופיעים בתלמוד הבבלי, גיטין לג ע"א, מהם עולה שמעיקר הדין, עוד לפני תקנת רבן גמליאל הזקן (ראה להלן, ליד ציון הערה 105), הביטול היה צריך להיעשות בפני שלושה דווקא. ברם, עדיין צריך לברר מה פשר כוח הביטול בפני בית דין. אפשרות אחת היא שהביטול בפני בית דין מועיל מכוח תקנת חכמים (כלומר "הפקר בית דין הפקר". כך יש להבין את דברי הירושלמי לאור הסבר 'חתם סופר' בדעת ריש לקיש, להלן, הערה 31. וראה רקובר, השליחות וההרשאה, עמ' 56, הערה 26, שהפנה לשו"ת ברית אברהם (פצנובסקי), אבן העזר, סימן קכד, ס"ק י, הנוקט אף הוא גישה זו). אולם אם כך, אפשר שהמניעים לתקנה זו רלוונטיים רק בשליחות לגט, ואינם רלוונטיים לשליחות אחרת. אפשרות אחרת היא שריש לקיש מודה בעיקרון שהשליחות ניתנת לביטול (כפי שהבאנו לעיל, ליד ציון הערה 26, שגם לדעתו "אתי מעשה ומבטל דיבור"), ומחלוקתו עם רבי יוחנן אינה אלא לעניין שדיבור בעלמא אין די בו לשם כך, אבל דיבור בפני בית דין, הריהו דיבור חשוב, וגם ריש לקיש מודה שניתן לבטל את השליחות על ידו.

29 והשווה רמב"ם, הלכות תרומות, פרק ד, הלכה ט: "האומר לשותפו או לבן ביתו או לעבדו או לשפחתו

מהיקש זה שעושה התלמוד בין קידושין שתחולתם נדחית למועד מאוחר יותר לבין שליחות, ניתן לעמוד על נימוקו של ריש לקיש. לדעת ריש לקיש, בשני המקרים, יצר האדם בדיבורו יצירה משפטית, שאמנם היא צפויה לתת את אותותיה רק בעתיד, אבל מכל מקום, למעשה שעשה האדם יש משמעות כבר מעתה, המונעת את חזרתו בדיבור גרידא[30]. לדעתו, אמנם די בדיבור ליצור את השליחות (בניגוד ליצירות משפטיות אחרות, שבהן קיימת דרישה למעשה קניין). אבל זהו חידוש מיוחד שנאמר רק לעניין יצירת השליחות[31] ולא לעניין ביטולה.

לעומתו, רבי יוחנן סבור שניתן לבטל קידושין שתחולתם נדחתה לאחר זמן, שכן עדיין לא הושגה המטרה הסופית, ולכן "אתי דיבור ומבטל דיבור"[32]. מכאן אפשר להסיק שזהו גם הנימוק לאפשרות ביטולה של השליחות. כלומר, אף אם נאמר שהמינוי יצר מציאות משפטית (של זיהוי השליח עם השולח, כלומר: "שלוחו של אדם כמותו"), מאחר שמציאות זו אינה מטרה לעצמה, אלא תחילת תהליך להשגת תוצאה משפטית אחרת, הרי שכל זמן שתוצאה זו

לתרום, והלכו לתרום, וביטל שליחותו קודם שיתרומו: אם לא שינה השליח, תרומתו תרומה; ואם שינה, כגון שאמר לו 'תרום מן הצפון', ותרם מן הדרום, הואיל וביטל שליחותו מקודם, אינה תרומה". מפסק זה עולה שהרמב"ם נוקט כריש לקיש (על פי ההסבר שנתבאר בירושלמי, ראה לעיל, הערה 26) שבעיקרון השליחות אינה ניתנת לביטול, שהרי כרך את תוקף הביטול של השולח בחריגת השליח. ואכן הראב"ד מעיר בהשגותיו: "מה ראה זה המחבר שפסק כריש לקיש? שלא העמידו בירושלמי את המשנה בשינה שליחותו אלא לדעת ריש לקיש, דאמר 'לא אתי דיבור ומבטל דיבור', ולית הלכתא כוותיה [=ואין הלכה כמותו]!". שולחן ערוך, יורה דעה, סימן שלא, סעיף לו, מביא את דברי הרמב"ם להלכה, ואילו הרמ"א פוסק שם כראשונים החולקים על הרמב"ם. גם הגר"א, בביאורו, שם, ס"ק פו, מעיר ש"דברי הרמב"ם תמוהין, דשם בירושלמי לא אמרו אלא אליבא דריש לקיש, ורבי יוחנן פליג עליה". האחרונים מעלים הצעות שונות לביאור דברי הרמב"ם, שהמכנה המשותף שבהם הוא שדין שליחות בתרומה הוא חריג: אם משום שבתרומה המינוי נחשב מעשה בשל הכלל "אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט", ואין די בדיבור לבטל מעשה (ראה פני יהושע, קידושין נט ע"ב, ד"ה איתיביה), אם משום שבתרומה אין צורך בשליחות, ודי שההפרשה נעשית בהסכמת בעל התבואה. ואף כשהוא מבטל את השליחות, כל זמן שלא הייתה חריגה, ההנחה היא שנוח לו בהפרשה (ראה 'מעדני ארץ', לעיל, הערה 5). ברם, מדבריו של הרמב"ם בפירוש המשניות (תרומות ג, ד) נראה שהנימוק לפסיקתו הוא עקרוני: "לפי שהכלל אצלינו 'אין אדם מבטל שליחותו בדבר'" (כשיטת ריש לקיש). אולם בהלכות שלוחין ושותפין, פרק ג, הלכה ח, הרמב"ם נוקט כדברי רבי יוחנן: "מי שהרשה לאחד ורצה לבטל השליחות ולהרשות לאחר – הרי זה מבטל". גישתו צריכה אפוא עוד עיון.

30 הסבר זה שאנו מביאים לדעת ריש לקיש, ולפיו יצר האדם בדיבורו יצירה משפטית, מובן אמנם בשליחות, שהמינוי בה יוצר סטטוס חדש. לעומת זה, קשה להבין איזו משמעות מיידית יש לקידושין 'לאחר שלושים'? ואמנם להלן, הערה 132, נציע דרך אחרת להבנת מושג הביטול בשליחות.

31 ראה חתם סופר, גיטין לב ע"א, ד"ה השולח: "דע כי עיקר דין ביטול חידוש הוא, כי לשוויא שליח על ידי דיבורו, רחמנא רבייא מ'ושלח' 'ושלחה' ושארי ילפותות ריש פרק ב דקידושין, ובדיבורו נעשה מעשה, שזה השליח נעשה כמותו, אך לבטל על ידי דיבורו, אף על גב דמסברא יש לומר הפה שעשאו שליח הוא הפה שמבטלו, אבל איננו כן, כיוון דגזירת הכתוב הוא שעל ידי דיבורו נעשה כמותו, וזה לא נזכר בקרא שיכול לבטל זה... כמו בתרומה, שאם אמר או חישב תרומה בצד זה, שוב לא אתי דיבורו ומבטלו, אם לא על ידי שאלה על נדרו. והכי נמי הוה סלקא דעתך אמינא, והכי נמי סבירא ליה לריש לקיש ראש פרק ג דקידושין, דלא אתי דיבור ומבטל דיבור". וכעין זה ראה גם פני יהושע, קידושין נט ע"ב, ד"ה שם תוספות בד"ה לא קידשה: "ודוקא השליחות גופא גזירת הכתוב הוא דנגמר בדיבור... מה שאין כן לענין ביטול, דיבורא לאו כלום הוא".

32 אף על פי שנתלווה לדיבור גם מעשה קידושין, מכל מקום הדבר מוגדר בתלמוד כדיבור. ראה רש"י, קידושין נט ע"א, ד"ה דכי מעשה: "והא דקרי ליה דיבור, משום דלאו מעשה ממש הוא".

לא הושגה, השולח יכול לחזור בו מן התהליך בדיבור גרידא[33]. ונשאלת השאלה: האם רבי יוחנן חולק עקרונית על ריש לקיש וסבור שהדיבור של מינוי השליח לא יצר עדיין שום יצירה משפטית, ולכן ניתן לבטל את המינוי בדיבור בעלמא? לכאורה, היה נראה לומר שאכן כן. ברם, לא כך עולה מן הסוגיות שנראה בפרק הבא. מסוגיות אלה ניתן ללמוד על הדרישה שהביטול ייעשה בדרך של דיבור דווקא, ואין די בידיעה שהשולח מבטל בלבו את השליחות. מכאן שגם רבי יוחנן מודה שעם המינוי, שנעשה בדיבור, נוצרה יצירה משפטית, אלא שלדעתו, מאחר שיצירה זו אינה אלא תחילת תהליך, יש אפשרות לבטלה באמצעות דיבור[34].

לסיכום. מן האמור לעיל, עולה שיסוד המחלוקת בין רבי יוחנן לבין ריש לקיש הוא בשאלה: האם פעולה משפטית שנוצרה על ידי דיבור, והיא אמורה לחול רק בעתיד, ניתנת לביטול באמצעות דיבור? חשוב להטעים שרבי יוחנן וריש לקיש אינם חולקים בהכרח בשאלת כוחו של השליח לפעול בניגוד לרצונו של השולח[35]. בשאלה זו (של השפעת שינוי רצונו של השולח לאחר המינוי), אפשר שיש ביניהם תמימות דעים: אפשר שלדעת שניהם, שינוי ברצונו של השולח כשלעצמו אינו משפיע על כוח הייצוג של השליח, שכן השולח העביר לו כוחו בשעת המינוי, והדרך היחידה העומדת בפני השולח למנוע את המשך ייצוגו על ידי השליח,

[33] לדעת התוספות, קידושין נט ע"ב, ד"ה לא, יודה ריש לקיש שאם הביטול נאמר ישירות לשליח, השליח חייב להפסיק את שליחותו (כעין זה ראה בחידושי הריטב"א, שם ע"א, ד"ה שאני, בשם מורו, אלא שהריטב"א עצמו חולק עליו). אמנם ראה רש"י, שם ע"א, ד"ה ביטל, ושם ע"ב, ד"ה וחזרה בה, שנראה שחולק על זה. אפשר שכוונת התוספות היא שביטול בפני השליח הוא ביטול טוב יותר, ובכך גם ריש לקיש מודה שמועיל הביטול (ראה לעיל, הערה 26 והערה 28). אם אכן זו כוונתם של התוספות, ריש לקיש מסכים עקרונית ש"אתי דיבור ומבטל דיבור" בשליחות, אלא שלדעתו יש להשוות בין יצירת השליחות לבין ביטולה, וכשם שבדרך כלל השליח מתמנה בפניו, כך אין לבטל את שליחותו אלא בפניו. וראה שו"ת יהודה יעלה (אסאד), אבן העזר, סימן סו, ד"ה ועוד אחרת: "לפי שאין שני הדיבורים שווים, דיבור הראשון אמרה לשליח והחזיקו לשליח, ודיבור שני לא אמרה לשליח כדי לבטל דיבור הראשון, והוי ליה כנדר והקדש, דאיתיה בשאלה נמי מהאי טעמא דאתי דיבור ומבטל דיבור, וקיימא לן: נודר על דעת חבירו אין מתירין לו אלא בפני חבירו" (לאור דבריו, מסתבר שגם בקידושין לאחר שלושים יהיה הדין כן. וצריך עיון). בדרך זו, הולך מהרש"א, קידושין נט ע"ב. מהרש"א טוען שיש לצמצם את דברי התוספות רק לביטול על ידי השולח עצמו ולא לביטול באמצעות שליח אחר, שכן ביטול בדרך זו נופל ברמתו מן המינוי, שהרי המינוי נעשה ישירות על ידי השולח (וראה מה שהקשה עליו בחידושי בעל שרידי אש על הש"ס, גיטין, סימן ח, אות ד). וראה להלן, ליד ציון הערה 109, שלדעת הרמב"ן זו הסיבה שגם לרבי יוחנן יש צורך שביטול הנאמר שלא בפני השליח יימסר בפני שני עדים. להסבר זה בדעת התוספות, ראה: ברכת שמואל (לייבוביץ), גיטין, סימן לט, אות ג; שיעורי רבי שמואל (רוזובסקי), גיטין, אות קמ. אולם ראה להלן, הערה 127, וליד ציון הערות 147-150, ושם נעלה הצעות אחרות בהסברת דברי התוספות, שהמכנה המשותף להן הוא שהשליח חייב להפסיק את השליחות אך לא מדין ביטול השליחות.

[34] אבל השווה להלן, הערה 64. וראה גם שו"ת אחיעזר, חלק א, סימן כח, אות ח, ד"ה ונראה, שהשאלה אם השליחות היא יצירה משפטית שנויה במחלוקת בין הטור לבין הרמב"ם. לדבריו, לדעת הטור, אבן העזר, סימן קכא, השליחות נכנסת לתוקפה רק בזמן ביצועה על ידי השליח, וזו הסיבה לכך שהשולח יכול לבטל אותה קודם שהתבצעה, ואילו לדעת הרמב"ם, הלכות גירושין, פרק ב, הלכה טו, השליחות היא יצירה משפטית, והסיבה שניתן לבטלה היא שבזמן המינוי השולח שייר בידו את הכוח לבטל.

[35] בין שידע על שינוי דעתו של השולח ובין שלא ידע עליו. ראה בהמשך פרק זה, (4)(ג), עמ' 627. נדגיש שאין קשר בין מחלוקתם של ריש לקיש ורבי יוחנן בשאלת זכות הביטול לבין שאלת מהות השליחות. וראה חידושי בעל שרידי אש על הש"ס, גיטין, סימן ח: "ואין שייכות לחקירה זו [בדבר מהות השליחות] אל המחלקת של רבי יוחנן וריש לקיש אי אתי דיבור ומבטל דיבור... ודבר זה לא עלה על דעת אחד מרבותינו הראשונים או האחרונים ז"ל". על מהות השליחות, ראה דיוננו לעיל, סעיף 2.

אפילו אליבא דרבי יוחנן, היא ביטול פורמלי של השליחות (בדיבור); ואפשר שאפילו אליבא דריש לקיש, השליח אינו יכול לפעול להבאת תוצאה משפטית מנוגדת לרצונו של השולח. אלא שלא בכך עוסקת סוגיית התלמוד[36]. להלן[37] נעסוק בשאלה זו בהרחבה.

(3) דרכי הביטול ותנאיו

(א) מבוא

ברק קובע[38] שלפי החוק, כל דרך כשרה לביטול השליחות, ובלבד שתוכח כוונתו הכנה של המבטל. אין צורך במעשה מסוים, כגון כתיבה, ואין קשר בין דרך מינוי השליחות לדרך ביטולה. קביעה זו מתבססת על התפיסה שהשליחות אינה קשר חוזי בין השליח לבין שולחו אלא הבעת רצון חד־צדדית של השולח שהשליח יפעל עבורו. מכיוון שכך, ברור שמרגע שהשולח משנה את דעתו ואינו מעוניין עוד בקשר עם השליח, מסתיימת השליחות. יחד עם זאת, מדגיש ברק[39], "ניתן לקבוע בודאות כי הרהורי לב של השולח אינם משכללים את הביטול. הביטול הינו הבעת רצון של השולח, והבעת רצון זו חייבת למצוא ביטוי חיצוני".

מהי דרך הביטול על פי המשפט העברי? ודאי שאין די בהרהורי הלב של השולח כדי לסיים את השליחות, וזאת בהתאם לכלל: "דברים שבלב אינם דברים"[40]. אך הוראה זו כשלעצמה אינה מחייבת בהכרח שהביטול ייעשה בצורה פורמלית דווקא, שכן בשביל שרצונו של השולח יצא מכלל "דברים שבלב", די בגילוי דעת, ואין צורך בפעולה פורמלית של ביטול[41].

בפרק זה ניווכח שאין די בגילוי דעת, והביטול חייב להיעשות באופן פורמלי דווקא.

(ב) אמירה מפורשת

הסוגיה הדנה לכאורה[42] ישירות בענייננו היא סוגיית "גילוי דעתא בגיטא". התלמוד[43] דן בשאלה: האם גילוי דעת שממנו אפשר להסיק על רצונו של השולח לבטל את השליחות להולכת הגט אכן מספיק כדי לבטלה[44], או שמא התנאי לביטול הוא שיהיה מפורש? מעשה בבעל ששלח גט לאשתו על ידי שליח. בשל בקשתה של אשתו, התעכב השליח במסירת הגט עד יום המחרת. משהודיע השליח לבעל על העיכוב, בירך על כך הבעל: "ברוך הטוב

[36] אבל השווה להלן, הערה 132.

[37] ליד ציון הערה 128 ואילך.

[38] ברק, סעיף 889.

[39] ברק, סעיף 890. ברק מדגיש שהוראת הסעיף מהווה חריג לכלל שפעולה משפטית חד־צדדית אינה משתכללת אלא עם קליטתה בידי האדם שהפעולה משנה את זכויותיו.

[40] ראה: נדרים כח ע"א; קידושין מט ע"ב; מעילה כא ע"א. להחלתו של כלל זה בענייננו, ראה תוספות, גיטין לב ע"א, ד"ה מהו דתימא, שדבריהם יובאו להלן, הערה 50. וראה דברינו שם.

[41] ראה: קידושין נ ע"א; תוספות, קידושין מט ע"ב, ד"ה דברים.

[42] סייגנו את דברינו בלשון "לכאורה" בגלל מה שנביא להלן, הערה 48.

[43] גיטין לד ע"א.

[44] לכאורה, הצגת השאלה בתלמוד היא ביחס לביטול הגט (ולא ביחס לביטול השליחות), אבל ראה רש"י שם, ד"ה גלוי דעתא: "שאינו חפץ עוד בשליחות זה". וראה: תורת גיטין, גיטין לב ע"ב, ד"ה תוס' ד"ה התם; תורת גיטין, אבן העזר, סימן קמא, ס"ק ס, שלדעתו ביטול הגט יסודו בביטול השליחות. וראה להלן, נספח ראשון לסעיף זה, הערה 311.

והמטיב"[45]. ואף שכוונתו של השולח הייתה ברורה לכאורה, שאין הוא מעוניין יותר בשליחות, המשיך השליח בשליחותו ומסר את הגט לאישה, ועלתה השאלה אם הגט תקף אם לאו. בעניין זה נחלקו הדעות בין אביי ורבא. אביי סבר שלא בטלה השליחות, והגט תקף, ואילו רבא סבר שבטלה השליחות, ואין תוקף לגט. התלמוד מסביר ששורש מחלוקתם הוא בשאלה אם גילוי דעת בגט מספיק כדי לבטל את פעולת המינוי הקודמת[46]. התלמוד פוסק כדעת אביי. יתר על כן, בתלמוד מבואר שכל זמן שלא שמע השליח או אדם אחר את הביטול במפורש, אין תוקף לביטול, וזאת גם אם השולח ביטל את השליחות בפניו במפורש, אלא שהשליח מצדו אטם את אוזניו כדי שלא יוכל לשמוע את הביטול (על פי התפיסה שדיבור שאין מי ששומע אותו דינו כמחשבה[47]). התלמוד מספר על רב יהודה שכפה על אדם בשם "ירמיה ביראה" לגרש את אשתו, אך בטרם הספיקו שלוחיו למסור את הגט לידי אשתו, ביטל ירמיה את שליחותם, וכך חזר הסיפור על עצמו שנית. כשראה זאת רב יהודה, הורה לשלוחים לאטום את אוזניהם, כדי שלא יוכלו לשמוע את ביטולו. לדעת אביי, עצתו של רב יהודה נכונה, על אף שמתנועות גופו ומחיתוך שפתיו היה ברור לשלוחים שבכוונתו לבטל את השליחות[48].

[45] ראה: ברכות נד ע"א; פסחים נ ע"א, שעל בשורה טובה מברך "הטוב והמיטיב".

[46] "במאי קמיפלגי [=במה נחלקים (אביי ורבא)]? בגילוי דעתא בגיטא קמיפלגי!".

[47] ראה דיברות משה, גיטין, פרק ד, דף לד, הערה כב, ד"ה והנה, שעניין זה טמון בהגדרת המונח דיבור: "דבר הצריך דבור, אינו דבור כשמדבר באופן שאין שומעין מי שמדבר אליהם, אלא הוא בחשיבות מחשבה, ולכן הוא בדין דברים שבלב... אין בו כח לבטל דבור". וראה שם שהבחין בין דיבור שבין אדם לחברו לבין דיבור שבין אדם לקונו, שבזה נפסק בהלכות קריאת שמע: "קרא ולא השמיע לאזניו, יצא". וראה להלן, ליד ציון הערה 143, ובהערה 143.

[48] בהערה זו, נרחיב מעט בסוגיית "גילוי דעתא בגיטא" בשלושה עניינים: א. נביא הסבר אחר למחלוקת אביי ורבא, ולפיו החיסרון בגילוי דעת נובע מדיני גטין ולא מדיני שליחות; ב. נבחן את האפשרות, שגם רבא מודה לעיקרון שהביטול צריך להיות בדיבור; ג. נבחן את האפשרות שבתנאים מסוימים, גם אביי יודה לרבא ש"גילוי דעתא בגיטא מילתא היא".

א. בגוף הדברים הסברנו את שיטתו של אביי בזיקה ל"אתי דיבור ומבטל דיבור". בדרך זו הלכו: שו"ת רש"י, סימן רא (דבריו מובאים להלן, הערה 76); חידושי הרמב"ן, גיטין לב ע"ב, ד"ה הא דתנן (דבריו מובאים להלן, ליד ציון הערה 109; חידושי הריטב"א, קידושין נט ע"ב, ד"ה לא בא (דבריו מובאים להלן, הערה 104); תורת גיטין, סימן קמא, ס"ק נו; שם, סוף ס"ק ס; דיברות משה, גיטין, פרק ד, הערה כב; שיעורי רבי שמואל (רוזובסקי), קידושין, אות שצא; וכן הוא אצל עוד כמה מן האחרונים. לפי הסבר זה, אביי ורבא אינם חולקים רק בעניין שליחות לגירושין אלא בכל שליחות, יהא נושא השליחות אשר יהא.

אולם יש לציין שקיימת גישה אחרת, ולפיה מחלוקת אביי ורבא היא אך ורק בשליחות לגירושין (ואולי גם בשליחות לקידושין, ראה להלן, הערה 120), והיא קשורה לעובדה שבגטין אין הולכים אחר אומדנות (ראה ספר בינת אדם, נדפס בסוף ספר חכמת אדם, שער בית הנשים, סימן לב). כך ניתן גם לדייק מלשון התלמוד: "גילוי דעתא בגיטא". לפי גישה זו, כשנושא השליחות אינו גירושין, גם אביי מודה שדי בגילוי דעת, ובלבד שיצא מכלל דברים שבלב. ונראה שגישה זו נוקטים חלק מן הפוסקים. ראה: מכתב מאליהו (אלפנדרי), שער ז, סימן ז, ד"ה תנן; שו"ת לב שלמה (חלמא), סימן ה; רש"ש, גיטין לד ע"א, ד"ה ואי; שער משפט, סימן קכג, ס"ק ג (דבריו מובאים להלן, הערה 80); שו"ת ישועות מלכו, אבן העזר, סימן פב; שו"ת עין יצחק, חלק ב, אבן העזר, סימן לז, אות ב (בביאור דעת שו"ת מהר"ם אלשיך, סימן עח. ראה להלן, הערה 330). וראה מה שהשיג עליו בשו"ת היכל יצחק, אבן העזר, חלק ב, סימן נד, ד"ה והנה כל. אמנם גם לגישה זו, אפשר עדיין לטעון שהכלל "גילוי דעתא בגיטא לאו מלתא" יסודו בעיקרון כללי בדיני שליחות, ולפיו השליחות אינה מתבטלת אלא בדיבור ("אתי דיבור ומבטל דיבור"), ושההבדל בין גטין לשאר עניינים הוא שמחמת חומרתם של דיני גטין, הדרישות הפורמליות להבעת הביטול בהם גבוהות יותר. אולם טענה זו ודאי אינה נכונה לדעת אותם פוסקים המחילים את הכלל "גילוי דעתא בגיטא לאו מילתא"

לענייני גטין שאינם קשורים בביטול. כך ראה למשל שו"ת הריב"ש, סימן תצג (העיר על כך הרב א' גורביץ, "בדין גילוי דעתא בגיטא ובדין מודעא בגיטא ומתנתא", מוריה, שנה יב, גיליון י-יב (כסלו תשמ"ד), עמ' רנד-רסא [=ספר הזיכרון למרן הגרא"ז גורביץ, ירושלים תשמ"ד, עמ' רנד-רסא]). וכן גם עולה לפי האחרונים המביאים את הכלל "גילוי דעתא בגיטא לאו מלתא" ביחס למסירת מודעה בגט.

ב. האם יש להסיק מדברי התלמוד שלדעת רבא אין צורך בדיבור פורמלי כדי לבטל את השליחות? לאור המקרים שנידונו בסוגיית "גילוי דעתא בגיטא", ניתן לומר שגם רבא דורש דיבור פורמלי לביטול, שהרי בכל המקרים המובאים שם בסוגיה היה דיבור, אלא שכדי להבין דיבור זה כביטול, היה צורך להשלים את התמונה על ידי ראיות נסיבתיות. וכך מפורש בחידושי רבנו קרשקש, להלן, הערה 50. לעומתם, לדעת התוספות, להלן, הערה 50, באופן עקרוני גם ב"דברים שבלב", הביטול תופס לפי רבא, ובלבד שהם דברים ש"בלבו ובלב כל אדם". וכן נראה מפוסקים אחדים: שו"ת שבות יעקב, חלק א, סימן קיד; שו"ת עין יצחק, חלק ב, אבן העזר, סימן מב, ענף יא, אות ס. וראה עוד דיברות משה, גיטין, פרק ד, הערה כב, שני הסברים בדעת רבא. וראה מאמרו של הרב א' גורביץ, לעיל, הערה זו, אות א.

לפי ההנחה שגם לדעת רבא ביטול השליחות צריך שיהיה בדיבור דווקא, יש להחיל על גילוי הדעת את כל הדינים הנוגעים לביטול בדיבור. כך למשל להלן (ליד ציון הערה 105 ואילך), נראה שביטול השליחות בגט צריך להיעשות בפני עדים. לאור דברינו, כך יהיה הדין גם בגילוי הדעת. וכך כתב בתשב"ץ, חלק א, סימן א, ד"ה השני: "דלא אשכחן ליה לרבא דאמר גלויי דעתא מילתא הוי אלא כשאמר אותם דברים לשליח". אמנם מדברי התוספות המובאים להלן, הערה 50, נראה אחרת. וראה דרוש וחידוש, גיטין לב ע"א, ד"ה תד"ה מ"ד, שתמה על דבריהם.

ג. האם לדעת אביי "גילוי דעתא לאו מילתא" גם במקום שהכוונה מוכחת בעליל? לדעת ים של שלמה, גיטין, פרק שלישי, סימן יג, אכן כן, כפי שעולה לדעתו מהמקרה שבירך הבעל "הטוב והמטיב", שדנו בו אביי ורבא. ברם, הראיה אינה חד-משמעית, שכן השליח יכול היה להבין (אם כי בדוחק) ששמחתו של הבעל היא על הדחייה בלבד (כמו שביקשה האישה), ולא על ביטולה המוחלט של השליחות (וראה על כך, הערתו של הרב א' גורביץ, לעיל, הערה זו, אות א).

בהמשך הסוגיה רבא מביא ראיה לשיטתו מהמקרה הבא: רב ששת כפה על בעל לגרש את אשתו, והבעל עשה כדברי רב ששת, אך בטרם ניתן הגט לאישה, הוא הודיע לעדים שרב ששת הורה לבטל את הגט. למרות שהודעה זו הייתה שקר, הורה רב ששת לפסול את הגט. לטענתו של רבא, הסיבה לפסילה זו היא משום שבדבריו יש גילוי דעת שאינו מעוניין בגט, ומכאן ההוכחה ש"גילוי דעתא בגיטא – מילתא". לעומתו, טוען אביי שאין מכאן הוכחה, שכן ברור לכל שאין ביכולתו של רב ששת לבטל את הגט (את הביטול יכול לעשות רק הבעל), ובלשונו: "אטו [=האם] רב ששת מבטל גיטא דאינשי הוה?" (גיטין לד ע"א). אלא שבעל כורחך: "איהו [דהיינו, הבעל] בטלה, והאי דקאמר להו הכי, משום דפנוי [גרסת ספר הערוך, ערך דפן ב', 'דדפניה' ופירושו: הכוהו (שלוחי בית הדין)]". בביאור דבריו אלו של אביי נחלקו הראשונים. לדעת רש"י, שם, ד"ה איהו בטליה, אביי טוען שאמנם הבעל ביטל את השליחות במפורש, אלא שמיראת המכות של שלוחי בית הדין, הצדיק את מעשהו בטענה שכך הורה לו רב ששת לעשות. ואולם לפי הבנת פסקי הריא"ז, גיטין, פרק ד, הלכה א, אות יא, הובא בשלטי הגיבורים, גיטין, פרק רביעי, יז ע"א בדפי הרי"ף, אות א (וכעין זה במאירי, בית הבחירה שם, ד"ה מי ששלח, ושם לג ע"ב, ד"ה אף אותם), גם אביי מודה שלא היה ביטול מפורש על ידי הבעל מחשש שמא ילקוהו, אלא שאמר לעדי הגט שרב ששת ציווה לבטל את הגט. לפי פירוש זה, יוצא שאם גילוי הדעת מוכח בעליל, גם אביי יודה לרבא. וכך כתב בשו"ת הריב"ש, סימן קצג: "ואפילו לאביי, דסבר דגלויי דעתא בגיטא לאו מילתא היא, מודה היכא דמוכחא מילתא, כההיא דרב ששת אשקליה גיטא להההוא גברא". כעין זה מי שנתייחד עם אשתו לאחר שמינה שליח לגרשה, חוששים לביטול השליחות. ראה שולחן ערוך, אבן העזר, סימן קמט, סעיף ז. וראה מגיד משנה, הלכות גירושין, פרק ט, הלכה כה (זה אחד הקשיים במינוי שליח לגט על ידי חייל היוצא למלחמה, ראה פיקסלר ורדזינר, לעיל, סעיף 3, הערה 35).

והשווה: שו"ת מהר"ם מלובלין, סימן קכג, בשם בעל הלבוש; שו"ת חתם סופר, אבן העזר, חלק ב, סימן נ, ד"ה והאי דרהיט; שו"ת שואל ומשיב, מהדורא קמא, חלק ג, סימן לה, ד"ה ובזה נראה. לדעתם, אילו מתנועותיו של ירמיה ביראה היה ברור בעליל, בלא כל צל של ספק, שהוא מתכוון לבטל את השליחות למסירת הגט, השליחות הייתה בטלה (אלא שבמקרה זה ניתן היה לפרש את תנועותיו גם בדרך אחרת). וראה עוד: שו"ת

בסמוך לסוגיה זו, מבואר בתלמוד[49] שדין זה נכון גם כאשר ידוע לכל שהשולח מחפש אחר השליח כדי לבטל בפניו את השליחות במפורש. גם כאן ברורה כוונתו של השולח, אבל מכיוון שעדיין לא ביטל את השליחות בדיבור, השליחות אינה בטלה[50].

מסוגיה אחרת[51], העוסקת בנוסח הביטול, עולה שלא זו בלבד שהביטול חייב להיות בדיבור מפורש (ולא די בגילוי דעת, כפי שראינו זה עתה), אלא נוסח הביטול חייב להיות חד־משמעי, כגון "גט שנתתי לך בטל הוא". אם השתמש הבעל בנוסח שאינו חד־משמעי[52], אין חוששים לביטול אפילו לא לחומרה[53].

מהר"ח אור זרוע, סימן קכו, שגם הוא מנמק את דעת אביי בכך שהפעולה שנקט השולח אינה חד־משמעית: "הא קיימא לן כאביי דגילוי דעתא בגיטא לאו מילתא היא ואף על גב דרהיט בתרייהו, משום דאיכא למימר, אשור הבו לה כי היכי דלשלים צערא דההוא גברא". נעיר שהדברים צריכים עיון, שהרי הסבר זה ניתן בתלמוד לשיטת רבא! נציין גם שדבריהם של פוסקים אלו סותרים לכאורה את מה שכתבנו לעיל בדעת אביי.

[49] גיטין לב ע"א.

[50] במשנה נאמר: "אם משהגיע גט לידה [של האישה], אינו יכול לבטל". התלמוד תמה: "פשיטא!", על כך באה התשובה: "לא, צריכא. דמהדר עליה מעיקרא לבטוליה. מהו דתימא: אגלאי מילתא למפרע דבטולי בטליה, קא משמע לן [=לא, אין זה פשוט. (מדובר בשהבעל) מחזר אחרי השליח כדי לבטל. מהו שתאמר: מתברר הדבר למפרע (אחרי שהגיע הגט לידי האישה), שכבר ביטל (עוד לפני שהגיע הגט לידיה), משמיעה לנו המשנה (שאין הדבר כן)]".

מלשון הטור, אבן העזר, סימן קמא (עמ' רנט במהדורת הטור השלם), נראה שדין זה מחודש יותר מהדין שהבאנו לעיל בשם אביי. וזה לשון הטור: "במה דברים אמורים שהוא בטל? כשבטלו בפירוש, אבל גילה בדעתו שחפץ בביטולו, כגון שבא אליו השליח ואמר לו 'לא נתתיו לה עדיין', ואמר לו 'ברוך הטוב והמטיב', דגילה בדעתו שהוא חפץ במה שלא נתנו לה וכיוצא בזה, אינו בטל. ולא עוד, אלא אפילו היה מחזר לרוץ אחר השליח לבטלו ולא הספיק להגיע אליו עד שנתנו לה, לא הוי בטל". מהר"ם בולא, גט מקושר, סימן יח, אות יב, ד"ה עוד, ביאר, שלדעת הטור החידוש הוא שאף אם ניכר לכל בשעה שהוא מחזר אחר השליח שמטרתו לבטל את השליחות (ומשמצא את השליח לאחר מכן, אף עשה כן, אלא שאיחר את המועד, כיוון שהשליח כבר מסר את הגט בינתיים), מכל מקום השליחות תקפה. לפי הסבר זה בתלמוד, גילוי הדעת ניכר כבר בשעה שהבעל מחזר אחר השליח, ואף על פי כן הביטול אינו מועיל, משום שלא נעשה בדיבור (ואף רבא מודה שהשליחות אינה בטלה, משום שלדעתו גילוי הדעת צריך להיות בדיבור דווקא. ראה לעיל, הערה 48, אות ב). וכך כתב בחידושי רבנו קרשקש (המיוחסים לריטב"א), גיטין לב ע"א, ד"ה מהו דתימה: "ולא דמי לגילוי הדעת דלקמן, דבשלמא לקמן דאמר 'ברוך הטוב והמטיב'... בטל גיטא... אבל הכא שלא אמר כלום, אפילו לדידיה [כלומר, אפילו לרבא] לאו מילתא היא, ולא בטל גיטא".

והשווה תוספות, שם, ד"ה מהו דתימא. לפי ההסבר של התוספות, גילוי הדעת של הבעל מתברר רק למפרע, משעה שמצא את השליח והסביר לו מדוע רץ אחריו. זו הסיבה שגם רבא מודה שהשליחות עומדת בתוקפה, שכן העובדה שהבעל רץ אחרי השליח היא רק בגדר "דברים שבלב" ואינה עולה כדי גילוי דעת. דעתם היא, שכדי שרצון השולח לבטל יֵצא מכלל "דברים שבלב", יש צורך שהדבר יהיה מבורר באותה שעה, ולא מועיל בירור למפרע [אלא שהקשו על דבריהם, שמסוגיה אחרת עולה שבמקום שאין כלפי השולח טענה 'מדוע לא פירשת דבריך?' דברים שבלב הוי דברים, וכאן הרי נאנס מלפרשם, כיוון שלא מצא עדיין את השליח? על קושי זה משיבים התוספות שתי תשובות: התשובה הראשונה, אמנם כן הוא מעיקר הדין, אלא שחכמים "עשאום כדברים שבלב", דהיינו אי־תקפות הביטול יסודה בתקנת חכמים (ראה להלן, הערה 114 והערה 153). התשובה השנייה, גם במקום שאין כלפי השולח טענה 'מדוע לא פירשת דבריך?', מכל מקום הגילוי דעת צריך להיות ניכר כבר בשעת המעשה, ולא מועיל בירור למפרע, כפי שהוא בנידון דידן, לדעת התוספות. וראה פני יהושע, גיטין לב ע"ב, ד"ה שם, הסבור שהגדרת "דברים שבלב" שונה בענייננו, וזאת בשל הצורך לבטל דיבור קודם ("אתי דיבור ומבטל דיבור")].

וראה לעיל, הערה 48, אות ב, מה שהסקנו מהשוואת דברי התוספות לדברי רבנו קרשקש.

[51] גיטין לב ע"א וע"ב.

[52] כגון שאמר 'גט זה אינו מועיל'. ניתן להבין מתוך דברים אלה שאין כאן רצון לבטל, אלא מעין קביעת עובדה (לא נכונה), שהגט אינו תקף.

מקור נוסף לכך שלשם ביטול השליחות דרושה פעולה פורמלית, עולה בעקיפין מן ההסבר שמציעים הפוסקים לשאלה: מדוע אין חוששים שהשולח חזר בו מן השליחות, אף כשמוכח מן הנסיבות שהוא אינו מעוניין בה יותר?[54]. אם אכן רצון השולח הוא המעמיד את השליחות בכל רגע ורגע, מניין הוודאות שהשולח לא חזר בו מרצונו בקיום השליחות? הלוא דעתו עשויה להשתנות! מן הראוי היה אפוא לבדוק את רצונו של השולח בשעת הפעולה עצמה, ואם יש יסוד להניח ששינה את דעתו, צריך היה לקבוע שאין תוקף לשליחות[55] [56]. ואמנם כך הדין בפעולה שנעשתה עבור פלוני שלא מכוח דיני השליחות אלא מכוח דין "זכין לאדם שלא בפניו". בתלמוד הירושלמי[57], נקבע שאף אם גילתה האישה את דעתה שהיא מעוניינת להתגרש, אין תוקף לגט שנתקבל על ידי אחר במקומה, אם נתקבל מכוח דין "זכין" ולא מכוח מינויו כשליח. הסיבה לכך היא, שחוששים שמא חזרה בה האישה מרצונה להתגרש[58]. דין זה מבליט עוד יותר את שאלתנו: מדוע כשהגט נתקבל על ידי אחר מכוח מינויו כשליח (ולא רק מדין "זכין"), אין חוששים גם כן שמא חזרה בה האישה מן המינוי?[59]. מכאן מוכח שאף

[53] ראה בית שמואל, אבן העזר, סימן קמא, ס"ק קב. וראה שו"ת בית יהודה (עייאש), אבן העזר, סימן לב: "והדבר ברור דלא תלייא מילתא בגילוי דעת של הבעל, אם דעתו לבטל או לאו, דהא קיימא לן 'גילוי דעתא בגיטא לאו מילתא', והעיקר תלוי בהבנת הדיבור שמוציא מפיו. ולכך אם אמר לשון שמשמעו לשעבר, כגון 'פסול הוא' וכיוצא, אף על פי שהאומדנות מוכיח שבדעתו לבטל הגט שלא לגרש בו, מכל מקום כיון שביטול הגט תלוי בנוסח הראוי, כל שלא אמר לשון ברור חשיב כאלו שותק, והרי לא ביטל. וזה פשוט". וכעין זה נמצא בשו"ת עונג יום טוב, סימן קנח: "גם בענין שיאמר לשון המועיל, כדאמרינן שם בגיטין, שאם אמר 'אינו מועיל', 'אינו מתיר', 'אינו משלח', לא מהני, כמבואר שם בסוגיה, משום דעיקר ביטול השליחות הוא משום דאתי דיבור ומבטל דיבור, ולהכי בענין שיהא דיבור הביטול דיבור מעליא ויהא בו כח לבטל דיבור".

[54] כשאין נסיבות כאלה, ראינו לעיל, ליד ציון הערה 17, שחזקה שהשולח עומד בשליחותו.

[55] שאלה זו חזקה במיוחד כשמטרת השליחות היא שלא לטובתו של השולח, אלא שהוא אולץ למנות את השליח על ידי גורמים חיצוניים, כגון גט בכפייה.

[56] אין לנמק את החזקה בכך שכל זמן שלא היה ביטול מפורש, חל הכלל "דברים שבלב אינם דברים", שהרי "דברים שבלבו ובלב כל אדם הוו דברים", ובכגון זה אנו דנים כאן.

[57] ירושלמי, גיטין, פרק ו, הלכה א.

[58] יסוד החשש בהערכה שהאישה מעדיפה להיות נשואה, אפילו בתנאים קשים, מלהישאר גלמודה. ראה יבמות קיח ע"ב: "טב למיתב טן דו מלמיתב ארמלו". אומדן זה הוא כה חזק, עד שאין כאן אפילו ספק גט. וראה עוד אנציקלופדיה תלמודית, כרך יב, ערך זכין לאדם שלא בפניו, עמ' קנח (פרק ז).

[59] לכאורה, היה מקום לומר שההבדל בין דין "זכין" ובין דין שליחות (לעניין החשש מפני חזרת מקבל הזכות או השולח) אינו הבדל מהותי. בשונה מדין "זכין", כאשר האישה ממנה שליח לקבלת גטה, היא מגלה רצון חזק יותר, ומכאן הצורך שתהיה הפעולה משמעותית כדי להוכיח שחזרה בה. ברם, הסבר זה לא ניתן להיאמר על פי הבנתו של הר"ן את הקשרם של הדברים שנאמרו בירושלמי. מדברי הר"ן, גיטין כח ע"א (בדפי הרי"ף), ד"ה לפיכך, עולה שדברי הירושלמי אמורים גם במקום שהזוכה עבור האישה התמנה על ידה לשליח, אלא שהבעל העדיף משיקוליו הוא שהאישה תתגרש על ידי קבלת הגט לידו שלא מכוח מינויו לשליח על ידי האישה אלא מכוח דין "זכין". נמצא שבמקרה שדן בו הירושלמי, לדעת הר"ן, גילתה האישה רצון "חזק", כשמינתה שליח לקבל את הגט (הרי היא מינתה אותו לשליח), ומכל מקום, כיוון שהגט נזקף לזכותה מדין "זכין", חוששים שמא חזרה בה.

נציין שהבנת הר"ן את דברי הירושלמי אינה מוסכמת על דעת הכל. ראה: שו"ת פני יהושע (מקראקא), חלק א, אבן העזר, סימן ה (דבריו מובאים על ידי קרבן נתנאל, יבמות, פרק טו, סימן יג, אות כ, ובפתחי תשובה, אבן העזר, סימן קמ, ס"ק ה); פני יהושע, גיטין סב ע"ב, ד"ה גמרא איתמר; תוספות רבי עקיבא איגר למשנה, גיטין ו, א; שו"ת חתם סופר, אבן העזר, חלק א, סימן ד, ד"ה שנית פקפק. וראה מה שהביא

שרצון השולח הוא תנאי ביצירת השליחות, הרי משנתמנה השליח, נוצרה יצירה משפטית שאינה מתבטלת אלא בהתמלא דרישות פורמליות מסוימות שעמדנו עליהן לעיל, "אתי דיבור ומבטל דיבור". אשר על כן, כל זמן שהמינוי לא נתבטל באופן פורמלי, השליחות בעינה עומדת[60]. לעומת זאת, נכונותו של האדם לזקוף את הזכייה עבורו מאפשרת אמנם לפעול עבור המקבל, אך אינה יוצרת דבר, וממילא ביטולה אינו מותנה בביטול פורמלי. אשר על כן, מובן מדוע בכגון זה חוששים שמא חזרה בה האישה מרצונה להתגרש.

לסיכום, מן המקורות שהבאנו לעיל, עולה הדרישה שהביטול ייעשה ב"דיבור" מפורש[61]. לאור זאת, אין לקבל את ההסבר שהצורך בדיבור נועד רק להוציא את הביטול מכלל "דברים שבלב", שאם כן, מדוע אין להסתפק בגילוי דעתו של השולח, תהא צורתו אשר תהא? מסתבר שה"דיבור" שבאמצעותו מבקש השולח לבטל את השליחות אינו בא רק לשם גילוי רצונו של השולח, אלא הוא משמש כאקט הפורמלי של ביטול השליחות. זו הסיבה שאם הביטול לא נעשה לפי הדרישות הפורמליות, אין בכוחו לבטל את השליחות[62]. נראה שכך יש להבין את

בית יוסף, אבן העזר, סימן קמ, בשם תרומת הדשן, שו"ת, סימן רלז: "אי נמי ההיא דירושלמי בצווחת להתגרש, ומיהו אינה ממנה שליח כלל. אבל זאת, שביקשה מבני אדם לפתותו לגרשה, הוי ליה כאילו אמרה 'כל השומע דברי יפתה אותו שיגרשני', וכאילו מינתה אותם שלוחים לקבל לה גיטה דמיא" (נעיר שקטע זה אינו נמצא במהדורת 'תרומת הדשן' שבידינו). לעומתם, פוסקים רבים מצדדים בפירושו של הר"ן בירושלמי. ראה: שו"ת עונג יום טוב, סימן קנח; שו"ת אבני נזר, אורח חיים, סימן שלז, אות ד; חידושי רבי שמעון יהודה הכהן (שקאפ), חלק ד, קונטרס השליחות, סימן א; שו"ת היכל יצחק, אבן העזר, חלק ב, סימן נג (תשובת הגרש"ז אוירבך), ד"ה אבל נראה [=שו"ת מנחת שלמה, חלק א, סימן עט]; שם, סימן נד ד"ה והנה תיכף (תשובת הרב הרצוג); שו"ת הר צבי, מילי דברכות, סימן ב, ד"ה יא.

60 וכך סיכם זאת בשו"ת חתם סופר, אבן העזר, חלק ב, סימן ה, ד"ה ויש בענין: "וצריך לומר כך קמו בה רבנן באיתתא, כיון דבכל דהוא ניחא לה, הרי דעתה משתנית כל שעה. ומכל מקום, כיון שמינתה שליח בפירוש, לא אתיא מחשבה ומבטל דיבור מינוי השליח. וליחוש שמא חזרה בדיבור ובטלה השליחות? לזה לא חיישינן, דאוקמא אחזקה קמייתא, שנעשה שליח בדבר".

בשו"ת ברית אברהם, אבן העזר, סימן קא, ס"ק י, וס"ק יב, מדגיש שעצם הצורך בביטול פורמלי הוא הטעם שאין חוששים שהשולח ביטל את השליחות, והוא הדין גם במקום שהשולח לא היה זקוק לנוכחות עדים להוכיח את הביטול, כגון בשליחות להפרשת תרומה (בכך הוא דוחה דעה אפשרית שהסיבה שאין חוששים לביטול היא משום הקושי המעשי הכרוך בהזמנת עדים שיוכלו להעיד על הביטול. ראה להלן, הערה 102).

61 מסקנה זו עומדת לכאורה בסתירה לדברי רש"י, חגיגה י ע"ב, ד"ה שליח עניא, וד"ה מידי דהוה. התלמוד (שם) מביא ברייתא הדנה בשליחות למעילה בהקדש (נזכיר שהמוציא נכס הקדש לחולין בשוגג חייב קרבן מעילה, ועוד נזכיר שהמעילה היא אחד החריגים לכלל "אין שליח לדבר עברה"). וכך נאמר בברייתא: "נזכר בעל הבית ולא נזכר שליח – שליח מעל". השאלה היא: מדוע במקרה זה השולח לא מעל? רש"י כותב שהטעם לכך הוא ש"אנן סהדי" שהשולח ביטל את שליחותו ברגע שנזכר שהכסף שבידי השליח הוא של הקדש. נמצא שלדעת רש"י, כשיש אומדנא מוכחת לביטול, אין צורך בדיבור. וראה שיעורי רבי שמואל (רוזובסקי), קידושין, אות שצא, ד"ה עוד, שנשאר ב"צריך עיון" על דברי רש"י (וראה לעיל, סוף הערה 48, שיש הסוברים שבאומדנא דמוכח, זו גם דעתו של אביי). אמנם שאר הראשונים הציעו פירוש פשוט יותר להסביר מדוע השולח לא מעל: משנזכר השולח שהכסף שבידי השליח הוא של הקדש, דינו כמזיד, ואין מעילה במזיד. וראה: שו"ת אבני נזר, חו"מ, סימן נא, אות ד; חידושי רבי שמעון יהודה הכהן (שקאפ), חלק ד, קונטרס השליחות, סימן יב; שיעורי רבי שמואל, קידושין, אותיות שנז, שצ-שצג, שהרחיבו בדברי רש"י.

62 וראה: שו"ת עין יצחק, חלק ב, אבן העזר, סימן מב, אות לז, שהוכיח מדברי התוספות, גיטין לג ע"ב, ד"ה ליבדרו, שאין אפשרות לבטל את השליחות באופן שהביטול ייכנס לתוקף מאוחר יותר (ביטול לאחר שלושים). בדבריו שם הוא מעלה את האפשרות שהטעם לכך הוא, שמאחר שהביטול לא נכנס לתוקפו מיד, אין בו יותר מגילוי דעת. ובלשונו: "כיון דבעת דהוציא הדבור מהיום, לא ביטל אז, רק אמר שהביטול

דברי רבי יוחנן כשהוא מדבר על "דיבור" שמבטל "דיבור". הוא מאפשר אמנם את הביטול, אך יחד עם זה מעלה את הדרישה לביטול פורמלי באמצעות דיבור.

מסקנה זו, שרצון השולח לבטל את השליחות מחייב דיבור פורמלי, אומרת דרשני. הלא כלל הוא: "דיבורא לאו מילתא"[63], כיצד יכול אפוא הדיבור לענות על דרישת הפורמליות? נראה שהסיבה לכך נעוצה בעובדה שגם לשם יצירת השליחות לא נדרש יותר מדיבור, וכשם שניתן ליצור שליחות בדיבור, כך ניתן גם לבטלה[64]. בתת־פרק הבא נדון בשאלה: האם יש בכל זאת דרכים חלופיות לביטול, שלא באמצעות דיבור?

(ג) חלופות לאמירה מפורשת

1. מבוא

עד כאן ראינו שהביטול צריך שייעשה על ידי דיבור פורמלי דווקא. נראה שההיגיון לכך הוא, שבשונה מיצירת השליחות, שהיא פעולה חד־צדדית המשפיעה רק על השולח[65], ועל כן די בהבעת רצון ובלבד שתהיה מפורשת, הרי שלביטול השליחות השפעה גם על צד שלישי ועל השליח. אשר על כן, ביטול השליחות חייב להיעשות באקט פורמלי בלבד, ואין להסתפק בהבעת רצון של השולח[66] [67]. עם זאת, נראה שאין מניעה להשתמש בחלופות לדיבור, ובלבד שמבחינה משפטית, דינן של חלופות אלה כדין דיבור פורמלי.

יחול אחר זמן, בעת שיוודע הביטול להנשארים, אם כן הא בעת שיוודע הביטול להנשארים, הא אז ליתא לדיבורא הראשון. וכמו דגילוי דעתא בגיטין דלאו מילתא היא, משום דאומדנא לא מבטל לדיבורו, כמו כן זה לא מהני לבטל דבור הראשון, משום דלא עדיף מן אומדנא".

[63] ראה סנהדרין סא ע"א.

[64] וראה חידושי רבי שמעון יהודה הכהן (שקאפ), חלק ד, קונטרס השליחות, סימן יב, ד"ה והנה, המעלה נימוק נוסף, והוא שתוצאת המינוי ("שלוחו של אדם כמותו") היא רק אמצעי להשגת תוצאה משפטית אחרת (קנייה, מכירה, גירושין וכדומה), ועל כן ניתן לבטלה בדיבור. ובלשונו: "והטעם שיכול לבטל, כתבו האחרונים משום דאינו מעשה גמור, ואתי דיבור ומבטל דיבור".

[65] אמנם לביצוע השליחות יש נגיעה לצד שלישי, אולם מטרתה הייתה ניתנת להשגה גם על ידי השולח עצמו, ולפיכך אין בעצם מינוי השליח כדי לפגוע באחרים. אמנם המינוי משפיע גם על השליח, אלא שמינוי חד־צדדי של השליח יוצר אצלו זכויות בלבד (כגון זכות לשכר), וחובותיו תלויות בהסכמתו לקבל על עצמו את השליחות.

[66] עקרון דומה מצאנו בדיני המכירה. בשולחן ערוך, חו"מ, סימן רז, סעיף ד, נפסק: "המוכר סתם, אף על פי שהיה בלבו שמפני כך וכך הוא מוכר, ואף על פי שנראים הדברים שלא מכר אלא לעשות כך וכך, ולא נעשה, אינו חוזר, שהרי לא פירש, ודברים שבלב אינם דברים. ואף על פי שקודם מכירה אמר שהוא מוכר על דעת לעשות כך וכך, כיון דבשעת המכירה לא אמר, אינו חוזר". על כך מוסיף הרמ"א בהגהותיו שם: "ויש אומרים דבמתנה, דברים שבלב הויין דברים". כלומר, בפעולת מכר, שהיא פעולה דו־צדדית, יש צורך בדיבור מפורש כדי שהקונה יבין לאשורם את תנאי העסקה, אולם כשמדובר במתנה, שהיא פעולה חד־צדדית התלויה ברצון הנותן בלבד, יש מקום להתחשב בגילוי דעתו. עם זאת, יש להעיר שבשונה מהדעה המקובלת בדיני השליחות, ולפיה גם גילוי דעת ברור אינו מבטל את השליחות, לדעת הרמ"א שם בדיני המכר: "אי איכא אומדנא דמוכח, נתבטל המקח". על דברי הרמ"א, ראה חוק לישראל, פגמים בחוזה, ירושלים תשע"ב, עמ' 36־37.

[67] ייתכן שניתן להציע הסברים נוספים לצורך בדיבור לשם ביטול השליחות:

(א) ייתכן שהצורך בדיבור נובע מן הסברה שכדרך יצירת השליחות תהיה דרך ביטולה. מינוי שליח יוצר מציאות משפטית חדשה, ולכן כאשר מינוי השליח נעשה בדיבור, כפי שקורה בדרך כלל, גם ביטול השליחות צריך שיהיה בדיבור (ראה דיברות משה, גיטין, פרק ד, הערה כב, שהציע לומר שזהו יסוד המחלוקת בין אביי לרבא, לעיל, עמ' 607־608). אמנם בדיוננו על סעיף 3, פרק שלישי, ב, עמ' 145, ראינו שייתכנו דרכי מינוי אחרות שאינן עולות כדי דיבור, כגון מינוי בשתיקה. על פי הסבר זה, ביטולם של מינויים אלו יכול

הראשונים דנו בשאלה: מה הדין אם במקום לבטל את השליחות בדיבורו, עשה השולח פעולה שממנה משתמעת כוונת הביטול? לדוגמה, שולח הפועל בעצמו או באמצעות שלוחו להשגת מטרה שלמענה שלח קודם לכן שליח. מחד גיסא, מדובר במעשה, וכפי שראינו לעיל[68], גם ריש לקיש, החולק על רבי יוחנן ביחס לדיבור, מודה שהמעשה מבטל דיבור. מאידך גיסא, ייתכן שפעולה מסוג זה מעידה אמנם על כוונתו לבטל את השליחות, אבל אינה בגדר פעולת ביטול.

שאלה נוספת שדנו בה הפוסקים היא: האם ניתן לבטל את השליחות בכתיבה או ברמיזה? האם דין הכתיבה או הרמיזה כדין דיבור? בדרכי ביטול אלו, נעסוק בתת־פרק זה.

2. פעולה שמשתמעת ממנה כוונת ביטול

שאלה היא: מה הדין אם במקום לבטל את השליחות במפורש, פעל השולח בדרך חלופית להשגת אותה המטרה שלשמה נשלח השליח, כשברור שכוונתו של השולח בפעולה זו לבטל את השליחות?[69].

לאור הדרישה שהביטול יהיה פורמלי, מתבקש שאם קדם השליח לבצע את שליחותו עוד בטרם עלה ביד השולח להשיג את מטרת השליחות בדרך חלופית, הרי שמעשהו של השליח תקף, גם אם ידוע שבתוך כך עמל וטרח השולח להשיג את מטרת השליחות שלא באמצעותו. כך עולה לדוגמה מן המשנה בפסחים[70] העוסקת בבני חבורה שאבד לה פִּסחה (היינו שאבד לה השה שייעדו לקרבן פסח), ומינו שליח לחפש אחר הפסח האבוד ולשחוט אותו בשמם. המשנה קובעת שאם בני החבורה לא המתינו לשליח, ולקחו שה אחר על מנת להקריבו לקרבן פסח (דבר המעיד על כך שבדעתם היה לבטל את מינויו של השליח), אם בסופו של דבר הקדים השליח ומצא את הפסח האבוד ושחט אותו לפני שהספיקו בני החבורה לשחוט את שלהם[71], מעשה השליח תקף (וכל בני החבורה יוצאים בו ידי חובתם)[72]. נעיר שראיה זו נכונה

להיעשות בגילוי דעתו של השולח, ואין צורך בדיבורו (יש להעיר שדרך זו דחוקה, שכן לא מצאנו אפשרות מעין זו בדברי התלמוד והפוסקים).

(ב) אפשר לנקוט דרך אחרת, והיא שהדרישה לביטול בדיבור מפורש אינה תוצאה ישירה של העובדה שהמינוי יצר מציאות משפטית חדשה, ובאמת, מעיקר הדין, גם גילוי דעת היה מועיל לביטול, אלא שלא יעלה על הדעת שניתן יהיה לבטל תוצאה משפטית עתידית בקלות רבה כל כך. על כן תיקנו חכמים שהביטול ייעשה לכל הפחות בדרך שנוצרת השליחות בדרך כלל, דהיינו על ידי דיבור. בדרך זו נוקט שו"ת עונג יום טוב, סימן קנח, ד"ה ועיין (ונעיר שראייתו מדברי התוספות, גיטין לב ע"א, ד"ה מהו דתימא, צריכה עיון, שהרי התוספות דנים שם בדעת רבא ולא בדעת אביי). וראה להלן, הערה 114, שכך דעתו של 'אבני מילואים' לעניין הצורך בנוכחות עדים לביטול שלא בפני השליח. לפי דרך זו, הדגש אינו על כוחו הפורמלי של הדיבור אלא על העובדה שהוא זהה לפעולה שיצרה את השליחות. אפשר שהדיון בשאלת הביטול בכתב תלוי בשתי הדרכים שהבאנו כאן: מצד אחד, הכתיבה אינה פעולה פורמלית (ראה להלן, ליד ציון הערה 89); ומצד שני, יצירת השליחות אפשרית על ידי מינוי בכתב (ראה לעיל סעיף 3, פרק שלישי, א(2), עמ' 140). ראה על כך דברינו להלן, ליד ציון הערה 88. וראה עוד להלן, ליד ציון הערה 136.

[68] לעיל, ליד ציון הערה 26, ובהערה 26.

[69] פעולה הנעשית על ידי השולח במקביל לפעולתו של השליח להשגת אותה המטרה אינה מעידה בהכרח על כוונתו של השולח לבטל את השליחות, שכן אפשר שכוונתו רק להבטיח את השגת מטרת השליחות בכל דרך אפשרית. לכן הוספנו: "כשברור שכוונתו של השולח... לבטל". וראה להלן, הערה 77.

[70] משנה, פסחים ט, ט.

[71] אם הספיקו לשחוט את שלהם, נשמטת הקרקע מתחת לשליחות והופכת לבלתי רלוונטית.

[72] וזה לשון המשנה: "חבורה שאבד פסחה, ואמרו לאחד 'צא ובקש ושחוט עלינו', והלך ומצא ושחט, והם

רק אם נניח שפעולתם של בני החבורה מבטאת כוונה לבטל את השליחות, כפי שהבין כנראה רש"י[73].

נשאלת השאלה: מה הדין אם במקום לעשות את המעשה בעצמו, מינה השולח שליח אחר להשגת המטרה שלשמה נשלח השליח הראשון? המינוי של השליח השני אינו גילוי דעת גרידא, אלא הוא פעולה משפטית שבאמצעותה מבקש השולח למנוע מהשליח הראשון לבצע את השליחות[74]. השאלה היא: האם יש כאן חלופה נאותה לדיבור? או שמא גם פעולת המינוי אינה אלא "גילוי דעת", ואין די בה לבטל את השליחות?[75].

לקחו ושחטו: אם שלו נשחט ראשון, הוא אוכל משלו והם אוכלים עמו משלו; ואם שלהן נשחט ראשון, הם אוכלים משלהן והוא אוכל משלו" (רש"י, פסחים צח ע"ב, ד"ה ואם: "הם אוכלים משלהן – שהרי חזרו בהם מן האבוד ומשכו ידיהם ממנו"). ממשנה זו עולה שאף על פי שמן הסתם טרחו ועמלו בקניית הקרבן החדש, מכל מקום, כיוון שלא הייתה אמירת ביטול מפורשת, השליחות אינה מסתיימת. וכן כותב רש"י בתשובה (ראה להלן, הערה 76): "אלמא היכא דשלו נשחט ראשון, אף על פי שקדמה לקיחתן לשחיטתו, קתני 'הם אוכלין עמו, ושלהן יצא לבית השריפה'. אלמא אעפ"י שמחזירין לעשות שליחותן על ידי עצמן, לא בטלה שליחות מן השליח".

המשנה בפסחים הובאה בתלמוד (קידושין מא ע"ב) כראיה לכך שמוסד השליחות קיים גם בקודשים (קרבנות). וראה פני יהושע, קידושין שם, ד"ה רש"י בד"ה מנלן. מדבריו עולה שראיית התלמוד אינה מן העובדה שבני החבורה ממנים אחד מהם שישחט עבורם, שכן השחיטה עצמה אינה פעולה המצריכה מינוי שליח, ודי בעובדה שהקרבן נשחט לרצון הבעלים (ובכגון זה, שהשה כבר הופרש להקרבה, ודאי נוח לבעל הקרבן בתוצאות המעשה). לדעתו, הראיה לכך שיש שליחות בקודשים היא מן הסיפא של המשנה: "אם שלו נשחט ראשון, הם אוכלים משלו, ואם שלהן נשחט ראשון, הם אוכלים משלהן", משמע שאם שלו נשחט ראשון, הם אוכלים משלו, אף על פי שבינתיים כבר לקחו פסח אחר, ובכך גילו את דעתם שאינם מעוניינים עוד בשליחותו, ומכאן הוכחה שהשחיטה נזקפת לבעלים מכוח דין שליחות (ולא רק משום שנוח לו במעשה), שאלולי כן, די היה בגילוי דעתם כדי שלא ייצאו ידי חובתם בקרבן זה (על פי ההבחנה שהבאנו לעיל, ליד ציון הערה 57, בין "זכין" לבין שליחות). לעומת זאת, אם מניחים שהיה כאן מינוי שליח, מובן מדוע אין די בגילוי דעת זה.

מסקנה דומה מעלה הרמ"ה מהמשנה, קידושין ד, ט, העוסקת באב שמינה שליח לקידושי בתו לראובן. לאחר מכן, שינה האב את דעתו וקידש אותה לשמעון. על מקרה זה נאמר במשנה: "אם שלו [של האב] קדמו – קידושיו קידושין, ואם של השליח קדמו – קידושי השליח קידושין". מכאן מדייק הרמ"ה (הובאו דבריו על ידי רבנו ירוחם, תולדות אדם וחוה, נתיב כב, חלק ג): "שמע מינה [בטעות נכתב שם שכיב מרע], דאף על גב דגלי אב דעתיה מקמי קידושין דבעי לקדשה להאי אחרינא [=אף על פי שגילה האב דעתו שברצונו לקדשה לאותו אחר], כיון דקדמו קידושי שליח, קידושי האב לא הוו קידושין, דגילוי דעתא דקידושין לא הוי כלום, כמו בגיטין". והשווה לדבריו להלן, ליד ציון הערה 78.

[73] ראה שו"ת רש"י, סימן רא. בתשובה זו נרחיב להלן, הערה 76 (וראה עוד שו"ת עונג יום טוב, סימן קנט, ד"ה ויש לי, שהסיק מדברי רש"י שביטול השליחות תקף אף אם נעשה מתוך טעות עובדתית: "טעות אינו מבטל ביטול השליחות". כך היה בעניין בני החבורה שביטלו את השליחות בחשבם בטעות שהשליח לא מצא את השה, ואף על פי כן קבע רש"י שאילו הביטול היה פורמלי הוא היה תקף).

[74] כאמור לעיל, ייתכן שבמינוי השליח השני לא התכוון השולח לבטל את שליחותו של השליח הראשון אלא למנות שליח נוסף. עניינו כאן במינוי שליח שני המלמד על רצון השולח לבטל את שליחותו של השליח הראשון.

[75] שאלה דומה לכאורה, שדנו בה האחרונים בעניין ביטול שליחות בגטין היא: אם נשלח שליח אל השליח הראשון להודיע לו על ביטול שליחותו, האם ניתן לראות בעצם המינוי של השליח השני ביטול שליחותו של השליח הראשון? ראה: פני יהושע, גיטין לב ע"א, ד"ה ד' לב משנה; בית שמואל, סימן קמא, ס"ק צז; תורת גיטין, סימן קמא, ס"ק נח; צלעות הבית (נדפס בסוף ספר בית מאיר, אבן העזר), סימן ט (השני); שו"ת חתם סופר, אבן העזר, חלק ב, סימן נ, ד"ה ואב"א גמרא; שו"ת מהרש"ם, חלק ב, סימן ב. אולם

לראשונה, דן בעניין זה רש״י בתשובתו[76], אודות ״אשה שעשתה שליח לקבל את גיטה, ונתעצל השליח בשליחותו, ועשתה שליח אחר, וקיבל זה השליח האחר גט שאינו הגון [=פסול], וכששמע [השליח] הראשון נתחזק בשליחותו והלך אצל הבעל ונותן [צ״ל: ונתן] לו גט כשר״. השאלה הייתה: האם הגט שניתן לשליח הראשון כשר? או שמא עם מינויו של השליח השני נתבטלה השליחות של הראשון? בתשובתו, מתבסס רש״י על המקורות שהבאנו לעיל, שמהם עולה הצורך בדיבור פורמלי, ומכאן הוא מסיק שגם אם מינוי שליח אחר מבטא את רצונו של השולח בביטול השליחות, אין בכך כדי לבטל את מינויו של השליח הראשון[77].

מדבריהם עולה ששם המצב שונה, שכן העובדה שהשולח טורח להודיע לשליח על הביטול מעידה שאינו רוצה לעבור על תקנת רבן גמליאל, ולפיה אין לבטל שליח לגירושין אלא בפניו (ראה להלן, ליד ציון הערה 105). אשר על כן, אפשר שזו הסיבה שהביטול לא ייכנס לתוקף אלא לאחר שנודע לשליח.

76 שו״ת רש״י, סימן רא (מובא בשו״ת מהר״ם מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן תקפט; ובמרדכי, גיטין, פרק השולח, סימן שסו). כאמור לעיל, הערה 48, דברי רש״י הם היסוד להחלת העיקרון של סוגיית ״גילוי דעתא״ גם שלא בהלכות גטין. בשל חשיבות התשובה לפרקנו, נביא אותה כלשונה. תחילה רש״י קובע שמינוי שליח שני אין בו כדי לבטל את שליחותו של הראשון, שכן הוא רק גילוי דעת: ״דעתי נוטה שלא בטלה שליחותו [של ראשון בשביל שליחותו של שני], שלא מצינו בכל מקום שליח בטל בגילוייא [דעתא ב]גטה, ואינה כמבטלת בפנינו״. את קביעתו מוכיח רש״י מארבע סוגיות תלמודיות:

״(א) ונחלקו בה רבי יוחנן וריש לקיש. דתנן [קדושין נט ע״ב]: ׳וכן היא שנתנה רשות לשליח לקדשה והלכה ונתקדשה, אם שלה קדמה, קדושיה קדושין, ואם של שלוחה קדמו, קדושיו קדושין׳. ואיתמר: ׳לא קדשה עצמה, וחזרה בה, מהו? ר׳ יוחנן אמר: חוזרת, דאתי דיבור ומבטל דיבור (ור״ל אמר: אינה חוזרת, לא אתי דיבור ומבטל דיבור)׳. ואיתותב ריש לקיש מדתנן פ׳ השולח: ׳השולח גט לאשתו והגיע בשליח או ששילח אחריו שליח ואמר לו ׳גט שנתתי לך בטל הוא׳, הרי זה בטל׳, טעמא דבטלֵה, אבל גילויי דעתא לא אשכחן דמבטל.

(ב) ועוד, מדקתני [גיטין לב ע״א]: ׳אם משהגיע גט לידה אינו יכול לבטלו׳, והוינן בה, ׳פשיטא׳, ומשנינן: ׳לא צריכא, דמהדר עילויה (מעיקרא) לביטוליה, מהו דתימא כאילו בטליה מעיקרא דמי, קא משמע לן׳.

(ג) ועוד, דאביי ורבא פליגי בגילוי דעתא בגיטא [גיטין לד ע״א], והלכה כאביי דאמר לאו מילתא היא. [וכאן רש״י מוסיף עוד שיקול] וכל שכן (הכא) דליכא גילוי דעתא לבטולי אבל (אלא) לאהדורי בתר גירושין, וכל הקודם קודם. ואנן סהדי דכל היכא דתתגרש ניחא לה, שהרי כמה ימים חזרה אחר גירושין.

(ד) ועוד, דתנן בפסחים [צח ע״ב]: ׳חבורה שאבד פסחה, ואמרו ׳צא ובקש ושחוט עלינו׳, והלך ומצאו שחוט [ומצא ושחט?], והם לקחו ושחטו, אם שלו נשחט ראשון, הוא אוכל משלו והם אוכלין עמו, ושלהן יצא לבית השריפה׳. אלמא היכא דשלו נשחט ראשון, אעפ״י שקדמה לקיחתן לשחיטתו קתני ׳הם אוכלין עמו ושלהן יצא לבית השריפה׳. אלמא אעפ״י שמחזירין לעשות שליחותן על ידי עצמן, לא בטלה שליחות מן השליח״.

כפסקו של רש״י, עולה גם מהחידושים מכתב יד המיוחסים לריטב״א (מוסד הרב קוק, ירושלים תש״ם), גיטין לב ע״א, ד״ה מהו דתימא: ״ומכאן [הכוונה לדין שהובא לעיל, הערה 49], דהעושה שליח להוליך גט, וחזר ועשה שליח, לא ביטל שליחות הראשון... וכן הדין באשה״ (ושלא כדברי המהדיר שם, הערות 21־23).

שו״ת הרא״ש, כלל מה, סימן ה, דן בשאלה דומה לזו שבאה בפני רש״י, ומדבריו משתמע שאף אם היינו רואים במינוי השליח השני משום גילוי דעת לביטול השליח הראשון (ראה להלן, הערה 77), ״לא נתבטל שליחות הראשון בכך״. דברי הרא״ש הובאו להלכה בטור, אבן העזר, סימן קמא (עמ׳ רמג במהדורת הטור השלם), ובשולחן ערוך, שם, סעיף מד.

77 רש״י מוסיף שבעניין שנשאל עליו, התשובה פשוטה יותר, שכן הדעת נוטה שאין במינוי השליח הנוסף כדי ללמד שרצונה של האישה לבטל את שלוחה הראשון כלל. להפך, רצונה להתגרש, יהא השליח אשר יהא, ורק מחמת עצלותו של השליח הראשון, מינתה שליח שני (ראה ציטוט דבריו לעיל, הערה 76). וכך נקט גם בשו״ת הרא״ש, כלל מה, סימן ה: ״ואפילו גילוי דעת אין כאן לבטלו, דאדרבה, מוכחא מילתא שהיא

לעומת רש״י, הרמ״ה[78] סבור שמינוי השליח השני די בו לבטל את המינוי של השליח הראשון. נראה שלדעת הרמ״ה, מינוי השליח האחר כמוהו כמעשה המבטל את השליחות. לדעת הרמ״ה, הכלל ״גילוי דעתא בגיטא לאו מילתא״ אינו חל אלא כשהשולח רצה לבטל את השליחות בדרך הרגילה (ביטול בדיבור), אבל לא נתן ביטוי מלא ומפורש לרצונו זה (והסתפק בגילוי דעת בעלמא). לעומת זאת, במקרה שלנו, עשה השולח מעשה כשמינה שליח אחר שאליו ביקש להעביר את כוח השליחות במקומו של השליח הראשון[79]. להלכה נראה שהתקבלה דעתו של הרמ״ה, ולפיה מינוי שליח שני יכול בעיקרון לבטל את מינוי השליח הראשון[80].

חפצה למהר להתגרש, ומחמת זה שלחה השני, אולי לא ימצאנו הראשון, שימצאנו השני, ואי זה מהם שימהר למצוא אותו, בזה היא חפצה, כאדם שאבד אבדה ושולח כמה שלוחים לבקשו״. וראה עוד שו״ת הרשב״א, חלק ד, סימן קנג.

שאלה דומה בדיני ממונות נשאל בשו״ת בנימין זאב, סימן תלא. וזה לשון השאלה: ״ראובן אמר לשלוחו ׳צא וקנה לי חפץ פלוני בסך כך וכך׳, ושלוחו ניתעצל בעיר ולא הלך במהרה, וכשראה ראובן כן, מנה שליח אחר לעשות שליחותו, וכששמע השליח הראשון כן, נזדרז ונתחזק והלך וקנה אותו החפץ באותו סך שצוה לו ראובן והביאו. ועתה ראובן המשלח טוען ׳שכבר מניתי שליח אחר בשביל שנתעצלת בשליחותך, ופקע שליחותך ממך, ואיני חפץ באותו חפץ׳. ושאלת אם יוכל ראובן לטעון טענה זו או לא?״. בעקבות דברי רש״י, הוא פוסק שלא פקעה שליחות השליח הראשון: ״יראה לעניות דעתי דלא פקע שליחות השליח הראשון, אפילו שראובן מנה שליח שני. וראיה לדבר ממה שכתב המרדכי בגיטין, ריש פרק השולח מתשובת רש״י ז״ל... הוא הדין והוא הטעם יש לומר אנדון זה״. ברם, מתוכן תשובתו עולה שהסיבה לפסיקתו אינה עקרונית (דהיינו שמינוי שליח אחר אינו יותר מגילוי דעת), כפי שמוכח מתשובתו של רש״י. לדבריו, אם כוונתו של השולח במינוי השליח השני הייתה לבטל את השליח הראשון, אכן השליחות הייתה מתבטלת, אלא שבמקרה שנידון לפניו אין להעמיס כוונה זו במינוי השליח השני, ובלשונו: ״דמאחר שהבעל, ראובן, היה ניחא ליה באותו חפץ, דהא הוצרך לשלוח שליח שני, וחיבת ההוא חפץ לא יצא מלבו עד שיביאינו לו, אם כן כל הקודם להביאו קדם. דאנן סהדי דהיה ניחא ליה באותו חפץ, וכיון שהביאו השליח הראשון, לא פקע שליחותיה מיניה״.

מגמה זו, פסיקת הלכה על יסוד דברי רש״י אך שלא מטעמו העיקרי, חוזרת ונשנית אצל פוסקים מאוחרים. ראה: שו״ת עונג יום טוב, סימן קנט, ד״ה ואם נבוא; שו״ת מהרש״ם, חלק ג, סימן רנה, ד״ה והנה מה.

[78] מובא בטור, אבן העזר, סימן קמא (עמ׳ רמג במהדורת הטור השלם): ״אם עשתה ב׳ שלוחים לקבלה בזה אחר זה או שעשה הבעל ב׳ שלוחים להולכה זה אחר זה, בטל שליחות הראשון בעשיית השני, אם לא שגילו דעתם כשעשאו הב׳ שעדיין חפצים בראשון״. וראה עוד חידושי הרמ״ה ושיטות הקדמונים, גיטין, עמ׳ קפז, הערה יב.

[79] ראה פסקי הלכות (פרידמן), יד דוד, חלק ב, הלכות אישות, פרק תשיעי, הלכה ד, אות פט (עמ׳ 442), שעמד על ההבחנה (לדעתו של הרמ״ה) בין המקרים המובאים בסוגיית גילוי דעת (גיטין לד ע״א) לבין מינוי שליח חלופי. וזה לשונו: ״דדוקא במקום שאינו עושה מעשה לבטל מעשיו הקודמים, רק מגלה לנו דעתו דלא ניחא ליה בהם ובחפצו לבטלם, זה הוה גלוי הדעת, כמו הך דאשקליה גיטא לחתניה דר״י בגיטין (דף לד ע״א), דסתמו העדים אזניהם שלא ישמעו הביטול, דאף דראו אותו שרץ אליהם וניכר הכונה שרוצה לבטל השליחות, עם כל זה לאו מילתא היא לאביי, דקיימא לן כותיה, דהא כל הגילוי דעת הוא רק שיבטל, לא שכבר ביטל. מה שאין כן בממנה שליח אחר, הוה כמו מעשה, שבזה מבטל שליחות הראשון, שהרי בודאי מגרע כחו לענין שאם יקדים זה ויעשה הוא המעשה יהיה הוא שלוחו, והמינוי הזה מורה שרוצה שיעשה הוא המעשה, לא השליח הראשון, ואם כן יכול להיות דהוה ביטול גמור, לא גילויא דעתא בלבד״.

[80] כאמור, הפוסקים קיבלו להלכה את העיקרון שמינוי שליח שני עשוי לבטל את שליחותו של הראשון. בשלושה הקשרים נידונה השאלה אם מינוי שליח שני אכן מבטא את רצונו של השולח לבטל את השליח הראשון:

(א) בהקשר לקידושין הביא הטור, אבן העזר, סימן לז (עמ׳ שכ במהדורת הטור השלם), את דעתו של הרמ״ה: ״וכתב הרמ״ה: אי שוי שליח אחרינא לקדושין ולא בטליה לשליח קמא בפירוש, ואזל כל חד מינייהו

3. כתיבה ורמיזה

אשר לביטול בכתב, לכאורה, ביטול כזה אינו בעייתי, שכן השולח מביע בו את רצונו באופן מובהק. עם זאת, הדבר אינו נקי מספקות, משום שמצאנו עניינים אחדים בהלכה שבהם נדרש דיבור דווקא, ונחלקו הפוסקים אם אדם יוצא בהם ידי חובה בכתיבה[81]. כך לדוגמה, ספק אם אדם יכול לצוות בכתב על כתיבת גט לאשתו[82].

וקדש, דבתרא הוי קדושין ולא דקמא, דכיון דשויה שליח לבתרא, בטליה לקמא... הדין הוא סברא דילן. ומיהו לענין מעשה, לא מורינן הלכה למעשה, אלא בעיא גט מתרוייהו [=אם מינה שליח אחר לקידושין ולא ביטל את השליח הראשון בפירוש, והלך כל אחד מהם וקידש, של האחרון הרי הם קידושין, ולא של הראשון, שכיוון שמינה את השני לשליח ביטל את הראשון... זוהי סברתנו. ברם לעניין מעשה, אין מורין כן הלכה למעשה, אלא צריכה גט משניהם]". בעקבות הרמ"ה והטור, פסק שולחן ערוך, שם, סעיף י, שצריכה גט משניהם.

(ב) בהקשר לגטין הביא הטור, אבן העזר, סימן קמא (עמ' רמג במהדורת הטור השלם), מחלוקת בין אביו הרא"ש (ראה לעיל, הערה 76) לבין הרמ"ה. השולחן ערוך, שם, סעיף מד, פסק כדעת הרא"ש. המפרשים (באר היטב, אבן העזר, סימן לז, ס"ק יב. וראה עוד באוצר הפוסקים, שם, ס"ק כח, אות ב) עומדים על הסתירה שבין פסק הטור בעניין קידושין לפסקו בעניין גטין. דרכם ביישוב הסתירה היא, שבעיקרון מינוי נוסף יכול לבטל שליחות קודמת (כשיטת הרמ"ה), אלא שבגטין מסתבר שלא זאת הייתה כוונתו של השולח. ראה לעיל, סוף הערה 77. וראה בית שמואל, אבן העזר, סימן לז, ס"ק יג, המבחין בין שני שלוחים שנשלחו לבצע פעולות מנוגדות, שיש מקום לומר שמינוי השליח השני ביטל את מינוי השליח הראשון, לבין שלוחים שנשלחו לבצע אותה הפעולה, שם יש להניח שבמינוי השליח השני לא התכוון השולח לבטל את מינוי השליח הראשון אלא להוסיף עליו. לדעתו, בעניין קידושין מדובר בשולח שמינה שני שלוחים לקדש לו שתי נשים (וההנחה היא שהוא חפץ לישא אישה אחת בלבד), ולכן יש חשש שמא במינוי השליח השני ביטל את השליח הראשון. לעומת זאת, בעניין גטין, שני השלוחים מבצעים אותה הפעולה (מסירת גט לאותה אישה), וכיוון שכך, מינוי השליח השני נעשה במקביל להמשך שליחותו של הראשון. וראה גם להלן בהערה זו, דברי 'שער משפט'. וראה לעיל, הערה 48, אות ג, בעניין התייחדות עם האישה לאחר מינוי שליח לגרשה.

(ג) בהקשר להרשאה בדיני ממונות, נפסק בשולחן ערוך, חו"מ, סימן קכג, סעיף ג: "המרשה לאחד ואחר כך הרשה לאחר, ושניהם באים בהרשאתו לפנינו, אין לנתבע להשיב אלא לשני". הסמ"ע, שם, ס"ק ט, העיר על כך: "אפילו בלא ביטל בפירוש ההרשאה הראשונה, אמרינן דמסתמא ביטלה, הואיל והרשה אחריו לאחר". הערה זו של הסמ"ע מתאימה לכאורה לשיטת הרמ"ה. וראה שער משפט, שם, ס"ק ג, שתמה על הסמ"ע: "ותימא, שזהו כדעת הרמ"ה שהביא הטור באבן העזר, סימן קמא, אבל הטור הביא שם דעת הרא"ש, וכן פסק המחבר, שם, בסעיף מד, דשליחות הראשון לא נתבטל במינוי שליח אחר... וכן הוא במרדכי, ריש פרק השולח, בשם תשובת רש"י... ומוכח שם מהראיות שהביא דבכל דוכתא הדין כן [כלומר, גם בדיני ממונות]... ואולי יש לומר דדווקא בגט הכריעו הטור והמחבר כן, משום דגילוי דעת בגיטא לאו כלום הוא. ודוחק, וצריך עיון" (ראה מה שהערנו על דבריו לעיל, הערה 48). וראה שו"ת עונג יום טוב, סימן קנט, ד"ה ואם נבוא, שמציע להבחין בין שליחות שאינה דורשת כישורים מיוחדים או הפעלת שיקול דעת (כגון שליחות למסירת גט), שאין בה לשליח השני יתרון על פני השליח הראשון, ולכן יש להניח שבמינוי שליח נוסף לא התכוון השולח לבטל את שליחות הראשון אלא לוודא את ביצוע הפעולה, לבין שליחות הדורשת כישורים או הפעלת שיקול דעת (ממונות), שיש להניח בה שהתכוון השולח למנות שליח אחר טוב מן השליח הראשון (דבריו שם בשיטת רש"י צריכים עיון, שכן לדעתו גם רש"י מקבל הבחנה זו. אולם לעיל ראינו שלדעת רש"י, ניתן לבטל שליחות בדיבור בלבד ושמינוי שליח אחר אינו עולה כדי דיבור).

[81] מחלוקת הפוסקים היא בשאלה אם "כתיבה כדיבור דמי או לאו כדיבור דמי"? היינו, במקום שיש צורך בדיבור, האם יכולה הכתיבה לשמש תחליף לדיבור? בשאלה זו דנו הפוסקים במגוון הקשרים: עדות, שבועה, קבלת נזירות, ספירת העומר, ברכות התורה ועוד (ראה: פתחי תשובה, יורה דעה, סימן רלו, ס"ק א; שו"ת יביע אומר, חלק ד, יורה דעה, סימן ט). וראה להלן, הערה 88.

[82] ראה: רא"ש, גיטין, פרק שביעי, סימן יט; שולחן ערוך, אבן העזר, סימן קכ, סעיף ה; מכתב מאליהו (אלפנדרי), שער א, סימן ה. וראה לעיל, סעיף 3, הערה 49.

שאלת ביטול השליחות על ידי כתיבה הועלתה לראשונה על ידי הר״ן, בעניין ביטול שליחות למסירת גט[83]. לדעתו, אם המינוי לכתיבת גט יכול להיעשות בכתב, כל שכן שביטול השליחות למסירת גט יכול להיעשות בכתב (ויש מי שאומר שהוא הדין אף ברמיזה (שפת גוף))[84]. הדין ששליחות ניתנת לביטול בכתב[85] אין יסודו בהכרח בקביעה שדין כתיבה כדין דיבור לכל דבר ועניין[86], שכן אפשר גם להסביר ששליחות ניתנת לביטול בכתב, אף שבכלל כתיבה אינה כדיבור, משום שהעיקר בביטול שליחות הוא שדרך הביטול לא ייפול ברמתו מן הנדרש לצורך המינוי[87], וממילא, כיוון שאפשרי מינוי בכתב, אפשרי גם ביטול בכתב[88].

[83] שו״ת הר״ן, סימן מג (מובא בבית יוסף, אבן העזר, סימן קמא, סעיף סב): ״שהבעל בכתבו אשר שלח אלי אמר, זה לשונו: ׳שהוא שלח כתבו לאביו להזהירו שלא יתן הגט, והיה בלשון הכתב שלא תהא [בבית יוסף גורס: תצא, אבל ראה סוף התשובה] לצמיתות, ושזה הכתב ראהו אנקרשקש שלמה (וברורי העבירות [=שופטי הקהל], ושהיה מחלה את פני אנקרשקש שלמה [גרסת בית יוסף וכתבי יד]) שלא יתן רשות שינתן הגט׳... יש לחוש בגט זה דודאי בטול שליחות מתוך הכתב מהני... כיון דגט כותבים על פי כתבו, כל שכן דבטול על פי כתבו מהני, ואע״ג דבתוספתא [גיטין ב, י], משמע... [ש]אין כותבין על פי כתבו, מכל מקום יש לחוש ולהחמיר״. יש להעיר שבשליחות שעניינה אינו מסירת גט, שאלת ביטול השליחות בכתב עולה רק לאותם הפוסקים שראינו לעיל, הערה 48, אות א, לפיהם כל שליחות אינה ניתנת לביטול ב״גילוי דעת״ גרידא כי אם בדיבור דווקא. לעומת זאת, לאותם פוסקים שראינו שם, לפיהם הכלל ״גילוי דעתא בגיטא לאו מילתא היא״, נאמר רק בשליחות לגירושין, אין ספק שמועיל ביטול שליחות בכתב בשאר העניינים.

[84] כשם שניתן למנות שליח ברמיזה (ראה דיוננו בסעיף 3, פרק שלישי, ב(1), עמ׳ 145), כך טוען בעל מכתב מאליהו (אלפנדרי), שער ז, סימן ה, ד״ה אחר. וראה להלן, הערה 90.

[85] כך פסק הרמ״א, אבן העזר, סימן קמא, סעיף סב, בעקבות הר״ן: ״כתב כְּתב אחֵר השליח שלא ליתן הגט, הוי ביטול, דיוכל לבטל על ידי כתבים״. אך יש לשים לב שהר״ן עצמו מסיק את דינו בקל וחומר מדין כתיבת גט, ״כיון דגט כותבים על פי כתבו, כל שכן דבטול על פי כתבו מהני״. אולם הוא עצמו מסתייג מיד מקביעה פסקנית זו, שכן ידוע שכתיבת גט על פי כתבו של הבעל אינה נקייה מספקות (ראה לעיל, הערה 82), ואין חוששים לגט כזה אלא לחומרה, ולפי זה גם ביטול השליחות בכתב אינו יוצא מכלל ספק לפי הר״ן. כך הבין את דברי הר״ן שו״ת מהר״י בן לב, חלק ג, סימן צג, סוף התשובה הראשונה. אבל מהר״י בן לב עצמו מקיש את דין ביטול בכתב של שליחות לגירושין לדין מינוי בכתב של שליח למסירת הגט (להבדיל מכתיבתו), ומסיק: ״וכן נמי יכול האדם למנות שליח להולכה על פי כתבו, וכמו שכתב בעל הטורים דנוהגין באשכנז וצרפת על פי רבנו תם לשלוח גט וקדושין על ידי גוי, וממנֶה בכתבו ישראל שבאותו מקום שליח, ונראה דהוא הדין נמי דמהניא כתב לגבי בטול״. וכך נקט גם שו״ת שבות יעקב, חלק א, סימן קיד, ד״ה תשובה אף, בהשגתו על דברי הר״ן: ״אף שאין אני כדאי להשיג על גדול שכמותו, תשובת הר״ן מכל מקום תורה היא. כי בודאי ברור דביטול לכולי עלמא מהני על פי כתבו, ואין צריך לשמוע קולו דוקא כמו בכתיבת גט. דהא מבואר בש״ס דאפילו בגילוי דעתו בעלמא פליגי, משמע דעל ידי כתב לכולי עלמא מהני בביטול״. וראה גם שו״ת פרי החיים, חו״מ, סימן יח, ד״ה הנה מבואר, שהוסיף: ״ומכל שכן בדיני ממונות דמהני ביטול השליח בכתב״.

[86] לשאלה כללית זו, ראה לעיל, הערה 81. אמנם, כך נקט שו״ת עין יצחק, חלק ב, אבן העזר, סימן מב, ענף יא. לדעתו, דין ביטול בכתב של שליחות לגירושין תלוי בשאלה הכללית אם ״כתיבה כדיבור״, ועל כן הוא מסיק: ״אם כן, לשיטת הסוברים דכתיבה לא הוי כדבור, אם כן יש לומר דכתיבתו להביטול לא מהני לבטל דבור שדיבר מתחילה בפיו להסופר״. אבל השווה להלן, הערות 87, 88.

[87] ראה לעיל, הערה 85. אמנם, כבר הערנו שם שלא זאת הייתה הנמקתו של הר״ן, שמשום מה למד את דינו בקל וחומר מדין ציווי הבעל לכתיבת הגט, עם זאת עובדה מאלפת היא שהר״ן אינו נדרש לכלל ״כתיבה כדיבור״.

[88] ראה דברינו לעיל, ליד ציון הערה 64.

אין צריך לומר, שהדרישות החלות על ביטול שליחות בדיבור חלות גם על ביטול השליחות בכתב או

שני ההסברים הללו (שכתיבה כדיבור או שכדרך המינוי כך דרך הביטול) מניחים שתוצאת הכתב הוא ביטול השליחות. ברם, 'חתם סופר'[89] טוען שלא כך יש להבין את דברי הר"ן. אמנם הכתיבה מעידה על מחשבתו של הכותב, אבל אינה יכולה להיות תחליף לדרישה הפורמלית של "דיבור". אשר על כן, טוען 'חתם סופר', אין כוונת הר"ן להפסקת השליחות בשל ביטולה[90], אלא לכך שידיעת השליח על רצונו החדש של השולח מחייבת אותו להימנע מלבצע את השליחות[91]. ידיעה זו אפשר שתושג בכל דרך שהיא (ובכלל זה גם כתיבה), ובלבד שתהיה מהימנה[92]. נדגיש שלפי דרכו של 'חתם סופר', דברי הר"ן אינם אמורים אלא משום שתוכן הכתב של השולח הגיע לידיעתו של השליח, אבל אם לא כן, שליחותו נמשכת[93].

ברמיזה. כך למשל נראה להלן, ליד ציון הערה 105, שביטול שליחות לגט שלא בפני השליח צריך להיעשות בפני בית דין או לכל הפחות בפני שניים. הפוסקים נחלקו בשאלה אימתי חלות דרישות אלו, בזמן הכתיבה או בזמן קבלת כתב הביטול:

לדעת שו"ת אבני נזר, אבן העזר, סימן קמט, אותיות ד, ה, ז, זמן הביטול הוא זמן הכתיבה, ועל כן דרישות אלה חייבות להתקיים באותה שעה (עם זאת, הוא מעיר, שלשיטת התוספות שנראה להלן, ליד ציון הערה 105, ולפיה הדרישה לנוכחות עדים היא כדי למנוע ממזרות, אף אם לא נכחו עדים בשעת הכתיבה, הביטול יחול למפרע עם הגעת כתב הביטול לידי האישה או לידי השליח, שאז כבר אין מקום לחשוש לממזרות). לעומת זאת, ראה שו"ת מהרש"ם, חלק ב, סימן ב. לדעתו, זמן הביטול הוא לאו דווקא זמן הכתיבה אלא הוא עשוי להיות גם זמן קבלת כתב הביטול. והוא מחדש שלאפשרות אחרונה זו יש להבחין: אם הנמען של כתב הביטול הוא השליח או האישה, ייכנס כתב הביטול לתוקף עם הגעתו לידם בלא צורך בנוכחות עדים, כדין ביטול בדיבור (ראה בית שמואל, סימן קמא, ס"ק צ); אם הנמען אינו השליח או האישה, אין תוקף לכתב הביטול אלא אם נשלח לשניים, כדין ביטול שלא בפני השליח או האישה. ומנימוק זה פסק להכשיר גט שנשלח על ידי הבעל, על אף מכתבו המאוחר של הבעל המבטל את השליחות, משום שמכתב זה היה ממוען לאחד בשם הרב היילפרין ורק אליו, ולא לשליח. שו"ת מנחת שי (שור), חלק א, סימן מט, ד"ה וע"ד הגט, מציין הבחנה זו (לא בשם מהרש"ם), אך דוחה אותה על סמך שו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, יורה דעה, סימן סו, ד"ה מכתבו קבלתי, לפיו אף מי שנוקט ש"כתיבה כדיבור" (ראה לעיל, הערה 81), אין זה אלא בשעת הכתיבה, ועל כן אף אם כתב הביטול ממוען לשליח, הרי זה כביטול שלא בפניו וגם הוא חייב אפוא להיעשות בפני שניים. אולם, דומה שאין מקום לביקורת זו של 'מנחת שי', שכן סביר להניח, בהתאם למה שהצענו בטקסט, שפסקו של מהרש"ם אינו מיוסד על הכלל "כתיבה כדיבור" כל עיקר, אלא על כך שלצורך ביטול שליחות די בכתיבה, כשם שדי בה לצורך מינוי שליח. לפי זה, כתב ביטול הממוען לשליח וקבלו השליח, הריהו כביטול בפניו, ורק כתב ביטול הנשלח לאדם אחר, הריהו כביטול שלא בפני השליח.

[89] שו"ת חתם סופר, אבן העזר, חלק ב, סימן נ, ד"ה ויעיי'.

[90] אשר לדעת 'חתם סופר' בעניין ביטול על ידי רמיזה, אין הדבר נקי מספקות, וייתכן שהוא יודה לדברי 'מכתב מאליהו', שהובאו לעיל, הערה 84. מדברי הרא"ש, גיטין, פרק שביעי, סימן יט, נראה שיש מקום להבחין בין כתיבה לרמיזה. הרא"ש מביא את שיטת רבנו תם, ולפיה ציווי הבעל על כתיבת גט שנכתב בכתב ידו אינו מועיל גם בבריא, ומוסיף על דבריו: "אף על גב דהרכנה [=רמיזה בראש לכתוב את הגט] מהני, אפשר דהרכנה עדיפא טפי משום דמראה בגופו". דבריו הובאו להלכה בבית שמואל, אבן העזר, סימן קכ, ס"ק ח. לפי זה, אפשר שגם 'חתם סופר' יודה שביטול ברמיזה הרי הוא כדיבור. וצריך עיון.

[91] "אלא על כרחך, כנזכר לעיל, דלא בעי ביטול, אלא כל שנודע לשליח המלכת הבעל, הרי בלי ביטול שליחותו גם הוא יחזור בו, שהרי הוא כבעל" (חתם סופר, שם). ראה על כך בהרחבה להלן, ליד ציון הערה 125 ואילך.

[92] ניתן להביא ראיה לדברי 'חתם סופר' בהבנת הר"ן מן העובדה שאין בדברי הר"ן אזכור לעדים כלל (להלן, ליד ציון הערה 105 ואילך, נראה שהתלמוד מעלה את הדרישה לנוכחותם של עדים כתנאי לתוקף ביטול השליחות בגט). התעלמותו של הר"ן מן הצורך בעדים יכולה ללמד שאכן אין הוא מדבר על ביטול אלא על חובת השליח להתחשב ברצונו החדש של השולח, שהרי כבר הערנו שגם מי שמכשיר ביטול על ידי כתיבה, סבור מכל מקום שיש צורך בנוכחות העדים. והשווה דברי מהרש"ם ו'אבני נזר', שהובאו לעיל, הערה 88.

[93] והשווה להלן, הערה 143, דבריהם של שו"ת עין יצחק ושו"ת רבי עזריאל.

(ד) ביטול השליחות לפני כניסתה לתוקף

שאלה יפה היא: האם הצורך באמירה מפורשת לצורך הביטול קיים גם כשהביטול נעשה עוד לפני כניסת השליחות לתוקף?[94].

לעיל הסברנו שהכלל "אתי דיבור ומבטל דיבור" מורה לא רק על עצם אפשרות הביטול אלא גם על צורתו, היינו שהביטול חייב להיות בדיבור (ולא די בגילוי דעת בעלמא). ההסבר שנתננו לדרישה זו הוא, שבדרך כלל שליחות נוצרת בדיבור וכדרך יצירת השליחות כן דרך ביטולה[95]. מאחר שעם מינוי השליח נוצרת מציאות משפטית חדשה (סטטוס של שליח), מובנות היטב הדרישות הפורמליות לביטולה של השליחות. אולם לפי זה, היה מתבקש להסיק שכל זמן שמינוי השליח לא נכנס לתוקפו, אף שהמינוי נעשה כהלכה, אפשר למנוע את כניסתו לתוקף על ידי גילוי דעת בעלמא, ואין הצדקה לדרישות פורמליות. כך לדוגמה, לדעת חלק מן הפוסקים, אם היה המינוי שלא בפני השליח[96], כל זמן שהמינוי לא נודע לשליח, יכול השולח לבטל את השליחות גם על ידי גילוי דעת בעלמא, ואינו כפוף למגבלות הפורמליות שעמדנו עליהן לעיל. כך סבור אמנם בעל 'עונג יום טוב'[97].

לעומתו, ר' שמעון שקאפ[98] סבור שמשעה שנגמרה פעולת המינוי מבחינתו של השולח, אף על פי שהשליחות לא תיכנס לתוקף אלא לאחר זמן[99], יש להחיל את הכלל "אתי דיבור ומבטל דיבור". ראיה משכנעת לדבריו מביא ר' שמעון שקאפ מן ההיקש שעושה התלמוד[100] בין ביטול שליחות ובין גט על תנאי שהבעל חוזר בו ממנו לפני שהתקיים התנאי. מבואר שם שלעניין ביטול גט על תנאי, לא די בגילוי דעת, ויש צורך בביטול פורמלי, אף שלא נוצר שום סטטוס

94 נטעים שדיוננו כאן הוא בשהמינוי קדם לביטול אלא שתחולתו דחויה. והשווה להלן, נספח ראשון לסעיף זה, ליד ציון הערה 327, דיון בשאלה דומה לכאורה, האם די בגילוי דעת במסירת מודעה, אלא שדמיון זה קיים רק אם מסירת המודעה פועלת בדומה לביטול השליחות מראש עוד לפני המינוי (להלן, הערה 321, נראה שלדעת חלק מן האחרונים, כך פועלת מסירת מודעה על גט לדעת הרמב"ם). ברם, כפי שנראה שם, ההבנה הפשוטה היא שמסירת מודעה אינה פועלת כביטול (וראה שם, הערה 324, שיש מהראשונים שדחו אפשרות זאת על הסף) אלא כגילוי דעת על היעדר רצון חופשי לבצע את הפעולה המשפטית העתידית.

95 ראה לעיל, ליד ציון הערה 64.

96 ראה לעיל, סעיף 3, פרק חמישי, א, עמ' 159.

97 שו"ת עונג יום טוב, סימן קנח, ד"ה והרשב"א בחידושיו.

98 חידושי רבי שמעון יהודה הכהן (שקאפ), חלק ד, קונטרס השליחות, סימן ז. וראה להלן, הערה 198, וליד ציון הערה 279. והשווה לדבריו המובאים להלן, ליד ציון הערה 328. וראה עוד משפטיך ליעקב, חלק ד, סימן לו, אות יד.

99 שאלה זו תלויה בשאלת המינוי המוקדם. ראה דבריו שם, סימן ט, ובהערה שם. וראה בהרחבה בדיוננו על סעיף 3, פרק רביעי, עמ' 153.

100 גיטין לד ע"ב. התלמוד דן באדם שיצא מביתו ונתן גט לאשתו כדי שיחול בעוד שלושים יום, בתנאי שעד אז לא יחזור אליה. כשהגיע יום השלושים, אירעו אונס ונמנע ממנו לחצות את הנהר על מנת לחזור לביתו, והוא צועק לעבר אנשי עירו: "חזו דאתאי [=ראו שהגעתי]". על אף צעקותיו אלו, הכשיר שמואל את הגט. אביי מביא ראיה מפסק זה לשיטתו, שגילוי דעת אינו מועיל לביטול גט, שהרי אף שהבעל גילה בדעתו שהוא חפץ בביטול הגט, שמואל לא התחשב בדבריו והכשיר את הגט, משום שלא נתבטל בדרך הראויה ("גט זה בטל"). רבא דוחה את הוכחתו זו של אביי, שכן לדעתו ניתן לומר שכוונת הבעל (באמרו "חזו דאתאי") לא הייתה לבטל את הגט, אלא שהתנאי לתחולת הגט לא נתקיים, שהרי אמנם חזר אלא שהנהר מונע ממנו להגיע לביתו.

למעשה, השוואה זו בין גט לאחר שלושים לבין שליחות מפורשת בסוגיית "אתי דיבור ומבטל דיבור" לדעת ריש לקיש (ראה לעיל, ליד ציון הערה 21, ולהלן הערה 132). וכבר הטעמנו שמה שאליבא דריש לקיש אינו ניתן לביטול, ניתן לביטול אליבא דרבי יוחנן, ובלבד שייעשה בדיבור מפורש.

לגירושין באותו פרק זמן. מכאן הוא מסיק[101]: "ועל כורחנו מוכרחים אנחנו לומר דעיקר הטעם הוא, דכל היכא דהמעשה נעשה אחר כך לאחר זמן בלא דעת העושה אלא על ידי אמירתו הקודמת, וכמו בגיטין וקידושין לאחר שלושים, דאם יהיה המגרש או מקדש ישן וכדו' כל הזמן, מכל מקום יגמר המעשה, דאין צריך יותר לדעתו ולרצונו, בכל כי האי גוונא הוא דומה לשליחות". במילים אחרות, הצורך בביטול פורמלי של השליחות אינו נובע מן העובדה שעם המינוי כבר נוצר מעמד השליח, אלא די שהשולח מצדו עשה את כל המוטל עליו לצורך המינוי[102].

(ה) בפני מי מבטלים?

שאלה נוספת שיש לדון בה בעניין ביטול השליחות היא: האם הביטול חייב להיעשות בפני פורום מסוים? שאלה זו נידונה בתלמוד בקשר לשליחות בגטין, וכפי שנראה להלן, ספק אם ניתן להקיש משם לכל שליחות, יהא נושאה אשר יהא.

נקדים ונאמר שלדעת רוב הראשונים, אם הביטול נעשה בפני השליח או בפני האישה, אין ספק שיש לו תוקף. השאלה היא: מהו הפורום הדרוש לשכלולו של ביטול שנעשה שלא בפני השליח או בפני האישה? כפי שראינו לעיל, המשנה קובעת שהבעל יכול לבטל את השליחות להולכת הגט לאשתו אף שלא בפני השליח: "בראשונה היה עושה [השולח] בית דין במקום אחר [שלא בנוכחותו של השליח] ומבטלו"[103]. ונשאלת השאלה: אם אכן יש אפשרות לבטל את השליחות שלא בפני השליח, מה צורך שהביטול ייעשה בבית הדין? אמנם רב נחמן מסייג את דברי המשנה, ולפי דעתו די בנוכחותם של שניים בלבד[104], ואין הכוונה להרכב בית דין (שלושה). מכל מקום, השאלה במקומה עומדת: מה צורך שהביטול ייעשה בנוכחות שני עדים? הראשונים הציעו לכך הסברים שונים.

101 חידושי רבי שמעון יהודה הכהן (שקאפ), חלק ד, קונטרס השליחות, סימן ב, ד"ה ובדברנו.

102 וראה עוד שו"ת אחיעזר, חלק א, סימן כט, אות ה: "וכן נראה, לכשמינה המשלח לשליח שלא בפניו, ואף שלא נודע עוד אם יתרצה השליח, מכל מקום, כיון דמצד המשלח היה מינוי, בעי ביטול בפני שנים בגט ובשארי דברים ביטול בפה, ולא סגי ביטול וחזרה בלב כמו בגילוי דעת. וחילא דילי [כלומר ראייתי] על פי מה שכתב הב"ח בסימן קמ, דלהכי לא חיישינן שמא חזרה ובטלה השליחות, דכיון דבעי ביטול בפני ב' לא חיישינן לכך. ויעויין בברי"א [=ברית אברהם, אבן העזר], סימן קא, ס"ק י', וס"ק יב, דאף היכא שאין צריך עדים לא חיישינן, כיון דבעי ביטול בפה. דאם לא כן, גם בתרומה לא יועיל שליחות, דהוי שליחות שלא מדעת, שמא חזר וביטל... וכל זה היכא דבעי ביטול בפה, דהא בחזרה בלב הרי אנו חוששין שמא חזרה, וכמבואר בירושלמי [גיטין, פרק ו, הלכה א] בצוותא להתגרש. ולפי זה, הא הלכה רווחת בישראל דמהני שליח שלא בפניו. ושליח האשה לכולי עלמא מהני היכא שממנית אותו לשליח שלא בפניו, כמבואר בראשונים (לבד התוספות רי"ד דסבירא ליה דלא מהני [ראה לעיל, סעיף 3, הערה 158]). וקשה, דניחוש שמא חזרה, ואף אי ידעינן אחר כך שנתרצתה, מכל מקום הוי שליחות שלא מדעת. אלא על כרחך, כיון דהיה המנוי מצד המשלח וחלה השליחות מצדו, בעי ביטול בפה. שוב מצאתי בספר עונג יום טוב, סימן קנח, שחידש דמהני חזרה בלב כל זמן שלא נתרצה השליח, דלא כמו שכתבתי. יעויין שם היטב".

103 משנה, גיטין, ד, ב.

104 אף על פי שבמשנה כתוב "בית דין", מכל מקום "לבי תרי נמי בי דינא קרו ליה". נדגיש שפורום זה אין תפקידו ראייתי בלבד. ראה חידושי הריטב"א, קידושין נט ע"א, ד"ה לא בא: "ואפילו שמענוה מאחורי הגדר שחוזרת בה, ומחשבתה גרידתא חשיבא. וכן הדין בכל דבר שצריך חזרה, והיינו דבעינן בביטול הגט ב' או ג'". וראה חידושי רבי שמעון יהודה הכהן (שקאפ), בבא בתרא, סימן כז. לדעתו, הדרישה שהביטול ייעשה בפני שניים, ושלא די בשמיעתם, נובעת מן הכלל: "אתי דיבור ומבטל דיבור". לעומתו ראה פסקי הלכות (פרידמן), יד דוד, חלק ב, פרק שביעי, הלכה ח, אות קצג, עמ' 337 (צוין במהדיר לריטב"א, שם, הערה 57). לדעתו, ההלכה שאין די בשמיעת העדים אין יסודה בדיני השליחות

לדעת התוספות[105], הדרישה לביטול בפני שניים דווקא מקורה בתקנת חכמים שתוקנה עוד לפני ש"התקין רבן גמליאל הזקן שלא יהו עושין כן [לבטל שלא בנוכחות השליח] מפני תקון העולם", כפי שמפורש בהמשך המשנה[106], וכנראה מאותה סיבה. בתלמוד מבואר ש"תיקון העולם" משמעו החשש לממזרים (שהאישה, שלא ידעה שהשליחות נתבטלה, עלולה לסמוך על הגט ולהתחתן עם איש אחר וללדת ממזרים)[107]. נמצא ששני שלבים היו לתקנה. "בראשונה" תיקנו שאין לבטל את שליחות הגט אלא בנוכחות שניים, שכן ההנחה היא שעל ידי העדים יתפרסם הביטול, ובסופו של דבר יגיע לידיעת האישה, ובכך יבוא על פתרונו החשש מפני ממזרות. ואולם רבן גמליאל הזקן לא הסתפק בכך, ובשלב מאוחר יותר תיקן שלכתחילה[108], הביטול ייעשה בפני השליח דווקא (או בפני האישה).

לרמב"ן[109] הסבר אחר לדרישה שהביטול ייעשה בפני בית דין[110]. הרמב"ן שואל: "תמהני בה, אפילו ביטלו בינו לבין עצמו, למה לא יבטל? דאי ידעינן ביה, ליהוי ביטול". על כך משיב הרמב"ן[111] שאין אפשרות עקרונית לבטל שליחות שלא בפני השליח. וזה לשונו: "שהדין נותן ששליחות השליח, כיוון שבפניו הוה, אין מבטלין אותו שלא בפניו, דלא אתי דיבור שלא בפניו, שהוא גרוע, ומבטל דיבור שהוא בפניו[112], כעניין שאמרו: 'כל מילתא דמתעבדא בי עשרה צריך בי עשרה למשלפיה [=כל דבר הנעשה בפני עשרה, צריכים עשרה לשלפו][113], ואף על גב דלא קימא לן הכי, הכא כולי עלמא מודו דצריכי שנים או שלושה

אלא בדיני גטין, על פי הכלל: "אין דבר שבערווה פחות משניים" (מכאן הוא מסיק שעל פי גישה זו, גם מינוי שליח לגטין חייב להיעשות בפני שניים).

105 תוספות, גיטין לב ע"ב, ד"ה ורב נחמן. אמנם מדברי התוספות, שם לג ע"א, ד"ה רבי סבר, נראה שהצורך בשני עדים הוא משום ש"אין דבר שבערווה פחות משניים". וראה בספר פני יהושע על שני דיבורי התוספות הללו, שעמד על סתירה זו.

106 גיטין ד, ב.

107 גיטין לג ע"א. כך הוא לדעתו של רבי יוחנן, אך לדעת ריש לקיש (שם) יש סיבה אחרת לתקנה.

108 אבל בדיעבד הביטול תקף והגט נפסל. כך נפסק כבר בתלמוד (גיטין לד ע"א) על פי דעת רב נחמן (גיטין לג ע"ב), וכדעתו של רבי בתוספתא (גיטין ד, א, הובאה בגיטין לג ע"א). וכך נפסק בשולחן ערוך, אבן העזר, סימן קמא, סעיף ס. לעומתם, דעת רבן שמעון בן גמליאל היא שהתקנה פוסלת את הביטול גם בדיעבד, והגט כשר. נימוקו של רשב"ג הוא: "שאם [לא] כן, מה כח בית דין יפה?" (אבל כאמור בעניין לא נתקבלה דעתו). לשיטת התוספות, לכולי עלמא אם נעשה הביטול בפני עד אחד בלבד, יש תוקף לגט מכוח הפקעת הקידושין ("כל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש, ואפקעינהו רבנן לקידושי מניה"), כפי שעולה מדברי התוספות, גיטין לב ע"ב, ד"ה ורב נחמן. יש מי שהעלה הצעה להשתמש באמצעי זה (מינוי שליח לגירושין וביטולו בפני עד אחד) כדי לטהר ממזרים (על פי התוספות, שם לד ע"א, ד"ה אפקעינהו). ראה שו"ת מהרש"ם, חלק א, סימן ט, ד"ה ועיין. אבל רבו הדוחים את הצעתו. ראה: שו"ת עונג יום טוב, סימן קסט; שו"ת דברי יציב, אבן העזר, סימן טז; שו"ת מנחת יצחק, חלק ז, סימן קכב, אות ג; שו"ת מנחת שלמה (אוירבך), חלק א, סימן עו; פסקי דין ירושלים יב, עמ' תלז.

109 חידושי הרמב"ן, גיטין לב ע"ב, ד"ה הא דתנן.

110 אפשר שאין הוא מקבל את הסבר התוספות, שכן אם גם קודם לרבן גמליאל הייתה תקנה, מדוע נזקק התלמוד להסביר את תקנת רבן גמליאל דווקא, הלוא עיקרה של התקנה קדם לרבן גמליאל.

111 בהסברו הראשון שם. לפי הסברו השני של הרמב"ן, הסיבה לנוכחות השניים היא ש"אין דבר שבערווה פחות משנים" (ראה לעיל, הערה 105).

112 וראה עוד חידושי הריטב"א, קידושין נט ע"ב, ד"ה לא בא, שדבריו הולמים שיטה זו. וכעין זה ראה גם פני יהושע, גיטין לג ע"א, ד"ה גמ' ומי איכא.

113 אמנם ראה תוספות, גיטין לג ע"ב, ד"ה צריכי, הסוברים שגם דין זה, ד"צריכי ביה עשרה למשלפיה", יסודו

למשלפה". דעת הרמב"ן היא אם כן שהצורך בנוכחות העדים אין מקורו בתקנה למניעת ממזרים (שלא כפי שנקטו התוספות), אלא הוא נובע מהעיקרון שעמדנו עליו לעיל (עמ' 613), ולפיו כדרך יצירת השליחות כן דרך ביטולה. אשר על כן, מאחר שהמינוי היה בפני השולח, בעיקרון גם הביטול היה חייב להיות בפניו, אלא שבמקום זאת אפשר להסתפק בביטול בפני שניים.

אם נקבל את דברי הרמב"ן כפשוטם[114], מתחייבת מהם המסקנה שהדרישה לביטול בפני שניים חלה לא רק בשליחות לגטין, אלא בכל שליחות, כגון שליחות מסחרית[115]. לעומת זאת, ברור שלדעת התוספות, שהצורך בנוכחותם של עדים יסודו בתקנת חכמים מחשש ממזרות[116], אין להקיש בין שליחות לגטין לבין שליחות לעניין אחר, וממילא המסקנה צריכה להיות שבשליחות לנושא אחר, הביטול תקף גם כשלא נעשה בנוכחות עדים[117]. וכך אמנם פסק 'ערוך השולחן'[118].

(ו) סיכום

התמונה המצטיירת מהסוגיות שסקרנו לעיל היא, שלצורך ביטול שליחות, לא זו בלבד שלא די בהרהורי הלב, אלא גם גילוי דעת אינו מספיק, כל זמן שאינו עולה כדי "דיבור" במובן של אמירה מפורשת וחד־משמעית המבטאת את רצון השולח לניתוק הקשר בינו ובין שלוחו[119]. כלומר, לא די בשינוי רצון מצד השולח, אלא עליו לבטל את המינוי באופן פוזיטיבי, ומכאן

בתקנה. וראה: מהרש"א, שם, שתמה על דבריהם; מהר"ם שיף, שם, שהצדיק את דבריהם. וראה עוד בהערה הבאה.

114 אבני מילואים, סימן קמא, ס"ק ו, סבור שגם לדעה זו של הרמב"ן, אין זה עיקר הדין אלא רק תקנת חכמים. 'אבני מילואים' מזהה את דברי הרמב"ן עם דברי התוספות, גיטין לב ע"א, ד"ה מהו דתימא (דבריהם הובאו לעיל, הערה 50). לדעה אחת בתוספות שם, אף על פי שידוע שהבעל טרח והשתדל להשיג את השליח כדי לבטל את השליחות, תקנת חכמים היא שלא לראות את הטורח וההשתדלות כביטול השליחות, אף שלכאורה צריך היה לראות בהם גילוי דעת על רצונו של הבעל לבטלה. ובלשונם: "ועשאום כדברים שבלב". 'אבני מילואים' סבור שאותה תקנת חכמים עומדת גם ביסוד הדרישה לביטול בנוכחות השליח או בית הדין או עדים (היינו שכל ביטול שאינו עונה על דרישה זו "עשאום כדברים שבלב"). שימוש דומה בדברי התוספות, ראה להלן, הערה 153 בסופה.

וראה מקור מים חיים (פאדווה), חלק ב, סימן ח, החולק על 'אבני מילואים'. לדעתו, יש לקבל את דברי הרמב"ן כפשוטם. על כל פנים, גם לדעת 'אבני מילואים', התקנה אינה מצומצמת לשליחות לגירושין בלבד, והיא אמורה ביחס לביטול כל שליחות, יהא נושאה אשר יהא (וראה לעיל, הערה 64, שייתכן שהצורך בדיבור פורמלי הוא מתקנת חכמים). נמצא אם כן, שבשום אופן אין לזהות שיטה זו עם השיטה, ולפיה הצורך בעדים נובע מחשש ממזרות, המצמצמת את התקנה לביטול שליחות לגירושין דווקא. וראה שו"ת אור גדול, סימן ט, פיסקא א, אות ו, ד"ה וכ"ז, שלאחר שהביא את דעתו של בעל 'מקור מים חיים', הוא מוסיף (בסוגריים): "ולפי זה בתרומה גם כן הכי, ויש לעיין". ברם, ראה דבריו שם, אות ז, ד"ה אמנם אהני לן, ואות י, ד"ה וגם, שבסופו של דבר מסקנתו שהתקנה היא ביחס לגטין בלבד.

115 כפי הנראה, זו דעתו של ר' אליעזר לאזי. ראה משנת דרבי אליעזר, חו"מ, סימן קכב, הגה לסעיף ב (דבריו הובאו על ידי רקובר, השליחות וההרשאה, עמ' 70, הערה 116).

116 וכן לדעה המנמקת את הצורך בעדים משום "דבר שבערווה". ראה לעיל, הערה 105.

117 אמנם קביעה זו אינה פוטרת את השולח מחובת הראיה (אם השליח או הצד השלישי מכחישים את דבר הביטול), אך לצורך זה מספיקה ידיעתם של העדים על הביטול, גם אם השולח לא ידע על נוכחותם במקום ("עדים מאחורי הגדר"). וראה לעיל, הערה 104.

118 ערוך השולחן, חו"מ, סימן קכב, סעיף א. ראה כסף הקודשים, חו"מ, סימן קכב, סעיף ב.

119 ראינו שיש המטילים ספק בשאלה אם ביטול בכתב עונה על דרישה זו.

לדרישות פורמליות אלה. יש אפילו מי שהרחיק לכת, וטען שאין תוקף לביטול אלא אם נעשה בפני השליח או לכל הפחות בפני שני עדים שיוחדו לשם כך (רמב"ן).

דעתם של אחדים מן האחרונים היא, שדרישות פורמליות אלה חלות גם כאשר המינוי עדיין לא נכנס לתוקפו.

יש לציין שדרישות אלה בעניין הביטול ותוכנו עולות מתוך סוגיות הדנות בביטול השליחות לגירושין (כגון "גילוי דעתא בגיטא – לאו מלתא היא")[120]. ונחלקו הפוסקים[121] בשאלה: עד כמה ניתן להקיש מביטול שליחות לגטין לביטול שליחות לשאר עניינים?

לסיום, נעיר שעל פי מה שהעלינו (שהביטול אינו רק שינוי רצון אלא אקט פוזיטיבי המסיים את המינוי), נראה פשוט שמשעה שביטל השולח את השליחות, שוב לא תועיל חזרתו מן הביטול להמשיך את השליחות (ביטול הביטול), וזאת גם אם ביטול השליחות לא נודע לשליח, והלה המשיך לפעול מתוך מחשבה שהשליחות עומדת בתוקפה[122]. בשאלה זו דן הרשב"א[123]

[120] לעניין קידושין, ראה אוצר הפוסקים, אבן העזר, סימן לו, אות יד.

[121] ראה לעיל, הערה 48.

[122] וראה להלן, הערה 132, שאכן ר' שמעון שקאפ סובר (על פי דרכו שמשמעות הביטול אינה אלא שינוי ברצון) שהשולח יכול לחזור בו מביטולו בלא להיזקק למינוי חדש.

[123] שו"ת הרשב"א, חלק ד, סימן פד (הובא בקיצור בבית יוסף, אבן העזר, סימן קמא). וזה לשון השאלה: "השולח גט לאשתו וביטל השליחות שלא בפניו, דקימא לן דיכול לבטלו, ואחר כך נמלך לבטל הביטול שביטל, ושיהיה שליח לגרש כמו שהיה, ואחר כך הגיע גט לידה. אם נאמר בהא 'אתי דיבור ומבטל דיבור', או לא".

לדעת הרשב"א, יש לפסול את האפשרות של ביטול הביטול משום שהכלל "אתי דיבור ומבטל דיבור" אינו מאפשר להקים לתחייה דיבור שכבר נתבטל. ובלשונו: "אבל בדיבור של ביטול מעשה, דליתי [=שיבוא] דיבור של קיום ומבטל דיבור של ביטול, זה לא שמענו בשום מקום". לשאלה, מדוע באמת אין להקיש בין דיבור של קיום לדיבור של ביטול? ראה: שו"ת אבני נזר, אורח חיים, סימן פו, אות ג; קובץ שיעורים, חלק ב, סימן מב, אות ג; קובץ הערות למסכת יבמות, סימן עו, אות יב. הם מסבירים שה"דיבור" שניתן לבטלו על פי הכלל "אתי דיבור ומבטל דיבור" חייב להיות כזה שעדיין לא השיג את התוצאה המשפטית המבוקשת, וזו הסיבה שניתן לבטלו. לא כן "דיבור" המבטל את השליחות, שדינו כ"מעשה", שכן הוא מביא את השליחות לסיומה, ומובן אפוא שלא ניתן עוד לבטלו בדיבור, כי "לא אתי דיבור ומבטל מעשה". וראה קהילות יעקב (קנייבסקי), גיטין, סימן כה, המביא את הדברים בהסכמה ומוסיף, בעקבות בעל קובץ שיעורים, שגישת הרשב"א מבוססת על ההנחה שמשמעות הכלל "אתי דיבור ומבטל דיבור" היא, שהדיבור המאוחר מבטל את הדיבור המוקדם מכאן ולהבא ולא למפרע. לעומת זאת, לגישת הרא"ש, שהדיבור המאוחר עוקר את הדיבור המוקדם למפרע (כך הוא מוכיח משו"ת הרא"ש, כלל לה, סימן ט), מאחר שחזרת השולח מן הביטול פועלת למפרע, חוזר וניעור ממילא תוקף המינוי. לשון אחר, לפי הרא"ש, יכול השולח לחזור בו מן הביטול. והשווה חלקת יואב, אבן העזר, סימן כא.

ר' חיים שמואלביץ, שערי חיים, גיטין, סימן נא, מעיר על תוצאה אחרת שעשויה להיות לשאלה אם הביטול פועל למפרע או מכאן ולהבא, והיא היכולת של השולח לבטל את השליחות "תוך כדי דיבור" לביצוע הפעולה (כלומר שניות אחדות אחריה). הוא מביא תחילה את דברי הרשב"א (בחידושיו לגיטין לב ע"א, ד"ה ואם) ומגיד משנה (הלכות גירושין, פרק ו, הלכה טז) המחילים את קביעת התלמוד שבגטין ובקידושין אין תחולה לכלל "כל תוך כדי דבור כדבור" (בבא בתרא קכט ע"ב; נדרים פז ע"א), לא רק כשהמקדש או המגרש מבקשים לחזור בהם מהקידושין או הגירושין שעשו בעצמם, אלא גם כשהקידושין או הגירושין נעשו על ידי שליח והשולח מבקש לבטל את השליחות (כך נקט גם אור שמח, הלכות גירושין, שם). מדבריהם עולה אפוא שבשליחות לקניינים אחרים, השולח יכול לבטל את השליחות "תוך כדי דיבור" לפעולה. ר' חיים שמואלביץ מעיר שיש מקום למסקנה זו רק אם מניחים שביטול השליחות פועל למפרע. לעומת זאת, אם ביטול השליחות מפסיק את השליחות מכאן ולהבא (ולא למפרע), הרי ברור שביטול

כשנשאל על אדם ששלח גט לאשתו וביטל את שליחותו בפני עדים בלא ידיעת השליח, ולאחר מכן חזר בו מן הביטול. הרשב"א נוטה לומר שאין אפשרות לשולח לחזור בו מן הביטול, ואולם הוא מציע דרך חלופית, לראות בביטול הביטול מינוי חדש[124].

(4) עיכוב השליחות (להבדיל מביטולה)

(א) מבוא

עד כאן עסקנו בביטול השליחות במשמעות של ביטול הקשר המשפטי הקיים בין השולח לשליח. מטרת הביטול היא שהשליח לא ייחשב עוד כמו השולח, או במילים אחרות: להפסיק את מעמדו של השליח בתור "שלוחו של אדם כמותו". ראינו שמעמד זה אינו מתבטל אלא בהתמלא דרישות פורמליות בהתאם לכלל "אתי דיבור ומבטל דיבור". כמו כן, ראינו שביטול זה הינו ביטול מוחלט בלא אפשרות חזרה, והדרך היחידה העומדת בפני השולח, אם הוא רוצה שוב בקיום השליחות, הינה מינויו של השליח מחדש. בפרק זה נבדוק שני גורמים, שאמנם גם אם נתחשב בהם אין בכוחם לבטל את השליחות, אך מכל מקום התוצאה בפועל היא עיכוב השליחות.

(ב) חובת הנאמנות

אף שלשם ביטול השליחות על ידי השולח, דרושה כאמור פעולה פורמלית, לדעת 'חתם סופר'[125], גם אם לא נתקיימה דרישה זו, אם הרצון של השולח להפסיק את השליחות נקלט אצל השליח, השליח חייב לעכב את ביצוע השליחות, ולוּ מכוח חובת הנאמנות המוטלת עליו כלפי שולחו[126]. אם הוא מפר חובה זו, הרי הוא כשליח שחרג מהרשאתו. כך מפרש 'חתם סופר' את דברי התוספות[127], ולפיהם אם הביטול היה בפני השליח, ריש לקיש יודה לרבי

השליחות לא נעשה מיד אחרי המינוי (ונמצא שדין הביטול כדין מות השליח תוך כדי דיבור לפעולתו, שם ברור שהשליחות לא בטלה. ראה קובץ ביאורים, גיטין, אות ד. והשווה עמודי אור, סימן צט), ולא מובן אפוא מדוע ביטול השליחות, אף אם הוא נעשה "תוך כדי דיבור" לפעולת השליח, יגרור אחריו את ביטול הפעולה (וכך נוקט כנראה שו"ת אור גדול, סימן ט, פיסקא ב, אות ג, ד"ה ומעתה, השולל מכל וכל ביטול השליחות על ידי השולח אפילו "תוך כדי דיבור" לביצוע הפעולה). והשווה מנחת אשר (וייס), גיטין, סימן טו, אות ב, ד"ה ואפשר עוד, שתלה את השאלה אם אפשר לבטל את מינוי השליח תוך כדי דיבור לביצוע הפעולה בשאלה אימתי נכנס המינוי לתוקף (ולא בשאלה אם הביטול פועל למפרע או מכאן ולהבא).
נציין עוד שיש הנוקטים שביטול המינוי תוך כדי דיבור לפעולת השליחות (להבדיל מביטול הפעולה) אפשרי אף בגטין וקידושין. ראה צפנת פענח, הלכות גירושין, פרק ו, הלכה טז. וראה שו"ת כתב סופר, אבן העזר, סימן צא, ד"ה נסתפקתי, שנסתפק בזה. וראה להלן, הערה 306.

124 וראה לעיל, סעיף 3, ליד ציון הערה 154, דיוננו בשאלה אם ניתן ללמוד מדברי הרשב"א שאין צורך בהסכמת השליח למינויו. וראה להלן, ליד ציון הערה 193, ובהערות שם, מה שביקשו להסיק חלק מן האחרונים מדברי הרשב"א לעניין ביטול הביטול על ידי השליח.

125 שו"ת חתם סופר, אבן העזר, חלק ב, סימן נ, ד"ה ולהבין: "דשלוחו אינו אלא כמותו, ידו כידו ופיו כפיו, ואלו היו הבעלים בעצמם הולכים לגרש או לקדש, הרי בכל שעה יכול לחזור בו! ואם כן השליח הזה לוּ יהיה שהוא כמו הבעלים עצמם, ידו כידו, וגם מחשבתו כמחשבתו, ואילו היה הגט ביד הבעל ושוב נמלך שלא לתנו, הלא לא יתננו ולא תתגרש. והכא נמי, מכיון שנודע לשליח מחשבתו של בעל שלא לגרש, הרי מחשבתו כמחשבתו של בעליו, וצריך גם הוא להפוך מחשבתו כמחשבת בעליו". גישה זו דומה, אך לא זהה, למה שכתבו אחרונים אחדים שנביא להלן, ליד ציון הערה 147.

126 לחובת הנאמנות, ראה דיוננו על סעיף 8.

127 תוספות, קידושין נט ע"ב, ד"ה לא (וכעין זה ראה בחידושי הריטב"א, שם ע"א, ד"ה שאני, בשם מורו,

יוחנן. לדעתו, אין הכוונה שריש לקיש יודה שבכגון זה השליחות מתבטלת, אלא הכוונה היא שהשליח חייב לעכב את ביצוע שליחותו בשל חובת הנאמנות המוטלת עליו. בכגון זה, אם ישנה השולח את דעתו ויהיה מעוניין שוב בשליחות, אינו צריך למנות את השליח מחדש, שכן מעולם לא בטלה שליחותו.

(ג) חזרת השולח ממטרת השליחות

כבר ציינו לעיל[128] שנוסף על הקשר המשפטי שבין השולח לבין השליח הנוצר כתוצאה מן המינוי, יש עוד מרכיב המהווה בסיס לשליחות, והוא רצונו של השולח במטרת השליחות. כמה מן האחרונים טוענים שאם השתנה רצונו של השולח, והוא אינו חפץ עוד במטרת השליחות, אין תוקף לפעולתו של השליח (ואף אם שינוי רצון זה לא נקלט אצל השליח)[129]! אמנם אין בשינוי רצונו של השולח כדי לבטל את מעמדו של השליח כשליח, ואם יחזור בו

אלא שהריטב"א עצמו חולק עליו). וראה חידושי חתם סופר, גיטין לב ע"א, ד"ה לצעורי': "כוונתם [של התוספות] דבאומר לשליח עצמו הריני מתחרט, אין צריך ביטול שליחותו דלא [צ"ל: דלו] יהיה שיהיה כמותו כמו שעשאו תחלה... ואני מגלה לך דעתי עתה לך שלוחי כמוני, ע"כ גם אתה תשתנה דעתך וכמוני כמוך ואין זה ביטול שליחות כלל". אמנם ראה רש"י, שם ע"א, ד"ה ביטל, ושם ע"ב, ד"ה וחזרה בה, שנראה שהוא חולק על זה. וראה מהרש"א, שם, שצמצם את דברי התוספות רק לביטול על ידי השולח עצמו, ולא כשביטל באמצעות שליח. ועוד ראה 'פני יהושע' המובא להלן, הערה 133. וראה רקובר, השליחות וההרשאה, עמ' 54, הערות 23, 24. לאור דבריו של 'חתם סופר', ייתכן שאין מחלוקת בין רש"י לתוספות כלל. רש"י מדבר על ביטול השליחות, והתוספות על חובת הנאמנות. וראה להלן, סוף הערה 143, קושיה על דברי 'חתם סופר'. וראה להלן, ליד ציון הערה 150 ואילך, מסקנה דומה, אם כי מטעם אחר. וראה לעיל, הערה 33, הסבר אחר בדעת התוספות.

באשר לשאלה מהי רמת הוודאות לידיעה זו, שממנה ואילך המשך השליחות על ידי השליח מהווה הפרת הנאמנות, ראה דיוננו על סעיף 8, ליד ציון הערה 112.

128 לעיל, ליד ציון הערה 35.

129 ראה קובץ שמועות (וסרמן), בבא מציעא, אות ט. הרב וסרמן מביא ראיה לגישה זו מן העובדה שגם בזמן שנגרעה כשרותו של השולח, השליחות מעוכבת. ברם, כפי שנראה להלן, פרק רביעי, א, עמ' 650, האחרונים נותנים שם סיבות אחרות להפסקת השליחות. והשווה למה שכתב הרב וסרמן עצמו בקובץ הערות (וסרמן), יבמות, השמטות, אות ז. וראה להלן, הערה 147.

וראה גם שו"ת אמרי משה (סוקולובסקי), סימן כא, השמטות, וזה לשונו: "אם אומר הבעל אחר כך שאין רוצה לגרש בזו השעה, אף שאין מבטל השליח משליחותו לגמרי, בכל זאת אין יכול השליח לגרש אז כשאינו רוצה הבעל, הנה לבד כי זה נראה פשוט מצד הסברא, דאף דמעשה השליח כמותו, לא עדיף מהבעל בעצמו כשכופין אותו לגרש, דלא מהני, ועל הרצון לא שייך שליחות שיהני רצון השליח כרצון המשלח אף שהמשלח אינו רוצה". אמנם בסוף דבריו שם העיר שלכאורה דברים אלה עומדים בסתירה לעצתו של רב יהודה המובאת בתלמוד, גיטין לד ע"א (ראה להלן, ליד ציון הערה 143, ובהערה שם), ונשאר ב"צריך עיון גדול". הרב ש"ז אוירבך, הנוקט גם הוא גישה זו (ראה שו"ת מנחת שלמה (אוירבך), חלק א, סימן עו, ד"ה ומיהו נראה), מוסיף שכשם שחששו לממזרות לעניין ביטול השליחות, ובהתאם לכך נקבע שביטול שנעשה שלא בפני שני עדים אינו תקף (ראה לעיל, ליד ציון הערה 105), כך יש לקבוע שלא יהיה תוקף לחזרתו של הבעל מרצונו לגרש את אשתו, אלא אם כן שמעו שני עדים את חזרתו (והוא הדין לכל אמצעי אחר המעכב את הגירושין, שחייב להיעשות בפני שניים), שאם לא כן, מה הועילו חכמים בתקנתם? בזה הוא מיישב את קושיית בעל אמרי משה. וראה קהילות יעקב (קנייבסקי), גיטין, סימן כ, אות ח, שכתב דברים דומים בהסבר שיטתו של רבן שמעון בן גמליאל, ולפיה אין ביטול שליחות אלא בפני השליח או האישה, ואין די בביטול בפני שני עדים.

וראה עוד קהילות יעקב, שם, סימן כה, ד"ה אולם. במקור זה הרב קנייבסקי אומר ששינוי הרצון מעכב את השליחות גם אליבא דריש לקיש (לפי אותה שיטה). אם ריש לקיש לא פסק בהתאם לכך בסוגיית "אתי

השולח, וירצה שוב במטרת השליחות, אין צורך שימנה את השליח מחדש. מכל מקום, כל זמן שיתמיד השולח ברצונו החדש, לא יהיה תוקף לפעולת השליח בשם שולחו[130]. טענתם של אותם אחרונים מתחזקת יותר לפי הדעה הרואה בשליח מעין ידו הארוכה של השולח. בוודאי שעל פי הסבר זה, משעה שמשתנה רצונו של השולח, שאינו מעוניין עוד במטרת השליחות, אין משמעות לפעולת השליח[131].

כפי שאמרנו לעיל, לשאלה זו של שינוי רצונו של השולח, אין קשר ישיר לסוגיית "אתי דיבור ומבטל דיבור"[132]. אשר על כן, אין סיבה לומר שריש לקיש חולק על הקביעה ששינוי רצונו של השולח מעקר למעשה את פעולת השליח. לאור זאת, אם ביטול השליחות מבטא

דיבור ומבטל דיבור", צריך להידחק ולומר שזה משום שהסוגיה עוסקת בשולח שרצונו בביטול הקשר בינו ובין שלוחו, אבל אינו חוזר בו ממטרת השליחות. אולם השווה להלן, ליד הערה 144, ובהערה 144.

לדיון בשאלה זו ביחס לביטול הגט גופו, ראה: שו"ת עזרת כהן, סימן קג, אות ה; שו"ת היכל יצחק, אבן העזר, חלק ב, סימן נד. על ביטול גופו של הגט, ראה אנציקלופדיה תלמודית (לעיל, הערה 8).

130 ואולם אף לגישה זו, ולפיה שינוי ברצון השולח מעכב את השליחות, לא כן הוא בשליחות לקבלת גט (לפני חרם דרבנו גרשום). מכיוון שהבעל יכול היה לתת לאשתו את הגט אף בניגוד לרצונה, הרי הוא הדין במתן הגט לשלוחה, אף אם חזרה בה מרצונה להתגרש. ראה דברי הגרש"ז אויערבך שהובאו בשו"ת היכל יצחק, אבן העזר, חלק ב, סימן נג (ונעתקו לשו"ת מנחת שלמה (אוירבך), חלק א, סימן עט), ד"ה אבל נראה: "דאין הכי נמי שגם בשליח לקבלה יש לחוש דשמא שינתה האשה את דעתה, ואף דמעיקרא רצתה, מכל מקום עכשו שמא חזרה, אלא שאף אם באמת חזרה וצווחת בפירוש דאינה רוצה להתגרש, מכל מקום כל זמן שלא ביטלה בפירוש את השליחות, כדין ביטול שליחות של גט שצריך להיות דוקא בפה ובפני שנים, אין מתחשבין כלל עם דעתה ורצונה, הואיל וכבר מסרה את כוחה לשליח [והא דאשה מתגרשת בעל כרחה, אין זה דוקא כשנתינת הגט הוא לידה ממש, אלא גם אם נותן לשלוחה גם כן מתגרשת בעל כרחה אם רק לא ביטלה את השליחות, וכן מוכח מהמהרש"ל בדף כ"א ע"א עיי"ש. ולדעת החלקת יואב, בחלק אבן העזר, סימן לב, גם מפורש הכי בירושלמי. עיין שם]". וראה שו"ת היכל יצחק, אבן העזר, חלק ב, סימן נד, אותיות ב־ג, מה שהעיר הרב הרצוג על דבריו.

131 ראה: קובץ שמועות (וסרמן), בבא מציעא, אות ט; קהילות יעקב (קנייבסקי), גיטין, סימן כה, ד"ה אולם.

132 ראה לעיל, הערה 128. ברם, בניגוד לכל מה שכתבנו למעלה, יש מן האחרונים הנוקטים גישה שונה לחלוטין, כפי מה שנפרט להלן:

כבר הערנו לעיל, הערה 30, שההשוואה שעושה התלמוד בין קידושין לאחר שלושים יום לבין שליחות טעונה הסבר. לכאורה, טעמו של ריש לקיש בשליחות הוא שאמנם השליחות נועדה בעיקרה להשגת תוצאה משפטית שעדיין לא החלה, אבל מכל מקום כבר במינוי עצמו נוצרה מציאות משפטית חדשה, יצירת הזהות שבין השולח לבין השליח ("שלוחו של אדם כמותו"). אשר על כן, סובר ריש לקיש שלא ניתן לחזור מהמינוי בדיבור בעלמא. ברם, הסבר זה לא ניתן להיאמר ביחס לקידושין לאחר שלושים יום, שבהם לא נוצרה כל מציאות משפטית מיידית, ומכל מקום, מאחר שבדיבורו סיים ליצור את הפעולה, סובר ריש לקיש שאין לו אפשרות לחזור בדיבור בעלמא! האם אין בהשוואה זו ללמדנו שכך צריך להבין גם את אי־האפשרות לבטל שליחות? אי־האפשרות לבטל אינה נובעת מהעובדה שהדיבור של השולח יצר מעמד של שליח (כפי שטענו עד כה), אלא היא נובעת מן העובדה שדיבורו כבר יצר בסיס לפעולה משפטית עתידית על ידי השליח. במילים אחרות, לדעת ריש לקיש, פעולה משפטית עתידית אינה ניתנת לביטול בהווה. אם אמנם זהו הסבר שיטת ריש לקיש, שיטת רבי יוחנן היא שפעולה משפטית עתידית שנוצרה בדיבור ניתנת לביטול בהווה על ידי דיבור.

ואכן, בדרך זו הולכים כמה מן האחרונים. ראה: שו"ת אבני נזר, אורח חיים, סימן פו, ד"ה אך באמת: "דכל ענין אתי דיבור ומבטל דיבור, היינו [שהדיבור השני עניינו] שלא יועיל הדיבור [הראשון] אחר כך, כמו המקדש תוך שלשים וחזרה תוך שלשים, דשוב לא יועיל כוונתה [הראשונה] להתקדש לו כדי שיחולו הקדושין לאחר שלשים. וכן העושה שליח לגרש, דעל ידי הדיבור שעשאו שלוחו מהני אחר כך בשעת גירושין כאילו גירש הוא. ובשביל אמירתו עתה 'איני רוצה', מבטל מה שחשוב אחר כך שגירש הוא, ודומה

גם חזרה של השולח מרצונו בהשגת מטרת השליחות[133], נעשית מחלוקתם של רבי יוחנן וריש לקיש שולית, שהרי השליחות מעוכבת בין כך ובין כך, והנפקא מינה למחלוקתם תהיה אך ורק בשאלה אם כשירצה השולח לחדש את השליחות, יהיה צורך במינוי חדש אם לאו[134].

אם אמנם שינוי הרצון של השולח (שאינו מעוניין עוד במטרת השליחות) מעכב את השליחות (אם כי לא מבטל אותה), יש מקום לדון בשאלה: באיזו דרך יכול השולח לבטא את שינוי רצונו? בעניין ביטול השליחות, הסברנו לעיל שביטולה הוא פעולה משפטית פורמלית, ולכן עליו להיעשות בדיבור בלבד. לעומת זאת, עיכוב השליחות על ידי שינוי רצונו של השולח אינו פעולה משפטית, וגם אינו עוקר פעולה משפטית, ורק עוקר את הרצון בהשגת מטרת השליחות, שבהיעדרו אין ערך לשליחות (אף אם מינוי השליח עומד עדיין בתוקפו). לאור זאת, מסתבר שאין דרישה פורמלית בדבר הדרך שבה יביע השולח את שינוי רצונו, ובלבד שיֵצאו דבריו מכלל "דברים שבלב". כמו כן, נראה שגם ריש לקיש, השולל את הכלל "אתי דיבור ומבטל דיבור", יודה באפשרות זו של עיכוב השליחות[135]. ברם, העלינו אפשרות אחרת[136], ולפיה הדרישה לביטול פורמלי אינה תוצאה ישירה מן העובדה שהמינוי יצר תוצאה משפטית, ומעיקר הדין גם גילוי דעת היה מועיל. אולם לא יעלה על הדעת שניתן יהיה לבטל

למוסר מודעא. אבל הלא תחילה נתרצה ועשה שליח לזה? שוב אמרינן אתי דיבור ומבטל, ושוב הוי כמוסר מודעא".

וראה גם שערי יושר, שער ה, פרק כב, ד"ה ועפי"ז נלע"ד (בהסבר שיטת הרמב"ם): "שלא יהני מעשה השליח, הוא בתרי גווני, והוא שמסיר כח השליח, שמן היום ההוא והלאה יהיה כאיש זר, וממילא לא יועילו מעשיו, או שיבטל את המעשה כענין מודעה, וכמו שכתב הרמב"ם בהלכות גירושין, פרק ו [הלכה יט], שיכול אדם לומר 'מה שאעשה גרושין מכאן ועד עשרים שנה יהא בטל'. וכמו שיכול לבטל מה שיעשה בעצמו, כמו כן יכול לבטל מה שיעשה שליח עבורו. והנה לריש לקיש... סובר דאין כח בדברים, לא על הסרת כח השליח ולא על בטול המעשה. ורבי יוחנן פליג עליה. ועל פי הכלל שאין להרבות מחלוקת היכא דאינו מוכח, סגיא לן אם נאמר דרבי יוחנן פליג עליה רק על כח בטול המעשה, דקודם שנעשה המעשה או קודם שנגמר חלות המעשה, אתי דבור ומבטל דבור. אבל בעיקר זה, שאין השליחות מתבטלת בדברים, יש לומר דגם רבי יוחנן מודה". על פי גישתו זו, הוא מגיע למסקנה ששולח שביטל את השליחות וחזר בו, אינו צריך למנות את שלוחו מחדש.

לפי דרך זו, מסתבר שהדרישה לביטול פורמלי בדיבור אינה מותנית בכך שהשליח קיבל כבר את מעמדו, ואכן זו היא דעתו של ר"ש שקאפ. ראה על כך לעיל, הערה 100.

מאחר שהשיטה שסקרנו כאן אינה מקובלת על רוב הפוסקים, לא נזקקנו לה אלא בהערה.

133 וראה חידושי כתב סופר, גיטין לב ע"ב, ד"ה והיתה לבאר: "מה שהיה נראה לי פשוט מסברא, דעד כאן סבירא ליה לריש לקיש לל"ב [=ללישנא בתרא], דלא אתי דיבור ומבטל דיבור אלא כשלא נשתנה דעתה [של האישה] ורוצית בקידושין מפלוני, אלא שאין רצונה שיהיה שלוחה, בזה לריש לקיש... שליח במקומה עומד לקבל קידושין אלו במקומה, וקבלתו כקבלתה. אבל כשחוזרת מדעתה ואינה חפצה בקידושין של פלוני, גם ריש לקיש מודה דאין השליח מקדשה שלא ברצונה". כתב סופר מפנה לדברי פני יהושע, קידושין נט ע"ב, ד"ה תוס' בד"ה לא קידשה, שבתחילת דבריו נוקט גישה דומה בדעת רש"י המובא לעיל, הערה 127 (וראה מערכות חיים, מערכת שליחות, סימן א, אות ב, מה שהשיג על דבריו). אולם קביעה זו אינה נקייה מספקות. ראה להלן, הערה 143.

134 ראה קובץ שמועות (וסרמן), בבא מציעא, אות ט. ומעין זה ראה שיעורי רבי שמואל (רוזובסקי), גיטין, אות קלט.

135 שהרי אם קיימת ביניהם מחלוקת בעניין זה, היא אינה קשורה למחלוקת של "אתי דיבור ומבטל דיבור", ומניין לנו שיש מחלוקת נוספת ביניהם.

136 ראה לעיל, ליד ציון הערה 88, ובהערה 64.

תוצאה משפטית עתידית בקלות רבה כל כך. על כן, תיקנו חכמים שהביטול ייעשה לכל הפחות בדרך שנוצרת השליחות בדרך כלל, היינו בדיבור. לפי דרך זו, אפשר שהתקנה רחבה יותר, היינו שאין עיכוב שליחות אלא בדיבור.

אף שהקביעה ששינוי רצונו של השולח מביא להפסקת השליחות נראית הגיונית ומתקבלת על הדעת, קשה להתעלם מן העובדה שאין רמז בתלמוד לאפשרות להפסקת השליחות בדרך זו[137]. יתרה מזו. מן הסוגיות שהבאנו לעיל, עולה שיש בהן כדי לשלול אפשרות זו. כך לדוגמה נראה מסוגיית "אתי דיבור ומבטל דיבור". התלמוד מביא את המשנה במסכת גיטין[138], וזה לשונה: "השולח גט לאשתו, והגיע בשליח [=מצא את השליח לפני שביצע את שליחותו] או ששלח אחריו שליח, ואמר לו 'גט שנתתי לך בטל הוא' – הרי זה בטל". ממשנה זו עולה שהשליחות ניתנת לביטול. מכאן מקשה התלמוד על שיטת ריש לקיש, ונשאר הדבר ב"צריך עיון"[139]. אם אמנם שינוי רצונו של השולח מביא לעיכוב תוקפה של השליחות, הלוא ניתן היה ליישב את הקושי בקלות על ידי העמדת המשנה בשולח שחזר בו מרצונו לתת את הגט, שהרי בכגון זה גם ריש לקיש אמור להסכים לקביעה שהשליחות נפסקת[140]. קושי דומה עולה

[137] אם כי ראה לעיל, הערה 132, שלדעת רבי שמעון שקאפ (שערי יושר), המחלוקת בין רבי יוחנן לבין ריש לקיש היא בדיוק בעניין זה.
אפשרות זו (של עיכוב השליחות כתוצאה משינוי הרצון) עולה לכאורה גם מדברי הראשונים בסוגיית גיטין לב ע"א. התלמוד מניח כדבר ברור, שאם השולח אינו מתכוון לבטל את השליחות למתן גט לאשתו אלא רק "לצעורה [=לצער אותה (את אשתו)]", השליחות אינה מתבטלת. רש"י (ד"ה ולא אמרינן) מפרש: "לצעורה בעלמא חדש או חדשים". על פירוש זה תמה הרשב"א (ראה חידושיו, גיטין לב ע"א, ד"ה גמרא): "ותמיהא לי... מאי נפק לן [=מה הבדל] בין שמתכוון לבטלו או לצערו [כלומר, לצער את האישה] ולעכבו מליתנו עכשיו, דבין כך ובין כך אינו רשאי ליתנו עד שיאמר לו לשליח 'עכשיו אני רוצה ליתנו'. דאטו [=האם] מי שלא ביטל שליחותו לגמרי אלא שאמר לו 'איני חפץ ליתנו עדיין', מי יהיב [האם השליח יכול לתת] עד שיחזור ויאמר לו [השולח] 'עכשיו אני רוצה'?!" (ועל כן הוא מציע פירוש אחר למושג "לצעורה". לדעתו, הכוונה היא שהשולח אינו מתכוון ברצינות לבטל, ומשום כך השליחות אינה נפסקת). מתמיהת הרשב"א על פירושו של רש"י עולה לכאורה ששינוי רצונו של השולח מעכב למעשה את השליחות, אף שמינוי השליח עצמו אינו מתבטל. ואמנם ראה דרוש וחידוש לרבי עקיבא איגר, שם, שכך הבין את דבריו (הוא מעיר שאין זה מדויק שאין הבדל בין שינוי רצון לבין ביטול, מפני שאמנם השליח אינו יכול לתת את הגט כל זמן שהבעל מעכב את נתינתו, אבל השליחות עומדת עדיין בתוקפה, ולכשירצה השולח להסיר את העיכוב, אין צורך במינוי חדש של השליח, מה שאין כן בביטול השליחות, וכנראה לכך התכוון התלמוד. צריך לומר שזהו פירוש דחוק בסוגיה). ואולם השווה שיעורי רבי שמואל (רוזובסקי), גיטין ט ע"ב, אות קלט, ד"ה אולם: "כיוון דכשעושה שליח הרי הוא עושהו לגרש היום ומחר [ו]לעולם, ויכול לבטל, שכח השליחות יהיה רק לגרש מחר ולא היום, וכמו שלכתחילה אפשר לעשות שליח לגרש רק מחר ולא היום, גם על ידי ביטול יכול הוא להגביל את כח השליחות, וכמו כן יכול הוא לומר שמגביל את כח השליחות לגרש רק במקום פלוני, אף שלכתחילה היה שליח לגרש בכל מקום". לאור דברים אלו, אין עוד הוכחה שהרשב"א מכיר בעיכוב השליחות כתוצאה משינוי הרצון, שכן אפשר שגם הוא התכוון לביטול זמני של הקשר בין השולח לבין השליח. וראה ברכת שמואל (לייבוביץ), גיטין, סימן לט, הטוען שכך ניתן להבין את דברי רבי עקיבא איגר עצמו (וראה עוד דבריו שם, סימן מ. וצריך עיון בכוונתו).

[138] משנה, גיטין, ד, א.

[139] על קושיה זו, כבר הערנו לעיל, ליד ציון הערה 13, ובהערה 28.

[140] אמנם הרוצה לדחות ראיה זו, יוכל לטעון שהמשנה עוסקת בביטול השליחות ולא בעיכובה, שכן לשון המשנה הוא: "הרי זה בטל".

גם מסוגיית "גילוי דעתא בגיטא"[141]. כפי שראינו לעיל[142], יעץ רב יהודה לשלוחים לאטום את אוזניהם, כדי שלא ישמעו את הביטול. הקושי הוא שאמנם נכון שעל ידי אטימת האוזניים נמנעת מן השולח האפשרות לבטל את השליחות, אבל סוף סוף הרי היה ברור שהשולח חזר בו מרצונו לתת את הגט, וכיצד אפוא ניתן תוקף למעשה השלוחים?[143].

התעלמות התלמוד מאפשרות זו (ולפיה שינוי הרצון מביא לעיכוב תוקפה של השליחות) הביאה כמה מן האחרונים[144] להסיק שמשעה שהשולח מייפה את כוחו של השליח לבצע עבורו את השליחות, לרצונו של השולח אין עוד כל השפעה על תוצאת השליחות, לא לחיוב ולא לשלילה. אחרונים אלו נוקטים שמהות השליחות היא האצלת סמכויותיו של השולח לשליח ומסירת כוחו לידיו. אשר על כן, לעניין ביצוע השליחות[145], מובן מדוע שינוי רצונו של השולח אינו משפיע על כוח הייצוג של השליח, ובמובן מסוים "קם הגולם על יוצרו"[146].

עד כה ראינו שבשאלת השפעת שינוי רצונו של השולח על המשך השליחות, נחלקו

[141] גיטין לד ע"ב.

[142] ראה לעיל, ליד ציון הערה 47.

[143] כך הקשה אמרי משה. ראה לעיל, הערה 129.
יש להעיר שעצתו של רב יהודה מעוררת לכאורה קשיים נוספים, שהרי בפני הבעל עמדו שתי דרכי ביטול אחרות, שכנגדן אטימת אוזניהם של השלוחים לא הייתה מועילה, ביטול בפני אחרים וביטול בכתב. כנגד האפשרות של ביטול בפני אחרים, ראה חידושי הרשב"א, גיטין לד ע"א, ד"ה אמר אביי. הוא משער שרב יהודה סובר כדעת רשב"ג, שביטול שלא בפני השליח אינו תופס אפילו בדיעבד (ראה לעיל, הערה 108), וממילא מובן מדוע האפשרות של ביטול בפני אחרים לא עמדה לשולח. כנגד האפשרות של ביטול בכתב, ראה: שו"ת עין יצחק, חלק ב, אבן העזר, סימן מב, ענף יא; שו"ת רבי עזריאל (הילדסהיימר), חלק ב, סימן נג, ד"ה כתב גאון. הם מוכיחים מכאן שביטול בכתב אינו מועיל (על ביטול בכתב, ראה דיוננו לעיל, ליד ציון הערה 83). ואולם ראה פני יהושע, גיטין לד ע"א, ד"ה גמרא הדר, המסביר שמהתנהגות הבעל אין להסיק מסקנות להלכה לעניין דרכי הביטול, שכן אפשר שרב יהודה סמך על שהבעל יופתע ולא יעלה בדעתו דרך חלופית למנוע את הגירושין. אפשר אולי להידחק ולפתור את קושיית 'אמרי משה' באותה דרך. מאחר שהבעל סבור שעולה בידו לנתק את הקשר עם השליח על ידי ביטול השליחות, לא עולה בדעתו הצורך לבטל את המטרה במפורש. וצריך עיון.
נציין שקושיית 'אמרי משה' קשה גם על שיטת 'חתם סופר', המובאת לעיל, ליד ציון הערה 127, וכאן לא תועיל הערת 'פני יהושע'. וראה מה שהציע לתרץ בדוחק רבי שמעון שקאפ, חידושי רבי שמעון יהודה הכהן, חלק ד, קונטרס השליחות, סימן טו, ד"ה אמנם לפי זה.

[144] ראה לדוגמה שו"ת אור גדול, סימן ט, פיסקא ב, אות ג, ד"ה והא: "נראה דכל היכא דעשה שליח, שוב אין אנו משגיחין על דעתו ורצונו, דאף באינו רוצה, מכל מקום דעת ורצון השליח הוי כמותו, ולא מהני רק [=ולא מועיל אלא] ביטול השליחות, אבל לא מה דאינו ברצונו. ולא שייך מודעא [של השולח] על הנתינה [של הגט על ידי השליח], דלא בעינן עוד רצונו להנתינה, רק דעת ורצון השליח הוי כרצונו, אם לא בביטול השליחות, דאיננו כמותו. אבל בקיום השליחות, אף דליכא רצון המשלח על הנתינה, לא אכפת לן בדעתו ורצונו". וראה עוד דברי יחזקאל (ברשטיין), סימן לו, אות ט. וכן ראה לבוש מרדכי (אפשטיין), גיטין, סימן יא, אות א, ד"ה והנה בקידושין. לדיון בדבריו, ראה: שאילת משה (וסרמן), תל־אביב תשי"ז, הסכמת הרב צבי פסח פרנק, עמ' 5, בעמ' 6; חידושי בעל שרידי אש על הש"ס, גיטין, סימן ח, אות א־ב [=הרב יחיאל יעקב ויינברג, "אי שליח לגירושין יכול למסור הגט נגד רצון הבעל", הנאמן ט (תשי"ח), עמ' 4]; הרב שאול ישראלי, עמוד הימיני, סימן כא. וראה גם מערכות חיים, מערכת שליחות, סימן א.

[145] להבדיל ממעמד השליח (שלוחו כמותו), שניתן לבטלו מן הסיבה שהסברנו לעיל באריכות, עמ' 602־607.

[146] ובלבד שהשינוי ברצונו של השולח לא הגיע לידיעת השליח, אך אם הגיע לידיעתו, הוא חייב להפסיק את השליחות מכוח חובת הנאמנות המוטלת עליו כלפיו, כמובן. סייג זה הוטעם כבר לעיל, ליד ציון הערה 127.

הפוסקים מן הקצה אל הקצה: יש הטוענים שאין לשינוי רצונו של השולח השפעה כלשהי על המשך השליחות, ויש הטוענים שאם השולח משנה את דעתו ואינו מעוניין עוד בהשגת מטרת השליחות, השליחות מעוכבת, גם אם השליח לא ידע על שינוי רצונו של השולח. להשלמת התמונה, נעיר שיש גם דעת ביניים, ולפיה אם לא נודע לשליח על שינוי רצונו של שולחו, השליחות נמשכת. אבל אם נודע לשליח על שינוי הרצון, השליחות מעוכבת. הנמקות שונות הוצעו על ידי האחרונים להבחנה זו:

לדעת ר׳ אלחנן וסרמן[147], הסיבה לעיכוב נעוצה בתפיסה שהתנאי לתוקף השליחות הוא שהשליח יתכוון לפעול על פי ציווי שולחו, "אבל אם עושה על דעת עצמו, לא מקרי עשה שליחותו". לפי זה, מובן שאם נודע לשליח ששולחו חזר בו, ובכל זאת המשיך בשליחותו, הריהו כמי שפעל על דעת עצמו ולא על דעת שולחו. לדעתו, אפשר שכך יש להבין את דברי התוספות[148] בעניין אישה שחזרה בה מכוונתה להתקדש באמצעות השליח שלה. לעיל ראינו שרבי יוחנן וריש לקיש נחלקו בשאלה אם "אתי דיבור ומבטל דיבור". אולם התוספות כותבים: "דאי אמרה לשליח ׳אין רצוני שתקדשני׳, פשיטא דאינה מקודשת [גם לדעת ריש לקיש]. דאטו משום דאמרה לו ׳תיהוי לי שליח לקדשני׳ לא מַצְיָא חוזרת [=אינה יכולה לחזור בה]?". מסביר ר"א וסרמן: "נהי דלא נתבטלה השליחות, מכל מקום כשעושה אחר כך המעשה, הרי לא עשה מפני רצון משלחו אלא על דעת ורצון עצמו"[149].

לדעת הרב י"י ויינברג[150] (וכך הוא מציע לפרש את דברי התוספות[151]), הסיבה לעיכוב השליחות נעוצה בכוח שהשולח עצמו הפקיד קודם לכן בידי השליח: "שעל מנת כן מסר לו, שיהא כח בידו לגרש כל זמן שלא ישמע מחזרת הבעל"[152] [153].

[147] קובץ הערות (וסרמן), יבמות, סימן כט, ד"ה והנה יש לחקור (והשווה לעיל, הערה 129).

[148] תוספות, קידושין נט ע"ב, ד"ה לא קידשה.

[149] וראה גם חלקת יואב, חלק א, אבן העזר, סימן לד, ד"ה והנלפע"ד: "אף לר"ל, דסובר דאינו יכול לבטל שליח שמינה כבר, היינו רק שלא בפניו, אבל בפניו מודה ר"ל, כיון שהשליח שמע שהמשלח חזר, והשליח אינו ציית [=מציית] לו ועושה, הרי עושה על דעת עצמו". וכך כתב גם קהילות יעקב (קנייבסקי), גיטין, סימן כה, ד"ה והנראה מוכח: "ולא משום שהבעלים בטלוהו [את השליחות], דהא לא אתי דיבור ומבטל דיבור לריש לקיש, אלא שממילא אין כאן שליחות, אחרי שמעשיו אינם בגרמת ציווי המשלח, ולא למען למלאת רצונו ופקודתו". וראה גם שיעורי רבי שמואל (רוזובסקי), גיטין, אות קמ. וראה דיוננו בסעיף 8, הערה 110.

[150] חידושי בעל שרידי אש על הש"ס, גיטין, סימן ח, ד"ה ועי׳ קידושין נט. וראה שו"ת שרידי אש, ירושלים תשנ"ט, חלק א, סימן קמג, שהפנה לדבריו אלו. וראה חידושיו שם, סימן י, ענין שני, אות ג.

[151] לעיל, הערה 148.

[152] דוגמה לכך הוא מוצא בשליש: "כעין שכתבו התוספות בגיטין סד ע"א לענין גט שנתון ביד שליש, בעל אומר ׳לפיקדון נתתיו בידך׳, ושליש אומר ׳לגירושין נתת לי, שהייתי שלוחה לקבלה ונתגרשה בקבלתי׳. וסבירא ליה לרב חסדא דשליש נאמן, דהא הימניה (רש"י: "כשמסרו בידו"). וכתבו התוספות, ד"ה שליש נאמן, דלהכי נאמן השליש, ׳כיוון שמסר בידו, על דעת כן מסר לו שיהא לגירושין אם יאמר לגירושין, אף על פי שהוא משקר׳. ומכל שכן שאנו אומרים כן בשליחות שמסר לו כח לגרש, אפילו אם יחזור בו ולא תוודע לו חזרה זו". כעין זה ראה בספר הערות (ברנשטיין, ירושלים תשכ"ג), גיטין, חלק שני, פרק ׳דיבור מבטל דיבור׳, אות ג, ד"ה ונראה (עמ׳ קכט): "אולם זה הוא דוקא בפניו, כשאומר לשליח שאינו רוצה במעשיו עבורו, אבל שלא בפניו, אין בדבריו כלום, דזה גופא נכלל במינוי השליחות, שכל זמן שאין השליח יודע שהמשלח אינו רוצה במעשיו, יש בכוחו של השליח לעשות את מעשה הקידושין עבור המשלח, דזאת היא תורת השליחות".

[153] בהמשך דבריו (גיטין שם, אות ה, ד"ה ועל פי, במוסגר), בעל ׳שרידי אש׳ מעלה אפשרות אחרת, ולפיה

יוצא אם כן שמסקנתם של אחרונים אלו זהה למסקנת 'חתם סופר'[154], אך טעמם אינו כטעמו.

ב. ביטול על ידי השליח – "בביטולה על ידי... השלוח"

(1) מבוא

בפתח דיוננו בביטול השליחות על ידי השליח, יש להדגיש שאין אנו דנים בשאלת זכותו של השליח להימנע מביצוע השליחות. בכך כבר עסקנו לעיל, בדיוננו על סעיף 8, וראינו מהן התרופות שעומדות לרשות השולח כנגד שליח שלא עשה את שליחותו. דיוננו כאן הוא בשאלה אם יש בכוחו של השליח לבטל את השליחות ולהביא לסיומה, כפי שקבע החוק[155].

לכאורה, שאלה זו קשורה בשאלת חלקו של השליח ביצירת השליחות[156]: אם השליחות אינה נוצרת באופן חד־צדדי על ידי השולח, אלא דרושה הסכמתו של השליח, יש מקום לומר שכשם שבכוחו של השולח לבטל את השליחות, כך בכוחו של השליח לעשות כן. לעומת זאת, אם יצירת השליחות היא פעולה חד־צדדית של השולח, לכאורה כיצד יכול השליח

כוחו של השליח לפעול בשם השולח כל זמן שלא נודע לו שהשולח שינה את דעתו, יסודו בתקנת חכמים: "וגם יש לומר על פי דברי התוספות, גיטין לב ע"א, ד"ה מהו דתימא, שכתבו דאפילו לרבא לא מהני גילוי דעתא שנודע לו אחר כך, ואף שאין זה דברים שבלב, 'עשאום כדברים שבלב', ופירוש הדברים, שיש כח לחכמים לפרש ולהרחיב את המושג של דברים שבלב, ולומר שכל זמן שלא שמע השליח באזניו ממש שביטל הבעל שליחותו או שחזר בו מלגרש, יש לו כח לגרש, שזהו מהותו של כח השליחות, שאינו נפקע אלא על ידי אמירה מפורשת ועל ידי שמיעה ברורה וגלויה". וראה 'אבני מילואים', שהובאו דבריו לעיל, הערה 114, שעשה שימוש דומה בדברי התוספות.

154 לעיל, הערה 125.

155 אמנם יש הטוענים לזיקה בין שתי השאלות, ולדעתם, אם אסור לשליח להימנע מביצוע השליחות, מתחייבת המסקנה שאין גם בכוחו לבטל את השליחות. ראה בית מאיר, אבן העזר, סימן קנד, סדר הגט ר"י מרגליות, ד"ה בסדר גט שלישי: "שודאי שלא כדין עביד – כל שהתחיל במלאכה וקיבל הגט להוליכו – לחזור בו. ואם כן כשחזר ונתרצה למה שמחויב לעשות מן הדין, מה יגרע כחו במה שבנתיים לא רצה לעשות המוטל עליו? וכי מפני זה הופקע כחו שהעמידו הבעל במקומו?!" (על שיטתו בעניין אי־ביצוע השליחות, ראה לעיל, דיוננו על סעיף 8, הערה 33). ואולם השווה חלקת יואב, אבן העזר, סימן לב, ד"ה ואף שמצאתי, שתמה על שיטת 'בית מאיר', ולפיה השליח אינו יכול לחזור בו כדין פועל בדבר האבד: "ובמחילת כבוד גאונו, דמיון זה הוא כלאים דאוריתא! דודאי הבית דין יכולים לכוף לפועֵל לעשות מעשה גשמי, אבל הכא, דאנו דנין על הכח השליחות שנתבטל מחמת חק התורה, דאתי דיבור ומבטל דיבור, ואיך שייך כפיית בית דין בזה?".

'בית מאיר' מניח כנראה שהמחויבות של הפועל למעבידו מקפלת בתוכה גם "שעבוד הגוף", כפי שכתב ר' שלמה קלוגר בשולי תשובתו, "בדין שליח גט שחזר בו משליחותו, ולבסוף נתרצה ועביד שליחותיה", נדפס בספר הזיכרון אבן ציון, ירושלים תשמ"ז, עמ' רלא, בעמ' רלט: "ובאמת אין ענין זה לזה [כלומר, העובדה שהשולח יכול לבטל את השליחות אינה מחייבת שגם השליח יכול לעשות כן], דודאי מצד גוף החזרה היה ראוי לומר דחזרת השליח מהני כמו חזרת הבעל, אך זה אם הוי השליח ברשות עצמו, דנתנו לו הבעלים רשות שיהיה יכול לחזור בו... אבל השליח, כיון דהוי קבלן, אם כן נשתעבד גופו לבעל, והוי כאילו הקנה את גופו לו, ואינו ברשות עצמו לחזור בו". ואולם בספרו נדרי זריזין (קלוגר), חלק א, השמטות, דף צ, ד"ה והנה בחקירה, חזר בו הרב קלוגר וקבע, שמאחר שבשונה מקבלן רגיל לא ניתן לכפות על השליח לתת את הגט (שהרי נתינת הגט חייבת להיות מרצון), הרי חזרתו מבטלת את שליחותו. לפי זה, במקום שבו יש תוקף לשליחות אף אם מִלוייה נכפה על השליח, אכן אין בכוחו לבטל את השליחות.

156 שאלה שכבר עמדנו עליה לעיל, בדיוננו על סעיף 3, פרק חמישי, א, עמ' 159.

לבטלה?[157]. תמוהה אפוא עמדת המחוקק בעניין זה, שאף שלדעתו השליחות נוצרת בהבעת רצון חד־צדדית של השולח, הוא מכיר בביטול השליחות על ידי השליח כאחת מדרכי סיום השליחות. כאמור, הדבר תמוה, משום שאף שהשליח מבטל את השליחות, הרי כל זמן שהשולח מעוניין בשליחותו, מה מונע מן השליח לחזור ולמלא את שליחותו בלא צורך במינוי חדש? כיצד יכול הוא לבטל את רצונו החד־צדדי של השולח?

שאלת ביטול השליחות על ידי השליח נידונה במקורותינו בעיקר בהקשר לשליחות לגירושין. בדיוננו בתת־פרק זה, נביא תחילה את הסוגיה התלמודית המשמשת בסיס לחילוקי הדעות בין הפוסקים בשאלה זו, ולאחר מכן נרחיב בהצגת חילוקי דעות אלה.

(2) הסוגיה התלמודית ("עקר שליח לשליחותיה")

התלמוד[158] מביא את המימרה הבאה שעניינה שליחות לגירושין: "תא שמע: [האישה שאמרה לשליח] 'הבא לי גיטי', ו[השליח אמר לבעל] 'אשתך אמרה התקבל לי גיטי', והוא [הבעל] אומר [לשליח] 'הילך [הגט] כמה שאמרה [האישה]'; אמר רב נחמן, אמר רבה בר אבוה, אמר רב: אפילו הגיע גט לידה – אינה מגורשת". מימרה זו עוסקת בשליח שהתמנה על ידי האישה לייצג אותה במעשה הגירושין. נקדים ונאמר שהאופן הרגיל למינוי שליח מטעם האישה הוא מינוי "שליח קבלה", כלומר שבקבלת השליח את הגט לידיו נחשבת האישה כאילו קיבלה את הגט בעצמה, וגירושיה חלים אפוא מיד עם קבלת הגט על ידי השליח. אופן נוסף של שליחות מטעם האישה, העולה לדעת חלק מן הראשונים[159] מסוגיה זו[160], הוא "שליח הבאה". בשליחות להבאת הגט, הגירושין אינם חלים עם קבלת הגט על ידי השליח, אלא משהביא השליח את הגט לידי האישה[161]. במקרה הנידון בסוגיה, השליח שינה מדברי האישה,

[157] אמנם אפשר שמשנודע לו שהשליח ביטל את השליחות, השולח אינו מעוניין עוד שהשליח הזה ימשיך לייצגו. אולם אז סיום השליחות אינו מכוח ביטול השליחות על ידי השליח אלא מכוח ביטולה על ידי השולח (והביטול תקף בתנאי שנעשה במפורש, כמתחייב מהכלל "אתי דיבור ומבטל דיבור". וכבר הרחבנו בעניין זה לעיל, ליד ציון הערה 48 ואילך).

[158] בבא מציעא עו ע"ב. וראה עוד גיטין סב ע"ב. להלן, הערה 163, נפרט באיזה הקשר הובאה המימרה.

[159] ראה: הלכות גדולות, סימן לט, הלכות גיטין (עמ' תטו במהדורת מכון ירושלים, ירושלים תשנ"ב), ד"ה והיכא; רמב"ם, הלכות גירושין, פרק ו, הלכות ד־ה; מגיד משנה, שם; ר"ן, גיטין כח ע"א (בדפי הרי"ף), ד"ה גמרא (בשם הרמב"ם); טור, אבן העזר, סימן קמ (עמ' רי במהדורת הטור השלם); בית יוסף, שם, ד"ה ויכולה; ב"ח, שם, ד"ה ויכולה; שולחן ערוך, אבן העזר, סימן קמ, סעיף ה; ט"ז, שם, ס"ק ב. ברם, יש החולקים על כך. ראה להלן, הערה 161. וראה רמב"ן, גיטין סה ע"א, ד"ה רש"י, האומר שאף שאין בידו להכריע בין שתי השיטות, דעתו נוטה לשיטה המכירה באפשרותה של האישה למנות שליח הבאה.

[160] לדעתם, סוג זה של שליחות עולה כבר מן המשנה, גיטין ו, ג־ד. ראה מגיד משנה, שם.

[161] אף שאין זה מעיקר דיוננו כאן, נעיר שאפשרות זו של מינוי שליח הבאה מעוררת קושי עיוני, שכדי שיהא תוקף לגט, הוא צריך להגיע מידי הבעל (או שלוחו) ישירות אל ידי האישה (או שלוחה), שאם לא כן, הגט פסול, כפי שנקבע בעניין "טלי גטך מעל גבי קרקע" (ראה גיטין כד ע"א). והלוא זהו בדיוק המצב בשליח הבאה, שכן גם כאן השליח אינו עושה פעולה משפטית במקום האישה אלא משמש מקום להנחת הגט עד שיגיע לידי האישה.

הר"ן (לעיל, הערה 159) מיישב קושי עיוני זה, ומסביר שאישה הממנה שליח הבאה היא כמי שממנה שליח קבלה על תנאי, והוא שהגט יגיע לידה. לכאורה, הסבר זה תמוה. וכי בסמכות האישה להתנות תנאים בתוקפו של הגט, והלוא מעיקר הדין, האישה מתגרשת בעל כורחה?! והשיב על כך שו"ת אבני נזר, אבן העזר, סימן קצה, אות ג, שהתנאי אינו בתוקפו של הגט אלא בתוקפה של השליחות. 'אבני נזר' מוסיף

ובמקום להציג את עצמו בפני הבעל כ"שליח הבאה", הוא הציג את עצמו בפניו כ"שליח קבלה". הבעל מצדו נתן את הגט לשליח ואמר לו 'הילך [הגט] כמות שאמרה [האישה]'. כאמור, נפסק בשם רב שהאישה אינה מגורשת, אף אם בסופו של דבר נמלך השליח בדעתו והביא לה את הגט[162]. רב אשי מסביר שאף שבסופו של דבר עשה השליח את פעולת השליחות, כשהביא את הגט לידי האישה, מאחר שהציג את עצמו תחילה כ"שליח קבלה",

שלפי זה לא יהיה תוקף לשליחות להבאה, אלא אם הבעל מסכים שהגט ייכנס לתוקפו רק משיגיע לידי האישה, שאם לא כן, עדיין יהיה מקרה זו בגדר "טלי גטך מעל גבי קרקע". ובלשונו: "אך הכוונה שהיא עשאתו שליח בתנאי, אם יתן הבעל שתתגרש אחר כך. ואם יתן הבעל שתתגרש תיכף, אינו שלוחה כלל. ולא עשאתו שליח רק שיקבל הגט שיתן הבעל, שלא תתגרש עד שיבוא לידה. וכשנתן הבעל על פי שליחותה להובאה, מוכח שנתן כן שתתגרש אחר כך".

והשווה אמרי משה (סוקולובסקי), סימן כ, אות א, ד"ה ומצינו. הוא מעיר שרבו, ר' חיים מבריסק, חולק על הסברו של הר"ן, משום שהסבר זה אינו הולם את דעת הרמב"ם עצמו, שכן ביחס למינוי שליח קבלה, פסק שצריך עדים (הלכות גירושין, פרק ו, הלכה א), ואילו ביחס למינוי שליח הבאה, פסק שאין צריך עדים (שם, הלכה ד). אילו שליח הבאה היה רק שליח קבלה על תנאי, גם למינויו היה צורך בנוכחות עדים! על כן 'אמרי משה' מציע בשם רבו הסבר אחר לפשר האפשרות של האישה למנות שליח הבאה: "ועל כרחך עיקר הגרושין בשליח הובאה הוא כשהגיע לידה, והוא רק שליח על מעשה הנתינה לסלק הפסול ד'טלי גיטך מעל גבי קרקע'". כעין זה כותב גם אור שמח, הלכות גירושין, פרק ו, הלכה ח, ד"ה ומה: "רק מה שצריך שיבא הגט מיד הבעל ליד האשה, בזה עשאתו לשליח... שתהא קבלתו כקבלתה, ומקריא דמטי גיטא מיד הבעל ליד אשתו, וקרינן 'ונתן בידה', ולא הוי כ'טלי גיטך מעל גבי קרקע'", וממילא יחולו הגירושין רק בהגיע הגט ליד האישה. במילים אחרות, אפשר להבחין בגירושין בין שני חלקים: בין הפעולה המטריאלית של נתינת הגט (שהיא חיונית, בהתאם למה שמובא בגיטין כד ע"א: "אמר רבא: 'טלי גיטך מעל גבי קרקע' – לא אמר כלום!"), ובין התחולה המשפטית של ניתוק קשר האישות. לפי הסברם של פוסקים אלה, אין מניעה שהאישה תגביל את השליחות לחלק המטריאלי, היינו שאף שהגט לא יחול מיד עם הנתינה, הוא לא ייחשב כגט שהניח הבעל על גבי קרקע, אלא כאילו ניתן בידה.

להצעה חדשה בהבנת שיטת הרמב"ם בעניין שליח הבאה, ראה D. Henshke, "Agency and Divorce Proceedings: On the Legal Methodology of Maimonides' Mishne Torah", Jewish Law Annual XIV (2003), p. 163. הצעתו של הנשקה מבוססת על ההנחה שיש לרמב"ם גישה ייחודית בהבנת מהות הגירושין. לדעתו, הרמב"ם אינו רואה בנתינת הגט טקס המהווה חלק ממהות הגירושין, אלא הימצאות הגט ברשותה של האישה היא מהות הגירושין, ובלבד שהגט הגיע לידה מן הבעל בלא התערבות גורם זר (על הצעה זו של הנשקה הערנו כבר לעיל, סעיף 2, הערה 50, וסעיף 4, הערה 124). לפי זה, שליח הולכה כשמו כן הוא, שליח שמונה על ידי הבעל לטפל בהעברת הגט לרשות האישה (ומובן אפוא מדוע אינו מכונה שליח נתינה, שהרי אין צורך בטקס נתינה), ושליח הבאה הוא שליח המתמנה לתפקיד זה בדיוק אלא שמינויו בא מכוח האישה ולא מכוח הבעל.

נציין שחלק מן הראשונים אכן אינם מכירים במושג שליח הבאה, והם מפרשים את הסוגיה התלמודית בשונה מן הדרך שראינו עד כה. לדעתם, האישה האומרת לשליח 'הבא לי גיטי' אינה מתכוונת למנותו שליח מטעמה, אלא כוונתה שימציא את עצמו לפני הבעל כדי שהלה יוכל למנותו שליח הולכה. כך פירש לדוגמה רש"י, בבא מציעא עו ע"א, ד"ה ה"ג: "אם תמצא את בעלי, אמור לו שישלח לי את גיטי בידך, ותיעשה שלוחו של בעלי לגרשני" (וראה רמב"ן, גיטין סה ע"א, ד"ה רש"י, שכך דייק מדבריו. אבל הוא עצמו נוטה יותר לשיטת הרמב"ם). כך פירשו גם: רבנו חננאל (מובא בר"ן, גיטין כח ע"א בדפי הרי"ף, ד"ה גמ' פשיטא); חידושים מכתב יד המיוחסים לריטב"א, גיטין סה ע"א, ד"ה הבא; חידושי רבנו קרשקש (המיוחסים לריטב"א), גיטין סב ע"ב, ד"ה מאי; פסקי הרי"ד, גיטין סה ע"א. לניתוח הסוגיה על פי שיטה זו ולמסקנות המשפטיות העולות ממנה לענייננו, ראה להלן, הערה 171. וראה גם להלן, הערה 182.

162 כלשון רש"י, גיטין סג ע"א, ד"ה אלא: "אי נמי אימליך ואמטייה ניהלה, לאו גיטא הוא [=אפילו נמלך והביאו אליה, אינו גט]".

בעוד שהוא מונה על ידי האישה להיות "שליח הבאה", הרי "עקר שליח לשליחותיה", ומשום כך לא חלים הגירושין[163].

ונשאלת השאלה: מה משמעותה של עקירה זו, המונעת את תחולת הגירושין? האם משמעותה שהשליחות נסתיימה מכוח ביטולה על ידי השליח, ומכאן ניתן יהיה להסיק שהמשפט העברי מכיר גם הוא בביטול על ידי השליח כאחת מדרכי סיום השליחות? או שמא משמעותה אינה אלא שלא נתקיימה שליחותה של האישה, משום שהבעל נתן את הגט לידי השליח בתור "שליח קבלה", ולא בתור "שליח הבאה", ועל כן, אף שהשליחות לא נסתיימה, האישה אינה מגורשת, משום שבפועל לא נתקיימה השליחות?

להלן נראה שבין הפוסקים נמצאו תימוכין לשתי הגישות האלה.

(א) גישה א: השליחות נסתיימה מכוח ביטולה על ידי השליח

1. כוח הביטול

כאמור, לפי חלק מן הפוסקים, העובדה שהשליח הציג עצמו כ"שליח קבלה", בעוד שמינויו היה להיות "שליח הבאה", כמוה כביטול השליחות על ידו[164]. על יסוד הנחה זו, הם

[163] כאן נשלים ונבהיר את ההקשר שהובאה בו המימרה שאנו מצטטים בטקסט. התלמוד דן בשולח שמינה שליח לשכור עבורו פועלים בתנאֵי שכר מסוימים, אבל השליח הציע להם את העבודה בתנאי שכר נמוכים יותר. השאלה היא: לאילו תנאי שכר זכאים הפועלים (הצד השלישי), לאלה שהוצעו על ידי השולח או לאלה שהוצעו על ידי השליח? התלמוד קובע שברור מחד גיסא שאם הפועלים הסכימו להצעת השליח, תנאי העסקתם יהיו כפי הצעתו, אף שהיא נמוכה מהצעת השולח, שכן סברו וקיבלו (אם כי יש להם תרעומת מוצדקת כנגד השליח, שמנע מהם תנאים טובים יותר). כמו כן ברור מאידך גיסא שאם הפועלים אמרו במפורש שהם מקבלים את ההצעה כמות שהוצעה על ידי השולח, סימן הוא שלא סמכו על דברי השליח, ותנאי העסקתם יהיו כהצעת השולח. השאלה היא: מה הדין כאשר תגובת הפועלים להצעת השליח לא הייתה חד־משמעית, כגון שאמרו הפועלים שהם מקבלים את הצעת השליח, אך הוסיפו: "כמו שאמר בעל הבית". האם יש בתוספת הזאת כדי להעיד שאינם סומכים על דברי השליח, וכוונתם היא שהם מסכימים לעבוד אך ורק לפי תנאי ההעסקה שהציע השולח (המעביד)? או שמא כוונתם לומר שהם מאמינים לשליח שאכן אלה הם תנאי השכר שהציע השולח עצמו, ותנאים אלה מקובלים עליהם? השאלה היא אפוא אם קיימת הנחה (חזקה משפטית) שהצד השלישי סומך על נכונותם של דברים הנאמרים לו על ידי השליח בשם השולח? או שמא קיימת הנחה הפוכה, ולפיה הצד השלישי אינו סומך על דברי השליח, אלא מתכוון לפעול לפי הצעתו המקורית של השולח?

בהקשר לשאלה זו, הובאה בתלמוד המימרה שאנו מצטטים בטקסט, שכן גם שם אירע דבר דומה: השליח שינה מדברי השולח (האישה) כשהציג עצמו לפני הבעל כשליח קבלה. גם כאן עולה השאלה: מה התכוון הבעל כשאמר לאותו שליח 'הילך כמה שאמרה'? כאמור, נפסק שאף שבסופו של דבר מגיע הגט לידי האישה, היא אינה מגורשת. לאור פסק זה, התלמוד מבקש להוכיח שקיימת הנחה משפטית שהצד השלישי סומך על דברי השליח, ועל כן האישה אינה מגורשת, שהרי האמת היא שהשליח לא היה שליח קבלה (אמנם בסופו של דבר הגיע הגט לידי האישה, אבל החלל הריק שנוצר בין השעה שהבעל התכוון להקנות לה את הגט ובין השעה שהאישה זכתה בו בפועל פוסל את הגט, שכן דין הוא שהגט צריך שיינתן ישירות מהבעל או שלוחו לאישה או לשלוחה). אילו הייתה חזקה הפוכה, היינו שהבעל אינו סומך על השליח, אלא התכוון לתת לו את הגט כרצונה של האישה, משמעות הדבר הייתה שהשליח קיבל את הגט כשליח הבאה, ולא היה מקום אפוא לפסול את תוקפו. אולם רב אשי דוחה ראיה זו בטענה "דעקר שליח לשליחותיה לגמרי". בהמשך דיוננו, נראה שהמושג "עקר שליחותיה" נתפרש בדרכים אחדות, ורק לפי חלק מהן ניתן להסיק מן הסוגיה שהשליח יכול לבטל את השליחות ולהביאה לסיומה. בטקסט שלהלן, נציג את הדרכים האלה, ובהערות השוליים נשלים את תיאור מהלך הסוגיה לפי כל אחת מהן. ראה להלן, הערות 165, 171, 182, 189.

מסיקים מסוגיית התלמוד שביטול השליחות על ידי השליח מביא לסיומה, שכן זו הסיבה לדעת רב אשי, שאף שבסופו של דבר חזר בו השליח והביא את הגט לידי האישה, היא אינה מגורשת[165].

כך פסק לדוגמה מהרי"ט[166] בעניין מורשה לתביעה שביטל את שליחותו. בפני מהרי"ט הובאה שאלה בעניין תובע ששלח מורשה לנהל תביעה בשמו. לימים נזדמן הנתבע לעירו של התובע, והלה החליט לתבוע אותו בעצמו. הנתבע ביקש לדחות את התביעה בטענה שמשעזב את מקומו, התפשר בנו (מיופה כוחו) עם המורשה. לעומתו טען התובע (בין שאר טענותיו) שקיבל הודעה מן המורשה, שמאחר שהנתבע מזדמן לעירו, עדיף שיתבע אותו אישית, והוא מסתלק מן ההרשאה (היינו שביטל את שליחותו). על בסיס הודעה זו, התובע טוען שגם אם נכון הדבר שהמורשה חזר בו מביטולו, והתדיין בסופו של דבר עם בנו של הנתבע, הרי שעשה זאת בהיעדר הרשאה, שהרי שליחותו נסתיימה משעה שביטל אותה. מהרי"ט מצדיק את עמדת התובע, שכן לדעתו עולה מן הסוגיה התלמודית שהבאנו לעיל שאכן ביטול השליחות על ידי השליח מביא את השליחות לסיומה[167].

בהתאם לתפיסה זו, פסק 'טורי זהב'[168] בעניין שליח לגירושין שנתמנה על ידי הבעל

[164] אין להסיק מכאן שכל שינוי ששינה השליח מדברי השולח דינו כדין ביטול השליחות. אין לראות את השינוי כביטול אלא כאשר השליחות המקורית הייתה קשה יותר לביצוע. כך הוא לדוגמה כאן, שהשליחות להבאה הייתה דורשת מן השליח מאמץ יתר, שכן לא היה מקיים את שליחותו בקבלת הגט גרידא, אלא היה חייב לטרוח ולהביאו לידי האישה. כך מסביר רש"י, בבא מציעא עו ע"ב, ד"ה אלא. וראה אור שמח, הלכות גירושין, פרק ו, הלכה ח, ד"ה ואחרי, וד"ה ולולא.

[165] והסיבה אינה שהבעל סמך על דברי השליח, כשאמר לו שהוא שליח קבלה, כפי שביקש התלמוד להסיק תחילה. ראה לעיל, הערה 163.

[166] שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן פה.

[167] אמנם בנידון מהרי"ט, השליח הודיע לשולח שהוא מסתלק מן השליחות, אולם מפרשנותו של מהרי"ט לדברי התלמוד, נראה שהוא הדין גם כשהשליח לא הודיע לשולח על כך. ואכן ראה שו"ת מהרש"ם, חלק א, סימן קלב, ד"ה ובדבר החשש הרביעי, שזיהה את דברי מהרי"ט הנ"ל עם שיטת הט"ז, המובאת להלן, הערה 168, ולפיה השליחות מסתיימת עם ביטולה על ידי השליח גם כשהשליח לא הודיע על כך לשולח.

[168] ראה ט"ז, אבן העזר, סימן קמא, ס"ק ב. הט"ז דן בשליח הולכה, היינו שליח הבעל, שתוך כדי מהלך שליחותו, הסכים לבקשתה של האישה לשמש כשלוחה לקבלת הגט. התלמוד שולל אפשרות זו במפורש (וכשרות הגט מוטלת בספק. ראה גיטין סג ע"ב), אבל הרמב"ם (הלכות גירושין, פרק ו, הלכה יג) מוסיף שאם הגיע הגט לידה בסופו של דבר, שהשליח מילא את ייעודו המקורי כשליח הולכה, הגט תקף. על כך תמה הט"ז: "ולי הוא תימא רבתי, מה מועיל מה שמגיע לידה, כיון שכבר נתבטל השליחות של שליח הבעל במה שניתק משליחותו בשעה שקבל עליו להיות שליח האשה לקבלה, דהא [=שהרי] אי אפשר לו להיות בפעם אחת שלוחו ושלוחה, אלא דודאי ניתק משליחות הבעל... וזה דומה ממש למה שכתוב בסימן קמ, סעיף ח, בעשאתו שליח להובאה, ואמר שהוא שליח קבלה, דאמרינן עקריה לשליחותיה לגמרי". מכוח קושי זה, מציע הט"ז הסבר אחר בסוגיה. וראה: שו"ת מהרי"ם מבריסק, סימן לח; אור שמח, הלכות גירושין, פרק ו, הלכה ח, ד"ה ואין, שדחו את השוואתו של הט"ז בין שליח הולכה שהסכים לשמש שליח קבלה ובין "עקריה לשליחותיה", מטעמים שונים.

דברים דומים קובע הט"ז שם, ס"ק מד: "נראה לעניות דעתי דאם השליח עצמו ביטל שליחותו ואמר שהוא מבטל, השליחות בטל, והיא קל וחומר מבעל המשלחו, שיוכל לבטל השליח, לא כל שכן הוא עצמו?". יש לתמוה על כך שהט"ז כאן (ס"ק מד), אינו מפנה לדבריו הקודמים (ס"ק ב). תמיהה זו גוברת לנוכח העובדה שהראיות שמביא הט"ז בס"ק מד אינן מסוגיית "קא עקר לשליחותיה" (שממנה הביא ראיה לדבריו בס"ק ב) אלא מסוגיית "אתי דיבור ומבטל דיבור", ומדברי הריב"ש בתשובה.

(המכונה "שליח הולכה"), שאם ביטל השליח את שליחותו, לא יוכל להמשיך לפעול בשם הבעל בלא מינוי חדש (אפשר שבהתאם לתפיסה זו קבע מהר"י מרגליות בספרו "סדר הגט"[169], שכאשר גט מובא לבית דין על ידי שליח, על הדיינים לחקור את השליח כדי לוודא שלא ביטל את שליחותו. אם כי מסקנה זו אינה מוכחת, שכן אפשר שדרישה זו אינה אלא חומרה בעלמא, כשאר חומרות שנוהגים בהן בענייני גטין[170])[171].

[169] ראה סדר הגט (מרגלית), סימן פו ("סדר נתינה על ידי שליח"), סעיף כב (עמ' קסא, במהדורת מכון ירושלים תשמ"ג): "וישאלו הדיינים את השליח אם לא ביטל הוא עצמו את שליחתו, כגון שאמר אל הבעל פלוני בן פלוני 'איני רוצה להיות עוד שלוחך בגט זה ושליחתי יהא בטל' או בכל לשון דמהני לבטל ביה שליחות, או שאמרת בפני שנים אף שלא בפני הבעל 'הנני מבטל השליחות של פלוני בן פלוני, שעשה אותי שליח להוליך גט לאשתו פלונית בת פלוני', אותו שליחות יהא בטל, או בכל לשון המבטלין בהון שליחות, או שאינך רוצה להיות שליח מעתה. ויאמר השליח על הכל 'לא'". דין זה הובא להלכה על ידי הרמ"א, אבן העזר, סימן קנד, סדר הגט, סעיף צא. כאמור, לכאורה נראה מדברים אלו שיש בכוחו של השליח לבטל את שליחותו!

[170] כלומר, אין הכרח לומר שאם תשובתו של השליח הייתה שביטל את שליחותו, תביא תשובתו לסיום השליחות, שכן באותו חיבור ('סדר הגט') מופיעות שאלות שיש להציג בפני השליח, שגם אם התשובה עליהן אינה כמצופה, אין בהן כדי לפסול את הגט, ואין כאן אלא חומרה בעלמא (ראה רמ"א, אבן העזר, סימן קנד, סדר הגט, סוף סעיף צא). וראה ההפניות המצוינות בפתחי תשובה, שם, ס"ק מג.
וראה עוד סדר הגט, שם, סעיף כד, הקובע: "וישאלו הדיינים את השליח אם עשה שום מודעא על השליחות או 'אם נשבעת או נדרת להביא גט זה ולהיות שלוחו של הבעל, ואם לא... נשבעת או נדרת, לא היית נעשה שלוחו [כלומר, שלולי השבועה או הנדר לא היית נעשה שלוחו], אנו רוצים להתיר נדרך או שבועתך', ויאמר השליח 'לא עשיתי שום מודעא או נדר או שבועה כי אם ברצון'". בשו"ת פני יהושע (מקראקא), חלק ב, אבן העזר, סימן פה, ד"ה ונלע"ד, באה תוספת בזה הלשון: "ואם מסר, יבטל המודעא בפנינו". בשל תוספת זו, הוא מעיר על סתירה לכאורה בדבריו של 'סדר הגט' בין סעיף כב לסעיף כד, שהרי אם השליח אינו יכול לחזור בו מביטולו, מה יועיל ביטול המודעה בלא מינוי חדש? מכאן הוכיח שמה שכתב לעיל, ששואלים אותו אם ביטל את שליחותו, הוא חומרה בעלמא (יש להעיר שהסתירה בדברי בעל סדר הגט, שממנה הוכיח 'פני יהושע' את דבריו, יסודה כפי הנראה בנוסח סדר הגט של רבנו משה יפה מקראקא (נדפס בספר פסקי ושאלות ותשובות מהר"ש מלובלין, ברוקלין תשמ"ח), ומעין נוסח זה מובא בסדר הגט לרב מיכל יוזפס, ירושלים תשמ"ג, סדר גט שלישי (מיד שליח הבעל ליד האשה), אות כז: "ישאל אותו עוד... אם מסר מודעא על השליחות... ויאמר... 'ואם עשיתי ושכחתי הרי אני מבטלה בפניכם'" (נוסח זה מודפס בשולחן ערוך, לאחר סימן קנד. וראה בהגהות רבי עקיבא איגר, שם, אות יב). ברם, יש לציין שתוספת לשון זו אינה נמצאת בסדר הגט של ר"י מרגלית, סימן פו ("סדר נתינה על ידי שליח"), סעיף כד. וראה דיוננו לעיל, סעיף 3, הערה 154.

[171] עד כה הראינו כיצד האחרונים הסיקו מן הסוגיה התלמודית את האפשרות לבטל את השליחות על ידי השליח. מסקנה זו עלתה מן ההנחה שהשליח שעליו מדברת הסוגיה הוא שליח הבאה, היינו שליח שמונה על ידי האישה להביא לה את גטה, והוא ביטל את שליחותו כשהציג את עצמו לפני הבעל כשליח קבלה. כך הבינו את הסוגיה חלק מן הראשונים, ובראשם הרמב"ם (ראה לעיל, הערה 159). אולם הערנו כבר (לעיל, הערה 161) שרבים מן הראשונים, ובראשם רש"י, אינם מקבלים פרשנות זו לסוגיה (כנראה משום שאינם מכירים במושג שליח הבאה). לדעתם, השליח שעליו מדברת הסוגיה אינו שלוחה של האישה אלא אדם שנתבקש על ידה ללכת אל בעלה כדי שימנה אותו שליח הולכה, והוא הציג את עצמו בפני הבעל כשליח קבלה. להלן נסקור את מהלך הסוגיה לפי דרכו של רש"י, ונשאל את עצמנו אם ניתן גם על פי דרכו להגיע למסקנה שביטול השליחות אפשרי גם על ידי השליח?
לעיל, הערה 162, תיארנו כבר את ההקשר שמובאת בו המימרה בעניין האישה שאמרה "הבא לי גיטי". כאמור שם, השאלה שעומדת במוקד הסוגיה היא: האם קיימת חזקה משפטית ולפיה הצד השלישי סומך על הדברים שמוסר השליח בשמו של שולחו? או שמא קיימת חזקה הפוכה, שהוא אינו סומך עליו, וכוונתו

להלן נתמקד בשאלות אחדות בעניין ביטול השליחות על ידי השליח: מהו יסודה המשפטי של כוח הביטול? האם נדרשת צורת ביטול פורמלית דווקא (כפי שהיא נדרשת בביטול שליחות על ידי השולח), או שמא די בגילוי דעת בעלמא? מה דין שליח שסירב לקבל את השליחות על עצמו? האם הוא יכול לחזור בו מסירובו בלא צורך במינוי חדש? או שמא דין סירוב מלכתחילה כדין ביטול שליחות שכבר נוצרה, וגם הוא זקוק למינוי חדש?

2. היסוד המשפטי של כוח הביטול

כפי שכבר אמרנו לעיל, במבוא לתת־פרק זה, ההכרה בכוחו של השליח לבטל את השליחות קשורה כנראה בתפיסה שהשליחות אינה נוצרת באופן חד־צדדי על ידי השולח, אלא דרושה גם הסכמתו של השליח[172]. על פי הנחה זו, מובן שכשם שהשולח יכול לבטל את השליחות

לעשות את הפעולה כפי רצונו המקורי של השולח? לפי דרכו של רש״י, כך הוא מהלך הסוגיה: התלמוד סבר תחילה שאפשר להוכיח מן המימרה שהצד השלישי סומך על דברי השליח כשהוא אומר לו שנתמנה על ידי האישה כשליח קבלה, וזו היא הסיבה שהאישה אינה מגורשת, אף שהשליח הביא בסופו של דבר את הגט לידה, שכן בהסתמך על דבריו, לא מינה אותו הבעל שליח הולכה, וגם שליח קבלה מטעם האישה לא היה (אילו קיימת הייתה הנחה הפוכה, היינו שהבעל אינו סומך על השליח, אלא כוונתו לפעול לפי רצונה המקורי של האישה, הגט היה צריך להיות תקף, שכן פירוש הדבר היה שמינה את השליח כשליח הולכה, והגט הגיע לידי האישה). אולם רב אשי דוחה ראיה זו בטענה ״דעקר שליח לשליחותיה לגמרי״. רש״י (בבא מציעא עו ע״ב, ד״ה אלא התם) מסביר שטענת רב אשי היא, שאפשר שהבעל אינו סומך על דברי השליח, אלא כוונתו לפעול לפי רצונה המקורי של האישה, היינו שהוא מינה את השליח כשליח הולכה. עם זאת, המינוי אינו תקף, משום שהשליח גילה שאינו מעוניין לקבל את המינוי על עצמו (הוא אינו מוכן להיות שליח הולכה ולטרוח ולהביא את הגט לאישה, אלא להיות רק שליח קבלה). כך נתפרשו דברי רש״י, בחידושי הריטב״א, בבא מציעא עו ע״ב, ד״ה בשלמא (וכעין זה בחידושי רבנו קרשקש (המיוחסים לריטב״א), גיטין סג ע״א, ד״ה אלא): ״פרש״י דבעל ודאי אדיבורא דידה קסמיך, ודעתו לשליחות הולכה, כמו שאמרה, ומיהו זה ברצון השליח תלוי, והשליח עקר לשליחותו, ואינו רוצה להיות אלא שליח קבלה שאין בו טורח. ואף על גב דחזינן דאמטייה ניהלה בתר הכי [=ואף על פי שאנו רואים שהביא אותו לה לאחר מכן], אמלוכי הוא דאמליך [=נמלך הוא בדעתו]״. במילים אחרות, על פי דרכו של רש״י, רב אשי אינו מדבר על שליח שביטל את שליחותו לאחר שנתמנה כדין אלא על שליח שסירב לקבל על עצמו את המינוי. בעניין ביטול השליחות לפני כניסתה לתוקף, ראה דיוננו להלן, ליד ציון הערה 166. וראה במיוחד להלן, הערה 182.

מה ניתן להסיק מפירושו של רש״י בסוגיה זו לעניין ביטול השליחות על ידי השליח? מפירושו עולה שיצירת השליחות אינה פעולה חד־צדדית של השולח, ויש גם לשליח חלק ביצירתה, שכן הוא צריך להסכים למינוי כדי שייכנס לתוקף. כפי שנראה להלן, תפיסה זו היא העומדת כנראה ביסוד השיטות המכירות בכוחו של השליח לבטל את השליחות, שכן כשם שהשליחות נוצרת בהסכמתו של השליח, כך היא מסתיימת כשהוא חוזר בו מהסכמתו. אולם מסקנה זו נכונה אך ורק אם אכן כוונת רש״י היא (כפי שהבין הריטב״א, שהובא לעיל בהערה זו), שאם השליחות לא נוצרה, הרי זה עקב התנגדותו של השליח לקבל על עצמו את שליחות ההולכה של הבעל. אפשרות אחרת הייתה לפרש שכוונת רש״י היא, שהבעל מתנה את המינוי בהסכמת השליח, והרי השליח לא הסכים להיות שליח הולכה אלא רק שליח קבלה (ראה להלן, הערה 189). אם כך יובנו דברי רש״י, אין אפשרות להסיק מהם דבר לענייננו, שכן ב״עקר שליח לשליחותיה״, אין הכוונה שהשליח ביטל את השליחות אלא שהשולח הוא שביטל אותה לנוכח סירובו של השליח.

172 ראה שו״ת עונג יום טוב, סימן קמו: ״אבל כשקיבל הגט להוליכו וכבר נעשה שליח וחזר בו וביטל השליחות שאינו רוצה לקיים, בזה שפיר נתבטל השליחות, דכיוון שכבר התחיל כח השליחות, יש לו כח לבטל השליחות, דהשליחות ברצון השליח והמשלח תליא, וכשנעשה שליח, שוב יש לו כח לבטל השליחות״.
וראה עוד חלקת יואב, אבן העזר, סימן לב, ד״ה הנה לכאורה, שהעלה גם הוא נימוק משפטי זה: ״הנה לכאורה מפורש בש״ס, ריש פרק התקבל ([גיטין] דף סג ע״א), גבי עקר השליח לשליחותו, דצריך רצון

על פי הכלל "אתי דיבור ומבטל דיבור", כך יכול גם השליח לבטל אותה, שכן מדוע לא יוכל גם הוא לבטל את הסכמתו? וכשם שחזרת השולח מביטולו אינה מועילה להחיות את המינוי המקורי (אלא אם הוא חפץ בשליחות, עליו למנות את השליח מחדש)[173], כך לא תועיל גם חזרתו של השליח מביטולו.

3. דרך הביטול

כפי שראינו לעיל[174], ביטול השליחות על ידי השולח אינו תקף אלא כשנעשה בצורה פורמלית נאותה, על פי הכלל "אתי דיבור ומבטל דיבור" (היינו שגילוי דעת בעלמא אין בו כדי ביטול השליחות). ונשאלת השאלה: האם ביטול השליחות על ידי השליח חייב גם הוא להיעשות בצורה פורמלית?[175].

מהרי"ם מבריסק[176] נדרש לשאלה זו כשדן בעניין שליח לגירושין שדרש תשלום לכיסוי הוצאותיו. משננזף על דרישתו, כעס השליח וגילה את דעתו שהוא מעוניין לבטל את השליחות (כשאמר 'איני רוצה כלום, תעשו בגט מה שאתם רוצים!'). השאלה הייתה אם דבריו אלה, שהם בגדר גילוי דעת בלבד, מספיקים לבטל את שליחותו? מהרי"ם מבריסק משיב ששאלה זו תלויה בשאלת היקפו של הכלל "אתי דיבור ומבטל דיבור". הוא מזכיר את דברי 'בית חדש'[177], ולפיהם יש לפרש את הכלל "אתי דיבור ומבטל דיבור" על דרך הצמצום, היינו

השליח שיהיה שליח, וכיון שכן וודאי מועיל חזרתו, כיוון דקיימא לן (קידושין נט ע"א) 'אתי דיבור ומבטל דיבור'. כי בשלמא אם לא היה צריך רצון השליח, והמשלח יש לו כח למנות שליח בעל כרחו, כי אף שביד השליח שלא לעשות את הדבר, אבל אין לו כח לעכב על הכח שמסר לו המשלח, ואם נימא כן, אז לא מהני חזרתו, כי מה יבטל?". אמנם בהמשך הדברים חזר בו 'חלקת יואב' והגיע למסקנה שיצירת השליחות אינה תלויה ברצון השליח, ועל כן הוא מסיק שהשליח אינו יכול לבטל את השליחות (ראה להלן, ליד ציון הערה 192).

אמנם יש לציין שההנחה כי אפשרות ביטולה של השליחות על ידי השליח תלויה בחלק שהוא ממלא ביצירת השליחות אינה מקובלת, כך נראה, על רבו של 'חלקת יואב', בעל שו"ת אבני נזר, הסבור שאף על פי שהשליח אינו נוטל חלק ביצירת השליחות, מכל מקום יש בכוחו לבטל אותה. כך עולה מדברי שו"ת אבני נזר, אבן העזר, סימן ח, אות יח, בהגהה: "והא מינוי שליחות מהני שלא בפניו, אלמא דלא בעי דעת שליח (רק אם עקר השליח שליחותו בטלה השליחות)". כלומר, מן העובדה שאפשר למנות שליח שלא בפניו, הוא מסיק שיצירת השליחות אינה תלויה בדעת השליח, אך אין זה מפריע לו להעיר בסוגריים שהשליח יכול לבטל את השליחות. מדבריו עולה שאף שיצירת השליחות היא פעולה חד־צדדית של השולח, יש בכל זאת מקום לביטולה על ידי השליח. אולם קשה להבין את הגיונה המשפטי של עמדה זו (אותה תמיהה העלינו לעיל, ליד ציון הערה 157, ביחס למחוקק הישראלי). ושמא כוונת 'אבני נזר' אינה אלא שהשליח יכול לסרב לקבל את השליחות על עצמו, וכך למנוע את כניסת המינוי לתוקף, אבל אם לא סירב, שוב אינו יכול לבטלה.

173 ראה לעיל, ליד ציון הערה 123.

174 לעיל, ליד ציון הערה 48 ואילך.

175 וראה חידושי רבי שמעון יהודה הכהן (שקאפ), חלק ד, קונטרס השליחות, סימן ז, ד"ה ולענ"ד, המסביר מדוע יש מקום להבחין בין ביטול על ידי השליח לבין ביטול על ידי השולח: "ומה שיש לחלק בין ביטול המשלח, משום דשם נעשה על ידי דיבור ומינוי, ומשום הכי צריך דווקא דיבור, דאתי דיבור ומבטל דיבור, אבל מחשבה אינה מבטלת דיבור, אבל מצד השליח דנעשה על ידי רצון לחוד אולי סגי בגלוי דעת".

176 שו"ת מהרי"ם, סימן לח (מובא בפתחי תשובה, אבן העזר, סימן קנד, סדר הגט, ס"ק מג; שם, סימן קמא, ס"ק ג).

177 ב"ח, אבן העזר, ראש סימן קלד; שו"ת הב"ח החדשות, סימן צ.

שאופן הביטול של השליחות ("אתי דיבור") נקבע בהתאם לדרך יצירתה[178]. על פי גישה זו, מתבקשת המסקנה שביטול השליחות על ידי השליח יכול להיעשות בגילוי דעת בלבד, שכן הסכמתו למינוי נעשתה גם היא בגילוי דעת בלבד. אולם, מהרי"ם מבריסק חולק על תפיסה זו, ולדעתו יש לפרש את הכלל "אתי דיבור ומבטל דיבור" על דרך ההרחבה, היינו שיש צורך בביטול פורמלי של השליחות בלא קשר לאופן שנוצרה. על פי גישתו, אף שלשם כניסת השליחות לתוקף די בגילוי דעת של השליח שהוא מסכים למינוי, אבל משנוצרה השליחות, השליח אינו יכול לבטל אותה אלא באופן פורמלי[179].

4. ביטול שליחות לפני כניסתה לתוקף

בדיוננו על סעיף 3, כשעסקנו בחלקו של השליח ביצירת השליחות[180], דננו בשאלה: האם שליח שסירב לקבל את השליחות בשעה שנודע לו על מינויו יכול לחזור בו מסירובו בלא מינוי חדש? ראינו שלדעת 'עונג יום טוב'[181], אם השליח מסרב לקבל על עצמו את השליחות, אין בכך כדי לבטל את תוקף המינוי, שכן עדיין אין לו מעמד של שליח, ואין לו כוח לבטל את המינוי. השליח אינו יכול אפוא לבטל את השליחות אלא משעה שכבר נוצרה, ואם חזר בו מסירובו, ייכנס המינוי לתוקפו בלא צורך במינוי חדש[182]. עוד ראינו שר' שמעון שקאפ[183] חולק על עמדה זו, ולדעתו בעצם המינוי כבר מעביר השולח את כוחו לשליח. אשר על כן, אין להבחין בין ביטול שליחות לפני כניסתה לתוקף לבין ביטול שליחות לאחר שנכנסה לתוקף, וכשם שסירוב השליח לבצע את השליחות מבטל אותה, כך גם סירוב השליח לקבל על עצמו מלכתחילה את המינוי מבטל אותה[184].

אמנם אם הסירוב היה בפני השולח, מודה בעל 'עונג יום טוב' שאין תוקף למינוי, שכן

178 מהרי"ם מבריסק מסיק שזו תפיסתו של הב"ח לאור מה שפסק בעניין "מודעא", היינו הודעה מוקדמת של השולח שאינו מתכוון ברצינות למנות את השליח. לפי הב"ח, המודעה מונעת את יצירת השליחות, אף כשנעשתה בגילוי דעת בלבד, שכן היא לא באה לבטל דבר שכבר נוצר באופן פורמלי (על ידי דיבור), אלא באה למנוע מראש את תחולתו של דיבור זה. לעניין מודעה לביטול שליחות, ראה להלן, נספח ראשון לסעיף זה, עמ' 672.

179 למקורות נוספים על שאלה זו, ראה: פתחי תשובה, אבן העזר, סימן קמא, ס"ק ב; שם, סימן קנד, סדר הגט, ס"ק מג; שו"ת מנחת משה (ירושלימסקי), אבן העזר, סימן יא, אות ח, ד"ה ומ"ש; שו"ת יביע אומר, חלק ה, אבן העזר, סימן טז, אות ז.

180 לעיל, סעיף 3, פרק חמישי, ב, עמ' 164.

181 שו"ת עונג יום טוב, סימנים קמו־קמז.

182 לפי זה, קשה דרכו של רש"י בפירוש הסוגיה. כפי שראינו לעיל, הערה 171, לפי רש"י, הסוגיה עוסקת בשליח שסירב לקבל על עצמו את מינויו על ידי הבעל כשליח הולכה. לפי גישת 'עונג יום טוב', לא ברור מדוע אין מועילה חזרתו מסירוב זה, ומדוע אין האישה מגורשת, אם לבסוף החליט השליח להביא לה את הגט? ואכן, מכוח קושי זה, מאמץ 'עונג יום טוב' את השיטה השנייה המובאת בריטב"א בשם התוספות (ראה להלן, הערה 189), ולפיה ביטול השליחות שם לא היה על ידי השליח אלא על ידי השולח. לפי דרכו של ר' שמעון שקאפ, שנראה להלן, אין מקום לשאלה זו על רש"י.

183 חידושי רבי שמעון יהודה הכהן (שקאפ), חלק ד, קונטרס השליחות, סוף סימן ז.

184 יש להעיר שמחלוקת זו בין 'עונג יום טוב' ור' שמעון שקאפ מקבילה למחלוקת אחרת שראינו ביניהם לעיל בעניין ביטול השליחות על ידי השולח (ראה לעיל, ליד ציון הערה 97). ראינו שם שלדעת ר' שמעון שקאפ, דרישת הפורמליות לביטול השליחות חלה גם לפני כניסת המינוי לתוקף (היינו לפני שנודע לשליח על מינויו), וזאת כאמור משום שלשיטתו המינוי כבר יצר סטטוס של שליח. לעומתו 'עונג יום טוב' סבור שכל זמן שלא נכנסה השליחות לתוקף, מתבטלת השליחות גם באומדן וגילוי דעת בעלמא, משום שכל

יש להניח שהשולח אינו מעוניין עוד במינויו של שליח זה, אולם יש לשים לב לכך שאז אין מדובר בביטול תוקף המינוי מכוח השליח אלא בביטול מכוח השולח. ואלה דבריו בעניין זה: "כיון דהשליח אמר להבעל שאינו רוצה להיות שליח, שוב לא גמר הבעל בדעתו לעשותו שליח"[185].

(ב) גישה ב: השליחות לא נתקיימה עקב החריגה מהוראות השולח

עד כה הרחבנו בהצגת הדעה שכוונת רב אשי (כשאמר שהשליח עקר את שליחותו) היא, שבהציגו את עצמו בפני הבעל כ"שליח קבלה", ביטל השליח את שליחותו והביא אותה לסיומה, ומשום כך האישה אינה מגורשת, אף שלבסוף הביא לה את גטה. אולם כבר הזכרנו שיש דרכים אחרות להבין את כוונת רב אשי. להלן נרחיב בהצגת דרכים אלה, שעל פיהן היעדר תוקפו של הגט אינו משום שנסתיימה השליחות אלא משום שהשליחות לא נתקיימה כלל.

כך היא לדוגמה גישת ר' יהושע מקראקא, בעל שו"ת 'פני יהושע'[186]. לדעתו, אין הגט נפסל כתוצאה מביטול השליחות אלא כתוצאה מדיני מסירת הגט, שהלכה היא בדיני מסירת הגט שהגט צריך להינתן ישירות מידו של הבעל (או שלוחו) לידה של האישה (או שלוחה). כך למשל קובע התלמוד[187], שאם אמר הבעל לאשתו "טלי גיטך מעל גבי קרקע", דהיינו טלי את גיטך לאחר שכבר יצא מרשותי, הגירושין אינם חלים. לדעת 'פני יהושע', זו הסיבה לאי־חלות הגירושין בסוגייתנו. הכרזתו של השליח שהוא שליח קבלה דינה כהכרזה שאינו מעוניין לקבל את הגט כ"שליח הבאה". נמצא שבשעת נתינת הגט לידיו אינו פועל כשליח. אשר על כן, גם אם מאוחר יותר חוזר בו השליח ומביא את הגט לידי האישה, אין זה מתקן את העובדה שבסופו של דבר, עבר הגט מן הבעל לאישה דרך ידיים זרות, ומכאן כאמור הסיבה לפסלות הגט[188] [189].

זמן שהשליח לא הסכים למינוי, לא נוצרה השליחות, ואין מקום אפוא לכללים פורמליים לביטולה. וראה עוד להלן, הערה 198.

185 אמנם כבר ראינו לעיל, בדיוננו על ביטול השליחות על ידי השולח, שהביטול חייב להיעשות בדרך פורמלית (מכוח הכלל "אתי דיבור ומבטל דיבור"), אולם 'עונג יום טוב' מסביר שדרישה זו אינה קיימת אלא משעה שכבר נכנסה השליחות לתוקף, אבל לפני כן (כל זמן שהשליח לא קיבל על עצמו את השליחות), די באומדן הדעת שהשולח אינו מעוניין עוד במינוי כדי לבטלו (וכך עולה גם משו"ת מהרי"ט, הנזכר לעיל, הערה 167).

186 שו"ת פני יהושע (מקראקא), חלק ב, אבן העזר, סימן פה (הנזכר לעיל, הערה 170). ראה שם בהקדמתו לתשובה: "דבר זה מתורת הפוסקים הראשונים לא למדנו. גם הרב הבית יוסף אשר הוא אחר האחרונים לא הזכירו... ונתתי אל לבי לתור מאין הרגלים של שאלה זו ומה דינה בדיעבד".

187 גיטין כד ע"א.

188 וראה אור שמח, הלכות גירושין, פרק ו, הלכה ח, ד"ה ומה, שביאר את כוונת 'פני יהושע' בלשון ברורה: "ונמצא שבשעה שקיבל, לא קיבל כלל לשם שיהא ידו כידה בקבלת הגט, כיון שעל דעת שלא חל הגירושין תיכף לא רצה בקבלת גיטה... ואשתכח דהשתא הווי 'טלי גיטך מעל גבי קרקע', שמיד הבעל לא הגיע לו בשעה שידו כידה, ואז בעת קבלה הרי היה גברא אחרינא, לאו שלוחה, והוי ממש כחצירה הבאה לאחר מיכן".

189 דרך אחרת לדחיית הראיה מהסוגיה, ולפיה השליח יכול לבטל את שליחותו, באה בחידושי הריטב"א, בבא מציעא עו ע"ב, ד"ה אלא הכא, בשם התוספות (כעין זה, ראה גם חידושי רבנו קרשקש (המיוחסים לריטב"א), גיטין סג ע"א, ד"ה ואי נמי). וכבר ראינו לעיל, הערה 161, שהריטב"א סובר שהסוגיה עוסקת בשליח הולכה המתמנה על ידי הבעל, ובסוף הערה 171, ראינו שגם על פי פרשנות זו בסוגיה, עולה

יתרה מזו, בעל שו"ת 'פני יהושע' אומר שמלשונו של 'בעל הטורים'[190] (הסבור גם הוא שהטעם לעקירת השליחות נעוץ בדיני מסירת הגט), ניתן לדייק שהשליחות מצד עצמה יכולה הייתה להימשך (למרות הביטול) אלמלא ההלכה המיוחדת שיש במסירת הגט[191]!

ויש לשאול: מדוע לפי דעה זו, לא נדרש מינוי חדש להמשך השליחות? נראה שיש לכך שני הסברים. לעיל (עמ' 639) ביארנו שהדעה שבכוחו של השליח לבטל את השליחות מיוסדת על ההנחה שיצירת השליחות היא דו־צדדית. ניתן אפוא לומר שהדעה החולקת סוברת שאין משמעות לביטול השליחות על ידי השליח, מאחר שיצירת השליחות היא מעשה חד־צדדי של השולח[192].

ואולם מלשונם של חלק מן האחרונים, עולה שמצד אחד השליח יכול לבטל את השליחות, אך מצד שני הוא יכול לחזור בו מביטולה בלא צורך במינוי חדש על ידי השולח. מקור לדבריהם הם מוצאים בדברי הרשב"א[193] בעניין שולח שחזר בו מביטול השליחות[194]. דבריהם

לכאורה שבכוחו של השליח לבטל את השליחות (כשם שבכוחו להתנגד למינוי). אולם הריטב"א (בשם בעלי התוספות) מציע הסבר אחר, ולפיו אם המינוי אינו נכנס לתוקף, אין זה משום כוחו של השליח לסרב לקבל עליו את השליחות, אלא משום ביטול המינוי על ידי השולח, שאינו מעוניין למנות שליח המתנגד לביצוע השליחות: "דאמר בעל בנפשיה, אם איתא דאיתתא לא אמרה אלא 'הבא לי', והוא אומר 'התקבל לי', עוקר הוא שליחותו, שאינו רוצה להיות שליח הולכה, ואם כן מה אעשנו שליח הולכה, מוטב שאסמוך על דיבורו, כי אולי אומר אמת! וגם זה נכון". לפי זה, פירוש דברי רב אשי בסוגיה הוא, שמהעובדה שהאישה אינה מגורשת, אף אם הגיע בסופו של דבר הגט לידה, אין להוכיח שצד שלישי (הבעל) סומך בעיקרון על המצג שמציג בפניו השליח, שכן זהו מקרה יוצא דופן, שבו אין בררה לבעל אלא לסמוך על דברי השליח (הבעל אינו מעוניין למנות כשליח הולכה מי שאינו מוכן לקבל על עצמו את שליחותו). שאלה יפה היא אם לדברי הריטב"א מתבטלת השליחות דווקא כשנודע לשולח על סירובו של השליח או שכבר בשעת המינוי מתנה השולח את תוקף השליחות בכך שהשליח יסכים לבצעה.

190 טור, אבן העזר, סימן קמ (עמ' רי במהד' הטור השלם).

191 להלן לשון הטור: "עשאתו שליח להביא לה גיטה, ובא לבעל ואמר 'אשתך עשאתני שליח לקבל לה גיטה', והוא אמר 'הילך כמו שאמרה היא', אפילו הגיע גט לידה, אינה מגורשת, שהרי הוא עוקר שליחותו ממה שנתרצה להיות שליח להובאה, מפני שיש בו טורח יותר שצריך להגיע גט לידה, והבעל גם כן לא עשאו שליח להולכה, כיוון שאמר לו 'הילך כמו שאמרה היא', נמצא שאין כאן שליחות כלל. ואפילו נמלך אחר כך להוליכו לה, אינו כלום, כיוון שלא בא לידו בתורת שליחות". לכאורה, יכול היה הטור להסתפק בדבריו הראשונים, דהיינו שיש כאן עקירת שליחות מצד השליח, ובכך יש הסבר מספיק להמשך ההלכה שגם אם יחזור בו, השליחות בטלה, ומדוע היה צריך הטור בהמשך דבריו לנמק שהחזרה אינה מועילה, "כיוון שלא בא לידו בתורת שליחות"? מכאן נראה שאכן בדרך כלל, חזרתו של השליח מן הביטול מועילה, אלא שכאן יש טעם מיוחד, שנוצר חלל בין נתינתו של הבעל לקבלתה של האישה.

192 ראה חלקת יואב, אבן העזר, סימן לב.

193 שו"ת הרשב"א, חלק ד, סימן פד (ראה לעיל, הערה 123). אמנם הרשב"א סיים את דבריו באמרו שראוי להחמיר, אבל נראה שזוהי חומרה מיוחדת בדיני גטין. כך טוען מהר"י חנדאלי (ראה להלן, הערה 194).

194 כך לדוגמה כותב מהר"י חנדאלי, שו"ת פני יהושע (חנדאלי), נדפס בספר שני המאורות הגדולים, סימנים לה־לו (דבריו צוינו בספרים: אמרי בינה (אוירבך), חו"מ, דיני גביית חוב, סימן כט, אות ח, ד"ה והיכא; יד דוד (זינצהיים), גיטין סב ע"ב, ד"ה אפילו). לפני מהר"י חנדאלי בא מעשה בראובן ששלח את שמעון לגבות את חובותיו הנמצאים אצל צד שלישי. כשרצה הצד השלישי לשלוח ביד השליח את הכסף, סירב הלה בתחילה באמרו "שלא היה רוצה להיות שליח לשום אדם", אך לאחר יום או יומיים נמלך השליח בדעתו וקיבל את הכסף מיד הצד השלישי. לאחר מכן נעלמו עקבותיו של השליח, ועתה בא השולח אל הצד השלישי בטענה כי מאחר שביטל השליח את שליחותו, פסקה שליחותו, וממילא לא נפטר הצד השלישי מחובו. דעתו של מהר"י חנדאלי היא, שאף על פי שהביטול תפס, מכל מקום, כיוון שהשליח חזר בו מביטולו, המצב חזר לקדמותו. את דבריו הוא מבסס על תשובתו של הרשב"א בעניין שולח שחזר

טעונים הסבר. אמנם מדברי הרשב״א מוכח שאין צורך שהשליח יהיה מודע למינויו המחודש, אך הרשב״א אינו מוותר על הצורך במינויו המחודש של השליח, אלא שלדעתו, חזרתו של השולח מן הביטול כמוה כמינוי מחודש. לעומת זאת, בביטול על ידי השליח, השולח אינו מודע לביטול, ואם נניח שביטול השליח מביא לסיום השליחות, כיצד יכולה חזרתו החד־צדדית של השליח להועיל בלא מינוי חדש? מכוח שאלה זו, דוחה ׳אמרי בינה׳[195] את המסקנה שביקשו אותם אחרונים להסיק מתשובת הרשב״א.

כדי ליישב את דבריהם של אחרונים אלה, אין בררה לכאורה אלא להידחק ולומר שהמינוי שנתן השולח בתחילת הדרך הוא בגדר מינוי תלוי ועומד, ועל כן כל אימת שהשליח רוצה להשתמש בו, אפשר לראותו כמי שקיבל מינוי חדש[196].

ואולי אפשר גם להציע שלדעה זו, ביטול חד־צדדי, בין של השולח ובין של השליח, אינו מבטל את יצירת השליחות. ביטול חד־צדדי משפיע אך ורק על חלקו של המבטל, וממילא נמנעת האפשרות להמשך השליחות. לפי זה, מובן מדוע הרשב״א מאפשר לשולח לחזור ולמנות מחדש את השליח בלא ידיעתו[197]. כמו כן, מובן מדוע לדעת אחרונים אלו חזרתו של השליח מביטולו אפשרית אף בלא מינוי חדש מן השולח[198]. על פי גישה מחודשת זו, אין השליחות מתבטלת אלא כשרוצים בביטולה השולח והשליח גם יחד.

בו מביטולו באופן שלא הביטול ולא החזרה מהביטול נודעו לשליח. הרשב״א כותב שחזרה מהביטול כמוה כמינוי חדש (כך צריך להסביר את דבריו, ולא כמו שהבין אמרי בינה (אוירבך), חו״מ, דיני גביית חוב, סימן כט, אות ח, ד״ה והיכא, שהשליחות תקפה מדין ״אתי דיבור ומבטל דיבור״, היינו שהשליח ביטל את ביטולו (שבזה דן הרשב״א בתחילת דבריו. ראה לעיל, הערה 123), שהרי בזה הכריע הרשב״א בצורה ברורה שלא ניתן לומר כן, ולא רק מצד חומר דיני הגטין (ראה לעיל, הערה 193)).

מעין זה נמצא בשו״ת אחיעזר, חלק א, סימן כט, אות ה, ד״ה ולפי זה, במוסגר שם: ״ובזה נחלקו אם השליח רוצה אחר כך להיות שליח, אי מהני היכא שחזר מעצמו. ועיין בתשובת פני יהושע ובית אפרים. וכבר נסתפק כעין זה בתשובות הרשב״א חלק ד״.

[195] אמרי בינה (אוירבך), חו״מ, דיני גביית חוב, סימן כט, אות ח, ד״ה עוד.

[196] ראה שיעורי רבי שמואל (רוזובסקי), גיטין ע ע״ב, אות שסג, ד״ה ונראה (בתחילת דבריו דן בשליח שנשתטה וחזר ונשתפה): ״דהמינוי הוא לתמיד, והוי כמינוי לאחר ל׳. ועיין בקצות החושן, סימן ס״א סק״ג, דמועיל מינוי לאחר ל׳ (ועיין בפתחי תשובה, סימן קנד, בסדר הגט, ס״ק מג, אריכות גדולה באם השליח עקר שליחותו ונתרצה שוב, אם צריך מינוי מחדש)״.

לפי זה, אפשר שאין התשובות של מהר״י חנדאלי ושל מהרי״ט (לעיל, ליד ציון הערה 166) סותרות זו את זו, שכן, כפי שציינו, גם מדברי מהר״י חנדאלי עולה שהביטול תופס, אלא שחזרתו מהביטול מועילה. וכפי שראינו, אפשרות החזרה אינה באה מכוחו של השליח אלא מכוח מינוי חדש מכללא של השולח. אם כן, אומדנה זו עשויה להשתנות לפי הנסיבות, ומכאן הבדלי הפסיקה בין שתי התשובות.

[197] זאת בהנחה שיצירת השליחות תלויה בהסכמת השליח, ולא כהבנת בעל אבני נזר ברשב״א. ראה לעיל, סעיף 3, הערה 156. וראה עוד לעיל, סוף הערה 172.

[198] דברים אלו מבוססים על התפיסה שהשליחות נוצרת כתוצאה ממפגש רצונות עצמאיים של השולח והשליח, וכבר ראינו אותה לעיל, ליד ציון הערה 98, בדברי ר׳ שמעון שקאפ ביחס ליצירת השליחות. הוא מסביר שם שבמינוי שליח שלא בפניו, שעת חלות השליחות מבחינת השולח היא רגע המינוי (ולכן כבר בשלב זה, ביטול המינוי חייב להיעשות באופן פורמלי), אף על פי שהשליחות לא תיכנס לתוקף אלא בשעה שהשליח יביע את רצונו לקבל אותה על עצמו. וראה להלן, ליד ציון הערה 279.

פרק שלישי

מוות – "במותו של אחד מהם"

א. מות השולח

(1) סיום השליחות

ברק[199] מצביע על גישות אחדות בעניין השפעת מות השולח על השליחות. יש שיטות משפט הקובעות שבהיעדר קביעה אחרת, מות השולח אינו מביא לסיום השליחות, אלא השליחות ממשיכה להתקיים, ויורשי השולח באים בנעליו של השולח. לעומת זאת, שיטות משפט אחרות קובעות שמות השולח מביא את השליחות לסיומה. הבדלי גישה אלה יסודם בגישה המדגישה את האופי המסחרי של השליחות ואת הצורך להגן על אינטרסים מסחריים אלה, לעומת הגישה המדגישה את האופי האישי העומד ביסוד יחסי השולח והשליח. על פי גישה זו, אין מניעה שהשולח יביע במפורש את רצונו שהשליחות תימשך גם אחרי מותו[200]. המחוקק דוגל בגישה האחרונה (אמנם סיום השליחות עלול לפגוע בזכויותיהם של השליח ושל צד שלישי, שלא ידעו את דבר מותו של השולח. בעניין זה דן סעיף 15(ב)).

גישות אלה, שמצביע עליהן ברק, יסודן בשיקולים מעשיים בעיקרם, ואילו המשפט העברי ניגש אל שאלה זו בראש ובראשונה מתוך בחינת מהות השליחות, היינו מהות היחסים בין השליח לבין שולחו. ממקורות אחדים במשנה, עולה לכאורה שמיתתו של השולח שם קץ לשליחות, כגון: "האומר 'תנו גט זה לאשתי ושטר שחרור זה לעבדי' ומת – לא יתנו לאחר מיתה"[201]. לכאורה, הגיונה של המשנה הוא שמות השולח שם קץ לשליחות, כנראה משום שרואים את השליח כידו הארוכה של השולח, וממילא בהיעדר שולח אין שליח[202].

ברם, יש גישה אחרת בהבנת מהות השליחות, ולפיה רואים את השליח כמי שהשולח העביר לו את כוחו. לפי זה, אפשר להציע הסבר אחר לדין המשנה, ועל פיו אין הכרח לומר שמות השולח מביא לסיום השליחות. אפשר שבעיקרון, השליחות עומדת בתוקפה (שכן כוחו של השולח הועבר לשליח מחיים), אלא שהלכה למעשה לאחר מותו של השולח, השליח אינו יכול למלא את שליחותו, מפני שהאדם אינו יכול לגרש את אשתו לאחר מותו ("אין גט לאחר מיתה")[203]. במילים אחרות. מות השולח אינו מסיים את השליחות, אלא מסכל את מטרתה.

[199] ברק, סעיף 898.

[200] אף שמלשון החוק עולה לכאורה שמן ההכרח שהשליחות תסתיים במותו של השולח או השליח, לדעת ברק, הוראה זו היא דיספוזיטיבית, וניתן להתנות עליה. וראה עוד להלן, ליד ציון הערה 230, בעניין סיום השליחות בגריעת כשרותו של השולח.

[201] משנה, גיטין א, ו. וראה עוד מקורות אצל רקובר, השליחות וההרשאה, עמ' 78, הערה 2.

[202] לכאורה, הסבר זה עצמו תלוי בהבנת מושג השליחות, ש"אם השליחות אינה אלא יצוג, הרי שעם מיתת המשלח שוב אין השליח מייצג שום איש. אולם אם נבין את השליחות כמסירת כוחו של המשלח לשליח, הרי שמיתת השולח לא תגרור אחריה בהכרח את ביטול הסמכות" (רקובר, השליחות וההרשאה, עמ' 78). כעין זה ראה להלן, הערה 203, שם נביא דעות ולפיהן יש זיקה בין הגדרת מהות השליחות ובין השאלה אם גריעת כשרות השולח מביאה את השליחות לסיומה. להסבר המשנה לפי הגישה האחרונה, ראה להלן, ליד הערה 203.

[203] מן הראוי לציין שיש מן האחרונים שרצו להביא ראיה מן הסוגיה בגיטין כט ע"ב, שנציג להלן, שמיתת השולח מביאה לסיום השליחות, אך כמה מן האחרונים מסיקים מן הסוגיה מסקנה הפוכה. התלמוד דן

והוא הדין בשליחות לקנייה ומכירה. אמנם בקנייה ומכירה העסקה כשלעצמה יכולה בעיקרון

בשליח שנתמנה להוליך גט לאישה ומינה שליח אחר במקומו, מה שמכונה 'שליחות משנה'. בתחילת הסוגיה מובאת דעתו של רב אשי: "אם מת [השליח] הראשון – בטלו כולם". נראה ברור מדברי רב אשי שהשליח מאבד את כוחו במיתת השולח, שאם לא כן, מדוע מותו של השליח הראשון שם קץ לשליחותו של השליח השני, הרי אין מקום לומר שהטעם לכך הוא שפעולת השליחות כבר אינה רלוונטית, שהרי השולח הראשון קיים עדיין. בנו של רב אשי (מר בר רב אשי) חולק על זה. לדעתו, דברי רב אשי אלו נאמרו בקטנותו, ולהלכה יש לפסוק שמות השליח הראשון אינו מביא לסיום השליחות כל עוד הבעל (השולח) חי.

ונשאלת השאלה: האם אפשר לומר שמר בר רב אשי חולק על אביו בשאלת השפעת מות השולח על המשך השליחות, וסובר שבעיקרון, השליחות אינה מסתיימת במותו של השולח (אם כי מותו של השולח עשוי להפוך את השליחות לבלתי רלוונטית, כיוון ש"אין גט לאחר מיתה")? הרי לדעתו, מאחר שהבעל (השולח הראשי) עדיין בחיים, שליח המשנה יכול להמשיך בשליחותו, אף על פי ששולחו (השליח הראשון) מת! אמנם להלן נראה שכך ביקשו להסיק מדבריו מקצת מן האחרונים, אולם מלשונו של מר בר רב אשי, נראה שלא זאת הייתה סיבת השגתו על אביו, שהרי הוא אומר: "כולהו מכח מאן קאתו? מכח דבעל קאתו! איתיה לבעל איתנהו לכולהו, ליתיה לבעל ליתנהו לכולהו [=כולם (השלוחים) מכוח מי הם באים? מכוח הבעל! אם הבעל ישנו, כולם ישנם. אם הבעל איננו, כולם אינם]". על פניו נראה שהוא דוחה את דברי אביו רק משום שלדעתו יש לראות את השליח השני כשלוחו של השולח הראשי, ולא כשלוחו של השליח הראשון, ולכן מותו של השליח הראשון אינו מביא לסיום השליחות, ומשום כך הדגיש שהמשכה של השליחות תלוי בקיומו של השולח ולא בקיומו של השליח הראשון. כך הסיקו מסוגיה זו: בית מאיר, אבן העזר, סימן קכא, סעיף ב; שו"ת בית אפרים, אבן העזר, סימן קיא; שו"ת שואל ומשיב, מהדורא תניינא, חלק ד, סימן סו; אור שמח, הלכות גירושין, פרק ב, הלכה טו, ד"ה ולכאורה; אבן האזל, הלכות עבדים, פרק ו, הלכה א.

כפי שציינו בתחילת ההערה, לעומת גישת הפוסקים שראינו זה עתה, יש מן האחרונים שהסיקו מסקנה הפוכה מן הסוגיה, ולפיה השליח אינו מאבד את כוחו במות השולח. ראה: קצות החושן, סימן קפח, ס"ק ב (להסבר דבריו, ראה קהילות יעקב (קנייבסקי), גיטין, סימן כ, ולהלן, הערה 205, ושם נרחיב בדבריו לעניין שליחות משנה); שו"ת חתם סופר, אבן העזר, חלק ב, סימן קנ, ד"ה ולולי דמסתפינא (אבל השווה לדבריו שם, אורח חיים, סימן פד, המובא אצל רקובר, השליחות וההרשאה, עמ' 83). על הקושי בדבריהם ועל דרכם בפירוש הסוגיה, ראה: טיב גיטין (הלר), גיטין כט ע"ב, ד"ה גמרא ואם מת; מכתב מאליהו (אלפנדרי), שער ז, דיני ביטול הגט, סוף סימן כה; אמרי בינה (אוירבך), חו"מ, דיני גביית חוב, סימן כט, אות א; טבעת החושן, חלק ה, עמ' קנו, ד"ה ובס' הנ"ל, ועמ' קנז, ד"ה נשוב. וראה עוד רקובר, השליחות וההרשאה, עמ' 79, הערה 5.

עד כאן עסקנו במקור תלמודי. יש מן האחרונים המביאים ראיה לגישה שהשליח אינו מאבד את כוחו במותו של שולחו מדברי רש"י, גיטין ט ע"ב, ד"ה לא יתנו לאחר מיתה, ושם יג ע"א, ד"ה לא יתנו לאחר מיתה. שם נאמר במשנה שאין לשלוחים לתת את שטר השחרור לעבד לאחר מות רבו. רש"י מנמק זאת בעובדה שכבר זכו היורשים בעבד. לכאורה, יכול היה רש"י לנמק את ההלכה בסיום השליחות. מכאן מסיק בעל קצות החושן שאכן דעתו של רש"י היא שהשליחות אינה באה לקצה עם מיתת השולח. האחרונים העירו שאין הכרח להבין כך את דברי רש"י. תימוכין לכך שאין בדברי רש"י אלו כדי לשלול את האפשרות שהשליחות הסתיימה הם מביאים מדברי רש"י במקומות אחרים, כגון רש"י, גיטין כח ע"א, ד"ה נותנו לה. לדיון בשיטתו של רש"י, ראה: חידושי כתב סופר, גיטין יג ע"א, ד"ה מתני' האומר; טבעת החושן, חלק ה, עמ' קנו, ד"ה ומה; אפיקי ים, חלק ב, סימן מד; אבן האזל, הלכות עבדים, פרק ו, הלכה א; שיעורי רבי שמואל (רוזובסקי), גיטין, אות קנו; קהילות יעקב (קנייבסקי), גיטין, סימן כ. למקורות נוספים, ראה רקובר, השליחות וההרשאה, עמ' 79, הערה 3.

ראיה נוספת לגישה זו, ולפיה השליח אינו מאבד את כוחו במותו של שולחו, עולה לכאורה מדברי התוספות, בבא בתרא קנא ע"ב, ד"ה תנו גט: "דמתניתין דהכא איצטריך, שאף על פי שמינה שליח בחייו, ולאחר מותו נמי עומד השליח במקומו ויכול לגרש, ששלוחו של אדם כמותו, קמ"ל". אולם ראה בית מאיר, אבן העזר, סימן קכא, ס"ק א, מה שכתב על דבריהם (וראה עוד תוספות, גיטין יג ע"א, ד"ה לא יתנו).

לחייב ולזכות גם את היורשים, אולם עם מות השולח, הבעלות על הנכס[204] (במכירה) או על התמורה (בקנייה) עוברת ליורשים, ושוב אין השליח יכול לעשות את השליחות, שכן לא קיבל מהם הרשאה[205].

[204] ראה שו"ת הרא"ש, כלל סב, סימן א: "הגע עצמך: אם מכר ראובן ליהודה התביעה שיש לו על לוי, ונודע הדבר ללוי, פשוט הוא שלא יתן לוי למורשה [של ראובן] כלום. והוא הדין נמי אם מת, שכבר פקע כח המרשה ונפל הממון לפני היורשים, שבטל השליחות". על תשובה זו ראה להלן, ליד ציון הערה 207.

[205] אם אכן לאחר מות השולח הופכת השליחות לבלתי רלוונטית, אין נפקא מינה למעשה בין הגישות. עם זאת, מצאנו שלושה עניינים שנידונו בפוסקים, שבהם אין מקום להעלות את הטענה שהשליחות כבר אינה רלוונטית, בעוד שהטענה של ניתוק הקשר עדיין קיימת:

(1) שליחות משנה. לעיל, בהערה 203, הבאנו את הסוגיה הדנה בשליחות משנה ואת מה שהסיקו ממנה האחרונים. הזכרנו שם ש'קצות החושן' נטה מפשט הסוגיה, ונרחיב כאן מעט בדבריו. בראשית הדברים נקדים ונאמר שעניין זה נידון כאן בהנחה שיחסי שולח־שליח הם הבסיס לקשר שבין השליח הראשון לשליח השני. הנחה זו אינה פשוטה כלל ועיקר, והיא תידון בהרחבה להלן, בסעיף 16 לחוק. כאמור לעיל, מסקנת הסוגיה היא שמות השליח הראשון אינו מפסיק את שליחותו של השליח השני. למרות מסקנה זו, סובר מהר"ם מפאדווה (סדר הגט, אות י, נדפס בסוף שו"ת מהר"י מינץ, קראקא תרמ"ב, הובא בקצות החושן, לעיל, הערה 203), כי לעניין ביטול השליחות הדין אינו כן. כלומר, השליח הראשון יכול לבטל את שליחותו של השליח השני. לכאורה, ההיגיון בדבריו הוא שהשליח השני הוא שלוחו של השליח הראשון, אלא שאם כן, מדוע מר בר רב אשי סובר שאין מות השליח הראשון מבטל את שליחותו של השני? 'קצות החושן' מסביר שבעל כורחנו עלינו לומר שהשליח אינו מאבד מכוחו במותו של השולח, אלא שבדרך כלל עם מות השולח חדלה המטרה להיות רלוונטית, מה שאין כן במקרה דנן, שהשולח המקורי עדיין בחיים. אמנם כבר הזכרנו לעיל שהאחרונים תמהו על דבריו, שכן ממהלך הסוגיה שם עולה בבירור שטעמו של מר בר רב אשי הוא שהשליח השני אינו שואב את כוחו מהשליח הראשון אלא ישירות מהשולח, ואת דברי המהר"ם מפאדווה הסבירו בדרכים אחרות (ראה דיוננו על סעיף 16, ליד ציון הערה 55).

(2) שולח שנגרעה כשרותו. מצבו של שולח שנגרעה כשרותו דומה במידת מה לשולח שמת, שכן אין במעשיו ובפעולתיו כדי לחייבו או לזכותו, אלא שבניגוד למיתה, בגריעת כשרות עדיין מטרת השליחות רלוונטית, שכן השולח עודנו אישיות משפטית. להלן, פרק רביעי, א, עמ' 650, נראה שהראשונים נחלקו בשאלה אם השליחות נמשכת בזמן גריעת הכשרות. ואכן, יש מהאחרונים התולים את מחלוקתם של הראשונים לעניין גריעת כשרות בשאלה אם מות השולח מביא לאבדן כוחו של השליח, ואם כן הוא הדין בגריעת כשרות? או שמא מות השולח רק הופך את מטרת השליחות לבלתי רלוונטית, ואין הדין כן אפוא בגריעת כשרות? בעניין זה, ראה: קצות החושן, סימן קפח, ס"ק ב; אור שמח, הלכות גירושין, פרק ב, הלכה טו; אפיקי ים, חלק ב, סימן מד. אבל השווה שו"ת עונג יום טוב, סימן קיג. והשווה עוד להלן, ליד ציון הערה 257 ואילך.

(3) קיום מצווה עבור שולח שמת. שאלה מעניינת היא: האם יש שכר לאדם עבור מצווה שעשה לאחר מותו באמצעות שליח שמינה בחייו (על פי הכלל "שלוחו של אדם כמותו")? אמנם שאלה זו עניינה בתחום הדתי, ואינה שאלה משפטית, אף על פי כן לא נימנע מלהזכירה כאן, וזאת בשל האפשרות למצוא הבדל מעשי בין שתי הגישות. בשו"ת בית יצחק, אורח חיים, סימן כה, נשאל ר' יצחק שמלקיש אודות אדם שהורה בצוואתו על כתיבת ספר תורה למען הנצחת שמו ואף ייחד לו סופר מסוים להשגת מטרה זו. את ספר התורה ביקש להקדיש לקהילה. לאחר מותו, טענה הקהילה שיש בה די והותר ספרי תורה, ויש להשתמש בכסף לצורך אחר הנחוץ מאוד לקהילה, בניית מקווה טהרה לגברים. באשר לקיום הצוואה, הציעה הקהילה לייחד על שמו את אחד מספרי התורה הקיימים, ובתמורה הכספית להשתמש לבניית המקווה. בתחילת התשובה, דן ר' יצחק שמלקיש בשאלה אם מקיים הנפטר את מצוות כתיבת ספר תורה על ידי השליח לאחר מותו, וכתב ששאלה זו תלויה לכאורה בשאלה אם במות השולח מאבד השליח את כוחו, שאם לא כן, עדיין יש רלוונטיות בקיום המצווה עבור השולח גם לאחר מותו.

(2) יחסי יורש־שליח

אף על פי שעם מות השולח, אין מקום עוד להמשיך את השליחות (בין אם מפני שנסתיימה בין אם מפני שמטרת השליחות הפכה לבלתי רלוונטית), מכל מקום הועלתה על ידי חלק מן הראשונים האפשרות לראות בשליח את נציגם החוקי של היורשים בשני אופנים. על פי האופן הראשון, רואים את השליח כאפוטרופוס[206] שמינהו אבי יתומים, אם כי מינוי זה מוגבל למטרת השליחות בלבד. על פי האופן השני, רואים את השליח כממונה מכללא על ידי היורשים עצמם, שכן יש להניח שאין ברצונם לקטוע מהלכים משפטיים שנקט מורישם, כל עוד נעשו מהלכים אלו בשיקול הדעת הנדרש, ואין בתוצאתם פגיעה במעמדם כיורשים. נסקור להלן את דברי הראשונים בנידון זה.

(א) השליח כאפוטרופוס

לפני שנביא את דבריהם של הפוסקים הרואים בשליח שלאחר מות השולח אפוטרופוס של היורשים, נזכיר תחילה את דעתם של הפוסקים ששללו גישה זו.

הרא״ש[207] קובע כי בהיעדר ידיעה ודאית על רצונו של השולח לפני מותו, אין לראות בשליח ״אפוטרופוס שמינהו אבי יתומים״. הסיבה לכך היא שמינוי כזה חייב להיעשות מתוך הכרה ברורה שהמינוי יימשך גם לאחר מותו, ״כי דבר ידוע הוא ומצוי הוא שאדם מאמין [=מוסר בנאמנות] נכסיו לאחד, ואינו ירא שיעשה לו עוול, לפי שהוא ירא ממנו, וגם אדם בקי ומכיר בנכסיו, וירגיש את אשר יעשה לו עוול, אבל אינו נאמן להשליטו על ממון יורשיו. הלכך בנדון זה, כיוון שאינו אלא שליח, בטל השליחות כשמת המשלח. ואם היורשים גדולים הם, יבקשו להם שליח לפי דעתם. ואם הם קטנים, בית דין ימנו להם שליח. הגע עצמך, אם מכר ראובן ליהודה התביעה שיש לו על לוי, ונודע הדבר ללוי, פשוט הוא שלא יתן לוי למורשה כלום. והוא הדין נמי אם מת, שכבר פקע כח המרשה ונפל הממון לפני היורשים, שבטל השליחות״. דברי הרא״ש נפסקו להלכה על ידי הרמ״א[208].

לכאורה, ניתן להביא מן התלמוד ראיה לגישת הרא״ש. התלמוד[209] מביא מעשה בלווה שסירב לפרוע את חובו לידי שלוחו של המלווה בטענה שאולי כבר מת המלווה־השולח ונסתיימה השליחות. הלווה חושש שמא הפירעון לא יגיע לידי יורשי המלווה, והם יתבעו ממנו את פירעון החוב שנית. העובדה שכבר פרע את חובו לידי השליח לא תשמש לו הגנה, שהרי כאמור, באותה שעה כבר נסתיימה השליחות. וזה לשון הגמרא: ״כי הא דרבי אבא הוי מסיק זוזי בדרב יוסף בר חמא [רב יוסף היה חייב כסף לרבי אבא]. אמר ליה [רבי אבא] לרב ספרא: ׳בהדי דאתית, אייתינהו ניהלי [=כשתבוא (למקומו של רב יוסף), הבא אותם לי (כלומר, מינה אותו שליח לקבלת הפירעון)]׳. כי אזל להתם, אמר ליה רבא בריה [=כשהלך לשם (רב ספרא, השליח), אמר לו בנו (של רב יוסף הלווה)]: ׳...דלמא אדאתית שכיב ר׳ אבא ונפלו זוזי קמיה יתמי [=אולי עד שהגעת לכאן, מת רבי אבא (הנושה) ונפלו הכספים לפני היורשים]?׳״. לפי התלמוד, אין דרך להתגבר על חששו של הלווה אלא בהקניית החוב מהמלווה לשליח. ובאופן זה, גם אם ימות השולח, הזכות לגביית החוב נשארת בידי השליח,

[206] להשוואה בין אפוטרופוס לבין שליח, ראה לעיל סעיף 1, פרק רביעי, ב(1)(א), עמ׳ 44.

[207] שו״ת הרא״ש, כלל סב, סימן א.

[208] רמ״א, חו״מ, סימן רצ, סעיף ב.

[209] בבא קמא קד ע״ב. להלן בסעיף 15, פרק שלישי, א, עמ׳ 688, נעסוק בסוגיה זו בהרחבה.

ואין עוד מקום לחששו של הלווה. וזה לשון הגמרא: "ואלא מאי תקנתא? זיל נקנינהו לך אגב ארעא, ותא את כתוב לן 'התקבלתי' [=ואלא מה הפתרון? לך למלווה שיַקנה לך את החוב אגב קרקע, וחזור אלינו וכתוב לנו שקיבלת את הכסף]". עולה אם כן, שאפילו אם נושא השליחות הוא רק פעולה טכנית פשוטה של גביית חוב, שוודאי היא לטובתם של היתומים, מות השולח מביא אותה לידי סיום.

ברם, דעתו של בעל 'העיטור'[210] היא שיש לצמצם את תחולתה של מסקנה זו רק למקרים שעליהם ניתן להניח שאילו ידעו היתומים שאביהם מינה שליח, היו הם מפטרים אותו מיד, מה שאין כן כשלא ניתן להניח כן, "דאטו משום דזכו בהו יורשין מבטלי אוריכתא דאבוהון? מי גרע אוריכת' דאבוהון מאפיטרופוס שמינהו אבי יתומין?!"[211]. ואף על פי שמהסוגיה התלמודית, עולה שעם מות השולח אין השליח הופך לאפוטרופוס, הסיבה לדבר היא לדעתו שהמעשה המובא בתלמוד היה בפיקדון של מעות[212] בלא צורה והיכר מסוים [=אסימון], ובפיקדון מסוג זה קיימת רגישות גבוהה יותר של היתומים, לאור העובדה שניתן ביתר קלות להחליף להם את מעות הפיקדון במעות אחרות ישנות יותר[213].

אשר לטענת הרא"ש, מניין לנו שהאב היה מעוניין בהמשך תפקידו של השליח כאפוטרופוס, משיב ר' עזריה פיגו, בעל 'גידולי תרומה'[214], שאכן דברי הרא"ש נכונים בטעמם לגבי מינוי אדם לאפוטרופוס על כלל נכסיו, שאז הוא מוסר לאחריותו את כל כספם של היתומים, מה שאין כן במקרה דנן, שמדובר על שליחות למטרה מסוימת ופשוטה. דברי בעל 'העיטור' נפסקו להלכה על ידי הש"ך[215].

(ב) היורש כשולח מכללא

דרך נוספת להמשך פעולת השליח לאחר מות השולח היא לראות את השליח כמי שנתמנה

[210] ספר העיטור, הרשאה (מהדורת ר"מ יונה, חלק ב, עד ע"ד).

[211] בעל 'העיטור' אינו מבחין בין יורשים גדולים לבין יורשים קטנים, דבר העומד בסתירה לכאורה לכלל התלמודי: "אפוטרופוס לדיקנני [=לגדולים] לא מוקמינן" (בבא מציעא לט ע"א). כך הקשו עליו: חידושי הרי"ם, חו"מ, סימן קכב, הלכות הרשאה, ד"ה שוב מצאתי במרדכי (בסופו); חזון איש, חו"מ, סימן א, ס"ק יד. ואולם אפשר לפרש את הכלל התלמודי הזה על דרך הצמצום, היינו שבית דין אינו צריך למנות אפוטרופוס, ולא שאינו רשאי לעשות כן. כך עולה מדברי הרמ"א, חו"מ, סימן רצ, סעיף כו. וראה גם פתחי תשובה, חו"מ, סימן רלה, ס"ק ו (החולק על נתיבות המשפט, שם, ס"ק יד, ומאפשר ליורש שנפלו לו בירושה נכסים מקרקעין, המעוניין לעקוף את המניעה למכור בעצמו את המקרקעין בשל גילו הצעיר, לעשות זאת על ידי מינוי אפוטרופוס). וראה: פד"ר ה, עמ' 82 ואילך; רקובר, השליחות וההרשאה, עמ' 82, הערה 12.

[212] פרשנות זו של העיטור עולה מגרסתו בתלמוד, ולפיה הסוגיה עוסקת בהחזר פיקדון ולא בפירעון הלוואה, "הוו ליה זוזי", ולא "הוי מסיק זוזי" (כן היא הגרסה גם בכ"י מדריד, וכן גורסים כמה מן הראשונים. ראה תשובות ופסקים לראב"ד (ירושלים תשנ"א), סימן קמא, ד"ה ואחר שבררנו (עמ' קצד) [=תמים דעים, סימן סג]. וכן נראה שגרס גם רבנו יהונתן מלוניל, להלן, הערה 217, שכן הוא מדבר על נפקד ולא על לווה. וראה להלן, סעיף 15, פרק שלישי, א, עמ' 688).

[213] והשווה ספר התרומות, שער נ, חלק ג, אות ו. מלשונו בהסברת דברי העיטור, עולה שהסיבה לעובדה שהנפקד יכול לסרב למסור את המעות לשליח אינה משום שאין רואים אותו כאפוטרופוס אם מת השולח (מחשש לפגיעה באינטרסים של היורשים, כפי שכתבנו בטקסט), אלא עצה טובה יש כאן, שמא יתבעו ממנו היורשים שבועה. כך הסיק מדבריו חזון איש, חו"מ, סימן א, ס"ק טו.

[214] ראה גידולי תרומה על ספר התרומות, שם, ד"ה ושמא.

[215] ש"ך, חו"מ, סימן קכב, ס"ק ה.

מכללא[216] על ידי היורשים. בדרך זו הולך כנראה רבנו יהונתן מלוניל[217]. לאחר שהניח שכך הדין מסברה, עמד בפני הקושי מהסוגיה שראינו לעיל לעניין שליח להחזרת הפיקדון, שם ראינו שהשליח של האב אינו משמש כשלוחם של היורשים. לדעתו, הפתרון לכך טמון במוטיבציה של האב במינוי השליח למשוך את פיקדונו מידי הנפקד: אם עשה כן רק מפני שהיה זקוק לכסף, כפי שהיה במקרה המובא בסוגיה, אין יסוד להניח שזה גם רצונם של היתומים, וממילא אין יסוד לראותם כמי שמינו את השליח מכללא. לעומת זאת, אם מינה את השליח מחשש להשאיר את כספו בידי הנפקד, יש להניח שגם היתומים חוששים, ועל כן הם מעוניינים בשליחותו של השליח[218].

ב. מות השליח

במותו של השליח מסתיימת השליחות. האם במקרה זה יכול אדם אחר להביא להשגת התוצאה שלשמה נשלח השליח, מכוח דיני "זכין"[219]? בשאלה זו דנו האחרונים. בפני ר' יצחק איזיק הלוי הרצוג[220], רבה הראשי הראשון של מדינת ישראל, התעוררה שאלה חמורה בדיני גטין, כש"מת פתאום שליח בית הדין דחֵיפה, אשר כל השולחים לשם גיטין מחוץ לארץ היו עושים אותו שלוחם למסור גטיהם לנשותיהם – הכול על פי הדרכת בית הדין דחיפה. אחר פטירתו הגיעו על שמו כמה הרשאות שליחות כנ"ל. ברוב רובם של המקרים השגנו מהבעלים מינוי שליח חדש. אולם בכמה מקרים – ביחוד במדינות רחוקות וסגורות – לא היתה שום דרך להשיג מינוי שליח חדש, וקיים חשש של עיגון עולמי. מה דינם של הגיטין במקרים הללו, והיש עצה להציל הנשים האומללות הללו מכבלי עיגוניהן?". והתחבטו בכך רבות הפוסקים[221].

פרק רביעי

גריעת כשרות משפטית ("נשתטה") – "ובגריעת כשרותו"

א. נשתטה השולח

(1) מבוא

החוק קובע כי בגריעת כשרותו של השולח מסתיימת השליחות. על פשר המושג "גריעת כשרות" והיחס בינו ובין המושג "פסול דין" שבחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות,

[216] ראה לעיל, סעיף 3, פרק שלישי, עמ' 139, לעניין דרכי המינוי. לאור הנאמר שם, קשה להבין כיצד תיתכן שליחות מכללא. אולם ראה בנספח על דין זכין, עמ' 777, הערה 51. וראה חזון איש, חו"מ, סימן א, ס"ק יד, ד"ה ובש"מ.

[217] רבנו יהונתן מלוניל על הרי"ף, בבא קמא (ירושלים וניו־יורק תשכ"ט), פרק ט, סימן קפח, ד"ה אמרי נהרדעי (עמ' 324־325). ראה רקובר, השליחות וההרשאה, עמ' 82, הערה 12.

[218] כך כתב בתירוצו השני שם.

[219] על דין "זכין", ראה בהרחבה בנספח להלן, עמ' 767.

[220] ראה שו"ת היכל יצחק, אבן העזר, חלק ב, סימנים נא־נו.

[221] וראה הנספח על דין "זכין לאדם שלא בפניו", להלן, עמ' 787, ליד ציון הערה 94.

התשכ"ב־1962[222], חלוקות הדעות. חלק מפרשני החוק סבורים שאין די בעובדה שנפגע כושר שיפוטו של השולח כדי לסיים את השליחות, והתנאי לסיומה הוא שבגלל כושר שיפוטו הלקוי ובשל העובדה שאינו מסוגל לדאוג לענייניו[223], השולח הוכרז כפסול דין על ידי בית המשפט[224]. נמצא שכל זמן שהשולח לא הוכרז כפסול דין, השליחות אינה מסתיימת, וזאת אף על פי שאפשר שאילו היה במצב זה בשעת מינויו של השליח, לא היה תוקף למינוי בשל פגם ברצון. נמצא לפי זה, שאין זיקה הכרחית בין תנאי הכשרות הנחוצים לצורך יצירת השליחות ובין תנאי הכשרות הנחוצים לצורך המשכה של השליחות[225].

אבל יש החולקים על גישה זו, ולדעתם הפיכת השולח "לפסול רצון" (להבדיל "מפסול דין"), די בה להביא לסיום השליחות[226].

222 וזה לשון סעיף 8, שם: "אדם שמחמת מחלת נפש או ליקוי בשכלו אינו מסוגל לדאוג לעניניו, רשאי בית המשפט, לבקשת בן זוגו או קרובו או לבקשת היועץ המשפטי לממשלה או בא כוחו, ולאחר ששמע את האדם או נציגו, להכריזו פסול דין". האם יש הבדל בין "פסול דין" שבחוק הכשרות המשפטית ובין "גריעת כשרות" שבחוק השליחות? ופירוש הדבר לדוגמה, שאם נפגע כושר שיפוטו של השולח, השליחות תסתיים גם בלא שהוכרז פסול דין על ידי בית המשפט?

223 הגבלת הכשרות אינה מביאה לסיום השליחות אלא אם מטרתה להגן על השולח מפני עצמו, מחמת היות כושר שיפוטו לקוי ואינו מסוגל לדאוג לענייניו. צמצום כשרותו המשפטית של השולח שבאה במטרה להגן על אחרים מפניו (כגון שהוכרז פושט רגל, דבר המגביל את זכויותיו המשפטיות) אינה כלולה אפוא בהוראה זו. ראה ברק, סעיף 905.

224 כך נוקט י' אנגלרד, חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב־1962, פירוש לחוקי החוזים, ירושלים תשנ"ה, עמ' 157: "גריעת כשרות היא הגבלת כשרות פורמלית על ידי הכרזה". ברק, סעיף 905, מאמץ את גישת אנגלרד, ומסביר שאם המחוקק העדיף להשתמש במונח "גריעת כשרות" במקום במונח "פסול דין", הרי זה כנראה משום שביקש לכלול בהוראתו לא רק את גריעת כשרותו של אדם אלא גם את גריעת כשרותו של תאגיד, שהמונח "פסול דין" אינו הולם אותו.

וראה ברק, סעיף 905, הנוטה לומר שביטול הכרזת הפסלות על ידי בית המשפט אינו מחיה את השליחות. משמעות הדבר היא לכאורה שאם השולח מעוניין בהמשך השליחות, עליו למנות את השליח מחדש (אולם אם כן, לא ברור מה שאומר שם ברק: "באם נעשו פעולות משפטיות בין הכרזת הבטלות [פסלות?] לבין ביטולה [של הפסלות], ייקבע תוקפן על פי הוראות סעיף 15 לחוק". לכאורה, הוא הדין גם לאחר ביטולה של הכרזת הפסלות, כל עוד לא נתמנה השליח מחדש).

225 ראה ברק, סעיפים 427, 428.

226 כן דעתו של פרוקצ'יה, עמ' 345. וכן נוקט גם השופט מצא, אמנם באמרת אגב, בע"א 1395/02 נסקה לוי נ' האפוטרופוס הכללי כמנהל נכסי המנוחה וידה בן עזרא ז"ל, פ"ד נט(5) 49, 58־59 (2005): "מבלי לקבוע מסמרות בשאלה זו, שבעניינו אינה טעונה הכרעה, אין לדעתי לשלול מצבים שבהם די יהיה בגריעת כושרו המנטאלי של השולח – הגם שלא הוכרז כפסול־דין, ואף לא התבקשה הכרזתו כאמור – כדי להביא לפקיעת תוקפה של השליחות. יחסי השליחות בין השולח לבין השליח מבוססים על הקשר האישי הקיים ביניהם והמטיל על כל אחד משניהם חובת אמון מיוחדת ומוקפדת כלפי זולתו. גריעת כושרו המנטאלי של השולח, שיש בה כדי לשלול או לפגוע ביכולתו הסבירה לעקוב אחר הפעולות ששלוחו עושה במסגרת שליחותו, או להחליט בכל זמן נתון כי ברצונו להביא את השליחות לקיצה, אינה מתיישבת עם המשך קיומה של השליחות. ניתן לכאורה לומר, כי פקיעת השליחות בנסיבות המתוארות מתחייבת מן התפיסה כי בהמשכת פעולותיו מטעמו של השולח – בהיותו מודע לגריעת כושרו המנטאלי – מפר השלוח את חובת האמון המוטלת עליו כלפי השולח. כשלעצמי אני סבור, כי את המונח 'גריעת כשרותו', האמור בסעיף 14(א), ניתן וראוי לפרש כמשקף מגוון יותר רחב של מצבים מן המצב שבו גריעת כשרותו של השולח נובעת מהכרזתו הפורמאלית כפסול־דין. נמצא כי לעניין סיומה של השליחות מחמת גריעת כשרותו של השולח איננו נזקקים לשאלה אם רשימת העילות לסיומה של

לדעת ברק[227], טעם ההוראה אינו שקיום השליחות מותנה במסוגלות השולח לבצע את הפעולה נושא השליחות בעצמו, ומשנבצר ממנו הביצוע, הוא נבצר גם מן השליח. אילו זאת הייתה תפיסת החוק, היה עליו להבחין בין פעולות שביצוען נשלל מן השולח בשל הכרזתו כפסול דין ובין פעולות שביצוען לא נשלל ממנו בשל כך[228]. מאחר שהחוק לא נקט הבחנה מעין זו, ברק מציע הסבר אחר להוראת החוק. לדעתו, "טעמו של המחוקק... מבוסס על אופיה האישי של השליחות ועל הרעיון כי גריעת הכשרות היא אירוע כה מרכזי ומהפכני המחייב בחינה מחדש של כל הפעולות שנעשו בעבר, לרבות הענקת כח־יצוג לשלוחים". הסבר זה אינו מניח לכאורה את הדעת, שכן יש אירועים רבים אחרים שאינם נופלים בחשיבותם מהכרזת השולח כפסול דין (כגון הרשעתו בפלילים בעברה חמורה), שבגינם לא הורה החוק על סיום השליחות. על כל פנים, נאמן להסברו, ברק[229] קובע שהצדדים רשאים להתנות על הוראת החוק ולהסכים מראש שגריעת כשרותו של השולח לא תביא לסיום השליחות. אם הצדדים נתנו את דעתם לשינוי המהפכני של גריעת כשרות, ואף על פי כן הסכימו שהשליחות תימשך, אין סיבה לדעתו להתערב בהסכמתם. במילים אחרות, הוראת החוק אינה אלא דיספוזיטיבית[230].

בדיוננו להלן, נבדוק את עמדת המשפט העברי בשאלת גריעת כשרותו של השולח: האם היא מביאה את השליחות לסיומה? או שמא אינה גורמת אלא לעיכוב השליחות, כל זמן שהשולח אינו חוזר לכשרותו? נבדוק אם המשפט העברי מבחין גם הוא בין הכשרות הנדרשת מן השולח לצורך יצירת השליחות (שדננו בה לעיל, בסעיף 4), ובין הכשרות הנדרשת ממנו לצורך המשך קיומה.

ייאמר מיד שבשונה מן החוק, על פי המשפט העברי, גריעת כשרותו של השולח עלולה להשפיע על המשך קיום השליחות, גם אם השולח לא הוכרז רשמית כפסול דין על ידי בית המשפט (שכן על פי המשפט העברי, גריעת הכשרות המשפטית אינה תלויה בהכרזת פסלות על ידי בית המשפט).

(2) אי־סיום השליחות

המקור הבסיסי לדיון בעניין גריעת כשרות השולח הוא המשנה במסכת גיטין[231]: "אמר [הבעל]

השליחות, המנויות בסעיף 14(א) לחוק, מהווה רשימה סגורה". דעה זו אומצה בפסיקת בתי משפט השלום, ראה: ת"א (שלום י־ם) 19904/92 ויולט עטאללה נ' ווקף עודה (פורסם בתקדין, 29.10.1995); ת"א (שלום תל־אביב־יפו) 57894/97 האפוטרופוס הכללי נ' זלצר מאיר (פורסם בתקדין, 29.8.2003).

227 ברק, סעיף 904.

228 כפי שאכן נקטו מספר שיטות משפט. ראה ברק, שם, הערה 117. ואפשר להוסיף שאילו זאת הייתה תפיסת החוק, די היה בקביעה שגריעת כשרות מעכבת את המשך ביצוע השליחות, ולא היה הכרח לקבוע בשל כך את סיומה של השליחות.

229 ברק, סעיף 906.

230 לא זו אף זו. לדעת ברק, סעיף 907, אדם יכול למנות שליח באופן שהשליחות לא תיכנס לתוקפה אלא לאחר שיֻאבד את שפיות דעתו. ברק אומר: "הסדר זה מוכר במשפט המשווה. יש לו חשיבות חברתית רבה. הוא מאפשר לאנשים בעלי כושר מלא לדאוג לטיפול בהם ובנכסיהם לאחר גריעת כשרותם" (אין צריך לומר שאם בית המשפט ימנה לו אפוטרופוס על פי חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, הוא יהיה רשאי להביא שליחות זו לסיומה על ידי ביטולה). והשווה תזכיר חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות (תיקון מס'...) (ייפוי כח מתמשך, הנחיות מקדימות והוראות שונות), התשע"ב־2012, שפרסם משרד המשפטים, דברי ההסבר לסעיף 3, סימן א, כללי.

231 משנה, גיטין ז, א.

'כתבו גט לאשתי', ואחזו קורדייקוס [אי־שפיות זמנית[232]], וחזר ואמר 'אל תכתבו', אין דבריו האחרונים כלום". המשנה עוסקת באדם שמינה שליח לגרש את אשתו, אך לפני שנעשתה השליחות, איבד הבעל זמנית את שפיות דעתו, וחזר בו וביטל את השליחות, ונקבע שאין תוקף לביטולו (מאחר שנעשה בהיות השולח בלתי שפוי). השליח יכול אפוא להתעלם מן הביטול ולגרש את האישה[233]. ממשנה זו עולה שגריעת כשרותו המשפטית של השולח אינה מביאה לסיום השליחות. אמנם המשנה עוסקת באי־שפיות זמנית[234], אולם עיון בסוגיה התלמודית מעלה שבעניין המשך יחסי השליחות, אין להבחין בין אי־שפיות זמנית לבין אי־שפיות קבועה[235].

נשאלת השאלה: מדוע גריעת כשרות השולח אינה גוררת אחריה את סיום השליחות, כפי שנקבע הדבר בביטול השליחות[236] ובמות השולח?[237] הלוא גריעת כשרות גם היא פוגמת את רצונו של השולח להמשיך בקיום השליחות! אולם כפי שנראה מיד, ההיקש בין גריעת כשרות לבין ביטול ומוות אינו הכרחי.

ההיקש בין גריעת כשרות השולח ובין ביטול השליחות אינו הכרחי משני טעמים. ראשית, כבר עמדנו על כך לעיל[238], שהעובדה שיש לשולח זכות לבטל את השליחות אינה מעידה בהכרח שתנאי להמשכה של השליחות הוא התמדת רצונו של השולח בקיומה. שנית, גם אם נקבל את ההנחה שאין הדבר כן, אלא הרצון הנמשך של השולח הוא המקיים את השליחות (ואף שאינו מביע רצון זה במפורש, ההנחה היא שרצונו לא השתנה), וזו הסיבה שביטול השליחות מביא לסיומה, אין מתחייב מזה שהיעדר הרצון בהמשך קיום השליחות עקב גריעת כשרות די בו להביא לניתוק יחסי השליחות. להפך. לעיל (פרק שני, א) ראינו שגם אם השולח רוצה להפסיק את השליחות, אין די בהרהורי לבו, ואין השליחות מסתיימת אלא כשהשולח מבטא את רצונו זה באופן פורמלי. גריעת הכשרות אינה עונה לדרישת הפורמליות. יטען הטוען שאם נגרעה כשרותו של השולח, אין צורך בביטוי פורמלי להפסקת הרצון, שכן היעדר הרצון מוכח בעליל. על כך תהיה התשובה: כשם שברור שהשליחות אינה

232 ראה א' שטינברג, אנציקלופדיה הלכתית רפואית (ירושלים תשס"ו), כרך ד, ערך מחלות, עמ' 420: "קורדייקוס – מצב בלבולי זמני וחולף...". לפי התלמוד, גיטין סז ע"ב, המצב נובע כתוצאה משתיית יין מן הגת [=מקום דריכת הענבים]. וממשיך שטיינברג: "בהסבר מצב רפואי זה מצינו דעות אחדות: יש מי שכתב שהכוונה לדפיקות לב וזיעה ניגרת מהגוף [ערוך, ערך קורדייקוס] ואולי הכוונה לאוטם שריר הלב; יש מי שכתב שמדובר באחת הצורות של מחלת הכיפיון [=אפילפסיה, רמב"ם פירוש המשניות, גיטין ז, א]".

233 להלן, עמ' 654, נדון בשאלה אם יש לעכב את הכתיבה והנתינה עד לאחר שישתפה הבעל.

234 כפי שמבואר בגיטין סז ע"ב: "מאי אסותיה [=מה רפואתו]? בישרא סומקא אגומרי [=בשר אדום על גחלים] וחמרא מרקא [=ויין מזוג במים רבים]".

235 כך עולה מפשט דברי הראשונים והאחרונים, גיטין ע ע"ב, וראה דיוננו להלן בסמוך. ואולם השווה למה שכתב ר' אלחנן וסרמן בקובץ ביאורים, גיטין, אות טו: "אם נשתטה המשלח משמע בתוס' (לקמן ע ד"ה התם) שנתבטלה השליחות וכשנשתפה צריך למנותו מחדש" (והשווה למה שכתב הרב וסרמן בעצמו בקובץ שיעורים, חלק ב, סימן א, ד"ה מהשמטות. וצריך עיון). והשווה גם שו"ת שרידי אש, ירושלים תשנ"ט, חלק א, סימן צז, ענף שני, אות ב (תשובה זו אינה של הרב ויינברג אלא של תלמידו הרב אליעזר ברקוביץ).

236 ראה לעיל, פרק שני, א, עמ' 600.

237 ראה לעיל, פרק שלישי, א, עמ' 645.

238 ראה לעיל, ליד ציון הערה 144. והשווה להלן, ליד ציון הערה 275.

נפסקת בשל העובדה שהשולח ישֵן[239], אף שבזמן השינה אין לו רצון אקטואלי, כן ברור שהיעדר הרצון כשלעצמו אינו מנתק את יחסי השליחות. במילים אחרות, נדרשת אמירה או פעולה ממשית כדי לנתק את יחסי השליחות, ואין די בהיעדר רצון אקטואלי.

ההיקש בין גריעת כשרות ובין מות השולח גם הוא אינו הכרחי[240], כי גם אם נניח שמות השולח פוגעת במעמדו של השליח (על פי הנימוק שבהיעדר שולח אין שליח[241]), אין הכרח לקבוע שהוא הדין כשנגרעה כשרותו של השולח[242]. אמנם נכון שמי שנגרעה כשרותו, נשללת ממנו האפשרות לעשות פעולות משפטיות, שכן תנאי לתוקפן של פעולות אלה הוא הפעלת שיקול דעת, דבר שהוא אינו מסוגל לו, אך בשונה מן המת, מי שנגרעה כשרותו ממשיך להיות אישיות משפטית, שהחוק מכיר בזכויותיה המשפטיות (כגון בעלותו בנכסיו והיות אשתו אשת איש), ואין אפוא מניעה הגיונית שהשליח ימשיך לייצגו ויפעיל במקומו את שיקול הדעת הנחוץ בפעולות משפטיות[243].

(3) דין השליחות בתקופת גריעת הכשרות

(א) כללי

עד כאן ראינו שגריעת כשרותו של השולח אינה מביאה לסיום השליחות. מסקנה זו חייבה אותנו להבחין בין גריעת כשרות ובין ביטול ומוות (מאורעות, שכפי שראינו לעיל, מסיימים את השליחות[244]). ואולם אף על פי שמסקנה זו מתחייבת מן המשנה, אין בה כדי לקבוע שניתן לעשות את השליחות גם בתוך תקופת גריעת הכשרות, והשאלה היא: האם אכן השליח יכול

[239] ראה להלן, הערה 248.

[240] וזאת אף על פי שהרבה משיטות המשפט רואות כנראה זיקה ביניהם וקובעות בשניהם הסדר זהה. ראה ברק, סעיף 904.

[241] ראה לעיל, ליד ציון הערה 202.

[242] אין צריך לומר שלפי הנימוק השני שראינו לעיל בהסברת סיום השליחות במות השולח (שיטת קצות החושן, לעיל, ליד ציון הערה 203), ודאי שאין להסיק שגריעת הכשרות מביאה לסיום השליחות. על פי הנימוק שראינו שם, מות השולח אינו מביא את השליחות לסיומה אלא רק שומט את הקרקע מתחת לפעולת השליחות (שכן לדוגמה, בשליחות ממון, הבעלות על הממון כבר עברה לרשות העיזבון, ובשליחות לגירושין, אין גט לאחר מיתה). לפי הסבר זה, אפשר להסיק להפך. לא זו בלבד שגריעת הכשרות אינה מביאה לסיום השליחות, אלא היא אפילו אינה מעכבת אותה, שכן אף שאדם שנגרעה כשרותו אינו יכול לפעול בממונו, הרי ודאי שרכושו לא הופקע ממנו בשל מצבו (והוא הדין בשליחות לגירושין, שיחסי האישות בינו לבין אשתו לא פקעו בעקבות גריעת כשרותו), וביחס אליו פעולת השליחות אינה מסוכלת. וכבר הערנו על זה לעיל, הערה 205.

[243] לדברינו כאן, השווה שו"ת חתם סופר, אבן העזר, חלק ב, סימן קנ, ד"ה אשר, הטוען שלפי התלמוד הירושלמי, יש להקיש בין שוטה לבין מת (בשיטת הירושלמי נעסוק בהרחבה להלן, נספח שני לסעיף זה, עמ' 676). והשווה גם קצות החושן, סימן קפח, ס"ק ב, המקיש גם הוא בין מות השולח ובין גריעת כשרותו. דבריהם של פוסקים אלה מעוררים קושי, שכן כפי שנראה להלן, מסוגיית התלמוד על משנת "מי שאחזו קורדייקוס", עולה שהשליחות אינה מסתיימת אלא רק מתעכבת, ואילו מוות מביא לסיום השליחות! אפשר שדעת אותם פוסקים היא, שגם מות השולח אינו מבטל את מעמדו של השליח, אלא מונע ממנו לעשות את המעשה על פי הרחבת הכלל: "כל דאיהו לא מצי עביד, שלוחיה נמי לא מצי למיעבד". כלומר, גם במוות, השליחות אינה מסתיימת אלא רק מתעכבת (אלא כיוון שמצבו של השולח בלתי הפיך, העיכוב בלתי מוגבל בזמן). מכאן להיקש שהם עושים בין מיתה לבין גריעת הכשרות (אלא שבגריעת הכשרות העיכוב זמני, והוא עתיד להיפסק בשעה שיחזור השולח לשפיות).

[244] אם כי ביחס למוות, ראה לעיל, הערה 242.

לעשות את השליחות בתוך תקופת המחלה, בעוד השולח בלתי שפוי? או שמא עליו להמתין עד שתחזור אל השולח שפיות דעתו?

להלן נראה שבשאלה זו נפסקה ההלכה לעניין שליחות לגירושין, שהשליחות מעוכבת. בהמשך דברינו, נבדוק אם יש להרחיב דין זה לכל שליחות גם כאשר נושא השליחות אינו מתן גט? או שמא דין העיכוב מצומצם לעניין גירושין בלבד? בעניין זה נראה שנאמרו דעות לכאן ולכאן.

(ב) עיכוב שליחות לגירושין (הסוגיה התלמודית)

על המשנה שראינו לעיל בעניין שולח גט שאחזו קורדייקוס, מביא התלמוד[245] מחלוקת בין רבי יוחנן וריש לקיש. ריש לקיש סובר ש"כותבין ונותנין לאלתר [=מיד]", ורבי יוחנן סובר ש"אין כותבין[246] אלא לכשישתפה". לפי התלמוד הבבלי[247], יש לצמצם את המחלוקת בין רבי יוחנן וריש לקיש לשולח ש"אחזו קורדייקוס" בלבד, ואין להרחיבה מעבר לזה. התלמוד מסביר שמחד גיסא, מוסכם על הכל שהשליח ודאי אינו יכול לגרש אישה בשמו של בעלה שאיבד את שפיות דעתו באופן המגדירו כשוטה. מאידך גיסא, מוסכם על הכל שהשליח יכול לגרש את האישה בשמו של בעלה הבריא גם בשעה שהוא ישֵן[248], אף שבאותה שעה אין לו שליטה על רצונו ועל תנועותיו. מחלוקתם של רבי יוחנן וריש לקיש נוגעת רק למצבו המיוחד של מי ש"אחזו קורדייקוס", היינו בלבול זמני חולף שאפשר להירפא ממנו. יסוד המחלוקת ביניהם הוא בשאלה: למי ראוי להקיש את דינו של מי שאיבד זמנית את שפיות דעתו? האם יש להקיש את דינו לדין אדם בריא ישֵן, שהרי גם הקורדייקוס אינו אלא מצב זמני שאפשר להיפטר ממנו בטיפול רפואי מתאים, כפי שסבור ריש לקיש? או שמא יש להקיש את דינו לדין שוטה, שכן להבדיל מן השינה, שהאדם יוצא ממנה באופן טבעי בלא כל התערבות מלאכותית, מי שאחזו קורדייקוס אינו עתיד להירפא בלא התערבות מלאכותית וטיפול תרופתי, כפי שסבור רבי יוחנן. להלכה נתקבלה בתלמוד דעתו של רבי יוחנן.

העולה מסוגיית התלמוד הוא אפוא: גריעת כשרות השולח אינה גוררת אחריה את סיום השליחות, אבל היא מעכבת את ביצועה. וכן פסק הטור[249]: "היה בריא בשעה שציווה לכותבו, ואחר כך אחזו החולי [שאיבד את שפיות דעתו], אין כותבין אותו בעודו בחוליו. ואם כתבוהו ונתנוהו בעודו בחוליו, אינו כלום, לא שנא מת מתוך החולי לא שנא נתרפא. אבל לכשיתרפא – כותבין".

נשאלת השאלה: האם יש להרחיב מסקנה זו בדבר עיכוב השליחות בתקופת גריעת הכשרות ולהחיל אותה על כל שליחות, יהא נושא השליחות אשר יהא? או שמא יש לצמצם את הדין לשליחות לגירושין בלבד? להלן נראה שהתשובה לכך תלויה בהסברים שנתנו האחרונים להלכה שהשליחות לנתינת גט מעוכבת. כפי שניווכח, יש שהסבירו שעיכוב השליחות מתחייב

[245] גיטין ע ע"ב.

[246] בעוד שריש לקיש מדבר על כתיבה ונתינה, רבי יוחנן מדבר על כתיבה בלבד, והשאלה היא: האם יש לזה משמעות? ראה על כך להלן, הערה 275.

[247] לשיטת התלמוד הירושלמי, המציע הסבר אחר להבנת המחלוקת בין רבי יוחנן וריש לקיש, ראה להלן, נספח שני לסעיף זה.

[248] לעניין זה, ראה עוד: שו"ת שיבת ציון, סימן פו, ד"ה ודע; שו"ת מהרש"ם, חלק ו, סימן קח, ד"ה ומה ששאל; שם, חלק ז, סימן קצג, ד"ה ומ"ש הרב; שו"ת יביע אומר, חלק ה, יורה דעה, סימן כב, אות ב.

[249] טור, אבן העזר, סימן קכא (עמ' ל־לא במהדורת הטור השלם).

מהרחבת הכלל שהתנאי למינוי שליח הוא שהשולח עצמו מסוגל לעשות את פעולת השליחות: "מי איכא מידי דאנן לא מצינן למעבד ושלוחי דידן מצו עבדי?! [=האם יש דבר שאין אנו יכולים לעשות, ושלוחינו יכולים לעשות?!]"[250]. לפי גישה זו, דין עיכוב השליחות בגריעת כשרות השולח נובע מעיקרון כללי בדיני שליחות, ואין טעם אפוא לצמצמו לשליחות לגירושין בלבד. לעומתם יש שהסבירו שהעיכוב קשור במאפיינים המיוחדים לדיני הגטין. על פי גישתם, כשנושא השליחות אינו גירושין, גריעת כשרות השולח אינה מעכבת את השליחות. להלן סקירת השיטות.

(ג) הרחבת העיכוב לכל שליחות

כאמור[251], כלל הוא במשפט העברי שהשולח אינו יכול למנות שליח לעשות פעולה שהוא עצמו אינו יכול לעשותה. לדעת 'פני יהושע'[252], כלל יסודי זה הוא המסביר גם את עיכוב השליחות בשעת גריעת הכשרות של השולח: "ולכאורה נראה דטעמא דרבי יוחנן דבעינן שיהא שפוי בשעת כתיבה, היינו משום שהסופר צריך לכתוב בשליחות הבעל, דקיימא לן 'שלוחו של אדם כמותו'. ואם כן, אם הבעל מטורף בשעת כתיבת הגט, שאינו ראוי לכתוב בעצמו, ממילא השליח, שהוא הסופר, נמי אין יכול לכתוב, דקימא לן דליכא מידי דאיהו לא מצי למיעבד ושלוחיה מצי עביד [=אין דבר שהוא (השולח) אינו יכול לעשות ושלוחו יכול לעשות]. והיינו נמי טעמא דרבי שמעון בן לקיש [=ריש לקיש] בשוטה, אלא דמדמה קורדייקוס לישֵן". כאמור, לפי גישה זו, גריעת הכשרות של השולח מעכבת את השליחות, יהא נושא השליחות אשר יהא, וכך אמנם נוקטים חלק מן האחרונים[253]. לפי זה, אדם שרואה שהוא עומד לאבד את שפיות דעתו אינו יכול למנות שליח מבעוד מועד לנהל את ענייניו הכספיים בבוא העת, והמוצא היחיד העומד לרשותו הוא למנות לעצמו אפוטרופוס[254].

אולם הסבר זה לעיכוב השליחות בשעת גריעת כשרות השולח אינו נקי מספקות, שכן הוא מניח שתי הנחות מוקדמות בעניין היקפו של הכלל, שלפיו על השולח להיות בגדר "מצי עביד". ההנחה הראשונה היא שאדם הלוקה בשכלו מוגדר כ"לא מצי עביד". וההנחה השנייה היא שהכלל חל לא רק בשעת יצירת השליחות אלא גם לאחר שכבר נוצרה[255]. על

[250] יומא יט ע"ב. וראה גם קידושין כג ע"ב. וראה בהרחבה בדיוננו על סעיף 4, פרק שלישי, ג, עמ' 201.

[251] לעיל, ליד ציון הערה 250.

[252] פני יהושע, גיטין ע ע"ב, ד"ה גמרא.

[253] ראה הפוסקים שהובאו לעיל, הערה 243.

[254] למקורות בעניין זה, ראה לעיל, הערה 207 ואילך.

[255] ראיה להחלת הדרישה שהשולח יהיה בגדר "מצי עביד" גם לאחר המינוי מוצא 'פני יהושע' בדברי גט פשוט, סימן קכא, ס"ק לב, לעניין גוסס, הדן בדברי רבנו יואל (מובא ברא"ש, קידושין, פרק ד, סימן טז), הסבור שאין השליח יכול לתת גט עבור אדם שנעשה גוסס לאחר המינוי. הראשונים הקשו על דברי רבנו יואל מסוגיות אחדות שמבואר בהן שהגוסס הרי הוא כחי לכל דבר, גם לעניין פעולות שבהן נדרש כושר שיפוט שכלי. על כך משיב בעל 'גט פשוט', שאמנם דעתו של הגוסס צלולה, אך מכיוון שאינו יכול לתת את הגט בידיו מפאת חלישותו, גם שלוחו אינו יכול לגרש בשמו. וראה גם חידושי מהרי"ט, קידושין עח ע"ב, ד"ה וההיא דמייתו, שהתייחס אף הוא לדברי רבנו יואל וכתב כעין דברי גט פשוט: "דכיוון שאם היה נותנו [הגוסס] בידים לא מהני [וצריך עיון מדוע לא מהני? אך אין כאן מקומו], על ידי שליח נמי לא מהני, דמי איכא מידי דאיהו לא מצי עביד ושליח עביד?". מהרי"ט מחיל אפוא את הדרישה שהשולח יהיה בגדר "מצי עביד" אף בתקופה שלאחר יצירת השליחות. וראה עוד מרחשת, חלק ב, סימן י, אות ד, ד"ה ואחרי, ובהגהה, שם.

שתי הנחות אלו, יש עוררין[256]. ואכן, כפי שנראה להלן, הרמב״ם מצמצם את דין העיכוב ומחיל אותו על שליחות לגירושין בלבד. ומכאן שלפי הרמב״ם אין מקום להחיל כאן דין זה.

עם זאת, נטעים שגם לדעת מי שסובר שהיסוד המשפטי לעיכוב השליחות טמון בדרישה שהשולח עצמו צריך להיות מסוגל לעשות את פעולת השליחות (״מצי עביד״), קיימת הבחנה בין היעדר כשרות משפטית בשעת יצירת השליחות ובין היעדר כשרות משפטית לאחר שכבר נוצרה השליחות. אם השולח חסר כשרות בשעת המינוי, לא נוצרים יחסי שליחות כלל, וממילא גם לאחר חזרת השולח לכשרותו, אין משמעות למינוי. לעומת זה, משנוצרו יחסי שליחות, אין גריעת כשרותו של השולח גורמת לניתוק קשר זה, אלא רק לעיכוב במילוי השליחות.

(ד) צמצום העיכוב לשליחות לגירושין בלבד

1. תקנה: ״שמא יאמרו שוטה מגרש״

לעיל הבאנו את שיטת הטור, ולפיה השליחות מעוכבת בזמן גריעת הכשרות. ראינו שבעל ׳פני יהושע׳ הציע להסביר עיכוב זה על בסיס הכלל בדיני השליחות, שלפיו השולח עצמו צריך להיות בגדר ״מצי עביד״. ברם, כפי שכבר אמרנו, דברי הרמב״ם שנביא להלן אינם עולים בקנה אחד עם שיטה זו.

הרמב״ם כותב[257]: ״אמר כשהוא בריא ׳כתבו גט לאשתי׳, ואחר כך נבעת, ממתינין עד שיבריא, וכותבין ונותנין לה. ואין צריך לחזור ולהימלך בו אחר שהבריא. ואם כתבו ונתנו קודם שיבריא, הרי זה פסול״. בעוד הטור[258] כשהוא דן בגט שניתן בשעת גריעת הכשרות, נוקט לשון ״אינו כלום״, הרי הרמב״ם נוקט לשון ״הרי זה פסול״. שינוי לשוני זה הוא משמעותי ביותר, שכן במקום אחר[259], הרמב״ם מודיע שבכל מקום שהוא כותב בחיבורו שהגט פסול, כוונתו שהפסול הוא מדרבנן בלבד, ואילו מדאורייתא הוא כשר. נמצאנו למדים שלדעת הרמב״ם, גט הניתן בשעה שהבעל שוטה נפסל רק מדרבנן[260]. ונשאלת השאלה: מה ראו חכמים לפסול גט זה, אף על פי שהוא כשר מן התורה? ר׳ חזקיה די סילווה, בספרו ׳פרי חדש׳[261],

[256] ראה ישועות יעקב, אבן העזר, סימן קכא, ס״ק א.

[257] רמב״ם, הלכות גירושין, פרק ב, הלכה טו.

[258] ראה לעיל, הערה 249.

[259] רמב״ם, הלכות גירושין, פרק ב, הלכה ז: ״ומה בין ׳פסול׳ ל׳בטל׳? שכל מקום שנאמר בחיבור זה בגט שהוא בטל, הוא בטל מן התורה. וכל מקום שנאמר פסול, הוא פסול מדברי סופרים״.

[260] אמנם ראה חזון איש, נשים, סימן פו, הסובר שגם הרמב״ם פוסל את הגט מדאורייתא: ״נראה דאין לעשות שום סניף מהא דכתב הרמב״ם הגט פסול, שהוא מדרבנן, דאין לבנות יסוד על תיבה אחת. ואולי היא טעות סופר, והגירסה הגט בטל״. במכתב שהודפס כנספח לספרו של י׳ אונגר, חוק לישראל, נאמנות בנכסים, ירושלים תש״ע, עמ׳ 643, כותב הרב אשר וייס: ״ויש לתמוה על מה שכתב החזו״א... הלא הרמב״ם הוא זה שבנה יסוד על תיבה אחת בכתבו דבכל מקום שנאמר בחיבור זה שהגט בטל, בטל הוא מן התורה, וכל מקום שנאמר פסול, אינו פסול אלא מדברי סופרים. אתמהה״. וראה הנשקה (לעיל, הערה 161), הערה 6.

[261] פרי חדש, אבן העזר, סימן קכא, ס״ק ה. כשיטת הרמב״ם נקט גם תוספות ר״י הזקן (מיוחס אליו בטעות והוא של ר׳ אברהם מן ההר), קידושין עח ע״ב, וזה לשונו: ״ואף על גב דאמר רבי יוחנן במי שאחזו, שאם אמר ׳כתבו ונתנו גט לאשתי׳, ואחזו קורדייקוס, לא יתנו... טעמא דהואיל והוא שוטה ומדבר, אי שרית למיהבת ליה [=אם תרשה לתת לה] כשהוא שוטה, הואיל ואמר ׳כתבו ונתנו׳ כשהוא פִּקח, אתי למישרא למיתן גיטא, כי אמר ׳כתבו ונתנו׳ כשהוא שוטה, דלא הוי גט כלל, משום הכי בהך אנפה פסיל ליה רבי יוחנן מדרבנן, כדברירנא התם, אבל מדאוריתא הוי גיטא״. ובהמשך הדברים כתב לפי זה

מסביר שהטעם לפסילת הגט הוא תקנה "שמא יאמרו 'שוטה מגרש'". כלומר, חכמים חששו שאם יכשירו מתן גט על ידי שליח עבור מי שהשתטה, עלול הדבר להביא למסקנה מוטעית שגט שניתן על ידי השוטה עצמו כשר[262].

שאפשר לתת גט עבור גוסס ושגזרה זו אינה חלה עליו, שכן מעולם לא היה במצב של שוטה מדבר, ואין לחשוש אפוא שיסיקו מכך שהשוטה מגרש. מקור זה הובא בשו"ת אבני נזר, אבן העזר, סימן קצט. וכתב שאחר שמצאנו לרמב"ם חבר, הרי שהמאזן בין המצדדים בשיטת הרמב"ם והמתנגדים לה הוא שניים (רמב"ם ור"א מן ההר) כנגד שניים (הטור והריא"ז, פסקי הריא"ז, גיטין, פרק ז, הלכה א, אות ב, מובא בשלטי הגיבורים, גיטין לג ע"ב (בדפי הרי"ף), אות ה).

262 לאור דברי פרי חדש, דנו האחרונים בהסבר סוגיית התלמוד הבבלי על פי דרכו של הרמב"ם, וגם הביאו ראיות לשיטתו ממקורות אחרים. להלן סקירת דבריהם:

לעיל, ליד ציון הערה 249, הבאנו את מסקנת התלמוד, ולפיה יש לעכב את השליחות כל זמן גריעת כשרותו של השולח. על מסקנה זו, מקשה התלמוד מברייתא: "ראוהו מגוייד [=שנחתכו גידיו] או צלוב על הצליבה, ורמז ואמר 'כתבו גט לאשתי', הרי אלו יכתבו ויתנו" (גיטין ע ע"ב), ומשמעות הדברים היא שכל זמן שהבעל (המגרש) חי, ניתן לכתוב גט בעבורו ולתתו לאשתו. התלמוד מניח שככל שמתקדם תהליך גסיסתו, כך ניטל ממנו כושר שיפוטו השכלי, ומצבו הולך ונעשה יותר ויותר דומה למצב השוטה. אף על פי כן נקבע בברייתא שהשליח רשאי לתת גט בשליחותו של גוסס. התלמוד מקשה: אם כך הדין בגוסס, מדוע אין הדין כך גם בשוטה? ותשובתו היא שהנחת היסוד שעליה הייתה מושתתת הקושיה אינה נכונה, שכן אפילו סמוך למותו, הגוסס אינו מגיע כדי אבדן דעתו של שוטה, ואין מקום אפוא להשוות בין הגוסס לבין השוטה. עד כאן תמצית הסוגיה.

שאלת התלמוד תמוהה לכאורה. אם אכן ההנחה היא (שלא כפי שהניח הרמב"ם) שלא ניתן לבצע שליחות עבור שולח שנשתטה, התלמוד היה צריך להקשות מכוח דין שוטה על דין גוסס, ולא להפך! (אמנם השווה תוספות, גיטין ע ע"ב, ד"ה ומי, שהציעו פירוש אחר בהבנת קושיית התלמוד). אולם לפי הרמב"ם, תמיהה זו מתיישבת מאליה. לפי דבריו, מעיקר הדין ניתן לבצע שליחות עבור שולח שנשתטה, והשאלה היא רק אם יש תקנת חכמים שלא לעשות כן. לפי זה, מובן מדוע הקשה התלמוד מדין גוסס על דין שוטה, ולא להפך, מפני שהשאלה היא: אם לא גזרו בגוסס, מדוע גזרו בשוטה? ועל כך באה התשובה: הגוסס אינו מגיע בשום שלב לאי־שפיות חמורה כל כך כשל השוטה, ומשום כך לא גזרו בו.

בעל גט פשוט, סימן קכא, ס"ק י, מבקש להביא ראיה לשיטת הרמב"ם ממה שנאמר בתלמוד, שלאחר שיחזור השולח וישתפה, לא יהיה צורך במינוי חדש. לדעתו, מוכח מכאן שגריעת כשרותו של השולח אינה מביאה לסיום השליחות. על ראיה זו, תמה נכדו של בעל גט פשוט, ר' יעקב כולי, בהגהתו על משנה למלך, הלכות גירושין, פרק ב, הלכה טו, שהרי גם בשליח שנשתטה, הדין הוא שכשהוא חוזר ומשתפה, אינו זקוק למינוי חדש, אף על פי שבזמן היותו שוטה, ודאי אין תוקף לשליחותו, אפילו לא מדאורייתא. תהא הסיבה לכך אשר תהא, מוכח מכאן שהיעדר הצורך במינוי חדש אינו יכול להעיד על מעמדו של השולח בתקופת גריעת כשרותו. שו"ת חתם סופר, אבן העזר, חלק ב, סימן ד, ד"ה אך, דוחה את קושיית ר' יעקב כולי. לדעתו, יש להבחין בין שולח שהשתטה ובין שליח שהשתטה, שכן שליח שהשתטה אינו גרוע יותר מן הקוף, ואם "אדם מוסר גיטו לשליח, והשליח מניחו על הקוף ומייתי להתם, ושם לוקחו מן הקוף ונותנו לאשה [הלוא השליחות תקפה והאישה מגורשת], והכא נמי כשנשתטה הוא [השליח] וחזר ונשתפה הוי ליה כקוף בינתיים. אבל כשנשתטה המשלח, אי סלקא דעתך דאז פסק כח השליח, אם כן איך ובמה יחזור אחר כך בלי שנמלך בהמגרש אחר כך?". והקשה בעל אמרי בינה (אוירבך), חו"מ, דיני גביית חוב, סימן כט, אות ח, ד"ה וראיתי (בסופו), שאמנם כשמניחו על גבי הקוף, השליחות אינה פוסקת, משום שהגט נמצא שם על פי רצונו של השליח, "אבל כשנשתטה ונפסק כח השליח, זהו עניין אחר, דכבר פסק כחו, ואין לו עוד כח השליחות, ועל כרחך צריך לומר דלא נפסק הכח כשחזר ונראה [=כשחזר ונשתפה]". לפי זה, חוזרת קושייתו של ר' יעקב כולי כנגד בעל גט פשוט. על המשמעות של חילוקי דעות אלה בין הפוסקים לעניין גריעת כשרותו של השליח, ראה דיוננו להלן, הערה 278.

האחרונים הביאו ראיה לשיטת הרמב"ם גם מתוך עיון בסוגיה המקבילה בתלמוד הירושלמי והשוואתה לסוגיית התלמוד הבבלי. ראה על כך להלן, נספח שני לסעיף זה, עמ' 676.

מתוך הלכת הרמב"ם עולה שלדעתו הדרישה שהשולח יהיה בגדר "מצי עביד" אינה משפיעה, בנסיבות העניין, על תוקף השליחות למסירת הגט, שאם לא כן, לא היה הרמב"ם פוסל את הגט מדרבנן בלבד אלא מדאורייתא. אם הרמב"ם שולל כאן את החלת דרישה זו, הרי זה כנראה משום שהוא דוחה לפחות אחת משתי ההנחות המוקדמות שעמדנו עליהן בתת־פרק הקודם[263]. ואכן, האחרונים נחלקו בשאלה: איזו מבין שתי ההנחות נדחית על ידי הרמב"ם?

יש מן האחרונים[264] הטוענים שהרמב"ם סובר שמי שלוקה בשכלו אינו בגדר "לא מצי עביד" (כלומר, הוא חולק על ההנחה המוקדמת הראשונה). לעיל[265], כשעסקנו בכלל זה, ראינו שיש אומרים שאין מקום להחיל את הכלל אלא כשהשולח מנוע לעשות את פעולת השליחות בעצמו עקב מניעה מהותית (כגון שהאישה שביקש השולח לקדש על ידי שלוחו הייתה אשת איש בשעת המינוי, ועל כן היה מנוע מלקדש אותה בעצמו). לעומת זה, הכלל אינו חל במקרים שבהם מניעת השולח לעשות את פעולת השליחות בעצמו אינה מניעה מהותית אלא מניעה מעשית בלבד (כגון שהוא גידם ואינו יכול לכתוב גט בעצמו). לדעת אותם אחרונים, ליקוי שכלי של השולח אינו בגדר מניעה מהותית[266], ועל כן אין הוא בגדר "לא מצי עביד".

אחרים מבין האחרונים[267] סוברים שגם אם נניח שאדם הלוקה בשכלו מוגדר כ"לא מצי עביד", מכל מקום הכלל האומר שהשולח חייב להיות בגדר "מצי עביד" אינו חל אלא בשעת יצירת השליחות[268]. לעומת זאת, אם המינוי היה כדין, שוב אין בגריעת כשרותו של השולח

[263] ראה לעיל, ליד ציון הערה 255.

[264] ראה: ר' שמעון שקאפ, הובא באוהל יצחק – גיטין (בעריכת הרב הלל מן), ירושלים תשס"ה, עמ' תקנד; קהילות יעקב (קנייבסקי), גיטין, סימן כ, אות ב, ד"ה והשתא. וראה להלן, הערה 266.

[265] בדיוננו על סעיף 4, פרק שליש, ג(2)(א), עמ' 203. וראה עוד שם, ליד ציון הערה 202.

[266] לדעת רבים מן האחרונים, הסוגיה הירושלמית המקבילה לסוגייתנו מעמידה שאלה זו כנקודת המחלוקת שבין רבי יוחנן לריש לקיש. ראה על כך להלן, נספח שני לסעיף זה, עמ' 676. וראה עוד דברי אור גדול, להלן, הערה 270.

שאלה זו, אם חסרון הדעת בשוטה (או בקטן) יוצר מניעה מעשית או מהותית, נידונה באחרונים גם לעניין ייבום בקטן, והחלת דין "זכין" בקטן ובשוטה. ראה: שו"ת אבני נזר, אבן העזר, סימן ח, אותיות טז־יז ובהגהה שם; אור שמח, הלכות גירושין, פרק ב, הלכה טו; קובץ שיעורים, חלק ב, סימן א; חידושי בעל שרידי אש על הש"ס, גיטין, סימן י; קהילות יעקב (קנייבסקי), גיטין, סימן כ; שיעורי רבי שמואל (רוזובסקי), גיטין, אות קנב, וסוף אות קנה.

[267] ראה: פרי חדש, אבן העזר, סימן קכא, ס"ק ה; תורת גיטין, גיטין ע ע"ב, ד"ה גמ'; חידושי חתם סופר, גיטין ע ע"ב, ד"ה ור"י; שו"ת אבני נזר, אבן העזר, סימן קצט, אות ד; שו"ת אחיעזר, חלק א, סימן כח, אות ח; שו"ת עונג יום טוב, סימן קיג, ד"ה וא"כ; מרחשת, חלק ב, סימן י, אות ד, ד"ה ונראה; אמרי משה (סוקולובסקי), סימן יח, ס"ק ג; לבוש מרדכי (אפשטיין), גיטין, סימן יא, ד"ה נמצא וד"ה לפי זה. וראה עוד להלן, הערה 270.

[268] ובלשונו של בעל תורת גיטין: "דהא דאמרינן, כל מידי דאיהו לא מצי עביד, שלוחו נמי לא מצי עביד, דוקא בתחילת שליחות, היינו שאינו יכול לעשות שליח במידי דלא מצי עביד בעצמו. אבל כשכבר נעשה שליח בשעת בריו, אף שבשעת נתינה הבעל לא מצי עביד, מכל מקום כיוון דשלוחו של אדם כמותו, וכבר נעשה שליח כהבעל עצמו, יכול לגרש אף שהבעל נשתתק, ודוקא כשמת הבעל פסול לגרש מטעם שכתב רש"י לעיל דף יג 'דפקע ליה רשותיה'".

כדי להביא אפילו לעיכובה של השליחות[269]. הסבר זה מיוסד על תפיסת מהותה של השליחות כהקניית כוחו של השולח לשליח משעת המינוי. גריעת כשרותו של השולח אינה מעכבת את השליחות, מאחר שכוחו עבר לשליח כבר בשעת המינוי[270].

יהיה אשר יהיה נימוקו של הרמב"ם לשלול כאן את החלת הכלל בעניין "מצי עביד", עולה מדבריו שהתקנה "שמא יאמרו 'שוטה מגרש'", שעל פיה מעוכבת השליחות בגריעת כשרות השולח, אינה נוגעת אלא לשליחות למתן גט. נמצא אפוא שאם הפעולה נושא השליחות אינה גירושין, אלא פעולה מסחרית כלשהי, כגון קנייה או מכירה, השליח אינו צריך לעכב את ביצוע השליחות בעקבות גריעת כשרותו של שולחו. וכך אמנם כתבו כמה מגדולי האחרונים[271]. לפי זה, אין מניעה שמי שרואה שהוא עומד לאבד את שפיות דעתו, ימנה שליח מבעוד מועד לנהל את ענייניו הכספיים בבוא העת[272].

269 הצגנו כאן שתי גישות בהסבר שיטת הרמב"ם, הגישה שהשוטה מוגדר כ"מצי עביד" והגישה שהשוטה מוגדר אמנם כ"לא מצי עביד", אבל לאחר כניסת מינויו לתוקפו, אין בכך כדי לפסול את המינוי. נעיר כאן שאף על פי שהגישות האלה באות שתיהן להסביר את שיטת הרמב"ם, עשויה להיות ביניהן נפקות מעשית במקרה הבא: שולח בריא מינה שליח במינוי מוקדם (בהנחה שמינוי מוקדם אפשרי. ראה דיוננו על סעיף 3, פרק רביעי, עמ' 153), ונשתטה לפני שהגיע מועד כניסת המינוי לתוקף. לפי הגישה שהשוטה מוגדר כ"מצי עביד", המינוי ייכנס לתוקפו בהגיע המועד המתוכנן, ואילו לפי הגישה שהשוטה מוגדר כ"לא מצי עביד", המינוי לא ייכנס לתוקפו.

270 ראה אור שמח, הלכות גירושין, פרק ב, הלכה טו, שתלה את מחלוקת הרמב"ם והטור בשאלה: האם השליח נעשה בעל דבר על הגירושין, ורק תוצאת הגירושין מתייחסת לשולח (ייחוס התוצאה)? או שמא השולח הוא שעושה את פעולת הגירושין כשהשליח משמש כידו הארוכה (ייחוס הפעולה)? וכן נראה בדעת: קצות החושן, סימן קפח, ס"ק ב (וראה לעיל, ליד ציון הערה 203); אמרי בינה (אוירבך), חו"מ, דיני גביית חוב, סימן כט, אות ב, ד"ה אך מ"מ. וראה דיוננו לעיל, סעיף 2, ליד ציון הערה 44. להסתייגויות מהצעה זו ראה שם, הערה 50.

ואולם השווה שו"ת אחיעזר, חלק א, סימן כח, ד"ה ונראה. מהסברו הראשון בדעת הטור, עולה שאפשר שגם הטור מודה שהשליח הופך לבעל דבר, אלא ש"רק בעת עשיית המעשה, אז נגמר הכח שלו". וראה ביתר הרחבה דיוננו על סעיף 3, הערה 142, ושם ציינו שרוב הפוסקים דוחים גישה זו. וראה שו"ת אור גדול, סימן מא, אות יא. דבריו של 'אור גדול' אינם מתייחסים לשיטת הרמב"ם, והוא מקבל את הסברם של החולקים עליו, ולפיו הגט בטל מדאורייתא, אלא שלדעתו שאלה זו שנויה במחלוקת בין התלמוד הירושלמי לבין התלמוד הבבלי. לדבריו, שיטת התלמוד הירושלמי היא שגריעת כשרותו של השולח אינה מעכבת את השליחות, שכן הירושלמי מאפשר שליחות גם כשנשתטה השולח. לעומתו, התלמוד הבבלי פוסל שליחות כזו, ולשיטתו אין להמשיך בשליחות בגריעת כשרותו של השולח. וראה עוד להלן, נספח שני לסעיף זה, עמ' 676, וראה מה שתמהנו עליו שם, הערה 332.

271 ראה: קצות החושן, סימן קפח, ס"ק ב (לעניין שליחות בדיני ממונות); שו"ת חתם סופר, אבן העזר, חלק ב, סימן ד (לעניין שליחות בקידושין). ברם, יש המפקפקים בדבר, וסוברים להיפך, שלא נאמרו דברי הרמב"ם שמן התורה השליחות תקפה אלא בשליחות לגירושין, משום שבמעשה הגירושין הבעל אינו מקנה דבר לאשתו, אלא רק מתיר אותה מן הזיקה אליו, ובמעשה משפטי מסוג זה, די בעובדה שהמגרש נמצא בחיים ונקרא "בר גירושין". לעומת זאת, לצורך פעולות משפטיות כגון קנייה ומכירה, השולח צריך להיות בעל כושר מלא להעביר בעלות לאחר או לרכוש בעלות מאחר. ראה אמרי בינה (אוירבך), חו"מ, דיני גביית חוב, סימן כט, אותיות ו-ז (ומעין סברא זו, ראה פסקי הלכות (פרידמן), יד דוד, חלק ב, פרק שביעי, הלכה ח, סוף הגהה כג (עמ' 343), המבחין בין גט לאחר שלושים יום לבין קניין לאחר שלושים יום).

272 בלא צורך להיזקק לדיני אפוטרופסות. השווה לעיל, ליד ציון הערה 254.

2. ייחודה של שליחות להולכת הגט

נוסיף שגם מי שבניגוד לדעת הרמב"ם פוסל את הגט מן התורה, עשוי בכל זאת להגיע למסקנה שיש לצמצם את דין עיכוב השליחות לעניין גירושין בלבד.

ואמנם כך סבורים חלק מן האחרונים[273]. לדעתם, גט שניתן כשהבעל שוטה, פסול מן התורה, ולא רק מדרבנן. עם זאת, פסלות הגט אינה נובעת מן העיקרון הכללי בדיני שליחות, שלפיו אין השליח יכול לעשות פעולה שהשולח עצמו אינו יכול לעשותה, אלא היא נובעת מהוראה מיוחדת בדיני גטין, שעל פיה רצון הבעל לגרש את אשתו, שהוא אחד מן המרכיבים העיקריים בגירושין, חייב להיות אישי, של הבעל, ואינו יכול להיות נושא לשליחות. אמנם ידוע שהאדם יכול לגרש את אשתו על ידי שליח[274], אולם שליחות זו היא רק לנתינת הגט לידי האישה, שלולי השליחות הייתה חייבת להיעשות גם היא על ידי הבעל, אבל רצון הבעל לגרש את אשתו חייב להיות אישי (יש להטעים שהוראה זו קובעת חריג בדיני השליחות, שכן הכלל בדיני שליחות הוא "שלוחו של אדם כמותו" גם לעניין הרצון המלווה את הפעולה המשפטית, ופעולת השליח נעשית מכוח רצונו שלו ולא מכוח רצונו של שולחו). מאחר שהשליחות לגירושין אינה כוללת את רצון הבעל, מובן מדוע השליח אינו יכול לעשות את שליחותו כל זמן שהבעל אינו שפוי, שהרי בהיעדר רצונו של הבעל, אין הגט יכול לחול, כדברי בעל 'זכר יצחק'[275]: "על הרצון לא שייך שליחות, דבעי שירצה הבעל. ורק כל מה שרצה, מיחשב כאילו רוצה כל העת [כלומר, חזקה שרצונו לגרש לא נשתנה]. אבל בשוטה, פסול ובטל, דלאו בר רצון הוא"[276].

[273] ראה להלן, הערה 275.

[274] הלוא השליחות לגירושין נמנית בתלמוד כאחד ממקורות דיני השליחות. ראה דיוננו לעיל, סעיף 2, ליד ציון הערה 13.

[275] שו"ת זכר יצחק, חלק א, סימן כג, ד"ה אמנם נראה (עמ' צב). וראה עוד: אמרי משה (סוקולובסקי), סימן יח, אות ג; שו"ת אחיעזר, חלק א, סימן כח, ד"ה ולפי זה, בהסבר השני בדעת הטור; חלקת יואב, חו"מ, סימן ג, ד"ה אך; אור שמח, הלכות גירושין, פרק ג, הלכה יב; מרחשת, חלק ב, סימן י, אות ג, ד"ה אבל (אלא שתלה עניין זה במחלוקת בין הבבלי לירושלמי בשאלה אם צריך נתינה לשמה); מנחת אשר (וייס), גיטין, סימן טו, אות ו, ד"ה וראיתי. וראה דיוננו לעיל, סעיף 2, הערה 68.
הסבר זה יכול לסייע בידנו להבין את שיטת בעלי התוספות כפי שהביאה הרשב"א בחידושיו, גיטין ע ע"ב, ד"ה הא דאקשינן. לעיל הבאנו את דברי רבי יוחנן, "אין כותבין אלא לכשישתפה", ונשאלת השאלה: האם יש בעובדה שרבי יוחנן אינו מתייחס לנתינת הגט אלא רק לכתיבתו כדי ללמד שאם הגט כבר כתוב, אין צריך להמתין עד שישתפה כדי לתת את הגט לאשתו? לדעת בעלי התוספות המובאים ברשב"א, אם היה בריא בשעת כתיבת הגט, ניתן למסור את הגט לאשתו, אף על פי שבשעת המסירה נגרעה כשרותו. דבריהם תמוהים לכאורה, שהרי נתינת הגט שלא על ידי הבעל טעונה מינוי שליחות לכל הדעות, ואילו לגבי הכתיבה על ידי אחרים, נחלקו הראשונים אם יש צורך שתיעשה בשליחותו של הבעל או שדי בציוויו, וכי "ציבא בארעא וגיורא בשמי שמיא?!". לפי ההסבר שראינו בטקסט, אפשר שהיא הנותנת! דווקא משום שהנתינה על ידי אחר טעונה שליחות, הרי שלדעת התוספות, גם הרצון עובר לרשות השליח, ומה שהשליח רוצה נחשב כאילו רוצה השולח, ולכן אפשר לתת את הגט אפילו שהשולח השתטה. אבל לעניין הכתיבה, לסוברים שאינה צריכה שליחות, לדעתם גם לא מועילה שליחות, וממילא צריך שתהיה דעת הבעל בשעת הכתיבה ממש, אלא שבדרך כלל אין צורך לשאול את הבעל, כיוון שההנחה היא שלא חזר בו מרצונו, אבל כאן, כיוון שנשתטה, שוב אין לו רצון.
על פי הסבר זה, ניתן להבין יפה את הסוגיה בירושלמי המקבילה לסוגייתנו. ראה להלן, נספח שני לסעיף זה, עמ' 676.

ב. נשתטה השליח

גם גריעת כשרותו של השליח נידונה במשנה בקשר לשליחות להולכת הגט. נאמר במשנה[277]: "הכל כשרין להביא את הגט, חוץ מחרש שוטה וקטן וסומא ועובד כוכבים. קיבל הקטן והגדיל, חרש ונתפקח, סומא ונתפתח, שוטה ונשתפה, עובד כוכבים ונתגייר – פסול. אבל פקח ונתחרש וחזר ונתפקח, פִּתֵּחַ ונסתמא וחזר ונתפתח, שפוי ונשתטה וחזר ונשתפה – כשר. זה הכלל: כל שתחילתו וסופו בדעת – כשר". ממשנה זו עולה ששליח שנגרעה כשרותו אינו יכול להמשיך בשליחותו, ונחלקו האחרונים באשר למעמדו המשפטי של השליח באותה שעה.

לפי גישה אחת, גריעת הכשרות אינה מביאה לסיום השליחות, אלא רק מעכבת אותה, כל זמן שלא יחזור השליח לכשרותו המשפטית.

לפי גישה אחרת, גריעת הכשרות מביאה לסיום השליחות, ולא רק לעיכוב[278]. ונשאלת השאלה: מדוע יכול השליח להמשיך בשליחות אף שלא נתמנה מחדש? כנראה משום ששליח שנגרעה כשרותו אינו שונה משליח שביטל את השליחות באופן חד־צדדי. וכשם ששליח

[276] על הקביעה שבכלל פעולת השליח נעשית מכוח רצונו שלו ולא מכוח רצונו של שולחו, ראה לעיל, סעיף 2, ליד ציון הערה 110.
הקביעה שבגירושין חיוני רצונו האקטואלי של הבעל עשויה לשפוך אור על דברי הרמב"ם בהלכות גירושין, פרק ב, הלכה כ, שבהם השווה בין אונס במכר ובין אונס בגירושין: "שאין אומרים אנוס אלא למי שנלחץ ונדחק לעשות דבר שאינו מחויב מן התורה לעשותו, כגון מי שהוכה עד שמכר או נתן". וכבר תמהו על השוואתו של הרמב"ם בין גט ובין מכר, שכן הדין במכר הוא שאם אנסוהו למכור, המכר תקף, מה שאין כן בגירושין. בשו"ת זכר יצחק, חלק א, סימן כג, ד"ה אמנם נראה (עמ' צב), ביאר שהרמב"ם אינו מתכוון בדבריו להשוות אונס במכר ואונס בגט לעניין התוצאה המשפטית, אלא רק לעניין הגדרת האונס. הסיבה לכך שהתוצאה המשפטית במכר ובגט אינה שווה יסודה לדעתו בהבחנה שהצענו בטקסט. ובלשונו: "במכר, דלא בעי רצון כי אם החלטה, וכל שהחליט מחמת אונסו מכירה היא. אבל בגירושין, דמלבד החלטה תנאי התורה שלא תועיל בלא רצון, אם כן מה לנו שנתרצה מחמת אונס".

[277] משנה, גיטין ב, ה־ו.

[278] כך עולה מדברי בעל גט פשוט בהיקש למה שכתב בעניין גריעת כשרות השולח. ראה לעיל, הערה 262. לדבריו, יש להוכיח כדעת הרמב"ם (שהעיכוב בזמן גריעת הכשרות נובע מתקנת חכמים, אבל מעיקר הדין לא נפסקה השליחות גם בשעת גריעת הכשרות), שאם לא כן, כיצד יכול השליח להמשיך בשליחותו לאחר חזרת השולח לכשרותו בלא מינוי חדש?
על דבריו, תמה המגיה ל'משנה למלך' (ר' יעקב כולי, נכדו של בעל גט פשוט), שהבאנו שם, שהרי שליח שנגרעה כשרותו אין תוקף לשליחותו בזמן גריעת הכשרות מעיקר הדין, ואף על פי כן, לכשתחזור אליו כשרותו, לא יהא צורך במינוי חדש. מוכח מכאן שלגבי השליח, גריעת הכשרות מעכבת את השליחות ואינה גורמת לביטולה, ונמצא שאין סיבה שלא נאמר כן גם ביחס לגריעת כשרותו של השולח!
כפי הנראה, בעל גט פשוט אינו מקבל את הקביעה שהשליחות מעוכבת בזמן גריעת כשרותו של השליח, שהרי על פי גישתו, אם בזמן גריעת הכשרות איבד השליח את מעמדו, יש לראות בכך משום הפסקת השליחות לגמרי, ובכל זאת, לכשתחזור אליו כשרותו, אין צורך במינוי חדש. כך נוקט שו"ת חתם סופר, אבן העזר, חלק ב, סימן ד, ד"ה אך כל זה, בהסבר דברי 'גט פשוט'. בדבריו מניח 'חתם סופר' שקיים הבדל יסודי בין איבוד המעמד של השולח לבין איבוד המעמד של השליח. שליח שנגרעה כשרותו יכול לחזור אחר כך למעמדו, שכן "לא יהיה אלא כקוף בעלמא, ואילו אדם מוסר גיטו לשליח, והשליח מניחו על הקוף, ומייתי להתם, ושם לוקחו מהקוף ונותנו להאשה, והכא נמי כשנשתטה הוא וחזר ונשתפה, הוי ליה כקוף בינתיים". דהיינו, הסתלקותו של השליח מהשליחות היא חד־צדדית, ואינה גוררת בעקבותיה את ביטול המינוי על ידי השולח. לעומת זה, "כשנשתטה המשלח, אי סלקא דעתך דאז פסק כח השליח, אם כן איך ובמה יחזור אחר כך [כשחוזר השולח לשפיות הדעת] בלי שנמלך בהמגרש אחר כך?".

שביטל את השליחות יכול לחזור ולקבלה על עצמו באופן חד־צדדי, כך שליח שחזר לכשרותו יכול לחזור ולקבל על עצמו את השליחות באופן חד־צדדי[279].

פרק חמישי

פשיטת רגל – "בפשיטת רגלו"

לפי החוק, פשיטת רגל של השולח או של השליח מביאה את השליחות לסיומה. ברק מדייק[280] מן העובדה ששליחותו של פושט הרגל מסתיימת, על אף שהיא עוסקת בעניין שאינו קשור לפשיטת הרגל, שסיום השליחות מחמת פשיטת רגל זהה במהותו לסיום מחמת מוות או פירוק חברה. לדעתו, כאשר מוכרז אדם כפושט רגל, חל שינוי קיצוני בתנאים שהיו קיימים בשעה שנוסדה השליחות, ובתנאים אלו אין מקום להמשך השליחות. ברור כי כאשר הוסרה מעל השולח או השליח הגדרתו כפושט רגל, והוא חוזר למצבו הראשון, יש צורך במינוי חדש כדי לבצע את השליחות.

המשפט העברי לא פיתח דיני פשיטת רגל דוגמת המשפט הישראלי[281], ואינו מכיר אפוא במצב שבו נשמטים חובותיו של אדם בשל אי־יכולתו לפרוע אותם. עם זאת, קיים מצב בו מעוקלים נכסיו של החייב בשל אי־פירעון חובותיו. בפרק זה נראה שבמקרים אלו, הסברה נותנת שאין בכך כדי להביא את השליחות לסיומה, אלא לכל היותר לעיכובה ככל שהיא נוגעת לנכסים המעוקלים.

הראשונים חלוקים בשאלה אם ניתן לעקל נכסי חייב לפני שהגיע זמן הפירעון, אם קיים חשש מוצק שלא יוכל לפרוע את חובותיו. רב יהודאי גאון[282] סובר שאף אם הלווה נוהג בנכסיו שלא כשורה ומבזבז אותם, אין בית הדין רשאי לעקלם קודם יום הפירעון, ואילו הרי"ף והרא"ש והרמב"ן[283] סוברים שבמקרה זה יכול בית הדין לעקלם. להלכה פסק 'שולחן ערוך'[284] כדעה האחרונה. הש"ך[285] מדגיש שדברי 'שולחן ערוך' אמורים רק בחייב הנוהג שלא כשורה ומבזבז את נכסיו. אך אם נכסיו מתמוטטים, אין בית הדין יכול להתערב, על אף שהפסדיו של המלווה מוחשיים.

[279] ראה לעיל, ליד ציון הערה 197.

[280] ברק, סעיף 909.

[281] אמנם נמצא בתלמוד המושג "פשיטת רגל", "הפוסק מעות לחתנו ופשט לו את הרגל" (כתובות קח ע"ב, ורש"י שם ד"ה ופשט), אך משמעותו שם שהחייב אינו מתכוון או אינו מסוגל לפרוע למלווה את חובו. מושג זה אינו עניין למציאות משפטית המוכרזת על אדם. על תוקפם של דיני פשיטת רגל מכוח "דינא דמלכותא דינא", ראה הרב משה פיינשטיין, "פשיטת רגל באגודה שיתופית", הלכה ורפואה ג, ירושלים תשמ"ג, עמ' שמח־שמט.

[282] מובא בטור, חו"מ, סימן עג, סעיף טו.

[283] מובא בטור, שם, סעיפים טז־יז.

[284] שולחן ערוך, חו"מ, סימן עג, סעיף י.

[285] חו"מ, שם, ס"ק לד. אמנם בעל הגהות אמרי ברוך על שולחן ערוך, שם, מדייק מדברי הרא"ש, שאף אם נכסי החייב מתמוטטים, בית הדין מעקל את הנכסים, שלא כדברי הש"ך. וראה עוד פתחי תשובה, חו"מ, סימן קיא, ס"ק ו, פוסקים הדנים בעניין זה.

נראה מסברה כי באותם מקרים שבהם מעקלים את נכסי החייב, אין הנכסים עוברים לבעלותו של המלווה, שהרי עדיין אינו זכאי לקבל אותם. המטרה של העיקול היא למנוע מהחייב להבריח את הנכסים, ולצורך זה בית הדין מקפיא אותם ומונע מהחייב כל דרך לממשם[286]. ברור כי כל שליחות לגבי נכסים אלו מוקפאת גם היא, שהרי אין שום אדם יכול לפעול בהם, אף לא בעל הנכסים. אמנם אין סיבה לומר שהשליחות מסתיימת לגבי נכסים אלו, ועל כן אם העיקול הוסר, מפני שהחייב השיג מזומנים ומסוגל לפרוע את חובו, אין כל מניעה על פי ההלכה שתימשך השליחות לגבי אותם נכסים שהופשרו, וכל שכן שתימשך שליחות שלא נגעה לעיקול.

נסכם אפוא, כי בהבדל מן החוק, הרואה בהכרזתו של אדם כפושט רגל שינוי במעמדו של השולח עצמו, לפי המשפט העברי, עיקול נכסי החייב אינו משפיע על מעמדו, אלא פוגע ביכולתו לפעול בנכסים שהוקפאו.

פרק שישי

פירוק תאגיד – "אם היה תאגיד בפירוקו"

לפי החוק, אם השולח הוא תאגיד, פירוקו של התאגיד מביא לסיום השליחות. החוק רואה בפירוק מאורע מקביל למוות בשולח בן אנוש[287], וכמו שהיעדרו של השולח מחמת מותו מביא את השליחות לידי סיום, כן הדברים בפירוק תאגיד.

מעמדם של תאגידים במשפט העברי נתון במחלוקת בין פוסקי הדורות האחרונים. הקושי בהבנת מעמדם נובע מן הקושי בהכרה באישיות משפטית שאינה אדם, כלומר אישיות משפטית נפרדת. בקצרה נאמר כי קיימות שתי גישות עיקריות בהבנת מהותם של תאגידים לפי המשפט העברי. לפי הגישה הראשונה[288], לא ייתכן גוף משפטי שאינו בן אנוש, ועל כן תאגידים לסוגיהם פועלים מכוח הסכם שותפות בין מקימיהם. אחריות התאגיד מוגבלת בתנאים מסוימים [חברה בע"מ], וכל המתקשר עם תאגיד, יודע מראש את תנאי התחייבותם של המתעסקים בתאגיד. לפי הגישה השנייה[289], המחודשת יותר, כשם שניתן לחדש מעשה קניין[290], כן ניתן

[286] נראה כי מעמדם של הנכסים המוקפאים מוגדר בהלכה נכסים "שלו, ואינם ברשותו". כלומר, הנכסים נשארים בבעלותו, אך אינם בשליטתו, והוא מנוע מלפעול בהם. בדומה לזה מצינו בתלמוד: "אמר ר' יוחנן: גזל ולא נתייאשו הבעלים – שניהם אינם יכולים להקדיש, זה לפי שאינו שלו, וזה לפי שאינו ברשותו" (קידושין נב ע"א).

[287] ברק, סעיף 913: "הוראה זו מקבילה להוראה בעניין המוות לעניין בן אדם".

[288] ראה הרב עזרא בצרי, דיני ממונות, חלק ב, שער רביעי, פרק שלישי, הערה 16.

[289] ראה פד"ר י, עמ' 279, ושם נקבע: "חברה בע"מ נחשבת לאישיות משפטית גם לפי משפטי התורה". ושם בהמשך נאמר: "יש לדבר השלכות הלכתיות כשהחברה עוסקת במלאכות אסורות בשבת, מלוה בריבית, מחזיקה חמץ בפסח וכדומה, שהאחריות לכך אינה מוטלת על בעלי המניות של החברה". וראה גם שו"ת מנחת אשר (וייס), חלק א, ירושלים תשע"ג, סימנים קה־קו.

[290] כך למדו הפוסקים מ"דין סיטומתא" המובא בתלמוד, בבא מציעא עד ע"א. וראה גם שולחן ערוך, חו"מ, סימן רא, סעיף א, וסימן רד, סעיף ו.

להמציא מכוח הסכמה גוף משפטי שאינו בן אנוש, והעוסקים בו אינם בעליו אלא פועלים כנציגים מטעמו.

ניתן לקבוע בוודאות כי לפי שתי הגישות, פירוקו של התאגיד מביא לסיום השליחות, אם כי מסיבות שונות לשתי הגישות. לגישה המכירה בתאגיד כגוף עצמאי בדומה לחוק, ברגע שפורק התאגיד, למרות שבעלי התאגיד והעוסקים בו קיימים, מסתיימת השליחות כבמקרה מוות. לגישה הרואה בתאגיד שותפות בתנאים, יש לומר שברגע שהתפרק התאגיד, אין עוד אינטרס משותף של מי שהיו שותפים החברים בתאגיד. מכיוון שכך, בהכרח יש שינוי בהוראות השליחות שקיבל השליח. השליח לא יוכל לפעול עבור שולחיו כגוף אחד, אלא אם כן יש להניח שיש אינטרס אישי של כל אחד ואחד מחברי התאגיד שפורק, שהשליח ימשיך לפעול, אך נראה כי אין זה מכוח המינוי הראשוני. וראה עוד דברינו בסעיף 17(ב) לחוק.

פרק שביעי

סייג לסיום השליחות – ס"ק (ב)

א. "הרשאה להבטחת זכותו של אדם אחר"

סעיף קטן (ב) קובע שאם השליחות נוצרה להבטחת זכותו של אדם אחר או של השליח, וזכותם תלויה בביצוע נושא השליחות, לא יחולו הוראות ס"ק (א), והשליחות לא תסתיים גם כשקרה מאורע המביא בדרך כלל לסיומה. הוראה זו יסודה בהנחה שבשליחות להבטחת זכותם של אחרים, זכותו של השולח היא עניין משני, והזכות העיקרית היא זכותו של הצד השלישי[291]. כך למשל כשאדם מוכר את דירתו, ומסיבה כלשהי אין הוא מעוניין או שלא ניתן בעת המכירה להעביר את הבעלות בלשכת רישום המקרקעין (טאבו) על שם הקונה, ממנה המוכר שליח שיעביר את הבעלות בבוא הזמן. במקרה זה, האינטרס של הקונה, המצפה שהעסקה תושלם, הינו העניין העיקרי, וזכויות השולח, הנובעות מיחסי שולח־שליח, הן עניין משני. כיוון שכך, קובע החוק שגם כשהשולח ביטל את השליחות, כשמת או פשט את הרגל, יוכל השליח להמשיך בביצוע השליחות, וכך תמומש ציפייתו של הצד השלישי. למעשה, ייפוי כוח מסוג זה הוא אפוא ייפוי כוח בלתי חוזר, לא מכוח הסכמת הצדדים[292] אלא מכוח הוראת החוק.

המשפט העברי אינו מבחין בין שליחות רגילה לבין שליחות שנוצרה להבטחת זכותו של אחר, ובשני המקרים יכול השולח לבטל את השליחות (והשליחות מסתיימת מאליה עם מותו, והיא מעוכבת בגריעת כשרותו). כך למשל באה לפני הרשב"א[293] שאלה בעניין לווה שחזר בו מרשות שנתן לנושה שמושכנה לו חנות למכור את החנות אם החוב לא ייפרע בזמן. הרשב"א

[291] ראה: ע"א 591/77 אבירם נ' ק' שטרן ואח', פ"ד לב(1) 737, 744 (1978); דנ"א 1522/94 נייגר נ' מיטלברג, פ"ד מט(5) 314, 325־326 (1996); על"ע 20/08 הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בתל אביב יפו נ' עו"ד רבקה רוטשילד (פורסם בנבו, 1.9.2009).

[292] ראה להלן, ליד ציון הערה 295.

[293] שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן אלף י. הובא להלכה בהגהת הרמ"א, חו"מ, סימן עג, סעיף יז. וכעין זה ראה תשב"ץ, חלק א, סימן נב, שמות הלווה מבטל את זכות הנושה למכור את המשכון. וראה בית יוסף,

קובע שהרשות שניתנה לנושה למכור את החנות אינה מקנה לו יותר ממעמד של שליח רגיל[294]. אשר על כן, "עכשיו שהוא [הלווה] מוחה בידו, הרי בטל שליחותו [של הנושה], והרשות בידו. ואפילו מכָרוֹ שמעון [הנושה] לאחר שמיחה ראובן בידו, מִכרוֹ בטל, שכבר נתבטל שליחותו".

עמדה זו של המשפט העברי יוצרת קושי מעשי בחיי המסחר, שכן הצד השלישי מבקש להבטיח את קיום השליחות כתנאי לביצוע העסקה. נשאלת אפוא השאלה: כיצד אפשר מעשית להגן על ציפיותיו של הצד השלישי? בשאלה זו נעסוק בפרק זה.

ב. דרכים למניעת ביטול השליחות

(1) ביטול מראש של הביטול

על פי המשפט הישראלי[295], זכותו של השולח לבטל את השליחות היא זכות מוחלטת שאינה ניתנת להתניה. אמנם אם התחייב השולח שלא לבטל את השליחות, יהיה השליח זכאי לתבוע ממנו פיצויים, אם יעשה כן בכל זאת, אבל אין ב"ייפוי כוח בלתי חוזר" כשלעצמו כדי לשלול מן השולח את אפשרות הביטול, ורק אם ניתן ייפוי הכוח להבטחת זכותו של אחר, השולח מנוע מלחזור בו ממנו, לא מכוח החוזה אלא מכוח החוק, כפי שהוטעם כבר לעיל.

גם המשפט העברי, אינו מכיר בתוקפה של התחייבות שלא לבטל את השליחות[296], אבל

חו"מ, סימן קנ, סעיף ז, מה שהשיג עליו בנסיבות אותו המקרה. וראה מה שהשיב הב"ח, שם, ד"ה הב"י העתיק.

294 והוא מדגיש שהוא הדין אפילו כשנעשה המינוי בקניין: "אם לא פרעתיך לזמן פלוני תהא רשות בידך, רשות שלימה וכח יפה בקנין גמור, למכור החנות הנזכר". והעיר על כך הש"ך, חו"מ, סימן עג, ס"ק נב.

295 ראה ע"א 650/80 אמפיסל (ישראל) בע"מ נ' נעימי, פ"ד לז(3) 780, 786 (1983). וראה גם ברק, סעיף 894.

296 קביעה זו אינה מוסכמת על הכל. הרדב"ז, הלכות שלוחין ושותפין, פרק ג, הלכה ח, כותב בעניין מורשה לתביעה: "ואם התנה השליח שלא יכול לבטלו – הכל לפי תנאו". וכן כתב גם שו"ת פרי החיים, חו"מ, סימן כ, ד"ה אמנם כך נעיין שפיר: "כמו בכל משלח ששלח שליח למכור על מנת שלא יוכל לבטלו, דאין המשלח יכול עוד למוכרו". וכן עולה כנראה גם משו"ת מים חיים (רפפורט), חלק ב, חו"מ, סימן יח, כפי שהעיר הרב אוריאל לביא, "חזרה מהסכם שנעשה בבית דין, ומעמדו של יפוי כוח בלתי חוזר", עטרת דבורה, חלק ב, קשת תשס"ט (להלן: לביא), סימן כד, עמ' 808, בעמ' 811. כך משתמע גם מדברי הרב צ"י בן־יעקב, "מורשה והרשאה", משפטיך ליעקב, חלק ב, סימן לו, אות יב, שיש תוקף לייפוי כוח בלתי חוזר, מכוח הכלל: "כל דבר שבממון – תנאו קיים". אולם דברים אלו תמוהים, שכן במה שונה הבטחת השולח שלא לחזור בו מן המינוי מכל הבטחה אחרת, שהכלל במשפט העברי הוא שאפשר לחזור ממנה! אמנם אם נוצרה תוצאה משפטית על בסיס הסכמה מסוימת בין הצדדים, הסכמתם מחייבת. אך כל זמן שלא נוצרה תוצאה משפטית מעין זו, אין ההסכמה אלא בגדר הבטחה שאין מניעה לחזור ממנה. ואכן ראה שו"ת מהריט"ץ (ישנות), סימן קכז, ד"ה והשתא אחרי הודיע: "ואף על גב דכתב [השולח] דקנה קניין במקום שבועה שלא לבטלו [את השליח], לא מהני, דקניין דברים הוא" (אמנם מדבריו משתמע שלא כן הוא אם השולח נשבע שלא לבטל את השליחות. עם זאת, דומה שאם עבר על שבועתו וביטל את השליחות, אף שעבר בכך על איסור דתי – השליחות בטלה). כך כתב גם הרב צבי פסח פרנק, בספרו הר צבי, על הטור, חו"מ, סימן קכב (מובא אצל לביא, עמ' 812). וראה גם שו"ת מגדל צופים (אקסלרוד), חלק א, סימן נו (מובא בהסכמה בפסקי דין ירושלים י, עמ' רכא, בעמ' רכו), שהשולח יכול לחזור בו גם מייפוי כוח בלתי חוזר (עם זאת, אין ייפוי כוח בלתי חוזר חסר משמעות לחלוטין, שכן יש נסיבות שהוא עשוי לשמש כראיה לרצינות כוונתו של השולח למנות את השליח כשלוחו, בניגוד לייפוי כוח רגיל, שעשוי להתפרש כמינוי למראית עין בלבד).

רבנו פרץ[297] העלה את האפשרות שהשולח יבטל את הביטול מראש, וכך ימנע למעשה את ביטול השליחות[298].

הר"ן[299] דוחה את דברי רבנו פרץ מכל וכל משתי סיבות. ראשית, על פי הכלל "אתי דיבור ומבטל דיבור", יש לתת עדיפות ל"דיבור" המאוחר על פני ה"דיבור" המוקדם, ונמצא שאי אפשר למנוע את ביטול השליחות, שכן ביטול השליחות, הבא בשלב מאוחר יותר, מבטל את ה"דיבור" המוקדם שהתיימר לבטלו מראש. ובלשונו: "כי בוודאי אין הביטול הקודם מועיל לבטל הביטולין הבאים לאחר מכאן. דכיוון דקימא לן 'אתי דיבור ומבטל דיבור', הדיבור האחרון הוא עיקר, ובטל כל הדיבורים הקודמים אליו"[300]. שנית, יש לשלול את עצם המושג "ביטול מראש", משום שאי אפשר לבטל "דיבור" שאינו קיים אלא רק "דיבור" שכבר קיים[301]. לשון אחר, לא זו בלבד שהביטול המוקדם (ביטול הביטול) נדחה מפני הביטול המאוחר (ביטול השליחות), הוא אף חסר משמעות.

בתי הדין הרבניים משתמשים בייפוי כוח בלתי חוזר (בעיקר בהסכמי גירושין). ראה: פד"ר ב, עמ' 96; פד"ר ג, עמ' 379; פד"ר ד, עמ' 337. אולם עובדה זו אינה מוכיחה שלדעתם ייפוי כוח כזה אינו ניתן לביטול. אולם ראה שו"ת בניין אב (בקשי־דורון), חלק ג, סימן סג, אות ה, שניתן להסיק מדבריו שהמשפט העברי עשוי להכיר בתוקפו של ייפוי כוח בלתי חוזר, כנראה מכוח "דינא דמלכותא". הרב לביא בוחן גם את האפשרות להכיר בתוקפו של ייפוי כוח בלתי חוזר מכוח התחייבות או מכוח סיטומתא. ראה שם, עמ' 812־813. והשווה שו"ת מהריט"ץ, שם: "...אם לא שקונים במקום ההוא לנהוג בלשון הזה חמר שבועה".

297 רבנו פרץ, הובא בשו"ת הר"ן, סימן מג.

298 את דעתו הוא מבסס על דין "מודעא", הדין המאפשר ביטול מראש של פעולה משפטית עתידית. לדעתו, כשם שניתן לבטל "מודעא" שניתנה בעבר (על ביטול מודעה, ראה להלן, נספח ראשון לסעיף זה, הערה 322), כך ניתן לבטל מראש מודעה העתידה להימסר. במילים אחרות, ניתן לבטל את הביטול מראש. כפי הנראה מלשונו שם, מסדרי הגטין נהגו לדרוש מהבעל להצהיר שהוא מבטל הן את המודעות שמסר בעבר הן את המודעות שהוא עתיד למסור (על הצהרה מעין זו, ראה: שו"ת מהרשד"ם, אבן העזר, סימן קיד, ד"ה טופס המתנה; שו"ת בנימין זאב, סימן נב, ד"ה נוסח שטר; שו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, חו"מ, סימן כה, ד"ה וזה הוא).

ויש להקשות על שיטתו מעצתו של רב יהודה המובאת בתלמוד בסוגיית "גילוי דעתא בגיטא" (ראה לעיל, הערה 143). מדוע לא דרש רב יהודה מהבעל שיכריז שהוא מבטל את כל הביטולים לעתיד, והרי זו עצה פשוטה יותר מהתחבולה שנקט רב יהודה? רבנו פרץ התקשה בכך בעצמו. ראה שם תירוצו והשגת הר"ן על תירוצו. וראה עוד שו"ת מהר"י בן לב, חלק ג, סימן צג, שהתקשה בדברי רבנו פרץ, מה ראה רבן גמליאל לתקן את תקנתו (שהובאה לעיל, ליד ציון הערה 105). וראה שם מה שתירץ.

299 שו"ת הר"ן, סימן מג.

300 וראה שו"ת מהר"י בן לב, חלק ג, סימן צג. לדעתו, דברי הר"ן נכונים רק אם השולח התייחס במפורש בביטולו לביטול הביטול שעשה מראש, שרק אז מן הדין לתת עדיפות לדיבור האחרון. כך הוא מבקש ליישב את דברי רבנו פרץ, היינו אפשר שרבנו פרץ התכוון בדבריו רק לביטול סתמי, ולכן יש בכוח הביטול המוקדם לבטלו, ולא לביטול השולל במפורש את תוקף הביטול שנעשה מראש. נוסיף שכעין הבחנה זו מצאנו בעניין ביטול נדרים, המיוסד גם הוא, לדעת הש"ך (חו"מ, סימן רנה, ס"ק ו, ד"ה ולפי מ"ש דהקדש) על הכלל "אתי דיבור ומבטל דיבור". ראה נדרים כג ע"ב: "והרוצה שלא יתקיימו נדריו כל השנה, יעמוד בראש השנה ויאמר 'כל נדר שאני עתיד לידור יהא בטל', ובלבד שיהא זכור בשעת הנדר". שואל התלמוד: "אי זכור, עקריה לתנאיה וקיים ליה לנדריה [=אם הוא זוכר, הרי עקר את תנאו ונתן תוקף לנדרו!]". והוא עונה: "אמר אביי. תני: ובלבד שלא יהא זכור בשעת הנדר". וראה: שו"ת לב שלמה (חלמא), סימן ה; חידושי רבי שמעון יהודה הכהן (שקאפ), נדרים, סימן יז; הרב א' גורביץ (לעיל, הערה 48), אות ה.

301 כך נראה לפרש את דבריו שם, ד"ה ועוד שאיני מוצא, אם כי צריך להודות שדבריו שם אינם חד־משמעיים.

האם קיימות דרכים נוספות להבטחת ציפיותיו של צד שלישי להשלמת השליחות? מיד נראה כי ניתן להבטיח את ביצוע השליחות בכמה דרכים.

(2) הקניית מושא השליחות

א. דרך אחת להבטחת קיום השליחות עולה מסוגיית התלמוד במסכת גיטין[302], העוסקת בלווה הממנה שליח לפריעת חובו, ובה נחלקו האמוראים רב ושמואל. לדעת רב, כשהלווה ממנה את שלוחו בלשון "הולך מנה לפלוני שאני חייב לו", הרי שאף על פי שהלווה נושא באחריות עד שהמלווה מקבל את כספו, "אם בא לחזור – אינו חוזר". רב סובר שמאחר שהחייב נתן את הכסף לשלוחו, זכה כבר המלווה בכספו, והשולח אינו יכול עוד לבטל את השליחות. שמואל חולק עליו וסובר ש"מתוך שחייב באחריותו, אם בא לחזור – חוזר". שמואל סובר שמכיוון שהשולח נושא באחריות כסף הפירעון, הכסף עדיין ברשותו, ולכן הוא זכאי גם לבטל את השליחות.

התלמוד מוסיף שאם אמר הלווה לשלוחו "זכה במעות אלו לפלוני", אף לדברי שמואל, זכה המלווה במעות, והלווה אינו יכול לחזור בו. הלכה זו מבוססת על הכלל: "זכין לאדם שלא בפניו"[303]. מהלכה זו עולה שאם הועברו כבר לצד השלישי זכויות קנייניות בחפץ מושא השליחות, אין עוד מקום לחשוש מפני ביטול השליחות.

ב. אפשרות נוספת להבטחת ביצוע השליחות היא הקנאה על מנת להקנות. על פי המשפט העברי, ניתן להקנות חפץ לאדם כדי שיַקנה אותו לאדם אחר, ומלבד מטרה זו אין לקונה (הראשון) כל זכות בנכס[304]. אשר על כן, כאשר צד שלישי מעוניין להבטיח שהשולח לא יחזור בו לפני ביצוע השליחות, יכול השולח להקנות לשליח את החפץ מושא השליחות על מנת שיקנה אותו לצד שלישי. במצב זה, השולח אינו עוד הבעלים על החפץ, ולכן אינו יכול לבטל את השליחות כלפי צד שלישי (הקונה)[305].

[302] גיטין יד ע"א.

[303] על דין "זכין לאדם שלא בפניו", ראה נספח, עמ' 767.

[304] ראה נדרים מח ע"ב. בסוגיה זו מובאת מחלוקת אמוראים בשאלה אם קניין על מנת להקנות מועיל. מהמשך הסוגיה עולה שכאשר נעשה הקניין "מעכשיו" (דהיינו כשהקונה הראשון זוכה בנכס לאלתר), מודים הכל שהקניין מועיל. ראה ר"ן, שם, ד"ה ועוד סודרא. וראה עוד ש"ך, חו"מ, סימן רי, ס"ק א. הש"ך דן בדברי שולחן ערוך, שם, סעיף א, הפוסק שהאדם יכול להקנות מתנה לעובר שלו על ידי אדם אחר. הש"ך מתקשה, כיצד ניתן להקנות מתנה לעובר, שהרי עדיין אינו אישיות משפטית (בחוק הישראלי הדבר אינו אפשרי, אבל בהצעת חוק דיני ממונות, התשע"א־2011, סעיף 180, מוצע לאפשר לתת מתנה לעובר, וראה בדברי ההסבר התייחסות המשפט העברי להצעה). תשובתו היא, שכיוון שניתן עקרונית להקנות את הנכס לאַחֵר על מנת שהלה יַקנה אותו לעובר לאחר שייולד, "הוי כאילו אמר 'אני מודה שהקניתי לבני בקני מעכשיו על מנת להקנות'". לדברי הש"ך, גם כשהמקנה לא נקט לשון הקנאה על מנת להקנות, יש להניח שלכך התכוון. מדברי הש"ך האלו, ניתן אולי להסיק שגם בדיני השליחות, כשהכרח להשתמש בדרך בה השליח קונה את החפץ מושא השליחות על מנת להקנותו לצד שלישי, יש להניח שהשולח עשה כן, גם אם לא השתמש בנוסח הדרוש (אם כי ניתן גם להבחין בין שני המקרים, שכן בנידון הש"ך, הקנאת החפץ היא אינטרס של המקנה, "ואנן סהדי דגמר ונתן לבנו באופן המועיל", ואילו בנידון דידן היא אינטרס של צד שלישי).

[305] בפתרון זה נוקט גם הרב לביא (לעיל, הערה 296), בעמ' 813, כשהוא מסתמך על חידושו של נתיבות המשפט, סימן נו, ס"ק ה, בגדר דין "שליש". פתרון זה הוצע על ידי י' אונגר, חוק לישראל, נאמנות בנכסים, ירושלים תש"ע, עמ' 15־16, כיסוד לתוקפה של נאמנות (כשהוא מסתמך על ר' זלמן נחמיה גולדברג, "הפרשת תרומות ומעשרות בחנות של נכרי", המעיין מ(ג), תש"ס, עמ' 43), והסכים לפתרון זה הרב אשר וייס, חוק לישראל, שם, עמ' 646.

ג. הפתרון הראשון שהעלנו למניעת הביטול שנוי במחלוקת והפתרונות האחרונים מוגבלים למקום שאפשר להקנות את החפץ מושא השליחות. הצד השווה שבהם שהם מחייבים התנאה מראש. ההגנה של החוק מקיפה, פשוטה ויעילה יותר, ומאחר שהיא הכרחית לחיי המסחר כיום, נראה לנו ראוי שהמשפט העברי יאמץ אותה.

פרק שמיני

סיכום

א. סעיף 14(א) מונה ארבע דרכים לסיום השליחות, בין מצד השולח בין מצד השליח: ביטול השליחות, מוות (ואם מדובר בתאגיד – פירוקו), גריעת כשרות משפטית ופשיטת רגל[306].

[306] כבר הערנו לעיל, הערה 1, שהחוק אינו מונה את כל דרכי סיום השליחות. כך לדוגמה הוא אינו מציין שהשליחות מסתיימת משהוגשמה מטרת השליחות. כאן המקום לציין שאכן עם ביצוע השליחות השליח חדל מלתפקד כשליח (אם כי חובת הנאמנות ממשיכה לחול עליו. ראה דיוננו על סעיף 8, ליד ציון הערה 134), וגם אם בסופו של דבר פעולתו לא השיגה את מטרתה, הוא אינו יכול לשוב ולבצע את הפעולה בלא מינוי חדש. דוגמה לכך יש בתלמוד (גיטין סג ע"ב) בעניין שלוחים שנתבקשו לכתוב גט ולחתום עליו (כשמסירת הגט הופקדה בידי אחרים. וראה לעיל, סעיף 7, הערה 61) ואבד הגט לפני שנמסר לאישה. נקבע שהשלוחים אינם יכולים לשוב ולכתוב גט אחר, שכן כבר עשו שליחותם. לדוגמה נוספת ראה משנת חכמים (הוכגלרנטר), הלכות יסודי התורה (בתחילתם), צפנת פענח, אות כא, הסבור ששליח שהפריש תרומה אינו יכול להישאל עליה בפני חכם (לבטלה למפרע) משום ש"כבר עשה שליחותו" (מובא בפתחי תשובה, יורה דעה, סימן שלא, ס"ק ו). וכך נקטו גם בין השאר: אור שמח, הלכות גזלה ואבדה, פרק ה, הלכה ד, ד"ה ודע דאמרו; שו"ת הר צבי, זרעים, חלק א, סימן קיא, ד"ה ויעוין עוד. והשווה שו"ת חתם סופר, יורה דעה, סימן שכ (הובא בפתחי תשובה, שם), הדוחה את נימוקו של בעל 'משנת חכמים', שכן לדעתו כשהוא נשאל על ההפרשה מחזיר השליח את הגלגל לאחור וממילא לא נסתיימה שליחותו. אבל ראה שו"ת אור גדול, סימן ט, פיסקא ב, אות ג, ד"ה ובזה (עמ' 132), ושם, ד"ה אמנם עכ"ז (עמ' 133), שמשיג על חתם סופר "דלתרום עשאו שליח ולא לשאול" (כלומר, לדעתו ביטול הפעולה אינו אפשרי על ידי השליח משום שהוא חורג מהרשאתו). לעניין זה ראה בהרחבה: כל נדרי (שטסמן), פרק סו, הלכה ג; מנחת אשר (וייס), במדבר, סימן כו. וראה דיוננו על סעיף 2, הערה 110.
שאלה יפה היא: האם ביצוע הפעולה מסיים את השליחות באופן מיידי? או שמא, השליח יכול לחזור בו מן הפעולה "תוך כדי דיבור" כשם שניתן לחזור "תוך כדי דיבור" מכל פעולה משפטית על פי הכלל "כל תוך כדי דבור כדבור דמי" (בבא בתרא קכט ע"ב; נדרים פז ע"א. וראה לעיל, הערה 123).
בשאלה זו נחלקו הפוסקים: יש הטוענים שדינו של השליח כדין כל מבצע פעולה משפטית וגם הוא יכול לחזור בו מפעולתו "תוך כדי דיבור", וכפי שעולה לכאורה בהיקש לדברי הרשב"א ו'מגיד משנה' המובאים לעיל, הערה 123, הקובעים שהשולח יכול לבטל את השליחות בפרק זמן זה, ומכאן שעד אז לא מסתיימת השליחות ועל כן גם השליח יכול לחזור בו מן הפעולה (וראה עוד חידושי כתב סופר, גיטין לב ע"ב, ד"ה ודע, שנוטה לומר שהשליח יכול לחזור בו מפעולתו "תוך כדי דיבור" אף בקידושין ובגירושין, שכן הטעם שניתן לכך שהשולח אינו יכול לחזור בו מהם אינו רלוונטי בשליח). ויש הטוענים שהשליח אינו יכול לחזור בו מפעולתו אפילו תוך כדי דיבור, ועם ביצוע פעולת השליחות נסתיימה שליחותו. ראה: יד המלך, הלכות גירושין, פרק ו, הלכה טז, ד"ה ולפי הצעת; חזקה רבה, אבן העזר, הלכה צה, ענף כו (בסופו), ד"ה ומן האמור. וראה שיעורי ראש הישיבה, רבי דוד פוברסקי זצ"ל, גיטין, חלק א, בני־ברק תשס"ז, סימן יא, אות רמא, ד"ה ואפשר.
[על מקורה והגיונה של ההלכה לפיה אפשר לחזור מפעולה משפטית תוך כדי דיבור, נחלקו הדעות בין

סעיף קטן (ב) מסייג את סיום השליחות, וקובע שאף בהתקיים אחד מן האירועים הללו, אין השליחות מסתיימת, אם מטרתה היא הבטחת זכותו של השליח או של צד שלישי, וזכותם תלויה בביצוע נושא השליחות.

את ההיגיון שבאופני סיום השליחות, תולה ברק בעובדה שהיסוד לדיני השליחות במשפט הישראלי הוא הקשר האישי וההבנה ההדדית שבין השולח לבין השליח. כל אחד מהאירועים הללו פוגם באותו קשר, וממילא נשמט הבסיס לשליחות.

ב. המשפט העברי מכיר בזכותו של השולח לבטל את השליחות, אך בעוד שלפי החוק, ניתן לבטל שליחות בכל דרך שהיא, ובלבד שתוכח כוונת הביטול, לפי המשפט העברי, נדרש דיבור פורמלי לביטולה, אם כי ייתכן שגם כתיבה או רמיזה או כל פעולה אחרת (להבדיל מהבעת רצון) המעידה על הביטול עונה על דרישת הפורמליות[307]. יש אומרים שדרישה פורמלית נוספת היא שהביטול ייעשה בפני השליח, בפני הצד השלישי או בפני שני עדים, אך אחרים סבורים שדרישה זו קיימת רק בשליחות להולכת הגט, בגלל התוצאות החמורות העלולות לנבוע מביטול שליחות זו[308]. אף אם לא התמלאו כל הדרישות הפורמליות לביטול השליחות, יש מן הפוסקים הסבורים שאמנם השליחות לא בטלה, אך מכוח חובת הנאמנות, על השליח לעכב את ביצועה.

כאשר השולח חזר בו ממטרת השליחות אך לא ביטל אותה, נחלקו הדעות: יש מי שסבור שהשליחות מעוכבת, ופעולת השליח חסרת תוקף, אף אם לא ידע על השינוי; ויש מי שסבור שהשליח רשאי להמשיך בשליחותו, אף שידע שהשולח שינה את דעתו; ובתווך יש מי שסבור שאם נודע לשליח על שינוי דעתו של השולח, עליו לעכב את שליחותו, אך כל זמן שלא נודע לו על כך, שליחותו נמשכת כבתחילה.

החוק מכיר בביטול השליחות גם על ידי השליח. הכרה זו אינה מובנת, שכן היא עומדת בסתירה לתפיסת החוק את השליחות כפעולה חד־צדדית של השולח. במשפט העברי, יש מחלוקת בשאלה אם גם השליח משתתף ביצירת השליחות, ובהתאם לכך נחלקו הפוסקים בשאלה אם השליח יכול לבטל את השליחות[309]. לגישה המכירה באפשרות ביטול השליחות על ידי השליח, ייעשה הביטול כפי הנראה בדיבור פורמלי דווקא.

ג. לפי החוק, מותו של השולח מסיים את השליחות, וכן היא גם עמדת המשפט העברי,

הראשונים: לדעת רבנו תם (תוספות, בבא בתרא קכט ע״ב, ד״ה והלכתא) יסודה של הלכה זו בתקנת חכמים; הר״ן (נדרים פז ע״א, ד״ה והלכתא) טוען שגמירות הדעת משתכללת רק בתום פרק זמן זה; מדברי הריטב״א (נדרים פו ע״ב, ד״ה וכתבו בתוס׳) עולה נימוק שלישי, שפרק זמן זה נדון כיחידה אחת וכאילו עדיין לא סיים האדם את דיבורו (״רחושי מרחשן שפוותיה״). האחרונים דנו בשאלה: האם החזרה בתוך כדי דיבור מבטלת את הפעולה למפרע או מכאן ולהבא. ראה: ברכת ראש (אשכנזי), נזיר ט ע״ב, אות ג ואילך; שו״ת אחיעזר, חלק ב, סימן כה, אות ח; תורת מיכאל, סימן לו, ד״ה ויל״ע (וראה בסוף דבריו הפניות לפוסקים שדנו בענין זה). על הסייג לכלל זה בשליחות לקידושין ולגירושין, ראה לעיל, הערה 123].

307 יש מן הפוסקים הסבורים שחריג לכך הוא ביטול שליחות, כשעדיין לא התמנה השליח או שהשליחות עדיין לא נכנסה לתוקף, שבמקרה זה אין צורך במעשה פורמלי לביטולה.

308 אם כי בתקנה מאוחרת, בוטלה האפשרות לבטל שליחות להולכת גט בפני שניים בגלל התוצאות החמורות של שימוש באופציה זו.

309 אם כי ייתכן שכאשר שליח להבאת גט מבטל את שליחותו, השליחות מתבטלת מכוח דינים מיוחדים בהלכות גטין.

אם כי יש מהפוסקים שכתבו שהשליחות קיימת, אלא ששוב אין היא רלוונטית, שכן מטרתה סוכלה. ויש מהפוסקים שכתבו שגם אם הסתיימה השליחות המקורית, יוכל השליח להמשיך לפעול בנושא השליחות כשלוחם של היורשים מכוח דיני אפוטרופסות או כמינוי מכללא.

גם במותו של השליח, מסתיימת השליחות, אך ייתכן שאדם אחר יוכל להמשיך בה מדין "זכין לאדם [במקרה זה, השולח] שלא בפניו".

כאשר השולח הוא תאגיד, פירוקו של התאגיד שקול למותו של השולח, והשליחות מסתיימת. בנושא זה, דעת המשפט העברי עולה בקנה אחד עם החוק.

ד. לפי החוק, גריעת כשרותו המשפטית של השולח מסיימת את השליחות. לא כן במשפט העברי. אמנם פסול דין אינו יכול למנות שליח, אך שליח שמונה כדין אין שליחותו מסתיימת עם גריעת כשרותו המשפטית של השולח, אם כי היא מעוכבת. ויש מי שאומרים שאין השליחות מעוכבת אלא אם כן היא שליחות להולכת גט. וגם בגריעת כשרותו המשפטית של השליח, לדעת רוב הפוסקים שליחותו מעוכבת, אך לא מסתיימת[310].

ה. החוק קובע שפשיטת רגל של השולח או השליח מסיימת את השליחות. לא כן במשפט העברי, שאינו מכיר כלל בפשיטת רגל כפי שהיא מוכרת בחוק הישראלי. עם זאת, אם נכסי השולח־החייב עוקלו, לא יוכל השליח לבצע בהם כל פעולה.

ו. בניגוד לחוק הישראלי, אין המשפט העברי מבחין בין מטרת השליחות לטובת השולח או לטובת השליח או לטובת צד שלישי, ובכל מקרה תסתיים השליחות (או תעוכב) אם אירע אחד מהאירועים המסיימים אותה. עם זאת, ניתן להבטיח את האינטרסים של השליח או הצד השלישי באחת משלוש דרכים: ימסור השולח מודעה על ביטול השליחות; יַקנה השולח לצד השלישי את הנכס מושא השליחות בזמן מינוי השליח; יקנה השולח את מושא השליחות לשליח על מנת להקנותו לצד השלישי. אולם לאור הבעייתיות והחלקיות שבפתרונות אלו ולאור צורכי חיי המסחר, נראה לנו ראוי שהמשפט העברי יאמץ את ההסדר שבחוק.

פרק תשיעי

הצעת נוסח לפי המשפט העברי

על פי המשפט העברי, מוצע אפוא לנסח את הסעיף כך:

סיום השליחות

14. (א) השליחות מסתיימת בביטולה על ידי השולח או השלוח, וכן במותו של אחד מהם או – אם היה תאגיד – בפירוקו.

(ב) הוראות סעיף זה לא יחולו אם ניתנה ההרשאה להבטחת זכותו של אדם אחר או של השלוח עצמו, וזכותם תלויה בביצוע נושא השליחות.

[310] אמנם ראינו שיש פוסקים הסבורים ששליחותו של שליח שנעשה פסול דין מסתיימת, אך גם הם מודים שאין צורך במינוי השליח מחדש עם חזרת כשרותו המשפטית, כנראה משום שלדידם מינויו של השולח נשאר כל העת תלוי ועומד.

נספח ראשון

מסירת "מודעה" על השליחות

(לפרק שני, הערות 44, 94, 178; לפרק שביעי, הערה 298)

א. מבוא

בנספח זה, נרחיב מעט בביטול השליחות שנעשה עוד לפני המינוי. השאלה היא: האם מתאפשר ביטול מוקדם שכזה על יסוד הכלל "אתי דיבור ומבטל דיבור"? לשון אחר, האם יכול דיבור מוקדם של ביטול לבטל את המינוי של השליח, המאוחר לו בזמן? דיון בעניין זה ביחס לפעולה משפטית מצינו במקורותינו בסוגיית "מסירת מודעה", ומשם אנו מבקשים ללמוד לעניין ביטול מוקדם של השליחות.

נאמר בקצרה ש"מסירת מודעה" היא דרך המיועדת בעיקר להגן על אדם שנאלץ לעשות מעשה משפטי בניגוד לרצונו. אדם שנקלע למצב זה יכול להודיע על אונסו בפני עדים קודם עשיית הפעולה, ובכך לשלול מראש את תוקפה. כאמור, נראה שמינוי שליח אינו נופל מכל פעולה משפטית אחרת, וניתן יהיה אפוא למנוע את תוקף השליחות במסירת מודעה מוקדמת על המינוי. בדיוננו להלן, נעמוד על המכניזם המשפטי של המודעה ועל השאלה אם יש צורך באמירה פורמלית או די בגילוי דעת. דיוננו יתמקד במסירת מודעה על גט, וזאת לאור הדמיון שבין ביטול הגט לביטול שליחות (הלוא כבר עמדנו על העובדה שיש מי שטוענים שהמכניזם של ביטול הגט עובר דרך ביטול השליחות[311]).

ב. גישה א: ראיה להיעדר גמירות דעת בשעת ביצוע הפעולה

לפי ההסבר הפשוט, המכניזם של מסירת מודעה אינו פועל מכוח ביטול אלא מכוח גילוי דעת על היעדר רצון. באמצעות מסירת מודעה, מבקש עושה הפעולה (ובענייננו השולח, הממנה סופר ועדים לכתוב גט לאשתו) להפוך את הפעולה לחסרת ערך, שכן היא אינה נעשית מכוח רצונו האמתי אלא מכוח אילוץ. התלמוד[312] דן בשאלה: האם תנאי לתוקף המודעה הוא שהעדים יכירו באונסו של מוסר המודעה? והוא מבחין בעניין זה בין פעולה בתמורה לבין פעולה שלא בתמורה: בפעולה בתמורה, כגון מכר, אין תוקף למודעה, אלא אם כן הכירו העדים באונס; לעומת זה, בפעולה שלא בתמורה, כגון גט ומתנה, אין צורך שהעדים יכירו באונסו של עושה הפעולה, משום שהמודעה בנושאים אלו היא בגדר "גילוי מילתא בעלמא". דברי התלמוד סתומים, ונחלקו הראשונים בשאלה אם משמעם שבפעולה בלא תמורה מועילה מסירת מודעה בלא שהיה אנוס לבצעה.

לדעת אחדים מהם, ובראשם הרשב"ם[313] והרמב"ן[314], גם בפעולה בלא תמורה, המודעה תקפה רק אם היה אנוס לבצע את הפעולה, וההבדל בינה לבין פעולה הנעשית בתמורה הוא

[311] ראה לעיל, הערה 44, מה שהבאנו בשם תורת גיטין, גיטין לב ע"ב, ד"ה תוס' ד"ה התם; ותורת גיטין, אבן העזר, סימן קמא, סעיף ס. וראה שו"ת אוהל משה (רויזמן), חו"מ, סימן ג, ס"ק כ.

[312] בבא בתרא מ ע"ב.

[313] רשב"ם, בבא בתרא מ ע"ב, ד"ה גילוי מילתא.

[314] ראה חידושי הרמב"ן, בבא בתרא מ ע"ב, ד"ה הא דאקשינן. וראה עוד: חידושי הרשב"א, בבא בתרא מ ע"ב, ד"ה מודעא וד"ה אילימא; שו"ת הר"ן, סימן פה.

בדיני הראיות בלבד (דהיינו, עושה הפעולה פטור מהבאת ראיה שהיה אנוס לבצע את הפעולה)[315].

לעומתם, יש כמה מן הראשונים, ובראשם הרי"ף והר"י מיגאש, הנוקטים שהמודעה בפעולות בלא תמורה תקפה, גם אם התברר לאחר מכן שהטענה בדבר האונס שבו היה נתון כביכול עושה הפעולה היא נטולת יסוד. הסיבה לכך היא שלא האונס הוא הגורם לתוקף המודעה אלא היעדר הרצון בתוצאות הפעולה, והלוא עצם מסירת המודעה מעיד שאינו מעוניין בתוצאות אלו[316].

בין כך ובין כך, יסוד תוקפה המשפטי של המודעה על פי גישה זו הוא היעדר גמירות דעת.

ג. גישה ב: ביטול מוקדם

עד כאן הצגנו את הגישה התולה את תוקף המודעה בהיעדר גמירות דעת. נימוק זה נכון לכל מודעה, יהא נושאה אשר יהא. ברם, מדברי הרמב"ם נראה שאמנם הוא הולך בעקבות רבותיו (הרי"ף והר"י מיגאש) ונוקט גם הוא שתוקפה של המודעה בגט ובמתנה אינו תלוי בקיומו של אונס, אולם בעוד שבמתנה הוא מנמק את תוקף המודעה בחוסר גמירות דעת (כפי שעשו רבותיו)[317], בגט הוא אינו מזכיר את גמירות הדעת כלל. וכך הוא כותב[318]: "וכן מי שאמר לשנים 'גט שאני כותב לאשתי בטל הוא', וכתב אחר כך גט ונתנו לה בפני שנים אחרים, הרי זה גט בטל, וזו היא מסירת המודעה על הגט. וכן אם אמר להם 'כל גט שיכתוב לי פלוני בטל' או 'כל גט שאכתוב בבית דינו של פלוני הרי הוא בטל' או 'כל גט שאכתוב מהיום ועד עשרים שנה בטל' – הרי זה בטל". מפשט לשונו של הרמב"ם, עולה שמסירת המודעה בגט אינה מיוסדת על גילוי דעת, כי אם על ביטול מוקדם של הגט, כלומר: "אתי דיבור [מוקדם] ומבטל דיבור [המאוחר ממנו]"[319]. אכן קשה להניח שאדם יוכל לגלות את דעתו

[315] הסיבה שבפעולה שלא בתמורה אין צורך בהכרת העדים באונס היא שהפעולה תלויה ברצונו של הנותן בלבד, וחזקה שאם לא היה אנוס לא היה מוסר מודעה. לפי דעה זו, הביטוי "גילוי מילתא בעלמא" מתייחס לאונס.

[316] גישה זו נוקטים: הרי"ף (תשובות הרי"ף, מהדורת לייטר, סימן מא, ומהדורת בלגוריי, סימן קח); הר"י מיגאש (חידושי הר"י מיגאש, בבא בתרא מ ע"א, ד"ה לא כתבינן) ועוד ראשונים. לפי דרכם, הביטוי "גילוי מילתא בעלמא", שנאמר בתלמוד ביחס לפעולות מסוג זה, אינו מתייחס לאונס (כפירוש הרשב"ם), אלא להיעדר רצון בתוצאות הפעולה. אפשר שלפי דרכם, ההבדל בין פעולה בתמורה לבין פעולה שאינה בתמורה הוא, שבפעולה בתמורה נדרשת רמה פחותה של גמירות דעת, והעיקר הוא המעשה עצמו. וראה על כך הר"מ שפירא (מהדיר) על חידושי הר"י מיגאש, בבא בתרא מ ע"א, הערה 26. וראה עוד דבריו בהרחבה בספרו קונטרס הביאורים, שערי שמועות, סימן מא.

[317] ראה רמב"ם, הלכות מכירה, פרק י, הלכה ג (וראה דבריו בהלכות זכייה ומתנה, פרק ה, הלכה ד): "במה דברים אמורים [שצריך שיכירו העדים באונס]? במוכר או בעושה פשרה. אבל במתנה או במחילה, אם מסר מודעא קודם מתנה, אע"פ שאינו אנוס, הרי המתנה בטלה, שאין הולכין במתנה אלא אחר גילוי דעת הנותן, שאם אינו רוצה להקנות בכל לבו, לא קנה המקבל מתנה". וראה חוק לישראל, פגמים בחוזה, ירושלים תשע"ב, עמ' 281-283.

[318] רמב"ם, הלכות גירושין, פרק ו, הלכה יט.

[319] ראה שו"ת הריב"ש, סימן רלב: "והרמב"ם ז"ל סובר דאף קודם כתיבה יכול לבטל... נראה שדעת הרב ז"ל שכל דבור הבא לבטל הדבר העתיד קרוי מסירת מודעא, ואפילו בלא טענת אונס". וראה בית שמואל, אבן העזר, סימן קלד, ס"ק ב: "נראה [בריב"ש] שם לרמב"ם, אפילו אם אמר בהדיא שהוא אינו אנוס, יכול לבטלו קודם הכתיבה כמו אחר הכתיבה". נראה לפי זה שלשון "מודעא", המשותף למכר ולמתנה

מראש על המצב הנפשי שיהיה נתון בו בעוד עשרים שנה[320]. כך מסיקים כמה מן האחרונים מדבריו, ובראשם ר׳ שמעון שקאפ[321] [322].

מדברי אחדים מן הראשונים השוללים הסבר זה (ביטול מקודם) כהסבר למכינזם של המודעה, נראה שהשלילה אינה בשל סיבה עקרונית, שלא ניתן לבטל דבר טרם יצירתו[323],

ולגט, הוא רק שיתוף השם בלבד. וראה מכתב מאליהו (אלפנדרי), שער ז, סימן ז, שמדייק מדברי הרשב״ם שהיסוד למודעה אינו האונס אלא הביטול.

כאמור, דברי הרמב״ם נאמרו ביחס לביטול הגט. אנו רוצים ללמוד מדבריו את העיקרון, שכשם שניתן לבטל מעשה משפטי שלא בא לידי סיום, מכוח הכלל של ״אתי דיבור ומבטל דיבור״, כך ניתן לבטלו גם לפני תחילתו.

[320] והשווה לדברי הרמב״ן בחידושיו, בבא בתרא מ ע״ב, ד״ה ומ״מ יש להחמיר: ״וזה ודאי אפשר דמסתמא נימא אנוס הוא״.

[321] ראה: חידושי רבי שמעון יהודה הכהן, בבא בתרא, סימן כז; אבן האזל, הלכות מכירה, פרק י, הלכה ח. נציין שעצם הרעיון הועלה כבר על ידי שו״ת הר״ן, סימן פה, בהסבר שיטת הרמב״ם, שמסירת מודעה יכולה לחול גם בלא שיכירו העדים באונסו. ברם, הר״ן דוחה הסבר זה, שכן להבנתו, אילו זה היה המכניזם, הרי שבעצם המינוי יש לראות חזרה מן הביטול. לדיון בדבריו, ראה: מורשת משה (שטינהויז), בבא בתרא, סימן לז, ס״ק ב וס״ק ג; מאור למלך, בבא בתרא, סימן נז, ס״ק ד; אמרי חמד, בבא בתרא, סימן כב, ד״ה הנה בעיקר; ברכת אברהם (ארלנגר), בבא בתרא, סימן מח, ס״ק א; בין המשפתיים, נדרים, סימן כז, ד״ה ומה שכ׳ בזה המאירי. וראה משמרת חיים (רגנשברג), סימן כח, ד״ה והגאון הנ״ל: ״והגאון הנ״ל חידש שכל עיקר כחה של מודעה לבטל הדבר שהאדם עומד לעשות בעתיד הוא לא מפני שמודיע לנו שיהיה אנוס בזמן עשייתו, אלא ביד האדם להצהיר בזמן מן הזמנים שהוא רוצה שמעשים ידועים שיעשה אחר כך לא יהיו חלים, והצהרה זו שעשה עומדת וקיימת כל זמן שלא ביטלה, ואינה נותנת להמעשים ההם שיחולו״. וראה עוד קהילות יעקב (קנייבסקי), סנהדרין, בני־ברק תשמ״ח, סימן יט, ד״ה ובשעהמ״ש, שהבין כן בדעת ׳אור שמח׳.

[322] על פי דרכם, הם מבארים שגם ההליך של ביטול מודעה אין פירושו שעושה הפעולה מצהיר שהדבר נעשה מרצונו החופשי (ראה חידושי רבי שמעון יהודה הכהן (שקאפ), בבא בתרא, סימן כז, ד״ה והנה יש להבין: ״דאם כן, כל ענין של ביטול מודעה ומודעה של מודעה אינו מובן כלל, דאם על ידי מודעה יש לנו הוכחה שמא שנתרצה אחר כך אינו ברצון גמור, מה מהני מה שמבטל אחר כך את המודעה? האם על ידי זה נתחזק לנו גילוי דעת יותר על התרצות ההקנאה או הגרושין, כיון שגם עתה על ידי אונס הוא?״), אלא פירושו שהוא מבטל את הדיבור של מסירת המודעה, מה שמותיר ממילא את המינוי על כנו (״דבטול המודעה הוא מעשה שלישית, שהגרושין הוא מעשה גרושין והמודעה הוא מעשה על פעולת הגרושין, שלא תועיל המעשה, ואחר כך בטל את פעולת המודעה, שלא תועיל פעולתה, וכיון שבטלה פעולת המודעה, ממילא מועלת פעולת הגרושין״. שם, ד״ה הדרן).

[323] ראה לדוגמה הגהות מיימוניות, הלכות מכירה, פרק י, אות א, שהביא בשם רבנו אפרים (הכוונה כנראה לרבנו אפרים מרגנסבורג), שלא מועילה מסירת מודעה על מכר: ״דאין אדם יכול לבטל מה שעתיד לעשות״.

אמנם מצינו לכאורה בנדרים שניתן למסור מודעה על העתיד, ראה נדרים כג ע״ב: ״והרוצה שלא יתקיימו נדריו כל השנה, יעמוד בראש השנה ויאמר ׳כל נדר שאני עתיד לידור יהא בטל, ובלבד שיהא זכור בשעת הנדר׳״ (וראה לעיל, הערה 300). וראה הפלאת נדרים, שם, שלדעתו הוא מכוח הכלל ״אתי דיבור ומבטל דיבור״. וראה שו״ת חבצלת השרון, חלק א, יורה דעה, סימן סג, ד״ה ואמנם בגוף. וראה עוד חזון איש, אבן העזר, סימן קלו (הערות במסכת נדרים), פרק ארבעה נדרים, ס״ק ח, ד״ה שם (ומפנה שם לדבריו בס״ק ה), שלדעתו הוא דין מיוחד בנדרים, שיש בכוח אדם לשלוט על דיבור עתידי (היינו שכיוון שהתנה מקודם שאם יידור, יהא נדרו בטל, חסר ״בביטוי שפתיים״). והשווה ר״ן, נדרים עה ע״ב, ד״ה הא כדאיתא, שממנו עולה לכאורה שמסירת המודעה מועילה מדין ״נדרי טעות״. וראה שערי יושר, שער ה, פרק כב, ד״ה וענין, לביאור דבריו. להרחבה בסוגיה זו, ראה כל נדרי (שטסמן), מילואים, סימן ב.

אלא משום שאם בביטול עסקינן, אדרבה, אם בכל זאת מינה הבעל שליח לכתוב את הגט (בלי לסייג את המינוי), אפשר למעשה לראות בעצם המינוי ביטול של הביטול המוקדם[324], ומדוע לא נלך אחר דיבורו האחרון של עושה הפעולה? אכן, לדעת ר' שמעון שקאפ[325], זו בדיוק הסיבה בצורך שהמודעה תהא קשורה לאמתלה של אונס, שכן לולי האונס, "תלינן ששקל דרכיו בדעתו יותר מבראשונה, דיש לתלות דבמשך הזמן נתוספו לו איזו ידיעות מה שלא חשב אודותם קודם". נמצא אפוא שהצורך באמתלה של האונס בא להחליש את כוחו של הדיבור המאוחר ולאפשר לדיבור של הביטול המוקדם לגבור עליו[326].

ד. גילוי דעת או אמירה מפורשת?

הפוסקים דנו בשאלה אם לצורך מסירת מודעה די בגילוי דעת או שמא נדרשת אמירה מפורשת, דהיינו, אין די במה שהבעל יודיע לעדים שהוא אנוס, אלא הוא צריך לומר גם שהוא מעוניין בביטול הפעולה ("ולכן אני אומר בפניכם שיהא בטל"). שאם לא כן, אין כאן מודעה אלא גילוי דעת בלבד[327].

לאור דברי ר' שמעון שקאפ[328], אפשר שמחלוקת זו יסודה בתפיסת המכניזם של מסירת המודעה, שהרי אם מקור תוקפה של המודעה הוא בהיעדר גמירות דעת בשעת עשיית הפעולה (ומסירת המודעה משמשת ראיה לדבר), יש מקום לומר שדי בגילוי דעת בלבד[329]. לעומת זאת,

[324] ראה חידושי הרמב"ן, בבא בתרא מ ע"ב, ד"ה הא דאקשינן: "אם נאמר [שהמשמעות של ביטולו המוקדם של גט, היינו] בטל שליחות של סופר ועדים, והרי כשחזר ואמר להן 'כתובו', חזר ועשאן שלוחין, וקיימא לן דאתי דבור ומבטל דבור". וראה עוד שו"ת הר"ן (מהדורת פלדמן, ירושלים תשמ"ד), סימן פה (תשובה זו נעתקה מכתב יד, וכפי הנראה נעלמה מעיני האחרונים): "וכל שעשה הפך מדבריו הראשונים, ממילא הם בטלים... הכא נמי כל שבָטל הגט שעתיד לכתוב ולא מחמת האונס, ואחר כך צוה לכותבו, הרי הוא גט כשר, אף על פי שלא בטל המודעא שמסר בפירוש". בהמשך דבריו, מביא הר"ן ראיה מהסוגיה בנדרים כג ע"ב, הדנה בשאלה אם ניתן לבטל מראש נדרים עתידיים. מסקנת הסוגיה היא שאם בשעת הנדר היה הנודר מודע לביטול המוקדם, ואף על פי כן נדר, הרי ש"עקריה לתנאיה וקיים לנדריה". מכאן מוכיח הר"ן: "אלמא כל שהוא עושה מעשה הפך דבריו הראשונים הרי הן בטלין, אף על פי שלא בטלם בפירוש". וראה דברי הר"ן לעיל, הערה 299, במחלוקתו עם רבנו פרץ, הכותב בעניין דומה לנידון דידן. וראה עוד: הרב א' גורביץ, "בדין גילוי דעתא בגיטא ובדין מודעא בגיטא ומתנתא", מוריה, שנה יב, גיליון י־יב (תשמ"ד), עמ' רנד־רסא [=ספר הזיכרון למרן הגרא"ז גורביץ, ירושלים תשמ"ד, עמ' רנד־רסא]; דיברות משה, בבא בתרא, חלק א, סימן לא, ענף ב, ד"ה ולכן קודם (עמ' שעה).

[325] ראה חידושי רבי שמעון יהודה הכהן (שקאפ), בבא בתרא, סימן כז, אות א, ד"ה ועפ"ז.

[326] "אבל אם יש קצת אונס בדבר, אף דאמרינן אגב אונסיה גמר ומקנה, מכל מקום לא נקרא רצון מוחלט יותר מהרצון הקדום שעשה לסתור ולעקר את המעשה שלאחר כך" (שם). וראה דברי מרדכי (מן), גיטין, סימן מט, ד"ה לפי"ז.

[327] השאלה היא, האם הכלל שראינו לעיל, ליד ציון הערה 42, ולפיו "גילוי דעתא בגיטא, לאו מילתא", נכון גם קודם למסירת הגט. ראה: תשב"ץ, חלק א, סימן א, ד"ה השני; שו"ת המבי"ט, חלק ב, סימן לז, בשם מהר"י בי רב; שו"ת מהרי"ט, חלק ב, אבן העזר, סימן יג; שו"ת משאת בנימין (סולניק), סימנים עה־עו; בית שמואל, סימן קלד, ס"ק א; ערוך השולחן, אבן העזר, סימן קלד, סעיף לב; פתחי תשובה, אבן העזר, סימן קלד, ס"ק א. וראה עוד המקורות המובאים להלן, הערה 329 והערה 330.

[328] לעיל, הערה 321. והשווה לדברים המובאים בשמו לעיל, ליד ציון הערה 98.

[329] ראה שו"ת הרי"ד, סימן צג, ד"ה ומאי דכתב מר כי הוא: "דודאי בביטול הגט, שכבר נעשה יפה, אמרינן דגילוי דעתא בגיטא לאו מילתא היא, שאינו מתבטל אלא בביטול גמור, ולאו בגילוי מילתא. אבל בתחלת עשייתו בעינן שיעשה בדעת שלימה, שאם גילה דעתו שאינו עושה בכל לב, לאו גיטא הוא, ולא קשיא

אם מקור תוקפה של המודעה בביטול מראש, אפשר שעליה להיות כפופה לכלל "אתי דיבור ומבטל דיבור", וכשם שדרוש דיבור מפורש, ואין די בגילוי דעת בביטול השליחות שבא לאחר המינוי, הוא הדין בביטול המוקדם שבא קודם המינוי, כפי שנוקטים להלכה חלק מן הפוסקים[330].

נספח שני

נשתטה השולח – סוגיית התלמוד הירושלמי

(לפרק רביעי, הערות 243, 247, 262, 266, 270, 275)

א. מבוא

בדיוננו בעניין גריעת כשרותו של השולח, עסקנו בסוגיית "מי שאחזו קורדייקוס" כפי שהובאה בתלמוד הבבלי. כאמור, לדעת הבבלי יש מחלוקת בין רבי יוחנן וריש לקיש רק בקורדייקוס, שאי שפיות הדעת בו היא מצב זמני וחולף. אבל בנשתטה, לדעת שניהם השליחות מעוכבת, כל זמן שהשולח לא חזר לשפיות דעתו. שאלנו: מהי סיבת העיכוב? ובתשובה הצגנו שלוש גישות. לפי הגישה הראשונה, פסולו של גט שניתן בזמן אי־שפיות הדעת של השולח נובע מדיני השליחות (ולפיהם השליח אינו יכול לעשות פעולה שהשולח עצמו מנוע מלעשותה); לפי הגישה השנייה, פסול הגט נובע מתקנה מיוחדת בדיני גטין, ולא מכוח דיני השליחות (וכן היא דעת הרמב"ם, הסבור שהגט פסול מכוח תקנת חכמים: "שמא יאמרו 'שוטה מגרש'"); ולפי הגישה השלישית, אמנם הגט פסול מן התורה, אלא שהסיבה לכך אינה מדיני השליחות אלא מאופיה המיוחד של השליחות לגירושין, שנחוץ בה רצונו האקטואלי של השולח.

העובדה שהתלמוד מניח כדבר פשוט שהגט נפסל בתקופת גריעת הכשרות בלי צורך לנמק את סיבת הפסול מובנת לגישה הראשונה המנמקת את הפסול מכוח הלכה ידועה בדיני השליחות. לעומת זאת, לגישות האחרות שלפיהן יסודו של הפסול בחידוש בדיני גטין, תמוה

ביטול אתחלת עשייתו". וראה עוד: ב"ח, אבן העזר, סימן קלד, ד"ה ומ"ש אעפ"י; שו"ת ב"ח החדשות, סימן צ, ד"ה תורף; ט"ז, אבן העזר, סימן קמא, ס"ק מח; שו"ת עונג יום טוב, סימן קנח, ד"ה ועיין.

330 לעיל, הערה 48, אות א, הערנו על דעה לפיה רק בגטין אין די בגילוי דעת לביטול שליחות. לגישה זו, אפשר שהוא הדין גם לעניין מודעה, שאין די בגילוי דעת אף שזה קדם למסירת הגט, אבל לא כן בפעולות משפטיות אחרות. כך כותב בענייננו שו"ת מהר"ם אלשיך, סימן עח, ד"ה הנה כלל (וראה: בינת אדם, שער בית הנשים, סימן לב; שו"ת עין יצחק, חלק ב, אבן העזר, סימן לז, המסבירים שדין מיוחד זה בדיני גטין נובע מכך שהגט הוא מעשה חמור, ואם בכל זאת החליט הבעל לגרש את אשתו בלא התנאה מפורשת כדיני התנאים, אות היא שגמר בלבו לגרשה). מהר"ם אלשיך סומך את דעתו על דברי התוספות (גיטין מו ע"א, ד"ה אי אמר) והרשב"א (בחידושיו, שם, ד"ה ונמצא), הסוברים, להבנתו, שרק בגירושין לא די בגילוי דעת. דבריהם נסובים על דברי התלמוד שם לפיהם מי שמגרש את אשתו משום שם רע, אף אם נמצא אחר כך שלא היו דברים בגו, והבעל אומר "אילו הייתי יודע שכן הוא... לא הייתי מגרשה", לא יחזיר אותה, משום לעז. לדעת התוספות והרשב"א, אליבא דאמת אין הגט בטל, גם אם ברור לכל שעל דעת כן גירש אותה, כל זמן שלא התנה על כך במפורש (והשווה: חידושי הרמב"ן, גיטין מה ע"ב, סוף ד"ה גמ' והוא שאמר לה; חידושי רבנו קרשקש (המיוחסים לריטב"א), גיטין שם, ד"ה גמרא אמר רב יוסף (בסופו). ראשונים אלו חולקים על התוספות והרשב"א ונוקטים שאם ידועה הסיבה לנתינת הגט והתבררה לאחר

הדבר שהתלמוד נמנע מלדון בשאלה: מדוע נפסל הגט? שאלה זו קשה במיוחד לפי דרכו של הרמב"ם, הסובר שהגט פסול מכוח תקנה. להלן נראה שהסוגיה בתלמוד הירושלמי והשוואתה לסוגיה בתלמוד הבבלי מהווה מקור חשוב לשיטות אלו.

ב. הרחבת המחלוקת גם ביחס לשוטה

בתלמוד הירושלמי מובאת המחלוקת בין רבי יוחנן וריש לקיש בצורה שונה ולפיה, מחלוקתם[331] אינה מצומצמת לקורדייקוס בלבד, והיא גם בשולח שאיבד את שפיות דעתו באופן קבוע (שוטה). ונשאלת השאלה: מהו לדעת הירושלמי יסוד מחלוקתם?

לכאורה, אפשר היה להציע שיסוד המחלוקת בין רבי יוחנן לבין ריש לקיש הוא בשאלה אם הכלל שהשליח אינו יכול לעשות את פעולת השליחות אם השולח אינו יכול לעשותה בעצמו חל גם בעניין שולח שאיבד את שפיות דעתו לאחר המינוי[332]. אך למעשה, אפשרות זו נדחית מהמשך הסוגיה עצמה, שכן הירושלמי מיישם את המחלוקת בין רבי יוחנן לריש לקיש גם לגבי גט שנתן הבעל עצמו – שלא באמצעות שליח – בהיותו שפוי, אלא שתחולתו דחויה למועד מאוחר יותר. וכך נאמר שם[333]: "נתן לה את גיטה ואמר 'לא יהא גט אלא למחר', ונעשה קורדייקוס, תפלוגתא דרבי יוחנן וריש לקיש [כלומר, האם גם בזה נחלקו רבי יוחנן וריש לקיש]?". מהרחבה זו של המחלוקת לתחום שאינו קשור לדיני שליחות, עולה שיסוד המחלוקת ביניהם אינו בדיני השליחות.

אפשרות אחרת היא שרבי יוחנן וריש לקיש חולקים בשאלת הצורך לתקן תקנה לפסול את הגט, "שמא יאמרו 'שוטה מגרש'"[334]? על פי הסבר זה, מובן לכאורה ההיקש בין גט הניתן על ידי שליח לגט שחלותו דחויה למועד מאוחר יותר, שכן בשניהם קיים חשש שיאמרו "שוטה מגרש"[335]. ברם, יש לדחות גם אפשרות זו, שכן הירושלמי ממשיך ומיישם את המחלוקת בין רבי יוחנן וריש לקיש גם בהלכות שאינן קשורות לגט: תחילה לעניין קרבן חטאת (אם מקריבים על מי שהפריש קרבן חטאת ונשתטה אם לאו), ובהמשך לעניין תרומה ("אמר 'לא יהא תרומה אלא למחר', ונעשה קורדייקוס, תפלוגתא דרבי יוחנן וריש לקיש [כלומר, האם גם בזה נחלקו רבי יוחנן וריש לקיש]?"[336]). מוכח אפוא שיסוד המחלוקת בין רבי יוחנן לבין ריש לקיש אינו בדיני גטין.

מהו אם כן, לדעת הירושלמי, יסוד המחלוקת בין רבי יוחנן לריש לקיש? להלן נציע שתי דרכים לביאור המחלוקת.

מכן כטעות, הגט בטל, ורק בביטול שליחות הוא שנאמר "גילוי דעתא... לאו מילתא". וראה מחנה אפרים, הלכות גירושין, פרק ט, הלכה לה, שמשיג על דברי מהר"ם אלשיך וטוען שגם התוספות והרשב"א מודים בעיקרון לרמב"ן ולריטב"א אלא שלדעתם, במגרש את אשתו משום שם רע, אין אומדנא ברורה שזו סיבת הגירושין הבלעדית).

[331] בירושלמי הדעות הפוכות: רבי יוחנן סובר שאין לעכב את השליחות, וריש לקיש סובר שיש לעכב אותה.

[332] כפי שהסבירו אחרונים רבים את שיטת הרמב"ם. ראה לעיל, הערה 267. ואכן כך נוקט אור גדול, סימן מא, אות יא, בביאור שיטת הירושלמי. אך דבריו תמוהים, שכן אינם מתיישבים עם המשך סוגיית הירושלמי שאנו מביאים מיד בטקסט.

[333] ירושלמי, גיטין, פרק ז, הלכה א.

[334] ראה לעיל, ליד ציון הערה 261.

[335] ואכן כך ביאר בעל שו"ת אבני נזר, אבן העזר, סימן קצט, והוסיף שמשם מקורו של הרמב"ם.

[336] ירושלמי, גיטין, שם.

הסבר א: מעמדו המשפטי של השוטה

לכשנתבונן, נמצא שהמכנה המשותף לכל המקרים המובאים בירושלמי הוא, שהאדם שאליו מיוחסת התוצאה המשפטית עשה את המוטל עליו בטרם נשתטה, ומכאן ואילך הצלחת פעולתו אינה נתונה עוד בידיו. כך הוא בשליחות להולכת גט או בהקרבת קרבן, שבו סיום הפעולה נתון בידי אחרים, וכך הוא בגט שחלותו דחויה למועד מאוחר יותר, שבו סיום הפעולה תלוי בגורם הזמן. לאור זאת, מסבירים מפרשים אחדים, שלדעת הירושלמי, נקודת המחלוקת בין רבי יוחנן לבין ריש לקיש היא בשאלה: האם אפשר לייחס תוצאה משפטית לשוטה כשהתוצאה המשפטית אינה דורשת ממנו הפעלת שיקול דעת כלל?

מי שפוסל את נתינתו של הגט לאחר שאיבד הבעל את שפיות דעתו, סובר שהשינוי שחל במצבו של הבעל גורם לכך שאין לזקוף לזכותו או לחובתו כל תוצאה משפטית, גם אם לא נדרשת ממנו הפעלת שיקול דעת בזמן חלותה של התוצאה המשפטית[337]. לעומת זאת, מי שמכשיר את המעשה, סובר שאין מניעה לייחס תוצאה משפטית לשוטה, ובלבד שלא נדרש ממנו לעשות דבר שאינו מסוגל לעשותו בשל אי־שפיות דעתו[338]. אשר על כן, במקרים שנידונו בירושלמי, הן לגבי שליחות והן לגבי פעולה שתחולתה דחויה למועד מאוחר יותר, אין מניעה לייחס את התוצאה המשפטית לשוטה, שכן הלה עשה את המוטל עליו עוד בטרם איבד את שפיות דעתו[339].

לסיכום: התלמוד הירושלמי, בניגוד לבבלי, סובר שהמחלוקת בין רבי יוחנן ובין ריש לקיש היא עקרונית, ואינה מתמצה רק במי שאחזו קורדייקוס. ונשאלת השאלה: מדוע לא אימץ הבבלי גישה זו? ניתן לומר שדווקא מתוך שהבבלי לא אימץ את גישת הירושלמי, עולה האפשרות שהבבלי מסכים עקרונית לדעה המכשירה את ביצוע השליחות גם בזמן איבוד שפיות הדעת[340], אלא שיש תקנת חכמים שלא לעשות כן ("שמא יאמרו 'שוטה מגרש'"), והמחלוקת בין רבי יוחנן לבין ריש לקיש היא רק בשאלה אם יש להרחיב את התקנה גם על "קורדייקוס"[341].

[337] ראה קובץ שיעורים, חלק ב, סימן א: "ועיין שם ברשב"א ור"ן [על הרי"ף, גיטין לד ע"א (בדפי הרי"ף)] בשם הירושלמי, דהוא הדין אם נתן גט שתתגרש לאחר ל' ונשתטה בינתים, אין הגירושין חלין. ומוכח מזה דהא דלא מהני מעשה שוטה, אין הטעם רק משום דעשה המעשה בלא דעת, דהרי כששלוחו גירש עשה בדעת שלימה, וכן כשגירש לאחר ל' ונשתטה בינתיים, דהמעשה נעשה כהוגן, ומכל מקום לא מהני. ועל כרחך צריך לומר לפי זה דגזירת הכתוב הוא דלא מהני מעשה שוטה, אפילו אם יצוייר שיעשה המעשה בדעת".

[338] ראה פסקי הלכות (פרידמן), יד דוד, חלק ב, פרק שביעי, הלכה ח, הגהה כב (עמ' 341): "אלא שאין לו כח להקנותו ולהוציא דבר מה מרשותו, אבל בר גירושין הנהו".

[339] והשווה פני יהושע, גיטין ע ע"ב, ד"ה גמרא. הוא נוטה לומר שהמחלוקת בירושלמי היא בשאלה היכן עיקר המעשה המשפטי שבו חייב השולח להיות שפוי: האם בביצוע הפעולה הנחוצה להשגת התוצאה המשפטית? או שמא בהשגת התוצאה המשפטית עצמה? על כך הקשה בשו"ת אבני נזר, אבן העזר, סימן קצט, אותיות ד־ח, שלכאורה פשוט שבשליחות עיקר המעשה המשפטי הוא בהשגת התוצאה המשפטית, מה שאין כן בגט לאחר שלושים יום, ומזה הביא ראיה לשיטת הרמב"ם. וראה שיעורי רבי שמואל (רוזובסקי), גיטין, אות שס, ד"ה וראיתי.

[340] מה עוד שכאמור לעיל, כך היא דעתו של רבי יוחנן לדעת הירושלמי.

[341] וראוי לשאול מה דעת התלמוד הבבלי בשאלה עקרונית זו שהציב התלמוד הירושלמי? אמנם ראינו כבר שלפי הבבלי, אם השולח השתטה, השליחות מעוכבת, אבל לא היה ברור אם העיכוב הוא מן התורה או רק מדרבנן. אפשר שאם נדע מה דעת הבבלי בשאלת גט לאחר שלושים, נוכל לפשוט ספק זה.
דא עקא, דעת התלמוד הבבלי אינה ברורה. הרשב"א (בחידושיו, גיטין ע ע"ב, ד"ה הא דאקשינן) מפנה

הבחנה זו בין סוגיית התלמוד הירושלמי לבין סוגיית התלמוד הבבלי יכולה לסייע בידנו להבין גם את דרכי ההתמודדות שמציעות שתי הסוגיות ביחס לסתירה מהברייתא שלהלן. כפי שראינו לעיל, מסקנת הבבלי היא שאין כותבין ונותנין גט עבור אדם שאיבד את שפיות דעתו. על מסקנה זו, מקשה הבבלי[342] מן הנאמר בברייתא: "ראוהו מגוייד [=מחותך] או צלוב, ורמז ואמר 'כתבו גט לאשתי', הרי אלו יכתבו ויתנו"[343]. ומשמעות הדברים היא שכל עוד יש בבעל המגרש נשמת חיים, ניתן לכתוב ולתת את הגט בעבורו. הבבלי שואל: הלוא ככל שמתקדם תהליך גסיסתו, ניטל ממנו כושר שיפוטו[344], ומצבו דומה יותר ויותר לאדם שוטה? והוא עונה שדעתו של הגוסס אמנם נחלשת והולכת, אבל לעולם אינו נעשה כשוטה[345]. התלמוד הירושלמי מעלה גם הוא את השאלה הזאת אבל אינו עונה כמו הבבלי, אלא דוחה מכוחה את הדעה שאין כותבים ונותנים את הגט כשהשולח שוטה.

לאור הדברים שראינו לעיל, ניתן להסביר מדוע התלמוד הירושלמי לא אימץ את תירוצו של התלמוד הבבלי. לפי הבבלי, שולח שהשתטה, גטו נפסל רק מדרבנן, ולכן לא נמנע הבבלי מלהציע את ההבחנה בין גוסס ובין שוטה, אף שהיא הבחנה דחוקה. לעומת זאת, לפי

לסוגיית גיטין עג ע"ב ("הרי זה גיטך מעת שאני בעולם"), ממנה מוכח לדעתו שלדעת התלמוד הבבלי גט שתחולתו נדחתה למועד מאוחר יותר תקף, אף אם באותה שעה הבעל כבר אינו שפוי (כגון ברגע האחרון לפני מותו). מכאן הוא מסיק שאין מקום להיקש שעשה הירושלמי בין המקרה הזה לבין המקרה של שולח שהשתטה. ואולם השווה חידושי רבנו קרשקש (המיוחסים לריטב"א), גיטין כה ע"ב, ד"ה מה, שהסביר שכוונת הבעל היא שהגט יחול ברגע האחרון שיהיה עדיין בר דעת. לפי פירושו, אין מקום להסתייגותו של הרשב"א. וראה מחנה אפרים, הלכות זכייה ומתנה, סימן טז, המצביע על סתירה לכאורה בעניין זה בין שתי סוגיות: מסוגיה אחת במסכת בבא בתרא קלז ע"א, עולה שאין מניעה שהגט יחול סמוך לפני מות הבעל, הגם שאז נגרע כושרו השכלי. מסוגיה אחרת, שם קכז ע"ב, עולה שאף לדעת מי שסובר שהאדם יכול להקנות דבר שעדיין אינו ברשותו, התנאי לתוקף המכר הוא שהדבר יגיע לרשותו (הוא מועד חלות הקניין) בעודו שפוי ולא סמוך למותו. 'מחנה אפרים' מיישב את הסתירה בין הסוגיות. לדעתו, התנאי שעל המוכר להיות שפוי בשעת כניסת הקניין לתוקף נאמר דווקא במי שמוכר דבר שאינו ברשותו, ולא במי שמוכר דבר שברשותו, ורק דוחה את חלות הקניין לזמן מאוחר יותר. וראה עוד: ט"ז, אבן העזר, סימן קכא, ס"ק ד; קרבן נתנאל, גיטין, פרק ו, סוף אות א; קצות החושן, סימן רנ, ס"ק ח; אור שמח, הלכות זכייה ומתנה, פרק יב, הלכה טו, ד"ה אך; שו"ת חתם סופר, אבן העזר, חלק ב, סימן קנ.

גם אילו היה ברור שדעת התלמוד הבבלי היא שהנותן גט לאחר שלושים ונשתטה בינתיים, הגט תקף, אי אפשר היה להסיק מכאן בהכרח שליקוי שכלי אינו בגדר פגם מהותי, ושממילא כך הדין (מדאורייתא) גם בשולח שהשתטה. מסקנה זו אינה מוכרחת, משום שייתכן שהבבלי אינו מקבל את ההשוואה שעושה הירושלמי בין שליחות לבין גט לאחר שלושים, אלא הוא סובר שבגט לאחר שלושים, אין דרישה שהמגרש יהיה בר גירושין בשעת כניסת הגט לתוקפו. ראה שיעורי רבי שמואל (רוזובסקי), גיטין, אות שס, ד"ה ואפשר.

342 גיטין ע ע"ב. לשיטת הבבלי, הקושיה לכאורה היא בין לרבי יוחנן בין לריש לקיש, שהרי הם לא נחלקו אלא בקורדייקוס. וראה תוספות, שם, ד"ה ומי. לעומת זה, כפי שנראה להלן, לשיטת הירושלמי, הקושי הוא לדעתו של ריש לקיש בלבד.

343 ובדומה לזה מימרא של רב יהודה בשם שמואל: "שחט בו שניים או רוב שניים, ורמז ואמר 'כתבו גט לאשתי', הרי אלו יכתבו ויתנו" (גיטין ע ע"ב).

344 ההנחה בקושיה היא שבשעת המינוי, עדיין היה שפוי, אלא שלאחר מכן איבד את שפיותו. ראה תוספות, גיטין ע ע"ב, ד"ה ומי.

345 מדברי כמה מן הראשונים, עולה שדברים אלו נכונים רק בגוסס כתוצאה מפגיעה חיצונית, ולעומת זה אדם שמותו קרב באופן טבעי או ממחלה [=שכיב מרע], יש לבדוק בכל שלב אם דעתו צלולה אם לאו. ראה תוספות, גיטין ע ע"ב, ד"ה התם, בשם ר"י; שולחן ערוך ורמ"א, אבן העזר, סימן קכא, סעיף ז.

הירושלמי, הדעה הפוסלת גט של שולח שהשתטה פוסלת אותו מן התורה, לכן לא ראה מקום לאמץ את ההבחנה הדחוקה בין גוסס לבין שוטה[346].

הסבר ב: רצונו של הבעל כתנאי להמשך השליחות בגט

דרך אחרת לבאר את הסוגיה בתלמוד הירושלמי, ניתן להציע על פי השיטה שהשליחות בגט מעוכבת אמנם מדאורייתא (ולא כשיטת הרמב"ם), ברם עיכוב זה נובע מאופיה המיוחד של השליחות להולכת גט, אבל בשליחות רגילה אין עיכוב. לפי שיטה זו, רצון הבעל לגרש את אשתו, שהוא אחד מן המרכיבים העיקריים בגירושין, חייב להיות אישי של הבעל, ואינו נושא לשליחות[347]. השליחות להולכת הגט, לשיטה זו, היא רק לנתינת הגט לידי האישה – נתינה שלולי השליחות הייתה חייבת להיעשות גם היא על ידי הבעל – ואינה מתייחסת לרצון הבעל לגרש, שחייב להיות אישי. מעתה יש לפנינו דרך חדשה בהבנת הסוגיה הירושלמית. המכנה המשותף בין שולח שנשתטה לבין מי שנתן גט שתחולתו דחויה לאחר זמן ונשתטה, הוא שבשניהם חסר רצון אקטואלי של הבעל בשעת תחולת הגט, שבלעדיו לא יכול להיות תוקף לגירושין[348]. לפי הסבר זה, מחלוקתם של רבי יוחנן וריש לקיש היא בשאלה אם בפעולות משפטיות אלה יש אכן דרישה לרצון אקטואלי של הבעל, ואילו התלמוד הבבלי סבור שלכולי עלמא יש צורך ברצון אקטואלי, ולכן קבע שרבי יוחנן וריש לקיש לא נחלקו בעניין שוטה אלא רק בעניין קורדייקוס.

[346] וראה עוד פסקי הלכות (פרידמן), יד דוד, חלק ב, פרק שביעי, הלכה ח, הגהה כג (עמ' 343).

[347] ראה לעיל, ליד ציון הערה 275.

[348] המכנה המשותף אינו כפי שהסברנו לעיל, בשאלת מעמדו המשפטי של השוטה ביחס לפעולות שאינן דורשות ממנו הפעלת שיקול דעת. לפי זה, מובנת ההשוואה לקרבן, שגם בו יש דרישה מיוחדת שההקרבה תהיה לרצון הבעלים.
אמנם עדיין צריך לעיין בשאלתו של רבי אבין: האם מחלוקתם של רבי יוחנן וריש לקיש ישימה גם לגבי אדם שהפריש תרומה על מנת שתחול במועד מאוחר יותר ואחזו קורדייקוס? לאור הסבר זה, שאלה זו אינה מובנת, שהרי הדרישה שהגט יינתן לרצונו של המגרש אינה קיימת לגבי תרומה! ואולי היא גופה שאלתו של רבי אבין: מה טעמו של הסובר שאין לתת את הגט אלא לאחר שישתפה? ראה מרחשת, חלק ב, אות ג בסופו, בד"ה וזה. וצריך עיון.

סעיף 15

סייגים לסיום השליחות

סייגים לסיום השליחות

15. (א) כל עוד לא ידע השלוח על סיום השליחות, זכאי הוא כלפי השולח לראותה כנמשכת.

(ב) לא ידע הצד השלישי על סיום השליחות, זכאי הוא לראותה כנמשכת; ואם השלוח ידע על סיומה, זכאי הצד השלישי גם לברירה הנתונה לו בסעיף 6(ב).

התוכן

פרק ראשון: מבוא 683

פרק שני: הגנה על השליח – "זכאי הוא כלפי השולח לראותה כנמשכת" – ס"ק (א) 686

פרק שלישי: הגנה על צד שלישי – "זכאי הוא לראותה כנמשכת" – ס"ק (ב) 688

א. המקור התלמודי: שליחות לקבלת פרעון חוב 688

ב. היסוד המשפטי להגנה על צד שלישי 691

(1) מבוא 691

(2) נזיקין 692

(3) מחילה מכללא 693

(4) תקנה 694

(5) ערבות 694

(6) סיכום 695

ג. היקף ההגנה 696

(1) מבוא 696

(2) הגישה המרחיבה 698

(3) הגישה המצמצמת 699

ד. ידיעת השליח על סיום השליחות – "ואם השלוח ידע על סיומה" 700

פרק רביעי: סיכום 702

פרק חמישי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 704

פרק ראשון

מבוא

בסעיף הקודם דננו בדרכי סיום השליחות. ראינו שעל פי החוק, "השליחות מסתיימת בביטולה על ידי השולח או השלוח וכן במותו של אחד מהם בגריעת כשרותו או בפשיטת רגלו". סיום השליחות אינו מותנה בידיעת שאר הצדדים המעורבים בשליחות. כך למשל אם השולח מבטל את השליחות, היא מסתיימת אף אם השליח או הצד השלישי אינם מודעים לביטולה. הנימוק המשפטי לכך הוא, על פי תפיסת החוק, שקיום השליחות תלוי ברצונו של השולח. מכאן נובע שאם פסק רצון זה, פוסקת ממילא השליחות, בלא קשר לידיעת השליח או הצד השלישי. אולם מצב דברים זה עלול לפגוע קשות בשליח ובצד השלישי, הסומכים בתום לב על המשך קיום השליחות.

הפגיעה בשליח היא, שבעוד הוא ממשיך לפעול למען שולחו, מתחייב בשמו ומוציא הוצאות לקיום שליחותו, מתברר לו לפתע שאת כל זאת עשה בהיעדר הרשאה. בנסיבות אלה, יש לשאול: כלום מוצדק לפטור את השולח מאחריות כלפיו ולשלול מן השליח את שכר שליחותו או את זכותו לשיפוי על הוצאותיו, בטענה שכאשר עשה את פעולת השליחות, כבר לא הייתה לו הרשאה? זאת ועוד. כלום מוצדק להחיל בכגון זה את הוראת סעיף 6(ב) בעניין שליח שפעל בלא הרשאה ולהטיל עליו אחריות אישית כלפי הצד השלישי? הלוא השליח לא פעל מיזמתו, אלא הסתמך בתום לב על ההרשאה שניתנה לו על ידי השולח[1].

גם הצד השלישי עלול להיפגע מסיום השליחות בלא ידיעתו, שהרי התקשר עם השליח מתוך ציפייה ליצור יחסים משפטיים עם השולח, ומתברר שהלה פעל בלא הרשאה, משום שהשליחות נסתיימה בלא ידיעתו. גם כאן יש לשאול, כלום מוצדק לשלול מן הצד השלישי את האפשרות לתבוע ישירות את השולח, שיצר כלפיו מצג של שליחות (בייחוד כשסיום השליחות היה ביזמת השולח), ולתת לו אך ורק את ההגנה הקבועה בסעיף 6(ב), היינו לראות את השליח כבעל דברו או לתבוע אותו בגין הנזק שנגרם לו (מה עוד שכאמור, הסדר זה אינו צודק גם כלפי השליח)?

כשהשליחות נסתיימה בלא ידיעת השליח או הצד השלישי, קיימת אפוא התנגשות בין עיקרון יסודי בדיני השליחות, ולפיו קיום השליחות תלוי ברצונו של השולח, ובין תחושת הצדק, ולפיה יש להגן על זכויותיהם וציפיותיהם הסבירות של השליח ושל הצד השלישי. מטרת סעיף 15 שלפנינו למנוע את תוצאותיה של התנגשות זו, ולשם כך הוא מסייג את תוצאות סיום השליחות כשהשליח או הצד השלישי לא ידעו[2] על סיומה.

נעיר שאמנם אי־הודעה של השולח עשוי להיות בה משום רשלנות, ואז יש לשליח ולצד השלישי עילת תביעה בנזיקין כלפיו[3], אולם המחוקק סבר שאין להסתפק בתרופה זו, כנראה

[1] ראה ברק, סעיף 969.

[2] ולא היו צריכים לדעת. ראה סעיף 18 לחוק.

משתי סיבות עיקריות: ראשית, אי־הודעה על סיום אינה עולה תמיד כדי רשלנות (כך לדוגמה אם השליחות נסתיימה מחמת מותו של השולח); שנית, מכוח תביעת נזיקין, הצד השלישי יכול לקבל רק פיצוי בגין הנזק שנגרם לו, אבל אינו יכול לתבוע מן השולח לקיים את השליחות כאילו לא נסתיימה. המחוקק סבר שאין להסתפק בתרופה חלקית זו, ועל כן קבע את ההסדר הבא.

על פי ס"ק (א), אף שנסתיימה השליחות, תהיה סיבת הסיום אשר תהיה (ביטול, מוות ועוד), הרי כל זמן שלא ידע השליח על הסיום, "זכאי הוא כלפי השולח לראותה כנמשכת". משמעות ההוראה היא שסיום השליחות אינו פוגע בזכויותיו ובציפיותיו של השליח כלפי שולחו בכל מה שנוגע לתקופה שבין סיום השליחות לבין הידיעה על סיומה[4]. להפך. המחוקק מעמיד את השליח במצב טוב יותר משהיה בו אילו נמשכה השליחות, שכן מעתה עומדת לפניו הבררה: הוא יכול לראות את השליחות כנמשכת עד לרגע שבו נודע לו הסיום, וכך יזכה בשיפוי הוצאותיו ובשכרו; ואם הוא מעדיף, הוא יכול לנצל לטובתו את העובדה שהשליחות נסתיימה. כך לדוגמה, אם השליח הפר חובה מן החובות המוטלות עליו כלפי השולח בתקופה שבין סיום השליחות לבין ידיעתו על הסיום, יוכל להתגונן בטענה שבאותה שעה כבר נסתיימה השליחות.

כעין זה נקבע גם בס"ק (ב) ביחס לצד השלישי. גם הוא זכאי לראות את השליחות כנמשכת בתקופה שבין הסיום לבין הרגע שנודע לו על סיומה. כלומר, כל זמן שלא נודע לו על סיומה, אין לפטור את השולח[5] מאחריות כלפיו. אולם הצד השלישי אינו חייב לראות את השליחות כנמשכת, אלא הוא יכול, אם הוא מעדיף, לנצל את הסיום כדי למנוע התקשרות עם השולח[6]. זאת ועוד, כפי שכבר הערנו לעיל, אין זה מוצדק להטיל על השליח אחריות אישית כלפי הצד השלישי, כשגם הוא לא ידע על סיום השליחות. אשר על כן, המחוקק קובע שהצד השלישי לא יוכל לתבוע את השליח (אף שבאופן אובייקטיבי הייתה פעולתו בלא הרשאה), אלא אם השליח ידע על סיום השליחות ולא גילה את אוזנו[7].

השופט חשין[8] רואה את ההסדר שבחוק כהסדר ראוי. לעומתו, ברק[9] מבקר את דרך החקיקה שבחר המחוקק כדי להגן על זכויותיהם של השליח ושל הצד השלישי. לדעתו, עדיף היה לנקוט כפי שנקטו שיטות משפט אחדות[10], לקבוע הסדר אובייקטיבי, ולפיו השליחות אינה מגיעה לסיומה כל זמן שהאירוע המסיים לא נודע לשליח או לצד השלישי[11]. הסדר כזה היה

[3] ראה ברק, סעיף 983.

[4] ראה ברק, סעיף 994.

[5] או את יורשיו, בסיום מחמת מות השולח.

[6] אלא אם כן הקדים השולח ואישר את פעולת השליח לפי הסמכות שהוענקה לו בסעיף 6(א). ראה ברק, סעיף 988.

[7] בכך הוא מסייג את סעיף 6(ב) לחוק. כך יש לפרש את סעיף 15(ב). ראה ברק, סעיף 987.

[8] ע"א 4092/90 מיטלברג נ' נייגר, פ"ד מח(2) 529, 547 (1994). בפסק דין זה אף הביע את דעתו השופט חשין שיש לפרש את הסעיף על דרך הצמצום, באופן שאינו מעניק לשליח כוח להקנות זכות לאחר או לעצמו לאחר סיום השליחות, ומעניק לו רק הגנה. ברק, סעיף 997, מבקר את פסק הדין. ואכן, דעת חשין נדחתה ברוב דעות בדיון נוסף, ראה דנ"א 1522/94 נייגר נ' מיטלברג, פ"ד מט(5) 314 (1996).

[9] ברק, סעיף 972.

[10] כך נקטו החוק השוויצרי והחוק הגרמני. ראה ברק, סעיף 970, הערה 4.

[11] גם על פי ההסדר שמציע ברק, השליחות מסתיימת כלפי זה שנודע לו על האירוע המסיים, והיא נמשכת רק ביחס לזה שלא נודע לו על כך. נמצא שגם הסדר זה אינו אובייקטיבי לחלוטין.

מונע עיוותים אחדים הנגרמים כתוצאה מדרך החקיקה שננקטה בישראל, ולפיה אף שהשליחות נסתיימה, ניתנת אופציה לשליח ולצד השלישי לראותה כנמשכת, כי איזו הצדקה יש לדוגמה לאפשר לצד השלישי (מכוח סעיף 6(ב)) לנצל את סיום השליחות ולתבוע אישית את השליח שידע על סיום השליחות בגין פעולה בלא הרשאה? הרי אילו רצה, היה יכול לראות את השליחות כנמשכת, ואז הייתה נחשבת פעולתו של השליח כפעולה בהרשאה, והייתה מתקיימת ציפייתו כלפי השולח![12] ברק רואה פגם נוסף בהסדר שנקבע בחוק, כשההגנה על הצד השלישי ניתנת לו רק כלפי השולח, ולא כלפי כולי עלמא. משמעות הדבר היא שאם צד אחר רכש זכויות בנכס מושא השליחות בתום לב, לאחר שביטל השולח את השליחות ולפני שנודע על כך לצד השלישי, לא יוכל הצד השלישי לראות את השליחות כנמשכת, וזכותו של הצד האחר תהיה עדיפה. תוצאות בלתי רצויות אלה היו נמנעות, כאמור, אילו קבע המחוקק שתנאי לסיום השליחות הוא שדבר סיומה יגיע לידיעתם של השליח ושל הצד השלישי[13].

תהיה דרך החקיקה אשר תהיה (מתן אפשרות לשליח ולצד השלישי לראות את השליחות כנמשכת או התניית סיום השליחות בידיעתם), מקובל על הכל שיש להגן על השליח ועל הצד השלישי מפני סיום השליחות בלא ידיעתם, ולשם כך מוצדק להטיל את הסיכון הנובע מסיומה על השולח, ולא עליהם. לדעת ברק[14], כך יש לנהוג גם כשהשליחות הגיעה לסיומה מחמת מות השולח. אולם יש מקום לפקפק ולשאול אם גישה זו אינה גורפת מדי. אמנם מוצדק להטיל על השולח את הסיכון, אם ביטל את השליחות ביזמתו ולא הודיע על כך לשליח או לצד השלישי, אולם מה הצדקה לעשות כן כאשר סיום השליחות אירע שלא ביזמתו, כגון שמת. מדוע להגן על האינטרסים של השליח ושל הצד השלישי יותר מן האינטרסים של היורשים? השיקול כנראה אינו שיקול מוסרי אלא שיקול מעשי: המחוקק העריך שהחשש של

[12] ברק מסביר שההצדקה היחידה לכך היא הרצון להעניש את השליח על שידע שהשליחות נסתיימה ולא גילה את אוזנו של הצד השלישי. אולם לדעתו, הסדר עונשי זה אינו הולם את החקיקה האזרחית. ראה ברק, סעיפים 972, 987.

עם זאת, בהמשך דבריו בסעיף 972, ברק מסייג את הביקורת שלו. הוא אומר שהביקורת "חזקה" במה שנוגע לסיום השליחות בביטולה על ידי השולח, אבל היא מאבדת מעצמתה בסיום שליחות מחמת מות השולח. בכגון זה, בין כך ובין כך לא מתקיימת צפייתם של השליח ושל הצד השלישי לקשר עם השולח, שהרי מת, ועל כן אולי עדיף ההסדר שבחוק מלחייב אותם בקשר עם היורשים.

על ביקורתו של ברק, יש להעיר שאמנם הצד השלישי יכול לראות את השליחות כנמשכת, ואז הייתה מתקיימת ציפייתו, אבל אפשר שיש נסיבות שבהן הצד השלישי אינו מעוניין לתבוע את השולח, כגון שנשתנה מצבו של השולח לרעה, ויתקשה לעמוד בקיום העסקה ביניהם, או שהשולח דאג להודיע לשליח שהוא מבטל את השליחות, והשליח הוא שהסתיר זאת ממנו, שאין זה הוגן מצדו לתבוע את השולח. על כן סבר המחוקק שעדיף להשאיר בידי הצד השלישי את ההכרעה בשאלה על מי להטיל את הסיכון לביטול השליחות.

[13] בסעיף 999, סותר ברק את עצמו לכאורה, שכן הוא קובע שם שלפי הדין הרצוי, ההגנה על הצד השלישי אינה מצדיקה פגיעה בזכויות שרכש בתום לב צד רביעי. זאת ועוד, בסעיף 999, כותב ברק שמהשוואה לסעיף 6(א) לחוק, עולה שהצד השלישי דווקא יכול לראות את השליחות כנמשכת גם כלפי צד רביעי תם לב. נעיר עוד שגם הדוגמה שנקט ברק אינה נראית. מכירת הנכס על ידי השולח לצד רביעי משמיטה את הקרקע מתחת לפעולת השליח, והשליחות אינה יכולה להימשך, אף אם בעיקרון, השליחות נמשכת כל זמן שלא נודע דבר הביטול לצד השלישי. להלן, כשנעסוק בעמדת המשפט העברי, נראה שאחד מן האחרונים נקט כגישת ברק. ראה להלן, ליד ציון הערה 65.

[14] ברק, סעיפים 972, 999.

השליח ושל הצד השלישי מפני הנזק העלול להיגרם להם בסיום השליחות בלא ידיעתם עשוי להרתיע אותם מלהיזקק לשליחות, דבר שהיה פוגע ביעילותו הכלכלית של מוסד חשוב זה לפיתוחם של חיי המסחר והכלכלה. לעומת זאת, המחוקק העריך שהיתרונות הכלכליים שיש במוסד השליחות בולטים כל כך, עד כדי הטלת אחריות על השולח (או על יורשיו) כל אימת שהשליחות מסתיימת בלא ידיעת השליח או הצד השלישי.

בדיוננו להלן, נבחן את עמדת המשפט העברי בשאלות אלו. ייאמר מיד שאין במשפט העברי הוראה מקבילה להוראת סעיף 15, המסייגת את סיום השליחות כשהשליח או הצד השלישי אינם מודעים לסיומה. יתרה מזאת, אין בתלמוד אף לא סוגיה אחת המעלה את הבעיה באופן ישיר כנושא לדיון. סוגיה תלמודית אחת קשורה אמנם לנושא, אך רק באופן עקיף ורק לעניין ההגנה על הצד השלישי[15]. סוגיה זו עוסקת בחובתו של הלווה לפרוע את חובו לידי שלוחו של המלווה. מדברי הראשונים באותה סוגיה עולה שנחלקו בשאלת ההגנה על לווה שפרע את חובו לידי שלוחו של המלווה, בלא שידע שבאותה שעה כבר נסתיימה שליחותו. בדיוננו להלן, נראה שהדעה המקובלת היא שיש להבחין בעניין זה בין סיום השליחות מחמת ביטולה מרצון על ידי השולח לבין סיומה שלא ברצון השולח, כגון מחמת מותו של השולח: ביטול השליחות בלא מסירת הודעה על כך נחשב ל"פשיעה" (רשלנות) מצד השולח, ועליו לשאת בתוצאותיה. לעומת זאת, סיומה מחמת מות השולח אינה בגדר "פשיעה", וממילא אין זה מוצדק להטיל את תוצאות סיומה על העיזבון.

בראשית דברינו נעסוק ביחסי שולח־שליח. מאחר שאין בתלמוד סוגיה העוסקת בעניין זה כלל, נבחן אם יש בעקרונות הכלליים של המשפט העברי כדי לתת הגנה הולמת לשליח מפני סיום השליחות ללא ידיעתו. לאחר מכן נעבור לדון ביחסי השולח וצד שלישי. תחילה נציג את הסוגיה בעניין פירעון חוב, המהווה מקור לדיון בעניין ההגנה על הצד השלישי. נעמוד על גישות שונות של הראשונים בהבנת הסוגיה. בהמשך נבחן את היקפה של ההגנה על הצד השלישי מפני סיום השליחות בלא ידיעתו ואת יסודה המשפטי.

פרק שני

הגנה על השליח – "זכאי הוא כלפי השולח לראותה כנמשכת" – ס"ק (א)

כפי שראינו במבוא, שלוש תביעות יש לשליח כלפי השולח: הסרת נטל האחריות האישית מעליו כלפי הצד השלישי; שיפוי על הוצאותיו; שכר טרחתו.

על פי עקרונות המשפט העברי, השליח אינו זקוק להגנה מיוחדת בכל מה שנוגע לאחריותו האישית כלפי הצד השלישי. כפי שראינו בדיוננו על סעיף 6, לדעת רוב הפוסקים, אם השליח הציג עצמו בפני הצד השלישי כשליח, הרי שאף אם פעל בלא הרשאה, אין לצד השלישי זכות תביעה כלפיו[16].

[15] ההגנה על השליח נקבעת לאור עקרונות כלליים, כגון דיני חוזים או "דין עָרב". ראה דיוננו מיד, פרק שני.

[16] ראה סעיף 6, פרק רביעי, ב(1), עמ' 371. אמנם מצאנו בראשונים שיש מי שסובר שאם השליח חורג מן ההרשאה במתכוון, אזי מוטלת עליו אחריות אישית כלפי הצד השלישי (ראה שם, עמ' 373). אולם מצב זה אינו מתקיים כאשר השליח פועל בהאמינו בתום לב שיש לו הרשאה, והוא אינו מודע לסיום השליחות

אשר לשכר הטרחה ולהחזר הוצאותיו, כאן לכאורה עלול השליח להיפגע, ויש לדון אפוא אם יש לו הגנה כלשהי. כבר ציינו במבוא לסעיף זה שלא מצאנו מקורות ישירים הדנים בהגנה על השליח מפני סיום השליחות בלא ידיעתו, ובהיעדר מקורות כאלה, יש לבחון את השאלה על פי עקרונות כלליים. יש להקדים ולומר שהן לעניין השיפוי והן לעניין השכר, יש חשיבות להסכם שבמסגרתו פעל השליח כלפי השולח. אם הוסכם ביניהם, במפורש או מכללא, שהתשלום הוא עבור ההשקעה והעבודה, הרי שדין השליח כדין פועל, ואין צורך בהגנה מיוחדת עליו, שכן אין אפשרות לפטר עובד שלא בידיעתו, ואף אם השליח אינו מייצג עוד את השולח, הלה ממשיך להיות חייב כלפיו בכל חיוביו. לעומת זאת, אם הוסכם ביניהם, במפורש או מכללא, שהתשלום הוא עבור התוצאה, כלומר שהשליח אינו בגדר "פועל" אלא "קבלן"[17], כי אז יש צורך לתת לו הגנה[18], שהרי ביטול השליחות גרם לכך שהתוצאה המקווה מן השליחות (דהיינו ההתקשרות שבין השולח לבין הצד השלישי) לא הושגה בסופו של דבר. השאלה היא, אם כן: האם קיימת הגנה לשליח שפעל בקבלנות ולא השיג את התוצאה המקווה מן השליחות בשל הכשלתה על ידי השולח עצמו?

'נתיבות המשפט'[19] מתייחס לשאלת זכות השיפוי של השליח בקשר לשליח שנשלח לרכוש נכס בכספו, ובטרם קנה השליח את הנכס, ביטל השולח את השליחות בלא ידיעתו: האם חייב השולח לשפותו על הוצאותיו? או שמא אין לשולח כל חובה כלפיו? לדעת 'נתיבות המשפט', השולח חייב לעמוד בהתחייבותו ולשפות את השליח על הוצאותיו[20]. את המקור לכך הוא רואה בדין עֶרב[21]. מדבריו במקום אחר[22], ניתן אולי להסיק שיש להרחיב את ההגנה ולהחיל

כלל. אכן, אם פעל השליח בשליחות נסתרת (במצוות השולח), הוא מתחייב אישית כלפי הצד השלישי וזקוק לכאורה להגנה כלפי השולח (ראה שם, עמ' 371). בכגון זה, ראוי אפוא לאפשר לו לראות את השליחות כנמשכת, או לכל הפחות ראוי לאפשר לו לתבוע מן השולח פיצוי על הוצאותיו והפסדיו. אבל לא מצאנו לכך מקורות מפורשים.

[17] להבחנה בין שכירות לבין קבלנות, ראה: ש' ורהפטיג, דיני עבודה במשפט העברי, ירושלים תשמ"ב, עמ' 64-77; ב' ליפשיץ, עובד וקבלן, בין קניין לבין התחייבות, ירושלים תשנ"ד.

[18] יש להעיר ששאלה זו אינה עולה רק בקשר לשולח המכשיל את פעולת שלוחו אלא בקשר לכל מי שמסכל את התוצאה שהזמין אצל קבלן.

[19] נתיבות המשפט, סימן קפב, ס"ק ג. דבריו מתייחסים לדברי הרמ"א, שם, סעיף א: "האומר לחברו 'קח [=קנה] סחורה זו ואשתתף עמך', והלך וקנאה, לא יוכל לחזור בו, דהוי כשלוחו".

[20] נראה שהמקור לדבריו הוא שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן אלף ו. הרשב"א נשאל בעניין מי שביקש מחברו לקנות לו בגדים עבור שניהם בשותפות, ולאחר שהלה קנה את הבגדים, חזר בו השולח מדבריו, ולא רצה לשלם את חלקו. הרשב"א השיב: "על כורחו יפרע חלקו, דשליח שוייה, ואי זה דבר עשה לו, עד שיאמר לו 'משטה אני בך'". כלומר, השולח אינו יכול להתחמק מחיובו כלפי השליח בטענה שכביכול מלכתחילה מינויו כשליח לא נעשה ברצינות. הרשב"א אינו מסתפק בכך, ומוסיף נימוק לחייב את השולח: "דהוי כערב בשעת מתן מעות, דלא בעי קניין, ואינו יכול לומר 'משטה הייתי בך', כשאמר לו 'תן לו, ואני ערב'". תשובתו של הרשב"א היא המקור לפסק הרמ"א המובא בהערה הקודמת. ונשאלת השאלה: מדוע הוסיף הרשב"א נימוק מדיני ערבות, ולא הסתפק בנימוק הראשון שהביא? לאור דברי 'נתיבות המשפט', יש מקום לומר שהנימוק השני בא לענות על מקרה בו השולח חזר בו לפני הקנייה, ולא הודיע על כך לשליח. על כגון זה, הוסיף הרשב"א, שאף על פי ששליחות אין כאן, ערבות יש כאן. וראה א' ורהפטיג, "התוקף המשפטי של הסתמכות על דיבור במשפט העברי", מחקרי משפט ב (תשמ"ב), עמ' 45, בעמ' 66. יש להודות שחיוב השולח מכוח "דין ערב" בלא שהתחייב במפורש לשפות את השליח, אלא על סמך הרשאת השליח גרידא, אינה נקייה מספקות. ראה ב' כהנא, חוק לישראל, ערבות, ירושלים תשנ"ב (להלן: כהנא, ערבות), עמ' 85.

[21] אדם המבקש מחברו להוציא כסף מרשותו לאדם שלישי, חייב לפרוע לו את הסכום שהוציא כדין הערב

אותה גם כשהשליחות פסקה מחמת מות השולח. על פי אותו היגיון, נראה שיש לחייב את השולח לשלם לשליח גם את שכרו[23].

פרק שלישי

הגנה על צד שלישי – "זכאי הוא לראותה כנמשכת" – ס"ק (ב)

א. המקור התלמודי: שליחות לקבלת פירעון חוב

התלמוד[24] מביא מעשה בלווה שסירב לפרוע את חובו לידי שלוחו של המלווה בטענה שאולי כבר מת המלווה־השולח ונסתיימה השליחות. הלווה חשש שמא הפירעון לא יגיע לידי יורשי המלווה, והם יתבעו ממנו את פירעון החוב שנית. העובדה שכבר פרע את חובו לידי השליח, לא תשמש לו הגנה, שהרי כאמור באותה שעה כבר נסתיימה השליחות. וזה לשון הגמרא:

> כי הא דרבי אבא הוי מסיק זוזי[25] בדרב יוסף בר חמא. אמר ליה לרב ספרא: "בהדי דאתית אייתינהו ניהלי". כי אזל להתם, אמר ליה רבא בריה... "אי כתב לך נמי 'התקבלתי', לאו כלום הוא, דלמא אדאתית שכיב ר' אבא ונפלו זוזי קמי יתמי".
>
> תרגום: רבי אבא היה נושה ברב יוסף בר חמא. אמר לו [רבי אבא] לרב ספרא: עם בואך [למקומו של רב יוסף, הלווה] הביאם אליי [את הכספים שהוא חייב לי]. כשהלך לשם [רב ספרא לקיים את שליחותו], אמר לו רבא בנו [של רב יוסף, הלווה]... אף אם תחזור לכאן עם כתב מינוי לקבלת החוב, לא יועיל הדבר, שמא עד שתחזור ימות רבי אבא ויפלו הכספים לפני היורשים.

לפי התלמוד, אין דרך להתגבר על חששו של הלווה אלא בהקניית החוב מן המלווה לשליח. באופן כזה, גם אם ימות השולח, הזכות לגביית החוב נשארת בידי השליח, ואין עוד מקום לחששו של הלווה. וזה לשון הגמרא: "ואלא מאי תקנתא? זיל נקנינהו לך אגב ארעא, ותא

להלוואה. יסוד החיוב בשניהם זהה, והוא ההנאה שהפיק המבקש מן הנותן בשעה שהוציא כסף מרשותו לפי בקשתו. ואולם שלא כבערבות רגילה, אין חיובו של המתחייב מ"דין ערב" תלוי בחיובו של הנערב (ראה כהנא, ערבות, עמ' 71, ועמ' 78־84). לשיטות בהבנת מהות החיוב בערבות, ראה כהנא, ערבות, עמ' 4־8. וראה שם, עמ' 78־79, לזיקה בין שיטות אלה לבין "דין ערב".

[22] נתיבות המשפט, סימן קכב, ס"ק ג. וראה להלן, ליד ציון הערה 52, שיש החולקים על כך.

[23] להלן, פרק שלישי, ב(4), עמ' 694, כשנדון בהגנה על הצד השלישי מפני סיום השליחות בלא ידיעתו, נבחן את האפשרות שבמקרים מסוימים, על אף הביטול, השליחות נמשכת מכוח תקנת חכמים. אין צריך לומר שלפי אפשרות זו, השליח אינו זקוק להגנה מיוחדת, שהרי השליחות לא נסתיימה (בהנחה שמהות התקנה היא שהשליחות אינה מסתיימת, לא כלפי השליח ולא כלפי הצד השלישי, כל זמן ששניהם אינם מודעים לביטול. ולא כפי החוק, שקבע שהשליחות אינה נמשכת אלא ביחס למי שלא היה מודע לסיומה).

[24] בבא קמא קד ע"ב.

[25] בכ"י מדריד הגרסה היא "הוו ליה זוזי [=היו לו זוזים]", וכן היא גרסת כמה מן הראשונים (ראה תשובות ופסקים לראב"ד (ירושלים תשנ"א), סימן קמא, ד"ה ואחר שבררנו (עמ' קצד) [=תמים דעים, סימן סג]; וכן נראה שגרס גם רבנו יהונתן מלוניל על הרי"ף, בבא קמא (ירושלים וניו־יורק תשכ"ט), פרק ט, סימן קפח, ד"ה אמרי נהרדעי (עמ' 324־325), שכן הוא מדבר על נפקד ולא על לווה). לפי גרסה זו, אפשר שאין מדובר בפירעון הלוואה אלא בהחזר פיקדון. וראה להלן, הערה 35.

את כתוב לן 'התקבלתי' [=ואלא מה הפתרון? לך (ללווה), יַקנה לך את החוב אגב קרקע, וחזור אלינו וכתוב לנו שקבלת את הכסף]".

מסוגיה זו עולה לכאורה שמות השולח מביא את השליחות לסיומה, אף כשלא נודע עליה לצד השלישי, כפי שהרחבנו את הדיון על כך בדיוננו על סעיף 14[26]. מה ניתן ללמוד מן הסוגיה לעניין השאלה שעומדת לפנינו, היינו לעניין ההגנה על זכויות הצד השלישי מפני סיום השליחות בלא ידיעתו? לכאורה, עולה מן הסוגיה שאין לצד השלישי כל הגנה במסגרת דיני השליחות. הדרך היחידה העומדת לרשותו היא לסרב לפעול כלפי השליח, כל עוד לא העביר השולח את זכותו לשליח, כלומר, כל זמן שהשליח אינו פועל כלפי הצד השלישי באופן עצמאי ולא כשליח. אולם כפי שניווכח מיד, בשאלה זו נחלקו הראשונים מן הקצה אל הקצה. לפני כן, נעיר שבמעשה כפי שהובא בתלמוד, חששו של הלווה היה מפני מותו של המלווה־השולח דווקא ולא מפני ביטול השליחות ביזמתו. מה יש להסיק מזה לעניין זכויות הצד השלישי בסיום השליחות מחמת ביטול? גם בזה נחלקו הראשונים.

לדעת הרא"ש[27], אכן כפי שעולה לכאורה מן הסוגיה התלמודית, בלא הקניית זכות התביעה לשליח, אין לצד השלישי הגנה מפני סיום השליחות בלא ידיעתו, ולעניין זה אין לדעתו משמעות לשאלה מה גרם לסיום השליחות, מות השולח או ביטולה על ידו. הרא"ש מסביר שחששו זה של הצד השלישי מפני סיום השליחות בלא ידיעתו, הוא העומד ביסוד תקנת ה"אורכתא"[28]. על פי אותה תקנה, תובע המבקש לנהל תביעה משפטית באמצעות שליח מקנה לשליח את זכות התביעה, כך שהנתבע (הצד השלישי) לא יוכל להתחמק מן ההתדיינות עם המורשה בטענה שמא השולח ביטל את השליחות. דעת הרא"ש היא אפוא שיש אמנם מקום לתקנה שתגן על הצד השלישי, אלא שהיא נמצאת מחוץ לדיני השליחות הרגילים, ומהותה הפיכת השליח לגורם עצמאי ביחסיו עם הצד השלישי[29].

לרמב"ן[30], גישה שונה לחלוטין בהבנת הסוגיה. לדעתו, צד שלישי שפעל בתום לב כלפי השליח נפטר מחיובו כלפי השולח בכל מקרה, אף אם מתברר שבשעה שפעל כלפי השליח, כבר נסתיימה השליחות (בין מחמת מוות בין מחמת ביטול). לפי זה, נשאלת השאלה: מדוע הלווה (הצד השלישי) הציע לשליח לרכוש את זכות התביעה מן השולח? על כך מציע הרמב"ן הסבר חדש ומקורי, ולפיו הצעה זו לא באה להגן על האינטרסים של הלווה, אלא לתת עצה טובה לשליח עצמו. הרמב"ן מסביר שאילו השליח היה מצויד בכתב מינוי המעיד על היותו שלוחו של המלווה, לא הייתה ללווה כל סיבה להתחמק מן הפירעון. אבל באותו מקרה, לא

[26] ראה דיוננו על סעיף 14, פרק שלישי, א, עמ' 645.

[27] רא"ש, בבא קמא, פרק ט, סימן כא, כפי שהבינו אותו בנו (ראה טור, חו"מ, סימן קכב, סעיף ב) ופוסקים אחרים. והשווה ב"ח, חו"מ, סימן קכב, סעיף ב, ד"ה ולפיכך.

[28] ראה דיוננו לעיל, סעיף 1, פרק רביעי, ב(1)(ב), עמ' 49.

[29] והשווה תוספות, כתובות נה ע"ב, ד"ה שאם, הדנים בחייב שפרע את חובו לידי המורשה בלא לדעת שמת המרשה, ונאנסו המעות בידי המורשה. וזה לשונם: "כיוון דאם היה נפקד בא לפני בית דין, היו אומרים לו לתת ליד המורשה, שהרי יש להחזיק המרשה בחזקת חי... אין יכולים לתבוע מן הנפקד כלום, שהרי ברשות בית דין נתנם". יש לשים לב לכך, שבעוד שלפי הרא"ש, החשש מפני ביטול השליחות על ידי השולח הוא הגורם לתקנת "אורכתא", הרי שלפי התוספות, תקנת "אורכתא" יסודה בסיבה אחרת (שהתוספות אינם מפרטים אותה), וכיוון שתוקנה התקנה, נעשה צורך להוסיף תקנה שתגן על החייב שמחייבים אותו לשלם למורשה. וראה להלן, הערה 73.

[30] רמב"ן, מלחמות ה', בבא קמא לז ע"א (בדפי הרי"ף), ד"ה ועוד ומה שפסק.

היה בידי השליח מסמך כזה, ועל כן נאלץ לחזור אל שולחו כדי לקבל ממנו כתב מינוי. העצה שקיבל הייתה שלא להסתפק בכתב מינוי רגיל, שכן ייתכן שעד שיחזור עם כתב המינוי, עלול השולח למות, ואם דבר מיתתו יגיע לאוזני הלווה (הצד השלישי), הוא יסרב בצדק לפרוע את חובו לידי השליח, ונמצא שהשליח טרח בחינם. כדי למנוע מן השליח את הטרחה המיותרת הזאת, המליצו לו לרכוש את זכות התביעה. עצה זו באה אפוא להגן על השליח, אם דבר סיום השליחות ייוודע לצד השלישי, ולא הייתה נחוצה כדי להגן על הצד השלישי, אם דבר הסיום לא ייוודע לו[31].

הצד השווה בין גישות הרא"ש והרמב"ן הוא, ששניהם אינם מייחסים חשיבות לאופן שבו מסתיימת השליחות, מוות או ביטול. לא כן דעתו של הראב"ד[32]. בעיקרון, גישת הראב"ד בהבנת הסוגיה דומה לגישת הרא"ש. גם הוא סבור שסירובו של הלווה לפרוע את חובו לידי השליח נבע מחשש לפגיעה באינטרסים שלו (ולא מתוך דאגה לשליח, כפי שהסביר הרמב"ן). אולם לדעתו, אין זה מקרה שבסוגיה הועלה החשש מפני מיתת השולח דווקא, אף על פי שחשש זה הוא חשש רחוק, ולא הועלה החשש מפני ביטול השליחות על ידי השולח, שהוא לכאורה חשש סביר יותר[33]. לדעת הראב"ד, יש להבחין בין מוות לבין ביטול. בשונה מסיום השליחות מחמת מות השולח, שם השולח לא התרשל כלפי הצד השלישי, הרי כשהשולח מבטל את השליחות ואינו מודיע על כך לבעל חובו, יש בדבר משום "פשיעה", ועל כן עליו לשאת בתוצאות הביטול, אם גרם לו נזק. ובלשונו: "ולא עוד, אלא אפילו בשליחות גרידא [ולא רק ב'אורכתא'], אם קדם ונתן המעות לידו ואחר כך נודע שכבר חזר בו בעל המעות ובטל שליחותו של זה, ונאנסו המעות מיד השליח, פטור הלה מהאי טעמא, משום דמצי למימר ליה 'אנא אשליחותא דידיה סמכי ואסהדי סמכי, את הוא דפשעת בו, דהדרת בך, דמידע ידעת דאנא מסרנא ליה, ואדעתא דאמסר לידיה שדרתיה נהלי, ולא אבעי לך למהדר בך ביה', ומשום הכי פטור. ואמטו להכי חשש רבא למיתה ולא חשש לחזרה". כלומר, הלווה יטען: אני סמכתי על שליחותו ועל העדים, ואתה הוא שפשעת כשחזרת בך, שידעת שאני אמסור לו (את הפירעון), ועל דעת כן שלחת אותו אליי, ולא היה לך לחזור בך, ומשום כך פטור הלווה. וזו הסיבה שחשש רבא למיתה ולא חשש לביטול.

לסיכום, על המסקנות שיש להסיק מסוגיית התלמוד שהבאנו לעיל בעניין ההגנה על זכויות הצד השלישי (הלווה), נחלקו הראשונים מן הקצה אל הקצה: בקצה האחד עומד הרא"ש, הסבור שאין הבדל בין מות השולח לבין ביטול השליחות, ובכל מקרה, אין הגנה ללווה, אף

[31] לפי זה, יש להניח שלדעת הרמב"ן, תקנת "אורכתא" אינה מבוססת על החשש מסיום השליחות בלא ידיעת הנתבע אלא על נימוק אחר. ואכן, ראה רמב"ן, שם. וראה רקובר, השליחות וההרשאה, עמ' 123 ואילך.

[32] תשובות ופסקים לראב"ד (ירושלים תשנ"א), סימן קמא, ד"ה ועכשיו יש לנו לפרש (בעמ' קצב) [=תמים דעים, סימן סא, בסופו]. דברים אלו הובאו בשינויים קלים גם בספר התרומות, שער נ, חלק ג, אות ו (והשווה טור, חו"מ, סימן קכב, סעיף ב, המביא את דעת הראב"ד כמסכימה דווקא עם שיטת הרא"ש. וכבר עמדו על זה: ש"ך, חו"מ, סימן קכב, ס"ק ח; הגהות והערות לטור, במהדורת הטור השלם, שם, הערה ב). כשיטת הראב"ד סוברים גם: הרמ"ה, המובא בשיטה מקובצת, בבא קמא קד ע"ב, ד"ה וכתב הרמ"ה; ספר העיטור, הרשאה (מהדורת ר"מ יונה, חלק ב, עד ע"ד). וראה נ' רקובר, השליחות וההרשאה, עמ' 129, הערות 258, 259.

[33] אמנם ייתכן שבמקרה המובא בתלמוד, לא היה ללווה (ר' יוסף בר חמא) כל יסוד לחשוש שמא יבטל המלווה (ר' אבא) את השליחות בכוונה תחילה, משום שהכיר אותו כאדם הגון וישר. זאת ועוד, ייתכן שבנסיבות העניין, החשש למות המלווה היה סביר במיוחד מפאת גילו המופלג של ר' אבא (כך עולה מפירוש רש"י, שם, ד"ה שכיב רבי אבא). אולם השווה להלן, ליד ציון הערה 51.

שלא ידע על סיום השליחות. לדעתו, הפתרון היחיד למצב זה הוא תקנת ה"אורכתא" (הרשאה). בקצה האחר עומד הרמב"ן, שגם הוא סבור שאין הבדל בין מות השולח לבין ביטול השליחות, אולם בניגוד לרא"ש, הרמב"ן סבור שבעיקרון, המוות והביטול אינם פוגעים בלווה, ואם הלה פרע את חובו בלא שידע על סיום השליחות, אי אפשר לתבוע ממנו שנית את פירעון החוב. בתווך עומד הראב"ד. לדעתו, יש להבחין בין מות השולח (עליו מדובר בסוגיה) ובין ביטול חד־צדדי של השליחות (עליו אין מדובר בסוגיה): במות השולח, אין הגנה לצד השלישי, אלא אם כן השולח הקנה לשלוחו את זכות התביעה שלו בהרשאה. לעומת זאת, בביטול חד־צדדי של השליחות, הסיכון לפירעון החוב לאחר סיום השליחות נופל על השולח, ולא על הצד השלישי, וזאת גם בלא תקנת ההרשאה.

להלכה נפסק ב'שולחן ערוך'[34] כשיטת הראב"ד. נמקד אפוא את דיוננו בניתוח שיטת הראב"ד וננסה להבין מהו היסוד המשפטי להגנה על הלווה לפי גישתו. לאור היסוד המשפטי האמור, נדון בהיקף ההגנה. כלומר, נבדוק אם יש לצד השלישי הגנה גם בשליחות אחרת, שאינה לפירעון חוב, או שמא יש לצמצם את ההגנה לעניין זה בלבד.

ב. היסוד המשפטי להגנה על צד שלישי

(1) מבוא

בתת־פרק הקודם ראינו שבעניין פירעון חוב באמצעות שליח, נפסקה הלכה כשיטת הראב"ד, ולפיה לווה שפרע את חובו לידי שלוחו של המלווה בלא שידע שהלה ביטל את שליחותו, אין המלווה יכול לתבוע אותו שנית. כפי שראינו לעיל, טעמו של הראב"ד הוא שביטול חד־צדדי של השליחות בלא להודיע לצד השלישי על הביטול יש בו משום "פשיעה" של המלווה. בפרק זה, ננסה לעמוד על המשמעות המשפטית של "פשיעה" זו ועל ההבחנה בין ביטול השליחות לבין מות השולח[35].

[34] ראה שולחן ערוך, חו"מ, סימן קכב, סעיף ב: "העושה שליח בעדים להביא לו מה שיש לו אצל פלוני, וביטל השליחות קודם שיתן זה לשליח, ולא ידע הנתבע בביטול, ונתן לשליח ונאבדו, פטור הנתבע". לשון אחר, אם השולח ביטל את השליחות בלא ידיעת הנתבע, הנתבע פטור, אף שהשליח לא בא בהרשאה (כלומר, אף על פי שהשולח לא הקנה לו את זכות התביעה). לעומת זאת, בסעיף א, שם, כתב שאם השולח מת, אין הנתבע מוגן אלא כשהשליח בא בהרשאה. בכך אימץ 'שולחן ערוך' את שיטת הראב"ד. הרמ"א מביא שם גם את שיטת הרא"ש: "ויש אומרים דחייב, אלא אם כן כתב ליה 'זיל דון ואפיק לנפשך'", אך האחרונים מסכימים עם דעת שולחן ערוך. ראה: ים של שלמה, בבא קמא, פרק שביעי, סימן יב; שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן מב; ש"ך, חו"מ, סימן קכב, ס"ק ח; שו"ת תורת אמת, סימן קלב, ד"ה אם יכול. וראה גם ב"ח, חו"מ, סימן קכב, ד"ה ולפיכך. לדעת שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן קכד, ד"ה אמנם זה: "אין טענה זו [שיטת הראב"ד] מספקת רק [=אלא] לעכב, לא להוציא". וראה נ' רקובר, השליחות וההרשאה, עמ' 151־156. דעתו של הרמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק ג, הלכה ח, בעניין זה אינה ברורה. ראה בית יוסף, חו"מ, סימן קכב, סעיף ז.

[35] הדיון להלן הוא בהנחה שהתקדים המובא בתלמוד היה בעניין פירעון הלוואה. אולם הערנו לעיל, הערה 25, שעל פי גרסת התלמוד המוזכרת שם אפשר שהסוגיה אינה עוסקת בשליחות לקבלת פירעון הלוואה אלא בשליחות לנטילת פיקדון מידי השומר. אם אכן תפקידו של השליח היה לקבל לידו פיקדון מידי השומר, הרי יש לראות בבקשת המפקיד להעביר את הפיקדון לידי שלוחו כהצהרה על שחרור הנפקד מחיובי השמירה שקיבל על עצמו. ראה חזון איש, חו"מ, סימן א, ס"ק יג, ד"ה בטור: "וכל זה במלוה, אבל פקדון שמחזירו בעין, כבר נפטר משמירתו, כיון שעושה על פי בעלים" (שאלה היא לפי גרסה זו, אם הוא הדין

(2) נזיקין

לכאורה, המושג "פשיעה" שציין הראב"ד כטעם להגנה בביטול חד־צדדי של השליחות מוליך אותנו ישירות על פי הקשרו לדיני נזיקין. לפי זה, נראה שכוונת הראב"ד היא שהיסוד המשפטי לפטור את הלווה מתשלום נוסף הוא תביעתו הנגדית של הלווה כלפי המלווה לפיצוי על ההפסד שגרם לו כשביטל את השליחות בלא ידיעתו. כלומר, אמנם מאחר שהשליחות נתבטלה לפני הפירעון, המלווה יכול לתבוע את הפירעון שנית, אולם ללווה יש עילת תביעה שכנגד בגין הנזק שגרם לו. חובות הדדיים אלו מתקזזים, ומכאן הפטור של הלווה. כך ניתן היה להבין את דברי הראב"ד. אולם הסבר זה אינו פשוט, משום שאינו עולה בקנה אחד עם כללי הנזיקין, שהרי הנזק שגרם המלווה ללווה בביטול השליחות אינו נזק ישיר אלא נזק עקיף בלבד, וכלל הוא בדיני הנזיקין: "גרמא בנזיקין – פטור"[36]. ייתכן שלדעת הראב"ד, יש לחייב את המלווה מכוח "דינא דגרמי". כלומר, יש לכלול את המקרה הזה בין המקרים שלגביהם נקבע שהמזיק נושא באחריות, אף על פי שלא הזיק באופן ישיר (מקרים שהתלמוד הגדיר אותם כ"גרמי", להבדיל מ"גרמא"[37]). האחרונים הסתפקו אם מקרה זה של הפסד שנגרם ללווה כתוצאה מביטול השליחות בלא ידיעתו מתאים למאפיינים הידועים של דיני גרמי[38].

על כל פנים, אם יסוד פסקו של הראב"ד הוא בדיני נזיקין (שרואים בביטול משום "גרמי"), אזי ברורה ההבחנה שהבחין בין מוות לבין ביטול, שכן אין במוות משום פשיעה. אולם לפי זה, יש לפסוק בהלכה זו על פי דיני "גרמי", ואם נעשה הביטול בשוגג או באונס, לא יזכה הלווה להגנה[39] (אף על פי שהשולח היה יכול להודיע ללווה על הביטול לאחר מעשה, מסתבר שמחדלו של המלווה אינו בגדר "גרמי"[40], וללווה אין עילה לתביעה שכנגד[41]).

גם במות השולח, או שמא יש מקום להבחין בין מוות לבין ביטול?). לפי זה, אין צורך בהסברים המובאים להלן.

[36] ראה: בבא קמא מח ע"ב; שם ס ע"א; בבא בתרא כב ע"ב.

[37] הראשונים נחלקו בשאלת הגדרת המושג "גרמי". ראה: אנציקלופדיה תלמודית, כרך ו, ערך גרמא בנזיקין, גרמי; א' שיינפלד, חוק לישראל, נזיקין, ירושלים תשנ"ב, עמ' 59־60.

[38] ראה: כסף הקודשים, חו"מ, סימן קכב, סעיף ב; חידושי הרי"ם, חו"מ, סימן קכב, ס"ק א, ד"ה עוד יש לומר גם להרי"ף; הר צבי, על טור חו"מ, סימן קכב, בסוף דבריו.

[39] ראה ש"ך, חו"מ, סימן שפו, ס"ק א, וס"ק ו.

[40] בדרך כלל, אין אדם מתחייב בנזיקין על מחדל (הימנעות מפעולה) מפני שאינו אלא גרמא. אמנם ראה רמ"א, חו"מ, סימן קנה, סעיף מד: "שני שכנים הדרים ביחד, וביתו של אחד נפרץ, ועל ידי זה באים גנבים לבית השני, ואמר השני 'גדור ביתך או מכרנה [?] לאחרים, כי אתה גורם לי היזק'. יש אומרים דהדין עמו, וצריך לתקן היזקו... ויש חולקים". אבל אין כן חיוב תשלומי נזיקין. לדיוני הפוסקים בעניין זה, ראה פתחי חושן, הלכות נזיקין, פרק יג, סעיף טז, והערה לו.

[41] אפשר ששיטת הראב"ד מבוססת על דיני הנזיקין, אף אם הביטול נחשב להיזק בגרמא, שאין חייבים עליו בנזיקין. בשולחן ערוך, חו"מ, סימן שצה, סעיף א, נפסק: "המשסה כלבו של חבירו בחבירו, פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים, ובעל הכלב חייב חצי נזק, שכיון שהוא יודע שאם שסה את כלבו להזיק, נושך, לא היה לו להניחו. ואם שסהו [הניזוק] בעצמו, בעל הכלב פטור, שכל המשנה ובא אחר ושינה בו, פטור". הוי אומר: המשסה בזולתו כלב שיש לו בעלים, בעל הכלב חייב בתשלומים, והמשסה, שהזיק בגרמא, פטור. אולם אם המשסה הוא הניזוק, אין הוא יכול לתבוע את בעל הכלב, שכן הוא הביא על עצמו את הנזק. דין זה נכון אף כשהמשסה אינו אשם במעשהו, כגון שהוא קטן (ראה א' שיינפלד, חוק לישראל, נזיקין, נספח ראשון, עמ' 376 ובהערה 45, שם). ייתכן שניתן ללמוד מדין זה עיקרון, ולפיו כשהתובע הוא הגורם לנזק, אף שאינו אשם (כמו הקטן), אין הוא זכאי לשיפוי מן הנתבע. ולענייננו, מלווה שביטל את השליחות בלא להודיע לשליח או לצד השלישי (אף שנמנע לעשות כן שלא באשמתו), אינו זכאי לתבוע

נראה שקושי זה של התאמת ההלכה בעניין הגנה על הלווה עם כללי הנזיקין הביא חלק מן האחרונים לחפש בסיס משפטי אחר לאותה הגנה, כשעניין ה"פשיעה" שהזכיר הראב"ד אינו משמש בסיס משפטי אלא הצדקה מעשית או ערכית לחיוב השולח (והוא גם משמש נימוק להבחנה בין ביטול לבין מוות). בדברינו כאן, נסקור את גישתם של אותם אחרונים.

(3) מחילה מכללא

לדעת 'חזון איש'[42], ההלכה הפוטרת את הלווה מפירעון החוב, אף שפרע לאחר ביטול השליחות, יסודה בעובדה שהמלווה מוחל ללווה על חובו. על פי גישה זו, חכמים אמדו את דעתו של המלווה, שהוא מוחל ללווה על חובו, אם יתברר שפרע לאחר ביטול השליחות[43]. 'חזון איש' מסביר מדוע יש בעניין זה אומדנת מחילה: "דמכל מקום פְּטָרוֹ [המלווה את הלווה] מאונס דאורחא [=אונס הדרך, שאם אבד כסף הפירעון בדרכו מן הלווה למלווה], אף אם ימסור אחר שביטל, כדי שיתרצה למוסרו ולא יחוש דילמא [=שמא] ביטל, וסתמא מחלו, שלא יפסיד על ידו". המלווה מעוניין שהלווה יסכים לפרוע את החוב לידי השליח, ולא יתחמק בטענה שמא כבר ביטל השולח את השליחות. ההנחה היא אפוא שהוא מוכן למחול ללווה על פירעון החוב, אם יתברר שנעשה לאחר ביטול השליחות, כך שלא תהיה לו עילה להתחמק מן הפירעון. ונשאלת השאלה: אם כן, מדוע יש להבחין בין מוות לבין ביטול? מדוע אותה אומדנה בדבר מחילה, הקיימת לעניין החשש מפני ביטול השליחות, אינה קיימת גם לעניין החשש מפני מות השולח? כאן יש משמעות למושג "פשיעה" שבדברי הראב"ד. ההנחה היא שהמלווה מוכן למחול ללווה על פירעון חובו רק כשהוא (המלווה) אשם בסיומה הפתאומי של השליחות, אולם אין הוא מוכן לכך, אם תסתיים השליחות בעל כורחו (כגון במותו)[44].

בגין כך את הלווה. ייתכן עם זאת, שאין מקום להקיש מדיני נזיקין לענייננו, שכן זכותו של המלווה להשבת כספו נובעת מדיני ההלוואות ולא מדיני נזיקין.

נימוק נוסף אפשרי לפטור את הלווה מן החוב הוא מכוח דין תפיסה (שעל פיו יש שאדם זכאי לעשות דין לעצמו ולעכל את רכושו של זולתו החייב לו, אף שבית הדין היה מנוע מלהעניק לו סעד), אך זאת כמובן בהנחה שאכן מועילה תפיסה של הניזוק בנזקי גרמא, כפי שסוברים אחדים מן הפוסקים. ראה: שו"ת מהר"ם מינץ, סימן קא; שו"ת מהרש"ם, חלק א, סימן קס, ד"ה הנה המסדר; שם, חלק ג, סימן צו, ד"ה ומה שהאריך. אולם הנחה זו אינה מקובלת על פוסקים אחרים. ראה: ש"ך, חו"מ, סימן כח, ס"ק ב, בשם ים של שלמה, בבא קמא, פרק ו, סימן ו; שו"ת חוות יאיר, סימן מה (אף שפקפק בפסק זה). וראה פתחי חושן, הלכות נזיקין, פרק ג, סעיף מ.

[42] חזון איש, חו"מ, סימן א, ס"ק כ.

[43] וראה חידושי הרי"ם, חו"מ, סימן קכב, ס"ק ו, הסבר דומה לזה לעניין הרשאה.

[44] לכאורה, הסבר זה אינו משכנע: אם אמנם נכונותו של המלווה למחול על חובו של הלווה נובעת משיקולים מעשיים (שלא יתחמק הלווה מן הפירעון), מדוע יַתנה המלווה את המחילה בפשיעתו שלו? זאת ועוד, הלווה יכול עדיין להתחמק מן התשלום בטענה שאולי מת השולח לפני הפירעון. על נקודה אחרונה זו, עונה חזון איש, חו"מ, סימן א, ס"ק יג, ד"ה ואם: "דסתמא [הלווה] אינו חושש למיתה, וכשהוא בטוח מהפסד חזרה [כלומר, מן ההפסד שעלול להיגרם לו אם יתברר שבוטלה השליחות], הוא מוסר לו [לשליח]".

(4) תקנה

יסוד אחר שהועלה[45] לפטור של הלווה מפירעון נוסף, הוא תקנה[46]. כשבירנו לעיל את שיטות הראשונים בסוגיית התלמוד, ראינו שהרמב"ן[47] הניח כדבר המובן מאליו קיומה של תקנה מעין זו. הרמב"ן התייחס לשתי בחינות המצדיקות לדעתו את התקנת התקנה[48]: התקנה מוצדקת מבחינה מוסרית, שכן בביטול השליחות גרם המלווה לפגיעה בלווה, ובלשונו: "נמצא זה [השולח] מכחיש את הנפקד"; והיא מוצדקת גם מבחינה חברתית, שכן בלעדיה ישתמטו הלווים מלפרוע את חובותיהם לידי שלוחיהם של המלווים, ובלשונו: "כדי שלא יהא כל אחד ואחד נוטל מעותיו של חבירו במדינת הים, ושוב לא ירצה ליתנם לשלוחו, ונמצא מעכבם לעצמו". ראינו שלדעת הרמב"ן, אין להבחין בעניין זה בין התחמקות הלווה מחשש לביטול השליחות על ידי המלווה לבין התחמקותו מחשש למות המלווה. השאלה היא: האם הטענות שהזכיר הרמב"ן יכולות לעלות בקנה אחד גם עם שיטת הראב"ד, שנפסקה להלכה, ולפיה יש להבחין בין ביטול לבין מוות? לעניין השיקול המוסרי, נראה שאכן מתבקשת הבחנה ביניהם[49]. לעניין האינטרס החברתי, קשה יותר לקבל הבחנה בין ביטול לבין מוות, אלא אם נאמר שהחשש מפני מוות הוא חשש רחוק, עד כדי כך שאינו אמור לשמש עילה לאי־פירעון החוב לידי השליח, כלשון 'ערוך השולחן'[50]: "דאין לתקן תקנה מפני חשש מיתה, והרי אף באיסור אשת איש סמכינן אחזקת חיים [=אנו סומכים על חזקת חיים]"[51].

(5) ערבות

לדעת ר' יצחק מאיר רוטנברג, בעל 'חידושי הרי"ם'[52], ההלכה הפוטרת את הלווה מפירעון החוב, אף שפרע אותו לאחר ביטול השליחות, יסודה ב"דין עָרב"[53]. לפי הסבר זה, אין צורך

[45] ראה: ערוך השולחן, חו"מ, סימן קכב, סעיף א; חידושי רבי שמעון יהודה הכהן (שקאפ), חלק ד, קונטרס השליחות, סימן טז, ד"ה ולכאורה (עמ' עח). בדבריו, מפנה ר"ש שקאפ לחידושי הריטב"א, קידושין נט ע"א, ד"ה רבי יוחנן אמר, שכבר מדבריו עולה רעיון התקנה ("הפקר בית דין – הפקר"). יש לציין שאמנם דברי הריטב"א נאמרו ביחס להרשאה, אבל ר' שמעון שקאפ הבין כנראה שהטעם לתקנה ("כיוון דלא ידע בביטוליה וברשותיה יהב") יפה אף בשליחות רגילה. וראה רקובר, השליחות וההרשאה, עמ' 136, הערה 291, שהסתפק בדבר.

[46] הכוונה כאן לתקנה בדיני השליחות עצמם, ולפיה השליחות אינה מסתיימת כל זמן שהלווה (הצד השלישי) אינו יודע על הביטול, ואין הכוונה (אם כי תאורטית אין לשלול גם אפשרות זו) לתקנה בדיני הנזיקין לדוגמה, ולפיה השולח נושא באחריות בנזיקין כלפי הצד השלישי, אף שמעיקר הדין היה צריך להיות פטור משום שביטול השליחות בלא ידיעת הצד השלישי הוא רק גרמא. ראה להלן, הערה 57.

[47] ראה לעיל, ליד ציון הערה 30.

[48] ראה רקובר, השליחות וההרשאה, עמ' 126. וראה בהערה הבאה.

[49] ואכן הרמב"ן, לשיטתו שאין לחלק בין מיתה לביטול, אינו משתמש בטיעון המוסרי כסיבה לתקנה, אלא רק כהוכחה שאכן קיימת תקנה.

[50] ערוך השולחן, חו"מ, סימן קכב, סעיף ב.

[51] ואכן ראה: ש"ך, חו"מ, סימן קכב, ס"ק ד, המביא שיטות ולפיהן הלווה אינו יכול להתחמק מתשלום חובו לשלוחו של המלווה בטענה שאולי כבר מת המלווה ונסתיימה השליחות, אלא אם המלווה הוא זקן או חולה (וראה גם סמ"ע, שם, ס"ק ג. וראה לעיל, דיוננו על סעיף 3, הערה 219). יש להטעים שהראב"ד סבור אמנם שתקנת האורכתא נותנת מענה גם לחשש שמת המלווה, אבל נראה שלדעתו לא זאת הייתה סיבת התקנה. וראה רקובר, השליחות וההרשאה, עמ' 116.

[52] חידושי הרי"ם, חו"מ, סימן קכב, ס"ק ד. וראה כסף הקודשים, שם, סעיף ב.

[53] ראה לעיל, הערה 21.

ביסוד ה"פשיעה", שעליו דיבר הראב"ד. הלווה סמך על דיבורו של המלווה כשהוציא את כספו, ואחריותו של המלווה בעניין זה היא כאחריותו של ערב (שהבטיח לפרוע את חובו של הלווה, אם הלה לא יעשה זאת בעצמו, ועל סמך הבטחתו הסכים המלווה לתת את ההלוואה)[54]. מדוע אם כן, מַבחינה ההלכה בין ביטול למוות, הלא גם אם מת המלווה יש מקום לחייב את עיזבונו מ"דין ערב"? כאן מחדש 'חידושי הרי"ם' שאין הערב יכול להתחייב עתה בגין מעשה העתיד להיות לאחר מותו. וזה לשונו: "אבל במת, מה יועיל חיובו? אף אם היה מתחייב בפירוש אף שימות, מכל מקום אין חיוב לאחר מיתה, כיוון שמת קודם שנתחייב"[55].

(6) סיכום

אם פרע הלווה את החוב לידי שליח המלווה, בלא שידע שהלה כבר ביטל את השליחות, נפטר הלווה מחובו. כך נפסק להלכה בעקבות הראב"ד. בדבר יסודה המשפטי של הלכה זו, ראינו גישות שונות.

על פי שלוש גישות, ההגנה על הצד השלישי (הלווה) אינה מושגת בקביעת סייג לסיום השליחות (כפי שנקט החוק, כשקבע שאם הצד השלישי לא ידע על סיום השליחות, הוא רשאי לראות את השליחות כנמשכת), והיא מושגת בצורה עקיפה. כלומר, אף שנסתיימה השליחות, יש לצד השלישי (הלווה) הגנה מכוח עקרונות משפטיים כלליים.

על פי הגישה הנזיקית, אף ששליחות שבוטלה על ידי השולח אכן מגיעה לסיומה, אף בלא ידיעת הצד השלישי, אם כתוצאה מכך נגרם נזק לצד השלישי, השולח חייב לשפותו מכוח "דינא דגרמֵי". הוא הדין לגישות המבססות את ההגנה ללווה על דין ערב או על הסכם מכללא. כשבוטלה השליחות, היא אכן מגיעה לסיומה, אף שהיה זה בלא ידיעת הצד השלישי, אלא שיש בידי הצד השלישי דרכים המגינות עליו מפני סיום השליחות: על פי גישה אחת, המלווה נחשב כמי שעָרַב לשיפוי הלווה על ההוצאה שהוציא לצורך פירעונו; ועל פי הגישה האחרת, המלווה נחשב כמי שהסכים לוותר על החוב בגין הפירעון.

לעומת זאת, לפי הגישה המבססת את הגנת הצד השלישי (הלווה) על תקנה, אפשר

[54] גם מדברי נתיבות המשפט, המובאים בהערה הבאה, עולה הנחת יסוד זו, ולפיה הערב אינו יכול לבטל את ערבותו בלא ידיעת מי שפועל על פיו. אולם יש להעיר כי בספר משנת דר' אליעזר, חידושי מהדורא קמא ובתרא, סימן קלא, סעיף א, תולה את שאלת הפטור של ערב שחזר בו בלא ידיעת מי שהסתמך על ערבותו במחלוקת בין הראשונים. וראה עוד: רקובר, השליחות וההרשאה, עמ' 169; כהנא, ערבות, עמ' 402-407.

[55] וראה נתיבות המשפט, סימן קכב, ס"ק ג, שדוחה עמדה זו. לדעתו, אם היה מקום להטיל על השולח אחריות כלפי הלווה (הצד השלישי) מ"דין ערב", הייתה האחריות מוטלת עליו גם כשהפירעון נעשה לאחר מות השולח. הוא מסביר (ד"ה עוד כתב הש"ך): "דהוי כנתחייב מעכשיו, אם יוציא זה הממון על פיו". כלומר, שעת החיוב ב"דין ערב" היא שעת הציווי לפעולה (ואז השולח עדיין בחיים), וביצוע הפעולה הוא רק תנאי לחיוב (ועל כן אין זה משנה שהפירעון נעשה לאחר המוות). כך היה צריך להיות הדין, כאמור, אם היה מקום לחייב את השולח מ"דין ערב". אבל לדעת 'נתיבות המשפט', אין מקום לחייב את השולח מדין ערב. דין השליח כדין השולח עצמו (בהתאם לכלל "שלוחו של אדם כמותו"), ונמצא שבהוראתו ללווה ליתן את הכסף לידי שלוחו, כאילו הורה לו השולח להעביר את הכסף לידיו הוא, בשונה מערבות רגילה, שבה הוראתו של המצווה היא להעביר את הכסף לידי אדם שלישי. 'נתיבות המשפט' מוסיף שהראשונים החילו אמנם "דין ערב" בקשר לפעולת צד שלישי כלפי שליח (ראה חידושי הר"ן, בבא מציעא צח ע"ב, ד"ה שלחה לי, בעניין נפקד שאומר למפקיד להעביר אליו את הפיקדון ביד עבדו של המפקיד או ביד שלוחו), אולם הוא מסביר שמדובר שם דווקא בשליח שאינו פועל מכוח "שלוחו של אדם כמותו" (כגון שהשליח אינו בר שליחות), באופן שנתינה לו היא כנתינה לאדם שלישי, ועל כן לא הייתה מניעה להחיל שם את "דין ערב".

שבדומה למה שנקטו שיטות משפט אחדות[56], עניינה של התקנה הוא שינוי דיני השליחות עצמם על ידי קביעה שהשליחות לא תסתיים כל זמן שדבר ביטולה על ידי השולח לא הגיע לידיעת הצד השלישי[57].

ג. היקף ההגנה

(1) מבוא

עד כאן עסקנו בבירור הסוגיה התלמודית בדבר פירעון חובו של הלווה לידי שלוחו של המלווה. ראינו שלהלכה, הלווה זכאי להגנה, אם מתברר שלפני הפירעון ביטל המלווה את השליחות בלא ידיעתו. אבל אם מת המלווה לפני הפירעון, אין לו הגנה. כמו כן עמדנו על היסודות המשפטיים האפשריים לביסוס הגנה זו. כאן נדון בשאלה: האם יש להרחיב את ההגנה ולהחיל אותה על כל שליחות, יהיה נושא השליחות אשר יהיה? או שמא יש לצמצם אותה רק למקרה שנידון בתלמוד, שליחות לפירעון חוב?

בהנחה שההגנה עומדת לצד השלישי בכל שליחות, ולאו דווקא בשליחות לפירעון חוב, יש לדון בשאלה נוספת: האם יש לצמצם את ההגנה ולהחיל אותה אך ורק לשם מניעת נזק ממשי מן הצד השלישי, כפי שהוא בדוגמה התלמודית בעניין פירעון חוב?[58]. או שמא יש להרחיב אותה ולהחיל אותה גם כשביטול השליחות לא היה גורם לנזק ממשי אלא רק להחזרת המצב לקדמותו, כגון שהשליחות הייתה למכירת נכס, וביטול השליחות לא היה גורם אלא לביטול העסקה, ותו לא.

במילים אחרות, מאחר שסוגיית התלמוד בדבר שליחות לקבלת פירעון הלוואה, היא המקור היחיד להגנה על צד שלישי, עולה השאלה: עד כמה הגנת הלווה קשורה במאפיינים המיוחדים המתקיימים בנסיבות של פירעון הלוואה? שאלה זו יש לבחון לאור הגישות שראינו בתת־פרק הקודם בדבר הבסיס המשפטי להגנה על הלווה.

אם היסוד המשפטי להגנה על הלווה הוא בדיני הנזיקין, הרי שיש מקום להרחיב את ההגנה ולהחיל אותה על כל שליחות (ואין לצמצם אותה לשליחות לקבלת פירעון), שכן ביטולה עלול לגרום נזק לכל צד שלישי בפעולתו כלפי השליח, ולא רק ללווה. אולם אם זה היסוד המשפטי להגנה על צד שלישי, יש להטעים שההגנה מצטמצמת לשיפוי על נזקי הצד השלישי כתוצאה מן הביטול, ואין להרחיב אותה מעבר לזה. לדוגמה, בקנייה מיד שליח, יהיה הקונה זכאי להחזר כספו, אבל העסקה עצמה תתבטל, והבעלות על הנכס שקנה מיד השליח אינה פוקעת מידי השולח[59]. דברים דומים ניתן לומר גם אם הבסיס להגנה הוא דין ערב, שכן הערבות היא להחזר הוצאותיו ולא לקיום העסקה[60].

[56] ראה לעיל, ליד ציון הערה 10.

[57] אם כי אפשר שהתקנה נוגעת לדיני הנזיקין ולא לדיני השליחות. היינו, אף שלפי כללי הנזיקין, השולח אינו חייב לפצות את השליח (שכן הנזק שגרם לו הוא נזק עקיף בלבד, והכלל הוא: "גרמא בנזיקין – פטור"), הרי שמכוח התקנה, הוא חייב לפצותו. ראה לעיל, הערה 46.

[58] שם, אם הפירעון אינו מגיע לידי המלווה, משום שנאנס מידי השליח, הלווה עלול להיתבע לפרוע את החוב שנית, בלא שתהיה לו אפשרות לתבוע מן השליח את הנזק שנגרם לו, שהרי הלה נאנס.

[59] גם אם בינתיים התייקרו הסחורות בשוק, הרי זה נזק בגרמא בלבד. ראה שו"ת פרי החיים, חו"מ, סימן יח.

[60] ערבות רגילה יוצרת חובת שיפוי. אמנם קיימת אפשרות שהערבות תמלא פונקצייה של מעשה קניין, כמובא בתלמוד (עבודה זרה סג ע"ב. ודומה לזה לעניין קידושין, בקידושין ז ע"א) בשם רבא, שהאומר לחברו:

אם היסוד המשפטי להגנה הוא הסכם מכללא, אפשר בעיקרון להרחיב את ההגנה לכל שליחות. ואם ייעשה כן, הרי שההגנה לא תצטמצם לפיצוי על הפסד בלבד (כמו לפי הגישות הקודמות), שכן הבסיס להגנה אינו חובת תשלום פיצויים על נזק אלא התחייבות לקיום תוצאות השליחות, כדי שהצד השלישי יסכים לפעול כלפי השליח. אולם יש מקום לפקפק אם אכן יש מקום להרחיב את ההגנה מעבר לנסיבות שנידונו בתלמוד, היינו מעבר לשליחות לפירעון חוב. בשליחות לפירעון חוב, השולח מעוניין שהלווה לא יתחמק מן הפירעון, ועל כן מניחים שהוא מוכן למחול לו על החוב, אם יתברר שפרע לשליח לאחר שכבר ביטל את השליחות. לעומת זאת, בפעולות משפטיות אחרות, כגון קנייה ומכירה, הצד השלישי מעוניין לא פחות מן השולח בביצוע הפעולה. מאחר שהשולח אינו חושש שהצד השלישי יתחמק מן העסקה עמו, אולי אין מקום לאומד הדעת, שהסכים מכללא לשאת בתוצאות פעולת השליח, על אף הביטול. ספק דומה עולה גם אם היסוד להגנה על הצד השלישי הוא תקנה. מחד גיסא, עצם העובדה שיסוד משפטי זה משוחרר ממסגרות של הלכות אחרות (שאינו קשור בדיני נזיקין או בדיני ערב או בדיני מחילה) מאפשרת להרחיב את ההגנה מעבר לדיני שליחות לקבלת פירעון דווקא. כמו כן, אין יסוד זה מוגבל לזכות השיפוי בלבד. אך מאידך גיסא, יש מקום לטעון שאם אכן מדובר בתקנה, אולי אין להרחיבה מעבר לגבולותיה המקוריים, ויש אפוא לצמצם אותה לפירעון הלוואה בלבד.

כאן המקום לציין שבדיני "אורכתא" (שליחות להתדיינות משפטית), הורחבה ההגנה גם כשביטול ה"הרשאה" אינו גורם נזק לצד השלישי. כך עולה מן ההלכה[61], ולפיה אם זכה הנתבע בהתדיינות כנגד המורשה, שפסק הדין פטר אותו מלשלם, עומד פסק הדין בתוקפו, אף אם מתברר למפרע שהמרשה ביטל את שליחותו של המורשה לפני קיום ההליך המשפטי. אנו אומרים שיש כאן הרחבה, משום שבנסיבות אלה, ביטול ההליך המשפטי כתוצאה מביטול ההרשאה לא היה גורם נזק ישיר לנתבע, ואף על פי כן ההליך המשפטי אינו מתבטל[62]. אמנם ייתכן שבהליך המחודש היה מתהפך הגלגל, ובית הדין היה פוסק לרעת הנתבע, אולם אי אפשר לראות בפסק דין זה משום נזק לנתבע, אלא כפסק דין שנעשה בו צדק ותיקון עוול. כפי שאמרנו, הרחבה זו היא במסגרת תקנת "אורכתא", והשאלה היא: האם יש להקיש ממנה גם להלכות שליחות?[63] או שמא הגנה רחבה זו היא חלק מתקנת "אורכתא" (שמגמתה לחזק את התקנה)?[64] ואין אפוא להחיל אותה על שליחות רגילה.

"תן מנה לפלוני וייקנו נכסאי לך – קנה מדין ערב". אלא שבכל הדוגמאות הללו, שבהן יש הקנייה באמצעות "דין ערב", הערבות ניתנה במפורש לעניין העברת הבעלות, ואין ראיה מהן שאפשר להעביר בעלות גם מכוח ערבות מכללא (כמו בענייננו).

[61] ראה שולחן ערוך, חו"מ, סימן קכב, סעיף ג. המקור להלכה זו הוא הרא"ש, בבא קמא, פרק ז, סימן ה.

[62] ראה סמ"ע, שם, ס"ק ה.

[63] כפי שכתבנו לעיל, הערה 61, הלכה זו מקורה בדברי הרא"ש. כזכור, שיטת הרא"ש היא, שאם השליח לא בא בהרשאה, אין ללווה הגנה כלל, אפילו לא בהפסד (ראה לעיל, ליד ציון הערה 27). נמצא אפוא שלשיטתו, ודאי שאין להקיש לעניין היקף ההגנה של הצד השלישי, בין שליחות לבין הרשאה. אולם שאלתנו אינה לשיטת הרא"ש אלא לשיטת 'שולחן ערוך', שמחד גיסא פסק בעניין הרשאה כדברי הרא"ש האלו, ומאידך גיסא אימץ (שם, סעיף ב) בעניין שליחות את גישת הראב"ד, ולפיה קיימת הגנה ללווה כשהשולח ביטל את השליחות בלא ידיעתו. שאלתנו היא: האם ההגנה ללווה שפעל כלפי שליח רגיל מצומצמת לשיפוי ההפסד שנגרם לו? או שמא יש להרחיב את ההגנה מכוח היקש לדיני הרשאה ולקיים את פעולת השליח, גם כאשר ביטולה לא היה גורם הפסד לצד השלישי?

(2) הגישה המרחיבה

למרבה הפלא, הדיון הראשון שמצאנו בעניין הרחבת ההגנה על צד שלישי שפעל כלפי שליח בלא שידע שנתבטלה שליחותו הוא רק מתחילת המאה הי״ט, בתשובתו של ר׳ חיים הכהן רפאפורט[65]. בעקבות דבריו, עסקו בנושא זה גם פוסקים אחרים[66], ורובם לא קיבלו את גישתו. נתמקד אפוא בפסקו של ר״ח רפאפורט ובניתוח היסודות שעליהם נשען. לאחר מכן נביא את דברי מבקריו.

המעשה שעליו נשאל ר״ח רפאפורט היה בשליח שעשה כפי ציוויו של משלחו ומכר נכס מסוים לצד שלישי. לאחר שכבר הועבר הנכס לרשות הקונה, התברר שלפני מכירת הנכס על ידי השליח, נמכר אותו הנכס על ידי הבעלים עצמם (השולח) לאדם אחר (צד רביעי). ר״ח רפאפורט דן בשאלה: זכותו של מי עדיפה? כשהוא מניח שמכירה על ידי השולח כמוה כביטול השליחות. האם עדיפה זכותו של הצד השלישי, מכוח העסקה שעשה עם השליח, אף על פי שהעסקה נעשתה לאחר ביטול השליחות? או שמא עדיפה זכותו של הצד הרביעי, מכוח העסקה שעשה עם הבעלים (השולח)? מסקנתו של ר״ח רפאפורט היא שעדיפה זכותו של הצד השלישי, היינו שמכירת השליח תקפה, וממילא אין להוציא את הנכס מידי הצד השלישי שקנה ממנו[67]. את פסקו הוא מבסס על ההלכה שהזכרנו לעיל[68] בדבר ההגנה הניתנת לצד השלישי שניהל התדיינות משפטית כלפי מורשה הבא בכתב הרשאה (״אורכתא״). כבר

[64] ראה לעיל, הערה 27.

[65] שו״ת מים חיים, חלק ב, חו״מ, סימן יח. מובא בפתחי תשובה, חו״מ, סימן קפב, ס״ק ד. וראה פסק דינו של הרב חיים הרצברג, פסקי דין ירושלים ג, עמ׳ פו־פז.

[66] ראה: שו״ת מהרש״ם, חלק א, סימן קעז; שו״ת בית יצחק (שמלקיש), חו״מ, סימן נז; שו״ת פרי החיים, חו״מ, סימן יח, וסימן כ; שם, אורח חיים, סימן לה; תהילה לדוד (אורטנברג), חו״מ, סימן עב; הר צבי, טור חו״מ, סימן קכב.

[67] משמעות הדבר היא, שכל זמן שלא נודע לצד השלישי על ביטול השליחות, אין תוקף לביטולה, והשליחות נמשכת כלפי כולי עלמא. נעיר שההגנה הניתנת בזה לצד השלישי מקיפה יותר מן ההגנה הניתנת לו על פי החוק, המעדיף את זכויות הצד הרביעי על פני זכויות הצד השלישי. ראה לעיל, ליד ציון הערה 12.
בנקודה זו, השיגו עליו מהרש״ם (שו״ת מהרש״ם, חלק א, סימן קעז), ור״ד אורטנברג (תהילה לדוד, חו״מ, סימן עב). וראה גם פסקי דין ירושלים ז, עמ׳ סז. לדעתם, גם אם נקבל את ההנחה שההגנה על צד שלישי רחבה יותר, מכל מקום אין היא גורפת, ויש לצמצם את התקנה רק לביטול שאינו נובע ממכירת הנכס לצד רביעי (כלומר, רק למקרים מעין הנידון ב׳שולחן ערוך׳ לגבי לווה). אם נתבטלה השליחות מכוח העובדה שהשולח הקדים ומכר את הנכס לצד רביעי, זכותו של הצד הרביעי עדיפה.
[סימוכין להבחנה בין ביטול השליחות בצורה הרגילה (נטילת הסמכויות מידי השליח) לבין ביטול באמצעות השמטת הבסיס לשליחות מעיקרא (העברת הבעלות על הנכס מושא השליחות לידי אדם אחר), יש למצוא בדברי ריש לקיש (גיטין לב ע״ב; קידושין נט ע״א), שאף על פי שהוא סובר ד״לא אתי דיבור ומבטל דיבור״, היינו שאין בכוחו של דיבור לבטל שליחות שהמינוי שלה היה על ידי דיבור, מכל מקום ״אתי מעשה ומבטל דיבור״. ראה בהרחבה בדיוננו על סעיף 14, ליד ציון הערה 26].
עם זאת, הם מסכימים שהצד השלישי אינו נותר חסר הגנה. לדעתם, יש להשוות מצב זה למצב שבו אדם מוכר נכס לשני קונים בזה אחר זה, שההלכה היא שהקונה הראשון זוכה בבעלות על הנכס, גם אם פעל הקונה השני בתום לב. אבל אם החזקה בנכס הועברה לידי הקונה השני, דינו כדין מי שקונה מן הגזלן, והוא נהנה מהגנה מכוח ״תקנת השוק״. על פי אותה תקנה, צד רביעי זכה אמנם בבעלות על הנכס, אבל צריך לפצות את הצד השלישי על הפסדו. ראה ש״ך, חו״מ, סימן רנב, סוף ס״ק ו. ראה נ׳ רקובר, המסחר במשפט העברי, ירושלים תשמ״ח, שער שני: ״תקנת השוק״, עמ׳ 53.

[68] ראה לעיל, ליד ציון הערה 61.

הטעמנו לעיל[69] שההגנה ניתנת לנתבע אף אם פסק הדין ניתן לטובתו (כלומר שבית המשפט פסק שהוא פטור מלשלם), אף על פי שבכגון זה, ביטול פסק הדין והחזרת המצב לקדמותו אינו גורם הפסד לצד השלישי. מכאן מסיק ר"ח רפאפורט שהוא הדין במכירה: אף על פי שהמוכר מוכן להחזיר את מעותיו לצד השלישי שקנה מן השליח, הלה אינו חייב להסכים להצעתו, והוא רשאי לעמוד על קיום העסקה[70].

(3) הגישה המצמצמת

כאמור, פסקו זה של ר"ח רפאפורט נידון על ידי אחדים מן האחרונים, והמגמה בדבריהם היא לדחות את חידושו או להגבילו. לטענת המשיגים על דבריו, אין ללמוד מהמשך תוקפה של "אורכתא" לאחר ביטולה על ידי המרשה להמשך תוקפה של שליחות למכירה לאחר ביטולה, וזאת משני טעמים:

(1) מורשה הפועל מכוח "אורכתא" אינו שליח רגיל, שהרי ב"אורכתא" קיימים יסודות של הקנאה ביחסים שבין המרשה לבין המורשה, ולכן קל יותר לתקן תקנה המתייחסת למורשה, "כאילו" קנה את הנכס, וממילא פעולתו כלפי צד שלישי תופסת על אף ביטול ה"אורכתא", מה שאינו כן בשליחות רגילה[71].

(2) מקור הדין ב"אורכתא" הוא בפסקי הרא"ש[72], האומר: "כיון שנזקקו בית דין לדון על פי 'הרשאה', והיה כתוב בו [בכתב המינוי של המורשה] 'דון וזכי ואפיק לנפשך' – דיניהם דין". משמעות דבריו היא, שמאחר שחכמים הם שתיקנו את מוסד ה"אורכתא", ועל פי הוראתם הוכרח הנתבע להתדיין עם המורשה, יש להניח שתקנתם הייתה שפסק הדין יהיה תקף, בין שהמורשה הוא שיזכה בדין בין שיזכה בו הנתבע[73]. לעומת זאת, בשליחות, הצד השלישי אינו נזקק לשליח מכוח תקנת חכמים[74], ולכן אין מקום להקיש בין "אורכתא" לבין שליחות[75].

[69] לעיל, ליד ציון הערה 62.

[70] שאלה דומה לכאורה לשאלה שבה עסק ר"ח רפאפורט, באה בפני ר' יעקב אבו חצירה. ראה שו"ת יורו משפטיך ליעקב, סימן יד. לכאורה, תשובתו דומה לתשובתו של ר"ח ראפאפורט, הן במסקנה הן בראיות, שכן בשני המקרים מדובר במכירת נכס על ידי השליח לאחר שהשולח עצמו מכר את הנכס לאחר, אבל אם נדייק בעובדות, נעמוד על שני הבדלים שראוי להדגישם: 1) בנידון של ר"י אבו חצירה, נאמר שניתנה "הרשאה" ליד השליח, ואם כן, לכאורה אין להביא ראיה מדבריו, אלא שייתכן שאין לעניין ההרשאה כל משמעות בתשובה זאת, שהרי לעניין המכירה אין מקום לשטר הרשאה (כפי שציין הוא עצמו לדברי באר היטב, חו"מ, סימן קכב, ס"ק ח). 2) בעוד שר"ח רפאפורט דן בשליחות למכירת מיטלטלין, ר"י אבו חצירה דן בשליחות למכירת מקרקעין. ואם אכן דבריו אמורים גם בשליחות רגילה, אפשר לראות בהם הרחבת ההגנה על הצד השלישי, שכן לאור מה שנראה להלן, ליד ציון הערה 79, היה מקום להבחין בין השניים ולצמצם את ההגנה למיטלטלין בלבד. לפי מה שנראה להלן, היה מקום לומר שבשליחות למכירת מיטלטלין יש להגן על הצד השלישי, משום שעצם החזקת השליח בנכס מושא השליחות מעידה לכאורה על המשך השליחות, ומשום כך נכון להגן על הצד השלישי, מה שאין לומר בשליחות למכירת מקרקעין. וראה עוד: משחא דרבותא, סימן קכב; פעמוני זהב, שם, מה שכתבו על דבריו.

[71] כך השיג עליו בהר צבי, טור חו"מ, סימן קכב.

[72] רא"ש, בבא קמא, פרק ז, סימן ה.

[73] מעין סברה זו עולה כבר מדברי התוספות, כתובות נה ע"ב, ד"ה שאם, כנימוק לפטור את הלווה מפירעון נוסף ליורשי המלווה, אם פרע את חובו למורשה בלא שידע על מותו של המרשה. וראה לעיל, הערה 27.

[74] ומכאן שלשיטה זו, הבסיס המשפטי להגנה על הצד השלישי בשליחות רגילה אינו תקנה אלא אחת האפשרויות האחרות שנסקרו לעיל, תת־פרק ב, עמ' 691 ואילך.

ויש שאינם דוחים את פסקו של ר"ח רפאפורט מכל וכל, אך מצמצמים את תחולתו באופן ניכר. כך לדוגמה, לדעת ר' חיים רוזנברג[76], פסקו של ר"ח רפאפורט אינו אמור אלא כשהשולח מסר את הממכר לידי השליח, וזה העבירו לידי הקונה. לדבריו, סייג זה עולה מתוך דברי ר"ח רפאפורט עצמו, שכן לאחר שהביא את הדין בהרשאה, סיים את דבריו בלשון זה[77]: "ובוודאי לא גרע מה שמסר השליח החפץ להלוקח ממה שמסר המורשה ה'הרשאה' לנתבע". יסוד זה נמצא למעשה כבר בדברי הרמב"ם. מדברי הרמב"ם[78] בעניין "הרשאה", עולה שהעובדה שהמורשה מסר לנתבע כתב מינוי היא השיקול העיקרי הפועל לטובתו של הנתבע. וזה לשון הרמב"ם: "ראובן שבא בהרשאה ותבע שמעון, אין שמעון יכול לדחותו ולומר לו 'שמא המשלח אותך הרשה אחר וביטל את שליחותך', שהרי ראובן אומר לו 'תן לי הפקדון שיש לי בידך, וזו הרשאתי תהי אצלך'. ואם המפקיד הרשה אחר, הוא הפסיד על עצמו, ושמעון פטור, שהרי בהרשאתו נתן". כאמור, מניסוח הדברים עולה שהעובדה שהמורשה פועל מכוח מסמך שהשולח לא טרח להוציא מידו היא שמצדיקה את הסתמכותו של הנתבע על המשך קיום ההרשאה, כלומר שה"הרשאה" לא בוטלה. והוא הדין בענייננו. בכך שלא הוציא השולח את הממכר מידי השליח, יצר אצל הצד השלישי תחושת ביטחון שהשליחות לא בוטלה. לשיטה זו, לולי הוטעה הצד השלישי באופן כה בוטה, לא היה זוכה להגנה, שכן עליו היה להיזהר מפני אפשרות ביטול השליחות[79].

ד. ידיעת השליח על סיום השליחות – "ואם השלוח ידע על סיומה"

סעיף 6(ב) לחוק דן בזכויות צד שלישי כנגד שליח שפעל כלפיו בהיעדר הרשאה, וקובע שהצד השלישי רשאי לראות את השליח כבעל דברו, ולכן הוא יכול לתבוע אותו אישית. אחד האופנים שבהם השליח פועל בלא הרשאה הוא כשנסתיימה השליחות, והשליח ממשיך בכל זאת לפעול בשמו של השולח. אם השליח עצמו לא היה מודע לעובדה שהשליחות כבר נסתיימה, אין הצדקה להטיל עליו אחריות אישית כלפי הצד השלישי. ואמנם סעיף 15(ב) מסייג את תחולת סעיף 6(ב), וקובע שזכותו של הצד השלישי לתבוע אישית את השליח נתונה לו רק אם השליח ידע שנסתיימה השליחות והסתיר זאת ממנו[80].

[75] כך השיגו עליו: שו"ת מהרש"ם, חלק א, סימן קעז (נעיר שמהרישא של דבריו, נראה שהוא מודה בעיקרון להרחבת ההגנה גם במכר, ולא חלק אלא כשהנכס נמכר לצד רביעי, כמו שנתבאר לעיל, הערה 67. אך מסיום דבריו הנזכרים כאן, נראה שחולק עליו מכל וכל); שו"ת פרי החיים, אורח חיים, סימן לה, ד"ה ולכאורה י"ל.

[76] שו"ת פרי החיים, חו"מ, סימן כ. וכן הוא בספר תהילה לדוד, חו"מ, סימן עב.

[77] שו"ת מים חיים, חלק ב, חו"מ, סימן יח, ד"ה ואף אם.

[78] רמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק ג, הלכה י.

[79] וראה שו"ת בית יצחק (שמלקיש), חו"מ, סימן נז. לאחר שדן בדברי ר"ח רפאפורט, כתב ר"י שמלקיש להגביל את הפסק רק למקום שהקונה (הצד השלישי) לא ידע שהאדם שממנו קנה את הנכס אינו בעל הנכס אלא שלוחו, כלומר בשליחות נסתרת. דבריו מבוססים על הטעם שנתן נתיבות המשפט, סימן קפה, ס"ק ה, על ההלכה בדבר קיום שליחות של שליח ששינה משליחותו, אם הייתה השליחות נסתרת. ברם, לא נראה שלכך התכוון ר"ח רפאפורט, כמו שסיים 'בית יצחק', וזה לשונו (ד"ה ועיין סימן קפב): "ואף אם בעל המים חיים לא כיוון לזה, מכל מקום, בלא הודיע שהוא שליח, אולי נוכל להחזיק בסברתו מטעם הנ"ל".

[80] וראה לעיל, במבוא לסעיף זה, ליד ציון הערה 9, את ביקורתו של ברק על הסדר זה של החוק ומה שהערנו עליו שם, בהערה 12.

נשאלת השאלה: האם השולח נושא באחריות כלפי הצד השלישי, גם כאשר הודיע לשליח על ביטול השליחות, והשליח הוא שהתעלם מהודעתו ופעל בניגוד מפורש לרצונו, כשהציג את עצמו בפני הצד השלישי כשלוחו? או שמא יש בהודעה זו כדי לפטור את השולח מאחריות כלפי הצד השלישי, שהרי דאג שדבר סיום השליחות יגיע לידיעת השליח, והשליח הוא שפשע כשהתעלם מסיומה ופעל כלפי צד שלישי?[81].

'בית יוסף'[82] דן בשאלה זו, אם כי לא בקשר לדיני השליחות הרגילים, אלא בקשר לדיני "אורכתא" (הרשאה), שליחות לתביעה משפטית כנגד לווה, למשל, כשהמרשה הודיע למורשה שהוא מבטל את שליחותו, והלה המשיך בכל זאת בהתדיינות כנגד הלווה. הוא קובע שאם הדבר אינו גורם נזק ללווה, המרשה זכאי לדרוש שההתדיינות עם המורשה תבוטל ושיתקיים הליך משפטי חדש[83]. לא כן אם ביטול ההתדיינות עלול לגרום נזק ללווה, כגון שיצא הלווה חייב בדין, שילם למורשה את חובו, והמורשה איבד את הכסף באונס לפני שהספיק להעבירו למרשה. בכגון זה, אף שהמרשה הודיע למורשה על ביטול שליחותו, אין בכך כדי לשחרר אותו מאחריותו כלפי הלווה, ולא יוכל אפוא לתבוע ממנו את תשלום החוב שנית. לדעת הסמ"ע[84], הבחנה זו כוחה יפה גם בשליחות רגילה.

אבל הש"ך[85] חולק על הסמ"ע, ולדעתו, אין להקיש בעניין זה מ"הרשאה" לשליחות רגילה. ב"הרשאה", המרשה נושא באחריות כלפי הצד השלישי (הנתבע), משום שלא נטל את שטר ההרשאה מידי השליח[86], וכל אימת שמוצג בפני הצד השלישי שטר ההרשאה, מהווה הדבר ראיה שהשליח פועל בהרשאה[87], ואינו יכול להתחמק מלשלם את החוב בטענה שהשליחות בוטלה[88]. לעומת זאת, הנימוק הבסיסי להגנה על הצד השלישי בשליחות רגילה יסודו בעובדה

[81] התשובה לשאלה זו על פי החוק היא, שהשולח אינו משתחרר מאחריות כלפי הצד השלישי. על ההסדר של החוק, יש מקום לשאול: מדוע בכגון זה (שהשליח הסתיר מן הצד השלישי את דבר סיומה של השליחות) ברור שהצד השלישי יכול לתבוע את השולח אישית, הרי הלה עשה את המוטל עליו כשהודיע לשליח שהוא מבטל את שליחותו, ומדוע לא נחיל אפוא את הכלל של סעיף 6 (ולפיו השולח אינו חייב בגין פעולה שנעשתה בחריגה מהרשאתו, אלא אם כן אישר אותה בדיעבד)? אפשר שהסיבה לכך היא, שהוא יצר את ההרשאה, ועל כן עליו לשאת בסיכונים לביטולה (מה שאין כן בסעיף 6, שם לא הוא יצר את ההרשאה). לנימוק מעין זה, ראה ברק, סעיף 969. עם זאת, נימוק זה אינו מספיק, שכן מה יכול היה השולח לעשות יותר מלהודיע לשליח שהוא מבטל את הרשאתו? אמנם הוא יכול היה להודיע על כך ישירות לצד השלישי, אבל זה רק בתנאי שהשליחות הייתה לביצוע פעולה משפטית כלפי צד שלישי מסוים. אבל אם ההרשאה הייתה כלפי צד שלישי בלתי מסוים, השולח לא ידע מיהו הצד השלישי שכלפיו יפעל השליח, כדי שיוכל להזהירו! ולעניין זה, דבריו של ברק, שם, אינם מספיקים.

[82] בית יוסף, חו"מ, סימן קכב, סעיף ה.

[83] נציין שאף שפסק הדין שניתן בהתדיינות בין המורשה ובין הלווה היה לטובת הלווה, ביטול פסק הדין אינו מוגדר כגורם נזק ללווה, שכן אף אם פסק הדין בהליך השני יהיה לרעתו, אין לראות בכך נזק אלא עשיית צדק (ואילו ההפסד העקיף הנגרם כתוצאה מעצם ניהול המשפט אין דינו כנזק). ראה לעיל, ליד ציון הערה 62.

[84] סמ"ע, חו"מ, סימן קכב, ס"ק ה. כך סובר גם שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סימן מב, ד"ה תשובה.

[85] ש"ך, חו"מ, סימן קכב, ס"ק ז.

[86] או לחילופין, שלא יידע ישירות את הצד השלישי על דבר הביטול.

[87] זוהי לדעת הש"ך הסיבה לתוספת הטעם שכתב הרמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק ג, הלכה י: "וזו הרשאתי תהי אצלך".

[88] על כך ראה דיוננו לעיל סעיף 1, פרק רביעי, ב(1)(ב), עמ' 49.

שהצד השלישי פעל נכון כשהסתמך על החזקה, ולפיה "בעל הבית עומד בדיבורו". אולם נימוק זה כוחו יפה רק כשלא הודיע השולח לשליח על ביטול שליחותו. אבל אם הודיע השולח לשליח על ביטול שליחותו, עשה את המוטל עליו, ולא יוכל הצד השלישי לבוא בטענות לשולח, אלא רק לשליח, אף שביטול השליחות עלול לגרום לו נזק[89]. ייתכן שהש"ך יסכים לדינו של הסמ"ע בשליחות רגילה, אם הייתה בידי השליח ראיה מטריאלית בדבר מינויו כשליח, כגון שליח לקבלת פירעון שנשא עמו את שטר החוב, וכן בשליחות למכירת נכס הנמצא ביד השליח. בכגון זה, אפשר שהצד השלישי יוכל לתבוע גם את השולח, אף שהלה הודיע על הביטול לשליח, שכן היה עליו ליטול מידי השליח את שטר החוב או את הנכס שקיבל לביצוע שליחותו, ומשלא עשה כן, הוא נושא באחריות להטעיית הצד השלישי. אבל הדבר אינו נקי מספקות, שכן ייתכן גם שאין הגנה ללווה אלא רק אם פעל כלפי שליח הבא בהרשאה ומכוח תקנת "אורכתא".

נראה שהעקרונות שראינו בסעיף 6 (יחסי שלוח וצד שלישי) ובסעיף 9 (יחסי שולח ושליח) בעניין חריגה מן ההרשאה תקפים גם בענייננו. הוי אומר: כשהמשך ביצוע השליחות מחייב את השולח[90], לא נוצרה יריבות בין השליח לבין הצד השלישי[91], והשולח זכאי לתרופות שציינו בסעיף 9 כנגד שליח שהפר את חובת הנאמנות כלפיו. אבל אם המשך ביצוע השליחות אינו מחייב את השולח[92], נושא השליח באחריות אישית כלפי הצד השלישי, הזכאי לאותן התרופות העומדות לו כנגד שליח שפעל בחריגה מן ההרשאה[93].

פרק רביעי

סיכום

בהמשך לסעיף 14, העוסק בסיום השליחות, סעיף 15 מסייג את סיום השליחות כדי להגן על מי שעלול להיפגע מסיומה בלא ידיעתו. ס"ק (א) עוסק בהגנה על השליח, וקובע שהשליח זכאי לראות את עצמו שליח כל זמן שלא נודע לו על סיום השליחות. ס"ק (ב) עוסק בהגנה על צד שלישי, וקובע שגם הוא זכאי לראות את השליחות כנמשכת, כל עוד לא נודע לו על

[89] דבריו מובנים יותר אם היסוד המשפטי להגנה הוא בדיני הנזיקין (ראה שו"ת מהרש"ם, חלק א, סימן עז, שאכן דן באחריות השולח בדיני הנזיקין ופוטר את השולח. יש לתמוה שמהרש"ם אינו מפנה לא לש"ך ולא לשאר המקורות שנזכרו כאן). אבל קשה לקבל הבחנה זו אם היסוד המשפטי הוא חוזה מכללא הבנוי על שיקולים מעשיים שנתבארו לעיל, עמ' 693 (שאם לא תובטח הגנה לצד השלישי, חושש התובע שמא יסרב להיענות לשליחות), שכן מנקודת מבטו של הצד השלישי, אין משמעות לעובדה שהידיעה נקלטה אצל השליח, כל זמן שלא נקלטה אצלו. ואכן 'חזון איש', ההולך בדרך זו (ראה לעיל, ליד ציון הערה 42), משיג על הש"ך.

וראה פסק דינו של הרב אליעזר גולדשמידט, פד"ר א, עמ' 178, בעמ' 182 [=עזר משפט, ירושלים תשס"ד, סימן כד], שקבע שמאחר שהעניין שנוי במחלוקת בין הסמ"ע והש"ך, אין מוציאים ממון מיד המוחזק.

[90] כך למשל לדעת הסמ"ע, לעיל, הערה 84.

[91] ראה דיוננו על סעיף 6, ליד ציון הערה 220.

[92] כדעת הש"ך, ראה לעיל, הערה 85.

[93] ראה דיוננו על סעיף 6, פרק רביעי, עמ' 370.

סיומה. ואם השליח ידע על סיום השליחות ולא הודיע לו על כך, זכאי הוא גם לתבוע את השליח. תפיסתו העקרונית של המחוקק הישראלי היא, שהשליחות אמנם באה לקצה עם סיומה על ידי השולח, אך הצד הנפגע זכאי, אם הוא רוצה בכך, לראותה כנמשכת, וזאת בניגוד לשיטות משפט אחדות, הקובעות שהשליחות נמשכת עד שלצד הנפגע נודע על סיומה.

בדיני השליחות במשפט העברי, אין הגנה מיוחדת על השליח בגין נזקים הנגרמים לו כתוצאה מסיום השליחות, אולם הגנה נתונה לו מכוח העקרונות הכלליים של המשפט העברי. כך למשל אם שכרו נקבע כשכר טרחה, זכאי הוא לדרוש את שכר טרחתו מכוח דיני שכירות פועלים. ואם שכרו נקבע על פי תוצאת פעולתו, זכאי הוא לתבוע את שכרו ושיפוי על הוצאותיו על סמך דיני עָרֵב.

סוגיית הגנת הצד השלישי מפני ביטול השליחות נידונה במקורות המשפט העברי בהקשר לפירעון חוב לידי שלוחו של המלווה, וחששו של הלווה שמא המלווה ביטל את השליחות לפני שנגבה החוב. בפרשנותה של סוגיה זו, ראינו שלוש דעות: דעת הרא״ש, האומר שאין ללווה הגנה מפני ביטול השליחות מכוח דיני השליחות, ושהפתרון לכך נמצא בדיני ״אורכתא״ (הרשאה); לעומתו, לדעת הרמב״ן, מכוח דיני השליחות, זוכה הלווה להגנה מוחלטת מפני סיום השליחות; ודעת הביניים, שנפסקה להלכה, היא דעת הראב״ד, האומר שהלווה מוגן מפני ביטול השליחות על ידי השולח (כיוון שהיא נחשבת כ״פשיעה״ של השולח), אך לא מפני סיום השליחות עקב מותו.

להסבר היסוד המשפטי לחבותו של השולח (לפי דעת הראב״ד), הוצעו ארבע דעות: יש שהסבירו שהיא נובעת מדיני הנזיקין, ולפיהם חייב השולח לפצות את הצד השלישי בגין נזקים שנגרמו לו עקב פשיעתו; ויש שהסבירו שחובתו נובעת מדיני החוזים, ולפיהם קיים הסכם מכללא בין השולח לבין הלווה (הצד השלישי), שבפירעון לידי השליח ייחשב החוב כפרוע; ויש שהסבירו שחובתו נובעת מדיני ערבות[94]; ויש מי שסבורים שההגנה על הלווה היא תקנה מיוחדת, ולפיה השליחות נמשכת עד שסיומה ייודע לצד הנפגע, וזאת בגלל התנהגותו המוסרית הפגומה של השולח או כדי להגן על האינטרס החברתי של מתן הלוואות[95].

מקורות המשפט העברי עוסקים, כאמור, בשאלת ההגנה על לווה בפירעון חוב לידי שליח, ולכן יש פוסקים הסבורים שההגנה על צד שלישי מצומצמת לשליחות לפירעון חוב בלבד. מנגד, יש שהרחיבו את ההגנה על הצד השלישי, יהא נושא השליחות אשר יהא. ויש דעת ביניים, ולפיה ההגנה על צד שלישי קיימת רק אם מסר השולח לשליח חפץ ממשי המעיד על שליחותו, כגון שטר הרשאה או הנכס מושא העסקה, ולא דאג ליטול אותו מידיו עם ביטול השליחות.

לדעת הסמ״ע, אף שהשולח הודיע לשליח על סיום השליחות, והלה המשיך בכל זאת לפעול כלפי הצד השלישי, נושא השולח באחריות כלפי הצד השלישי. הש״ך חולק על הסמ״ע. לדעתו, הודעת הסיום לשליח משחררת את השולח מאחריות, והצד השלישי יכול לתבוע רק את השליח. עם זאת, אפשר שהש״ך מודה לסמ״ע אם יש לשליח ראיה מטריאלית לקיום

[94] לפי שני ההסברים האחרונים, ההבחנה בין סיום השליחות כתוצאה מביטולה על ידי השולח לבין סיומה כתוצאה ממות השולח אינו ברור, אם כי הפוסקים נתנו לכך הסברים.

[95] בלא הגנה ללווה, יימנעו לווים מלפרוע חובות לידי שלוחים, והדבר עלול לגרום לבני אדם להימנע מלהלוות לאחרים.

השליחות (כגון שטר חוב או הנכס מושא השליחות), שאז יש לצד השלישי טענה מוצדקת כלפי השולח, מדוע לא הוציא מידי השליח ראיה זו, שהטעתה אותו.

פרק חמישיי

הצעת נוסח לפי המשפט העברי

על פי המשפט העברי, מוצע אפוא למחוק את ס"ק (א)[96] ולנסח את הסעיף כך[97]:

סייגים לסיום השליחות

15. לא ידע הצד השלישי על סיום השליחות, זכאי הוא לראותה כנמשכת, אלא אם כן הודיע השולח לשלוח את דבר הביטול.

[96] משום שיסוד ההגנה על השליח בעקרונות כלליים של דיני החוזים ודיני הנזיקין, ולא בחריג לדיני סיום השליחות.

[97] בהצעה זו אנו מאמצים את הדעה המרחיבה את ההגנה על הצד השלישי, אף שהיא אינה מקובלת על כל הפוסקים, משום שהיא הקרובה ביותר להסדר של החוק.

סעיף 16

שליחות משנה

שליחות משנה

16. אין שלוח עושה שלוח לנושא שליחותו אלא אם הורשה לכך במפורש או מכללא או שעשה זאת לשם פעולה כאמור בסעיף 5(ב).

התוכן

פרק ראשון: מבוא 707

פרק שני: דין "שליח עושה שליח", מקורו ומשמעותו 709

פרק שלישי: התוצאות המשפטיות של מינוי שליח משנה 713

א. יחסי שולח – שליח משנה 713

ב. יחסי שליח – שליח משנה 715

ג. יחסי שולח – שליח 718

פרק רביעי: הסייגים למינוי שליח משנה וגבולותיהם – "אין שלוח עושה שלוח לנושא שליחותו" 719

א. הקפדת השולח על ביצוע אישי 719

ב. נושא השליחות הוא "דברים" בעלמא ("מילי לא מימסרן לשליח") 724

(1) מבוא – הכלל "מילי לא מימסרן לשליח" 724

(2) מקורו של המושג "מילי", פירושו והיקפו 725

(3) הגיונו של הכלל 731

(4) מינוי שליח ל"מילי" על ידי שליח ("אומר אֵמרו") 734

פרק חמישי: מינוי שליח משנה שלא כדין – התוצאות המשפטיות 738

א. השולח מקפיד על ביצוע אישי של השליחות 739

ב. נושא השליחות הוא "מילי" 740

פרק שישי: סיכום 741

פרק שביעי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 744

פרק ראשון

מבוא

בשונה משיטות משפט אחרות[1], הסעיף שלפנינו קובע שבעיקרון, שליח אינו רשאי לעשות שליח לנושא שליחותו, אלא אם כן קיבל רשות מן השולח (במפורש או מכללא) או שהדבר נחוץ לשם שמירה על האינטרסים של השולח (בהתאם לאמור בסעיף 5(ב)). לדעת ברק, המחוקק ביקש כאן לצמצם את אפשרויות ביצוע השליחות על ידי השליח, בקבעו שעל השליח לעשות את שליחותו בעצמו ולא באמצעות שליח. לשון אחר, "שליח משנה" הנזכר בכותרת הסעיף הוא שלוחו של השליח (sub-agent)[2].

ומה דין שליחות משנה שבה שליח המשנה נתמנה שלא ברשות השולח מתוך הפרת הוראת הסעיף? לדעת ברק[3], הפעולה שעשה השליח כלפי הצד השלישי באמצעות שליח המשנה כמוה כפעולה בחריגה מהרשאה. אשר על כן, היא מזכה ומחייבת את השליח בלבד ולא את

[1] כמו המשפט הצרפתי. ראה סעיף 1994 לקוד סיביל. וראה ברק, סעיף 1003.

[2] להגדרת "שלוח משנה", ראה ברק, סעיף 1000.

אמנם על פי ניסוחו של הסעיף, אפשר היה לומר שענייננו אינו (או אינו רק) "שלוח משנה" (sub-agent) אלא מה שמכונה "שלוח מחליף" (substitute agent). כלומר, אפשר שהסעיף עוסק גם במינויו של שליח אחר על ידי השליח, שמעמדו כלפי השולח יהיה כמעמדו של השליח הראשון, היינו שייצג גם הוא את השולח, ולא את השליח (להגדרת "שלוח מחליף", ראה ברק, שם. ושם בהערה 3, ברק מעיר שהביטוי "שלוח מחליף" אינו מוצלח, שכן שליח שני זה אינו בא בהכרח במקומו של השליח הראשון, אלא הוא עשוי לבוא גם נוסף עליו). לפי זה, עניינו של הסעיף אינו אופן ביצוע השליחות אלא היקף ההרשאה שבידי השליח, היינו בשאלה אם השליח מורשה למנות שליח אחר שיעמוד לצדו (או במקומו) כשלוחו של השולח, ולא כשלוחו שלו. לדעת ברק, סעיף 1002, אין להניח שזהו עניינו של הסעיף, בעיקר משום שאם כן, "הרי אין סעיף 16 אומר ולא כלום. אין בו אלא חזרה על הכלל הרגיל [הקבוע כבר בסעיף 5] שהרשאת השלוח נקבעת במפורש או מכללא", מה שאין כן לעניין מינוי שליח משנה: לולי הוראת הסעיף, לא היינו שוללים בהכרח את האפשרות לבצע את השליחות באמצעות שליח משנה. לעומת ברק, פרוקצ'יה סבור שהסעיף דן בשתי הסוגיות גם יחד, הן בשליח משנה הן בשליח מחליף (ראה פרוקצ'יה, עמ' 383־384). בביקורתו על ברק, פרוקצ'יה מתעלם ממה שהצגנו כאן כנימוקו העיקרי של ברק, והוא מתרכז דווקא בנימוקיו האחרים של ברק, שאינם מכריעים. עם זאת, אין לכחד שטיעונו העיקרי של ברק אינו מכריע, שכן אפשר שהסעיף מלמדנו שבלא הוכחה לסתור, ההנחה היא שהשליח אינו מיופה כוח למנות עוד שליח לשולח!

פרשני החוק העלו את השאלה: כיצד מתפרש המינוי של שליח על ידי השליח, אם אינו מבהיר את כוונתו, כמינוי שליח משנה או כמינוי שליח מחליף? כדי לענות על שאלה זו, אין מנוס מלאמוד את דעתו של השליח, בין השאר לאור התנהגות הצדדים ולאור נהגים מקובלים. ראה: ברק, סעיף 1004; פרוקצ'יה, עמ' 384.

בדיוננו להלן נשתמש בביטוי "שליח משנה" בעיקר כדי לציין שליח המתמנה על ידי השליח, ולא יהיה בשימוש בביטוי זה כשלעצמו כדי נקיטת עמדה אם דינו כ"שליח משנה", במשמעות שברק נותן לביטוי זה, או שדינו כ"שליח מחליף". לשאלה זו נקדיש חלק ניכר מדיוננו ונראה שהשאלה שנויה במחלוקת בין הפוסקים.

[3] ברק, סעיף 1006.

השולח[4], אבל השולח רשאי לאשר אותה בדיעבד (ובלבד שידע הצד השלישי ששליח המשנה פועל עבור השולח[5]). כך מוגנת כראוי ציפייתו של השולח לביצוע השליחות על ידי השליח עצמו בלי שייפגעו שליח המשנה והצד השלישי יתר על הנדרש[6].

אף כשמינויו של שליח המשנה נעשה ברשות, עולות שאלות משפטיות סבוכות הנובעות ממערכת היחסים הכפולה: שולח – שליח – צד שלישי; שליח – שליח משנה – צד שלישי[7]. כך יש לשאול לדוגמה: האם פעולת שליח המשנה מחייבת או מזכה את השולח?[8]. בהנחה שפעולתו אכן מחייבת או מזכה את השולח, נשאלת השאלה: מה מעמדו של השליח הראשון כלפי הצד השלישי? האם הוא יוצא מן התמונה? או שמא יש יריבות ביניהם?[9]. האם יש לשליח המשנה חובות כלשהן גם כלפי השולח, אף על פי שאינו שלוחו הישיר, כגון חובת

[4] בסעיף 1005 ברק מראה שקביעה זו אינה נקייה מספקות. ואכן השווה פרוקצ׳יה, עמ׳ 388. לדעתו, יש במינוי שליח משנה בלא רשות משום הפרת חובת הנאמנות של השליח כלפי שולחו, ולא משום חריגה מן השליחות. עם זאת, הפעולה אינה מזכה את השולח ישירות, אלא הזכות שקיבל השליח עקב פעולתו של שלוחו מוחזקת בידו כנאמן של השולח, בהתאם להוראת סעיף 10 לחוק. וראה עוד להלן, הערה 6.

[5] לפי סעיף 6 לחוק, אין אפשרות לאשר בדיעבד פעולה שנעשתה בחריגה מן ההרשאה אלא אם נעשתה הפעולה על ידי מי שפעל בחזקת שלוחו של אחר (ולא בשליחות נסתרת), שאז האישור בדיעבד בא לאפשר את הגשמת ציפייתו של הצד השלישי. ראה ברק, סעיף 1025. וראה גם פרוקצ׳יה, עמ׳ 388 (סוף פסקה 11).

[6] בכך דוחה ברק שתי אפשרויות תאורטיות אחרות בהבנת כוונת הסעיף (ראה שם, סעיף 1005):
האפשרות האחת היא שכוונת הסעיף להגדיר את השליחות כפעולה משפטית, ש״על פי דין יש לבצעה אישית״, ועל כן אינה נושא לשליחות (כאמור בסעיף 1(ב) לחוק). לפי אפשרות זו, יחסי שליחות אינם יכולים להיווצר בין השליח ושליח המשנה כלל, ופעולת שליח המשנה כלפי צד שלישי לא זו בלבד שאינה מחייבת ומזכה את השולח, אלא אף אינה מחייבת ומזכה את השליח (והשליח אף לא יוכל לאשר בדיעבד את פעולת שליח המשנה). בעל דברו היחידי של הצד השלישי יהיה אפוא שליח המשנה. ברק דוחה פירוש זה, משום שאמנם ראוי להגן על האינטרס של השולח בביצועה האישי של השליחות, אך הגנה זו היא מעבר לנדרש, מפני שהיא פוגעת שלא לצורך הן בצד השלישי (שציפייתו הסבירה ליחסים משפטיים עם השליח נכזבת) הן בשליח המשנה (הנושא לבדו באחריות כלפי הצד השלישי בלי שהשליח יכול לאשר את פעולתו).
האפשרות התאורטית האחרת היא לומר שהאיסור שנקבע בסעיף אינו נוגע אלא ליחסי הפנים בין השולח לבין השליח. כלומר, שליח שמינה שליח משנה אמנם מפר את חובתו כלפי השולח, אבל פעולת שליח המשנה מחייבת ומזכה את השולח כמו כל פעולה שנעשתה תוך הפרת חובות השליח (המנויות בסעיף 8 לחוק). ברק, סעיף 1006, דוחה גם אפשרות זו משני טעמים: אין בה הגנה מספקת לאינטרס של השולח בביצוע אישי, וגם אילו זאת הייתה כוונת המחוקק, עליו היה לשלב איסור מינוי שליח משנה במסגרת סעיף 8, הדן בחובות השליח כלפי השולח, ולא בסעיף נפרד. לדעת פרוקצ׳יה, עמ׳ 390, אין במינוי שליח משנה בלא רשות אלא הפרת אמון השולח. אולם יש לציין שלדעתו, פעולת שליח המשנה אינה מחייבת את השולח אף אם נתמנה ברשות. ראה להלן, ליד ציון הערה 27.

[7] ״שליח מחליף״, אותו הזכרנו לעיל, הערה 2, הוא שלוחו של השולח עצמו, ולכן מעמדו המשפטי והתוצאות המשפטיות של מינויו אינם מעוררים בעיות משפטיות מיוחדות: נתמנה בהרשאת השולח, מערכת היחסים בינו לבין השולח ובינו לבין צד שלישי אינה שונה מזו של השליח הראשון; נתמנה בחריגה מן ההרשאה, חלים על פעולתו הכללים החלים על כל פעולה שנעשתה בחריגה מהרשאה, בהתאם להוראות סעיף 6 לחוק. וראה להלן, הערה 24.

[8] לחילוקי הדעות העקרוניים בין ברק ופרוקצ׳יה בשאלה זו, ראה להלן, ליד ציון הערה 24.

[9] לעניין זה, ראה ברק, סעיפים 1034-1037, שהדבר תלוי במידת הידיעה של הצד השלישי בדבר זהות השולח והשליח. כך לדוגמה אם לא ידע הצד השלישי שהאדם שכלפיו הוא פועל הוא שליח משנה (או שלא ידע את זהות השליח), לפנינו שליחות נסתרת, ויש להחיל עליה את סעיף 7 לחוק. בכגון זה, לדעת ברק, זכותו של השולח, ולא של השליח, לאמץ לעצמו את זכותו של שליח המשנה (סעיף 1037).

נאמנות?[10]. האם השולח יכול להפסיק את שליחותו של שליח המשנה?[11]. ומה הדין כאשר שליח המשנה חורג מהרשאתו? על שאלות אלו ורבות אחרות, הסעיף עובר בשתיקה. ברק מצטער על כך, וקובע[12]: "אין לכחד כי עיון בסעיף 16 לחוק מעניק אכזבה לכל מי שמבקש למצוא בו תשובה מפורשת לבעיות הסבוכות אשר שליחות המשנה מעוררת. ניסוח הסעיף לאקוני, והעיקר חסר ממנו".

במשפט העברי ידוע הכלל הנלמד מדרשת הכתוב בעניין גירושין: "'ושלח', 'ושלחה' – מלמד שהשליח עושה שליח[13]. מכאן ששליח לגירושין יכול לעשות שליח אחר להביא את הגט לאשת השולח במקומו. בעיקרון, המשפט העברי מאפשר אפוא מינוי שליח על ידי שליח, ופעולת שליח המשנה מחייבת ומזכה ישירות את השולח. בדיוננו להלן נעסוק תחילה ביסוד המשפטי לאפשרות למלא את השליחות על ידי שליח משנה ובתוצאות המשפטיות של שליחות זו. לאחר מכן נראה שזכותו של השליח למנות שליח משנה מסויגת, והיא תלויה הן באומדן דעתו של השולח (אם הוא מקפיד על ביצוע אישי של השליחות אם לאו) הן במהות נושא השליחות (שכן יש שמהות נושא השליחות אינה מאפשרת להעבירו לשליח אחר). אחרי שנעמוד על סייגים אלה, על מקורם ועל היקפם, נעמוד על התוצאות המשפטיות של הפרתם.

פרק שני

דין "שליח עושה שליח", מקורו ומשמעותו

א. כבר הזכרנו במבוא את דרשת החכמים בעניין האפשרות של שליחות משנה בגירושין: "'ושלח', 'ושלחה' – מלמד שהשליח עושה שליח"[14], אלא שלא ברור אם כוונת מדרש ההלכה לומר שאף בהיעדר הרשאה מפורשת, השולח נחשב כמי שייפה את כוחו של שלוחו למנות בשמו שליח נוסף, או שמא כוונת מדרש ההלכה לומר שהשליח יכול למנות מכוח עצמו שליח, כלומר שהוא יכול להעביר לשליח אחר את כוחו שלו לעשות את השליחות. נשאלת אפוא השאלה, מיהו מבחינה משפטית הממנה את השליח השני – השולח או השליח?

דומה שהאפשרות השנייה היא הנכונה, כפי שעולה מדברי המאירי[15]: "איפשר דקראי בשהתנה הבעל בכך [כלומר, אפשר שהפסוקים אמורים בשולח שהסכים מראש שהשליח ימנה שליח]... ואפילו הכי איצטריך קרא, לאשמועינן דנימא שלוחו כמותו אף בשליח של שלוחו [=ואף על פי כן דרוש היה פסוק, כדי ללמדנו ששלוחו כמותו אף בשליח של שלוחו]". לפי פירוש זה, ברור שמדרש ההלכה אינו עוסק במינוי שליח על ידי השולח באמצעות השליח הראשון, שכן אם הייתה הרשאה מראש (כפי שמניח המאירי) למינוי שליח כזה, תוקפו של

[10] לשאלה זו, ראה ברק, סעיף 1016.

[11] לשאלה זו, ראה ברק, סעיף 1019, שבעיקרון אינו יכול, שכן השליח אינו שלוחו אלא שלוחו של השליח.

[12] ברק, סעיף 1002, בסופו. וראה גם שם, סעיף 1012.

[13] ראה קידושין מא ע"א.

[14] קידושין מא ע"א. וראה חידושי הריטב"א, שם.

[15] המאירי, בית הבחירה, גיטין כט ע"א, ד"ה ויש שואלים.

המינוי לא היה מוטל בספק, ולא היה צורך במדרש הלכה[16]. ברור אפוא שמדרש ההלכה עוסק בשליח שנתמנה מכוחו של השליח, וחידושו הוא שהשליח יכול להעביר את כוחו לאחר[17].

אולם יש קושי לכאורה להרחיב את תחולת מדרש הלכה זה מעבר לדיני גטין שהוא אמור בהם. כפי שראינו לעיל, בדיוננו על סעיף 2, חכמי התלמוד לא הסתפקו בקיום מוסד השליחות בדיני גטין וקידושין כמקור נורמטיבי לקיום מוסד זה בכל התורה כולה (כלומר בכל הֶקשר הלכתי־משפטי), והם נזקקו למדרש הלכה האומר שמוסד השליחות נתחדש גם לעניין קרבן פסח[18]. ומאחר שבעניין קרבן פסח אין מדרש הלכה המכיר בשליחות משנה, נמצא אפוא שמדרש ההלכה "'ושלח', 'ושלחה' – מלמד שהשליח עושה שליח", אין בו די לכאורה לשמש מקור לשליחות משנה בעניינים אחרים. ואכן נסתפקו בכך רבותיו של המאירי[19].

בשאלה זו דן גם הריב"ש[20] בפתיחתו לתשובה בעניין האצלת סמכויות נציגי ציבור. לדידו, פשוט הדבר ששליח עושה שליח בכל התורה כולה, אף בדיני ממונות, והמקור לדבר הוא מדרש ההלכה "'ושלח', 'ושלחה' – מלמד שהשליח עושה שליח". אמנם מדרש הלכה זה נאמר ביחס לגטין, אבל בתחילה טוען הריב"ש שלאחר שלמדנו את עצם דין שליחות לכל התורה כולה מכוח הצירוף של שני המקורות (גירושין וקרבן פסח), אין צורך שהפרטים (ובהם הכלל "שליח עושה שליח") יופיעו אף הם בשניהם[21].

ברם, בהמשך דבריו הריב"ש מעלה אפשרות אחרת, ולפיה דין "שליח עושה שליח" מתחייב ממהות השליחות כפועל יוצא של הכלל "שלוחו של אדם כמותו". רבים מן האחרונים[22] מבארים את דבריו כך: משמעות הכלל "שלוחו של אדם כמותו", הנלמד בתלמוד משליחות בקרבן פסח היא שהשליח הוא בעל הפעולה (אם משום הזהות בינו ובין שולחו אם משום העברת כוח השולח אליו), ורק תוצאת פעולתו מיוחסת לשולח. לאור זאת, שוב אין צורך בעוד

[16] ראה שיטה לא נודע למי, קידושין מא ע"א, ד"ה וא"ת. אבל השווה חידושי הרשב"א, שם, ד"ה מלמד שהשליח עושה שליח. וראה הערת המהדיר במהדורת מוסד הרב קוק, הערה 14.

[17] להוכחות נוספות שכוונת מדרש ההלכה היא שהשליח השני בא מכוח השליח ולא מכוח השולח, ראה שו"ת חזון יחזקאל (אברמסקי), סימן יד, שיצויין להלן, הערה 54. השווה שו"ת משפטי עוזיאל, אבן העזר, ירושלים תשכ"ד (=חלק ז, ירושלים תשס"ה), סימן קד, שדחה את ראיותיו ונקט שמינוי השליח השני נעשה מכוח השולח דווקא (כאפשרות הראשונה שהעלינו לעיל). עוד השווה שו"ת היכל יצחק, אבן העזר, חלק ב, סימן נה, ס"ק ד (תשובת הרב י"ש אלישיב). אבל ראה: מנחת אברהם (שפירא), חלק ג, סימן י, אות א; שו"ת משנת רבי אהרן (קוטלר), חלק ב, סימן ס, ד"ה בנידון ספיקו – שהביאו ראיה ניצחת ששליח המשנה מתמנה מכוחו של השליח ולא מכוחו של השולח (ראה להלן, הערה 169). וראה להלן, הערה 54.

[18] "מנין ששלוחו של אדם כמותו? שנאמר: 'ושחטו אותו כל קהל עדת ישראל בין הערבים' (שמות יב, ו). וכי כל הקהל כולן שוחטין? והלא אינו שוחט אלא אחד! אלא מכאן ששלוחו של אדם כמותו" (קידושין מא ע"ב). רק הצירוף של שני מקורות נורמטיביים אלה מאפשר להרחיב את מוסד השליחות לכל התורה כולה. ראה בהרחבה בדיוננו על סעיף 2, פרק שני, עמ' 96.

[19] ראה המאירי, בית הבחירה, קידושין מא ע"א, ד"ה ונסתפקו.

[20] שו"ת הריב"ש, סימן רכח. וראה אטינגר, פרקי שליחות, עמ' 203־204.

[21] וראה גם שיטה לא נודע למי, קידושין מא ע"א, ד"ה ונכון הוא: "הוי ליה גירושין גילוי מילתא בעלמא, דשליח שעשה שליח הוי נמי שליח".

[22] ראה לדוגמה: שו"ת דברי חיים, חלק א, אורח חיים, סימן לג; שם, חלק ב, אבן העזר, סימן פו; שו"ת דברי יציב, אבן העזר, סימן נ. והשווה: שו"ת שבט הלוי, חלק ד, סימן קסט, אות ב; שם, חלק ט, סימן רסח, אות ב.

מקור נורמטיבי לשליחות משנה, כי אם השליח כשולח, ברור שגם הוא יכול למנות שליח[23].

ב. עד כאן דננו באפשרות מינויו של שליח משנה על ידי שליח. כעת נדון בשאלה: על פי איזו קונסטרוקציה משפטית פועלת שליחות המשנה? כלומר, מהו המנגנון שעל פיו מחייבת ומזכה פעולתו של שליח המשנה את השולח הראשי?

פרשני החוק, ברק ופרוקצ'יה, נחלקו בשאלה זו[24], כשבמוקד הוויכוח ביניהם עומדת השאלה: האם השליחות היא פעולה משפטית שמהותה מאפשרת לעשותה על ידי שליח אם לאו?

ברק[25] סבור שאכן השליחות היא פעולה משפטית שאפשר לעשותה על ידי שליח, ופעולתו של שליח המשנה מחייבת ומזכה את השולח על פי הקונסטרוקציה המשפטית הבאה: "שלוח המשנה פועל בשמו של השלוח, אשר פועל בשמו של השולח. כל אלה יוצרים קרקע נורמטיבית מספקת ליצירת קשר משפטי ישיר בין הצד השלישי לבין השולח מבלי להטריח את השלוח עצמו"[26]. פרוקצ'יה[27] דוחה גישה זו. לדעתו, מאחר שגם אליבא דברק, הכלל "שלוחו של אדם כמותו" שבסעיף 2 אין משמעו פרסוניפיקציה של השולח, הרי בהכרח "פעולה שנעשתה על ידי שלוח המשנה אינה פעולה שנעשתה על ידי השלוח", וממילא אי אפשר להחיל על השליח את סעיף 2, שכן הוא לא עשה "פעולה" שאפשר יהיה לזכות ולחייב בה את

[23] האם פירוש הדבר שמדרש ההלכה שמביא התלמוד בעניין גטין, "'ושלח', 'ושלחה' – מלמד שהשליח עושה שליח", הופך למיותר? שאלה זו חורגת ממסגרת דיוננו כאן. וראה: ספר המקנה (הורוביץ), קידושין מא ע"ב, ד"ה גם אתם; חקר הלכה (קליר), חקירה יז, ד"ה דהנה; לב ים (זילבר), קידושין, סימן לט, ס"ק ג; קונטרס שי למורא (בראון), קידושין, סימן ז, ד"ה ומצינו עוד. וראה הרב י' זקבך, "בענין שליחות בקרבנות", בתוך: נר לאחד (ספר זיכרון לר' אברהם חיים דוד שרייבר), קריית־ספר תשס"ו, עמ' רטז.
להלן, ליד ציון הערה 156, נראה כיצד הריב"ש מסביר על פי דרכו את ההיגיון של הכלל "מילי לא ממסרן לשליח", המצמצם את האפשרות למינוי שליח משנה.
לשתי האפשרויות שהעלה הריב"ש, השווה ר' שמעון יהודה הכהן שקאפ, "קונטרס מקיף בדין שליח עושה שליח", שנתפרסם בספר הזיכרון לר' יצחק דוד שינקר, אהל יצחק – גיטין (בעריכת הרב הלל מן), ירושלים תשס"ה, עמ' תקנט, בעמ' תקסו, ד"ה עכ"פ ואילך, שלאחר שקבע שדין "שליח עושה שליח" פירושו שהמינוי הוא של השליח, העלה את השאלה (בלי לציין לדברי הריב"ש) אם יכולת השליח למנות שליח אחר היא תולדה ישירה של היותו "בעל דבר" או שמא ניתנה לו על ידי השולח נוסף על מינויו כשליח. רבי שמעון שקאפ נוטה לאפשרות השנייה (כך מוכח לדעתו מן העובדה שנעמוד עליה להלן, פרק רביעי, א, עמ' 719, שאין שליח עושה שליח אם השולח מקפיד על ביצועה האישי של השליחות, אף אם לא התנה על כך במפורש). לשתי הלכות המתחייבות לדעתו מקביעה זו, ראה להלן, הערה 53, והערה 111.
לדעת הרב אברהם שפירא (מנחת אברהם, חלק ג, סימן י, אות ו), שתי החלופות שהציע הריב"ש קשורות בתפיסות שונות של מהותה של שליחות משנה.

[24] בעניין "שליח מחליף", הכל מסכימים שלא מתעוררות שאלות מיוחדות באשר לתוצאות המשפטיות של המינוי: נתמנה שליח מחליף בהרשאת השולח, דין השליח המחליף כדין כל שליח; נתמנה בחריגה מהרשאה, יחולו על פעולותיו הוראות סעיף 6, הדנות בפעולה שלא בהרשאה. ראה לעיל, הערה 7. והשווה למשפט הצרפתי (לעיל, הערה 1), המכיר באפשרות מינוי "שליח מחליף" אף בלא הרשאת השולח.

[25] ברק, סעיף 1023.

[26] וראה שם, שחזר בו ברק בעניין זה מן הקונסטרוקציה שהציע במהדורה הראשונה של ספרו, ולפיה "השגת תוצאה זו אינה נובעת מקיום קשר ישיר בין הצד השלישי עמו התקשר שליח המשנה לבין השולח, אלא באמצעות חוליית הביניים, שהיא השליח. נקודת המפתח הנה שמכוח סעיף 2 לחוק, פעולתו של שליח המשנה מחייבת ומזכה את השלוח, וכי חיוב וזיכוי זה יש בהם – שוב מכוח סעיף 2 לחוק – כדי לחייב ולזכות את השולח" (סעיף 541 במהדורה הראשונה). לדחיית קונסטרוקציה זו מנקודת מבטו של המשפט העברי, ראה ר' שמעון שקאפ (לעיל, הערה 23), בעמ' תקסב, אות ב, ד"ה ולפי"ז.

[27] פרוקצ'יה, עמ' 385־386.

השולח[28]. אשר על כן, דעתו של פרוקצ׳יה היא שפעולת שליח המשנה מחייבת ומזכה אך ורק את השליח. ואולם, מוסיף פרוקצ׳יה, מכוח חובת הנאמנות של השליח כלפי השולח, ״כל נכס שבא לידי השלוח עקב השליחות מוחזק בידו כנאמן של השולח״[29], כפי שנקבע בסעיף 10 לחוק.

במשפט העברי עולות כאן אפשרויות אחדות:

כפי שנראה בפרק הבא, רוב הפוסקים רואים בשליח שנתמנה על ידי שליח כמי שפועל למעשה כשלוחו של השולח עצמו (אף על פי שלא נתמנה על ידו ואף לא בשמו), וכך יש להבין את החידוש שנתחדש במדרש ההלכה ״שליח עושה שליח״[30], היינו שהשליח יכול למנות מכוחו שלו שליח אחר לשולח. לשון אחר, אף על פי שלעניין המינוי, השליח השני הוא ״שליח משנה״ במובן זה שהוא נתמנה על ידי השליח וביזמתו ולא בשליחותו של השולח, הרי שלעניין ביצוע השליחות הוא מתפקד כ״שליח מחליף״, כלומר כאילו היה שלוחו הישיר של השולח עצמו[31]. על פי גישתם, מובן מאליו כיצד נוצרת זיקה ישירה בין השולח לבין הצד השלישי באמצעות שליח המשנה.

לעומתם, יש מי שרואים בשליח המשנה שלוחו של השליח לא רק לעניין המינוי אלא גם לעניין ביצוע השליחות. על פי גישתם, עולות שתי אפשרויות בהבנת הקונסטרוקציה המשפטית של שליחות המשנה, הקשורות לכאורה בהבנת מנגנון השליחות עצמו (שהרחבנו עליו את הדיבור בדיוננו על סעיף 2[32]). ואלה הן:

(1) על פי תאוריית ייחוס התוצאה[33], שליחות משנה משמעה העברת הכוח המשפטי שקיבל השליח מן השולח אל שליח המשנה (לדוגמה: אשת השולח מגורשת על ידי כוח הגירושין של השולח שהועבר לשליח וממנו אל שליח המשנה), וזהו החידוש שנתחדש במדרש ההלכה ״שליח עושה שליח״, היינו שהשליח יכול להעביר את כוח השליחות שקיבל מן השולח לשליח משנה[34].

(2) על פי תאוריית ייחוס הפעולה[35], שליח המשנה הוא ידו הארוכה של השליח, שהוא עצמו ידו הארוכה של השולח, ומשום כך פעולתו של שליח המשנה מחייבת ומזכה ישירות את השולח. זהו החידוש שנתחדש במדרש ההלכה ״שליח עושה שליח״, שהשליח יכול, באמצעות שליח משנה, להאריך עוד יותר את ידו הארוכה של השולח.

[28] טיעון זה נדחה על ידי ברק עוד במהדורתו הראשונה, סעיף 541: ״לדעתנו, טיעון זה בטעות יסודו. ׳פעולה׳ לענין סעיף 2 לחוק משמעותה פעולה משפטית, בין פעולה משפטית אקטיבית ובין פעולה משפטית פסיבית״. טיעון זה נראה לו בלתי נחוץ על פי ההנמקה שהוא מציע במהדורה השנייה. ראה שם, סעיף 1023.

[29] פרוקצ׳יה, עמ׳ 388.

[30] ולחילופין, כך מתחייב מן הכלל ״שלוחו של אדם כמותו״, כהצעתו השנייה של הריב״ש.

[31] לביטוי ״שליח מחליף״, ראה לעיל, הערה 2. יש לשים לב לחידוש שבגישה זו לעומת הגישה ששללנו לעיל, ליד ציון הערה 15, הרואה בשליח השני מי שנתמנה על ידי השולח באמצעות השליח, לפיה מובן מאליו ששליח שני זה הוא ״שליח מחליף״. כך נוקט אומנם הרב עוזיאל, כפי שהערנו לעיל, הערה 17, אבל רוב הפוסקים אינם מקבלים את גישתו, כפי שהערנו שם, ונוקטים כגישה שהצגנו כאן בטקסט.

[32] סעיף 2, פרק שלישי, עמ׳ 101.

[33] היינו שמהות השליחות היא שהשליח הוא בעל הפעולה, ורק תוצאת פעולתו היא שמיוחסת לשולח. ראה בהרחבה בדיוננו על סעיף 2, פרק שלישי, ב, עמ׳ 102.

[34] דומה שכך נוקט הריב״ש, אלא שלדעתו מתחייב כן מן הכלל ״שלוחו של אדם כמותו״, ואין צורך במדרש ההלכה ״שליח עושה שליח״.

[35] ראה דיוננו על סעיף 2, פרק שלישי, ג, עמ׳ 104.

בפרק הבא, מתוך הדיון בתוצאות המשפטיות של מינוי שליח משנה, נעמוד על מקורם של חילוקי דעות אלה באשר למעמדו המשפטי של שליח המשנה – האם הוא מתפקד כשלוחו של השולח אף שנתמנה על ידי השליח, או שלא רק שנתמנה על ידי השליח אלא שהוא גם מתפקד כשלוחו.

פרק שלישי

התוצאות המשפטיות של מינוי שליח משנה

כאמור בפרק הקודם, לדעת ברק[36], פעולת שליח המשנה (אם נתמנה ברשות) מחייבת ומזכה ישירות את השולח; ואילו לדעת פרוקצ׳יה[37], פעולת שליח המשנה מחייבת ומזכה אך ורק את השליח, אלא שעל פי סעיף 10, הוא מחזיק בנכס שזכה בו כנאמן של השולח.

עם זאת, יש צד משותף בין דעת ברק ודעת פרוקצ׳יה, והוא שלדעת שניהם, מאחר ששליח המשנה הוא שלוחו של השליח, ולא של השולח, הרי שמתחייבות המסקנות הבאות: על היחסים בין השליח לשליח המשנה חלות הוראות חוק השליחות[38], ובהן הוראת סעיף 14, ולפיה שליחותו של שליח המשנה מסתיימת בביטולה על ידי שולחו (שהוא השליח), במותו או בגריעת כשרותו; שליח המשנה חב חובת נאמנות לשליח בהתאם לסעיף 8, והשליח חייב לשפותו על הוצאותיו על פי סעיף 11. לא כן הוא ביחסים שבין השולח לשליח המשנה: השולח אינו יכול לבטל את שליחותו של שליח המשנה[39], ומותו של השולח אינו מביא לסיום שליחותו של שליח המשנה (אלא אם כן יש במותו כדי להביא לסיום קיומו של נושא השליחות)[40]; אין השולח חייב לשפות את שליח המשנה על הוצאותיו מכוח סעיף 11 לחוק[41]; וחובות הנאמנות הקבועות בסעיף 8 אינן חלות על שליח המשנה כלפי השולח אלא כלפי השליח[42].

ונשאלת השאלה: מה דעת המשפט העברי בשאלות אלה? בפרק זה נבחן שאלה זו בקשר לשלוש מערכות היחסים העיקריות הבאות: שולח – שליח משנה; שליח – שליח משנה; שולח – שליח.

א. יחסי שולח – שליח משנה

התלמוד דן בשליח שעשה שליח ומת השליח הראשון, ובשאלה אם מותו של השליח הראשון

[36] ראה לעיל, ליד ציון הערה 25.
[37] ראה לעיל, ליד ציון הערה 27.
[38] ראה ברק, סעיף 1030.
[39] ראה ברק, סעיף 1019.
[40] שם.
[41] ראה ברק, סעיף 1017. עם זאת, ברק מציין שזכות זו עשויה לעמוד לו מכוח מקורות אחרים, כגון כללי ההתעשרות שלא כדין או כללי המחאת זכויות.
[42] ראה ברק, סעיף 1016. ברק מציין שחובות התנהגות ראויה עשויות לחול על שליח המשנה כלפי השולח, עד כמה שהדין הכללי מטיל חובות כאלה על מי שיש בידו שליטה על האינטרסים של זולתו.

מבטל את שליחותו של שליח המשנה. וזה לשון התלמוד[43]: "אמר רבה: שליח בארץ ישראל עושה כמה שלוחין. אמר רב אשי: אם מת [שליח] ראשון – בטלו כולן. אמר מר בר רב אשי: הא דאבא דקטנותא היא. אילו מת בעל, מידי מששא אית בהו? כולהו מכח מאן קאתו? מכח דבעל קאתו: איתיה לבעל, איתנהו לכולהו; ליתיה לבעל, ליתנהו לכולהו". על הלכת רבה (שבארץ ישראל שליח המביא גט יכול לעשות שליח אחר שיביא את הגט, וחוזר חלילה), אומר רב אשי שאם מת השליח הראשון, בטלו כל השלוחים שלאחריו. ורש"י מעיר[44]: "קסבר מכחו באו". כלומר, לדעת רב אשי, אף על פי שפעולת שליח המשנה משפיעה ישירות על השולח, שהרי היא מביאה לגירושי אשתו, אין הוא שלוחו אלא שלוחו של השליח, וממילא אם מת השליח, בטלו כל השלוחים הבאים אחריו (שהרי כולם יונקים את כוחם ממנו, כגישת פרוקצ'יה וברק, ולא מן הבעל המגרש).

מדברים אלה בשמו של רב אשי הסתייג בנו של רב אשי, בקביעה שדברי אביו נאמרו בצעירותו ולא נשקלו כראוי. לדעתו, ברור שמשעה שנתמנה שליח משנה על ידי השליח הראשון, דינו כדין שלוחו הישיר של השולח, וממילא אין שליחותו מתבטלת אלא אם מת הבעל־השולח[45], ולא אם מת השליח[46]. ומאחר שההלכה נפסקה כדעת מר בר רב אשי[47], מתחייבת מכאן לכאורה המסקנה שאף שמינוי שליח המשנה בא מכוחו של השליח, הרי משעה שנתמנה, דינו כדין שלוחו הישיר של השולח[48], ומשמעות הדבר היא לדוגמה שהשולח יכול

[43] גיטין כט ע"ב.

[44] רש"י שם, ד"ה בטלו כולן.

[45] לא ברור מניין ביטחונו של בנו של רב אשי. אמנם נכון הוא שעם מות השולח מתבטלת השליחות, אבל אפשר שהסיבה לכך היא, שעם מותו של השולח, מתאלמנת אשתו, והשליחות לגירושין מתרוקנת מתוכנה, משום ש"אין גט לאחר מיתה", ואין להוכיח מכאן שדין שליח המשנה כדין שלוחו של השולח. שאלה זו העלו כמה מן האחרונים, ראה: בית מאיר, אבן העזר, סימן קכא, סעיף ב; אור שמח, הלכות גירושין, פרק ב, הלכה טו, ד"ה ולכאורה; קהילות יעקב (קנייבסקי), גיטין, סימן כ, אות ג.
וראה שו"ת חזון יחזקאל (אברמסקי), סימן יד, שיצויין להלן, הערה 54 (בהערה שם), שהעיר גם הוא על שאלה זו והציע פתרון פשוט, שכוונת בנו של רב אשי לומר שאין ספק שגם שליח המשנה הוא שלוחו של הבעל, שהרי מכוח פעולתו מגורשת אשת השולח, ונמצא שהוא כשלוחו. לאור דבריו, ייתכן שמעמדו של שליח המשנה כשלוחו של השולח הוא רק באותן פעולות משפטיות שאין לשליח כוח עצמאי לעשותן (לשליח אין כוח עצמאי לגרש את אשת השולח), אבל אין הכרח שכן הוא גם בפעולות שיש לשליח כוח משפטי לעשותן עצמאית גם בלא מינויו כשליח, כגון בקניית נכס: השליח יכול היה לקנות את הנכס לעצמו, אלא שבנסיבות העניין, הוא עושה זאת בשם משלחו. בכגון זה, ייתכן שהמשפט העברי רואה בשליח המשנה שלוחו של השליח בלבד: שליח המשנה קונה את הנכס עבור השליח, ומשקנה את הנכס (באמצעות שלוחו), בו בזמן קנה אותו השולח, שכן פעולתו שלו מחייבת ומזכה את שולחו. אבל צריך לעיין אם אכן המשפט העברי מכיר בקונסטרוקציה מעין זו (להסתייגות מכך ראה: ר' שמעון שקאפ (לעיל, הערה 26); מחנה ישראל (פולייב), סימן טו [=אורח מישרים, חלק ב, סימן רמד]). על כל פנים, ברור לשיטתו שאם השליח ממנה שליח משנה באמצעות שליח, השליח האמצעי הוא שלוחו של השליח ולא של השולח. על מקרה זה, שעליו נסבו דברי הרב אברמסקי, ראה להלן, הערה 54.

[46] כן הסיקו מן הסוגיה: אור שמח, הלכות גירושין, פרק ב, הלכה טו, ד"ה ולכאורה; יד המלך, על הרמב"ם, הלכות גירושין, פרק ו, הלכה טז; קהילות יעקב (קנייבסקי), גיטין, סימן כ, אות ג; מחנה ישראל (פולייב), סימן טו [=אורח מישרים, חלק ב, סימן רמד].

[47] שולחן ערוך, אבן העזר, סימן קמא, סעיף מא.

[48] על פי תפיסה זו, אפשר להסביר את ההלכה בשולחן ערוך, אבן העזר, סימן קמא, סעיף לז: "נתן הגט לשליח ואמר לו 'לא תתנהו לה עד ל' יום', אם חלה או נאנס בתוך שלשים, יכול לעשות שליח שיתנהו

לבטל את שליחותו של שליח המשנה כל זמן שהלה לא השלים את שליחותו[49] (אם כי קביעה זו בעניין ביטול השליחות על ידי השולח אינה הכרחית, שכן ייתכן שיכולת הביטול קשורה במינוי[50], ומאחר שהשולח לא מינה את שליח המשנה, אפשר שאין בכוחו לבטל את שליחותו[51]).

מסקנה זו מן הסוגיה התלמודית אינה מקובלת על הכל. כפי שנראה להלן, 'קצות החושן' טוען שמן העובדה שמות השליח אינו מביא לסיום שליחותו של שליח המשנה, אין להסיק ששליח המשנה מתפקד כשלוחו של השולח, והוא סבור ששליח המשנה הוא שלוחו של השליח גם לעניין ביצוע השליחות, כפי שנסביר להלן[52]. מעמדתו זו של 'קצות החושן' מתבקשת המסקנה: אם השולח חפץ לבטל את שליחותו של שליח המשנה, הדרך היחידה העומדת לרשותו היא לבטל את השליחות הראשית[53].

ב. יחסי שליח – שליח משנה

לכאורה, כשם שמותו של השליח אינו מביא לסיום שליחותו של שליח המשנה[54], כך אין בכוחו של השליח לבטל את שליחותו של שליח המשנה.

לה לאחר ל' יום, אף על פי שאינו עכשיו שליח לגירושין, הואיל ולאחר ל' יום יהיה שליח לגירושין" (וראה: גיטין כט ע"ב; רמב"ם, הלכות גירושין, פרק ט, הלכה מ). לכאורה, הלכה זו קשה, שכן לעיל, בדיוננו על סעיף 4, פרק שלישי, ד(2)(ג), עמ' 217, ראינו שלא ניתן למנות שליח לפעולה שהשולח אינו יכול לעשותה בעצמו כבר בשעת המינוי, ומדוע אם כן יכול השליח למנות שליח משנה למסירת הגט בשעה שאינו יכול לתתו בעצמו? בית מאיר, סימן קמא, סעיף לז, מתרץ ואומר שמכיוון ששליח המשנה מתפקד כשלוחו של השולח, "השליח הראשון אינו אלא כמתרוקן להשני כח הבעל שהיה לו, ולפיכך שפיר איכא למימר דאיהו מצי עביד השתא, דהיינו הבעל יכול לגרש השתא" (הובא בפתחי תשובה, אבן העזר, סימן קמא, ס"ק מ, בשם 'משנה למלך', אבל הדברים אינם נמצאים שם, וראה שולחן ערוך מהדורת ראש פינה, מה שהעירו שם). וכך כתב גם דורש לציון, דרוש יג, ד"ה אמנם קשיא (נה ע"ב).

[49] ראה שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן ת.

[50] ראה לעניין זה דיוננו בסעיף 14. וראה להלן, ליד ציון הערה 56, דברי הרב קנייבסקי.

[51] העיר על עניין זה מנחת אברהם, חלק ג, סימן י, אות ה.

[52] להלן, ליד ציון הערה 58.

[53] השווה ר' שמעון שקאפ (לעיל, הערה 23), עמ' תקסז, ד"ה ומהאי, הסבור ששאלה זו תלויה בשאלה: האם יכולתו של השליח למנות שליח משנה ניתנה לשליח בנפרד מהפיכתו לבעל הדבר (ואז השולח יכול לבטל את שליחותו של השליח השני בלי לפגוע במינויו של השליח הראשון)? או שמא דין "שליח עושה שליח" נגזר ממעמדו של השליח?

[54] זאת אף אם נודע לשליח השני על מינויו רק לאחר מותו של השליח הראשון. ראה שו"ת איגרות משה, אבן העזר, חלק א, סימן קיז, ד"ה אבל לע"ד (וראה שם שהרחיק לכת אף יותר, כשקבע שכדי למנוע עגינות, אף אם השליח לגירושין לא מינה שליח משנה ומת, ניתן להתייחס אליו מכוח דין "זכין לאדם שלא בפניו" כמי שוודאי רצה במינוי זה, וממילא יוכל כל אדם, בהתמלא תנאים מסוימים, לתת את הגט כשליח משנה שלו). חידוש גדול עוד יותר נתחדש בתקדים שאירע בלונדון בבית דינו של הרב יחזקאל אברמסקי בשנת תרצ"ט (1939), ולפיו אפשר שאף המינוי של שליח המשנה ייעשה לאחר מות השליח הראשון. מעשה שהיה כך היה, בעלים אחדים מינו שליח לגרש את נשותיהם. השליח חלה, ומשראה שלא יעלה בידו לקיים את שליחותו בעצמו, מינה את בית הדין למנות בשמו שליח אחר, אך מת לפני שהספיק בית הדין למנות שליח אחר. ועלתה השאלה: האם יש בכוחו של בית הדין למנות שליח משנה אף לאחר מותו של השליח? או שמא משמת השליח בטלה שליחות המינוי שמסר בידם? הרב אברמסקי תלה שאלה זו בשאלה עקרונית אחרת, והיא: האם שליח המשנה מתמנה מכוח השולח (על פי התפיסה שהשליחות כוללת לא רק הרשאה לביצוע נושא השליחות עצמו אלא גם הרשאה למנות שליח אחר בשם השולח), ואם כן, אין מניעה שבית

אמנם לא כן דעת מהר״ם מפאדווה[55], הקובע שהשליח הראשון יכול לבטל את שליחותו של שליח המשנה. אולם לדעת ר׳ ישראל יעקב קנייבסקי[56], אין סתירה בין שיטה זו ובין הקביעה שדין שליח המשנה כדין שלוחו של השולח עצמו, כפי שהסקנו מדברי מר בר רב אשי. לדעת הרב קנייבסקי, השליח הראשון יכול לבטל את שליחותו של שליח המשנה, משום ״דמכל מקום כיון דמכח פיו ודיבורו של הראשון נעשה שלוחו של הבעל, יש לומר

הדין ימנה שליח אחר, שהרי הם שלוחי הבעלים? או שמא הוא מתמנה מכוח השליח (ורק תוצאת פעולתו משפיעה ישירות על השולח), ואם כן, אין בית הדין יכול למנות שליח אחר, כיוון שבמות שולחם בטלה שליחותם, שלא הייתה לגרש את נשותיהם של הבעלים אלא רק למנות שליח שיגרש אותן (ראה לעיל, הערה 45)? מכוח כמה מקורות, הוא נוקט כדרך השנייה (ואף על פי כן הוא פוסק שבית הדין יכול למנות שליח אחר, משום שמינוי השליח הראשון במקרה שנידון לפניו היה באופן שניתנה לו הרשאה מפורשת גם למנות שלוחי משנה, כך שניתן לראות את בית הדין כשליח הבעלים, והלוא הבעלים קיימים). הרב אברמסקי פרסם את השאלה והתשובה שלו עם פנייה אל גדולי ישראל שיחוו גם הם את דעתם, תחילה בפרסום של בית הדין שלו, שאלה ותשובה להלכה למעשה מבית דין צדק לונדון והמדינה, חלק ג, לונדון סיון תרצ״ט, וסמוך לאחר מכן בכתבי עת רבניים: כנסת ישראל (תמוז תרצ״ט), חוברת י, עמ׳ א; הפרדס יג (אב תרצ״ט), חוברת ה, עמ׳ 20 (נדפס גם בשו״ת חזון יחזקאל, סימן יד, פורסם בתוך חזון יחזקאל על מסכת זבחים וליקוטים על הש״ס, ירושלים תשמ״א). עם הרבנים שחיוו את דעתם בשאלה, נמנה הרב ב״צ עוזיאל (שו״ת משפטי עוזיאל, אבן העזר, ירושלים תשכ״ד (=חלק ז, ירושלים תשס״ה), סימן קד), שהגיע לאותה מסקנה אך בדרך שונה לחלוטין. בשאלה העקרונית שהציב הרב אברמסקי, הוא דוחה את שיטתו ונוקט חד־משמעית שמינוי שליח המשנה בא מכוחו של השולח, היינו שהרשאת השליח כוללת גם הרשאה למנות שליח אחר (את שיטתו הזכרנו לעיל, הערה 17. אמנם לדעתו אם נסיבות העניין היו שבית הדין הוסמך על ידי השליח רק למנות שליח, הרי שהוא מנוע מלמנות שליח אחר, וזאת אף אם השליח עדיין בחיים, משום שהם בגדר ״שליח שלא ניתן לגירושין״, שאין בכוחו למנות שליח אחר. אבל מאחר שבמקרה הנדון יש להניח שבית הדין נתמנה לא רק למנות שליח אלא גם לגרש בעצמו את הנשים, אין מניעה, כאמור, שימנה שליח אחר אף לאחר מותו של השליח הראשון). גם הרב אברהם שפירא (מנחת אברהם, חלק ג, סימן י) נזקק לשאלה זו. בשאלה העקרונית שהציב הרב אברמסקי, הוא נוקט גישה שלישית: שלא כמו הרב עוזיאל, הוא אינו סבור שהרשאת השליח כוללת הרשאה למנות שליח בשמו של השולח, ושלא כהרב אברמסקי, הוא אינו סבור ששליח המשנה הוא שלוחו של השליח. לדעתו, אמנם שליח המשנה מתמנה מכוח השליח, אלא שמכוח הכלל ״שלוחו של אדם כמותו״, הוא נחשב כשלוחו של השולח (לשאלה כיצד הוא מתמודד עם הבעיה שהעלה הרב עוזיאל בעניין ״שליח שלא ניתן לגירושין״, ראה דבריו שם, אות ז ואילך). דומה שכך נקט גם הרב אהרן קוטלר, שאף הוא הביע את דעתו בעניין זה (שו״ת משנת רבי אהרן (קוטלר), חלק ב, סימן ס). לעומת גישותיהם העיוניות של הרבנים הללו, השווה גישתו המעשית של הרב שמואל יצחק הילמן (דבריו פורסמו בחוברת מורשה, ביטאון לדברי הלכה ומחשבה וחקר ספרות התורנית (ליברפול תשל״ח), שנה א, גיליון א, עמ׳ ל). וראה עוד בעניין זה הערותיו הקצרות של הרב צבי פסח פרנק, שו״ת הר צבי, אבן העזר, סימן קעג, אות ה.

55 שו״ת מהר״ם מפאדווה, סדר הגט. כך נוקט גם ט״ז, אבן העזר, סימן קמא, ס״ק כו. לעומתם ראה משנה למלך, הלכות גירושין, פרק ו, הלכה טז, שהשאיר את שיטת מהר״ם מפאדווה ב״צריך עיון״. וראה פתחי תשובה, אבן העזר, סימן קמא, ס״ק מב, שהפנה לפוסקים הסבורים שמשעה שנתמנה שליח משנה, שוב אין השליח יכול לבטל את שליחותו. וראה עוד שו״ת עין יצחק, חלק ב, אבן העזר, סימן ג, אות א, שכתב: ״הכרעת האחרונים ששליח ראשון אינו יכול לבטל לשליח שני״. וראה בהרחבה א׳ לביא, עטרת דבורה, קשת תשס״ט, חלק ב, סימן פה, עמ׳ 568 (״מעמדו של השליח הראשון לאחר שמינה שליח שני״).

56 קהילות יעקב (קנייבסקי), גיטין (בני־ברק תשמ״ח), סימן כ, אות ג, ד״ה והנה. וכבר כתב כן בעל תורת גיטין, סימן קמא, ס״ק לו (מובא בפתחי תשובה, אבן העזר, סימן קמא, ס״ק מב). וראה גם חלקת יואב, חלק א, אבן העזר, סימן לד, ד״ה ומיושב. והשווה אטינגר, פרקי שליחות, עמ׳ 211־212, המבקש לטעון שמהר״ם מפאדווה סבור ששליח המשנה הוא שלוחם של שניים, השולח והשליח.

דהראשון יכול לבטלו, דעל כל פנים דיבור שלו יכול לבטל, דאתי דיבור ומבטל דיבור, והדיבור הלא שלו הוא״. כלומר, מאחר שהשליח הוא שמינה את שליח המשנה, יש בכוחו גם לבטל את המינוי בהתאם לכלל: ״אתי דיבור ומבטל דיבור״[57], היינו שהמניע תהליך משפטי בדיבורו יכול לחזור בו ממנו כל זמן שלא יצא אל הפועל.

כבר רמזנו לעיל ש׳קצות החושן׳[58] אינו מקבל מסקנה זו בהבנת דברי מר בר רב אשי. לדעתו, אין דין שליח המשנה כדין שלוחו של השולח, אלא הוא שלוחו של השליח[59] (אף על פי שפעולתו משפיעה ישירות על זכויותיו וחובותיו של השולח), כפי שמשתמע מפשוטה של הלכת מהר״ם מפאדווה, המאפשר לשליח לבטל את שליחותו של שליח המשנה. אמנם נקבע בתלמוד שמות השליח אינו מבטל את שליחותו של שליח המשנה, אולם לדעתו אין זה משום שדין שליח המשנה כדין שלוחו הישיר של השולח, אלא משום שבעיקרון מות השולח אינו מביא לסיום השליחות[60]. אמת, נכון הדבר שברוב המקרים, מות השולח הופך את השליחות לבלתי רלוונטית (כגון בשליחות לגירושין, מות הבעל־השולח הופך את השליחות לבלתי רלוונטית, שכן עם מותו הופכת האישה לאלמנה, שאי אפשר לגרש אותה, שהרי היא כבר פנויה, ו״אין גט לאחר מיתה״). לא כן בשליחות משנה. אף על פי שמת השליח הראשון (שולחו של שליח המשנה), פעולת השליחות – גירושי אשת השולח – עדיין רלוונטית, שכן הבעל־השולח חי וקיים, ועל כן אין מניעה שתימשך שליחותו של שליח המשנה על אף מיתתו של שולחו. נמצא אפוא שלפי ׳קצות החושן׳, מעמדו של שליח המשנה הוא מעמד מורכב: מצד אחד יש בידו הכוח לעשות פעולה משפטית המחייבת ומזכה ישירות את השולח הראשי, ומצד שני אינו שלוחו אלא שלוחו של השליח[61] [62].

[57] לעיקרון זה, ראה באריכות בדיוננו על סעיף 14, פרק שני, א, עמ׳ 600.

[58] קצות החושן, סימן קפח, ס״ק ב. לשיטתו רמזנו לעיל, ליד ציון הערה 52.

[59] ונראה שכן נוקט גם הרשב״ש, המובא להלן, ליד ציון הערה 67.

[60] לשיטה זו בהרחבה, ראה דיוננו על סעיף 14, ליד ציון הערה 201.

[61] גישה זו, ככל שהיא נוגעת להגדרת שליחות משנה, דומה להפליא לגישתו של ברק, סעיף 1023 (כמובן, אין היא תואמת את גישת החוק במה שנוגע למות השולח).

[62] לשאלה: אל מי יכול שליח המשנה לבוא בתביעה שישלם את שכרו ושיפרע את הוצאותיו, נראה שלא תהיה נפקות בין גישת ׳קצות החושן׳ לבין גישת שאר המפרשים. בדיוננו על סעיף 11, פרק שני, עמ׳ 584, ראינו שאפשר לבסס את זכות השיפוי של השליח על עילה חוזית (אם מניחים שקיים הסכם מכללא) או על דין ״נהנה״, כלומר על עילת ״עשיית עושר ולא במשפט״ (ונראה שהוא הדין גם לעניין השכר). לפי שתי הגישות, אם הזכות לשיפוי נובעת מעילה חוזית, שליח המשנה מקבל את שכרו מן השליח, שכן רק אתו ייתכן הסכם מכללא. אולם אם זכות השיפוי של השליח מבוססת על עילת ״עשיית עושר ולא במשפט״, בעל דברו של שליח המשנה הוא השולח, כיוון שהוא הנהנה מפעולתו.

עם זאת, לאור הגישות השונות, יש להסתפק בכמה עניינים אחרים הנובעים מן היחסים שבין השולח, השליח הראשון ושליח המשנה. כך למשל ראינו בדיוננו על סעיף 9 (פרק שלישי, עמ׳ 498), ששליח שעיוות וגרם נזק כספי לשולחו חייב במצבים מסוימים לפצות את השולח. וכאשר שליח המשנה מעוות וגורם לנזק, נשאלת השאלה: האם יכול השולח לראות בשליח הראשון שהתמנה על ידו בעל דברו? או שמא אין באפשרותו אלא לתבוע את שליח המשנה בלבד? בדיוננו על סעיף 10 (פרק שלישי, עמ׳ 556), ראינו שכאשר מגיעים לידי השליח רווחים שאינם חלק מביצוע השליחות, לעתים הרווח הבלתי צפוי הולך כולו או חלקו לשולח, ושאלה היא: מה מעמדו של השליח הראשון במקרה זה? האם גם הוא זכאי להשתתף ברווחים אלו? צריך עיון.

ג. יחסי שולח – שליח

האם מינויו של שליח משנה על ידי השליח מבטל את כוח השליחות שבידו של השליח? תשובה שלילית חד־משמעית לשאלה זו עולה מהלכת 'שולחן ערוך'[63]: "שליח [לגירושין] שעשה שני, ושני שלישי... אע"פ שמת השליח הראשון, לא נתבטל שליחות השאר, מאחר שהבעל קיים. אם מת שליח שני, יכול שליח ראשון ליטלו [ליטול את הגט] מיורשיו של שני, ויוליכנו או ישלחנו ביד אחר". ובהתאם לכך נפסק בעניין שליח לגביית חוב שהייתה לו גם הרשאה להתפשר, שמשלא הצליח לגבות את החוב, מינה שליח משנה שינסה לגבותו. עקב חשש מפני שליח המשנה, הסכים הנתבע להתפשר עם השליח הראשון ופרע שני שלישים מן החוב. השולח ביקש להתנער מן הפשרה בטענה שעם מינוי השליח השני בטלה שליחות הראשון, אבל טענתו נדחתה[64].

הלכה זו מובנת מאוד על פי גישת 'קצות החושן', שהרי לדידו שליח המשנה הוא שלוחו של השליח גם לאחר המינוי, ואין ספק אפוא שהשליח נותר שלוחו של השולח[65].

אבל הלכה זו מתיישבת יפה גם לשיטת רוב הפוסקים החולקים על גישת 'קצות החושן'[66]. אמנם לדידם דין שליח המשנה לאחר המינוי כדין שלוחו של השולח, אולם קביעה זו אינה פוגעת בהמשך שליחותו של השליח במקביל לשליחותו של שליח המשנה (אפשר לדמות את השליח לנר דולק המדליק נרות אחרים בלא לאבד ממאורו).

שאלה מעניינת היא: האם ביטול שליחותו של השליח על ידי השולח גורר אחריו אוטומטית ביטול שליחות המשנה? דומה ששאלה זו תלויה במחלוקת בין רוב הפוסקים לבין 'קצות החושן'. לפי רוב הפוסקים, דומה שביטול שליחותו של השליח אינו מבטל אוטומטית את שליחותו של שליח המשנה, שהלוא לדידם מעמדו מקביל למעמד השליח. לעומת זאת, לפי 'קצות החושן', ביטול שליחותו של השליח מביאה אוטומטית לביטול כוחו של שליח המשנה, כפי שפסק הרשב"ש: "שאִלו בטלה האשה [השולחת] שליחות הראשון, אין שליחותו של שני כלום"[67].

[63] שולחן ערוך, אבן העזר, סימן קמא, סעיפים מא־מב. מקור ההלכה בדברי הרמ"ה שהובאו בטור, שם. על כן תמוהים דברי יד המלך על הרמב"ם, הלכות גירושין, פרק ו, הלכה טז, לפיהם אם מינה שליח משנה, השליח עצמו סיים את שליחותו ואינו יכול עוד לפעול בשמו של השולח, שכן הוא העביר את הכוח שהיה בידו לאחר, "והיה כלא היה כלל". אבל ראה שו"ת ציץ אליעזר, חלק כ, סימן נג, ד"ה ולציין, שצמצם קצת את משמעות דברי 'יד המלך'. וראה א' לביא (לעיל, הערה 55), בעמ' 570, שהביא פוסקים נוספים המצדדים בגישת 'יד המלך', אבל ציין שרוב הפוסקים חולקים עליו.

[64] שו"ת קול אליהו (ישראל), חלק א, חו"מ, סימן ה.

[65] ואכן מכאן הוכיח הט"ז (לעיל, הערה 55) כשיטת מהר"ם מפאדווה, שהשליח יכול לבטל את שליחותו של שליח המשנה.

[66] ראה לדוגמה בית שמואל, אבן העזר, סימן קמא, ס"ק נח. וראה גט מקושר (צינץ), סדר הגט השלישי, אות כה, שראה לנכון להדגיש שאף על פי שהשליח נתמנה על ידי השולח עצמו, אין לו עדיפות על פני שליח המשנה שנתמנה על ידו.

היא מתיישבת אפילו עם דעת הפוסקים החולקים על מהר"ם מפאדווה וסבורים שהשליח אינו יכול לבטל את שליחותו של שליח המשנה. גישתם אינה נובעת משום שלדעתם השליח נסתלק מן השליחות עם מינויו של שליח המשנה, אלא מן העובדה שמשעה שמינה את שליח המשנה ומסר בידו כוח לפעול בשם השולח, שוב אינו יכול ליטול אותו ממנו. ראה מנחת אברהם, חלק ג, סימן י, אות ד. וראה א' לביא (לעיל, הערה 55), בעמ' 574.

[67] שו"ת הרשב"ש, סימן רסו, ד"ה ואע"פ. וראה מנחת אברהם, חלק ג, סימן י, אות ה, ד"ה עוד נפ"מ.

פרק רביעי

הסייגים למינוי שליח משנה וגבולותיהם – "אין שלוח עושה שלוח לנושא שליחותו"

א. הקפדת השולח על ביצוע אישי

א. אף על פי שיש אפשרות עקרונית למנות שליח משנה, כפי שעולה מסוגיית התלמוד שהבאנו לעיל, אין פירוש הדבר שהשליח יכול לעשות כן בלא סייג. אף שבשונה מן החוק, השליח אינו זקוק לרשות (מפורשת או מכללא) של השולח למנות לעצמו שליח משנה, אין השליח יכול למנות שליח משנה, אם יש יסוד סביר להניח שהשולח מתנגד לדבר ומקפיד על ביצוע אישי של השליחות. כך עולה מסוגיה תלמודית אחרת[68], כפי שיבואר להלן. וכך מסכם הריב"ש את הסוגיה[69]: "בכל התורה כולה, שליח עושה שליח, אף על גב דלא פירש לו הבעל דבר, במידי דליכא קפידא [=בדבר שאין בו הקפדה]". נמצא שעמדת המשפט העברי בשאלת מינוי שליח משנה אינה נוקשה, והיא נקבעת בהתאם למהות השליחות ונסיבותיה המיוחדות. אין המשפט העברי מניח כעיקרון גורף שהשולח מקפיד על ביצוע אישי של השליחות על ידי השליח (כפי שנקט החוק), אלא קובע כן רק לאחר שבוחן את כוונתו המשוערת של השולח בכל מקרה לגופו[70].

להלן נפרט מקצת מן השיקולים שהעלו הפוסקים בעניין כוונתו המשוערת של השולח. תחילה נפרט נסיבות אחדות שבהן השולח נחשב כמי שמקפיד על ביצוע אישי:

(א) ניסוח ההרשאה. אין צריך לומר שהשליח מנוע מלמנות שליח משנה, אם השולח אמר במפורש שהוא מתנגד לזה. אבל יש שהשולח אינו אומר דברים מפורשים, ובכל זאת מניסוח דבריו מסתבר שהוא מקפיד על ביצוע אישי של השליחות. כך הוא לדוגמה כשהדגיש בניסוח המינוי שהוא מכוון לשליח דווקא, כפי שנקבע בברייתא[71] בעניין שליח לגירושין: "אַתְּ [=אתה] הולך גט זה לאשתי, הרי זה לא ישלחנו ביד אחר". ההדגשה "את הולך גט זה", במקום הניסוח הסתמי "הולך גט זה", מתפרשת כהקפדה של השולח על ביצוע אישי של השליחות[72].

(ב) שליחות הדורשת יחסי אמון או מיומנות. יש גם שביצוע אישי מתחייב מנושא השליחות ותוכנה המיוחד. כך עולה ממה ששנינו[73] בעניין שליח לגירושין שחלה: "ואם אמר לו [הבעל לשליח] 'טול הימנה חפץ פלוני', לא ישלחנו ביד אחר, 'שאין רצוני שיהיה פקדוני ביד אחר'"[74]. וכעין זה פוסק הרמב"ם[75] בעניין מורשה לתביעה[76]: "ואין למורשה לכתוב

[68] גיטין כט ע"א.

[69] שו"ת הריב"ש, סימן רכח.

[70] וראוי לציין שגישה זו אומצה בהצעת נוסח לחקיקה בינלאומית, Unidroit, משנת 1971. ראה ברק, סעיף 1003, הערה 22.

[71] גיטין כט ע"א.

[72] הדברים אמורים כמובן לדעה שבעיקרון בעל הממנה שליח לגרש את אשתו אינו מקפיד על ביצועה האישי של השליחות. להלן (ליד ציון הערה 84) נראה ששאלה זו שנויה במחלוקת.

[73] משנה, גיטין ג, ה; גיטין כט ע"א.

[74] ואף על פי שהשאלה אם הממנה שליח לגרש את אשתו מקפיד בעיקרון על ביצוע אישי אם לאו שנויה במחלוקת (ראה להלן, ליד ציון הערה 84), כולי עלמא מסכימים שאם חלה השליח, השולח אינו מקפיד על ביצוע אישי של השליחות (ראה להלן, ליד ציון הערה 97). אבל כאן, מכיוון שאמר לו השולח "טול הימנה חפץ פלוני", הריהו מקפיד על ביצועה האישי, אף אם חלה השליח.

[75] רמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין, פרק ג, הלכה ח. וכן נפסק בשולחן ערוך, חו"מ, סימן קכג, סעיף ד.

הרשאה לאחר, שזה אומר 'אין רצוני שיהיה פקדוני ביד אחר'". בכל אלה השולח בחר בשלוחו משום שיש לו אמון בו שישיג לו את רכושו ולא ימעל בתפקידו, מפני שאינו רוצה שיימצא רכושו ביד אחר, וההנחה היא אפוא שעל השליח לעשות את שליחותו באופן אישי[77].

נראה שבמורשה לתביעה, יהא הדין כן אף כשאין מקום לטענה "אין רצוני שיהיה פקדוני ביד אחר", כגון שהמורשה אינו אמור לקבל לידיו נכס של השולח (או שאי אפשר לטעון כנגד השליח השני "אין רצוני שיהיה פקדוני ביד אחר"[78]). ההנחה היא שהשולח בחר במורשה לטעון עבורו בבית המשפט בשל כישוריו, וברור שאינו מוכן שתפקיד זה יועבר לאחר[79], שאף אם הוא אמין כשליח, אפשר שאינו מיומן כמותו. וכעין זה קבע הריב"ש[80] בעניין נבחרי הציבור: נבחרי הציבור כשלוחי הציבור הם, ואינם רשאים להעביר את תפקידם לאחרים. הם נבחרו הודות לתכונותיהם האישיות, ומן הסתם שולחיהם מקפידים שיבצעו את שליחותם באופן אישי ולא יעבירו את תפקידם לאחרים.

(ג) שליחות הכרוכה בביצוע הוראות מיוחדות. לדעת רש"י[81] והרמ"ה[82], אם ביצוע השליחות כרוך במילוי הוראות מיוחדות ומדויקות, גם אז השליח אינו יכול למנות שליח משנה. הסיבה לזה היא שהשולח חושש שמא לא ימסור השליח הראשון לשליח המשנה את הוראות השליחות בדייקנות או שמא לא יקפיד שליח המשנה על ביצוע מדויק של ההוראות. דעה זו אינה מקובלת על הכל[83].

[76] היינו שליח לניהול תביעה משפטית. למורשה, ראה דיוננו על סעיף 1, פרק רביעי, ב(1)(ב), עמ' 49.

[77] לשאלה מה דין מינוי כזה בדיעבד, ראה דיוננו להלן, פרק חמישי, עמ' 738. וראה ש"ך, חו"מ, סימן קכג, ס"ק יז, שהנתבע רשאי לסרב לדון עם המורשה השני, אף אם הלה מסכים לנהל את התביעה בלבד ולא לקחת לידיו את הכסף, אם יזכה בדין, שכן הסכמה זו אינה משנה את העובדה שאין לו הרשאה לנהל את התביעה.

[78] לאותן נסיבות שבהן אין מקום לטענה "אין רצוני שיהיה פקדוני ביד אחר", ראה: ב' כהנא, חוק לישראל, שומרים, ירושלים תשנ"ט, סעיף 7, בעניין שומר שמסר לשומר; מ' ויגודה, חוק לישראל, שכירות ושאילה, ירושלים תשנ"ח, סעיף 22, בעניין העברת השכירות.

[79] ראה תשובות ופסקים לראב"ד (ירושלים תשנ"א), סימן קמא, סוף ד"ה הנה כבר ביארנו (עמ' קצג) [=תמים דעים, סימן סב], בשם רב יהודאי גאון, שעמד על הבחנה זו. אמנם ראה שו"ת הריב"ש, סימן רכח, וש"ך, חו"מ, סימן קכג, ס"ק יז, שעולה מדבריהם שאם המורשה השני נאמן על השולח לעניין "שומר שמסר לשומר", אין לפסול אותו כמורשה. אולם ברור שדבריהם אמורים במורשה שיש בידו שטר הלוואה ואינו צריך לנהל תביעה משפטית להוציא את הכסף מידי הנתבע, אלא רק לקבל ממנו את כסף הפירעון, כפי שעולה מדברי הראב"ד. וראה A.Y. Warburg, The Multi-Faceted Halakhic Identity of a Jewish Investment Broker, Tradition 43:3 (2010) 51, pp. 71-64.

[80] שו"ת הריב"ש, סימן רכח. השופט אֵלון הסתמך על תשובה זו בבג"ץ 702/79 גולדברג נ' שרמן, פ"ד לד(4) 85 (1980), וקבע שזהו הכלל החל במשפט המנהלי בעניין האצלת סמכויות: "תפקיד וסמכות שנבחר הקהל מקבל על פי החוק, ויש בביצועו משום 'אומד הדעת ומחשבה', צריך שיבוצע על ידי בעל התפקיד והסמכות באופן אישי, אלא אם כן מצויה הוראה מפורשת המאפשרת לבעל התפקיד להאצילו לאחרים". וראה להלן, הערה 168. וראה גם שו"ת מהר"י בן לב, חלק א, סימן מז. וראה: הרב י' גולדברג, טובי העיר, ירושלים תש"ס, עמ' ע; א' הכהן, "אצילת סמכויות והעברתן", פרשת השבוע (הוצאת משרד המשפטים ומכללת שערי משפט), בהעלותך, תשס"ב, גיליון מס' 76; י' אונגר, חוק לישראל, נאמנות בנכסים, ירושלים תש"ע, סעיף 10, פרק עשירי, עמ' 261, ופרק אחד־עשר, עמ' 267.

[81] רש"י, גיטין כט ע"ב, ד"ה ואזל.

[82] מובא בשו"ת הריב"ש, סימן שטז.

[83] כך לדוגמה, התוספות, גיטין כט ע"ב, ד"ה רבי, חולקים על רש"י, ולדעתם "זה דוחק [לומר] דלא ישלחנו ביד אחר שלא ישכח לומר כאשר אמר הבעל". והעיר על זה בית שמואל, אבן העזר, סימן קמא, ס"ק סה,

(ד) שליחות למתן גט (מחלוקת). להשלמת התמונה, יש לציין שלא תמיד קל לקבוע אם השליחות היא כזו שבסתמא השולח מקפיד בה על ביצוע אישי או שאינו מקפיד על כך. כך לדוגמה, נחלקו הדעות בעניין שליחות לגירושין: האם המגרש את אשתו באמצעות שליח מקפיד על ביצועה האישי?[84]. 'שולחן ערוך'[85] מביא שתי דעות מנוגדות בעניין זה:

> השולח גט לאשתו ואמר לו [לשליח] 'הולך גט זה לאשתי', או שאמר ליה 'אתה הולך' – לא ישלחנו ביד אחר, אלא אם כן חלה או נאנס או שפירש לו שיכול למנות שליח ושליח שליח עד כמה שלוחים[86].

והוסיף שבנקודה זו גם הרמב"ם חולק על רש"י (ראה רמב"ם, הלכות גירושין, פרק ט, הלכה לז). מכאן מסיק 'בית שמואל' שאם התנה השולח את מתן הגט בוויתור האישה על תביעות, הרי שלפי הרמב"ם, אין מניעה למנות שליח משנה, מה שאין כן לפי רש"י. וראה בעניין אחרון זה שו"ת הריב"ש, סימן שטז. להלן, ליד ציון הערה 190, נראה שעם זאת רש"י והרמב"ם תמימי דעים ששליחותו של שליח משנה שנתמנה שלא כדין תקפה בדיעבד, בניגוד לשיטת התוספות. ראה שם.

[84] מקור חילוקי הדעות בסתירה לכאורה בין שני מקורות תנאיים ובניסיונות ליישובה. להלן הצגת סוגיית התלמוד, גיטין כט ע"א, בעניין זה:

מחד גיסא המשנה קובעת: "המביא גט בארץ ישראל וחלה, הרי זה משלחו ביד אחר". מכאן שהבעל נחשב כמי שמקפיד על ביצוע אישי, שכן רק אם נמנע מן השליח להמשיך בשליחותו (חלה), הוא יכול למנות שליח משנה (כפי שהבין רב כהנא את המשנה. ראה שם בתחילת הסוגיה התלמודית).

מאידך גיסא נקבע בברייתא: "'הולך גט זה לאשתי', הרי זה משלחו ביד אחר; 'את [=אתה] הולך גט זה לאשתי', הרי זה לא ישלחנו ביד אחר. רבן שמעון בן גמליאל אומר: 'בין כך ובין כך אין השליח עושה שליח'". מכאן שדעת החכמים (הדעה האנונימית בברייתא) היא שבעיקרון, שליחות לגירושין אינה חייבת להתבצע באופן אישי (והדבר תלוי רק בניסוח ההרשאה).

התלמוד מעלה שלוש הצעות ליישוב הסתירה שלכאורה בין המשנה לבין הברייתא:

ההצעה הראשונה. לצמצם את משמעות דברי הברייתא על ידי העמדתה בשליח שחלה דווקא, היינו שנמנע ממנו להמשיך בשליחותו. לפי זה, דין הברייתא המאפשר לשליח להעביר את שליחותו לאחר זהה לדין המשנה, שכן שניהם אמורים בשליח שנמנע ממנו להמשיך בשליחותו (על פי הצעה זו, עולה חומרה מיוחדת, והיא שאם השולח מדגיש "אתה הולך", השליח מנוע מלמנות שליח משנה, אף אם נמנע ממנו להמשיך בשליחותו, כגון שחלה).

ההצעה השנייה. לצמצם את משמעות דברי המשנה על ידי העמדתה בשולח שהטעים "אתה הולך", ומשום כך אין השליח יכול למנות שליח משנה אלא כשנמנע ממנו להמשיך בשליחותו. דין המשנה, המסייג את אפשרות מינוי שליח משנה, זהה אפוא לדין הברייתא, שכן יש להניח שגם על פי הברייתא, אם נמנעת מן השליח האפשרות להמשיך בשליחותו, אף על פי שהבעל ציין במפורש שהוא מעוניין בביצועה האישי, בכגון זה אין הוא מתנגד למינוי שליח משנה.

ההצעה השלישית. לקבוע שהמשנה שנויה אליבא דשיטת רבן שמעון בן גמליאל, שאף על פי שאינו מבחין בין דרכי ניסוח ההרשאה ("הולך" או "אתה הולך"), מקובל עליו שיש להבחין בין חלה השליח לבין לא חלה.

מן התירוץ הראשון ומן התירוץ השלישי, עולה המסקנה שבעיקרון בעל השולח גט לאשתו מקפיד על ביצועה האישי של השליחות על ידי השליח (אך ראה להלן, הערה 90). לעומת זאת, מן התירוץ השני עולה המסקנה ההפוכה, ולפיה בעיקרון בעל השולח גט לאשתו אינו מקפיד על ביצועה האישי של השליחות. כפי שמובא בטקסט, הפוסקים נחלקו בשאלה איזה מן התירוצים יש לאמץ להלכה. לבירור השיקולים המנחים את הפוסקים בפסיקתם, ראה: בירור הלכה (של מכון הלכה ברורה ובירור הלכה), גיטין כט ע"א, ציון א, עמ' פח; אטינגר, פרקי שליחות, עמ' 197-201.

[85] שולחן ערוך, אבן העזר, סימן קמא, סעיף לח.

[86] כך נקטו: רי"ף, גיטין יד ע"ב (בדפי הרי"ף); רמב"ם, הלכות גירושין, פרק ט, הלכה לה; רא"ש, גיטין, פרק שלישי, סימן ו; רמב"ן, ספר הזכות, גיטין יד ע"ב (בדפי הרי"ף). וראה גם ר"ן, גיטין יד ע"א (בדפי הרי"ף), ד"ה א"ר כהנא, בתירוצו השני, ולפיו ההנחה היא שהבעל מקפיד על ביצוע אישי כל זמן

ויש מי שחולק ואמר[87] דב׳הולך׳ סתם [כלומר שהבעל לא הדגיש ׳אתה הולך את הגט׳], יכול לשלחו על ידי אחר, אף על פי שלא חלה. וב׳את הולך׳ לא ישלחנו על ידי אחר אלא אם כן חלה או שפירש לו שיכול למנות שליח.

הריב״ש[88] מטעים שהנוקטים את הדעה המחמירה סבורים שמשום חומרתו של הגט, יש לחשוש ״שמא הבעל מקפיד לגרש על ידי זה, ולא שיֵדעו כולם בגירושיו״. כלומר, הרגישות המיוחדת של מעשה הגירושין עושה את השליחות הזו לשליחות שיש בה יחסי אמון וסודיות מיוחדים בין השולח לבין השליח, ועל כן השליח צריך להקפיד על ביצועה האישי[89] [90]. לעומתם, הנוקטים את הדעה המקילה סבורים ככל הנראה להפך. מתן הגט הוא פעולה פשוטה שאינה מצריכה הפעלת שיקול דעת או מיומנות מיוחדת, ולכן אין להניח שהבעל מקפיד על ביצועה האישי של השליחות[91].

ב. ממה שראינו עד כה, עולה שהכלל היסודי בדיני שליחות הוא, כפי שעולה ממדרש הכתוב, ״שליח עושה שליח״, ובלבד שאין להניח שהשולח מקפיד על ביצוע אישי של השליחות, כפי שהטעים הריב״ש. ברור אפוא שאם מהות השליחות אינה דורשת מיומנות

שלא גילה דעתו שאינו מקפיד על זה, וכשחלה השליח, הרי הבעל נחשב כאילו גילה דעתו. לדעת בית שמואל, אבן העזר, סימן קמא, ס״ק נד, זוהי גם דעת התוספות, גיטין כט ע״א, ד״ה רשב״ג (השווה ערוך השולחן, חו״מ, סימן קפב, סעיף ח. לדבריו, דעת התוספות היא שאין צורך בגילוי דעת, ודי ״אם מבין שלא יקפיד״).

דעה זו עולה בקנה אחד עם ההצעה השלישית, שראינו לעיל (הערה 84), ביישובה של הסתירה בין המשנה לבין הברייתא (שכן הערנו כבר שעל פי ההצעה הראשונה, אם הבעל אמר ״אתה הולך״, אין לשליח רשות לשלוח את הגט ביד אחר בשום אופן, אף אם לא חלה).

87 כך נקטו: הראב״ד בהשגותיו על הרי״ף, גיטין יד ע״א (בדפי הרי״ף); ספר העיטור, שלישות גט (מהדורת ר״מ יונה, חלק א, מה ע״ב. ושם העיר שכך פסקו גם בעלי מתיבתא (מתיבות?) ורבנו חננאל). דעה זו עולה בקנה אחד עם ההצעה השנייה, שראינו לעיל (הערה 84), ביישובה של הסתירה בין המשנה לבין הברייתא.

88 שו״ת הריב״ש, סימן רכח.

89 וראוי לציין ששיקולים מעין אלה אינם קיימים לדידם של אותם פוסקים בשליח שנתמנה על ידי האישה. האישה ודאי אינה מקפידה על ביצועה האישי של השליחות, ובלבד שתשיג את גטה. ראה שו״ת הרשב״ש, סימן רסו, ד״ה ואע״ג דבשליח וד״ה ובלשון הזה (מובא בבית יוסף, אבן העזר, סימן קמא, עמ׳ רנד במהדורת הטור השלם).

90 על פי הסבר אחר המובא בדברי הראשונים, עולה שאף בגירושין אין הנחה שהבעל מקפיד על ביצוע אישי, אבל לנוכח החומרה המיוחדת של דיני גיטין, וגם מאחר שהבעל עלול להקפיד, ראו חכמים לנכון להחמיר ולקבוע שעל השליח להימנע מלמנות שליח משנה, אלא אם כן ברור שהבעל אינו מקפיד על זה, כגון שחלה השליח. ראה: רמב״ן, ספר הזכות, גיטין יד ע״ב (בדפי הרי״ף); ר״ן, גיטין יד ע״א (בדפי הרי״ף), ד״ה א״ר כהנא, בתירוצו הראשון; תשב״ץ, חלק א, סימן כה; שו״ת המבי״ט, חלק א, סימן רט. ונראה שזוהי גם כוונת ההסבר השני שמביא הריב״ש: ״שירע בעיניו כשהראשון בעצמו אינו עושה שליחותו, ועל זה [=בגלל זה] ימנע מלגרש, דבקל אדם חוזר מלגרש״.

91 עם זאת, גם הם מסכימים שמכאן אין להסיק שבכל שליחות ״שליח עושה שליח״, אלא הדבר צריך להיבחן לגופו. ראה בעניין זה דבריו של הרב י׳ הרצוג, The Main Institutions of Jewish Law, vol. 2, p. 150, שלאחר שהביא את ההלכה ששליח לגירושין יכול לעשות שליח, הוא מוסיף: "It does not, however, necessarily follow that the same rule operate in commercial transactions, for the delivery of a bill of divorce is a relatively simple matter, whereas a commercial transaction may be a matter of considerable difficulty and complexity and the principal may have the right of refusing to be bound by the acts of a sub-agent even though there has been no deviation from the instructions given to the agent".

מיוחדת או יחסי אמון מיוחדים, השולח נחשב כמי שאינו מקפיד על ביצועה האישי. אולם יש נסיבות שאף על פי שלכאורה השליחות צריכה להתבצע באופן אישי, השולח נחשב בכל זאת כמי שאינו מקפיד על הדבר. נפרט את הנסיבות האלה.

אם השולח מרשה במפורש לשליח למנות שליח אחר, אין מניעה למינוי זה, אף אם ממהות השליחות עולה שבדרך כלל השולח מקפיד על ביצועה האישי. כך עולה מהמשך דברי הרמב"ם שהבאנו לעיל[92] בעניין מורשה לתביעה. לאחר שקבע שעקרונית אין המורשה רשאי למנות מורשה אחר, הוא מוסיף: "אם התנה עליו שירשה הוא לאחר ואחר לאחר – הרי השליח כותב הרשאה לשני ושני לשלישי. הכל לפי תנאו". וכן נפסק גם בעניין שליח לגירושין: אפילו לדעת הפוסקים ששליח לגירושין אינו רשאי להעביר את תפקידו לאחר, אין מקום למנוע זאת ממנו, אם "פירש לו שיוכל למנות שליח, ושליח שליח, עד כמה שלוחים"[93]. הוא הדין אם השולח נותן לשליח הרשאה לעשות כל מה שירצה לביצוע השליחות: "עשה כל מה שתרצה בשליחות או בחפץ זה". הרשאה כללית זו מתפרשת בין השאר כמתן רשות מפורשת למינוי שליח אחר[94].

יתירה מזו. אין צורך בהרשאה מפורשת דווקא, ודי ב"גילוי דעת". כך עולה מדברי הפוסקים הסבורים שבעיקרון שליח לגירושין אינו רשאי למנות שליח אחר במקומו. לדעתם, "אפילו לא התנה בפירוש דיכול לעשות שליח, רק גילה דעתו דאינו מקפיד, יכול [השליח] לעשות שליח"[95]. הוא הדין אם נשתנו הנסיבות ונמנע מן השליח להמשיך בשליחות, כגון שחלה או נאנס, שכן בכגון זה ההנחה היא שהשולח אינו מקפיד עוד על ביצועה האישי של השליחות. כך עולה מהמשך ההלכה שהבאנו לעיל בעניין שליח לגירושין[96]: "לא ישלחנו ביד אחר, אלא אם כן חלה או נאנס". והרשב"א[97] מסביר: "משום דסתמא דמילתא כל שחלה, דעת הבעלים שימנה שליח שליח". וכן מסביר גם הריב"ש[98]: "דהיכא דחלה השליח ואניס, ודאי אמדינן לדעתיה דלא קפיד [=אומדים את דעתו (של השולח) שוודאי אינו מקפיד]". עם זאת, אין הדברים אמורים אלא כשיש לשער שהשולח מקפיד בעיקרון על ביצועה האישי (כגון בשליחות לגירושין, לדעת חלק מן הפוסקים) או שהשולח ניסח את הרשאתו בלשון שאפשר להסיק

[92] לעיל, הערה 75.

[93] ראה שולחן ערוך, אבן העזר, סימן קמא, סעיף לח.

[94] ראה: שו"ת הרדב"ז, חלק ג, סימן אלף ב (תקעג); שו"ת המבי"ט, חלק א, סימן קצא.

[95] ראה בית שמואל, אבן העזר, סימן קמא, ס"ק נד.

[96] לעיל, הערה 93.

[97] חידושי הרשב"א, קידושין מא ע"א, ד"ה מלמד.

[98] שו"ת הריב"ש, סימן רכח. וראה גם ר"ן, לעיל, הערה 86.

לעוד דוגמאות להרשאה מכללא מספרות השו"ת, ראה: שו"ת יכין ובועז, חלק ב, סימן כח (בעניין שליח שהוכרח לעזוב את מקום ביצוע השליחות); שו"ת מהרשד"ם, אבן העזר, סימן קע (בעניין שליח הפוחד ללכת למקום ביצוע השליחות בשל סיבות אישיות או מצב חירום); שם, סימן קח, ד"ה אם; שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן יז (בעניין שליח שאינו יכול להגיע למקום ביצוע השליחות). וראה עוד: שדי חמד, אסיפת דינים, מערכת גט, סימן יט, אות מה, הדן באונס שכיח שהשולח יכול היה להעלותו על דעתו. השאלה היא: האם גם כאן מניחים שהשולח מסכים מכללא למינוי שליח אחר? או שמא מאחר שוודאי נתן את דעתו לאפשרות האונס ובכל זאת שתק, סימן שהוא מתנגד למינוי שליח אחר? והוא אומר שעניין זה שנוי במחלוקת בין האחרונים. וראה עוד שם, אות מז, שדן בשאלה: מה הדין אם חלה השליח הראשון ומצא שליח אחר שיחליף אותו, אלא שאותו שליח מתנה את הסכמתו ומבקש שהוא עצמו יוכל למנות שליח גם בלא אונס? והוא קובע שהשליח רשאי להסכים לתנאי זה, שכן אין לו בררה.

ממנה שהוא מקפיד על ביצועה האישי, כגון שאמר 'את הולך'. אבל אם השולח אוסר בפירוש מינוי שליח משנה, אסור לשליח לעשות כן, אפילו אם חלה. וכן הדגיש הרמ"א[99]: "פירש לו שלא ישלחנו ביד אחר, לא יוכל לעשות שליח, אפילו חלה או נאנס".

ואין צריך לומר שההיתר למינוי שליח אחר בנסיבות של אונס אינו תופס כשהתנגדות השולח למינוי שליח אחר היא מחמת אי־אמינותו של השליח השני, כמו שעולה כבר מן המשנה[100]: "המביא גט בארץ ישראל וחלה, הרי זה משלחו ביד אחר. ואם אמר לו 'טול לי הימנה חפץ פלוני', לא ישלחנו ביד אחר, 'שאין רצוני שיהיה פקדוני ביד אחר'". זאת אף על פי שחלה[101]. כמו כן, כשהשולח אינו מקפיד על ביצועה האישי של השליחות, והשליח יכול למנות שליח משנה, אין צריך לומר שאינו יכול למנות את מי שסביר להניח שהשולח מתנגד למינויו[102].

ב. נושא השליחות הוא "דברים" בעלמא ("מילי לא מימסרן לשליח")

(1) מבוא — הכלל "מילי לא מימסרן לשליח"

הסייג שדננו בו עד כה, המצמצם את אפשרות מינויו של שליח משנה, אינו סייג עקרוני. לשון אחר: בעיקרון, מינוי שליח משנה אפשרי, ובלבד שהשולח אינו מתנגד לכך. עתה נעבור לדון בסייג מהותי יותר למינוי שליח משנה. על פי סייג זה, אם נושא השליחות מוגדר כ"מילי" [=דברים. על הגדרת "מילי" נרחיב להלן] אי אפשר עקרונית למנות שליח משנה[103]. ומאחר שלפי דעות אחדות, הגדרת המושג "מילי" היא רחבה ביותר, נמצא שלפנינו צמצום מכריע לכאורה בהלכת "שליח עושה שליח", ויש לתת עליו את הדעת.

צמצום זה בדין "שליח עושה שליח" מקורו בכלל "מילי לא מימסרן לשליח", שקובע התלמוד בהסבר דברי התנא רבי יוסי השולל מינוי שליח משנה לכתיבת גט[104]. כל הראשונים[105] מסכימים

99 רמ"א, אבן העזר, סימן קמא, סעיף לח. וכן כתב ים של שלמה, גיטין, פרק ג, סימן י. וראה מה שהקשה על זה בית שמואל, שם, ס"ק נה, מסוגיית גיטין כט ע"ב. וראה מה שהעיר על 'בית שמואל' קרבן נתנאל, על הרא"ש, גיטין, פרק ג, סימן ו, אות פ. וראה גם באר היטב, שם, ס"ק לג.

100 משנה, גיטין ג, ה; גיטין כט ע"א.

101 וכן מביא להלכה ערוך השולחן, חו"מ, סימן קפב, סעיף ח: "ואם צריך נאמנות לענין השליחות, כגון ששלח על ידו מעות או חפיצים [=חפצים] או ששלחו לקבל מעות או חפיצים, לא ישלח ביד אחר, אפילו נאנס, אלא אם כן יודע בבירור שזה השני נאמן הוא אצל המשלח ולא ישנה דבר משליחותו". וראה שו"ת הריב"ש, סימן שטז, שאם הרשה לו השולח במפורש למנות שליח אחר, השליח יכול לעשות כן אף אם לא אירע לו אונס המונע ממנו להשלים את השליחות. וכן כתב ים של שלמה, גיטין, פרק ג, סימן י. לעומתם השווה בית שמואל, אבן העזר, סימן קמא, ס"ק סה. לדעתו, בכגון זה, מאחר שעקרונית גם אם נאנס (כגון שחלה), אינו רשאי למנות שליח אחר, הרי שאם קיבל אישור למנות שליח, האישור צריך להתפרש על דרך הצמצום, ולא יורשה למנות שליח אלא אם אין בררה (שחלה).

102 השווה שולחן ערוך, חו"מ, סימן קכא, סעיף א, בעניין מי שאינו אמין. וכן הוא גם במי שהשולח גילה דעתו בעבר שאינו סומך עליו. כן הוא לדוגמה במי שנתמנה על ידי השולח והשולח ביטל את שליחותו, ודאי שהשליח אינו יכול למנותו. ראה: משנה למלך, הלכות גירושין, פרק ז, הלכה ד; אור שמח, שם.

103 אמנם להלן נראה שיש פוסקים הסוברים שאם המינוי נעשה בהרשאתו המפורשת של השולח, יש תוקף למינויו של השליח השני, אבל הסיבה לזה היא שהוא נחשב כמי שנתמנה ישירות על ידי השולח ולא על ידי השליח. לעניין זה, ראה להלן, ב(4), עמ' 734.

104 גיטין סו ע"ב; שם עא ע"ב. וראה גם גיטין כט ע"א (ראה להלן, ליד ציון הערה 110). התנאים רבי מאיר ורבי חנינא איש אונו חולקים על רבי יוסי, אך שמואל בשם רבי יהודה הנשיא פוסק את ההלכה כשיטת רבי יוסי (שם סו ע"ב).

שכלל זה אינו בא לצמצם את כוחו של השולח למנות שליח, וכי כוונתו רק לצמצם את כוחו של השליח למנות שליח, כפי שמטעים המאירי[106]: "מילי לא מימסרן לשליח' על ידי שליח". רש"י[107] מסביר שהחסרון של "דברים" הוא: "אין בדברים כח להיות חוזרים ונמסרים לאחר. אבל בגט, דאית ביה מששא [=שיש בו ממש], חוזר ונמסר". אולם הסבר זה הוא עצמו טעון הסבר, ועוד נדון בו להלן[108]. נציין מיד שסוגיית "מילי לא מימסרן לשליח" היא מן הסוגיות המורכבות בתלמוד, בשל אי־בהירותו של המושג "מילי" (ונחלקו הדעות בפירושו) ובשל הגיונו המעורפל. להלן נצביע על הנקודות העיקריות של הנושא, בלא שנבקש למצות אותו[109].

(2) מקורו של המושג "מילי", פירושו והיקפו

א. על פירושו של המושג "מילי", ובעקבותיו גם על היקפו, נחלקו דעות הראשונים מן הקצה אל הקצה. לפני שנציג את הדעות, נזכיר את שתי הדוגמאות שהחיל עליהן התלמוד את הכלל "מילי לא מימסרן לשליח". הדוגמה הראשונה היא כאמור בעניין כתיבת גט[110]: "אמר רבי יוסי... אף אנו מקובלים שאפילו אמר לבית דין הגדול שבירושלים 'תנו גט לאשתי', שילמדו ויכתבו ויתנו". כלומר, מי שהורשה על ידי הבעל לכתוב בעבורו גט לאשתו, אינו יכול למנות שליח אחר שיכתוב את הגט במקומו, והגט לא יהיה כשר אלא אם ייכתב על ידי השליח בעצמו (אף אם מדובר בבית הדין הגדול)[111]. התלמוד מסביר שהסיבה לזה היא שהציווי לכתוב

105 ראה להלן. לעומתם, אחד מן האחרונים, מהרי"ט, הבין את דברי רבי יוסי כמכוונים גם לשולח. ראה דיוננו על סעיף 1, ליד ציון הערה 66. וראה להלן, הערה 143.

106 המאירי, בית הבחירה, גיטין כט ע"א, ד"ה זה שבארנו.

107 רש"י, גיטין כט ע"א, ד"ה רבא אמר.

108 להלן, ב(3), עמ' 731.

109 לסוגיה זו בהרחבה, ראה מנחת אשר (וייס), גיטין, סימנים סג־סד. וראה גם א' קירשנבאום, "הכלל 'מילי לא מימסרן לשליח': ניתוח תיאוריטי", שנתון המשפט העברי ה (תשל"ח), עמ' 243 (להלן: קירשנבאום 1); הנ"ל, "הכלל 'מילי לא מימסרן לשליח': הלכה למעשה", שנתון המשפט העברי ו־ז (תשל"ט־תש"ם), עמ' 271 (להלן: קירשנבאום 2). השווה: הרב יצחק בר־דע, "מילי לא ממסרן לשליח", בספרו משפט והלכה – עיונים בשאלות המשפט העברי הנוהג במדינה, רמת־גן תשל"ז, עמ' 196; הרב ע' אריאל, "מילוי מקום המשגיח להפרשת תרו"מ", התורה והארץ ג (תשנ"ז), עמ' 291־321.

110 ראה משנה, גיטין ו, ז; גיטין סו ע"ב.

111 לשאלה: האם נתינת הגט חייבת גם היא להיעשות דווקא על ידי השליח בעצמו, כעולה מפשוטה של הלכת רבי יוסי, "שילמדו ויכתבו ויתנו"? או שמא מאחר שנתינת הגט אינה בגדר "מילי", יכול השליח לעשותה על ידי שליח משנה ("יתנו", אף על ידי שליח במשמע)? ראה חידושי הרשב"א, גיטין כט ע"א, ד"ה אמר לשנים. מדבריו עולה שמאחר שהנתינה אינה בגדר "מילי", אין מניעה שתיעשה על ידי שליח משנה. עם זאת, יש לציין שהרשב"א מצמצם את דבריו וקובע שאינם אמורים אלא כשמינה הבעל שלושה שלוחים לכתוב גט לאשתו ולתתו לה, שהם כבית דין, ולא אם מינה רק שניים. הבחנה זו אינה ברורה, כפי שהעיר בעל גט פשוט, סימן קכ, ס"ק כג, ד"ה וראיתי: "דכיון דנתינה לא חשיבא 'מילי', מה לי שניים מה לי שלשה". והשווה קצות החושן, סימן רמד, ס"ק ג. 'קצות החושן' מסכים עם הביקורת של 'גט פשוט' כנגד הרשב"א, אבל מסיק ממנה מסקנה הפוכה, ולפיה גם נתינת הגט אינה יכולה להיעשות על ידי שליח משנה, כמשתמע מפשוטה של הסוגיה. הוא מבאר הלכה זו על פי שיטת תוספות רי"ד שנראה להלן (ליד ציון הערה 120). וראה רבי שמעון שקאפ (לעיל, הערה 23), עמ' תקסז, ד"ה ומעתה. מכיוון שלדעתו היכולת של השליח למנות שליח משנה ניתנה לשליח בפני עצמה בשעת המינוי (ואינה נגזרת בהכרח ממעמדו כשליח), השעה הקובעת היא שעת המינוי. נמצא אפוא שצודק 'קצות החושן' בחידושו אך לא בטעמו. אכן עדים שנצטוו "כתבו ותנו" אינם יכולים למנות שליח מטעמם גם לאחר כתיבתו, משום שבשעת המינוי לא קיבלו את ייפוי הכוח. לביאור שיטות הראשונים בשאלה זו, ראה מנחת אשר (וייס), גיטין, סימן סג, אות א.

את הגט הוא בגדר "מילי", "ומילי לא מימסרן לשליח". וכעין זה נאמר על ידי האמורא שמואל[112] לעניין כתיבת שטר מתנה: "מתנה הרי היא כגט". כלומר, שליח שנתבקש לכתוב שטר מתנה אינו יכול למנות שליח אחר שיעשה זאת במקומו. מכאן שהכלל בעניין "מילי" אינו מצומצם לתחום דיני האישות (כתיבת גט), והוא חל גם בדיני ממונות (כתיבת שטר מתנה).

ב. כאמור, נחלקו הראשונים בשאלה: מה מאפיין את פעולות השליחות בדוגמאות שהובאו בתלמוד (כתיבת גט וכתיבת שטר מתנה), שיש בו כדי להגדירן כ"מילי", ובמה נבדלות פעולות אלה ממסירת גט, שבה, כפי שראינו לעיל[113], אין ספק שה"שליח עושה שליח"? להלן ארבע הדעות[114] שנאמרו בזה:

(1) הדעה המצמצמת ביותר את המושג "מילי" מובאת על ידי המרדכי[115] בשם ר' משה בן שלמה הכהן. לדעתו, המאפיין כתיבת גט או כתיבת שטר מתנה הוא שמדובר בפעולה שהיא לעצמה אינה גורמת לשום תוצאה משפטית ישירה, אלא רק בשעה שהגט או שטר המתנה באים לידי מימוש, ובלשונו: "כל היכא שאין הדבר נגמר על פי השליח חשיב מילי, ולא ממסר לשליח". אבל קבלת הגט (כמו נתינתו) ניתנת להעברה לשליח משנה, שכן "קבלת הגט זהו גמר דבר". לפי זה, מעטות הן הפעולות שיש בהן מניעה למינוי שליח אחר, שכן שליח יכול למנות שליח אחר לנושא שליחותו, ובלבד שאותה פעולה גורמת לתוצאה משפטית[116].

נראה שהדעות הבאות מקבלות בעיקרון דעה זו[117], שהתנאי לאי הגדרת שליחות כ"מילי" הוא

[112] ראה גיטין כט ע"א.

[113] לעיל, ליד ציון הערה 8.

[114] השווה בית שמואל, אבן העזר, סימן לה, ס"ק טו, המזכיר רק שלוש דעות. אולם כפי שנראה מיד, יש להוסיף עליהן את הדעה הראשונה שאנו מביאים כאן (ונראה שאמנם שלוש הדעות האחרות אינן דוחות את הדעה הראשונה הזאת, אלא בנויות עליה ומרחיבות אותה, כל אחת על פי דרכה).

[115] מרדכי, גיטין, פרק האומר, סימן תכ.

[116] לפירוש הזה הסכימו: ספר העיטור, שלישות גט (מהדורת ר"מ יונה, חלק א, מז ע"ב. מובא בטור, אבן העזר, סימן קמא (עמ' רמב במהדורת הטור השלם), כפי שהבינו ערוך השולחן, אבן העזר, סימן קמא, סעיף קיז. השווה קירשנבאום 2 (לעיל, הערה 109), הערה 17, שטען שכך הבינו גם ים של שלמה, אבל מעיון בדבריו לא נראה כן); המאירי, בית הבחירה, קידושין מא ע"א, ד"ה כשם; שו"ת הרשב"ש, סימן רסו (מובא בבית יוסף, אבן העזר, סימן קמא, עמ' רנד במהדורת הטור השלם); פני יהושע, גיטין כט ע"א, ד"ה רשב"ג. וראה קירשנבאום 1 (לעיל, הערה 109), הערה 12.
ר' משה הכהן מדגיש שהעובדה שהשליח הורשה לא רק לכתוב את הגט, אלא גם לתת אותו לאישה (והרי נתינה זו יש בה כדי לגמור את הפעולה המשפטית, ובנתינה ודאי שליח עושה שליח), עובדה זו אין בה כדי לאפשר מינוי שליח אחר לכתיבה, אלא כל פעולת שליחות צריכה להיבחן לגופה. ובלשונו: "ואף על גב דהם שלוחים על הכל [כלומר על הכתיבה וגם על הנתינה], מכל מקום שליחות הכתיבה מילי נינהו". והשווה קצות החושן, סימן רמד, ס"ק ג. והשווה גם לעיל, הערה 111. וראה הרב י"י רבינוביץ, "בגדרי שליחות", בתוך: וזאת ליהודה (ירושלים תשל"ז), עמ' שכז, אות ט [=שיעורי מרן הגר"י מפוניבז', קידושין, סימן יג].

[117] אמנם יש מקום לערער אחר קביעה זו ולטעון שבעוד שהדעה הראשונה שמה את הדגש בהגדרת "מילי" על מהות השליחות שבידי השליח (אם היא לגמר דבר אם לאו), שתי הדעות הבאות שמות את הדגש על אופן יצירת השליחות (אם בדיבור בעלמא אם במסירת חפץ לביצוע השליחות). אולם אחר עיון נראה שהחפץ שעליו מדברות הדעות הבאות אינו חפץ בעלמא, אלא חפץ שבאמצעותו השליח אמור להביא לגמר הדבר שלשמו נשלח (הלוא ברור שלדידם שליחות לכתיבת גט היא בגדר "מילי", אף אם השולח מסר לשליח דיו ונייר לכתיבת הגט!). השווה מנחת אשר (וייס), גיטין, סימן סג. וראה עוד שם, סימן סד, אות ד (עמ' רסו), ד"ה ועוד וד"ה אמנם, שהתחבט בשאלה כיצד להגדיר את ההבדל בין כסף המשמש לקידושין ובין דיו ונייר המשמש לכתיבת גט. לפי הצעתנו, אין מקום להתחבטות זו.

שתהיה שליחות המביאה לתוצאה משפטית, אלא שהן מוסיפות עליה תנאים נוספים, כל אחת על פי דרכה, ולפיהם שליחות עשויה להיות מוגדרת כ"מילי" אף כשהיא מביאה לתוצאה משפטית.

(2) דעה המרחיבה את המושג "מילי" מביא גם כן המרדכי[118], וזאת בשם "יש מפרשים". לפי דעה זו, "מילי" מציין שליחות שבה השולח מוסר לשליח רק הנחיות (דיבור) ולא חפץ ממשי להשגת התוצאה המשפטית. לפי זה, לא רק שליחות לכתיבת גט או שטר מתנה מוגדרת "מילי" אלא גם שליחות לקבלת גט מוגדרת כך (אף על פי שיש בה כדי להשיג תוצאה משפטית), שכן אין האישה מוסרת לשליח אלא הנחיות ולא חפץ ממשי. לעומת זאת, בנתינת גט או בקידושי אישה, השולח מוסר לשליח חפץ (הגט או טבעת הקידושין), ועל כן אין מניעה בהם למינוי שליח משנה[119].

(3) דעה המרחיבה עוד יותר את המושג "מילי" מציע 'תוספות רי"ד'[120]. לדעתו, "מילי" מציין כל פעולה משפטית שביצועה אינו צמוד לחפץ מסוים ומוגדר. נמצא ששליח יכול למסור את ביצוע השליחות לאחר, רק אם הוא מוסר לידיו את החפץ שבאמצעותו, ובאמצעותו בלבד, אפשר לבצע את הפעולה המשפטית (השווה הדעה הקודמת, המסתפקת בחפץ כלשהו, גם אם אינו חיוני לביצוע הפעולה, היכולה להתבצע גם בחפץ אחר). כך הוא בגט, לדוגמה, שאם אבד הגט, השליח לא יוכל להחליפו באחר. אשר על כן, שליח למסירת גט רשאי למנות שליח משנה. לעומת זאת, בקידושי כסף, תוקף הקידושין אינו תלוי בכסף מסוים. אשר על כן, שליח לקידושי כסף (להבדיל מקידושין בשטר) אינו עושה שליח. על פי פירוש זה, האפשרויות למנות שליח על ידי השליח מצומצמות הרבה יותר מאשר לפי הגישות הקודמות, שכן רבות מן הפעולות המשפטיות (אף על פי שהן גורמות לתוצאה משפטית) אינן תלויות בקיומו של חפץ מסוים[121].

(4) הקדוש מרדוש[122] (העיר Dreux שבצרפת) מקבל ככל הנראה את הדעה השנייה שהבאנו לעיל ומוסיף עליה. לדעתו, לא די שיהיה בידי השליח חפץ ממשי להשגת התוצאה המשפטית, אלא צריך גם שהשגת התוצאה תהיה בשליטתו המלאה של השליח ושלא תהיה תלויה

נוסיף שלהלן, הערה 123, נבקש לטעון שהדעה הרביעית מאמצת לא רק את הדעה הראשונה אלא גם את הדעה השנייה (וכן כתב 'מנחת אשר' עצמו, ראה שם). ויש בזה כדי לחזק את הצעתנו.

118 מרדכי, גיטין, פרק האומר, סימן תכ.

119 ונראה שרבים מן הראשונים מפרשים כפירוש הזה, ראה: חידושי הרמב"ן, גיטין סו ע"ב, ד"ה ומי; הרא"ה והר"ן, כפי שעולה מדברי הר"ן, גיטין לג ע"א (בדפי הרי"ף), ד"ה והקשה – שכולם סוברים ששליח לקבלת הגט אינו יכול לעשות שליח, שכן קבלת הגט היא בגדר "מילי". וראה להלן, הערה 126, שדעה זו נזכרת להלכה בשולחן ערוך.

ראה חידושי הריטב"א, קידושין מא ע"א, ד"ה שליחות מנלן. לפי דבריו, לדעת רש"י, מדרש ההלכה בעניין "שליח עושה שליח" נאמר הן ביחס לאיש הן ביחס לאישה (וראה גם ביאור הגר"א, אבן העזר, סימן קמא, ס"ק פו). לפי זה, דעת רש"י היא כדעה הראשונה ולא כדעה השנייה. השווה מנחת אשר (וייס), גיטין, סימנים סג־סד, שהסיק מלשונו של רש"י (לעיל, ליד ציון הערה 107), האומר שהגט יש בו ממש, ולכן חוזר ונמסר, שדעתו כדעת הרמב"ן. אולם נראה שכוונת רש"י אינה לממשות פיזית אלא לממשות משפטית, היינו שהגט מביא לגמר דבר.

120 תוספות רי"ד, קידושין מא ע"א, ד"ה אשכחן, והסכים עמו נכדו, פסקי ריא"ז, קידושין, פרק ב, הלכה א, אות ד (מובא בשלטי הגיבורים, קידושין טז ע"ב בדפי הרי"ף, אות א).

121 שאלה יפה היא: מה דין שליחות שבעיקרון אינה חייבת להיות צמודה לחפץ מסוים, אך השולח דורש שתיעשה דווקא באמצעותו? כך למשל, האם שליחות לקידושי אישה "בטבעת זו" היא בגדר "מילי"? מלשונו של תוספות רי"ד קשה להגיע למסקנה חד־משמעית בעניין זה. וראה להלן, הערה 131.

122 דבריו מובאים בהגהה על מרדכי, קידושין, פרק האיש מקדש, סימן תקה.

בהסכמתו של הצד השלישי[123]. על פי הגדרה זו, הוא קובע ששליח לקידושין, אף אם קיבל לידו טבעת לקידושין, אינו יכול למנות שליח משנה, שכן האישה עשויה שלא להסכים לקידושין. דעה זו נראית קיצונית עוד יותר מן הדעה הקודמת, שכן, להוציא גירושין, אין כמעט שום פעולה משפטית שאפשר לעשותה בלא שיתוף פעולה של הצד השלישי[124]. ונשאלת השאלה: האמנם הוא סבור שלהוציא גירושין, אין שליח עושה שליח? להלן נטען שאין זו בהכרח המסקנה שיש להסיק מדבריו.

ג. כדי לעמוד על היקף תחולתו של הכלל "מילי לא מימסרן לשליח" הלכה למעשה, ראוי לברר תחילה איזו מארבע השיטות שתיארנו לעיל בהגדרת המושג "מילי" נפסקה להלכה.

בשליחות לגירושין, זכותו של שליח הבעל המפורשת בתלמוד[125], לעשות שליח שיעביר את הגט לאישה, אינה מוטלת בספק. לעומת זאת, נפסק ששלוחה של האישה לקבלת הגט אינו יכול למנות שליח לקבל את הגט מידי הבעל, משום שנושא השליחות מוגדר כ"מילי". וזה לשון 'שולחן ערוך'[126]: "שליח קבלה אינו יכול למנות שליח, ואפילו נאנס ואפילו נתנה לו רשות למנות שליח, משום דהוי ליה מילי, ו'מילי לא מימסרן לשליח'. ויש מתירין, אם נתנה לו רשות למנות שליח[127]". מדברי 'שולחן ערוך' ברור שגישתו המצמצמת של המרדכי בשם ר'

[123] לקדוש מרדוש לא מצאנו חבר בין הראשונים. אף על פי כן, להלן נראה שדעתו נזכרת להלכה בשולחן ערוך. וראה קירשנבאום 1 (לעיל, הערה 109), עמ' 246־247, על מקורה המשוער של גישת הקדוש מרדוש בתלמוד הירושלמי.

אמרנו שהקדוש מרדוש מקבל ככל הנראה את הדעה השנייה שלעיל (שהיא עצמה מקבלת את הדעה הראשונה), משום שאם לא כן, קשה להבין כיצד הוא מפרנס את סוגיית התלמוד בעניין שליחות לכתיבת גט, שלכולי עלמא היא בגדר "מילי"? הלוא כתיבת הגט אינה תלויה בהסכמת הצד השלישי (האישה), ואם כן, על פי הגדרתו, שליחות זו לא הייתה צריכה להיות בגדר "מילי"! לכן יש להניח שהוא מקבל את אחת הדעות הקודמות. מכל מקום, ברור שאינו מקבל את דעת תוספות רי"ד, שהרי אינו פוסל שליחות משנה לקידושי כסף מן הנימוק של תוספות רי"ד (היינו שהפעולה אינה צמודה לחפץ מסוים), אלא הוא נדרש לנימוק המחודש שהעלה. מתוך לשונו המובא במרדכי, שם, נראה שהוא מקבל את דעת "יש מפרשים" (הדעה השנייה שלעיל, ליד ציון הערה 118), שהשליחות אינה בגדר "מילי" אם השליח קיבל לידו חפץ ממשי לביצוע שליחותו, שכן הוא כותב: "ואף על גב דגבי גט קיימא לן 'שליח עושה שליח', ולא הוי מילי, משום מסירת הגט" (ולא הסתפק בקביעה ששליחות לגירושין מביאה לגמר דבר, כשיטת ר' משה הכהן, לעיל, ליד ציון הערה 115). וראה מנחת אשר (וייס), גיטין, סימן סג, אות ג, שהביא עוד ראיה שהקדוש מרדוש מאמץ ככל הנראה את הדעה השנייה. לניתוח ולביסוס גישתו של הקדוש מרדוש, ראה עוד חקר הלכה (קליר), חקירה יז.

[124] זאת ועוד, לפי גישתו, הרי לאחר חרם דרבנו גרשום, האוסר לגרש אישה בעל כורחה, אפילו שליח לגירושין אינו עושה שליח. ראה שו"ת נודע ביהודה, מהדורא תניינא, אבן העזר, סימן קיב, אות א. ואולם ראה להלן, הערה 135.

וראה: קצות החושן, סימן רמד, ס"ק ב־ג; נתיבות המשפט, שם, ס"ק א; שו"ת באר יצחק (ספקטור), אבן העזר, סימן יד, ענף א. פוסקים אלה עסקו (אליבא דשיטת הקדוש מרדוש) בשאלה: האם שליח לקנייה יכול לעשות את מעשה הקניין באמצעות קניין חצרו? הספק נובע מפני שלפי התלמוד (בבא מציעא י ע"ב), הקונסטרוקציה המשפטית של "קניין חצר" היא של שליחות (כלומר, שהחצר פועלת כשלוחו של בעל החצר, ועל כן עצם הימצאות המיקח בתוך חצרו של אדם קונה לו). נמצא אפוא שחצרו של השליח דינה כשליח משנה, והלוא "מילי לא מימסרן לשליח"?! לסקירת גישות הפוסקים, ראה קירשנבאום 2 (לעיל, הערה 109), עמ' 288־289.

[125] קידושין מא ע"א.

[126] שולחן ערוך, אבן העזר, סימן קמא, סעיף מג.

[127] לפשר שיטת המתירים בכגון זה, ראה להלן, ליד ציון הערה 168.

משה הכהן[128] לא נתקבלה להלכה. לפי דרכו של ר׳ משה הכהן, שליחות לקבלת גט לא הייתה צריכה לעורר ספקות לעניין מינוי שליח על ידי השליח, שכן זוהי פעולה שיש לה תוצאה משפטית, ואינה רק בגדר הכשר דבר, ועל כן אינה בגדר ״מילי״. עם זאת, מן הדברים האלה עדיין אי אפשר לדעת איזו משלוש הדעות האחרות[129] נתקבלה להלכה, שכן דברי ׳שולחן ערוך׳ עולים בקנה אחד עם כל אחת מהן. עיון בפסק הרמ״א בעניין שליח לקידושין עשוי לספק לנו תשובה, שכן רק לפי חלק מאותן דעות, שליחות לקידושין עונה להגדרת ״מילי״.

הרמ״א[130] מביא שתי דעות בעניין קידושין על ידי שליח: ״ויש אומרים דשליח ראשון יוכל לעשות שליח שני, אם מוסר לו הקידושין שמסר לו הבעל. אבל אם לא מסר לו הבעל הקדושין, רק צוה אותו לקדשה בכל כסף שירצה, אין עושה שליח. ויש אומרים דבכל ענין אין שליח ראשון עושה שליח שני״. הדעה הראשונה היא הדעה שמביא המרדכי בשם ״יש מפרשים״ (הדעה השנייה לעיל), שהמושג ״מילי״ מציין שליחות שבה השולח אינו מוסר לשליח אלא הנחיות (דיבור), ואינו מוסר לידיו חפץ ממשי. בקידושין, מאחר שהבעל מוסר לשליח חפץ ממשי, אין מניעה למינוי שליח על ידי השליח. הדעה השנייה היא דעת הקדוש מרדוש (הדעה הרביעית לעיל), ולפיה מאחר שהקידושין תלויים ברצונה הטוב של האישה, זוהי שליחות ל״מילי״, והשליח אינו יכול אפוא למנות שליח[131] [132].

סיכומו של עניין. שתי הדעות שנתקבלו להלכה הן: הדעה המובאת במרדכי בשם ״יש מפרשים״, ולפיה ״מילי״ היא שליחות שבה השולח אינו מוסר לשליח חפץ לביצוע שליחותו אלא רק הנחיות (דיבורים)[133]; דעתו של הקדוש מרדוש, ולפיה כל שליחות שבה אין לשליח שליטה מוחלטת להצלחת השליחות, והוא תלוי בהסכמת צד שלישי, היא בגדר ״מילי״.

[128] ראה לעיל, ליד ציון הערה 115.

[129] נזכיר ששלוש הדעות האלה הן: דעת ״יש מפרשים״, שמביא מרדכי (לעיל, ליד ציון הערה 118, ולפיה גדר ״מילי״ הוא כשהשליח קיבל רק הנחיות ולא קיבל חפץ ממשי לביצוע השליחות); דעת תוספות רי״ד (לעיל, ליד ציון הערה 120, ולפיה גדר ״מילי״ הוא כשהשליח לא קיבל חפץ מסוים שבלעדיו אי אפשר לעשות את השליחות); דעת הקדוש מרדוש (לעיל, ליד ציון הערה 122), ולפיה גדר ״מילי״ הוא כשביצוע השליחות אינו בשליטתו המלאה של השליח, אלא תלוי ברצונו הטוב של הצד השלישי).

[130] רמ״א, אבן העזר, סימן לה, סעיף ו.

[131] אמנם אפשר היה להסביר הלכה זו גם אליבא דתוספות רי״ד (הדעה השלישית לעיל, ליד ציון הערה 120). גם לדעתו, שליחות לקידושין, אף אם מסר הבעל כסף לשליח, היא בגדר ״מילי״, שכן אין השליחות תלויה בחפץ מסוים דווקא. אולם מפרשי שולחן ערוך מציינים כולם שהדעה שנפסקה כאן על ידי הרמ״א היא דעת הקדוש מרדוש (כך מצוין גם בסוגריים בדברי הרמ״א, אבל ידוע שציוני המקורות לדברי הרמ״א לא יצאו מתחת ידי הרמ״א, ולכן אין ציון זה בגדר ראיה חד־משמעית). ונראה שמה שהביא אותם לקבוע כן הוא הניסוח שנקט הרמ״א: ״בכל ענין אין שליח ראשון עושה שליח שני״. ניסוח גורף זה אינו מתאים לגישת תוספות רי״ד, שהרי לדעתו, אם מסר הבעל לשליח שטר קידושין (להבדיל מכסף קידושין), השליח יכול גם יכול למנות שליח משנה.

[132] לכאורה, כשיטה זו של הקדוש מרדוש, פסק שולחן ערוך, אבן העזר, סימן לו, סעיף ה, שכן כתב: ״יש מי שאומר דשליח דקדושין אינו יכול למנות שליח, דמילי נינהו, ולא ממסרן לשליח״. וכן הסיק בעל חלקת מחוקק (שם, ס״ק ז) מן העובדה ש׳שולחן ערוך׳ אינו מדגיש שאין הדברים אמורים אלא בשלוחה של האישה, ומכאן שהם אמורים גם בשלוחו של האיש, כשיטת הקדוש מרדוש. לעומתו, בית שמואל (שם, ס״ק ד) סבור שדברי ׳שולחן ערוך׳ לא נאמרו אלא ביחס לשליח האישה (הוא מסיק זאת כנראה מן העובדה שההלכה מופיעה בסימן שכותרתו ״דיני שליחות לאשה״), ואין ללמוד אפוא מהלכה זו יותר ממה שכבר ראינו לעיל (ליד ציון הערה 126) בשיטת ׳שולחן ערוך׳ בעניין שליח האישה לקבלת הגט. וראה עוד לעניין זה, קירשנבאום 2 (לעיל, הערה 109), עמ׳ 278.

כאמור, לכאורה, דעת הקדוש מרדוש מרוקנת מכל תוכן את הכלל התלמודי "שליח עושה שליח", שכן היא מצמצמת אותו לשליחות לגירושין בלבד, שהיא מן הפעולות המשפטיות המעטות בתחום שבין אדם לחברו שאין בהן צורך בהסכמת הצד השני[134]. ויש להעיר בעניין זה שלוש הערות:

(א) ניתן להצביע על דרכים אחדות שיש בהן כדי להתגבר על המגבלה שמציבה שיטתו של הקדוש מרדוש בחיי המסחר[135]. כך לדוגמה חלק מן הפעולות עשויות להיות תקפות אף אם נעשו על ידי שליח משנה שמינויו אינו תקף, מכוח הכלל "זכין לאדם שלא בפניו" (לכאורה, פתרון זה הולם לא רק פעולות זכות מובהקות אלא גם פעולות שאינן זכות מובהקת, מאחר שהשולח גילה דעתו שהוא מעוניין בהן כשמינה שליח לביצוען[136]). דרך אחרת עולה מדברי 'נתיבות המשפט'[137]. לדעתו, בחלק גדול מן הפעולות המסחריות, כגון במכר, השליח אינו מתפקד כשליח, שכן פעולתו אינה אלא מעשה קוף[138]. במעשה קוף, אין מניעה עקרונית למסור את ביצוע המעשה לאחר (בתנאי שאין לשולח סיבה להקפיד על ביצועה האישי של השליחות, כמובן).

(ב) נראה שלמעשה דעתו של הקדוש מרדוש לא נתקבלה על דעת רוב הפוסקים[139]. ואם חששו לה, לא עשו כן אלא בתחום דיני המשפחה בשל חומרתם.

133 כשיטה זו נקט כנראה שו"ת ארץ צבי (פרומר), חלק ב, סימן ס, האומר שאם תוכן השליחות מתמצה בכוונה גרידא (כגון הכוונה להקנות), השליח אינו יכול למנות שליח משנה, משום ש"מילי לא מימסרן לשליח". אבל השווה להלן, ליד ציון הערה 137.

134 שמא תאמר שגם בהפקרת נכס "שליח עושה שליח", שכן גם היא פעולה שאינה דורשת הסכמת צד שני. אולם פעולה זו אינה צמודה לחפץ כלשהו, ומתמצית בהנחיה בלבד, וכבר אמרנו (לעיל, הערה 123) שהקדוש מרדוש מקבל כנראה בהגדרת "מילי" גם את הדרישה הזו.

135 כאן המקום להעיר שאמנם לפי קצות החושן, סימן רמד, ס"ק ב, לדעת הקדוש מרדוש, שליח לנתינת מתנה אינו יכול למנות שליח משנה, שכן הצד השלישי עשוי לדחות את המתנה. אבל השווה: הרב י' רבינוביץ, "בגדרי שליחות" (לעיל, הערה 116), אות א; הרב ש"ז אוירבך, "בסוגיה דמילי לא מימסרי לשליח, ובדברי הקדוש מרדו"ש", אוהל חייא (לזכר הגרח"א צוובנר), בני ברק תשס"ו, עמ' תתצט, בעמ' תתק; מנחת אשר (וייס), גיטין, סימן סג, אות ב (עמ' רנט), ד"ה אך. הם מעירים שיש להבחין בין קידושין ובין מתנה, שכן בקידושין אין לבעל זכות באישה לקדשה (ועל כן כוח הקידושין שבידי השליח אינו ניתן להעברה), מה שאין כן במתנה, שיש לבעלים זכות בחפץ לתת אותו במתנה (ועל כן גם לשיטת הקדוש מרדוש, כוח זה ניתן להעברה). הערה זו יש בה כדי לצמצם את שיטתו הקיצונית לכאורה של הקדוש מרדוש ולהסביר מדוע גם לשיטתו שליח למתן גט יכול לעשות שליח משנה אף לאחר חרם דרבנו גרשום, שכן אף לאחר החרם, כוח הגירושין נותר בידי הבעל (וברוך שכיוונתי בזאת לדברי מו"ר הרב מ' בוצ'קו ז"ל, הגיוני משה, חידושים וביאורים על פרקים בש"ס, חלק א, גיטין סו ע"ב, עמ' רנה־רנו. וכן כתב גם ר' שמעון שקאפ, לעיל, הערה 23, עמ' תקסד). השווה: קצות החושן, סימן קפב, ס"ק ב; חידושי חתם סופר, גיטין סו ע"ב, ד"ה מילי. וראה לעיל, הערה 124. עוד השווה: שו"ת שמע שלמה, חלק א, חו"מ, סימן יב, אות ג ואילך, שפקפק בדברי 'קצות החושן' מנימוקים אחרים, ובעיקר משום ששליח מתנה עושה רק מעשה קוף, ועל כן אפילו הקדוש מרדוש אינו חולק על האפשרות שימנה שליח תחתיו. ראה להלן בסמוך.

136 אם כי פתרון זה אינו מקובל על הכל. ראה לעניין זה בהרחבה דיוננו בנספח על דין "זכין לאדם שלא בפניו", פרק רביעי, ב(1), עמ' 787. סביר להניח שאינו מקובל על הקדוש מרדוש עצמו, שכן הוא שולל תוקפם של קידושין על ידי שליח משנה, אף על פי שהשולח גילה דעתו שהוא מעוניין בהם.

137 ראה נתיבות המשפט, סימן רמד, ס"ק א.

138 שיטה זו של 'נתיבות המשפט' כבר נזכרה לעיל, בדיוננו על סעיף 1, הערה 29.

139 ראה שו"ת נודע ביהודה, מהדורא תניינא, אבן העזר, סימן קיב, אות א.

(ג) בשל יחסי האמון הכרוכים בשליחות עסקית, על פי הכללים שסקרנו לעיל, השליח אינו רשאי בעיקרון למנות שליח משנה, אלא אם כן קיבל הרשאה מפורשת מן השולח. להלן[140] נראה שיש פוסקים הרואים בהרשאה מעין זו מינוי ישיר על ידי השולח, ויש בזה כדי להתגבר למעשה על המגבלה של "מילי" בשליחויות עסקיות.

הערות אלה יש בהן אולי כדי להסביר מדוע דלה כל כך ההתייחסות לכלל "מילי לא ממסרן לשליח" בספרות השאלות והתשובות בתחום דיני הממונות[141].

להשלמת דיוננו בעניין "מילי", נבקש לדון בעוד שני עניינים: תחילה נדון בהגיונו המשפטי של הכלל, ולאחר מכן נרחיב בנושא שהזכרנו זה עתה, מינוי שליח למילי על ידי השליח בהרשאת השולח.

(3) הגיונו של הכלל

כבר הזכרנו לעיל את הסברו של רש"י[142] לכלל "מילי לא מימסרן לשליח", ש"אין בדברים כח להיות חוזרים ונמסרים לאחר. אבל בגט, דאית ביה משאה [=שיש בו ממש], חוזר ונמסר"[143]. אלא שהסברו של רש"י טעון בעצמו הסבר. רבים מן האחרונים תרו אחרי הגיונם של הדברים, ובמסגרת זו נסקור בקצרה דברי מקצת מהם[144]. ייאמר מיד שקשה להצביע על הסבר אחיד התואם את מגוון השיטות בהגדרת היקפו של הכלל "מילי לא מימסרן לשליח".

מדברי רש"י שראינו זה עתה, נראה לכאורה ש"שלוחו של אדם כמותו" גם כאשר נושא השליחות הוא בגדר "מילי", ואין משמעות לכלל "מילי לא מימסרן לשליח" אלא לעניין מסירת הדברים מן השליח לשליח משנה[145]. ברם, כבר העירו כמה מן האחרונים[146] שמדברי רש"י במקום אחר נראה שהעובדה שנושא השליחות הוא בגדר "מילי" מטביעה את חותמה כבר על מעמדו של השליח הראשון, ואף על פי שלמעשה הוא יכול לבצע את השליחות, מעמדו שונה ממעמדו של שליח בעניינים שאינם בגדר "מילי". על שיטת האומר "מילי מימסרן לשליח",

[140] להלן, ב(4), עמ' 734. וראה במיוחד שם, הערה 168.

[141] והעיר על זה קירשנבאום 2 (לעיל, הערה 109), עמ' 293. וראה שם, סקירת השו"ת שהחילו בהן המשיבים על העניינים שדנו בהם את הכלל "מילי לא מימסרן לשליח", ולא נמצא בהם ענייני ממונות. לדעתו, ההסבר לכך עשוי להיות גם: "שבעולם הסוחרים לא שמו לב לכלל של 'מילי לא מימסרן לשליח', ולכן לא התעורר הצורך לפתור את העימות בין כלל זה ולבין צרכי החיים העסקיים".

[142] רש"י, גיטין כט ע"א, ד"ה רבא אמר.

[143] ראה שו"ת חתם סופר, יורה דעה, סימן שכא, שהביא את דברי רש"י, אך ייחס אותם משום מה לר"ן. עוד צריך עיון בדברי 'חתם סופר' שם, שכן נראה מדבריו שהוא מפרש את המושג "מילי" כתוצאה משפטית המושגת בדיבור גרידא בלא עשיית מעשה, כגון שליחות לנדור נדר או להקדיש בהמה, ושדיבור שכזה אינו נושא לשליחות כלל (ולא רק לשליחות משנה). פירוש זה למושג "מילי" אינו תואם את שיטת רוב הראשונים והפוסקים, המצמצמים את הכלל לשליחות משנה, והוא קרוב, אם לא זהה, לשיטת מהרי"ט שהזכרנו לעיל, הערה 105 (ראה שם, ש'חתם סופר' מעיד על עצמו שלא ראה את דברי מהרי"ט, והוא מתלבט אם פירושו תואם את שיטתו אם לאו). וראה שו"ת תשורת ש"י, מהדורא תניינא, סימן פו, שנראה שגם הוא נוקט גישה זו. וראה גם להלן, הערה 163.

[144] לסקירה ממצה יותר, ראה קירשנבאום 1 (לעיל, הערה 109), עמ' 275 ואילך. ואולם ראה נ' שנרב, "ריקנות האנליטי", אקדמות יג (תשס"ג), עמ' 151, בעמ' 156-157.

[145] וכן נראה גם מדברי רש"י, גיטין סו ע"ב, ד"ה אי לא.

[146] למקורות לדיון בדברי רש"י, ראה לדוגמה: אמרי משה, סימן יח, ס"ק ד; ר' אלחנן וסרמן, שדבריו מובאים בספר הזיכרון אהל יצחק (לעיל, הערה 23), עמ' רפד, ועמ' תלח, ד"ה ומעתה; מנחת אשר (וייס), גיטין, סימן סג, אות א, וסימן סד, אות ב, ד"ה ואפשר.

מטעים רש"י[147]: "דרך ארץ הוא לעשות שליח בדברים, והוי נמי בדברים שלוחו של אדם כמותו"[148]. מדבריו ניתן להסיק שלדעת מי שסובר ש"מילי לא ממסרן לשליח", השליח הראשון אינו בכלל "שלוחו של אדם כמותו", וזוהי הסיבה מדוע אינו יכול להעביר את שליחותו לשליח משנה. וכעין זה עולה גם מדברי הריב"ש[149]: "דלא דמי לבעל המוסר גט לשליח להוליך לאשתו, דלאו מילי נינהו, אלא הגט שיש בו ממש מסר, ומעתה נעשה שלוחו, ויכול למוסרו לשליח שני... אבל לעשות ברירה [כלומר, כאשר תפקיד השליח להיות בורר, תפקיד שאינו אלא בגדר 'מילי'], אין כאן דבר הנמסר אלא דברים בעלמא. והוא עצמו כשמקיים שליחותו מהני [=מועיל], ונעשה שליח על השליחות ההוא". לאמור, "שליח עושה שליח", משום שיש לו מעמד של שליח כבר משעה שנתמנה, מה שאין כן בשליחות שהיא רק "מילי".

אלא שעדיין הדברים צריכים הסבר, שהרי סוף סוף הכל מודים שהשליח הראשון יכול לפעול גם בעניינים שהם בגדר "מילי", ומדוע לא יוכל למנות שליח על מה שהוא עצמו יכול לעשות? להלן נציג שתי תאוריות הרווחות בדברי האחרונים, שיש להן בית אב כבר בדברי הריב"ש עצמו.

א. בשליחות ל"מילי", אין מעמדו של השליח מתגבש אלא בשעת ביצוע הפעולה

כמה מן האחרונים תולים את הדבר בשאלה: אימתי מקבל השליח מעמד כשליח? מאחר שבשליחות ל"מילי", השליח מקבל את מעמדו רק בשעת ביצוע השליחות[150], הוא אינו יכול למנות אחר תחתיו, שהרי רק "שליח עושה שליח". וזוהי כוונת הריב"ש ברישא של דבריו, שרק בשליחות רגילה "מעתה [משעת המינוי] נעשה שלוחו". וכך, יש הסוברים[151], ניתן

147 רש"י, גיטין עא ע"ב, ד"ה דאמר מילי ממסרן לשליח.

148 ראה חידושי חתם סופר, גיטין עא ע"ב, ד"ה מילי מימסרן לשליח. 'חתם סופר' מעלה את הסברה שהמחלוקת בשאלה אם "מילי מימסרן לשליח" או "מילי לא מימסרן לשליח" יסודה במחלוקת יסודית יותר בעניין המקור הנורמטיבי של דין השליחות (כפי שפירט אותה בחידושיו לקידושין מא ע"א. ראה דיוננו בסעיף 2, הערה 17): אם יסודה של השליחות בסברה ובנוהג העולם, הרי אין מניעה להחיל אותה גם על דברים ערטילאיים, כנהוג בעולם. לעומת זאת, אם מקור דין השליחות בחידוש של התורה, הרי אין לך בו אלא חידושו, ואין לכלול בו אפוא אלא מעשים ממשיים ולא דברים ערטילאיים. אולם קשה להלום את דבריו, שכן לפי הסברו שלו עצמו בחידושיו לקידושין, לכולי עלמא שליחות בדיני ממונות יסודה בסברה, ואם כן בממונות לא הייתה צריכה להיות בעיה של מילי, והלוא גמרא ערוכה היא שבעיית מילי קיימת גם בכתיבת שטר מתנה, שהיא מענייני עולם. ואולם כבר הערנו בסעיף 2, שם, ש'חתם סופר' חזר בו כנראה מן ההבחנה בין שליחות בממונות לשליחות במצוות (שכן רק בשליחות לפירעון חוב הסביר שיסודה בהליכות עולם).

149 שו"ת הריב"ש, סימן רכח, ד"ה ובר מן דין.

150 כך דייקו מדברי הריב"ש אחדים מן האחרונים. ראה לדוגמה: ר' אלחנן וסרמן (בדרכו הראשונה), שדבריו מובאים בספר הזיכרון אהל יצחק (לעיל, הערה 23), עמ' תלח, ד"ה ונראה; שיעורי ר' אבא ברמן על מסכת גיטין, שיעור לג, עמ' רח, ד"ה ועיין. וראה עוד משפטי השליחות, שער שני, סימן ז, ענף ב, אות א (עמ' פו), ד"ה ומצאתי.

151 ראה: חידושי הרי"ם, גיטין סג ע"ב, ד"ה והנה עיקר; שו"ת מהר"ם שיק, אבן העזר, סימן סח; שו"ת פרשת מרדכי (בנט), אבן העזר, סימן מז; אמרי משה (סוקולובסקי), סימן יח (וראה דבריו שם, ס"ק ו, שההבחנה הזאת מיוסדת על ההנחה שמהות השליחות אינה יצירת זהות בין השליח לבין שולחו – מה שלדעתו שנוי במחלוקת אמוראים – שכן אם נוצרה זהות, ודאי שהיא נוצרת במינוי עצמו, ושוב אין מקום להבחין בין שליחות שהיא בגדר "מילי" לבין שליחות אחרת); קהילות יעקב (קנייבסקי), גיטין, סימן כד, אותיות ג-ד. לביקורת על הצעה זו, ראה מנחת אשר (וייס), גיטין, סימן סד, עמ' רסא, ד"ה אך לענ"ד.

לבאר את דעת המרדכי[152], ולפיה הכלל "שליח עושה שליח" לא נאמר אלא ביחס לשליח שקיבל לידו חפץ מן השולח, משום שרק בכגון זה השליח מקבל מיד מעמד של שליח, ועל כן הוא יכול להעביר את שליחותו לאחר. ויש מהם המבארים בדרך זו גם את טעמו של הקדוש מרדוש[153], הטוען שגם בשליחות לקידושין יש בעיה של "מילי", שכן אף על פי ששליחות לקידושין ודאי מחייבת שהשליח יתפקד כשליח מכוח דיני השליחות (ואינו עושה רק מעשה קוף[154]), מכל מקום, מכיוון שהקידושין תלויים גם בהסכמת האישה, השליח זוכה למעמד זה רק לאחר הסכמתה, היינו בשעת ביצוע הפעולה.

ב. בשליחות ל"מילי", השליח אינו "בעל דבר"

עד כאן הדגשנו את הרישא שבדברי הריב"ש, שניתן להסיק ממנה שהשליח לדבר שהוא בגדר "מילי" זוכה למעמדו רק בשעת ביצוע הפעולה. ברם, מן הסיפא שבדבריו, ניתן להבין שההבחנה היא עמוקה יותר ושהשליח ל"מילי" אינו זוכה למעמד של "שלוחו כמותו", גם לא בשעת עשיית הפעולה. אמנם יש שליחות ל"מילי", "והוא עצמו כשמקיים שליחותו מהני", אבל שליחות זו שונה במהותה מן השליחות הרגילה[155], ואין עניינה אלא ייחוס פעולת השליח לשולח[156], כלשונו של ר' אלחנן וסרמן, המבחין בין שליח ההופך ל"בעל הדבר" (או "בעל הכוח"), ועל כן הוא יכול להעביר את שליחותו לשליח משנה, ובין שליח שפעולתו רק מתייחסת לשולח, שמאחר שאינו "בעל הדבר", אינו יכול למנות שליח משנה.

על פי הסבר זה, מובנת היטב שיטת ר' משה הכהן שהובאה במרדכי[157], שכן יש להבחין בין שליחות שעניינה שינוי מצב משפטי, כגון גירושין, לבין שליחות שעניינה עשיית פעולה שאינה יוצרת שינוי מצב משפטי אלא רק שינוי רֵאלי, כגון כתיבת גט או כתיבת שטר מתנה (וכגון שליחות לדבר מצווה או לדבר עברה[158]). בשליחות מן הסוג הראשון, רואים את השליח

לשאלה אם מעמד השליח מתחיל עם המינוי או עם הביצוע, ראה דיוננו על סעיף 3, ליד ציון הערה 126, וליד ציון הערה 142.

152 לעיל, ליד ציון הערה 118.

153 לעיל, ליד ציון הערה 122.

154 אם כי השווה שו"ת עונג יום טוב, סימן קלו.

155 להבנה זו בדברי הריב"ש, ראה ר' אלחנן וסרמן (בדרכו השנייה), שדבריו מובאים בספר הזיכרון אהל יצחק (לעיל, הערה 23), עמ' תלח, ד"ה ועוד י"ל. וכעין זה ראה שו"ת זכר יצחק, חלק א, סימן כא, ד"ה ולזה היה נראה. וראה דבריו גם בשיעורי הגר"י מפוניבז', קידושין, סימן יג [=הרב י"י רבינוביץ, "בגדרי שליחות", וזאת ליהודה, ירושלים תשל"ז, עמ' שכז]. וראה עוד אמרי בינה (אוירבך), חו"מ, דיני גביית חוב, סימן כט, אות ז. וראה להלן, הערה 174.

156 הסבר זה עולה בקנה אחד עם דברי הריב"ש, שראינו לעיל (ליד ציון הערה 20), בשאלת המקור לדין "שליח עושה שליח" בכל התורה כולה. ראינו שבדרכו השנייה, טוען הריב"ש שיכולתו של השליח למנות שליח תחתיו נגזרת ממשמעות הכלל "שלוחו כמותו", ולפיו השליח הוא בעל הפעולה (אם משום זהות בינו ובין שולחו אם משום העברת כוח השולח אליו), ורק תוצאת פעולתו מיוחסת לשולח. אולם כאמור, תאוריה זו של ייחוס התוצאה אינה חלה על שליחות שהנושא שלה בגדר "מילי", ובהיעדר מקור להלכה שהשליח יכול למנות שליח תחתיו, מובן מדוע "מילי לא מימסרן לשליח".

157 לעיל, ליד ציון הערה 115.

158 ראה: ר' אלחנן וסרמן, שדבריו מובאים בספר הזיכרון אהל יצחק (לעיל, הערה 23), עמ' רפד; שיעורי ראש הישיבה, רבי דוד פוברסקי זצ"ל, גיטין, חלק ב, בני־ברק תשס"ב, סימן כח, אות ז, ד"ה והביאור. והשווה ר' שמעון שקאפ (לעיל, הערה 23), עמ' תקס.

כמי שקיבל לידיו את כוחו של השולח, וכוח זה ניתן להעברה. לעומת זאת, השליחות מן הסוג השני אינה אלא ייחוס הפעולה לשולח, וייחוס זה אינו ניתן להעברה לשליח משנה, ורק על שליחות מעין זו נאמר הכלל "מילי לא ממסרן לשליח"[159].

קשה להבין על פי הסבר זה את גישתם של הפוסקים המחמירים ומגדירים כ"מילי" כל שליחות שאינה קשורה בנכס ממשי, אף על פי שהיא יוצרת שינוי במצב משפטי, אך יש מי שטוענים שהיות השליח "בעל דבר" מותנה בקבלת נכס ממשי לידיו[160].

וקשה שבעתיים להבין על פי הסבר זה את דעתו המחמירה עוד יותר של הקדוש מרדוש, ולפיה אין השליח יכול להעביר את שליחותו לאחר, כל אימת שהוא זקוק לשיתוף פעולה של הצד השלישי[161].

(4) מינוי שליח ל"מילי" על ידי שליח ("אומר אמרו")

כאשר נושא השליחות הוא "מילי", נשאלת השאלה: האם הרשאה מפורשת לשליח למנות שליח יש בה כדי להתגבר על הכלל "מילי לא ממסרן לשליח"? לשון אחר: האם שליח ל"מילי" יכול להתמנות על ידי שליח, אם הלה קיבל הרשאה מפורשת לעשות כן?[162].

159 לביקורת על גישה זו, ראה שיעורי רבי שמואל, קידושין מא ע"א, ס"ק שלג: "אולם יש לומר אדרבא איפכא, ששליחות כח הוא, דבעינן קרא לזה שגם השליח יכול למסור הכח לאחר. אבל בשליחות מעשה ילפינן לה מסברא, דכיון שלמדנו שמה שעשה בציווי המשלח מתיחס אליו המעשה, אם כן מה לי שליח ראשון ומה לי שליח שני. ופשיטא שבזה שליח עושה שליח".
נציין שר' שמעון שקאפ (לעיל, הערה 23), פרק ג, עמ' תקסג־תקסד, מסכים אמנם שהשליח אינו יכול למנות מכוחו שליח משנה אם הוא אינו "בעל דבר" (כלומר, בשליחות שעניינה ייחוס הפעולה), אולם לדעתו אין זה קשור לכלל "מילי לא ממסרן לשליח", שכן לדעתו עניינו של כלל זה אינו בשליח שנתמנה מכוח השליח, אלא בשליח שנתמנה מכוח השולח (באמצעות שלוחו). ומשמעות הכלל היא, שבמקום שבו השליח אינו "בעל דבר", וממילא השליח שמינה אינו יכול להיחשב כמי שנתמנה מכוחו, אין גם לראותו כמי שנתמנה ישירות על ידי השולח. לתפיסה זהה, ראה מהרי"ל בלוך על גיטין סז (דבריו מובאים בספר הזיכרון אהל יצחק, לעיל, הערה 23, עמ' תלה).

160 ראה שו"ת באר יצחק (ספקטור), יורה דעה, סימן כח, ענף ו, ד"ה ויש להסביר (ואפשר אולי להציע הסבר אחר, ולפיו פוסקים אלה סבורים שכוח ערטילאי זה אינו ניתן להעברה, בדומה לכלל האמור בדיני הקניינים: "אין אדם מקנה דבר שאין בו ממש"). קשה עוד יותר להבין על פי הסבר זה את שיטת תוספות רי"ד, שאינו מסתפק בנכס ממשי כלשהו, ודורש שיהיה זה הנכס הבלעדי שאפשר לעשות באמצעותו את הפעולה המשפטית. וראה מנחת אשר (וייס), גיטין, סימן סד, אות ה, המציע להסברת גישות אלה לומר על סמך דברי רש"י, גיטין עא ע"ב, ד"ה דאמר מילי ממסרן לשליח, שהכלל אינו אלא עניין של דרך ארץ ומנהג העולם כפי שקבעו חז"ל. ולא ברור מדוע ייקבע או ישתרש מנהג מעין זה?! וראה מנחת פתים, יורה דעה, סימן רנח, ד"ה ולענד"נ. והשווה חידושי חתם סופר (לעיל, הערה 148).

161 אמנם ראה: הרב י"י רבינוביץ, "בגדרי שליחות" (לעיל, הערה 116), ד"ה והנה; חלקת יואב, חלק א, אבן העזר, סימן לא; ר' שמעון שקאפ (לעיל, הערה 23), עמ' תקסג; תבואות השדה, חלק ו, שער אמרי השדה, שער א, אות מב. אחרונים אלה טוענים שלדעת הקדוש מרדוש, מסירת כוח אפשרית רק בדבר התלוי ביכולתו הבלעדית של המשלח. סתמו ולא פירשו. והשווה מנחת אשר (וייס), גיטין, סימן סג, אות ג.

162 השאלה אם יש תוקף למינוי שליח על ידי שליח אינה עולה אם נושא השליחות שאמור השליח השני לבצע אינו בבחינת "מילי", כגון כשנשלח השליח הראשון למנות שליח לקנות או למכור. בכגון זה, אין ספק שהמינוי תקף. ראה מרדכי, גיטין, פרק האומר, סימן תכ. לדברים מפורשים יותר, ראה שו"ת עונג יום טוב, סימן קס, ד"ה אמנם נראה: "ואם נתן לו גט ואמר לו שיעשה שליח למסור הגט להאשה, אף שהבעל באמירתו עדיין לא עשאו לפלוני שליח, רק שצוה לזה שיעשהו שליח, מהני, כיון דלא הוי מילי והגט בידו, יכול לעשות את פלוני שליח להולכה ע"י זה. א"כ חזינן דעשיית שליחות נגמר ע"י אחר,

שאלה זו שנויה במחלוקת שיסודה בניתוח סוגיית התלמוד[163] הידועה בשם "אומר אִמרו", הדנה בשאלת מינוי שליח על ידי שליח, כשנושא השליחות הוא כתיבת גט (שאמר הבעל לשלוחיו למנות סופר שיכתוב גט לאשתו). בשאלת תוקפו של גט זה, נחלקו רבי יוסי, הסובר שהגט פסול, ושמואל, הסובר שהגט כשר. לכאורה, שיטת רבי יוסי אינה מעוררת קושי, שכן אם על פי מהותן, "מילי לא מימסרן לשליח", מובן שכן הוא הדין גם אם אמר זאת השולח בפירוש. לעומת זאת, כיצד אפשר להבין את שיטת שמואל, הלוא גם הוא מסכים ש"מילי לא מימסרן לשליח".

מדברי המפרשים עולה שלדעת שמואל, שונה דינו של שליח שתפקידו רק למנות שליח אחר, משליח שתפקידו לבצע את הפעולה שהשולח חפץ בה, אלא שהוא ממנה תחתיו שליח משנה. לדעתו, שליחות משנה היא מינוי שליח שיבצע את הפעולות שהיה אמור לבצע השליח הראשון. לעומת זאת, שליח למינוי שליח אינו ממנה שליח אחר תחתיו אלא תחת השולח, כפי שביקש הלה ממנו לעשות. במקרה זה, השליח השני הוא שלוחו הבלעדי של השולח לביצוע השליחות, והשליח הראשון אינו נחשב אפוא כמי שממנה שליח משנה. לעיל[164] ראינו שלדעת כל הראשונים, הכלל "מילי לא מימסרן לשליח" אינו אמור במינוי שליח על ידי השולח, אלא כוונתו לשלול את כוח השליח למנות שליח משנה. הוי אומר: השולח יכול למנות שליח גם לפעולה שהיא בגדר "מילי", וההגבלה חלה רק על היחסים בין השליח לבין שליח המשנה. שליח למינוי שליח הוא שלוחו של השולח. אשר על כן, לא חלות עליו ההגבלות החלות על שליח הממנה תחתיו שליח משנה.

במחלוקת הזאת בין רבי יוסי לבין שמואל, נפסקה הלכה לדעת רוב הפוסקים כרבי יוסי, הסובר ששליחות למינוי שליח גם היא נחשבת "מילי"[165]. לכאורה, עולה מזה שבשליחות של "מילי", לא ניתן למנות שליח שיודיע לאדם אחר על רצון השולח למנותו כשלוחו, אלא שכפי שנראה להלן, הפוסקים מסייגים מסקנה זו. הרמב"ן[166] מתקשה להבין את דעתו של רבי יוסי,

וכעובדא דאבא בר מיניומי בגיטין (כט ע"ב), דאמר שיתן לאבא בר מיניומי, והוא יתן לה, דהיינו שאבא בר מיניומי יהא שליח של הבעל שעשהו שליח ע"י שליח זה". וראה גם קירשנבאום 1 (לעיל, הערה 109), עמ' 266. ואין לומר שמינוי שליח הוא בגדר "מילי", מפני שאינו אלא אמצעי להשגת תוצאה משפטית, ואינו מביא לגמר דבר, אלא יש לדון במינוי שליח כבמעשה מושלם, שאם לא כן, דין "שליח עושה שליח" כשלעצמו היה עומד בסתירה לכלל "מילי לא ממסרי לשליח". וראה ב' ליפשיץ, אסמכתא, ירושלים תשמ"ח, עמ' 391, הערה 50. וראה מה שהערנו לעיל, בסעיף 1, הערה 72, על שיטת מהרי"ט.

[163] ראה גיטין סו ע"ב–סז ע"א. בניתוח הסוגיה ושיטות הראשונים, צעדנו בעקבות הרב אשר וייס בספר מנחת אשר, גיטין, סימן סד. הרב וייס מביא שם את שיטתו הייחודית של חידושי רבי עקיבא איגר, גיטין לב ע"א, ולפיה מי שפוסל את הגט ב"אומר אמרו" סבור ש"מילי" אינן נמסרות אפילו לשליח ראשון. וראה שם בהרחבה דחיית גישה זו. וראה הרב א' ברקוביץ, תנאי בנישואין ובגט, ירושלים תשס"ח, פרק ג, מסירת מילי לשליח, עמ' קכה־קנו.

[164] לעיל, ליד ציון הערה 105.

[165] כך פוסקים: בעל הלכות גדולות ורבנו חננאל (כך מעיד הרמב"ן בחידושיו, גיטין סו ע"ב, ד"ה ותמהני); רי"ף, גיטין לג ע"א (בדפי הרי"ף); רא"ש, גיטין, פרק שביעי, סימן יט, ד"ה מתני' (ברא"ש מובא פרק "האומר" כפרק שביעי. על סדר הפרקים במסכת גיטין ומשמעותו ההלכתית, ראה ההקדמה לדקדוקי סופרים (פלדבלום), גיטין, ניו־יורק תשכ"ו, עמ' 15). וראה גם רמב"ם, הלכות גירושין, פרק ב, הלכה ו. לעומתם נוטה הרמב"ן, שם, לפסוק כשמואל, אלא שהלכה למעשה הוא מניח את דבריו ב"צריך עיון". וראה ים של שלמה, גיטין, פרק ו, סימנים יד־טו.

[166] ראה חידושי הרמב"ן, גיטין סו ע"ב, ד"ה ואמר רב חסדא (מובא בר"ן, שם לג ע"א בדפי הרי"ף, ד"ה והקשה). כן עולה גם מחידושי הרשב"א, קידושין מא ע"א, ד"ה מלמד, וגיטין כט ע"א, ד"ה אמר. וכן

ואומר: "מאי מילי קא מסר איהו לשליח? הא לאו מילי מסר, אלא הרי הוא עושה השליח שלא בפניו. וכי אין אדם עשוי לעשות שליח שלא בפניו?!". לדברי הרמב"ן, מי שממנה שליח שיורה לסופר לכתוב עבורו גט הריהו כממנה את הסופר בעצמו, ורק ההודעה על דבר מינויו נמסרת לו על ידי שליח. נמצא אפוא שעל אף הכלל "מילי לא מימסרן לשליח", ניתן למנות שליח שיודיע לאחר על רצונו של השולח למנותו, שכן אדם זה הריהו כשליח שנתמנה ישירות על ידי השולח[167]. לדעת חלק מן הפוסקים, גישת הרמב"ן היא ש"אומר אמרו" היא דרך חוקית למנות שליח ל"מילי" על ידי השולח, אף אם השולח משאיר את בחירת השליח לשיקול דעתו של שלוחו ("אמרו מדעתכם")[168] [169]. אך פוסקים אחרים חולקים עליהם ומצמצמים את משמעות דברי הרמב"ן רק למי שנקב בזהות השליח ("אמרו לפלוני")[170].

אם כן, מדוע רבי יוסי פוסל את הגט בכגון זה? לדעת הרמב"ן, הסיבה לכך אינה קשורה בדיני שליחות אלא בדיני כתיבת גט. לדעתו, בכתיבת גט, חיוני שהסופר הכותב את הגט

כתבו חידושים מכתב יד וחידושי רבנו קרשקש (המיוחסים לריטב"א), גיטין כט ע"א, ד"ה רבא אמר. וראה גם שו"ת הריב"ש, סימן רכח.

[167] למינוי שליח שלא בפניו, ראה דיוננו בסעיף 3, פרק חמישי, א, עמ' 159.

[168] כן כתב בפירוש דרישה, אבן העזר, סימן קכ, ס"ק טו ("שהרמב"ן סבירא ליה דלא מקרי מילי אלא במצוה להן עצמן לכתוב או לחתום... אבל בשאמר להן בפירוש שיאמרו לאחרים, אפילו לא פרט כלל, לא מיתסר משום מילי, דגם זה מקרי מינוי שליחות שלא בפניהם". וראה שם שדייק שכן היא גם דעת הטור). וראה גם: מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן ו; כנסת הגדולה, אבן העזר, סימן קמא, הגהות הטור, אות קמא; אוהל משה (וינברג), קונטרס הלך דבש, סימן ה; חזון איש, אבן העזר, סימן קב, ס"ק א; מנחת אשר (וייס), גיטין, סימן סד (עמ' רסד־רסה). קירשנבאום 1 (לעיל, הערה 109), עמ' 269, הערה 108, מפנה לשני מקורות אחרים בעניין זה: חזון איש, אבן העזר, נשים, סימן פג, ס"ק ח; ערוך השולחן, אבן העזר, סימן קכ, סעיפים נד־נה (בדקתי ולא מצאתי למה כיוון). אטינגר (פרקי שליחות, עמ' 226, הערה 100) מביא שכן עולה גם מחידושי הרשב"א, גיטין כט ע"א, ד"ה אמר לשנים, ומן הטור, חו"מ, סימן רמד, סעיף ב.
הדעה שהובאה בשולחן ערוך, לעיל, ליד ציון הערה 127, מיוסדת ככל הנראה על גישה זו. ראה ביאור הגר"א, שם, ס"ק פו.
וראה שו"ת הריב"ש, סימן רכח (לשאלת האצלת סמכויות של נבחרי ציבור. ראה לעיל, ליד ציון הערה 80), שנראה שהרחיק לכת, שכן מדבריו עולה שהשליח השני נחשב כמי שנתמנה ישירות על ידי השולח אף כשהשולח נותן רשות לשליח להעביר את השליחות לאחר, ולא רק כשהוא מצווה עליו לעשות כן. וקשה, שכן במתן רשות סביר יותר לראות את השליח כמי שממנה את השליח האחר על פי שיקול דעתו, ולא כמי שרק מודיע לו על מינויו מטעם השולח. והשווה מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן ו. וצריך לעיין בדברי הריב"ש. וראה דברי ר"י ברצלוני, שהובאו בחידושי הרשב"א, קידושין מא ע"א, ד"ה מלמד: "מלמד שהשליח [לגירושין] עושה שליח'. ואם תאמר, בשלמא שליח דידיה [של הבעל] משוי שליח, אבל שליח דידה [של האישה] היכי משוי שליח, והא מילי נינהו, ומילי לא מימסרן לשליח... ותירץ הרב ברצלוני ז"ל דהכא בדשוייה איהי שליח בקנין דאלים לשוויי שליח". וחידוש גדול יש כאן, שמינוי שליח בקניין מתגבר על הסייג "מילי לא ממסרן לשליח".

[169] מכאן מוכיחים הרב אברהם שפירא והרב אהרון קוטלר (לעיל, הערה 17) ששליח המשנה שמדובר בו במדרש ההלכה ("מלמד שהשליח עושה שליח", לעיל, ליד ציון הערה 14) נחשב בהכרח כמי שנתמנה מכוחו של השליח ולא מכוחו של השולח. אם שליח המשנה היה נחשב כמי שנתמנה מכוחו של השולח, לא מובן, לפי הרמב"ן וסיעתו, מדוע נפסל מינויו כשנושא השליחות הוא "מילי", הלוא לשיטתם מינוי בציוויו של השולח ("אומר אמרו") יש בו כדי להתגבר על הסייג "מילי לא ממסרן לשליח"!

[170] ראה קצות החושן, סימן רמד, ס"ק א.

ישמע את הציווי לכתוב את הגט מפי הבעל דווקא ולא מפי איש ביניים. לשון אחר. הציווי לכתיבת גט הוא פעולה שמהותה מחייבת לעשותה באופן אישי[171].

הרא"ה והר"ן[172] חולקים על הרמב"ן בנקודה זו. לדעתם, העובדה שהסופר אינו שומע את ציווי הכתיבה ישירות מפי הבעל אינה פוגעת באפשרות של כתיבת הגט "לשמה". בהתאם להשקפתם זו, הם אומרים שאכן אם השולח הוא שבחר בשליח השני (הסופר), ותפקידו של השליח היה רק להודיע לסופר על מינויו ("מעשה קוף" בעלמא), אין שום פסול בגט גם אליבא דרבי יוסי[173]. לעומת זאת, אם אמר השולח לשלוחיו "אמרו מדעתכם", כלומר בחרו אתם את הסופר, הגט פסול לשיטת רבי יוסי, משום שהשליח פועל בתור שליח ולא רק בתור מודיע ("מעשה קוף"). ומאחר ששליחות זו היא שליחות ל"מילי", הגט פסול[174].

171 הרא"ה (להלן, הערה 172) מקשה על גישת הרמב"ן: אם אכן, לפי רבי יוסי, סיבת פסלותו של הגט ב"אומר אמרו" אינה מטעם "מילי", אלא משום שלא נכתב "לשמה", כיצד יכולה הגמרא להיות בטוחה שרבי יוסי סובר בעיקרון ש"מילי לא ממסרן לשליח"? אמנם רבי יוסי פסק (במשנה שם) ששליח לכתיבת גט אינו יכול למסור את שליחותו לאחר, אבל אולי אין זה אלא משום שהגט חייב להיכתב על ידי מי ששמע את ציוויו של הבעל מפיו, ולא משום ש"מילי לא ממסרן לשליח"? בנקודה זו, הר"ן מגן על דעת הרמב"ן, ואומר שעל פי גישתו של הרמב"ן (שאינה מקובלת עליו), ולפיה הסופר חייב לשמוע את הציווי לכתיבת הגט מפי הבעל, אם ההלכה הייתה ש"מילי מימסרן לשליח", היה ציווי השליח כציווי השולח, וממילא די היה בציווי השליח לעניין כתיבת גט לשמה.
לניתוח מחלוקת הראשונים בסוגיית "אומר אמרו", ראה חידושי בעל שרידי אש על הש"ס, גיטין, סימן ט. וראה עוד שו"ת איגרות משה, אבן העזר, חלק א, סימן קיז, ד"ה ולכן, שחידש שאפילו לדעת הרמב"ן, אם מינוי השליח היה בכתב ושליח המשנה מכיר את כתב ידו של השולח, נחשב הדבר כאילו שמע את ציווי הבעל בעצמו, ואין מניעה שיכתוב את הגט, שכן העיקר אינו שמיעת קולו של הבעל אלא הביטחון שזהו רצונו. על פי אותו היגיון, יש להכשיר מינוי שליח לכתיבת גט גם בטלפון, ועוד יותר על ידי שיחת וידיאו (שהזיוף בה קשה עוד יותר). וכן פסק הרב קריגר, קדושת בית ישראל, ניו־יורק תשמ"ג, סימן מ. אבל השווה שו"ת בית יצחק, אבן העזר, חלק ב, סימן יג. וראה Rabbi Howard Jachter, "The Use Of A Videoteleconference For A Get Procedure", Journal of Halacha and Contemporary Society 28 (1994), pp. 5-16. וראה לעיל, סעיף 3, הערה 87.

172 ראה ר"ן, גיטין לג ע"א (בדפי הרי"ף), ד"ה והקשה, המביא בדבריו גם את דברי הרמב"ן גם את דברי הרא"ה.

173 וראה דרישה, אבן העזר, סימן קכ, ס"ק טו. לדבריו, לא די שיאמר השולח "אמרו לפלוני שיעשה כך וכך", אלא יש צורך שידגיש: "אמרו לפלוני שאני ממנה אותו כשלוחי לעשות כך וכך". ואם לא הדגיש זאת, הוא סבור שדעת הרא"ה והר"ן שאין זה נחשב מינוי שלא בפניו.

174 השווה רמב"ם, הלכות זכייה ומתנה, פרק ד, הלכה י: "המתנה כגט, שאין אדם יכול למסור דברים לשליח. כיצד? אמר לשלשה: 'אמרו לפלוני ופלוני שיכתבו ויחתמו בשטר מתנה ויתנוה לפלוני', אין זה כלום". מדבריו אלה של הרמב"ם עולה שגם אם השולח מציין במפורש מי הוא רוצה שיכתבו את השטר, הרי גם זה בגדר "מילי", ואין להכשיר את השטר בטענה שזהו מינוי ישיר של השולח, כפי שהסכימו הרא"ה והר"ן. לקשיים בהבנת גישת הרמב"ם בסוגיה זו, ראה קירשנבאום 2 (לעיל, הערה 109), עמ' 284־285. וראה מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן ח. לדעתו, אם נתמנה השליח הראשון לא רק למנות אחרים, אלא שגם הוא יכתוב את שטר המתנה וייתן אותו, מודה הרמב"ם שהוא רשאי למנות אחרים לכתוב את השטר, שמאחר שקיבל מן השולח את הכוח לתת מתנה, הריהו כ"בעל דבר" ועל כן לא חל עליו דין "מילי לא ממסרן לשליח" (בהתאם למה שראינו לעיל, ליד ציון הערה 156). וראה אמרי בינה (אוירבך), חו"מ, דיני גביית חוב, סימן כט, אות ז, שהסכים עמו והסביר מדוע אין הדין כן בשליח לגירושין (אבל קשה לקבל את הבחנתו, שכן הרמב"ם הדגיש באותה הלכה שבעניין זה "המתנה כגט").
לדעת הטור בסוגיה זו, ראה ב"ח, אבן העזר, סימן קמא, ס"ק כז, ד"ה ומ"ש רבינו (עמ' רמג במהדורת הטור השלם).

העולה מדיוננו בסוגיית "אומר אמרו" הוא: בשליחות ל"מילי", האפשרות של מינוי שליח בלתי מזוהה מראש ("אמרו מדעתכם") על ידי שליח שנויה במחלוקת. יש פוסקים, כמו הרא"ה והר"ן, השוללים אפשרות זו, ומטעימים זאת בכך שמינוי כזה אינו נחשב מינוי ישיר על ידי השולח, ומאחר שנושא השליחות הוא "מילי" (כגון כתיבת גט או שטר מתנה), הכלל הוא: "מילי לא ממסרן לשליח". ואילו אחרים, כמו הרמב"ן (לפי הבנת חלק מן האחרונים), רואים במינוי זה מינוי ישיר על ידי השולח, ומשום כך אינו נגוע בפגם של "מילי". הכל מסכימים שאם השולח אומר במפורש לשליח למנות לו שליח פלוני ("אמרו לפלוני"), הרי זה מינוי ישיר על ידי השולח, ודין השליח הזה כדין שלוחו הישיר של השולח[175].

נציין שבמורשה לתביעה משפטית ("אורכתא"), עשויים פני הדברים להיות שונים. ואכן, תקנות הדיון של בתי הדין הרבניים בישראל קובעות: "מורשה על־פי הרשאה יכול, אם הרשאתו מכילה ייפוי־כוח לכך, להעביר את זכויותיו על־פי ההרשאה – כולן או מקצתן – לאחר"[176]. אמנם אפשר שבכך נוקטות התקנות את הגישה המרחיבה יותר של הרמב"ן, אבל סביר יותר להניח שהדין שונה בהרשאה לייצוג משפטי, משום שהשולח מקנה לשליח את מושא התביעה, ושליחות זו אינה אפוא כשליחות רגילה ולא חל עליה הכלל "מילי לא ממסרן לשליח"[177].

עוד נציין לסיום, שלדעת ר' משה פיינשטיין[178], מי שממנה בימינו רב לגרש את אשתו, נחשב כמי ש"אומר אמרו", שכן ידוע שהרב אינו כותב את הגט בעצמו אלא מסתייע באחר.

פרק חמישי

מינוי שליח משנה שלא כדין – התוצאות המשפטיות

במבוא[179] הזכרנו שלדעת ברק, מינוי שליח משנה שלא ברשות דינו כדין פעולה בחריגה מן ההרשאה. אשר על כן, פעולת שליח המשנה מזכה ומחייבת את השליח בלבד, והשולח רשאי לאשר אותה בדיעבד (ובלבד שהצד השלישי יודע ששליח המשנה פועל עבורו).

ונשאלת השאלה: מה עמדת המשפט העברי בשאלה זו? נראה שיש להבחין בעניין זה בין שני הסייגים למינוי שליח משנה שראינו לעיל, בין הסייג הנובע מהקפדתו של השולח, ובין הסייג הנובע מהיותה של השליחות בגדר "מילי".

[175] וכבר הערנו לעיל, הערה 174, שהרמב"ם חולק עליהם ורואה גם בזה שליחות של "מילי". וראה שו"ת איגרות משה, אבן העזר, חלק א, סימן קיז, שכדי למנוע עגינות אישה, הכריע הלכה למעשה כדעת הרמב"ן.

[176] תקנות הדיון בבתי הדין הרבניים בישראל, התשנ"ג, סעיף מט.

[177] על ייחודה של שליחות לתביעה משפטית ראה דיוננו על סעיף 1, פרק רביעי, ב(1)(ב), עמ' 49, וראה גם לעיל, ליד ציון הערה 79. ונראה שלכך כיוון א' שוחטמן, סדר הדין בבית הדין הרבני, ירושלים תשע"א, עמ' 185, הכותב: "מובן מאליו, שבידי המרשה להסמיך את המורשה להעביר את ההרשאה לאחר". והשווה לעיל, הערה 168, בשם ר"י ברצלוני.

[178] שו"ת איגרות משה, אבן העזר, חלק א, סימן קיז, ד"ה אך לכאורה.

[179] ראה לעיל, ליד ציון הערה 85.

א. השולח מקפיד על ביצוע אישי של השליחות

אם השולח מקפיד במפורש על ביצוע אישי של השליחות, ברור שאם השליח עובר על הוראתו וממנה שליח משנה, אין תוקף לפעולת שליח המשנה עקב היותה פעולה שלא בהרשאה. וכן כתב הרמב"ם בעניין שליחות לגירושין: "נתן הגט לשליח ואמר לו 'אל יתנהו לה אלא אתה', ונתנו לאחר, ונתנו לה – אינו גט"[180].

ואף אם לא הורה השולח לשליח במפורש שלא למנות שליח משנה, ראינו לעיל שיש נסיבות שמניחים בהן שהשולח מקפיד בכל זאת על ביצוע אישי של השליחות, ועל כן השליח אינו רשאי למנות שליח משנה. כך סוברים לדוגמה חלק מן הפוסקים בעניין שליחות לגירושין[181], והשאלה היא: מה הדין בכגון זה, אם עבר השליח ומינה שליח משנה שלא ברשות? האם בדיעבד אף אין תוקף לפעולת שליח המשנה? או שמא אין ההלכה אמורה אלא לכתחילה, אבל בדיעבד יש תוקף לפעולת שליח המשנה? אמנם בהקשר זה אין הרמב"ם[182] אומר שבדיעבד הגט אינו גט, כפי שאמר בעניין שולח שאמר במפורש שאינו רוצה שימונה שליח משנה, ועולה לכאורה מדבריו שבדיעבד הגט תקף[183]. עם זאת, הפוסקים שעסקו בשאלה זו התחבטו בדבר: יש הסבורים שבדיעבד גם גט זה בטל, ויש הסבורים שאמנם הגט אינו בטל מן התורה, אבל הוא פסול מדרבנן[184].

עוד ראינו לעיל שלפעמים ההנחה שהשולח מקפיד על ביצוע אישי של השליחות אינה נובעת מעיקר נושא השליחות אלא מהוראות נלוות לשליחות הכרוכות ביחסי אמון מיוחדים. כך למשל בשליחות לגירושין[185], כשהשולח הורה לשליח גם "טול הימנה חפץ פלוני". שליח זה אינו רשאי למנות שליח משנה, משום שהשולח יכול לטעון כלפיו: "אין רצוני שיהיה פקדוני ביד אחר". מעיון בסוגיית התלמוד[186] עולה שאין ספק שאם הבעל השולח אינו יוצר תלות בין שני חלקי השליחות, ואינו תולה את מתן הגט בלקיחת החפץ תחילה, הרי שבדיעבד

[180] רמב"ם, הלכות גירושין, פרק ט, הלכה לח. הוא הדין בוודאי גם בשליחות עסקית (ממונות). השווה אטינגר, פרקי שליחות, עמ' 215-216, שהסתפק בדבר. לדעתו, יש להבחין בין גירושין לבין ממונות, משום שבגירושין, אם השולח מקפיד על ביצוע אישי של השליחות, הדבר מתפרש כתנאי בגירושין, ועל כן הפרת התנאי מבטלת את הגירושין (כפי שכתב שם בהרחבה, עמ' 214), מה שאין כן בממונות. לדעתנו, אין לקבל הבחנה זו משני טעמים: ראשית, משום שההקפדה המפורשת של השולח לביצוע אישי אינה תנאי בגירושין אלא תנאי בהרשאה, ואם השליח מפר את הוראת השולח, הרי הוא פועל בלא הרשאה, בין בגירושין בין בממונות; שנית, גם אם נסכים לראות בהקפדה תנאי בגירושין, הלוא אף בממונות עשוי אדם לעשות עסקה על תנאי, ולא ברור אפוא מדוע ההקפדה לביצוע אישי צריכה להתפרש בממונות בדרך אחרת מזו שבגירושין.

[181] ראה לעיל, ליד ציון הערה 85.

[182] רמב"ם, הלכות גירושין, פרק ט, הלכה לה (רישא).

[183] ראה אטינגר, פרקי שליחות, עמ' 214, שביקש להוכיח מכאן שהגט אינו בטל. וראה עוד שם (עמ' 215), שביקש להביא ראיה נוספת מתשובת הריב"ש, סימן שטז, בעניין שליחות בגירושין, שבה השולח ביקש מן השליח "טול ממנה חפץ פלוני", והביא הריב"ש את דעת הרמ"ה, ולפיה בדיעבד, אם שליח המשנה נטל ממנה את החפץ, הגט כשר. אולם נראה שאין להביא ראיה מכאן, שכן ההקפדה בכגון זה היא הקפדה שאינה נוגעת לגוף השליחות אלא לעניין צדדי בה, או עניין נוסף. וראה להלן, הערה 191.

[184] לדעות האלה, ראה פתחי תשובה, אבן העזר, סימן קמא, ס"ק מא.

[185] לפוסקים הסבורים שבעיקרון אין בה הקפדה על ביצוע אישי, ראה לעיל, ליד ציון הערה 87. וראה גם לעיל, הערה 74.

[186] גיטין כט ע"א-ע"ב.

אם השליח עובר וממנה שליח משנה, אין בזה כדי לפסול את הגט. לשון אחר: ודאי שאין מניעה להתייחס לכל חלק מחלקי השליחות לגופו, ומעילה באמון בחלקה האחד אין בה כדי לפסול את חלקה האחר.

לעומת זאת, אם הבעל יצר תלות כזאת, כשגילה דעתו שהתנאי למתן הגט הוא שתיתן האישה תחילה את החפץ, נחלקו הראשונים בשאלה: מה הדין אם עבר השליח ומינה שליח משנה (אף כשהלה מילא את השליחות כשורה וקיבל תחילה את החפץ)? לדעת רש"י[187] ורמב"ם[188] ורמ"ה[189], בדיעבד דין שליח המשנה אינו שונה מדין השליח, ואם פעל כמצוות הבעל ונטל תחילה את החפץ, הגט כשר. לפי השקפתם, ברור שההלכה שבכגון זה על השליח להימנע ממינוי שליח משנה אמורה לכתחילה בלבד[190], ואם בכל זאת מינה שליח משנה, פעולתו תקפה בדיעבד[191]. לא כן דעת התוספות[192] והרא"ש[193], הסוברים שמאחר שיצר הבעל תלות בין נטילת החפץ למתן הגט, "כל מה שמשנה מדעת הבעל בחפץ [במינוי שליח משנה], נפסל הגט". על כן, גם אם פעל שליח המשנה בדיוק לפי הוראות השולח, אין תוקף לשליחותו, והגט בטל.

ב. נושא השליחות הוא "מילי"

אם נושא השליחות הוא "מילי", ובכל זאת מינה השליח שליח משנה, ודאי שאין בשליחות כדי לחייב ולזכות את השולח, אפילו לא בדיעבד, שכן כפי שראינו בפרק הקודם, שליחות שהיא בגדר "מילי" אינה ניתנת להעברה לשליח משנה. אשר על כן, אף אם השולח מרוצה מן המינוי, שליח המשנה אינו יכול לייצג אותו כשלוחו.

השאלה אם השולח יכול לאשר למפרע את פעולת שליח המשנה, אף על פי שנעשתה בלא הרשאתו, אינה נוגעת לשליח משנה דווקא אלא לכל פעולה שנעשתה בלא הרשאה. בשאלה זו דננו לעיל, בדברינו על סעיף 6, והגענו למסקנה שהשולח אינו יכול לאשר את הפעולה בדיעבד. עם זאת, מאחר שהשולח גילה את דעתו שהוא מעוניין בפעולה זו, שהרי מינה שליח לביצועה, נראה שפעולת שליח המשנה מזכה אותו מכוח הכלל "זכין לאדם שלא בפניו"[194].

187 רש"י, גיטין כט ע"ב, ד"ה ואזל איהו ויהיב לה גיטא.

188 רמב"ם, הלכות גירושין, פרק ט, הלכה לה.

189 מובא בשו"ת הריב"ש, סימן שטז.

190 אם כי יש לשים לב שיש ביניהם חילוקי דעות בשאלה מדוע לכתחילה אסור לשליח למנות שליח משנה: לפי רש"י והרמ"ה, הסיבה היא משום שיש לחשוש שמא השליח לא ימסור לשליח המשנה את הוראות השליחות בדייקנות (או שמא שליח המשנה לא יבצע אותן בדייקנות); ואילו לפי הרמב"ם, הנימוק הוא שלכתחילה השולח אינו מעוניין שיהיה החפץ שלו ביד אחר (ראה שם, הלכה לז). על מחלוקת זו, כבר הערנו לעיל, הערה 83.

191 וראה מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן יז. לדעתו, יש לסייג שיטה זו ולקבוע שאם הנושא העיקרי של השליחות כרוך בהחזקת נכס של השולח, כגון שקיבל השליח כסף לקנות נכס, הרי אם העביר את הכסף לשליח משנה, הראשונים האלה מודים שהשליחות בטלה, אף אם שליח המשנה עושה את שליחותו נאמנה.

192 תוספות, גיטין כט ע"ב, ד"ה רבי (בשם ריב"א).

193 רא"ש, גיטין, פרק ג, סימן ז (בשם ריצב"א).

194 כמו שכבר הערנו לעיל, ליד ציון הערה 136. וראה עוד שו"ת מהר"ש (ענגיל), חלק ה, סימן לז, אות ג (מובא באוצר הפוסקים, אבן העזר, סימן לה, סעיף ו, ס"ק לז, אות ה). וראה בנספח לדין "זכין לאדם שלא בפניו", פרק רביעי, ב(1), עמ' 787.

פרק שישי

סיכום

א. סעיף 16 עוסק במינוי שליח משנה, וקובע שהשליח אינו רשאי לעשות שליח לעניין שליחותו, אלא אם קיבל רשות מן השולח (במפורש או מכללא) או שהדבר נחוץ לשם שמירה על האינטרסים של השולח. שליח הממנה שליח משנה שלא כדין נחשב לדעת ברק כמי שפעל בחריגה מהרשאה, ופעולתו של שליח המשנה מחייבת ומזכה רק את השליח. אמנם אם הציג שליח המשנה את עצמו בפני הצד השלישי כשלוחו של השולח, השולח רשאי לאשר בדיעבד את פעולתו.

באשר ליסודה המשפטי של שליחות משנה, נחלקו הדעות. ברק טוען שהשליחות היא פעולה משפטית שניתן לעשותה על ידי שליח משנה, "שלוח המשנה פועל בשמו של השלוח, אשר פועל בשמו של השולח". בשל תשתית משפטית זו, ניתן לדעתו למנות שליח משנה שפעולתו מחייבת ומזכה את השולח. לעומתו סבור פרוקצ'יה שאין למינוי שליח משנה עיגון משפטי, ולפיכך אין זיקה ישירה בין שליח המשנה לבין השולח, ופעולת שליח המשנה מחייבת ומזכה אך ורק את השליח, המחזיק בנכס כנאמנו של השולח.

גם ברק מסכים ששליח המשנה הוא שלוחו של השליח, ועל כן השולח אינו יכול לבטל את מינויו ואינו חייב בשיפוי הוצאותיו. כמו כן, שליח המשנה אינו מסיים את שליחותו במות השולח (אלא אם כן מות השולח מביא לסיומו של נושא השליחות), וחובת הנאמנות של שליח המשנה היא כלפי השליח הראשון, שממנו קיבל את מינויו.

ב. במקורות המשפט העברי, הכלל הוא הפוך, ולפיו השליח יכול עקרונית למנות שליח משנה שפעולתו תחייב ותזכה ישירות את השולח, ובלבד שהשולח עצמו אינו מתנגד לדבר. מקובל לראות בדרשת הפסוק "'ושלח', 'ושלחה' – מלמד שהשליח עושה שליח" את המקור הנורמטיבי של כלל זה. אבל הריב"ש מעלה אפשרות נוספת, שהכלל מתחייב ממהות השליחות כפועל יוצא מן הכלל "שלוחו של אדם כמותו", שלפיו נחשב השליח כבעל הפעולה, וכשם שהשולח יכול למנות שליח גם השליח יכול לעשות כן.

והשאלה העולה היא: האם לאחר המינוי על ידי השליח, שליח המשנה מתפקד כשלוחו של השליח או שהוא מתפקד כשלוחו של השולח? בתלמוד נאמר שמותו של שליח שמינה שליח משנה אינו מבטל את שליחות המשנה, ומזה למדו רבים מן הפוסקים ששליח המשנה מתפקד כשלוחו של השולח ("שליח מחליף"), ולא כשלוחו של השליח הראשון. אשר על כן, השליח הראשון נחשב כמי שיצא מן התמונה, ואינו יכול לבטל את שליחותו של שליח המשנה[195]. אחרים חולקים עליהם, וסוברים ששליח המשנה נחשב לשלוחו של השליח, ולא של השולח, ולפיכך יכול השליח לבטל את שליחותו של שליח המשנה. ואשר לשאלה: מדוע מותו של השליח אינו מבטל את שליחות המשנה? אומר 'קצות החושן'[196] שהשליחות אינה בטלה עם מותו של השולח, ואם נושא השליחות עדיין תקף, נמשכת השליחות אף לאחר מותו.

ג. המשפט העברי מסייג את כוחו של השליח למנות שליח משנה בכמה סייגים:

[195] אמנם לדעת הרב קנייבסקי, השליח יכול לבטל את שליח המשנה, אף על פי שהלה מתפקד כשלוחו של השולח, אבל זאת בשל הכלל "אתי דיבור ומבטל דיבור". ראה לעיל, ליד ציון הערה 56.

[196] ראה לעיל, ליד ציון הערה 58.

הסייג הראשון מגביל מינוי שליח משנה על פי אומד דעת השולח. כשעולה מנסיבות העניין שהשולח מקפיד על ביצוע אישי של השליחות, לא ניתן למנות שליח משנה. אומדן דעתו של השולח יכול שיעלה מניסוח ההרשאה (כגון לשון "את [=אתה] הולך גט זה", המעיד שרצונו של השולח בשליחות אישית), מאופי השליחות (כגון שליחות הדורשת יחסי אמון או מיומנות), מן העובדה שהשליחות כרוכה בביצוע הוראות מיוחדות או כשהשולח עלול להתבזות ממינוי שליח משנה (כגון שליחות למתן גט, אם כי עניין זה שנוי במחלוקת).

עם זאת, אם גילה השולח את דעתו שאינו מקפיד על ביצוע אישי של השליחות או שהשתנו הנסיבות, ונבצר מן השליח להמשיך בשליחותו (כשנאנס או חלה), ניתן בדרך כלל[197] למנות שליח משנה.

הסייג השני למינוי שליח משנה הוא הכלל "מילי לא מימסרן לשליח". זהו סייג מהותי, ולפיו בשליחות שהיא בגדר "מילי [=דברים]", לא ניתן למנות שליח משנה, שכן "אין בדברים כח להיות חוזרים ונמסרים לאחר". שתי הדוגמאות שהחיל עליהן התלמוד את הכלל "מילי לא מימסרן לשליח" הן שליחות לכתיבת גט ושליחות לכתיבת שטר מתנה. ונחלקו הראשונים באֵפיון שתי הדוגמאות האלו ובפירוש המושג "מילי". אך הצד השווה שבהם הוא: כדי שהשליחות לא תהיה בגדר "מילי", ושיהיה ניתן למסור אותה לשליח משנה, עליה להביא לתוצאה משפטית ישירה, בשונה משליחות לכתיבת גט או לכתיבת שטר מתנה, שאינה מביאה לתוצאה מעין זו.

הדעה המצמצמת ביותר את המושג "מילי" מובאת במרדכי בשם ר' משה בן שלמה הכהן. לדעתו, המושג "מילי" מציין פעולה שאינה מביאה לתוצאה משפטית ישירה. לפי זה, מעטות הן הפעולות שיש בהן מניעה למנות שליח אחר, שכן השליח יכול למנות שליח אחר לנושא שליחותו, ובלבד שהפעולה מביאה לתוצאה משפטית ישירה. הדעות הבאות מקבלות בעיקרון דעה זו, אלא שהן מוסיפות עליה תנאים נוספים, כל אחת על פי דרכה.

המרדכי כותב בשם "יש מפרשים" ש"מילי" מציין שליחות שבה השולח מוסר לשליח רק הנחיות (דיבור) ולא חפץ ממשי להשגת התוצאה המשפטית. לדעה זו, לא רק שליחות לכתיבת גט או שטר מתנה הן בגדר "מילי" אלא גם שליחות לקבלת גט (אף על פי שיש בה כדי להשיג תוצאה משפטית), שכן האישה מוסרת לשליח רק הנחיות ולא חפץ ממשי. לעומת זאת, במתן גט או בקידושי אישה, השולח מוסר לשליח חפץ (גט או טבעת קידושין), ועל כן אין מניעה למנות בהם שליח משנה.

לדעת 'תוספות רי"ד', "מילי" מציין כל פעולה משפטית שביצועה אינו צמוד לחפץ מסוים. לפיכך, השליח יכול למסור את ביצוע השליחות לאחֵר רק אם הוא מוסר לידיו את החפץ שבאמצעותו, ובאמצעותו בלבד, אפשר לבצע את הפעולה המשפטית (זאת לעומת הדעה הקודמת שהסתפקה בחפץ כלשהו, גם אם אינו בלעדי לביצוע הפעולה, והיא יכולה להתבצע גם בחפץ אחר). על פי פירוש זה, האפשרויות למנות שליח על ידי השליח מצומצמות הרבה יותר מאשר לפי הגישות שתוארו לעיל, שכן הרבה מן הפעולות המשפטיות אינן תלויות בחפץ מסוים.

הקדוש מרדוש סובר שכדי שהשליחות לא תהיה בגדר "מילי", צריך שהשגת תוצאת השליחות תהיה בשליטתו המלאה של השליח ושלא תהיה תלויה בהסכמתו של הצד השלישי. על פי הגדרה זו, שליח לקידושין, אף אם קיבל לידיו טבעת קידושין, אינו יכול למנות שליח

[197] לנסיבות המאפשרות מינוי שליח משנה, ראה דיוננו לעיל, ליד ציון הערה 97.

משנה, שכן הקידושין תלויים בהסכמת האישה. נראה שלפי דעה זו, פרט לשליחות לגירושין, אין כמעט פעולה העשויה להיות נושא לשליחות משנה.

בעניין קידושין על ידי שליח, הרמ"א מביא להלכה את הדעה המובאת במרדכי בשם "יש מפרשים" ואת דעתו של הקדוש מרדוש. דעותיהם של שני אלה, ובייחוד דעתו של הקדוש מרדוש, אינן נוחות להתפתחות חיי המסחר, שכן עסקאות רבות נעשות על ידי שלוחי משנה. האחרונים העלו מספר דרכים לפתרון הבעיה, ובהן על פי דין "זכין", על ידי החשבת מינוי שליח המשנה כמינוי ישיר ועוד[198].

הגיונו המשפטי של הכלל "מילי לא ממסרן לשליח" יסודו בקביעה שלפי המשפט העברי, הכלל "שליח עושה שליח" משמעו העברת הכוח המשפטי שקיבל השליח מן השולח אל שליח המשנה. לפיכך כשהשליחות אינה כוח משפטי אלא "דברים" בעלמא, לא ניתן להעבירה. אמנם על גדרן של הפעולות המשפטיות שאינן עולות לכדי כוח משפטי, נחלקו הדעות, אך הכל מסכימים שפעולה שאינה משיגה תוצאה משפטית, ורק יוצרת את האמצעי להשגת תוצאה מעין זו, אינה ניתנת להעברה.

חריג לכלל "מילי לא מימסרן לשליח" מצאנו בשליחות למַנות שליח, שלדעת שמואל אינה בגדר "מילי" אף כשנושא השליחות הוא בגדר "מילי", כגון כתיבת גט. אמנם רוב הפוסקים אינם פוסקים כשמואל, אולם גם הם מסכימים שאם נקב השולח בזהות השליח שיש למנות ("אמרו לפלוני שיכתוב גט לאשתי"), נחשב הדבר למינוי ישיר של השולח, ואין זו שליחות שנושאה הוא "מילי". הרמב"ן מרחיק לכת עוד יותר, והוא סבור שהוא הדין גם אם השולח משאיר את בחירת השליח לשיקול דעתו של שלוחו ("אמרו מדעתכם"). אם נושא השליחות אינו בגדר "מילי", כולי עלמא מסכימים שמינוי שליח על ידי שליח אפשרי, משום שאין להגדירו כשלעצמו כ"מילי".

ד. אם מינוי שליח המשנה נעשה שלא כדין, יש להבחין בין מצבים שונים שיש להם השפעה על התוצאה המשפטית של המינוי. כשהשולח מצהיר במפורש שהוא מקפיד על ביצועה האישי של השליחות, אין תוקף למינוי שליח משנה. אולם אם השולח אינו אומר זאת במפורש, אך עולה מן הנסיבות שזאת היא כוונתו, יש מי שסבורים ששליחות המשנה תקפה בדיעבד.

לעתים הקפדתו של השולח על ביצועה האישי של השליחות נובעת מהוראות נלוות לשליחות (כגון בשליחות לגירושין, כשהשולח מורה לשליח 'טול הימנה חפץ פלוני', ואין הוא רוצה שאדם אחר ייטול את החפץ). במקרים אלו, יש לבחון את השאלה אם השולח יוצר תלות בין חלקי השליחות. אם אין תלות בין חלקי השליחות, הרי שאף על פי שאסור לשליח למנות שליח משנה, פעולתו תקפה בדיעבד, שכן יש להתייחס לכל חלק מחלקי השליחות בנפרד. אולם כשיש תלות בין חלקי השליחות, הדעות חלוקות: יש מי שסבורים שגם במקרה זה תהיה הפעולה תקפה בדיעבד, אך יש מי שסבורים שמאחר שהשולח יצר תלות בין חלקי השליחות, שינוי של השליח מדעתו מביא לפסילת השליחות כולה[199].

כשנושא השליחות הוא "מילי", השליחות אינה ניתנת להעברה כלל, ופשוט שמינויו של שליח משנה בטל אף בדיעבד. עם זאת, אפשר שפעולת שליח המשנה תזכה את השולח מכוח

[198] ראה לעיל, ליד ציון הערה 135.

[199] ראה לעיל, ליד ציון הערה 187.

הכלל "זכין לאדם שלא בפניו". למעשה, התעלמו הפוסקים מדין "מילי לא מימסרן לשליח" בשליחות בענייני ממונות, ועל כן נתעלם גם אנו מדין זה בנוסח החלופי לחוק שנציע להלן.

פרק שביעי

הצעת נוסח לפי המשפט העברי

על פי המשפט העברי, מוצע אפוא לנסח את הסעיף כך:

שליחות משנה 16. שלוח עושה שלוח לנושא שליחותו אלא אם כן ניתן להניח מתוך ניסוח ההרשאה או מתוך נסיבות העניין שהשולח מתנגד לכך.

סעיף 17

ריבוי שלוחים ושולחים

ריבוי שלוחים ושולחים

17. (א) ניתנה הרשאה אחת לשלוחים אחדים, חזקה שעליהם לפעול יחד.
(ב) ניתנה הרשאה אחת על ידי שולחים אחדים, חזקה שעל השלוח לפעול מכוח כולם יחד.

התוכן

פרק ראשון: מבוא 747

פרק שני: ריבוי שלוחים – "חזקה שעליהם לפעול יחד" – ס"ק (א) 748

א. כללי 748

ב. אומדן דעת השולח 749

(1) מבוא 749

(2) נסיבות שעל השלוחים לפעול בהן יחד 751

(א) ניסוח ההרשאה בלשון רבים 751

(ב) ביצוע יעיל של השליחות דורש שיפעלו השלוחים יחד 752

(ג) השליחות דורשת יחסי אמון והפעלת שיקול דעת 752

(3) נסיבות שהשלוחים מורשים לפעול בהן באופן עצמאי 753

(א) הגדלת הסיכוי להשגת מטרת השליחות 753

(ב) שלוחים שידוע שיתקשו לפעול יחד 753

(ג) מנהג 754

ג. היקף הדרישה לפעול יחד – "לפעול יחד" 755

(1) הסכמה פה אחד לפעולה? 755

(2) פיצול השליחות 755

(3) מותו של אחד השלוחים 756

(4) ביטול שליחותו של אחד השלוחים 757

פרק שלישי: ריבוי שולחים – "חזקה שעל השלוח לפעול מכוח כולם יחד" – ס"ק (ב) 758

א. כללי 758

ב. אומדן דעת השולחים 758

ג. היקף הדרישה לפעול בשם כולם 764

פרק רביעי: סיכום 765

פרק חמישי: הצעת נוסח לפי המשפט העברי 766

פרק ראשון

מבוא

הסעיף שלפנינו דן בשליחות שבה אחד הצדדים, השליח או השולח, אינו יחיד אלא רבים. השאלה העומדת במוקד הסעיף אינה אלא שאלה של פרשנות ושל אומדן דעת השולח (או השולחים) בעניין תנאי ההרשאה של השלוחים (או של השליח), כפי שנבאר מיד.

שלוחים רבים – כיצד? השולח עשוי למנות ב"הרשאה אחת" יותר משליח אחד. אילו הבהיר השולח את תנאי ההרשאה של כל שליח בזיקה לעמיתיו במפורש – אם אינו מורשה לפעול אלא יחד עם שאר השלוחים או שהוא מורשה לפעול גם לבדו – לא היה מקום לפרש את דבריו. הסעיף דן אפוא בשולח שלא הבהיר מה הייתה כוונתו כשלא הסתפק בשליח אחד. מחד גיסא, ייתכן שביקש השולח לצמצם את ההרשאה, שכל אחד משלוחיו לא יהיה מורשה לפעול אלא יחד עם שאר השלוחים. מאידך גיסא, ייתכן שביקש להרחיב את אפשרויות ביצוע השליחות, ועל כן הוסיף שלוחים ונתן לכל שליח הרשאה לעשות את השליחות בלא תלות בעמיתיו. כאמור, אין זו אלא שאלה של פרשנות ושל אומדן דעת השולח. המחוקק נוקט את האפשרות הראשונה, שאם אין הוכחה לסתור, יש לומר שהתכוון השולח שיפעלו השלוחים רק יחד[1].

שולחים רבים – כיצד? השליח עשוי להתמנות "בהרשאה אחת" על ידי יותר משולח אחד. אילו הבהירו השולחים את תנאי ההרשאה של השליח בזיקה לשולחיו הרבים במפורש – אם אינו מורשה לפעול אלא בשם כולם יחד או שמא הוא מורשה לפעול גם בשם חלק מהם – לא היה מקום להסתפק בדבר כוונתם. הסעיף דן אפוא בשולחים שלא הבהירו את כוונתם. מחד גיסא, ייתכן שכוונתם הייתה שיפעל השליח רק בשם כולם יחד, ולא בשם חלק מהם. מאידך גיסא, ייתכן שכוונתם הייתה ליפות את כוחו של השליח לפעול גם מכוחו של כל אחד מהם בנפרד. ושוב לפנינו שאלה של פרשנות ושל אומדן דעת, הפעם של השולחים. המחוקק נוקט את האפשרות הראשונה: אם אין הוכחה לסתור, יש לומר שכוונת השולחים הייתה שיפעל השליח רק בשם כולם[2].

דיוננו להלן יתחלק לשני פרקים. בפרק שני נדון בריבוי שלוחים, ובפרק שלישי נדון בריבוי שולחים. בכל פרק נקדים ונתאר בהרחבה את הבעיות המיוחדות לו.

[1] לדעת ברק, סעיף 1043, המשמעות המעשית של קביעת החוק היא: אם השלוחים אינם פועלים יחד, "הרי פעולתו של כל אחד מהם אינה בהרשאה ועל כן אין פעולת כולם בהרשאה". לכאורה, אפשרית פרשנות אחרת: שלוחים המבצעים את פעולת השליחות בנפרד מפרים את חובת הנאמנות כלפי שולחם (על משמעותה של הפרה זו, ראה דיוננו על סעיף 9), ואין בזה כדי לבטל את הפעולה. אבל יש להודות שפרשנות זו אינה אפשרית בס"ק (ב), וסביר יותר לפרש את שני חלקי הסעיף באופן אחד.

[2] המשמעות המעשית של קביעת החוק היא: אם השליח לא עשה כן, הפעולה שעשה בשם חלק מן השולחים בלבד היא פעולה שלא בהרשאה. ראה ברק, סעיף 1052.

פרק שני

ריבוי שלוחים – "חזקה שעליהם לפעול יחד" – ס"ק (א)

א. כללי

כפי שראינו במבוא, מינוי שלוחים רבים על ידי שולח אחד מעורר שאלה של פרשנות בדבר כוונתו של השולח: האם כוונתו הייתה שיפעלו השלוחים רק יחד? או שמא ביקש לתת לכל אחד מהם הרשאה עצמאית? לכאורה, קשה לקבוע מסמרות בעניין זה, ופתרון השאלה תלוי בנסיבות העניין. בהקשר זה, גורמים אחדים עשויים לבוא בחשבון. דרך משל, אופי השליחות יש לו משקל. כי אם הפעולה דורשת הפעלת שיקול דעת ויחסי אמון מיוחדים (ולא פעולה טכנית גרידא, כגון חתימה על מסמך), הנטייה היא לומר שכוונת השולח שיפעלו השלוחים רק יחד. הסיכוי להשגת מטרת השליחות עשוי גם הוא להיות חשוב. כי אם הסיכוי להשגת מטרת השליחות גדול יותר אם השלוחים פועלים בנפרד, יש להניח שזו הייתה כוונתו של השולח. וכן להפך. ניסוח המינוי עשוי אף הוא ללמד על כוונת השולח. אפשר בוודאי להעלות על הדעת עוד שיקולים לעניין פרשנות כוונת השולח. הכל לפי נסיבות העניין.

על אף מגוון השיקולים הנוגעים לבירור כוונת השולח, העדיף המחוקק לקבוע כלל גורף: "ניתנה הרשאה אחת לשלוחים אחדים", חזקה שכוונת השולח הייתה שיפעלו יחד. מעתה ברור שאם פעל אחד השלוחים לבדו, על מי שטוען שפעולתו מחייבת את השולח מוטל נטל ההוכחה[3]. אפשר שיסוד חזקה זו בהנחה שמינה השולח שלוחים אחדים רק כדי שישגיחו השלוחים זה על זה לבל יפעלו בפזיזות או בניגוד עניינים[4]. עוד אפשר שהניח המחוקק שכוונת השולח היא שכל אחד מן השלוחים יתרום את חלקו להצלחת השליחות.

הוראת הסעיף חלה כאשר "ניתנה הרשאה אחת לשלוחים אחדים". אולם לא ברור מהי "הרשאה אחת". ברק[5] מציע פרשנות מצמצמת. לדעתו, החזקה האמורה בסעיף זה אינה חלה אלא כאשר "בהבעת רצון אחת מוענק כוח ייצוג אחד לשלוחים אחדים" (ההדגשה שלי – מ"ו), כגון שכתב ראובן הרשאה והעניק בה לשמעון וללוי ייפוי כוח לפעול בשמו בעניין מסוים. לפי זה, לא זו בלבד שהסעיף אינו חל על שלוחים שמושא שליחותם אינו זהה (שאין זו "הרשאה אחת")[6], אלא הוא אינו חל גם אם השלוחים נתמנו לשליחות אחת בו זמנית, אם הדבר נעשה בשתי הבעות רצון נפרדות[7]. בכל אלה, אין חזקה שהשולח מתכוון שיפעלו שלוחיו יחד. אולם באלה אין גם חזקה הפוכה. אשר על כן, במקרים אלו, יהיה על בית המשפט לפרש את כוונת השולח בהתחשב במכלול נסיבות העניין. הדברים שנרחיב בהם בפרק זה יש בהם כדי להדריך את בית המשפט בבואו להפעיל את שיקול דעתו.

לאחר שנברר אימתי השלוחים חייבים לפעול יחד, נדון בהיקף דרישת המחוקק "לפעול

[3] ראה ברק, סעיף 1042, המצביע על חזקות אחרות שנקבעו בשיטות משפט אחרות.

[4] ראה ברק, סעיף 1041.

[5] ראה ברק, שם.

[6] ראה ברק, שם.

[7] מצב כזה מתקיים לדוגמה כשראובן מעניק לשמעון הרשאה לבצע פעולה מסוימת, ובאותו זמן שלוחו של ראובן מעניק הרשאה זהה ללוי. ואף על פי שנושא השליחות זהה וניתנו ההרשאות בו־זמנית, מאחר שניתנו בשתי הבעות רצון, ולא בהבעת רצון אחת, החזקה של הסעיף אינה חלה.

יחד". כך לדוגמה נשאל: האם פעולת השלוחים צריכה להיעשות בהסכמת כולם פה אחד? או שמא די בהסכמת רובם? וכן נשאל: מה הדין כשמת אחד השלוחים? האם הדבר מביא לביטול השליחות כולה?

לפני שנתחיל לדון בריבוי שלוחים במשפט העברי, ראוי שנקדים הערה מתודית. מחד גיסא, עניין ריבוי שלוחים נידון כבר בתלמוד[8], אבל מושא השליחות בדיון בתלמוד הוא גירושין, וקשה להסיק ממנו מסקנות גם לעניינים אחרים בגלל מאפייניה המיוחדים של השליחות בגירושין (ומשום כך גם לא נפתח את דיוננו במקור זה). מאידך גיסא, רוב הפוסקים שנבקש להסתמך עליהם לא עסקו בריבוי שלוחים אלא בריבוי מינויים בתחומים אחרים שמתעוררת בהם שאלה פרשנית דומה, כגון מינוי אפוטרופסים אחדים או התניית עסקה או נדר בהסכמת אנשים אחדים וכדומה. ההיקש מתחומים אלה לדיני שליחות תובע מידה רבה של זהירות, משום שהפרשנות שנוקט פוסק מסוים בתחום אחד אינה זהה בהכרח לפרשנות שהיה נוקט בתחום אחר, שהרי לכל תחום שיקוליו הייחודיים.

ב. אומדן דעת השולח

(1) מבוא

אילו מינה השולח יחד שלוחים אחדים והבהיר שהוא מתכוון שיפעלו יחד, לא היה מקום לפרש את דבריו[9]. וכן להפך. אילו אמר השולח במפורש שהשלוחים מורשים לפעול עצמאית, לא היה צורך לפרש את דבריו. אולם השאלה היא: מה הדין כשמינה השולח את השלוחים יחד ולא פירש את כוונתו?

עיון במקורות המשפט העברי מלמד שהדעות חלוקות בשאלה אם יש חזקה מעין זו שנקבעה בחוק אם לאו. ר' אליהו מזרחי[10] סבור עקרונית שאם נשבע אדם או נדר שלא יעשה פעולה מסוימת אלא בהסכמת פלוני ופלוני, הדעת נותנת[11] שהוא קושר אותם יחד, ואין די בהסכמתו של אחד מהם. אמנם דבריו לא נאמרו בקשר לריבוי שלוחים, אולם ר' ישראל איסר וולף, בעל 'שער משפט'[12], סבור שיש להקיש מדבריו לעניין מי שממנה שלוחים אחדים (ראובן ושמעון) ולומר שגם הוא מתכוון שיפעלו יחד.

[8] ראה להלן, ליד ציון הערה 22.

[9] כך היה לדוגמה בשו"ת המבי"ט, חלק א, סימן שלה, בעניין מי שמינה שני אפטרופוסים, וציין ש"לא יעשו דבר האחד בלי האחר". וראה שם, חלק ב, סימן עד. על תשובה זו, ראה להלן, הערה 49.

[10] שו"ת הרא"ם, חלק א, סימן נב, ד"ה היסוד השני.
פוסקים אחדים העירו שלהלכה יש לחוש לדעתו (אף על פי שהרשב"א מביע דעה אחרת. ראה להלן, ליד ציון הערה 13): ש"ך, יורה דעה, סימן רטז, ס"ק כב (ראה נקודות הכסף, יורה דעה, סימן רכח, בהשגתו על ט"ז, ס"ק מט); שו"ת חכם צבי, סימן ד; שו"ת מהרשד"ם, אבן העזר, סימן מח (וראה מה שהעיר עליו בשו"ת רבי עקיבא איגר, מהדורא קמא, סימן מו); שו"ת לחם רב (די בוטון), סימן צב, ד"ה אבל; שו"ת בעי חיי, חו"מ, חלק א, סימן קע; קהילת יעקב (אלגזי), חלק ב, לשון בני אדם, אות ו, סימן נז; ידות נדרים (לר' יוסף שאול נתנזון), יורה דעה, סימן רטז, יד יוסף, ס"ק כא; ערוך השולחן, חו"מ, סימן קכג, סעיף ו.

[11] הרא"ם אף מחזק את דבריו בקל וחומר: הרי מי שמקבל על עצמו את שמעון ולוי כדיינים, ברור שלא התכוון להעניק סמכות שיפוט עצמאית לכל אחד מהם בנפרד (זאת אף על פי שריבוי דיינים אינו מבטיח בהכרח שיפוט טוב יותר, מפני שהעיקר בשיפוט הוא הידע והסמכות, האיכות ולא הכמות). וקל וחומר הדברים במי שנשבע לקבל את מרותם של פלוני ופלוני (שסביר יותר להניח שכוונתו הייתה לקבל את מרותם של השניים גם יחד דווקא, ולא של כל אחד מהם בנפרד).

הרשב״א[13] סבור להפך. לדעתו, מי שמתנה תוצאה מסוימת בהסכמת פלוני ופלוני, די בהסכמת אחד מהם, אלא אם כן פֵּירש שכוונתו אחרת. הרשב״א דן בעניין ״ראובן שצוה חנוך בנו שלא יַלוה לשום אדם ממונו יותר מסך פלוני, כי אם ברשות שמעון ולוי, ועכשיו מת שמעון״, ועלתה השאלה: ״היוכל חנוך להלוות ברשות לוי לבדו או לא?״. לפתרון השאלה, הרשב״א מפנה לסוגיית התלמוד[14] הדנה בפרשנות וי״ו החיבור בתורה[15], שנחלקו בה התנאים. על הפסוק ״כי איש אשר יקלל את אביו ואת אמו מות יומת״ (ויקרא כ, ט), אומר ר׳ יאשיה, שמלשון הכתוב עולה שאין הבן חייב מיתה אלא אם קילל את אביו ואת אמו גם יחד[16]. לעומתו, רבי יונתן סבור ש״משמע שניהם כאחד ומשמע כל אחד בפני עצמו״. לדעת הרשב״א, דעת רבי יונתן נתקבלה להלכה[17], ולכן חנוך יכול להלוות את כספו גם באישורו של לוי לבדו. אם הייתה כוונת אביו אחרת, היה חייב לומר במפורש שדרושה הסכמת שניהם גם יחד[18]. אמנם הרשב״א אינו עוסק בשאלת ריבוי שלוחים (כי אם בהלכות נדרים שבתלמוד, וממנה הסיק לענייננו), אבל דעת ׳שער משפט׳[19] שיש להקיש בין אלו לשליחות, מפני שהשאלה

[12] שער משפט, סימן קכג, ס״ק ד (בסופו). וראה גם ערוך השולחן, חו״מ, סימן קכג, סעיף ו.

[13] שו״ת הרשב״א, חלק ה, סימן רס (מובא בבית יוסף, יורה דעה, סימן רכח).

[14] ראה: בבא מציעא צד ע״ב; סנהדרין סו ע״א; שבועות כז ע״ב; מנחות צ ע״ב; חולין עח ע״ב.

[15] לעניין שפות לועזיות, ראה שו״ת אשר לשלמה (אבן דנאן), סימן ה, הפוסק שבשפות אחרות ברור שמשמעות המילים המחוברות היא ״שניהם כאחד״.

[16] אלא שהוא דורש את סוף הפסוק, ״אביו ואמו קלל״, ומסיק שהבן חייב מיתה גם אם קילל רק אחד מהוריו.

[17] כן הכריע אף בחידושיו לבבא קמא נג ע״ב, ד״ה ורבנן או מבעי ליה לחלק. וכן הכריעו: תוספות, בבא קמא נד ע״א, ד״ה או; שיטה מקובצת, בבא קמא נג ע״ב, ד״ה או (בשם הרא״ש); שם, ד״ה וה״ר ישעיה (בשם הר״ר ישעיה). אבל ראה שו״ת מהרשד״ם, אבן העזר, סימן מח, הנוטה לפסוק כרבי יאשיה. וראה שו״ת רבי עקיבא איגר, מהדורא קמא, סימן מו, הסבור שהמחלוקת לא הוכרעה. וראה עוד ערך השולחן (לר׳ יצחק טייב), יורה דעה, סימן רכח, אות לא. וראה י׳ אונגר, חוק לישראל, נאמנות בנכסים, ירושלים תש״ע, עמ׳ 203־206.

[18] יש לציין שהרא״ם (לעיל, הערה 10) אינו מזכיר את הרשב״א בתשובתו, אבל הוא מתייחס במפורש לסוגיה התלמודית הזאת וקובע נחרצות שאינה נוגעת לענייננו: ״ופלוגתא דרבי יאשיה ורבי יונתן אינה דומה כלל לנדון שלנו, ואין צריך להאריך בזה. והלא כלל גדול בנדרים – הלך אחר לשון בני אדם, ופוק חזי מאי עמא דבר״. במילים אחרות, אין להקיש מדרך פרשנות לשון המקרא לדרך פרשנות לשון בני אדם (לכאורה, זו גם גישת שו״ת הרא״ש, כלל מה, סימן יב, בסופו, שלשון מקרא לחוד ולשון בני אדם לחוד. אולם ראה שו״ת מהר״י בן לב, חלק ג, סימן יז, הטוען שאין להסיק כן מדברי הרא״ש, ומציע לפרש שדעתו כדעת הרשב״א). וכן סבור שו״ת מהרשד״ם (לעיל, הערה 17). לדבריו, כן היא דעת הרא״ש, שו״ת מהרי״ק, שורש י, הר״ן ושו״ת הרא״ם, סימן נב (אבל ראה שו״ת רבי עקיבא איגר, לעיל, הערה 17, הדוחה את הראיה מדברי הרא״ם). וכן הכריע יד מלאכי, כללי הויו, סעיף רנט. וראה המקורות שהביא שם.

מנגד, בשו״ת מהרי״ט, חלק א, סימן קלד, הביא ראיות שאף בלשון בני אדם משמעות וי״ו החיבור היא כמשמעותה בתורה. לדעה זו נוטה גם רבי עקיבא איגר, ראה שם. וראה קהילת יעקב (אלגזי), לשון חכמים, אות ו, סימן רי.

פסקו של הרשב״א הובא להלכה הן על ידי שולחן ערוך (יורה דעה, סימן רכח, סעיף מ) הן על ידי הרמ״א (יורה דעה, סימן רטז, סעיף ז, על פי הבנת הש״ך, שם, ס״ק כב).

לדעת הש״ך, מה שכתב שם הרמ״א, ״ומת אחד מהם״, ״לאו דווקא. והוא הדין שניהם חיים, יכול לעשות ברשות אחד מהן״. וראה גם נקודות הכסף, שם, סימן רכח, בהשגות על הט״ז, ס״ק מט. ונראה שכן היא דעתם של פוסקים רבים אחרים, שאין לצמצם את דברי הרשב״א למקרה שמת אחד מן הממונים. ראה: שו״ת מהר״י בן לב, חלק ג, סימן יז, וסימן סח, ד״ה תשובה; שו״ת מהרש״ך, חלק ב, סימן קי, וסימן קעג; שם, חלק ג, סימן ח; שו״ת ר׳ יעקב בי רב, סימן ד; שו״ת תורת אמת (ששון), סימן נב (ותן דעתך שהוא מבחין בין לשון הקודש לבין לועזית); שו״ת דברי ריבות, סימנים נו, קסא, רצו. והשווה דעת הט״ז, להלן,

העולה בשניהם זהה: כיצד יש לפרש את דבריו של מי שהזכיר בדבריו את ראובן ושמעון?

ואף על פי שנחלקו הרשב"א והרא"ם, כפי שראינו, יש להניח שהרשב"א מודה שבנסיבות מסוימות על השלוחים לפעול יחד. אף יש להניח שהרא"ם מודה שבנסיבות מסוימות השלוחים יכולים לפעול כל אחד לבדו. כאן נפרט מקצת מן הנסיבות האלה.

(2) נסיבות שעל השלוחים לפעול בהן יחד

(א) ניסוח ההרשאה בלשון רבים

לדעת ר' צבי הירש אשכנזי, בעל 'חכם צבי'[20], אם נתמנו השלוחים יחד בלשון רבים, כגון שאמר השולח 'אני ממנה את ראובן ושמעון שימכרו', גם הרשב"א מסכים שיש לומר שכוונתו שיפעלו יחד, ואין צריך לומר שכן הוא הדין, אם אמר במפורש "יחד". ורק משום שבעניינו של הרשב"א הלשון לא הייתה חד־משמעית, "כי אם ברשות שמעון ולוי", ולא הדגיש "ברשותם של", פסק הרשב"א כפי שפסק. מכאן שניסוח המינוי עשוי גם הוא להיות מכריע בעניין פירושו[21].

כבר אמרנו, ששאלת ריבוי שלוחים נידונה בתלמוד רק בזיקה לשליחות לגירושין. במשנה הדנה בעניין זה, נעשה המינוי בלשון רבים: "אמר לעשרה 'כתבו ותנו גט לאשתי', אחד כותב ושנים חותמין"[22]. התלמוד[23] מביא ברייתא שהלכה זו מופיעה בה בתוספת קלה, אך לכאורה

הערה 51, המצמצם את המחלוקת בין הרשב"א לבין הרא"ם, וטוען שדברי הרשב"א אינם אמורים אלא בשמת אחד מן הממונים. וכן כתב מכתב מאליהו (אלפנדרי), שער ח, משפטי התנאים, סימן לה.

וראה שו"ת חכם צבי, סימן ד. לדעתו, יש לצמצם את משמעות פסקו של הרשב"א, שאמנם חנוך אינו זקוק להסכמת השניים (שמעון ולוי), אבל כוונת האב הייתה שאם אחד מהם יביע התנגדות מפורשת, תהיה לו זכות וטו. והוא מדייק כן מדברי הרשב"א, שכלל בניסוחו שתי אפשרויות: "שלא ילווה כי אם ברשות שניהם או ברשות אחד מהם". חכם צבי מעיר שניסוח זה אינו ברור, שכן אם הבן יכול להלוות ברשות אחד מהם, מדוע הרשב"א ראה צורך לציין שהוא רשאי גם להלוות ברשות שניהם יחד? ומכאן הוא מסיק שיש לכל אחד מהם זכות וטו.

וראה גם שו"ת מנחת העומר (אביטבול), חו"מ, סימן לה, המצמצם גם הוא באופן מקורי את משמעות תשובת הרשב"א.

[שיטה זו, ולפיה וי"ו החיבור מתפרשת כחלופה, ולא כצירוף, עולה לכאורה גם ממה שנפסק בעניין דרכי הכרעת ההלכה בשאלה הלכתית חדשה השנויה במחלוקת בין שני חכמים: "אם היה אחד מהם גדול מחבירו בחכמה ובמנין – הלך אחריו" (עבודה זרה ז ע"א). והעיר בעל הגהות אשרי, עבודה זרה, פרק ראשון, סימן ג (בשם אור זרוע, פסקי עבודה זרה, סימן קד), שהוא הדין אם הוא גדול ממנו רק במניין (כלומר במספר התלמידים) ולא בחכמה. מכאן עולה שהוא מפרש את וי"ו החיבור, במילה "ובמנין", כחלופה ולא כצירוף, וכאילו היה כתוב "או במנין". וכן פסקו: דרכי משה, יורה דעה, סוף סימן רמו; סמ"ע, חו"מ, סימן כה, ס"ק יח; ש"ך, פלפול בהנהגת הוראות באיסור והיתר, הנדפס ביורה דעה, סוף סימן רמב, ד"ה ועוד תימה על דבריו דע"כ. אך יש להעיר שהפוסקים האלה לא הזכירו בהקשר זה את שיטת רבי יונתן. עוד יש להעיר, שכשם שיש מי שמבחינים בין לשון תורה ללשון בני אדם, כן אולי יש מקום להבחין בין לשון חכמים ללשון בני אדם. וראה בעניין זה שו"ת אשר לשלמה (אבן דנאן), סימן ה].

[19] שער משפט, סימן קכג, ס"ק ד (בסופו). וראה גם ערוך השולחן, חו"מ, סימן קכג, סעיף ו.

[20] שו"ת חכם צבי, סימן ד, המסתמך בעניין זה על תרומת הדשן, פסקים וכתבים, סימן עג. וראה גם: שו"ת מהרש"ך, חלק ג, סימן ח; מנחת העומר, שם; שו"ת אשר לשלמה (אבן דנאן), סימן ה.

[21] אמנם בעל 'תרומת הדשן' (לעיל, הערה 20) מדגיש שאם הניסוח כולל מילה מצרפת ולפניה מילה מפרידה, יש לפרש את הציווי לפי המילה המפרידה.

[22] משנה, גיטין ו, ז.

[23] גיטין סז ע"ב.

משמעותית לענייננו: "אמר לעשרה 'כתבו גט לאשתי', אחד כותב על ידי כולם". ורש"י[24] מפרש: "על ידי כולן – בשביל כולם"[25]. ונראה שכוונתו לומר שהשלוחים חייבים לפעול יחד. אנו משערים שכך הוא, משום שהבעל פנה אל כולם בלשון רבים. אמנם לשם ביצוע השליחות יחד, אין צורך שייכתב הגט במעמד כולם[26], אבל מי שכותב צריך לעשות כן "בשביל כולם"[27], דהיינו על דעתם[28].

(ב) ביצוע יעיל של השליחות דורש שיפעלו השלוחים יחד

יש שביצוע יעיל של השליחות מחייב פעולה של כל השלוחים יחד, כמו שפסק מהר"י בן לב[29] בעניין דרך פעולתם של שני אפוטרופסים שנתמנו לניהול נכסי יתומים: "אין דרך למנות אפוטרופוסים בכי האי גונא [=בדרך זו], שיהיה רשות לכל אחד מהם לבדו להיות אפטרופוס, ופעם יתעסק בנכסי המת האחד ופעם יתעסק האחר, והויא מילתא דלא סלקא כהוגן [=ויהיה דבר שאינו עולה יפה]". על דרך ההיקש, נוכל להסיק שאם יש חשש שפעולת אחד מן השלוחים על דעת עצמו, בלי להתחשב בדעת חברו, תזיק לביצועה התקין של השליחות, יש להניח שהתכוון השולח שיפעלו השלוחים יחד.

(ג) השליחות דורשת יחסי אמון והפעלת שיקול דעת

מיוחד הוא המבי"ט[30], שדן בריבוי שלוחים בעניין ממונות. ארבעה שלוחים נשלחו למכור צמר. שניים מהם חזרו באמצע השליחות והשאירו את הצמר בידי השניים האחרים. לדעת המבי"ט, משעה שנפרדו השלוחים, בטלה שליחותם, מפני ש"יכול הוא [השולח] לומר: 'לכולכם האמנתי... ולא למקצתכם'". אולם מתעורר ספק אם היה המבי"ט פוסק כן גם בשליחות לביצוע פעולה טכנית, שאינה מצריכה שיקול דעת או יחסי אמון מיוחדים.

[24] רש"י, גיטין סז ע"ב, ד"ה ע"י כולן.

[25] וכן בלשון ההלכה בשולחן ערוך, אבן העזר, סימן קכ, סעיף ז: "אמר לעשרה 'כתבו גט לאשתי', אחד כותב בשביל כולם".

[26] חלקת מחוקק, שם, ס"ק טז: "דהכוונה היה לאחד מהם, איזה שירצה יכתוב, ואין צריך שיכתוב במעמד כולם".

[27] וראה עוד להלן, ג, עמ' 755, בהגדרת פעולה "ביחד".

נציין שאם הדגיש הבעל כשמינה את השלוחים ואמר "כולכם כתבו גט לאשתי", ההלכה היא: "אחד כותב וכולם חותמים". ההדגשה "כולכם" מתפרשת אפוא כהתניית תוקף הגט בחתימתו על ידי כל אחד מן השלוחים, ושאין די בחתימת שניים מהם. ונחלקו הפוסקים בשאלה אם כולם חותמים כעדים, דבר המחייב שלא יהיה ביניהם פסול לעדות ושיחתמו במעמד כתיבת הגט, או שרק שניים מהם חותמים כעדים, והשאר אינם חותמים אלא לשם קיום התנאי המתלה של הבעל, והם יכולים להיות פסולי עדות וגם לחתום במועד מאוחר יותר. אמנם לעניין כתיבת הגט, די שיכתוב אותו אחד מהם, ואין צורך שישתתפו כולם בכתיבה. לדעת 'חלקת מחוקק', שם, כך מתפרשים דבריו של הבעל, משום שמצד הלכות כתיבת גט, כתיבתו אינה יכולה להתבצע על ידי כולם יחד (שכל אחד מהם יכתוב מקצת הגט). אילו היה הדבר מותר, היו כולם צריכים להשתתף בפועל בכתיבה. וחלק עליו פרי חדש, אבן העזר, שם, ס"ק א, הסבור שלעניין כתיבת הגט, יש להניח שכוונתו של הבעל הייתה שאחד יכתוב, ולא שכולם יכתבו, אבל מן הדין אין מניעה שיכתבו כולם.

[28] אך בחידושים מכתב יד המיוחסים לריטב"א, גיטין סז ע"ב, ד"ה גמ' ת"ר אמר לעשרה (=חידושי הרמ"ה ושיטת הקדמונים, שם), דחה את הפירוש שהצענו: "אחד מהם כותב בשביל כולן, ואפילו שלא במעמד שלשתן [צ"ל: תשעה] האחרים ושלא מדעתם". וצריך לעיין בשאלה מה הביא אותו למסקנה זו, הסותרת לכאורה את פשטות לשון הברייתא כפי שהבין אותה רש"י (ראה הערת המהדיר, בחידושי הרמ"ה, שם, אות ט).

[29] שו"ת מהר"י בן לב, חלק ג, סימן יז.

[30] שו"ת המבי"ט, חלק ג, סימן קג.

כיוצא בזה פוסק מהרי"ט[31] (בנו של המבי"ט), אלא שאינו דן בריבוי שלוחים אלא בריבוי אפוטרופסים. לדעתו, בטיפול בענייני יתומים, האפוטרופסים חייבים לפעול יחד. לדבריו, דעת רבי יונתן (שראינו במבוא לתת־פרק זה) בפרשנות וי"ו החיבור אינה רלוונטית בעניין שבא לפניו, משום "דסברא הוא דבכל דבר שבממון ומשא מתן, כל כמה דנפישי – דייקי טפי [=ככל שמרובים יותר – מדקדקים יותר]"[32].

נראים הדברים שבכגון אלה, גם הרשב"א היה מסכים שהרשאתם של השלוחים מחייבת שיפעלו יחד[33].

(3) נסיבות שהשלוחים מורשים לפעול בהן באופן עצמאי

(א) הגדלת הסיכוי להשגת מטרת השליחות

'שולחן ערוך'[34] דן באופן נוסף של ריבוי שלוחים בדיני גטין, באישה הממנה שלוחים אחדים לקבל בעבורה את גטה מידי בעלה. וזה לשון 'שולחן ערוך' בעניין זה: "אם עשתה שליח קבלה, וחזרה ועשתה שליח, אפילו עשרה זה אחר זה, או שעשתה עשרה בבת אחת, כל שהגיע הגט ליד אחד מהם – מגורשת". נמצא שאף על פי שנתמנו השלוחים בהבעת רצון אחת לביצוע השליחות, אין הם חייבים לפעול יחד. נראה שהלכה זו אינה סותרת את גישתו העקרונית של הרא"ם (אף על פי שהוא סבור שעקרונית, השלוחים חייבים לפעול יחד, כפי שראינו במבוא לתת־פרק זה), משום שכאן כוונת השולח (האישה) עולה בבירור מנסיבות העניין. אין ספק שבריבוי שלוחים לקבלת הגט, אין האישה מבקשת אלא להגדיל את סיכוייה לקבלתו ולא לצמצמם. כי אילו לא הייתה מעוניינת להתגרש, לא הייתה ממנה שליח לקבלת הגט. כלומר, אף אם ננקוט כדעת הרא"ם, שעקרונית שלוחים שנתמנו יחד חייבים לפעול יחד, אין הדין כן כשעולה מנסיבות העניין בבירור שלא התכוון השולח לזה, אלא להגדיל את הסיכויים להשגת מטרת השליחות. בכגון זה, ברור שיש לכל אחד מן השלוחים הרשאה לפעול עצמאית.

(ב) שלוחים שידוע שיתקשו לפעול יחד

מהרי"ט[35] דן בשאלה אם רשאי אפוטרופוס לפעול לבדו, כשהאפוטרופוס שנתמנה יחד עמו גר דרך קבע במקום המרוחק מן הנכסים שבניהולם, ומי שמינה אותם ידע על כך. לדבריו, בכגון זה, יש להניח ש"לא הייתה כוונתו [של הממנה] שיתעסק בנכסים גם הוא, אלא שיהיה הוא משגיח על שמעון חבירו בכל עסקיו ויקבל ממנו חשבון מזמן לזמן, כדי שיהיה שמעון זריז ונשכר לתועלת היתומים, ביודעו שהוא עתיד ליתן דין וחשבון".

[31] שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן קכז.

[32] שם, ד"ה אלא. והשווה שם, סימן קלד, בעניין פרשנות נדר. וראה עוד שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן כז, שהעלה שיקול אחר, שיש להעדיף פעולה של שני האפוטרופסים יחד, כי "מזלא דבי תרי עדיף [=המזל של שניים עדיף]"

מדבריו של מהרי"ט עולה שדחייתו את דברי רבי יונתן בעניין פרשנות וי"ו החיבור אינה משום שיש הבדל עקרוני בין לשון המקרא לבין לשון בני אדם (השווה שיטת הרא"ם, לעיל, הערה 18), אלא הוא רואה את דברי רבי יונתן כלא שייכים לענייננו, משום שבמשא ומתן יש "סברא גדולה" לפרש שכוונת המצווה או השולח, כשמינה אותם בלשון "ראובן ושמעון", ששניהם יחד יטפלו בעניין, כדי להבטיח שייעשה העסק בתנאים הטובים ביותר, כשאחד משגיח על חברו. ונראה לומר שזו הייתה גם דרכו של אביו (המבי"ט).

[33] מעין זה, ראה שו"ת הרשב"א, חלק ד, סימן קנז. וראה שו"ת מנחת העומר (אביטבול), חו"מ, סימן לה.

[34] שולחן ערוך, אבן העזר, סימן קמא, סעיף מד, על פי שו"ת הרא"ש, כלל מה, סימן ה.

[35] שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן כז.

מדבריו ניתן לקבוע עיקרון כללי: כשידוע שיתקשו השלוחים לפעול יחד, וידע השולח על הדבר בעת שמינה אותם, יש לומר שהתכוון שמי שאינו יכול לפעול למילוי השליחות, יהא כעין מפקח על שאר השלוחים. הנחה זו תאפשר לשלוחים האחרים לפעול בלי להיוועץ בו תחילה, אך תחייב אותם לדווח לו על פעולותיהם ולאפשר לו לפקח על הדרך שבחרו לבצע את השליחות.

(ג) מנהג

מאחר שפסק הרא"ם שהשלוחים חייבים לפעול יחד, משום שהדעת נותנת שזאת הייתה כוונת השולח, הרי שאם יש מנהג בסוג מסוים של שליחות שהשלוחים מורשים לפעול עצמאית, הדעת נותנת שיש לפרש את כוונת השולח בהתאם למנהג.

כעין זה השיב הרשב"א[36] בעניין מינוי שני אפוטרופסים. לדעתו, אם מת אחד מן האפוטרופסים או הלך למדינת הים, אין הדבר מבטל את מינויו של חברו. באותה תשובה, הרשב"א אינו מסתמך על דעת רבי יונתן, "משמע שניהם כאחד ומשמע כל אחד בפני עצמו"[37], אלא אומר שיש לאמוד את דעת המצווה בהתאם למנהג, "ועדיין האחד הנשאר נוהג אפטרופסות לפי דעת כל המעמיד אפטרופין, אחר שהכל נוהגין כן[38], ואלמלא היתה דעת ראובן [המצווה], היה לו לצוות בפירוש ולומר שאם יפטר אחד מן האפוטרופין, שימנו אחר תחתיו או שיבטל האפוטרופסות"[39].

[36] ראה שו"ת הרשב"א, חלק ג, סימן רצז.

[37] ייתכן שלא עשה כן, אם משום שאפשר שהוא סובר שבמינוי אפוטרופסים ברור עקרונית שהכוונה היא שיפעלו יחד (בגלל דרישת האמון ושמירה על האינטרסים של היתומים. ראה לעיל, ליד ציון הערה 30), אם משום שבנסיבות האמורות שם, נעשה המינוי בלשון רבים (על מינוי בלשון רבים כשיקול לחייב פעולה ביחד, ראה לעיל, ליד ציון הערה 20). והשווה: שו"ת מהר"י בן לב, חלק ג, סימן יז; שו"ת שער אפרים, סימן קלג; שו"ת פרי הארץ (מזרחי), חלק א, יורה דעה, סימן יט; שם, אבן העזר, סימן ה. פוסקים אלה טוענים ששתי תשובותיו של הרשב"א (זו שלפנינו וזו שהבאנו לעיל, ליד ציון הערה 13) מיוסדות על עיקרון אחד. וצריך עיון.

[38] אמנם הרשב"א מדגיש שכן מחייב גם ההיגיון ("והדין נותן, שאלולי כן, אם תלך [צ"ל: ילך] לדרכו האחד קצת ימים לעסקיו, ולא היה כאן לזמן חנוכה [הזמן שהאפוטרופסים אמורים לחלק בו את כספי ההקדש לנזקקים], המינוי בטל, וכן הגבאי או הנאמן אינו נוהג עד שוב חברו, ואין זה דעת הצבור, ולא דעת היחיד המצווה"). אבל מלשונו ברור שדי במנהג להצדיק פעולה עצמאית של האפוטרופוס ושההיגיון הובא רק כדי לחזק מסקנה זו.

[39] נסיבה נוספת שיש בה אולי כדי ללמד על כוונת השליח תלויה בשאלה אם כינס השולח את השלוחים או שמצא אותם כבר יחד. התלמוד דן במי שהודה על חוב בפני שלושה אנשים (סנהדרין כט ע"ב), והשאלה היא: האם התכוון המודה ששלושת האנשים שלפניו ישמשו כבית דין או כעדים (על הנפקות המשפטית שיש לשאלה אם השלושה נחשבים בית דין או עדים בלבד, ראה שולחן ערוך, חו"מ, סימן לט, סעיף ז). רב אדא בר אהבה מציע שאם כינס המודה את שלושת האנשים, בוודאי התכוון לעשותם בית דין, מפני שאילו היה זקוק להם כעדים בלבד, היה מסתפק בשניים. אולם אם המודה מצא את שלושת האנשים כבר יחד, אין ראיה שהתכוון לעשותם בית דין, ולפיכך אין הם אלא בגדר עדים. ואפשר שהוא הדין בנידון דידן. כשכינס השולח את השלוחים יחד, מסתבר שהתכוון לקשור אותם לבצע את הפעולה במשותף, שאם לא כן, היה יכול למנות כל שליח בנפרד. אבל כשמצא את השלוחים כשהם מכונסים, אין ראיה אם התכוון לקשור אותם יחד או שמינה את כולם רק משום שמצא אותם יחד.

ג. היקף הדרישה לפעול יחד – "לפעול יחד"

(1) הסכמה פה אחד לפעולה?

לדעת ברק, כשהשלוחים חייבים לפעול יחד, עליהם להסכים פה אחד לפעולה, ואין להסתפק בהסכמת רוב השלוחים[40]. וזו גם עמדת המשפט העברי. כן עולה בהיקש מתשובת הרשב"א[41] בעניין טובי העיר: "כל שביררו הקהל עשרה או פחות מכאן או יתר מכאן, כל שלא אמרו שילך אחר הרוב[42], אינו כלום, עד שיסכימו כולם לדעת אחד"[43].

אמנם לעניין הפעולה עצמה, אין צורך שתיעשה על ידי כולם ממש, אלא די שיפעל אחד בשם כולם[44], כפי שראינו לעיל[45] בעניין ריבוי שלוחים בגטין. וכן אומר מהרי"ט[46] בעניין ריבוי אפוטרופסים: "מכל מקום, זהו לענין הסכמתן בדבר, שצריך שיסכימו כולם. אבל בדבר שהסכימו כבר, אחד מזכה מדעת כולם או רובם, שלא עלתה על דעת שתהא ידי ארבעתן זוכה כאחת". כלומר, השלוחים אינם חייבים לעשות את פעולת השליחות יחד ממש, ודי שתיעשה בידיעתם ובהסכמתם. לדוגמה, אם מונו שלוחים אחדים לקנות חפץ מסוים, פעולת הקניין אינה חייבת להתבצע על ידי כולם יחד, ודי שתיעשה על ידי אחד מהם על דעת כולם[47].

(2) פיצול השליחות

אין צריך לומר שהשלוחים אינם רשאים לחלק ביניהם את ביצוע השליחות ולפעול כל אחד בחלק ממושא השליחות. כך לדוגמה, שני השלוחים אינם רשאים לחלק ביניהם את הסכום שהפקיד בידם השולח ולפעול כל אחד במחצית הסכום[48].

[40] ראה ברק, סעיף 1046.

[41] שו"ת הרשב"א, חלק ה, סימן קכו.

[42] וראה שם, שאף כשהסכימו לזה, חייבת ההחלטה להתקבל במשא ומתן בין כולם. ואם חסר אחד מהם, אין תוקף להחלטתם, אף אם נתקבלה ברוב דעות.

[43] ואין כאן מקום להאריך בעניין קבלת החלטות בין נציגי ציבור. ראה בהרחבה אנציקלופדיה תלמודית, כרך יט, ערך טובי העיר, פרק ד, עמ' צ־צב.

[44] וראה ברק, סעיף 1044 וסעיף 1047.

[45] ראה לעיל, ליד ציון הערה 23.

[46] שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן קכז (הובא לעיל, ליד ציון הערה 31). ומעין זה כתב גם בחלק א, סימן צג (בעניין מורשים). והשווה שו"ת לחם רב (די בוטון), סימן קצה, ד"ה ותו איכא טעמא.

[47] אלא אם כן עולה כוונה אחרת מניסוח ההרשאה, כגון שמינה עשרה שלוחים לגרש את אשתו, ואמר: "כולכם כתבו גט לאשתי", שאז שיתוף הפעולה הנדרש בין השלוחים גדול יותר, ועליהם לעשות את פעולת השליחות "במעמד כולם". ראה: שולחן ערוך, אבן העזר, סימן קכ, סעיף ז; שם, סימן קמא, סעיף כג. והשווה להלן, סוף הערה 49.

נעיר כי כשברור שנדרש שיתוף פעולה אמיץ כזה בין השלוחים, לא מצאנו מקור להבחנה בין שליחות אקטיבית (עשיית פעולה) לבין שליחות פסיבית (כגון קבלת הצהרה). השווה ברק, סעיף 1044. לעומת זאת, כשניסוח ההרשאה אינו חד־משמעי, נראה שאם מדובר בשליחות פסיבית, סביר לפרש שלא התכוון השולח לדרוש פעולה של כולם יחד (ודי לו בהצהרה בפני אחד מהם. שאם לא כן, היה עליו לציין זאת במפורש, כפי שראינו לעיל, ליד ציון הערה 34, בעניין ריבוי שלוחים לקבלת גט).

[48] כן עולה בקל וחומר משו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן כז (מהרי"ט דן במוריש שמינה שני אפוטרופסים שאינם גרים באותו מקום. ואף על פי שהיה מקום לאמוד שכוונתו הייתה שיתפצלו, הוא פוסק שאין להוציא את דברי המוריש מפשוטם, מאחר שהיה מודע לעובדות לאשורן ולא טרח לפרש את דבריו. רק אם נשתנו הנסיבות יש מקום לאמוד מה היה רצונו של המוריש לו היה מעלה בדעתו את השינוי).

(3) מותו של אחד השלוחים

ממה שראינו לעיל, עולה שעמדת המשפט העברי היא שעקרונית, אם ברור שכוונת השולח הייתה שיפעלו השלוחים יחד, ולא אמר במפורש שאם ימות אחד, יוכל האחר להמשיך בשליחות לבדו, מיתתו של אחד השלוחים מביאה את השליחות כולה לידי סיום[49]. אולם הדין אינו כן אם יש יסוד סביר להניח שכוונת השולח הייתה שתימשך השליחות גם אם ימות אחד מן השלוחים. כך ניתן להסיק מהיקש למה שפסק הרשב"א[50] בעניין מיתתו של אחד מן האפוטרופסים שמינה אבי היתומים, כשאמר שמאחר שהמנהג הוא שהאפוטרופוס האחר ממשיך בתפקידו, אם לא הייתה כוונת המוריש לפעול על פי המנהג, היה עליו לומר את הדבר במפורש[51].

[49] כן פסק הרא"ם במפורש בהקשר אחר (ראה לעיל, הערה 10). וכן עולה גם משו"ת מהר"י בן לב, חלק ג, סימן יז (בעניין ריבוי אפוטרופסים). וכן פסק לפניו שו"ת הרא"ש, כלל ו, סימן יא, בעניין "קהל שבררו ברורים לתקן תקנת הקהל... [ו]מת אחד מהברורים... נתפרדה החבילה, ואין לנשארים כח לעשות, בלתי אם שמו [=מינו] הקהל אחר במקומו". וכן היא גם דעת ברק בפרשנות החוק. ראה ברק, סעיף 1048, אות ה.

אמנם ראינו (לעיל, ליד ציון הערה 13) שהרשב"א נוקט שלא כדעת הרא"ם, אך חילוקי הדעות ביניהם מצומצמים לעניין פרשנות כוונת השולח כשמינה לשליחותו את "ראובן ושמעון" (שלדעת הרשב"א, "משמע שניהם כאחד ומשמע כל אחד בפני עצמו"), אבל אין ספק שאם אמר השולח במפורש שהוא ממנה את ראובן ושמעון לפעול יחד (או שמינה אותם בלשון רבים), אם מת אחד מהם, "נתפרדה החבילה" (לשון הרא"ש שם), אלא אם כן יש מנהג אחר. ראה לעיל, ליד ציון הערה 36.

וראה עוד בעניין זה שו"ת המבי"ט, חלק ב, סימן עד. המבי"ט דן במי שכתב הרשאה לשניים למכור את ביתו, ואמר במפורש שאם יארע אונס לאחד מהם, יוכל חברו לטפל במכירה לבדו. כלומר, היה ברור שעקרונית עליהם לפעול יחד, אלא שאם יחול שינוי בנסיבות (מחמת אונס), יוכל האחד לפעול גם לבדו. למעשה, לא אירע שום אונס, אבל אחד מן השלוחים סירב להמשיך לטפל בענייני השליחות, ופסק המבי"ט שסירובו של אחד השלוחים אינו מבטל את כוחו של חברו. על פסק זה, הש"ך אומר ש"אין דבריו מוכרחים" (חו"מ, סימן קכג, ס"ק טז). ואמנם ייתכן שכוונת השולח הייתה להסמיך את אחד השלוחים רק אם יהיה חברו מנוע בעל כורחו מלשתף עמו פעולה, ולא אם יימנע מרצון להמשיך לשתף עמו פעולה. לעומתו, שער משפט, שם, ס"ק ד (מובא בפתחי תשובה, שם, ס"ק א), צידד בדעת המבי"ט מן הטעם ש"אם אין האחד רוצה לטפל במכירתו, נמי אין לך אונס גדול מזה". והסכים לדעתו ערוך השולחן, חו"מ, סימן קכג, סעיף ו.

לכאורה, כן מפורש גם בשולחן ערוך, אבן העזר, סימן קכ, סעיף ט, בעניין ריבוי שלוחים בגטין: "אמר 'כולכם חתמו' [על הגט]... כולם צריכים לחתום... ואם מת אחד מהם קודם החתימה, הרי הגט בטל". אולם אין להביא ראיה מהלכה זו, מפני שאנו עוסקים בשליחות שבה השלוחים אמורים לעשות יחד פעולת שליחות אחת, ואילו הלכה זו עוסקת בבעל שהתנה את תוקפו של הגט, שיעשה כל אחד מן השלוחים פעולה (חתימה) משלו (ראה לעיל, הערה 27). נמצא שהגט בטל מפני שלא נתקיים התנאי לתוקפו, ולא מפני שנתבטלה השליחות.

[50] ראה לעיל, ליד ציון הערה 36.

[51] בעקבות דברי הרשב"א, פסק הרמ"א (יורה דעה, סימן רנח, סעיף ה; וכן משמע גם משו"ת מהר"י בן לב, חלק ג, סימן יז): "ואפילו היו האפוטרופסים שנים, ומת אחד מהן, אין הקהל יכולין למנות אחר, אלא הנשאר יעשה מה שירצה וכמו שצוה הנותן". ומשמע שלא זו בלבד שהקהל אינו צריך למנות אפוטרופוס תחת זה שמת, אלא שאינו מוסמך לעשות כן.

וכאן המקום להזכיר את גישתו הייחודית של הט"ז (יורה דעה, סימן רכח, ס"ק מט) בהבנת פסקו של הרשב"א בעניין אב שהשביע את בנו שלא ילווה יותר מסך פלוני "כי אם ברשות שמעון ולוי". לעיל (הערה 18) ראינו שרוב הפוסקים הסיקו מתשובת הרשב"א (שדי בקבלת רשותו של אחד מהם), שבאין ראיה לסתור,

(4) ביטול שליחותו של אחד השלוחים

בשליחות הצריכה להיעשות על ידי כל השלוחים יחד, ביטול שליחותו של אחד מהם מביא לביטול כל השליחות כולה[52]. לכאורה, הדין שונה כשהשלוחים יכולים לפעול כל אחד לבדו, ואינם תלויים זה בזה, שבאופן זה אין סיבה שישפיע הביטול על שליחותם של האחרים. ואמנם כן היא דעתם של פוסקים רבים[53]. אך לדעת הרמב"ם[54], אם ביטל השולח את שליחותם של מקצת מן השלוחים למסירת גט, בטלה השליחות כולה[55], אף אם כל אחד מן השלוחים היה רשאי למסור את הגט לבדו[56].

יש להניח שכוונת האב הייתה להתיר לו ללוות בהסכמת שמעון או בהסכמת לוי. לעומתם, הט"ז טוען שלדעת הרשב"א, כל זמן שהשניים חיים, יש לומר שכוונת האב הייתה לדרוש את הסכמת שניהם, ורק כשמת אחד מהם, השני יכול לפעול לבדו, משום ש"לא עלה על דעת האב שיהיה אסור לעולם". במילים אחרות, הט"ז טוען שכוונת הרשב"א אינה לומר שכוונת האב הייתה להתיר לבנו ללוות בהסכמת "שמעון או לוי" בכל מקרה, שהרי הכלל הוא: "סתם נדרים להחמיר". ומאחר שהרשב"א עצמו אומר, בעקבות התלמוד, ש"משמע שניהם כאחד ומשמע כל אחד בפני עצמו", ממילא אין יסוד לפרש את כוונת האב לקולה. מכאן הט"ז מסיק שאין דברי הרשב"א אמורים אלא בשמת אחד מהם (כבמקרה שבא לפניו), שרק אז מתקיימת כוונת האב ("משמע גם כל אחד בפני עצמו"). לדעת הט"ז, להבנה זו בדברי הרשב"א רומז הרמ"א, סימן רכח, סעיף מ, כשהוא אומר: "ועיין לעיל, סימן ריז [צ"ל: רטז]", שהרי הדגיש שם בסעיף ז: "ומת אחד מהם". השווה דעת הש"ך, לעיל, הערה 18. ויש להעיר שממה שפסק הרשב"א (לעיל, הערה 36) בעניין מינוי שני אפוטרופסים, אין עולה כן, שהרי אמר שם הרשב"א במפורש שהדברים אמורים גם אם הלך אחד מהם למדינת הים, כלומר גם כשלא מת.

כפירוש הזה מציע גם שו"ת מהרשד"ם, אבן העזר, סימן מח (בסופו), אלא שהוא מעיר שהפירוש הזה דחוק. וראה שו"ת חכם צבי, סימן ד, שאינו מקבל את דעת הט"ז בעניין מות אחד מהם (ומרבה להקשות עליו), ומציע דרך אחרת בפירוש דברי הרשב"א. ראה לעיל, הערה 18. וראה שו"ת מהר"י בן לב, חלק ג, סימן יז, שהעלה פירוש דומה לפירוש הט"ז ודחה אותו.

52 ראה גיטין לג ע"א.

53 ראה: השגות הראב"ד, הלכות גירושין, פרק ו, הלכה יח; רא"ש, גיטין, פרק ד, סימן ה; חידושי הרשב"א, גיטין לג ע"ב, ד"ה ומיהו. שולחן ערוך, אבן העזר, סימן קמא, סעיף סא, הביא דעה זו כדעה העיקרית.

54 רמב"ם, הלכות גירושין, פרק ו, הלכה יח.

וכן הבינו את דעת הרמב"ם רבים ממפרשיו. וכן הובא להלכה בשולחן ערוך, אבן העזר, סימן קמא, סעיף סא, בשם "יש מי שאומר". והשווה לחם משנה, שם. לדעתו, אין דברי הרמב"ם אמורים אלא בשביטל השולח במפורש את כל שלוחיו, אך עשה זאת רק בפני מקצתם. להסבר שלישי בדברי הרמב"ם, שאינו עניין לנידון דידן, ראה המאירי, בית הבחירה, גיטין לג ע"א, ד"ה מדברינו.

55 יש לציין שמחלוקת הפוסקים יסודה בהבנת מסקנת סוגיית התלמוד, גיטין לג ע"א־ע"ב.

56 וראה מגיד משנה, על הרמב"ם, שם, המנמק על פי דברי התלמוד את הפסק הזה ואומר ש"שליחות שבטלה מקצתה בטלה כולה". והדברים מתמיהים. וראה פני יהושע, גיטין לג ע"ב, ד"ה גמרא עדות שבטלה, האומר שאם ביטל השולח את שליחותם של מקצת משלוחיו, גילה את דעתו שאינו חפץ עוד בקיום השליחות. וכוונתו לומר כנראה שאם לא ביטל את שליחות האחרים, הרי זה רק משום שלא הספיק לעשות כן. על פי הסברו של 'פני יהושע', נראה שאין דברי הרמב"ם אמורים אלא בשליחות "טכנית" (כגון שליחות למסירת גט), שאין בה לשליח אחד יתרון על פני חברו, ולכן ביטול שליחותו של האחד מתפרש כרצון השולח לבטל את השליחות כולה.

פרק שלישי

ריבוי שולחים – "חזקה שעל השלוח לפעול מכוח כולם יחד" – ס"ק (ב)

א. כללי

לעניין ריבוי שולחים, נקבע בסעיף שלפנינו בס"ק (ב): "ניתנה הרשאה אחת על ידי שולחים אחדים, חזקה שעל השלוח לפעול מכוח כולם יחד". וכבר אמרנו במבוא לסעיף זה, שאין מקום להוראת ס"ק (ב) אלא בשולחים אחדים שמינו שליח אחד ולא פירשו אם כוונתם שיוכל השליח לפעול גם מכוחו של כל אחד ואחד מהם בנפרד או שכוונתם שיפעל רק בשם כולם יחד ולא בשם חלק מהם. זוהי שאלה של פרשנות, שלפתרונה המחוקק קובע חזקה, ולפיה אם אין הוכחה לסתור, יש להניח שהתכוונו השולחים שיפעל השליח רק בשם כולם יחד. נמצא שאם לא הוכח אחרת, פעולה בשם חלק מהם דינה כפעולה בלא הרשאה[57].

הוראת הסעיף, אם "ניתנה הרשאה אחת על ידי שולחים אחדים", היא עמומה, מפני שלא עולה ממנה אימתי יש לראות בהרשאתם של שולחים רבים "הרשאה אחת". ברק[58] מפרש כי: "הרשאה אחת ניתנת על ידי שולחים אחדים כאשר בהבעת רצון משותפת מוענק כוח ייצוג אחד לשלוח" (ההדגשות שלי – מ"ו). זאת להבדיל "מהמקרה בו קיימות הבעות רצון נפרדות של כל שולח, אפילו נושא ההרשאה זהה, ואפילו הבעות הרצון היו בו זמנית". כלומר, העובדה שקיבל השליח בו־זמנית הרשאות עצמאיות משולחים אחדים לביצוע אותה פעולה משפטית אינה מצמצמת את הרשאותיו, ואינו חייב לפעול רק מכוח כולם יחד. ואולי להפך. אילו היה עושה כן, היה מפר את חובת הנאמנות המוטלת עליו מכוח סעיף 8(2), ולפיה אסור לו להיות "שלוח של שולחים שונים לנושא שליחות אחד שלא על דעת שולחיו"[59]. חובתו לפעול בשם כולם אינה חלה אלא אם הביעו רצון משותף שיהיה שלוחם והעניקו לו כוח ייצוג אחד. כן הוא לדוגמה "כאשר ראובן ושמעון מעניקים בכתב אחד הרשאה ללוי לקנות בשמם נכס". בכגון זה, החוק קובע חזקה, ולפיה הרשאתו של לוי (השליח) היא לקנות את הנכס בשמם של ראובן ושמעון גם יחד, ואין לו הרשאה לקנות אותו רק עבור אחד מהם.

להלן נדון בשאלה: האם יש חזקה במשפט העברי המקבילה לחזקה הקבועה בחוק, ולפיה הרשאתו של שליח שנתמנה "בהרשאה אחת" על ידי שולחים אחדים היא לפעול רק בשם כולם יחד? או שמא אין מקום לחזקה הזאת, והשאלה תוכרע לפי נסיבותיו המיוחדות של כל מקרה?

ב. אומדן דעת השולחים

א. שאלת הגדרת הרשאתו של שליח שנתמנה בהבעת רצון אחת על ידי שולחים רבים לא נידונה ישירות במקורות המשפט העברי, אבל אפשר ששאלה זו עומדת ביסוד המחלוקת בין

[57] ברק, סעיף 1052.

[58] ברק, סעיף 1051.

[59] אך אם השולחים היו מודעים זה לקיומו של זה, אי אפשר לומר שפעל השליח שלא על דעת שולחיו. אם השולחים אינם מודעים זה לקיומו של זה, על השליח להכריע את שליחותו של איזה שולח הוא מקבל על עצמו. בכך השליח אינו מפר חובת נאמנות כלפי השולחים האחרים, מפני שלפי סעיף 8, חובת הנאמנות אינה מוטלת על השליח אלא משעה שקיבל עליו להיות שליח (והרי זה לא קיבל עליו להיות שלוחם).

הרמ"ה לבין הרי"ד, ר' ישעיה די טראני, בשאלת היקף הלכתו של רבא המובאת בתלמוד[60]. נציג תחילה הלכה זו וננסה לעמוד על מידת זיקתה לכאורה לענייננו, ואחר כך נציג את המחלוקת בין הרמ"ה לבין הרי"ד. וזה לשון התלמוד בעניין זה:

> אמר רבא: הני בי תלתא דיהבי זוזי לחד למזבן להו מידי, וזבן לחד מנייהו – זבן לכולהו. ולא אמרן אלא דלא צר וחתים איניש איניש לחודיה. אבל צר וחתים איניש איניש לחודיה – למאן דזבן זבן, ולמאן דלא זבן לא זבן [=שלושה שמסרו כסף לשליח אחד שיקנה עבורם דבר מה, וקנה עבור אחד מהם – קנה לכולם. ואין הדברים אמורים אלא בשלא היה כספו של כל אחד צרור לעצמו. אבל אם היה צרור לעצמו – למי שקנה קנה, ולמי שלא קנה לא קנה].

מן הסיפא של דברי רבא עולה שאם מסרו השולחים את כספם לשליח בצרורות נפרדים וחתומים, הדבר מעיד כנראה שאינם מעוניינים בשיתוף ביניהם, והשליח רשאי להחליט עבור מי מהם לפעול. מקרה זה אינו נוגע לענייננו, משום שלא הייתה בו הבעת רצון משותפת של השולחים למנות שליח אחד אלא שלוש הבעות רצון נפרדות. לעומת זאת, המקרה הדן בשולחים שלא הפרידו את צרורות כספיהם זה מזה נוגע לענייננו, מפני שהראו השולחים שהם מעוניינים בשיתוף ביניהם, ואפשר לראותם כמי שמינו שליח אחד בהבעת רצון אחת[61].

ואף על פי שיש לפנינו מקרה הדן בשולחים אחדים שמינו שליח אחד בהבעת רצון משותפת, ספק אם ניתן להסיק מהלכת רבא באשר להגדרת הרשאתו של השליח. אילו היה דן בית משפט במקרה מעין זה על פי הוראות חוק השליחות, היה פוסק שמאחר שלא פעל השליח בשם כל שולחיו, נמצא שחרג מהרשאתו, ויש להחיל עליו את הוראות סעיף 6. אבל למרבה הפליאה, רבא פוסק באופן שונה תכלית השינוי: פעולת השליח מזכה את כל השולחים. לכאורה, אי אפשר להקיש מפסקו של רבא לענייננו, מפני שאפשר שהלכתו אינה מיוסדת על עיקרון בדיני השליחות אלא על עיקרון בדיני הקניין, ולפיו מה שנקנה בכספם המשותף של השולחים הוא שלהם בלא קשר לדיני השליחות[62]. אולם עיון בחילוקי הדעות שנתגלעו בשאלת היקף תחולתו של דין זה עשוי ללמד שיש בכל זאת קשר בינו לבין העניין שלפנינו.

[60] בבא מציעא עד ע"א.

[61] לדעת תלמידי הרשב"א, תנאי נוסף לפרש את כוונתם ככוונת שיתוף הוא שמסירת המעות לשליח הייתה במעמד אחד (אבל אם הייתה בזה אחר זה, לא ייחשבו כמי שמינו את השליח במשותף, אף אם מסרו לו צרורות כסף לא חתומים). וכן הביא בשמם בית יוסף, חו"מ, סימן קפד, סעיף א: "וכתבו תלמידי הרשב"א, 'זבן לכולהו', והוא שנתנו לו כאחד זה בפני זה, דהוי ליה כאילו נשתתפו. ולא כל כמיניה [=ואינו יכול] לקנות לאחד, דאף על פי שהוא חוזר בו, ולא רצה לקנות לאחרים, על כרחו קנו כולם במה שקונה לחבירו, דשותפים הם על כורחו. אבל אם כל אחד נתנם לו שלא בפני חבירו, הרי הוא כאילו צר וחתם אינש אינש לנפשיה, דאמרינן: 'למאן דזבן זבן'". ומעין זה מצינו גם בחידושי הריטב"א, בבא מציעא עד ע"א, ד"ה אמר רבא: "דכיון דבמעמד אחד נתנו לו כלם, ולא הקפידו, נעשו שותפים. אבל בדצר וחתים כל חד מינייהו זוזי דידיה, גלו אדעתייהו דלא משתתפי כלל".
יש להעיר שמן הסיפא של דברי תלמידי הרשב"א עולה לכאורה שהם חולקים על החזקה שבחוק, שכן הם כותבים: "דאף על פי שהוא חוזר בו ולא רצה לקנות לאחרים, על כרחו קנו כולם במה שקונה לחבירו, דשותפים הם על כורחו". מדבריהם עולה שאין בעובדה שהשליח לא עשה את שליחותו מכוח כל השולחים יחד כדי לבטל את תוקף השליחות שעשה עבור אחד מהם (ואם בכל זאת "קנו כולם", הרי זה משום ש"שותפים הם על כורחו").

[62] כעין זה ראה בנתיבות המשפט, סימן קפג, ס"ק ד, המדבר על הכלל "מעות קונות". וראה עוד להלן, הערה 67.

לדעת הרמ״ה[63], הלכת רבא אמורה אפילו אם השליח מודיע במפורש לפני ביצוע העסקה שהוא מתכוון לקנות בשמו של אחד משולחיו. לעומתו, הרי״ד[64] סבור שהלכת רבא אמורה רק בשליח שאינו מפרש את כוונתו. אבל אם השליח אומר במפורש לפני ביצוע

[63] דברי הרמ״ה מובאים בטור, חו״מ, סימן קפד, סעיף ב (והשווה מטה שמעון, הגהות הטור, אות ב, הטוען שאין מחלוקת בין הרמ״ה לבין הרי״ד (ראה להלן בסמוך), וכולי עלמא מודים שאם הודיע השליח מראש במפורש שהוא קונה עבור אחד משולחיו, נקנה הנכס לו לבדו. אולם דעה זו בהבנת גישת הרמ״ה היא דעת יחיד). וראה תשובות גאוני מזרח ומערב (ברלין תרמ״ה), סימן קנה, שדבריו נוטים לשיטת הרמ״ה, כפי שהעיר המהדיר שם.

על שיטת הרמב״ם בעניין זה, חלוקות הדעות. וזה לשון הרמב״ם, הלכות מכירה, פרק ז, הלכות יג־יד: ״שלושה שנתנו מעות לאחד לקנות להם מקח, אם היו המעות מעורבות וקנה במקצת הדמים, אף על פי שהייתה כוונת השליח שזה [המקח] שקנה [נקנה] לאחד מהן, הרי המקח של כולן, וחולקין אותו לפי מעותיהן. היו מעות כל אחד מהן צרורין וחתומין, אף על פי שהיה בלב השליח שזה המקח [נקנה] לכולם, לא קנה אלא זה שנקנה המקח במעותיו בלבד״. יש מי שאומר שדעת הרמב״ם כדעת הרמ״ה. ראה: ב״ח, חו״מ, סימן קפד, סעיף ב; סמ״ע, שם, ס״ק א; נתיבות המשפט (חידושים), שם, ס״ק ב. כלומר, אף אם הצהיר השולח לפני ביצוע העסקה שאינו מתכוון לפעול אלא עבור אחד משולחיו, נקנה הנכס לכולם (ראה סמ״ע, שם, ס״ק ב). גם הטור כותב אחר שהביא את דברי הרמב״ם, ״וכן כתב הרמ״ה״. אבל מהמשך דבריו שם נראה שהטור מייחס לרמב״ם את הדעה שאף אם ניתנו המעות על ידי השולחים כשהם מעורבים, והפריד ביניהן השליח, יש בידו לקנות עבור אחד מהם בלבד (והוא מדייק זאת מלשון הרמב״ם, ״היה מעות כל אחד צרורין וחתומין, לא קנה אלא זה שקנה במעותיו״, ש״לפי זה אינו תלוי במה שנתנו לו הן מעותיהם מעורבין״. אבל כבר העירו הפוסקים שהבאנו לעיל שדבריו דחוקים. וראה גם שו״ת דברי ריבות, סימן תכו, שהדגיש שמה שנאמר בתלמוד, ״ולא אמרן דזבן לכלהו אלא דלא צר וחתים כו׳, קאי אבעל המעות [ולא על השליח]״). וראה עוד שו״ת דברי ריבות, סימן קלז, ד״ה וכ״ת כל זה.

כשיטת הרמ״ה פוסקים גם: ריא״ז, רבי ישעיה האחרון (ראה להלן, הערה 65); תלמידי הרשב״א (ראה לעיל, הערה 61).

והשווה דברי רמ״ך המובאים בשיטה מקובצת, בבא מציעא עד ע״א, ד״ה וכתב הרמ״ך. ונראה שגם הוא נוקט כדעת הרמ״ה, אלא שמדבריו עולה שההלכה אמורה כשעירבו השולחים את מעותיהם יחד ויצרו שותפות שאין בכוחו של השליח לפרק אותה. אבל אם לא עירבו את מעותיהם, ומסרו אותן לשליח בצרורות נפרדים, אף על פי שאמרו לו בפירוש לקנות להם את הנכס בשותפות, אם פעל בכספו של אחד מהם, זוכה אותו שולח לבדו. שיטה זו צריכה עיון, מפני שהשליח חרג בעליל מהרשאתו! ואולי בשני המקרים, בין שעירבו את כספם ובין שלא עירבו את כספם, לא נקנה הנכס מכוח דין שליחות, שהרי בשניהם חרג השליח מהרשאתו, כשפעל עבור אחד משולחיו בלבד, אלא מכוח ״קניין מעות״: במקרה הראשון, מאחר שקנה בכספי השותפות, קנו השותפים, ובמקרה השני, מאחר שקנה בכספו של אחד מן השולחים בלבד, קנה אותו שולח לבדו.

[64] פסקי הרי״ד, בבא מציעא עד ע״א, ד״ה ואמ׳ רבא. דברי הרי״ד מובאים גם הם בטור, שם. וזה לשונו: ״וה״ר ישעיה כתב, ואם קודם שקנאו הוא מפרש בהדיא, אף על פי שמתחילה קיבל המעות לקנות ביחד, זה קנה לבדו, שהרי חזר בו משליחותם, ולא רצה לקנות אלא לזה, והרשות בידו לחזור״. ואולם שונה הנוסח בפסקי הרי״ד: ״כגון שהלך השליח לדרכו והביא לאחד מהן... ואינו כאן שיפרש לנו למי קנה, מסתמא אמרי׳ דזבן לכולהו כיון שביחד נתנו לו... אבל אם פירש ואמר כי ׳לזה קניתי׳, אף על פי שמתחילה פירש וקיבל לקנות לכולן יחד, זה קנה לבדו, שהרי חזר בו״. מלשון זה עולה לכאורה שלפי הרי״ד, דינו של רבא אמור בשמסר השליח את הסחורה לאחד מן השולחים בלי לציין במפורש עבור מי קנה אותה. ופסק רבא שאם כסף השליחות ניתן לו על ידי כל השולחים יחד (״לא צר וחתים״), יש להניח שהתכוון לקנות בעבור כולם, אף על פי שמסר את הסחורה רק לידי אחד מהם. אבל אם בשעה שמסר את הסחורה לאחד השולחים, אמר במפורש שבשעת הקנייה הייתה כוונתו לקנות עבורו לבדו, די בזה שיזכה הלה לבדו (אף על פי שכוונת השולחים הייתה שיקנה עבור כולם יחד). כאמור, הטור מדגיש שכדי שיזכה שולח אחד לבדו, צריך השליח להודיע על כוונתו זו לפני שהוא עושה את העסקה. אנו בחרנו

העסקה שאין כוונתו לקנות את החפץ רק עבור אחד משולחיו, אין החפץ קנוי אלא עבור אותו שולח[65]. ונשאלת השאלה: מהו הרקע העיוני למחלוקת זו?

ב. 'נתיבות המשפט'[66] אומר שלדעת הרמ"ה, כשהטילו השולחים את כספם לכיס אחד ושלחו את השליח לקנות להם נכס, כוונתם הייתה שיקנה עבור כולם, והשליח אינו מוסמך לחרוג מכוונתם זו ולפרק את השותפות שביניהם. לכן, כשקנה רק עבור אחד משולחיו, חרג משליחותו, שהרי לא היה מוסמך לפרק את השותפות שיצרו או שהתכוונו ליצור, ונמצא שפעולתו לא הייתה פעולת שליחות. ומאחר שכאמור לעיל, הכסף הוא כספם של כל השולחים גם יחד, נקנה הנכס עבור כולם, לא מכוח דיני השליחות אלא מכוח עקרונות דיני הקניין, ולפיהם תחליפי כספו של אדם הם שלו[67].

בדברינו את הניסוח שבטור, משום שהוא עומד ביסוד דברי הפוסקים המאוחרים יותר, כשהם מסבירים את שיטת הרי"ד, כפי שנעיר עוד להלן, הערה 68 והערה 75.

כשיטת רי"ד סוברים: חידושי הריטב"א, בבא מציעא עד ע"א, ד"ה אמר רבא (בשם הרמב"ן); טור, שם (שהוסיף אחרי ציטוט דברי ר' ישעיה: "והכי מסתבר"); רמ"א, חו"מ, סימן קפד, סעיף א.

[וראה כנסת הגדולה, הגהות הטור, אות ג. לדעתו, הרמ"א סבור שזו היא גם דעת הרמב"ם, שלא אמר שהנכס נקנה לכל השולחים אלא כשהשליח רק חשב בלבו לקנות עבור אחד מהם. מכאן שאם אמר כן בפירוש, נקנה לו לבדו. זו הסיבה לדעתו שהרמ"א כתב את הגהתו בסתם ולא בלשון "יש אומרים". והשווה סמ"ע, שם, ס"ק ב, התמה על הרמ"א בעניין זה. דברי 'כנסת הגדולה' מבוססים על נוסח הלכת הרמב"ם כפי שהיא מובאת בטור: "אפילו שהיה בלב השליח שיהיה לאחד לבדו". וראוי לציין שהנוסח במהדורות הרמב"ם שלפנינו אחר: "אף על פי שהיתה כוונת השליח..."].

[65] והשווה קונטרס הראיות (לר' ישעיה האחרון), בבא מציעא, פרק איזהו נשך, ראיה יז, הדוחה את דברי הרי"ד ואומר: "ונראה לי דלשון התלמוד אינו כדבריו. 'דזבין לחד מינייהו' משמע שידוע שקנה לאחד מהם, ואפילו הכי זבן לכולהו".

[66] נתיבות המשפט, סימן קפד, ס"ק א.

[67] כלומר, דעת המוכר להקנות את חפצו לבעל המעות מספיקה לעניין זה, והעובדה שפקעה השליחות אינה פוגעת בתוקף העסקה בין המוכר לבין בעלי המעות. על עיקרון זה (המוכר כיום כדין "עקיבה") כבר עמדנו פעמים אחדות בחיבור זה. ראה לדוגמה: סעיף 6, הערה 98; סעיף 9, הערה 136.

אמנם יש מקום לשאול: מכוח מה קנו שאר השותפים? הרי השליח לא התכוון למשוך את החפץ עבורם אלא רק עבור אחד מהם, וממילא לא נעשתה פעולת קניין להעביר לרשותם את הבעלות על הממכר. ראה נתיבות המשפט, סימן קפג, ס"ק ד, האומר שאם אין מקום לחשש שיאמר המוכר "נשרפו חטיך בעלייה", חוזרים לדין תורה, שה"מעות קונות". זהו המצב כשהחפץ עובר לרשותו של השליח, שכיוון שאינו עוד ברשות המוכר, אין סיבה לעכב את העברת הבעלות עליו לבעל המעות, אף על פי שלא התכוון השליח לעשות מעשה קניין עבורו. לביקורת על גישת 'נתיבות המשפט', ראה טבעת החושן, שם.

לגישה אחרת, שפעולת השליח מועילה לשולחים מדין שליחות (ולא מדין "עקיבה"), ראה ט"ז, חו"מ, סימן קפג, סעיף ג (לביאור דבריו, ראה שו"ת משכנות יעקב (ברוכין), חו"מ, סימן נג). מדבריו עולה שאף על פי שביקש השליח להשתמש בכספי השולח לעצמו (על ידי שקיבל על עצמו התחייבות לפרוע לו את ערכם), מאחר שמתברר לו שאין בכוחו להפקיע מן השולח את בעלותו על כספו, הוא נחשב כמי שלא חזר בו משליחותו, "וניחא ליה דליקו בהמנותיה [=ונוח לו לעמוד בנאמנותו]" (כהסבר זה, ראה גם אבן האזל, הלכות מכירה, פרק ז, הלכה יב, ד"ה ובאופן: "דלא הוי גזלן גמור, והטעם דסבר דיש לו רשות ללות המעות, ובודאי חשב שאם בדין שייך המקח למשלח – יתן למשלח"). על פי גישה זו, אין מקום לשאלה כיצד קנו שאר השותפים.

והשווה גם דברי תלמידי הרשב"א, לעיל, הערה 61, שעולה מהם שאף על פי שיש לשליח הרשאה לפעול בשמו של כל אחד מן השולחים בנפרד, הרשאתו אינה כוללת את פירוק השותפות ביניהם ("שותפים הם בעל כרחו"). אשר על כן, אף על פי שפעולתו בשם אחד מן השולחים הייתה ברשות, כל השולחים זוכים

לעומת הרמ״ה, הרי״ד סבור, לפי הסברו של ׳נתיבות המשפט׳, שכשם שכל שולח יכול לפרק את השותפות בלא ידיעתם של שאר השותפים, ובלבד שהוא מצהיר במפורש על כוונתו לפרק אותה[68], כן מוסמך שלוחם לפרק את השותפות בשם אחד מן השותפים ולהמשיך בשליחות בשמו. פעולתו היא אפוא פעולת שליחות, ומכוחה הוא קונה את הנכס עבור אחד משולחיו, ולא רק מכוח העובדה שקנה את הנכס בכספו של אותו שולח.

לפי הסבר זה, יש מקום לומר שיסוד המחלוקת בין הרמ״ה לבין הרי״ד הוא בשאלת קיומה או אי־קיומה של ״החזקה״ שבסעיף שלפנינו. אפשר שהרמ״ה נוקט כהוראת החוק, ששולחים שהביעו את כוונתם להיות שותפים לביצועה של פעולה משפטית אחת, חזקה שאינם מסמיכים את שלוחם המשותף לייצג כל אחד מהם בנפרד, ומשום כך אינו מוסמך לפרק את שותפותם[69]. לעומתו, הרי״ד כופר בקיומה של חזקה מעין זו, וסבור שכשם שהשולחים עצמם היו רשאים להיפרד איש מרעהו, אף על פי שמתחילה התכוונו לשיתוף, כן מוסמך השליח לפרק את השותפות ולהמשיך את שליחותו בשם אחד מהם. במילים אחרות, לדעתו, אף על פי שנתמנה השליח על ידי שולחים אחדים בהבעת רצון אחת (ואפילו תוך הטלת כספי השולחים לתוך כיס אחד), הוא מורשה גם לייצג כל אחד מהם בנפרד. לדידו, כך נראה, כדי שיהיה השליח מנוע מלעשות כן, צריך שיישלל ממנו הדבר במפורש.

ג. יש לציין שהגר״א[70] מציע הסבר אחר למחלוקת בין הרמ״ה לבין הרי״ד, אבל גם על פי

בפעולה מכוח יחסי השיתוף ביניהם. ואפשר להסביר כן גם את שיטת הרמ״ה. ולפי זה ברור שהרמ״ה חולק על החזקה הנזכרת בחוק. בהמשך דברינו בטקסט נבקש לטעון שמהסברו של ׳נתיבות המשפט׳, שפעולת השליח הייתה שלא בהרשאה, והשולחים אינם זוכים אלא מדין ״מעות קונות״, עולה לכאורה שהרמ״ה מאמץ דווקא את החזקה שבחוק.

[68] ובלבד שהשותפות מורכבת מנכסים זהים, שאין צורך בשומה כדי לחלק אותם (כגון בחלוקת הכסף, כבנידון דידן). כי אם יש צורך בשומה, פירוק השותפות חייב להיעשות בפני שלושה ״שיהיו נאמנים ויודעים בשומא״. לעניין זה, ׳נתיבות המשפט׳ מפנה למה שנפסק בשולחן ערוך, חו״מ, סימן קפא, סעיף ב, וסימן קעו, סעיף יח, שפירוק השותפות על ידי אחד השותפים חייב להיעשות באמירה מפורשת, ושאין די בכוונת הלב (ראה ש״ך, חו״מ, סימן קפא, ס״ק ה). מכאן לדרישת הרי״ד שיאמר השליח במפורש שאין הוא מתכוון לקנות אלא לאחד משולחיו.

וראוי להעיר שהסבר זה בשיטת ר׳ ישעיה עולה בקנה אחד עם ניסוח דבריו כפי שהם בטור דווקא, ולא כפי שהם בפסקי הרי״ד עצמו. ראה לעיל, הערה 64.

[69] יש לציין שמסקנה זו בדברי הרמ״ה אינה מוכחת, שכן אפשר שאין דבריו אמורים אלא בשעירבו השולחים את כספם וגילו את דעתם במובהק שאינם ממנים את השליח אלא כשליח לשותפות. מכאן אין הוכחה שהוא הדין אם רק הביעו את רצונם יחד בלא לערב את כספם. לכן לא כתבנו את מסקנתנו מהסברו של בעל ׳נתיבות המשפט׳ בשיטת הרמ״ה אלא במהוסס, ״אפשר״.

וראה חזון איש, בבא קמא, סימן כב, ס״ק י, שנקט גם הוא גישה דומה. מדברי ׳חזון איש׳ עולה שהוא מבקש לצמצם את שיטת הרי״ד, והוא סבור שאין דבריו אמורים במקום שברור שהשולחים היו מעוניינים בשותפות, אלא במקום שמנסיבות העניין ניכר שהשאירו את ההחלטה אם ליצור ביניהם שותפות לשיקול דעתו של השליח. בכגון זה, כל זמן שלא עשה אותם השליח שותפים (על ידי עירוב כספם), הוא יכול לפעול עבור אחד מהם, ובכגון זה אמר הרי״ד את דבריו. אבל אם עירב השליח את כספם ועשאם שותפים, שוב אין הם מייפים את כוחו לפרק את השותפות בלא הסכמתם, מפני שכל אחד מהם חושש שיצא מקופח בפירוק. וצריך לעיין בדבריו בהבנת שיטת הרי״ד, הנראים דחוקים מאוד.

[70] ראה ביאור הגר״א, חו״מ, סימן קפד, ס״ק ב. ונראה שכן היא גם דעת שו״ת קול אליהו (ישראל), חלק א, חו״מ, סימן ד.

דרכו, נראה שהרי"ד סבור שהרשאתו של השליח אינה מצומצמת לפעולה בשם כל שולחיו דווקא. ואשר לרמ"ה, על פי דרכו של הגר"א, אין בידנו לקבוע מה דעתו בעניין זה.

לדעת הגר"א, המחלוקת בין הרמ"ה לבין הרי"ד קשורה במחלוקת בעניין שליח שמעל בכספי השולח ומבקש להשתמש בהם לצרכיו. ב'שולחן ערוך'[71] נפסק בעניין זה: "שליח שקנה לעצמו במעות המשלח, אף על פי שזקפן עליו במלוה [שהתחייב לפני הקנייה לפרוע לשולח את כספו[72]], המקח של משלח". כלומר, אף על פי שהשליח אינו מתכוון לעשות את הפעולה המשפטית לטובת שולחו, מאחר שהוא פועל בכספו, החפץ קנוי לשולח. הרמ"א מעיר שיש המדגישים שדין זה אמור אף אם חזר בו השליח מן השליחות בפירוש ובפני עדים, והצהיר שהוא מתכוון לפעול למען עצמו ולא למען שולחו. אבל, אומר הרמ"א, יש מי שחולקים בעניין זה וסוברים ש"אם אמר השליח לפני עדים שחוזר בשליחותו... דקנה לעצמו".

כאמור, לדעת הגר"א, המחלוקת בין הרמ"ה לבין הרי"ד קשורה למחלוקת שמביא הרמ"א. על פי הצעה זו, הרמ"ה סבור ששליח שקיבל כסף לביצוע שליחותו אינו יכול לזכות בכסף ולעשות את פעולת השליחות לטובת עצמו[73]. וכשם שהשליח אינו יכול לזכות בכספי השולח לטובת עצמו, כן שלוחם של רבים אינו יכול לזכות בכספם המשותף לטובת חלק מהם, ועל כן פעולתו מזכה רק את כולם יחד[74]. לעומת זאת, הרי"ד סבור שהשליח יכול לזכות בכספים שקיבל משולחו לביצוע השליחות ולעשות את פעולת השליחות לטובת עצמו, ובלבד שהודיע על כך במפורש מראש. הוא הדין, סובר הרי"ד, בשלוחם של רבים. אם הצהיר השליח מראש[75] שהוא נוטל את כספי השותפות לטובת חלק משולחיו, מעשיו מועילים לאותם שולחים.

ואם אכן זו היא שיטת הרי"ד, מוכח מכאן שהוא סבור שאין חזקה שהשליח חייב לפעול

[71] שולחן ערוך, חו"מ, סימן קפג, סעיף ג. וראה בהרחבה דיוננו על סעיף 9, פרק חמישי, ב, עמ' 536.

[72] ראה סמ"ע, שם, ס"ק ה: "שזקפן עליו במלוה. פירוש. שחושב בנפשו: מעות הללו שנתן לי המשלח אקנה לי בהן לעצמי, ויהיו בידי מעותיו בתורת הלואה, ואשלם לו היום או מחר".

[73] למען הדיוק, יש לציין שהגר"א אינו אומר דברים מפורשים אלא ביחס לשיטת הרי"ד (ומציע שהרי"ד סבור שהשליח יכול לזכות לעצמו בכספים שקיבל ממי ששלח אותו). ואילו ביחס לשיטת הרמ"ה, הגר"א סותם ואינו מפרש. בטקסט אנו מציעים לומר שכוונתו היא שהרמ"ה סבור כדעה האחרת, שהשליח אינו יכול לזכות בכספי השליחות לעצמו. אבל אין הכרח לומר כן, מפני שאפשר אולי לפרש גם את שיטת הרמ"ה על פי השיטה שהשליח יכול לזכות לעצמו בכספי השליחות, כגון שאף על פי שהוא יכול לעשות כן לעצמו, אינו יכול לעשות כן עבור שולחו ("שליחות לדבר עברה"), או שהרמ"ה סבור כדעת תלמידי הרשב"א (לעיל, הערה 61), שאף על פי שפעל השליח רק עבור אחד משולחיו, השולחים האחרים זוכים גם הם בפעולה מכוח זכייתו של שותפם.

[74] על פי אחד ההסברים שראינו לעיל, הערה 67.

[75] א. הסברו זה של הגר"א אינו אפשרי אלא על פי נוסח דברי הרי"ד המובא בטור. ראה לעיל, הערה 64.
ב. עוד יש להעיר שהסברו של הגר"א הוא ששיטת הרי"ד מבוססת על שיטת הרשב"א (הובא על ידי מגיד משנה, הלכות מכירה, פרק ז, הלכה יב), שאם השליח אומר בפירוש שהוא שולח ידו בכספי השולח, הוא נאמן, וקנה לעצמו. אולם קשה לקבל הצעה זו, שכן הרשב"א עצמו הטעים (ראה: שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן שסט, ד"ה ואם נפשך; חידושי הרשב"א, בבא קמא קב ע"ב, ד"ה ואם נפשך, כשהוא מתייחס בפירוש להלכת רבא בסוגייתנו), שהשליח יכול למעול במעות השליחות לטובת עצמו, אבל לא לטובת אחר: "לפי שדעת המוכר אינו אלא למי שקונה ממנו או לבעל המעות, אבל לא לזה ולא לזה אלא לאחר, דלאו בעל המעות ולא קונה ממנו, לא" (ראה דיוננו על סעיף 9, הערה 280). וראה מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סימן יז, ד"ה ונראה. וצריך אפוא לעיין בדברי הגר"א.
ג. לכאורה, קשה עוד על הסברו זה של הגר"א; אם יש זיקה בין שתי ההלכות, מדוע בהלכה הראשונה (סימן קפג, סעיף ג) בעניין שליח החוזר בו וקונה לעצמו, מעיר הרמ"א שאם הודיע השליח במפורש על

רק מכוח שולחיו יחד. שאם לא נאמר כן, לא ברור כיצד יכול השליח להקנות את הנכס לאחד משולחיו, בשעה שלא הביע את רצונו לרכוש את הנכס לבדו. העובדה שנקנה הנכס בכספו אינה מספיקה לעניין זה, מפני שנוסף על הדרישה שייקנה הנכס בכספו, צריך גם שייקנה על פי רצונו, והלוא אפשר שאינו מעוניין לקנותו לבדו אלא רק יחד עם שותפיו[76].

כשעל השליח לפעול בשם כל השולחים יחד – בין משום שהשולחים הבהירו במפורש שזאת כוונתם, בין משום שחזקה שזאת הייתה כוונתם, כפי שקובע החוק – חובותיו וזכויותיו של השליח כלפי השולחים הן כחובותיו וזכויותיו של כל אדם כלפי שותפות.

ג. היקף הדרישה לפעול בשם כולם

מאחר שהשולח יכול לבטל את השליחות ולהביא לסיומה, ומותו של השולח מביא אף הוא, לדעת רוב הפוסקים, לסיום השליחות, עולה השאלה: מה דין שליחות של שולחים אחדים שברור שכוונתם הייתה שהשליח יפעל בשם כולם יחד, אם מת אחד השולחים או ביטל את השליחות? האם השליח מורשה להמשיך לפעול בשם השולחים הנותרים? או שמא שליחותו מגיעה לסיומה?

מדברי אחד מן האחרונים עולה, שאף ששליחותו של השליח מגיעה לסיומה כלפי אחד מן השולחים, אין הדבר מביא בהכרח לסיום שליחותו כלפי שולחיו האחרים[77], אלא אם כן הוסכם אחרת בשעת המינוי, במפורש או מכללה. לשון אחר. חובתו של שליח שנתמנה על

כוונתו, שנוי הדין במחלוקת, ואילו בהלכה השנייה (סימן קפד, סעיף א) בעניין שלוחם של רבים הקונה רק עבור אחד משולחיו, העיר בסתמא שהדבר אפשרי ובלבד שהשליח הודיע מראש על כוונתו? ואמנם ראה ביאור הגר"א, יורה דעה, סימן קעז, ס"ק כא, שכתב שהרמ"א הכריע כדעה הזאת.

[76] וכבר הערנו לעיל, הערה 61, שמסקנה זו עולה גם משיטת תלמידי הרשב"א, וכאן נוסיף שכן עולה גם מהסברו של הטור בדעת הרמב"ם, לעיל, הערה 63.

[77] ולא כפי שפירש את החוק ברק, סעיף 1053. ראה שו"ת פרי החיים, אורח חיים, סימן לה, ד"ה ונראה עוד ראיה לזה. הוא מביא לכך ראיה משליחות לקרבן פסח, שם השליח פועל בשם שולחים רבים, ואף על פי כן אפשר להסיק מן התלמוד שביטול השליחות על ידי אחד מהם אינו מבטל את השליחות כולה (וראה שם בסוף התשובה, ד"ה ונסתפקתי).

אף אם דוחים עמדה זו, ונוקטים כמו ברק שסיום השליחות כלפי אחד השולחים מביא לסיום השליחות גם כלפי שולחיו האחרים, שאלה יפה היא: מה הדין כאשר השליח פעל מכוח כל שולחיו יחד אבל מסיבה כלשהי אין תוקף לשליחותו ביחס למקצתם? מקרה מעין זה נידון במשנה, קידושין ב, ז: "ומעשה בחמש נשים ובהן שתי אחיות, וליקט אחד כלכלה של תאנים... ואמר 'הרי כולכם מקודשות לי בכלכלה זו', וקבלה אחת מהן על ידי כולן, ואמרו חכמים: אין האחיות מקודשות". לכאורה עולה מכאן שאף שהקידושין אינם תופסים בשתי האחיות, הקידושין של שאר הנשים תקפים. אולם עניין זה אינו נקי מספקות. ראה בירור הלכה (של מכון הלכה ברורה), קידושין נ ע"ב, ציון ז, עמ' קלב, סקירת שיטות הראשונים ופסק ההלכה.

לעתים השולחים היו שותפים עוד לפני מינוי השליח, ואז עולות שאלות אחרות, כגון: האם יכול אחד השותפים לבטל את חלקו במינוי השליח ולהביא לסיום השליחות כולה? או שמא אין השליחות מתבטלת אלא על פי החלטת רוב השותפים? לא נדון כאן בשאלה זו, הנוגעת לדיני שותפות יותר מאשר לדיני שליחות (במות אחד השולחים, דומה שאין ספק שמסתיימת השליחות, שכן כלל בדיני השותפים שמותו של אחד השותפים מביא לפירוק השותפות. ראה שולחן ערוך, חו"מ, סימן קעו, סעיף יט).

שאלות אחרות עולות בריבוי שולחים הקשורות בריבוי נושים או בריבוי חייבים. השולחים עשויים להיות חייבים יחד לצד שלישי או לשליח, והם גם עשויים להיות נושים יחד כלפיהם, והשאלות הן: מהו היחס בין נושים רבים לעניין גביית חובם המשותף? וכיצד מתחלק חובם המשותף של חייבים אחדים? בשאלות אלה לא נעסוק כאן, מפני שמקומן בדיון על חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, פרק ו. לעניין ריבוי חייבים במשפט העברי, ראה: נ' רקובר, המסחר במשפט העברי, ירושלים תשמ"ח, שער שלישי, עמ' 73;

ידי שולחים רבים לפעול בשם כולם אמורה כלפי כל אלה ששליחותו כלפיהם לא נסתיימה, ואין חזקה שאם נסתיימה שליחותו כלפי אחד מהם נסתיימה השליחות כלפי כולם.

פרק רביעי

סיכום

עניינו של סעיף 17 בשליחות שאחד הצדדים בה, השליח או השולח, אינו יחיד אלא רבים.

ס"ק (א) עניינו בהרשאה שנתן שולח אחד לכמה שלוחים, והוא קובע כלל פרשני, ולפיו אם לא אמר השולח אחרת במפורש, חזקה שהתכוון שיפעלו השלוחים יחד.

במשפט העברי אין חזקה מעין זו שנקבעה בחוק, ויש לבחון כל מקרה לגופו בהתאם לאומדן דעת השולח. עם זאת, ראינו שיש כללים לבחינת אומדן דעתו של השולח:

(1) כשהתמנו השלוחים בלשון פלוני ופלוני (בתוספת וי"ו החיבור), נחלקו הפוסקים אם משמעות הדבר שהשולח התכוון לקשור אותם יחד. הרא"ם סבור שמינוי בלשון זו משמעו שיעשו השלוחים את השליחות יחד. לעומתו, הרשב"א סבור שמינוי בלשון זו משמעו פלוני או פלוני, ולפיכך יכול כל אחד מן השלוחים לעשות את השליחות לבדו[78]. עם זאת, ראינו שאם השלוחים נתמנו יחד בלשון רבים, כגון 'אני ממנה את ראובן ושמעון שימכרו', הרשב"א מודה שיש לומר שהתכוון לומר שיפעלו יחד דווקא.

(2) בשליחות לעניין שדורש יחסי אמון או שיקול דעת, פסקו המבי"ט ומהרי"ט שכוונת השולח שהשלוחים יעשו את השליחות יחד. בשליחות שעניינה ביצוע פעולה טכנית שאינה מצריכה שיקול דעת או יחסי אמון מיוחדים, הייתה פסיקתם של המבי"ט ומהרי"ט ככל הנראה אחרת.

(3) אם ברור מנסיבות העניין שהשולח מינה שלוחים אחדים כדי להגדיל את סיכויי השגת מטרת השליחות, ודאי שיש לכל אחד מן השלוחים הרשאה לפעול עצמאית.

(4) כשיש מנהג בסוג מסוים של שליחות, ולפיו השלוחים מורשים לפעול עצמאית, הדעת נותנת שיש לפרש את כוונת השולח בהתאם למנהג.

כשהשלוחים חייבים לפעול יחד, כולם צריכים להסכים פה אחד לפעולה, ואין להסתפק בהסכמת רובם. לעניין הביצוע עצמו, אין צורך שתיעשה הפעולה על ידי כולם ממש, ודי שיפעל אחד בשם כולם. עם זאת, השלוחים אינם רשאים לחלק ביניהם את ביצוע השליחות ולפעול כל אחד עצמאית בחלק ממושא השליחות.

אם ברור שכוונת השולח הייתה שיפעלו השלוחים יחד, אך לא ציין במפורש שבמות אחד מהם יוכל האחר להמשיך בשליחות לבדו, מיתתו של אחד השלוחים מביא את השליחות כולה לידי סיום. אך הדין שונה אם יש יסוד להניח שכוונת השולח הייתה שהשליחות תימשך גם אם מת אחד מן השלוחים. גם ביטול שליחותו של אחד השלוחים מביא את השליחות כולה לסיומה. ראינו שיש מי שסובר שכן הוא הדין גם כשהשלוחים יכולים לפעול בנפרד ואינם

א' הללה וי' שפירא, "על ריבוי חייבים", פרשת השבוע (הוצאת משרד המשפטים ומכללת שערי משפט), צו, תשע"ב, גיליון מס' 404.

[78] אמנם הפוסקים הללו לא הביעו את דעתם בעניין שליחות, אך ראינו שבעל 'שער משפט' החיל את שיטתם אף בדיני השליחות.

תלויים זה בזה. אולם לדעת רוב הפוסקים, במצב זה אין סיבה שישפיע ביטול שליחותו של אחד השלוחים על שליחותם של השלוחים האחרים.

ס"ק (ב) עניינו בריבוי שולחים, ואף הוא קובע כלל פרשני, ולפיו חזקה שכוונת השולחים הייתה שיפעל השליח מכוח כולם כאחד.

שאלת הגדרת הרשאתו של שליח שנתמנה על ידי שולחים אחדים לא נידונה ישירות במקורות המשפט העברי, אולם לדעת 'נתיבות המשפט', שאלה זו היא ביסוד המחלוקת בין הרמ"ה והרי"ד בפרשנות סוגיית התלמוד בעניין שליח שנתמנה לרכוש נכס בכספם של שולחים אחדים, אך רכש את הנכס עבור אחד מהם בלבד. האמורא רבא קובע שאף על פי שהתכוון השליח לפעול בשם אחד השולחים בלבד, הנכס קנוי לכולם יחד. לדעת הרמ"ה, הלכת רבא אמורה אף כשהשליח מודיע במפורש לפני ביצוע העסקה שאינו מתכוון לקנות אלא בשמו של אחד משולחיו, וזאת, לדעת 'נתיבות המשפט', משום שחזקה שאינו מורשה לפעול אלא בשם כולם יחד. לעומתו, הרי"ד סבור שההלכה אינה אמורה אלא בשליח שאינו מפרש את כוונתו, אבל אם הוא אומר במפורש לפני ביצוע העסקה שאין בכוונתו לקנות את החפץ אלא עבור אחד משולחיו, אין החפץ נקנה אלא לאותו שולח, וזאת, לדעת 'נתיבות המשפט', משום שהרשאתו הייתה גם לפעול בשם כל אחד מן השולחים בנפרד, ולאו דווקא בשם כולם יחד[79].

אף כשעל השליח לפעול בשם כל שולחיו (בין שחזקה שעליו לעשות כן ובין שכך הוסכם ביניהם), מותו של אחד מהם או ביטול השליחות על ידי אחד מהם אינו מביא לסיומה של השליחות.

פרק חמישי

הצעת נוסח לפי המשפט העברי

על פי המשפט העברי, מוצע אפוא לנסח את הסעיף כך:

ריבוי שלוחים ושולחים

17. (א) ניתנה הרשאה אחת לשלוחים אחדים מתוך כוונה שיפעלו יחד, יכולה פעולת השליחות להתבצע על ידי אחד מהם, ובלבד שפעל בשם כולם פה אחד. נסתיימה שליחותו של אחד השלוחים, חזקה שנסתיימה גם שליחותם של שאר השלוחים.

(ב) ניתנה הרשאה אחת על ידי שולחים אחדים, חזקה שעל השלוח לפעול מכוח כולם יחד. נסתיימה השליחות מצד אחד מן השולחים, אין חזקה שהיא מסתיימת גם כלפי השאר.

[79] ראינו לעיל שהגר"א מציע הסבר אחר למחלוקת בין הרמ"ה לבין הרי"ד. לדעתו, הרמ"ה סבור ששליח שקיבל כסף לביצוע שליחותו אינו יכול לזכות בכסף ולעשות את פעולת השליחות לטובת עצמו. וכשם שהשליח אינו יכול לזכות בכספי השולח לטובת עצמו, כן שלוחם של רבים אינו יכול לזכות בכספם המשותף לטובת חלק מהם, ופעולתו מזכה את כולם יחד. לעומת זאת, הרי"ד סבור שהשליח יכול לזכות בכסף שקיבל משולחו לביצוע שליחותו ולעשות את פעולת השליחות לטובת עצמו, ובלבד שיודיע על הדבר במפורש מראש. הוא הדין, סובר הרי"ד, בשלוחם של רבים, שאם הצהיר מראש שהוא נוטל את כספי השותפות לטובת חלק משולחיו, מעשיו מועילים לאותם שולחים.

נספח

"זכין לאדם שלא בפניו"

התוכן

פרק ראשון: מבוא 769
א. כללי 769
ב. אישור בדיעבד וחוזה לטובת אדם שלישי 770
פרק שני: דין "זכין לאדם שלא בפניו" – מקורו וסיווגו 772
פרק שלישי: היסוד המשפטי של דין "זכין" 777
א. "זכייה – מטעם שליחות" 777
ב. מוסד משפטי עצמאי ("זכייה – לאו מטעם שליחות") 778
פרק רביעי: הגדרת "זכות" 780
א. זכות שיש בצדה חובה 782
ב. זכות אובייקטיבית או זכות סובייקטיבית? 786
(1) גילוי דעת מוקדם של המקבל שהוא מעוניין בפעולה 787
(2) גילוי דעת מוקדם של המקבל שאינו מעוניין בפעולה 790
ג. עסקה המותנית בהסכמה מפורשת של המקבל 790
ד. זכות הגוררת אחריה חובה 793
ה. זכייה על ידי נטילת זכות ("זכין מאדם") 794
פרק חמישי: הליך הזכייה 797
א. אישור המקבל או אי־התנגדותו? 797
ב. מועד הזכייה 800
פרק שישי: התנגדות לזכייה 802
א. מהות זכות ההתנגדות של המקבל 802
ב. זכייה בעל כורחו של המקבל 805
ג. זכות החזרה של המזכה 807
פרק שביעי: כשרות משפטית לזכייה 809
א. כשרות משפטית של מקבל הזכות 809
ב. כשרות משפטית של הזוכה 814

נספח: "זכין לאדם שלא בפניו"

פרק שמיני: פעולות משפטיות שאינן ניתנות לזכייה 815
א. זכייה שיש בה דבר עברה 815
ב. זכייה שיש בה חובה לאחרים 817
פרק תשיעי: סיכום ומסקנות 818

פרק ראשון

מבוא

א. כללי

פעמים רבות נזכר בחיבור זה המוסד "זכין לאדם שלא בפניו", הקרוב למוסד השליחות. בנספח זה נבקש להציג את עקרונותיו של מוסד זה (שייקרא להלן דין "זכין"), ולברר את השווה ואת השונה בינו לבין מוסד השליחות[1].

מהו עיקרו של דין "זכין"? יש שאדם מבקש להעניק לחברו דבר מה, אך חברו שנעדר מן המקום ואינו מודע לכוונתו של מיטיבו, אינו יכול לעשות את הפעולה המשפטית הנדרשת כדי לזכות בטובה. על פי דין "זכין" יכול אדם אחר לזְכות בטובה בשמו, אף שלא קיבל לכך הרשאה ממנו. כך, לדוגמה, הוא יכול בהיעדרו של זולתו, לזְכות בשמו במתנה שמישהו מעוניין לתת לו. על פי דיני השליחות, הדבר אינו אפשרי, שכן הוא פועל בלא הרשאה. אבל, מאחר שהפעולה מטיבה עם הזולת, הרי שעל פי דין "זכין" אפשר לעשותה בשמו אף בלא הרשאה[2].

אף כשניתנה הרשאה, עשוי דין "זכין" להועיל, שכן פגמים שונים עלולים לשלול את תוקפה של ההרשאה, ולשלול את כוחו של השליח לייצג את שולחו במסגרת דיני השליחות. כן הוא לדוגמה, כאשר קטין ממנה שליח: המינוי אינו תקף, שהרי הקטין אינו כשיר למנות שליח. עם זאת, ייתכן שהפעולה תהיה תקפה ותזַכה את הקטין מכוח דין "זכין"[3].

בדברינו להלן, נבחן את היסוד המשפטי של דין "זכין" ואת זיקתו למוסד השליחות, ואחר כך נעסוק בתנאים העיקריים לתחולת דין "זכין": התנאי הראשון הוא הגדרת הפעולה כפעולת "זכות" (שהרי "זכין לאדם שלא בפניו ואין חבין לאדם שלא בפניו"[4]), וכאן נברר מהן אמות המידה לקביעת זכות וחובה וכיצד מוגדרת פעולה שמשמשות בה זכות וחובה גם יחד; והתנאי השני הוא היעדר התנגדות מצד מקבל הזכות. בהמשך דברינו נדון בשאלת הכשרות המשפטית

[1] לדיון מפורט בהקשרים משפטיים שונים של דין "זכין" (מתנה, חוב, קידושין, גירושין, תרומות, מעשרות ועוד), ראה אנציקלופדיה תלמודית, כרך א, ערך אין חבין לאדם אלא בפניו, עמ' תרכא; שם, כרך יב, ערך זכין לאדם שלא בפניו, עמ' קלה. עוד ראה שם לגבי לשונות הזכייה ("תן", "הולך", "זכה" וכדומה).
להצדקת העיסוק בדין "זכין" במסגרת חוק השליחות, ולא במסגרת חוקים אחרים (כגון חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג־1973), ראה דברינו להלן, ליד ציון הערה 40.

[2] אמנם יוכל להשיג תוצאה דומה אם יזכה במתנה בעצמו ואחר כך יקנה אותה הוא למקבל, אלא שלעתים הנותן אינו מעוניין במהלך דו־שלבי, וברצונו להעביר את הבעלות ישירות למקבל. וראה א' שאקי, "בעיית החוזה לטובת צד שלישי במשפט האנגלי והישראלי ופתרונה לאור המשפט העברי", בתוך: סוגיות נבחרות במשפט, ירושלים תשי"ח, עמ' 475 (להלן: שאקי).

[3] במהלך דיונינו בגוף הספר, נתקלנו בדוגמאות כאלה לרוב. ראה לדוגמה: סעיף 4, הערה 228; שם, הערה 255; שם, ליד ציון הערה 282. וראה עוד להלן, ליד ציון הערה 101.

[4] ראה להלן, הערה 22.

של הזוכה ושל מקבל הזכות, ולבסוף נעמוד על פעולות משפטיות אחדות שדין "זכין" אינו חל עליהן, מתוך השוואה לפעולות שאינן נושא לשליחות.

אולם תחילה, נסקור בהמשך המבוא שני הסדרים הקרובים לדין "זכין" הקיימים במשפט הישראלי, בדבר פעולה משפטית הנעשית עבור אדם שלישי בלא קבלת הרשאה ממנו: ה'אישור בדיעבד' לפעולת שליחות שנעשתה בלא הרשאה (על פי סעיף 6(א) לחוק השליחות); והחוזה לטובת אדם שלישי (על פי פרק ד לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג־1973). לאחר מכן, בפרק השני, נעמוד על מקורו של דין "זכין" ועל יחסו למוסדות משפטיים אלה.

ב. אישור בדיעבד וחוזה לטובת אדם שלישי

מגוון ההסדרים המשפטיים שגובשו בדבר פעולה לטובת אדם שלישי, הוא כמספר השיטות המשפטיות שעסקו בה[5]. ולא בכדי הוא, שהרי סוגיה זו מעמתת עקרונות חברתיים שונים, לעתים אף מנוגדים זה לזה. מחד גיסא, עקרון טובת הזולת תומך בהכרה בתוקפן של פעולות זכייה הנעשות לטובתו. ומאידך גיסא, עקרון האוטונומיה של הפרט, ולפיו אין להתערב בענייניו של אדם בלא הרשאתו, שולל לכאורה הכרה מעין זו[6]. ואכן, שיטות משפט אחדות, ובהן המשפט הרומי הקלסי, לא הכירו בתוקפה של פעולה לטובת אדם שלישי[7]; ואילו בשיטות אחרות, ניתן תוקף לפעולה זו, בין בעקיפין, כמשפט האנגלי[8], בין במישרין, כמשפט הקונטיננטלי והמשפט האמריקני.

המשפט הישראלי מבחין בין פעולה לטובת אדם שלישי לבין פעולה הנעשית בשם אדם שלישי. האחת מוסדרת בחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג־1973, והאחרת מוסדרת בחוק השליחות. על הבחנה זו נעמוד בשורות הבאות.

על פי חוק השליחות, אדם אינו יכול לפעול בשמו של אחר, ואפילו לטובתו, אלא אם קיבל ממנו הרשאה לפעול כשלוחו[9]. עם זאת, "שליח" שפעל בלא הרשאה יכול לקבל בדיעבד

[5] לסקירה משווה ראה: ג' שלו, דיני חוזים (מהדורה ראשונה, ירושלים תש"ן), עמ' 440–443 (להלן: שלו, דיני חוזים. סקירה זו אינה מופיעה משום מה במהדורה השנייה של ספרה משנת תשס"ה, וראה שם, עמ' 579, הערה 9); שאקי, עמ' 470.

[6] אך השווה שיטתו של ברק, להלן הערה 12, בעניין ההצדקה המשפטית־ערכית של תורת האישור בדיעבד של פעולת שליחות שנעשתה בלא הרשאה.

[7] במשפט הרומי הקלסי נקבע כי חוזה לטובת אדם שלישי בטל אף לגבי שני הצדדים לחוזה. מצב זה השתנה לימים, בתקופה מאוחרת של המשפט הרומי.

[8] באופן בסיסי, אין המשפט האנגלי מכיר ביכולתם של הצדדים להקנות זכות לאדם שלישי. הדבר מעוגן בעקרון ה־Privity of Contract, המגביל את תוצאות החוזה לצדדים השותפים לו בלבד. גישה זו הגיעה לשיאה במאה הי"ט. אמנם במאה הכ' ניסה הלורד דנינג לטעון כי המשפט האנגלי הכיר בעבר בחוזה לטובת אדם שלישי (עמדתו אף שיקפה את המלצת Lord Chancellor's Law Revision Commission משנת 1937, וכן את דעתם של מלומדים נוספים. ראה שאקי, עמ' 488), אך דעתו לא התקבלה על ידי עמיתיו. חרף אי־ההכרה העקרונית בתוקפו של חוזה לטובת אדם שלישי נעשה במשפט האנגלי שימוש במוסד ה"נאמנות" (Trust), באופן שהביא לתוצאות קרובות להכרה בחוזה לטובת אדם שלישי, גם אם בעקיפין.

[9] סעיף 3(א) לחוק השליחות. וכן כתב ברק, סעיף 334, לגבי אדם הפועל כשליח וחורג מהרשאתו: "שליחות אינה נוצרת מהבעת רצון של 'שלוח' הפועל מעבר להרשאתו... מקור ההרשאה הוא תמיד בשולח עצמו". לכלל זה יש כמובן חריגים, שבהם ניתן לאדם כוח ייצוג ישירות מן הדין ולא מן האדם המיוצג. דוגמאות לכך הן הורים המייצגים את ילדיהם (סעיף 14 וסעיף 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב־1962), וכן שליח החורג מהרשאתו לשמירת ענייני שולחו (סעיף 5(ב) לחוק השליחות).

את אישורו של ה"שולח"[10], וייחשב כמי שפעל בהרשאה למפרע, בהתאם להוראת החוק: "אישור בדיעבד – כהרשאה מלכתחילה"[11]. עקרון ה"אישור בדיעבד" בנוי למעשה על פיקציה משפטית, שכן פעולת ה"שליח" נעשתה בלא הרשאה, ואישור ה"שולח" בא רק בשלב מאוחר יותר. לדעת ברק, ההכרה במעשה שנעשה בשמו של אחר אף בלא שקיבל הרשאה מלכתחילה, ובלבד שאחר כך ניתן האישור לכך, היא "מגמה רצויה ומדיניות נבונה", אשר יסודה בהכרה באוטונומיה של הרצון הפרטי[12].

הגם שהמחוקק הישראלי אינו מכיר ביכולתו של האדם לפעול בשמו של הזולת בלא לקבל ממנו הרשאה (אלא אם אושר המעשה בדיעבד), הוא מכיר ביכולתו של אדם לעשות פעולות משפטיות לטובת זולתו בלא הרשאה. חוק החוזים[13] קובע כי צדדים לחוזה יכולים להיטיב עם אדם שלישי, ואף להקנות לו את הזכות לתבוע מן החייב לקיים את חיוביו[14]. כך, למשל, הצדדים יכולים לקבוע כי תמורת תשלום שיעביר צד א' לצד ב', ישכיר צד ב' את הדירה שברשותו לאדם שלישי. ועל אף שהאדם השלישי אינו צד לחוזה, הוא יוכל לתבוע את זכותו מצד ב'. במסגרת חוזה לטובת אדם שלישי, הנושה אינו פועל כשלוחו של האדם השלישי, אלא הוא צד לחוזה העומד בפני עצמו. החייב ניצב אפוא בפני שני תובעים היכולים לתבוע ממנו את קיום חיוביו, הנושה והאדם השלישי, המוטב[15]. אם כן, חוק החוזים אינו מסדיר את האפשרות לפעול כנציגו של המוטב, אלא רק כמיטיבו, עבורו, אך לא בשמו[16].

[10] השימוש במרכאות בא להדגיש שאין מדובר בשליח אמתי, שהרי אין לו הרשאה.

[11] סעיף 6(א) לחוק השליחות. לאחר האישור בדיעבד, יוצא ה"שליח" מן התמונה, והחיובים והזכויות הנובעים מן הפעולה ייזקפו ל"שולח" למפרע ממועד ביצועה (ברק, סעיף 479). על אישור בדיעבד, ראה בהרחבה בדיוננו על סעיף 6.

[12] ברק, סעיף 485. בדיוננו על סעיף 6, הערה 6, כבר הערנו שברק מתנגד לגישות המכנות את עקרון ה"אישור בדיעבד" "אנומליה במשפט" ו"פיקציה טיפשית" (ברק, סעיף 484). לדעתו עיקרון זה נובע כאמור מעקרון האוטונומיה של הרצון הפרטי.

[13] חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג־1973, פרק ד, חוזה לטובת אדם שלישי. שלו, דיני חוזים, עמ' 425, מדגישה שהחוק מדבר על "אדם שלישי", ולא על "צד שלישי", משום שאינו צד לחוזה. לדעת שלו, דיני חוזים, עמ' 429, הסדר זה מהווה שינוי במגמה ששלטה בדיני החוזים בישראל (אך ראה ע"א 78/59 מדינת ישראל נ' הידנה, פ"ד יד(2) 926, 930 (1960)), ומבטא "תהליך של חיברות (סוציאליזציה)".

[14] שלו, דיני חוזים, עמ' 435, מגדירה "מוטב ישיר" כאדם שלישי הזכאי על פי החוזה לתבוע מן החייב לקיים את החיוב. "מוטב מקרי" הוא אדם אשר על החייב להיטיב עמו לפי החוזה, אולם אינו יכול לאכוף זאת על החייב, ורק הצד שכנגד יכול לתבוע את קיום החיוב, ואילו אדם הנהנה באופן מקרי בלבד מזכות חוזית של אחד הצדדים מכונה "טפיל משפטי" ("Rechtsparasit", מונח שטבע יהרינג). סיווג החוזה על פי הגדרות אלו ייעשה לפי אומדן כוונת הצדדים (ראה סעיף 34 לחוק החוזים).
יכולתם של הצדדים לשנות את מצבו המשפטי של אדם שלישי מוגבלת כמובן לפעולות שהן אכן לטובתו, אך אין בכוחם לפעול לחובתו. אשר למתן זכות לאדם שלישי שיש בה גם הטלת חיוב עליו, ראה להלן, ליד ציון הערה 68.

[15] למותר לציין כי שתי תביעות אלו מתייחסות לחיוב אחד, ועל כן החייב לא יצטרך לקיים את חיובו פעמיים.

[16] לקביעה כי המיטיב עם האדם השלישי הוא צד לחוזה, כלומר נושה, ולא נציג המוטב, יש נפקויות אחדות: (1) כאמור, המיטיב יכול לתבוע מן החייב את קיום החיוב כלפי המוטב, ואין זכות התביעה שמורה למוטב בלבד (סעיף 38 לחוק החוזים). שלו מעירה בעמ' 451 כי הדבר מובן מאליו וכי תכלית סעיף זה לצאת "כנגד המלעיזין". אנו ניווכח להלן כי דין "זכין" קובע הסדר שונה, ולפיו המיטיב עשוי שלא להיות צד לחוזה אלא לפעול כנציג המוטב, על אף שלא הורשה לכך מלכתחילה, ומכאן שלא יוכל לתבוע בשם עצמו את קיום החוזה.

שני מאפיינים מרכזיים מבדילים בין "אישור בדיעבד" ובין "חוזה לטובת אדם שלישי"[17]. ראשית, מאחר שהמתקשר בחוזה לטובת אדם שלישי אינו נציגו של המוטב אלא צד חוזי העומד ברשות עצמו, כשתוכן החוזה בא להיטיב עם אדם שלישי שאינו צד לחוזה, כוחו מוגבל לפעולות משפטיות המיטיבות עם אותו אדם. מנגד, "אישור בדיעבד" עשוי להינתן לכל פעולה משפטית הניתנת להיעשות בהרשאה, שהרי הוא כהרשאה מלכתחילה[18]. שנית, כשאדם פועל בחזקת שלוחו של אחר בלא שקיבל ממנו הרשאה, פעולתו תחייב ותזכה את "השולח" אך ורק אם נתן לה אישור בדיעבד. לעומת זאת, זכותו של המוטב ב"חוזה לטובת צד שלישי" אינה תלויה בקבלת אישורו[19].

פרק שני

דין "זכין לאדם שלא בפניו" – מקורו וסיווגו

על פי דין "זכין לאדם שלא בפניו", יכול אדם לפעול בשמו של הזולת אף בלא לקבל ממנו הרשאה. לשון אחר, קבלת ההרשאה אינה תנאי הכרחי לייצוג הזולת. וכך ניסח הרמב"ם כלל זה: "המזכה לחבירו במתנה על ידי אחר, כיון שהחזיק בה האחר – כגון שמשך המטלטלין, או הגיע שטר קרקע לידו, או החזיק בקרקע – זכה חבירו, אף על פי שלא הגיעה מתנה לידו. ואין הנותן יכול לחזור בו"[20]. בפעולת הזכייה שותפים אפוא שלושה: ה"מזכה", נותן הזכות; ה"מקבל", הנהנה מן הזכות; וה"זוכה", העושה את פעולת הזכייה בשם המקבל[21].

(2) אם המוטב ידחה את הזכות שהוקנתה לו, אין הדבר שולל את זכותו של המיטיב לדרוש מן החייב את קיום החוזה (שלו, דיני חוזים, עמ' 437, 444). למשל, אם החוזה מחייב את בעל הדירה להשכיר אותה למוטב, אך המוטב אינו מעוניין בשכירתה, עדיין זכאי המיטיב לדרוש מבעל הדירה את קיום החיוב. אך יש לציין כי לא ברור במקרה זה אם המיטיב רשאי לתבוע רק את קיום החיוב כלפי האדם השלישי (תביעה חסרת משמעות לאור סירוב המוטב לקבל את הזכות שהוקנתה לו)? או שמא רשאי המיטיב לתבוע את קיום החיוב לטובת עצמו (שלו, דיני חוזים, עמ' 453-454)?

(3) המיטיב עשוי להיתבע על ידי החייב בגין חיובים הקשורים בזכות שהוקנתה למוטב, ולעתים הוא אף עשוי להיתבע על ידי המוטב עצמו. למשל, אם על פי החוזה צד א' משלם דמי שכירות לצד ב', ובתמורה צד ב' משכיר את דירתו לצד ג', יכול צד ב' לתבוע את צד א' שישלם את דמי השכירות, ואף צד ג' יוכל לתבוע זאת מצד א', כדי שהדירה תושכר לו (ראה שלו, דיני חוזים, עמ' 458).

[17] ליחס שבין עקרון ה"אישור בדיעבד" ובין החוזה לטובת אדם שלישי, ראה ברק, סעיף 491.

[18] ראה להלן, הערה 67.

[19] ראה בהרחבה להלן, ליד ציון הערה 142.

[20] רמב"ם, הלכות זכייה ומתנה, פרק ד, הלכה ב.

[21] בחירת המונחים המתאימים לדיון בדין "זכין" אינה פשוטה בשל האופי המשפטי הייחודי של דין זה ובשל ההבדל בין המינוח במשפט העברי לבין המינוח במשפט הישראלי. המינוח שבחרנו הוא המקובל במשפט העברי, כפי שמשתמש בו למשל 'שולחן ערוך' (בהלכה המקבילה להלכת הרמב"ם שציטטנו בטקסט): "המזכה לחבירו מתנה על ידי אחר, כיון שהחזיק הזוכה בנכסים... זכה המקבל" (שולחן ערוך, חו"מ, סימן רמג, סעיף א). השימוש במונחים "מזכה" ו"זוכה" בהוראה זו מצוי כבר במשנה ובתלמוד (ראה למשל: משנה, פאה ה, ב; משנה, שביעית י, ו; משנה, עירובין ז, ו; פסחים צא ע"ב (ראה רש"י, שם, ד"ה איש זוכה); יבמות סז ע"א; יבמות קיח ע"ב; גיטין ל ע"א. לשימוש חריג במונח "מזכה", כמציין את העושה את פעולת הזכייה, ראה ירושלמי, עירובין, פרק ז, הלכה ו).

דין "זכין" מופיע כבר במשנה: "זכין לאדם שלא בפניו, ואין חבין לאדם שלא בפניו"[22]. המונח "שלא בפניו" התפרש כמציין לא רק את היעדרו של המקבל, אלא גם את היעדר הרשאתו, קרי שלא בפניו ושלא בידיעתו (אך כמובן לא בניגוד לרצונו)[23]. דין "זכין" הוא למעשה מעין "שליחות ללא מינוי"[24].

לדעת האמורא רבא בר רב הונא, בשמו של רב גידל, דין "זכין" נלמד מן הדרך שהונחלה בה ארץ ישראל לבני ישראל באמצעות נשיאי השבטים[25], בלא שנתמנו כשלוחים[26]. אין זאת אלא שהנשיאים פעלו למעשה כנציגי נוחלי הארץ בלא קבלת הרשאתם לכך, מכוח דין "זכין"[27].

אולם השימוש במונחים אלו כרוך בקושי מסוים: ראשית, המונח "זוכה" עלול להיות דו־משמעי, שכן מבחינה לשונית הוא עשוי להתייחס הן למבצע פעולת הזכייה והן למקבל הזכות; שנית, לעתים פעולת הזכייה אינה מקנה לאדם זכות, אלא נוטלת ממנו זכות, וזאת לטובתו (למשל מכירת חמצו של הזולת בערב הפסח. ראה להלן, פרק רביעי, ה, עמ' 794). בהקשר זה יוצר המונח "מקבל" אי־בהירות, שכן לאדם זה לא ניתן דבר, אלא ניטל ממנו דבר. בכל זאת, בחרנו במושגים אלה כדי להישאר נאמנים למינוח של המשפט העברי. סיבה נוספת לבחירה זו היא, שלא ניתן למצוא מערכת מונחים מתאימה לדין "זכין" בהסדרים משפטיים מקבילים. לא ניתן לכנות את הזוכה והמקבל כ"שולח" ו"שליח", משום שהמקבל לא הרשה את הזוכה לזכות לו. מסיבה דומה גם אין להיעזר במערכת המונחים מתחום חוזה לטובת אדם שלישי. אין מקום לכנות את הזוכה, כלומר את מבצע הפעולה, "נושה", ואת מקבל הזכות, "מוטב", שכן הזוכה פועל כנציג המקבל, ואין הוא צד חוזי העומד בפני עצמו, והמקבל אינו רק מוטב, אלא נחשב כצד שכנגד המתקשר עם בעל הזכות.

מן הראוי להעיר כאן על מקרה יוצא דופן ששותפים בו בדין "זכין" רק שניים, ולא שלושה, כאשר המזכה מתפקד בו־זמנית גם כזוכה עבור המקבל, כעולה מדברי הרמב"ם, הלכות מכירה, פרק כט, הלכה יא: "יראה לי שקטן שקנה קרקע ונתן דמים והחזיק בקרקע, תעמוד בידו, אע"פ שאין ממכרו בקרקע כלום, שהקטן כמי שאינו בפנינו הוא, וזכין לאדם שלא בפניו, ואין חבין לו אלא בפניו" (וכן נפסק בשולחן ערוך, חו"מ, סימן רלה, סעיף ז). לפשר הלכה תמוהה זו, ראה קצות החושן, סימן רלה, ס"ק ד.

[22] משנה, עירובין ז, יא. ראה גם משנה, גיטין א, ו.

[23] "הא דאמרינן זכין לאדם שלא בפניו, היינו שלא מדעתו" (חידושי הריטב"א, קידושין כג ע"א, ד"ה ותנינא. ראה גם חידושיו לעירובין פא ע"ב, ד"ה לפי שזכין. וראה גם נדרים לו ע"ב). וראה עוד שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, סימן רמח: "דבכל מקום שאמרו 'בפניו', לא בפניו ממש ובמעמדו אמרו, אלא בידיעתו". וראה עוד רא"ש, נדרים, פרק תשיעי, סימן ב, שהביא משמו של רבי אליעזר ממיץ (על האמור בתלמוד, שהמודר הנאה מחברו אין מתירין לו אלא בפניו): "פירוש מדעתו כמו אין חבין לו לאדם אלא בפניו דהיינו מדעתו". וראה עוד להלן, ליד ציון הערה 149.

להלן, פרק שישי, ב, עמ' 805, נעמוד על מקרים חריגים שבהם פעולת הזכייה עשויה להיות תקפה גם בעל כורחו של מקבל הזכות.

[24] שאקי, עמ' 507.

[25] "ונשיא אחד נשיא אחד ממטה, תקחו לנחול את הארץ" (במדבר לד, יח).

[26] שהרי בין נוחלי הארץ היו גם קטינים שאינם כשרים למנות שולחים. אשר לכשרות הקטין להיות זוכה ומקבל זכות, ראה להלן, פרק שביעי, עמ' 809.

[27] קידושין מב ע"א. התלמוד דוחה פרשנות זו לפסוק הנזכר לעיל, הערה 25, ומסיק מן הפסוק על כוחו של בית דין להעמיד אפוטרופוס ליתומים. ויש מן הראשונים המעירים כי אף ההסבר האחרון מבוסס על דין "זכין", ולפיכך נותר פסוק זה המקור הנורמטיבי לדין (ראה: רש"י, קידושין מב ע"א, ד"ה אלא כדרבא; חידושי הריטב"א, קידושין מב ע"א, ד"ה אלא כדרב גידל; חידושי הרשב"א, בבא מציעא עא ע"ב, ד"ה רבינא אמר. וראה ביתר פירוט שו"ת איגרות משה, חו"מ, חלק ב, סימן מא, ס"ק א). אמנם יש הסבורים כי לפי מסקנת סוגיית התלמוד, פסוק זה אינו המקור לדין "זכין" (ראה: חידושי הרמב"ן, בבא מציעא עא ע"ב, ד"ה הא דאמרי'; ר"ן, קידושין טז ע"ב (בדפי הרי"ף), ד"ה גרסינן בגמרא; תוספות הרא"ש, קידושין

על אף החידוש בדין זה, המכיר בזכייה לאחֵר בלא הרשאתו[28] (עניין השנוי במחלוקת בין שיטות המשפט[29]), ראוי לציין שהוא מוסכם על חכמי ישראל כמעט פה אחד[30], ולא נחלקו הפוסקים אלא בפרטים אחדים שבו, אך לא על עצם קיומו של הדין.

שני ההסדרים בחוק הישראלי שנידונו לעיל[31], "חוזה לטובת אדם שלישי" ועקרון ה"אישור בדיעבד", משיגים תוצאה הקרובה במידת מה לתוצאה המושגת על ידי דין "זכין", אך אינם חופפים לו. למעשה, הם שונים ממנו בעניינים אחדים:

"חוזה לטובת אדם שלישי" מאפשר לעשות פעולות משפטיות לטובת הזולת אף בלא קבלת הרשאה ממנו, אך אין עניינו ייצוג. הנושה אינו 'יוצא מן התמונה' כשליח, אלא הוא צד לחוזה העומד בפני עצמו[32]. לעומתו, הזוכה מכוח דין "זכין" משמש למעשה כנציג המקבל, ו"יוצא מן התמונה"[33].

קרוב יותר לדין "זכין" הוא עקרון ה"אישור בדיעבד" שבחוק השליחות, המאפשר לייצג את הזולת בלא קבלת הרשאה ממנו. עם זאת, עיקרון זה שונה מדין "זכין" בשני היבטים עיקריים[34]:

(א) עקרון ה"אישור בדיעבד" מאפשר ל"שליח" לבצע עבור ה"שולח" כל פעולה משפטית הניתנת להרשאה מראש[35], בין שהיא פעולת זכות ובין שהיא פעולת חובה; ואילו דין "זכין" אינו אמור על כל הפעולות המשפטיות הניתנות להרשאה, אלא רק על פעולות המיטיבות עם המקבל ומוגדרות כזכות עבורו[36]. לפיכך, פעולה לחובת המקבל שתזכה לאישורו בדיעבד תהיה תקפה על פי חוק השליחות אך לא על פי דין "זכין"[37].

מב ע"א, ד"ה אלא). מסתבר כי לשיטתם, דין "זכין" אין לו מקור מפורש בכתוב. עם זאת, נראה כי אף לדידם, תוקפו של דין "זכין" הוא מדאורייתא, ולא מדרבנן (וראה חידושי הרמב"ן, שם), כשמקור הדין הוא בגישה מרחיבה של דיני השליחות, ולפיה פעולה משפטית שהיא לטובתו של האדם אינה טעונה הרשאה מראש, כפי שנביא להלן, הערה 50, בשם 'פני יהושע' (מאחר שהרמב"ן הוא מנוקטי הגישה "זכייה לאו מטעם שליחות", הסבר זה אינו מתיישב אלא עם ההסבר האחרון שנציע להלן לכלל "זכייה לאו מטעם שליחות", ולפיו אין הכוונה שדין "זכין" אינו קשור לדיני השליחות, אלא משמש מסלול נוסף לדיני השליחות. ראה דיוננו להלן, ליד ציון הערה 60, ולהלן הערה 60).

28 כך תיאר הרשב"א את החידוש בדין "זכין": "אי לאו דגלי קרא, הוה אמרינן דאין זוכין לו לאדם, ואפילו לישראל; והדין נותן, דאיזה זכות או שעבוד יש לו לאדם על חברו שיזכה על ידו?" (חידושי הרשב"א, בבא מציעא עא ע"ב, ד"ה רבינא אמר).

29 ראה לעיל, ליד ציון הערה 5.

30 להוציא את התנא רבי אליעזר, על פי פרשנותו של התנא רבי יהודה, שפסק: "זכין לקטן, ואין זכין לגדול" (משנה, בבא בתרא ט, ז), ופירש רשב"ם, בבא בתרא קנו ע"ב: "זכין לקטן – הואיל ואין לו יד לזכות לעצמו. ממון שנותנין לו תקנו חכמים שיהא אחר זוכה ומקבל לצרכו. ואין זכין לגדול – שהרי יכול לזכות בעצמו".

31 פרק ראשון, ב, עמ' 770.

32 לנפקויות הנגזרות מכך, ראה לעיל, הערה 16.

33 הסדר החוזה לטובת אדם שלישי מקביל מבחינות מסוימות ל'דין עבד כנעני' שבמשפט העברי, המסדיר את ביצועה של פעולה משפטית לטובת אדם שלישי (ראה לעיל, סעיף 1, פרק רביעי, ג, עמ' 65).

34 מן ההבדלים העקרוניים הללו נגזרים כמובן הבדלים רבים נוספים, שנעמוד עליהם בהמשך דברינו.

35 ברק, סעיף 494.

36 להגדרת "זכות", ראה להלן, פרק רביעי, עמ' 780.

37 המשפט העברי אינו מכיר בעקרון ה"אישור בדיעבד". ראה לעיל, סעיף 6, פרק שלישי, א(1)(א), עמ' 347.

(ב) חוק השליחות מתנה את תוקף פעולת ה"שליח" באישורו של ה"שולח" בדיעבד. לעומתו, כפי שנראה להלן[38], דין "זכין" אינו מתנה את תוקף הפעולה באישורו של מקבל הזכות אלא באי־התנגדותו[39]. פעולת זכייה שלא תבוא לידיעת המקבל עשויה אפוא להיות תקפה על פי דין "זכין" שבמשפט העברי אך לא על פי חוק השליחות.

קודם לחקיקת חוק המתנה, התשכ"ח־1968, דנו חברי "ועדת החוקה, חוק ומשפט" של הכנסת בשאלת מקומו הראוי של דין "זכין" במסגרת החקיקה הישראלית[40]. ח"כ קלינגהופר צידד בשילוב דין זה בחוק המתנה[41]. כנגדו טען ח"כ אזניה שמקומו של כלל מעין זה הוא בחוק החוזים (חלק כללי), שהרי היכולת לפעול לטובת אדם שלישי אינה ייחודית למתנה אלא נוגעת למכלול סוגי ההתקשרויות החוזיות. הסדר החוזה לטובת אדם שלישי אכן נקבע כחמש שנים לאחר מכן בחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג־1973. ברם, כפי שראינו לעיל, הסדר זה שונה בתוכנו ובמהותו מדין "זכין".

נראה שהמיקום ההולם לדין "זכין" אינו לא בחוק המתנה ואף לא בחוק החוזים, אלא בחוק השליחות. מחד גיסא, בדומה ל"חוזה לטובת אדם שלישי", ראוי שדין "זכין" ייכלל בחוק העוסק במשפט הפרטי בכללותו, שכן דין זה אינו ייחודי למתנה[42]. מאידך גיסא, על פי דין "זכין", הזוכה פועל למעשה כנציג המקבל, ולא כצד לחוזה העומד בפני עצמו, על כן דין זה שייך לחוק השליחות ולא לחוק החוזים. חוק השליחות מסדיר את האפשרות לפעול בשם הזולת, ובכללו דין "זכין", המאפשר לעשות בשמו של הזולת פעולה שהיא לטובתו, אף בלא לקבל ממנו הרשאה[43]. מיקום זה יבטא את תחולת דין "זכין" במגוון רחב של פעולות

[38] להלן, ליד ציון הערה 148.

[39] לדעה אחרת, ראה להלן, הערה 149.

[40] דברי הכנסת, כרך 52, כ"ג בסיוון תשכ"ח, 19.6.1968, עמ' 2349־2351. ראה גם: נ' רקובר, "עקרונות המשפט העברי בחוק המתנה, תשכ"ח־1968", הפרקליט כד (תשכ"ח), עמ' 496, בעמ' 500; מ"א ראבילו, חוק המתנה, תשכ"ח־1968 (מהדורה שנייה, ירושלים תשנ"ז), עמ' 286.

[41] ההצעה לשלב את עקרון דין "זכין" בחוק המתנה הובאה בפני ועדת החוקה, חוק ומשפט, בידי ד"ר רקובר (כתוארו אז), היועץ למשפט עברי במשרד המשפטים. ההצעה הייתה להוסיף לחוק סעיף שיקבע ש"הקניית דבר המתנה על ידי נותן לאדם שלישי מתוך כוונה לזַכות את המקבל דינה כהקנייתו למקבל, זולת אם הודיע המקבל לנותן על דחיית המתנה תוך זמן סביר לאחר שנודע לו עליה".

[42] דין "זכין" מאפשר למקבל, בנוסף להענקת מתנה, ביצוע מגוון של פעולות משפטיות לטובתו, כגון במקרים מסוימים רכישת נכס בשמו (ראה עירובין פא ע"ב), ויש האומרים אף מכירת נכס (ראה להלן, ליד ציון הערה 71). כן ניתן לעתים לערוך בשם המקבל נישואין וגירושין (יבמות קיח ע"ב). לרשימה מקיפה של הפעולות הניתנות לביצוע מכוח דין "זכין", ראה אנציקלופדיה תלמודית, כרך יב, ערך זכין לאדם שלא בפניו, עמ' קלה.

[43] עם זאת חשוב לציין, כפי שכבר עשינו בדיוננו על סעיף 7, הערה 27, שיש המצביעים על הבדל משמעותי בין דין שליחות לדין "זכין", והוא שדין שליחות יוצר זהות בין השליח לשולח, ואילו על פי דין "זכין" אין זהות בין הזוכה למקבל. וראה עוד בעניין זה, הרב מ"א עמיאל, המידות לחקר ההלכה, חלק ב, מידה יא (מציאות ודין), אותיות נז־נט.

[44] הן הרמב"ם והן הטור מיקמו את רוב הלכות דין "זכין" במסגרת דיני מתנה (ראה רמב"ם, הלכות זכייה ומתנה, פרק ד; טור, חו"מ, סימן רמג). הדבר נובע מתכונתה של המתנה, הנחשבת על פי רוב זכות למקבל אותה. עם זאת, דבריהם של הרמב"ם והטור במקומות אלו אינם ממצים את הלכות דין "זכין", עובדה היא שהלכות רבות בעניין זה פזורות בחיבוריהם בהקשרים אחרים.

משפטיות שבהן יכול האדם לזְכות בשם זולתו (ולא רק במתנה), תוך הדגשה שהזוכה פועל למעשה כנציג המקבל ולא כצד לחוזה העומד בפני עצמו[44] [45].

[45] בהקשר זה נצביע על שאלה העולה מהשוואת חוק השליחות עם דין "זכין". לאור ניסוחו של סעיף 6(א) לחוק השליחות, הדן במי שפעל "בחזקת שלוחו של אחר בלי שהורשה לכך", ברק קובע (סעיף 515) שה"שולח" רשאי לאשר בדיעבד פעולה שנעשתה בלא הרשאתו, רק אם ה"שליח" הזדהה בפני הצד השלישי כשליח. לשון אחר, עקרון ה"אישור בדיעבד" אינו חל על שליחות נסתרת, והשאלה היא: האם על פי דין "זכין", תיתכן זכייה למקבל נסתר? לדוגמה, אדם קונה נכס ואינו מודיע למוכר כי הקנייה נערכת עבור אדם שלישי מכוח דין "זכין" (בהנחה שדין "זכין" חל גם על פעולות קנייה, כפי שיידון להלן, ליד ציון הערה 75 ואילך): האם ייחשב הנכס כקניינו של האדם השלישי? מובן שאם ברור שהמזכה לא היה מוכן לזכות לאדם השלישי, בוודאי לא יינתן תוקף לזכייה נסתרת (כעין מה שראינו לעיל, בדיוננו על סעיף 7, בעניין שליחות נסתרת). כך למשל אם המזכה מעוניין לתת מתנה רק לזוכה, ואילו הזוכה מתכוון לזכות במתנה עבור אדם שלישי, אין זה סביר לחייב את המזכה להעביר את המתנה לאדם השלישי בניגוד לכוונתו. אבל מה הדין כאשר אין להניח שהמזכה מקפיד על כך? נראה שאכן המקבל עשוי לזכות, אף אם הוא נסתר מעיני המזכה, כעולה מסוגיית "שלחו לקנות חיטים וקנה שעורים" (שדננו בה בהרחבה בסעיף 7), וכפי שנפרט להלן: במשנה במסכת ערכין ו, ה, נאמר: "אחד המקדיש את נכסיו ואחד המעריך את עצמו, אין לו לא בכסות אשתו ולא בכסות בניו, ולא בצבע שצבען לשמן, ולא בסנדלים חדשים שלקחן לשמן" (כלומר, הדין שגזבר ההקדש אינו יכול ל"שים את ידו" על בגד שנתן אדם לצביעה עבור אשתו או בניו אמור לא רק ביחס לאדם שהקדיש את כל נכסיו, אלא גם ביחס לאדם שנדר לשלם להקדש את ערך עצמו, אף שכל נכסיו משועבדים לקיום חיובו). באופן פשוט, המשנה באה להשמיענו שמה שקונה האדם עבור אשתו וילדיו אינו כלול בנכסיו, אף על פי שהוא הגורם הממן, ואף על פי שלא נשלח למטרה זאת על ידם. לכאורה, הקנייה נעשית בדרך של "זכייה", היינו שהבעל זוכה עבורם, כפי שביאר תוספות הרא"ש (הובא בשיטה מקובצת, בבא קמא קב ע"ב, ד"ה אי הכי: "אף על גב דלא עבידתיה שליח, זכין לאדם שלא בפניו". אבל ראה דיוננו לעיל, הנספח לסעיף 7, הערה 118). ואין לדחות ראיה זו בטענה שהמקבל בדוגמה זו אינו נסתר (הצבע יודע שהאישה אמורה לזכות בצביעה), שכן מסוגיית התלמוד מוכח שהתלמוד הבין שהנידון הוא במקבל נסתר, ועל כן היה מקום לשאלת התלמוד: "מי הודיעו לצבע שיקנה צבעו לאשה?".
נוסיף עוד שלשאלת דין "זכין" כשהמקבל נסתר יש היבט נוסף, והוא שאלת הצורך ב"דעת מקנה": בסעיף 7, הערה 33, הבאנו את דעת רבנו ירוחם, מישרים, נתיב כח, חלק א (בתחילתו), וזה לשונו: "ואם הקנה במעותיו ומתכוין לזכות לחבירו, לא קנה חבירו, אפילו אם אמר בפני עדים 'לצורך חברי אני קונה במעותי', אלא אם כן הודיעו למוכר". מדבריו עולה שלא מועילה זכייה כשהמקבל נסתר. דברי רבנו ירוחם הובאו להלכה על ידי הש"ך, חו"מ, סימן קפג, ס"ק ב (אגב, נעיר שמדבריו אלה עולה שבאופן עקרוני חל דין "זכין" גם בקניית נכס, כשיטת הרמב"ם המובאת להלן, הערה 76. וכך דייק מדבריו יד המלך, הלכות מכירה, פרק ל, הלכה א, ד"ה אמנם הב"י). ברם, דבריו אינם נקיים מספקות, שכן בסעיף 7 (פרק שני, א(3), עמ' 397) ראינו ארבע גישות לשאלה אם דרושה "דעת המקנה" לזהות הקונה, ואם כן, כיצד באה דרישה זו על סיפוקה בשליחות נסתרת? וכבר הערנו שם שאחת הנפקויות שבין הגישות היא קנייה מכוח "דין זכין": יש הנוקטים שאמנם יש צורך בידיעה פוזיטיבית של המוכר למי הוא מקנה את הנכס, אלא שאם התשלום הגיע אליו מן השולח, ההשערה היא שהוא מתכוון להקנות לו את הנכס כנגד תשלום זה, אף על פי שאינו יודע את זהותו, ש"דעת המוכר להקנות לבעל המעות" (הצעה א). ואף כשהתשלום לא הגיע אליו מן השולח, יש הסוברים שכוונתו של הצד השלישי להקנות לשליח כמוה ככוונתו להקנות לשולח, מכוח הכלל "שלוחו של אדם כמותו" (הצעה ב). אחרים סבורים שכוונתו הפוזיטיבית של המוכר להקנות לשליח אינה מונעת מן השליח לקנות את הנכס עבור שולחו (הצעה ג). לעומתם, יש הנוקטים שאין צורך בידיעה של המוכר מי הוא הקונה. ומאחר שההשערה היא שהמוכר אדיש לזהותו (ובלבד שמובטחת לו התמורה), די בכוונתו של השליח (הקונה) לייעד את הנכס לשולח (הצעה ד). כאמור, כבר הערנו שם שהצעות ג־ד מרחיבות יותר את תוקפה הקנייני של השליחות הנסתרת, לעומת הצעה ב, שכן לפיהן הרכישה יכולה להיעשות גם מדין "זכין", ולאו דווקא מדין שליחות.

פרק שלישי

היסוד המשפטי של דין "זכין"

אף שאין מחלוקת בין חכמי המשפטי העברי שאדם יכול לעשות בשם הזולת פעולה לטובתו בלא שקיבל ממנו הרשאה[46], נחלקו הדעות בשאלת היסוד המשפטי של דין זה[47].

א. "זכייה – מטעם שליחות"

יש הסוברים כי "זכייה מטעם שליחות", כלומר שהזוכה לחברו פועל כשלוחו אף על פי שלא נתמנה לכך על ידו[48]. על פי גישה זו, חלים באופן עקרוני דיני השליחות על פעולת הזכייה, למעט כמובן דרישת מינוי השליח[49]. ונשאלת השאלה: כיצד ניתן לוותר על דרישה יסודית זו?

רוב הראשונים שנקטו גישה זו התגברו על מכשול היעדר המינוי באמצעות פיקציה משפטית. כיוון שפעולת הזכייה מיטיבה עם מקבל הזכות, יש להניח כי הוא היה ממנה את הזוכה כשלוחו אילו היה יודע על פעולת הזכייה. על כן יש לראות את הזכייה כנעשית מכוח הרשאה משוערת: "דכיוון דזכות הוא לו, אנן סהדי דעביד ליה [=אנו עדים שעשה אותו] שליח"[50]. אמנם בשליחות רגילה ההרשאה אינה יכולה להתבסס על רצונו המשוער של השולח[51], אבל חידושו של דין "זכין" על פי הצעה זו הוא, שהדבר אפשרי כאשר הפעולה היא לזכותו של מקבל הזכות.

'קצות החושן'[52] דוחה הצעה זו. לדעתו, לא ניתן לבסס את דין "זכין" על פיקציה מעין זו, שכן אפילו כשהפעולה היא לזכותו של השולח, אין די ברצון משוער כדי ליצור הרשאה, אלא

[46] לעיל, ליד ציון הערה 30.

[47] ראה גם אטינגר, פרקי שליחות, עמ' 110.

[48] ראה למשל: תוספות, פסחים צא ע"ב, ד"ה איש זוכה; תוספות, נדרים לו ע"ב, ד"ה מי; רא"ש, קידושין, פרק ב, סימן ז; רא"ש, בבא קמא, פרק י, סימן כא; ר"ן, קידושין טז ע"ב (בדפי הרי"ף), ד"ה גרסי'. למקורות נוספים, ראה להלן, הערה 50. אשר לדעת הרמב"ם בשאלת היסוד המשפטי של דין "זכין", אין הסכמה בין מפרשיו: ראה מחד גיסא ברכת שמואל (לייבוביץ), קידושין, סימן י, ס"ק א, ומאידך גיסא דברי אמת (לר' יצחק בן דוד מקושטא), קונטרס יא בעניין גיטין, סימן נב, ד"ה ואפשר לומר; קהילת יעקב (אלגזי), תוספות דרבנן, סימן קיט, ד"ה זכיה לקטן. וראה להלן, הערה 54.
לשאלה אם הזוכה צריך להתמנות כשליח גם על ידי המזכה בהתאם לכלל שעל השליח להיות "שלוחו של בעל הממון", ראה בדיוננו על סעיף 1, נספח שני, עמ' 80.

[49] יש הטוענים כי לוויתור על דרישת מינוי השליח יש נפקויות נוספות, כגון כשרותם של מי שאינם כשרים למנות שליח לקבלת זכייה מכוח דין "זכין". ראה להלן, ליד ציון הערה 217. אך לא הכל מסכימים לכך. ראה להלן, ליד ציון הערה 211, ואילך.

[50] תוספות, כתובות יא ע"א, ד"ה מטבילין. ראה גם: רש"י, גיטין ט ע"ב, ד"ה יחזור; רש"י, בבא מציעא יב ע"א, ד"ה גבי מתנה; רא"ש, גיטין, פרק א, סימן יג; ר"ן, נדרים לו ע"ב, ד"ה איבעיא להו.
'פני יהושע' טוען כי לדעת הסוברים ש"זכייה מטעם שליחות", אין צורך במקור מיוחד לחדש את דין "זכין", שכן דין זה נלמד ממוסד השליחות עצמו (פני יהושע, קידושין מב ע"א, ד"ה אלא כדרבה בר רב הונא). נראה כי לדעתו, קיומה של הרשאה משוערת ("אנן סהדי") מספיק כשלעצמו כדי לחדש את דין "זכין". אולם ראה שו"ת איגרות משה, חו"מ, חלק ב, סימן מא, ס"ק א, הטוען כי הקביעה ש"זכייה מטעם שליחות" זקוקה אף היא למקור לחדש אותה, ואינה נלמדת ממוסד השליחות עצמו.

[51] ראה לעיל, סעיף 3, ליד ציון הערה 85.

[52] קצות החושן, סימן קה, ס"ק א.

יש צורך ברצון המובע במפורש[53]. לדעתו, ההסבר לגישת "זכייה מטעם שליחות" מבוסס על דין מחודש, הקובע שבשליחות לפעולת זכייה אין דרושה הרשאה. ההרשאה, לפי זה, נדרשת לפעולת שליחות העלולה להיות לחובתו של השולח, אך לא לפעולת שליחות שהיא לטובתו, "דכן גזירת הכתוב דאף על גב דלא עשאו מקבל שליח, דהא לא ידע, מהני [=מועילה (פעולתו)] מדין זכייה"[54]. לפי הסבר זה דין "זכין" הוא שליחות מכוח החוק.

ב. מוסד משפטי עצמאי ("זכייה — לאו מטעם שליחות")

כמה מן הראשונים סבורים כי יסודו המשפטי של דין "זכין" אינו בדיני השליחות. אחת הראיות העיקריות לכך היא, שגם הקטין, שאינו כשר למנות שליח, כשר לקבל זכות על ידי אחר מכוח דין "זכין"[55], ומכאן ש"זכייה לאו מדין שליחות הוא"[56]. אמנם ראשונים אלו שללו את ביסוס דין "זכין" על מוסד השליחות, אך הם לא פירשו מהו היסוד המשפטי של דין זה. הגדרת דין "זכין" על דרך השלילה הביאה את האחרונים להסביר בכמה דרכים את הדעה "זכייה לאו מטעם שליחות", ויש בדבריהם שלוש גישות מרכזיות:

(1) בקצה האחד, יש שטענו כי דין "זכין", על פי הסוברים ש"זכייה לאו מטעם שליחות", משמעו שהאדם יכול לזְכות עבור חברו בלא שיהיה שלוחו, כיוון "דכח זכייתו לאחרים אינו משום שהוא שלוחו של זה שזוכין בשבילו, אלא שזהו כוחו שלו, שכמו שיכול לזכות לעצמו,

[53] הוכחת 'קצות החושן' היא מסוגיית "ייאוש שלא מדעת" (בבא מציעא כא ע"ב. וראה מ' ויגודה, חוק לישראל, השבת אבדה, ירושלים תשנ"ב, עמ' 77-78), שם מבואר לכאורה שלשיטתו של אביי (וכן נפסק להלכה), הסכמת האדם למעשה שליחות שנעשה עבורו אינה יכולה להינתן על ידו רטרואקטיבית (אמנם הסוגיה שם אינה דנה במעשה שנעשה עבור הזולת, אלא להפך, בזכייה באבדת הזולת. אבל אין להבחין בין השניים, שכן מן הסוגיה עולה שבהתאם לאותה גישה השוללת "ייאוש שלא מדעת", אביי סבור שהתנאי ליכולת האדם להפריש תרומה עבור חברו הוא שיתמנה על ידו כשלוחו, אף אם ברור שגם לולי כן, בעל התבואה היה מסכים להפרשתה למפרע. וראה להלן, הערה 65). וראה שו"ת ברית אברהם (פצנובסקי), אבן העזר, סימן קא, ס"ק ה, שיישב את גישת התוספות על פי האמור בסוגיה שם, שיש מצבים שאין כל ספק שיאבד הנכס ("זוטו של ים"), ובהם מודה אביי שייאוש שלא מדעת הינו ייאוש. הוא הדין אפוא בענייננו, ובלבד שמדובר בזכות גמורה. וזה לשונו: "ואפשר לדמות לזוטו של ים... והוא הדין הכא, כיון דהוי זכות בלתי שום צד חוב כלל, הוי מדעתיה, דיודע השליח שרצון הזוכה בזה, דהוה כמו שאמר מכבר שכל מי שיעשה כן יעשה רצונו בזה" (וראה עוד שם, ס"ק יד וס"ק יט). וראה עוד: חידושי הרי"ם, גיטין כה ע"ב, ד"ה ונראה לישב; שו"ת עונג יום טוב, סימן קי, הערה שנייה; שו"ת מנחת שלמה (אוירבך), מהדורא תניינא, סימן קז, פרק א, אות ה, ד"ה ותו קשה.

[54] לגישה דומה, ראה שו"ת איגרות משה, אבן העזר, חלק ד, סימן ו. אבי עזרי, מהדורא תניינא, הלכות תרומות, פרק ד, הלכה ג, טוען שכן היא דעת הרמב"ם. הוא אף מוכיח גישה זו מן הדין, ולפיו הקטין כשר לקבל זכות מכוח דין "זכין" (ראה להלן, ליד ציון הערה 209), ולמד מכך שדין "זכין" אינו מבוסס על רצון משוער של המקבל, שכן לא ניתן לייחס לקטין רצון בעל תוקף משפטי מחייב, ואפילו לא רצון משוער.
נציין כי דבריו אלו של 'קצות החושן' נאמרו כהסבר לדעת הראשונים, הסוברים ש"זכייה מטעם שליחות", בעוד הוא עצמו לא הכריע במחלוקת זו שבין הראשונים.

[55] ראה להלן, פרק שביעי, א, עמ' 809.

[56] חידושי הרשב"א, קידושין מב ע"א, ד"ה מהא דאמרינן. ראה גם: חידושי הרמב"ן, קידושין כג ע"ב, ד"ה מהו; חידושי הריטב"א, קידושין מב ע"א, ד"ה והא קטנים (וכן עולה כבר מפירושו שם מא ע"ב, ד"ה והא דתנן).
לשאלה כיצד מי שנוקטים ש"זכייה מטעם שליחות" מתמודדים עם הוכחה זו, ראה להלן, ליד ציון הערה 212.

הכי נמי [=כך גם] יכול לעשות חלות בעלות [=פעולת קניין] לחבירו, כשמכווין במעשה זה לקנות לחבירו"[57]. נמצא אפוא שדין "זכין" אינו דין של ייצוג.

(2) בקצה האחר פירשו אחרים[58] את שיטת "זכייה לאו מטעם שליחות" בדרך הפוכה, ולפיהם הזוכה לחברו מייצגו בדרגה גבוהה יותר מזו שהשליח מייצג את שולחו. הוא ידו הארוכה. על פי הסבר זה, נמצא כי הזוכה לחברו אף בלא הרשאה הוא בדרגת ייצוג גבוהה מזו של שליח הפועל בהרשאת השולח אך לחובתו[59].

(3) בתווך יש הטוענים שגם הסוברים ש"זכייה לאו מטעם שליחות" מסכימים שהזוכה לחברו פועל כשלוחו. על פי שיטתם, המחלוקת בשאלת היסוד המשפטי של דין "זכין" מצויה בתחומו של מוסד השליחות. בעוד שלפי הגישה ש"זכייה מטעם שליחות", המשפט העברי מכיר מסלול אחד של שליחות – שליחות בהרשאה – ובמסגרתו יש לחתור ולהבהיר את דין "זכין" (כהרשאה משוערת). לפי גישה זו, המשפט העברי מכיר שני מסלולים נפרדים של שליחות, שליחות בהרשאה ושליחות שלא בהרשאה. המסלול השני הוא היסוד המשפטי של דין "זכין"[60] [61].

[57] קהילות יעקב (קנייבסקי), בבא בתרא, בני־ברק תשמ"ח, סימן לו, אות ד, ד"ה והנראה. על פי הסבר זה, מחלוקת הראשונים בשאלת היסוד המשפטי של דין "זכין" היא: האם הזוכה פועל בשם מקבל הזכות ("זכייה מטעם שליחות")? או שמא הוא פועל עבורו אך לא בשמו ("זכייה לאו מטעם שליחות")? ראה גם: אמרי בינה (אוירבך), חו"מ, דיני גביית חוב, סימן כט, ס"ק ד, ד"ה ויש לומר; שו"ת מנחת שלמה (אוירבך), חלק א, סימן עט, ס"ק ב, ד"ה גם נראה לעניות דעתי; הרב יהודה דוד בלייך, "בביאור מיגו דזכי לנפשיה זכי נמי לחבריה, ומיגו דאי בעי מפקיר להו לנכסיה והוי עני", בתוך: כבוד הרב, לכבוד הרב יוסף דוב הלוי סולובייצ'יק (עורך מ' שרמן, ניו־יורק תשמ"ד), עמ' 81, ושם, עמ' 83, בשם הרב ראובן גרוזובסקי; הרב צבי שכטר, "בדין זכין מאדם", בעקבי הצאן, ירושלים תשנ"ז, סימן ל, אות ה (בשם הרב יוסף דוב הלוי סולובייצ'יק). וראה להלן, הערה 94 והערה 136. והשווה חידושי רבי שמעון יהודה הכהן (שקאפ), גיטין, סימן ד, ד"ה ולפי זה נראה לי, שלדידו גם למאן דאמר ש"זכייה מטעם שליחות", דין "זכין" אינו דין של ייצוג, אלא כוח משפטי לפעול עבור הזולת, אלא "שהתורה מסרה לו כוח זכיה של האדם שהוא זוכה עבורו", ואילו מאן דאמר ש"זכייה לאו מטעם שליחות" סובר שיש בכוחו הוא לזכות עבור אחר. וראה אטינגר, פרקי שליחות, עמ' 115־117.

[58] קצות החושן, סימן קה, ס"ק א; חידושי הרי"ם, גיטין יא ע"ב, ד"ה ונראה ליישב; שו"ת ברית אברהם (פצנובסקי), אבן העזר, סימן קא, ס"ק ו (בדעת העיטור, המובאת להלן, הערה 77).

[59] הסבר זה זכה לביקורת, שהרי "הזוכה שהוא איש זר, היכי יתחשב כידו אם אינו נעשה שלוחו?". ראה קהילות יעקב (קנייבסקי), בבא בתרא, סימן לו, אות ד, ד"ה ועיקר הדבר.

[60] חידושי הגר"ח השלם (סולובייצ'יק), בבא מציעא, ירושלים תשנ"ה, סימן יז (מובא בברכת שמואל (לייבוביץ), קידושין, סימן י, ס"ק ג); וראה שם, סימן טו, ס"ק ד. יש לציין כי הסבר זה מפרש את גישת הראשונים הסוברים ש"זכייה לאו מטעם שליחות" בדרך הקרובה להסברת 'קצות החושן' את גישת הראשונים הסוברים ש"זכייה מטעם שליחות" (ראה לעיל, ליד ציון הערה 52).
לאור דברינו בהערה 27, שהסברנו בה שלדעת הרמב"ן מקורו של דין "זכין" בגישה מרחיבה לעיקרון השליחות, נראה כי הסבר שלישי זה תואם את גישתו.

[61] יצוין כי היו פוסקים שטענו כי יש לשלב את ההסבר "זכייה מטעם שליחות" עם ההסבר "זכייה לאו מטעם שליחות". פעולות זכייה מסוימות יוסברו על פי הכלל הראשון, ואילו פעולות זכייה אחרות יוסברו על פי הכלל האחרון. ראה למשל שו"ת דברי חיים (הלברשטם), חלק א, אבן העזר, סימן פז, ד"ה ומתחילה נחקורה; אמרי בינה (אוירבך), חו"מ, דיני גביית חוב, סימן לא, ד"ה והגם; ברכת שמואל (לייבוביץ), קידושין, סימן יג, ד"ה ונראה; שם, סימן יד, ס"ק ג, ד"ה ועל כן נראה.

בהמשך דברינו נבחן את הנפקויות המשפטיות בין "זכייה מטעם שליחות" לבין "זכייה לאו מטעם שליחות", על פי ההסברים שהציעו האחרונים לדעות הללו[62].

פרק רביעי

הגדרת "זכות"

לא כל פעולה משפטית הניתנת להרשאה על פי דיני השליחות[63], ניתנת להיעשות מכוח דין "זכין"[64], אלא רק פעולה המעניקה זכות. זאת ועוד. תנאי להחלת דין "זכין" הוא שכבר בשעת עשיית הפעולה על ידי הזוכה, ברור שהיא מהווה זכות עבור המקבל, כלשון 'תרומת הדשן'[65]:

[62] ראה להלן: הערה 94, הערה 105, הערה 122, הערה 136, הערה 177, ליד ציון הערה 211, ליד ציון הערה 229, הערה 246, ליד ציון הערה 250.

[63] ראה לעיל, סעיף 1, פרק שני, ב, עמ' 5.

[64] שאלה מעניינת היא מה דין פעולה נייטרלית, שאינה לא זכות ולא חובה. מדברי רוב הפוסקים עולה שעל פעולה מעין זו לא חל דין "זכין". ראה: חכמת שלמה (מהרש"ל), גיטין יב ע"ב; תורת גיטין, שם. וראה גם: שו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, אבן העזר, סימן ע, ד"ה ומה ששאל, וסימן צב; אבני מילואים, סימן א, ס"ק א. דבריהם נסבו על אישה שנטשה את בעלה והלכה לחיות עם איש אחר במקום מרוחק, ורצה בעלה לגרש אותה על ידי אדם שלישי, שיזכה לה בקבלת גטה. לדעתם, מאחר שהפעולה חסרת משמעות עבור האישה, שאין בה זכות או חובה עבורה, אין אפשרות לתת לה גט מכוח דין "זכין" (על הדעות בנושא זיכוי גט לאישה החיה עם איש אחר, ראה רמ"א, אבן העזר, סימן קמ, סעיף ה; פתחי תשובה, שם, ס"ק ז וס"ק ח. וראה עוד להלן, הערה 193, בדיוננו בעניין אישה המסרבת בפירוש לקבל גט). והשווה שו"ת יד שלום (אונגר), סימן א, ד"ה ועוד יש להעיר, הדן בזיכוי כסף לעני כדי שיוכל לפרוע את חובו. בנסיבות הענין שבא לפניו, העני לא הרוויח מן הזכייה, כיוון שעל פי הסכם ההלוואה, לא היה חייב לפרוע את החוב אלא כשיהיה לו כסף, וגם לא הפסיד ממנה (ראה להלן, ליד ציון הערה 124, מה שהבאנו בשם שו"ת הר צבי). לדעתו, חל על הפעולה דין "זכין", והוא מביא אסמכתא לדבריו מדברי שיטה מקובצת, כתובות יא ע"א, ד"ה מאי קמ"ל: "כל מידי דלא הויא חובה גמורה, זכות מיקרי, וזכין לו שלא בפניו". אולם דומה שדברי 'שיטה מקובצת' עוסקים בפעולה שיש בה גם זכות וגם חובה, ועל כן ספק אם ניתן להביא מכאן ראיה.

[65] תרומת הדשן, שו"ת, סימן קפח. 'תרומת הדשן' מבסס את קביעתו על דרשת חז"ל שנאמרה בעניין שליחות לתרומה: "מה אתם לדעתכם, אף שלוחכם לדעתכם" (בבא מציעא כב ע"א), והוא מחיל אותה גם על דין "זכין", שכן לדעתו "זכייה מטעם שליחות". ברם, נעיר שבסיס זה אינו נקי מספקות, ועל כל פנים אינו מקובל על חידושי הרשב"א, נדרים לו ע"ב, ד"ה הא, הסובר שבמקום שחלה דרשת "מה אתם לדעתכם, אף שלוחכם לדעתכם", משמעה שלילת תחולת דין "זכין" (משום ששם חסרה דעת השולח). ראה להלן, הערה 135.

אף אם דוחים את דרשת "אף שלוחכם לדעתכם" כמקור לקביעה שהזכות צריכה להיות ברורה כבר משעת עשיית הפעולה, ניתן להציע מקור אחר לדין זה מתוך היקש לדיני השבת אבדה. בדיני השבת אבדה נפסקה הלכה כשיטת אביי: "יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש". משמעות הלכה זו היא שהתנאי ליכולת האדם לזכות באבדה לעצמו הוא שבעל האבדה מתייאש ממנה בפועל לפני שהוא נוטל אותה, ואין די בכך שברור לו שהבעלים עשוי להתייאש ממנה כשישים לב שאבדה לו. על פי עיקרון זה, מובן שבדין "זכין", הזכות צריכה להיות מוגדרת כבר בשעת ביצוע הפעולה, ואין די בכך שהמקבל יכיר בה כזכות לאחר מעשה (לעיל, הערה 53, הסברנו מדוע אין אומרים כן בזכות גמורה. וראה עוד להלן דברי 'חזון איש'). אמנם רבא חולק בעניין זה על אביי, ולדעתו "יאוש שלא מדעת הוי יאוש", אבל 'חזון איש' מטעים שהמחלוקת ביניהם מצומצמת לייאוש, שהוא דבר הקורה ממילא. אבל כשנדרשת פעולה משפטית פוזיטיבית (כגון פעולת קניין

"[אם] בשעה שנעשה שליח לא ידעינן כלל דניחא ליה, אלא דאחר כך שמעינן מיניה או דחזינן מיניה דניחא ליה, ובעינן למימר דלמפרע הוי שפיר שליח – הא לא מהני [=אם בשעה שנעשה שליח לא ידענו כלל שנוח לו, אלא שאחר כך שמענו ממנו או ראינו ממנו שנוח לו, ואנו רוצים לומר שהיה שליח למפרע – זה אינו מועיל], משום דבעינן למידע בשעה שנעשה שליח דזכות הוא וניחא ליה"[66]. מכאן הצורך להגדיר את המונח "זכות"[67].

בהקשר זה, נידונו במשפט העברי השאלות המרכזיות הבאות:

(א) מה דינה של זכות שיש בצדה חובה?

(ב) האם הזכות מוגדרת על פי מבחן אובייקטיבי או סובייקטיבי?

(ג) האם אפשר להפוך פעולה שהיא חובה לזכות, על ידי התנייה מפורשת מראש שתוקפה מותנה בהסכמת המקבל?

(ד) מה דינה של זכות הגוררת אחריה חובה?

(ה) האם פעולת זכייה כוללת רק הקניית זכות למקבל או גם נטילת זכות ממנו, כשהנטילה היא לטובתו?

בפרק זה נדון בשאלות אלה כסדרן.

וכיוצא בזה), מודה רבא לאביי: "דדוקא במידי דממילא, כמו יאוש, יש [מקום] לומר [כמו רבא] דהוי יאוש. אבל במידי דמעשה של חלות, ודאי צריך דעת בפועל, אם לא בזכות גמור דחשיב כשליחות בפועל... דבזכות גמור ידוע... מהני אף לאביי, אף על גב דבעידנא דעביד שליח המעשה לא הוי ידע [=מועיל הדבר אף על פי שבשעת פעולת השליח (הזוכה) לא ידע (המקבל)]. ובמידי דלא הוי זכות, אם הוא מידי דבעי מעשה של קנין וחלות, כמו מכירה וקניה ותרומה וכיוצא בזה, ודאי לא מהני ניחותא אחר כך, אף לרבא. ובמידי דממילא כמו יאוש, נחלקו אביי ורבא. וקיימא לן: לא הוי יאוש" (חזון איש, זרעים, מעשרות, סימן ז, ס"ק יד, ד"ה קידושין נ"ב ב' תוד"ה אם).

66 ויש לבחון מה הדין כאשר פעל הזוכה לטובת המקבל בלי ידיעתו, על אף שבמאמץ סביר ניתן היה להשיג את הסכמתו מראש. הדעת נותנת כי ראוי לקבל מראש את הסכמת המקבל לביצוע הפעולה בשמו, אם הדבר אפשרי, "דלא שייך זכין לאדם שלא בפניו כשהאדם שמזכין אותו שם נמצא ושם היה, דנקרא לנערה ונשאלה את פיה" (שו"ת עדות ביהוסף (אלמושנינו), חלק א, סימן ח, ד"ה וכנראה. ראה גם: תרומת הדשן, פסקים וכתבים, סימן ריז; שו"ת באר יצחק (ספקטור), אורח חיים, סימן א, ד"ה תשובה. וכן ראה דברינו לעיל, סעיף 5(ב), פרק חמישי, ו(1), עמ' 296). אלא שאם לא נהג כך הזוכה, ופעולת הזכייה בוצעה שלא בידיעת המקבל, ספק אם הדבר מבטל את תוקף פעולת הזכייה. לדעת כהנא, שומר שמכר את הנכס שהופקד בידיו משום שעמד להתקלקל, ונמנע מלברר מה דעת בעל הנכס, למרות שהדבר היה אפשרי, מכירתו אינה תקפה, שכן "אין זו 'זכות' לבעל הנכס, כשמוכרים את הנכס שלו בשעה שאפשר לשאול את פיו, ובעוד שהוא יכול למכרו בעצמו" (כהנא, שומרים, עמ' 369). מנגד, ייתכן שאמנם מלכתחילה זכותו של בעל הנכס שתתואם עמו המכירה, אך מכל מקום, בדיעבד היא נחשבת זכות עבורו, שכן כך נשמר ערכו של הנכס. בין כך ובין כך נראה כי פעולת זכייה שניתן להעריך בה שגם אם הזוכה היה פונה מראש למקבל הזכות, היה המקבל נוהג בדרך דומה לגמרי, אין צורך להודיע עליה מראש למקבל, ובוודאי אי־הודעה אינה פוגמת בתוקף הפעולה. כך ניתן להסביר את האפשרות לעשות עירוב חצרות ולהקנות כיכר לחם לכל בני החצר או המבוי, כדי שיוכלו לטלטל חפצים בשבת בשטח המשותף להם (ראה משנה, עירובין ז, ו) בלא צורך בהסכמה מראש של מקבלי הזכות. והדברים צריכים עיון נוסף.

67 בפרק זה יש מקום לדיון משווה עם המשפט הישראלי רק ביחס להסדר החוזה לטובת אדם שלישי שבחוק החוזים. עקרון ה"אישור בדיעבד" שבחוק השליחות חל על כל פעולה משפטית הניתנת להרשאה, ולא רק על פעולת זכות, ולכן אינו בר השוואה. ראה ברק, סעיף 494.

א. זכות שיש בצדה חובה

פעולות משפטיות רבות מעניקות לאדם זכות ובצדה חובה, והשאלה היא: האם דין "זכין" חל רק על פעולות הזכייה המקנות לַמקבל זכות בלבד, או שמא גם על פעולות זכייה שמתלווה להן חובה? כך למשל אם אדם רוכש עבור חברו נכס: האם רכישה זו מוגדרת כזכות למקבל, אף על פי שמתלווה אליה חובת תשלום? ושמא אין הרכישה מוגדרת כזכות אלא אם היא במחיר מציאה? ואולי אף מחיר מציאה אינו מוגדר כזכות?[68]. שאלה מעין זו עולה אפילו לגבי מתנה שזוכים בה למקבל, שהרי נאמר: "ושונא מתנֹת יחיה" (משלי טו, כז). מכאן שגם במתנה יש פֶּן של חובה.

הכל מסכימים שקבלת מתנה היא בגדר זכות, כנראה משום שצד החובה שבה זניח[69]. יתר על כן, לדעת הרא"ש[70], אדם יכול להחליף את נכס חברו בנכס משובח יותר מכוח דין "זכין", ובלבד שחליפין אלו מיטיבים עם המקבל[71]. אולם כנגדו טוענים פוסקים אחרים שאין להגדיר חליפין מעין אלו כמיטיבים עם בעל הנכס, שהרי ייתכן כי הוא מעוניין דווקא בנכס שבבעלותו ולא בחליפיו[72].

הרמב"ם מרחיק לכת לכאורה אף יותר מן הרא"ש, שכן הוא פוסק[73]: "המוכר שמכר קרקע או מיטלטלין וזיכה בהן ללוקח שלא מדעתו, יד הלוקח על העליונה: אם רצה ליקח, אין המוכר יכול לחזור בו[74]; ואם לא רצה, תחזור לבעליה". מפשטות דבריו עולה שכל קניית נכס

[68] על פי חוק החוזים, הצדדים לחוזה יכולים להקנות זכות לאדם שלישי, ולדעת שלַו, אין מניעה שיַתנו את הענקת הזכות למוטב בחובות שיוטלו עליו, ובלבד שבשקלול כללי, על פי "מאזני השכל הישר", יהיה החוזה לטובת המוטב, ולא לחובתו. ראה שלו, דיני חוזים, עמ' 439. השווה סעיף 4 לחוק המתנה, התשכ"ח־1968.

[69] ראה דברי הרשב"א, להלן הערה 184. אמנם יש מי שטוען שהפגם הרוחני שבקבלת מתנה ("שונא מתנֹת יחיה") מגדיר את המתנה כחובה. ראה סמ"ע, חו"מ, סימן קצה, ס"ק יא, בשם שו"ת מהר"י וייל, סימן ד (ולדעתו נוקט כן גם הרמ"א). אבל השווה קצות החושן, סימן קצה, ס"ק ב, שדחה הבנה זו בדברי מהר"י וייל מכל וכל, והוכיח מן התלמוד (ראה לדוגמה בבא בתרא קנו ע"ב) שזכין לאדם במתנה שלא בפניו. וראה נתיבות המשפט, סימן קצה, ביאורים ס"ק א, וחידושים ס"ק ח, שניסה למצוא פשר לדברי הסמ"ע. וראה בהרחבה כהנא, חוק לישראל, מתנה, סעיף 6 (בהכנה).

[70] רא"ש, בבא קמא, פרק ו, סימן יב.

[71] כך פסק הרא"ש בעניין מי שהחליף את גדישי השעורים של חברו בגדישי עדשים, הנחשבים משובחים מהם. לדעתו, אם חליפין אלו מתבצעים על אתר, אזי "אפילו אין בעלי גדישין [של] שעורים לפנינו, מותר לזכות להן גדישין של עדשים על ידי אחר וליקח גדישים של שעורים, דזכות היא לו, דעדשים עדיפי טפי". בעקבותיו נפסק בשולחן ערוך, חו"מ, סימן שנט, סעיף ב: "אסור לגזול אפילו על מנת לשלם דבר יפה ממנו. ויש מי שאומר דהיינו אם (אין) התשלומין בעין. שאם הם בעין, כיוון שהם יפים מהדבר שלוקח, זכות הוא להם, ויזכה אותם לבעלים על ידי אחר".

[72] ראה: ים של שלמה, בבא קמא, פרק ו, סימן כז; ט"ז, חו"מ, סימן שנט, סעיף ב. אך הש"ך, בעקבות הטור, שם, סעיף ג, סייג את הדברים ואמר שדברי הרא"ש חלים רק על נכס העומד למכירה ממילא (ש"ך, חו"מ, סימן שנט, ס"ק ד. ראה גם קצות החושן, שם, ס"ק א).

[73] רמב"ם, הלכות מכירה, פרק ל, הלכה א.

[74] מלשונו של הרמב"ם משתמע שזכות החזרה שמורה למקבל בלבד, ואילו המוכר אינו יכול לחזור בו. אבל השווה דיוננו להלן, ליד ציון הערה 200 ובהערה 202.
[כשפעולת הקניין היא באובייקט עצמו, כגון קניין בהגבהה, הזוכה מגביה את הנכס בכוונה לזַכות את השולח. כשפעולת הקניין אינה באובייקט אלא בתמורתו, כגון קניין כסף (בהנחה שהכסף אינו של המקבל),

נחשבת זכות[75] (ולאו דווקא אם נקנה הנכס במחיר מציאה). ואכן יש מי שביקש לפרש כך את הלכת הרמב"ם[76]. גישה דומה, בהקשר אחר, עולה גם מדברי בעל 'העיטור'[77], הפוסק שמי שקידשו לו אישה שלא בפניו, אם הסכים לקידושין לכשנודע לו הדבר, חלים הקידושין למפרע. וכן נראה שנקט גם הרמב"ן[78].

נמצא אפוא שקיומה של חובה בצד הזכות אינו שולל את הגדרת הפעולה כזכות שחל עליה דין "זכין לאדם שלא בפניו", אם כי נחלקו הפוסקים בשאלת מידת החובה השוללת את החלת דין "זכין".

המקבל עשוי לזכות בו מכוח "דין עבד כנעני". על "דין עבד כנעני" ויחסו לדיני השליחות ולדין "זכין", ראה דיוננו על סעיף 1, פרק רביעי, ג, עמ' 65].

75 הרמב"ם חוזר על עיקרון זה בשלושה הקשרים: בקנייה של קטן (שם, פרק כט, הלכה יא: "יֵראה לי שקטן שקנה קרקע ונתן דמים והחזיק בקרקע, תעמוד בידו, אע"פ שאין ממכרו בקרקע כלום, שהקטן כמי שאינו בפנינו הוא, וזכין לאדם שלא בפניו, ואין חבין לו אלא בפניו"); בקנייה של עבד או במכירה שלו (שם, פרק ל, הלכה ב: "וכן העבד שקנה או מכר או נתן מתנה או נתנה לו, יד האדון על העליונה: אם רצה לקיים מעשיו, הרי אלו קיימין; ואם לא רצה, בטלו כל מעשיו); בקנייה ובמכירה של אישה נשואה (שם הלכה ג: "וכן האשה שמכרה או נתנה מתנה, בין בנכסי בעלה בין בנכסי צאן ברזל שהכניסה לו, בין בדברים שייחד לה בכתובתה בין בנכסי מלוג, בין בקרקעות בין במטלטלין, וכן אם לקחה או נתנה [לה מתנה], יד הבעל על העליונה: רצה, לקיים; רצה, לבטל הכל". וראה מגיד משנה, שם.

76 ראה: יד המלך, הלכות מכירה, פרק ל, הלכה א, ד"ה וראיתי ונתתי אל לבי (וראה לעיל, הערה 45, שהעיר שכך היא גם דעתו של רבנו ירוחם); חידושי הרי"ם, בבא מציעא יג ע"א, ד"ה אמנם למ"ש הר"ן; אבן האזל, הלכות מכירה, שם (וכן נראה שנקט עוד לפניהם מחנה אפרים, הלכות זכייה ומתנה, סימן ו). והשווה ברית אברהם (להלן, הערה 81), שהציע פרשנות מרחיקת לכת יותר בדברי הרמב"ם. עוד השווה להלן, הערה 87, שגישת רוב האחרונים הייתה להציע פרשנות מתונה יותר בדברי הרמב"ם.

77 ספר העיטור, קידושין (מהדורת ר"מ יונה, חלק ב, עו ע"ב): "והא ליך [כסף קידושין], והתקדשי לפלוני... ומסתברא דאע"ג דלא ארצי [=שלא גילה דעתו מראש], אלא בתר דקדשה אודעיה להוא גברא ואירצי בעדים, מקודשת". מובא שלא בהסכמה בחידושי הרשב"א, קידושין ז ע"א, ד"ה הילך. כעין גישה זו נוקט ר' יהודה בן ברזילי הברצלוני, המובא בשו"ת מהרי"ק, שורש לב, ואף מרחיק לכת עוד יותר, כשהוא קובע שאב שקידש אישה לבנו הקטן, הקידושין תופסים מן התורה מדין "זכין". דעתו נדחתה מנימוקים שונים, ראה בין השאר: שו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, אבן העזר, סימן סב, ד"ה לכן נלע"ד (לדעתו אין זו זכות, הן משום שאולי יחשוק הבן באשה אחרת, הן משום שמתחייב לה מזונות); שו"ת שאגת אריה, הוספות, סימן א (נדפס לראשונה בשו"ת בית אפרים, אבן העזר, סימן מב), ד"ה הנה ע"ד (הוא מפנה לדרשת חכמים השוללת קידושי קטן). וראה אבני מילואים, סימן א, ס"ק א, ד"ה ונראה בזה. וראה הרב ז"נ גולדברג, "נשואי מפגרים", תחומין ז (תשמ"ו), עמ' 231, בעמ' 246, שבקידושי מפגר הכל יודו לר"י ברצלוני. וראה לעיל, הערה 58, שיש מי שרצה לטעון שגישת העיטור והרמב"ם קשורה בהבנתם את דין "זכין" כמוסד עצמאי, שמכוחו פועל הזוכה כידו של המקבל ולא כשלוחו.

78 ראה חידושי הרמב"ן, חולין לט ע"ב, ד"ה כשזיכה לו (הובא במגיד משנה, הלכות זכייה ומתנה, פרק ד, הלכה ב). הוא תולה את האפשרות לקדש אישה לחברו מכוח דין "זכין", למרות שיש בדבר חובה (הבעל מתחייב בחיובים שונים כלפי אשתו ונאסר בקרובותיה), בכך שקידושי אישה הם בעיקרם זכות: "שרוצה הוא לישא זו וליאסר בקרובותיה מלישב בטל, דמצוה קא עביד, ואם ישא אשה, על כרחו ייאסר בקרובותיה" (אבל ראה חידושי חתם סופר, כתובות יא ע"א, ד"ה דניחא ליה (מהדורת מכון חתם סופר, ירושלים תשס"ג, עמ' קז), שסבור שאין דברי הרמב"ן אמורים בכל אדם אלא רק באב המקדש אישה לבנו).

הרמב"ן דוחה בכך את דעתו של מי שרצה להסיק מהלכה זו שדין "זכין" חל אף על פעולה שהיא חובה (שהיא קרובה למעשה לתורת האישור בדיעבד), "שכיוון שהוא רוצה באותה חובה, אינה אלא זכות". אך כאמור, הרמב"ן דוחה את הדברים על הסף (ראה להלן, הערה 81). וראה שם הסברו האחר של הרמב"ן. וראה עוד אטינגר, פרקי שליחות, עמ' 127, 132-133.

הדעות המרחיקות לכת ביותר בעניין זה הן לכאורה דעת הרמב"ם, המגדיר קניית נכס כזכות, ודעת בעל 'העיטור' והרמב"ן, המכירים בקידושין כזכות, על אף יסוד החובה המשמעותי הטמון בפעולות אלה[79]. עם זאת, נראה שלדידם, בפעולות כגון אלה, קיומה של חובה לצד הזכות מחייב אישור מפורש של המקבל בדיעבד, ולא די באי־התנגדותו, כפי המקובל בזכות מובהקת[80]. גישה זו היא הקרובה ביותר לגישת החוק בעניין "אישור בדיעבד", כשההבדל ביניהם הוא ש"אישור בדיעבד" אפשרי בכל פעולה, כולל פעולה שהיא חובה מובהקת, מה שאין כן דין "זכין", שאינו חל אלא על פעולה שעיקרה זכות[81].

[79] דברי הרמב"ם נסתרים לכאורה מדברי התלמוד, חולין פג ע"א (על סוגיה זו, ראה גם בדיוננו על סעיף 9, הערה 221). התלמוד דן בתקנת חכמים (משנה, חולין ה, ד), ולפיה בארבעה פרקים בשנה (ערבי חגים), מחייבים את הקצב לשחוט בהמה למי שבא לקנות ממנו בשר, אף אם עדיין לא התקבצו אצלו מספיק לקוחות המעוניינים לקנות ממנו בשר, ואם נתנבלה הבהמה, ההפסד של הלוקח, ואינו יכול לדורש ממנו להחזיר לו את כספו. התלמוד שואל: מדוע מפסיד הלוקח את כספו? הלוא כל עוד לא משך את הבהמה ולא עשה בה מעשה קניין, נותרת הבהמה בבעלותו של הקצב, והסיכון היה צריך להיות שלו? על כך עונה התלמוד, שבארבעה פרקים אלו, שיש בהם צורך גדול בבשר, הקצב יכול להקנות ללוקח חלק בבהמה מכוח דין "זכין", משום שזהו האינטרס של הלוקח (שאילולי כן, חכמים לא היו מחייבים את הקצב לשחוט), אבל הוא אינו יכול לעשות כן בשאר ימות השנה, שבהם הביקוש לבשר אינו גדול כל כך, ושם לא ראו חכמים לנכון לחייב אותו לשחוט, והקניית הבעלות אינה נחשבת אפוא כזכות ללוקח. ומכאן שעקרונית, הקנייה אינה מוגדרת כזכות. ביישוב קושי זה, הוצעו כמה הבחנות שיש בהן לשפוך אור על הבנת דברי הרמב"ם:

לדעת מחנה אפרים, הלכות זכייה ומתנה, סימן ו, ד"ה וראיתי, יש להבחין בין נכס מתכלה (שעליו מדברת הסוגיה בחולין), הנחשב כחוב, משום "שאין אדם רוצה להרבות בהוצאות", ובין נכס שאינו מתכלה (שעליו מדבר הרמב"ם), שקנייתו היא בגדר זכות, משום שערכו נותר בידי המקבל.

אור שמח (הלכות מכירה, פרק כט, הלכה יא) טוען בראשית דבריו שקניית נכס מוגדרת כזכות רק כשלא ניתנה עדיין התמורה בשעת הזכייה (וחובת התשלום תבוא רק עם הסכמת המקבל). לעומת זה, בעסקת הקנייה שנידונה בסוגיית חולין, הקונה את הזכות כבר הפקיד את כספו בידי המוכר (הקצב) קודם לעסקה (אבל השווה חידושי הריטב"א, עירובין פא ע"א, ד"ה מתני'). ברם, 'אור שמח' היה ער לעובדה שהבחנה זו אינה מעלה ארוכה להלכת הרמב"ם בקניית קטן (ראה לעיל, הערה 75), שהרי שם כתב הרמב"ם בפירוש שהקטן שילם ("ונתן דמים"), ומכאן שהקנייה נחשבת זכות גם כשהתשלום כבר עבר לידי המוכר. לאור זאת טוען 'אור שמח' שאין כל קושי מסוגיית חולין, משום שהבחנה ברורה יש בין הקניית בשר כשר, שאין ספק שזכות היא, ובין הקניית בעלות בחלק מן הבהמה בעודה בחיים, שאינה זכות בשל הסיכון שתימצא טרפה לאחר השחיטה. ורק בארבעה פרקים נחשבת הקניית בעלות בחלק מן הבהמה מחיים כזכות למרות הסיכון הכרוך בכך, משום שהאינטרס לשחיטה מיידית גובר! (ועדיין לא ברור אם בדברים אלו חוזר בו 'אור שמח' מהבחנתו הראשונה או שהוא מוסיף עליה). וראה עוד: שו"ת שואל ומשיב, מהדורא שתיתאה, סימן סג, ד"ה עכ"פ (בסופו); אבן האזל, הלכות מכירה, פרק ל, הלכה א, שכתבו מעין דברים אלו.

לדעת נתיבות המשפט, סימן קצה, ס"ק א, ד"ה ולפי"ז, אין בסוגיית חולין דין "זכין", שכיוון שהמוכר לא אמר "זכה לפלוני", לא התכוון לוותר על זכותו לחזור בו מן העסקה. ומה שבארבעה פרקים בשנה יש דין "זכין", אף על פי שלא אמר "זכה לפלוני", היינו משום ששם גם המקבל אינו יכול לחזור בו (על שיטתו, ראה עוד להלן, ליד ציון הערה 200).

והשווה שו"ת ברית אברהם (פצנובסקי), אבן העזר, סימן קא, ס"ק יב, שלדעתו אכן הרמב"ם מתעלם משלב זה בסוגיה, ומעדיף לפסוק את ההלכה על פי מסקנת הסוגיה בלבד, שבארבעה פרקים אלו העמידו חכמים את דבריהם על דין תורה, ולפיו המעות קונות. והשווה שו"ת הרי"ם, המובא להלן, הערה 179, שלדעתו הרמב"ם דחה שלב זה בסוגיה מסיבה אחרת. וראה עוד שו"ת בית מאיר, סימן ו, ד"ה ומה שמר (עמ' לח במהדורת מכון ירושלים), הדוחה את האפשרות הזאת, ונשאר ב"צריך עיון".

[80] על שאלה זו, ראה דיוננו להלן, פרק שישי, א, עמ' 802.

רוב פוסקי ההלכה דוחים את גישת הרמב"ם כפי שהיא עולה מפשטות דבריו בעניין מכר, וכן את גישתם הקיצונית של בעל 'העיטור' והרמב"ן בעניין קידושין[82]. ואכן, הרמ"א פוסק[83] שהקנייה אינה נחשבת זכות[84], משום "שאפשר שאינו חפץ לקנות", אם כי נראה שאם הקנייה מיטיבה באופן חד־משמעי עם המקבל, כגון רכישה במחיר מציאה, יסכימו הכל שניתן לזכות בה את המקבל, חרף חובת התשלום הנלווית לה[85].

בהתאם לכך, את דברי הרמב"ם, שנפסקו להלכה ב'שולחן ערוך'[86], הם מפרשים על דרך הצמצום ומעמידים אותם באופן שיש לשער שהמקבל מעוניין בקנייה, בין משום שהמקבל גילה דעתו מראש שהוא מעוניין בה בין משום תנאיה הטובים של העסקה, וכיוצא בזה[87].

[81] והשווה שו"ת ברית אברהם (פצנובסקי), אבן העזר, סימן קא, ס"ק ו, ס"ק יג וס"ק טו. לדעתו, דברי הרמב"ם אמורים לא רק בפעולה שעיקרה זכות ויש בצדה חובה, אלא גם בפעולה שיש בה גם זכות וגם חובה ואין הכרע ביניהן בשעת הביצוע. גישה זו קרובה עוד יותר לגישת החוק. לדעת 'ברית אברהם', זו גם גישת העיטור (לעיל, הערה 77). על פי דרכו, קשה, שכן החולקים על העיטור אמורים היו לחלוק גם על הרמב"ם בהלכה זו, ואולם לא כך נהג 'שולחן ערוך', כשפסק כרמב"ם (להלן, הערה 86) אבל דחה את דברי העיטור (לעיל, הערה 77), ומכאן שהיה לו כנראה פירוש אחר בהבנת שיטת הרמב"ם. ואכן להלן נראה שרבים מן האחרונים הוציאו את דברי הרמב"ם מפשוטם.
וראה חידושי הרמב"ן, חולין לט ע"ב, ד"ה כשזיכה, שהביא שיטה מרחיקת לכת מזו של הרמב"ם (על פי הבנת 'ברית אברהם'), ולפיה יכול האדם לטעון שכל פעולה שנעשתה עבורו (אף אם מבחינה אובייקטיבית היא חובה), הייתה זכות בשבילו בשעת מעשה. אבל הרמב"ן דוחה שיטה זו על הסף. ראה לעיל, הערה 78.

[82] ראה חידושי הרשב"א, קידושין ז ע"א, ד"ה הילך (הוזכר לעיל, הערה 77). וראה שו"ת בית יוסף, דיני קידושין, סימן ז, ד"ה אמנם.

[83] ראה רמ"א, חו"מ, סימן קצה, סעיף ג. וראה גם רמ"א, חו"מ, סימן קצ, סעיף ד. הרמ"א מסתמך על דברי שו"ת מהר"י וייל (מובא להלן, הערה 202). וראה להלן, סוף הערה 87.

[84] זאת גם אם הזוכה שילם מכספו למוכר, שהרי יצטרך המקבל לשפותו (קצות החושן, סימן קצ, ס"ק ב. ראה גם נתיבות המשפט, סימן קצ, ס"ק ג). נראה שיסודה המשפטי של חובת השיפוי הוא בדיני עשיית עושר ולא במשפט. אשר לחובה המקבילה של שיפוי שליח, ראה לעיל, סעיף 11, פרק שני, עמ' 584.

[85] ראה קצות החושן, סימן קצה, ס"ק ג. וראה ערוך השולחן, חו"מ, סימן קצה, סעיף ב, שאף הרחיק לכת יותר וקבע בשם קצות החושן: "וי"א עוד, דאם המקח שוה יותר מהדמים שהמוכר מבקש, יכול אחר לזכות להקונה שלא בידיעתו כלל, ואף שלא יהא ביכולתו לחזור בו". אמנם הוא מסייג את הדברים, וקובע שאינם אמורים אלא כשידוע שהמקבל מעוניין בנכס, "דהדבר ידוע שכמה אנשים כשאינם צריכים להחפץ לא יקנוהו אף בזול". ובכל זאת דבריו צריכים עיון: מדוע לא יוכל המקבל לחזור בו כדין כל מי שזכו לו שלא בפניו?
וראה להלן, הערה 210, שיש מי שסבור שאף שדין "זכין" חל גם על קטן, הרי הגדרת זכות לגבי קטן נוקשה יותר, והיא חייבת להיות זכות גמורה בלא שום צד חובה.

[86] שולחן ערוך, חו"מ, סימן רלה, סעיף כג. וראה גם שם, סימן קצה, סעיף ג.

[87] אחדים מן הפוסקים טוענים שהרמב"ם מדבר בשידוע שהקנייה רצויה למקבל. אך מאחר שהזכייה כרוכה גם בחובת תשלום, חל הכלל של הר"ן, המובא להלן, ליד ציון הערה 153, שבדבר שאינו זכות גמורה, יש צורך בהסכמה, והיא מועילה למפרע. ראה לדוגמה זכות משה, סימן ג (כשהזכות והחוב שקולים), ד"ה ולכאורה: "והיכי דמי? כגון שהיה אותו הדבר בזול ביותר, וידע בלוקח שהוא צריך לאותו דבר... אבל אם היה אותו הדבר ספק... גם הרמב"ם מודה... שזה אינו מצוי שיזכה המוכר ללוקח על הספק ויאסור עצמו שלא ימכור לשום אדם, דאין עושין כן אלא השוטים והפתאים, ולכך לא הוצרך הרמב"ם לפרש דבריו" (כך נוקט בתחילה מחנה אפרים, הלכות זכייה ומתנה, סימן ו, ד"ה וראיתי, בהעמידו את הלכת הרמב"ם בשגילה הלוקח את דעתו קודם שהוא מעוניין בקנייה זו. אך 'מחנה אפרים' חזר בו לאחר מכן). וראה עוד שו"ת הליכות אליהו (פיינשטיין), אבן העזר, סימן לג, ד"ה לזאת, שהעמיד את דברי הרמב"ם באופן שכבר הסכימו

ב. זכות אובייקטיבית או זכות סובייקטיבית?

ומהי אמת המידה להגדרת "זכות" לעניין דין "זכין", אמת מידה אובייקטיבית או סובייקטיבית? הגירושין למשל נחשבים כפעולה שהיא לחובתם של בני הזוג[88], ועל כן לא ניתן לתת גט במקום הבעל או לקבלו במקום האישה בלא הרשאתם מכוח דין "זכין". אך שאלה היא: האם הדין ישתנה כאשר ידוע שבן הזוג מעוניין בגירושין? האם הזכות תלויה בדעתו האישית של המקבל? או שמא היא נבחנת לפי אמות מידה אובייקטיביות שאינן תלויות בדעתו? למעשה, השאלה עולה בשני מצבים אפשריים: א) פעולה שעל פי אמת מידה אובייקטיבית היא חובה, שאדם מן היישוב אינו מעוניין בה, אך ידוע שהמקבל מעוניין בה; ב) פעולה שעל פי אמת מידה אובייקטיבית היא זכות, שאדם מן היישוב מעוניין בה, אך ידוע שהמקבל אינו מעוניין בה[89]. ונשאלת השאלה: האם יחול דין "זכין" על פעולות אלו?

המקבל והמוכר לעשות את העסקה, ולא נותר אלא לעשות את מעשה הקניין. אך ראה שם, ד"ה ונראה מה, שנדחק לפי דרכו בהלכת הרמב"ם לגבי קטן (לעיל, הערה 75). ואין להקשות מסוגיית חולין פג ע"א (שראינו לעיל, הערה 79), ולפיה הקצב אינו יכול עקרונית לזכות חלק בבהמה ללוקח, אף על פי שהלה כבר הקדים לו מעות, וגילה את דעתו לכאורה שהוא מעוניין לקנות, משום שכפי שהעיר 'אור שמח' (לעיל, הערה 79), שם מדובר בהקניית חלק בבהמה בעודה בחיים, על אף הסיכון הכרוך בדבר, ולכן הקדמת המעות אינה יכולה להיות בבחינת גילוי דעת.

אחרים, ובהם 'נתיבות המשפט', טוענים שדברי הרמב"ם אמורים רק כשהזוכה התנה במפורש מראש עם המוכר שתוקף הקנייה מותנה בהסכמת המקבל. על הסבר זה (שהוזכר כבר בדיוננו על סעיף 6, הערה 121, ושם הזכרנו את שיטת הרשב"ש, המצמצם עוד יותר את כוונת הרמב"ם), נרחיב להלן, ליד ציון הערה 107 ואילך.

פוסקים אלה מעירים שיש להניח שגם הרמ"א (לעיל, הערה 83) פירש את דברי הרמב"ם על דרך הצמצום, וממילא אין מקום לתמוה על שלא חלק על 'שולחן ערוך' (לעיל, הערה 86), שאימץ את שיטת הרמב"ם להלכה. להסברים נוספים בדברי הרמ"א, ראה: חידושי הרי"ם, חו"מ, סימן קצה, ס"ק טז, ד"ה ומיושב; דברי חיים (אוירבך), חו"מ, דיני מכירה, סימן ה; לבוש מרדכי (אפשטיין), בבא מציעא, סימן טו, ד"ה וכתבנו (לא ע"ב). וראה ב' כהנא, חוק לישראל, מתנה, סעיף 6 (בהכנה).

88 בתלמוד מבואר שלא ניתן לזכות גט לאישה אפילו יש קטטה ביניהם (יבמות קיח ע"ב) ואפילו בעלה "מוכה שחין" (ירושלמי, גיטין, פרק א, הלכה ה. וראה עוד: בבא קמא קיא ע"א; ים של שלמה, גיטין, פרק ד, סימן ז), משום שיש להניח שהאישה מוכנה לסבול כל בעל, ובלבד שלא תישאר בודדה (בהתאם לפתגם השגור בפי נשים: "טב למיתב טן דו מלמיתב ארמלו", כלומר 'טוב לשבת שניים יחד מלשבת אלמנה'). ברם, אין זו הנחה מוחלטת, שהרי התלמוד עצמו (יבמות קיח ע"ב) מסתפק בשאלה אם הבעל יכול לזכות גט לאשתו במקום שעתידה ליפול לפני יבם שאינה חפצה בו. ויש נסיבות שבהן לדעת מקצת מן הפוסקים, ברור שיש להגדיר את הגירושין כזכות. כך לדוגמה, ט"ז, אבן העזר, סימן קמה, ס"ק ז, פוסק שבימינו, כשדין הייבום אינו נוהג, אלא רק דין החליצה, אין עוד מקום לספק שהעלה התלמוד, וברור שזיכוי גט לאישה לבל תזדקק לחליצה הוא בגדר זכות (וכן פסק בעקבותיו יד המלך, הלכות גירושין, פרק ט, הלכה כא. וראה ים של שלמה, יבמות, פרק טו, סימן כא, שהעלה רעיון זה, אם כי בהיסוס). דוגמה נוספת. רש"י פוסק (כך מובא בתרומת הדשן, שו"ת, סימן רלז), שאם הסכים בעל משומד לגרש את אשתו, ניתן לקבל במקומה את הגט מדין "זכין". וראה בעניין זה ביתר הרחבה: בית יוסף, אבן העזר, סוף סימן קמ; אנציקלופדיה תלמודית, כרך יב, ערך זכין לאדם שלא בפניו, עמ' קלט, בעמ' קסג־קסו. וראה י' כ"ץ, "אף על פי שחטא ישראל הוא", תרביץ כז (תשי"ח), עמ' 203, בעמ' 209, ליד ציון הערה 36 [=ספר היובל לכבוד גרשום שלום, ירושלים תשי"ח, עמ' עז־צא].

89 הדברים אמורים כשמקבל הזכות גילה את דעתו לפני ביצוע פעולת הזכייה, אך שתק לאחר ביצועה. מובן כי הבעת הסתייגות של המקבל לאחר ביצוע הפעולה תביא לביטולה (ראה להלן, פרק שישי, א, עמ' 802).

(1) גילוי דעת מוקדם של המקבל שהוא מעוניין בפעולה

אשר לאפשרות הראשונה, נראה שיש להבחין בין פעולה שהיא חובה במהותה, שאין מועיל בה גילוי דעת מראש, משום שיש לחשוש שמא שינה המקבל את דעתו לפני ביצוע הפעולה, ובין פעולה שהיא זכות במהותה, אלא שמעורב בה גם יסוד של חובה, שמועיל בה גילוי דעת.

כך למשל אם גילתה אישה את דעתה שהיא מעוניינת להתגרש. לדעת רוב הפוסקים, אי אפשר לקבל את הגט במקומה מדין "זכין". מאחר שהגירושין נחשבים חובה במהותם, יש לחשוש שמא בינתיים נמלכה האישה בדעתה ואינה מעוניינת עוד להתגרש[90] (חשש שאינו קיים במינוי שליח[91]). הוא הדין בבעל שגילה את דעתו שהוא מעוניין לגרש את אשתו[92].

[יש להעיר שאף על פי שהגירושין מוגדרים עקרונית כחובה לאישה, ולא מועיל בהם גילוי דעת מוקדם, היו כמה מן הראשונים שסברו שיש נסיבות יוצאות דופן שבהן מועיל גילוי דעת מוקדם של האישה[93]. האחרונים נחלקו בשאלה אם גילוי דעת של הבעל עשוי להועיל בנסיבות מיוחדות. ומעשה שהיה, כך היה. יהודי גויס לצבא במלחמת העולם הראשונה ולא חזר מן החזית. לפני יציאתו לקרב, הוא מינה שליח לגרש את אשתו, אך השליח נפטר לפני שהספיק למלא את שליחותו. כאמור, יש מי שפסקו[94], בצירוף שיקולים הלכתיים נוספים, שבכגון זה

[90] ראה ירושלמי, גיטין, פרק ו, הלכה א. וכן פסקו: טור, אבן העזר, סימן קמ (עמ' רט־רי במהדורת הטור השלם); בית יוסף, אבן העזר, סימן קמ; ב"ח, שם; שו"ת צמח צדק (שניאורסון), אבן העזר, סימן רעה, אות טו; שו"ת מנחת שלמה (אוירבך), חלק א, סימן עט, ס"ק א, ד"ה אבל נראה. וראה שו"ת אחיעזר, חלק א, סימן כח, אות יז, ד"ה עוד נראה.
אמנם לא כן היא דעת בעל 'העיטור'. ראה ספר העיטור, שלישות גט (מהדורת ר"מ יונה, חלק א, מה ע"ב), כפי שהסביר את גישתו 'בית יוסף', שם: "דלא אמרינן חוב הוא לה אלא כשלא גילתה דעתה, אבל כל שגילתה דעתה שרוצה להתגרש, זכות הוא לה, וזכין לה שלא בפניה". וראה שו"ת אבני נזר, אבן העזר, סימן ח, אות יח, בהגהה, ד"ה ובראי"ש, שכך הסיק גם בדעת הרא"ש, גיטין, פרק ז, סימן כ. אבל כאמור, גישה זו אינה מקובלת על הפוסקים, שכן יש לחשוש שמא חזרה בה. אך מדברי 'בית יוסף' שם עולה שגם לדעת הטור, ניתן לגרש אישה מכוח דין "זכין", אם ידוע למפרע שבעת מתן הגט הייתה מעוניינת להתגרש. והשווה ב"ח, שם, שחלק על כך, משום שלדעתו גם הבעל (המזכה) צריך לדעת באותה שעה שאשתו מעוניינת בגירושין. וראה גם: שו"ת חתם סופר, אבן העזר, חלק ב, סימן מג, ד"ה והנה הטור; שו"ת ברית אברהם (פצנובסקי), חלק א, אבן העזר, סימן קא, ס"ק ו. וראה עוד דיוננו על סעיף 14, ליד ציון הערה 54.

[91] שו"ת חתם סופר, אבן העזר, חלק ב, סימן ה, ד"ה ויש בענין: "כיון שמינתה שליח בפירוש, לא אתיה מחשבה ומבטל דיבור מינוי השליח. וליחוש שמא חזרה בדיבור ובטלה השליחות? לזה לא חיישינן, דאוקמא אחזקה קמייתא, שנעשה שליח בדבר". וראה בהרחבה בדיוננו על סעיף 14, פרק שני, א(3)(ב), עמ' 607.

[92] חזון איש, אבן העזר, סימן קמז, חידושים לגיטין סו ע"א.

[93] כגון שהבעל מוכה שחין או בעל קטטה או משומד (ראה לעיל, הערה 88). בנסיבות אלה, יש אומרים שמועיל גילוי דעתה של האישה, כשם שהוא מועיל בכל פעולה שאינה חובה מובהקת. ראה תרומת הדשן, שו"ת, סימן רלז. אבל לא כן דעת הר"ן (שו"ת הר"ן, סימן מג, ד"ה ואשר כתב עוד, על פי חידושי הרשב"א, יבמות קיח ע"ב, ד"ה הא דבעא). מחלוקת זו מובאת ברמ"א, אבן העזר, סימן קמ, סעיף ה. אבל ראה ט"ז שם, ס"ק ה, שבמשומד כולי עלמא מסכימים שמועיל גילוי דעת. וראה גם ים של שלמה, גיטין, פרק ד, סימן ח.

[94] ראה: ר' אליהו קלצקין, מילואים לספר דבר הלכה (לובלין תרפ"ג), סימן צג, תשובת ר' יוסף שלמה שבתי הלוי הורוויץ מזאמושטש ותשובתו שלו (שהתיר להלכה ולא למעשה): "שזה כשמונה שנים לא חזר לביתו, ובמה שמתעגנת מביא לידי מכשולים". ושם, סימן קכב, מובאת תשובתו של ר' מאיר אריק ז"ל, שגם הוא מסכים בעיקרו של דבר שיועיל הגט מתורת זכייה. וראה עוד שו"ת זקן אהרן (וולקין), חלק א, סימן צה, ד"ה ונראה, המסכים עקרונית לגישה זו, אלא שחלק עליהם כשהבעל מינה שליח מסוים, שאז יש חשש

מינוי השליח מעיד שהתכוון הבעל לגרש את אשתו לבל תישאר עגונה, ועל כן יכול כל אדם לתת לה את הגט במקומו מדין "זכין לאדם שלא בפניו". אולם רבו הפוסקים שחלקו על היתר זה[95]].

לא כן בעניין קידושין, שבהם פוסק הרא"ש[96] שאם פלוני גילה דעתו בפני שדכן שהוא מעוניין בפלונית, והלך הלה וקידש אותה עבורו, אף על פי שהבעת רצון זו בפני השדכן אינה

שהקפיד על שליח זה דווקא. ונציין שפוסקים אלה מתמודדים עם בעיה נוספת הקשורה בדיני גירושין, ולפיהם הצורך בכתיבת הגט לשמה של האישה מחייב לכאורה ציווי ישיר של הבעל דווקא. אך אין כאן מקום לדון בדבר.

בעיה נוספת שמצביעים עליה רש"ז אוירבך (שו"ת מנחת שלמה (אוירבך), חלק א, סימן עט) ואחרים (ראה לעיל, הערה 57, ולהלן, הערה 136) היא הצורך בנתינת הגט על ידי הבעל. בעיה זו קשורה ביסוד המשפטי של דין "זכין". אם "זכייה מטעם שליחות", יש כאן נתינה, שכן הזוכה פועל כשלוחו של הבעל, ונתינתו כנתינת הבעל. לעומת זאת, אם "זכייה לאו מטעם שליחות", חסרה כאן נתינת הבעל, שכן הזוכה פועל עבורו אך לא כנציגו.

[95] כנגד היתר זה, פרסם הרב י"ז מינצברג בשנת תש"ד קונטרס היתר עגונה, נדפס בספרו שו"ת שארית ישראל, אבן העזר, סימן ה. הרב מינצברג מאריך לדחות את כל דברי הרב קלצקין, ומציין שהרב קלצקין עצמו ביקש ממנו לפרסם את הקונטרס שלו כדי שלא יימשכו אחריו (וראה שו"ת היכל יצחק, אבן העזר, חלק ב, סימן סד, שהשיב על טענות הרב מינצברג מבחינה עקרונית). וראה שו"ת מנחת יצחק, חלק א, סימן מח, אות ד: "וגם כפי הנראה מדברי הגדולים המתירים, לא סמכו ע"ז רק בצירוף הא דנאבד זכרו, וי"ל שכבר מת". וראה עוד תשובת הרב י"י ויינברג לרב י"א הלוי הרצוג בשו"ת שרידי אש, ירושלים תשנ"ט, חלק א, סימן צ, בעמ' רמח [=הרב י"י ויינברג, "על נשים שבעליהן השתמדו", נעם א (תשי"ח), עמ' א], המוכיח תחילה שהראשונים לא העלו בדעתם פתרון של זכייה לבעל: "וגם מתשובת רש"י [ראה לעיל, הערה 88] לא עלה על דעתו של רש"י לכתוב גט שלא מדעת המשומד, וכמה טרחות טרחו האחרונים לסדר גט למומר ע"י שליח, אע"פ שאין מומר עושה שליח... ולא עלה על דעתם כלל לסדר גט בלא שליחות מטעם זכין לאדם". ברם, בהמשך דבריו (עמ' רנא, עמ' רנט ועמ' רפא), גם הוא, כמו הרב הרצוג, אינו שולל לחלוטין הסתמכות על שיטת הרב קלצקין (בתוספת סניפים אחרים להיתר), כשהוא מעיר שכגישת הרב קלצקין נוקט גם פתח הבית (טיקטין), סימן כא, ענף ו. לביקורת על אסמכתא זו, ראה הרב ב"ז בנדיקט, "על נשים שבעליהן השתמדו", אסופת מאמרים, ירושלים תשנ"ד, עמ' צ, בעמ' צז, אות ד.

וראה שו"ת איגרות משה, אבן העזר, חלק א, סימן קיח, ד"ה ומצד. לדעתו, לא דיברו המתירים אלא כשהסיבה לגילוי הדעת עדיין קיימת (כגון שעדיין לא נסתיימה המלחמה). 'איגרות משה' עצמו (שם, סימן קיז) דן בשאלה דומה, וראוי להזכיר את קביעתו המחודשת. הובא לפניו עניינה של אישה שבעלה נידון לגלות ארוכה על ידי השלטון הסובייטי, ומינה שליח שימסור לה גט כדי להצילה מעגינות. השליח יצא לקיים את שליחותו, אך נפטר קודם שהספיק למלא אותה. הרב פיינשטיין קובע, שמאחר שהשלמת השליחות נחשבת זכות לשליח (שמסייע להצלת אישה מעגינותה), ניתן להניח שאילו היה מודע למותו הקרב, היה ממנה שליח משנה להשלמת השליחות. על כן, יכול כל אדם לפעול כעת מכוח דין "זכין", להשלים את השליחות ולזַכות את השליח. יודגש כי הרב פיינשטיין לא טען שניתן לזַכות שליח זה לאחר מותו, אלא טען שניתן לזכותו בכך שמתייחסים אליו כמי שבעודו בחיים רצה במינוי שליח משנה.

נעיר עוד שלאחרונה, בית הדין הרבני הגדול פסק לטהר ממזרות ילדים שנולדו לאשת איש לאחר שהגט שכתב לה בעלה נתקבל עבורה בדרך של זיכוי בלבד. ראה הדין והדיין, גיליון מס' 28, פס"ד 10 (בשאלה אם זיכוי גט מועיל בדיעבד). פסק הדין, מיום ט' בכסלו תשע"א (16.11.10), נכתב על ידי הרב ב"צ בוארון, והוסיף עליו דברי הסכמה הראשון לציון הרב ש"מ עמאר.

על זיכוי גט, ראה עוד להלן, הערה 136.

[96] ראה רא"ש, קידושין, פרק ב, סימן ז (הובא בשולחן ערוך, אבן העזר, סימן לה, סעיף ד, בשם יש מי שאומר), על פי פירוש רש"י, קידושין מה ע"ב, ד"ה ודילמא ארצויי. וכן פירש גם חידושי הריטב"א, שם, ד"ה ופרכי'.

עולה כדי מינוי שליח, מכל מקום חלים הקידושין מדין "זכין"[97], מפני שבשונה מן הגירושין, הקידושין נחשבים בעיקרם זכות, וגילוי הדעת מראש של המקבל מאפשר להתעלם מיסוד החובה המתלווה אליהם, כגון החובה לזון את האישה והאיסור לשאת אחת מקרובותיה (אמנם גילוי דעת מוקדם לא ימנע מן המקבל להתנגד לזכייה לכשייוודע לו עליה[98]). וכך יש המסבירים את הלכת הרמב"ם בעניין מכר, שראינו לעיל[99], שלא אמר הרמב"ם שאדם קונה נכס עבור חברו מדין "זכין" אלא כשהלה גילה דעתו מראש שהוא מעוניין בקנייה[100].

[97] וכן עולה גם מדברי הרא"ש בעניין עירובי חצרות. על פי ההלכה, כדי שבני חצר משותפת יוכלו לטלטל בחצר בשבת, עליהם להשתתף יחד בתבשיל אחד, כגון לחם, ונקבע שבנסיבות מסוימות אין אדם יכול לזַכות לחברו חלק בעירוב אלא מדעתו, שכן עשוי להיות בעירוב גם צד חובה. אבל אם גילה החבר בדעתו שהוא מעוניין בעירוב, אפשר לזכותו שלא מדעתו (ראה רא"ש, עירובין, פרק שביעי, סימן יג). ומכאן מסיק מחנה אפרים, הלכות זכייה ומתנה, סימן ו, ד"ה ובפרק חלון: "דכל מידי דמסתמא לא הוי חוב גמור, אם גילה דעתו שהוא רוצה, להרא"ש זכין לו שלא מדעתו". לדעת מחנה אפרים, התוספות, עירובין פא ע"א, ד"ה לא זכו, חולקים על הרא"ש בנקודה הזאת (כך עולה מדבריהם בעניין מי שנתן מעות לחנווני לזכות בעירוב). נמצא לפי זה ששאלת תוקף גילוי הדעת מראש שנויה במחלוקת ראשונים. אולם אין הכרח להסיק מדברי התוספות שאינם מקבלים עקרונית את גישת הרא"ש, שכן ייתכן שלדעתם בנסיבות העניין אין במתן המעות משום גילוי דעת שהמקבל מעוניין בזכייה, שכן ייתכן שהוא מעוניין לקיים את מצוות העירוב בעצמו דווקא ולא בדרך של זיכוי. ראה: ב"ח, אורח חיים, סימן שסט, ד"ה אבל הרא"ש; ט"ז, אורח חיים, סימן שסט, ס"ק ד. אבל השווה: שו"ת ברית אברהם (פצנובסקי), אבן העזר, סימן קא, ס"ק יד; זכות משה, סימן ג (דף י ע"א), ד"ה גם מ"ש, וסימן ד (דף יא ע"ב), ד"ה ובזה. וראה עוד חזון איש, עירובין, סימן צט (לה), ס"ק יב־טז.
וכן מוכח גם מתרומת הדשן, שו"ת, סימן קפח, בעניין הפרשת חלה, שאם גילתה בעלת העיסה שהיא מעוניינת בהפרשת חלה, יכולים אחרים להפריש חלה במקומה (מובא בהסכמה במשנה למלך, הלכות בכורות, פרק ד, הלכה א, ד"ה הכלל העולה).
אבל השווה שו"ת ברית אברהם (פצנובסקי), אבן העזר, סימן קא, ס"ק י, שלדעתו מוכח ממקורות אחדים שלא מועיל גילוי דעת מוקדם, וגם בו יש לחשוש לחזרה. אחד ממקורות אלה הוא סוגיית נזיר יב ע"א, שעסקנו בה בהרחבה בדיוננו על סעיף 4. הכלל העולה מן הסוגיה הוא: "כל מילתא דאיהו לא מצי עביד השתא, לא מצי משוי שליח". כלומר, אין השולח יכול למנות שליח אלא לפעולה שהוא יכול לעשותה בעצמו בשעת המינוי. על פי כלל זה, נאמר בתלמוד שאם מינה אדם שליח לקדש לו אישה סתם, אין תוקף לקידושין שקידש השליח, אלא אם קידש אישה שהייתה פנויה בשעת מינויו כשליח. לדעת 'ברית אברהם', מוכח מכאן שגילוי דעת אינו מספיק להחלת דין "זכין", שאם כן, צריך היה להכיר גם בתוקפם של קידושי אישה שלא הייתה פנויה בשעת המינוי, שהרי השולח גילה דעתו שהוא מעוניין לשאת אישה. אשר על כן, לדעתו, יש להוציא את דברי הרא"ש מפשוטם ולהסביר שלשיטת הרא"ש, הדיבור עם השדכן עולה כדי מינוי שליח, שאז אין מקום לחשוש לחזרה, שכן צריך ביטול מפורש (וכן נקט גם חלקת יואב, חלק א, אבן העזר, סימן יא, ס"ק ה, ד"ה אשר על כן). אבל ראה שו"ת אחיעזר, חלק א, סימן כח, אות יז, ד"ה ותמיהני, שדחה את דבריו משלושה נימוקים: א) לפי גישת התוספות, שנראה להלן, הערה 105, הממנה שליח מגלה בכך את דעתו שאינו חפץ בתחולת דין "זכין"; ב) אכן גם אישה שלא הייתה פנויה בשעת המינוי עשויה להיות מקודשת לשולח, אלא שבנסיבות העניין, מאחר שאין הדבר לטובתו, הוא רשאי להתנגד ל"זכייה" (וכך יוכל להתחתן עם אחותה); ג) מאחר שאישה זו לא הייתה פנויה בשעת המינוי, יש להניח שלא הייתה כלולה במסגרת גילוי הדעת של השולח. וראה עוד חזון איש, אבן העזר, סימן נח, ס"ק ד, שהבחין בין גילוי דעת כללי לבין גילוי דעת לקידושי אישה מסוימת.

[98] כן עולה מחידושי הריטב"א, קידושין מא ע"ב, ד"ה והא דתנן, כפי שהעיר בשו"ת אבני נזר, אבן העזר, סימן קצד, ס"ק ד. וראה להלן, הערה 100. והשווה שו"ת אחיעזר, חלק א, סימן כח, ס"ק יז, ד"ה עוד נראה לישב.

[99] לעיל, ליד ציון הערה 73.

[100] כפי שכבר הערנו לעיל, הערה 87. ושם פסק הרמב"ם במפורש: "ואם לא רצה, תחזור לבעליה".

מן הדברים שעמדנו עליהם, עולה לכאורה שגם כאשר אין תוקף לשליחות בשל פגם במינוי השליח (כגון שהשליח לא היה כשר להתמנות לשליח, או שהשולח לא היה כשר למנות שליח, או שהבעת הרצון של השולח לא עלתה כדי מינוי[101], או שהשליחות היא בגדר "מילי"[102] ולא ניתן למנות בה שליח משנה וכיוצא בזה), עדיין עשוייה הפעולה לזכות את השולח מדין "זכין", ובלבד שעניינה של הפעולה אינו חובה מובהקת[103], שכן יש בעצם המינוי גילוי דעת שהשולח מעוניין בפעולה. ואכן כך פסקו רבים מן הפוסקים[104], אבל יש גם מי שחלק על כך, בטענה שמי שממנה שליח מקפיד שהפעולה תיעשה על ידי שליח דווקא ולא מדין "זכין"[105].

(2) גילוי דעת מוקדם של המקבל שאינו מעוניין בפעולה

נראים הדברים שגם בזכות אובייקטיבית, אם המקבל גילה דעתו מראש שאינו רוצה בה, יש משמעות לגילוי הדעת שלו, ולא תועיל הפעולה מדין "זכין" אף אם ישנה את דעתו ויסכים לזכייה בדיעבד. כך למשל עולה מדברי 'טורי זהב'[106], שאם מקבל מתנה גילה דעתו קודם לזכייה שהוא בגדר "שונא מתנות יחיה" (משלי טו, כז), שוב לא ניתן לזכות בה עבורו.

ג. עסקה המותנית בהסכמה מפורשת של המקבל

כפי שנאמר להלן בהרחבה, אין זוכין לאדם בעל כורחו. משום כך, תמיד יכול המקבל להתנגד לזכייה, אף אם מדובר בזכות מובהקת. לפי זה, היה מקום לכאורה לטעון שיש להגדיר כל פעולה כזכות, אף אם אובייקטיבית היא חובה, שהרי עדיין הבררה ביד המקבל לאשר את הפעולה או לדחותה!? אולם עינינו רואות שזכות ההתנגדות כשלעצמה אין בה כדי להגדיר פעולת חובה כזכות[107], שכן מוסכם על הכל שדין "זכין" מוגבל לפעולה המוגדרת

[101] וראה בהקשר זה בדיוננו על סעיף 3, פרק שישי, עמ' 168.

[102] על הכלל "מילי לא ממסרן לשליח", ראה בהרחבה דיוננו על סעיף 16, פרק רביעי, ב, עמ' 724. וראה שם, פרק חמישי, ב, עמ' 740.

[103] והשווה לעיל, הערה 90, ושם הזכרנו דעות שגם כשנושא השליחות הוא חובה מובהקת, כגון גירושין, אף אם מינוי השליח לא היה תקף, הוא מועיל לדין זכין ואין חוששים בו לחזרה.

[104] ראה: דגול מרבבה, יורה דעה, סימן שה, סעיף י; הרב מקראטשין (שהובא במרכבת המשנה, מהדורא קמא, הלכות גירושין, פרק ו, הלכה ג (דף ד ע"ב, במהדורת ניו יורק תש"ח)); שו"ת חתם סופר, אבן העזר, חלק א, סימן יא, ד"ה נחזור להנ"ל; שו"ת אבני נזר, אורח חיים, סימן שלז, ס"ק ב וס"ק ד; שו"ת זיכרון יהונתן, אבן העזר, סימן ב, ס"ק יד; שו"ת מהר"ש (ענגיל), חלק ה, סימן לז, אות ג; ר' שמעון שקאפ, שו"ת בענין נשתטית (התשובה מודפסת בסוף חידושיו למסכת קידושין), הערה ד"ה והנה מה; שו"ת חבל יעקב, חלק א, סימן ו, אות ד; שו"ת ציץ אליעזר, חלק כא, סימן נד. וראה עוד: פני יהושע, גיטין סב ע"ב, ד"ה איתמר; חידושי רבי עקיבא איגר, גיטין סב ע"ב, ד"ה מתניתין לפיכך.

[105] המקור לשיטה זו הוא דברי התוספות, קידושין כג ע"ב, ד"ה מהו. וראה: שו"ת עין יצחק, חלק א, אבן העזר, סימן ב, ס"ק ד; שם, אורח חיים, סימן כח, ס"ק א; שו"ת באר יצחק (ספקטור), אורח חיים, סימן א, ענף ג, ד"ה אך באמת; שו"ת זקן אהרון (וולקין), חלק א, סימן צה, ד"ה ונראה ברור; שו"ת מהרש"ם, חלק ו, סימן קלו, ד"ה ומה שהאריך; שו"ת הר צבי, אורח חיים, חלק ב, סימן ה (וראה דבריו, אבן העזר, סימן צ, ושם הוא מסביר שיש מקום לקפידא רק למי שנוקטים שהזכייה אינה מתורת שליחות: "מפני שהמשלח רוצה שהמעשה יעשה ע"י עצמו דוקא, והיינו ע"י שלוחו, ולא ע"י זכיה שלא תתיחס הפעולה להמשלח"); שו"ת מנחת שלמה (אוירבך), חלק א, סימן עט, ס"ק א, ד"ה ועל כל פנים.

[106] ראה ט"ז, אורח חיים, סימן שסט, ס"ק ד.

[107] וכבר העיר על כך הרמב"ן, והדגיש שסיווג פעולה משפטית כזכות או כחובה ראוי להיבחן לפי תוצאות הפעולה, אילו יצאה אל הפועל, בלא לשקלל את יכולת מקבל הזכות להתנגד לה. ראה רמב"ן, מלחמות

כזכות בשעת עשייתה[108] בלא קשר לזכות ההתנגדות המוקנית למקבל לכשייוודע לו עליה[109]. הקדמת הנחת יסוד זו חשובה להבנת החידוש שנביא להלן.

עוד יש להקדים, שיש שבשעת עשיית הפעולה קיים ספק כיצד יתפתחו העניינים בעתיד, ולא ניתן אפוא להגדיר את הפעולה כזכות בגלל פוטנציאל החובה הטמון בה. אולם אם התנה

ה', גיטין ד ע"ב (בדפי הרי"ף), ד"ה אמר: "וכך הוא דין כל חובה שבעולם, שאין קבלת האחרים חובה לו, שאם רצה שלא יקבל, רשאי, שהרי אפילו בדברים שזכין לו שלא בפניו, אם צווח ביום שומעו, לא קנה... וכיון שכן, נימא שזכין לאדם שלא בפניו אפילו בדברים שבחובה, ואין הלה [המזכה] יכול לחזור בו. ומי שקבלו לו, אם רצה קנה, ואם לא רצה לא קנה? אלא שמע מינה שכל דברים שבחובה אין קבלת האחרים כלום, ויכול הלה [המזכה] לחזור בו, ואף על פי שאין אותה קבלה לו חובה מעכשיו". להלן, ליד ציון הערה 173, נרחיב בשאלת מהות זכות ההתנגדות של המקבל, אם ההתנגדות נבחנת על פי העבר (לאמור, טענת המקבל צריכה להיות שכבר בשעת הזכייה הייתה זו חובה עבורו)? או שמא היא נבחנת על פי ההווה (לאמור, המקבל יכול לטעון שעתה, כשנודע לו עליה, הוא רואה בזכייה חובה, אף על שלא היה רואה אותה כך בשעת ביצועה). העובדה שהרמב"ן רואה בזכות ההתנגדות נימוק שמכוחו ניתן היה לכאורה להפוך כל חובה לזכות (ומוכיח מכאן שאין להתחשב בזכות עתידית זו, אלא יש לבחון את הזכייה לעצמה בשעת עשייתה) מוכיחה שהוא סבור שההתנגדות נבחנת בהווה. כי אילו היה סובר שהיא נבחנת על פי העבר, לא היה מקום להעלות על הדעת כלל שזכות ההתנגדות העתידית יכולה להפוך חובה לזכות. כך העירו: הרב ז"נ גולדברג, "מכירת חמץ שלא מדעת הבעלים", דרך כוכב מיעקב ו (תש"ן), עמ' כו, בעמ' כט; איפת צדק (פיין), ענייני זכייה, סימן ה, ס"ק ג, ד"ה וכתב.

דברי הרמב"ן הובאו על ידי פוסקים אחדים. ראה: שו"ת דברי חיים, חלק א, אבן העזר, סימן פז, ד"ה אך קושית; שו"ת אבני נזר, אבן העזר, סימן קצד, ס"ק יג; שו"ת מנחת שלמה (אוירבך), מהדורא תניינא, סימן קז. לדעת חידושי הרי"ם, גיטין כה ע"ב, ד"ה גמרא, דברי הרמב"ן עולים בקנה אחד עם הגישה הנוקטת ש"זכייה מטעם שליחות", "וע"כ, כיון דהא דזכין לאדם שלא מדעתו רק משום שליחות, וכה"ג דאם היה יודע היה עושהו שליח. וא"כ בזה, אם היה עושה [הזוכה] מדעתו [של מקבל הזכות], לא היה [המקבל] יכול לחזור בו. ושוב [בפעולה שאינה מוגדרת כזכות] כל הזכות [היא] ע"י שהוא שלא מדעת, וזה לא מהני, דלא שייך אלו היה יודע [שאילו היה יודע המזכה, לא היה נותן לו את האפשרות הזאת]". אבל ראה לעיל, הערה 56, שהרמב"ן נמנה דווקא עם הראשונים הסבורים ש"זכייה לאו מטעם שליחות". וצריך עיון.

דברי הרמב"ן באו לענות על קושיית בעל המאור על דעת הרי"ף בסוגיית זיכוי שטר שחרור לעבד. לדעת רבי מאיר, שחרור העבד אינו זכות לו (שכן הוא נאסר בשפחה כנענית ומפסיד את מזונות רבו), ולכן האדון אינו יכול לזכות לו שטר שחרור על ידי אחר; ואילו לדעת חכמים, שחרור העבד הוא זכות (לדעתם מניעת השפחה והמזונות אינם בגדר חובה), ולכן האדון יכול לזכות לו את שטר השחרור. הרי"ף פוסק כחכמים, אך מציין שמשמעות ההלכה היא רק שהאדון אינו יכול לחזור בו, אבל העבד אינו משוחרר מיד, אלא רק בהגיע שטר השחרור לידו. בעל המאור (כך מבין אותו הרמב"ן) משיג על כך, וסבור שמכיוון שלפי גישת הרי"ף, אין העבד משתחרר עד הגעת הגט לידו, לא מובן מדוע רבי מאיר, אף על פי שהוא רואה את השחרור כחובה, חולק על חכמים, הלוא אין החובה חלה אלא עם ידיעת העבד בהגיע שטר השחרור לידו? הרמב"ן שולל קושיה זו, שכן על פיה היה צריך להכשיר גם פעולות חובה מדין "זכין", שהרי תוקפה מותנה בכך שהמקבל לא ידחה אותה. מכאן שהשעה הקובעת היא שעת הזיכוי ולא שעת ידיעת המקבל.

108 אם כי היקף הגדרת "זכות" שנוי במחלוקת, כפי שראינו מתחילת פרק זה וכפי שנוסיף ונראה בהמשכו.

109 אם כי השווה: יד המלך, הלכות מכירה, פרק ל, הלכה א, ד"ה ואין זה דומה; שם, הלכות עבדים, פרק ו, הלכה א. לדעתו, אין הדברים אמורים אלא כאשר זכות ההתנגדות נובעת מן העיקרון ש"אין חבין לאדם בעל כורחו" (כמו שהוא לדוגמה בזיכוי גט). לעומת זאת, כאשר זכות ההתנגדות טמונה במהותה המשפטית של העסקה (כגון בעסקת מכר, הדורשת את הסכמת שני הצדדים), די בזכות זו להגדיר את הפעולה כזכות. אבל דבריו תמוהים, שכן אף אם הפעולה דורשת במהותה את הסכמת הצד השני, הרי הסכמה זו ניתנה על ידי הזוכה במקום המקבל, ואם המקבל יכול להתנגד, הרי זה רק משום שאין חבין לאדם בעל כורחו. ודבריו צריכים עיון.

המזכה את תוקף פעולתו בהתפתחות העניינים על צד הזכות בלבד, מאחר שנוטרל ממנה פוטנציאל החובה, ברור שיש להגדיר אותה כזכות, כמו שהעלו האחרונים מניתוח סוגיית התלמוד בעניין זיכוי גט[110]. התלמוד מסתפק בשאלה אם בעל המוטל על ערש דווי יכול לזכות גט לאשתו (היינו למנות לה שליח קבלה) ולהצילה מייבום או מחליצה? או שמא הדבר הוא בגדר חוב לאישה (שאולי נוח לה להתייבם)? האחרונים שואלים[111]: אף אם נניח שזכות היא לאישה להינצל מן הייבום, הלוא עשוי הבעל גם לעמוד מחוליו, ואז יהיה הגט חובה לאישה, ולא זכות, ונמצא שבכל מקרה יש להגדיר את הפעולה כחובה, ומהם אפוא צדדי הספק?! על כך הם עונים, שמדובר בשעשה הבעל תנאי בגירושין, שיחולו מעכשיו רק אם ימות, וממילא על הצד הזה אין חובה כלל. מכאן מסיק ר' שלמה זלמן אוירבך[112] שהוא הדין בקנייה על תנאי. אף על פי שבעיקרון עסקת קנייה מוגדרת כחובה[113], אם התנה המזכה עם הזוכה את תוקף הקנייה בשיתברר שהיא זכות באופן אובייקטיבי (כגון שיעלה ערך הקרקע לאחר מכן), ודאי שמועיל בזה דין "זכין".

ונשאלת השאלה: ומה דין פעולה שכשלעצמה אינה זכות מובהקת, אך המזכה התנה במפורש את תוקפה בהסכמתו של המקבל? אמנם כבר הקדמנו שבדין "זכין", אין בזכות ההתנגדות של המקבל לעצמה כדי להגדיר פעולה כזכות, אבל שמא אין הדבר כן כאשר תוקף הפעולה הותנה במפורש בהסכמת המקבל כחלק מהותי של העסקה בשעת עשייתה, שהרי מי לא ירצה שיוצגו בפניו כל האופציות ושיוכל לבחור ביניהן?

ואכן, כמה מן האחרונים סוברים שזו זכות, ומפרשים לאור גישה זו את הלכת הרמב"ם[114], שלפיה יש דין "זכין" במכר, אף על פי שיש בצדו חובת תשלום. לדעתם, דברי הרמב"ם אמורים דווקא במוכר שזיכה לקונה על ידי אחר והותיר במפורש את הבררה בידי הקונה לקבל את ההצעה או לדחותה[115].

אחרים מתנגדים לגישה זו[116], אם כי אינם שוללים לחלוטין את הרעיון המחודש הזה, להפיכת חובה לזכות מכוח תנאי מפורש המשאיר את הבררה בידי המקבל. כך נוקט לדוגמה ר' שלמה זלמן אוירבך[117]. לדעתו, אין די בהתניית תוקפה של הפעולה בהסכמתו המפורשת של המקבל

[110] יבמות קיח ע"ב.

[111] ראה: שו"ת הרדב"ז, חלק א, סימן עה; שו"ת עונג יום טוב, סימן קסג; פתחי תשובה, אבן העזר, סימן קמה, ס"ק ט (בסופו).

[112] שו"ת מנחת שלמה (אוירבך), חלק א, סימן עט; מהדורא תניינא, סימן קז.

[113] ראה לעיל, ליד ציון הערה 83.

[114] ראה לעיל, ליד ציון הערה 73.

[115] ראה: קצות החושן, סימן רלה, ס"ק ד, ד"ה אולם הרמב"ם; נתיבות המשפט, סימן קצה, ביאורים, ס"ק א; שם, חידושים, ס"ק ח; שם, סימן רלה, ביאורים, ס"ק יג; אור שמח, הלכות מכירה, פרק כט, הלכה יא, ד"ה דברי רבנו. ונראה שכך נוקט גם שו"ת הרי"ם, אבן העזר, סימן כו, ד"ה ולשון הרמב"ם. לדעת נתיבות המשפט, סימן רלה, ס"ק יג, יש נסיבות שההתניה מובנת מאליה, אף שהמזכה לא השתמש בלשון "זכה". כך הוא לדוגמה במי שמקנה לקטן, שכן הכל יודעים שאין לו קניין.

[116] אם כי יש שמכירים באפשרות ההתניה מראש בפעולות שמעורבות בהן זכות וחובה, אבל הגיון שיטתם צריך עיון. ראה: שו"ת עין יצחק, חלק א, יורה דעה, סימן כו, ענף ב, ס"ק ז (בסופו); שו"ת הליכות אליהו (פיינשטיין), אבן העזר, סימן לא, ד"ה וראיתי.

[117] הרב אוירבך דן בשאלה זו בשני מקומות. ראה שו"ת מנחת שלמה (אוירבך), חלק א, סימן עט (שם הוא מציע פתרון למניעת עיגון אישה שבעלה כבר מינה שליח, אלא שהשליחות כשלה בשל מות השליח, שבית הדין יזכו את הבעל ויתנו עבורו גט לאשתו, בתנאי שיהיה לרצונו, וכך לא יהיה צורך במינוי חדש אלא

(שהרי זכות ההתנגדות עומדת לו ממילא), אלא צריך להיות ברור בעליל שהמקבל היה מחליט בחיוב אילו היה מודע לזכייה בשעתה. לדעתו, כך הוא רק אם התנאי הוא כזה שהמקבל אינו חייב להחליט מיד עם היוודע לו דבר העסקה אם לקבלה או לדחותה אלא הוא משאיר לו שהות זמן להחליט על כך, שאז ברור שכל אחד היה מסכים לעסקה, ואין כאן עוד שום צד חובה.

ד. זכות הגוררת אחריה חובה

לעתים הפעולה שעושה הזוכה היא במישרין זכות למקבל, אך גוררת אחריה בעקיפין תוצאות שהן חובה עבורו. הגדרת פעולה זו לעניין דין "זכין" תלויה בשאלה: האם יש לקחת בחשבון את תוצאותיה הישירות של הפעולה בלבד, או שמא גם את תוצאותיה העקיפות?

שאלה זו נידונה על ידי הראשונים בהקשר לדין הפרוזבול, שתוקן על ידי הלל הזקן, כדי שיוכלו המלווים לגבות את חובם אף בחלוף שנת השמיטה[118]. כתיבת הפרוזבול הותנתה בשיש ללווה מקרקעין. המִשנה קבעה שאם אין ללווה מקרקעין, יכול המלווה לזַכות לו קרקע מסוימת כדי לאפשר עשיית הפרוזבול[119]. התוצאה הישירה של זכייה זו היא הענקת קרקע ללווה, אך התוצאה העקיפה שלה היא מתן אפשרות למלווה לגבות את חובו מן הלווה. הר"ן הסיק מדין זה: "כל שהדבר בעצמו זכות, אף על פי שנמשך ממנו חוב שהוא יתר על הזכות, זכה וקנה"[120]. עם זאת, יש מי שקבע שדרוש פער זמנים בין שלב הקניית הזכות הישירה לבין שלב הטלת החובה העקיפה. בהיעדר פער זמנים זה, תיחשב הפעולה כפעולת חובה[121]. לעומת זאת, מדברי

רק בהסכמתו). וראה עוד שם, מהדורא תניינא, סימן קז (שם דן הרב אוירבך באפשרות להכשיר הפרשת מעשרות עבור אחרים מדין "זכין". ואף על פי שהפרשה זו נעשית בדיעבד גדול – ואם יזכרו בעלי הפירות להפריש, ודאי יעדיפו הפרשה לכתחילה – מכל מקום הוא מציע להפריש על תנאי, שאם ירצה בעל הפירות לאחר מכן להפריש בעצמו, תיבטל הפרשה זו).

על פי האמור, תמה הרב אוירבך (שם, סימן קז, פרק ב, אות ד): מדוע לא נמצאה תקנה לגירושי אישה במקום שיש ספק זכות (ויש רק חשש לחזרה), שיתנה הבעל שיהיו הגירושין לרצונה? (ומעיקר הדין נראה היה לו שזכות כזאת תועיל אף באישה שאינה מחזרת אחרי גט, אלא שלגביה אפשר שעצם הדיבור על הגירושין חוב הוא לה. ראה שם, אות ב, ד"ה ברם). והשווה חידושי הרי"ם, גיטין כה ע"ב, ד"ה גמרא (וכעין זה שו"ת הרי"ם, אבן העזר, סימו כו, ד"ה ולשון הרמב"ם. וראה שם, סימן לז, ד"ה והנה). לדעתו, לא ניתן לעשות זאת בשל דיני "ברירה". אבל ראה מנחת שלמה, שם, אות ד, שדחה טיעון זה (בלי לציין לחידושי הרי"ם).

118 לפי דין תורה, בחלוף שנת השמיטה, אין המלווה רשאי לגבות את חובו מן הלווה. הלל הזקן תיקן כתיבת שטר שבו מוסר המלווה את חובותיו לבית דין, ואז הוא רשאי לפעול כשליח בית הדין ולגבות את הכסף בכל זמן שירצה. ראה משנה, שביעית, י, ג־ד.

119 משנה, שביעית י, ו.

120 ר"ן, גיטין יט ע"ב (בדפי הרי"ף), ד"ה ומסתברא. וראה: דברי אמת (לר' יצחק בן דוד מקושטא), קונטרס ז, בענין קניינין, סימן ד; שדי חמד, קונטרס הכללים, מערכת זיין, כלל כב; שערי תורה (פייגנבוים), חלק ג, קונטרס ה, סימן כז, סעיף א.

מן הראוי להדגיש שגם לאחר קביעה זו של הר"ן, מובן שמקבל הזכות יכול לדחותה, כפי שכותב שם הר"ן עצמו (אלא שלעניין פרוזבול, אליבא דרש"י, די שהייתה בידו קרקע, אף שעל ידי המחאה התבטלה המתנה למפרע).

121 ש"ך, חו"מ, סימן קה, ס"ק ה; נקודות הכסף, יורה דעה, סימן קסב, על ט"ז, ס"ק ח. דוגמה לכך היא זכייה בחמץ במהלך חג הפסח, שלגביה פסק 'נודע ביהודה' כי אמנם עצם הזכייה בחמץ היא זכות למקבל, אך כיוון שיש עמה הפרה מיידית של איסור "בל יראה" ואיסור "בל יימצא", היא נחשבת כפועלת לחובתו. ראה שו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, אורח חיים, סימן יט, ד"ה ואמנם מה שכתבתי.

הרא"ש עולה שיש להגדיר את הפעולה גם על פי תוצאותיה העקיפות, ועל כן תיחשב הקנאת קרקע זו כפעולת חובה[122]. לדעת מהרש"ם, אם התוצאה העקיפה של החובה אינה ודאית, אלא אפשרית בלבד, פעולת הזכייה תקפה בשל הזכות הישירה שהיא מקנה[123].

מקרה מעין זה הועלה בפני רבה של ירושלים, הרב צבי פסח פרנק[124]. מעשה באדם שהלווה סכום כסף לישיבה פלונית, וזו לא פרעה את חובה. ביקש אותו אדם לזַכות לישיבה כספים שהיו ברשותו אשר יועדו למטרות צדקה, ולאחר שיהיו הכספים בבעלות הישיבה (אך לא בידיה, בהתאם לדין "זכין"), להחזירם לרשותו כדין בעל חוב הגובה את חובו[125]. מחד גיסא, על פי התוצאה הישירה, יש להגדיר פעולה זו כפעולת זכייה, שהרי לישיבה מוענקים כספי צדקה, אך מאידך גיסא, על פי התוצאה העקיפה, ייתכן שמדובר בפעולת חובה, שהרי בסופו של דבר נמנעים כספי הצדקה מן הישיבה[126]. הרב פרנק מסתמך על דברי הר"ן שהבאנו לעיל, שעקרונית ניתן לזַכות אף בדבר היוצר חוב[127] [128].

ה. זכייה על ידי נטילת זכות ("זכין מאדם")

פעולת זכייה הנעשית לטובת המקבל עשויה לעתים להתבטא לא בהענקת זכות אלא בנטילת זכות דווקא. כך למשל כשאדם נקלע למצב שבו גירושיו מאשתו נחשבים לו זכות[129], אך מסיבות מסוימות אינו יכול לגרשה בעצמו, ואף לא למנות שליח לגרש אותה. השאלה היא: האם אדם שלישי יכול לייצגו לעניין זה בלא הרשאה ולגרש את אשתו מכוח דין "זכין"? או למשל מי ששכח למכור בערב הפסח את החמץ שברשותו, והחמץ עתיד לאבד את ערכו[130],

122 שו"ת הרא"ש, כלל קח, סימן ז. את דין הפרוזבול הסביר הרא"ש כחריג הנובע ממדיניות עקרונית של הקלה בענייני פרוזבול (רא"ש, גיטין, פרק ד, סימן טו). ואף הר"ן ציין את האפשרות לפרש כך את דין הפרוזבול (ראה גם ש"ך, חו"מ, סימן קה, ס"ק ה; נקודות הכסף, יורה דעה, סימן קסב, על ט"ז, ס"ק ח; שו"ת מהרש"ם, חלק ו, סימן קלו, ד"ה ובגוף דברי).
לדעת שו"ת דברי חיים (הלברשטם), חלק א, אבן העזר, סימן פז, ד"ה ומתחילה נחקורה, מחלוקת זו קשורה בשאלת היסוד המשפטי של דין "זכין": האם מקורו ברצון המשוער של מקבל הזכות או בהרשאה על פי דין? ראה לעיל, פרק שלישי, עמ' 777.

123 שו"ת מהרש"ם, חלק ו, סימן קלו, ד"ה ובגוף דברי.

124 שו"ת הר צבי, יורה דעה, סימן רג.

125 מתוכן השאלה ניתן להסיק כי אילו ניתנה הצדקה ישירות למנהלי הישיבה, ייתכן שהחוב לא היה נפרע.

126 אין כאן מקום לדון בשאלה אם פריעת החובות נחשבת זכות לישיבה, על פי הכלל: "פריעת בעל חוב – מצווה" (בבא בתרא קעד ע"א).

127 אלא שלא הכריע בעניין, כיוון שלא ברור אם יש כתובת שניתן לזכות עבורה על מנת לגבות מהם ועם זה לקיים את מצוות הצדקה: "אם לבני הישיבה – הלא הם אינם חייבים בתשלום השטרות. ואם להגבאים – מסופקני אם זה בכלל צדקה".

128 עוד שאלה מעין זו שדנו בה הפוסקים היא בלווה שחושש לירידת ערך המטבע (והמלווה אינו ניתן להשגה, להחזיר לידיו את ההלוואה): האם יכול לזכות לו את המטבעות על ידי אחר? לדעת שו"ת מהרש"ך, חלק ב, סימן צט, הדבר אפשרי. ברם, הש"ך, חו"מ, סימן קכה, ס"ק ח, חולק עליו וסובר שאין זו זכות (וכך פסק לפניו שו"ת הריב"ש, סימן קצז, כפי שהעיר המהדיר לשו"ת הריב"ש, מהדורת מכון ירושלים, מבוא, עמ' 17, אות ז). וראה דברי אמת (לר' יצחק בן דוד מקושטא), קונטרס ז בעניין קניינין, סימן ד, שהקשה על שיטת מהרש"ך, שהרי בלאו הכי יכול המלווה למחות (ראה לעיל, הערה 120).

129 מבחינה אובייקטיבית וסובייקטיבית כאחת. וראה לעיל, הערה 95.

130 חכמים גזרו שחמץ שעבר עליו הפסח (כשהוא ברשותו של יהודי) אסור בהנאה גם אחר הפסח.

נשאלת השאלה: האם יכול חברו למכור את החמץ שלו מכוח דין "זכין" ולשמור את ערכו עבור בעליו? בשתי דוגמאות אלו, פעולת הזכייה היא נטילת זכות מן המקבל ולא הענקת זכות, ונחלקו הפוסקים בשאלה: האם דין "זכין" מאפשר לעשות פעולות מעין אלה ("זכין מאדם")? או שמא הוא מאפשר לעשות רק פעולות זכייה שיש בהן הקניית זכות ("זכין לאדם")?

על פי הגישה המקובלת על רוב הפוסקים, ראשונים כאחרונים, כל פעולה משפטית המיטיבה את מצבו של המקבל, ניתנת להיעשות מכוח דין "זכין", אף אם היא כרוכה בנטילת זכות ממנו. התקדים הקלסי הוא פסקו של 'תרומת הדשן', שבתנאים מסוימים אדם יכול להפריש חלה מעיסתו של חברו בשמו, אף על פי שהוא גורע מן העיסה ויש בכך נטילת זכות, וזאת מכוח דין "זכין"[131]. דוגמה נוספת היא פרשת "גט קושטא"[132], שדובר בה באדם שרצה לגרש את אשתו משום שאיבדה את שפיות דעתה, אך לא יכול היה לעשות כן, כיוון שהייתה חסרת כשרות משפטית. לדעת הרב מקראטשין, יכול היה הבעל להפקיד גט בידי אדם אחר שהיה מגרש אותה בשמו כשתשוב אליה שפיות דעתה מכוח דין "זכין"[133] [134].

אמנם פוסקים אחדים סבורים כי רק הענקת זכות, להבדיל מנטילת זכות, יכולה להיות מוגדרת כזכות למקבל. כך לדוגמה, לדעת 'קצות החושן', אין אדם יכול להפריש חלה מעיסת חברו מכוח דין "זכין", שכן בפעולה זו הוא גורע מן העיסה[135]. כיוצא בזה לדעת 'מרכבת

[131] תרומת הדשן, שו"ת, סימן קפח. וכך עולה גם ממה שנראה להלן, ליד ציון הערה 155, בעניין קטנה שנתקדשה לדעת עצמה. וראה אבני מילואים, סימן לז, ס"ק יב, שהקשה מדין זה על שיטתו המובאת להלן, ליד ציון הערה 135.

[132] ראה לעיל, סעיף 4, ליד ציון הערה 204.

[133] הובא במרכבת המשנה, מהדורא קמא, הלכות גירושין, פרק ו, הלכה ג. גירושין אלו יכולים להיעשות לכאורה רק מכוח דין "זכין", ולא מכוח דיני השליחות, שכן בשעת המינוי אין הבעל יכול לגרש בעצמו את אשתו בשל אי־שפיות דעתה, ועל כן זהו מינוי פגום. אבל ראה ביתר הרחבה דיוננו בסעיף 4, ליד ציון הערה 204 ואילך.

[134] דוגמה נוספת לגישה זו ניתן למצוא בדעת הרא"ש, הסבור כי האדם יכול להחליף את נכס חברו בנכס משובח יותר מכוח דין "זכין" (ראה לעיל, ליד ציון הערה 71).

[135] קצות החושן, סימן רמג, ס"ק ח (וראה גם בספרו אבני מילואים, סימן לו, ס"ק ב, וסימן לז, ס"ק יב). בדומה לו הסיק שו"ת עמק יהושע (שפירא), חלק א, סימן כא, ד"ה ע"כ נראה. 'קצות החושן' מסתמך על חידושי הרשב"א, נדרים לו ע"ב, ד"ה הא. התלמוד מסתפק שם אם אדם יכול להפריש תרומה עבור חברו מתוך תבואתו שלו, כשהספק הוא אם רואים בהפרשה זו זכות או שמא רואים בה חובה (שאולי בעל התבואה מעדיף לקיים את המצווה בעצמו). הרשב"א תמה על שאלת התלמוד, שכן גזרת הכתוב בהפרשת תרומה היא: "מה אתם לדעתכם, אף שלוחכם לדעתכם", ומוכח מן התלמוד (חולין יב ע"א) שהאדם אינו יכול להפריש תרומה עבור זולתו מדין "זכין". והוא עונה: "ויש לומר דתורם משלו על חברו שאני, דלא בעינן 'שלוחו לדעתו' אלא בתורם משל בעל הכרי על בעל הכרי, אבל בתורם משלו על בעל הכרי, כיון שאינו של בעל הכרי, לא בעינן שליחותו ממש, ואין הדבר תלוי אלא אי זכות לו, וזכין לו לאדם שלא בפניו, או לאו זכות לו, דמצוה דנפשיה עדיף ליה". מכאן מסיק 'קצות החושן' שדין "זכין" אינו אמור אלא בהענקת זכות (כמו בתורם משלו על של בעל הבית), ולא בנטילת זכות (כמו בתורם משל בעל הבית על של בעל הבית), שם חייבת ההפרשה להיעשות מדין שליחות דווקא.
אולם כבר העירו האחרונים שמסקנה זו אינה הכרחית כלל, שכן דברי הרשב"א אמורים בהפרשת תרומה דווקא, שבה גזרת הכתוב שדין "זכין" אינו חל (וחידש הרשב"א שאם ההפרשה אינה מתבואתו של בעל הבית, אין מניעה להפריש אותה מכוח דין "זכין"). אבל בכל התורה כולה, שאין סייג לתחולת דין "זכין", אין סיבה להבחין בין "זכין לאדם" לבין "זכין מאדם", ובלבד שזכין לו. ראה: שו"ת שרידי אש, ירושלים תשנ"ט, חלק א, סימן צ, אות כ (עמ' רנט); שו"ת הר צבי, אורח חיים, חלק ב, סימן ה, ד"ה ובכלל;

המשנה', לא ניתן לגרש אישה מכוח דין "זכין", שכן "לא אמרו חז"ל אלא זכין לאדם, ולא אמרו זכין מאדם"[136]. אבל כאמור רוב הפוסקים האחרונים דחו גישה זו, וקבעו כי דין "זכין" חל הן על פעולת זכייה המקנָה זכות למקבל ("זכין לאדם") הן על פעולת זכייה הנוטלת ממנו זכות ("זכין מאדם")[137].

שו"ת מנחת יצחק (וייס), חלק ט, סימן ס, ד"ה אמנם. והשווה שו"ת עונג יום טוב, סימן קט, ד"ה ונ"ל. וראה לעיל, הערה 131, ש'קצות החושן' הצביע בעצמו על מקור הסותר לכאורה את גישתו.

136 מרכבת המשנה, מהדורא קמא, הלכות גירושין, פרק ו, הלכה ג. אסמכתה לכלל זה ניתן למצוא בדברי אור זרוע, חלק ב, הלכות פסחים, סימן רכד. למקורות אפשריים נוספים, ראה חידושי הרי"ם, אבן העזר, סימן קכא, ס"ק ו, ד"ה והנה בגט; שו"ת אחיעזר, חלק א, סימן כח, אות טז, ד"ה אולם. וראה לעיל, הערה 95.

יש שהסבירו כי המחלוקת בשאלת מעמדה המשפטי של פעולת זכייה שיש בה נטילת זכות מן המקבל קשורה בשאלת היסוד המשפטי של דין "זכין" (ראה לעיל, פרק שלישי, עמ' 777). אם דין "זכין" הוא חלק ממוסד השליחות ("זכייה מטעם שליחות"), מסתבר שיש לכלול בפעולת הזכייה גם פעולות של נטילת זכות, בדומה לשליחות עצמה, החלה בין על הקניית זכות ובין על נטילת זכות. על פי הסבר זה, הדעה שדין "זכין" אינו חל על פעולת נטילת זכות תואמת את הגישה שה"זכייה לאו מטעם שליחות" (ראה חידושי הרי"ם, אבן העזר, סימן קכא, ס"ק ו, ד"ה עוד יש לדחות; שו"ת נודע בשערים, חלק א, סימן ט, ד"ה והנה באמת; שו"ת זיכרון יהונתן, אבן העזר, סימן ב, ס"ק נז; שו"ת ראשי בשמים (גוריון), סימן טז, ס"ק יד. וראה גם הרב צבי שכטר, "בדין זכין מאדם", בעקבי הצאן, ירושלים תשנ"ז, סימן ל, עמ' קצ־קצח). אמנם הבחנה זו אינה הכרחית, שכן הסוברים ש"זכייה מטעם שליחות" יכולים לטעון: כשם שדין "זכין" אינו חל על פעולות חובה, אף על פי שהן בתחום השליחות, כך אינו חל על פעולות שיש בהן נטילת זכות, שהן דומות לפעולות חובה. כמו כן, הסוברים ש"זכייה לאו מטעם שליחות" עשויים לטעון: כשם שהדין מרשה להעניק לזולת זכות בלא הרשאתו, כך הוא מרשה גם להיטיב עמו על ידי נטילת אחת מזכויותיו (ראה גם שו"ת זיכרון יהונתן, שם). וראה מנחת אשר (וייס), במדבר, סימן מ.

וראה שו"ת באר יצחק (ספקטור), אורח חיים, סימן א, ענף ג, ד"ה ויש להסביר, שהסביר בדרך אחרת את הדעה ש"זכין מאדם לא אמרינן". תנאי הכרחי להעברת בעלות על זכות היא גמירות דעתו של בעל הזכות ("דעת מקנה"), ובהיעדרה לא ניתן ליטול ממנו זכות, אף על פי שהדבר נעשה לטובתו (כעין זה ראה גם שו"ת חבל יעקב, חלק א, סימן ו, אות ז), אלא שגם בהסבר זה טמון קושי, שכן על פי דין "זכין", הזוכה מייצג את המקבל, ולכאורה, כשם שהוא מייצגו בהיבט המעשי של נטילת הזכות, כך הוא מייצגו לעניין גמירות הדעת הדרושה לכך, וכך סוברים בעלי הגישה ש"זכין מאדם נמי אמרינן" (ראה פתח הבית (טיקטין), סימן כא, ענף ו). הסברו של 'באר יצחק' ייתכן רק אם נניח שגמירות הדעת היא אישית ואינה ניתנת לייצוג.

הסבר נוסף לדעה ש"זכין מאדם לא אמרינן" ייתכן לפי השיטה המסבירה את דין "זכין" כהענקת כוח לפעול עבור הזולת, ולא כהענקת כוח לפעול כנציגו (ראה לעיל, ליד ציון הערה 57). על פי הסבר זה, לא ניתן ליטול זכות מן הזולת בלא הרשאה, שכן נדרש לזה כוח ייצוג, וזה אינו מצוי בידי הזוכה. דרך זו נוקט הרב צבי שכטר, שם, אות יד, כדי לשלול תוקפו של גט זיכוי כפתרון לבעיית סרבנות הגט. ונראה שכך סובר גם הרב עמיאל (לעיל, הערה 43). וראה גם Rabbi J. D. Bleich, "Constructive Agency in Religious Divorce: An Examination of Get Zikkuy", Tradition 35:4 (2001), pp. 73-44.

137 כך עולה מדיוני הפוסקים במכירת חמץ ובמכירת בהמה מבכרת בדרך של "זכין". ראה שו"ת חתם סופר, אבן העזר, חלק א, סימן יא, ד"ה נחזור להנ"ל; שו"ת חלקת יואב, חלק א, אבן העזר, סימן ח, ס"ק לג; שם, סימן יא, ס"ק ה; שו"ת באר יצחק (ספקטור), אורח חיים, סימן א, ענף ה, ד"ה ויש להוכיח; שו"ת ברית אברהם (פצנובסקי), אבן העזר, סימן קא, ס"ק יט. וראה גם שו"ת זיכרון יהונתן, אבן העזר, סימן ב, ס"ק נז; שו"ת משפט כהן, נוסח שטר המכירה המובא אחרי סימן פח, עמ' קסה; אבי עזרי, מהדורא תניינא, הלכות תרומות, פרק ד, הלכה ג, ד"ה והנה הקצה"ח (בדעת הרמב"ם); שו"ת מנחת שלמה (אוירבך), מהדורא תניינא, סימן קז, פרק א, אות א, ד"ה ברם; מנחת אשר (וייס), במדבר, סימן מ.

אחרים נקטו עמדת ביניים, וטענו שנטילת זכות הנחשבת כמיטיבה עם בעל הזכות באופן מוחלט, בלא כל צד של חובה עבורו, יש להגדירה כזכייה הניתנת להיעשות מכוח דין "זכין", אף על פי שהיא בגדר "זכין מאדם"[138].

פרק חמישי

הליך הזכייה

א. אישור המקבל או אי־התנגדותו?

כאמור, הסדרים משפטיים אחדים מאפשרים לאדם לעשות פעולה משפטית לטובת זולתו בלא הרשאה מוקדמת, והשאלה היא: האם תוקף הפעולה מותנה באישורו בדיעבד של מקבל הזכות?

המשפט הישראלי מבחין בין מי שפועל כ"שליח" לבין מי שפועל כצד לחוזה המיטיב עם אדם שלישי.

אם המיטיב פועל כ"שלוחו" של מקבל הזכות (אך בלא לקבל ממנו הרשאה מוקדמת), תהיה פעולתו תקפה רק אם ייתן ה"שולח" את אישורו לפעולה בדיעבד[139]. יש צורך אפוא בהסכמת ה"שולח", ואין די באי־התנגדותו[140]. כיוון שכך, עד למתן אישור זה, תהיה פעולת ה"שליח" ב"תקופת המתנה"[141], ולאחר שיאשר ה"שולח" את הפעולה בדיעבד, היא תיחשב למפרע כפעולה שנעשתה בהרשאתו ותיוחס ל"שולח" כבר מזמן עשייתה (ולא רק מזמן אישורה).

לעומת זאת, כשאדם פועל כצד לחוזה המקנה זכות לאדם שלישי, לפי חוק החוזים (חלק כללי), הקניית הזכות למוטב תקפה עוד בטרם נודע לו עליה[142], אם כי היא במעמד ביניים, ואינה כזכות חוזית גמורה. אמנם זכותו של המוטב ניתנת לאכיפה גם קודם שיידעו אותו הצדדים בדבר קיומה[143], אך בשלב זה הזכות היא הֲדירה, והצדדים לחוזה רשאים לשנות את

[138] שו"ת זיכרון יהונתן, אבן העזר, סימן ב, ס"ק נז. ראה גם אמרי בינה (אוירבך), דיני תרומות ומעשרות, סימן ו, ד"ה נחזור; שו"ת פרי החיים, אורח חיים, סימן לה, ד"ה וביותר י"ל; שו"ת אחיעזר, חלק א, סימן כח, אות טז, ד"ה אולם. הדוגמה שנותן לכך אחיעזר היא של אדם הרוצה לגרש את אשתו בטרם ימות, כדי לפטור אותה מן הייבום, אך אינו יכול לעשות כן בעצמו, ואדם אחר מייצג אותו לעניין הגירושין בלא קבלת הרשאה ממנו. זוהי אפוא נטילת זכות מן הבעל שאין בה כל משמעות של חובה עבורו.
יש לציין כי על פי הסברו של 'באר יצחק' (לעיל, הערה 136), הדעת נותנת שאף נטילת זכות שמיטיבה באופן מוחלט עם בעל הזכות, אינה יכולה להיעשות מכוח דין "זכין", משום שחסרה "דעת מקנה".

[139] סעיף 6(א) לחוק השליחות.

[140] נדגיש כי אישור ה"שולח" יכול להיות מובע באמצעות שתיקתו, ובלבד שיהיה מודע לפעולה שמבצע ה"שליח", וששתיקתו תתפרש כאישור בדיעבד (ראה לעיל, הערה 11). שתיקה הנובעת מהיעדר מודעות לפעולת ה"שליח" לא תוכל להתפרש כאישור בדיעבד.

[141] על פי ברק, סעיף 621.

[142] שלו, דיני חוזים, עמ' 437.

[143] סעיף 34 לחוק החוזים (חלק כללי).

הזכות שהוקנתה למוטב או לבטלה[144]. כשיודיעו הצדדים למוטב על הזכות שהוקנתה לו, תהפוך הזכות למשוריינת, והצדדים לא יוכלו עוד לשנותה או לבטלה[145]. אם כן, ידיעת המוטב (שמשתמעת ממנה הסכמתו) אינה תנאי לקיום הזכות, אך היא תנאי להפיכתה לזכות בלתי־הדירה. קביעה זו משתלבת היטב עם אופיו של החוזה לטובת אדם שלישי, שבמסגרתו פועל המיטיב מכוחו העצמאי עבור המוטב, בלא שהוא מייצגו ובלא שמתקיימים ביניהם יחסי שולח־שליח.

כפי שראינו לעיל, ועוד נראה להלן[146], המשפט העברי מאפשר למי שמקבל את הזכות להתנגד לפעולה שביצע בעבורו הזוכה, שהרי הכלל הוא: "אין נותנין לאדם מתנה בעל כורחו"[147]. אך אף על פי שהתנגדות המקבל לפעולת הזכייה תשלול את תוקפה, אין תוקפה מותנה באישורו בדיעבד של המקבל. לפי דין "זכין", די בהיעדר התנגדות של המקבל, ואין צורך באישורו המאוחר[148]. זאת ועוד. אף לא נדרשת שתיקתו של המקבל ביחס לפעולת הזוכה (שתתפרש כהסכמה בשתיקה), שהרי גם אם המקבל אינו מודע לפעולת הזכייה, היא תקפה, ובלבד שלא ידחה אותה המקבל[149]. הזכייה אינה מבוססת על הרשאתו של מקבל הזכות[150], והתנאי היחיד לתוקפה הוא אפוא אי־התנגדותו[151] [152].

[144] סעיף 36(א) לחוק החוזים (חלק כללי).

[145] חוק החוזים אינו דורש את אישור המוטב לקבלת הזכות, שכן ההנחה היא כי מוטב היודע על זכותו ושותק הריהו בגדר מסכים לכך. ראה שלו, דיני חוזים, עמ' 440.

[146] להלן, פרק שישי, א, עמ' 802.

[147] רמב"ם, הלכות זכייה ומתנה, פרק ד, הלכה ב. אשר למצבים חריגים, שבהם ניתן לזכות לאדם אפילו בעל כורחו, ראה להלן, פרק שישי, ב, עמ' 805.

[148] אמנם הרמב"ן כותב: "כי אמרינן זכין לאדם שלא בפניו, הני מילי באומר באותה שעה ששמע 'רוצה אני', אבל לא בצווח" (חידושי הרמב"ן, קידושין כג ע"א, ד"ה ומפרקינן. ראה גם חידושי הרמב"ן, חולין לט ע"ב, ד"ה כשזיכה; חידושי הרשב"א, קידושין כג ע"א, ד"ה ולעניין פסק הלכה; מגיד משנה, הלכות זכייה ומתנה, פרק ד, הלכה ב). מכאן נראה לכאורה שדרוש אישור בדיעבד של המקבל, אך למעשה בדברים אלו מביע הרמב"ן ניגוד בין אישור המקבל לבין התנגדותו, וכלל אינו מתייחס למקרה הביניים של היעדר התנגדות והיעדר אישור (ראה שאקי, עמ' 497־499).

[149] אי־מודעות המקבל לזכייה יכולה לנבוע למשל מאי העברת המידע מן הזוכה למקבל (ראה אבני מילואים, סימן לז, ס"ק יב. וראה גם שם, סימן א, ס"ק ה), או ממיתת מקבל הזכות אחר פעולת הזכייה, קודם שהגיע אליו המידע אודותיה (שו"ת עונג יום טוב, סימן קי, ד"ה ולעניות דעתי דאין. ראה גם שו"ת אבני נזר, אבן העזר, סימן קסד, ס"ק ט).

יש לציין כי אטינגר, פרקי שליחות, עמ' 125, לא הבחין בין אישור המקבל לבין אי־התנגדותו, והסיק כי המקבל צריך "לאשר את פעולת הזכייה כשזו הגיעה לאוזניו". מדבריו נראה שהשוני בין דין "זכין" לבין עקרון ה"אישור בדיעבד" שבחוק השליחות הוא בדרך פעולת "האישור בדיעבד", אך לא בעצם הדרישה שייתן מקבל הזכות אישור זה. כאמור, לא כך עולה מן המקורות שלפיהם בעיקרון אין צורך באישור אלא די באי־התנגדות.

[150] לכל הפחות, אין הזכייה מבוססת על הרשאה מפורשת. ראה דיוננו בשאלת היסוד המשפטי של דין "זכין" (לעיל, פרק שלישי, עמ' 777).

[151] סעיף 3 לחוק המתנה, התשכ"ח־1968, קובע חזקת הסכמה, ולפיה "חזקה על מקבל המתנה שהסכים למתנה, זולת אם הודיע לנותן על דחייתה תוך זמן סביר לאחר שנודע לו עליה". בדברי ההסבר להצעת חוק החוזים (חלק כללי), נאמר שהסעיף "מבטא, במידה מסוימת, את הכלל של המשפט העברי, שלפיו 'זכין לאדם שלא בפניו' וכן 'אין חבין לאדם אלא בפניו'". מהסבר זה עולה שכשם שדין "זכין" רואה בשתיקת מקבל הזכות את הסכמתו לקבלה, כך גם חוק המתנה רואה בשתיקת מקבל המתנה את הסכמתו לקבלה. מדברינו עולה כי דין "זכין" קובע קביעה שונה לחלוטין, ולפיה במקרי קבלת זכות אין צורך

על אף האמור לעיל, מדברי הר"ן[153] (כפי שהבינו אחדים מן האחרונים את דבריו[154]), עולה שלעניין זה, יש להבחין בין "זכות גמור[ה]" לזכות שאינה גמורה, שנדרשת בה הסכמה פוזיטיבית. הר"ן קבע עיקרון זה בעניין קטינה שהתקדשה בלא ידיעת אביה, שקידושיה תקפים רק אם אישר אותם אביה בדיעבד[155]. לדעת הר"ן, הקידושין תקפים מכוח דין "זכין", שהרי הקטינה מיטיבה עם אביה בקידושיה[156], ואולם משמע מדברי התלמוד שזכייה זו מותנית בריצוי המקבל (האב), מה שלא נאמר במקומות אחרים. על כך שואל הר"ן: "וכי תימא רצוי בתר קדושין מאי מהני?". והוא משיב: "איכא למימר דהיינו טעמא, לפי שכל אדם רוצה להשיא את בתו, ומצוה דרמיא עליה נמי היא [=יש לומר שהטעם הוא, לפי שכל אדם רוצה להשיא את בתו, והיא גם כן מצווה המוטלת עליו], וזכין לאדם שלא בפניו. ומיהו, טעמא דנתרצה האב כששמע[157]. הא לא נתרצה, לא הוו קידושין, לפי שאינו זכות גמור, שהרי היא יוצאה מרשותו לכמה דברים. אבל כל שנתרצה, גלי אדעתיה דזכות הוא לו, ומהני משעה ראשונה". היינו, מאחר שהקידושין האלו מכילים גם מרכיבי חובה לאב, ולא רק מרכיבי זכות (שכן הוא מאבד זכויות מסוימות שהיו לו בה), נדרש אישורו בדיעבד, כי כל שנתרצה, גילה דעתו שזכות הוא לו, ומועיל משעה ראשונה[158].

בהסכמת מקבל הזכות ואף לא בשתיקתו, ודי באי־התנגדותו, אף אם אינו מודע לפעולת הזכייה שנעשתה למענו (ראה גם מ"א ראבילו, חוק המתנה, תשכ"ח־1968 (מהדורה שנייה, ירושלים תשנ"ז), עמ' 283־285).

152 כאשר מקבל הזכות יודע על פעולת הזכייה שנעשתה בשמו ומגיב לה בשתיקה, יש צורך לפרש אם שתיקתו משמעה הסכמה או התנגדות או המְתנה. ראה: רמב"ם, הלכות זכייה ומתנה, פרק ד, הלכה ג; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רמה, סעיף יא. ראה בהרחבה ב' כהנא, חוק לישראל, מתנה, סעיף 3 (בהכנה).

153 ר"ן על הרי"ף, קידושין יח ע"ב (בדפי הרי"ף), ד"ה איתמר קטנה.

154 ראה: אבני מילואים, סימן לז, ס"ק יב; שו"ת עונג יום טוב, סימן קי, ד"ה ולעניות דעתי דאין ("והיינו דאיכא בין זכות גמור להיכא דלא הוי זכות גמור, דהיכא דלא הוי זכות גמור, כל שלא שמע ונתרצה בפירוש לא מהני, והיכא דהוי זכות גמור בלא שמע, כגון שמת קודם ששמע, נמי מהני"). והשווה להלן, הערה 180, הבנת 'מחנה אפרים' בדברי הר"ן.

155 שכן על פי המשפט העברי, האב זכאי לקדש את בתו הקטינה על דעת עצמו. ראה רמב"ם, הלכות אישות, פרק ג, הלכה יא.

156 "דכל אדם רוצה להשיא בתו, וניחא ליה [=נוח לו] במה שבתו רוצה" (חידושי הר"ן, חולין לט ע"ב, ד"ה והאי). וראה גם: חידושי הרמב"ן, חולין לט ע"ב, סוף ד"ה כשזיכה לו; חידושי הרמב"ן, קידושין מד ע"ב (השמטות), ד"ה הא דאמרינן; אבני מילואים, סימן לז, ס"ק יב; מחנה אפרים, הלכות זכייה ומתנה, סימן ו, ד"ה העולה מדברינו; שו"ת נודע בשערים, חלק א, סימן ט, ד"ה והנה הרא"ש; שו"ת ראשי בשמים (גוריון), סימן יז, ס"ק טו, ד"ה אמנם הרשב"א; שו"ת אורח משפט, אורח חיים, סימן טו, ד"ה יש לבאר; שו"ת עונג יום טוב, סימן קי, ד"ה ולעניות דעתי דאין; אבי עזרי, מהדורא תניינא, הלכות תרומות, פרק ד, הלכה ג, ד"ה ונראה שזהו ביאורו. עוד ראה שו"ת משפטי שמואל (קלעי), סימן קיז (קלז ע"א).

157 מכאן משתמע לכאורה שהאישור צריך לבוא בהזדמנות הראשונה. וראה הרב ז"נ גולדברג, "מכירת חמץ שלא מדעת הבעלים", דרך כוכב מיעקב ו (תש"ן), עמ' כו, בעמ' כז, הערה א, שלגישה זו משמע שבהיעדר אישור, אין אפילו ספק קידושין (שמא זכות הוא לו): "דרק בדבר שגלוי לנו דהוי זכות יש לומר דמהני למפרע".

158 דבריו מכוונים לאותן פעולות שעיקרן זכות אך יש בצדן גם מרכיב אפשרי של חובה, ומשום כך לא ניתן להגדיר אותן כזכות אלא לאחר אישורו של המקבל. וכך מנסח 'חזון איש' את הדברים: "ומצינו גם במידי דבעי שליחות דמהני ניחותא אח"כ, כמו קטנה שנתקדשה שלא לדעת אביה... וטעמא, דהתם קרוב הדבר דהוי זכות גמור אלא שאינו מוכרע לגמרי, ולפיכך מהני ניחותא אחר כך להכריע הדבר לזכות גמור" (חזון איש, זרעים, מעשרות, סימן ז, ס"ק יד, ד"ה קידושין נ"ב ב' תוד"ה אם). זו גם שיטת הרמב"ם כפי שהצגנו אותה לעיל, ליד ציון הערה 73, וכפי שכבר שיערנו שם, ליד ציון הערה 80. להסברים אחרים בשיטת

ב. מועד הזכייה

הזכרנו כבר, ועוד נרחיב בעניין זה להלן, פרק שישי, שיש למקבל זכות לדחות את הזכייה. ונשאלת השאלה: אם כן, אימתי מועד הזכייה? האם שעת הזיכוי? או שמא השעה שנודע למקבל דבר הזכייה ואינו מתנגד לה?

לדעת רוב הפוסקים, הזכייה תקפה משעת הזיכוי. אמנם אם מקבל הזכות יתנגד לפעולת הזכייה, יתבטל תוקפה למפרע, אך כל זמן שאינו דוחה את פעולת הזוכה, הריהי תקפה, אף על פי שלא נודע לו עליה[159]. גם שינויים במעמדו האישי של מקבל הזכות (כגון גיור[160] או נישואין[161]), יחולו כבר במועד פעולת הזכייה.

עם זאת, אין מניעה שיַתנה המזכה (במפורש או מכללא) את תחולת הזכות בהגעתה בפועל של הזכות לידי מקבלה. כך לדוגמה סובר הרמב"ם[162] שהאומר 'תנו גט זה לעבדי', אף על פי שאין האדון יכול לחזור בו, מכל מקום העבד משתחרר רק בהגיע אליו השטר (ואם מת האדון לפני שנמסר שטר השחרור לעבד, שוב אין למסור אותו לו)[163]. ומשהגיע אליו שטר השחרור, הרי הוא בן חורין למפרע משעת הזיכוי. עם זאת, המזכה יכול למנוע את תחולת הזכות כולה או חלקה למפרע, ולאחֵר אותה לשעת קבלתה בפועל. כך לדוגמה נוקט הר"ן[164] במי שאומר "תנו מתנה לפלוני", שאפילו שבח הבא מאליו (היינו בלא טרחת המזכה)[165] עד לשעה שיתרצה

הר"ן, השווה: שו"ת ברית אברהם (פצנובסקי), אבן העזר, סימן קא, ס"ק ה, ד"ה אמנם; שו"ת עונג יום טוב, סימן קי, ד"ה ובזה יש להבין.

159 נתיבות המשפט, סימן רעח, ס"ק א; וראה גם קצות החושן, סימן רמה, ס"ק ד. לדעת שו"ת אבני נזר, אבן העזר, סימן קצד, ס"ק יא, זו גם דעת תרומת הדשן, שו"ת, סימן קפח.

160 ראה לדוגמה חידושי הרשב"א, כתובות יא ע"א, ד"ה ותמיה. וראה עוד דרכי משה (עמיאל), דרכי הקניינים, שמעתתא ד, פרקים י-יא, שדן בנושא זה בהרחבה, ולדעתו נחלקו הראשונים בשאלה זו.

161 ראה דברי הר"ן (לעיל, ליד ציון הערה 158).

162 רמב"ם, הלכות עבדים, פרק ו, הלכה א.

163 מקור דין זה במשנה (גיטין א, ו; יא ע"ב): "האומר 'תן גט זה לאשתי ושטר שחרור זה לעבדי', אם רצה לחזור בשניהן – יחזור. דברי ר' מאיר. וחכמים אומרים, בגיטי נשים, אבל לא בשחרורי עבדים, לפי שזכין לאדם שלא בפניו, ואין חבין לו אלא בפניו". וראה רי"ף (גיטין ה ע"א בדפי הרי"ף) ורש"י (גיטין ט ע"ב, ד"ה לא יתנו. אבל ראה תוספות, שם, ד"ה לא, שרש"י חזר בו) שחכמים מודים שהעבד אינו משתחרר אלא בהגיע השטר לידו, וכוונתם אינה אלא שהאדון לא יוכל לחזור בו משעה שמסר את השטר ואמר "תן... שטר שחרור זה לעבדי". לדעתם אפוא יש להבחין בין כוח החזרה לבין הזכייה עצמה. גם הרמב"ם (הלכות עבדים, פרק ו, הלכה א) ושולחן ערוך (יורה דעה, סימן רסז, סעיף עו) פסקו כן, אלא שהבחינו בין מי שאומר "תן" לבין מי שאומר "זכה" (שבלשון "זכה" משתחרר העבד מיד). וראה קצות החושן, סימן קכה, ס"ק ג, שביאר שבאומר "תנו", האדון נחשב כמתנה שלא ישתחרר העבד עד שיגיע הגט לידיו של העבד (ולכן לאחר מותו, לא ייתן אותו לעבד, משום שדומה הדבר לגט לאחר מיתה). לביאורים אחרים בשיטת הרי"ף והרמב"ם, ראה המקורות המובאים באנציקלופדיה תלמודית, כרך יב, ערך זכין לאדם שלא בפניו, הערה 367.

והשווה: תוספות, גיטין ט ע"ב, ד"ה לא יתנו; בעל המאור, גיטין ד ע"ב (בדפי הרי"ף), ד"ה מתני'; מלחמות ה' (רמב"ן), שם, ד"ה ועוד; ר"ן, שם ה ע"א (בדפי הרי"ף), ד"ה וה"מ; רא"ש, גיטין, פרק א, סימן יג. דעתם הובאה ברמ"א, יורה דעה, סימן רסז, סעיף עו, בשם יש אומרים, שהעבד משתחרר מיד.

164 ראה חידושי הר"ן, בבא בתרא קכו ע"א, ד"ה אמר רב הונא (הובא בבית יוסף, חו"מ, סימן רעח, סעיף ו): "הנותן מתנה לחברו וזכה לו על ידי אחר, והשביח שבחא דממילא... קודם ששמע מקבל מתנה, הרי השבח של נותן, ולא זכה בה מקבל אלא משעה שגילה בדעתו שהוא רוצה לזכות במתנתו".

165 אם השביח הנכס בגלל טרחת הנותן או הוצאות שהוציא, הכל מודים שהשבח שייך לנותן, לפחות באופן חלקי, כדין משביח שדה חברו.

מקבל הזכות, הרי הוא של הנותן. 'נתיבות המשפט' מבאר[166] שאף על פי שבשעה שתגיע המתנה לידי מקבל הזכות, היא שלו למפרע, אומדן דעתו של המזַכה היא, שבלשון "תנו" התכוון לשייר לעצמו שבח הבא מאליו עד הנתינה בפועל לידי הזוכה[167].

כיוון שפעולת הזכייה תקפה בעיקרון ממועד עשייתה, ואין צורך בקבלת אישור בדיעבד, היה עולה על הדעת לומר שזכותו של המקבל עדיפה על פני זכותו של צד רביעי. ניטול את הדוגמה הבאה[168]: אדם שידע שחברו מעוניין למכור נכס מסוים מנכסיו, מכר אותו בלא לקבל ממנו הרשאה תמורת מחיר גבוה במיוחד[169]. בעל הנכס, שלא היה מודע למכירה הנכס, מכר אותו לאחר מכן לקונה אחר, ששילם בתמורה את המחיר המקובל בשוק. לאחר שנודע לבעל הנכס על דבר המכר הראשון, אישר אותו בדיעבד וטען שהמכר השני בטל, שכן במועד זה הנכס כבר היה בבעלות הקונה הראשון. כעת טוען כל אחד מן הקונים לזכותו על הנכס. לפי חוק השליחות, האפשרות לאשר בדיעבד את פעולת ה"שליח" שפעל בלא הרשאה מותנית ב"שלא תיפגע זכות שרכש אדם אחר בתום־לב ובתמורה לפני האישור"[170], ועל כן עדיפה זכותו של הקונה השני. הדבר נובע מן התפקיד המהותי שמייחס חוק השליחות לאישור בדיעבד של ה"שולח". כאמור, לפי המשפט העברי, היה מקום לטעון שזכותו של הקונה הראשון עדיפה, שכן פעולת הזכייה תקפה כבר מזמן עשייתה, ואפילו בלא אישורו בדיעבד של מקבל הזכות. והלוא מכירת הנכס לקונה הראשון על ידי הזוכה קדמה למכירתו לקונה השני על ידי הבעלים[171]. אולם אף על פי שהקונסטרוקציה של דין "זכין" שונה מאוד מזו של

166 ראה נתיבות המשפט, סימן רעח, ס"ק א. וראה שם שקשר בין דינו של הר"ן לבין דינו של הרמב"ם המובא לעיל, ופירש בשניהם את ההלכה על דרך אומדן דעת המזכה. וראה שו"ת חבלים בנעימים, חלק א, סימן כה (עמ' 207): "וצריך לומר דדעתו כיון שידע הנותן שתלוי עוד בדעת המקבל ויכול למחות, לכן אמרינן שהשאיר לעצמו זכות בפירות".

אבל השווה שו"ת אבני נזר, אורח חיים, סימן שלז, ס"ק ו; שם, אבן העזר, סימן קצד, ס"ק ד; שם, יורה דעה, סימן תג, ס"ק ד, שרצה להסיק מדברי הר"ן שזכות המחאה של המקבל צופה פני הווה ולא פני עבר (על שאלה עקרונית זו, ראה דיוננו להלן, פרק שישי, א, עמ' 802), ומכאן שלדידו דברי הר"ן אינם מיוסדים על אומדן דעתו של הנותן.

למקורות נוספים לדיון בהבנת דברי הר"ן, ראה: אנציקלופדיה תלמודית, כרך יב, ערך זכין לאדם שלא בפניו, הערה 59, ושם הפנו למקורות הבאים: קהילת יעקב (אלגזי), תוספות דרבנן, אות קיט, ד"ה זכייה לקטן; שורשי הים, חלק א, זכיית קטן (וראה שם קמב ע"ד, ד"ה ואני אומר, שלדעתו 'בית יוסף', שציטט את דבריו אלו של הר"ן, לא פסק כמותו להלכה). וראה עוד: ש' אטינגר, "שליחות מכוח הדין במשפט העברי", מחקרי משפט יד (תשנ"ח), עמ' 5, בעמ' 11; הנ"ל, פרקי שליחות, עמ' 128; ב' כהנא, חוק לישראל, מתנה, סעיף 6 (בהכנה). וראה עוד חידושים וביאורים (גריינימן), בבא בתרא, סימן יא, ס"ק א, שנשאר ב"צריך עיון" על דברי הר"ן.

167 והשווה שו"ת שואל ומשיב, מהדורא חמישאה, סימן פא, ד"ה והנה מעשה, שדן בראובן שזיכה לשמעון במתנה (על ידי אחר) כרטיסי הגרלה, ולפני שהגיעו לידי הזוכה, עלה בגורל אחד הכרטיסים. הוא תמה על גישת הר"ן, ובהתאם לכלל "נותן – בעין יפה נותן", הוא דוחה את טענת הנותן שהזוכה זכה רק בכרטיס ולא בפרס.

168 על פי ברק, סעיף 578.

169 אשר לאפשרות למכור נכס של אחר מכוח דין "זכין", ראה לעיל, ליד ציון הערה 71.

170 סעיף 6(א) לחוק השליחות.

171 לכך נוטה נהורא דיעקב (קופריץ), אבן העזר, סימן לז, סעיף יא (בסופו). וראה גם ש' אטינגר, "שליחות מכוח הדין במשפט העברי", מחקרי משפט יד (תשנ"ח), עמ' 5, בעמ' 11, הערה 18 (יש לציין שבספרו 'פרקי שליחות', עמ' 126, השמיט אטינגר הערה זו).

האישור בדיעבד שבחוק, דומה שבנידון דידן מגיע המשפט העברי למעשה לתוצאה דומה, שכן אדם הפועל בעצמו בענייניו כמוהו כמי שמוחה נגד פעולה של אחר בענייניו ומחאה זו מונעת את תחולת דין זכין[172]. לפי המשפט העברי, אין לדבר אפוא על סייג, והאפשרות המעשית לפגיעה בצד רביעי עמו התקשר "השולח" אחרי פעולת הזכייה אינה קיימת כל עיקר, אף אם פעל הלה בהיעדר תום לב או בלא תמורה.

פרק שישי

התנגדות לזכייה

א. מהות זכות ההתנגדות של המקבל

כפי שראינו לעיל, דין "זכין" מיוסד על ההנחה שפעולה שנעשתה לטובת הזולת הייתה באותה שעה בגדר זכות עבורו. אולם מאחר ש"אין נותנין לאדם מתנה בעל כורחו"[173], המקבל אינו חייב להסכים לזכייה, ומשנודע לו עליה[174], הוא רשאי להתנגד לה[175].

שאלה יפה הצריכה עיון, על פי גישה זו, היא אם מלכתחילה יש להורות לבעל הנכס לבטל את פעולת המכר של הזוכה עבורו, ובכך לתת תוקף למכר השני שביצע הוא עצמו עם הקונה השני. הוראה זו עשויה להתבסס על היקש להוראות המחייבות אדם לעמוד בדיבורו, כגון דין "מי שפרע" (בבא מציעא מד ע"א), דין "אין רוח חכמים נוחה הימנו" (בבא מציעא מח ע"א), דין "כל המקיים את דברו רוח חכמים נוחה הימנו" (משנה, שביעית י, ט), דין "שיהא הן שלך צדק ולאו שלך צדק" (בבא מציעא מט ע"א), ודין "שארית ישראל לא יעשו עוולה" (בבא מציעא קו ע"ב). מצד אחד, מתברר למפרע כי בעל הנכס מכר לקונה השני נכס שאינו ברשותו, ועל כן אין להורות לו לבטל את פעולת הזכייה כדי שהנכס יימצא ברשותו. וכי אדם שמכר נכס שאינו שלו חייב לקנות את הנכס כדי לקיים את דבריו כלפי הקונה!? מצד שני, יש בכוח הבעלים להחליט כי הנכס יהיה ברשותו למפרע, כאילו לא הייתה הזכייה מעולם. אם כן, לכאורה, נשאלת השאלה: האם אין לדרוש ממנו לפעול כך, כדי שיוכל לקיים את דבריו כלפי הקונה השני? להתלבטות מעין זו, ראה קצות החושן, סימן ט, ס"ק א. נשאיר שאלה זו ב"צריך עיון".

172 ראה שו"ת אוהלי יעקב (מהריק"ש), סימן סב (בתחילת התשובה). וראה לעיל, סעיף 6, הערה 130.

173 רמב"ם, הלכות זכייה ומתנה, פרק ד, הלכה ב.

174 הפוסקים דנו בעניינו של גר קטן שנקבע שמשהגדיל יכול למחות, מה הדין כשלא נודע לו גיורו מיד לאחר שבגר, וכל אותה תקופה חי כיהודי ומתנהג כיהודי לכל דבר ועניין: האם אף על פי כן, משנודע לו עניין גיורו הוא יכול למחות? או שמא עצם התנהגותו כיהודי מוכיחה שהדבר זכות עבורו, הגם שלא היה מודע לכך שיש לו אופציה אחרת? לדעת ים של שלמה, כתובות, פרק א, סימן לה, מועילה מחאת הגר, "אף אחר שנהגו דת יהודית כמה שנים, כל זמן שלא ידעו מהגירות". בשאלה זו דנו כמה מפוסקי זמננו, ראה: שו"ת איגרות משה, יורה דעה, חלק א, סימן קסב; שו"ת מנחת יצחק, חלק ג, סימן צט, שנקטו מסברה שהמחאה תועיל (בלי לציין לדברי ים של שלמה). לעומתם השווה תשובות והנהגות (שטרנבוך), חלק ב, סימן תקיב. וראה עוד שו"ת בניין אב (בקשי דורון), חלק ג, סימן מט, שמכיוון שעניין זה שנוי ככל הנראה במחלוקת בין הראשונים (שכן יש מהם הנוקטים שעצם המנהג כיהודי מסיים את תהליך הגירות), יש תוקף למחאתו אך ורק לחומרה.

וצריך עיון בשאלה אם דיון זה רלוונטי גם בחפץ שאדם עושה בו שימוש, ורק לאחר שנים רבות נודע לו שניתן לו במתנה: האם עכשיו, משנודע לו, תועיל מחאתו? או שמא עצם השימוש מעיד שהדבר הוא זכות לו? ושמא במתנה הכל מודים שתועיל מחאה, שכן להבדיל מגירות, לא די בכך שנהנה מהחפץ כדי להוכיח שאינו בגדר "שונא מתנות יחיה".

ונשאלת השאלה: מה מהותה של התנגדות זו? האם די שהמקבל מתנגד עתה לקבל את הזכייה? או שמא משמעותה היא שכבר בשעת פעולת הזכייה, לא הייתה בגדר זכות עבורו?

לשאלה תאורטית זו יש תוצאה מעשית, כשהזוכה מודה בפירוש שאילו ידע על הזכייה בשעתה, היה מקבל אותה, אבל עתה, משנודע לו עליה, אין הוא מעוניין בה. שאלה עקרונית זו, שלא נידונה עד תקופה מאוחרת, שנויה במחלוקת בין האחרונים, כשכל צד מביא מן התלמוד ראיה לגישתו.

המצדדים בדעה שההתנגדות של המקבל נבחנת בהווה, מביאים ראיה לדבריהם מדינו של גר קטן, שבית דין מטבילין אותו לגרות מדין "זכין". מן ההלכה שלפיה כשהגדיל הגר, הוא יכול למחות על גיורו[176], מוכח לכאורה שהמחאה נבחנת בשעת המחאה, שכן קשה לומר שמחאת הקטן הינה גילוי דעת למפרע על מה שנעשה בילדותו, שהרי "אולי נשתנה דעתו, ובפרט שנשתנה המציאות, וקשה יותר לקיים מצוות, וכי נאמר שבאופן כזה לא תועיל מחאה?"[177].

המצדדים בדעה שההתנגדות של המקבל נבחנת בשעת פעולת הזכייה מביאים ראיה לדבריהם מסוגיה אחרת בתלמוד[178], שממנה עולה שמי שקנו עבורו נכס מכוח דין "זכין", אינו יכול להתנגד לזכייה בשל נזק שאירע לנכס לפני שנודע לו דבר הזכייה[179].

עוד יש לדון בשאלה: האם זכות המחאה תקפה גם ביורשים (כגון שלא נודע על כך לאביהם בחייו)? או שמא הזכות היא למקבל בלבד? והדברים צריכים עיון.

175 אם הזוכה מתנגד לזכייה, היא חוזרת אל המזכה. וכך נפסק בשולחן ערוך, חו"מ, סימן רמה, סעיף י: "אבל אם היה צווח מעיקרו, לא קנה המקבל, וחוזר לבעלים הראשונים". וראה ביאור הגר"א, שם, ס"ק טז, שבכך דחה 'שולחן ערוך' את דעתו של הרשב"ם, בבא בתרא קלח ע"א, ד"ה כאן בצווח.

176 ראה כתובות יא ע"א.

177 כלשון הרב ז"נ גולדברג, "מכירת חמץ שלא מדעת הבעלים", דרך כוכב מיעקב ו (תש"ן), עמ' כו. ראיה זו הובאה כבר על ידי שו"ת הרי"ם, אבן העזר, סימן כו, ד"ה ומ"ש, בדעת הרמב"ם. הרב גולדברג חוזר על הדברים במאמר אחר, "תשובה בדין לזכות גט לאשה שנתגרשה בערכאות", מוריה, שנה כו, גיליון א־ג (שבט תשס"ד), עמ' קח, בעמ' קיג, ושם עולה מדבריו שדיון זה תלוי ביסוד המשפטי של דין "זכין" (ראה לעיל, פרק שלישי, עמ' 777). אם "זכייה מטעם שליחות" ("אנן סהדי" שהמקבל מעוניין בזכות), הרי ההתנגדות חייבת לצפות פני עבר. לעומת זאת, אם "זכייה לאו מטעם שליחות", אלא שכך היא המידה, שכל דבר טוב אפשר לזכות לאחר, הרי המקבל רשאי לסרב לקבלה משנודע לו עליה (וראה לעיל, הערה 107, שהרב גולדברג מוכיח שהרמב"ן נוקט כדעה השנייה). וראה עוד משפטי השליחות, שער שני, סימנים יב־יג. כעין גישה זו, ראה להלן, הערה 185, בדברי ברכת שמואל בהבנת שיטת הרשב"א.
לדחיית ראיה זו מגר קטן, ראה: מחנה אפרים, הלכות זכייה ומתנה, סימן ו, ד"ה איברא; שו"ת דמשק אליעזר (פרלמוטר), אורח חיים, סימן ז, ד"ה אלא דלפענ"ד.

178 ראה חולין פג ע"א. על סוגיה זו, ראה לעיל, הערה 79.

179 ראה: זכות משה, סימן א, ד"ה אבל; חידושי הרי"ם, כתובות קז ע"ב, ד"ה בתוס'; שם, גיטין יד ע"א, ד"ה גמרא; שם, בבא מציעא יג ע"א, ד"ה ונראה; שו"ת הרי"ם, אבן העזר, סימן כו, ד"ה ומ"ש רו"מ מהתוספתא (וראה שם שאפשר שהרמב"ם השמיט דין זה, משום שלדעתו מועילה מחאה גם לאחר השתנות מצב הנכס). זו גם שיטת ר' אליעזר גורדון (ראה תשובות ר' אליעזר (גורדון), חלק א, סימן כב, ד"ה וגם), אבל הוא אינו מסתמך על התלמוד, אלא קובע זאת מדעת עצמו כדבר פשוט: "דנראה דהא דבכל מקום היכי דהזוכה מוחה על הזכיה בעת שמעו, בטלה הזכיה למפרע, היינו דוקא שמעולם לא היתה דעתו נוחה מהזכיה. אבל אם אומר שבעת שזכו בעדו היה דעתו נוחה מן הזכיה, ואילו שמע אז תיכף לאחר הזכיה היה מתרצה, אבל עתה שעבר איזה זמן מעת הזכיה נשתנה דעתו, ומשום הכי מוחה עתה כששומע הזכיה, באמת לא מהני מחאתו, והמתנה שזכו בעבורו קיימת".

'מחנה אפרים'[180], הנוקט לכאורה כדעה אחרונה זו, מסייג את זכותו של המקבל להתנגד לזכייה, וקובע שבזכות גמורה, אף אם המקבל טוען שאילו נודע לו על הזכייה בשעתה, היה מתנגד לה, אין להאמין לו[181]. פוסקים אחרים נוקטים במפורש שלא כגישה זו וקובעים: "אפילו בזכות גמור, כל שמיחה כששמע, אין בזכיה כלום, ולא מהני [=לא מועילה] הזכיה שזכו לו שלא בפניו"[182]. אולם קשה לדעת אם עמדתם מיוסדת על התפיסה העקרונית שהתנגדות המקבל נבחנת בהווה או שהם מסכימים שההתנגדות נבחנת בשעת פעולת הזכייה, והם חולקים על 'מחנה אפרים' בשאלת הנאמנות בלבד.

יש לציין שההוכחה שהביאו אחרונים אלה מן התלמוד אינה נקייה מספקות מכמה טעמים:
(1) ניתן להעמיד את הסוגיה באופן שדבר הזכייה נודע למקבל עוד קודם לאבדן הנכס, ומשום שלא התנגד אז, שוב אינו יכול לחזור בו. אבל אם נודע לו בו־זמנית על הזכייה ועל הנזק שבא בעקבותיה, רשאי הוא להתנגד לה, כפי שעולה מדברי המאירי, בית הבחירה, חולין פג ע"א, ד"ה זהו ביאור (השני): "ומכל מקום אם לא ידע זה עד שנגלית החובה, ולא רצה לקבל, רשאי". אבל השווה חידושי הרי"ם, חו"מ, סימן קצה, ס"ק טז, ד"ה היינו, הקובע שפירוש זה דחוק.
(2) הסוגיה שם עוסקת במקבל ששילם מראש עבור הנכס, ובכך גילה דעתו שהוא מעוניין לזכות בו, ועל כן אולי אינו יכול לחזור בו משנודע לו אחר כך דבר הנזק, כלשון מחנה אפרים, הלכות זכייה ומתנה, סימן ו: "ושמא התם שאני, דגילה דעתו מתחילה שהיה רוצה במקח".
(3) אפשר שבעיקרון, התנגדות המקבל לזכייה צופה פני הווה, אלא שסיבת ההתנגדות חייבת להיות עקרונית, ולא בשל ההפסד שנגרם לו בינתיים. הפסד זה נחשב לסיכון שהמקבל מוכן ליטול על עצמו למען הסיכוי לקבל את הזכייה. ראה על כך: שו"ת אבני נזר, אורח חיים, סימן שלז, ס"ק יא. על כיוון זה הצבענו כבר בדיוננו על סעיף 9, הערה 221, ושם הבאנו את דברי שו"ת דובב מישרים, חלק ג, סימן כו, שיישם עיקרון זה בסוגיית "שלחו לקנות חיטים וקנה שעורים": "דקימא לן כמבואר שם בסימן קפג, דאם היה הפסד, הוא לשליח, ואם היה ריוח, הוא למשלח, ואם כן, אין לך זכות גדולה מזה, לעשות עסק כזה, רק להרויח ולא להפסיד, ואם כן זכות הוא לו, ועל כן אם מת או אונס אחר חל על המשלח". וראה עוד גידולי שמואל, גיטין יד ע"א, ד"ה ולכאורה.

180 ראה מחנה אפרים, הלכות זכייה ומתנה, סימן ו, ד"ה העולה מדברנו: "מידי דהוי זכות גמור וליכא שום צד חובה, דנראה דכל כי האי גוונא אפילו כי אתי לקמן וצווח לומר 'לא ניחא לי', לא משגחינן ביה". הנימוק לכך מופיע בתחילת דבריו, שם, ד"ה ראיתי: "דאיכא למימר דמתחילה היה רוצה [אילו נודע לו דבר הזכייה], ועכשיו חזר בו". כך לדעתו, יש להבין את הבחנת הר"ן (לעיל, הערה 153) בין זכות גמורה לזכות שאינה גמורה.

181 אבל השווה הרב ז"נ גולדברג, "מכירת חמץ שלא מדעת הבעלים", דרך כוכב מיעקב ו (תש"ן), עמ' כו. אמנם בתחילת דבריו שם הוא טוען שביסוד דברי 'מחנה אפרים' טמונה ההבנה שהתנגדות המקבל צופה פני עבר, ובזכות גמורה אין לו נאמנות לטעון שהיה מתנגד. אולם בסיום דבריו, ד"ה עוד, הוא מעלה סברה, ולפיה אין הכרח לפרש כך את שיטת 'מחנה אפרים'. אפשר לטעון ששיטתו היא, שבזכות שאינה גמורה, אף אם המקבל מודה שבשעת הזכייה עצמה (אילו נודע לו עליה אז) אכן היה מעוניין בה, אבל כעת, משנודע לו עליה, הוא מתנגד לה, מכל מקום תועיל המחאה. אפשר שתפקיד המחאה אינו גילוי דעת למפרע, אלא כעין תנאי, ולפיו הסכמתו הווירטואלית לא תועיל אם יתחרט עליה בעתיד: "רק שאנו אומרים בעת שזיכו לו, אילו ידע שלבסוף כשישמע לא ירצה, אפילו מכאן ולהבא ולא מעיקרא, מכל מקום, זה גופא סיבה שלא ירצה מתחילה אם לבסוף לא ירצה", אלא שאין אדם מתנה תנאי זה אלא בזכות שאינה גמורה, ולא בזכות גמורה.

182 אבני מילואים, סימן לז, ס"ק יב, ד"ה והנה. להשגות על דברי 'מחנה אפרים' ועל ראיותיו, ראה שו"ת עונג יום טוב, סימן קי. וראה עוד שו"ת אבני נזר, אורח חיים, סימן שלז, ס"ק ח, שהוכיח מחידושי הריטב"א, קידושין מא ע"ב, ד"ה והא דתנן, שזכות הביטול שמורה למקבל הזכות, גם אם היה גילוי דעת מוקדם מצדו שהוא מעוניין בדבר. בהנחה שגילוי דעת מוקדם הופך את הפעולה לזכות גמורה, מוכח ששיטת 'מחנה אפרים' אינה מקובלת על הריטב"א.

ב. זכייה בעל כורחו של המקבל

לדעת הרשב"א[183], אף אם המקבל מתנגד לזכייה, תהיה הזכייה תקפה בהתקיים שני תנאים מצטברים: (א) הזכות למקבל היא מוחלטת[184]; (ב) ניתן היה לאכוף אותה על המקבל[185]. כך הוא לדעתו בזכיית גט שחרור לעבד מאדוניו מכוח דין "זכין"[186].

אמנם רבים חלקו על הרשב"א, אולם אפשר שלא חלקו על העיקרון שביסוד שיטתו אלא

183 חידושי הרשב"א, קידושין כג ע"א, ד"ה ולעניין פסק הלכה. יש הסוברים כי זו היא גם דעת הרשב"ם, בבא בתרא קלח ע"א, ד"ה כאן בצווח. ראה: חידושי הרי"ם, חו"מ, סימן קצה, ס"ק טז, ד"ה והנה בכל; שו"ת עין יצחק, חלק א, אבן העזר, סימן א, ענף א, ס"ק א. לכאורה, כך ניתן לדייק גם מן הרמב"ם, שבשחרור עבד אינו אומר שהעבד יכול לחזור בו. ראה רמב"ם, הלכות עבדים, פרק ו, הלכה א: "הכותב גט שחרור לעבדו וזיכה לו בו ע"י אחר ואמר 'זכה בגט זה לפלוני עבדי', יצא לחירות, אע"פ שלא הגיע גט לידו, שזכין לאדם שלא בפניו". ואינו מזכיר (בשונה ממה שפסק בהלכות זכיה ומתנה, פרק ד, הלכה ב) אפשרות שהעבד יכול לחזור בו, ומכאן שהעבד משוחרר גם אם יתנגד למרות שהפעולה נעשית בשמו מדין זכין. וראה להלן, הערה 185.

184 כלשון הרשב"א: "ואפילו עומד וצווח, בטלה דעתו אצל כל אדם". וראה שם, שלעניין זה, אפילו מתנה אינה נחשבת זכות מוחלטת. ובלשונו: "ומתנת ממון שאני, דלאו זכות גמור הוא. ואדרבה, חוב מצד עצמו, דכתיב 'ושונא מתנת יחיה', אלא מיהו מצד שנפשו של אדם מחמדתן קרי' ליה זכות, ואע"פ שהוא מצד עצמו חובה, זכין לו שלא בפניו" (וראה לעיל, הערה 69).

185 כך עולה מדברי הרשב"א, כשהוא מנמק מה בין עבד לבין גר קטן (ראה לעיל, ליד ציון הערה 176), שיכול למחות: "ואע"פ שבמציאה ובנכסי הגר ובלקט שכחה ופאה דזכות גמור הוא וגר קטן שהטבילוהו על דעת ב"ד שאין זכין לו בעל כורחו, כדאמרינן בפ"ק דכתובות (י"א א'), 'הגדילו יכולין למחות', הכא שאני, דאלו איתיה לעבד כאן, כייפינן ליה לקבוליה בעל כורחו, כי ליתיה נמי מזכינן לי' בעל כרחיה, ומשא"כ באשה, דאע"ג דמגרשה בעל כרחה, ע"י אחרים לא, משום דחוב הוא לה, ואין חבין לאדם שלא בפניו. אבל הכא, דזכות הוא לו, ועוד דיוצא בעל כרחו, זכין לו בעל כרחו. ועוד, שלא יהא רבו עבד לעבדו, ויהא מפסיד רצון נפשו בעקשותו של עבד". וראה אבני מילואים, סימן א, ס"ק ה, שסמך על דברי הרשב"א כשיקול נוסף להתיר גירושי אישה משומדת מכוח דין "זכין", שכן בנסיבות אלה הגירושין הם זכות גמורה, והאישה מתגרשת בעל כורחה.

וראה ברכת שמואל (לייבוביץ), קידושין, סימן יד, ס"ק א, ד"ה ובעזהשי"ת, המבאר בטוב טעם את דברי הרשב"א לאור שאלת מהות ההתנגדות שדננו בה לעיל, פרק שישי, א, עמ' 802. לדעת הרשב"א, זכות ההתנגדות של המקבל צופה הן פני עבר (שכן אם מתברר שהפעולה שנעשתה עבורו לא הייתה בגדר זכות, ודאי לא יכול היה הזוכה לייצגו), הן פני הווה (משום שאף אם הזוכה יכול בעיקרון לייצג את המקבל, הלוא גם על המקבל עצמו אין אפשרות לכפות את הזכייה). אשר על כן, בגט שחרור, שהוא זכות מצד עצמו, והתנגדות העבד אינה יכולה לשנות מציאות זו, משמעות התנגדותו אינה אלא שאינו רוצה להשתחרר, אבל הדבר אינו בשליטתו של העבד, שהרי האדון יכול לשחררו בעל כורחו. להבנת דעת הרשב"א, ראה עוד: ביאור רי"ט אלגזי להלכות בכורות לרמב"ן (הלכות יום טוב), פרק א, אות ז, ד"ה אמר רב הונא; שו"ת ראשי בשמים (גורין), סימן יז, ס"ק יד; אמרי בינה (אוירבך), דיני תרומות ומעשרות, סימן כ, ד"ה ועיין; שו"ת שרידי אש, ירושלים תשנ"ט, חלק ב, סימן עא; שו"ת מנחת שלמה (אוירבך), מהדורא תניינא, סימן קז, פרק א, אות ט, ד"ה דאף במסקנת הרשב"א.

186 וראוי לשים לב להבדל שבין דברי 'מחנה אפרים' (לעיל, הערה 180) לדברי הרשב"א. לדעת הרשב"א, לא מועילה המחאה כלל, אפילו הייתה בשעת קבלת הזכות, שכן זכות גמורה שניתן לתת לו על כורחו אינה נתונה לשיקול הדעת של מקבל הזכות. לעומת זאת, 'מחנה אפרים' מדבר רק על הנאמנות שבמחאת המקבל, לאחר שנודע לו דבר הזכייה, שבזכות גמורה אין מאמינים לו שהיה מתנגד גם בשעת הזכייה (העיר על כך שו"ת דברי חיים, חלק א, אבן העזר, סימן פז, ד"ה ונראה לי דגם). הבחנה זו מתחזקת לאור העובדה ש'מחנה אפרים' אינו מפנה לדברי הרשב"א.

רק על יישומו בעבד, משום שלדעתם, שחרורו אינו בגדר זכות מוחלטת[187]. כך נוקט הרב ש"ז אוירבך, שהכל יודו שניתן ליישם את דברי הרשב"א בהפרשת תרומות ומעשרות עבור מי שאינו מתכוון להפריש מתבואתו, אם עושים זאת באופן שאינו גורע מתבואתו ולא כלום[188] [189].

ונראה שכשיטתו זו של הרשב"א, פסק ר' אליהו מזרחי[190]. הרא"ם דן בעניינה של אישה שבעלה חש שהוא עומד למות והיא עלולה להתחייב בייבום על ידי אחיו המשומד הגר בארץ רחוקה. כדי למנוע אפשרות זאת, רצה הבעל לגרש את אשתו לפני מותו[191], אך כיוון שלא הייתה עמו באותה שעה, ביקש מאדם שלישי לזכות בגט עבורה מכוח דין "זכין". הרא"ם פסק שהאישה מגורשת, שכן זכות היא לה שלא תתייבם ותינשא למשומד העלול להחטיא אותה. הרא"ם הוסיף כי אף אם יתברר שהיא מעוניינת להתייבם לו, הגירושין תקפים, שכן

187 ראה שו"ת באר יצחק (ספקטור), אורח חיים, סימן ב, ענף ד, ד"ה ועוד. לשיטתו המיוחדת של הרב ספקטור בהבנת שיטת הרשב"א, ראה להלן, הערה 189.

188 ראה שו"ת מנחת שלמה (אוירבך), מהדורא תניינא, סימן קז, פרק א, אות ט, ד"ה דאף במסקנת הרשב"א. בתשובה זו דן הרב אוירבך בהצעה להפריש תרומות ומעשרות עבור כל בעלי השדות בארץ ישראל (לרבות אלו שאינם מקפידים על כך), באופן שלא יחסר מתבואתם כלום, וזאת מכוח דין "זכין". וראה שם, שלדעתו אפילו החולקים על הרשב"א יודו בנידון זה: "דהוה ודאי זכות גמור בלא שום צד חוב כל דהו, וגם פשוט הוא שהבעלים חייבים, ודאי מן הדין להתרצות ולהסכים להפרשה זו, ואם היינו יכולים גם לכוף, ודאי שהיינו צריכים לכוף אותו על כך".

וראה גם מ' ויגודה, "שליחות כפויה – על התובענה הייצוגית לאור מקורות המשפט העברי", בתוך: קובץ הציונות הדתית (בעריכת ש' רז), ירושלים תשס"ב, עמ' 515, בעמ' 522, הערה 18, לגבי ייצוג אדם בהליך תביעה משפטית בלא נטילת הרשאה ממנו, כשלא צפוי כל הפסד למיוצג. וראה עוד בעניין זה א' הכהן, "'וכי זכין לאדם שלא בפניו?', עיונים בסוגיית התובענה הייצוגית לאור עקרונות המשפט העברי", שערי משפט ד (תשס"ה־תשס"ו), עמ' 153.

189 יש לציין שכמה מן האחרונים הרחיבו את דברי הרשב"א לכל זכות גמורה, ונדחקו לבאר את סיום דבריו בעניין אפשרות כפיית הזכות. ראה לדוגמה: שו"ת באר יצחק (ספקטור), אורח חיים, סימן ב, ענף ד, ד"ה ועוד, שלדעתו הרשב"א הוסיף עוד טעם, משום שאין זה ברור ששחרור העבד הוא זכות גמורה עבורו, ולדעתו בשל נקודה זו חלקו עליו שאר הראשונים. בהתאם לכך הוא פוסק שניתן למכור חמצו של יהודי קודם הפסח מדין "זכין" (ראה שם, ד"ה ונ"ד). נבהיר שלעצם מכירת חמץ בדרך של זכייה, לא היה צריך להגיע לכאורה להגדרה שהמכירה היא בגדר זכות גמורה שאינה ניתנת למחאה, ודי לנו בזה שהיא זכות רגילה, גם אם היא ניתנת למחאה (ואכן לא מצאנו הגדרה זו בפוסקים שקדמו לו, שדנו במכירת חמץ בדרך של "זכין". ראה: שו"ת פנים מאירות (אייזנשטאט), חלק ב, סוף סימן נב (מובא בפתחי תשובה, יורה דעה, סימן שכ, ס"ק ו); שו"ת חתם סופר, אבן העזר, חלק א, סימן א. וראה עוד שדי חמד, אסיפת דינים, מערכת חמץ ומצה, סימן ט, אות ב). ברם, באר יצחק (שם, ענף א) פקפק בכוחה של מכירה זו להציל מאיסור "בל יראה" על החמץ, שכן מהלכה אחרת אנו למדים שאף על פי שאחר הריצוי של בעל החמץ, תועיל המכירה למפרע, מכל מקום, די בכך שהיה בידו למחות כדי לעבור על איסור "בל יראה", "הואיל ובידו" (ראה לדוגמה מגן אברהם, אורח חיים, סימן תמח, ס"ק ה, שלעניין חמץ שניתן לגוי במתנה על מנת להחזירו, ישראל עובר עליו, משום שאולי לא יעמוד בתנאי ולא יחזיר אותו). לפוסקים אחרים שדנו בפקפוק זה על המכירה בדרך זכייה, ראה: שו"ת אבני נזר, אורח חיים, סימן שלז, ס"ק יג; שו"ת דובב מישרים, חלק א, סימן ל; שו"ת הר צבי, אורח חיים, חלק ב, סימן לט. כאמור, אחת הדרכים שמיישב בהן 'באר יצחק' קושי זה היא, שמכיוון שאם החמץ לא יימכר, ייאסר בהנאה לבעליו וערכו יאבד, הרי המכירה היא בגדר זכות מוחלטת, שלכולי עלמא לא ניתן למחות עליה.

190 שו"ת רבי אליהו מזרחי (הרא"ם), סימן סח, ד"ה ותו הא דקאמר. וראה זכות משה (בולה), סימן ז (יז ע"ד ואילך), שהצביע על הזיקה שבין פסק הרא"ם ופסק הרשב"א.

191 מאחר שדין ייבום חל על אלמנה ולא על גרושה.

"ודאי זכות היא לה להצילה מהעבירה... שאף על פי שהיא אינה מתרצה בכך, אנן סהדי דבתר הכי [=אנו עדים שאחר כך], כשישקוט יצרה הקשה, תהיה שמחה בהצלתה מתחת ידו, ותהא תוהא למפרע [=מתחרטת] על הראשונות". לעומתו פסק הרד"ך[192] שהגדרת הזכות נקבעת על פי דעתו האישית של מקבל הזכות, ולא על פי ערכה הדתי־רוחני האובייקטיבי של הפעולה עבורו, ו"לא אזלינן [=ואין אנו הולכים] בזכות וחובה... אלא בתר [=אחר] רצונו, ולא בתר זכות וחובת נפשו"[193].

ג. זכות החזרה של המזכה

על פי חוק השליחות, אם נעשתה פעולה בלא הרשאה בשמו של הזולת, זכאי ה"שולח" לבחור אם לאשר אותה בדיעבד אם לאו. בחירה זו ניתנת עקרונית רק ל"שולח". ברם, אם האדם שהתקשר עמו ה"שליח" לא ידע שהפעולה נעשית בלא הרשאה, אף הוא יכול לבטל את הפעולה או לראות ב"שליח" את בעל דברו, ובלבד שעדיין לא נודע לו שה"שולח" אישר את הפעולה[194]. גם במסגרת חוזה לטובת אדם שלישי, יכול המוטב לבטל את הזכות שהוקנתה לו תוך זמן סביר לאחר שאחד הצדדים הודיע לו עליה[195]. אך בשונה מעקרון ה"אישור בדיעבד", חוק החוזים מעניק אף לצדדים המיטיבים את האפשרות לשנות או לבטל (במשותף) את הזכות שניתנה למוטב, "כל עוד לא הודיע אחד הצדדים למוטב על זכותו לפי החוזה"[196]. ומאחר שהמיטיב אינו פועל כנציג המוטב, אלא כצד לחוזה העומד בפני עצמו, יש לו ולצד שכנגדו היכולת לשנות או לבטל את הזכות שהעניקו לו, כל זמן שלא הודיעו עליה למוטב[197].

כאמור, על פי דין "זכין", פעולת הזכייה תקפה, זולת אם מקבל הזכות מביע את התנגדותו לזכייה, ואם הביע את התנגדותו, הזכייה מתבטלת למפרע. אין צריך לומר שמי שעשה את

[192] שו"ת רד"ך (מהדורת אוסטרהא), בית ט, חדר יא, ד"ה ואין לדחות ולומר. עוד ראה להלן, הערה 255. מחלוקת זו בין הרא"ם לרד"ך הובאה בשו"ת רבי עקיבא איגר החדשות, בודפשט תרצ"ח, סימן עט.

[193] שאלה דומה עלתה לגבי בעל שאשתו החלה לחיות עם איש אחר באיסור, והוא מבקש לגרשה (ראה על כך לעיל, הערה 54): מה הדין אם היא מודיעה במפורש שאינה רוצה לקבל את גטה? לדעת מרבית הפוסקים, על אף שהגירושין הם זכות לה, שכן הם מצילים אותה מאיסור אשת איש, לא ניתן לגרשה מכוח דין "זכין", שכן היא מתנגדת לדבר, וכאמור, אין זוכין לאדם בעל כורחו (על הדעות בעניין זה, ראה: שו"ת רבי עקיבא איגר החדשות, בודפשט תרצ"ח, סימן עט, ד"ה הדרינן לדינא; שו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, אבן העזר, סימן ע; שו"ת שבות יעקב, חלק א, סימן קכ; שו"ת פנים מאירות (אייזנשטאט), חלק ב, סימן יא, ד"ה ועוד בזה). אך יש מי שטוען שכיוון שהגירושין הם זכות מוחלטת עבורה מן הבחינה הרוחנית־דתית, אין להתחשב בהתנגדותה (שו"ת עין יצחק, חלק א, אבן העזר, סימן א, ענף א, ס"ק ה. ראה גם אבני מילואים, סימן א, ס"ק ה). אסמכתה לכך הובאה מדעת הרשב"א (לעיל, הערה 183), הסובר כי זכות מוחלטת מוקנית למקבל מכוח דין "זכין", ואפילו בעל כורחו. ראה גם שו"ת דברי חיים, חלק א, אבן העזר, סימן פז, ד"ה וממילא. לדעת הרב משה פיינשטיין (שו"ת איגרות משה, אבן העזר, חלק ד, סימן ו), מחלוקת זו תלויה בשאלת היסוד המשפטי של דין "זכין" (ראה לעיל, פרק שלישי, עמ' 777). אם דין "זכין" מבוסס על רצונו המשוער של מקבל הזכות ("אנן סהדי"), לא ניתן להגדיר את פעולת הזכייה בניגוד לדעתו. אך אם דין "זכין" מבוסס על כוח שנותן הדין לזוכה, יש מקום להגדיר את פעולת הזכייה על פי קני מידה אובייקטיביים.

[194] סעיף 6(ב) לחוק השליחות.

[195] סעיף 35 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג־1973.

[196] סעיף 36(א) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג־1973.

[197] מסיבה זו, סבורה שלו, דיני חוזים, עמ' 429, שמדובר בהסדר דיספוזיטיבי, היינו שהצדדים לחוזה יכולים לקבוע את סדרי ביטול פעולת ההטבה כרצונם, גם בשונה מן האמור בסעיפים הללו בחוק החוזים.

פעולת הזכייה אינו יכול לחזור בו ממה שעשה עבור המקבל, אבל נשאלת השאלה: האם המזַכה יכול לחזור בו מן הזיכוי כל זמן שלא הגיע דבר הזיכוי לידיעת המקבל?[198].

מדברי הרמב"ם עולה שהכוח לבטל את פעולת הזכייה שמור למקבל הזכות לבדו, ואילו המזכה אינו יכול לחזור בו מן הפעולה: "המזכה לחבירו במתנה על ידי אחר, כיוון שהחזיק בה האחר... זכה חבירו... ואין הנותן יכול לחזור בו [אף על פי שעדיין לא נודע למקבל דבר המתנה]. אבל המקבל ידו על העליונה: אם רצה, מקבל; ואם לא רצה, לא יקבל"[199]. דומה שהסיבה לכך היא שהמזכה התכוון להיטיב עם המקבל, ויש להניח אפוא שוויתר על זכותו לחזור בו מן העסקה.

בהתאם להסבר התולה דין זה בויתורו של המזַכה, מטעים 'נתיבות המשפט'[200] שהשערה זו אינה אמורה כשהמזכה עלול להפסיד מדחיית הפעולה על ידי המקבל, שכאן יש להניח שלא ויתר על זכותו לבטל את הפעולה. כך לדוגמה, לדעתו, כשנענה המוכר להצעתו של אדם המבקש לקנות נכס עבור פלוני, ואמר לו המוכר 'קנה לפלוני'. דחיית העסקה על ידי המקבל תגרום לחיוב המוכר להחזיר את התמורה[201], ואין להניח אפוא שהוא מותיר בידי המקבל את זכות הביטול בלעדית[202]. ברם, אם הזכייה אינה משיקולים כלכליים אלא הכוונה היא להיטיב עם המקבל, וכוונה זו מוכחת מסגנון דבריו של המזכה (אף אם היזמה באה מצד הזוכה), כגון שאמר לזוכה 'זכה לפלוני', כי אז אינו יכול לחזור בו[203].

198 מובן שהשאלה אינה קיימת בפעולות שבהן הזכייה היא אוטומטית, ואין הקונה יכול לסרב לקבל את הזכות (כגון גט שחרור. ראה משנה, גיטין א, ו). אך מה דין פעולות שנדרשת בהן אי־התנגדות (כגון במתנה) או אף דרושה הסכמה חיובית של קונה הזכות (כגון בקידושי הבת)?

199 רמב"ם, הלכות זכייה ומתנה, פרק ד, הלכה ב. אמנם גישת המשפט העברי היא בדרך כלל שכל זמן שצד אחד רשאי לחזור בו מעסקה מסוימת, רשאי גם הצד שכנגדו לחזור בו (ראה דיוננו לעיל, סעיף 6, ליד ציון הערה 149), אולם כאן הדין שונה, משום שיש לראות את המזכה כמי שוויתר על זכותו, כפי שאנו מסבירים בטקסט.

200 נתיבות המשפט, סימן קצה, ס"ק א (וראה עוד לעיל, הערה 45). דברי 'נתיבות המשפט' המובאים להלן הם בהתאם לגישתו, ולפיה יש לצמצם את דברי הרמב"ם בעניין קנייה מדין "זכין" (ראה לעיל, סוף הערה 87).

201 ראה רא"ש, בבא בתרא, פרק ח, סימן נא, על פי הסבר נתיבות המשפט, סימן קצה, ס"ק א. מדברי בית יוסף, חו"מ, סימן רמה, סעיף י, עולה שכן היא דעת הרמב"ן, בבא בתרא קלח ע"א, והרמב"ם, הלכות זכייה ומתנה, פרק ד, הלכה א.
לדברי נתיבות המשפט שם, ייתכן כי לדעת הרשב"ם, בבא בתרא קלח ע"א, ד"ה כאן, לא יגרום ביטול פעולת הזכייה חובת השבה הדדית, והנכס שבידי המקבל ייחשב הפקר, אשר כל הקודם זוכה בו, והתמורה שקיבל המזכה תישאר בידיו.

202 על פי גישה זו, נשאלת השאלה: ואם יסכים מי שנקנה הנכס עבורו לקיים את המקח, האם יחול המקח מכאן ולהבא מכוח מעשה הקניין שעשה המוכר עם הזוכה? ראה שו"ת מהר"י וייל, סימן ד, שיש ולא יחול הקניין בכגון זה, שהרי, מאחר שהקונה יכול לחזור בו, אין הקניין נכנס לתוקפו אלא משעת הבעת הסכמתו של הקונה (ובלבד שהמקנה לא חזר בו בינתיים מהסכמתו למכור), ובשעה זו אפשר שכבר "כלתה קניינו" (כגון בקניין סודר. מה שאין כן בקניין מעות, שם יחול הקניין מכאן ולהבא. ראה ט"ז, חו"מ, סימן קפד, סעיף ב). הרב שלמה זלמן אוירבך דוחה הסתייגות זו, שכן לדעתו, ניתן לראות את הסכמתם המשותפת כתנאי בתחולת הקניין: "שיכולים שפיר כל מוכר ולוקח להתנות שעד זמן פלוני יוכלו שניהם לחזור, אם ירצו. ואם נתרצו, מהני הקנין למפרע אף בקנין סודר [אף] דהדר סודר למריה" (שו"ת מנחת שלמה (אוירבך), מהדורא תניינא, סימן קז, פרק ב, אות ב, ד"ה ואף). עם זאת, לדעתו יש בעיה עקרונית בתחולת דין "זכין" בכגון זה, שכן "אם שניהם יכולים לחזור, יתכן דאין זה חשיב כלל בגדר זכיה, ולא מהני למפרע, אפי' אם שניהם נתרצו אח"כ". אבל השווה שו"ת מהרש"ם, חלק ז, סימן קכא, ד"ה והנה רו"מ כתב, שעולה מדבריו שאם לא כלה קניינו, יחול הקניין למפרע. וצריך עיון.

פרק שביעי

כשרות משפטית לזכייה

א. כשרות משפטית של מקבל הזכות

האפשרות לייצג את הזולת בלי לקבל ממנו הרשאה מעלה את השאלה: האם הכשרות המשפטית הנדרשת ממקבל הזכות זהה לכשרות המשפטית הנדרשת מן השולח (במסגרת דיני השליחות)? האם למשל מי שאינו כשר למנות שליח, כגון קטין או מי שלוקה בשכלו, כשר לקבל זכות על ידי פעולת זכייה שעושה אחר עבורו?

על פי חוק השליחות, מתן אישור בדיעבד על ידי ה"שולח" לפעולה שעשה בשמו ה"שליח" יוצר למפרע שליחות, ועל כן יש לראות במתן האישור פעולה משפטית. לפיכך, כוחם של קטינים ופסולי דין לאשר בדיעבד פעולות שביצעו אחרים בשמם מוגבל[204]. לעומת זאת, מי שמקבל זכות מכוח חוזה שעשו אחרים לטובתו אינו עושה פעולה משפטית, אלא מקבל זכות גרידא (שלעתים נלווים אליה חיובים[205]). משום כך, די שיהיה בגדר "אדם" הכשר לקבל זכויות וחובות "מגמר לידתו ועד מותו"[206], אף שאינו כשר לעשות בעצמו פעולה משפטית.

מורכבותו של דין "זכין" מציבה אותו במקום ביניים, בין הכשרות המשפטית הנדרשת למינוי שליח לבין הכשרות המשפטית הנדרשת לקבלת זכויות וחובות. מן הצד האחד, מקבל הזכות אינו צריך לעשות פעולה משפטית, ואף לא לאשר אותה בדיעבד[207]. אך מן הצד האחר, מקבל הזכות מיוצג למעשה על ידי הזוכה בעת ביצוע פעולת הזכייה, ואינו רק נהנה מן הזכות שקיבל. אשר על כן, הכשרות המשפטית הנדרשת ממקבל הזכות פחותה מן הכשרות המשפטית הנדרשת מן השולח, וגם מי שאינו כשר להיות שולח, יכול להיות כשר לקבלת זכות מכוח דין "זכין". עם זאת, כשרות משפטית זו רבה מן הכשרות המשפטית הנדרשת לקבלת זכויות, ולכן לא כל מי שמוגדר כאישיות משפטית הכשרה לקבלת זכויות, כשר לקבל זכות מכוח דין "זכין", ויש תנאים אחדים לכשרות משפטית זו.

אשר לקטין, נחלקו התנאים בשאלה זו, אך נפסק כי ניתן לזכות לקטין מכוח דין "זכין", אף על פי שהוא אינו יכול למנות שליח[208], ו"זכין לקטן אפילו בן יום אחד"[209]. בתלמוד הוסבר

[203] וכך יש להבין לדעתו את דברי הרמב"ם, הקובע שגם בעסקת מכר אין המוכר יכול לחזור בו: "המוכר שמכר קרקע או מיטלטלין וזיכה בהן ללוקח שלא מדעתו, יד הלוקח על העליונה: אם רצה ליקח, אין המוכר יכול לחזור בו; ואם לא רצה, תחזור לבעליה" (רמב"ם, הלכות מכירה, פרק ל, הלכה א). ראה דיוננו לעיל, ליד ציון הערה 73.

[204] על פי האמור בסעיפים 4 עד 9 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב־1962. ראה ברק, סעיף 527. אשר להבחנה בין כשרות לפעולה משפטית לבין כשרות לזכויות וחובות, ראה י' אנגלרד, חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב־1962 (מהדורה שנייה, ירושלים תשנ"ה), עמ' 17 ואילך.

[205] ראה לעיל, ליד ציון הערה 68.

[206] שלו, דיני חוזים, עמ' 434, על פי סעיף 1 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב־1962. שלו מציינת כי אם המוטב הקטין יבצע פעולה משפטית בהקשר לזכות שהוקנתה לו, שידרוש למשל את קיומה או ידחה אותה, תתעורר שאלת כשרותו לפעולה משפטית.

[207] ראה לעיל, פרק חמישי, א, עמ' 797.

[208] לדעת רבי יהושע, ניתן לזכות הן לקטן הן לגדול (משנה, בבא בתרא ט, ז). רבי מאיר ורבי יהודה נחלקו בשאלה אם לדעת רבי אליעזר, ניתן לזכות רק לקטן או שמא רק לגדול (בבא בתרא קנו ע"ב–קנז ע"א).

[209] רמב"ם, הלכות זכייה ומתנה, פרק ד, הלכה ח; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רמג, סעיף יח.

שהאפשרות להיות מקבל זכות מכוח דין "זכין" ניתנת גם למי שעתיד להיות כשר למנות שליח (אף על פי שאינו כשר לכך עתה), מפני ש"אתי [=בא] לידי שליחות"[210], והרי הקטין יהיה כשר למנות שליח בבגרותו.

הראשונים נחלקו בשאלת מקור כשרותו של הקטין לקבל זכות מכוח דין "זכין", ואף כרכו שאלה זו בשאלת היסוד המשפטי של דין "זכין"[211]. הסוברים שה"זכייה מטעם שליחות" טענו שמכיוון שהקטין אינו כשר מן התורה להיות שולח, הוא גם אינו כשר מן התורה להיות מיוצג מכוח דין "זכין", ולדבריהם המקור ליכולתו לזכות על ידי אחר הוא בתקנת חכמים[212]. אחת האסמכתאות שהובאה לגישה זו היא דברי התלמוד: "קטן... אף על גב דלית ליה [=אף על פי שאין לו] שליחות, אית ליה [=יש לו] זכיה מדרבנן"[213]. לעומתם, הסוברים ש"זכייה לאו

[210] בבא מציעא עב ע"א.
יחד עם זאת, יש אומרים שבשונה מגדול (ראה לעיל, פרק רביעי, א, עמ' 782), לא ניתן לזכות לקטן אלא זכות גמורה, אבל אם יש בצד הזכות אפילו חובה קטנה, לא חל עליו דין "זכין". כך הבין הט"ז, יורה דעה, סימן שה, ס"ק יא, את דברי התוספות, כתובות יא ע"א, ד"ה מטבילין, שהתקשו בשאלה: כיצד בית דין מטבילים גר קטן, והרי אין שליחות לקטן (על פי שיטתם ש"זכייה מטעם שליחות")? על כך עונים התוספות: "הני מילי [שאין שליחות לקטן מן התורה] בדבר שיש בו קצת חובה, כגון להפריש תרומתו, דשמא היה רוצה לפוטרה בחטה אחת או שמא היה רוצה להעדיף. אבל הכא [בגיור], שזכות גמור הוא לו, יש לו שליחות [מדאורייתא]". על פי עיקרון זה, קבע הט"ז שקטן שמת אביו בלא לפדותו, אין פודים את הבן מכוח דין "זכין", שכן יש בכך מקצת חובה, שנוטלים ממנו את האפשרות לקיים את המצווה בעצמו (ורק אם האב חי, יכול אחר לפדותו במקומו, שכן ביחס לאב, שהוא גדול, אין משגיחין על מקצת החובה שבכך). אבל ראה מה שהקשה עליו ש"ך, נקודות הכסף, שם, שכשם שאין רואים בגיור צד חובה, בכך שנוטלים ממנו את ההזדמנות להתגייר בעצמו, כך אין לראות צד חובה בפדיון הקטן (וכעין זה הקשה גם מחנה אפרים, הלכות זכייה ומתנה, סימן ז). וראה מה שהשיב על השגה זו הרב קלצקין בספרו אבן הראשה, סימן טו, ד"ה והגאון שאגת אריה.
[יש מבין האחרונים המצביעים על מחלוקת לכאורה בין בעלי התוספות בשאלה מי יוצר את חלות הגיור של הקטן: האם הקטן המתגייר הוא שיוצר את חלות הגיור ובית הדין משמש כשלוחו לעניין כוונת הגירות (כפי שמשתמע מתוספות, כתובות יא ע"א, ד"ה מטבילין אותו)? או שמא בית הדין הם שיוצרים את חלות הגיור (כפי שמשתמע מתוספות, סנהדרין סח ע"ב, ד"ה קטן)? ראה: חידושי הגרנ"ט, כתובות, סימן כז; קובץ שיעורים, כתובות, אות לג].

[211] ראה לעיל, פרק שלישי, עמ' 777. וראה: קהילת יעקב (אלגזי), תוספות דרבנן, אות קיט, ד"ה זכיה לקטן; שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן כא, ד"ה וכתב עוד; שם, אבן העזר, סימן מא, ד"ה תשובה; שורשי הים, חלק א, שורש זכיית קטן, קלה ע"ב, ד"ה ולעניין; קצות החושן, סימן רמג, ס"ק ז; שו"ת בית דוד (טעביל), חו"מ, סימן ט, ד"ה והנה ראשונה; חידושי הגר"ח השלם (סולובייצ'יק), בבא מציעא (ירושלים תשנ"ה), סימן יז; אבי עזרי, מהדורא תניינא, הלכות תרומות, פרק ד, הלכה ג, ד"ה ומעתה נראה.

[212] תוספות, סנהדרין סח ע"ב, ד"ה קטן; תוספות, כתובות יא ע"א, ד"ה מטבילין; תוספות רא"ש, קידושין מב ע"א, ד"ה איש; ר"ן, קידושין טז ע"ב (בדפי הרי"ף), ד"ה גרסינן בגמרא.

[213] בבא מציעא עא ע"ב–עב ע"א. ראוי לציין כי זו היא הגרסה בדפוס וילנא ובכ"י המבורג 165 ובכ"י סונצינו, אך בשאר כתבי היד חסרה המילה "מדרבנן" (ראה דקדוקי סופרים, שם; ראה גם: תוספות, סנהדרין סח ע"ב, ד"ה קטן; שם, כתובות יא ע"א, ד"ה מטבילין. אבל ראה חידושי הרמב"ן, בבא מציעא עא ע"ב, ד"ה הא דאמרי', הכותב: "ויש מרבותינו הצרפתים ז"ל שכתבו לא גרסינן 'מדרבנן', דמדאוריתא היא, וזה נראה שהיה נכון, אלא שהגמ' מכחישתו, ואין שומעין להגיה הספרים". על גישתו המתודולוגית של הרמב"ן לעניין זה, ראה י"מ תא־שמא, הספרות הפרשנית לתלמוד באירופה ובצפון אפריקה, חלק שני, ירושלים תשס"ד, עמ' 41. וראה מה שהקשה על דברי התוספות מו"ר הרב משה בוצ'קו, וראך ושמח בלבו – התכתבות בין הרב משה בוצ'קו זצ"ל והרב בן ציון פריימן זצ"ל, כוכב יעקב תשע"ג, עמ' 50־51).

מטעם שליחות" טענו שהיעדר כשרותו של הקטין להיות שולח אינה נוגעת לדין "זכין", שאינו מטעם שליחות, ולדעתם יכולת הזכייה של הקטין היא מן התורה, ולא מתקנת חכמים[214]. הוכחה לכך הובאה מן הסוגיה הדנה בדרך הנחלת ארץ ישראל לבני דור המדבר[215]. התלמוד מברר את הדרך המשפטית שבה פעלו הנשיאים עבור נוחלי הארץ לעניין חלוקת הקרקעות, ושלל את האפשרות שהדבר נעשה מכוח דיני השליחות, כיוון שהיו ביניהם גם קטינים שאינם כשרים להיות שולחים. במקום זאת, מוצע בתלמוד שהנשיאים זכו עבור הנוחלים מכוח דין "זכין". מכאן מוכח לכאורה שהזכייה אינה מטעם שליחות, וזכיית הקטין היא מדאורייתא.

ואולם יש מי שערערו על הזיקה בין שאלת תוקף הזכייה לקטין לבין שאלת היסוד המשפטי של דין "זכין". לדעת הרמב"ן, אמנם "זכייה לאו מטעם שליחות", אך בכל זאת מקור תוקפה של זכיית קטין הוא מדרבנן, שכן מן התורה אי אפשר לפעול בשמו של קטין, לא מכוח דיני השליחות ולא מכוח דין "זכין"[216]. מנגד, יש מי שסבורים שגם אם ה"זכייה מטעם שליחות", ייתכן כי זכייה לקטין היא מדאורייתא. הקטין אמנם אינו כשר למנות שליח, אך זאת בשל חוסר כשרותו לעשות את פעולת המינוי. כיוון שהזכייה היא שליחות בלא מינוי, יכול הקטין להיות מיוצג מכוח דין "זכין" בדומה לגדול[217]. מחלוקת זו, אם הזכייה לקטין היא מדאורייתא או מדרבנן, לא הוכרעה חד־משמעית על ידי הפוסקים[218].

בדומה לקטין, ניתן לזכות למי שלוקה בשכלו (הנקרא בלשון חז"ל "שוטה")[219], אף על פי שגם הוא אינו כשר להיות שולח, אלא שהפוסקים נחלקו בשאלת חומרת הלקות השכלית שהדברים אמורים בה. לדעת הרמ"ה, מדובר רק באדם בעל לקות זמנית ("עתים שוטה עתים חלים")[220]. לדעתו, כפי שהקטין יכול לקבל זכות משום שהוא עתיד לגדול ולבוא לכלל

[214] חידושי הרשב"א, קידושין מב ע"א, ד"ה מהא דאמרי'; חידושי הרשב"א, בבא מציעא עא ע"ב, ד"ה רבינא אמר; דעה המובאת בר"ן, קידושין טז ע"ב (בדפי הרי"ף), ד"ה גרסינן בגמרא. ראה גם שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, סימן פו.

[215] קידושין מב ע"א. ראה גם לעיל, ליד ציון הערה 25.

[216] חידושי הרמב"ן, בבא מציעא עא ע"א, ד"ה הא דאמרי'; חידושי הרמב"ן, קידושין כג ע"ב, ד"ה מהו שיעשה; חידושי הריטב"א, קידושין כג ע"ב, ד"ה איבעיא להו.
הפרשנים נחלקו לגבי שיטת הרמב"ם בסוגיה זו. יש שסברו כי לדעתו זכייה לקטין היא מדאורייתא (שו"ת מהרי"ט, חלק ב, חו"מ, סימן כא, ד"ה וכתב עוד; שם, אבן העזר, סימן מא, ד"ה תשובה; קהילת יעקב (אלגזי), תוספות דרבנן, אות קיט, ד"ה זכייה לקטן; אבי עזרי, מהדורא תניינא, הלכות תרומות, פרק ד, הלכה ג, ד"ה ומעתה נראה. וראה גם מגיד משנה, הלכות מכירה, פרק כט, הלכה יא). אחרים סבורים כי לדעת הרמב"ם, זכייה לקטין היא מדרבנן. ראה מחנה אפרים, הלכות זכייה ומתנה, סימן ה, ד"ה נשאר לנו.

[217] ראה שו"ת בית דוד (טעביל), חו"מ, סימן ט, ד"ה ובחידושיו.

[218] הש"ך למשל מכריע כי זכייה לקטין היא מדאורייתא (נקודות הכסף, יורה דעה, סימן שה, על ט"ז, ס"ק יא); ואילו 'קצות החושן' חולק עליו ומצדד בגישה שזכייתו מדרבנן (קצות החושן, סימן רמג, ס"ק ז. וראה גם ערוך השולחן, חו"מ, סימן רמג, סעיף יח).

[219] לעניין זה, שווה דינם של השוטה והחרש. ראה: מגיד משנה, הלכות טוען ונטען, פרק יג, הלכה ב; בית יוסף, חו"מ, סימן רמג, סעיף כב; סמ"ע, חו"מ, סימן רמג, ס"ק לא; שדי חמד, קונטרס הכללים, מערכת חית, כלל קטו, ד"ה ואי. אשר למעמדו ההלכתי של החרש בימינו, ראה: א' שטינברג, אנציקלופדיה הלכתית רפואית (ירושלים תשס"ו), כרך ג, ערך חרש, עמ' 575; אנציקלופדיה תלמודית, כרך יז, ערך חרש, עמ' תצח.

[220] הובא ברא"ש, כתובות, פרק ב, סימן יד. ראה גם קצות החושן, סימן רמג, ס"ק ו. יש שטענו כי זוהי פרשנותו של הרא"ש לדברי הרמ"ה, המובאת בגדר הצעה בלבד (ראה: אמרי בינה (אוירבך), חו"מ,

שליחות[221], כך השוטה אינו יכול לקבל זכות אלא אם הוא עתיד לבוא לכלל שליחות, כשתשוב אליו שפיות דעתו. הרמב"ם, לעומתו, לא עשה הבחנה מעין זו, ומדבריו משתמע שגם מי שלוקה בשכלו דרך קבע יכול לזכות[222]. מסתבר שלדעתו, עצם האפשרות העקרונית שאדם זה יבוא לכלל שליחות (אם תשתפה דעתו) מדמה אותו לקטין, ומקנה לו כבר כעת את האפשרות להיות מקבל זכות[223].

הכשרות המשפטית להיות מקבל זכות מכוח דין "זכין" אינה ניתנת למי שאינו אישיות משפטית, כגון העובר[224] או המת[225].

תנאי הכשרות המשפטית לקבלת זכות מכוח דין "זכין" חמורים יותר מתנאי הכשרות לקבלת זכויות גרידא, שכן במסגרת דין "זכין", המקבל מיוצג למעשה על ידי הזוכה. על כן, תנאי נוסף לכשרות המשפטית של מקבל הזכות הוא קיומה של זהות דתית (ולאומית) בין הזוכה לבין מקבל הזכות. לפיכך, הנכרי אינו כשר להיות מקבל זכות על ידי יהודי[226], שהרי אינו כשר למנות יהודי כשלוחו, ואף לא עתיד להיות כשר לכך ("לא אתי לכלל שליחות")[227]. עם זאת, לדעת חלק מן הפוסקים, הנכרי כשר לקבל זכות על ידי נכרי אחר[228].

קונטרס בדיני קניינים, סימן כד, ד"ה ומה שכתב הקצות החושן; שדי חמד, קונטרס הכללים, מערכת חית, כלל קטו, ד"ה אחר זמן רב).

נציין כי הכשרות לקבלת זכות מכוח דין "זכין" גבוהה יותר כשמביע אדם את רצונו בביצוע הפעולה עבורו לפני שלקה בשכלו (שו"ת אחיעזר, חלק א, סימן כח, אות יד, ד"ה וגדולה מזה).

221 ראה לעיל, ליד ציון הערה 210.

222 רמב"ם, הלכות זכייה ומתנה, פרק ד, הלכה ז. וראה: שולחן ערוך, חו"מ, סימן רמג, סעיף טז; נתיבות המשפט, סימן רמג, ס"ק י; שו"ת מהרש"ם, חלק ו, סימן קלו, ד"ה ובעיקר הדין; שו"ת באר יצחק (ספקטור), אורח חיים, סימן א, ענף ה, ד"ה ומסוגיא זו; ערוך השולחן, חו"מ, סימן רמג, סעיף יח; אמרי בינה (אוירבך), חו"מ, קונטרס בדיני קניינים, סימן כד, ד"ה ומה שכתב הקצות החושן. וראה גם המאירי, בית הבחירה, קידושין מב ע"א, ד"ה קרבן הפסח.

223 על כך ראה עוד הרב ז"נ גולדברג, "זכיה לשוטה ולחרש", המאסף ה (תשמ"ג), עמ' 565, בעמ' 569-571. ראה גם מגילת ספר (קאזיש), לאווין קטז, נד ע"ד, המעלה את האפשרות כי הלוקה בשכלו ייחשב כמי שאינו עתיד לבוא לכלל שליחות, ועל כן כמי שלא ניתן לזכות לו.

224 כך הוכרעה מחלוקת האמוראים בתלמוד, ראה: בבא בתרא קמב ע"ב; רמב"ם, הלכות מכירה, פרק כב, הלכה י. וראה: קצות החושן, סימן רט, ס"ק א; אנציקלופדיה תלמודית, כרך ז, ערך דבר שלא בא לעולם, עמ' נ-נג. עם זאת, גיור מועיל לעובר (אף מדאורייתא), וזאת אף למאן דאמר שה"עובר לאו ירך אמו" (כלומר אף על פי שהעובר נחשב ליישות נפרדת מן האם), משום שיד האם כיד העובר. ראה בהרחבה קהילות יעקב (קנייבסקי), כתובות, סימן יג. וראה חידושי רבי שמעון יהודה הכהן (שקאפ), חלק ד, קונטרס השליחות, סימן כה.

225 תוספתא, גיטין (ליברמן) א, ז; רמב"ם, הלכות זכייה ומתנה, פרק י, הלכה יב; שולחן ערוך, חו"מ, סימן קכה, סעיף ח; ש"ך, שם, ס"ק לה. אך ראה מחנה אפרים, הלכות זכייה ומתנה, סימן לא, בעניין דעת רש"י. אשר לדברים שזוכים לנפטר עבור צורכי קבורתו, נקבע בשו"ת הרשב"א, חלק א, סימן שעה, כי זכייה זו תקפה, ולא ניתן לחזור ממנה. אך ראה מחנה אפרים, שם.

226 בבא מציעא עב ע"א; רמב"ם, הלכות זכייה ומתנה, פרק ד, הלכה ו; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רמג, סעיף יד. ההלכה לא נפסקה כדעת האמורא רבינא, שגרס: "נהי דשליחות לנכרי לית ליה, זכיה מדרבנן אית ליה" (בבא מציעא עא ע"ב).

227 ראה לעיל, ליד ציון הערה 210. אין די באפשרות העקרונית שהנכרי יתגייר כדי להגדירו כ"אתי לידי שליחות". בעניין זה, שונה דינו של נכרי מדינו של קטין. הקטין אינו יכול למנות שליח, שכן הוא נחשב חסר כושר שכלי הולם, ועל כן ניתן לייצגו מכוח דין "זכין", שאינו מצריך פעולת מינוי. לעומת זאת, הנכרי אינו יכול למנות יהודי כשלוחו בשל חוסר הזיקה ביניהם, וחסר זה אינו ניתן לריפוי גם לא במסגרת

שאלת הכשרות המשפטית עולה גם כאשר מקבל הזכות כשר באופן עקרוני להיות מיוצג על ידי אחר, אך אינו כשר לבצע בעצמו את הפעולה המשפטית המסוימת שעושה עבורו הזוכה. מן התלמוד הירושלמי, עולה שבדבר זה נחלקו התנאים: לדעת חכמים, "הראוי לזכות על ידי עצמו ראוי לזכות על ידי אחר, ושאינו ראוי לזכות על ידי עצמו אינו ראוי לזכות על ידי אחר"; ואילו לדעת רבי יהודה הנשיא, "אף על פי שאינו ראוי לזכות על ידי עצמו, ראוי לזכות לו על ידי אחרים"[229]. אך ייתכן שהדין במקרה זה תלוי בשאלת היסוד המשפטי של דין "זכין". כך למשל לדעת התוספות, הסבורים שה"זכייה מטעם שליחות", לא ניתן לזכות למי שאינו כשר לבצע את הפעולה בעצמו, בדומה לדין השליחות[230]. על כן, אם אדם גזל פירות שיש בהם קדושה (כגון פירות מעשר שני או פירות נטע רבעי), לא יוכל אחר להפוך עבורו את הפירות האלו לפירות חולין המותרים באכילה מחוץ לירושלים[231]. אף על פי שפעולה זו מזכה את הגזלן (שהרי היא מתירה לו לאכול את הפירות מחוץ לירושלים), לא ניתן לעשותה עבורו, שכן אין בכוחו של הגזלן עצמו לחלל את הפירות מפני שאינם שלו[232]. מנגד, אפשר שלדעת הסבורים שה"זכייה לאו מטעם שליחות", ניתן יהיה לזכות גם למי שאינו כשר לבצע את הפעולה בעצמו[233].

לעתים אין למקבל הזכות כשרות משפטית בעת עשיית פעולת הזכייה, אך מאוחר יותר הוא הופך להיות בעל הכשרות המשפטית הדרושה, ומאשר בדיעבד את הזכייה שנעשתה עבורו. כך למשל מי שהיה לקוי בשכלו בעת פעולת הזכייה[234] ונרפא, וכששמע על פעולת הזכייה שנעשתה עבורו, אישר אותה בדיעבד. וכן למשל פעולה שנעשתה לזכות אדם בהיותו נכרי, והתגייר אחר כך ואישר אותה בדיעבד. השאלה היא: מהו המועד הרלוונטי לבחינת כשרותו המשפטית של מקבל הזכות, זמן ביצוע פעולת הזכייה או זמן אישורה בדיעבד? נראה כי מאחר שפעולת הזכייה אינה מותנית באישורו בדיעבד של מקבל הזכות (אלא באי־התנגדותו)[235], מתן האישור בדיעבד אינו מהותי לדין "זכין", ועל כן יש לבדוק את כשרותו המשפטית של מקבל הזכות במועד עשיית הפעולה ולא במועד אישורה[236].

דין "זכין". על כך ראה שו"ת בית דוד (טעביל), חו"מ, סימן ט, ד"ה ובחידושיו; חידושי רבי עקיבא איגר, כתובות יא ע"א, ד"ה אמר רב הונא. חידושי הרשב"א, בבא מציעא עא ע"ב, ד"ה ואני, הנוקט ש"זכייה לאו מטעם משליחות" מסביר שדין "זכין" לא נתחדש אלא בישראל וממילא אין הנכרי כלול בו.
אשר לאפשרות שדינים מעין אלו יחולו במדינת ישראל על יהודים ונכרים בשווה, ראה: הרב י"א הלוי הרצוג, תחוקה לישראל על פי התורה, כרך ג (ירושלים תשמ"ט), עמ' 278, אות ז; הרב מ' בר־אילן, "חוק ומשפט במדינתנו", בתוך: המשפט העברי ומדינת ישראל (ירושלים תשכ"ט, בעריכת י' בזק), עמ' 22.

228 ש"ך, חו"מ, סימן רמג, ס"ק ה, בעקבות שו"ת משאת בנימין (סולניק), סימן צו.

229 ירושלמי, קידושין, פרק א, הלכה ג. זהו הסברו של הירושלמי למחלוקת התנאים בשאלה אם אדם יכול לשחרר חצי עבדו. בבבלי, גיטין מא ע"ב, הוסברה מחלוקת זו בדרך אחרת.

230 ראה לעיל, סעיף 4, פרק שלישי, ג, עמ' 201.

231 "חילול" פירות שיש בהם קדושה באמצעות פדיון קדושתם על מטבע מאפשר את אכילתם גם מחוץ לירושלים.

232 תוספות, קידושין נו ע"א, ד"ה מתקיף; הובא בקצות החושן, סימן סא, ס"ק ג, ד"ה והנה לפנינו.

233 זו דעת הרידב"ז, בפירושו לירושלמי, קידושין, פרק א, הלכה ג, ד"ה אמר רבי יונה. למעשה, נראה שהדבר תלוי בשאלת ההסבר המדויק של דעת מאן דאמר שה"זכייה – לאו מטעם שליחות" (ראה לעיל, פרק שלישי, ב, עמ' 778).

234 על פי הדעה שמי שלוקה בשכלו דרך קבע אינו כשר להיות מקבל זכות. ראה לעיל, ליד ציון הערה 220.

235 ראה לעיל, פרק חמישי, א, עמ' 797; אך ראה דעת הר"ן, לעיל, הערה 153.

ב. כשרות משפטית של הזוכה

בדומה לשאלת כשרותו המשפטית של מקבל הזכות, יש לבחון מהי הכשרות המשפטית הנדרשת ממי שעושה את פעולת הזכייה: האם הכשרות המשפטית הנדרשת מן הזוכה זהה לכשרות המשפטית הנדרשת מן השליח (במסגרת דיני השליחות) או שונה ממנה? האם למשל הקטין כשר לזכות לאחר?

חוק השליחות קובע כי מי שמקבל בדיעבד אישור לפעולתו נחשב כאילו פעל בהרשאה, ועל כן הכשרות המשפטית הנדרשת ממנו זהה לכשרות המשפטית הנדרשת מן השליח[237]. משמעות הדבר היא שכל אדם רשאי לפעול כ"שלוחו" של חברו, ובלבד שיהיה בר דעת לעשות את הפעולה הנידונה, ואין צורך שיהיה כשר לעשות את הפעולה הנידונה עבור עצמו[238]. אולם אם המיטיב פועל כצד לחוזה, המעניק את הזכויות שבחוזה לאדם שלישי, הדעת נותנת כי עליו להיות כשר לביצוע הפעולה המשפטית המסוימת עבור עצמו, שהרי הוא צד לחוזה, הנושה את הזכות מן החייב יחד עם המוטב.

לדעה במשפט העברי הרואה בזוכה את נציגו של מקבל הזכות, נראה שכמו החוק יש להחיל על הזוכה את כללי הכשרות החלים על שליח, אלא שכללי הכשרות שלו שונים מאלו שבחוק, ועליו להיות כשר לעשות פעולות משפטיות. מכאן שהקטין[239] והלוקה בשכלו[240] אינם כשרים לזכות לאחרים, וחייבת להתקיים ביניהם זהות דתית (ולאומית), ומכאן שמי שאינו יהודי אינו יכול לזכות ליהודי[241].

236 ראה גם שו"ת משפטי שמואל (קלעי), סימן קיז (קלז ע"א). שאלה מעין זו עולה גם במסגרת עקרון ה"אישור בדיעבד" שבחוק השליחות: האם "שולח" שהיה חסר כשרות משפטית בעת ביצוע הפעולה על ידי ה"שליח", יוכל לאשר אותה בדיעבד כשיהיה בעל כשרות משפטית מתאימה? למשל, האם מי שהיה קטין בעת שה"שליח" ביצע בשמו את הפעולה, יוכל לאשר אותה בדיעבד כאשר יבגר? לדעת פרוקצ'יה, המועד הרלוונטי לבדיקת כשרותו של ה"שולח" הוא זמן עשיית הפעולה, ועל כן "שולח" זה לא יוכל לאשר בדיעבד את פעולת ה"שליח" (ג' פרוקצ'יה, "סעיף 6 לחוק השליחות (חלק שלישי)", הפרקליט לד (תשמ"א־תשמ"ב), עמ' 17, בעמ' 33). לעומתו סבור ברק כי המועד הרלוונטי הוא זמן מתן האישור בדיעבד, ועל כן ה"שולח" יוכל לאשר בדיעבד פעולה זו (ברק, סעיפים 523־526). בע"א 337/80 מנהל מס שבח מקרקעין נ' קופטש, פ"ד לז(2) 538, 550 (1983), התקבלה עמדתו של פרוקצ'יה. נראה שמחלוקת זו קשורה בשאלת האופי הרטרואקטיבי של עקרון ה"אישור בדיעבד" (ראה ברק, סעיפים 487־488, 575).
בהקשר זה יצוין כי לפי סעיף 6(ג) לחוק השליחות, רשאי תאגיד לאשר בדיעבד פעולה שנעשתה למענו לפני היווסדו. ראה גם סעיף 12 לחוק החברות, התשנ"ט־1999. ודומה שהעובדה שהמחוקק ראה צורך לקבוע בעניין זה הוראה מיוחדת מחזקת גם היא את גישתו של פרוקצ'יה.

237 ברק, סעיף 512.

238 ברק, סעיף 452, ושם הערה 75.

239 רמב"ם, הלכות זכייה ומתנה, פרק ד, הלכה ז; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רמג, סעיף טו. ברם, בדברים שנדרשת בהם פעולת הזכייה מדרבנן, ולא מדאורייתא, כגון שיתוף בני מבוי בחבית יין לשם היתר טלטול במבוי בשבת, יכול הקטין לזכות לאחרים. ראה: קידושין מב ע"א; המאירי, בית הבחירה, שם, ד"ה קרבן הפסח; קצות החושן, סימן רמג, ס"ק ג; שורשי הים, חלק א, שורש זכיית קטן, ד"ה ומיהו אשכחן זכייה.

240 רמב"ם, הלכות זכייה ומתנה, פרק ד, הלכה ז; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רמג, סעיף טז (אשר לחרש, ראה שם, סעיף יז).

241 רמב"ם, הלכות זכייה ומתנה, פרק ד, הלכה ו; שולחן ערוך, חו"מ, סימן רמג, סעיף יד. עם זאת, יש מי שטוען כי בענייני איסור והיתר, כאשר הנכרי זוכה עבור יהודי, יש לחשוש שמא זכה היהודי (שו"ת צמח צדק (שניאורסון), אורח חיים, סימן כט, אות ד, ד"ה אך התוספות). אשר לנכרי הזוכה עבור נכרי אחר, ראה לעיל, ליד ציון הערה 228.

יש מי[242] שמוסיף דרישה שאינה קיימת בדיני השליחות, והיא שהזוכה כשר לעשות את הפעולה המשפטית הנידונה עבור עצמו. אדם עשיר, למשל, אינו יכול לקבל מתנות עניים עבור עני, שכן אינו כשר לקבל מתנות אלה עבור עצמו[243]. ובדומה לזה, רק כוהן יכול לזכות לכוהן בקבלת מתנות כהונה[244]. ויש מי שחולקים על דרישה נוספת זו, וסוברים שכשם שלא נדרשת מן השליח כשרות משפטית לביצוע הפעולה הנידונה עבור עצמו[245], כך לא נדרשת מן הזוכה כשרות משפטית דומה[246].

גם בהקשר לכשרות המשפטית של הזוכה, עולה שאלת המועד לבחינתה. לדוגמה, הזוכה עשוי להיות חסר כשרות משפטית לביצוע הפעולה בעת עשייתה, אך להיות אחר כך כשר לביצועה, כגון קטין שבגר לפני שנודע למקבל דבר הזכייה. נראה שאף כאן, מאחר שפעולת הזכייה אינה מותנית במתן אישור בדיעבד, תיבדק הכשרות המשפטית של הזוכה בעת פעולת הזכייה[247].

פרק שמיני

פעולות משפטיות שאינן ניתנות לזכייה

לא כל פעולה משפטית שהיא לטובת מקבל הזכות ניתנת להיעשות עבורו מכוח דין "זכין". שני סייגים עיקריים הם: שלא יהיה בפעולה דבר עברה, ושלא יהיה בה כדי לחוֹב לאחרים.

א. זכייה שיש בה דבר עברה

כלל ידוע הוא בדיני השליחות ש"אין שליח לדבר עבירה", כלומר אין שליחות לפעולה שיש

[242] ראה מחנה אפרים, הלכות זכייה ומתנה, סימן לג.

[243] ראה ירושלמי, פאה, פרק ד, הלכה ו.

[244] יש מי שהרחיק לכת וטען כי לא די בכך שהזוכה כשר לבצע עבור עצמו פעולה מעין פעולת הזכייה, אלא עליו להיות כשר לבצע עבור עצמו את פעולת הזכייה המסוימת. מכאן שאין אפשרות לזכות לאישה בקבלת גטה (כאשר מדובר בגירושין הנחשבים זכות עבורה), שכן אין אדם זולתה, לא איש ולא אישה, הכשר להתגרש בגט זה. זכייה זו תתאפשר לפי שיטה זו רק אם תינתן הרשאה מפורשת או משוערת. כלומר, רק אם יתקיימו התנאים להיווצרות "זכייה מטעם שליחות", ניתן יהיה לזכות גט לאישה בלא לקבל ממנה הרשאה מפורשת (שו"ת ראשי בשמים (גוריון), סימן סט, ס"ק יג, ד"ה דלולא דמסתפינא).

[245] ראה לעיל, סעיף 4, פרק שני, ג, עמ' 195.

[246] מהרש"ל, בחידושיו לטור, יורה דעה, סימן שה (הובא במחנה אפרים, שם); נתיבות המשפט, סימן רמג, ס"ק י.
ייתכן שיש לקשור מחלוקת זו בשאלת היסוד המשפטי של דין "זכין" (ראה לעיל, פרק שלישי, עמ' 777). אם הזוכה פועל כנציגו של מקבל הזכות על יסוד רצונו המשוער של המקבל ("אנן סהדי"), אין לדרוש מן הזוכה כשרות לבצע את הפעולה עבור עצמו, בדומה לשליח. מנגד, אם הזוכה אינו פועל כנציג מקבל הזכות, אלא פועל עבורו (אך לא בשמו), מסתבר שנדרשת מן הזוכה כשרות לבצע את הפעולה עבור עצמו. שאלה הצריכה עיון היא: האם על פי הגישה שהזוכה פועל כנציגו של מקבל הזכות מכוח הדין (ולא על יסוד רצונו המשוער של המקבל), יש לדרוש שתהיה לזוכה כשרות משפטית לבצע את הפעולה עבור עצמו? או שמא בדומה לשליח אין הדבר נדרש? ראה שו"ת ראשי בשמים (לעיל, הערה 244).

[247] לדעת ברק, סעיף 512, זו עמדת המשפט הישראלי.

בה צד של עברה[248], ונשאלת השאלה: האם הוא הדין גם בעניין "זכין", שאין זכייה לדבר עברה? כך למשל נכרי המבקש לתת לחברו היהודי בימי חג הפסח מתנה שהיא חמץ, ולשם כך הוא מזכה לו את המתנה על ידי אדם שלישי[249]: האם מתנה זו נזקפת לזכות המקבל? ולחובת מי תיזקף הפרת איסור חמץ בפסח?

לכאורה, פתרונה של השאלה אם יש או אין זכייה לדבר עברה, תלוי בשאלת היסוד המשפטי של דין "זכין", כמו שכתבו מקצת מן הפוסקים[250]. לדעת הסוברים שה"זכייה מטעם שליחות", אין אדם יכול לזכות לחברו בפעולה שיש בה צד עברה, כשם שאינו יכול להיות שלוחו לכך. לעומת זאת, לדעת הסוברים שה"זכייה לאו מטעם שליחות", יכול אדם לזכות לחברו בפעולה זו.

לדעת אחד מן האחרונים[251], אם גבאי צדקה הלווה מעות צדקה בריבית (כדי להרוויח בהן לעניים), וקיבל ריבית, הדמים הללו נזקפים לזכות העניים עצמם, והדבר נחשב כאילו הגיעו לידיהם (אף על פי שעדיין לא הגיעו לידיהם בפועל). בהתאם לכך, פטור הגבאי מהשבת הריבית, כשם שפטורים מכך העניים[252], משום שמכוח דין "זכין", נחשב הכסף שבידו כמצוי כבר בידי העניים, על אף שיש בזכייה זו עברה על איסור ריבית. ודומה שאפשר להצדיק פסיקה זו, ולפיה יש זכייה בדבר עברה, רק אם נניח שה"זכייה לאו מטעם שליחות"[253].

ויש מי שסבור[254] "שלא עלה על הדעת" (!) שיזַכה האחד לחברו בדבר עברה אף לדעה שה"זכייה לאו מטעם שליחות": "וכי סלקא דעתך, באומר לחברו שיגנוב, ויתכוון [השליח] לזכות בעדו לא בתורת שליחות רק בתורת זכייה, יהיה נקנה לו הגניבה!? זה לא יעלה על הדעת!".

חשוב להעיר כי אם תיוחס העבֵרה שיש בפעולה למקבל הזכות, ולא רק תוצאתה המשפטית, אזי מתעוררת השאלה אם אמנם נחשב לו הדבר כזכות[255]. בהקשר זה הבחין ר' שמעון שקאפ בין עברה בפעולה לבין עברה בתוצאה. אם העברה היא רק בפעולה עצמה, יש מקום לזכייה בדבר עברה, שהרי אז ייזקף האיסור לחובתו של הזוכה, מבצע הפעולה, והתוצאה, שבה אין איסור, תיזקף לטובתו של מקבל הזכות[256]. אך אם העברה היא בתוצאה

248 ראה לעיל, סעיף 1, פרק שלישי, ד, עמ' 26.

249 במקרה מעין זה דן שו"ת הר צבי, אורח חיים, חלק ב, סימן מג.

250 ראה: שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן קטז, ד"ה ותו אפילו; חוות דעת, יורה דעה, סימן קס, ס"ק י (בעקבות בית יוסף, יורה דעה, סימן קס); קרית מלך רב, חלק ב, הלכות מלווה ולווה, פרק ד, הלכה יד, ד"ה עתה ראיתי; שו"ת הר צבי, אורח חיים, חלק ב, סימן מג.

251 משנה למלך, הלכות מלווה ולווה, פרק ד, הלכה יד, ד"ה אפוטרופוס.

252 לעניין פטור עני מחובת השבת דמי ריבית שהגיעו לידיו, ראה שולחן ערוך, יורה דעה, סימן קס, סעיף כ.

253 אך השווה חידושי רבי שמעון יהודה הכהן (שקאפ), גיטין, סימן ד, ד"ה ולפי מה שחילקנו, שלדעתו יש זכייה לדבר עברה בין למאן דאמר שה"זכייה לאו מטעם שליחות" ובין למאן דאמר שה"זכייה מטעם שליחות", שכן לדידו (ראה לעיל, הערה 57), דין "זכין" אינו דין של ייצוג, גם לא למאן דאמר שה"זכייה מטעם שליחות" אלא כוח משפטי לפעול עבור הזולת.

254 אמרי בינה (אוירבך), חו"מ, דיני גביית חוב, סימן לא, ד"ה והגם. אשר לשאלה אם מי שמוּנה כשליח יכול לפעול עבור שולחו מכוח דין "זכין", ראה לעיל, הערה 133.

255 בהקשר זה יהיה צורך לבחון אם מקבל הזכות מעוניין בזכייה חרף העברה הכרוכה בה, ומה משקלו של רצון המקבל לעומת ערכה האובייקטיבי של פעולה שיש בה עברה. לדיון בשאלה אם אמת המידה להגדרת זכות וחובה היא אובייקטיבית או סובייקטיבית, ראה לעיל, פרק רביעי, ב, עמ' 786.

256 חידושי רבי שמעון יהודה הכהן (שקאפ), גיטין, סימן ד, ד"ה ובזה יתיישבו. הדוגמה המובאת שם היא

המשפטית (למשל, אם אדם מקדש לחברו הכוהן בלא הרשאה אישה גרושה, הכוהן יעבור על איסור בעצם תוצאת הקידושין, גם אם אינו עושה את פעולת הקידושין עצמה), אין כאן זכות עבור המקבל, שכן הוא מקבל לידיו תוצאה שבגינה הוא עובר על איסור, והלוא הכלל הוא: "אין חבין לאדם שלא בפניו"[257].

לעתים פעולת הזכייה מהווה עברה של הזוכה העושה את הפעולה, אך אינה בגדר עברה של מקבל הזכות, והשאלה היא: האם יכול הזוכה לעשות פעולת זכייה מעין זו עבור המקבל? בשליחות יש דעה שאם הפעולה אינה בגדר עברה עבור השולח, לא חל עליה הכלל "אין שליח לדבר עברה", אף על פי שהיא בגדר עברה עבור השליח[258]. על כך העיר אחד מן האחרונים, שבזכייה הדין עשוי להיות שונה, ודי שהפעולה כרוכה בעברה מצדו של הזוכה כדי שלא תיחשב זכות למקבל[259].

ב. זכייה שיש בה חובה לאחרים

בד בבד עם הקניית הזכות למקבל, עלולה הזכייה לפגוע באינטרסים של אנשים אחרים. לדוגמה, אדם נוכח לדעת שהוא יכול לגבות חוב של חברו. אמנם גביית החוב תיטיב עם חברו, אך תפגע ביכולתם של נושים אחרים לגבות מן החייב את חובם ("תופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים"[260]). מוסכם שאם הגובה ("התופס") פועל בלא הרשאה, אלא מכוח דין "זכין", הוא אינו יכול לפגוע בזכויותיהם של אחרים[261]. ולא נחלקו הראשונים אלא בשאלה אם דין זה חל גם בשליחות.

יש הסוברים[262], וכך אף נפסק להלכה[263], שבעניין זה, דין אחד לשליחות ולדין "זכין". לעומתם, נראה שרש"י סבור כי בעניין זה דין השליחות שונה מדין "זכין". האדם יכול לעשות פעולה שיש בה כדי לחוֹב לאנשים אחרים, אם הלה מינהו כשלוחו, אך אינו יכול לעשות פעולה זו מכוח דין "זכין"[264]. 'קצות החושן' מבאר שכוחו של השליח נאצל מהרשאת השולח, על כן בכוחו לעשות מה שבכוחו של השולח לעשות, גם כשיש בכך לחוֹב לאחרים. מנגד,

של אדם הפועל בממון חברו לטובת חברו (בלא הרשאה), ובמעשיו עובר על איסור חכמים על "אבק ריבית" (איסור שאין חובת השבה בגינו). כיוון שאיסור זה חל על עושה הפעולה, ולא על מי שהממון נזקף לזכותו, פעולה זו עשויה להיות תקפה ולהיזקף לזכותו של בעל הממון. אך ראה דעת אמרי בינה, להלן, ליד ציון הערה 259.

257 ראה לעיל, הערה 22.

258 קצות החושן, סימן קה, ס"ק א. השווה לעיל, סעיף 1, הערה 168.

259 אמרי בינה (אוירבך), חו"מ, דיני גביית חוב, סימן לא, ד"ה והגם. זוהי הצעתו לביאור שיטת רש"י, הסובר שהשליח יכול לגבות את חובו של שולחו, אף שבכך הוא פוגע ביכולת הגבייה של בעלי חוב אחרים. זאת בשונה מאדם הפועל בלא הרשאה, שאינו יכול לגבות עבור בעל חוב, שכן יש בפעולתו כדי לפגוע בבעלי החוב האחרים. על כך ראה עוד להלן בפרק המשנה הבא.

260 בבא מציעא י ע"א. וראה בעניין זה דיוננו על סעיף 1, פרק שלישי, ג(1), עמ' 18.

261 אך ראה שו"ת שער אפרים, סימן קלז. וראה עוד שו"ת איגרות משה, אבן העזר, חלק א, סימן קיח, ד"ה ומה שהקשה, שהוכיח שסייג זה קיים רק בחוב גמור, "ולא מה שחוששין שמא קצת חוב לו".

262 תוספות, בבא מציעא י ע"א, ד"ה תופס. על כך ראה לעיל, סעיף 1, פרק שלישי, ג(1)(א), עמ' 18.

263 שולחן ערוך, חו"מ, סימן קה, סעיף א.

264 רש"י, בבא מציעא י ע"א, ד"ה לא קנה. להסבר שונה ראה ש"ך, חו"מ, סימן קה, ס"ק א.

כוחו של הזוכה אינו נאצל מהרשאת המקבל, אלא ישירות מן הדין, על כן מגביל הדין את כוחו לפעולה שיש בה כדי להיטיב, ולא לפגוע, ואפילו לא כדי לפגוע באחרים[265].

פרק תשיעי

סיכום ומסקנות

א. הכלל "זכין לאדם שלא בפניו" מאפשר לאדם לעשות פעולות משפטיות עבור הזולת בלא לקבל ממנו הרשאה. למעשה, כלל זה מצייד כל אחד ואחד במעין הרשאה לביצוע פעולות המיטיבות עם חברו. יש שהסבירו את דין "זכין" כמבוסס על רצונו המשוער של מקבל הזכות לתת הרשאה לזוכה לפעול בשמו, ויש שהסבירו אותו כמבוסס על הרשאה מכוח הדין.

שני תנאים עיקריים לכלל זה: (א) מדובר דווקא בפעולה המיטיבה עם הזולת, ולא בפעולה שהיא לחובתו; (ב) מקבל הזכות אינו מתנגד לפעולת הזכייה. תנאים אלו מבטיחים שמקבל הזכות לא ימצא את עצמו נפגע מפעולות שעשה אדם אחר עבורו בלא הרשאתו (אף אם נעשו בתום לב). הם אף תורמים לשמירת הביטחון והיציבות המשפטיים, התלויים בכך שיוכל האדם לצפות כיצד עשוי מצבו המשפטי להשתנות בעתיד.

עמדנו בהרחבה על הגדרת "זכות" (ראינו לדוגמה שזכות עשויה להיות גם כאשר יש בצדה חובה מסוימת, או כאשר המקבל גילה את דעתו שהוא מעוניין בפעולה אף שיש בה חובה, וכן שזכות יכולה להתבטא בנטילת זכות, כגון הפרשת חלה או מכירה חמץ). עוד ראינו שבעיקרון תוקף הזכייה אינו מותנה באישורה על ידי המקבל אלא די באי־התנגדות, ובהתאם לכך מועד הזכייה הוא כבר משעת הפעולה ולא רק משעה שנודע לזוכה עליה. עוד דננו בהתנגדות המקבל לזכייה ובזכותו של המזכה לחזור בו מן הזכייה. כמו כן בררנו מהם תנאי הכשרות לזכייה הן של הזוכה והן של מקבל הזכות, ומהן הפעולות המשפטיות שאינן נושא לזכייה (עבֵרה ופעולה שיש בה פגיעה בצד שלישי).

ב. נראה כי בעקבות הכלל "זכין לאדם שלא בפניו", יש לעיין מחדש בתפיסת היסוד של דיני השליחות. מינוי השליח על ידי השולח אינו עוד תנאי הכרחי ליכולתו של האדם לייצג את זולתו ולעשות עבורו פעולות משפטיות. קבלת הרשאה נדרשת רק לצורך פעולות שאינן מטיבות עם הזולת או שעלולות להיות לחובתו. נראה שדין "זכין" מקדם תפיסת חִבְרוּת (סוציאליזציה) גבוהה, שבה כל אדם הוא בעל כוח משפטי לפעול לטובת ענייניו של חברו[266]. דין זה אינו מתיישב עם תפיסה אינדיבידואליסטית נוקשה, המבוססת אך ורק על עקרון

[265] קצות החושן, סימן קה, ס"ק א (וראה גם שם, ס"ק ג). הסבר זה מבוסס על גישתו של 'קצות החושן', שיסודו המשפטי של דין "זכין" בכוח שנותן הדין לזוכה, ולא ברצונו המשוער של מקבל הזכות ("אנן סהדי". ראה לעיל, ליד ציון הערה 52).

כאמור לעיל, הערה 259, שיטת רש"י הוסברה גם על פי הגישה שדין "זכין" מבוסס על רצונו המשוער של מקבל הזכות, ולפיה אין זו זכות למקבל, אם הזוכה נאלץ לעבור עברה כדי לבצע את פעולת הזכייה. ראה אמרי בינה (אוירבך), חו"מ, דיני גביית חוב, סימן לא, ד"ה והגם.

[266] ראה גם שלו, דיני חוזים, עמ' 429.

האוטונומיה של הרצון הפרטי, שכן זו נוטה להגביל את האפשרות לעשות פעולות משפטיות לטובת הזולת רק למקרים שניתנת בהם הרשאה ממקבל הזכות[267].

שיטות משפט רבות קיבלו ברבות השנים את העיקרון שיש להכיר בפעולות משפטיות שעושה האדם עבור חברו ולטובתו אף בלא לקבל ממנו הרשאה מוקדמת[268] במסגרת הסדרים דוגמת חוזה לטובת אדם שלישי ועקרון ה"אישור בדיעבד". והגם שהסדרים אלו אינם זהים לדין "זכין", ומבחינות רבות מעניקים כוח מצומצם יותר לזוכה העושה את פעולת הזכייה, מנקודת מבט היסטורית, יש לראותם כמי שנעו לכיוונו של דין "זכין" וסיגלו לעצמם חלק מעיקריו[269].

את עקרונות דין "זכין" אנו מציעים לכלול במסגרת סעיף 6 לחוק השליחות[270].

[267] אשר לזיקה בין דיני השליחות במשפט העברי לבין עקרון האוטונומיה של הפרט, ראה גם לעיל, סעיף 2, ליד ציון הערה 9.

[268] ראה לעיל, ליד ציון הערה 7.

[269] ראה גם מאמרו של רקובר (לעיל, הערה 40), עמ' 500, הערה 25.

[270] ראה הנוסח שהצענו לעיל, סעיף 6, פרק שמיני, עמ' 388.

חוקים

חוק השליחות, התשכ"ה־1965

הצעת חוק דיני ממונות, התשע"א־2011, חלק שני, פרק שלישי

הצעת נוסח לפי המשפט העברי – חוק השליחות

חוק השליחות, התשכ"ה־1965

השליחות ונושאה

1. (א) שליחות היא יפוי כוחו של שלוח לעשות בשמו או במקומו של שולח פעולה משפטית כלפי צד שלישי.

(ב) כל פעולה משפטית יכולה לשמש נושא לשליחות, חוץ מפעולה שלפי מהותה או על פי דין יש לבצעה אישית.

דין השליחות

2. שלוחו של אדם כמותו, ופעולת השלוח, לרבות ידיעתו וכוונתו, מחייבת ומזכה, לפי העניין, את השולח.

הקניית השליחות וצורתה

3. (א) השליחות מוקנית בהרשאה, שבכתב או שבעל־פה, מאת השולח לשלוח, או בהודעה עליה מאת השולח לצד השלישי, או על ידי התנהגות השולח כלפי אחד מהם.

(ב) נדרש אדם להיזקק לפעולת שלוח, רשאי הוא שלא להכיר בשליחות כל עוד לא הוצגה לפניו הרשאה בכתב ולא נמסר לו העתק ממנה.

כשרות השלוח

4. כל אדם כשר להיות שלוח לפעולה שהוא עצמו בר־דעת לעשותה, אך לעניין זכויותיו וחיוביו יחולו דיני הכשרות המשפטית הכלליים.

היקף השליחות

5. (א) השליחות חלה — באין הגבלה בהרשאה — על כל פעולה הדרושה באופן סביר לביצועו התקין של נושא השליחות, אולם אין היא חלה — באין הרשאה מפורשת לכך — על הליכים לפני בית משפט, בית דין או בורר, ולא על פשרה או ויתור או פעולה בלי תמורה.

(ב) רשאי שלוח לעשות כל פעולה דחופה ובלתי צפויה מראש הדרושה באופן סביר לשמירה על ענייני השולח בקשר לנושא השליחות, אף אם הפעולה חורגת מתחום ההרשאה.

פעולה ללא הרשאה

6. (א) פעל אדם בחזקת שלוחו של אחר בלי שהורשה לכך או בחריגה מהרשאתו, יכול אותו אחר, בכפוף לאמור בסעיף קטן (ב), לאשר את הפעולה בדיעבד; ואישור בדיעבד — כהרשאה מלכתחילה, ובלבד שלא תיפגע זכות שרכש אדם אחר בתום־לב ובתמורה לפני האישור.

(ב) לא ידע הצד השלישי בשעת הפעולה שהשלוח פועל ללא הרשאה או בחריגה מהרשאתו, הברירה בידו, כל עוד לא נודע לו על אישור הפעולה, לראות את השלוח כבעל דברו או לחזור בו מן הפעולה ולתבוע מן השלוח את נזקו.

(ג) תאגיד יכול לאשר פעולה שנעשתה למענו לפני היווסדו, ויחולו הוראות סעיף זה.

שליחות נסתרת

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

נאמנות וחובות השלוח

8. קיבל אדם עליו להיות שלוח, חייב הוא לנהוג כלפי השולח בנאמנות ולפעול בהתאם להוראותיו; ובאין כוונה אחרת משתמעת ממהות השליחות או מתנאיה יחולו עליו חובות אלו:

(1) יגלה לשולח כל ידיעה וימסור לו כל מסמך הנוגעים לנושא השליחות ויתן לו דין וחשבון על פעולותיו;

(2) לא יהא שלוח של שולחים שונים לנושא שליחות אחד שלא על דעת שולחיו;

(3) לא יעשה פעולת שליחות עם עצמו;

(4) לא יקבל מכל אדם טובת הנאה או הבטחה לטובת הנאה בקשר לנושא השליחות שלא בהסכמתו של השולח;

(5) לא ישתמש לרעת השולח בידיעות או במסמכים שבאו לידו עקב השליחות, ובדרך כלל יימנע מכל דבר שיש בו ניגוד בין טובת השולח ובין טובתו שלו או של אדם אחר.

תרופות

9. (א) הפר השלוח אחת החובות המוטלות עליו לפי סעיף 8, זכאי השולח לתרופות הניתנות בשל הפרת חוזה.

(ב) פעולה שהשלוח עשה כלפי צד שלישי עקב הפרת חובה כאמור וההפרה היתה על דעת הצד השלישי, זכאי השולח, נוסף על התרופות האמורות בסעיף־קטן (א), לבטל את הפעולה וכן לתבוע מן הצד השלישי את הפיצויים המגיעים לו מן השלוח.

נכסים ורווחים

10. (א) כל נכס שבא לידי השלוח עקב השליחות מוחזק בידו כנאמן של השולח; והוא, אף אם לא גילה השלוח לצד השלישי את קיומה של השליחות או את זהות השולח.

(ב) השולח זכאי לכל רווח או טובת הנאה שבאו לשלוח בקשר לנושא השליחות.

שיפוי

11. השולח חייב לשפות את השלוח על ההוצאות הסבירות שהוציא ועל ההתחייבויות שהתחייב בהן באופן סביר עקב השליחות.

עכבון

12. על אף האמור בסעיף 8 (1), תהא לשלוח זכות עכבון על נכסי השולח שבאו לידו עקב השליחות — כולל נכסים המוחזקים בידו כנאמן השולח — כדי תשלום שכרו וסכומים אחרים המגיעים לו מן השולח עקב השליחות.

קיזוז

13. חובות שהשולח והשלוח חבים זה לזה עקב השליחות ניתנים לקיזוז.

סיום השליחות

14. (א) השליחות מסתיימת בביטולה על ידי השולח או השלוח, וכן במותו של אחד מהם, בגריעת כשרותו או בפשיטת רגלו או — אם היה תאגיד — בפירוקו.

(ב) הוראות סעיף זה לא יחולו אם ניתנה ההרשאה להבטחת זכותו של אדם אחר או של השלוח עצמו וזכותם תלויה בביצוע נושא השליחות.

סייגים לסיום השליחות

15. (א) כל עוד לא ידע השלוח על סיום השליחות, זכאי הוא כלפי השולח לראותה כנמשכת.

(ב) לא ידע הצד השלישי על סיום השליחות, זכאי הוא לראותה כנמשכת; ואם השלוח ידע על סיומה, זכאי הצד השלישי גם לברירה הנתונה לו בסעיף 6(ב).

שליחות משנה

16. אין שלוח עושה שלוח לנושא שליחותו אלא אם הורשה לכך במפורש או מכללא או שעשה זאת לשם פעולה כאמור בסעיף 5(ב).

ריבוי שלוחים ושולחים

17. (א) ניתנה הרשאה אחת לשלוחים אחדים, חזקה שעליהם לפעול יחד.

(ב) ניתנה הרשאה אחת על ידי שולחים אחדים, חזקה שעל השלוח לפעול מכוח כולם יחד.

ידיעה

18. לענין חוק זה רואים אדם כיודע דבר אם היה עליו כאדם סביר לדעתו או שקיבל עליו הודעה בדרך הרגילה.

שמירת דינים

19. חוק זה אינו בא לגרוע מהוראות כל דין המסדיר סוג מיוחד של יחסי שליחות.

ביטול

20. הספר האחד־עשר של המג׳לה — בטל.

תחילה והוראת מעבר

21. תחילתו של חוק זה, שלושה חדשים מיום פרסומו ברשומות; על יחסים שבין שולח ושלוח שנוצרו לפני תחילתו של חוק זה יוסיף לחול הדין הקודם.

דב יוסף
שר המשפטים

לוי אשכול
ראש הממשלה

שניאור זלמן שזר
נשיא המדינה

הצעת חוק דיני ממונות, התשע"א־2011

חלק שני: פעולות משפטיות

פרק שלישי: שליחות

מהות השליחות

33. (א) שליחות היא כוחו של אדם (בפרק זה — שלוח) לבצע בשמו של אדם אחר (בפרק זה — שולח) פעולה משפטית.

(ב) כל פעולה משפטית יכול שתהיה נושא לשליחות, אלא אם כן לפי מהותה, לפי תנאיה או לפי חיקוק יש לבצעה באופן אישי.

שלוחו של אדם כמותו

34. שלוחו של אדם כמותו, ופעולת השלוח, ידיעתו וכוונתו, מזכה או מחייבת, לפי הענין, את השולח.

כשרות השלוח

35. אדם כשר להיות שלוח לפעולה משפטית שהוא עצמו בר דעת לבצעה, אך לענין זכויותיו וחובותיו יחולו הוראות פרק שני: כשרות לבצוע פעולה משפטית והוראות חוק הכשרות.

יצירת השליחות

36. (א) שליחות נוצרת בהרשאה מאת השולח; ההרשאה תינתן בהודעת השולח לשלוח או לאדם שכלפיו מבוצעת הפעולה המשפטית (בפרק זה — אדם שלישי).

(ב) אדם שלישי רשאי שלא להכיר בפעולתו של שלוח, כל עוד לא הוצגה לפניו הרשאה בכתב ולא נמסר לו העתק ממנה.

היקף השליחות

37. (א) השלוח מוסמך לבצע כל פעולה הדרושה באופן סביר לביצוע נושא השליחות ואולם, אין הוא מוסמך, באין הרשאה מפורשת, לייצג את השולח בהליכים לפני בית משפט, בית דין או בורר, לערוך פשרה או לבצע פעולה שלא בתמורה.

(ב) שלוח מוסמך לבצע כל פעולה דחופה ובלתי צפויה מראש, הדרושה באופן סביר לשמירה על עניני השולח בקשר לנושא השליחות.

שליחות משנה

38. אין שלוח עושה שלוח לנושא שליחותו, אלא בהרשאת השולח או לשם ביצוע פעולה כאמור בסעיף 37(ב).

פעולה ללא הרשאה

39. (א) פעל אדם כשלוחו של אדם אחר ללא הרשאה ממנו או בחריגה מהרשאתו, רשאי האדם האחר, בכפוף להוראות סעיף קטן (ב), לאשר את הפעולה בדיעבד; אישור בדיעבד ייחשב כהרשאה מראש, אולם אין בו כדי לפגוע בזכות שנרכשה בתום לב ובתמורה לפני האישור.

(ב) לא ידע האדם השלישי ולא היה עליו לדעת בשעת ביצוע הפעולה, האמורה בסעיף קטן (א), כי היא נעשית ללא הרשאה או בחריגה מהרשאה, הברירה בידו, כל עוד לא נודע לו על אישור הפעולה, לראות במבצע הפעולה צד לפעולה וליתן לו הזדמנות סבירה לקיימה או לחזור בו מן הפעולה ולתבוע ממבצע הפעולה פיצויים בעד הנזק שנגרם לו בשל העדר ההרשאה או החריגה ממנה.

(ג) מבצע הפעולה רשאי לדרוש מהאדם השלישי להודיע לו על בחירתו כאמור בסעיף קטן (ב); לא הודיע האדם השלישי על בחירתו בתוך זמן סביר ממועד קבלת הדרישה, רואים אותו כמי שבחר לחזור בו מן הפעולה.

(ד) האדם השלישי ומבצע הפעולה רשאים לדרוש מהאדם שהפעולה בוצעה בשמו להודיע על עמדתו ביחס לפעולה; נמסרה דרישה כאמור, רשאי אותו אדם לאשר בדיעבד את הפעולה שבוצעה בשמו, לפי הוראות סעיף קטן (א), ובלבד שהודיע על כך בתוך זמן סביר ממועד קבלת הדרישה.

פעולה למען תאגיד

40. תאגיד רשאי לאשר פעולה שנעשתה למענו לפני היווסדו, ויחולו הוראות סעיף 39.

שליחות נסתרת

41. לא ידע האדם השלישי ולא היה עליו לדעת, בשעת הפעולה, על קיומה של השליחות או על מיהות השולח, תחייב פעולת השלוח את השולח והשלוח יחד ולחוד ותזכה את השלוח בלבד; ואולם, רשאי השולח לאמץ לעצמו את זכויות השלוח כלפי האדם השלישי, ובלבד שאין הדבר נוגד חוזה, או חיקוק או את מהות הזכות.

חיוב אמון של שלוח

42. קיבל עליו אדם לפעול כשלוח, חב הוא אמון כלפי השולח.

תרופות בשל הפרת חיוב אמון

43. עשה השלוח פעולה כלפי אדם שלישי תוך הפרת חיוב האמון והאדם השלישי ידע על ההפרה, זכאי השולח לבטל את הפעולה; אין בהוראות סעיף זה כדי לגרוע מכל תרופה אחרת הנתונה לשולח כלפי האדם השלישי.

נכסים שזכה בהם השלוח

44. נכס, טובת הנאה או רווח שזכה בו השלוח בשל השליחות מוחזק בידו כנאמן של השולח.

שיפוי השלוח

45. השולח ישפה את השלוח בשל ההוצאות הסבירות שהוציא ובשל ההתחייבויות הסבירות שהתחייב בהן עקב השליחות.

סיום השליחות

46. (א) שליחות מסתיימת באחת מאלה:

(1) השולח או השלוח הודיע על ביטולה;

(2) השולח או השלוח נפטר או נגרעה כשרותו;

(3) השולח או השלוח הוכרז פושט רגל, ואם הוא תאגיד — החליט על פירוקו מרצון או ניתן לגביו צו פירוק.

(ב) הוראות סעיף קטן (א) לא יחולו אם ניתנה ההרשאה להבטחת זכותו של אדם אחר או של השלוח עצמו, וזכותם מותנית בביצוע נושא השליחות.

(ג) כל עוד לא ידע השלוח ולא היה עליו לדעת על סיום השליחות, זכאי הוא כלפי השולח לראות את השליחות כנמשכת.

(ד) כל עוד לא ידע האדם השלישי ולא היה עליו לדעת על סיום השליחות, זכאי הוא לראותה כנמשכת ואם ידע השלוח או היה עליו לדעת על סיומה — בידי האדם השלישי לראות השליחות כנמשכת או לבחור בין אחת החלופות הקבועות בסעיף 39(ב).

(ה) השלוח רשאי לדרוש מהאדם השלישי להודיע לו על אופן בחירתו כאמור בסעיף קטן (ד); לא הודיע האדם השלישי על בחירתו בתוך זמן סביר ממועד קבלת הדרישה, רואים אותו כמי שבחר לחזור בו מן הפעולה.

ריבוי שולחים ושלוחים

47. (א) נתן השולח הרשאה אחת לשלוחים אחדים, חזקה שעליהם לפעול יחד.

(ב) נתנו שולחים אחדים הרשאה אחת לשלוח, חזקה שעל השלוח לפעול מכוח כולם יחד.

הצעת נוסח לפי המשפט העברי – חוק השליחות

השליחות ונושאה

1. (א) שליחות היא כוחו של שלוח לעשות בשמו או במקומו של שולח פעולה משפטית.

(ב) כל פעולה משפטית יכולה לשמש נושא לשליחות, חוץ מפעולה שלפי מהותה או על פי דין יש לבצעה אישית.

דין השליחות

2. שלוחו של אדם כמותו, ופעולת השלוח, לרבות ידיעתו וכוונתו, מחייבת ומזכה, לפי העניין, את השולח.

הקניית השליחות וצורתה

3. (א) השליחות נוצרת בהרשאה, שבכתב או שבעל־פה, מאת השולח לשלוח.

(ב) נדרש אדם להיזקק לפעולת שלוח, רשאי הוא שלא להכיר בשליחות כל עוד לא הוצגה לפניו הרשאה בכתב ולא נמסר לו העתק ממנה.

כשרות השלוח

4. אדם כשר להיות שולח או שלוח אם הוא בגיר ובר דעת.

היקף השליחות

5. (א) השליחות חלה – באין הגבלה בהרשאה – על כל פעולה הדרושה באופן סביר לביצועו התקין של נושא השליחות, אולם אין היא חלה – באין הרשאה מפורשת לכך – על פשרה או ויתור או פעולה בלי תמורה.

(ב) רשאי שלוח לעשות כל פעולה דחופה ובלתי צפויה מראש הדרושה באופן סביר לשמירה על ענייני השולח אף אם הפעולה חורגת מתחום ההרשאה.

פעולה ללא הרשאה

6. (א) (1) פעל אדם כשלוחו של אדם אחר, ועשה עבורו פעולה שהיא זכות, בלי שהורשה לכך או בחריגה מוחלטת מהרשאתו, ולא התנגד האדם האחר לזכייה, דין הפעולה, בכפוף לאמור בסעיף קטן (ב), כפעולה בהרשאה, ובלבד שלא תיפגע זכות שנרכשה בתמורה ובתום לב.

(2) האמור בס״ק (1) יחול אף אם הפעולה אינה בגדר זכות, אם נעשתה עבור אדם שגילה את דעתו מראש שהוא מעוניין בה.

(3) חרג השלוח מהרשאתו חריגה שאינה מוחלטת, יכול השולח לבטל את הפעולה. לעניין זה, דין פעולת שליחות שיש בה כדי לפגוע בשולח כדין חריגה שאינה מוחלטת.

[חלופה א: (4) היה השלוח מודע לכך שהוא חורג מהרשאתו, והחריגה ניתנת לתיקון, תחייב פעולתו את השולח – ראב״ד].

(ב) לא ידע הצד השלישי בשעת הפעולה שהשלוח פועל בלא הרשאה או בחריגה מהרשאתו, יכול הוא, כל זמן שלא נודע לו שהשולח השלים עם החריגה, כאמור בסעיף קטן (א), לבטל את הפעולה, [חלופה ב: ואם השלוח היה מודע לחריגה, הבררה בידו של הצד השלישי גם לראות אותו כבעל דברו – רשב״א].

(ג) תאגיד יכול לאשר פעולה שנעשתה למענו לפני היווסדו, ויחולו עליה הוראות סעיף זה.

שליחות נסתרת

7. לא ידע הצד השלישי בשעת הפעולה על קיומה של השליחות, תחייב פעולת השלוח את השולח ואת השלוח, ותזכה בזכות קניינית את השולח, ובזכות חוזית — את השלוח.

נאמנות וחובות השלוח

8. קיבל אדם עליו להיות שלוח, חייב הוא לנהוג כלפי השולח בנאמנות ולפעול בהתאם להוראותיו; ובאין כוונה אחרת משתמעת ממהות השליחות או מתנאיה יחולו עליו חובות אלו:

(1) יגלה לשולח כל ידיעה וימסור לו כל מסמך הנוגעים לנושא השליחות ויתן לו דין וחשבון על פעולותיו;

(2) לא יהא שלוח של שולחים שונים לנושא שליחות אחד שלא על דעת שולחיו;

(3) לא יעשה פעולת שליחות עם עצמו;

(4) לא יקבל מכל אדם טובת הנאה או הבטחה לטובת הנאה בקשר לנושא השליחות שלא בהסכמתו של השולח;

(5) לא ישתמש לרעת השולח בידיעות או במסמכים שבאו לידו עקב השליחות, ובדרך כלל יימנע מכל דבר שיש בו ניגוד בין טובת השולח ובין טובתו שלו או של אדם אחר.

תרופות

9. הפר השלוח אחת החובות המוטלות עליו לפי סעיף 8, זכאי השולח לתרופות הניתנות בשל הפרת חוזה.

נכסים ורווחים

10. נכס, טובת הנאה או רווח שבא לשלוח בקשר לנושא השליחות, יזכה בו השולח, אם ניתן כתמורה לכספו או אם קבלתו על ידי השלוח מהווה הפרת אמון כלפי השולח; ואם לאו, יחלקו בו בשווה השולח והשלוח.

שיפוי

11. השולח חייב לשפות את השלוח על ההוצאות הסבירות שהוציא ועל ההתחייבויות שהתחייב בהן באופן סביר עקב השליחות.

סיום השליחות

12. (א) השליחות מסתיימת בביטולה על ידי השולח או השלוח, וכן במותו של אחד מהם או — אם היה תאגיד — בפירוקו.

(ב) הוראות סעיף זה לא יחולו אם ניתנה ההרשאה להבטחת זכותו של אדם אחר או של השלוח עצמו, וזכותם תלויה בביצוע נושא השליחות.

סייגים לסיום השליחות

13. לא ידע הצד השלישי על ביטול השליחות על ידי השולח, זכאי הוא לראותה כנמשכת, אלא אם כן הודיע השולח לשלוח את דבר הביטול.

שליחות משנה

14. שלוח עושה שלוח לנושא שליחותו אלא אם כן ניתן להניח מתוך ניסוח ההרשאה או מתוך נסיבות העניין שהשולח מתנגד לכך.

ריבוי שלוחים ושולחים

15. (א) ניתנה הרשאה אחת לשלוחים אחדים מתוך כוונה שיפעלו יחד, יכולה פעולת השליחות להתבצע על ידי אחד מהם, ובלבד שפעל בשם כולם פה אחד. נסתיימה שליחותו של אחד השלוחים, חזקה שנסתיימה גם שליחותם של שאר השלוחים.

(ב) ניתנה הרשאה אחת על ידי שולחים אחדים, חזקה שעל השלוח לפעול מכוח כולם יחד. נסתיימה השליחות מצד אחד מן השולחים, אין חזקה שהיא מסתיימת גם כלפי השאר.

מפתחות

מפתח העניינים

מפתח המקורות

רשימה ביבליוגרפית

רשימה ביוגרפית

מפתח העניינים

אבדה (ראה: השבת אבדה; מציאה)
אברהם אבינו
מינוי אליעזר לשליח לקדש אישה ליצחק 149
אודיתא
בהקנאת שטר חוב 407
אוטונומיית הרצון
בסיס ליכולת למנות שליח 96 320 770־771 819
אומדנא
אומדנא דמוכח 252
אין הולכים בגירושין ע"פ אומדנא 608
בהרחבת היקף השליחות 146 147
בחוזה 311
במינוי שליח 145־147 149 267 311
במכר שיהיה על תנאי 613
שהבעל התכוון לגט רק בתנאי מסוים 676
שליח שפעל לפי אומד דעת השולח 122
– אומדן לא סביר 122
– טעות באומדן 122
ששליח אינו מתכוון לעשות דבר אסור 507 511
אומן
המזמין ממנו צביעת בגד, ולא אמר לו שהוא של אחר
– חיוב האחר מדין 'נהנה' 406 411
– חיוב המזמין 406 410 411
שסטה מהוראות המזמין, ונגרם רווח 576
'אומר אֲמרו' (ראה: 'מילי לא ממסרן לשליח'; שליח משנה)
אונאה (במכר)
בקרקע 326
הסכמת המתאנה בדיעבד 355
זכות המאנה לחזור בו 355 375
'על מנת שאין בו אונאה' 380
פחות משישית 47
– במכר של אפוטרופוס 47
– במכר של בית דין 47
– במכר של שותף 54 55 328
– הנפגע מוחל 253
פחות משישית, בשליח לקנות שהתאנה 47 53 62 252 258 325 326
– אבדן הנכס בלי קשר להונאה 527 528
– בהתנה השולח 'בין לתקן בין לעוות' 380
– ביטול המכר, אף אם השליח או המוכר מפצה את השולח על ההפרש 356-357
– ביטול השליחות 332 334 346 380
– בשליחות נסתרת 330 371-373
– זכות המוכר לאכוף את הקנייה על השליח 371-373
– חיוב השליח לפצות את המוכר 376
– חיוב השליח לפצות את השולח 332 503
– מוכר הטוען שהשליח הורשה לכך 334 369 382 383
– קנה בכסף של השולח 372
שליח שהונה בפחות משישית – זכות הקונה לחזור בו 356
שתיקת המתאנה כהסכמה 353
– במוכר ע"י שליח, והשולח שתק 353
אורכתא (הרשאה לייצוג משפטי) 19 24 25 460
ביטולה על ידי המורשה 637
ביטולה על ידי המרשה 689 690 697־700
– המורשה ידע על הביטול והפסיד בתביעה 701
הקנאת מושא התביעה למורשה 50 51 144 161 699
– ההקנאה אינה כפשוטה 51 282
טעם התקנה 49־51 689 690 694
מורשה לנתבע 51 52
מורשה לתובע 49־51
– בהרשאה מכללא 49
– בנוכחות התובע (אנטלר) 49
– האם יש צורך ב'אורכתא' כשידוע שהשליחות לא בוטלה 51
– הוצאות המורשה 51
– טענת 'לאו בעל דברים דידי את' 49 50
– תקנת חכמים 50
מינוי מורשה על ידי המורשה 720 723 738

מינוי מורשה שלא בפניו 161
מינוי מורשה שני האם כמוהו כביטול הראשון 618
מרשה שמכר את זכות התביעה לאחר 648
אחריות שילוחית
במשפט הישראלי 26 69
–אינה בגדר שליחות 26
בשליחות לדבר עבירה 80 114
–דיני שמים 37
–שליח שוגג או קטן 37 38 187
–שליחות יד 30
אי התאמה (ראה: מקח טעות)
איטליה
משפט איטלקי 134 434
'אין אדם משים עצמו רשע'
בדבר שהוא לתועלתו 533 536 538
בשליח הטוען שעשה את הפעולה עבור עצמו 436 532 533 535־538
'אין שליח לדבר עבֵרה' 26־43
באיסורי שבת 29 77
בחריגים בהם יש שליחות לדבר עברה
–אי תחולת הכלל 'שלוחו של בעל הממון' 81
–אחריות השליח 30 32
–ביטול השליחות שלא בפני השליח 114
–ייחוס התוצאה לשולח 102
–מינוי בציווי ולא רק במתן רשות 114 138
בעברה דרבנן 43
בעברה 'לשמה' 37
בעברה שעניינה שינוי המציאות הרֵאלית 194 195
בשולח שוגג 33
בשותף 55 58
בשליח בשכר 26 33 57 58
בשליח גוי 26 185 194
בשליח הנהנה מהעברה 34 38 77 117
בשליח הפועל תחת איום 42 43
בשליח חרש, שוטה וקטן 37 40 184 194
–להזיק בהבערת אש 184־187
–פעולה שמשנה את המציאות הרֵאלית 186
בשליח לקדש אישה, ומינה שליח משנה לקדשה לעצמו 437
בשליח עבריין מועד 33 36
–בשליח משומד 33
בשליח שאינו בר חיוב 39־40 184־186 194 195 208
בשליח שאינו פועל באופן רצוני 39־40 184
בשליח שוגג 31 33 34 37 38 40 41
–שליח לגנוב שחשב שהנכס שייך לשולח 123
בשליחות לשחרור עבד 87
דבר האסור לשולח ומותר לשליח 34 35 38־42 208
–תוקפו המשפטי של המעשה 41 42
דבר האסור לשליח ומותר לשולח 42
'דברי הרב ודברי התלמיד' וכו' 28־32 40 41 185
–כטעם לאחריות השליח 30
–כטעם לכלל 33 42
–כטעם לפטור השולח 30־32
חיוב השולח בדיני שמים 26־28
–ב'דינא זוטא' 29
–בעברה שאינה לטובת השולח 29
–בשליח בשכר 26־28
חריגים לכלל (ראה גם: אחריות שילוחית) 38־43
–גנבה ע"י חצר 38־43
–הפעולה תקפה לעניין שבהיתר 55
–טביחה ומכירה 30
–מעילה 30
–שולח שוגג 33
–שליח הפועל תחת איום 42 43
–שליח עבריין מועד 33 36
–שליח שאינו בר חיוב 34 35 38־42 184־186 194 195 208
–שליח שאינו פועל באופן רצוני 39־40 184
–שליח שוגג 31 33 34 37 38 40 41 123
–שליחות יד 30
כדרך לעקיפת איסור הלוואה בריבית 36
כטעם לשלילת שליחות כשחב לאחרים 20
לענין 'זכין' 815־817
מקור הכלל 29־34
עברות שאינן נושא לשליחות
–עברה שעניינה הנאה אסורה 117
–עברה שעניינה פעולת הגוף גרידא 29
פעולה מותרת שהשליח עושה באיסור 26
–שליח לגרש, שגירשה נגד רצונה 26 137
–שליח לקנות, שקנה בשבת 26
–שליח שהונה את הקונה 356
–שולח שוגג 33
שליח שקונה בכסף השולח עבור אדם אחר 763
תוקפו המשפטי של המעשה 34־37 87 111 208
–ייחוס התוצאה בלבד לשולח 111
–עברה שאינה נגמרת עם פעולת השליח 36

– שליח לגרש אישה נגד רצונה 36 37
– שליח של כהן לקדש לו גרושה 34 35 36 37 39 40
אישה (ראה גם: אלמנה; בעל ואישה; גירושין)
כשליחה לגלח פאת ראשו של גבר 39
כשליחה לפדיון הבן ולמילה 244
כשליחה לקידושין ולגירושין 180 195 196 244
נשואה, כשותף 279-281
נשואה, כשלוחה של בעלה 63-65 271-273
פטורה מפדיון הבן 243 244
אישור בדיעבד (של פעולה בלי הרשאה) 147 148 285 347-353 770-772
בהעדר הרשאה או בחריגה מוחלטת ממנה (ראה גם: חריגה) 347-353
– אין אישור בדיעבד 147 347 348 556
– אין 'זכין' אם בינתיים עשה ה'שולח' פעולה זהה עם צד ד' 350 801
– אין 'זכין' אם הפעולה מוגדרת כחובה 349
– אין 'זכין' אם צד ג' תם לב חזר בו לפני שנודע ל'שולח' 350
– דין 'זכין' במתחזה לשליח והתכוון לפעול בעבור עצמו (ראה: שליחות נחזית)
– 'זכין' לקטין או לפסול דין 809-813
– פעולה שהיא זכות, תוקפה מדין 'זכין' (ראה גם: 'זכין') 348-353 784
בחוק הישראלי
– ב'שולח' שהוא קטן או פסול דין 809 814
– בשליחות נסתרת 320 776
– הסקתו משתיקת השולח למול מעשי השליח 148 319 797
– הרחבת ההרשאה ע"י אישורים חוזרים ונשנים 148
– השליח כ'נאמן' עד האישור 554
– וחוזה לטובת אדם שלישי 770-772 774 781
– חל למפרע משעת עשיית הפעולה 354 797
– לא אם הוא פוגע באדם אחר 321
– לא אם השליח וצד ג' הסכימו לבטל את הפעולה 321
– לא אם צד ג' החליט לראות את השליח כבעל דברו 322
– לא אם צד ג' לא ידע על החריגה וחזר בו מן הפעולה 321 350
– מכוח האוטונומיה של הרצון 320
– קושי עיוני 319 320
– תוך זמן סביר 321 322
– תועלתו 319 320
בחריגה שאינה מוחלטת (פגיעה באינטרס של השולח) (ראה גם: חריגה; לתקן...) 148 353-355
– זכות האישור של השולח 353
– שתיקה כאישור או לא 353
– תוקף הפעולה והזכות לבטלה למפרע 354
אלמנה
שמכרה מעזבון בעלה לגביית כתובתה
– אינה בגדר שליח 567
– כשבית דין עשה שומא 466
– מכרה בזול 565 567
– מכרה ביוקר – למי הרווח 565 567
– קנייתה לעצמה 450 451 464-466 477
– קנתה לעצמה וחזרה בה 472
'אמירה לגבוה כמסירה להדיוט'
במינוי שליח להפריש תרומה וביטולו 605
'אמירה לנכרי' (ראה: שבת)
אנגליה
משפט אנגלי 153 198 320 323 391 392 770
אנטלר (ראה גם: אורכתא) 49
אפוטרופוס
אחריותו לנזק שנגרם לרכוש היתומים 47
איסורו לקנות מנכסי היתומים 451
היקף סמכותו 45 46
– באפוטרופוס של גדול 48
– גם במקום שחב לאחרים 46
– הגשת תביעה בשם היתומים 46
– ייצוג היתומים כשהם נתבעים 46
– מחילה על זכות של היתומים 48
– מינוי אפוטרופוס אחר תחתיו 46
– מינוי שליח 46
– נתינת מתנה מרכוש היתומים 48
– פעולה העלולה להזיק ליתומים 45
– פרעון חוב של היתומים 48
– קבלת המחאה במעמד שלושתם 46
השוואתו לשליח 44-49
חיובו להישבע שלא גזל 48
ייצוגו את היתומים אם נתבעו בדין 277
– רק אם יזכה בדין 277
יתומים שסמכו אצל בעל הבית 45
כדי לאפשר ליורש למכור קרקע לפני גיל עשרים 649
לגדולים 649
'לתקוני שדרתיך ולא לעוותי' 47 48
מקור סמכות ב"ד למנותו 773

מקיים מצווה 45
נטילתו מרכוש היתומים לביצוע
תפקידו 47
נטל הראיה בשאלת חריגתו מסמכות 47
סמכותו כסמכות הבעלים 44
סמכותו מדין 'זכין' 44
עדות על שור היתומים בפניו 47
פטור מדיווח 48 49 446
–באפוטרופוס שמינהו אבי היתומים 48
–באפוטרופוס שמינהו בית משפט נכרי 49
–תקנות קהל לחייבו 49
קבלת עדות בפניו בעניין היתומים 47
ריבוי אפוטרופוסים
–אחד שפעל על דעת כולם 755
–במקום שנהוג שפועלים בנפרד 754 756
–כשאחד מהם גר רחוק מהנכסים 753
–כשאחד מהם הלך למקום רחוק 757
–מת אחד מהם 756
–צריכים לפעול יחד 752 753
שהוא קטן 45
שליח כאפוטרופוס של יורשי השולח 648 649
שמבקש להתפטר 45
שמינהו אבי היתומים 45 46
שמינהו בית דין 45 46
שמכר וטעה בפחות משישית 47
שקיבל שוחד ופגע ביתומים 453
'אפוכי מטרתא למה לי' 540
ארץ ישראל
הנחלתה ע"י נשיאי השבטים 99 773 811
–מדין 'זכין' או מדין שליחות 811
ארצות הברית
משפט אמריקאי 300 770

'בהכי אמדתיך' 71 257
בושת
המבייש אחר ע"י שליח גוי 41 194
בחירות (ראה גם: מנהיג)
הצבעה ע"י שליח 12
יחסיות או אזוריות 72
'בידו' (ראה גם: 'לא מצי עביד השתא')
מניעה שאדם יכול לגבור עליה 225-227 233-235
ביטוח
אי תשלום פרמיה, כהרשאה לסוכן לבטל את הפוליסה 150
שליח לגבות דמי ביטוח, שנתן ארכה למבטח, והלה פשט את הרגל 489
ביטול השליחות (ראה גם: סיום השליחות)
ע"י השולח 140 314 600-633 653
–אחרי חריגת השליח מההרשאה 314 315
–אחריותו כלפי צד ג' שלא ידע על כך, אם השליח ידע 701
–אף שהמינוי היה במעשה קנין 144 666
–באופן שהביטול ייכנס לתוקף לאחר זמן 612 613
–באותו אופן שנוצרה בו השליחות 606 613 620 621 624 641
–באמירה עקיפה שניכר מתוכה שרוצה לבטל 609
–באמצעות שליח 173 606
–בגילוי דעת בעלמא 607-614 616 617 621 624 634 640 653
–בגירושין, התייחדות כביטול 609 646
–בהבעת רצון שאינו רוצה את המטרה 627-633
–בהוראה לא לבצע את השליחות (ראה: חובת הנאמנות)
–ביטול בטעות 615
–ביטול בלב 606 607 610
–ביטול בלב, אם ניכר לכל שזו דעתו 609 610 612 613
–ביטול למפרע או מכאן ולהבא 601 625 626
–ביטול מראש של הביטול 667
–בכתב 614 618-620 631
–בלי אמירה מפורשת, לפני כניסת השליחות לתוקף 621 622 641 642
–בלי דיבור, אם השליח התמנה בלי דיבור 613 614
–בלי ידיעת השליח 162 601 604 607 644
–בלי ידיעת צד ג' 601 604
–בלי עדים 537 612
–במינוי שליח אחר לאותה פעולה 615-618
–במסירת מודעא 621
–במעשה קניין 604
–בנוסח דו-משמעי 610
–בניגוד להתחייבות חוזית 485 666 667
–בניגוד לשבועה 666
–בעשיית הפעולה בעצמו 614 615 698
–בפני בית דין 604
–בפני השליח 606
–ברמיזה 619 620
–בשליח שנתמנה ע"י מעשה 601
–בשליח שנתמנה שלא בפניו ולא נודע לו על כך 621 622
–בשליחות להבטחת זכותו של אדם אחר 599 665-667
–בשליחות שנועדה לטובת השליח או צד ג' 665 666 669

–הגבלת השליחות לזמן מסוים או למקום מסוים 630
–הגנת השליח שלא ידע על הביטול 683־688
–הגנת צד ג׳ שלא ידע על הביטול 683־686 688־702
–השליח אטם את אזניו כדי לא לשמוע את הביטול 608 617 631
–חזקה שאינו מבטל (ראה: חזקה)
–חזרתו מהביטול 162 163 625 626 640 643 644
–חזרתו מהביטול בפני עדים או ב״ד 143
–ייפוי כוח בלתי חוזר 599 665־667
–יסודו המשפטי של כוח הביטול 602־607
–לא אחרי שהקנה את הנכס מושא השליחות לצד ג׳ 668
–לא אחרי שהקנה את הנכס מושא השליחות לשליח ע״מ להקנות לצד ג׳ 668
–לפני ביצועה 159
–לפני מינוי השליח (ראה: מודעא)
–מקורות לכוח הביטול 600 601
–רק אם השליח רוצה גם הוא בביטול 644
–שלא בפני השליח – הצורך בעדים בשליחות לגט 619 624 631
–שלא בפני השליח 114
–תוך כדי דיבור אחרי ביצוע הפעולה 625 626
–תקנה שמועיל רק בדיבור 614 630
ע״י השליח 158 164 165 633־644
–בגילוי דעת בלי אמירה מפורשת 640 641
–בדבר האבד 491 492
–בהסכמתו להפוך משליח הולכה לשליח קבלה 637
–בלי ידיעת השולח 637
–בנוכחות השולח 641 642
–בשליח המקבל שכר בקבלנות ועשה קניין 492
–דינו כדין פועל החוזר בו 456
–חובה להודיע מראש לשולח 435
–חזרתו מהביטול 110 162 638 640 643 644 663
–יסודו המשפטי של כוח הביטול 639 640
–לפני כניסתה לתוקף 639 641 642
–ע״י שהציג עצמו לצד ג׳ כשליח לתפקיד קל מתפקידו האמיתי 637
–רק אם השולח רוצה גם הוא בביטול 644
ביכורים
מקרא ביכורים ע״י שליח 24
ביקור חולים
ע״י שליח 15
בית דין (ראה גם: ייצוג משפטי)
המקבל על עצמו שניים כדיינים, ורק אחד מהם דן 749
ייצוג בו ע״י שליח (ראה גם: אורכתא)
–מכוח הרשאה משלימה 250 277
מקום הדיון – מקומו של הנתבע 51
פסיקת דיין לפי ראות עיניו, בגלל ספק 563 592
שומר המוכר פיקדון העומד להתקלקל – רק בב״ד 292 299
בית הדין של חיפה 650
בית הדין של לונדון 715 716
בית כנסת
סמכות טובי העיר למוכרו 269
בית משפט (ראה: בית דין)
בכור בהמה
בשותפות של ישראל וגוי 375
–קנה מבכרת מגוי וילדה לפני שהחזיק שותפו הגוי 375
חיוב אישה, כהן ולוי בפדיונו 244
מכירת מבכרת לגוי ע״י שליח 91
–אם לא הייתה ברשות השולח בשעת המינוי 237
–אם עשו משיכה וחשבו שקנה בכסף 125
–בלי ידיעת השולח 296
מכירת מבכרת של אחר מדין ׳זכין׳ 796
בלדר 6 43
בן
המנהל את נכסי אביו – הרשאתו למשכן חפציו 273
חיובו אם קילל רק אחד מהוריו 750
בעל ואישה (ראה גם: אישה)
אישה הנושאת ונותנת בנכסי הבעל 65
–זכות הבעל להחליט 349
–תוקף מעשיה מתקנת השוק גם אם פגעה בבעל 384 385
אישה שהתעסקה בממונה וגבו מהבעל 272
אישה שהתפשרה על נכסיה ובעלה מתנגד 283
בעל הרושם נכס על שם אשתו 353
בעל מורשה מכללא לייצוג משפטי על נכסיהם המשותפים 280 281
–אם האישה לא הייתה בעיר 281
–כי ידו כידה 281
–מכוח הרשאה משלימה 280 281
–נגד רצונה 281
המדיר את אשתו הנאה והביע רצון שאחרים יפרנסוה 136
–זכות המפרנס לשיפוי 136
הרשאת האישה לפעול בנוגע לניהול הבית 271־273

–ביטול חמץ 272
–בסכום קטן או גדול 272
–הגשת כיבוד לאורח 271
–כשהיא מסתירה את מעשיה מבעלה 272
–ללוות כסף 272
–מחאת הבעל 272
–מפני תקנת השוק 272
–פגיעה באינטרסים של הבעל 272
–שכירת מלמד לבן 272
כוח ייצוג הדדי (׳אשתו כגופו׳) 63־65
–בהדלקת נר חנוכה 65
–בהתרת נדר 63 64
׳בעליו עמו׳ (פטור שומר שבעל הנכס מועסק אצלו)
בהעסקת אפוטרופוס של בעל הנכס 46
בהעסקת עבדו של בעל הנכס 59 245
בהעסקת פועל של בעל הנכס 59
בהעסקת שותפו של בעל הנכס 55 56
בהעסקת שלוחו של בעל הנכס 25 55 59 104
במשאיל השולח את הנכס לשואל עם שלוחו 86 87
בעל הנכס מועסק אצל עבדו של השומר 59
בעל הנכס מועסק אצל שותפו של השומר 55 56
בשולח אם רואים אותו כשואל גוף השליח 591 592
טעם הפטור 25 592
מכירה באשראי כמעשה נזיקין שלא חל בו הפטור 256
ברוקר (broker) 441 488 494 574 594 720
בֵּרֵה
אם הדבר מבורר בשעת החלות המשפטית ולא בשעת הפעולה 156
אם הפעולה יכולה לחול לאחר זמן 156 157
בזיכוי גט בתנאי שהאישה תסכים 793
שליח שאינו מבורר בשעת המינוי 155־157
בשר
שליחות לתת בשר – האם כוללת כבד 251
׳בתורת הדבר׳ (ראה: לא מצי עביד)

גבאי צדקה (ראה גם: צדקה)
בהלוואה בריבית 816
בניגוד עניינים 451
המחאת זכות לעני באמצעותו 72
׳יד עניים׳ 72
פורט לאחרים ואינו פורט לעצמו 451
גוי
איסור להטעותו 571
אמירה לנכרי בשבת (ראה: שבת)
המוכר שדה לגוי – חובתו לפצות שכן יהודי 588 589
העברת גט וכתב מינוי לשליח לגירושין באמצעותו 7 8 150 157 619
–העברת הגט בלבד, האם עולה כדי מינוי 150
השולח יהודי לקנות חמץ בפסח 375
כשרותו להיות שולח 86 413
מניעת הפלייה בינו ליהודי בדיני ממונות 190 813
פסול להיות שליח 100 187־195 812 813
–בהלוואה בריבית 189
–בשליחות לדבר עברה 194
–בשליחות לשכור פועלים 9
–בשליחות מכוח ׳הליכות עולם׳ 194
–בשליחות שעניינה שינוי המציאות הרֵאלית 188
–דין שותף גוי 53
–כי אין זיקה בסיסית בינו לשולח 100 190
–כשהשולח גוי 91 200
–לעברה שעניינה שינוי המציאות הרֵאלית 194 195
–מקורו במדרש הלכה 187 242
–שליח לזכות מנכרי 53
–תוקף הפעולה בממון מטעם מנהג 190
–תוקף שליחותו לחומרה 29 77 191־195
רווח שנוצר עקב טעותו 570
גוסס
הממנה שליח לגרש 679
–לעניין ׳מצי עביד׳ 204 206
מינה שליח לגרש והפך לגוסס 656 657 658
מינוי שליח לגבות חוב מגוסס 21
גורל (ראה גם: הגרלה)
שליח שאיחר במועד הפלת הגורל לחלוקת שותפות 309
גזל (ראה גם: גנבה)
חריגה מהרשאה כגזל 340 416
שבח שהשביח הנכס הגזול 540
שליח המשתמש בכסף של השולח לקנות לעצמו 536־541
–אם קנה נכס שונה מזה שהתבקש 537
גזלן
גזלן שקנה נכס בכסף הגזול – למי הנכס 539־541
קונה בשינוי 340 416 539 540
גט (ראה: גירושין)
גט זיכוי (ראה: גירושין, מדין ׳זכין׳)

'גט קושטא' 159 218־222 224 238 795
'גטו וידו באין כאחד' 82
בשטר שחרור של עבד 202
גיור
עובֿר, ע"י טבילת אמו 812
קטן, מדין 'זכין' 243 800 802 810
–אם נהג כיהודי כשגדל בלי לדעת שגויר 802
–זכותו להתנגד כשיגדל 802 803 805
–זמן חלות הגיור 800
–חלות הגיור – ע"י הקטן או ע"י ב"ד 810
גירושין
אב המקבל גט של בתו הקטנה 200
אומדנא שהבעל התכוון לגט רק בתנאי מסוים 676
אין הולכים בהם ע"פ אומדנא 608
ביטול שליחות לגירושין 600 601
–בנוסח שאינו חד משמעי 610 611
–גילוי דעת על הרצון לבטל 607־609 611 616
–האפשרות שהבעל רק מתכוון לצער את אשתו 630
–הגט עצמו אינו מתבטל 601
–השליח אטם את אזניו כדי לא לשמוע את הביטול 608 617 631
–חזרה מהביטול 162 625 626
–ע"י כתיבה ורמיזה 618־620 631
–ע"י שליח 17 18 173 456 615 616
–שלא בפני השליח – בפני עדים דווקא 173 609 616 619־627 631
גט – שליחתו בדואר 8
'גט קושטא' 159 218־222 224 238 795
גט שיחול לאחר זמן, ובינתיים השתטה הבעל 677־680
–אם אמר שהגט יחול רגע לפני מותו 679
גט שנכתב בשבת 208
גירושי אישה שוטה
–זכות לבעל 159
–ע"י אביה 221
–שוטה מדרבנן 223
דואר – שליחת גט באמצעותו 8
היוצא למלחמה 138 609 787
המקדש אישה 'לאחר ל' יום' וגירשה תוך ל' 227 228
הצורך בכוונה לשמה בכתיבת גט 127
–שליחות לעניין הכוונה בלבד 128
הצורך ברצון הבעל 662
חזרה תוך כדי דיבור מגירושין 625
–שנעשו ע"י שליח 625
חריגת השליח מההרשאה
–אמר לשלושה לחתום על הגט ולא חתמו כולם 260 261
–אמר לשליח להתנות את הגט בכך שלא ישוב עד זמן פלוני, ומסר אחר הזמן ולא התנה 309־311
–אמר לשליח לכתוב גט פשוט וכתב מקושר או להיפך 259 314 315
–אמר לשליח למסור גט ביום מסוים, ומסר אח"כ 309 310
–'גרש את אשתי בבית' וגירשה בעלייה 305־307
–'גרש את אשתי ביד ימין' וגירשה בשמאל 304־307
–'הבא את גטי ממקום פלוני' והביאו ממקום אחר 304
–'טול ממנה חפץ ותן לה גט' והשליח עשה להפך 255 306
–כהן שאמר לשליח להתנות גט במותו, ומסר לה הגט בלי תנאי 348
–מנהג לכתוב גט פשוט וכתב השליח מקושר או להיפך 259 314
–'מראה מקום הוא לו' 262
–'קבל את גטי במקום פלוני' וקבלו במקום אחר 262 302־305
–שינוי ממנהגי חומרות בכתיבת גט 313 325
–'תן גט לאשתי במקום פלוני' ונתנו במקום אחר 262 303 325
–'תן גט לאשתי' ונתן לשלוחה 306
'טלי גיטך מע"ג קרקע' – הצורך בנתינה 8 450 476 477 481 482 634 635 642
–בנתינת החצר שבה הגט לאישה 482
כפיית הבעל לגרש 662
כתיבת גט ליבמתו, שיחול לאחר הייבום 226
כתיבת גט ע"י חרש, שוטה וקטן 127
–אם גדול עומד על גביו 127 128
לאחר שלושים יום 660
מדין 'זכין' 85 315 775 815
–באישה משומדת 805
–באישה שגילתה דעתה מראש שרוצה גט – חשש שהתחרטה 611 612 787
–באישה שוטה, שאחר יתן לה גט כשתשתפה 222 795
–באישה שמינתה שליח אך הבעל ביקש שיקבל את הגט מדין 'זכין' 611

גירושין (המשך)
– בבני זוג שהתקוטטו 786 787
– בבעל החושש שאשתו תצטרך להתייבם ליבם משומד 806 807
– בבעל החושש שאשתו תצטרך להתייבם ליבם שאינה רוצה 86 786
– בבעל חולה, להצילה מיבום, בתנאי שימות 792
– בבעל מוכה שחין 786 787
– בבעל משומד 82 786־788
– בבעל שגילה דעתו מראש שרוצה לגרש 787 797
– בבעל שמינה שליח לגרש ומת השליח 787 788 790 792
– בגדר ’זכין מאדם’ 794־796
– זכות האישה להתנגד, במצב שהייתה זכות גמורה לה 806 807
– טיהור ממזרים מכוח גט זיכוי 788
– כדי שלא תצטרך חליצה 786
– לאישה הגרה עם זר באיסור 780
– לאישה הגרה עם זר באיסור ומתנגדת לגט 807
– מינוי שליח קבלה על ידי הבעל בגט זיכוי 86
– על תנאי שהאישה תסכים 793
– על תנאי שהבעל יסכים 792
מהותם – פעולת מתן הגט או הימצאות הגט ביד האישה 108 112 200 635
מודעא על הגט 672
– אם לא היה אונס 672 673 675
– ביטול המודעא מראש 667
– גילוי דעת שהוא אנוס, בלי ביטול מפורש 675 676
– הציווי לכתוב – כביטול המודעא 675
– כביטול מוקדם של הגט 673־675
– כביטול שליחותו של השליח לגרש 675
מינוי שליח לכתיבת גט
– אם הבעל אינו יודע לכתוב 207 208
– אם הבעל מנוע הלכתית לכתוב (מינוי בשבת) 208 209 228
– אם הבעל מנוע פיזית לכתוב 203־205
– בטלפון או בשיחת וידאו 146 737
– בכתב 140 141 146 737
– בתנועת גוף 145 146
– האם דיני שליחות חלים על כתיבת גט 205
– וכתב ואבד הגט – יכולתו לכתוב חדש 405 669
– ע”י שליח 735־738
מינוי שליח לכתיבת גט – השלמת השליחות לנתינתו 266 275
– אם אמר כך בב”ד 267
– אם היה בריא והשתתק אח”כ 267
– אם היה בריא והתאבד אח”כ 275 276
– אם היה בריא ומת אח”כ 275
– אם היה לחוץ 266 267
– מפני אומדן כוונתו 267
– מפני שהמטרה לא תושג בלי נתינה 266
– מפני שיש קוראים לנתינה ’כתיבה’ 266
משומד שמינה שליח לגרש
– חשש שיבטל את השליחות 602
נגד רצון האישה 98
נתינת הגט בלי הקנאה 478
נתינת הגט שלא לשם גירושין 112
ע”י הנחת הגט בחצרה של קטנה 199
עדים שחתמו על הגט והבעל נכח ושתק 149
קבלת האישה את הגט – כקנייה 82 118
קבלת הגט ע”י העבד של האישה 60
קטנה שמינתה שליח לקבל את גטה 181 199 200
קריעת הגט בשעת השמד 139
ריבוי שלוחים לכתוב גט 751 752
– אמר ’כולכם’ 752 755 756
– ביטל שליחותו של אחד מהם 757
– מת אחד מהם 260 261 756
שליח האישה לקבל גט 82 97 634
– בעיית השליחות הפסיבית 117 118
– וחזרה בה מרצונה להתגרש 628 632
– ייחוס הפעולה לאישה 111
– ייחוס התוצאה בלבד לאישה 112
– כוחה למנותו 82־84 90 119
– מבעל שלפעמים הוא שוטה 224 229 230
– מינוי הבעל כשליח קבלה 476
– מינוי ’מי שירצה הבעל לתת לו’ 155־158
– מינוי שלוחים אחדים 753
– מינוי שליח אחר, האם דינו כביטול הראשון 616־618
– מינוי שליח הבעל כשליח קבלה 476
– מינוי שליח משנה 722 727־729
– מינויו בעדים דווקא 112 113 118 142 199 635
– מינויו בעל פה 139
– מינויו כשהיא מרותקת למיטת חוליה 207
– מינויו לפני נישואיה 224
– מינויו שלא בפניו (בלי ידיעתו) 8 161 163
– מקור נורמטיבי לאפשרות מינויו 97
– עבד כשליח לקבלת הגט 112 113 118 196
– שהבעל מינהו לשליח הולכה 82 83 165
– של אישה קטנה 199 200

גירושין (המשך)
– שליח (גבר) 195
– שמקבלו ע״י קניין חצר שלו 118
שליח הבאה 634
– הגדרתו כשליח הולכה 635 638־639
– הגדרתו כשליח קבלה על תנאי שיגיע הגט ליד האישה 634
– הגדרתו כשליח רק לקבלת הגט ולא לגירושין 635 638
– ובעיית ׳טלי גטך מע״ג קרקע׳ 634 635
– מינויו בלי עדים 635
– שהציג עצמו לבעל כשליח קבלה 634־639 641־643
– שסטה מהוראות האישה לעניין מקום קבלת הגט 304
שליח הבעל לגרש 5 7 78 79 97־99 127
– אחד ממקורות דין השליחות 97
– ביטול השליחות בלי ידיעת השליח 113
– ביטול שליחותו ע״י שליח 17 18 173 456 615 616
– בעלות על נייר הגט – של הבעל או גם של השליח 108
– האם שליחותו רק לנתינת הגט או גם לעצם הגירושין 103 112 234 478
– הפגיעה באישה ותוקף השליחות 19 21
– התייחדות כביטול השליחות 609 646
– וחזר בו הבעל מרצונו לגרש 627־632
– ומת הבעל 645 646
– ונשתטה השליח 662 663
– ונשתטה השליח וחזר והשתפה 658 662
– כפייתו לעשות את שליחותו 633
– מי המגרש 478 479
– מינוי אשתו למסור לעצמה את הגט במקום אחר (ראה: לא חזרה...)
– מינוי כשהבעל עצמו אינו מסוגל להגיע למקומה של האישה 206
– מינויו בכתב 140 141 618־620
– מינויו בכתב באמצעות שליח גוי 7 8 140 141 150 157 619
– מינויו בעל פה 139
– מינויו בעצם שיגור הגט אליו ע״י גוי 150
– מינויו ברמיזה 620
– מינויו בשעת הקידושין באם ייעדר הבעל זמן רב 210
– מינויו לאו דווקא בעדים 112 113 118 142
– מינויו לפני הייבום 226 234 235
– מינויו לפני הקידושין 211 212 226
– מינויו על תנאי 138
– מינויו שלא בפניו (בלי ידיעתו) 7 8 161 163
– נגד רצון האישה 21 22 36 37
– עבד כשליח לגרש 112 113 118 196
– שגירש אותה נגד רצונה 26 137
– שגירש וחזר בו תוך כדי דיבור 669
– שהוא גם שליח האישה לקבלתו (ראה: לא חזרה...)
– שחלה והורה למנות לו שליח משנה, ומת לפני המינוי 715 716
– שליחה (אישה) 195 196
– שמת – האפשרות למנות לו שליח משנה מדין ׳זכין׳ 715
– שמת – יכולתו של אחר לגרש מדין ׳זכין׳ 788
– תוקף המינוי אף לפני שנכתב הגט 232־236
שליח הבעל לגרש ונשתטה השולח 107 108 159 650־661 676־680
– אי-שפיות זמנית או קבועה 653 655
– בין הכתיבה למסירה 661
– הצורך במינוי חדש אם ישתפה 658
– ואח״כ ביטל את השליחות 653
– יכולת השליח לגרש בתקופת השטות 655־658
– תוקף השליחות 653 661
– תקנת חכמים שלא יגרש 657 658 660 662
שליח לגרש אישה שוטה לכשתשתפה 157 159 169 218־224 795
– מדין ׳זכין׳ 222 223 238
– שוטה דרבנן 223
שליח לגרש, מינוי שליח משנה (ראה גם: שליח משנה) 721
– אם הורה לו השולח למנות אחר לכתוב גט (׳אומר אִמרו׳) 735־738
– דין שליח המשנה כדין שליח הבעל 714
– הבחנה בין שליח לכתיבת גט ובין שליח לנתינת גט 115 725 726
– הנחה שהבעל מקפיד על ביצוע אישי 719־722
– ומת הבעל 714
– ומת השליח הראשון 714 715 717
– כשהבעל אמר לו ׳אתה הולך גט זה׳ 719 721 722
– כשהבעל אמר לו ליטול חפץ מהאישה 719 720 724 739 740
– כשהבעל גילה נכונות שימנה שליח 723
– כשהבעל גילה רצון שהשליח יגרש בעצמו 722
– כשהבעל התיר לו למנות שליח 723
– כשהבעל התנה את מתן הגט בוויתור האישה על חוב 721

–כשנמנע ממנו לעשות את שליחותו (חלה או נאנס) 720־724
–'מילי לא ממסרן לשליח' 725־734
–שליח לגרש לאחר ל', יכול למנות ש"מ בתוך ל' 714 715
שליחות לשכנע בעל לגרש – שיפוי השליח 584
תנאי בגט
–אם הבעל חזר בו לפני קיום התנאי 621 622
–בעל פה 138
גמירת דעת
בביטול שליחות 630
במינוי שליח 140 167 666 687
–לדבר עבירה 31־33 43 76
–לדבר שלא בא לעולם 159 216 219 235
–לקבלת מתנה 84
ודין 'זכין מאדם' 796
מסירת מודעא כראיה להעדרה 641 672 673 675
של שליח, כאילו של השולח 796
גנבה (ראה גם: גזל)
טבח ומכר ע"י שליח – יש שליח לדבר עברה 30
–ביטול השליחות בלי ידיעת השליח 114
ע"י קניין חצר 37 38 184 186 187
–בעיית השליחות לדבר עברה 38־43
ע"י שליח שחשב שהנכס שייך לשולח 41 123
שותף שגנב עבור השותפות 55
גנבת דעת
שותף שמשתמש לצורך עצמו במידע שקיבל לצורך השותפות 455
גר (ראה: גיור)
גרמא (**ראה גם: נזק**) 37 376 377 387 487־489 494 498 502 503 587 692־694
חייב בדיני שמים 487 495
גרמי (**ראה: נזק**)
גרמניה
משפט גרמני 321־323 373 434 684
גרסאות
התנגדות הרמב"ן לתיקון נוסח תלמוד 810

'דבר שאין בו ממש'
הקנאתו 734
'דבר שלא בא לעולם'
אין גמירת דעת להקנאתו 216
אין גמירת דעת למינוי שליח אודותיו 159 216 219 235
אין לקניין על מה לחול 216 217 233 235
דבר קיים, שאי אפשר לעשות בו את הפעולה המבוקשת 215
דעה שאפשר להקנותו 215
הפרשת תרומה מפירות מחוברים לכשייתלשו 225 234 235
הקנאתו במעמד שלשתם 237
הקנאתו בסיטומתא 237
הקנאתו יחד עם דבר שבא לעולם 237
הקנאתו 'לכשיבוא לעולם' 237
התחייבות בו 217 233 237
כשביד המקנה ליצור את מושא הקניין 234
'כשיבוא לעולם, משוך וקנה' 154 216
–במתנה או במכר 216
מניעה משפטית שבידו להסירה 225 227 232
שיבוא לעולם לאחר זמן מסוים 227־229
שליח לדבר שלא בא לעולם (ראה גם: 'לא מצי עביד השתא') 215
–במינוי שיחול כשיבוא לעולם 154
תפיסתו אחרי הקנאתו 237
'דברים שבלב אינם דברים'
אם הוכיח שכך היה בלבו 351
ביטול שליח בלב 606 607 610
במי שהתחזה לשליח והתכוון לעשות את הפעולה לעצמו 351
בשליח שטוען שהתכוון לעשות את הפעולה לעצמו 537 538
בשליחות נסתרת – אמירתו אח"כ שפעל כשליח 330 337 358 371 409 410 423
דברים שבלבו ובלב כל אדם 609 611
כשנאנס מלפרש כוונתו 610
לעניין שליח שעשה שליחותו אחרי שהשולח עשה 120
שולח שחשב בלבו שאינו רוצה במטרת השליחות 629
שליח שהתנגד בלבו למינוי 165
דואר
שליחת גט באמצעותו 8
דוד המלך
אחריותו המוסרית להריגת כהני נוב 592
הענשתו על הריגת אוריה החתי 27 28
דיבור
דיבור שאין מי ששומע אותו – כמחשבה 608
הגדרת המושג 140 602־606
מבטל דיבור 140 314 601־608 610־613 616 621 622 625 626 628־630 632־634 637 640־642 644 667 672 674 676 698 717
מעשה מבטל דיבור 604

דיין (ראה גם: בית דין)
כשליח של בעל הדין 70 205
דין ׳נהנה׳ (ראה: עשיית עושר...)
׳דין עבד כנעני׳ - דרך לזַכות צד ג׳ 65־68 351
בהקנאת קרקע 66
בזיכוי נכרי 67
בנכרי המזכה יהודי 67
בקידושי אישה 66 68
דמיון לחוזה לטובת צד ג׳ 774
האם חל גם בדיני ממונות? 66
השוואתו לשליחות 67 68
חל רק לעניין שינוי סטטוס 66
מדין ׳זכין׳ 67
׳דינא דבר מצרא׳ (ראה: מצרן)
׳דינא דמלכותא דינא׳
בדבר שיש בו חיוב בדיני שמים בהלכה 377 487
בעניין פשיטת רגל 663
יפוי כוח בלתי חוזר 667
׳דיני שמים׳ (ראה גם: מוסר)
חיוב בגרמא בנזיקין 377 487 495
חיוב בשליחות לדבר עברה 26־28
׳דעת אחרת מקנה׳ 124־127
העושה מעשה קנין בחפץ של אחר וחושב שהוא שלו 395
מדין ׳זכין׳ 125 126
דעת מקנה
במכר 466 481 545
בשליח העושה את פעולת השליחות עם עצמו 466־468 474 475 478
בשליח מתחזה 352 424
בשליחות נסתרת 397־402 417־419 422־425
ודין ׳זכין׳ 776 796 797
כשמי שעשה את הקניין אינו מתכוון לקנות 545

הגבהה (קניין)
בגרמא 61
הגרלה (ראה גם: גורל)
זיכה את חברו בכרטיס הגרלה זוכה, ומבקש לחזור בו 801
שליח הטוען שקנה את כרטיס ההגרלה הזוכה לעצמו 536
שליח שנתבקש להאריך תוקף כרטיס הגרלה, ולא האריך 489
׳הוא עשה שלא כהוגן...׳ 531
הודאה
בחוב בפני שלושה 754
–האם דינם כעדים או כבית דין 754
ע״י שליח 15
שתיקה כהודאה 149 439
הודעה לסיום שכירות
מסירתה לשלוחו של השוכר 322
מסירתה ע״י שליח 133 170
הוכחת השליחות (כדי לחייב צד ג׳ להכיר בשליח)
בחשש שמא הסתיימה השליחות 171
–בשולח זקן או חולה – חשש שמת 171 173
–חשש שהשולח חזר בו 171
בעסקה חד צדדית שצד ג׳ צריך לקבלה 133 134 170 172 173
–הודעה על ביטול שליחות 173
בפעולה שתקפה בלי הסכמת צד ג׳ 173
הצגת תעודת זהות של השולח 172
זיהוי חתימות העדים בכתב ההרשאה 171
זיהוי כתב ידו של השולח בכתב ההרשאה 171 172
זכות צד ג׳ לקבל העתק ההרשאה 171 174
חובת תום לב בבקשה להוכחה 173
ע״פ סימן שהשולח רגיל להשתמש בו 172
–סימן כזה בלי כתב הרשאה 172
הוצאות
זכות השליח בהשבת הוצאותיו 583־586
–בשליח בשכר או בחינם 586
–בשליחות מטריאלית 584
–הוצאות הגבוהות מהמקובל 268 584
–הוצאות למניעת נזק לא ודאי 585
–הוצאות לפריעת חוב של השולח 585
–הוצאות על פעולה דחופה לצורך השולח 286
–כשהתחייב השולח במפורש לשפותו 584
–כשפעולתו נכשלה 293 585
–מה שנאלץ לשלם עקב נזק שגרם לצד ג׳ 583
–מכוח דין ׳נהנה׳ 585 586 717
–מכוח הסכם מכללא 584 585 587 717
–מכוח מנהג 268
–מתוך ממון השולח שבידו 47
–נטל ההוכחה בדבר גובהן 584
זכות שליח בהשבתן אם נסתיימה השליחות ללא ידיעתו 684 687
–׳מדין ערב׳ 687
–אם מת השולח 688
היקף השליחות 247־316
עשיית פעולות הנחוצות לביצועה (ראה: הרשאה משלימה)
פרשנות ההרשאה (ראה: פרשנות)
הלוואה (ראה גם: חוב; ריבית)
הוסכם שהלווה יפרע רק אם יהיה לו כסף – דין זיכוי הפירעון ללווה 780

זיכוי הפירעון למלווה, כשיש חשש לירידת ערך המטבע 794
לווה שאמר למלווה שפלוני שלוחו לקבלת הכסף 153
–חיוב הלווה מדין ערב 153
מלווה שכתב את שטר החוב על שם אחר 352 353
פרוזבול 793 794
פרעונה בשווה כסף 506
קבלת הלוואה ע"י שליח 92
שיעבוד נכסים עתידיים – חלותו על בגדים שקונה הלווה עבור אשתו 422 423
שליח לגביית חוב, מלווה הטוען שגבה יותר מהרשאתו 378
שליח להלוות, שלא הודיע שהוא שליח
–ומחל ללווה 408
–חבות הלווה לשולח 407 408
–נאמנות השליח לומר שאינו המלווה 407 408
שליח ללוות שלא הודיע למלווה מי הלווה 413
–אחריות השליח כלפי המלווה 413
–הבחנה בין שליחות תקפה לשליחות בטלה 413
שליח ללוות שלא הודיע שהוא שליח – חבות השולח למלווה 404
שניים שהלוו, והשטר נכתב ע"ש אחד מהם 407 408
'הליכות עולם' (כללי השכל הישר, שלא מכוח התורה) 9
שליחות מכוח 'הליכות עולם' 100 101 183 194
–ב'שליחות' לפעולה שאינה משפטית 9 10
–כשרות חרש, שוטה וקטן לה 101 183 184
–שליחות לפרעון חוב 183
'הלכה למשה מסיני'
דרישת האפשרות לומר לשולח 'עשיתי שליחותך' 480
הלנת שכר
בפועל שנשכר ע"י אשת המעביד 65
בפועל שנשכר ע"י שליח 64 65
'המוציא מחברו עליו הראיה' (ראה גם: 'קים לי'; ראיה)
מוחזק הטוען 'שמא' כנגד 'מרא קמא' הטוען 'ברי' 365 366
צד ג' הטוען שהשליח חרג מהרשאתו 323
שולח הטוען שהשליח חרג מהרשאתו 365
שליח הטוען שמעל בכספי שולחו ופעל בהם לעצמו 532 535
המחאת זכות (ראה גם: מעמד שלושתם)
בלי הסכמת החייב 393 408
בשליחות נסתרת – המחאת זכות השליח לשולח 393
הנאה
תשלום על הנאה שנגרמה מממון של אחר (ראה גם: עשיית עושר...) 562 585
הפלה (הפסקת היריון)
הרופא כשליח לדבר עברה 42
כדי למנוע לידת ממזר 42
הפקעת קידושין 623
הפקר
הזוכה מהפקר ואומר שזכה עבור אחר 423
העושה מעשה קנין בנכס הפקר
–וטעה בזהות מי שהיה בעליו לפני הפקרתו 395
–וטעה לחשוב שיש לו בעלים 395
הפקרה כנדר 14
הפקרה ע"י שליח 10 11 14 268
–באמצעות שליח משנה 730
זכייה מהפקר ע"י שליח (ראה גם: מציאה) 9-11 80 90
–אמר השולח "זכה לי" 123
–אמר השולח "תן לי" 123
–השליח עשה קניין בלי כוונה לקנות 9 10 122 123
–שאינו בר שליחות 10
הפקר בית דין
בסיס ליכולת לבטל שליחות בפני ב"ד 604
בסיס לתוקף שליחות גוי לחומרה 193
הפרשת חלה
גַבָּל מורשה להפרישה אם נהוג שהוא עושה כך 270
הפרשתה מקמח, שתחול אחרי הלישה 226
הפרשתה ע"י אחר מדין 'זכין' 795
–אם בעלת העיסה גילתה דעתה שרוצה בכך 789
הפרשתה ע"י משרתת
–אם הבצק יתקלקל עד שתחזור בעלת הבית – מדין 'זכין' 290 299
–הרשאתה להפריש 270
הפרשתה ע"י שליח 12
מינוי שליח להפרשתה כשעודנו קמח 216 225 226 232-236
מינוי שליח להפרשתה לפני שהקמח בא לעולם 230 231 233 235
–הקנאת הכסף לשליח לרכישת הקמח 231
תוקף ההפרשה מדין 'זכין' כשאין תוקף למינוי שליח 227 238

הפרת חוזה 119
שבין השולח לשליח ליפות את כוחו של השליח 485 529
הצלת ממון של אחר
נאמנות המציל לומר שהתכוון לזכות לעצמו 538
– בפועֵל 538
– בשותף 538
זכות המציל לשיפוי 286 288 289 294
– אם פעולת ההצלה לא הועילה 286
– זכות לשכר עבודה 286
– כשיכול היה להיוועץ בניצול ולא נועץ 297 585
– נזק וודאי 572 585
– נזק שאינו ודאי 288 585
– על נזק שנגרם לגוף המציל או לממונו 286 289
חובה מטעם השבת אבדה 288 289
מכירת נכס של האחר העומד לאבד מערכו 286 290
– הרשאה לכל אדם בהיקש לשליח 294 295
– הרשאה מדין ′זכין′ 294 295
הקדש
המקדיש את נכסיו
– חלות ההקדש על בגדי אשתו ובניו 421־423 430
– חלות ההקדש על תפילין שלו 421
המקדיש נכס לכשימכרנו ויקננו חזרה 225
המקדיש נכס שממושכן לזמן מסוים, לכשיפדנו 228
שליח להקדיש 16־18 731
– מי יכול להישאל לחכם על ההקדש 121
הקנאה (ראה גם: מעשה קניין)
של דבר שיגיע לרשותו רגע לפני מותו 679
שתחול רגע לפני מותו 679
הרשאה
משמעות הביטוי 134
הרשאה לייצוג משפטי (ראה: אורכתא)
הרשאה לפעולה דחופה (בכל שליח) 284־299
אחרי סיום השליחות 294
אחרי שהשולח ביטל את השליחות 294
באין ודאות של נזק לשולח 299
בשליח שיכול להיוועץ עם השולח 296
החזר הוצאות השליח 286
הרשאה מכוח הדין 250 286
הרשאתו בתור שומר 287־289
זכות השולח לבטל את הפעולה כשייוודע לו 291־293 295
– אחריות השליח במצב זה 292 293
חובה על השליח או רשות 292 293
– מדין השבת אבדה 293
לשם גרימת רווח לשולח 285 295 296
– אם נשלח להרוויח והרווח בסכנה 296
מדין ′זכין′ 291 293־296 298
מניעת הפסד החורג מן הצפוי 297 298
מתקנת חכמים 292־295 297 298
פטור מאחריות אם גרמה הפעולה נזק לשולח 285
פיקוח ב״ד על הפעולה 299
פעולה הדרושה לשמירת נכסי השולח בלי קשר לשליחות 285 286 295
פעולה משפטית בנכס של השולח 286
פעולה שאינה דרושה באופן סביר 298
פעולה שהצורך בה היה צפוי מראש 297 298
– מבחן סובייקטיבי 297
פעולה שספק אם תצליח 298
פעולה שתכשיל את ביצוע השליחות 284
שולח שהודיע מראש שהוא מתנגד 286 292
– התנגדות מכללא 297
הרשאה משלימה 265־284
כוח השליח לעשות כל הדרוש לביצוע שליחותו 249
– בלי ידיעת השליח והשולח 273 274 275־277
– הנחה שהשולח התכוון לכך 268 274
– ייצוג משפטי 278 279
– מכוח עקרון תום הלב 249
– פעולה בלתי צפויה עקב שינוי נסיבות 268
מכוח מעמד השליח 269־273
– ייצוג משפטי 279
סדר ההשלמה 273
ע״פ נוהג 250 268 269
– הוכח שהשולח הסתמך על הנוהג 273 274
– השולח טוען שלא התכוון לפעול לפי הנוהג 274
הרשעת השולח או השליח בעברה חמורה
אינה מביאה לסיום השליחות 652
השבת אבדה (ראה גם: ייאוש; מציאה)
באבדה מדעת 292
בסיס לחובה להציל ממון של אחר 288 289 492
הבדל היקף החובה בין החוק והמשפט העברי 293
המוצא בהמה – קנייתה לעצמו כעבור זמן 465

הפרתה אינה עילה לפיצויים 293
כעילה לכפות על פועל השלמת מלאכתו 492
פטור ′זקן ואינו לפי כבודו′ 289
–בזקן שהוא שלוחו של בעל האבדה 289
התחייבות (ראה גם: קניין דברים)
בדבר שלא בא לעולם 217 233 237
לשלוחו של מקבל ההתחייבות 119
ע״י שליח 15 406
שליח שהתחייב ל-א, והשולח התחייב אותה התחייבות ל-ב 119

ו′ החיבור
האפשרות לפרשו כ′או′ 750 751 753
–בלשון בני אדם 750 753
–בלשון המקרא 750 753
–בלשון חכמים 751
–בשפה לועזית 750
וידוי
ע״י שליח 17
ויתור (ראה: מחילה)
′ולפני עיוור′ (ראה: ′לפני עיוור′)

′זה נהנה וזה לא חסר′ 437
זה נהנה וזה מתחייב - לא מצינו 34 38 77
′זכין לאדם שלא בפניו′ (ראה גם: גירושין, מדין ′זכין′) 769־819
אין זהות בין ה′זוכה′ למקבל 775
אינה מטעם שליחות 774 778־780 788 790 791 796 803 810 811 813
–ה′זוכה′ פועל עבור המקבל ולא בשמו 779 796 815
–ידו הארוכה של המקבל 779
–שליחות שלא מכוח הרשאה 779
ב′דעת אחרת מקנה′ 125 126
בזוכה שאינו ′שלוחו של בעל הממון′ 84 87 88
במי שנתן רשות לאחר להפריש תרומה 137
במכירת חמץ 794־796 806
במכירת נכס של אחר (ראה: מכר)
בקנייה עבור אחר (ראה: מכר)
בשליח שהרשאתו פגומה 176 227 769
–בדבר שאינו זכות גמורה 790
–בחובה 790
–במינוי שליח בתנועת גוף 146
–מינוי מוקדם 169 170
–מינוי שליח מתפרש כרצון שלא יחול ′זכין′ 170 789
–שליח שאינו כשר להתמנות שליח 790
–שליח שחרג מהרשאתו 342 348־350 370 377
–שליח שמת 650
–שליח שנתמנה ע״י שולח שאינו כשר למנות שליח 790
–שליחות שעניינה ′דבר שלא בא לעולם′ 238
–שליחות שעניינה ′מילי′ 730 740 790
דבר שאינו זכות גמורה
–אם גילה דעתו מראש שהוא רוצה 787־789
–אם התנו אותו בכך שהמקבל יסכים בפירוש 792 793
–אם התנו אותו בכך שיהיה למקבל זמן להחליט אם להסכים 793
–אם התנו אותו בכך שיתברר שהוא זכות 792
–הצורך בהסכמת המקבל 785
דבר שאינו זכות ואינו חובה 780
דבר שהמקבל אינו יכול לעשות בעצמו 813
דבר שיש בו זכות וחובה
–אם התנו אותו בכך שהמקבל יסכים בפירוש 792
דבר שיש בו חובה, והמקבל גילה דעתו שהוא רוצה 168־170
–במינוי פגום של שליח 168־170
–חשש שחזר בו בינתיים 170
דין הזכות לפני שנודעה למקבל (לעניין חזרת המזכה) 798 800
הגדרת ′זכות′ 291 780־797
–בשעת הפעולה ולא בדיעבד 780 781
–מצד יכולת המקבל להתנגד כשישמע 790 791
התנגדות המקבל כששמע 349
התנגדות המקבל מראש 350
זוכה המסתיר את כוונתו לזכות עבור המקבל 776
–מזכה שהיה מתנגד אילו ידע 776
זיכוי גט, לאישה שגילתה דעתה שרוצה להתגרש
–חשש שחזרה בה 611
זיכוי גט, לאשת איש הגרה עם אחר 780
זיכוי למראית עין 351־353
זכות אובייקטיבית, שידוע שהמקבל לא רוצה בה 786
–אם גילה דעתו מראש שאינו רוצה 790
–אם התנגד לאחר הזכייה 786
זכות הגוררת אחריה חובה 793 794
–אם החובה אינה ודאית 794

'זכין לאדם שלא בפניו' (המשך)
– אם החובה נגרמת מיד 793
זכות הכרוכה באחריות לאונס אפשרי 526 527
זכות שיש בצדה חובה 782-785
– אם בשעת הזכייה לא ברור שהזכות גדולה מהחובה 785
– אם הזכות היא העיקר 785
– החלפת נכס בנכס טוב יותר 782 795
– מכירה (ראה: מכר)
זכייה שיש בה עברה 815-817
חובה אובייקטיבית, שידוע שהמקבל רוצה בה 786
– אם גילה דעתו זמן מה לפני הזכיה 787 789
חובה, שהמקבל אומר שהיתה זכות עבורו 785
חזרת המזכה לפני שנודע למקבל 808
טעמו 168
יכולת המקבל לסרב כשנודע לו 291 790 791 798 802-807
– אמר שעכשיו חובה לו, ולא בשעת הזכייה 791 803 804
– בדבר שאפשר לאכוף על המקבל 805
– בזכות גמורה 291 292 804 805 807
– כשגילה דעתו מראש שהוא רוצה 804
– כשמת – זכות יורשיו לסרב 803
– סירוב בגלל דבר שקרה בין הזיכוי לשמיעתו 803 804
– סירוב בשעת הזכייה 805
כינוייהם של הצדדים (מזכה, זוכה, מקבל) 772 773
כשאפשר לברר את דעת המקבל 296 297 781
כשידוע שהאדם רוצה במעשה ולא הביע זאת 145
כשרותו המשפטית של הזוכה
– גוי 814
– זוכה שאינו יכול לזכות עבור עצמו 815
– קטן 814 815
– שוטה 814
למקבל נסתר 776
למקבל שהוא גוי 812
– אם אח"כ התגייר והסכים 813
– אם גם ה'זוכה' גוי 812-814
למקבל שהוא חרש או שוטה 241 243 659 811 812
– אם הביע רצון בדבר לפני שהשתטה 812
– אם השתפה אחרי הזכייה והסכים 813
– מי ששוטה רק לפעמים 811 812
למקבל שהוא מת 812
למקבל שהוא עובר 812
למקבל שהוא קטן 125 241 243 659 778 809-812
– בזכות שיש עמה קצת חובה 810
– היעדר רצון למנות שליח 778
– מהתורה או מדרבנן 810 811
מהתורה או מדרבנן 125 774
מועד חלות הזכייה 800-802
– התנייה שתחול רק כשהמקבל יסכים 800
– התנייה שתחול רק כשתגיע למקבל 800
– מראש או כששמע המקבל 349
מזכה שפועל בו זמנית גם כזוכה עבור המקבל 473 474 773
מטעם שליחות 44 67 84 85 126 777 778 780 788 791 796 803 810 811 813 814
– הנחה שהמקבל היה ממנה אותו כשלוחו אילו ידע 777 794 807 815
– שליחות מכוח הדין בלי מינוי 778 794 807 815
מקור הדין במדרש הלכה 773 774 777
מת המקבל לפני שנודע לו 798 799
נטילת זכות – 'זכין מאדם' 163 223 291 349 794-797
– בזכות מוחלטת 797
– היעדר דעת מקנה 796 797
– נמכר נכס שלו לצד ג' ולפני שנודע לו מכר הוא לצד ד' 350 801
פעולה דחופה למניעת הפסד 291 292
שחרור עבד (ראה: עבד)
'שלא בפניו', כלומר בלא ידיעתו 773 775
'שלוחו של בעל הממון'
– המזכה ממנה את ה'זוכה' כשליח למקבל 88
שליח מתחזה (מציג עצמו כשלוחו של אחר) 351-353
שתיקת המקבל
– הסכמה או חוסר התנגדות 798 799
– יש שהיא מתפרשת כהתנגדות 799
תביעה משפטית, כשאין חשש הפסד למקבל 806
זרוע, לחיים וקיבה (מתנות כהונה)
זיכוים לכהן ע"י 'זוכה' ישראל 815
נתינתם לבעל של כהנת 64
– נגד רצונה 64
נתינתם לשליח של הכהן 64

'חב לאחרים' (שליחות הפוגעת בצד ג')
(ראה גם: תפיסה) 18-23
אם השולח הוא 'בעל הממון' 20 90
בהרשאה לתבוע בדין 49 50

בשליח בשכר 57 58 60
בשליח הפועל לטובת עצמו 60
פגיעה במי שחייב ע"פ דין 20
שליחות לגירושי אישה בעל כורחה 19 21
חברה בע"מ (ראה גם: תאגיד)
אחריותה לנזק שגרם נציג שלה 384
אישיות משפטית נפרדת 664
חוב (ראה גם: הלוואה)
זכות החייב לקבל את השטר לפני הפרעון 255
חובת החייב לפרוע לשליח של הנושה 171 174
–זכות החייב לדרוש את הוכחת השליחות 170 171
–זכות החייב לדרוש העתק מההרשאה 174
חייב שנתן רשות לנושה למכור נכס ממושכן
–וחזר בו 665 666
–ומת החייב 665 666
חייב שפרע לשליח של הנושה 167
–אחריותו אם הנושה טוען שאינו שלוחו 172
נושה שאמר לחייב שפלוני שלוחו לפרעון החוב 153
–ואותו פלוני פסול לשליחות 153
–כמחילה על החוב אם יפרע לפלוני 153
נושה שכתב לחייב שישלח לו פרעון ולא ייחד שליח 168
–ושלח ביד מי שפסול לשליחות 168
עיקול נכסי החייב אם יש חשש שלא יפרע 663
–הנכסים בבעלות החייב 664
–משום שהוא מבזבז את נכסיו 663
–שליחות לגבי נכסים אלו 664
פורע חוב של אחר – זכותו לשיפוי 585
שליח לגבות חוב 81 84-88 92 142
–'אולי ישלחם לי על ידך' 143
–'אם יתן לך, הבא לי' 142
–בקשה בפני עדים שיביא לו 142-144
–החייב נפטר מאחריות משמסר לו 142 143 168
–הצורך בהוכחת כוונה למינוי שליח 142
–וביטל הנושה את השליחות, ולא ידע הלווה, ופרע 690-697
–וביטל השליח את שליחותו, והלווה פרע לו 643
–והחייב פרע יותר בטעות – למי הרווח 568 569
–ומת הנושה, ולא ידע הלווה, ופרע 689-691 693-697 699
–סירוב החייב לפרוע לו מחשש שמת הנושה 648-650 688-690 694
–שמונה במעשה קניין 144
שליח לגבות חלק מחוב, והחייב פרע את כולו 367
–והנושה טוען שפרע חלק 367
שליח למסור פרעון חוב לפלוני כשיפרע החייב 231
שליח לפרוע חוב 8 9 81 100 101 105 106
–מכוח 'הליכות עולם' 100 101 105 183
–פסול להעיד על כך 9
–שפרע בלי עדים 255
–שפרע חלק, והנושה פטר אותו מכולו 572
שליח לפרוע חוב – יכולת החייב לחזור בו
–אם אמר לו 'הולך' 668
–אם אמר לו 'זכה' 668
שליח לפרוע חוב שלא לקח את השטר מהנושה 254-256
–בשני שלוחים, שחשבו שנאמנים כעדים 501 502
–חיובו לשלם לשולח 501
–כשאמר הלווה 'קח את השטר ושלם' 254
–כשאמר הלווה 'שלם ואח"כ קח את השטר' 256
–כשאמר הלווה 'שלם וקח את השטר' 254 255
–כשלא אמר הלווה שיקח את השטר 255
–כשפרע בפני עדים 255 256
חובות
החוק ממעט בהטלת חובות עשֶׂה 293
השליח (ראה: חובת ביצוע; חובת גילוי; חובת דיווח; חובת זהירות; חובת נאמנות; חובת ציות)
חובת ביצוע (השליחות)
אי-ביצוע – מגדיר את השליח כ'רמאי' 437 438
אי-הביצוע שמנע רווח לשולח 437
אף באין חוזה ביניהם 435
חובת הודעה אם אינו יכול לבצע 436
כדין פועל שאינו יכול לחזור בו ב'דבר האבד' 441 442 633
כשהשתנו הנסיבות והביצוע יפגע בשולח 441
כשמונה השליח במעשה קניין 441 442
תרופות בשל אי-ביצוע (ראה גם: נזק; מניעת רווח) 435 437 488-498
תרופות בשל ביצוע לקוי 498-528

חובת גילוי (מידע הנוגע לשליחות) 296 443־445
אם השתנו הנסיבות 444 445
לקבלת רשות לפעולה שייתכן שאינו רוצה 443 444
מועד הגילוי 443
מרחב שיקול הדעת של השליח בלי להיוועץ 445
קבלת טובת הנאה מצד ג׳ 445
תרופות באי גילוי 444
חובת דיווח
חובת שליח לדווח על פעולתו בסיומה 49 445 446
– אם בלי הדיווח לא תושג מטרת השליחות 445
– דרך ארץ 446 480
פטור אפוטרופוס מדיווח 48 49
חובת זהירות (של שליח)
שליח שביצע את השליחות באופן הפוגע בשולח
– אחריות השליח 442 500־503
– עילה לביטול השליחות 442
חובת נאמנות (של שליח כלפי השולח)
אחרי סיום השליחות 459 460
– אם נוצר צורך בפעולות נוספות כדי להשיג את מטרת השליחות 459
– בשליח בשכר 459
– תביעה בדין של צד ג׳ המכחיש את ביצוע השליחות 460
איסור ניגוד עניינים (ראה: ניגוד עניינים)
איסור קידום עניינים אישיים של השליח 433
ביטול פעולה שעשה שליח תוך הפרתה 485 499
– אם צד ג׳ ידע על כך או לא ידע 485 486
דיווח על פעולתו (ראה: חובת דיווח)
התנאה עליה 458
– שהשליח יוכל להזיק למושא השליחות במזיד 458
חיזוקה ע״י זיכוי השולח בנכסים וברווחים שהגיעו לשליח עקב שליחותו 555 556
מסירת מסמכים הנוגעים לשליחות 445
שליח שעשה את הפעולה עבור עצמו
– אם היתה עִסקה במחיר הזדמנות 439
– אם השולח היה נפגע אילו בוצעה הפעולה בשמו 440
– אם השולח יוכל להשיג את מטרתו בדבר אחר 440
– אם השולח לא היה יכול להשיג את מטרתו בלעדיו 436 437
– אם צד ג׳ סירב לעשות את הפעולה עם השולח 440
– אם שתק בשעת מינויו 436 437 439
– נאמנותו לומר שעשה בעבור עצמו 436־438 532־536
– נקרא ׳רמאי׳ או ׳רשע׳ 436 439 531 532
– פסול לשבועה ולעדות 532
– תוקף פעולתו, אם השתמש בכספו 531 532
תרופות על הפרתה 464 485 528
– ביטול השליחות 485 499
– פיצוי על ביצוע לקוי 498־528
– פיצוי על אי מתן עזרה לשולח בתביעה נגד צד ג׳ 460
תרופות על הפרתה, אם השולח לא ניזוק 528־530
– אכיפה 529 530
– ביטול הפעולה, אם צד ג׳ ידע על ההפרה 529
– ביטול השליחות 529
– זכות השולח בחלק מרווחי השליח 530
חובת ציות (של שליח להוראות השולח)
אחרי סיום השליחות 459
– הוראה לבטל פעולה שביצע כדין 459
אחריות השליח לנזק שגרם אי-הציות 455
הוראה לא לבצע את השליחות 620 631
– באופן שאינו נחשב ביטול השליחות 626 627 631
– בהוראה בכתב 620
הוראה שיש בה עברה 458
הוראה שניתנה אחרי המינוי 455
– ששונה באופן מהותי מההוראה המקורית 455
הוראה ששמע מכלי שני 456
– אם יש שני עדים על ההוראה 456
כשברור שסטייה תועיל לשולח 457
סטייה מהוראה מתוך מחשבה שזו טובת השולח 454 456־458
– אם סטייתו גרמה נזק לשולח 456 457
– בהימנעות מביצוע הוראה 457
סטייה שאין בה חריגה מההרשאה 455
תוקף פעולה שעשה השליח על דעת עצמו 455
תרופות על הפרתה 485
– אכיפת ביצוע עבודה אישית 485
– ביטול הפעולה שעשה השליח 485 499
– ביטול השליחות 485 499
חוזה
הסכמת השליח לשליחות – חוזה 485
יפוי כוח השליח מכוח התחייבות חוזית 485

חוזה לטובת אדם שלישי 65 771-772
אם המוטב קטן או פסול דין 809
אם שתק המוטב כשנודע לו 798
בלי אישור המוטב 772
במשפט האנגלי 770
דין הזכות לפני שנודעה למוטב 797
–אפשר לתבוע אותה 797
–הצדדים לחוזה יכולים לחזור בהם 797 798 806
דמיון ל'דין עבד כנעני' 774
השוואתו לדין 'זכין' 774
התניית הזכות בחובות על המוטב 782
יכולת המוטב לדחות את הזכות 807
יכולת המוטב לתבוע את החייב 771
–פרט ל'מוטב מקרי' 771
יכולת המיטיב לתבוע את החייב 771
–אם המוטב דחה את הזכות 772
פעולה עבור המוטב, ולא בשמו 771 774
תנאי הכשרות של המיטיב 814
חזקה
'כל מה שביד אדם הריהו שלו' 361
שולח אינו מבטל את השליחות 159 171 602 611 612
'שליח עושה שליחותו' 107 211 457 533 535 536 538 602
–אם התחייב בפירוש לבצעה 533
–אם עשה את הפעולה בכספו 535
–במקום שיש לו אינטרס לשנות משליחותו 533
–במקום שספק אם עשה את הפעולה 533
–במקום שספק האם עשה את הפעולה עבור שולחו 437 533
–לעניין דיני איסור 533
–לעניין דיני ממונות 533
–לעניין דינים דאורייתא 533
חזקת מרא קמא 365
טענה המסתמכת על דברי צד ג' 365 366
טענת 'שמא' נגדה 365 366
חזקת קרקע (שלוש שנים)
אפוטרופוס שלא מחה 48
בקרקע של הקדש עניים 384
–אם יש לגזבר חלק בה או אין לו 384
חזרה מפעולה משפטית (ראה: תוך כדי דיבור)
חלה (ראה: הפרשת חלה)
חליפין (קניין סודר)
בהקנאת הנכס לצד ג' 66
'מדין עבד כנעני' 68
חליצה
הדין חל מאליו ע"י המעשה 103
ע"י יבם שוטה כשגדול עומד על גביו 127 128
ע"י שליח 13 14 24 103
חמץ (בפסח)
ביטולו ע"י אשתו 272
ביטולו ע"י שליח 268
–חמץ שלא היה ביד השולח בעת המינוי 236
גוי ששלח יהודי לקנות בכספו חמץ בפסח 375 398
זיכויו במתנה בפסח 793
חובת שומר חמץ למוכרו לפני פסח 288 290
–אכילתו את החמץ 473
–אם לא מכר 548
–העובדה שבעליו לא אמר לו למכור 298
–חשש שבעליו מוכר לגוי אחר 298
–למי שיאכלנו לפני פסח 290 473
מכירת חמץ של אחר מדין 'זכין' 794-796 806
–זכות גמורה 806
מכירתו לגוי
–לשלוחו של הגוי 91
–ע"י שליח 91
–שליח למכור שמכר רק חלק ממנו 348
נתינתו לגוי במתנה ע"מ להחזיר 806
שליח לבדוק חמץ – מורשה לבטלו 268 269
שריפתו ע"י גוי 188
חנוכה
הדלקת נר חנוכה ע"י אישה 65
–אם בעלה מדליק 65
הדלקת נר חנוכה ע"י גוי 187
המדליק בשבת – לא יצא 210
שליח להדליק נר חנוכה 16 42
–אם השולח כבר קיבל שבת 202 210
חסימת שור בדישו
ע"י שליח גוי 195
חצר (ראה: קניין חצר)
חריגה מהרשאה (ראה גם: 'לתקן שלחתיך ולא לעוות'; מכר, שליח שחרג מהרשאתו)
אחריות השולח כלפי צד ג'
–בשליחות נסתרת 364
–לא כשצד ג' ידע על החריגה 379
אחריות השליח כלפי צד ג' 321 322 370-377 413 686
–גובה הפיצויים לפי החוק 322
–השליח חשב שהוא מורשה 322 323 686
–חרג במודע והטעה את צד ג' 373 374 686
–נטל ההוכחה שחרג מהרשאה 323
–נסתיימה השליחות והשליח לא ידע 322 700

חריגה מהרשאה (המשך)
–צד ג׳ החליט לראות אותו כבעל דברו 322 323 371־374
–צד ג׳ חזר בו מהפעולה 322
–צד ג׳ ידע שאינו מורשה 321
–צד ג׳ לא ידע שאינו מורשה 321
אישור המעשה בדיעבד (ראה: אישור בדיעבד)
ביצוע השליחות שלא לפי הנוהג 329
בשליחות נסתרת
–העסקה תקפה 364
–זכות השליח לקיים את העסקה עם צד ג׳ 376
–זכות צד ג׳ לראות את השליח כבעל דברו 371־373 376
–חובת השליח כלפי צד ג׳ 409
הבחנה בין חריגה מוחלטת וחריגה שאינה מוחלטת 327 328
–הפרת הוראות השולח המפורשות (מוחלטת) (ראה גם: פרשנות ההרשאה) 324
–פגיעה באינטרס של השולח (לא מוחלטת) (ראה גם: ׳לתקן שלחתיך ולא לעוות׳) 325 326
הגנה על צד ג׳ 377־385
–לביטחון חיי המסחר 378 379
–כשלא צריך היה לדעת על החריגה, הפעולה מחייבת את השולח 379
השליח נחשב גזלן 340 416
זכות צד ג׳ לבטל את הפעולה 374־376 807
זכות צד ג׳ לראות את השליח כבעל דברו 383
חובת השליח לפצות את השולח
–בשליחות נסתרת 358־363
–כשחרג במודע 379
–פיצוי או השבת הכסף 503־515
–פעולה שאינה ניתנת לביטול כלפי צד ג׳ 500־503
חובת השליח לפצות את צד ג׳ 376 377
–אם לולא עסקה זו יכל להרוויח מעסקה אחרת 377
–בגדר גרמא או גרמי 376
–כשחרג במודע 379
חזר ופעל בהתאם להרשאה לפני שנודעה החריגה לשולח 356
חריגה חלקית בלבד 324 325
–ואפשר לפצל את הפעולה 325
כהפרת חובת הציות 454 455
מוחלטת – הפעולה בטלה מאליה 326 328 339 340
נטל הוכחה שחרג מהרשאה 333 337 345 348 364־370 381 382
–אם צד ג׳ מוחזק בכסף 334 338 381 383
–בהרשאה חד משמעית 368
–בשליח בחינם או בשכר 368 369
–בשליח לקנייה או למכירה 382 383
–בשליחות נסתרת 364 365
קיום הפעולה תוך תיקון החריגה 356
–אם מראש התכוון השליח לתקן 356
קנס לשליח על החריגה 343 344
שליח לכמה פעולות, שחרג באחת מהן 405
שליח למכור על תנאי, ומכר בלי תנאי 379
שליח לקנות שדה באחריות, וקנה בלא אחריות 383
שליח שפעל באופן המזיק לשולח (ראה גם: לתקן שלחתיך...) 323 324
שנעשתה לטובת השולח 341
–והשולח הסכים בדיעבד 341
תוקף הפעולה מדין ׳זכין׳ 348־350
–בזכות מובהקת או שיש בה צד לרעת השולח 349
–השולח התנגד ואח״כ הסכים 350
–השולח התנגד כששמע 349 350
–השולח עשה פעולה נוגדת 350
–צד ג׳ חזר בו בינתיים 350
–צד ג׳ ידע שאינו מורשה או לא ידע 350
חרם דרבנו גרשם על ריבוי נשים
התרתו במי שאשתו שוטה 218
–בתנאי שיעשה שליח לגרשה לכשתשתפה 169 218־224
חרש
מעמדו בימינו 811
חשד
העושה מעשה שיביא אחרים לחשוד בו 451־453

טביחה ומכירה (ראה גם: גנבה)
יש בה שליח לדבר עברה 30
–שולח שביטל את השליחות בלי ידיעת השליח 114
טבילת כלי
ע״י שליח גוי 194
׳**טלי גיטך מע״ג קרקע**׳ (ראה: גירושין)
טלפון
בירור באמצעותו שהשולח לא ביטל את השליחות 51
מינוי שליח באמצעותו 146

מינוי שליח לגירושין באמצעותו 146 737
טעות
מינוי שליח בטעות 33

'יד עניים' (ראה: גבאי צדקה)
'ידו כיד בעל הבית' (ראה: פועל)
ידיעה
ידיעת השליח מיוחסת לשולח 121 443
'יורד לשדה חברו שלא ברשות' 406
ייאוש (ראה גם: השבת אבדה; מציאה)
בתור הפקר 22
שלא מדעת (בשעה שהגביה המוצא) 778 780 781
–בזוטו של ים 778
שליח שהתייאש מאבדה 122
ייבום
בקטן 659
כתיבת גט ליבמתו, שיחול לאחר הייבום 226
נגד רצון היבמה 226
שליח לגרש יבמה שעוד לא ייבם בשעת המינוי 226 234 235
יין נסך
שליח גוי לקנות יין נסך 193
ייפוי כוח בלתי חוזר
'דינא דמלכותא דינא' 667
הרשאה להבטחת זכותו של אדם אחר 599 665-667
כראיה לרצינות כוונתו של השולח 666
סיטומתא 667
תוקפו 666
ייצוג משפטי
ע"י אפוטרופוס (ראה: אפוטרופוס)
ע"י שותף (ראה: שותף)
ע"י שליח (ראה: אורכתא)
שליח להיתבע, בלי הרשאה מפורשת 278
שליח לתבוע בלי אורכתא, והפסיד בדין 278
–אם התרשל בטיעוניו 278
שליחות לגבות חוב כוללת שליחות לתבוע 278 279
יתומים
אפוטרופוס עליהם (ראה: אפוטרופוס)
זכות אפוטרופוס וב"ד להתפשר בממונם להשקיט ריב 48

כבוד האדם (ראה גם: אוטונומיית הרצון)
בסיס ליכולתו למנות שליח 96
כהן
איסורו בגרושה
–מלקות על הקידושין או על הביאה 35 36
–שליח של כהן לקדש לו גרושה 34-37
הקרבתו קרבן
–אינו שליח של ישראל 201-203
–זכות ישראל לבחור כהן שיקריב את קרבנו 201
–כהן טמא שהקריב – עבודתו כשרה 209
–כשליח של ה' 201
–של מי שמודר הנאה ממנו 201
–שרק אישה חייבת בו 244
כהן גדול אונן הממנה שליח להקריב 209
כהן זקן או חולה הממנה כהן אחר להקריב 203-205
–פסול משפטי מלהקריב בעצמו 204
כהן טמא הממנה שליח להקריב 209
מתנות כהונה (ראה: זרוע, לחיים וקיבה)
שאמר לשליח להתנות גט במותו, ומסר השליח הגט בלי תנאי 348
שממנה שליח להגביה מציאה בבית הקברות 209
כוונה (ראה גם: רצון)
כוונת השליח מיוחסת לשולח 121 122
צירוף כוונת השולח לפעולת השליח 122-124
–בשליח שעשה קניין בלי כוונה לקנות 122 123
צירוף כוונת השליח לפעולת השולח 124-128
שליחות עליה 126 127
'כופין על המצוות' 492
'כופין על מידת סדום'
בשליח שעשה את הפעולה בעבור עצמו כשהשולח לא היה יכול לבצעה בעצמו 437 535
'כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו' 548
'כל שאינו בזה אחר זה אף בבת אחת אינו' 604
כללי פסיקה
חכם שגדול מהחולק עליו בחכמה ובמנין 751
–אם הוא גדול רק בחכמה או רק במנין 751
כרבי יוחנן נגד שמואל 172
'כלתה אמירה' 110 155 239
כשרות השולח
גוי 200
–אם גם השליח גוי 200

חרש, שוטה וקטן 198־200
–הנמקת הפסול 242 243
–לפעולה שהוא יכול לעשות לעצמו 199 200
מי שאינו יכול לעשות את הפעולה בעצמו (ראה: לא מצי עביד)
פסול דין 198־200
שליחות שבוצעה למרות פסלות השולח
–זכות השליח כלפי צד ג׳ 375 398
–זכות צד ג׳ לבטל את הפעולה 375
–זכות צד ג׳ לראות את השליח כבעל דברו 371
–חובת השליח כלפי צד ג׳ 373
כשרות השליח
בפעולה שאינה משפטית 7 9
גוי (ראה: גוי)
חרש, שוטה וקטן 181
–בענייני איסור והיתר, לחומרא 186
–בשליחות מכוח ׳הליכות עולם׳ 183 184
–לדבר עברה (ראה: אין שליח לדבר עברה)
–לפעולה לטובת עצמו 181 182
–לפעולה שיכול לעשות לעצמו 181 182
–לקיום מצווה המשנה את המציאות הרֵאלית 187
–׳מופלא הסמוך לאיש׳ 182 242
–מקור הפסול במדרש הלכה 183 241 242
–פסול מפני חסרון בדעת 183
מי שאינו יכול לעשות את הפעולה בשעת המינוי 195־198
מי שזר לנושא השליחות (אינו ׳בתורת הדבר׳) 195־197 243
–בפדיון הבן 244 245
–עבד, שאינו בתורת גיטין וקידושין 196 197 244
משומד (ראה: משומד)
פסול דין 179 180
–אחריותו אם חרג מהרשאתו 180
–שיש לו דעת לעשות את הפעולה 179 183
כתיבה
ביטול שליחות ע״י כתיבה 618־620 631
האם היא כדיבור 618־620
מינוי שליח בכתב 140 141 157 619 620
–שליח להוליך גט 619
–שליח לכתוב גט 618־620

׳לא חזרה שליחות׳ וכו׳ (שליח של שני הצדדים לפעולה) 475־482
אי אפשר לעשות פעולות סותרות בבת אחת 476־478
אם מינוהו שני הצדדים בבת אחת או בזה אחר זה 449 477
בעל שמינה את אשתו שליח למסור לעצמה את הגט במקום אחר 449 475־477 481
–אם נתנה אותו לשליח שלה 470
בשליחות עסקית 449 450 477 481
המשמש שליח של הקונה ושל המוכר 474 475
–אם אמר לקונה ״משוך וקנה״, ועשאו הקונה שליח למשוך 475
–במתנה 475
–השוואה לשליח למכור, המבקש לקנות לעצמו 474
הצורך ביכולת לומר לשולח ׳עשיתי שליחותך׳ 446 477 479 480
–הלכה למשה מסיני 480
שליח הבעל לתת גט, שהוא גם שליח האישה לקבלתו 449 450 476 477 481 482
–הצורך שיצא הגט מרשות לרשות 474
–כשרותו כשליח הולכה 480
׳לא יהא חוטא נשכר׳
מאנה שמבקש לחזור בו 355
׳לא מצי עביד׳ (שולח שאינו יכול לעשות את הפעולה בעצמו) 116 154 169 197 198 201־210
אם אינו זר לנושא השליחות (׳בתורת הדבר׳)? 201 202 217־224
כשחוסר היכולת נוצר אחרי יצירת השליחות 656 657 659 660
מחמת איסור 208־210
–איסור דרבנן 209 210
מחמת השתטות 656 659 677
מחמת חולשה – כגון גוסס 656
מחמת חוסר ידע 207 208
מחמת מוות 654
מחמת מניעה פיזית 203־206 220־222 659
מחמת ריחוק מקום 206 207 220 221
׳לא מצי עביד השתא׳ (דרישה שהשולח יוכל לעשות את הפעולה בעצמו כבר בשעת המינוי) 210־239
בעיית ׳דבר שלא בא לעולם׳ 215־217 219 227 233 237
בפועֵל (שליח בשכר) 238 239
בשליחות למחדל 224
בשליחות לסדרת פעולות, שהשנייה מתאפשרת אחרי הראשונה 235 236
בשליחות שיש בה זיהוי השולח והשליח 224
בשליחות שכוח השולח עובר לשליח 224
גזירת הכתוב 223

'גט קושטא' 159 218-222 224 238 795
גירושי אישה שהמשלח עוד לא קידש 211 212
דבר שנמצא בשליטתו החד צדדית של השולח 231
חוסר גמירת דעת 235 239
חזקה שהשולח לא התכוון לפעולה זו 212 213
חסרון בגוף השליחות 210
כשידוע שהוא רוצה בשליחות 212 213 216 218 219
כשיכול לעשות עכשיו באופן שיחול אח"כ 226 227 229 238
מינוי שיחול כשהשולח יוכל לעשות את הפעולה 239
מכירת בית שעוד לא נבנה 211
מניעה יחסית – רק בין השולח לצד ג' מסוים 221-223
מניעה מצד מקבל פעולת השליחות 220
מניעה משפטית שביד השולח לגבור עליה 225-227
מניעה פיזית שביד השולח לגבור עליה 233-235
מניעה צדדית 219 220
מניעה שהיא רק לכתחילה 223
מניעה שתיעלם מאליה תוך זמן מסוים 227-229
מפני שמושא השליחות עדיין אינו קיים 230-236
ספק מניעה 230
קידושי אישה שעדיין נשואה 211-213 215 216
שליח לגרש אישה שוטה כשתשתפה 159 218-222 224 238 795
שליח לגרש לאחר ל', שמינה שליח תוך ל' 714 715
תוקף מדין 'זכין' 238
'לא תחנם'
איסור מכירת קרקע לנכרי בא"י 37
–ע"י שליח 37
'לא תחסום שור בדישו' (ראה: חסימת שור בדישו)
לולב
נטילתו ע"י שליח 78 116 117
עיקר המצווה – פעולת הנטילה או שיהיה בידו 117
לעז
הוצאת לעז על ראשונים שהקלו 218
'לפני עיוור' (הכשלה באיסור)
בשליח לעשות עברה האסורה רק לשולח 39-41
דבר שהנכשל יכול לעשות בעצמו 40
שליחות גוי לחומרה לעניין זה 193
'לקתה מידת הדין' 277
לשון
ו' החיבור (ראה: ו' החיבור)
לשון אחת בעלת מובנים שונים בתלמוד 204
סגנון מיוחד של מסכת נזיר 212 214
'לתקן שלחתיך ולא לעוות' (שליח שפגע בפעולתו באינטרס השולח) 53 122 252-258 261 325-339
אחריות השליח כלפי צד ג' 371-374 378 379
–בשליחות נסתרת 372 373
–כשהשליח היה מודע לעיוות 373 374 379
אישור בדיעבד של השולח 353-356
–התנגד ואח"כ הסכים 357
–חיוב השליח לפצותו על הנזק 353
–כשצד ג' חזר בו בינתיים 354
–צד ד' שקנה בתמורה ובתום לב מהשולח 354
–שתיקת השולח 353 354
אמר לשליח לא למסור שטר חוב לשותפו, ומסר 502 503
באישה שפועלת לניהול הבית 272
באפוטרופוס 47 48
בגזבר של הקדש 384
בדבר שנעשה תמיד ע"י שליח 384
בטובי העיר 384
ביטול הפעולה ביחסים עם צד ג' 326 327
–אם השולח הסכים בדיעבד 328
–אם השליח חרג במודע 333 335 336 338 339
–בשליחות גלויה או נסתרת 328
ביטול השליחות עקב עיוות 447
–מונע חשש שהשליח יפגע בשולח 447
במורשה לתבוע, שמחל לנתבע 281-283
במנהיג ציבור 70
בשותף 53 54 63 384
–המייצג את השותפות בדין 280
בשליח בשכר 63
בשליח ציבור (ש"צ) 74
בשליח שלא הודיע לצד ג' מי השולח 358
בשליח שנושא ונותן בקביעות בעסקי חברו 385
בשליח שפגע במודע 363
בשליחות נסתרת 358
–אם השליח היה שוגג 361
–ביטול הפעולה כלפי צד ג' 358-363 372
–חיוב השליח לתקן את העיוות 361-363

'לתקן שלחתיך ולא לעוות' (המשך)
הפרת חובת הזהירות 442
זכות צד ג' לחזור בו 355
–אם נהג שלא בהגינות 355 356
חובת השליח להשיב את המצב
לקדמותו 499 500
–אם לא התרשל 500
חובת השליח לפצות את השולח על
נזק 327 329 332 378 379 500־503
–בנזק עקיף 502 503
–כשהשולח אישר בדיעבד את
הפעולה 499
–כשלא התרשל 503
–כשפעל בתום לב 335
כחריגה מהרשאה 252 253 326 327
כשביטול הפעולה לא ימנע את הנזק 326
כשפעל באופן סביר לפי אומדן דעת השולח
('בהכי אמדתיך') 71 257
כשפעל לפי לשון ההרשאה 254
מום קטן במקח שיש המוותרים עליו 258
מכוח נסיבות שהשתנו אחרי מינוי
השליח 256
מכוח נסיבות שלא ידע עליהן השולח 256
נטל הראיה שהיתה חריגה 333 337 345
–אם צד ג' מוחזק בכסף 334 338
367־370
ניתן לביטול ולא בטל מאליו 252 256
326־329 332 339 354 355
–שולח שהסכים וחזר בו 328
–שתיקת השולח 328 353 354
עילה לביטול הפעולה 252 253 328 378
486 529 557
עילה לדרישת פיצוי מצד השולח 252 327
361 505
–תנאי מכללא עם צד ג', שאם כן השליחות
בטלה 252 253 327
עקב טעות בדין שאינו ידוע לכול 258
פגיעה קטנה בשולח 53 324 326
–הבחנה בין הונאה פחות משתות ובין מום
קטן במקח 258
–קנה נכס עם מום קטן שיש המוותרים
עליו 258
צד ג' הטוען שהשליח הורשה לכך 357
צד ג' הטוען שהתמנה 'בין לתקן בין
לעוות' 381
–אם השולח אמר בפירוש איך הוא רוצה
שהשליח יפעל 383
–אם פגע בשולח ביודעין או בתום
לב 383
–בפעולה שהיתה בטלה גם אילו פעל
השולח בעצמו 383
–בשליח בחינם או בשכר 383
צד ג' הרוצה לראות את השליח כבעל
דברו 372
–בשליחות נסתרת 372
–השיקול של מודעות השליח לפגיעה 372
קיום הפעולה תוך תיקון העיוות 327 329
331 332 335 337־339 356 357 360
–אם השתמש בכסף של השולח 330 331
–אם יש מניעה מעשית לבטלה 363 364
–באין לשולח עילה סבירה להתנגד
לתיקון 338
–בשליחות נסתרת 330 331
שולח שהתנה 'בין לתקן בין לעוות' 334
367 380־382 458
–אם הזהיר את השליח בפירוש לא לעשות
כך וכך 380 381
–אם השליח מחל על חוב 381
–אם חרג חריגה מוחלטת 380
–התחייבות השליח לנהוג בנאמנות 381
–חזקה שמינהו כך 382
–כדי להגן על השליח 381
–כדי להגן על צד ג' 380
–נטל ההוכחה על השליח הטוען שהתנו
כך 503
שליח למסור נכס לא' ומסר אותו לב'
ואבד 502
שליח לעשות שתי פעולות ולא עשה את
השנייה 326 327
–בשליחות נסתרת 327
שליח לקנות חטים לסחורה וקנה שעורים
והוזלו 344
שליח לקנות קרקע וקנה בלי אחריות (ראה: מכר)
שליח שגרם נזק לשולח בלי קשר
לשליחות 326
שליח שהיה יכול לפעול באופן מועיל יותר
לשולח 253 254
שליח שנהג כמקובל ולא חשב על אפשרות
לא שכיחה 254 255
–תוך ויתור על זכות 255

'מבטל כיסו של חברו' (ראה: מניעת רווח)
'מבריח ארי' 572 585
מדרש הלכה
'אם אינו ענין' וכו' 30
בנין אב 98
שני כתובים הבאים כאחד 29 30 99
מודעא
ביטול מוקדם של הפעולה 673־676
ביטולה
–מהות הביטול 674

–מראש 667
גילוי דעת על העדר רצון 672 673 675
על גירושין (ראה: גירושין)
על פעולה בלי תמורה
–אם היה אונס ואין עדים 672־674
–אם לא היה אונס 672 673 675
של שולח, על מינוי השליח 672־676
של שולח, שאינו מסכים לשליחות 641
של שולח, שאינו רוצה במטרת
השליחות 621 629 631
של שליח, שאינו מסכים לשליחות 162
638
–ביטול המודעא 162 638
מוות (ראה גם: סיום השליחות)
בשליחות משנה (ראה: שליח משנה)
'זכין' למת 812
–לצרכי קבורתו 812
חשש של צד ג' לפעול, שמא מת
השולח 689
מת השולח – המשך השליחות 645־650
–בהתנו שהשליחות תימשך אחרי
מותו 645
–בשליח לקיים מצווה, ועשאה 647
–היורש כשולח מכללא 649 650
–השליח כאפוטרופוס על היורש למטרת
השליחות 648 649
–והיורש גדול או קטן 649
–יורשי השולח באים במקומו 645
650־648
מת השולח – סיום השליחות 645־649 654
717
–אם השליחות נועדה לטובת השליח או צד
ג' 665 669
–זכויות השליח אם לא ידע על
כך 683־686 688
–זכויות צד ג' אם לא ידע על כך 683־686
689
מת השליח – עשיית הפעולה ע"י אחר מדין
'זכין' 650
שליח שנהרג תוך כדי שליחותו – חובת
השולח בכפרה 592
–השליח יזם את השליחות 592
–השליח פעל לטובת עצמו 592
–ידע השולח על הסכנה 592
–נהרג בחזרתו מסיום השליחות 592
מומר (ראה: משומד)
מום במקח (ראה: מקח טעות)
מוסר (ראה גם: דיני שמים; תום לב)
אחריות מוסרית לנזקי השליח 592
'מופלא הסמוך לאיש' (ראה גם: קטן)
כשליח 182 242
מורשה
לייצוג משפטי (ראה: אורכתא)
מזל
כשיקול בחלוקת רווח בין השולח
לשליח 562־564 566 571
של שניים – עדיף משל אחד 753
מחדל
שליחות למחדל (ראה: שליחות פסיבית)
מחילה (ראה גם: פשרה)
מורשה לתבוע שהוסמך 'בין לתקן בין
לעוות' 282
מורשה לתבוע שהוסמך בפירוש
למחול 282
–'מה שתעשה בשלך, עשה בשלי' 282
283
מורשה לתבוע שהוסמך להתפשר 282
ע"י שליח 15 54
–מכוח הרשאה משלימה 250 277 281
שולח שליח לגבות חובו וביטל את
השליחות – מחילת החוב מכללא אם
ייאנס הכסף 693 697
מחלוקת
יש לפרש אותה בצמצום 629
מחשבה (ראה גם: כוונה)
שליחות עליה 126
'מי שפרע'
במי שחוזר בו מקניין כסף במיטלטלין 358
–בשליחות, אם חזר בו השולח 407
–בשליחות נסתרת, אם חזר בו השליח 358
406 407
מילה
אם יש צרעת במקום הערלה 121
–אם האב מתכוון להסרת הצרעת 121 122
ע"י שליח קטן 187
ע"י שליח של האב 15 77 79 80 99
–באב שאינו יודע למול 207
–באב שהוא במקום רחוק 207
'מילי לא ממסרן לשליח'
בשליחות משנה (ראה: שליח משנה)
בשליחות ראשית 16 17 731
האומר לשלוחו לעשות שליח ב'מילי'
('אומר אִמרו') 734־738
הגדרת 'מילי' כפעולה שהיא דיבור
גרידא 16 17 731
הגדרת 'מילי' כפעולה שאינה מביאה לגמר
דבר 17 18 726
מינוי שליח
אדם אחר ששמע את המינוי – סמכותו
כשליח 166
אומדנא שהשולח התכוון למנותו 145־147
149 267 311

מינוי שליח (המשך)
'אם תרצה, עשה כך וכך' 136 137
–בשליחות לגביית חוב 142
באמירה לאדם זר בנוכחות השליח 148
בבדיקת פוליגרף 146
בגילוי דעת בלבד 147
בהבעת רצון בלי אקט פורמלי 613
בהודעה לצד ג' – בלי ידיעת השליח 151־153 157 158 160־164 166
–במצב שהשולח מעביר את כוחו לשליח 163
–במצב שרק התוצאה מיוחסת לשולח 163
–החלת המינוי כשישמע השליח 157
–השולח לא התכוון למנותו 152
–השליח פעל בכוונה שיחול מדין 'זכין' 160
–השליח פעל כי לא ידע ששליחותו הקודמת בוטלה 160
–ונודע לו אח"כ 160 161 163
–לעניין חובות השליח 151
–'שלח לי ביד פלוני' 152
–שליח שקנה נכס מאותו צד ג' והתכוון לעצמו 151 152
–תוצאות משפטיות שלא מכוח שליחות 153
–תוקף פעולותיו מדין 'זכין' 157 158 163
בהתנהגות 133 147־151
בטעות 33
ביטולו בשל סירוב השליח להתמנות 642 643
בכתב 140 141 619 620
–במינוי מוקדם 141
–בשליח לכתיבת גט או למסירתו 140 141
–יתרונו על מינוי בעל פה 141
–מסירת כתב המינוי ע"י מי שפסול לשליחות 140 141
בלי גמירת דעת 140
–מתוך כעס 140
בלי הסכמת השליח 133 158 160 164 275 633 634 639־641 643 644
–אנוס לבצע את שליחותו 165
–הסכים בטעות 162 164
–הסכים על תנאי ולא התקיים התנאי 162
–השולח יודע על סירובו 165 166
–התנגד 160 162 165 166 436
–התנגד בלבו 165
–לעניין איסורו לבצע את הפעולה בעבור עצמו 436
–שתק 164 436 439
–תנאי מכללא למינוי – שהשליח לא יתנגד 165
–תקף לעניין זכויות השליח ולא חובותיו 613
בלי מעשה קניין 134 139 143 144
–בשליחות לביצוע מעשה קניין 134
–מנהג לעשות מעשה קניין במינוי 144
בלי עדים 140־143
–בקידושין ובגירושין 142
במינוי פגום – המעשה תקף מדין 'זכין' 168־170
–בחשש שמינהו שלא בלב שלם 168
במעשה קניין
–הוכחה לגמירת דעת למינוי 142
–מתגבר על הכלל 'מילי לא ממסרן לשליח' 144 736
–תוספת מחויבות לשליח לבצע את השליחות 441 442
בעל פה 133 139 140
–בשליחות לפעולה הדורשת כתב 134 135
–זכות צד ג' לא להכיר בה (ראה: הוכחת השליחות)
בפני עדים 140
–הוכחה לגמירת דעת למינוי 142
ברמיזה 619
בשיחת טלפון 146
בשתיקה למול פעולת האדם 148 149 283 284
–באילם או בפיקח 149
–שתיקה חוזרת ונשנית 148
בתנועת גוף 145 146
–באילם 145 146
–שאינה חד משמעית 147
הבעת הרצון – אקט פורמלי או גילוי הרצון 155 157 158 214
הבעת רצון בלי בקשה לעשות 135־138 143 167
–'אם תעשה כך וכך לא תפסיד' 136
–בלשון מתן רשות, בלי ציווי 113 114
–בשליחות הזקוקה לזהות השולח והשליח 137
–בשליחות שהשולח מוסר כוח לשליח 137
–'כל העושה כך וכך אינו מפסיד' 136
–נמנע מלשון ציווי רק מפאת כבוד השליח 137
הבעת רצון חד צדדית ולא חוזה 607
חזקה שהשולח התכוון לאופן המועיל 156
חשש שהשולח חזר בו 787

ידיעת השליח על המינוי 275
–אם נודע לו לאחר זמן 275 276
–ידיעת פרטי ההרשאה 276 277
יוצר מציאות משפטית עוד לפני ביצוע
השליחות 605 606 628
'כל הרוצה לעשות כך וכך יעשה' 137 138
167
–במצב שהשולח מוסר כוח לשליח 138
–במצב שהשולח נחשב שעשה את
הפעולה 138
מועד גיבוש מעמד השליח – משעת המינוי
או הביצוע 159 660 732 733
–אם כבר קיבל חפץ מהשולח 733
–ב'מילי' 732 733
–במינוי שלא בפני השליח 644
מינוי מוקדם, שיחול לאחר זמן 110
153־160 163 169 239 621 644
–אם השליח יהיה מבורר רק אז 155־157
–בכתב 157 239
–בשולח שאינו יכול לעשות את הפעולה עד
אז 154
–בתולה במה שירצה (השולח) בעתיד 158
–חשש שיחזור בו בינתיים 158 159
מינוי מיידי לפעול לאחר זמן 153 154
מינוי מכללא 650
מינוי על תנאי 138
מכוח ידיעה שהשולח רוצה ולא הביע
זאת 145
ע"י שליח 18 145 734 735
–כשנושא השליחות בגדר 'מילי' (ראה גם:
שליח משנה) 734־738
עדים על המינוי – הצורך בהם (ראה:
גירושין; קידושין)
שלא בפני השליח 109 110 133 136
שליח שאינו מבורר בשעת המינוי 155־158
–'מי ששומע את קולי יעשה כך
וכך' 136־138 167
–מינוי כל הציבור 167
–מינוי קבוצת אנשים 155 156 162
166־168
שליח שסירב למינוי ואח"כ הסכים 141
165 641
–במינוי בכתב 141
מכס
שליח להבריח מהמכס, ונתפס ונאלץ לשלם
להשתחרר 590
שליח שהבריח סחורה מהמכס
–זכותו לחלק מהמכס שנחסך 572
–זכותו לשכר טרחה 572
מכר (ראה: מכר, מכירה; מכר, קנייה; מכר,
שליח למכור; מכר, שליח לקנות; מכר,
שליח שחרג מהרשאתו)
מכר, מכירה
אומדנא שהמוכר התכוון שיהיה על
תנאי 613
אמר תחילה שהוא מוכר על דעת כך וכך
ושתק בעת המכר 613
בטעות לטובת הקונה – זכותו לחזור
בו 457
בכפייה 662
–רצון המוכר או החלטתו 662
בקניין סודר, אם התנו שיוכלו לחזור בהם
עד זמן פלוני, ולא חזרו 808
דבר שעדיין אינו ביד המוכר
–המוכרו ואח"כ קנאו 402 511
–מינוי שליח למוכרו 216
המוכר מקנה או שמניח לקונה לקנות? 466
467
המוכר נכס והתייקר, ומכָרוֹ המוכר
לאחר 425 426
המוכר נכס לשניים בזה אחר זה 698
–אם השני מוחזק וקנה בתום לב 698
המוכר נכס של אחר ע"מ שיסכים 349
המוכר נכס של אחר שנכח ושתק 149
הקנאת נכס 'מדין ערב' 696 697
חלוקת אגוזים כדי למשוך קונים 452
לאחר שלושים יום 660
–'מָשוך לאחר שלושים יום' 216
'לך חזק וקנה' 467
–אם חזר בו המוכר לפני שהחזיק
הקונה 603
מוכר שטעה בזהות הקונה 395 396
מוכר שלא ידע את זהות הקונה (ראה גם:
'דעת מקנה') 396 400 402 418 776
מכירה עבור אחר מדין 'זכין' 238
–אם בעל הנכס מכר לצד ד' לפני שנודע לו
על הזיכוי 350 801 802
'תן מנה לפלוני וייקנו נכסיי לך' – קנה מדין
ערב 696 697
מכר, קנייה (ראה גם: מכר)
בכסף גזול – האם המכר תקף 539 540
–אם עשה מעשה קניין נוסף 540
בכספו עבור אחר – זכיית האחר 430
טעות בזהות המוכר 395 396 403
כתיבת שטר המכר ע"ש אחר 424
–הודיע לעדים את כוונתו האמתית 425
–בקשה מהאחר להקנות לו 425
–הנכס נקנה לָאחר 425
נכס שמחירו קצוב והגביהו הקונה –
קנאו 471

קונה לעצמו ומציג עצמו כשליח של אחר (ראה גם: שליחות נחזית)
–אם ה'שולח' אומר שהיה שלוחו 351
–ורוצה שה'שולח' יכתוב לו שטר מכר 351
–רושם נכס על שם אשתו 353
קונה שהציע לקנות והמוכר שתק – כהסכמה 436
קטן שקנה קרקע והחזיק – דין 'זכין' 773 783 784 786
קנייה עבור אחר מדין 'זכין' 350 775 776 782 783 785 791
–אם התמורה ניתנה כבר 784
–בהמה, שייתכן שתימצא טרפה 784
–במחיר זול 785
–בקניין סודר 808
–המוכר אינו יודע על האחר 776
–המוכר אמר 'זכֵה' או 'קנֵה' 808
–המוכר לא אמר 'זכֵה לו' 784
–הצורך באישור מפורש של הקונה כשישמע 784
–הקונה גילה דעתו מראש שהוא רוצה 785 789
–הקונה התנגד – הנכס הפקר 808
–התנו את המכר בהסכמת המקבל 786 792
–התנו את המכר בעליית ערך הנכס אח"כ 792
–זכות המוכר לחזור בו לפני שנודע לקונה 808 809
–חובת הקונה (המקבל) לשפות את ה'זוכה' 785
–נכס מתכלה או שאינו מתכלה 784
–עבור קטן 792
קנייה עבור אחר מדין 'זכין' – זכות הקונה להחליט 349
–המוכר נתן לקונה את הבֵרֵה מראש 349
–הקונה גילה רצון מראש 349
–במעשה קנין חדש 349
קניית נכס עתידי – כהתחייבות לקנות 406
מכר, שליח למכור (ראה גם: מכר)
אי ביצוע השליחות
–וירד ערך הנכס 488 489 494
–כי השולח סירב לשפותו על הוצאותיו 494
–כי חשב שהמחיר יעלה 456 488 489
–שגרמה מניעת רווח 489
אי התאמה
–העריך שהשולח אינו מקפיד על פגם פעוט 122 258
–שהשולח ידע עליה ולא השליח, ולהפך 121 122
ביטול השליחות ע"י השולח בלי ידיעת הקונה
–אחרי שהשליח אמר לקונה 'משוך וקנה' 467
–אם מסר את הנכס לשליח או לא מסר 700
–בשליחות נסתרת 700
–החזרת כספו של הקונה 696
–קרקע או מיטלטלין 699
–תוקף המכר 696 698 699
במחיר קצוב 8
–האם נחשב 'מעשה קוף' 8
בשליחות נסתרת 403
–הסתיר רק שם משלחו והתברר שהסחורה פגומה 358 412
–הסתיר רק שם משלחו, אחריותו כלפי הקונה 412
–התחייב למכור – חיוב השולח כלפי צד ג' 406
–וחרג מהרשאתו וצד ג' רוצה שהשליח ייחשב המוכר 372
–חבות השולח לקונה משקיבל את הכסף 404
–מכר בפחות מן השווי 358
–מכר לפני המועד שנקבע בהרשאה 360
–תוקף העיסקה – הבחנה בין קרקע ובין מיטלטלין 361 362
–תוקף העיסקה אף אם היא פוגעת במוכר 360־362
דבר שלא בא לעולם בשעת המינוי 230 231 233 235־237
–במכירת חמץ לגוי 216 236־238
–הקנאת הנכס לשליח כשיגיע לעולם 236 237
–תוקף המינוי 216
–תוקף מדין 'זכין' 238
היקף ההרשאה
–'מכור שדה', מכירה לשניים 259 264
–'מכור שדה לאחד', מכירה לשניים 259 263 264 302 307 325
–שינוי שאין סיבה להקפיד עליו 311
–שליח למכור בהמה ועומדת למות – הרשאתו לשחטה 284 285 288 291
השליח נחשב בעל הנכס 468
והשתטה השולח 660
ומכר השולח בעצמו
–והשליח מכר לאחר בלי לדעת על כך 698־700

ומת השולח 646 647
חובות השליח
–גביית התמורה במכר בהקפה 460
חובת השליח לברר כמה דורש השולח בתמורה 444
ייחוס התוצאה בלבד לשולח 103
כשהקונה (בקניין כסף) אינו כשיר לשליחות 91
מכר לאישה ע"מ שבעלה ישלם 364
פגיעה באינטרסים של השולח
–במודע 337
–וא"א לקבל את הנכס חזרה – חיוב השליח 503 504
–זכות הביטול 256 337
–מכר באשראי בניגוד למנהג 151
–מכר באשראי ויש הנוהגים כך 256
–מכר באשראי למי שעמד לפשוט רגל 256 324 441 443
–מכר בזול – תוקף המכר 366
–מכר בזול – תוקף המכר כשצד ג' מודע לכך 366
קניית הנכס לעצמו 450 464-474 477 478 481
–אי אפשר לעשות פעולות סותרות בבת אחת 466 467 470 471 473 474
–באמצעות שליח 470
–במחיר שקבע השולח 450 451 465 471 472
–בנכס שמחירו ידוע 471
–בקרקע או במיטלטלין 471
–בשומת בית דין 452 466
–העדר 'דעת מקנה' 475
–הצורך שייצא מרשות לרשות 465 467-471 473-475 478
–הרשה השולח, מראש או בדיעבד 472 473
–השולח לא קבע מחיר 450
–זכות השולח לבטל את המכר 529 530
–חשש ניגוד עניינים 470 472 481
–מכירתו לאשתו – זכייתו בפירות 470
–מכירתו לשותפות שהוא שותף בה 470
–מצרן 451 472 475
–קנה לעצמו ומכר לאחר בהפסד 529 530
–קנה לעצמו ומכר לאחר ברווח 472 529 530
–שני שליחים, שאחד מכר לחברו 470 471
–שתק השולח כששמע 472
–תוקף השליחות בדיעבד 450-452 472
מכר, שליח לקנות (ראה גם: מכר)
איסורו לקנות לעצמו
–אם שתק בשעת מינויו 436 437
–בכספו של השולח 440
–במוכר שדרש מחיר גבוה משרצה השולח 441
–במוכר שלא מוכן למכור לשולח 440
–חובתו לחזור בו אם לא עשה קניין 532
–חיובו לקנות נכס אחר כזה לשולח 441
–כשהסחורה היתה בזול 535
–כשהשולח יכול לקנות נכס אחר כמותו 440
–כשהשולח לא יכול לקנותו בלי השליח 436 437
–נקרא רמאי 534 535
בהקפה 92
בכסף של השולח – האם נחשב 'מעשה קוף' 8
בכסף של השולח או של השליח 91 92
בשליחות נסתרת
–בעיית 'שלוחו של בעל הממון' 92 402 403
–השליח לא מסר את הממכר לשולח 405
–זכיית השולח – הבחנה בין קניין כסף לקניינים אחרים 402 403 409
–זכיית השולח אף שהשליח התכוון לזכות לעצמו 398 404
–זכיית השולח בנכס 395-404 410 418 424 426-428
–זכיית השולח בקנייה באשראי 399 403 408
–זכיית השולח ובעיית 'דעת מקנה' 396-404 418 422 427-429
–זכיית השולח מדין 'זכין' 403
–זכיית השולח מכוח זהות השליח עמו 400 401 419 421
–חבות השולח לשלם למוכר משקיבל את הממכר 404
–חרג מהרשאתו, זכיית השולח 419 422 423 427-429
–חרג מהרשאתו, קנה לעצמו כאילו לווה כספי שולחו 362 372 373
–כשצד ג' גילה דעתו שאינו רוצה קשר עם השולח הנסתר 395
–צד ג' התחייב למכור לו – חיוב השולח כלפי צד ג' 406
–צד ג' התחייב למכור לו – חיוב צד ג' כלפי השולח 408
–קיום המכר אף אם יש פגיעה בשולח 362
–קנה בכסף השולח, והשולח תובע את כספו חזרה 358 359

מכר, שליח לקנות (המשך)
– שילם בכספו של השולח או בכספו שלו 397־400 403 418 420 423 424 427 428
התכוון לקנות לעצמו בכסף של השולח – מי קנה 539־548
– בקניין כסף או במעשה קניין אחר 544 545
– הצורך במעשה קניין מצד השולח 545
– הרווח שלו מכך – לשולח 554
– השתמש רק בחלק מהכסף לעצמו 546 547
– והודיע לעדים על כוונתו לקנות לעצמו 763 764
– חרג מהרשאה (קנה נכס שונה משנתבקש) 546
– למי מתכוון המוכר להקנות 543־545
– עשה מעשה קניין נוסף או לא 540
– פעל בשליחות גלויה והודיע למוכר על כוונתו לקנות לעצמו 545 546 548
– קנס לשליח 547 548
והמוכר הוסיף לו – למי התוספת? 563
– במקום שיש מנהג על כך 563
– בסחורה שמחירה אינו קצוב 557־559 562 565־568
– בסחורה שמחירה קצוב 557־568 572
– בשליחות נסתרת 564
– בתוספת שניתנה בפירוש לשולח 563 564
– בתוספת שניתנה בפירוש לשליח 558 560 563
– הוסיף בכוונה 557
– הסכימו מראש שהשליח יקבל חצי הרווח 575 576
– השולח מוחזק 570
– השליח מוחזק 570
– טעות המוכר בהערכת שווי העסקה 564־568
– טעות המוכר בעקבות הטעיית השליח 570־572
– טעות המוכר בעקבות פעולה משותפת של השליח והשולח 573
– טעות מיכאנית בחשבון 568־570
– ספק למי התכוון המוכר לתת 560 561
– תוספת שכבר הועברה לשולח 573
– תוספת שניתנה בעקבות ירידת ערך הסחורה 572 573
– תוספת שניתנה לו לפני הקנייה כדי שיקנה ממנו 559
– תקנת חכמים לתת חלק לשולח 562 563 568
והשולח טוען שחרג מהרשאתו 369
והשתטה השולח 660
ולעשות דבר נוסף הנחוץ לקנייה, ולא עשאו 326 327
ומכר לשולח משל עצמו – תוקף המכר 529 530
ומת השולח 646 647
לא התנה עם המוכר שאם יוזל, יוסיף סחורה 253 254 329 359 406
– בשליחות נסתרת 406 407
מוכר העושה קניין משיכה כשלוחו של הקונה 467
ממוכר פלוני שמוכר בזול, וקנה מאחר בשל האיכות הירודה של הסחורה 307
ממוכר שאינו כשיר לשליחות (ראה גם: 'שלוחו של בעל הממון') 91
נאמנותו לטעון שקנאו לעצמו 436 437 532 534 535
– הנכס היה בזול 535 536
– הסכים בפירוש לשליחות או לא 534
– השתמש בכסף של השולח 534 536־539
– השתמש בכספו 533־535 538
– והוא מוחזק בנכס 532 535 537
– טוען שאמר כך מראש בפני עדים 532 535 537
– כשהסכמתו לשליחות לא עסקה בפרטיה 535
– כשטען תחילה שלא קנה, והעידו עדים שקנה 539
– כשנתבקש לקנות נכס מסוים 534
– לא אמר לצד ג' שהוא שליח (שליחות נסתרת) 535
– נכס סטנדרטי, שמצוי כמותו בשוק 536 537
– קנה נכס שונה מזה שנתבקש 536
נכס בזול, ולא קנה, ועלה המחיר 494 496־498
נכס מסוים, ונודע לו שעומד לאבד מערכו 441
נכס מסוים, וקנה נכס אחר וירד ערכו 515
קנה בקניין כסף בכספי השולח (ראה גם: 'שלוחו של בעל הממון')
– אם אחד מהם אינו בר שליחות 398 404
– בגדר מעשה קוף 398
קנייה מנכסי עצמו עבור השולח 466 473 474
– א"א לעשות פעולות סותרות בבת אחת 473
– העברה מרשות לרשות 473 474
– מכירת הנכס לצד ג' וקנייה ממנו 473
שהשתמש בכסף שלו – זכותו לשיפוי 584 585

שהשתמש בכסף שלו – מי קנה 398
שליח משנה (ראה גם: שליח משנה) 740
שליח של גוי לקנות – האם, בהיעדר שליחות תקפה, הנכס נקנה לשליח 375
–בחמץ בפסח 375 376
–בשליחות נסתרת 376
–הפקיד אותו אצל שומר ומת השולח 375
–השליח לא ידע על פסלות השולח 376
–נעשה הפקר 375
שליח של כמה שולחים לקנות, וקנה רק לאחד מהם (ראה גם: ריבוי שולחים)
–אמר בפירוש שהוא מתכוון לקנות עבור אחד, או סָתֵם 760־763
–בכסף המשותף 540 541
–בכסף של אותו שולח 540 541
–המינויים היו במעמד אחד או בזה אחר זה 759
–הנסיבות מראות שהם מוכנים שיקנה עבור אחד בלבד 762
–כספו של כל אחד היה נפרד או לא 759 760
שקנה בזול, וגבה מהשולח מחיר מלא 452
שקנה בכסף של השולח והתכוון לזכות לעצמו 510
שקנה במחיר אונאה 122
שקנה בשביל צד ג׳ בכסף של השולח 541
שקנה מוצר פגום בפגם קטן שלא הכול מקפידים עליו 258
ששילם בלי עדים 255
ששילם לפני קבלת הסחורה 255
תרופה אם פגע בשולח – פיצוי או השבת כסף 503־515
–באי ציות שפגע בשולח רק עקב התפתחות מאוחרת 515־519
מכר, שליח שחרג מהרשאתו (ראה גם: מכר; חריגה מהרשאה)
במודע – אחריותו כלפי הקונה 374
וניזוק הנכס בלי קשר לחריגה 520־527
–אם אבד הנכס באונס 520 521
–אם ירד ערכם של הנכס שקנה ושל זה שנתבקש לקנות 520
למכור במקום היוקר, ומכר במקום אחר 489 490
למכור בסך מסוים ומכר בפחות 502
–אם אבד הכסף באונס 522 523 525
–אם מכר לפי השווי האמתי של הנכס 502
–בנכס שערכו לא ידוע 502
–חיוב הקונה להחזיר את הנכס 412
–חיובו לשלם 502
למכור חטים, ומכר שעורים 360
למכור לא׳ ומכר לב׳, ואבדה התמורה בלי קשר לשינוי 521 524
למכור נכס בלי אחריות, ומכר באחריות 360
למכור נכס במקום א׳, ומכר אותו במקום ב׳ 525
–וניזוק שלא מחמת השינוי 525
למכור על תנאי, ומכר בלי תנאי 379
–אם הקונה לא היה יכול לדעת על החריגה 379
–בשליח המנהל באופן קבוע את עסקי השולח 385
למכור שדה ׳לאחד ולא לשניים׳ 263 324
למכור שטח מסוים, ומכר יותר 325 360
–חלק מהמכר תקף 325
–טענת הקונה שרוצה בקיום כל המכר 325
למכור שטח מסוים, ומכר פחות 260 261 263 360
לקנות חיטים וקנה שעורים 314 315 339־347 354 415־430
–אחריותו כלפי צד ג׳ 379
–אינו נחשב גזלן 457 458
–אישור בדיעבד מצד השולח 345 353 357
–אמר שהוא קונה עבור אחר, ולא כשליח 346
–בשליח בתורת עסקא 527
–בשליחות נסתרת 373 417 423 427 429 538 544
–הטעיית המוכר כאילו הורשה לכך 346
–השולח קונה מדין ׳זכין׳ 315 342־344 350 397 423 526
–השליחות ניתנת לביטול או בטלה מאליה? 344
–השעורים נקנים לשולח 342־344 417־420 423 427 515 518 519 521 556
–השעורים נקנים לשליח 373 519־522 527
–התכוון לטובת השולח 341 342 344 457
–התכוון לקנות לעצמו 546
–והמוכר טוען שהשליח הורשה לקנות שעורים 345 369 370 382
–והשעורים ניזוקו שלא מחמת השינוי 523־527
–ולא הפסיד השולח מהשינוי 357
–זכות המוכר לחזור בו 355

מכר, שליח שחרג מהרשאתו (המשך)
– זכיית השליח בשעורים והשבת הכסף לשולח 515
– חיוב השליח לשלם למוכר 372
– חריגה במודע – השלכותיה 363 373 374
– חריגה מהרשאה 520 522 524 526
– כוונת המוכר להקנות לשולח 400 544
– כשנשלח לקנות לאכילה 340 342-344 417 520
– כשנשלח לקנות לסחורה 340 342-344 417 520
– 'לתקן שלחתיך' 517 519 524
– ניכוי הנזק משכר השליח 526 527
– קיום המכר או ביטולו 339 342-346 396 397 517
– קיום המכר בשליחות נסתרת 340 341 345 346 419 423
– קנה בכסף של השולח 372 373 400 401 420 422
– קנה בכספו 400 401
– קנס לשליח על השינוי 343 344 547
לקנות חיטים וקנה שעורים והוזלו השעורים 516-522
– אישור השולח בדיעבד 516 517
– השבת הכסף לשולח 518
– ואפשר לקבל את הכסף חזרה מהמוכר 516
– וגם החיטים הוזלו 518
– מי מפסיד? 341 344-346 416 427 496
– קנס לשליח 517-520 524 526
– תשלום פיצויים לשולח 344 518
לקנות חיטים וקנה שעורים והתייקרו השעורים – למי הרווח? 339 342-344 416 427-430 457 521 526 538 574-577
– אם הסכימו מראש שהשליח יקבל חצי מהרווח 575-577
– אם התייקרו ואח"כ ניזוקו באונס 526
– קנס לשליח 576
לקנות נכס מסוים, וקנה נכס אחר וירד ערכו 515
לקנות קרקע וקנה בלי אחריות 122 253 259 328-339 344-346 360 362 363 368 372 381 382 500 504 506-509 512 515-518 520-522
– אונאה – שקרקע בלי אחריות שווה פחות מששילם 511
– אחריות השליח לאונס שלא מחמת השינוי 522 523 527 528
– אישור השולח בדיעבד 328 332
– ביטול המכר או קיומו 332 333 336-338 504 507
– במודע או בתום לב 363 374 379 505-507 510 511
– בניגוד למקובל 360
– בשליחות גלויה 330 331 333 336 337 345
– בשליחות נסתרת 330 331 333 336 337 345 372 505 507-511 513-515
– הטעיית המוכר כאילו הורשה לכך 346
– השבת הכסף או אחריות השליח – בחירת השולח 507 512 514 515 519
– השבת הכסף או אחריות השליח – בחירת השליח 507 509 510 513 514
– השבת שווה כסף לשולח 506 507 509
– ואי אפשר להשיג את הכסף מהמוכר חזרה 332-334 506 510
– והמוכר טוען שהשליח הוסמך לכך 334 335 337 338 367-370 382 505 506 508-510 513
– זכות המוכר לחזור בו 355
– זכיית השולח בקרקע 506 508-514 527
– זכיית השליח בקרקע 506-508 518 528
– חובתו להשיב את הכסף לשולח 500 504 506-509 514
– חובתו לפצות את השולח 329 336 379
– חובתו לקחת על עצמו אחריות 500
– חובתו לקנותו ולמכרו לשולח באחריות 504 506 508 509 511-514 518 519 521
– כשהמוכר לא הסכים למכור באחריות 513 514
– קנה באשראי 338
– קנה בזול בזכות זה 253 329
– קנה בכספו של השולח 372
נטל ההוכחה שהייתה חריגה 364-370
שליח לקנות
– בשליחות נסתרת – תוקף המכר 540
– השליח מחזיק בנכס כנאמן עבור השולח 554 556
– ורוצה לזכות בנכס לעצמו 375
– חובתו להשיב את הנכס למוכר 376
– קנה בזול 349
– קנה במחיר גבוה – האם נחשב חריגה מהרשאה 324
– קנה במחיר גבוה ממה שהורשה 360
– קנה כמות גדולה ממה שהורשה 360
– שתי סחורות, וקנה אחת, ונשדדה 522 523
'מלווה להוצאה ניתנה' 21
מלך
אמירה למלך 'עשיתי שליחותך' 446
גר פסול למלכות ולשררה 71

סמכותו להעניש לצורך שעה 27
שרוצח ע״י שליח 28
ממזר
הפלה כדי למנוע לידתו 42
חיובו במצוות כתיבת ספר תורה 205
טיהורו מכוח גט זיכוי 788
טיהורו ע״י ביטול שליח לגירושין 623
טיהורו ע״י הפקעת קידושין 623
פסול לכתוב ספר תורה 205
–כתיבתו ע״י שליח 202 205
מנהג (ראה גם: סיטומתא)
המבטל שדה של חברו – חיובו מכוח מנהג 495
הרחבת הרשאת השליח מכוחו 250
מינוי מורשה לנתבע 51
נגד דין תורה 144
שיש תוקף לפעולת שליח גוי 190
–לעניין איסור דאורייתא 190
שליח הפועל באופן שונה מהנהוג 258־260 264
–אחריות מדין שומר 268
מנהיג ציבור
האצלת סמכויותיו 72 710 720
הוצאות שראש קהל מוציא מעבר לנהוג 269
חובת הציבור לציית לו 70
טובי העיר
–אם מת אחד מהם 756
–הצורך בהסכמת כולם 755
מינוי גוי או אישה 71
–לשררה שבימינו 71
פרנס או גזבר שפעל עם צד ג׳ ופגע בציבור – קיום הפעולה מטעם תקנת השוק 384
שליח של הציבור 70־72
שסוטה מהמצע שעליו נבחר 71 72
שעשה מעשה שגוי 70
–אם חרג מסמכותו 71
מנהל חברה
פעולות שהוא מורשה לעשות 269 270
–השלמת ההרשאה מכוח מעמדו 269
–מכוח פרשנות ההרשאה 269
מנהֶל ציבורי (ראה: מנהיג ציבור)
מניעת רווח
אם המונע עשה רווח לעצמו מאותו נכס 542 547
בשליח שחרג מהרשאה, ומנע מצד ג׳ רווח אחר 377
המבטל שדה של חברו 495
–חיוב מטעם מנהג או תקנה 495
חיוב שליח שמנע רווח מהשולח ע״י אי ביצוע הפעולה 489 490 495־498
–אם התחייב במפורש לפצותו 497
–בשיעור כפל שכרו של השליח 495
–מדין גרמי 496
–מדין ערב 493 494 496
–מכוח תקנה 496
–רווח שהיה ודאי או מסופק 496־498 536
–שליח בשכר או בחינם 496 497
׳מבטל כיסו של חברו׳ 495
–פטור אף בדיני שמים 495
מעילה (בהקדש)
האומר לשליח להביא בשר קודש מחלון והביא ממקום אחר 313־315
האומר לשליח לתת בשר הקדש לאורח
–ונתן יותר 325
–ונתן כבד בלי לשאול את השולח 444 445
יש בה שליחות לדבר עברה 30
ע״י שליח 251
–אחריות שילוחית 37
–אם נזכר השולח שזה הקדש ולא נזכר השליח 612
–בשליח קטן 37
שליח לקנות דבר בכספי הקדש, וקנאו בזול 444
׳**מעמד שלושתם**׳ (ראה גם: המחאת זכות)
בהקנאת דבר שלא בא לעולם 237
טעם התקנה 23
ע״י אפוטרופוס של הממחה 47
ע״י אפוטרופוס של הנמחה 47
ע״י גבאי צדקה עבור העניים 72
ע״י שליח של הממחה 23 24
ע״י שליח של הנמחה 23 24 46 72 119
מעקה
בנייתו ע״י שליח
–שליח גוי 188 194
–שליח גוי בשכר 194
שעשה פועל גוי – ברכה עליו 59
׳**מעשה קוף**׳ (**פעולה מטריאלית**)
שליח הסבור שאינו עושה אלא מעשה קוף 10 122־124
שליחות לפעולה שאין לה משמעות משפטית 5־10 19
–אינה נושא לשליחות 5 68 69
–הדלקת נר חנוכה 210
–ההבחנה בין פרעון חוב וגבייתו 81
–הובלת נכס 488
–והכלל ׳מילי לא ממסרן לשליח׳ 730
–כפופה לכללי ׳הליכות עולם׳ 9
–מכירת נכס במחיר קצוב 8 471 475 731
–מסירת גט וכתב מינוי לשליח לגירושין 140 141 150 737

– מסירת מתנה 730
– מסירת שטר שחרור של עבד 87
– עירובין 7
– פרעון חוב 8
– קידושי כסף 8 9 733
– קניין במעות השולח 8 398 404
– שיפוי פצוי ושכר 584
– תפיסת נכס להבטחת פרעון חוב 19
– תרופות בשל אי ביצועה 488-498
מעשה קניין
בדבר שאינו מבורר
– המקנה מתכוון שיחול כשיתברר 156
– הקנאתו מעכשיו לכשיתברר 156 157
במינוי שליח (ראה: מינוי שליח)
שיחול לאחר זמן 154
– אם הנכס אז בחצרו של הקונה 154
– אם רישום מעשה הקניין עדיין ניכר אז 154
שעשה אדם אחר עבור הקונה 123 124
– בחינם או בשכר 124
– בלי שהתכוון לכך 126
– בקניין מסירה 124
שעשה קונה בלי כוונה לקנות 109 124
– כש'דעת אחרת מקנה' 109 124-126 573
– כשהמקנה אינו כשר לשליחות 126
– כשהמקנה אינו מתכוון להקנות ורק מוכן שהבעלות תעבור 125
מעשר שני
חילול פירות מ"ש גזולים על מטבע
– ע"י אחר, מדין 'זכין' 813
– ע"י הגזלן 813
חילולו על מטבע שיעלה ראשון מהכיס 156
מצה
אכילתה ע"י שליח 12 16 77 78 117
לישתה לשם מצווה 126
מצווה
הקונה 'מצווה' – כיבוד בבית כנסת 146
– מינוי השמש כשליח לצורך הקדש 146
הקונה 'מצווה' – כיבוד בבית כנסת – זכותו למנות שליח 202
– אם הוא במקום רחוק 206 207
'מצווה בו יותר מבשלוחו' 15
– אם ממנה שליח בדרך כבוד 15
קיומה ע"י שליח 9 11 12 77-80
– באמצעות שליח משנה 733
– בשולח שאינו 'בעל הממון' 81
– בשליח שאינו יכול לעשותה בלי קבלת כוח מהשולח 79
– בשולח שאינו יכול לעשותה בעצמו 202
– ייחוס הפעולה לשולח, בלי קבלת כוחו של השולח 733
– ייחוס הפעולה לשולח 111 202
– כשיש לה תוצאה הנוגעת לשולח 79
– מצווה התלויה בארץ, ע"י בן חו"ל 202 207
– מצווה חיובית 16
– מצווה פסיבית 116
– מצווה שאינה חיובית 16
– מצווה שהיא אמצעי למטרה 13 79
– מצווה שהיא מטרה לעצמה 13 79
– מצווה שחייב לעשות בגופו 12 14 77 78 117
– מת השולח – אם שכר המצווה שלו 647
– שולח שיש לו חלק בה מעבר למינוי 78 80
– שליח אישה שאינה חייבת במצווה זו 244
– שליח קטן, במצווה שמשנה את המציאות הרֵאלית 187
שאדם עושה בלי כוונה, ואחר מכוון עבורו 126
– במצווה שדי בכוונה לצאת ידי חובה 127
מציאה (ראה גם: השבת אבדה; ייאוש)
זכייה בה בקניין חצר 89
פועל המגביה מציאה עבור המעביד 57 60 61
– שלא בהוראת המעביד 61
פועל המגביה מציאה עבור עצמו 62
– אם נשכר ללקט מציאות 62 559
שבעליה מן הסתם מתייאש (ראה: ייאוש)
שליח להגביה מציאה 22 23 81 84 88-90 91
– אם הוא טוען שהגביה לעצמו 534
שמצא השליח במהלך השליחות 569
– אם לא התכוון לזכות בה ונתְנָהּ לשולח 573
מצרן
זר שקנה – שליח המצרן מכוח הדין 451
מקח טעות (ראה גם: מכר, שליח למכור) 121-122 355
טעות בזיהוי הקונה או המוכר 352 369 395 403
טעות במידה 326
– אם אפשר להשלים את החסר 326
'מראה מקום הוא לו' (אי הקפדה על ציות דווקני) (ראה: פרשנות ההרשאה)
מרגלים (במדבר)
היו שליחי ישראל 70
מרשם המקרקעין
קונה דירה ורושם אותה ע"ש אשתו 353

שליח לקנות קרקע, על דעת שתירשם ע״ש
השליח 553
מרתא בת בייתוס
השליח ששלחה לקנות אוכל 342
משומד (מומר)
גירושי אישה משומדת מדין
׳זכין׳ 805
גירושי אשת משומד 188
–מדין ׳זכין׳ 82 786־788
כשליח לדבר עברה 33
כשרותו לשליחות 187
–משומד לתאבון או להכעיס 187
שליח של משומד לגרש 602
–חשש שיבטל אותו 602
שמינה גוי כשליח 188
משטה
אין אדם משטה בבית דין 267
אין אדם משטה בשעת מיתה 260
אין אדם משטה בשעת סכנה 267
במינוי שליח 687
בקבלת ערבות 687
משנה
איזכורי שליחות במשנה 5
משפט עברי
השפעתו על החוק 96 300 301 583
מת (ראה: מוות)
מתווך (ראה גם: שדכן)
אינו שליח 69
–אם הורשה לנהל מו״מ 69
למתן הלוואה, חיובו לסייע בגביית
החוב 460
מתווך יהודי עבור נכרי 69
שהורשה לגמור את העסקה 69
שכר תיווך 69
שמכר נכס בלי אישור המוכר על המחיר
–זכות הקונה לחזור בו 355
שניהל מו״מ שלא בתום לב 69
מתחזה (ראה: שליחות נחזית)
מתנה
אין צורך בפעולת נתינה 477
גילוי דעת שנותן על תנאי מסוים, בלי
אמירה מפורשת 613
דבר שאין מקפידים עליו, אפשר שניתן
במתנה למי שיזכה 396
הנותן אינו נעשה שליח לזכות בשביל
המקבל 477
זיכויָה למקבל ע״י אחר, מדין
׳זכין׳ 348־350 769 772 775
–אם הנותן חזר בו 350
–אם הנותן חזר בו לפני שנודע
למקבל 808
–ב׳זוכה׳ המתכוון לזכות עבורו בלי ידיעת
הנותן 776
–בעיית ׳שונא מתנות יחיה׳ 782 790
–ה׳זוכה׳ כשליח של המקבל 84
–ה׳זוכה׳ כשליח של הנותן 84 477
–השביח הנכס לפני שנודע למקבל – למי
השבח 800 801
–השתמש בו לפני שנודע לו וכשנודע לו
התנגד 802
–חמץ בפסח 793
–יכולת המקבל להתנגד 805
–כשגילה דעתו מראש שאינו רוצה 790
–לעני שיצטרך לפרוע בה חוב 780
–מתי המקבל קונה את הנכס 800 801
–שלא באמצעות צד ג׳ 420
–שלא באמצעות צד ג׳, כשברור שיש גמירת
דעת לכך 421
זכיה בה בלי ידיעת הנותן 396
חזקה שהמקבל מסכים 798
–אם שתק 798
לעובר 668
נותן בעין יפה נותן 801
נותן שאינו יודע מי המקבל 402
נותן שאמר למישהו ׳הולך למקבל׳ 83
נותן שטעה בזהות המקבל 395
שליח הרוצה לתת מתנה לשולחו, וזוכה בה
בעבורו 464
שליח לכתוב שטר מתנה ולזכות
למקבל 236
שליח לכתוב שטר מתנה, שממנה
שליח 726 732 733 737 738
שליח לקבל מתנה 80 82־85 88 90 92
–בעיית ׳שלוחו של בעל הממון׳ 82־85
–מתנה מרובה או מועטת 84
–שאמר לו הנותן ׳הולך לו׳ 83 84
–שאמר לו הנותן ׳זכֵה לו׳ 83
–שאפשר לראותו גם כשליח של הנותן 80
81
שליח לתת מתנה
–יכול לשמש גם כשלוחו של המקבל 475
–כתיבת שטר המתנה ע״י שליח
משנה 738
–נתינתה ע״י שליח משנה 730
–רק לפי הוראת פלוני, והשולח נתן
הוראה 120
–שרוצה לזכות בה עבור המקבל 84 85
90 91
שנתן צד ג׳ לשליח אחרי סיום השליחות –
של מי היא 555
מתנה על מה שכתוב בתורה
על מנת שאין במקח הונאה 380

מתנות עניים
זיכויין לעני ע"י 'זוכה' עשיר 815

נאמנות (בנכסים)
אם הנאמן פשט רגל – זכות הנהנה בנכס 553 554
מטרתה – הטבה עם צד ג' 65 770
נכס או רווח שהגיע לשליח עקב השליחות – הוא נאמן 553-556
–בשליח לקנות, והסתיר את שליחותו 553 556
–בשליח לקנות, שקנה תוך חריגה מהרשאה 554 556
–בשליח לקנות קרקע, על דעת שתירשם ע"ש השליח 553
רווחי הנכס – לנהנה 554
נאמנות השליח (ראה: חובת הנאמנות)
נדר
ביטולו מראש 667 674 675
המודר הנאה מחברו
–אסור לחברו להיות שלוחו 137 138 167
–הפרשת תרומתו ע"י חברו 137 138 167
–הקרבת קרבנו ע"י חברו שהוא כהן 201
הפרת נדרי אשתו
–לפני ששמע את הנדר 13 115 116
–ע"י שליח 13 17 18 25 79 115 116
–ע"י שליח – נדר עתידי 213
–שליח להפרה – הרשאתו כוללת את שמיעת הנדר 267
–שתדור בעתיד 213
התרתו ע"י חכם 600
–בנודר על דעת חברו 606
–עקירתו למפרע 601
התרתו שלא בנוכחות הנודר
–בנוכחות בעלה של הנודרת 63 64
–בנוכחות שותפו 56
–בנוכחות שלוחו 15 63
ע"י שליח 14 17 731
'נושאת ונותנת בתוך הבית' 65 272 384
נזק
במחדל 692
גרמא 692
–א' הגורם ל-ב' להזיק ל-א' 692 693
–אם הניזק תפס 693
–בשליח שחרג מהרשאתו – הטעייתו את צד ג' 376 377
–חיוב בדיני שמים 377
–שומר ושליח חייבים אף בגרמא 488 502 503
גרמי 692
–ביטול שליח לגביית חוב 692
–במזיק ע"י שליח 36
–בשוגג או באונס 692
–חיוב שליח כלפי צד ג' בגין חריגה מהרשאה 376
היזק שאינו ניכר 488
–מי שהתחייב למנוע אותו 488
המוסר אש לחרש שוטה וקטן והזיקה 184-187
–ברשלנות או בכוונה שישרפו 184 185
–חיוב מדין גרמי 184
המזיק ע"י שליח 28
–אחריות השליח 32
–אם ברור שהשליח יזיק 36
–בשליח שוגג 32 37
–שליח גוי לכרות בור 193
–שליח קטן 34 37
המשסה כלב של אחר, ונשך את המשסה 692
–אם המשסה קטן 692
התחייבות שליח לצד ג' לפצותו אם יתברר שחרג מהרשאתו ויינזק 377
חיוב שליח בנזק שגרם עקב אי ביצוע שליחותו 488-498
–איבד שטר חוב 490
–בדבר האבד 491
–בדבר שאינו אבד 491
–כשהשולח הסתלק משמירת נכסיו בהסתמך עליו 490
–כשהשולח יכול היה להקטין את הנזק 494
–כשידע שאין לשולח חלופה אחרת או לא ידע 494
–כשלא שכר השולח שליח חלופי 493
–כשעשה קניין עם השולח 492
–כשקיבל שכר לפי שעות או בקבלנות 491
–מדין ערב 493 494
–מדין פועל 490-493
–מדין שומר 488-490
–נתבקש להאריך תוקף כרטיס הגרלה, ולא האריך 489
–עלות שליח חלופי 491 493 494
–שליח בחינם 492 493
–שליח בחינם, ונגנב הנכס 495
–שליח למכור, ולא מכר, וירד ערך הנכס 488
חיוב שליח בנזק שגרם עקב אי ציות 515-527
–מטעם קנס 517-520 524-526
חיוב שליח בנזק שגרם עקב ביצוע לקוי של שליחותו (ראה גם: לתקן...) 525

–נזק שלא נבע מהרשלנות 525
עגמת נפש 498
פעולה מותרת שגרמה נזק 456
שותפים שמינו שליח לכרות בור 33 34 38 55
שיפוי שליח על נזק שאירע לו עקב השליחות 583 586-592
–אחריות מוסרית 592
–בגדר גרמא 587 590
–בשליח בשכר 587-589 590
–העלילו עליו עלילה בגלל השליחות 588
–חויב לשלם מכס גבוה 588
–ידע מראש על הסכנה או לא ידע 589 590
–כי השולח כאילו שאל את גופו 590 591
–מכוח הסכם מכללא 587
–נזק לגופו או לרכושו 286 590
–נזק מפגיעה שכוונה לשולח 587 588 590
–נזק שהיה קורה גם לולא השליחות 591
–נפל בשבי ויש לו דמי פדיון או אין לו 590 591
–צד ג׳ תבע אותו בגלל מעשה של השולח 588
–שליח להבריח ממכס, ונתפס ונאלץ לשלם להשתחרר 590
תשלום כסף או תיקון הנזק – מי בוחר 511
נטל ההוכחה (ראה גם: ׳המוציא מחברו...׳)
בטענת חריגת אפוטרופוס מסמכותו 47
בטענת חריגת השליח מהרשאתו (ראה: חריגה מהרשאה; לתקן שלחתיך)
בעניין גובה הוצאות השליח 584
ניגוד עניינים (של השליח) 446-454
איסור קבלת שליחות שביצועה יזיק לשליח 446 447
איסור קידום עניינים אישיים של השליח 433
אם בפועל לא נפגע השולח 434 447
חשש ניצול לרעה של כוח השליח 446 447
עשיית פעולת השליחות עם עצמו (ראה גם: מכר, שליח למכור) 434 450-452 464
–אם כך הורה לו השולח 449
–התנאה על איסור זה 464
–הפעולה ניתנת לביטול 464
–תוך עמידה בתנאים שהציב השולח 450 451
–תוקף השליחות בדיעבד 450-452 529 530
קבלת טובת הנאה מאדם אחר בקשר לשליחות 434 452 453
–אחרי ביצוע פעולת השליחות 452
–אם פגע בשולח בעקבות כך 453
–חובתו לדווח על כך לשולח 453
–טובת הנאה מהשולח 452
שימוש לרעת השולח במידע שקיבל עקב השליחות 453 454
–אחרי סיום השליחות 459
–דין ׳עני המהפך בחררה׳ 454
–להתחרות בשולח 453
שליח של כמה שולחים בנושא אחד 433 448 758
–אם מינוהו במשותף (ראה: ריבוי שולחים)
–אם מינוהו שניים בנפרד, וכל אחד ידע על האחר או לא ידע 758
–של השולח ושל צד ג׳ (ראה: לא חזרה...)
נכרי (ראה: גוי)
נס
הגעה למקום רחוק בדרך נס 207

סוד
עובד המשתמש בסוד מסחרי של מעבידו 453
סודר (ראה: חליפין)
סוכה
האומר שאם ירצה יוכל ליהנות אח״כ מנוייה 158
ישיבה בסוכה ע״י שליח 12 78 79
סיום השליחות
הרשעה בעברה חמורה אינה מביאה לסיום 652
חובות השליח הנמשכות אחרי סיומה 459 460
לא ידע על כך השליח 683
–והפר חובה כלפי השולח 684
–זכותו להשבת הוצאות 684
–זכותו לשכר 684 687
–כוחו להקנות את זכותו לאחר 684
לא ידע על כך צד ג׳ 683
–ובינתיים רכש צד ד׳ את הנכס מושא השליחות בתום לב 685
–זכותו לבטל או לקיים התקשרות עם השולח 684
–חיוב השולח באחריות כלפיו 684
–חיוב השולח כלפיו, אם השליח ידע 700-702
–חיוב השליח כלפיו אם ידע 684 685
–תקנה שהשליחות לא תסתיים, כהגנה עליו 694 696
ע״י ביטולה (ראה: ביטול השליחות)
ע״י ביצוע פעולת השליחות 669

–אם נכשלה 669
ע״י הגשמת מטרתה 599
ע״י השתטות אחד הצדדים (ראה: שוטה)
ע״י מות אחד הצדדים (ראה: מוות)
ע״י פשיטת רגל של אחד הצדדים (ראה: פשיטת רגל)
ע״י קביעה מראש של מועד סיומה 599
שולח שחזר בו ממטרת השליחות 109 122
–ואחר כך רצה בה שוב 109
–ונודע על כך לשליח 109
סיטומתא (ראה גם: מנהג)
בהקנאת דבר שלא בא לעולם 237
ביפוי כוח בלתי חוזר 667
בעסקה ע״י שליח נכרי 190
מעשה קניין מכוח מנהג 664
סירוס בהמה
ע״י שליח גוי 195
סמיכה (על קרבן)
ע״י אשתו של בעל הקרבן 64
ע״י עבד של בעל הקרבן 60
ע״י שליח 24
ספירת העומר
בכתיבה 618
ספק
כנימוק לחלוקת רווח לא צפוי של השליחות 560 561
ספר תורה
כתיבתו ע״י ממזר (ראה: ממזר)
כתיבתו ע״י שליח 207
–אם השולח אינו יודע לכתוב 207
–אם מת השולח 647
צום על נפילתו 73 74
–מידי המגביה 74
–מידי שליח ציבור 73 74
סקילה
ע״י שליח 98
סרסור (ראה: מתווך)

עבד כנעני (ראה גם: ׳דין עבד כנעני׳)
איסור לשחררו 35 87
אפשר לשחררו בעל כרחו 805
זיכוי שטר השחרור ע״י אחר 791
–מועד חלות השחרור 791
זכייתו בשטר שחרור עבור עבד אחר 202 203 220 222
ידו כיד האדון
–בדבר עברה 58
–בדיני איסור והיתר 59
–בשליחות משנה 58 59
יכולתו לקבל את שטר שחרורו 202 219 220 222
כחצר של האדון 60
כשליח של האדון 162 245
׳מה שקנה עבד קנה רבו׳ 219
פסול לשליחות בקידושין ובגירושין 196 197
קבלתו שטר שחרור מדין ׳זכין׳ 89 90
שחרור חצי ממנו 813
שחרורו בשטר מדין ׳זכין׳ 791 800
–אמר האדון ׳קַנֵה׳ או ׳זכֵה׳ 800
–האדון חזר בו לפני הגעת השטר לעבד 800
–האדון מת לפני הגעת השטר לעבד 800
–האם נחשב זכות גמורה 805 806
–זכות העבד להתנגד לו 805 806
–מועד חלות השחרור 800
שחרורו ע״י שאחר משלם לאדון 65 66
–נגד רצון העבד 67
שחרורו ע״י שליח 35
שליח הזוכה בשטר שחרור עבורו 87
–בעיית ׳שלוחו של בעל הממון׳ 87
–עושה ׳מעשה קוף׳ עבור האדון 87
–שליח של העבד 87
שליח לתת לו שטר שחרור
–אם מת האדון 646
–בלשון ׳תן׳ 89
–הפיכתו לשליח קבלה 89 90
שמכר או קנה מנכסי האדון – זכות האדון להחליט 349
שממנה שליח לקבל שטר שחרורו 89 90 198 202 205 215 217־222
עבד עברי
רציעתו ע״י שליח 24
עברה (ראה: אין שליח לדבר עברה)
עגל הזהב
וידוי משה על החטא 17
עגמת נפש
פיצוי עליה 498
עדות
בכתב 618
השולח עד להעיד שקר 28
–אם יש ודאות קרובה שישקר 28 29
–בשכר 28 29
–חיוב בנזק שנגרם 28
ע״י שליח 24
עד מפי עד 24
–אם עד המקור מכחיש 366
עדות של בעל דבר שאינו נוגע בה 106 107
של פועל, בענייני מעבידו 58
של שליח על נושא שליחותו 9 105־107 365

–בשליח לפרעון חוב 105 106
עובר (ראה גם: הפלה)
גיורו ע"י טבילת אמו 812
הקנאה לו ב'קנה על מנת להקנות' 668
'זכין' למקבל שהוא עובר 812
עורך דין (ראה: אורכתא)
עיקול 663 664
עירוב חצרות (או שיתופי מבואות)
זיכויו לבני החצר ע"י צד ג' 473
–אם גילו דעתם מראש שהם רוצים 789
–אם היה אפשר לשאול אותם 781
–ע"י 'זוכה' קטן 814
עירוב תחומין
האומר לשלוחו להניח עירוב בבית והניח בעלייה 305 306
האומר לשלוחו לערב במין אחד, ועירב במין אחר 304–308 311 314
–בפירות השליח או בפירות השולח 305
ע"י שליח 7
'עני המהפך בחררה'
בזכייה במתנה 438 439
בזכייה מהפקר 438 439 454
בקנייה 438 439 454
–בקנייה בזול 438 439 454 536
בשליח שעשה את הפעולה בעבור עצמו (ראה: חובת הנאמנות)
חובתו לבטל את מה שעשה 532
נקרא רשע 454
–פסול לעדות ולשבועה 532
עסקא
הגדרתה 448 541
חלוקת הרווח בין העוסק לבעליה 339
עוסק הקונה לעצמו סחורה זהה לשל העסקא 448
עוסק שהחליט לעסוק בחצי שהוא פיקדון לעצמו 542
עוסק שהחליט לעסוק רק בחצי שהוא הלוואה – למי הרווח 542 547
–אם התנה כך בפני ב"ד 542
עוסק שסחר בחנות בדברים אחרים – למי הרווח
–אם השתמש בכסף של השולח 530
–אם השתמש בכספו 530
עקיבה (Tracing)
בעלות בכסף עוברת לנכס שנקנה בו 343 344 363 511 513 759–762
–בקניין כסף 403
ערבות
זכות ערב לפיצוי על נזק שנגרם לו עקב הערבות 588
–אם המלווה העליל עליו עלילה 588
–מדין גרמי 588
–מכוח הסכם מכללא 588
–נזק שאינו שכיח 588
חיוב 'מדין ערב' 153 336 399 411 413 687 688 694–696
–אם חזר בו המתחייב בלי ידיעת האחר 695
–אם לא התחייב לשלם 687
–בהקנאת נכס 696 697
–במי שמורה לאחר לשלם לשלוחו 695
–זכות שליח להשבת הוצאותיו 687
–חיוב פועל בנזק שגרם למעביד באי-עבודתו 493 494
–חיוב שליח על מניעת רווח מהמשלח עקב אי ביצוע הפעולה 493 494 498
–שיחול אחרי מות המתחייב 695
ערב שחזר בו בלי ידיעת המלווה 695
ערכין
הנודר להקדש את 'ערכו'
–אם הוא עני 421
–גבייה מבגדי אשתו ובניו 421 430
–גבייה ממיטלטליו 430
–התנאה לצמצם את הגבייה ממטלטליו 430
עשיית עושר ולא במשפט (דין 'נהנה') (ראה גם: 'זה נהנה וזה לא חסר'; 'פורע חובו של חברו')
זכות שיפוי למיטיב עם חברו 583
–כיסוד זכות שליח לשיפוי על הוצאותיו 585 586 594
–כיסוד זכות שליח משנה לשיפוי על הוצאותיו 717
–כיסוד זכות צד ג' כלפי השולח בשליחות נסתרת 405 406 411
–למציל ממון אחר (ראה: הצלת ממון...)
–על מה שנאלץ לשלם עקב נזק שגרם תוך כך לצד ג' 583
כיסוד לזכות השולח בנכסים וברווחים שהגיעו לשליח עקב שליחותו 555
כיסוד לזכות פועל לתשלום ממי שלא שכר אותו 406
'עשיתי שליחותך' (ראה גם: 'לא חזרה שליחות') 446 477 479 480

פאת הראש (איסור גילוחה)
השולח אישה לגלח פאת איש 39
השולח אישה לגלח פאת קטן 209
השולח גוי לגלח פאה של אחר 195
השולח קטן לגלח פאה של אחר 186

פדיון הבן
מדין 'זכין' 810
–אחרי מות האב 810
–בחיי האב 810
מינוי שליח לפדות תוך ל' יום 169 228 229
–מדין 'זכין' 169 229
נתינת כסף לכהן תוך ל', שיחול לאחר ל' 229
ע"י אשת האב 64
ע"י שליח 15 16
–אישה 244
–בעל של כהנת או לוייה 244
–כהן או לוי 244
פועל
אחריות שליח מדין פועל 490-493
בדבר האבד – חובתו לעבוד 441 442
–בסיס לחובת שליח לבצע שליחותו 441 442
ביצוע עבודתו ע"י שליח 14
החובה לשלם שכרו בכסף ולא בשווה כסף 65
הלנת שכר (ראה: הלנת שכר)
השוכר פועל והפנהו לעבוד בשביל אחר 404 410
–בקבלן 411
–חיוב האחר מדין 'נהנה' 406
זכות מעביד לפטר פועל שהתרשל 499
זכותו לחזור בו 45 490
–בקבלן 490 492
חיובו על נזק שגרם למעביד באי-עבודתו 490-493
–אם שבת כלחץ להגדלת שכרו 491
–מדין ערב 494
–נזק לחפץ שהתחיל לעבוד בו והפסיק 493
–עלות שכירת פועל חלופי 491 493 494
חיובו על נזק שגרם למעביד ברשלנות 500 501
'ידו כיד בעל הבית' – ייצוגו 53 56-63
–בדבר עברה 57 58
–בדיני איסור והיתר 59 60
–בהגבהת מציאה (ראה: מציאה)
–בחב לאחרים 57 58 62
–במה שאינו בתחום עבודתו 61 62
–במעביד גוי או קטן 57
–במעשי קניין 61
–בפועל גוי 57 60 62
–בפועל המתכוון לזכות לעצמו 59
–בפעולה שבעה"ב אינו יכול לעשות 57 60
–בקבלן 56 69
–בקניין ע"י חצר של הפועל 61
–בשליחות משנה 58
–חוץ לזמן עבודתו 61 62
מעביד שחזר בו – חיובו לפועל על מניעת רווח 496
פיטוריו בלי ידיעתו 687
קנוי למעביד 57
שכירת פועל ע"י שליח 9
–בשליחות נסתרת – זכותו לשכר מהשולח 404
–לעניין הלנת שכר 64 65
–שליח גוי 9
שליח בשכר – פועל 56
–אם יש לו משימה מוגדרת 56
שליח בשכר לפעולה שהשולח אינו יכול לעשות בעצמו עדיין 238 239
שליח לשכור פועל, שהבטיח שכר גבוה מהמקובל 259 260
–אם המעביד ידע ולא מנע ממנו לעבוד 260
שליח לשכור פועל, שהבטיח שכר גבוה משאמר השולח 337-339
שליח לשכור פועל, שהבטיח שכר נמוך משאמר השולח 636
–אם הפועל אמר שהוא מסכים להצעת השולח 636
–אם הפועל הסכים להצעת השליח 636
–אם הפועל הסכים להצעת השליח ואמר 'כמו שאמר בעה"ב' 636
'פורע חובו של חברו' 136 585
פיקדון (ראה גם: שומר)
כסף מופקד, שהנפקד קנה בו נכס 541
נפקד שעסק בו והרוויח בלי רשות המפקיד
–זכות המפקיד ברווח 540 547
–נאמנותו לומר שעשה כך לצורך עצמו 538
שליח לגבות פיקדון של מטבעות בלי צורה, ומת השולח 649
פסיקת הלכה (ראה: כללי פסיקה)
פעולה מטריאלית (פעולה שאין לה משמעות משפטית) (ראה: 'מעשה קוף')
פעולה משפטית (כנושא לשליחות)
דיבור (ראה: מילי)
הגדרתה 5
משא ומתן לקראת כריתת חוזה 6
פעולה אסורה (ראה: אין שליח לדבר עברה)
פעולה בעלת תוצאה משפטית אגבית בלבד 5 6 9 10
פעולה הפוגעת בצד ג' (ראה: חב לאחרים)
פעולה שאין לה תוצאות משפטיות 5-7
פעולה שאינה דורשת שיקול דעת 6

פעולה שהיא אמצעי 13
פעולה שהיא מטרה 13 29
פעולה שיש לבצע באופן אישי 11 708
–ע"פ הדין 18-25
–ע"פ הסכם מכללא 14
–ע"פ הסכם מפורש 11
–ע"פ מהותה 12-18
פעולה שתוצאתה אינה תלויה ברצון השולח 14
שאינה מכוונת כלפי צד ג' 10 11
שליח שאינו יודע שיש תוצאה משפטית 10
פרוזבול (ראה גם: הלוואה)
כתיבתו על סמך קרקע שזיכה המלווה ללווה 793 794
פרנס (ראה: מנהיג ציבור)
פרשנות
של חוזה – לפי רוב בני המקום 274
פרשנות ההרשאה 251-264
אינה כוללת פעולה הפוגעת בשולח (ראה: לתקן...)
ביצוע חלקי של השליחות 260 261
הוראה לעשות שתי פעולות – האם הסדר בדווקא 254
הרחבתה ע"פ אומדן כוונת השולח 261-265 302
–הרשאה שנאמרה בלשון הקפדה 263
–כשאין טעם בהקפדה 262
–כשלא מקובל להקפיד על כך 264
–'מראה מקום הוא לו' 262
–סטייה לטובת השולח 262
–שליח למסור ללוי וליהודה, ומסר ליהודה בידיעת לוי 261
התבטל הנימוק שנתן השולח להגבלת ההרשאה 307 309-311
חובת השליח לברר מה כוונת השולח 251
כשהתבטל הנימוק הסביר להגבלת ההרשאה 307-313
–חשש שלשולח היה טעם אחר שעדיין קיים 307-309
עשיית פעולה באופן שונה מהנהוג 258-260 264
–אם אח"כ השולח אמר שאינו מקפיד 260
פרשנות דווקנית 303-315 325
–בסטייה קלה מההרשאה 304
–בשליחות שהשולח מעביר את כוחו לשליח 313
–בשליחות שהשליח הוא ידו של השולח 313
–כשייתכן שיש לשולח סיבה להקפיד 304
–שינוי צדדי שאינו בגוף השליחות 306 311
פרשנות דווקנית אם אין סיבה להקפדה 302-305 308 311 313
–בעניין מושא השליחות 313-315
–בפעולה משפטית חד צדדית 311
–בפעולה שהשולח מוכרח לבצע 311
–הגבלה הנוגעת רק לפעולה המקדימה את ביצוע השליחות 311
–רצון השולח בצייתנות השליח 313
צמצומה ע"פ אומדן כוונת השולח 251 302
פשיטת רגל (ראה גם: סיום השליחות)
בלשון התלמוד 663
של השולח 663
–בשליחות שנועדה לטובת צד ג' או השליח 665
–והוסרה הגדרתו כפושט רגל 663 664
של השליח 663
–והוסרה הגדרתו כפושט רגל 663 664
שליח שמכר באשראי למי שעמד לפשוט רגל 324
תוקף הלכתי מדין 'דינא דמלכותא דינא' 663
פשיעה (רשלנות)
תחילתו בפשיעה וסופו באונס 525
–אונס שלא נבע מהפשיעה 525
פשרה (ראה גם: מחילה)
אישה שהתפשרה על נכסיה ובעלה מתנגד 283
מורשה שמונה בפירוש גם להתפשר 282
–הורשה רק להסכים לפשרה של בית הדין 282
–סמכותו למחול לגמרי 282
ע"י שליח 54
–שהתפשר בסכום נמוך, והשולח טוען שלא הרשהו לסכום כזה 367
ע"י שליח מכוח הרשאה משלימה 250 277 281
–במי שהורשה לייצוג משפטי 281 282
–חריגה מהרשאה 282
–סמכות מכוח תקנת השוק 283

צַבע (אומן לצביעת בגדים)
נתן לו בגד לצבוע עבור אשתו – זכייתה בבגד 419 420 423
–אם שילם בכסף שלה 420
–בגד של האישה או של הבעל 419 420
–ואמר לו שהוא לאשתו או לא אמר 419 420 423

–מדין שליחות או מדין ׳זכין׳ 419 420 422
ששינה מהוראות בעל הבגד 416
צדקה (ראה גם: גבאי צדקה)
זיכוייה לחייב ע״י נושה, כדי שיוכל לגבות את חובו ממנו 794
זכות השיפוי של שליח לצדקה 584
שינוי ייעודה או שאלה לחכם עליה 72
–אחרי שהגיעה לגבאי הצדקה 72 73
צוואה
תקפה רק ע״י המצווה עצמו 3
ציצית
לבישתה ע״י שליח 16
צרפת
משפט צרפתי 12 529 707 711

קארו, ר׳ יוסף
במצרים נתקבלו הוראותיו 522
כסף משנה ובית יוסף – איזה קדם 512
קבלן
אם מזמין העבודה סיכל את עבודתו 687
קורדייקוס (ראה גם: שוטה) 653 655 676 678
קטן (ראה גם: ׳מופלא הסמוך לאיש׳)
אין לו דעת לקנות 242
בקניית מיטלטלין 181
–אם דעת אחרת מקנה לו 181
זכותו במציאה שמצא 124 125
זכייתו לעצמו 183
זכייתו עבור אחר 182
׳זכין׳ לקטן (ראה: ׳זכין׳)
כשליח (ראה: כשרות השליח)
נכס שאדם בר דעת מקנה לו 125
–אם אינו עומד על גביו בשעת הקנייה 128
–אם גדול זר עומד על גביו בשעת הקנייה 128
–אם המקנה אינו כשר לשליחות 126
–מדין ׳זכין׳ 125 126
שממנה שליח – תוקפו מדין ׳זכין׳ 769
קידושין
אב שקידש אישה עבור בנו 148 149
–אחרי גילוי דעת הבן שרוצה בה – ׳זכין׳ 169
–ובנו שתק – כמינוי אביו לשליח 149
–ויש הוכחה שהבן מינה אותו כשליח 148 149
–מדין ׳זכין׳ 148 149
אם האישה והשליח מעידים שנתקדשה 106
בחפץ של אחר שאינו מקפיד עליו 396
בכסף גזול 540
המקדש אישה למפגר 783
המקדש אישה נשואה ׳לאחר שתתגרש׳ 217
המקדש אישה, ושתקה 436
המקדש את ׳בתו׳, וספק לאיזו בת התכוון 533
–אם אחת מהן מינתה אותו לשליח 533
–אם אחת מהן קטנה 533
המקדש כמה נשים ובהן שתי אחיות 764
המקדש ׳לאחר ל׳ יום׳ 140 154 602
–והאישה חזרה בה תוך הזמן 602 603 605 629
–והבעל חזר בו תוך הזמן 602 603
המקדש ׳ע״מ שיש לי קרקע במקום פלוני׳ ויש לו במקום אחר, קרוב יותר 308 310
המקדש קטנה, לכשתגדל 228
הפקעת קידושין
–בבעל שביטל בפני עד אחד שליחות לגרש 623
–כאמצעי לטהר ממזר 623
השולח את בתו לקבל קידושין בשבילו 182
חזרה תוך כדי דיבור מקידושין 625
–בקידושין ע״י שליח 625
מדין ׳זכין׳ 775 783 785
–אישה שלא היתה פנויה כשגילה דעתו שרוצה 789
–באב שקידש אישה לבנו 783
–באב שקידש אישה לבנו הקטן 783
–הצורך באישור מפורש של האיש כשישמע 784
–כשגילה דעתו שהוא רוצה באישה זו 788 789
–כשגילה דעתו שהוא רוצה לקדש אישה 789
׳מדין עבד כנעני׳ 66
מי שקידשו לו אישה על סמך גילוי דעתו 147
–במינהו שליח לשדך לו 147
–מדין ׳זכין׳ 147
מינוי שליח לקדש אישה שבאותה שעה עדיין נשואה 211־213 215 216
–בהרשאה סתמית או בהרשאה לקדש אישה זו 212
ע״י שליח 78 79
קטנה שהתקדשה בלי דעת אביה ואח״כ אביה אישר 799 808
–מקודשת מדין ׳זכין׳ 799

קידושין (המשך)
שליח האישה לקבל קידושין 10
–ביטלה את שליחותו 602
–ולא ציינה ממי לקבל 10
–וקיבלה בעצמה 602 616
–חזרה בה מהמינוי 629
–כשכבר אינה רוצה להתקדש כלל 629
–מינוי שלא בפני עדים 112 113 142
–מינוי שליח משנה 729
–שקיבל מ-א, והיא קיבלה מ-ב 119 120
שליח לקדש אישה 5 9 13 97 129
–אישה (שליחה) 196
–אם נשבע השולח לא לקדש אישה זו 208
–ביטולו 601
–השולח יכול לקדש אישה אחרת 120
–והשולח הקדים וקידש בעצמו 603
–והשולח לא ציין איזו אישה 10
–והשולח מינה שליח אחר לקדש אותה
אישה או אחרת 617 618
–והשליח אינו יכול לקדשה לעצמו 23
–ידע שהשולח סומך עליו ולא קידשה 437
–לקדש אישה העומדת להתגרש 154
–לקדש אישה מסוימת – 'מעשה קוף' 8
–לקדש אישה על תנאי, וקידשה בלי תנאי,
והשולח הסכים 348
–לקדש אישה במקום פלוני, וקידשה במקום
אחר 308 312
–לקדש אישה שהיא נשואה בשעת
המינוי 197 217-225 232 789
–לקדש אישה שעוד לא נולדה בשעת
המינוי 233
–לקדש את אחות אשתו, לאחר מות
אשתו 223
–לקדש את קרובתו של השליח 195
–שנתמנה שלא בפני עדים 112 113
–שקידש אחת מכמה אחיות, ואין ידוע
איזו 258
–שקידש, וחזר בו תוך כדי דיבור 669
שליח לקדש אישה – יכולתו למנות שליח
משנה 726-730 733
–בקידושי כסף 727-729
–בקידושי שטר 727 729
–כשהשולח אמר שיקדש בחפץ
מסוים 727-729
שליח לקדש אישה סתם – חובתו לומר
לשולח את מי קידש 445
שליח לקדש אישה שהיתה קטנה בשעת
המינוי 228
–אם אין לה אב 229
שליח לקדש אישה, וקידשה
לעצמו 437-439
–אין מפקיעים את קידושיו 531
–ע"י שליח – שליחות לדבר
עברה? 437
שליח לקדש את בתו ל-א, ואח"כ האב
קידשה ל-ב 615
שליח לקדש, שמת ולא ידוע את מי
קידש 196 211 228
–היתר השולח באישה שקרובתה היתה
נשואה בשעת המינוי 211
שליח של כהן לקדש לו גרושה 34-37 39
40 208 209
–שליח ישראל 35
'קים לי' 354 527 543 573 577
'קנֵה על מנת להקנות'
אם הקנה 'מעכשיו' 668
בהקנאת נשוא השליחות לשליח 668
קניין דברים (ראה גם: התחייבות)
בשולח שהתחייב בקניין לא לבטל את
השליחות 666
קניין חצר
בדבר שאינו רגיל לבוא 572
בחצר של שליח לקנייה 728
–כמו שליח משנה 728
בקניית גנבה (ראה: גנבה)
בקניית מציאה 89
חצר מהלכת 60
חריג לכלל 'אין שליח לדבר עברה' 38-43
מדין יד האדם 38 39
מדין שליחות 38 39 89 162 184 728
עבד – כחצר של אדונו 60
קניית מעביד ע"י חצר של הפועל 61
קניית משכיר ע"י חצר מושכרת 469
–בקניית חפץ מן השוכר 469
קניין יד
בדבר שאינו רגיל לבוא 573
קניין כסף
במיטלטלין, בשליח של שלושה שקנה עבור
אחד 761
בשחיטה, בימים שרבים אוכלים בשר 784
'מדין עבד כנעני' (ראה: עבד כנעני)
עיקרו – קבלת המוכר את הכסף 67
קניין סודר (ראה: חליפין)
קרבן
הקרבתו ע"י שליח 98
–אם בעליו השתטה 677 678 680
–מחוץ למקדש (שחוטי חוץ) 30
–שליח קטן שכשר להקריב לעצמו 182
וידוי עליו ע"י שליח 17
שחיטתו ע"י שליח 77
שליחות לאכילת קרבן 204
תפקיד הכהנים בהקרבה (ראה: כהן)

קרבן פסח
אכילתו ע״י שליח 78
הממנה שליח לשחיטתו ואח״כ שחט שה בעצמו 614 615
–אם השולח שחט ראשון 614 615
–אם השליח שחט ראשון 614־616
הקרבתו ע״י שליח 11 16 52 78־80 97
–אחד ממקורות דין השליחות 97
–אם השולח טמא 207
–אם יש רק אומדנא על רצון למנותו 146
–מינוי השליח לפני י״ד ניסן 228 229 232
–מינוי השליח לפני קניית השה 232
–מינוי שליח אם אבד השה 232
–ע״י שליח משנה 710
מי שאינו שליח ששחטו לרצון הבעלים 615
שאבד, ומינו שליח לחפשו ולשחטו, ושחטו אחר 120
שנשחט כשהיה חמץ לאחד מהחבורה 41
קרקע
דרישת הכתב בעסקה בה 133
–לא לעניין מינוי שליח 133

ראיה (ראה גם: ׳המוציא מחברו...׳; נטל ההוכחה; עדות)
ראיה בעל פה הסותרת מסמך 407
רווח
שהפיק שליח מעשיית פעולת השליחות עם עצמו 554
שהפיק שליח ע״י שימוש ברכוש השולח 554
שהפיק שליח עקב השליחות – למי?
–חסכון שנחסך לשולח 571 572
–מה שגזל מצד ג׳ 572
–ממידע שהגיע לו עקב השליחות 554
–עקב הפרת הוראות השולח 573־577
–שהפיק מצד ג׳ אחרי סיומה 569
–שוחד שקיבל מצד ג׳ כדי שיסטה מההוראות 574
שהפיק שליח תוך קיום הוראת השולח – למי 557־573
–כרטיס טיסה שקיבל מחברת התעופה 560
–תוספת שנתן צד ג׳ בכוונה 557־564
רומא
משפט רומי 770
רוצח
שליח לרצוח 32
–אם יש ודאות קרובה שירצח 27־29
–בשכר 26 27 28 29
–הענשתו לצורך שעה 27
–חיוב השולח בדיני שמים 27
–שליח של מלך 28
ריבוי שולחים (ושליח אחד) 758־764
בשותפים לפני מינוי השליח 764
וביטל אחד מהם את שליחותו 764 765
ופעל רק בשם חלקם 747 758 759
יכולתו לפעול בשם חלקם בלבד 758
–אם לא ביארו את כוונתם 747 758־762־764
כשאין תוקף לשליחותו ביחס למקצתם 764
מינוי בהבעות רצון נפרדות 758 759
מינוי בהבעת רצון משותפת 758 759
מת אחד מהם 764 765
ריבוי שלוחים (של שולח אחד) 747־757
האם צריכים לפעול יחד
–באין הוכחה מלשון השולח או מהנסיבות לכוונתו 747־749
–בדיעבד, אם אחד מהם פעל לבד 747
–במקום שנהוג ששליחים פועלים בנפרד 754
–כשהשולח אמר שיכולים לפעול בנפרד 749
–כשהשולח אמר שיפעלו יחד 749
–כשידוע שקשה להם לפעול יחד 753 754
–כשכינס אותם יחד ומינה אותם 754
–כשפעולתם יחד דרושה לביצוע יעיל של השליחות 752
–כשריבה שלוחים כדי להגדיל את סיכוי הצלחת השליחות 753
–מונו בהבעות רצון נפרדות 748
–מונו בלשון רבים 751 752 754
–מושא השליחות שונה בכל אחד 748
–מצא אותם מכונסים ומינה אותם 754
–פעולה הדורשת יחסי אמון או שיקול דעת 752 753
הוסכם שבאונס יוכל אחד לפעול לבדו, ואחד מסרב לפעול 756
ובוטלה שליחותו של אחד מהם 757
ומת אחד מהם 756
ונסתלקו חלקם 752
ורק רובם הסכימו לפעולה 755
פיצול השליחות, שכל אחד יפעל בחלק ממושא השליחות 755
פעולה של אחד בשם האחרים 755
–פעולה אקטיבית או פסיבית 755
ריבית (ראה גם: הלוואה)
איסורה כשסיכון הלווה גדול משל המלווה 524
בהלוואה ע״י קטן 186 187
בהלוואה ע״י שליח – היתרו של רש״י 36

בעסקא ע״מ שאם יסטה העוסק מהתנאים,
ישא בכל האחריות 517 523 524
בקונה נכס והתייקר והמוכר מכָרוֹ לאחר
ונותן את הכסף לראשון 425 426
–אם המוכר אמר לשני שהוא זוכה בכסף
עבור הראשון 426
–אם הראשון עשה מעשה קניין או
לא 426
גוי שלווה בריבית מיהודי והִלווה ליהודי
בריבית 85
–בהוראת היהודי הראשון 85 86 87
–היהודי השני כזוכה לראשון 88
–היהודי השני כשליח של הנכרי 86
–היהודי השני כשליח של הראשון 86 87
גוי שלווה בריבית מיהודי ויהודי אחר ביקש
ממנו להלוותו לו 188 189
–במסירת הכסף ע״י המלווה 191
–כשליח של המלווה 189 191 192
יהודי שלווה בריבית מגוי ויהודי ביקש ממנו
להלוותו לו 188 189
–במסירת הכסף ע״י המלווה 191
–כשליח של המלווה 189
יהודי שלווה בריבית מיהודי בשליחות
גוי 413
–על סמך משכון של הגוי 413
קרוב לרווח ורחוק מהפסד 523
שליח הלווה לשלם ריבית 117
שליח ללוות בריבית בשליחות נסתרת
–והשולח עשה היתר עסקה 405
–מגוי 405
רצון (ראה גם: כוונה)
הרצון בפעולת השליח – של השליח או של
השולח 112 661 662
רשלנות (ראה: נזק; פשיעה)
׳רשע׳
בעני המהפך בחררה 454
המרים יד על חברו נקרא רשע 532
–בהכרזה בבית כנסת 532
פסול לעדות ולשבועה 532
שליח שעשה את הפעולה בעבור
עצמו 436 439 531 532

שאלה לחכם (ראה: הקדש; נדר; תרומה)
שבועה
נשבע לא לקדש אישה מסוימת ומינה שליח
לקדשה 208
נשבע לפרוע חוב במקום פלוני, ופרע
במקום אחר 310
נשבע שלא יעשה משהו בלי הסכמת א׳
ו-ב׳, ורק ב׳ הסכים 749 750
–אם א׳ התנגד 751
–אם א׳ חי או שהוא מת 750 751 757
ע״י שליח 15
–בהרשאה כללית 284
שבועת הפיקדון בפני שליח 25
שולח שנשבע לא לבטל את השליחות (ראה
גם: יפוי כוח בלתי חוזר) 666
תוקף פעולה שנעשתה תוך הפרת
שבועה 209
–הנשבע שלא לקדש אישה מסוימת
וקדשה 208
שבועת העדות
השבעת העד ע״י שליח של התובע 24
–שאינו מורשה לתבוע את החייב 24 25
–שלא קיבל ׳הרשאה׳ 51
שבועת הפיקדון 25
שבת
אמירה לנכרי בשבת
–אסורה כי יש שליחות לגוי לחומרה 193
194
–אסורה מכוח גזרת חכמים 29 77 193
195
–בשכירת פועל נכרי 59
גט שנכתב בשבת 208
המקבל שבת לפני זמנו
–ואמר לאחר לעשות מלאכה 42
–ומינה שליח להדליק נר חנוכה 202 210
–ונשאל לחכם על כך 210
חילול שבת אינו נושא לשליחות 29 42 77
193
מינוי שליח בשבת לכתוב גט למחרת 228
עשיית מלאכה בו ע״י שליח 193
קיום מצוות הדלקת נר שבת ע״י גוי 188
שדכן (ראה גם: מתווך)
שידוך בין נכרי לנכרית 69 70
שקידש אישה למזמין השידוך 147 788
789
שואל
חייב באונס 590
פטור ב׳מתה מחמת מלאכה׳ 590
שאילה בבעלים (ראה: ׳בעליו עמו׳)
שולח – כשואל את גוף השליח 590-592
–אם הוא בנו או אדם זר 591
שווייץ
משפט שוויצרי 323 684
שוחד
לאדם פרטי 452
לדיין 452
לעובד ציבור 452
לשליח 452 574
–בשליח בשכר 579

מאוחר 452
שוחט (ראה גם: שחיטה)
המשלם לשוחט עבור חלק מהבהמה
–אחריות הקונה אם מתה 526 784
–אם השוחט זיכה לו ע"י אחר 526 784 786
–בימים שרבים שוחטים 526 784
–חובת השוחט לשחוט בערבי חג 526 784
שוטה (ראה גם: קורדייקוס)
דין 'זכין' בו (ראה: זכין)
התנאה שמינוי השליח יחול אם השולח ישתטה 652 656 660
ייחוס לו תוצאה משפטית שאינה דורשת שיקול דעת 678
פסולו למנות שליח 198־200 242 243 651
פסולו להתמנות שליח 181־183 241 242
שולח שהשתטה 107 108 650־662 676־680
–ביצוע השליחות בתקופת שטותו 654־662
–במינוי מוקדם, ונשתטה לפני כניסת השליחות לתוקף 660
–בשליחות שנועדה לטובת צד ג' או השליח 665 669
–הוכרז פסול דין 651
–ובוטלה הכרזתו כפסול דין 651
–כשהתנו שהשליחות תמשיך למרות זאת 652
–לפי תאוריית ייחוס הפעולה 107
–לפי תאוריית ייחוס התוצאה 107
–נפגע כושר שיפוטו 651 652
–סיום השליחות 647 650־654
–פעולה ששוטה יכול לעשות 652
שליח שהשתטה 658 662 663
–וחזר והשתפה 662 663
שומר (ראה גם: פיקדון)
אחריות שליח כשומר 441 488־490
–בשליח לפרוע חוב שלא לקח את השטר 255
–כשומר שכר או כשומר חינם 593
–כשלא עשה מעשה קניין בנכס 143
–על מסמכים הנחוצים לביצוע השליחות 445
–על נכס של השולח שבידו 285 287
–על נכס שקנה, וירד ערכו 446
אחריותו לשמירת ערך הנכס כשא"א לשמור על הנכס עצמו 288
–חובה מטעם השבת אבדה 288 290
–חיובו בתשלום אם לא עשה כן 288 293
–ע"י מכירתו אם הוא עומד לאבד מערכו 288־290 292
אינו שליח 68
'בעליו עמו' (ראה: 'בעליו עמו')
זכותו לשיפוי על הוצאותיו 583 585
–אם היה יכול להיוועץ במפקיד ולא נועץ 585
–בשומר חינם או בשומר שכר 585 586
–הוצאות למניעת נזק לא ודאי 585
–מדין שליח 585
חובתו לשכור עוזרים למנוע נזק 287 288
–בשומר חינם ובשומר שכר 287 288
חובתו לתבוע לדין מי שגנב את הפיקדון 500
חיובו בגרמא 488 502 503
חיובו בהיזק שאינו ניכר 488 489
–אמירת 'הרי שלך לפניך' 488
–בירידת ערך הנכס 489
–כרטיס הגרלה שפג תקפו 489
חיובו על מניעת רווח מנכס 489
מצבים שמותר לו למסור לשומר אחר 720
משרת שנתבקש לשים כשות בשיכר, ושם כשות מופקדת 304
סמכותו לעשות את הדרוש למניעת נזק לנכס 285 287
–חובה 287
–כשבעל הנכס בעיר 296
–כשהנזק היה צפוי 297
–למכור את הנכס בעת צורך 68
–מדין 'זכין' 291 292
–מכוח תקנת חכמים 292 295
על אדם בן חורין 591
על חמץ (ראה: חמץ)
על עבד 591
על שטר 489
שהחזיר את הפיקדון ע"י שליח 142
–אחריותו לנזק עד שיגיע למפקיד 142
שהתייאש מאבדה 122
שמוכר נכס העומד לאבד מערכו
–איסור לקנות לעצמו מפני חשד 451 465 472
–אם היה יכול לשאול את בעל הנכס 781
–בפיקוח ב"ד 451
שמירה בבעלים (ראה: 'בעליו עמו')
שמסר את הפיקדון לשליח המפקיד, ולא ידע ששליחותו נסתיימה 691 692
שמסר לשומר טוב יותר 457
ששינה מהמוסכם בשימוש בנכס וקרה אונס 519
תחילתו בפשיעה וסופו באונס 525

–אונס שלא נבע מהפשיעה 525
שותף; שותפות 52־56
איסורו לעסוק בסחורה אחרת לעצמו 448
זכות שותף לפרק את השותפות 762
–באמירה מפורשת 762
–בידיעת שאר השותפים או לא 762
–כשנכסי השותפות זהים או שונים 762
חובת כל שותף לתרום בשווה 449
כשליח של שותפיו 52 270 271
–אם אחד מהם נכרי 53 71
–בדבר עברה 55 58
–במחילה לצד ג׳ 54 55
–בפשרה עם צד ג׳ 54 55
–ההבחנה בין שותפים מרצון לשותפים מכוח ירושה 52 271
–הרשאה מכללא 52
–לתביעה משפטית 53
–עדיף משליח רגיל 52
מורשה מכללא לייצוג משפטי של השותפות 278־280
–אם אח״כ שותף אחר מביא ראיה חדשה 279
–כשהשותף האחר הוא אישה 279
–כשהשותף האחר היה מחוץ לעיר 279 280
–כשהשותפות נתבעת 278
מת אחד מהשותפים 764
סמכותו לקבל שותף נוסף לטובת העסק 271
שאיחר בהבאת סחורה לשותפו, ומנע בכך רווח 496
שהציל – נאמנותו לטעון שהתכוון להציל לעצמו 532 538
שותפות באכילה 344
שטעה 47
שלווה לצורך השותפות 270 404 405
–והמלווה לא ידע שהוא לצורך השותפות 405
–ולא הכניס את הכסף לקופת השותפות 270
–כשהשותף האחר שלח אותו ללוות 405
שליח של שותפים (ראה גם: ריבוי שולחים)
–ונתפרקה השותפות 665
–יכולתו לפרק את השותפות 761 762
שמחל או התפשר על זכות של השותפות 283
–אם שותפו ידע על כך ושתק 283
–סמכות מכוח תקנת השוק 283 284
שמכר את סחורת השותפות באשראי 256
–סחורה שיש נוהגים למכור באשראי 256
שמכר לפני הזמן הראוי 54
שמשתמש לצורך עצמו במידע שקיבל לצורך השותפות 455
שנהג ברכוש השותפות שלא כנהוג 328
–ושותפו הסכים אח״כ 328
שעבר על דעת שותפו
–ונגרם נזק 523
–ושותפו הסכים בדיעבד 353 516
–שתיקת השותף 353 354
שפעל בשם השותפות באופן שפגע בשותפות
–בחריגה מהוראה מפורשת של שותפו 385
–התנאה מכללא שהשותפים רוצים בקיום הפעולה 384
–קיום הפעולה מטעם תקנת השוק 384
–שמחל על חוב של השותפות 384 385
–שמכר באשראי שלא כנהוג 384
שקנה חיטים במקום שעורים
–הוזלו החטים – מי מפסיד 346
–התייקרו החטים – למי הרווח 344
–ושותפו הסכים בדיעבד 345
–לסחורה או לאכילה 344
ששכר נכס מנכרי 53
תאגיד – כשותפות בין מקימיו 664 665
שחיטה (ראה גם: שוחט)
ע״י שליח 12
קטן השוחט כשגדול עומד על גביו 128
שטר
כתיבתו כמנהג המדינה 274
–מתחייב שלא ידע על המנהג 274
צריך להיות של המתחייב בו 124
–אם הצד השני הקנהו לו בלי לומר לו 124
שידוכין (ראה גם: שדכן)
שליח לשדך אישה – מוסמך לקדשה 269
–אם לא נהוג ששליח לשדך מקדש 269
שידול לעברה 29
שֵׁינה
תוקף השליחות כשהשולח ישן 654 655
שיפוי (ראה: הוצאות; נזק)
שכירות
א המשלם ל-ב שישכיר בית ל-ג 771
–יכולת ב ו-ג לתבוע מ-א לשלם ל-ב 772
הודעה מהמשכיר על פינוי – מסירתה ע״י שליח 170
השכיר בשליחות נסתרת לשלוש שנים במקום לאחת 360
–דוגמה לעיוות שלא ניתן לתיקון 360
משכיר שטעה בזהות השוכר 395
שכר
זכותו של שליח לשכר 286 592־594

–בפעולה שרגילים לעשות בחינם 593
–בשליחות לדבר עברה 593
–טרח יותר מהמוסכם והגדיל את הרווח 594
–כשהשולח שלח שליח להודיע לו שיימנע מהפעולה ולא הודיע 593
–לא הסכימו מראש על תשלום 593
–לפי טירחתו 593
–לפי תוצאות פעולתו 593
–סטה מההוראה וגרם נזק לשולח 594
זכותו של שליח לשכר אם נסתיימה השליחות ללא ידיעתו 684 687 688
–בהוסכם על שכר לפי התוצאה 687
–בהוסכם על שכר לפי עבודתו 687
למי שנתן שירות
–בלי הזמנה ממקבלו 593
–שלא דרש שכר מראש 593
'שלוח'
הבחנה בינו ל'שליח' 6
'שלוחו של אדם כמותו'
אינו כמותו ממש 78
הבסיס לכוח הייצוג של שליח 3
–גם לשליחות פסיבית 115
המכניזם של הכלל (ראה גם: שליחות (כללי))
–השולח פועל באמצעות השליח (ייחוס הפעולה) 104
–השליח פועל עבור השולח (ייחוס התוצאה) 102 103
המקור הנורמטיבי לכלל 96–101
'שלוחו של בעל הממון' (פעולה להשגת דבר שאינו שלו) 80–92
בדין 'זכין' 84 87 88
במצוות 81
בשליחות לגביית חוב 85–88
בשליחות לדבר עברה 81
בשליחות להגבהת מציאה 89 90
בשליחות נסתרת 92 402 403
בשליחות לקבלת מתנה 82–85
בשליחות לקבלת שטר שחרור 87
בשליחות לקנייה 91 92 398 404
שליח מחליף (מי שהשליח מינהו לשליח של השולח) (ראה גם: שליח משנה) 707–709
במקום השליח הראשון 707
לצד השליח הראשון 707 712
מונה ברשות השולח או שלא ברשותו 708 711
שליח משנה (שליח של השליח) 707–744
אין למנותו אם השולח מקפיד על ביצוע אישי 719–724
–איסור מפורש 724
–'אין רצוני שיהיה פיקדוני ביד אחר' 720 724
–דין שליחות המשנה בדיעבד 739 740
–הרשאה לתביעה משפטית 720
–נציג ציבור 720
–שליחות הכרוכה בהוראות מיוחדות 720
ביטול שליחותו ע"י השולח 708 713–715
ביטול שליחותו ע"י השליח הראשון 647 713 715–718
ב'מילי' – שליחות שנושאה הוא דברים בעלמא (ראה גם: 'מילי לא ממסרן לשליח') 16 46 115 724–738
–במעשה קוף 730
–הוראה לשליח למנות אחר ('אומר אִמרו') 731 734–738
–הסכמת השולח בדיעבד 740
–הפקרת נכס 730
–טעם שאין מועיל בו ש"מ 731–734
–כשהראשון התמנה במעשה קניין 144 736
–כתיבת גט 161 166 725 728 733 737 738
–כתיבת שטר מתנה 726 732 733 738
–נתינת גט, אחרי חרם דר"ג שלא לגרש בעל כרחה 728 730
–נתינת מתנה 730
–עשיית מצווה 733
–פעולה התלויה בהסכמת צד ג' 727–730 733 734
–פעולה שאינה מביאה לגמר דבר (לתוצאה משפטית) 726
–פעולה שאינה משנה מצב משפטי אלא מצב רֵאלי 733
–פעולה שביצועה לא צמוד לחפץ כלשהו 727–730 733
–פעולה שביצועה לא צמוד לחפץ מסוים 727–729 734
–פעולה שהיא דיבור בלבד 16 17 731
–קבלת גט 727–729 736
–קידושין (ייצוג האישה) 729
–קידושין (ייצוג הגבר) 727–730 733
–קנייה 728
–תוקפה מדין 'זכין' 730 740
בפעולה שהשליח אינו 'בעל דבר' 115 733 734
זכותו להשבת הוצאות מהשולח או מהשליח 713 717
זכותו לשכר מהשולח או מהשליח 717
חב חובת נאמנות לשליח ולא לשולח 713

שליח משנה (המשך)
יסודה המשפטי 709־712
–השליח יכול למנותו כי הוא בעל הפעולה 710־712
–השליח מעביר לש״מ את הכוח שקיבל מהשולח 712
–השליח מקבל מהשולח כוחו למנותו 711 715 716 725
–פעולת ש״מ מזכה את השליח, וחובתו להעביר זאת לשולח 712 713
–קשר ישיר בין ש״מ לשולח 711 713
–ש״מ – ידו הארוכה של השליח שהוא ידו הארוכה של השולח 712
–שליח ישיר של השולח 646 647 715־718
–שליח של השליח והשולח יחד 716
כוחו של השליח להמשיך לפעול 718
כשצד ג׳ לא ידע שהוא ש״מ 708
לעניין הביצוע דינו כשלוחו של השולח (שליח מחליף) 707 714־716 718
לעניין הביצוע דינו כשלוחו של השליח 707 714 715 717 718
מינוי אדם שיש להניח שהשולח מתנגד לו 724
–מי שהיה שלוחו בעבר וביטל השולח את שליחותו 724
מינויו חל כשהשליח נחשב ל׳בעל הדבר׳ 733 734
מינויו כשהשליח מנוע להמשיך בשליחותו 723 724
ממונה מכוחו של השליח ולא מכוחו של השולח 647 707 709־713 715־717 736
מקור במדרש הלכה 709־711
מת השולח 714
מת השליח הראשון 646 647 713־717
–ורק אח״כ נודע לש״מ על מינויו 715
נוצר רווח – חלקו של הראשון בו 717
עבד של השליח 58
–ב׳מילי׳ 59
פועל של השליח 58
שגרם נזק לשולח – זכות השולח לתבוע את השליח הראשון 717
שליח הממנה אחר שיהיה שליח של השולח (ראה גם: שליח מחליף) 734
שליח לגרש לאחר זמן, ומינה ש״מ תוך הזמן 153 154 228
שליח לגרש שנתבקש לקחת חפץ מהאישה, ומינה שליח משנה 258 259
שליח לקנות שמינה שליח, שאינו יודע שהוא שליח, וקנה בכספו של הראשון 403
שליח רשאי למנותו לשם שמירת ענייני השולח 707
שמונה בלי רשות השולח
–אישור בדיעבד של פעולת ש״מ 708
–כהפרת חובת נאמנות 707 708
–כחריגה מהרשאה 707
–תוקף פעולה שעשה ש״מ 707 708
תוקף שליחותו אם בוטלה שליחותו של הראשון 718
׳שליח נעשה עד׳ 105 106
׳שליח עושה שליח׳ (ראה: שליח משנה)
׳שליח עושה שליחותו׳ (ראה: חזקה)
שליח ציבור (חזן)
הוצאת הציבור ידי חובה
–בתפילה בעת צרה 75
–כי הוא שלוחם 73 74
–מטעם ׳שומע כעונה׳ 73 74
יחיד המתנגד לש״צ מסוים 74
כשליח של המתפללים 73 74
–לעניין נפילת ספר תורה מידו 73
שטעה 73
–וברך ברכה באופן שכשרה רק בדיעבד 74
שליח שאינו מגלה לצד ג׳ שהוא פועל כשליח (ראה: שליחות נסתרת)
שליחות (כללי)
אופייה הדתי 100
׳בשמו׳ או ׳במקומו׳ של השולח 4
דרך פעולתה 101־115
–השולח מוסר את כוחו לשליח 81 101 102 103 106 107 110 134 160 162 163 166 202 214 242 631 645 660 733
–השליח – ידו הארוכה של השולח 101 104 106 108־111 113 118 123 468 628 645
–השליח אינו יותר מהשולח 120
–השליח הוא בעל הפעולה 710 712
–השליח מוסר את כוחו לשולח 101 102
–השליח מקנה את ידו לשולח 160 166 202 276
–זהות בין השולח לשליח 81 103 104 106 214 397 400 732 733 775
–ייחוס הפעולה לשולח 14 35 101 104 106־111 113 122 123 135 200 468 469 592 660 712 733 734
–ייחוס התוצאה בלבד לשולח 14 35 79 101־111 113 121 138 163 200 468 469 479 660 710 712 733
–יפוי כוח 108
–תאוריית הזיהוי 95 96 115 468 474

–תאוריית החוזה 95
–תאוריית החוזה המועבר 95
–תאוריית כוח הייצוג 95 96 115 121
–תפיסה שהשליח קנוי לשולח 62
חזקות בה (ראה: חזקה)
חזרת השולח ממטרתה 627־633
–בגילוי דעת בלי אמירה מפורשת 629 630
–לא נודע לשליח על כך 632
–שב ורצה בה 627 629
חידוש של התורה 31
יצירתה (ראה: מינוי שליח)
מותנה בשותפות בסיסית בין השולח לשליח 100 190 196 197
מכוח 'הליכות עולם' (ראה: 'הליכות עולם')
מקורה במדרש הלכה 96־100 710
– לשליחות בדיני ממונות 99
נחיצותה – בגלל פיזור היהודים 100
'סברה חיצונית' 99
פעולות היכולות להיות נושא לה (ראה: פעולה משפטית)
שולח שאינו "בעל הממון" (ראה גם: 'שלוחו של בעל הממון') 11 20 21 53 80־92
–בשליחות נסתרת לקנות 403
שולח שעשה את מה שאמר לשליח לעשות 119 120
–התנגשות עם מה שהשליח עשה 119 120
–לפני שהשליח עשה או אחריו 119 120
–משמעותו – ביטול השליחות 120
שליחות יד (בפיקדון)
יש בה שליחות לדבר עברה 30
שליחות מכוח הדין (ראה: שליחות על פי דין)
שליחות נחזית (הפועל עבור עצמו ואומר שהוא שליח)
אישור בדיעבד של ה'שולח' 319 351־353
–ביטול הפעולה מטעם טעות של צד ג' 352
–וחזר בו צד ג' בינתיים 351
–לא אמר מי ה'שולח' 351
בקניית נכס
–הודיע לעדים שכוונתו לקנות לעצמו 425
–הנכס נקנה למתחזה 424
'מניעותו' מלטעון נגד השליחות 151 153
'שולח' הטוען שהמתחזה היה שלוחו 352
שליחות נסתרת (צד ג' לא יודע שהוא שליח)
אימוצה ע"י השולח 553 556
אישורה בדיעבד 320
בהסתרה בהוראת השולח 393
בהסתרה בניגוד להוראת השולח 393
–חריגה מהשליחות 393
ביטול הפעולה בשל טעות צד ג' שלא ידע שהוא שליח 393
'במקומו' של השולח או 'בשמו' 4
בעסקה במקרקעין – דרישת הכתב 133
בשליחות לקנייה
–בעיית 'שלוחו של בעל הממון' 92 402 403
בשליחות משנה, אם צד ג' לא ידע שהוא שליח משנה 708
הסתיר רק את זהות השולח 394 411־413
–זכות השולח כלפי צד ג' 412
–זכיית השליח בתוצאות פעולתו 394
–חבות השולח כלפי צד ג' 412
–חבות השליח כלפי צד ג' 412 413
השליח השתמש בכספו של השולח 398 409 411
השליח השתמש בכספו שלו 411
השליח התכוון לפעול לטובת השולח 393
השליח התכוון לפעול לטובת עצמו 393
זכות השולח כלפי צד ג' 391 407 408
–בחוזה אובליגטורי 408
–בשליח למכור, משקיבל צד ג' את הממכר 407
–בשליח לקנות, משקיבל צד ג' את הכסף 407
זכות השולח לאמץ את מעשה השליח לטובתו 392 393 407 411
–כשהשולח לא אמר לו להסתיר את השליחות 393
–כשיש לצד ג' טענה אישית נגד השליח 392
זכות צד ג' לתבוע את השולח 391 392 393
זכות צד ג' לתבוע את השליח 391 392 410 686 687
–זכות השליח לשיפוי מהשולח 394
חבות השולח כלפי צד ג' 391 404־407
–אם השליח לא מסר לו את מושא השליחות 405
–בחוזה אובליגטורי 406 407
–בשליח ללוות 404
–בשליח למכור, משקיבל השולח את הכסף 404
–בשליח לקנות, משקיבל השולח את הממכר 404
–מדין 'נהנה' 405
חריגה מן ההרשאה (ראה גם: חריגה מהרשאה) 320
יחסי השליח עם צד ג' 409 410
–אם השולח מסרב לקיים את העסקה 409

–אם השולח פסול לשליחות 409
יתרונות כלכליים בהכרה בה 391
תוקף הפעולה
–אם השליח חרג מהרשאתו 540
–אם שינה משליחותו 700
שליחות על פי דין (ראה גם: הרשאה לפעולה דחופה) 133
ב'זכין' 778
דינא דבר מצרא 451
הורים המייצגים ילד 770
מי שנתן לצד ג' להבין שפלוני שלוחו 152
שליחות פסיבית (לדבר שאין בו מעשה) 115־119 712
אם מועבר כוח מהשולח לשליח 118
בשליח שאינו יודע על המינוי 160
דבר שממילא 13 79 116 127
לקבלת הודעה בעלת משמעות משפטית 115
קבלת גט עבור אישה 117־119
קבלת התחייבות 119
שמיעה 116
שליש
נאמנותו 365 367 632
שמיטה
היתר המכירה 37
שמיטת כספים (ראה: פרוזבול)
שעיר המשתלח
וידוי הכהן הגדול עליו 17
שתיקה
אם המתאנה שתק – מחל 353
בפעולה משפטית התלויה בהסכמת הצד השני 436
הסקת אישור בדיעבד משתיקת השולח למול מעשי השליח 319
כאינדיקציה להרחבת סמכות השליח 150 151
כהודאה 149
–באילם או בפיקח 149
לעניין מינוי שליח (ראה: מינוי שליח)
שולח שלא ביקש מהשליח למנוע סכנה צפויה 297 298
שליח שפגע בשולח בפעולתו, ושתק השולח 353 354

תאגיד (ראה גם: חברה בע"מ)
הכרה הלכתית באישיותו המשפטית 664 665
–כשותפות 664 665
שמינה שליח
–ונגרעה כשרותו 651
–ופורק 664 665
תובענה ייצוגית
מדין 'זכין' 806
תוך כדי דיבור (חזרה מפעולה משפטית)
ביטול שליחות תכ"ד אחרי ביצוע הפעולה 625 626
המעשה בטל מכאן ולהבא או למפרע 670
חזרה תכ"ד מקידושין ומגירושין 625
–ששליח עשה 625
טעם זכות החזרה 670
שליח שחזר בו מהפעולה תכ"ד 669
שליח שמת תכ"ד לפעולתו 626
תום לב 173 174
בדרישה להוכחת שליחות 173
בסיס לכוח השליח לעשות כל הדרוש לביצוע שליחותו 249
שימוש בזכות שלא בתום לב 121
–בשולח שידע על אי התאמה במכר והשליח לא ידע 121
'תופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים' (ראה: תפיסה)
'תחילתו בפשיעה וסופו באונס' (ראה: שומר)
תנאי
בדבר שא"א לעשות ע"י שליח 14
שליח למכור על תנאי, ומכר בלי תנאי 379
על מנת שאין במקח אונאה 380
קיום תנאי ע"י שליח 7 12-14
תפילין
הנחתן ע"י שליח 12
–על זרועו של השולח 77
–על זרועו של השליח 77 79 116
צום על נפילתן 73 74
תפיסה
עבור חוב של אחר 18־23 89
–כשאין לַחַיָּב נושים אחרים 20 21
–כשיש חשש שלא יוכל לגבות בעתיד 21
–נושה התופס עבור נושה אחר 22 23
–תופס שהוא פועל של הנושה 61
–תופס שהוא שליח של הנושה 19-23
–תפיסה שהיא רק להבטחת הפרעון 19
–תקנת חכמים שהיא מועילה 21
תקנות חכמים 423
אורכתא (הרשאה לייצוג משפטי) (ראה: אורכתא)
איסור אמירה לנכרי בשבת (ראה: שבת)
בחריגת השליח מן ההרשאה
–אחריותו כלפי השולח אם נגרם הפסד 496 518־520 524 526 527
–אחריותו כלפי השולח בשליחות נסתרת 362
–אחריותו כלפי צד ג' 337

–זכיית השולח אף שהשליח טוען שפעל
למען עצמו 547 548
–זכיית השולח ברווח 343 344
ביטול שליח לגירושין שלא בפניו – בפני
עדים 604 610 622-624 633
ביטול שליחות רק בדיבור 614 630
בענייני נדרים 421
בענייני פועלים (מבטל שדה חברו) 495
496
בענייני קטינים – תוקף מו"מ
במיטלטלין 181
בענייני שותפים 256
האפשרות לחזור מפעולה משפטית תוך כדי
דיבור 670
הגנה על צד ג' מפני סיום השליחות בלא
ידיעתו 694 696-699 703
הרשאת שומר לעשות פעולת הצלה
דחופה 292-295 297 298 300
זכין לקטן 810
חיוב קצבים לשחוט לפני החגים 784
חלוקת רווח בלתי צפוי עם השולח 562
563 567 568
מיטלטלין נקנים במשיכה ולא בכסף 544
761
מינוי מורשה לתבוע 50
מעמד שלושתם 23
עיכוב השליחות בשליח לגרש והשתטה
השולח 657 658 660 662 676-678
עסקא (חצי מלווה חצי פיקדון) 547
שליחות לתפיסת חוב 21
שליחות קטן לדבר עבירה 186
תחולתה במקום שנימוקה אינו תקף
עוד 544
תקנות קהל
חיוב אפוטרופוס בדיווח 49
תקנת השוק
במעות (גזלן שקנה בכסף גזול ממוכר תם
לב) 540
בסיס לסמכות שליח להתפשר, בהרשאה
משלימה 283
בשותף שפעל כלפי צד ג' באופן שפגע
בשותפות 384
–בגזברים 384
–בפרנסי העיר 384
בשליח למכור, שמכר את הנכס, והשולח
מכרו לאחר 119 120
בשליח שפגע בשולח בפעולתו, וצד ד' קנה
בתמורה ובתום לב מהשולח 354
בשליח שרכש נכס גנוב בתום לב,
כשהשולח ידע שהוא גנוב 121
בשליחות נסתרת, אם השליח פגע
בשולח 363
תרומה (תרומות ומעשרות)
אריס – מורשה להפרישה מכוח
מעמדו 270
גוי שהפריש משלו 188
המפריש כך שתחול אחר זמן, ובינתיים
השתטה 677 678 680
הפרשה משלו על של חברו מדין
'זכין' 795
–אם חברו אינו מתכוון להפריש 806
הפרשת מעשר מפירות שקנה חבר בשליחות
עם הארץ 418
–בשליחות נסתרת 418
הפרשתה – ייחוד החלק ששייך לכהן 235
הפרשתה במחשבה 98
הפרשתה מפירות מחוברים
לכשייתלשו 225 234 235
הפרשתה ע"י אחר מדין 'זכין' 167 600
605 778 795
–גזירת הכתוב שאינה מועילה 795
–המצווה אינה של בעל הפירות 600
–מפירות שבעליהם היה זורק בלאו
הכי 806
–על תנאי שתתבטל אם בעל הפירות לא
ירצה בה 793
הפרשתה ע"י שותף 271
הפרשתה ע"י שליח 5 9 16 78 79 97 98
–אחד ממקורות דין השליחות 97
–ביטול השליחות 600 601 604 605
–במחשבה 126
–השליח והבעלים הפרישו כאחת 604
–והבעלים הקדים והפריש בעצמו 603
–וחרג משליחותו 325 603 605
–יכול להפריש כמות כפי שיאמוד את רצון
השולח 444 445
–'כל הרוצה לתרום יתרום' 137 138 167
–להפריש שיעור מסוים, והפריש יותר 325
–לתרום מהצפון, ותרם מהדרום 311 314
315
–'מופלא הסמוך לאיש' 182
–מי יכול להישאל לחכם עליה 121 669
–מפירות שעוד לא צמחו 217
–שגרם נזק יותר מאילולא הפריש – בטלה
מאליה 328
–שהפריש פירות טובים 326
–שהפריש פירות טובים ושתק השולח 354
–שהשולח טוען שהפריש יותר מדי 257
–שהשולח טוען שהפריש מפירות טובים
מדי 257 258

תרומה (המשך)
–שליח גוי 188
–שמונה לפני שהגיעו הפירות לשולח 237
'מופלא הסמוך לאיש' המפריש משלו 182 242
מינה שליח ואדם אחר הפריש 600
פועל – הרשאתו להפריש 58 59 270
–'חבר' שנשכר לדרוך ענבים בטהרה 270
פטור ממנה בתבואה שמירח גוי 59
–בפועל גוי של בעל התבואה 59
תרעומת
איסור להתרעם על אחר בלי סיבה 435
היתר להתרעם על שליח שלא ביצע את שליחותו 435
מהות דין תרעומת 435

מפתח המקורות

מקרא
בראשית ב, כד 63
ט, ה 27
שמות ב, ה 104
יב, ו 97 100 710
יג, ב 244
יט, ח 480
כא, ו 24
כב, ג 184
כב, יד 25
לב, לא 17
לד, יט 243
ויקרא ה, א 24
יט, יג 64
יט, יד 39
יט, כז 186 195
יט, לו 535
כ, ט 750
כג, מ 117
כד, יד 98
כה, נה 45
במדבר יד, לד 70
יח, טו 243
יח, כו 187
יח, כח 97 182 187
ל, יד 25 115 213
לב, כב 451
לד, יח 773
דברים טז, יט 452
כד, א 97 205
כד, ב-ג 97
כד, טו 587
שמואל ב׳ יב, ט 27
צפניה ג, יג 532
משלי יב, כז 473
טו, כז 782 790

משנה
ברכות ה, ה 73 96 97
פאה ה, ב 772
דמאי ו, יב 418
שביעית י, ג-ד 793
י, ו 772 793
י, ט 802
תרומות ג, ד 270 600 603 604
ד, ד 5 257
עירובין ג, ב 7
ז, ו 772 781
ז, יא 773
פסחים ח, ב 139 232
ט, ג 139
ט, ט 120 139 614 615
כתובות יא, ד 564
יג, ב 585
גיטין א, א 5 206
א, ו 35 89 139 645 773 800 808
ב, ה 127 181 662
ב, ו 662
ג, ג 206
ג, ה 719 724
ד, א 600 601 603 604 630
ד, ב 601 602 622 623
ה, ח 125 181
ו, א 139
ו, ב 139
ו, ג 199 262 325 634
ו, ד 634
ו, ה 266
ו, ו 138 139 136 167 266 267 275
ו, ז 725 751
ז, א 145 652 653
קידושין א, ג 65
ב, א 5
ב, א 97
ב, ד 139 308 312
ב, ז 764
ג, א 436 602
ג, ג 308
ד, ט 120 602 603 615

בבא קמא ו, ד 28 184
ט, א 539
י, ד 416
בבא מציעא ג, ב 548
ג, ו 289 290
ד, ב 358
ו, א 491
ז, א 259
בבא בתרא ה, ו 340
ט, ז 774 809
עדויות ב, ג 124
חולין ה, ד 526 784
ערכין ו, ה 419־423 776
מעילה ו, א 303 313 314 444
כלים יז, טו 183

תוספתא (לפי מהד׳ ליברמן)

דמאי ח, א 418
ח, ג 428 452 560
תרומות א, ז 270
א, יא 45 48
עירובין ב, יב 7
ג, ג 303 305
תענית ג, ב 98
יבמות ד, ג 436
גיטין א, ז 812
ב, י 619
ד, א 623
ד, ח 276
ה, א 203
קידושין ד, א 105
בבא מציעא ד, יב 449
ד, יג 530
ד, כא 448
ד, כב 435 495 497 539
בבא בתרא ח, יב 45
ט, א 149

תלמוד ירושלמי

פאה, ב, ז 59
ד, ו 815
דמאי, ו, ח 192 193 418 427 428 561 562 564
תרומות, א, א 182 270
ג, ב 603 605
ג, ד 314 315
ד, ד 325
מעשר שני, ב, י 156
ד, ד 80־85 87 90 119
ה, ד 72
עירובין, ז, ו 772
יבמות, יג, ב 182 242
טז, ז 24
כתובות, יא, ד 564
גיטין, א, ה 786
ב, ו 196
ד, א 604
ד, ב 604
ו, א 80־85 87 90 159 170 611 622 787
ז, א 145 654 655 658־661 677־680
קידושין, א, ג 66 202 813
ב, א 66 97 106
ב, ב 308
בבא קמא, ט, ה 418 421 427־430 546 561 575
בבא מציעא, ה, ג 495
ה, ה 191 192
ט, ג 495
סנהדרין, ב, א 15

מדרשים

מכילתא דרבי ישמעאל
בא, מסכתא דפסחא, פרשה ג 97
פרשה ה 97
יתרו, מסכתא דבחדש, פרשה ב 480
משפטים, מסכתא דנזיקין, פרשה ב 24
ספרא, פרשת ויקרא, דבורא דחובה, פרשה ח 24
ספרי, במדבר, פסקה קנג 17
ספרי זוטא יד, לד 70 98
בראשית רבה, פרשה לד, אות יג 27
מדרש ל״ב מדות (משנת רבי אליעזר), מהד׳ ענעלאו, עמ׳ 154 98
פסיקתא זוטרתא (לקח טוב), שמות, פרק יט, אות ח 446

תלמוד בבלי

ברכות מז, ב 87
נד, א 608
עירובין לא, ב 533
עט, ב 473
פא, ב 775
פסחים יג, א 290 451 465 472
נ, א 608
פח, ב 162 232
צא, ב 772
צח, ב 615 616

מפתח המקורות

ראש השנה לה, א 73
יומא יט, ב 201 656
סוכה מא, ב 117
חגיגה י, ב 612
יבמות נב, א 211
נב, ב 211 226 395
סז, א 772
קי, א 531
קיח, ב 611 772 775 786 792
כתובות יא, א 803 805
נה, א-ע"ב 252
נט, א 225
נט, ב 228
ע, א 136
ע, ב 136
עו, ב 255
פב, א 154
פד, ב 18־20
פה, א 18־20 254 255 501
צד, א 53 279 280
צח, א 450 464 564־567
צח, ב 325 452 556 558 560 565־567
574 575
צט, א 260 261 263 303 558
צט, ב 252 253 259 261 263 264 307
324־326 334
ק, א 257
קח, ב 663
נדרים ח, ב 63
כג, ב 667 674 675
כח, א 251 607
כט, ב 154
לג, א 585
לה, ב 201 244
לו, ב 136 137 158 167 773
מח, ב 668
נד, א 251 313 443 444
עב, ב 13 17 25 115 116 267
פז, א 625 669
נזיר יא, ב 211
יב, א 154 204 205 211 228 233 789
יב, ב 25 154 196 197 205 211־218
סוטה יב, ב 104
גיטין יא, ב 89 800
יג, ב 408
יד, א 668
כא, א 60
כב, ב 127
כג, א 127 181 241
כג, ב 112 187 196
כד, א 449 470 475־477 634 635 642
כה, א 155
כו, א 155
כח, ב 153
כט, א 16 258 306 719־721 724־726 739
כט, ב 145 228 254 255 258 303
645־647 714 715 724 735 739
ל, א 161 772
לב, א 17 537 610 616 630
לב, ב 601 610 698
לג, א 604 623 757
לג, ב 623 757
לד, א 607־609 616 617 623 627 667
לד, ב 621 631
לח, א 35
מא, ב 813
מו, א 676
מח, ב 280
נב, א 48
נה, א 342
נט, א 181
סב, ב 180 195 634
סג, א 84 639
סג, ב 405 449 476 477 480 637 669
סד, א 139 211
סד, ב 182 533
סה, א 181 261 262 303 325
סה, ב 303־305 307
סו, א 136 167
סו, ב 16 145 724 725 735־737
סז, א 16 145 735 736
סז, ב 653 751 752
ע, ב 203 653 654 655 658 661 676 679
עא, ב 16 724
עב, א 146 161
עג, ב 679
עח, א 60
פא, א 266
קידושין ו, ב 153
ז, א 66 140 153 696
יט, א 182
כג, א 65
כג, ב 180 201־203 215 217 218 656
מא, א 15 16 35 97 98 182 190 600 605
709־711 728
מא, ב 11 98 100 180 182 187 188 190
196 214 242 615 710
מב, א 38 52 99 125 199 773 811 814
מב, ב 26 29 185 241 252 325 334 356
מג, א 9 27־29 34 105 106 117
מג, ב 501
מה, ב 148

מפתח המקורות

מח, ב 303 457 531
מט, א 259 303 314
מט, ב 251 607
נ, א 252 303 308 312 313 607
נא, ב 533
נב, א 664
נב, ב 258
נח, ב 154 436
נט, א 154 303 312 436 438 440 441
454 535 542 601־603 640 698
נט, ב 140 601־607 613 614 616 621
628־630
סב, א 225
עח, א 35
עט, א 120
בבא קמא ו, א 456
לו, ב 72
מח, ב 692
נא, א 33 193
ס, א 692
ע, א 49 50 140
ק, ב 416
קב, א 5 139 140 314 339 340 353 516
517 574
קב, ב 5 139 140 314 339־341 343 346
351 352 360 369 373 396־398
400־402 404 415־427 430 457 526
527 538 544 546 547 574 575 776
קד, א 142־144
קד, ב 140 172 648 649 688 689 691
קח, ב 500
קט, ב 203־205
קי, א 203 205 209
קיא, א 786
קיד, א 588 589
קטז, ב 490 538
בבא מציעא י, א 22 45 57 122 123 817
י, ב 34 35 37־42 162 184 185 199 208
209 728
יב, א 125
יב, ב 62
כא, ב 778
כב, א 257 780
כח, ב 465
לו, א 457
לח, א 289 290 451
לט, א 649
מב, ב 304
מג, ב 540
מד, א 802
מז, ב 544
מח, א 802
מט, א 535 802
נז, ב 591
ס, א 452
סג, ב 403
עא, ב 85 187־189 191 192 199 810 812
עב, א 810 812
עב, ב 406
עג, ב 493 494 497
עד, א 139 540 664 759
עד, ב 253 329 358 359 406
עו, א 162 337 339 404 406
עו, ב 200 634־639 642 643
עז, ב 359 409
עח, א 491 519
צג, ב 287 585
צד, ב 750
צו, א 25 55 59 104 245
צח, ב 86 140
קו, ב 802
קי, ב 64
קיא, א 64
קיב, א 587 592
בבא בתרא כא, ב 499
כב, ב 692
ל, א 365
מ, ב 672
מח, ב 531
פח, א 396 471
קכז, ב 679
קכט, ב 625 669
קלז, א 679
קלח, א 254
קמב, ב 812
קמו, ב 252 267
קנו, ב 782 809
קנז, א 809
קסה, א 259
קסט, ב 252 253 259 328־331 335 338
345 503־506 510
קעד, א 794
סנהדרין ב, ב 590
כט, ב 754
מט, ב 254
סא, א 613
סו, א 750
צה, א 592
שבועות כז, ב 750
לג, ב 25
לה, א 24
מה, א 140

עבודה זרה ז, א 751
סג, ב 696 697
זבחים לד, א 303
מנחות צ, ב 750
צג, ב 60 64
חולין יב, א 795
לט, ב 346
עח, ב 750
פג, א 526 784 786 803
קד, א 443
בכורות מט, ב 229
סא, א 257
ערכין יז, ב 421
תמורה ה, ב 209
י, א 17
מעילה כ, ב 443 444
כא, א 7 251 444 607
כא, ב 444

גאונים

אוצר הגאונים
גיטין, סי׳ קה 7
קידושין נט ע״א, חלק התשובות, אות
שיז 441
בבא קמא, חלק התשובות, עמ׳ 77-78, והערת
המהדיר, אות ג 352 395
רב האי גאון, ספר המקח והממכר
שער ו 471 560
שער ו, הדרך החמישי, הדין השישי 255
שער לח 441
שער נב, אות א 455
שער נב, ועמק השער שם 501
רב האי גאון
בחידושי הרמב״ן, בבא מציעא עג ע״ב 495
ברא״ש, כתובות, פרק יא, סי׳ טז 356
רב האי בר נחשון גאון, בראבי״ה (מהדורת
דבליצקי), סי׳ תתקנז 547
הלכות גדולות (מהד׳ מכון ירושלים)
סי׳ לט, הלכות גיטין, עמ׳ תי 7
עמ׳ תיא 8 161
עמ׳ תטו 634
הלכות ריבית, עמ׳ תפד, והגהות בן
אריה 192
סי׳ מט, הלכות הלוואה, עמ׳ תקנ, והערה
12 335
הלכות גדולות, בחידושי הרמב״ן, גיטין סו
ע״ב 735
הלכות פסוקות (רב יהודאי גאון), הוצאת מקיצי
נרדמים, עמ׳ סט 335
רב חנינאי גאון, בהלכות גדולות, סי׳ לט, הלכות
גיטין (עמ׳ תי במהדורת מכון ירושלים) 7
8 150 163
רב חפני גאון, בספר העיטור, מאמר שני, קניין
(יב ע״א במהדורת ר״מ יונה) 352 395
רב יהודאי גאון, בטור, חו״מ, סי׳ עג, סעיף
טו 663
בתמים דעים, סי׳ סב 720
ס׳ מתיבות, עמ׳ 38 542
עמ׳ 39 441
ס׳ מתיבות, בספר העיטור, שלישות ממון, ח״ב,
מג ע״ג-ע״ד (במהד׳ ר״מ יונה) 575
שלישות הגט, ח״ב, מה ע״ב 722
בספר מישרים, נתיב כז, ח״א 537
רב צמח גאון, בתשובות הגאונים, חמדה גנוזה,
סי׳ נה 144
בראב״ן, שו״ת, סי׳ ג 568 570-573
רב שמואל בן חפני, פירוש לתורה, בראשית לב,
ד 32
רב שמואל בן חפני, בתשובות הגאונים, שערי
צדק, ח״ד, שער ח, סי׳ ד 54
באוצר הגאונים, גיטין, סי׳ קה 7
שאילתות דרב אחאי גאון
שאילתא יז 213
שאילתא עב 172
שאילתא קנ 50
תשובות גאוני מזרח ומערב, סי׳ קנה 760
תשובות הגאונים הקצרות (שלוניקי של״ה =
ירושלים תש״ך)
סי׳ מד 54
סי׳ שפד 465-467 469 471 472 476 481
תשובות גאונים קדמונים, סי׳ ו 144
תשובות הגאונים (הרכבי), סי׳ קעח 49
תשובות הגאונים, חמדה גנוזה, סי׳ נה 144
תשובות הגאונים, שערי צדק, ח״ד, שער ח, סי׳
ד 54
גאונים (מובאות)
בחידושי הריטב״א, כתובות צח ע״א 450
במישרים, נתיב ל, ח״א 525
במלחמות ה׳, בבא מציעא מד ע״ב בדפי
הרי״ף 254
בנימוקי יוסף, בבא קמא כז ע״ב בדפי
הרי״ף 281 282

ראשונים

אבן חביב, ר׳ לוי (ראה: מהרלב״ח)

אבן עזרא, שמות יט, כג 446
ר׳ אברהם בן יצחק אב בית דין, בחידושי הרמב״ן, שבועות לג ע״ב 24
ר׳ אברהם מן ההר, פירוש (מיוחס לר״י הזקן), קידושין עח ע״ב 657 658
אור זרוע, ח״א, הלכות חלה, סי׳ רכא 231
ח״ב, הלכות מילה, סי׳ קז 15
ח״ב, הלכות פסחים, סי׳ רכד 796
בבא קמא, סי׳ תיג 427 428 536 537 546 561 575
בבא מציעא, סי׳ רי 192
בבא מציעא, סי׳ שלט 495
בבא בתרא, סי׳ רלז 330
פסקי שבועות לא ע״א 281 282
פסקי עבודה זרה, סי׳ קד 751
ר׳ אליהו בן הרב מנחם, בתשובות מיימוניות, ספר קניין, סי׳ כ 569
ר׳ אליעזר ממיץ (ראה: יראים)
ר׳ אליעזר ממיץ, ברא״ש, נדרים, פרק ט, סי׳ ב 773
בפירוש הרא״ש, נדרים נט ע״א 73
רבנו אפרים מקלעת חמאד, בספר התרומות, שער כח, ח״ד 72
רבנו אפרים מרגנסבורג, בהגהות מיימוניות, הלכות מכירה, פרק י, אות א 674
בטור, חו״מ, סי׳ קפג, סעיף יא 572
ר׳ אשר, בשו״ת מהר״ח אור זרוע, סימנים נא-נג 149
ר׳ אשר מלוניל, בחידושי הריטב״א, קידושין מב ע״א, הערה 115 46
בית הבחירה (המאירי)
כתובות צח ע״ב 561
צט ע״ב 330 510
נזיר יב ע״א 213
יב ע״ב 226
גיטין כג ע״ב 476 479
כט ע״א 709 725
כט ע״ב 161
לג ע״א 757
לג ע״ב 609
לד ע״א 609
קידושין מא ע״א 710 726
מב ע״א 812 814
נח ע״ב 603
בבא מציעא לז ע״ב 288
סח ע״ב 496
עד ע״ב 254
חולין פג ע״א 804
ר׳ ברוך ממגנצא, בתשובות מהר״ם מרוטנבורג וחבריו (מהד׳ עמנואל), סי׳ שלט 547
סי׳ שמו 572
רבנו גרשום, בשו״ת הרא״ש, כלל קח, סי׳ ה 413
הגהות אשרי (לפי סימני הרא״ש)
כתובות, פרק יא, סי׳ טו 562 567
בבא קמא, פרק ט, סי׳ יח 400 422 536 537
בבא מציעא, פרק ו, סי׳ ב 493 494 496
פרק ו, סי׳ ו 441 492
פרק ט, סי׳ ג 495
בבא בתרא, פרק י, סי׳ כו 330
עבודה זרה, פרק א, סי׳ ג 751
הגהות מיימוניות, על הרמב״ם
הלכות שבת, פרק ו, אות ב 193
הלכות גזלה ואבדה, פרק יז, אות ג 436
הלכות חובל ומזיק, פרק ה, הלכה ב 532
הלכות מכירה, פרק י, אות א 674
הלכות שלוחין ושותפין, פרק ב, אות א 41
הלכות מלווה ולווה, פרק ה, אות ו 191
הגהות מרדכי (ראה: מרדכי)
ס׳ הזכות (רמב״ן; לפי דפי הרי״ף)
יבמות כב ע״ב 149
גיטין יד ע״ב 721 722
חיבור התשובה, מאמר ב, פרק יג, עמ׳ 566 17
ס׳ החינוך, מצווה ס 25
מצווה סה 407
רבנו חננאל, פירוש לתלמוד
קידושין מג ע״א (באוצר הגאונים) 27 28
קידושין, בס׳ אוהל חייא, עמ׳ לט, הערה 215 28
בבא קמא לו ע״ב 73
רבנו חננאל
בתוספות, כתובות צט ע״ב, ד״ה אמר 259 264
גיטין נב ע״ב, ד״ה הלכה 47
בספר העיטור, שלישות הגט (מה ע״ב במהד׳ ר״מ יונה) 722
באור זרוע, בבא קמא, סי׳ תיג 561
בבא מציעא, אות רי 192
בחידושי הרמב״ן, גיטין סו ע״ב 735
במלחמות ה׳, בבא מציעא מד ע״ב (בדפי הרי״ף) 254
בר״ן על הרי״ף, גיטין כח ע״א (בדפי הרי״ף) 635
בטור, חו״מ, סי׳ רל, סעיף ה 371
רבנו טודרוס, תוספות (נדפס בשיטת הקדמונים), נזיר יב ע״ב 226
טור
או״ח, סי׳ תט 305
יו״ד, סי׳ קסט 88
סי׳ רלד 25
סי׳ רסז 67

מפתח המקורות

סי׳ שלא 314 315
אהע״ז, סי׳ לה 148 532
סי׳ לז 617 618
סי׳ קכ 736
סי׳ קכא 101 107 108 159 606 655 657
660 658
סי׳ קלב 215 237
סי׳ קמ 634 643 787
סי׳ קמא 157 161 276 306 480 610
616־618 718 726
חו״מ, סי׳ נח, סעיף א 255
סי׳ ס, סעיף יז 352 407
סי׳ סא, סעיף ה 274
סי׳ עג, סעיף טו 663
סי׳ עג, סעיפים טז-יז 663
סי׳ עז, סעיף ג 270 271
סי׳ קכא, סעיף ג 172
סי׳ קכא, סעיף ז 167
סי׳ קכא, סעיף טו 366 367
סי׳ קכב, סעיף א 50
סי׳ קכב, סעיף ב 689 690
סי׳ קכב, סעיף יח 279 280
סי׳ קעה, סעיף ל 451 472
סי׳ קפב, סעיף ח 334 369
סי׳ קפב, סעיף ט 356
סי׳ קפג, סעיף ב 440 532
סי׳ קפג, סעיף ד 399 402 534
סי׳ קפג, סעיף י 565 569
סי׳ קפג, סעיף יא 572
סי׳ קפד, סעיף ב 760־764
סי׳ קפה, סעיף ב 465 472 559
סי׳ קפה, סעיף ה 369
סי׳ רל, סעיף ה 371
סי׳ רלה, סעיף כה 349
סי׳ רלז, סעיף א 439
סי׳ רמג 775
סי׳ רמג, סעיף טו 236
סי׳ רמד, סעיף ב 736
סי׳ רסט, סעיף ו 534
סי׳ רע, סעיף ד 62
סי׳ רצ, סעיף לז 46
סי׳ שלג, סעיף א 492
סי׳ שמו, סעיף ו 25
סי׳ שנט, סעיף ג 782
יד רמה
קידושין עט ע״א 120
בבא בתרא, פרק ה, סי׳ כט 236
פרק י, סי׳ עט 266
פרק י, סי׳ צא 329 333־335 337 339
345 348 367־370 381־383 385 503
505 506 508־510 513 514
ר׳ יהודה בן בולאט, בבית יוסף, אהע״ז, סי׳
קמד, סעיף ה 311
ר׳ יהודה בן ברזילי הברצלוני
בחידושי הרשב״א, קידושין מא ע״א 144
736 738
בשו״ת מהרי״ק, שורש לב 783
רבנו יהונתן (ראה: רבנו יונתן)
ר׳ יואל הלוי, בהגהות אשרי, כתובות, פרק יא,
סי׳ טו 567 571
בראב״ש, קידושין, פרק ד, סי׳ טז 656
במרדכי, כתובות, סי׳ רנט 562־564 566
רבנו יונה על הרי״ף, ברכות כד ע״ב (בדפי
הרי״ף) 73
רבנו יונה
בשו״ת הרשב״א, ח״א, סי׳ כו 128
סי׳ תקצג 128
בטור, חו״מ, סי׳ קפג, סעיף י 562 565־567
569
סי׳ רל, סעיף ה 371
רבנו יונתן מלוניל, בבא קמא, פרק ט, סי׳
קפח 649 650 688
בבא מציעא צג ע״ב 287
ר׳ יוסף הלוי אבן מיגאש, חידושים לבבא בתרא
מ ע״א, והערת הר״מ שפירא הערה 26 673
קסט ע״ב 513 514
ר׳ יוסף הלוי אבן מיגאש, בחידושי הרמב״ן,
גיטין כג ע״א 112 113 118 196 478
ר׳ יצחק (ר״י הזקן), תוספות (ראה: ר׳ אברהם
מן ההר)
ר׳ יצחק (ר״י הזקן)
בתוספות, כתובות צח ע״ב, ד״ה אמר רב
פפא 562 565 566 569־571 573
גיטין ע ע״ב, ד״ה התם 679
במרדכי, בבא קמא, סי׳ קכג 575
בסמ״ג, עשין קלד 231
בראב״ש, כתובות, פרק יא, סי׳ יז 332
בחידושי הריטב״א, בבא מציעא עג ע״ב 495
יראים השלם
סי׳ קיח, ותועפות ראם, אות כט 192
סי׳ קמח 225
ר׳ ישעיה, בשיטה מקובצת, בבא קמא נג
ע״ב 750
ר׳ ישמעאל בן חכמון, פירוש לבבא בתרא קסט
ע״ב 509
כפתור ופרח, פרק י 187
המאור הגדול (בדפי הרי״ף)
גיטין ד ע״ב 791 800
בבא קמא לז ע״א 172
בבא מציעא מד ע״ב 254
מגיד משנה, על הרמב״ם
הלכות עירובין, ו, כ 466 473

מפתח המקורות

הלכות אישות, ז, ג 308 309
ט, ד 120
ט, ו 195 211
יז, יד 466 473
הלכות גירושין, ו, הלכות ד-ה 634
ו, ו 7
ו, יג 480
ו, טז 625 669
ו, יח 757
ט, כה 609
הלכות מכירה, ז, יב 537 542 543 763
כט, א 181
כט, יא 125 126 811
ל, ג 783
הלכות זכייה ומתנה, ד, ב 783 798
ד, ז 125
הלכות שכנים, יב, ז 589
הלכות מלווה ולווה, ה, ד 191 192
הלכות טוען ונטען, יג, ב 811
הלכות נחלות, יא, ז 46 277
מהר״ח אור זרוע, שו״ת
סימנים נא-נג 149
סי׳ קכו 610
סי׳ קכח 12
מהר״י בירב, שו״ת, סי׳ ד 750
סי׳ ו 405
מהר״י בירב
בשו״ת המבי״ט, ח״ב, סי׳ לז 676
בשו״ת המבי״ט, ח״א, סי׳ קג 333 336
507-510
מהר״י ברונא, שו״ת, סי׳ קעח 202 206 207
מהר״י וייל, שו״ת
סי׳ ד 782 785 808
סי׳ קכה 592
סי׳ קכו 602
סי׳ קצ 602
חידושי דינים והלכות, סי׳ ס 74
מהרי״ח, בהגהות אשרי
בבא קמא, פרק ט, סי׳ יח 400 401 422
בבא מציעא, פרק ו, סי׳ ו 441
מהרי״ל, שו״ת, סי׳ ק 602
מהרי״ק, שו״ת
שורש ו 262 263
שורש ז, ענף ד 589
שורש י 268 584 750
שורש טו, ענף ב 384
שורש כז 263 310 312 313 348
שורש ל 74
שורש לב 783
שורש מח 53
שורש קיב 263 310-312
שורש קלא 591
שורש קנג 492
שורש קנה 587 591
שורש קעא 312-315
שורש קצב, ענף ב 272
מהרלב״ח, שו״ת, סי׳ צה 46 48
סי׳ קלז 283
מהר״ם ב״ר ברוך מרוטנבורג, שו״ת, דפוס פראג
סי׳ תצה 588-590
סי׳ תקפט 616
סי׳ תר 496 540 543
סי׳ תרצט (א) 282 283
סי׳ תתב 568
סי׳ תתקעז 588-590
מהר״ם ב״ר ברוך מרוטנבורג, שו״ת, דפוס
קרימונה, סימנים כו, כח 533
מהר״ם ב״ר ברוך מרוטנבורג, שו״ת, דפוס
ברלין, שער ראשון, סי׳ נז 272
מהר״ם מרוטנבורג (ראה גם: תשובות מהר״ם)
במרדכי, בבא מציעא, סי׳ שנט 465
סי׳ שסז 591
בשו״ת לחם רב (בוטון), סי׳ קכה 572
מהר״ם מינץ, שו״ת, סי׳ לה 216
סי׳ קא 693
ס׳ מישרים (רבנו ירוחם)
נתיב א, חלק ט 63
נתיב ו, ח״ב 525
נתיב כז, ח״א 537
נתיב כח, ח״א 333 399 400 422 440 537
546 776 783
נתיב ל, ח״א 525
ס׳ המכריע (רי״ד), סי׳ עט 546 575
מלחמות ה׳, על הרי״ף (לפי דפי הרי״ף)
כתובות נז ע״ב 259 264
גיטין ד ע״ב 790 791 800 803
בבא קמא לז ע״א 143 172 689-691 694
בבא מציעא מד ע״ב 254 255
ר׳ מנחם הבבלי, בשו״ת בית יוסף, דיני גיטין
וגירושין, סי׳ יד 187
ר׳ מנחם המאירי (ראה: בית הבחירה)
מרדכי, כתובות, סי׳ רלט 278 280
סי׳ רמב 278
סי׳ רנה 562 569
סי׳ רנו 568
סי׳ רנט 562
סי׳ רס 54
גיטין, סי׳ שכח 61
סי׳ שסו 456 616-618
סי׳ תיז 141
סי׳ תיט 137 138 167
סי׳ תכ 726-730 733 734

קידושין, סי׳ תקה 727 728
סי׳ תקח 330
סי׳ תקיט 213 225 233
סי׳ תקנז 119
בבא קמא, סי׳ עב 161
סי׳ עח 281
סי׳ פז 272 384
סי׳ פח 272
סי׳ צו 282
סי׳ קב 532
סי׳ קיד 495
סי׳ קטו 377 495
סי׳ קכב 457 546
סי׳ קכג 575
סי׳ קכה 496 540 543
סי׳ קכו 172
סי׳ קס 588
סי׳ קפד 538
בבא מציעא, סי׳ רלב 436 534
סי׳ רלז 41
סי׳ שנט 465
סי׳ שנט, בהגהה 590
סי׳ שסז 591
בבא בתרא, סי׳ תקעח 237
הלכות קטנות, דף יד ע״ג 205
הגהות מרדכי, בבא מציעא, סי׳
תיח 501־503
סי׳ תנא 534
סי׳ תסא 590 591
ר׳ משה בן שלמה הכהן, במרדכי, גיטין, סי׳
תכ 726־729 733
נימוקי יוסף (לפי דפי הרי״ף; כתובות וגיטין לפי
דפי התלמוד)
כתובות צט ע״ב 508
נדרים ב ע״א 63 64
ו ע״ב 252
גיטין כד ע״א 480־482
בבא קמא כז ע״ב 174 281 282
כט ע״א 40
לו ע״א 575
לו ע״ב 143
לז ע״א 172
בבא מציעא ה ע״ב 19 20 30 40 41 89 184
כא ע״א 290
לה ע״ב 216
מב ע״א 192
מד ע״א 495
מד ע״ב 338 407
מו ע״ב 493
מח ע״א 492
נה ע״א 56
נו ע״ב 140
סא ע״ב 495
בבא בתרא עח ע״ב 253 326 330
סמ״ג, עשה נ 163
עשה פב 174 279 280 341
עשה קלד 231
סמ״ק, סי׳ רמו 270
סמ״ק, בשו״ת מהר״י וייל, סי׳ קצ 602
עבודת הקודש, שער ה, סי׳ יז 305 306 308
ר׳ עזריאל, בשיטה מקובצת, נזיר יב ע״ב 213
228 231
ס׳ העיטור (מהד׳ ר״מ יונה)
מאמר שני, קניין, ח״א, יב ע״א 352
שלישות ממון, ח״א, מג ע״ג-ע״ד 576 577
מג ע״ג-ע״ד, ושער החדש, אות לה 575
מג ע״ד 562 568 570־572
מד ע״א 439 534־536 542
שלישות גט, ח״א, מה ע״ב 722 787
מו ע״ד 21
מז ע״ב 726
אפוטרופוס, ח״א, עח ע״ג 48
זיכוי, ח״ב, י ע״א 88
י ע״ב 82
המחאה, ח״ב, עג ע״א 50
הרשאה, ח״ב, עד ע״ג 159
עד ע״ד 649 690
קידושין, ח״ב, עו ע״ב 66 779 783־785
ס׳ העיטור, בס׳ השליחות וההרשאה, עמ׳
73-74 144
עליות דרבנו יונה, בבא בתרא פד ע״א 355
ס׳ הערוך, ערך דפן ב 609
פסקי התוספות, בבא קמא, סעיף רנ 406
רבנו פרץ, תוספות
נזיר יב ע״ב (נדפס בשיטת הקדמונים) 226
בבא קמא קב ע״ב 397 418 420 422 425
426 430
רבנו פרץ, בשו״ת הר״ן, סי׳ מג 667 675
צרור הכסף (ר׳ חיים ב״ר שמואל ן׳ דוד), הדרך
השני, השער השלושה-עשר 338
הקדוש מרדוש, בהגהה על מרדכי, קידושין, סי׳
תקה 727־731 733 734
רבנו קרשקש, חידושים לגיטין
כד ע״א 481
כד ע״ב 156
כה ע״א 156
כה ע״ב 679
כט ע״א 736
לב ע״א 609 610
מה ע״ב 676 677
מו ע״א 63
נב ע״א 44 46 277

סב ע"ב 635
סג ע"א 639 642
סג ע"ב 449 481
סו ע"א, והערה 446, במהד' מוסד הרב
קוק 137
ראב"ד, השגות על הרי"ף, גיטין יד ע"א, בדפי
הרי"ף 722
ראב"ד, השגות על הרמב"ם
הלכות אישות, ג, טו 142
הלכות גירושין, ו, ט 182 241־243
ו, יח 757
הלכות נזירות, ב, יג 242
הלכות תרומות, ד, ט 605
הלכות מכירה, ב, ט 154
ו, יב 408
כב, טו 73
הלכות שלוחין ושותפין, א, ג 330־333 335
338 346 353 499 510
ב, ב 198
ב, ו 365־367 369 370
הלכות נחלות, יא, ז 277
ראב"ד, חידושים, בבא קמא קב ע"ב 351 397
423
ראב"ד, תשובות ופסקים, סי' קמא 172 281
602 649 688 690־695 720
ראב"ד, בחידושי הרשב"א, בבא בתרא מא ע"א,
ד"ה האי עובדא 124 125
בשיטה מקובצת, כתובות ע ע"ב 136
בבא מציעא עד ע"א 489
בבא מציעא עד ע"ב 323 335 337־339
346 363 364 372 374 378 385 505
בבא מציעא צו ע"א 59
בבא מציעא צח ע"ב 86 87
ראבי"ה (מהדורת דבליצקי)
סי' תתקטז 562
סי' תתקכב 7
סי' תתקנז 496־498 540־543 547
סי' אלף כב 280
ראבי"ה, במרדכי, בבא מציעא, סי' רלב 436
437 534 535
אצל נ' רקובר, המסחר במשפט העברי, עמ'
143-148 377
ראב"ן, בבא קמא, סי' תנ (במהד'
דבליצקי) 272
בבא מציעא ח ע"א 437
שו"ת, סי' ג 568
סי' קטו 272
ראב"ן, במרדכי, בבא מציעא, סי' רלב 436
במרדכי, בבא קמא, סי' פז 384
רא"ה, חידושים, כתובות ע ע"ב 136
רא"ה, בר"ן על הרי"ף, גיטין לג ע"א, בדפי
הרי"ף 161 727 737 738
בנימוקי יוסף, נדרים ב ע"א (בדפי
הרי"ף) 63
בבא קמא לו ע"א (בדפי הרי"ף) 575
בשיטה מקובצת, כתובות צט ע"א 330
כתובות צט ע"ב 514 515
רא"ש, פירוש לתלמוד
נדרים ח ע"ב 64
כא ע"א 252
לו ע"ב 137
נט ע"א 73
עב ע"ב 13 25 79 116 118 127
נזיר יב ע"ב 213
רא"ש, פסקים על התלמוד
עירובין, פרק ז, סי' יג 789
כתובות, פרק ב, סי' יד 811
פרק ו, סי' יב 278
פרק יא, סי' יג 465
פרק יא, סי' טו 562 565 569 570
פרק יא, סי' טז 356
פרק יא, סי' יז 332 353 357
נדרים, פרק ט, סי' ב 773
גיטין, פרק א, סי' יג 19 58 777 800
פרק ב, סי' כז 7 157
פרק ג, סי' ו 721
פרק ג, סי' ז 740
פרק ד, סי' ה 757
פרק ד, סי' טו 794
פרק ז, סי' יח 276
פרק ז, סי' יט 145 146 618 620 735
פרק ז, סי' כ 157 161 163 787
קידושין, פרק א, סי' טו 181 182
פרק א, סי' כה 181 182
פרק א, סי' כח 67
פרק ב, סי' ו 147 169 170
פרק ב, סי' ז 142 147־149 169 170 269
777 788 789
פרק ב, סי' יח 213 214
פרק ב, סימנים כו-כז 164
פרק ג, סי' ג 602 603
פרק ד, סי' טז 656
בבא קמא, פרק ד, סי' ג 73
פרק ו, סי' יב 782 795
פרק ז, סי' ה 697 699
פרק ט, סי' יח 341 344 397 400־402
410 418 420־422 424־426 457 517
522 523 546 575
פרק ט, סי' כא 50 142 144 689־691 697
פרק ט, סי' כב 172

פרק י, סי׳ כא 777
בבא מציעא, פרק א, סי׳ כז 21
פרק ד, סי׳ ט 492
פרק ה, סי׳ מ 530
פרק ה, סי׳ סט 495
פרק ה, סי׳ עג 254
פרק ח, סי׳ ב 25
בבא בתרא, פרק ה, סי׳ יד 355
פרק ח, סי׳ נא 808
פרק י, סי׳ כו 331־337 339 374 500
505־514
סנהדרין, פרק ג, סי׳ יז 452
שבועות, פרק ה, סי׳ ב 279 280
רא״ש, שו״ת, כלל ו, סי׳ יא 756
כלל יב, סי׳ ג 15
כלל יג, סי׳ יא 271 272
כלל יח, סי׳ ז 589
כלל לה, סי׳ ג 195
כלל לה, סי׳ ט 625
כלל מה, סי׳ ה 616־618 753
כלל מה, סי׳ יב 750
כלל סב, סי׳ א 647 648
כלל סב, סי׳ ג 282
כלל סח, סי׳ יב 274
כלל פז, סי׳ ב 46 46
כלל פז, סי׳ ו 46
כלל פט, סי׳ ג 405
כלל פט, סי׳ ד 270 590
כלל צו, סי׳ ג 424
כלל צו, סי׳ ה 352
כלל צז, סי׳ ד 663
כלל קה, סי׳ ב 465 559
כלל קח, סי׳ ה 413
כלל קח, סי׳ ז 794
כלל קח, סי׳ יא 192
בשנתון המשפט העברי ב (תשל״ה), סי׳ לט (עמ׳ 103) 8
רא״ש, תוספות לתלמוד
נזיר יב ע״ב, ד״ה במילתא 218 219
קידושין מא ע״ב 257 445
מב ע״א 773 774 810
מב ע״ב, ד״ה שלח 28
נט ע״ב 602 604
בבא מציעא י ע״א, ד״ה דאמר תנה 123
חולין יב ע״ב, ד״ה מאן תנא 127 128
רא״ש, בשיטה מקובצת, כתובות צח ע״א 558
בשיטה מקובצת, בבא קמא נג ע״ב 750
בבא קמא קב ע״ב 352 397 419 424 776
בשיטה מקובצת, בבא מציעא י ע״ב 31
בשיטה מקובצת, בבא בתרא קמב ע״ב 216
רד״ק, פירוש לתנ״ך, שמואל ב׳ יב, ט 28
ר״י קורקוס, על הרמב״ם
הלכות תרומות, פרק ד, הלכה ט 311 603
פרק ד, הלכה י 270
ריא״ז, פסקים
גיטין, פרק ב, הלכה ב, אות יב 60
פרק ד, הלכה א, אות יא 609
פרק ז, הלכה א, אות ב 658
קידושין, פרק ב, הלכה א, אות ד 727
ריא״ז, קונטרס הראיות, בבא מציעא, פרק ה, ראיה יז 760 761
ריב״א, בתוספות, גיטין כט ע״ב, ד״ה רבי 740
במרדכי, גיטין, סי׳ שסו 456
ריב״ם (ר׳ יצחק בן ר׳ מאיר), באור זרוע, בבא קמא, סי׳ תיג 536
בהגהות אשרי, בבא בתרא, פרק י, סי׳ כו 330 335
ריב״ן, על כתובות צח ע״ב 465
ריב״ק, במרדכי, קידושין, סי׳ תקח 330 372
ריב״ש, שו״ת, סי׳ פב 106 107
סי׳ קכח 150 151 268
סי׳ קצג 609
סי׳ קצז 794
סי׳ רכח 70 72 107 156 204 710־712
719 720 722 723 732 733 736
סי׳ רלב 673
סי׳ רנ 352
סי׳ רנא 27
סי׳ שטז 720 721 724 739 740
סי׳ שכד 49
סי׳ שע 64
סי׳ שצב 15 274
סי׳ שצו 466 467
סי׳ תא 9 375 398
סי׳ תסח 45
סי׳ תעב 165
סי׳ תצג 609
מבוא, במהד׳ מכון ירושלים, עמ׳ 17, אות ז 794
ריב״ש, בשיטה מקובצת, בבא מציעא טז ע״א 397
רי״ד, פסקים
גיטין סה ע״א 635
בבא מציעא עד ע״א 760־763
בבא בתרא כא ע״ב 499
רי״ד, שו״ת, סי׳ צג 675
רי״ד, תוספות
כתובות צח ע״א 465
צח ע״ב 561 569
גיטין כג ע״ב 60
קידושין ח ע״ב 157 163 164 166 622
מא ע״א 725 727־729 734

מב ע"ב 12-14 77-80 116 119
מב ע"ב, והערה 29 במהדו' תשל"ג 32
בבא מציעא קיא ע"א 64
ריטב"א, חידושים לתלמוד
עירובין פא ע"א 784
פא ע"ב 773
כתובות ע ע"ב 136
צד ע"א 65 279-281
צח ע"א 450
צח ע"ב 452 465 558 561
צט ע"א 302
קידושין ז ע"א 66
כג ע"א 67 773
כג ע"ב 811
מא ע"א 142 709 727
מא ע"ב 257 445 778 789 804
מב ע"א 46 773 778
מב ע"ב 28 33 35 111
מה ע"ב 142 149 788
מז ע"ב 408
נ ע"א 251
נט ע"א 532 537 606 626 627 694
נט ע"א, והערה 57 622
נט ע"ב 608 623
בבא מציעא ח ע"א 55
י ע"ב 34 39-41 184-187 194
לא ע"ב 288 584-586
עא ע"ב 88 194
עג ע"ב 493-496 498
עד ע"א 759 761
עד ע"ב 330
עה ע"ב 491-494
עו ע"ב 639 641-643
צו ע"א 25
שבועות לג ע"ב 24
ריטב"א, על נדרים (לפי דפי הרי"ף)
ו ע"ב 252
יב ע"א 137
כד ע"א 213 214
כו ע"א 670
ריטב"א, חידושים המיוחסים לו
גיטין (מוסד הרב קוק, ירושלים תש"ם =
חידושי הרמ"ה ושיטת הקדמונים)
כב ע"ב 127
כד ע"א 476 477 481
כט ע"א 736
לב ע"א, והערות 21-23 616
נב ע"א 45
סה ע"א 635
סה ע"ב 266
סז ע"ב, והערה ט בחידושי הרמ"ה 752
חידושי הרמ"ה, עמ' קפז, הערה יב 617
בבא מציעא מח ע"א 492
קי ע"ב 64
ריטב"א, שו"ת, סי' קיד 70 120
סי' קיז 492
סי' קפד 255
ריטב"א, בנימוקי יוסף, נדרים ב ע"א (בדפי
הרי"ף) 63
רי"ף, פסקים לתלמוד (לפי דפי הרי"ף)
יבמות כב ע"א 274
כתובות נז ע"ב 259 264 559-564
566-568 570 574 576 577
גיטין ד ע"ב 791
ה ע"א 21 800
יד ע"ב 721
טו ע"א 161
לג ע"א 735
קידושין ג ע"א 66
ח ע"ב 66
טז ע"ב 33
כא ע"ב 212
בבא קמא יח ע"ב 72 73
לו ע"א-ע"ב 575
לז ע"א 167 172
לז ע"ב 140
בבא מציעא מב ע"א 192
מד ע"ב 254
נה ע"א 25
סב ע"ב 540-543 547
רי"ף, שו"ת, מהדורת בלגוריי, סי' קח 673
רי"ף, שו"ת, מהדורת לייטר, סי' מא 673
סי' עו 365 366
סי' רעה 21
רי"ף, בחידושי הרשב"א, גיטין כג ע"א 112
196
בטור, חו"מ, סי' עג, סעיפים טז-יז 663
ריצב"א, ברא"ש, גיטין, פרק ג, סי' ז 740
רלב"ג, פירוש לתורה, שמות כב, יד 25
רמב"ם, משנה תורה
הלכות תשובה, א, ב 17
הלכות עירובין, ו, כ 466
ו, כג 305-307 314
הלכות אישות, ג, יא 799
ג, יד 10
ג, טו 112 118 141 142
ה, כב 66
ט, הלכות ד-ה 120
ט, ו 212 214
ט, יז 436 439 532
יז, יד 466
הלכות גירושין, א, ג 200

רמב"ם, משנה תורה (המשך)
ב, ה 16
ב, ו 735
ב, ז 107 657
ב, י 266
ב, יג 266 276
ב, טו 101 107 108 606 657־661
676־678 680
ב, כ 662
ג, ו 212
ג, יח 127
ה, א 118 200
ו, א 112 141 142 635
ו, ד 112 635
ו, הלכות ד-ה 634 638
ו, ו 112 196
ו, ט 181 182 199 200
ו, יג 476 480 637
ו, יח 757
ו, יט 621 629 673 674
ז, כב 161
ט, כד 309
ט, לג 306 307 309 310
ט, לה 259 306 721 739 740
ט, לו 306
ט, לז 721 740
ט, לח 739
ט, מ 154 715
הלכות איסורי ביאה, א, כא 106
הלכות שבועות, ו, ד 63
ט, ו 25
ט, ז 51
הלכות נדרים, ב, יד 14
ט, י 444
יג, ט 25
הלכות תרומות, ד, ה 182
ד, ז 257
ד, ט 314 315 604 605
ד, י 270
הלכות מעשר שני, ד, טו 156
הלכות ביכורים, יא, הלכות א, ב, ט, י 243 244
הלכות מעילה, ז, ב 30
הלכות קרבן פסח, א, ה 41
ג, הלכות ג-ו 120
ג, ו 146
הלכות גנבה, ב, יד 55
הלכות רוצח ושמירת הנפש, ב, ב 26 29 58
ב, הלכות ב-ד 27
הלכות מכירה, א, ו 66
ב, ט 154
ג, ו 469
ה, ז 66
ה, הלכות יא-יג 143 144 442
ו, ח 23
ז, י 435 437 439
ז, יא 440
ז, יב 510 537 539־548
ז, הלכות יג-יד 760 761 764
י, ג 673
יב 47
יב, ד 355
יג, ט 47 62 326
יז, ב 457
כב, י 812
כב, הלכות טו-יז 73
כח, טו 274
כט, א 181
כט, יא 125 773 783 786
ל, א 349 776 782־785 789 792 799
808 809
ל, ב 349 776 783
ל, ג 349 776 783
הלכות זכייה ומתנה, ד 775
ד, א 808
ד, ב 291 348 355 772 798 802 805
808
ד, ג 799
ד, ו 812 814
ד, ז 812 814
ד, ח 809
ד, י 16 737 738
ה, ד 673
י, יב 812
הלכות שלוחין ושותפין, א 500
א, א 139־141 143
א, ב 53 252 253 262 324 326 328 329
332 342 486 529
א, ג 253 330 334 336 362 367 372
374 380 458 500 505 506 508־513
515 518 519
א, ד 325
א, ה 435 495 523 561 562 575
א, ו 254 501
א, ח 168 171 172
א, ט 366 367
ב 500
ב, א 190
ב, ב 181 199
ב, ד 336 358 359 361 362 372 379
409 410 412

מפתח המקורות

ב, ו 46 47 69 336 358 359 364-366
368-370 374 382 412 502 518 523
525 559
ב, ז 287
ב, ט 287
ג, א 50 51
ג, ג 53 279
ג, ד 280 281
ג, ה 278
ג, ח 605 691 719 723
ג, ט 54 282
ג, י 700 701
ה, א 328 345 353 448 449 516
ה, ב 343 345 523
ז, ו 435 495
ז, ז 530
הלכות עבדים, ה, א 66
ה, ב 66
ו, א 800 801 805
הלכות שכירות, ו, ה 469
ח, יד 594
ט, יא 62
יא, ד 64
הלכות שאלה ופיקדון, ב, א 25
ב, ה 25 55 59
ב, ח 55 56
ז, א 68 290 296
ז, ג 290
ז, ד 288
ז, ה 451
הלכות מלווה ולווה, ה, ד 192 193
ט, ה 253 254
כ, ב 21 22
כה, ט 270 271
הלכות נחלות, ז, ו 48
י, ה 45
יא, ד 45
יא, ה 47 48
יא, ז 46
הלכות סנהדרין, כג, א 452
הלכות מלכים, א, ד 71
רמב"ם, פירוש המשניות
תרומות ג, ד 605
גיטין ז, א 653
רמב"ם, שו"ת (מהדורת בלאו), סי' סג 380
רמב"ן, חידושים לתלמוד
כתובות צט ע"ב 330 336 508
גיטין כג ע"א 112 113 196
לב ע"ב 606 608 623 624
מה ע"ב 676
נב ע"א 44
נב ע"ב 47
סג ע"ב 478
סד ע"א 211
סה ע"א 634 635
סו ע"א 137
סו ע"ב 727 735-738
קידושין כג ע"א 67 798
כג ע"ב 778 791 811
מד ע"ב 799
בבא מציעא י ע"א 22 23 57 89
י ע"ב 39
טו ע"ב 402
כב ע"א 326
כב ע"א, והערה 59 במהד' הרשלר 354
מח ע"א 492
עא ע"א 811
עא ע"ב 191 192 773 774 779 810
עג ע"ב 495
עד ע"ב 358 359 372
עו ע"ב 491 493 494
בבא בתרא מ ע"ב 672 674 675
נד ע"ב 439 440 454 532
קכו ע"ב 15
קלח ע"א 808
שבועות לב ע"ב 366
לג ע"ב 24
חולין לט ע"ב 349 783-785 798 799
רמב"ן, פסקים למסכת נדרים (לפי דפי הרי"ף)
יב ע"א 137 167
כד ע"א 213 214
רמב"ן, שו"ת, סי' נז 352
רמב"ן, בספר התרומות, שער א, ח"א, אות
ה 397 399 402 421 422
בראש, קידושין, פרק ב, סי' ז 148 149
בחידושי הריטב"א, בבא מציעא עד
ע"א 761
בטור, חו"מ, סי' עג, סעיפים טז-יז 663
בר"ן על הרי"ף, גיטין לג ע"א בדפי
הרי"ף 161
רמ"ה, חידושים על גיטין (ראה: ריטב"א,
חידושיו המיוחסים לו)
רמ"ה
בראש, כתובות, פרק ב, סי' יד 811
בטור, אהע"ז, סי' לה 148
אהע"ז, סי' קמא 617 618 718
חו"מ, סי' קעו, סעיף לא 278
חו"מ, סי' קפג, סעיף ד 399 402 534
חו"מ, סי' קפד, סעיף ב 760-763
חו"מ, סי' רע, סעיף ד 62

מפתח המקורות

חו"מ, סי' שמו, סעיף ו 25
בנימוקי יוסף, בבא מציעא ה ע"ב (בדפי הרי"ף) 41
בתולדות אדם וחוה, נתיב כב, ח"ג 615
בשו"ת הריב"ש, סי' שטז 720 739 740
בשיטה מקובצת, כתובות צד ע"א 280
בבא קמא קב ע"ב 330 334 343 345 346 352 357 369 370 381 382 402 410 416 418 420 421 423-426 503 543 575 576
בבא קמא קד ע"ב 171 690
רמ"ך, בשיטה מקובצת, בבא מציעא עד ע"א 760
ר"ן על הרי"ף (לפי דפי הרי"ף)
שבת סד ע"ב 42
פסחים ג ע"ב 14
ביצה יז ע"א 158
כתובות נז ע"א 450 465 471
נז ע"ב 515 563
סג ע"א 593
גיטין ד ע"ב 81 89 90
ה ע"א 800
יא ע"ב 7
יב ע"א 196
יב ע"ב 113
יד ע"א 721-723
יד ע"ב 254
טו ע"א 161
יט ע"ב 793
כד ע"ב 281
כח ע"א 159 170 611 634 635
ל ע"א 211
ל ע"ב 125
לא ע"א 182
לא ע"ב 304
לב ע"ב 137 138
לג ע"א 161 727 735 737
לד ע"א 678
קידושין ג ע"א 66
ז ע"ב 125
טז ע"ב 30 33 773 777 810 811
יז ע"א 330 362 372 410 509 512 513-515
יח ע"ב 785 799 800 804 813
כ ע"ב 251 252
כא ע"ב 195 196
כב ע"א-ע"ב 440 532-535
כה ע"א 308-310
ר"ן, חידושים לתלמוד
כתובות צח ע"א 565
גיטין נב ע"א 44 45
בבא מציעא ח ע"א 55
י ע"א 22 89
יא ע"ב 11 19-21 88-91
מח ע"א 492
עג ע"ב 495
עד ע"ב 254
עו ע"ב 493
צח ע"ב 695
בבא בתרא קכו ע"א 349 800 801
קסט ע"ב 508 512 513 514 521
חולין לט ע"ב 799
ר"ן, פירוש על נדרים
ח ע"ב 63 64
כט ע"ב 154
לו ע"ב 777
מג ע"א 136
מח ע"ב 668
נד ע"ב 444
עב ע"ב 25 116 118 213
עה ע"ב 674
פז ע"א 670
ר"ן, שו"ת, סי' ח 46
סי' מג 140 618-620 667 675 787
סי' עג 456 523-526
סי' פה (במהד' פלדמן, תשמ"ד) 672 674 675
רשב"א, חידושים לתלמוד
שבת קנא ע"ב 42
יבמות קיח ע"ב 787
כתובות יא ע"א 800
עט ע"א 274
נדרים לו ע"ב 58 780 795
נד ע"א 251 444
עב ע"ב 116 118
גיטין כ ע"ב 109 124
כג ע"א 7 112 196
כד ע"א 477
כט ע"א 725 735 736
לב ע"א 625 630 669
לב ע"ב 86
לג ע"ב 757
לד ע"א 631
מו ע"א 676
מח ע"ב 281 283
נב ע"א 45
סג ע"ב 449 477 479 481
סה ע"ב 305
סו ע"א 276
סז ע"א 163 644
ע ע"ב 661 678 679
קידושין ז ע"א 66 783 785

יט ע"א 183
כג ע"א 67 782 798 803 805־807
מא ע"א 144 723 735 736
מא ע"א, והערה 14 במהד' מוסד הרב
קוק 710
מא ע"ב 190
מב ע"א 778 811
מב ע"ב 330 338
מח ע"ב 305 308
נו ע"ב 234
נט ע"א 542
ס ע"ב 308־310
סה ע"ב 23
בבא קמא נא ע"א 193 195
נג ע"ב 750
סט ע"א 156
קב ע"ב 342 352 400 421 422 424 496
517 518 523 525־527 537־540 542
543 545־547 575 763
קב ע"ב, והערה 372 במהד' מוסד הרב
קוק 541
קב ע"ב, הערה 392 במהד' מוסד הרב
קוק 545
קד ע"א 142
קיב ע"א 44 47
בבא מציעא י ע"א 21
לח ע"א 288 292
מח ע"א 492
עא ע"ב 85 88 191 193 773 774 811
813
עג ע"ב 495 496 498
עד ע"ב 335 338
בבא בתרא מ ע"ב 672
מא ע"א 124 125
קסט ע"ב 507
שבועות לג ע"ב 24
חולין יב ע"א 42
יב ע"ב 127 128
רשב"א, שו"ת
ח"א, סי' כו 128
סי' שעה 812
סי' תקנד 64
סי' תקצג 128
סי' תרמב 47
סי' תרמד 70
סי' תרנו 72
סי' תרעא 560 562 569
סי' תתצד 46
סי' תתקכז 352 353
סי' תתקלח 538
סי' תתקנז 352 353
סי' אלף ו 687
סי' אלף י 665 666
סי' אלף טו 48
סי' אלף פז 55 283
סי' אלף צז 283
סי' אלף קלז 280
סי' אלף קלח 55 283
סי' אלף קפה 532
ח"ב, סי' פב 156־158
סי' פז 534 536 538
סי' קג 534
סי' רז 255
סי' רנה 323 330 331 333 335־339 346
372־374 378 379 385 413 505־509
511 513
סי' שסט 537 539 540 542 545־548
763
סי' ת 715
ח"ג, סי' כא 48
סי' כה 560 562
סי' קלא 459
סי' קלב 139 140
סי' קלה 542
סי' רצז 754 756 757
ח"ד, סי' ב 593
סי' פד 143 162־164 166 625 626 643
644
סי' קנג 155־158 617
סי' קנז 753
ח"ה, סי' קכו 755
סי' קסג 70
סי' קפג 70
סי' רס 749־751 753 754 756 757
המיוחסות לרמב"ן, סי' כ 587 590־592
סי' מד 449־451 465־467 469 471־478
481
סי' ס 560 563 575
סי' פו 811
סי' קכה 531 532
סי' רמח 773
סי' רנד 172
רשב"א, במגיד משנה, הלכות מכירה, פרק ז,
הלכה יב 763
רשב"ם, פירוש לבבא בתרא
מ ע"ב, ד"ה גילוי מילתא 672 674
פח ע"א, ד"ה והני מילי דקיצי דמיה 559
קלח ע"א, ד"ה כאן בצווח 803 805 808
קנו ע"ב, ד"ה זכין לקטן, וד"ה ואין זכין
לגדול 774
רשב"ם
במרדכי, כתובות, סי' רנה 569

רשב"ש, שו"ת
סי' עט 138 140 157 160 162 167 328
345 347 349 786
סי' צא 272
סי' רסו 717 718 722 726
סי' תקסו 70
סי' תקעג 70 71
רש"י, על התורה, שמות יט, ח 446 480
ויקרא כד, יד 98
רש"י, על התלמוד
שבת קלג ע"א, ד"ה ואי 121
קנג ע"א, ד"ה מאי טעמא 193
פסחים יג ע"א, ד"ה נשקליה 473
צא ע"ב, ד"ה איש זוכה 772
צח ע"ב, ד"ה ואם 615
חגיגה י ע"ב, ד"ה שליח עניא, וד"ה מידי דהוה 612
יבמות נב ע"ב, ד"ה ולאשה 212
כתובות פד ע"ב, ד"ה התופס 19 57 84 143
פה ע"ב, ד"ה מחול 408
צד ע"א, ד"ה ואזל חד מינייהו 278
צח ע"ב, ד"ה כדתניא 558
צח ע"ב, ד"ה מאן שם לך 450 465 469
צח ע"ב, ד"ה שאין לו קצבה 558
צח ע"ב, ד"ה שיש לו קצבה 559-564
566-568 570 571 573 574 576
צט ע"א, ד"ה דאי לא 260
צט ע"ב, ד"ה האמר 263 264
צט ע"ב, ד"ה לאחד ואפי' לשניים 263 307
קח ע"ב, ד"ה ופשט 663
נדרים לו ע"ב, ד"ה באומר כל הרוצה לתרום יבא ויתרום 138
גיטין ט ע"ב, ד"ה יחזור 777
ט ע"ב, ד"ה לא יתנו לאחר מיתה 646 800
יג ע"א, ד"ה לא יתנו לאחר מיתה 646 659
כג ע"א, ד"ה דלאו בני דעה נינהו 241
כג ע"א, ד"ה לאו בר היתרא הוא 196
כג ע"א, ד"ה לקבל גט מיד בעלה 112 196
כג ע"א, ד"ה מהו שיעשה שליח 60
כד ע"א, ד"ה והא לא 477-479 481 482
כח ע"א, ד"ה נותנו לה 646
כט ע"א, ד"ה רבא אמר 725 727 731
כט ע"ב, ד"ה בטלו כולן 714
כט ע"ב, ד"ה ואזל 259 720 721 740
לב ע"א, ד"ה ביטל 627 629
לב ע"א, ד"ה ולא אמרינן 630
לב ע"ב, ד"ה וחזרה בה 627 629
לד ע"א, ד"ה איהו בטליה 609
לד ע"א, ד"ה גלוי דעתא 607
סג ע"א, ד"ה אלא 635 638
סג ע"ב, ד"ה לא חזרה 479
סג ע"ב, ד"ה ליהוי בידך 476
סד ע"א, ד"ה דהא 632
סד ע"ב, ד"ה זוכה אף לאחרים 181 182
סה ע"ב, ד"ה הא והא 304 305
סה ע"ב, ד"ה הא רבנן 305
סו ע"ב, ד"ה אי לא 731
סז ע"ב, ד"ה ע"י כולן 752
עא ע"ב, ד"ה דאמר מילי ממסרן לשליח 480 732 734
קידושין ז ע"א, ד"ה הילך מנה 66
כג ע"ב, ד"ה שלוחי דרחמנא 201
מא ע"ב, ד"ה ותיתי מהנך 99
מא ע"ב, ד"ה לפי שאינו 196
מב ע"א, ד"ה אלא 125
מב ע"א, ד"ה אלא כדרבא 773
מב ע"א, ד"ה והא הוו נמי קטנים 242
מב ע"ב, ד"ה נימא 32
מג ע"ב, ד"ה אין שליח 30 33
מה ע"ב, ד"ה ודילמא ארצויי 788
נ ע"א, ד"ה מתני' אינה 312
נט ע"א, ד"ה באגה דאלימי 440
נט ע"א, ד"ה ביטל 606
נט ע"א, ד"ה דכי מעשה 605
נט ע"א, ד"ה עני 438 454
נט ע"ב, ד"ה וחזרה בה 606
עח ע"ב, ד"ה אם 603 604
עט ע"א, ד"ה משום דגברא, וד"ה לא איכפת ליה 120
בבא קמא נא ע"א, ד"ה אין שליח לדבר עבירה 33
ק ע"ב, ד"ה לצבוע לו אדום 527
ק ע"ב, ד"ה ר' יהודה אומר 343 518
קב ע"ב, ד"ה הא ר"מ 517
קב ע"ב, ד"ה הלוקח 351 424
קב ע"ב, ד"ה כמאן 426
קב ע"ב, ד"ה ליקח בהן חטין 575
קד ע"א, ד"ה שליח שעשאו בעדים 143
קד ע"ב, ד"ה שכיב רבי אבא 690
בבא מציעא ח ע"א, ד"ה ואילו 55 58
י ע"א, ד"ה לא קנה 19 20 817 818
י ע"ב, ד"ה בר חיובא 30 33
י ע"ב, ד"ה גגו 38
י ע"ב, ד"ה וכי היכי דשליחות לית ליה 199 242
יב ע"א, ד"ה גבי מתנה 777
עא ע"ב, ד"ה אדעתא דידיה דישראל 192
עא ע"ב, ד"ה קטן לית ליה שליחות 242
עד ע"ב, ד"ה ותיפוק ליה 254
עו ע"א, ד"ה ה"ג 635
עו ע"ב, ד"ה אלא 637

עו ע״ב, ד״ה אלא התם 639 641
עח ע״א, ד״ה עד כדי שכרן 491
צו ע״א, ד״ה עבד דלאו בר מצוה 196
קיח ע״א, ד״ה אין שומעין 65
שבועות מב ע״א, ד״ה אין נתינת קטן כלום 241־243
חולין יב ע״א, ד״ה חזקה 533
לט ע״ב, ד״ה ואי לא מצי 346
לט ע״ב, ד״ה ונפל ומת 276
רש״י, מהדורא קמא, בשיטה מקובצת, כתובות
צח ע״ב 465
רש״י, שו״ת, סי׳ קעה 187
סי׳ קעז 36
סי׳ רא 608 615־617
רש״י
במרדכי, כתובות, סי׳ רנה 569
בתרומת הדשן, שו״ת, סי׳ רלז 786 788
שאנץ (ראה: ר׳ שמשון)
שיטה לא נודע למי, על קידושין
מא ע״א 710
מב ע״א 46
מג ע״א 28
שיטה מקובצת
ברכות לד ע״ב 73
כתובות יא ע״א 780
ע ע״ב 136
צד ע״א 280
צח ע״א 558
צט ע״א 259 311 330
ק ע״א 330
נזיר יב ע״ב 213 231
בבא קמא נג ע״ב 750
קב ע״ב 330 334 343 345 351 352 369 397 402 416 419 424 503 525 575 776
קד ע״ב 171 172 690
בבא מציעא י ע״ב 31 33 35 39 185
טז ע״א 397
כב ע״א 326
עד ע״א 489 760
עד ע״ב 338 363 407 505
צו ע״א 59
צח ע״ב 86 87
בבא בתרא קמב ע״ב 216
שיטות קדמונים, גיטין סה ע״ב 266
ר׳ שמואל הנגיד, בנימוקי יוסף, גיטין כד ע״א 480 481
ר׳ שמשון בן אברהם משאנץ, פירוש למשנה
תרומות ג, ד 270
מעשר שני ה, א 156
ר׳ שמשון בן אברהם משאנץ, תוספות שאנץ, בשיטה מקובצת, בבא מציעא י ע״ב 31 33 35 39
תולדות אדם וחוה, נתיב כב, ח״ג 212 615
נתיב כד, ח״ג 161 163
תוספות לתלמוד
עירובין פא ע״א, ד״ה לא זכו 789
פסחים יג ע״א, ד״ה מאי לאו 451 452
צא ע״ב, ד״ה איש זוכה 241 777 813
ראש השנה לד ע״ב, ד״ה כך 73
יומא ז ע״ב, ד״ה דם שנטמא 209
יבמות נב ע״ב, ד״ה ולאשה 212 213 215
קא ע״ב, ד״ה וקראו לו ולא שלוחן 24
כתובות יא ע״א, ד״ה מטבילין 777 778 810
נה ע״ב, ד״ה שאם 689 699
ע ע״ב, ד״ה באומר 136
פב ע״א, ד״ה הא דאמר 154
פד ע״ב, ד״ה את 18
צז ע״א, ד״ה זבין 252
צח ע״א, ד״ה אלמנה 564
צח ע״ב, ד״ה אמר רב פפא 561 564 565 568 569 578
צח ע״ב, ד״ה כאן שנה רבי (הראשון) 558 564 575
צח ע״ב, ד״ה כאן שנה רבי (השני) 567
צח ע״ב, ד״ה מאן שם 465
צט ע״ב, ד״ה אמר 259 263 264
צט ע״ב, ד״ה פיחת 257
ק ע״א, ד״ה רבא 327 332 380
נדרים ח ע״ב, ד״ה אמר 64
כא ע״א, ד״ה רבא אמר 252
לו ע״ב, ד״ה מי 777
לו ע״ב, ד״ה משל 137
נזיר יב ע״א, ד״ה אסור 211
יב ע״א, ד״ה מ״ט 213 214 216 226 227 229 230 233־236 238
גיטין ט ע״ב, ד״ה לא 800
יא ע״ב, ד״ה התופס 22 23
יג ע״א, ד״ה לא יתנו 646
יג ע״ב, ד״ה במעמד שלשתן קנה 88
כג ע״ב, ד״ה לפי 60
כד ע״ב, ד״ה והא לא 478
כט ע״א, ד״ה רשב״ג 722
כט ע״ב, ד״ה רבי יוחנן 258 720 740
לב ע״א, ד״ה מהו דתימא 607 609 610 614 624 633
לב ע״ב, ד״ה ורב נחמן 620 623 624
לג ע״א, ד״ה רבי סבר 623
לג ע״ב, ד״ה ליבדרו 612
לג ע״ב, ד״ה צריכי 623

לד ע״א, ד״ה אפקעינהו 623
מה ע״ב, ד״ה כל 244
מו ע״א, ד״ה אי 676
נב ע״ב, ד״ה הלכה 47
סד ע״א, ד״ה אסור 211
סד ע״א, ד״ה שליש נאמן 632
סד ע״ב, ד״ה שאני 125 181 182 199 241 242
סה ע״ב, ד״ה הא 304 305
סו ע״א, ד״ה כל 137 138 167
ע ע״ב, ד״ה התם 653 679
ע ע״ב, ד״ה ומי 658 679
עה ע״א, ד״ה לאפוקי 77
קידושין יט ע״א, ד״ה האומר 125
כג ע״ב, ד״ה דאמר 201
כג ע״ב, ד״ה מהו 170 789 790
מב ע״א, ד״ה אלא 46
מב ע״ב, ד״ה אבל 327 332 380
מב ע״ב, ד״ה אמאי 33 34
מט ע״ב, ד״ה דברים שבלב 252 607
נו ע״א, ד״ה מתקיף 813
נט ע״א, ד״ה עני 438 454
נט ע״ב, ד״ה לא 606 626 627 632
נט ע״ב, ד״ה מיד מחשבה 126
בבא קמא לו ע״ב, ד״ה יד 72
לט ע״א, ד״ה דאי 47
נד ע״א, ד״ה או 750
נו ע״א, ד״ה אלא 26 28
סט ע״א, ד״ה כל הנלקט 156
עט ע״א, ד״ה נתנו 31 33 34
קב ע״א, ד״ה הנותן 517 523 524
קב ע״ב, ד״ה אין דעתו 421 430
קב ע״ב, ד״ה מי הודיעו לבעל חטין 341 373 375 376 409 417
קב ע״ב, ד״ה מי הודיעו לצבע 375 406 410 411 415 419
קב ע״ב, ד״ה שאני 331 346 378 379 396 411 417 419 423
קד ע״א, ד״ה הכי 142
קד ע״ב, ד״ה אין 172
בבא מציעא ח ע״א, ד״ה ושותפין 55
י ע״א, ד״ה א״ר יוחנן 22 23 57 89
י ע״א, ד״ה תופס 18 817
י ע״ב, ד״ה אי 33 34 38 40 41 123
י ע״ב, ד״ה אין 33
י ע״ב, ד״ה אשה 40 184 186 187
י ע״ב, ד״ה דאמר 35 36 39
כב ע״א, ד״ה ואם לאו 257
לב ע״א, ד״ה בית 299 451 452
לח ע״א, ד״ה מחלוקת 290
מח ע״א, ד״ה והא 492
נ ע״ב, ד״ה ואילו 355
עא ע״ב, ד״ה בשלמא 11 21 81 85־88 90 92
עא ע״ב, ד״ה כגון 191
עג ע״ב, ד״ה התם 496
צו ע״א, ד״ה שליח 25
בבא בתרא קכט ע״ב, ד״ה והלכתא 670
קנא ע״ב, ד״ה תנו גט 646
קסה ע״א, ד״ה באתרא 259 314
סנהדרין סח ע״ב, ד״ה קטן 810
עב ע״ב, ד״ה ישראל 187
שבועות ג ע״א, ד״ה ועל 184 186 187 195
עבודה זרה כב ע״א, ד״ה לא יאמר 57
מנחות צג ע״ב, ד״ה ידו 64
תוספות ישנים, עירובין יג ע״א (בגיליון הגמרא) 205
תלמיד הרב פרץ, בשיטה מקובצת, בבא מציעא י ע״ב 35
תלמיד הרשב״א, בשיטה מקובצת, כתובות צט ע״א, ד״ה וכתב 259 311
תלמידי הרשב״א, חידושים, בבא מציעא עד ע״ב 254
תלמידי הרשב״א, בבית יוסף, יו״ד, סי׳ קסח 85
חו״מ, סי׳ קפד, סעיף א 759־761 763 764
תלמידי רבנו פרץ, תוספות, בבא קמא קב ע״ב 400
רבנו תם
בתוספות, כתובות צח ע״ב, ד״ה אמר רב פפא 561 565־571 578
נזיר יב ע״א, ד״ה מ״ט 226 227 235
קידושין נט ע״א, ד״ה עני 438־440 454
בבא מציעא מח ע״א, ד״ה והא 492
בבא מציעא עא ע״ב, ד״ה כגון 191 192
בבא בתרא קכט ע״ב, ד״ה והלכתא 670
עבודה זרה כב ע״א, ד״ה לא יאמר 57
בחידושי הרמב״ן, בבא בתרא נד ע״ב 532
ברא״ש, כתובות, פרק יא, סי׳ טו 562
גיטין, פרק ז, סי׳ יט 620
בשו״ת מהרי״ק, שורש ז, ענף ד 589
תמים דעים, סי׳ סא 602 690
סי׳ סב 720
סי׳ סג 649 688
ס׳ התרומה, הלכות חלה, סי׳ פג 212 225־227 230 231 233 236
ס׳ התרומות
שער א, ח״א, אות ה 397 402 421 422
שער כא, ח״ב, אות ג 536
שער כח, ח״ד 72
שער מד, ח״א, אות ד 271
שער מו, ח״ד, אות י 192

שער נ, ח״ג, אות ד 282
ח״ג, אות ו 649 690
ח״ג, אות ט 168
ח״ג, סי׳ א 255
ח״ד, אות ד 174
שער נא, חלק ח, אות א 407
חלק ט, אות א 352 353 424
שער סה, ח״א, אות ג 136
תרומת הדשן
שו״ת, סי׳ קא 65
סי׳ קפח 166 270 290 291 600 780 781
789 795 800
סי׳ רלז 612 786 787
סי׳ שח 460
סי׳ שכג 586
סי׳ שכד 459 460
סי׳ שכט 493
פסקים וכתבים, סי׳ מב 602
סי׳ עג 751
סי׳ ריז 781
סי׳ רנד 15 284
תשב״ץ, שו״ת
ח״א, סי׳ א 609 675
סי׳ כה 722
סי׳ נב 665
סי׳ קכח 24
סי׳ קנו 33
ח״ב, סי׳ קיט 149
סי׳ רכד 149
ח״ג, סי׳ סח 149
סי׳ קעג 501
תשובות מהר״ם מרוטנבורג וחבריו (מהד׳ עמנואל)
סי׳ רנז 142
סי׳ שלט 547
סי׳ שמו 568 572
תשובות מיימוניות
ספר נזיקין, סי׳ יב 54
ספר קניין, סי׳ ט 569 571
סי׳ כ 560 561 569
סי׳ כב 568
ספר משפטים, סי׳ כט 456 517
סי׳ לג 192

אחרונים

אב בחכמה (יודלביץ), עמ׳ ד-נג 24
עמ׳ ה, ד״ה ונחזי 127
אבי עזרי, על הרמב״ם
הלכות גירושין, ו, ו 113 118
מהדורא תניינא, הלכות תרומות, ד, ג 778
796 799 810 811
ח״ד, הלכות מלווה ולווה, כ, ב 87 92 474
475
אבי עזרי, על התלמוד
גיטין, סי׳ כא 474 475
בבא מציעא, סי׳ כז 84 85 87
אבן בוחן (סוף ס׳ אבן ישראל), דרוש לחג השבועות 436־439 454 533
אבן האזל, על הרמב״ם
הלכות מכירה, א, ו 66 67
ז, יב 427־429 761
י, ח 674
ל, א 783 784
הלכות שכנים, ב, י 8 467
הלכות שלוחין ושותפין, א, ג 331 338 346
360־362 510 512
ב, ו 365 502
ב, ז 360
הלכות עבדים, ו, א 646
הלכות מלווה ולווה, א, ד 402 403
א, ה 344 421
א, ח 423
ה, ג 84 85 87
אבן העוזר, או״ח, סי׳ קעט, סעיף א 188
אבן הראשה (קלצקין), שו״ת
סי׳ ג 287
סי׳ טו 810
סי׳ כו 57 209 238
סי׳ כז 57
אבן יקרה (וייס), שו״ת
מהדורא קמא, או״ח, סי׳ יז 57 190
סי׳ יח 188
סי׳ כ 188 190
מהדורא תליתאה, סי׳ קעב 190
אבן ישראל (פישר), על הרמב״ם
הלכות מאכלות אסורות, פרק ט 38
הלכות מלווה ולווה, פרק כ, הלכה ב 118
אבן ישראל (פישר), חידושים
ח״ה, קידושין מב ע״ב 33
אבן לב, ר׳ יצחק בן צדיק, בשו״ת אבקת רוכל,
סי׳ קסו 330 360 509 510
אבן ריי, ר׳ יונה, בשו״ת דבר משה (אמריליו),
ח״ב, סי׳ קא 452
סימנים קא-קג 470
אבן שאנג׳י, ר׳ אליעזר, בבני חיי, חו״מ, סי׳ קפה, הגהב״י, אות ה 450 475
אבני החושן, על שו״ע, חו״מ
סי׳ קפב, ס״ק ו 361
סי׳ קפב, ס״ק ח 358 413
סי׳ קפב, ס״ק ט 510 519

סי׳ קפב, ס״ק יב 507
סי׳ קפב, ס״ק יז 260
סי׳ קפג, ס״ק ז 439
סי׳ קפג, ס״ק ח 341 519 527
סי׳ קפה, ס״ק ב 502
סי׳ רעה, ס״ק ה 123
אבני מילואים, על שו״ע, אהע״ז
סי׳ א, ס״ק א 780 783
סי׳ א, ס״ק ה 798 805 807
סי׳ כח, ס״ק מט 396
סי׳ ל, ס״ק י 163
סי׳ לא, ס״ק כד 66
סי׳ לה, ס״ק א 107
סי׳ לה, ס״ק ט 112 113 196
סי׳ לה, ס״ק יג 226 227 229 235 238
סי׳ לו, ס״ק ב 795
סי׳ לז, ס״ק ג 182
סי׳ לז, ס״ק יב 795 798 799 804
סי׳ מג, ס״ק א 228
סי׳ ע, ס״ק י, הגהה ד 136
סי׳ קג, ס״ק ז 449 477 478 481
סי׳ קמא, ס״ק א 449 480
סי׳ קמא, ס״ק ו 614 624 633
אבני נזר, שו״ת
או״ח, סי׳ יג 205
סי׳ פו 628 629
סי׳ פו, אות ג 625
סי׳ שלז, אות ב 790
סי׳ שלז, אות ד 612 790
סי׳ שלז, אות ו 801
סי׳ שלז, אות ח 804
סי׳ שלז, אות יא 527 804
סי׳ שלז, אות יג 806
סי׳ תקכו, אותיות ה-ט 138
יו״ד, סי׳ קלז, אות ג 376
סי׳ קנא, אות ה 117
סי׳ שיט, אות ו 207
סי׳ שצה 229
סי׳ תג, אות ד 801
סי׳ תעח 592
אהע״ז, סי׳ ח, אות טו 241 243
סי׳ ח, אותיות טז-יז ובהגהה 659
סי׳ ח, אות יח 222 223
סי׳ ח, אות יח, בהגהה 155 157 158 163 169 170 640 644 787
סי׳ ח, אות ל 219
סי׳ ח, אות לו 197
סי׳ קלד, אות ז-ח 122 123
סי׳ קלט, אות כג-כו 276
סי׳ קמט, אותיות ד, ה, ז 620
סי׳ קנו 155
סי׳ קנו, אות ט 146
סי׳ קסד, אות ט 798
סי׳ קע 252 314 327
סי׳ קע, אות ד 313 326
סי׳ קצד, אות ד 789 801
סי׳ קצד, אות יא 800
סי׳ קצד, אות יג 791
סי׳ קצה, אות ג 634 635
סי׳ קצז 141
סי׳ קצז, אות ג 163 164
סי׳ קצז, אות ד 141
סי׳ קצט, אות ד 659
סי׳ קצט, אותיות ד-ח 678
סי׳ קצט 658 677
סי׳ רכג, אות מא 138
סי׳ שמט, אותיות ט-יב 67
חו״מ, סי׳ נא, אות ד 612
סי׳ קלד 109 141 156 157 160
אבקת רוכל, שו״ת
סי׳ פ 41
סי׳ קכט 398
סי׳ קסג 328 523-525
סי׳ קסו 330 360 509 510
סי׳ קסז 360
ר׳ אברהם בן דיאה, בשו״ת מהרש״ך, ח״ג, סי׳ סו 521
אברמסקי, ר׳ יחזקאל, שאלה ותשובה להלכה למעשה מבית דין צדק לונדון והמדינה, ח״ג, לונדון תרצ״ט = כנסת ישראל (תמוז תרצ״ט), חוברת י, עמ׳ א = הפרדס יג (אב תרצ״ט), חוברת ה, עמ׳ 20 716
אגודות אזוב מדברי, שו״ת, סי׳ ה 502
אהבת חסד, ח״א, פרק י, סעיף ד, נתיב חסד, ס״ק י 65
אוהל יהושע (דיסקין), פרשת אחרי מות 17
אוהל משה (הורוביץ), נזיר יב ע״א 236
אוהל משה (וינברג), קונטרס הלך דבש, סי׳ ה 736
אוהל משה (רויזמן), שו״ת
אהע״ז, סי׳ ב 229
סי׳ ב, ס״ק י 236
חו״מ, סי׳ ג, ס״ק כ 672
אוהלי יעקב (מהריק״ש), שו״ת
סי׳ מה 342 518 519 521 525-527
סי׳ סב 350 802
אוהלי תם, שו״ת, סי׳ סט 331 332 380 509
אוירבך, ר׳ אליעזר, חידושים בסוף דברי חיים (אוירבך), חו״מ, השמטות לסי׳ לז 86 87 90
אוירבך, ר׳ חיים, חידושים בסוף דברי משפט, סי׳ קכו, סעיף כ 216 237

מפתח המקורות

אוירבך, ר׳ שלמה זלמן, שנה בשנה, תשנ״ו, עמ׳ 177 36
עמ׳ 181-183 26
עמ׳ 186 26
עמ׳ 187-190 22
אוירבך, ר׳ שלמה זלמן, בס׳ אוהל חייא
עמ׳ תתק 730
עמ׳ תתקא 17
אוירבך, ר׳ שלמה זלמן, בשו״ת היכל יצחק, אהע״ז, ח״ב, סי׳ נג 612 628
אוירבך, ר׳ שלמה זלמן, קונטרס תורת המנחה, ישורון טו (תשס״ה)
עמ׳ רמא, הערה 48 125
עמ׳ רמג 123
עמ׳ רמד 124
עמ׳ רמה 123
עמ׳ רמט 126
עמ׳ רנ 126
עמ׳ רנב 126 128
עמ׳ רנג 127 128
עמ׳ רנה 125
אוירבך, ר׳ שמואל, אוהל יצחק, עמ׳ תשעו 479 481
אולם המשפט, סי׳ עב, סעיף ב 405
אוסף חידו״ת (קוטלר), סי׳ יח 424
סי׳ יח, אות ג ואילך 343
סי׳ יח, אות ה 403
אוצר הפוסקים, אהע״ז
סי׳ א, סעיף י, אות ל 223
סי׳ לה, סעיף ד, ס״ק כז, אות א 269
סי׳ לה, סעיף ה, אות ל, ס״ק א 148 149
סי׳ לה, סעיף ו, ס״ק לז, אות ה 740
סי׳ לה, ס״ק מג, אות ב 348
סי׳ לה, סעיף ז, ס״ק מג, אות ג 260
סי׳ לה, ס״ק מה, אות ב 437
סי׳ לה, אות מח 439
סי׳ לה, סעיף יא, אות ס 445
סי׳ לו, אות יד 625
סי׳ לז, ס״ק כח, אות ב 618
סי׳ לח, סעיף כד, אות קה, ס״ק ב, ד״ה אולם 310
אוצר מפרשי התלמוד
גיטין נב ע״א, הערה 98-99 46
בבא קמא, כרך ג, עמ׳ תתלט, הערות 95, 98 31
בבא מציעא י ע״ב, הערות 118-123 30
י ע״ב, ליד ציון הערה 216 183
י ע״ב, הערות 224-234 185
בבא מציעא, כרך א, עמ׳ תסט, הערות 118, 121 32
אור אליהו (בוצ׳קו), עמ׳ 161-169 19
אור גדול, שו״ת
סי׳ ט, פיסקא א, אות ו 624
סי׳ ט, פיסקא א, אות ז 624
סי׳ ט, פיסקא א, אות י 624
סי׳ ט, פיסקא ב, אות ג 109 121 626 631 669
סי׳ מא, אות יא 659 660 677
סי׳ מא, אות יג 110 155
אור החיים, בראשית כה, לג 216
אור שמח, על הרמב״ם
הלכות אישות, פרק ה, הלכה כב 66 67
פרק י, הלכה ב 14 181
הלכות גירושין, פרק ב, הלכה טו 103
105-108 116 646 647 659 660 714
פרק ג, הלכה יב 104 111 661
פרק ג, הלכה טו 81-83 88 90 188 482
פרק ו, הלכה ח 480 635 637 642
פרק ו, הלכה טז 625
פרק ז, הלכה ד 724
הלכות גזלה ואבדה, פרק ה, הלכה ד 669
הלכות מכירה, פרק כט, הלכה יא 784 786 792
הלכות זכייה ומתנה, פרק ב, הלכה יג 396
פרק יב, הלכה טו 679
הלכות שלוחין ושותפין, פרק א, הלכה א 78 79 117
פרק ב, הלכה ו 365
פרק ה, הלכה ב 343 344 520 523
הלכות שכירות, פרק ט, הלכה יא 57
הלכות מלווה ולווה, פרק ה, הלכה ד 189 193
אורבך (ראה: אוירבך)
אורה ושמחה (ברנדסדורפר), הלכות עבודת יום הכיפורים, פרק ב, ס״ק מב 17
אורח מישור (פולייב), סי׳ נ 37 39
אורח מישור (קרמניצר), נזיר יב ע״ב 215 218 227
אורח מישרים (פולייב), ח״ב, סי׳ רמד 714
אורח משפט (קוק), שו״ת, או״ח, סי׳ טו 13
73-75 799
אורים גדולים (זאבי)
סי׳ לב, לימוד קצב 466
סי׳ לב, לימוד קצד 457 465 524
סי׳ לב, לימוד קצה 341 344 345 516 518 519 521-523 525 528
סי׳ מ, לימוד ריד 591
אורים ותומים (ההפניות הן לתומים)
סי׳ לב, ס״ק ב 29
סי׳ ס, ס״ק יז 352
סי׳ סא, ס״ק ג 274
סי׳ עב, ס״ק מג 288

סי׳ עז, ס״ק ט 55 385
סי׳ צו, ס״ק ט 272
סי׳ קה, ס״ק א 61
אחי וראש, שו״ת, חו״מ, סי׳ טו 55
אחיעזר
ח״א, סי׳ כח 660 661
סי׳ כח, אותיות ב-ג 266
סי׳ כח, אות ד 266 267
סי׳ כח, אות ה 266 267
סי׳ כח, אות ח 159 606 659
סי׳ כח, אות יד 812
סי׳ כח, אות טז 796 797
סי׳ כח, אות יז 147 787 789
סי׳ כט, אות ה 622
סי׳ כט, אות ה 644
ח״ב, סי׳ כה, אות ח 670
סי׳ לח, אות ט 227
ח״ג, סי׳ סה, אות יג 128
איגר, ר׳ עקיבא (ראה: ר׳ עקיבא איגר)
איגרא, ר׳ משולם, שו״ת, או״ח, סי׳ לט 91
איגרות משה, שו״ת
יו״ד, ח״א, סי׳ קסב 802
סי׳ רכג 15
אהע״ז, ח״א, סי׳ צא 437 439 440 454
532
סי׳ קיז 715 737 738 788
סי׳ קיח 788 817
סי׳ קמד 262 306 307
סי׳ קנו 13 14 24 80
אהע״ז, ח״ג, סי׳ לב, ענף ג 118 224
סי׳ לב, ענף ד 147
סי׳ מב 224
אהע״ז, ח״ד, סי׳ ו 778 807
סי׳ צח 146
חו״מ, ח״א, סי׳ לז 337
סי׳ מח 399
סי׳ סז 399
סי׳ פג 32
חו״מ, ח״ב, סי׳ טז 494
סי׳ מא, ס״ק א 773 777
איטינגא (ראה: מהרי״א)
איילת השחר (שטיינמן)
גיטין כד ע״א 479
קידושין עט ע״א 120
בבא קמא קב ע״ב 86 406 411
איפת צדק (פיין), ענייני זכייה, סי׳ ה, ס״ק
ג 791
אירגאס, ר׳ יוסף, בשו״ת מים רבים (מילדולה),
חו״מ, סי׳ כא 514
אליה רבה (שפירא), או״ח, סי׳ תרעא, סעיף
ג 65
אלישיב, רי״ש, בשו״ת היכל יצחק, אהע״ז, ח״ב
סי׳ נה 168
סי׳ נה, ס״ק ג-ז 166
סי׳ נה, ס״ק ד 710
אלפנדרי, ר׳ חיים, בבני חיי, חו״מ, סי׳ קפה,
הגהב״י, אות ה 450 475
אלפנדרי, ר׳ יעקב, בבני יעקב (ששון), קכא
ע״ב 473
אלשיך (ראה: מהר״ם אלשיך)
אמרות טהורות (ישראל)
הלכות גיטין, סי׳ קמא 312
הלכות גיטין, סי׳ קמא, סעיף כח 306
אמרי בינה (אוירבך)
או״ח, שו״ת, סי׳ יא 59
סי׳ יב 157
יו״ד, דיני נדרים, סי׳ יג 101
דיני תרומות ומעשרות
סי׳ ו 797
סי׳ ח 182
סי׳ כ 805
חו״מ, דיני דיינים, סי׳ כ, ס״ק טו 15
דיני הלוואה, סי׳ יג 216 238
דיני גביית חוב, סי׳ כח 9
סי׳ כט 101
סי׳ כט, אות א 646
סי׳ כט, אות ב 155 660
סי׳ כט, אות ג 108
סי׳ כט, אות ד 109 110 155 158 160
162 163 276 779
סי׳ כט, אות ו 660
סי׳ כט, אות ז 660 733 737
סי׳ כט, אות ח 142 643 644 658
סי׳ לא 779 816־818
קונטרס בדיני קניינים, סי׳ ד 67
סי׳ ה 8
סי׳ ו 82
סי׳ ח 101 107 123 473
סי׳ יט 58 60 61
סי׳ כ 8
סי׳ כד 812
סי׳ כז 82
אמרי ברוך, הגהות על שולחן ערוך, חו״מ
סי׳ עג, סעיף י 663
סי׳ עז, על ש״ך, ס״ק יט 55
סי׳ קפה, סעיף ב 472
אמרי הצבי, בבא קמא
קב ע״א, אות ג 456
קב ע״ב 527
קב ע״ב, סי׳ פו, ס״ק ג 402

קב ע״ב, סי׳ פו, ס״ק ד 420
אמרי חמד, בבא בתרא, סי׳ כב 674
אמרי יושר (אריק), שו״ת, ח״א, סי׳ סח 439
אמרי מהרש״ח
בבא מציעא לח ע״א 294
בבא מציעא לח ע״ב 296
אמרי משה (סוקולובסקי)
סי׳ יח 115 731 732
סי׳ יח, אות ב 127
סי׳ יח, אות ג 659 661
סי׳ כ, אות א 635
סי׳ כ, אות א 82
סי׳ כא, השמטות 109 627 631
סי׳ כד, אות ט 67
סי׳ לז, בהגהה 473
אמרי נועם (דיין), שו״ת, חו״מ, סי׳ כז 514
אמרי נועם (קליין), דיני קניינים, כלל ז, דין
יא 117
אנציקלופדיה תלמודית
ע׳ אומדנא, כרך א, עמ׳ קלז-קלט 252
ע׳ אחריות, פרק ב, כרך א, עמ׳ תסד 329
ע׳ אין אדם משים עצמו רשע, כרך א, עמ׳
תקמט, ליד ציון הערה 28 536
ע׳ אין חבין לאדם אלא בפניו, כרך א, עמ׳
תרכא 769
ע׳ אין שליח לדבר עבירה, כרך א, עמ׳
תשכה 29
עמ׳ תשל 29
ע׳ אפוטרופוס, כרך ב, עמ׳ קכב 46
עמ׳ קכח-קכט 48
ע׳ אשתו כגופו, כרך ב, עמ׳ ש 63
ע׳ בטול הגט, כרך ג, עמ׳ פ 601 628
ע׳ בידו, בדבר שלא בא לעולם, כרך ג 225
ע׳ ברירה, כרך ד, עמ׳ רכז-רכט 157
עמ׳ רכח, הערה 109 156
ע׳ גוי, כרך ה, עמ׳ שלו, הערות
794-795 200
ע׳ גט, כרך ה, עמ׳ תקסט-תקע 205
ע׳ גט מקשר, כרך ה, עמ׳ תשיז 259 314
ע׳ גרמא בנזיקין, גרמי, כרך ו 692
ע׳ דבר שלא בא לעולם, כרך ז 215
עמ׳ נ-נג 812
ליד ציון הערה 385 ואילך 228
פרק יב 225
ע׳ דברים שבלב, כרך ז 251
עמ׳ קעב-קפ 252
ע׳ התרת נדרים, כרך יא, עמ׳ שסה 15
ע׳ זכין לאדם שלא בפניו, כרך יב, עמ׳
קלה 769 775
פרק ז, עמ׳ קנח 611
עמ׳ קסג-קסו 786
הערה 59 801
הערה 367 800
ע׳ חזקה ג (בטבע האדם), ליד ציון הערה 130
ואילך, כרך יג, עמ׳ תשד 534
ע׳ חזקת מרא קמא, כרך יד, עמ׳ קמז, בעמ׳
קס 365
פרק ח, עמ׳ קסז 366
ע׳ חרש, כרך יז, עמ׳ תצח 811
ע׳ חשד — מראית העין, כרך יז, עמ׳ תקסז,
הערה 404 452
ע׳ טובי העיר, פרק ד, כרך יט, עמ׳
צ-צב 755
ע׳ טוען ונטען, כרך יט, עמ׳ שמז-שמט 278
ליד ציון הערה 812 280
ע׳ יורד לנכסי חברו שלא מדעתו, כרך כג, עמ׳
תטז, הערה 157 406
אפיקי ים, ח״ב, סי׳ מד 104 107 646 647
ארדמן, ר׳ משה צבי, בהגהתו בשו״ת עטרת
יצחק, סי׳ ה 20 85
אריק, ר׳ מאיר, בשו״ת דבר הלכה (קלצקין),
מילואים, סי׳ קכב 787
ארעא דרבנן (אלגזי), מערכת אות א, סי׳ ה 58
ארץ הצבי — רבנו במערכה על שלמות ארצנו,
עמ׳ ע 72
ארץ צבי (פרומר), שו״ת
ח״א, סי׳ קיז 155
ח״ב, סי׳ ס 730
ארצות יהודה (דבורץ), שו״ת, סי׳ כב 42
אשכנזי, ר׳ בצלאל, שו״ת
סי׳ כז (בדפוס למברג תרס״ד) = סי׳ כט
(בדפוס ונציה שנ״ה) 533
אשר לשלמה (אבן דנאן), שו״ת, סי׳ ה 750
751
באר הגולה, על השולחן ערוך
אהע״ז, סי׳ קמא, סעיף לה, אות ד 141
חו״מ, סי׳ קפב, אות ז 261
סי׳ רצב, אות ה 538
באר היטב, על השולחן ערוך
יו״ד, סי׳ ב, ס״ק טו 70
אהע״ז, סי׳ לז, ס״ק יב 618
סי׳ קמא, ס״ק לג 724
חו״מ, סי׳ קכב, ס״ק ח 699
סי׳ רז, ס״ק ח 371
באר יצחק (ספקטור), שו״ת
או״ח, סי׳ א 91 781
סי׳ א, ענף א 297 298
סי׳ א, ענף ג 790 796 797
סי׳ א, ענף ה 796 812
סי׳ ב, ענף א 806
סי׳ ב, ענף ד 806
סי׳ ג, ענף א 8

יו"ד, סי' כח, ענף ו 734
ענף ז 121
אהע"ז, סי' א 439
סי' א, ענף ה 533
סי' יד, ענף א 728
סי' יד, ענף ב 83 85
באר משה (דנושבסקי), שו"ת, חו"מ, סי' ח 410 411
באר משה (שטרן), שו"ת, ח"ב, סי' קה 15
באר שבע (איילינבורג), סנהדרין צה ע"א 592
בגדי יום טוב (קלוגר), ביצה לט ע"א 102 110 111
בגדי ישע (ר' שמואל הלוי), שו"ת, סי' ד 238 298
בדק הבית, חו"מ
סי' קכב, יח 279
סי' קפא 538
סי' קפג 546
סי' קצ, ד 66
בוארון, רב"צ, הדין והדיין, גיליון מס' 28, פס"ד 10 788
ב"ח, על הטור
או"ח, סי' שסט 789
סי' תלד 14
יו"ד, סי' שכח 270 299
אהע"ז, סי' א 218
סי' לה 148
סי' קיט 218
סי' קלד 604 640 641 676
סי' קמ 622 634 787
סי' קמא 304 306 307 737
חו"מ, סי' נח, ב 255 256
סי' קה, א 19
סי' קכא, טו 367
סי' קכב, ב 689 691
סי' קכב, יז 280
סי' קנ, ז 666
סי' קעה, ל 475
סי' קעו, לא 278
סי' קפב, ח 380
סי' קפב, י 357
סי' קפב, יא 506־510 514
סי' קפג, ח 563
סי' קפד, ב 760
סי' קפה, א 69
סי' קפה, ב 467
סי' קפה, ה 334 369 370 382
סי' קצ, ד 66
סי' רלב, ד 355
ב"ח, שו"ת, סי' יט 435 535
סי' קא 230
ב"ח, שו"ת החדשות, סי' צ 640 641 676
ביאור הגר"א (ראה: גר"א)
ביאור הלכה (לבעל משנה ברורה), או"ח
סי' תלד, ד"ה שתבטל אשתו 272
סי' תלד, סעיף ד, ד"ה יהא בטל 269
סי' תמח, סעיף ג, ד"ה ובלבד 398
ביכורי גושן (גורטלר), ח"א, סי' לז 353
בין המשפתיים, נדרים, סי' כז 674
בינת אדם (ראה: חכמת אדם)
בירור הלכה (של מכון הלכה ברורה ובירור הלכה)
גיטין כט ע"א, ציון א, עמ' פח 721
קידושין נ ע"ב, ציון ז, עמ' קלב 764
בירורי סוגיות (שפירא), קידושין, סי' כ, אותיות ד-ה 103
בית אב"י (ליבס), שו"ת, ח"ד, אהע"ז, סי' קפ, ס"ק י 104
בית אהרן (ואלקין), בבא מציעא כב ע"א 326
בית אהרן (קלפפיש), גיטין ל ע"ב 468
בית אהרן (ראבין), הלכות גיטין
סי' קיט, ס"ק יא 159 214
סי' קכ, ס"ק יג 159
סי' קכג, ס"ק א 159
סי' קמג, ס"ק ז 162
בית אפרים (מרגליות), שו"ת
יו"ד, סי' סב 193 194
אהע"ז, סי' מב 783
סי' פ 141 165 166
סי' קיא 646
סי' קיד 81 83 85
חו"מ, סי' ל 371
סי' לה 460
סי' לח 402 420 425
סי' סז 13 77 207
בית דוד (טעביל), שו"ת, חו"מ, סי' ט 810 811 813
בית דינו של שלמה, שו"ת, יו"ד, סי' ח, עמ' 151־152 543
בית האוצר (אנגל), מערכת א-י, כלל עט 480
בית הילל (הירץ), אהע"ז
סי' לה, סעיף ז 307
סי' פו 384
בית הלוי (סולובייצ'יק)
ח"א, סי' י 79
ח"ב, סי' מט, ד"ה וע"כ 234
בית יהודה (עייאש), שו"ת, אהע"ז, סי' לב 611
בית יוסף, על הטור
או"ח, סי' שע 53
סי' תלד 14
יו"ד, סי' קס 36 816
סי' קסח 85 191

סי׳ קעז 448 456 543
סי׳ רכח 750
סי׳ שכז 225 230
סי׳ שלא 314
אהע״ז, סי׳ לה 107 140 148 149
סי׳ צג 472
סי׳ קכ 141
סי׳ קכא 145
סי׳ קלב 215 237
סי׳ קמ 612 634 786 787
סי׳ קמא 162 276 618 625 722 726
סי׳ קמד 311
חו״מ, סי׳ נח, א 255
סי׳ עז, ג 270
סי׳ פג, מחודש יא 255
סי׳ קכא, ז 168
סי׳ קכא, יב 367
סי׳ קכב, ה 701
סי׳ קכב, ז 691
סי׳ קכב, מחודש ו 278
סי׳ קכג, ו 48
סי׳ קנ, ז 666
סי׳ קסג, מחודש י 70
סי׳ קעו, יז 449
סי׳ קעו, כט 281
סי׳ קעו, מחודש לו 546
סי׳ קפב, ז 332
סי׳ קפב, י 331 333 335־337 507 509 512
סי׳ קפב, יב 407
סי׳ קפג, ב 440
סי׳ קפג, ה 525
סי׳ קפג, ח 568
סי׳ קפג, מחודש ד 436 534
סי׳ קפד, א 759
סי׳ קפה, א 63
סי׳ קפה, ב 472
סי׳ קפה, ה 368
סי׳ קפה, ו 355
סי׳ קפה, מחודש ו 255
סי׳ קפח, מחודש ד 591
סי׳ רמג, כב 811
סי׳ רמה, י 808
סי׳ רעח, ו 800 801
סי׳ רצ, ב 45
סי׳ שלה, מחודש א 460
בית יוסף, שו״ת
דיני קידושין, סי׳ ז 242 785
דיני גיטין וגירושין, סי׳ יד 187 188
בית יעקב (ליסא), כתובות צח ע״א 260 263 304 307
בית יצחק (שמלקיש), שו״ת
או״ח, סי׳ כה 647
סי׳ לב, אות יב 53 55 56
סי׳ מו, אות ב 182 242
סי׳ קז, אות ו 140
יו״ד, ח״א, סי׳ יד, אות ה 102
אהע״ז, ח״א, סי׳ ג, אות ד 209
ח״ב, סי׳ יג 146 737
חו״מ, סי׳ נז 698 700
בית ישחק, על הרמב״ם, הלכות כלאיים, פרק א, הלכה ג 186
בית ישי, סי׳ סו, אות ב 214
בית ישראל (שלאמאוויץ), סי׳ יא 227
סי׳ יב, ס״ק ט 475
בית לוי (גולדברג), קידושין מב ע״ב 186
בית מאיר (פוזנר), על שולחן ערוך
או״ח, סי׳ קנד 146 147
סי׳ תמג, ס״ק ב 288
יו״ד, סי׳ קסט, סעיף ז 404 405
אהע״ז, סי׳ ה 194
סי׳ ה, סעיף יד 193
סי׳ לט 122 253 258
סי׳ פ 591
סי׳ פו, ס״ק ב 54 384 385
סי׳ קיט, סעיף ו 205 206 213 220־224 227
סי׳ קכ, סעיף ד 14 15 17
סי׳ קכ, סעיף ה 149
סי׳ קכא, ס״ק א 646
סי׳ קכא, סעיף ב 646 714
סי׳ קמא, ס״ק א 478
סי׳ קמא, סעיף לז 228 715
סי׳ קנד, סדר הגט ר״י מרגליות 441 442 633
בית מאיר (פוזנר), שבועות ג ע״א 185
בית מאיר (פוזנר), שו״ת, סי׳ ו 784
בית שלמה (דרימר), שו״ת
או״ח, סי׳ פא 194
יו״ד, ח״ב, סי׳ קפד 375
חו״מ, סי׳ מז 71 384
סי׳ נו 255
סי׳ עא 354
סי׳ קיז 228
בית שמואל, על שולחן ערוך, אהע״ז
סי׳ א, ס״ק כג 218
סי׳ לה, ס״ק טו 726
סי׳ לה, ס״ק כ 532
סי׳ לו, ס״ק ד 729
סי׳ לז, ס״ק ז 182
סי׳ לז, ס״ק יג 618
סי׳ לח, ס״ק מד 309

סי׳ לח, מהדורא קמא, ס״ק לח 309
סי׳ ע, ס״ק כו 136 167
סי׳ פה, ס״ק ח 281
סי׳ פו, ס״ק יט 54 271 384
סי׳ ק, ס״ק ב 274 275
סי׳ קכ, ס״ק ח 620
סי׳ קל, ס״ק כט 260
סי׳ קלד, ס״ק א 675
סי׳ קלד, ס״ק ב 673 674
סי׳ קמא, ס״ק א 477 480
סי׳ קמא, ס״ק ב 480
סי׳ קמא, ס״ק כז 167
סי׳ קמא, ס״ק מ 230
סי׳ קמא, ס״ק מז 188
סי׳ קמא, ס״ק נד 722 723
סי׳ קמא, ס״ק נה 724
סי׳ קמא, ס״ק נח 718
סי׳ קמא, ס״ק סב 304 306 307 325
סי׳ קמא, ס״ק סה 720 721 724
סי׳ קמא, ס״ק סו 255
סי׳ קמא, ס״ק צ 620
סי׳ קמא, ס״ק צז 615
סי׳ קמא, ס״ק קב 611
סי׳ קמד, ס״ק יא 309
סי׳ קמז, ס״ק א 138
בית שערים, שו״ת, יו״ד, סי׳ שכה 79
בכור קדשים (עמנואל), עמ׳ סז-ע 237
בלוך, מהרי״ל, באוהל יצחק, גיטין, עמ׳ תלה 734
בן לב, ר׳ יוסף (ראה: מהריב״ל)
בני אברהם (מיוחס), שו״ת
חו״מ, סי׳ יט 457
בני אהובה, על הרמב״ם
הלכות אישות, ט, ו 207 215
בני חיי (אלגזי), על הטור
אהע״ז, סי׳ קמא 307
חו״מ, סי׳ קפה, הגהב״י, אות ה 451 452 475
סי׳ רצ, הגהות טור, אות טו 48
בני יעקב (ששון), מאמר א, זמן 227 קכא ע״ב 473
בניין אב (בקשי דורון), שו״ת
ח״ג, סי׳ מט 802
ח״ג, סי׳ סג, אות ה 667
בניין דוד (טאוב), בבא מציעא י ע״א 20 21
בנימין זאב, שו״ת
סי׳ נב 667
סי׳ קז 99
סי׳ שצט 283
סי׳ תלא 617
בעי חיי, שו״ת, חו״מ
ח״א, סי׳ קלג 560 566 568-570
סי׳ קנט 283
סי׳ קע 749
ח״ב, סי׳ קד, קטו 268
בעקבי הצאן (שכטר), סי׳ ל 238
סי׳ ל, אות ה 779
סי׳ ל, עמ׳ קצ-קצח, ואות יד 796
ברי״ט, ר׳ זבולון ליב, הפלס א (תרס״א), עמ׳ 720 420
ברית אברהם (פצנובסקי), שו״ת
או״ח, סי׳ כז, ס״ק ו 604
אהע״ז, סי׳ קא, ס״ק ה 778 800
סי׳ קא, ס״ק ו 779 783 785 787
סי׳ קא, ס״ק ח 147
סי׳ קא, ס״ק י 612 622 789
סי׳ קא, ס״ק יב 612 622 784
סי׳ קא, ס״ק יג 783 785
סי׳ קא, ס״ק יד 778 789
סי׳ קא, ס״ק טו 783 785
סי׳ קא, ס״ק יט 778 796
סי׳ קכד, ס״ק י 604
ברית יהודה (בלוי), פרק ו, הערה נב 405
ברית עולם (וולר), שו״ת, סי׳ כב 216 237
ברכי יוסף, על שולחן ערוך
או״ח, סי׳ תלד, ס״ק ה 17 73
סי׳ תרעא, ס״ק ב 65
ברכת אברהם (ארלנגר)
גיטין כד ע״א, בעניין חזרה שליחות אצל הבעל, ס״ק ד 479 480
בבא בתרא, סי׳ מח, ס״ק א 674
ברכת משה (ראה: מחנה אפרים)
ברכת ראש (אשכנזי), נזיר ט ע״ב, אות ג ואילך 670
ברכת רצ״ה (אורנשטיין), שו״ת, סי׳ כח 224
ברכת שמואל (לייבוביץ)
גיטין, סי׳ כג 85 86 90
סי׳ כג, אות ג 82
סי׳ לד 196
סי׳ לד, אות ב 112
סי׳ לט 630
סי׳ לט, אות ג 606
סי׳ מ 630
קידושין, סי׳ י, ס״ק א 777
סי׳ י, ס״ק ג 779
סי׳ יג 779
סי׳ יד, ס״ק א 803 805
סי׳ יד, ס״ק ג 779
סי׳ טו, אות ד 397
סי׳ יט 113

סי׳ כ 77 117
ברכת שמחה (היין), בבא קמא קב ע״ב 350 396 398 403 421
ברקוביץ, ר׳ אליעזר, בשו״ת שרידי אש, ח״א, סי׳ צז, ענף שני, אות ב 653
גאביזון, ר׳ שלמה, בשו״ת מהריט״ץ, סי׳ קכט 522
בשו״ת מהרש״ך, ח״ג, סי׳ סה 342 521 523
סי׳ סו 521 523
גדולת מרדכי (גלנטי), שו״ת, סי׳ כ 529 530
גולדברג, רז״נ
אבני משפט ה (תשס״ו), עמ׳ 44 122
דרך כוכב מיעקב ו (תש״ן), עמ׳ כו 803 804
עמ׳ כז, הערה א 799
עמ׳ כט 791 803
חוק לישראל, נזיקין, עמ׳ 378, נספח לסעיף 76, הערה 5 377 487
חוק לישראל, שומרים, עמ׳ 318־319 489
ישורון א (אלול תשנ״ו), עמ׳ רי, בעמ׳ ריב 117
הישר והטוב ח (ניסן תשס״ט), עמ׳ ג, בעמ׳ ו 117
המאסף ה (תשמ״ג), עמ׳ 565, בעמ׳ 569-571 812
מוריה, שנה כו, גיליון א-ג (שבט תשס״ד), עמ׳ קח, בעמ׳ קיג 803
המעיין מ(ג), תש״ס, עמ׳ 43 668
תחומין ו (תשמ״ה), עמ׳ 185, בעמ׳ 196 562
תחומין ז (תשמ״ו), עמ׳ 231, בעמ׳ 246 783
גור אריה יהודא, שו״ת, חו״מ, סי׳ כז 307
גזע ישי, מערכת א, סי׳ פא, ד״ה גם מאי דמייתי 60 61
גט מקושר (בולא), סי׳ יח, אות יב 610
גט מקושר (צינץ)
סדר גט שני, אות סא 234
סדר גט שלישי, אות כה 718
גט פשוט, על שולחן ערוך, אהע״ז
סי׳ קכ, ס״ק כג 725
סי׳ קכא, ס״ק י 658 662
סי׳ קכא, ס״ק לב 656
גידולי שמואל (ניימן)
גיטין יד ע״א 804
בבא קמא קב ע״ב 398 425
בבא מציעא קי ע״ב 64
גידולי תרומה, על ספר התרומות
שער כח, ח״ד 72
שער לה, ח״א, אות לא 584
שער לה, ח״ב, אות ד 584
שער מד, ח״א, אות ד 270
שער מו, ח״ד, אות סב 361
שער נ, ח״ג, אות א 255
שער נ, ח״ג, אות ו 649
שער נא, חלק ט, אות א 352
גיליונות ברוך טעם על קצות החושן (במהד׳ אור הספר), סי׳ רעה, ס״ק ד 125
גיליוני הש״ס (ענגל)
גיטין כד ע״א 479 480
קידושין נא ע״ב 23
גינת אגוז (שכטר), סי׳ נא 498
גינת ורדים, שו״ת
חו״מ, כלל ב, סי׳ א 405
כלל ג, סי׳ כב 537 543
יו״ד, כלל ו, סי׳ ט 524
גיפטר, ר׳ מרדכי, בשו״ת מנחת שלמה (לוין), סי׳ לז 80
גנזי חיים (פלאג׳י), מערכת ש, אות פג 17
גנזי רבי עקיבא איגר, סי׳ כה 234
הגר״א, ביאור לירושלמי, דמאי, פרק ו, הלכה ח 418
הגר״א, ביאור לשולחן ערוך
או״ח, סי׳ נג, ס״ק לד 74
יו״ד, סי׳ קס, ס״ק לה 36
סי׳ קעה, ס״ק יא 254
סי׳ קעז, ס״ק כא 543 764
סי׳ שכז, ס״ק א 226
סי׳ שלא, ס״ק פו 605
אהע״ז, סי׳ קמא, ס״ק פו 727 736
חו״מ, סי׳ לב, ס״ק ב 29
סי׳ ס, ס״ק מד 352
סי׳ ס, ס״ק נ 352
סי׳ סא, ס״ק כב 274
סי׳ עא, ס״ק כט 274
סי׳ עז, ס״ק יג 271
סי׳ עז, ס״ק יד 52
סי׳ עז, ס״ק לג 272
סי׳ צו, ס״ק לב 272
סי׳ קה, ס״ק י 21
סי׳ קט, ס״ק יב 47
סי׳ קכב, ס״ק כד 280
סי׳ קכו, ס״ק נד 23 46
סי׳ קכו, ס״ק נה 72
סי׳ קמט, ס״ק סב 48
סי׳ קעו, ס״ק סג 344
סי׳ קפב, ס״ק ג 140
סי׳ קפב, ס״ק ז 261 262
סי׳ קפב, ס״ק יד 381
סי׳ קפג, ס״ק כג 569
סי׳ קפג, ס״ק כה 562 566
סי׳ קפד, ס״ק ב 541 762 763
סי׳ קפה, ס״ק ט 365

סי׳ קפה, ס״ק י 367
סי׳ קפה, ס״ק יג 69
סי׳ קפח, ס״ק יד 261 262
סי׳ קצ, ס״ק ו 66
סי׳ קצ, ס״ק ז 424
סי׳ רמה, ס״ק טז 803
סי׳ רצב, ס״ק כח 547
סי׳ רצב, ס״ק ל 538
סי׳ שכו, ס״ק א 594
הגר״א, הגהות לתוספתא יבמות ד, ג 440
הגר״א, חידושים על הרמב״ם, הלכות מלווה
ולווה, פרק ה, הלכה ד 191
גרוזובסקי, ר׳ ראובן, בס׳ כבוד הרב, לכבוד
הרי״ד סולובייצ׳יק, עמ׳ 83 779
גרנ״ט, חידושים
כתובות, סי׳ כז 810
גיטין, סי׳ עב 20 82
סי׳ פ 128
קידושין, סי׳ קו 106
שבועות, סי׳ רב 37
גרש ירחים (צינץ), גיטין סה ע״ב
אות קכט 304
אות קכט ואילך 305
אות קלד 315
דאלבה, ר׳ יצחק, בשו״ת תורת חסד (פרחיא),
סי׳ רי 573
דבר אברהם (שפירא)
ח״א, סי׳ יג, אות ד 9 201
סי׳ כא, אות כג 39
ח״ב, סי׳ א, אות ד 79
סי׳ יט, אות ח 384
ח״ב, הערות ומילואים לח״א, סי׳ יג, אות
ד 9
דבר הלכה (קלצקין), מילואים
סי׳ צג 787 788
סי׳ קכב 787
דבר יהושע, שו״ת, ח״א, סי׳ ק 28
דבר משה (אמריליו), שו״ת
ח״ב, סי׳ קא 452 470
ח״ב, סי׳ קב 470
ח״ב, סי׳ קג 451 452 470
דבר משה (תאומים), שו״ת
מהדורא תניינא, סי׳ עב 8
דברי אמת (ר׳ יצחק בכר דוד)
קונטרס ז, סי׳ א 82
קונטרס ז, סי׳ ד 793 794
קונטרס יא, סי׳ נ 82
קונטרס יא, סי׳ נב 777
דברי גאונים
כלל טו, סי׳ יז 488
כלל צה, סי׳ כז 471
כלל צה, סי׳ לב 488
כלל צה, סי׳ מ 572
כלל צה, סי׳ עז 376
כלל צו, סי׳ כג 490
כלל צט, סי׳ כג 52
כלל קד, סי׳ מה 52
כלל קה, סי׳ א 498
דברי זי״ו (וינוגרד), ירושלים תר״ץ 237
דברי חי״בה (בלאך)
עמ׳ צה 468
דברי חיים (אוירבך)
יו״ד, סי׳ מג 157
אהע״ז, דיני גיטין, סי׳ ל 155
דיני קידושין, סי׳ לג 155
חו״מ, דיני תפיסה, סי׳ ט 365 366
דיני גביית מלווה וגביית חוב, סי׳ ח 91
דיני העושה שליח, סי׳ ב 88
דיני שלוחין, סי׳ ג 373 376 414
סי׳ ד 356
סי׳ ו 361 397 516
סי׳ ז 91 399 402 418
סי׳ י 527
דיני מכירה, סי׳ א 67 398
סי׳ ה 786
סי׳ לג 216
דברי חיים (הלברשטם), שו״ת
ח״א, או״ח, סי׳ לג 204 710
אהע״ז, סי׳ פה 480
סי׳ פו 332 348 349 357
סי׳ פז 779 791 794 805 807
ח״ב, אהע״ז, סי׳ פו 204 710
סי׳ צב 164
חו״מ, סי׳ מו 453
דברי יחזקאל (ברשטיין)
סי׳ לו, אות ט 109 631
סי׳ נג 123
סי׳ נג, אות ג 123
סי׳ נז, אות א 185
סי׳ מ, אות ט 276
דברי יציב, שו״ת
יו״ד, סי׳ רה 207 235 237
אהע״ז, סי׳ טז 623
סי׳ נ 15 710
חו״מ, סי׳ מג 83
סי׳ מג, אות ד 119
סי׳ מג, אות ה 119
סי׳ צח 127
דברי ירמיהו (לעוו), על הרמב״ם
הלכות עירובין, ו, כ 87

דברי מלכיאל (טננבוים), שו"ת
ח"ג, סי' קסז 278
ח"ד, סי' כב, ס"ק יז 231 232 235 236 238
דברי מרדכי (מן), גיטין, סי' מט 675
דברי משפט (אוירבך), על שולחן ערוך, חו"מ
סי' קכו, סעיף כ 236
סי' קפב, ס"ק א 90
סי' קפב, ס"ק ו 376
סי' קפב, סעיף ב 358 359 361
סי' קפב, סעיף ג 32 373
סי' קפג, ס"ק ה 365 366
סי' קפג, סעיף ב 402
סי' קפג, סעיף ב, אות א 401
סי' קפג, סעיף ד, אות ב 399
סי' קפח, סעיף ה 356
סי' קפח, ס"ק א 183
דברי נחמיה (גינצבורג), אהע"ז, סי' לו 217 232 233
דברי נפתלי (גרברסקי), סי' קפב, כללי דינים, ס"ק ד 407 409
דברי סופרים (וסרמן), עמ' עה 204
דברי ריבות, שו"ת
סי' נו 750
סי' קיא 572
סי' קלד 328
סי' קלז 328 760
סי' קסא 750
סי' רלד 525
סי' רסז 341
סי' רצו 750
סי' תכו 760
דברי שאול (נתנזון), יו"ד, סי' שכז, סעיף א 227
דברי שלום (מזרחי), שו"ת, יו"ד, סי' קלב 229
דגול מרבבה (לנדא), על שולחן ערוך
יו"ד, סי' שה, סעיף י 169 228 229 790
אהע"ז, סי' פה, על בית שמואל, ס"ק ח 281
חו"מ, סי' קפה, סעיף א 84
דובב מישרים, שו"ת
ח"א, סי' ל 806
סי' קכו 109 166
ח"ג, סי' כו 526 527 804
דוראן, ר' שלמה, שו"ת (תשב"ץ, ח"ד (חוט המשולש), טור א), סי' י 380 503
דורש לציון, דרוש יג 197 198 212 218 227 229 234 236 715
דיברות אליהו, חלק ו, סי' עח 141 146
דיברות משה
גיטין, סי' כ, ענף ד, ד"ה ומתקיף 14 101
סי' כג, הערה פד 479 480
פרק ד, הערה כב 608 609 613
בבא קמא, סי' נה 34
סי' נה, ענף א 40
סי' נה, ענף ב 31 32 39
סי' עד, ענף א 331
סי' עד, ענף ב 341
סי' עד, ענף ג 396 402
סי' עד, ענף ו 327 373 402 409 511
סי' עד, ענף ז 333 372 507
סי' עד, ענף ח 91
סי' עד, ענף ט 341 400 401 420
סי' עד, ענף יא 543 545
סי' עד, ענף יג 575-577
בבא בתרא, ח"א, סי' לא, ענף ב 675
דיני ממונות (בצרי), ח"ב, שער רביעי, פרק שלישי, הערה 16 664
דיסקין (ראה: מהרי"ל דיסקין)
דמשק אליעזר (פרלמוטר), שו"ת, או"ח, סי' ז 292 803
דקדוקי סופרים (פלדבלום), גיטין
הקדמה, עמ' 15 735
סג ע"ב 480
דקדוקי סופרים (רבינוביץ)
בבא מציעא עב ע"א 810
בבא בתרא קסט ע"ב 335
דקדוקי סופרים השלם (מכון התלמוד הישראלי השלם)
גיטין כד ע"א, הערה 32* 480
גיטין סג ע"ב, והערה 44 480
דרוש וחידוש (ר' עקיבא איגר)
כתובות יא ע"א 243
גיטין לב ע"א 609 630
השמטות לבבא מציעא סא ע"א 192
דרישה, על הטור
אהע"ז, סי' קכ, ס"ק טו 736 737
חו"מ, סי' קכא, ס"ק ז 168
סי' קעו, ס"ק טז 345
סי' קעו, ס"ק לא 278
סי' קפב, ס"ק יא 333 509-511
סי' קפג, ס"ק ג 400 543
סי' קפג, ס"ק ח 565
סי' קפה, ס"ק ה 368
סי' קצ, ס"ק ד 66
סי' רט, ס"ק ג 216
דרך איתן (יפהן), בבא מציעא, סי' יח 91
דרך המלך (רפפורט), על הרמב"ם
הלכות תשובה, א, ב 17
הלכות אישות, ז, כ 311
ז, כא 311
דרך המלך (רפפורט), שו"ת, סי' מו 87
דרך עץ החיים (אלגזי), אהע"ז, סי' לה 307 310 312

דרכי חושן (סילמן), עמ׳ רצט-שג 435
דרכי משה (עמיאל)
דרך הקודש, ח״א, שמעתתא ו, פרק ב 116
שמעתתא ו, פרק ז 127
שמעתתא ו, פרק י 59
דרכי הקניינים, שמעתתא ד, פרקים י-יא 800
דרכי משה, על הטור
יו״ד, סי׳ רמו 751
סי׳ רסד, ס״ק א 15
חו״מ, סי׳ צו, ס״ק ד 272
סי׳ קכג, ס״ק ט 161
סי׳ קפב, ס״ק א 41
סי׳ קפג, ס״ק ב* (במהד׳ מכון ירושלים) 399 422
סי׳ קפג, ס״ק ה 570
סי׳ שמח, ס״ק ג 41
דרכי נועם (הלוי), שו״ת, חו״מ, סי׳ לד 518
דרכי תשובה (שפירא), יו״ד, סי׳ קנד, ס״ק ו 70
האלף לך שלמה (קלוגר), שו״ת, חו״מ, סי׳ כ 52 271
הגהות דרישה ופרישה, חו״מ, סי׳ קפב, אות ב 512
הגהות והערות על הטור (במהדורת הטור השלם), חו״מ
סי׳ עז, הערה יג 271
סי׳ קכב, הערה ב 690
סי׳ קפב, הערה כב 336
הגיוני משה (בוצ׳קו), חידושים וביאורים על פרקים בש״ס
ח״א, גיטין י ע״א, עמ׳ רו 22
סו ע״ב, עמ׳ רנה-רנו 730
ח״ב, עמ׳ שעז 8 30
הד משה (שוחט), סי׳ ו 186
הורוויץ, ר׳ יוסף שלמה שבתי הלוי, בשו״ת דבר הלכה (קלצקין), מילואים, סי׳ צג 787
הורוויץ, ר׳ יצחק, בשו״ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, אהע״ז, סי׳ עו 87
היכל יצחק, שו״ת, אהע״ז, ח״ב
סי׳ נא 149
סי׳ נא, אות ה 266
סימנים נא-נו 650
סי׳ נג 612 628
סי׳ נד 608 612 628
סי׳ נה 168
סי׳ נה, ס״ק ג-ז 166
סי׳ נה, ס״ק ד 710
סי׳ סד 788
סי׳ סד, ס״ק יג-יד 137
סי׳ סח, ס״ק ט 313
הילדסהיימר, ר׳ עזריאל, שו״ת
ח״א, יו״ד, סי׳ רג 128
ח״ב, סי׳ נג 620 631
היתר עגונה (רי״ז מינצברג), ירושלים תש״ד 788
הליכות אליהו (פיינשטיין), שו״ת
אהע״ז, סי׳ לא 792
אהע״ז, סי׳ לג 128 785 786
הלכות יום טוב (ראה: מהרי״ט אלגזי)
הלכות מתווכים (גולדברג)
מבוא, עמ׳ סא 69
פרק כא 70
המידות לחקר ההלכה
ח״א, מבוא, פרק ד, אות ה 81
מידה י, אותיות יד-כ 13
ח״ב, מידה יא, אותיות נז-נט 775 796
מידה טו, אותיות א-טו 13
מידה טו, אות ט 16
מידה טו, אות יב 24
מידה טו, אות יג-יד 207
מידה טו, אות טו 16
מידה טו, אות טז 81
ח״ג, מידה יח, אות כב 81
העמק שאלה, על השאילתות
שאילתא יז, ס״ק ב 197 204 212־214 223
שאילתא קנ, ס״ק ב 50
הערות במסכת כתובות (רי״ש אלישיב), ח״א, עמ׳ קנד-קנה 193
הערות וציונים (אוסטרן), כתובות צח ע״ב 470
הפלאה
כתובות לג ע״ב 26 36
ק ע״א 26 36 356
קונטרס אחרון, סי׳ ק, סעיף א 274
בבא קמא קב ע״ב 540
הפלאת נדרים, נדרים כג ע״ב 674
הפלאת שבועות (רייכמן), ח״ב
סי׳ לו 25
סי׳ לו, ס״ק ד 51
הפרשת תרומות ומעשרות במערכת הציבורית (אריאל), עמ׳ 34-35 237
הר הכרמל, שו״ת, חו״מ
סי׳ י 496 498
סי׳ טז 490
הר צבי, על טור חו״מ (מהד׳ אל המקורות)
סי׳ קעו 344
סי׳ קפב 37 38 666 692 698 699
הר צבי, שו״ת
או״ח, ח״א, סי׳ קסב 328
או״ח, ח״ב, סי׳ א, אותיות א-ג 182
סי׳ ד 600
סי׳ ה 790 795
סי׳ לט 806
סי׳ מ 87

סי׳ מג 816
סי׳ קיב 315 603
מילי דברכות, סי׳ ב 612
יו״ד, סי׳ ט 37 38
סי׳ קכג 37
סי׳ קמב 85
סי׳ רג 780 794
אהע״ז, סי׳ צ 790
סי׳ קעג, אות ה 716
חו״מ, סי׳ עג 37 38 187 195
זרעים, ח״א, סימנים ז-ח 600
זרעים, ח״א, סי׳ קיא 669
הרי בשמים (הורוביץ), שו״ת, מהדורא תניינא,
סי׳ סו 436
ויאמר יצחק (וואליד), שו״ת, ח״ב, סי׳ לג 457
סי׳ קמז 459 460
ויינברג, ר׳ יחיאל יעקב (ראה גם: שרידי אש)
הנאמן ט (תשי״ח), עמ׳ 4 631
נעם א (תשי״ח), עמ׳ א 788
ויינברג, ר׳ יחיאל יעקב, חידושי בעל שרידי אש
גיטין, סי׳ ח 606 632 633
סי׳ ח, אות א-ב 631
סי׳ ח, אות ד 456 606
סי׳ ח, אות ז 603 604
סי׳ ח, אות ח 315
סי׳ ט 737
סי׳ י 659
סי׳ י, ענין שני, אות ג 632
בבא מציעא, סי׳ לב 123
ויינברג, ר׳ יחיאל יעקב, כתבי הגאון רבי יחיאל
יעקב ויינברג, ח״א, סי׳ מב 36
וייס, ר׳ אשר (ראה גם: מנחת אשר), שיעור
מורנו הרב שליט״א, פרשת בא, תשע״ג
עמ׳ יא-יב 71
אות ג 108
וייס, ר׳ אשר, בחוק לישראל, נאמנות בנכסים,
עמ׳ 643 657
עמ׳ 646 668
ונגש הכהן, כלל ט, פרטים א-ו 91
פרט ז 88
כלל י 17
וסרמן, ר׳ אלחנן
אוהל יצחק, עמ׳ רפד 731 733
עמ׳ תלח 731-733
אוהל תורה, ח״א, סי׳ כ 183
וראך ושמח בלבו, עמ׳ 50-51 810
ושב הכהן, שו״ת, סי׳ מו 425
זוין, רש״י, מוריה, שנה יט, גיליון ה-ו (כסלו
תשנ״ד), עמ׳ לד 13 59
עמ׳ מ 37
זיכרון יהודה (גרינוולד), ח״ב, סי׳ ריח 186
זיכרון יהונתן (אבלמן), שו״ת
אהע״ז, סי׳ ב, ס״ק יד 790
אהע״ז, סי׳ ב, ס״ק נז 796 797
חו״מ, סי׳ ב, ס״ק לז 408
זיכרון יהושע (ניסנבוים), בענין נוסח שטר
מכירה ו׳ 237
זכות משה (בולה)
סי׳ א 803
סי׳ ג 785 789
סי׳ ד 789
סי׳ ז 806
זכר יצחק, שו״ת, ח״א
סי׳ כא 733
סי׳ כג 112 661 662
זקן אהרן (וולקין), שו״ת, ח״א
סי׳ טו 57 59 60
סי׳ צה 787 788 790
זריחת השני, בבא קמא קב ע״ב 426
זרע אברהם (יצחקי), שו״ת, חו״מ
סי׳ כד 325 343 457 489 521 522 525
סי׳ כט 332
זרע אמת, שו״ת, ח״ג, סי׳ קו 70
חבל יעקב, שו״ת
ח״א, סי׳ א, אות ג 123
סי׳ א, אות י 401
סי׳ ו, אות ד 790
סי׳ ו, אות ז 238 796
סי׳ ו, אותיות ח-ט 238
סי׳ ו, אות יג 237
סי׳ ו, אות יט 125
סימנים ז-ח 237
ח״ב, סי׳ ז 482
חבל נחלתו (אפשטיין), ח״א, סי׳ צ 556 578
ח״ד, סי׳ נ 185
חבלים בנעימים, שו״ת, ח״א, סי׳ כה 801
חבצלת השרון
ח״א, או״ח, סי׳ מא, אות ו 42 210
יו״ד, סי׳ סג 674
יו״ד, סי׳ פט 125
מהדורא תניינא, סי׳ עו 304 306
חדות יעקב (מייזליש), שו״ת, סי׳ יח 344
חוות בנימין
כרך א, סי׳ יב 70 71
חוות דעת, על שולחן ערוך, יו״ד
סי׳ קס, ס״ק י 816
סי׳ קסט, ס״ק י 92 405
סי׳ קסט, ס״ק כ 358 412 413
חוות יאיר, שו״ת
סי׳ מה 693
סי׳ קסו 28 29
סי׳ קפה 70 193

סי׳ רכג 25
סי׳ רלב 263
חוט השני, שו״ת, סי׳ לח 62
חוק יעקב, או״ח, סי׳ תמג, ס״ק ח 288
חותם תוכנית (ריינס), עמ׳ רז-ריב 13
חזון איש
עירובין, סי׳ צט (לה), ס״ק יב-טז 789
יו״ד, סי׳ עז, ס״ק ו 440
אהע״ז, סי׳ מז, ס״ק א-ה 142
סי׳ מז, ס״ק ו 312 313
סי׳ מט, ס״ק ט 147 269
סי׳ נח, ס״ק ג 216
סי׳ נח, ס״ק ד 789
סי׳ פג, ס״ק ח 736
סי׳ פו 657
סי׳ קב, ס״ק א 736
סי׳ קד, ס״ק א 476 477
סי׳ קד, ס״ק כא 449 477
סי׳ קלו, פרק ארבעה נדרים, ס״ק ה 674
סי׳ קלו, פרק ארבעה נדרים, ס״ק ח 674
סי׳ קמז, סו ע״א 137 167 170 787
סי׳ קמח, ז ע״ב, ד״ה שתי בנותיך 67
סי׳ קמח, סב ע״א ד״ה פירות 226 227
חו״מ, סי׳ א, ס״ק ה 217
סי׳ א, ס״ק יג 691 693
סי׳ א, ס״ק יד 649 650
סי׳ א, ס״ק טו 649
סי׳ א, ס״ק כ 693 702
סי׳ ב, ס״ק ג 281
סי׳ ב, ס״ק ח 279 280
סי׳ ב, ס״ק ט 280
סי׳ כא, ס״ק ג 417
סי׳ כב 134
חו״מ, בבא קמא, סי׳ כא, ס״ק א 373 409 556
סי׳ כא, ס״ק ב 340 545 546
סי׳ כא, ס״ק ג 397
סי׳ כא, ס״ק ה 421
סי׳ כא, ס״ק ו 456 516-518 520
סי׳ כא, ס״ק ז 330
סי׳ כא, ס״ק ח 253 329 332 333 372 506-508 514 515
סי׳ כא, ס״ק ט 338 339 342 344 345 359 363 364 371-373 409 410 503 509-511 514 515 519 526 527 576
סי׳ כא, ס״ק י 537
סי׳ כא, ס״ק יא 397 401 422 532 535 546
סי׳ כא, ס״ק טז 542
סי׳ כא, ס״ק יט 398 545 546
סי׳ כא, ס״ק כא 345 346 363 378 379
סי׳ כב, ס״ק ב 493 498
סי׳ כב, ס״ק ג 497 498
סי׳ כב, ס״ק ה 562
סי׳ כב, ס״ק י 762
סי׳ כג, ס״ק ב 499
סי׳ כג, ס״ק ג 492
סי׳ כג, ס״ק כב 495
סי׳ כג, ס״ק כה 493-495
חו״מ, ליקוטים, סי׳ ט, אות יג 154 216
סי׳ כ, על בבא מציעא י ע״א 57
זרעים, דמאי, סי׳ טז, אות יב 156
סי׳ יז 234
שביעית, סי׳ כד, ס״ק ד 36 37
מעשרות, סי׳ ז, ס״ק יד 780 781 799
ליקוטים, סי׳ ו, ס״ק ג 226 227 235 238
חזון יחזקאל על תוספתא
בבא מציעא ג, ג, חידושים 288
בבא מציעא ז, א, ביאורים 435
חזון יחזקאל על מסכת זבחים וליקוטים על הש״ס
גיטין יא ע״ב 466 467
שו״ת, סי׳ יד 710 714 716
חזקה רבה, אהע״ז, הלכה צה, ענף כו 669
חידושי... (ראה לפי שם המחבר)
חידושי אנשי שם, על נימוקי יוסף, בבא קמא לז ע״א (בדפי הרי״ף), אות ב 143
חידושי הגהות, על הטור
חו״מ, סי׳ קפג, סעיף י 565
חידושי משנה (קליין)
קידושין מא ע״ב 117
חידושים וביאורים (גריינימן)
בבא קמא קב ע״ב, ס״ק ג 397 400 420 425
ס״ק ד 402
ס״ק ז 400 402
בבא מציעא עד ע״א, קונטרס בענייני שליחות 361
ס״ק ז 336
ס״ק ח 339 362 372 511
ס״ק ט 336 514
עה ע״ב 492
קיא ע״א 406
בבא בתרא, סי׳ יא, ס״ק א 801
חיי הכהן, סוגיא דאין שליח לדבר עבירה, עמ׳ 53 ואילך 99
חכם צבי, שו״ת
סי׳ ד 749 751 757
סי׳ קלח 29
סי׳ קמז 571-573
תשובות הנוספות, סי׳ ג 48
ליקוטי תשובות, סי׳ קכט 591

חכמת אדם
כלל ז, בינת אדם, ס"ק י 15 24 60
שער בית הנשים, בינת אדם, סי' לב 608 676
חכמת התורה, פרשת תולדות, עמ' תקפא 395
חכמת שלמה (מהרש"ל), על התלמוד
כתובות צט ע"ב 358 372
גיטין יב ע"ב 780
כא ע"א 628
חכמת שלמה (קוועטש), שו"ת (בסוף שו"ת הר המור), סי' א 204
חכמת שלמה (קלוגר), על שולחן ערוך
או"ח, סי' נג, סעיף יט 74
חו"מ, סי' קפב, סעיף א 57 58 238
סי' קפב, סעיף ו 356
סי' קפה, סעיף א 593
סי' רלג, סעיף א 395
חלקת יואב, שו"ת (ח"א במהד' תשמ"ה)
או"ח, סי' יד 32
יו"ד, סי' כה 192
אהע"ז, סי' ח, ס"ק לג 796
סי' יא, ס"ק ה 789 796
סי' כ 202 219
סי' כא 601 625
סי' לא 103 111 734
סי' לב 155 158 159 162 163 442 628 633 639 640 643
סי' לד 302 304 306 313 455 632 716
חו"מ, סי' א 61
סי' ג 7 8 103 105 107 111 123 396 397 419 661
סי' ד 79
סי' ה 8 396-398 400 402 417-419 423
חלקת יעקב (ברייש), שו"ת
או"ח, סי' ריח 592
יו"ד, סי' קנב 205
חלקת מחוקק, על שולחן ערוך, אהע"ז
סי' לו, ס"ק ז 729
סי' פה, ס"ק ט 281
סי' קכ, ס"ק טז 752
חלת לחם (רובינשטיין), סי' ז, סעיף ד 182 242
סעיף כא 231
חמדת יהושע (זמברובסקי), סי' קו 16
חסד לאברהם (תאומים), שו"ת
מהדורא קמא, חו"מ, סי' מט 536
מהדורא תניינא, או"ח, סי' כד 187
חקקי לב (פלאג'י), שו"ת, חו"מ, ח"ב, סי' מד 497
חקר הלכה (לנדא)
אות ג, בהלכות גיטין, ס"ק יט 236
ס"ק פ 224
אות ש, בענין שליחות, ס"ק א 119
ס"ק ב-ד 29
ס"ק ה 92
ס"ק ו 302
ס"ק יב 29
חקר הלכה (קליר), חקירה יז 711 728
חקרי לב (חזן)
אהע"ז, סי' כד 209 210
סי' מו 204 205 220 225-227 234
חו"מ, ח"א, סי' מט 283
סי' קלג 338 373
יו"ד, ח"ב, סי' ט 59 60 62
סי' כט 39 194
מהדורא בתרא, חו"מ, סי' כג 352
סי' כה 352
חשוקי חמד, על התלמוד
כתובות צח ע"ב 563
צט ע"א 264
בבא קמא קב ע"ב 546 547
בבא מציעא כו ע"ב 122
חתם סופר, חידושים לשולחן ערוך, חו"מ
סי' קפב, על ש"ך, ס"ק א 137
סי' רצב, על ש"ך, ס"ק ד 32
חתם סופר, חידושים לתלמוד
שבת קנ ע"א 193
סוכה מא ע"ב 117
כתובות יא ע"א 783
לד ע"א 30
ק ע"א 257 445
גיטין כב ע"ב 9
כג ע"ב 8
כד ע"א 478
לב ע"א 604 605 627
סד ע"ב 181 199
סה ע"ב 266 267
סו ע"ב 730
ע ע"ב 659
עא ע"ב 732 734
קידושין מא ע"א 15 59 60 99 732
בבא מציעא יד ע"ב 406
עא ע"ב 88
שבועות ג ע"א 184
חולין פז ע"א 15
חתם סופר, שו"ת
או"ח, סי' טו 78
סי' נה 77
סי' פד 78 193 195 646
סי' קה 287
סי' קט 348
סי' קטז 188 196
סי' קעו 59 60

סי׳ קפב 78 117
סי׳ רא 7 9 29 74 77 78 99־101 105
183 184
יו״ד, סי׳ רכ 56
סי׳ רעא 202 205
סי׳ רצה 244
סי׳ רצו 244
סי׳ שכ 121 669
סי׳ שכא 14־17 731
אהע״ז, ח״א, סי׳ א 806
סי׳ ד 611
סי׳ יא 169 214 221־223 228־230 235
238 245 790 796
סי׳ קו 395
אהע״ז, ח״ב, סי׳ ד 658 660 662
סי׳ ה 612 787
סי׳ מב 224
סי׳ מג 224 787
סי׳ נ 15 17 171 173 456 609 615 620
626 627 631 633
סי׳ קנ 646 654 679
חו״מ, סי׳ נב 590 592
סי׳ ס 269
סי׳ קיב 48
סי׳ קיח 439
סי׳ קלד 188
סי׳ קמ 488 502 503
סי׳ קעח 437 490 494־498
השמטות, סי׳ קצט 7 157
קובץ תשובות, סי׳ סב 208
חתם סופר, ב-המאסף, שנה ו (תרס״א), סי׳
כב 99
חתן סופר, חידושים וביאורים בסוגיות הש״ס,
סוגיא דשליחות 159
טבעת החושן, על שולחן ערוך, חושן משפט
ח״א, סי׳ מה 15
ח״ג, סי׳ קפב 117
סי׳ קפב, על נתיבות המשפט ס״ק ב 8
סי׳ קפב, על נתיבות המשפט ס״ק ד 510
511
סי׳ קפג 533
סי׳ קפג, על קצות החושן ס״ק ד 399
סי׳ קפג, על נתיבות המשפט, ס״ק ד 761
סי׳ קפג, על נתיבות המשפט, ס״ק ו 439
עמ׳ עח 365
ח״ד, קונטרס בדיני שליחות, סי׳ ח 19
סי׳ י 479 480
ח״ה, עמ׳ קנו-קנז 646
טוב טעם ודעת, שו״ת, מהדורא קמא, סי׳
רסט 53 55
טוב עין (לחיד״א), שו״ת, סי׳ טו 500
טובי העיר (גולדברג), עמ׳ ע 720
טוקצינסקי, רי״מ, קול תורה ב (תרצ״ג)
סי׳ לד, ס״ק ד 105
סי׳ נג, ס״ק ה 64
סי׳ נג, ס״ק ח 106
סי׳ עה, ס״ק ט 110
סי׳ קא, ס״ק יד-טז 107
קול תורה ג (תרצ״ד)
סי׳ כג, ס״ק כא 111
סי׳ מג, ס״ק כו 15
סי׳ קלה, ס״ק ל 15
טור האבן (אוירבך), שו״ת
סי׳ לה 58 238
טורי אבן, חגיגה י ע״ב 33
ט״ז, על שולחן ערוך
או״ח, שסט, ס״ק ד 789 790
תמג, ס״ק ד 548
תרעט, ס״ק א 210
יו״ד, קס, ס״ק יא 36
קע, ס״ק ב 405
רכא, ס״ק לו 136
רכח, ס״ק מט 750 751 756 757
רלד, ס״ק מו 63
רסז, ס״ק יב 67
שה, ס״ק יא 15 16 64 810
שכח, ס״ק ב 270 299
אהע״ז, קכא, ס״ק ד 679
קלב, ס״ק ב 237
קמ, ס״ק ב 634
קמ, ס״ק ה 787
קמא, ס״ק ב 637
קמא, ס״ק כו 716 718
קמא, ס״ק כט 304 306
קמא, ס״ק מד 158 164 166 637
קמא, ס״ק מח 676
קמא, סעיף ב 480
קמה, ס״ק ז 786
חו״מ, קכג, יד 67
קעה, טו 451
קעה, טז 530
קעו, מח 591 592
קפב, ב 380 381
קפב, ו 333 368 383 507 511 512
קפג, ג 761
קפג, ד 535
קפג, ו 561 563
קפד, ב 424 808
קפה, ה 368 370 383
רצב, ז 538
שכו, א 594
שנט, ב 782

טיב גיטין (הלר), גיטין כט ע״ב 646
סו ע״א 276
טיקטין, ר׳ אברהם, בדברי חיים, דיני גביית
מלוה וגביית חוב, סי׳ ח 91
בדברי חיים, דיני שלוחין, סי׳ ז 91
טרופ, ר׳ נפתלי (ראה גם: גרנ״ט)
בספר זיכרון להגאון רבי שילה רפאל, עמ׳
רלא 20 89
יביע אומר, שו״ת
ח״ב, או״ח, סי׳ כח, אות ב 73 74
ח״ד, יו״ד, סי׳ ט 618
ח״ה, יו״ד, סי׳ כב, אות ב 655
אהע״ז, סי׳ טז, אות ז 641
ח״ו, יו״ד, סי׳ ל 207
סי׳ ל, אות א 214
סי׳ ל, אות ה 209
חלק ח, חו״מ, סי׳ ב 37
יברוב, ר׳ צבי, בשו״ת רבבות אפרים, ח״ג, סי׳
תקמז 118
יד אברהם, יו״ד, סי׳ שה, סעיף י 64 244
יד אליהו (מלובלין), שו״ת, סי׳ כח 592
יד אליהו (רגולר), שו״ת, ח״א (פסקים), סי׳ קי,
אות א 367
יד אפרים, יו״ד, סי׳ סא, סעיף ח 64
יד דוד (זינצהיים)
גיטין סב ע״ב 643
קידושין מא ע״ב 98
בבא מציעא לח ע״א 288
יד דוד (ראה גם: פסקי הלכות יד דוד)
יד המלך, על הרמב״ם
הלכות שופר סוכה ולולב, ז, יג 117
הלכות אישות, ז, כ 348
ט, ו 214
יז, יד 470 474
הלכות גירושין, ו, טז 669 714 718
ט, כא 786
הלכות נזקי ממון, יד, ו 31 32 185
הלכות רוצח ושמירת הנפש, ה, ט 28 31
הלכות מכירה, ל, א 776 783 791
הלכות שלוחין ושותפין, א, א 14 15 79
118 119
הלכות עבדים, ו, א 83 791
הלכות שכירות, א, ג 466 467 473
יד ימין, שו״ת, סי׳ לד 573
יד מלאכי, כללי הויו, סעיף רנט 750
יד רמ״ה (סאלאוויי), שו״ת, סי׳ פב 593
יד שאול (הורוביץ, בספר נחלת דוד), סי׳
ד 224
יד שלום (אונגר), שו״ת, סי׳ א 780
ידות נדרים (נתנזון), יו״ד, סי׳ רטז, יד יוסף, ס״ק
כא 749
יהודה יעלה (אסאד), שו״ת
או״ח, סי׳ קנו 116 127 128
יו״ד, סי׳ פב 127
סי׳ רל, אות ב 70
סי׳ רסה 466
אהע״ז, סי׳ סו 606
סי׳ קעח 58
סי׳ קפב 58
סי׳ ריג 57-59 61
יוסיף נתיב, על נתיבות המשפט
עמ׳ רפג 475
סי׳ קפב, הוספה א 187
יורו משפטיך ליעקב, שו״ת, סי׳ יד 699
סי׳ לד 385
סי׳ צו 591
יכין ובועז, שו״ת, ח״ב, סי׳ כח 723
ילקוט יהודה (גינזבורג), שמות, יט, אות י 480
ים של שלמה, יבמות, פרק טו, סי׳ כא 786
כתובות, פרק א, סי׳ לה 802
גיטין, פרק א, סי׳ לז 23
פרק ג, סי׳ י 724
פרק ג, סי׳ יג 609
פרק ד, סי׳ ז 786
פרק ד, סי׳ ח 787
פרק ד, סי׳ עד 281
פרק ו, סימנים יד-טו 735
קידושין, פרק ב, סי׳ ח 142 148
פרק ג, סי׳ א 438
בבא קמא, פרק ו, סי׳ ו 693
פרק ו, סי׳ כז 782
פרק ז, סי׳ יב 50 691
פרק ז, סי׳ לג 31 33
פרק ח, סי׳ כט 272
פרק ט, סי׳ כ 488
פרק ט, סי׳ ל 547
פרק ט, סי׳ לו 143
יסודי ישורון (פלדר), כרך ו, מערכת מכירת
חמץ, עמ׳ שב 238
ר׳ יעקב לבית הלוי, שו״ת, כלל י, סי׳ עו 524
527
יפה עיניים (ילין), בבא קמא קב ע״ב 427
יפה, ר׳ מרדכי, בשו״ת מהר״ם מלובלין, סי׳
קכג 609
ישועות יעקב, על שולחן ערוך
או״ח, סי׳ רסג, ס״ק ו 193
אהע״ז, סי׳ קכא, ס״ק א 657
ישועות ישראל (טרונק), חו״מ, סי׳ לב 28
ישועות מלכו (טרונק), קריית ארבע, על
הרמב״ם, הלכות תרומות, ד, א 235
ישועות מלכו (טרונק), שו״ת
יו״ד, סי׳ עא 257

מפתח המקורות

אהע״ז, סי׳ פב 608
חו״מ, סי׳ יג 395
כתבים, סי׳ א 182 242
ישועת משה (אהרונסון), שו״ת
ח״ד, סי׳ ג, אות ו 58
ישכיל עבדי, שו״ת, ח״א
יו״ד, סי׳ ו, סעיף ב 43
סעיף ב, אות יב 43
סעיף ב, אות יח 58
סעיף ג 43
ישמח לבב (עובדיה), שו״ת
חו״מ, סי׳ ח 49
ישראלי, ר׳ שאול, בס׳ עדות ביהוסף (קאפח),
סי׳ עג 358 361
יתרון האור (פרלמן), על המשנה
בבא מציעא ו, א 406
כולי, ר׳ יעקב, הגהות למשנה למלך
הלכות אישות, פרק ט, הלכה ו 212
הלכות גירושין, פרק ב, הלכה טו 658 662
פרק ו, הלכה ג 218
הלכות שלוחין ושותפין, פרק א, הלכה
ה 466 473
כל נדרי (שטסמן)
פרק סו, הלכה ג 669
מילואים, סי׳ ב 674
כנסת הגדולה, על הטור
או״ח, קמו, הגה״ט, אות ב 207
אהע״ז, קמא, הגה״ט, אות קמא 736
חו״מ, קכח, הגהב״י, אות לז 297
קעו, הגה״ט, אות צא 328 354
קפב, הגהב״י, אות ח 332 507
קפב, הגהב״י, אות יג 336
קפב, הגהב״י, אות יד 333 336 507
קפב, הגהב״י, אות כז 340 346
קפב, הגה״ט, אות מז 336
קפב, הגה״ט, אות מח 365
קפב, הגה״ט, אות נה 334
קפב, הגה״ט, אות סט 360
קפג, הגהב״י, אות מג 563 564
קפג, הגהב״י, אות נב 570
קפג, הגהב״י, אות ס 568
קפד, הגה״ט, אות ג 761
קפד, הגה״ט, אות יד 353 424
קפה, הגה״ט, אות י 471
כסף הקדשים, על שולחן ערוך, חו״מ
צו, ו 272
קה, א 20
קכב, ב 624 692 694
קפג, ד 453
קפח 61
רכז, ל 54 65 272 384 385
כסף משנה, על הרמב״ם
הלכות אישות, טז, ז 274
הלכות מכירה, א, ו 66
הלכות מלווה ולווה, יא, יא 274
הלכות מעשר שני, ח, טו 156
הלכות שבועות, ו, ד 63
ז, ו 24
הלכות שלוחין ושותפין, א, ג 330 372 509
510 512 513
א, ה 561
א, ח 168
ב, ב 181
ב, ו 359
ג, ג 279
ה, א 328 345
הלכות תרומות, א, יא 59
ד, ט 311
ד, י 270
כסף נבחר (גויטיין), כלל קנ (שליחות), אות
יג 60
כפוסי, ר׳ חיים, בשו״ת מהריט״ץ, סי׳
קכט 151 457 458 522 523
כפות תמרים, סוכה מא ע״ב 78
כרם שלמה (קוטלר), שו״ת
ח״א, סי׳ לה 73 74
כרתי ופלתי, על שולחן ערוך, יו״ד
סי׳ סא, כרתי, ס״ק ט 64
סי׳ סא, פלתי, ס״ק ו 202 207
כתב סופר, חידושים לתלמוד
גיטין יג ע״א 646
גיטין לב ע״ב 8 629 669
גיטין סד ע״ב 182
כתב סופר, שו״ת
יו״ד, סי׳ קכא 208
סי׳ קסז 121
אהע״ז, סי׳ צא 626
לאור ההלכה (זוין), עמ׳ קכב (במהד׳
תשי״ז) 37
לב ים (זילבר), קידושין, סי׳ לט, ס״ק ג 711
ל״ב נתיבות (זעפראני)
נתיב טו, אות ו 492
נתיב טז 492
לב שלמה (חלמא), שו״ת, סי׳ ה 608 667
לבוש מרדכי (אפשטיין)
גיטין, סי׳ יא 659
סי׳ יא, אות א 109 631
בבא קמא, סי׳ א 57
סי׳ מב 399 402 420
בבא מציעא, סי׳ יא 81 82 85 87
סי׳ יג 13 29 31 33 35 41 42
סי׳ טו 786

מפתח המקורות

לבוש
או״ח, סי׳ שז, סעיף ב 193
יו״ד, סי׳ קס, סעיף יג 36
סי׳ שלא, סעיף לה 271
סי׳ שלא, סעיף לז 270
חו״מ, סי׳ קפב, סעיף ב 366
סי׳ קפג, סעיף ו 561
סי׳ רט, סעיף ד 216
לוין, ר״מ הלוי, בפסקי הלכות – יד דוד, ח״ב,
פרק ז, הלכה יח, הגהה י 482
לחם משנה, על הרמב״ם
הלכות לולב, ח, י 125
הלכות גירושין, ו, ט, מהדורא ב 199
ו, יח 757
הלכות שבועות, ז, ו 24
הלכות שלוחין ושותפין, א, ג 510 512
הלכות שאלה ופיקדון, ד, ט 304
לחם רב (בוטון), שו״ת
סי׳ צב 749
סי׳ צג 333 336 366 507
סי׳ קד 385
סי׳ קז 348
סי׳ קח 546
סי׳ קכד 566 568 570
סי׳ קכה 569 572
סי׳ קנא 537 546
סי׳ קפ 525 528
סי׳ קצה 470 471 755
ליקוטי חבר בן חיים, ח״ה, בבא מציעא לח
ע״א 296
ליקוטי שיחות (שניאורסון) לג, עמ׳ 113 100
190
לנדא, ר׳ שמואל, בשו״ת נודע ביהודה, מהדורא
תניינא, סי׳ קמז וסי׳ קמח 15
לקח טוב (ענגיל)
כלל א 17 104
כלל א, ס״ק א 106
כלל א, ס״ק ד 116
כלל א, ס״ק ז 25 105
כלל א, ס״ק י 58
מאור למלך, בבא בתרא, סי׳ נז, ס״ק ד 674
מאזנים למשפט (סורוצקין), שו״ת, סי׳ ה 73
ר׳ מאיר שמחה, חידושים לתלמוד
נזיר יב ע״ב 215 216
בבא קמא קב ע״ב 81 402 403 406 410 411
מאמר המלך (מצליח), על הרמב״ם
הלכות שלוחין, פרק א 338
פרק א, הלכה ב 329
מבי״ט, שו״ת
ח״א, סי׳ קג 330 333 336 360 364 365
507-510
סי׳ קכג 587-589
סי׳ קכד 588
סי׳ קמה 467 473
סי׳ קעט 343 457 489 518-520 522-525
527
סי׳ קצא 723
סי׳ רט 722
סי׳ שלה 749
ח״ב, סי׳ לז 675
סי׳ עד 749 756
סי׳ קלא 309 311
סי׳ קנג 283
סי׳ קסד 281
ח״ג, סי׳ קג 752 753
סי׳ קנו 588-590
סי׳ קפח 588
מבי״ט, בשו״ת אבקת רוכל, סי׳ פ 41
מגדל צופים (אקסלרוד), שו״ת, ח״א, סי׳
נו 666
מגיד מראשית, שו״ת, חו״מ, סי׳ ו 457
מגילת ספר (קאזיש), על הסמ״ג, לאווין
קטז 812
מגן אברהם, על שולחן ערוך, או״ח
נג, ס״ק כ 74
קנג, ס״ק יט 71
קפט, ס״ק א 187
תט, ס״ק יז 533
תלד, ס״ק ט 269
תמג, ס״ק ד 548
תמג, ס״ק ה 287
תמח, ס״ק ד 91
תמח, ס״ק ה 806
תמח, ס״ק ו 375 376
תרעט, ס״ק א 210
מגן האלף, על שולחן ערוך, או״ח
תלד, ד, אות ה 268 269
תנ, אות ח 376
מהרי״א הלוי (ר׳ יצחק אהרן איטינגא), שו״ת,
ח״ב
סי׳ ס 327 332
סי׳ קכג 572
מהריא״ז ענזיל, שו״ת, סי׳ טו 492
מהריב״ל (ר׳ יוסף בן לב), שו״ת
ח״א, סי׳ מז 720
סי׳ פא (עט) 330 360 509 510
סי׳ צו 48
סי׳ קא 268
סי׳ קיד 543 546 548 577
ח״ב, סי׳ סו 589
ח״ג, סי׳ יז 750 752 754 756 757
סי׳ סח, ד״ה תשובה 750

סי׳ צג 619 667
סי׳ קיא 543
סי׳ קיב 546
סי׳ קיח 589
מהרי״ט אלגזי (ראה: הלכות יום טוב)
מהרי״ט, חידושים על קידושין
נט ע״ב 604
עח ע״ב 213 656
מב ע״ב (בחידושים על הרי״ף) 30 37
מהרי״ט, שו״ת
ח״א, סי׳ כב 156
סי׳ כז 753 755
סי׳ לה 7 18
סי׳ צג 465 470 472 473 755
סי׳ קטז 36 816
סי׳ קיז 43
סי׳ קכז 16־18 449 465 470 472־474
477 481 725 731 735 753 755
סי׳ קלד 750 753
ח״ב, יו״ד, סי׳ נ 491
אהע״ז, סי׳ ז 167
סי׳ יג 675
סי׳ מא 810 811
סי׳ מג 212
חו״מ, סי׳ יז 723
סי׳ כא 125 810 811
סי׳ כג 156 212־214 216 218־220
סי׳ סד 472
סי׳ פא 310
סי׳ פה 257 282 380 637 642 644
סי׳ פז 256
סי׳ קט 489
סי׳ קי 447 456 488 489
סי׳ קיב 328 354 473
מהרי״ט אלגזי, על הלכות בכורות לרמב״ן
פרק א, אות ז 182 242 805
פרק ד, אות ל 60
פרק ד, אות נ 57 59־61 64 182
הערה 107 ואילך במהד׳ ירושלים
תשנ״ג 61
מהריט״ץ, שו״ת (הישנות)
סי׳ קי 311
סי׳ קכז 279 666 667
סי׳ קכט 151 342 345 346 378 457 458
521־523 525
סי׳ קפג 311
מהריט״ץ, שו״ת החדשות, סי׳ עב 354
סי׳ קכז 489 490 496
סי׳ קמד, הערת המהדיר 533
סי׳ קסו 532
סי׳ קפד 345
מהרי״ל דיסקין, שו״ת
ח״א, קונטרס רשימות קצרות מספקות ופסקים
אות קח 255
אות קט 326 327 455
אות קי 350
אות רכב 593
ח״ב — כתבים, סי׳ קט 405
סי׳ קיא 405
קונטרס אחרון, סי׳ ה, אות רלח 527
מהרי״ם מבריסק (ר׳ יעקב מאיר פדווא), שו״ת
סי׳ לח 637 640 641
מהר״ל מפראג, בהגהות והערות בטור השלם,
אהע״ז, סי׳ לה, אות יז 148
מהר״ם אלשיך, שו״ת, סי׳ י 398
סי׳ יט 272 273
סי׳ עח 608 676 677
סי׳ קיז 543
מהר״ם די בוטון, שו״ת, סי׳ נא 384
סי׳ סד 43
מהר״ם לובלין, שו״ת, סי׳ מד 592
סי׳ קכג 609
מהר״ם פדוואה, שו״ת
סי׳ לח 49
סדר הגט 716 718
אות י 647
מהר״ם שיף, חידושים לתלמוד
גיטין לג ע״ב 624
בבא מציעא י ע״ב 99
מהר״ם שיק, חידושים, גיטין עז ע״א 99
מהר״ם שיק, שו״ת
או״ח, סי׳ רלט 128
אהע״ז, סי׳ סח 732
חו״מ, סי׳ יט 70
מהר״ץ חיות, חידושים לתלמוד
נזיר יב ע״א, ד״ה גמרא 22
שבת יח ע״ב, ד״ה רש״י 193
מהר״ש מוהליבר, שו״ת
אהע״ז, סי׳ טז 8
חו״מ, סי׳ ה 58
חידושים בש״ס ורמב״ם, סי׳ י 88
מהר״ש ענגיל, שו״ת, ח״א, סי׳ ו 190
סי׳ יח 207 224
סי׳ לה 91 190
סי׳ מ 269
סי׳ צב 105 468 469 472
ח״ה, סי׳ לז, אות ג 740 790 791
ח״ז, סי׳ ל 92 190
סי׳ קצג 92 190
מהר״ש צרור, שו״ת (תשב״ץ, ח״ד (חוט המשולש), טור ב)
סי׳ א 537 542 543 546

סי׳ יג 216
סי׳ יז 588 590
סי׳ כב 333 337 360 500 508 510 512
מהרש״א, חידושים לתלמוד
גיטין לב ע״ב 627
לג ע״ב 624
סה ע״א 182 242
קידושין נט ע״ב 606
בבא מציעא קיח ע״א 65
מהדורא בתרא, בבא קמא קב ע״ב 424
מהרש״ג (גרינפלד), שו״ת,
ח״א, יו״ד, סי׳ ג 58 60
סי׳ לג 375
ח״ג, סי׳ קי 446
מהרשד״ם, שו״ת
אהע״ז, סי׳ מח 749 750 757
סי׳ ס 311
סי׳ פג 164
סי׳ קח 723
סי׳ קיד 667
סי׳ קסב 19 23 143
סי׳ קע 723
חו״מ, סי׳ כו 572 573
סי׳ כז 569 573
סי׳ מב 367 691 701
סי׳ נ 256 441 443
סי׳ עז 359 366
סי׳ צ 50
סי׳ קי 46 47 367
סי׳ קיד 585
סי׳ קטו 379־381
סי׳ קכב 460
סי׳ קכד 691
סי׳ קכו 254
סי׳ קכז 261 502
סי׳ קמו 140
סי׳ קמח 328
סי׳ קסב 280 283
סי׳ קסו 523
סי׳ רנט 532
סי׳ שסח 353 354
סי׳ שפח 297
סי׳ תיא 52
סי׳ תלה 587 591
סי׳ תלט 15
מהרשד״ם, בשו״ת מהרש״ך
ח״ב, סי׳ פו 328
ח״ג, סי׳ סו 529 530
מהרש״ך, שו״ת
ח״ב, סי׳ ג 572
סי׳ פו 328
סי׳ צא 572
סי׳ צט 794
סי׳ קג 473
סי׳ קי 750
סי׳ קיז 531 537 546
סי׳ קיז[ב] 472 529 530
סי׳ קעג 750
ח״ג, סי׳ ח 750 751
סי׳ סד 521
סי׳ סה 342 360 521 523
סי׳ סו 252 327 342 343 345 346 384
508 518 519 521 523 529 530
מהרש״ך, במחנה אפרים, הלכות שלוחין
ושותפין, סי׳ יא 46
מהרש״ל, חידושים לטור, יו״ד, סי׳ שה 815
מהרש״ל, שו״ת, סי׳ כ 74
סי׳ צו 592
מהרש״ם, שו״ת
ח״א, סי׳ ט 623
סי׳ עז 702
סי׳ קלב 637
סי׳ קס 693
סי׳ קעז 120 698 700
ח״ב, סי׳ א 398
סי׳ ב 615 620
סי׳ ריב 325
ח״ג, סי׳ מז 209
סי׳ צו 693
סי׳ קמח 325
סי׳ קעז 53 399 544
סי׳ רנה 617
סי׳ שכב 398
סי׳ שנב, ס״ק יא 137 167
ח״ד, סי׳ פ 325
סי׳ קי 137 156 158 167
סי׳ קיג 491
ח״ה, סי׳ יח 473
סי׳ כו 15
סי׳ כח 53 54 385
ח״ו, סי׳ קח 655
סי׳ קלה 257
סי׳ קלו 790 794 812
ח״ז, סי׳ מו 366
סי׳ סג 405
סי׳ קכא 808
סי׳ קכד 214
סי׳ קסט 384
סי׳ קצג 655
סי׳ ריב 91
ח״ט, סי׳ קסד 53
מוהליבר (ראה: מהר״ש מוהליבר)

מוהרי״ג, הגהות על ביאור הגר״א, חו״מ, סי׳ לב, אות ק 29
מונסון, ר׳ אברהם, בשו״ת מהרש״ך, ח״ג, סי׳ סה 342 360
בשו״ת מהרש״ך, ח״ג, סי׳ סו 327 342 343 508 515 518 519 521 524 528־530
מועדים וזמנים השלם (שטרנבוך)
ח״ג, סי׳ רכו 41
ח״ד, סי׳ רעא 91
מוצל מאש (אלפנדרי), שו״ת, סי׳ ל 162
מוצל מאש (פרגר), גיטין יא ע״ב 102
כג ע״א 102
מורשת משה (שטינהויז)
בבא בתרא, סי׳ לז, ס״ק ב-ג 674
מזרחי, ר׳ אליהו (רא״ם), שו״ת, ח״א
סי׳ טז 144
סי׳ כג 309־311
סי׳ לא 306 309
סי׳ נב 749־751 753 754 756
סי׳ סח 806 807
מחנה אפרים
הל׳ נזקי ממון, סי׳ ז 36 184 185
ברכת משה, שם, אות ד 185
הל׳ מכירה, קניין משיכה, סי׳ טו 57
הל׳ מכירה, קניין חצר, סי׳ ג 469
הל׳ מכירה, דיני אונאה, סי׳ יב 355
סי׳ יח 54
הל׳ זכייה ומתנה, סי׳ ה 811
סי׳ ו 291 292 349 600 783־785 789 799 803־805
סי׳ ז 810
סי׳ טז 679
סי׳ לא 812
סי׳ לג 84־86 90 815
הל׳ שלוחין ושותפין, סי׳ א 256 341 342 441 457 515 520 527
סי׳ ב 361 372 373 502 503
סי׳ ג 252 258 259 306 327 447
סי׳ ד 8 83 85 89 90 475 481
סי׳ ה 168
סי׳ ו 736
סי׳ ז 17
סי׳ ח 8 737
סי׳ ט 34 208־210
סי׳ י 213
סי׳ יא 46 57־59 61 188 194
סי׳ יב 91 399 403
סי׳ יד 26 192 193
סי׳ טו 8 67 91 398 545
סי׳ טז 337 375 376 398
סי׳ יז 397 403 418 420 541 543־546 548 740 763
סי׳ יח 399 400 421 422
סי׳ יח, וברכת משה אות ב 402
סי׳ יט 534
סי׳ כ 112 465 466 470 471 478
סי׳ כא 533 534
סי׳ כג 85־88 90
סי׳ כה 208
סי׳ כה, וברכת משה שם 207
סי׳ כו 231
סי׳ כז 19
הל׳ שותפות, סי׳ ח 35
הל׳ שומרים, סי׳ לה 288 293
הל׳ שכירות פועלים, סי׳ ב 492
סי׳ ו 492
הל׳ גביית חוב, סי׳ ד 589
על הרמב״ם, הל׳ גירושין, ג, טו 204 205 215 226 227 233־235
ט, לג 263 304 309 311
ט, לה 677
הל׳ שכירות, ב, א 591
מחנה יהודה (אשכנזי), סי׳ קפב, סעיף ו 373
מחנה יהודה (חסמן)
סי׳ א 91 350 373 398 406 410 411 420
מחנה ישראל (פולייב), סי׳ טו 714
מחצית השקל, או״ח, סי׳ נג, ס״ק כ 74
מטה אפרים (מרגליות), דיני קדיש יתום, אלף למטה, ס״ק י 79 80
מטה שמעון, על טור, חו״מ
סי׳ קפב, הגה״ט, אות לב 262 263 306 307 311
סי׳ קפד, הגה״ט, אות ב 760
מי השליח, שו״ת
סי׳ ט 420
סי׳ ט, ס״ק ב 376
סי׳ יב, ס״ק כח 88
מיטב הארץ (ויצמן), עמ׳ 153 100
מילואי אבן (שיינברג), סי׳ קג, ס״ק ח 479
מילי דאבות (צילץ, משה ליב), שו״ת
ח״ב, אהע״ז, סי׳ ח 224
מים חיים (די סילוה)
גיטין כד ע״א 478
גיטין כט ע״א 306
רמב״ם, הלכות תרומות, פרק א, הלכה יא 59
מים חיים (רפפורט), שו״ת, ח״ב
חו״מ, סי׳ יח 120 666 698־700
מים עמוקים, שו״ת, ח״ב (ראנ״ח)
סי׳ יח 209
סי׳ סג 70

מים קדושים, קריספין, דרוש ב למתן
תורה 310
מים רבים (מילדולה), שו״ת, חו״מ
סי׳ כ 514
סי׳ כא 512 514
סי׳ כב 514
מכתב מאליהו (אלפנדרי)
שער א, סי׳ ה 618
שער ו, סי׳ יג 7 8 157 164
שער ו, סי׳ כד 306
שער ז, סי׳ ה 619 620
שער ז, סי׳ ז 608 674
שער ז, סי׳ כה 646
שער ח, סי׳ לה 751
שער ח, סי׳ לח 303
שער ח, סי׳ לט 306 310 313 314
מכתב סופר, ח״ב, ליקוטים, ס״ק ה 103
מכתבי תורה (ר׳ מרדכי קאלינא), סי׳ רעד 290
מכתם לדוד, שו״ת, חו״מ
סי׳ י 333 507
סי׳ יג 489
סי׳ כב 530
סי׳ לא 55 283
מלאכת שלמה (חכים), על הרמב״ם, הלכות
שלוחין ושותפין, פרק א, הלכה א 471
מלוא הרועים (יולס), ח״א
ערך ש״ץ אי מוציא רבים י״ח 74
ערך שליח לדבר עבירה, אות יג 193
אות כ 30
אות כא 42
מלצר, ר׳ איסר זלמן, במנחת יהודה (ליפקוביץ),
בבא קמא קב ע״ב, ס״ק סז 397
בשו״ת הר צבי, יו״ד, סי׳ קמב 85
מנחת אברהם (שפירא), ח״ג
סי׳ י 716
סי׳ י, אות א 710 736
סי׳ י, אות ד 718
סי׳ י, אות ה 715 718
סי׳ י, אות ו 711
מנחת אשר (וייס) – בגדרי הקנינים והלכותיהם
סי׳ ו, אות ב 67
סי׳ ו, אות ג 66 67
מנחת אשר (וייס), על התורה
בראשית, סי׳ טו 13 15
סי׳ טו, אות ג 78
סי׳ טו, אות ד 7 12
סי׳ טו, אות ה-ו 10 13
סי׳ טו, אות ז 117
סי׳ טו, אות ח 78 79
סי׳ טו, אות ט 37
סי׳ נט 55
סי׳ נט, אותיות ג-ד 19
שמות, סי׳ טז, אות ב 200
סי׳ טז, אות ד 37 111 114 138
סי׳ יח, אות ב 193
ויקרא, סי׳ סא, אות ג 492
במדבר, סי׳ ז 204 205
סי׳ יג, אות ד 73
סי׳ כו 669
סי׳ לט, אות א 138
סי׳ מ 796
סי׳ מא, אות א 30 31 40
סי׳ מא, אות ב 31-33 40
סי׳ מא, אות ג 30 37
סי׳ מא, אות ג ואילך 37
סי׳ סט 14 24
סי׳ ע 14
מנחת אשר (וייס), על התלמוד
גיטין, סי׳ טו, אות א 101
סי׳ טו, אות ב 626
סי׳ טו, אות ג 111 118
סי׳ טו, אות ד 108 111 118
סי׳ טו, אות ו 661
סי׳ טו, אות ז 138
סי׳ ל, אות ד 82
סי׳ לא 82
סי׳ סג 725-727
סי׳ סג, אות א 731
סי׳ סג, אות ב 730
סי׳ סג, אות ג 728 734
סי׳ סד 725 727 732 735 736
סי׳ סד, אות ב 731
סי׳ סד, אות ד 726
סי׳ סד, אות ה 480 734
גיטין, מכתבי תורה (בסוף הספר), סי׳ יז, אות
ז ואילך 15
בבא קמא, סי׳ נא 123
סי׳ נא, אות ב 37 114 123 187
סי׳ סח 205
בבא בתרא, סי׳ לה, אות ב 14
מנחת אשר (וייס), שו״ת, ח״א
סימנים קה-קו 664
סי׳ קיד 377
מנחת ביכורים, על התוספתא
דמאי ח, ב 564
דמאי ח, ג 561
מנחת העומר (אביטבול), שו״ת, חו״מ, סי׳
לה 751 753
מנחת הקומץ, שו״ת, סי׳ קטז 593
מנחת חינוך
מצווה קנא 209
מצווה שסד, אות א 17

מצווה תקז, אות ד 242
מנחת יהודה (ליפקוביץ)
בבא קמא קב ע"ב, אות סג 397
בבא קמא קב ע"ב, אות סז 397 419 420
מנחת יצחק (וייס), שו"ת
ח"א, סי' מח, ס"ק ד 788
ח"ג, סי' צט 802
ח"ה, סי' יח, אות ו 190
ח"ז, סי' קכב, אות ג 623
ח"ט, סי' ס 796
סי' קיא 376
סי' קיג 376
ח"י, סי' קא 466
מנחת משה (ירושלימסקי), שו"ת
אהע"ז, סי' יא, אות ח 641
מנחת פתים (אריק), על שולחן ערוך
יו"ד, סי' רנח 734
חו"מ, סי' פא, סעיף ז 149
סי' מז 540
סי' קפב, סעיף ב 353
סי' קפג, סעיף ג 545 546
שיירי המנחה, סי' שנו, סעיף ב 540
מנחת צבי (שפיץ), הלכות שכירות פועלים
סי' ב, אותיות לח-מט 65
סי' ח 559
סי' ח, אות ח 453
מנחת שי (שור), שו"ת, ח"א
סי' יח 558 559
סי' מט 620
מנחת שלמה (אוירבך), שו"ת
ח"א, סי' עו 623 627
סי' עט 612 628 788 792
סי' עט, ס"ק א 787 790
סי' עט, ס"ק ב 779
סי' עט, ס"ק ג 349
חלקים ב-ג (=מהדורא תניינא, מהד' תש"ס)
סי' קז 791-793
סי' קז, פרק א 600
סי' קז, פרק א, אות א 796
סי' קז, פרק א, אות ה 778
סי' קז, פרק א, אות ט 805 806
סי' קז, פרק ב, אות ב 808
סי' קז, פרק ב, אות ד 793
סי' קלו 237
סי' קלו, אות ב 216 233
סי' קלז 217 233
מנחת שלמה (לוין), שו"ת
סי' לד 79
סי' לז 80
מעדני ארץ, על הרמב"ם, הלכות תרומות
ד, א 600 605
ד, ג 600 605
ד, ה 182 242
ד, ט 315
מעיין גנים (עבאדי), שו"ת, חו"מ
סי' ו 524 525
סי' ז 336 346 373 507-509 511 513 527
סי' ז, אות ה 525
סי' ט 54 326 354
מעייני החכמה, בבא מציעא צג ע"ב 287
מערכות חיים (שפירא), על ענייני שליחות
מערכת שליחות, סי' א 109 630 631
סי' א, אות ב 629
סימנים ב-ג 603
סי' ה, אות ב 327
סי' ז 212 224
סי' ח 109 163
סי' ח, אות ב 7
מערכת זכיה, סי' ב, אותיות ג-ד 22
סי' ד 19 22
סי' ד, אות ג ואילך 21
מערכת שליחות במצוה, סי' א, אות ד-ה ואילך 13
סי' א, אות ה 7
סי' א, אות ח 77
סי' א, אותיות ח-ט 38
מילואים והוספות, עמ' קפו 12 13
מערכי לב (צירלסון), שו"ת, סי' קיג 593
מערכת הקניינים (שקאפ), סי' א 157
סי' יד 157
מעשה חושב, על שער המלך
הלכות תרומות, א, יא 193
מעשה רוקח, על הרמב"ם
הלכות גירושין, ו, יג 480
הלכות מכירה, א, ו 66
מפרשי הים, בבא קמא קי ע"א 209
מצפה איתן, קידושין כג ע"ב 203
מקור חיים (ר' יעקב מליסא), או"ח
סי' תלד, ס"ק ב 236
מקור מים חיים (פאדווה), ח"ב, סי' ח 624
מקורות וציונים, על רמב"ם מהד' פרנקל
הלכות אישות, טז, ז 275
מקנה אברהם (שיראנו)
מערכת כ, סי' קנט 208
מקראי קודש (פרנק), חנוכה, סי' יא 187
מר ואהלות (ענתיבי), שו"ת, חו"מ, סי' כ 328
מראה הפנים, על הירושלמי
תרומות, ד, ד 257
בבא מציעא, ה, ה 191
מרגליות הים, סנהדרין מט ע"ב 254
מרומי שדה, קידושין מב ע"ב 34

מרחשת
ח״א, סי׳ נא, ס״ק יא 315
ח״ב, אות ג 680
סי׳ י, אות ג 661
סי׳ י, אות ד 656 659
סי׳ כז, אות א, ס״ק ב 480 86
סי׳ כז, אות ב, ס״ק ב 86
מרכבת המשנה (חלמא), על הרמב״ם, מהדורא
קמא, הלכות גירושין, ו, ג 141 157 158
214 218־223 239 349 600 790 795 796
משאת בנימין (סולניק), שו״ת
סי׳ עה-עו 675
סי׳ צו 91 262 813
משאת משה (ישראל), שו״ת, חו״מ
סי׳ ד 353
סי׳ יג 522 525
ר׳ משה מטראני (ראה: מבי״ט)
משובב נתיבות, סי׳ מה 15
משחא דרבותא, חו״מ, סי׳ קכב 699
משיב דבר, שו״ת
ח״ג, סי׳ טז 488 489
סי׳ יח 493
ח״ד, סי׳ מד 313
משכיל לדוד (לאו), סי׳ לא 236
משכנות הרועים (אלחאייך), מערכת ש, סי׳
קיד 563 564
משכנות הרועים (היבנר), שו״ת, סי׳ מד 52
משכנות יעקב (ברוכין)
אהע״ז, סי׳ כז 313
חו״מ, סי׳ נג 403 425 427 761
משמרת חיים (רגנשברג), סי׳ כח 674
משמרת שלום, חו״מ
סי׳ קפה, סעיף ה, ס״ק ג 365
סי׳ רט, סעיף ד 228
משנה ברורה, על שולחן ערוך, או״ח
שלד, ס״ק סז 136
תלד, ס״ק יט 272
תמג, ס״ק יב 288
תרעא, ס״ק ט 65
משנה הלכות (קליין), שו״ת
ח״ג, סי׳ קמה 14 79 117 118
ח״ה, סי׳ רעט 79
חלק י, סי׳ עא 117
משנה למלך, על הרמב״ם
הל׳ חמץ ומצה, ד, ג 375
הל׳ אישות, ד, ז 228
ז, כ 258 260 348
ז, כא 312
ט, ו 213 226 227 230 237
הל׳ גירושין, ב, טו 658 662
ג, ו 227־229
ו, טז 716
ז, ד 724
ט, כד 309
הל׳ תרומות, ד, א 231
הל׳ ביאת מקדש, ב, ו 209
הל׳ בכורות, ד, א 166 789
הל׳ טומאת צרעת, י, א 122
הל׳ גנבה, ג, ו 26
הל׳ גזלה, יב, ח 538
הל׳ רוצח ושמירת הנפש, ב, ב 28 43
הל׳ מכירה, ב, ט 154
ז, יב 545
הל׳ שלוחין ושותפין, א, ב 263 310
א, ה 342 466 473 522
ב, ו 365
ב, ז 444
ה, א 354
הל׳ שכירות, ו, ט 228
הל׳ מלווה ולווה, ד, יד 816
ה, יד 31 40 43
משנת אברהם (פרייס), על ספר חסידים, ח״ב,
עמ׳ רכו 24
משנת אברהם (פרייס), שו״ת, ח״ב, סי׳ יז, ענף
ד 479
משנת דרבי אליעזר (היילבוט), על שולחן ערוך,
חו״מ
סי׳ קכב, סעיף ב, בהגהה 624
חידושי מהדורא קמא ובתרא, סי׳ קלא, סעיף
א 695
משנת חכמים (הוכגלרנטר), הלכות יסודי התורה,
צפנת פענח, אות כא 669
משנת יעבץ (זולטי), חו״מ
סי׳ מ 299
סי׳ מה, אות ד 65
משנת יעקב (רוזנטל), על הרמב״ם, הל׳ גירושין,
ט, לג 305
משנת רבי אהרן (קוטלר), גיטין
סי׳ טו, אות ז 203
סי׳ טו, אות ח 203 206
משנת רבי אהרן (קוטלר), שו״ת, ח״ב, סי׳
ס 710 716 736
משפט והלכה (בר-דע), עמ׳ 196 725
משפט כהן, שו״ת
סי׳ מא 326 328
נוסח שטר המכירה (אחרי סי׳ פח), עמ׳
קסה 796
משפט כתוב (זיתון), שו״ת, חו״מ, סי׳ ל 358
412
משפט שלום (מהרש״ם), על שולחן ערוך, חו״מ
קעו, סעיף יב 58
קעו, סעיף יד 54

קעו, סעיף יד, ס״ק כג 52
קעו, סעיפים ח-י 256
קפב, סעיף א, בקונטרס אחרון 146 147 269
קפב, סעיף ב 373
קפב, סעיף ו 332 337 338 507
קפג, סעיף ב 533 536
קפג, סעיף ד 533
קפג, סעיף ז 569 571 572
קפה, סעיף א 502
קפו, ס״ק ו 513
קפח, סעיף א 58
קפח, סעיף א, אות ו 398
ר, סעיף יב 473
משפטי הלוי, שו״ת, ח״ג, סי׳ טז 594
משפטי השליחות (ששון)
שער א, פרק ב, כלל ג, הערה ל 267
פרק ז, סעיף ח 188
שער ב, סי׳ א, ענף ג 267
סי׳ ג, ענף ג, אות א 80
סי׳ ג, ענף ה, אותיות ה-ח 7 100
סי׳ ג, ענף ה, אות ח 9 106
סי׳ ז, ענף ב, אות א 732
סימנים יב-יג 803
סי׳ יט, ענף א, אות ד 184
סי׳ כב, ס״ק ד ואילך 203
סי׳ כג, ענף א, אות ח 216
סי׳ כג, ענף ב, אות ח 229
סי׳ כג, ענף ג, אות ב 235
סי׳ ל, ענף ב, אות ג 78
סי׳ ל, ענף ג, אות ה 117
סי׳ ל, ענף ד, אות ג 79
סי׳ ל, ענף ד, אות ז 79
סי׳ לז, ענף א, אות ב 83
סי׳ לז, ענף ב, אות ג 86
סי׳ לז, ענף ד, אות ג 21
סי׳ מא, ענף ב, אות ט 8
משפטי התורה (שפיץ), על התלמוד
בבא קמא, סי׳ פד 495
בבא מציעא, סי׳ יא 536
סי׳ סה 584
סי׳ עט 594
משפטי התורה (שפיץ), שו״ת, ח״א
סי׳ סח-ע 559
סי׳ צח 592
משפטי עוזיאל, שו״ת
אהע״ז, ירושלים תשכ״ד (=חלק ז, ירושלים תשס״ה), סי׳ קד 710 712 716
ח״ב, אהע״ז, תל-אביב תרצ״ח, סי׳ מח 210
סי׳ פח 16 79 98 127
ח״ג, מילואים, סי׳ א 74
ח״ד, ירושלים תש״ס, חו״מ, סי׳ מז, אות ו 42
ח״ד, ירושלים תש״ס, ענינים כלליים, סי׳ יז, אות ב 30
משפטי שמואל (קלעי), שו״ת
סי׳ מו 473
סי׳ נב 256 441
סי׳ קטו 472 530
סי׳ קיז 799 814
משפטי שמואל (רבינוביץ), ח״א, שמעתתא דשליחות
פרק א 42
פרק א, אות ה 102
פרק ב, אות ג 116
פרק ז, אותיות א-ב 468
פרק ז, אות ד 467
פרקים יד-טז 88
פרק טז, אות ו ואילך 152 153
פרק כד 84
פרק כה, אות ט 214 231
פרק כה, אות י 231
פרק כו, אות א 232
פרק כו, אות ב 239
פרק כו, אות ג 60
פרק כו, אות ט 231 232
משפטיך ליעקב, שו״ת
ח״א, סי׳ לה 144
ח״ב, סי׳ לד, אות א 574
סי׳ לד, אות ב 494
סי׳ לו 49
סי׳ לו, אות יב 666
סי׳ לו, אות יג 282
ח״ד, סי׳ ל, אותיות ה-ו 141
סי׳ ל, אות יא 146
סי׳ לו, אות יד 621
משפטים ישרים (בירדוגו), שו״ת, ח״א
סי׳ מד 530
סי׳ תלא 165
משפטים לישראל (גינזבורג)
פרק ו 29
אות כח 27
עמ׳ קנג-קס 29
נאות דשא (אייבשיץ), שו״ת
סי׳ לט 291 295 298
סי׳ נה 331 338 346 507
סי׳ נו 366
סי׳ נז 370
סי׳ נח 348 355
נבחר מכסף, שו״ת, חו״מ
סי׳ עט 587
סי׳ צא 543

סי׳ צה 572
נבנצאל, ר׳ אביגדור, תורה שבעל פה יט
(תשל״ז), עמ׳ קיג 57
עמ׳ קיד 56 61
נדרי זריזין (קלוגר), ח״א
השמטות, דף פט 224
השמטות, דף צ 633
נהורא דיעקב (קופריץ), אהע״ז, סי׳ לז, סעיף
יא 350 801
נהרי אפרסמון, שו״ת, חו״מ, סי׳ יד 308 343
520 525 576
נודע ביהודה, שו״ת
מהדורא קמא
או״ח, סי׳ יט 793
סי׳ לד 592
יו״ד, סי׳ סו 620
סי׳ סז 15
אהע״ז, סי׳ ב 21
סי׳ ג 220
סי׳ סב 783
סי׳ סד 23 26 36 37 195 209 218
סי׳ ע 780 807
סי׳ עה 34 36 37 39 43
סי׳ עו 35 87
סי׳ עו-פב 36
סי׳ עז 87
סי׳ עח, אות ט 33
סי׳ עח, אות יב 43
סי׳ פ, אות יד 31 39 41
סי׳ פ, אות טו 43
סי׳ פא, אות ח 43
סי׳ צא 156 158
סי׳ צב 780
חו״מ, סי׳ כה 667
סי׳ ל, אות ט 441 490 593
מהדורא תניינא
או״ח, סי׳ קיב 188
יו״ד, סי׳ קמו 17
סי׳ קמז 15
סי׳ קמח 15 284
סי׳ קנד 72 73
אהע״ז, סי׳ נב 229
סי׳ נד 229
סי׳ נד, אות י 182
סי׳ נד, אות יב 216
סי׳ סט 197 205 218 226
סי׳ ע 23 195 197 218
סי׳ עא 437־439
סי׳ עב 436־439 532
סי׳ קי 21
סי׳ קיב 36
סי׳ קיב, אות א 728 730
חו״מ, סי׳ לה 367
נודע בשערים (אשכנזי), שו״ת, ח״א
סי׳ ט 796 799
סי׳ יא, אות יג 234
נועם ירושלמי, על הירושלמי
דמאי, פרק ה 315
מעשר שני, ד, ד 83
קידושין, ב, א 106
בבא קמא, ט, ה 427־429
נחל יצחק, חו״מ, סי׳ סא 274
נחלת דוד (טביל), בבא מציעא י ע״א 60
נחלת צבי, חו״מ, סי׳ רצב, סעיף ז 497
נחלת שמעון (זרחי), שו״ת, סי׳ מ 344
נחפה בכסף (נבון), שו״ת, ח״א, חו״מ, סי׳
יח 489
נפש הרב, עמ׳ קכה 74
נפש חיה (לוריא), על בבא מציעא
עא ע״ב 87
עח ע״א 341
נפש חיה (מרגליות), על שולחן ערוך, או״ח, סי׳
מד 73
נקודות הכסף, על שולחן ערוך, יו״ד
קסב, על ט״ז, ס״ק ח 793 794
רכח, על ט״ז, ס״ק מט 749 750
שה, על ט״ז, ס״ק יא 811 810
שכח, על ט״ז, ס״ק ב 270
נתיבות אור (בלזר), בס׳ אור ישראל, עמ׳
נח 435
נתיבות המשפט, על שולחן ערוך, חו״מ (סתמו –
הביאורים)
יב, ס״ק ב 48
מה, ס״ק ב 15 24
נו, ס״ק ה 668
ס, ס״ק יז 407 408
ס, ס״ק יט 352 353
סא, ס״ק ג 156 157
סא, ס״ק ח 274
עז, ס״ק ד 271 327 404
עז, ס״ק ח 55
צו, ס״ק ח 272
קה, ס״ק ב 60 61 85 86 90
קה, ס״ק ג 55
קכא, ס״ק ג (השני) 143
קכב, ס״ק ג 153 688 695
קמט, ס״ק טו 384
קעו, ס״ק לא 489
קעו, ס״ק ס 591
קפב, ס״ק א 20 32 34 35 42 105 111
185־187
קפב, ס״ק ב 8 398 467

נתיבות המשפט (המשך)
קפב, ס"ק ג 687
קפב, ס"ק ד 360 361 511 514 540
קפב, ס"ק ה 373
קפב, ס"ק ו 369
קפב, ס"ק ז 506 507
קפב, ס"ק י 259 260 263 264
קפג, ס"ק א 493 496 497
קפג, ס"ק ב 399
קפג, ס"ק ג 544
קפג, ס"ק ד 397 543 545 759 761
קפג, ס"ק ה 546
קפג, ס"ק ו 439 533 535 536
קפג, ס"ק ז 520 527
קפג, ס"ק ח 255
קפג, ס"ק ט 561 562
קפג, ס"ק י 567
קפג, ס"ק יב 569 573
קפג, חידושים, ס"ק א 497
קפג, חידושים, ס"ק יד 566
קפד, ס"ק א 761 762
קפד, חידושים, ס"ק ב 760
קפה, ס"ק א 83 85 86 469 475
קפה, ס"ק ב 502
קפה, ס"ק ה 327 360 361 511 700
קפה, ס"ק ו 365 367
קפה, ס"ק ז 355
קפה, חידושים, ס"ק ב 502
קפח, ס"ק א 60 61 82 91 123 124 241
קצ, ס"ק ג 785
קצה, ס"ק א 82 85 91 349 350 782 784 786 792 808
קצה, חידושים, ס"ק ח 782 792
רז, ס"ק ג 371
רז, ס"ק יח 216
רט, ס"ק ט 544
ריא, ס"ק ה 228
רכז, ס"ק א 355
רל, ס"ק א 371
רלה, ס"ק יג 792
רלה, ס"ק יד 649
רמג, ס"ק ו 231 234-236
רמג, ס"ק י 85 812 815
רמד, ס"ק א 8 467 728 730
רסד, ס"ק ז 593
רסט, ס"ק א 423
רעה, ס"ק א 123 124 800 801
רצב, ס"ק ה 32
שלג, ס"ק יב 493
שמח, ס"ק ד 29 32 193 195
נתיבות יהושע, קידושין, סי' יא 107 108
נתיבות ירושלים, על ירושלמי, בבא קמא, ט, ה 427 428
נתן פריו, גיטין כד ע"א 480
נתנזון, רי"ש, הסכמה לס' זיכרון צבי מנחם 210
הסבא קדישא, שו"ת, ח"ג, יו"ד, סי' יח 237
סדר הגט (מרגלית) 162
סי' פו, סעיף כב 638
סי' פו, סעיף כד 638
סדר הגט (ר' מיכל יוזפס), אות כז 638
סדר הגט (ר' משה יפה), בס' פסקי ושאלות ותשובות מהר"ש מלובלין 638
סדר הגט למהר"ם מפדואה (ראה: מהר"ם מפדואה)
סוגיות בדיני ממונות (כהן), סי' ח 102
סולובייצ'יק, ר' חיים, חידושי ר' חיים הלוי על הרמב"ם, הלכות מלווה ולווה, פרק ה, הלכה ג 67 192
סולובייצ'יק, ר' חיים, חידושי הגר"ח (מכתב יד), בבא מציעא י ע"ב 39
סולובייצ'יק, ר' חיים, חידושי הגר"ח השלם, בבא מציעא
סי' טו, ס"ק ד 779
סי' יז 779 810
סי' יח 35
הוספות, סי' ה 79
הוספות, סי' יא 604
סולובייצ'יק, ר' חיים, חידושי הגר"ח על הש"ס מפי השמועה (בלטימור תש"ך), עמ' 22 216
סולובייצ'יק, ר' חיים
בברכת שמואל (לייבוביץ), גיטין, סי' כג 85 90
בברכת שמואל (לייבוביץ), קידושין, סי' י, ס"ק ג 779
סי' כ 77 117
בבית יצחק מ (תשס"ח), עמ' 388 37
באמרי משה (סוקולובסקי), סי' כ, אות א 82 635
סולובייצ'יק, ר' יוסף דוב (מבוסטון), בס' נפש הרב, עמ' קכה 74
בס' בעקבי הצאן, סי' ל, אות ה 779
סם חיי, שו"ת, סי' מ 466 471
סמ"ע, על שולחן ערוך, חו"מ
כה, ס"ק יח 751
ס, ס"ק יח 233
עז, ס"ק ח 270
עז, ס"ק יט 55
עז, ס"ק כה 272

סמ״ע (המשך)
קכא, ס״ק ו 142
קכא, ס״ק ז 143
קכב, ס״ק ג 50 171 173 694
קכב, ס״ק ה 697 701 702
קכב, ס״ק יט 279
קכג, ס״ק ט 618
קכה, ס״ק כג 83 84
קכו, ס״ק נה 24
קמט, ס״ק מא 48
קסג, ס״ק יח 591
קעה, ס״ק כו 451 472 475
קעו, ס״ק לב 448
קעו, ס״ק לד 354
קעו, ס״ק מז 523
קפב, ס״ק א 99
קפב, ס״ק ב 31־33 40 41
קפב, ס״ק ז 380 383
קפב, ס״ק ח 63 368־370 383
קפב, ס״ק י 330 334 367 509 510 512
קפג, ס״ק ג 436
קפג, ס״ק ה 537 763
קפג, ס״ק ו 546
קפג, ס״ק ט 533 585
קפג, ס״ק יא 397 546
קפג, ס״ק יג 532 535
קפג, ס״ק יח 559 561־563 567
קפג, ס״ק יט 558 559
קפג, ס״ק כא 562 566 567
קפג, ס״ק כד 570
קפד, ס״ק א 760
קפד, ס״ק ב 760 761
קפה, ס״ק א 69
קפה, ס״ק ב 559
קפה, ס״ק ד 468
קפה, ס״ק ט 365
קפה, ס״ק יב 63 346 366 368־370 381 383
קפה, ס״ק טו 355
קפח, ס״ק יא 591
קצה, ס״ק יא 782
רכז, ס״ק ו 355
רכז, ס״ק ח 355
רכז, ס״ק נג 47
רכז, ס״ק נה 356
רל, ס״ק טו 371
רלז, ס״ק א 454 532
רמג, ס״ק לא 811
רסט, ס״ק א 423
רע, ס״ק יב 62
רצ, ס״ק י 47
רצב, ס״ק כ 538
שכו, ס״ק ב 594
שלג, ס״ק כה 491
שמח, ס״ק כ 31־33 40 41 43
תיח, ס״ק כז 184
ספר המפתח, ברמב״ם מהדורת פרנקל
הלכות שלוחין ושותפין, א, ה 523
ה, א 354
הלכות מלווה ולווה, ה, ד 193
ספר המקנה (הורוביץ)
קידושין מא ע״ב 53 711
מב ע״א 241
מג ע״א 28 28
מג ע״ב 181
נח ע״ב 603
נט ע״ב 315
סב ע״ב 216
סד ע״ב 156 157
קונטרס אחרון, אהע״ז, ל, ח 163
לה, ה 58 149
לה, ו 60
לה, ט 437
ספר העיקרים (איגר), ח״ב
עיקר אין שליח לדבר עבירה 29 42
ספר הערות (ברנשטיין), גיטין, חלק ב, פרק
׳דיבור מבטל דיבור׳, אות ג 632
ספר התשובה (ר׳ יוסף כהן), פרק א, הלכה ב,
בארי בשדה, ציון 39 17
ספר משבי״ח (זיוויץ), ח״ב, עמ׳ 32 83
עגונת ישראל (המגיד מקוז׳ניץ) 141
עדות ביהוסף (אלמושנינו), שו״ת
ח״א, סי׳ ח 297 781
עדות ביהוסף (קאפח), סי׳ עג 358
עולת שמואל (זיברטנסקי)
סי׳ נג 344 496 526 527
עונג יום טוב, סי׳ ג 14
סי׳ לח 237
סי׳ קא 228
סי׳ קח 600
סי׳ קט 58 59 600 796
סי׳ קי 778 798־800 804
סי׳ קיג 13 104 108 121 122 164 397 647 659
סי׳ קלו 8 733
סי׳ קמו 164־166 639 641 642
סי׳ קמז 162 164־166 641 642
סי׳ קנח 164 611 612 614 621 622 676
סי׳ קנט 615 617 618
סי׳ קס 145 734 735

סי׳ קסג 792
סי׳ קסה, ד״ה ונראה לי דוודאי 32 33 55 164
סי׳ קסט 623
עזר משפט, סי׳ כד 702
עזרת כהן, שו״ת
סי׳ סד 260 261
סי׳ סד, אות ד 259 313 314
סי׳ סד, אות ז 313
סי׳ סה 260
סי׳ סה, אות ו 259 263 314
סי׳ סה, אות ח 313
סי׳ קג, אות ה 628
עטרת דבורה (לביא), ח״ב, סי׳ כד 666־668
סי׳ פה 716 718
עטרת יצחק, שו״ת, סי׳ ג 85
סי׳ ה 20
עטרת שמואל (רוזנבאום), כתובות צט
ע״א 260 263 313
עין יהוסף, בבא מציעא י ע״ב 183
עין יצחק, שו״ת
ח״א, או״ח, סי׳ כח, אות א 228 790
יו״ד, סי׳ כו, ענף ב, אות ז 792
סי׳ כו, ענף ח, אות מא 87
אהע״ז, סי׳ א, ענף א, אות א 805
סי׳ א, ענף א, אות ה 807
סי׳ ב 238
סי׳ ב, אות ג, בהגהה 228
סי׳ ב, אות ד 170 790
סי׳ ב, אות ה 170 222
סי׳ מב, ענף ד 533
סי׳ מב, ענף יג 533
סי׳ עט 44
ח״ב, אהע״ז, סי׳ ג, אות א 716
סי׳ טו 257
סי׳ לז 676
סי׳ לז, אות ב 608
סי׳ לח, אות ג 602
סי׳ מא, אות ט 602
סי׳ מב, אות לז 612 613
סי׳ מב, ענף יא 619 620 631
סי׳ מב, ענף יא, אות ס 609
סי׳ מו, אות כג 602
סי׳ מו, אות מ 114
עמוד הימיני, סי׳ יב, פרק ה, אות ח 71
סי׳ טז, פרק א 26 195
סי׳ כא 631
סי׳ מז 15
סי׳ מז, אות ב 13
עמודי אור, סי׳ צט 626
עמודי אש (איישישקר), סי׳ ה 91
עמק יהושע (שפירא), ח״א
סי׳ יז 72
סי׳ כא 795
ענגיל, ר׳ שמואל (ראה: מהר״ש ענגל)
ענזיל (ראה: מהריא״ז ענזיל)
ר׳ עקיבא איגר, הגהות על הרמב״ם, הלכות שבועות, ט, ז 51
ר׳ עקיבא איגר, חידושים לשולחן ערוך
או״ח, רסג, על מגן אברהם, ס״ק יא 188
שז, על מגן אברהם, ס״ק כט 193
תמו, על מגן אברהם, ס״ק ב 188
יו״ד, קעז, סעיף ה 546
רלה, על ש״ך, ס״ק ח 136
אהע״ז, לה, ס״ק ג 209
קנד, סדר הגט, אות יב 638
חו״מ, קה, סעיף א 20
חו״מ, קפב 162
קפב, סעיף ב 360
קפה, סעיף א 84
קצ, סעיף ד 67
רצב, סעיף טז 299
שלג, על ש״ך, ס״ק ד 492
ר׳ עקיבא איגר, חידושים לתלמוד
כתובות יא ע״א 813
גיטין כג ע״ב 188
לב ע״א 16 17 735
סב ע״ב 790
קידושין מג ע״א 34
בבא מציעא י ע״ב 33
סא ע״א 192
ר׳ עקיבא איגר, שו״ת
מהדורא קמא, סי׳ לז 125 421
סי׳ מו 749 750
סי׳ קכט 35 36 88
סי׳ קלג 23
סי׳ קמא 234
סי׳ קצד 40 87 88
מהדורא תניינא, סי׳ עג 212 220 223
סי׳ קיב 56 61
סי׳ קלט 196
שו״ת החדשות (בודפשט תרצ״ח)
סי׳ מז 398
סי׳ מח 543 546 547
סי׳ עט 807
סי׳ פא 468
ר׳ עקיבא איגר, תוספות למשנה
פאה ב, ז 59
גיטין ד, א, אות לד 14 16 17
ו, א 611

ו, ו, אות עא 266
ר׳ עקיבא איגר (ראה גם: גנזי ר׳ עקיבא איגר; דרוש וחידוש)
ערוגת הבושם (גרינוולד), שו״ת, או״ח, ח״א
סי׳ כ 73
סי׳ מא, אות ה 58 59
ערוך השולחן
או״ח, תמח, כח 236 239
יו״ד, שה, סעיפים ה-ח 16
שה, ט 228
שה, י 244
שכח, סעיפים ו-ז 600
אהע״ז, לה, כט 439 532
לח, פו 309
קכ, סעיפים נד-נה 736
קלד, לב 675
קמא, ז 449 474
קמא, סעיפים נ-נד 150
קמא, סז 196
קמא, קיז 726
חו״מ, נח, י 255
סב, ו 353
עז, ד 271
קכב, א 624 694
קכב, ב 694
קכב, ה 278 279
קכב, ו 278 279
קכג, ו 749־751 756
קכד, ב 51 52
קעה, נד 468
קעו, לא 271
קעו, עד 271
קפב, ג 244
קפב, ד 212 214
קפב, ה 226 235
קפב, ח 722 724
קפב, ט 40
קפב, י 41 42
קפב, יב 26
קפב, יח 63 383
קפב, כא 374
קפג, ח 562 563
קפה, ב 468 472
קפח, ב 242
קצה, ב 785
רלה, יד 48
רמג, יח 811 812
רצ, לד 49
רצ, מב 45
שלט, ט 65
שמו, יג 59
שנח, ה 271
ערוך השולחן העתיד, זרעים, סי׳ סג, סעיף ט 600
ערך השולחן (טייב), על השולחן ערוך
יו״ד, רכח, אות לא 750
חו״מ, קפב, ד 368
ערך ש״י, על שולחן ערוך, חו״מ
עב, ב 405
קפב, א 398
קפג, ב 420
קצו, ה 473
שמו, ו 404
עשה לך רב (הלוי), ח״ו, סי׳ מו 17
פדואה (ראה: מהר״ם פדואה)
פורת יוסף (אלפאנדרי), שו״ת, חו״מ, סי׳ לא 297 299 585
פיינשטיין, ר׳ משה, רפואה והלכה ג, ירושלים תשמ״ג, עמ׳ שמח-שמט 663
פליטת בית יהודה (לירמה), שו״ת, סי׳ כא 144 330 333 336 507 509 510 512 513
פלס חיים (סופר), סוגיה דתופס לבעל חוב 476
עמ׳ פד 471
פלפולא חריפתא, על הרא״ש
בבא קמא, פרק ט, סי׳ יח, ס״ק א 397 401
ס״ק ר 456
בבא מציעא, פרק ו, סי׳ ב, ס״ק ד 496
פני אריה (ברסלוי), שו״ת, סי׳ מד 244
פני דוד (פאפו), שו״ת, חו״מ, סי׳ יא 332 337 384 515
פני יהושע (חנדאלי), שו״ת (בס׳ שני המאורות הגדולים)
סי׳ יא 364 500 510
סימנים לה-לו 643 644
פני יהושע (מקראקא), שו״ת
ח״א, יו״ד, סי׳ ג 42 193
אהע״ז, סי׳ ה 611
אהע״ז, סי׳ ו 304
ח״ב, אהע״ז, סי׳ פה 162 165 638 642 643
חו״מ, סי׳ צו 71
פני יהושע, על התלמוד
כתובות פד ע״ב 19 20 42 58
גיטין יא ע״ב 84
כט ע״א 726
כט ע״ב 8
לב ע״א 615
לב ע״ב 610 623
לג ע״א 623
לג ע״ב 757
לד ע״א 631

מפתח המקורות

מא ע"ב 202
סב ע"ב 611 790
סד ע"ב 181 182 198
סה ע"א 243
סה ע"ב 304
ע ע"ב 656 657 678
קידושין ז ע"א 66
מא ע"א 97 118
מא ע"ב 615
מב ע"א 99 774 777
מב ע"ב 31-33
נט ע"ב 315 605 627 629
בבא קמא נו ע"א 29
קב ע"ב 343 346 416
קג ע"א 398 426
בבא מציעא לח ע"א 451
פני יצחק (אבולעפיה), שו"ת
ח"ה, חו"מ, סי' ח 489 496
פני משה (בנבנישתי), שו"ת
ח"א, סי' ט 48
סי' לב 384
סי' עט 545
ח"ב, סי' לח 188
פני משה, על הירושלמי
דמאי, פרק ו, הלכה ח 418
בבא קמא, פרק ט, הלכה ה 427
פנים יפות, ויקרא כה, יד 356
פנים מאירות (אייזנשטאט), שו"ת, ח"ב
סי' יא 807
סי' נב 296 806
פסקי הלכות – יד דוד (ר' דוד פרידמן מקרלין)
ח"א, פרק ג, הלכה יד 269
פרק ג, הלכה טו 113 117-119
ח"ב, פרק ז, הלכה ח, אות קצג 622 623
פרק ז, הלכה ח, הגהה כב 678
פרק ז, הלכה ח, הגהה כג 660 680
פרק ז, הלכה יח 306
פרק ז, הלכה יח, הגהה י 482
פרק ח, הלכה א 310
פרק ח, הלכה ד 229
פרק ח, הלכה ד, הגהה ג 223
פרק ח, הלכה ד, הגהה ד 210
פרק ט, הלכה ד, אות פט 617
פסקי עוזיאל בשאלות הזמן
סי' נב 42
סי' נד, אות ז 210
סי' נח 14 16 24 79
סי' נח, אות ו 98
סי' נח, אותיות ז-ח 127
סי' נח, אות טז 58
פעמוני זהב, על שולחן ערוך, חו"מ
סי' קכב 699
סי' קפג, סעיף ו 564
סי' רצ, סעיף ג 49
פרח מטה אהרן, שו"ת, ח"א
סי' פה 385
סי' פט 283
פרח שושן (שבאבו), שו"ת
אהע"ז, כלל א, סימנים א-ב 311
פרי הארץ (מזרחי), שו"ת, ח"א
יו"ד, סי' יט 754
אהע"ז, סי' ה 754
פרי החיים, שו"ת
או"ח, סי' לה 120 698 700 764 797
חו"מ, סי' יח 140 619 696 698
חו"מ, סי' כ 666 698 700
פרי השדה, שו"ת, ח"ב, סי' עב 73
פרי חדש, על שולחן ערוך
יו"ד, סי' סא, סעיף ח 64
סי' קכ, ס"ק מ 194
אהע"ז, סי' קכ, ס"ק א 752
סי' קכא, ס"ק ב 107 658
סי' קכא, ס"ק ה 657 659
פרי מגדים, על שולחן ערוך, או"ח
פתיחה כוללת, ח"ג, אות כט 188
פתיחה כוללת, ח"ד, אות ד 40 188
סי' נג, אשל אברהם, ס"ק כד 74
סי' שד, אשל אברהם, ס"ק ח 33 188
סי' תרעט, אשל אברהם, ס"ק א 16 42 202 210
פרי משה (סגל), בענייני קניינים
סי' ג, ס"ק א 402
סי' ג, ס"ק ה 467 473
פרי תואר, יו"ד, סי' סא, סעיף ח 64
פרישה, על הטור
יו"ד, רכא, ס"ק מב 136
רלה, ס"ק ב 136
אהע"ז, לה, ס"ק כא 233
לה, ס"ק כא, הגהת בן המחבר 215
קמא, ס"ק פז 307
חו"מ, קפג, ס"ק ח 558
קפה, ס"ק ה 365 368

פרנק, ר׳ צבי פסח (ראה גם: הר צבי)
הסכמה בס׳ שאילת משה (וסרמן), תל-אביב תשי״ז, עמ׳ 6 631
הצבי ישראל (ספר הזיכרון לזכרו), מעמ׳ רכה = ספר רש״י, מעמ׳ תפ 37 38
קונטרס אחרון לספר נשמת חיים לר׳ חיים פיינזילבר, אות כט 193
פרשת מרדכי (בנט), שו״ת, אהע״ז, סי׳ מז 224 732
פתח הבית (טיקטין), סי׳ כא, ענף ו 36 788 796
פתח הדביר, סי׳ שז, סעיף ב 193
פתחי חושן
דיני קניינים, מכירה ומתנה, פרק ג, סעיף טו 68
פרק יט, הערה טז 234
הלכות גנבה ואונאה, פרק יא, הערה כב 355
פרק יג, הערה ב 355
הלכות הלוואה ואבדה, דיני אבדה, פרק ב, הערה ה 122
פרק ט, סעיף יח, והערה נא 10
הלכות נזיקין, פרק ג, סעיף מ 693
פרק יב, הערה יא 297
פרק יג, סעיף טז, והערה לו 692
הלכות פיקדון ושאלה, פרק ב, הערה מז 143
פרק יא, סעיף ט ואילך 556
פרק יא, סעיפים י-יא, וההערות שם 559
פרק יא, הערה יב 56
פרק יא, הערה כג 564
פרק יא, הערה מד 562 570
פרק יב, הערה א 262 327
פרק יב, הערה ד 337
פרק יב, הערה יא 327
פרק יב, הערה כ 382
פרק יב, הערה לב 502
פרק יב, הערה לג 255
פרק יב, הערה לד 256
פרק יב, הערה לט 488
פרק יב, הערה עג 395
פתחי תשובה, על שולחן ערוך
אהע״ז, לה, ס״ק ו 188
לה, ס״ק יג 209
קל, ס״ק יא 260
קלג, ס״ק ג 313
קלד, ס״ק א 675
קמ, ס״ק ב 155 158
קמ, ס״ק ה 611
קמ, ס״ק ז-ח 780
קמא, ס״ק ב 641
קמא, ס״ק ג 640
קמא, ס״ק כב 224
קמא, ס״ק לה 141
קמא, ס״ק מ 715
קמא, ס״ק מא 739
קמא, ס״ק מב 716
קמה, ס״ק ט 792
קנד, סדר הגט, ס״ק מג 638 640 641 644
חו״מ, יב, ס״ק ז 48
קיא, ס״ק ו 663
קכב, ס״ק ב 279
קכג, ס״ק א 756
קכג, ס״ק ב 367
קפב, ס״ק ד 698
ר, ס״ק ח 473
רא, ס״ק ב 237
רלה, ס״ק ו 649
רע, ס״ק א 62
שטו, ס״ק א 228
שלג, ס״ק ד 491 492
יו״ד, קס, ס״ק יד 43
קס, ס״ק טז 43
קסט, ס״ק ב 186
רכח, ס״ק ט 56
רלה, ס״ק ג 136
רלו, ס״ק א 618
שה, ס״ק טז 16 244
שכ, ס״ק ו 806
שלא, ס״ק ו 669
ר׳ צבי הירש, בשו״ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, אהע״ז, סי׳ עח, אות ט 33
אות יב 43
סי׳ פא, אות ח 43
צדקה ומשפט (חוצין), שו״ת
אהע״ז, סי׳ כט 352
חו״מ, סי׳ לג 364 368
סי׳ לה 545
צור תעודה, על הרמב״ם, הלכות שלוחין
א, ב 262 263 304 306 307 311
א, ג 336 337
א, ה 343 346 351-353 424
ב, ז 472
ג, ג 283
ציוני, שו״ת
ח״א, סי׳ א, סעיף ז 356
ח״ב, חו״מ, סי׳ ג, אות א 356
ציץ אליעזר, שו״ת
ח״ד, סי׳ ל 257
סי׳ ל, אות ב 584
ח״ה, סי׳ א, פרק ד, אות ה 73 74
ח״ה, רמת רחל, סי׳ כג, אות ד 499
ח״ז, סי׳ מח, קונטרס אורחות המשפטים, פרק י 499

ח״ח, סי׳ כה 326
ח״י, סי׳ לט, אות טז 238
סי׳ לט, אות יז 600
חלק יז, סי׳ ו, אות ו 15
חלק כ, סי׳ נג 718
סי׳ סו 224
חלק כא, סי׳ נד 790
חלק כב, סי׳ עב 146
סי׳ צג 326
צלעות הבית, בס׳ בית מאיר, אהע״ז, סי׳ ט
(השני) 615
צמח מנחם (אייזנשטט), סי׳ כ 42
צמח צדק (קרוכמל), שו״ת
סי׳ ו 592
סי׳ קכד 282 381
צמח צדק (שניאורסון), פסקי דינים, חו״מ
סי׳ רצב 543
סי׳ רצב, על סמ״ע ס״ק כ 540 541 545
צמח צדק (שניאורסון), שו״ת
אהע״ז, סי׳ נה, אות ה 260
סי׳ רעא 307 314
סי׳ רעא, אות ז 313
סי׳ רעא, אות ח 304 306
סי׳ רעא, אות ט 313
סי׳ רעה, אות ז 157
סי׳ רעה, אות יג 157 163
סי׳ רעה, אות יד 7
סי׳ רעה, אות טו 787
או״ח, סי׳ כט, אות ד 814
סי׳ מו 232 238
צפנת פענח, על הרמב״ם
הלכות אישות, ג, טו 159
הלכות גירושין, ו, ט 200
ו, טז 626
השמטות להלכות מתנות עניים, ג, א 159
מהדורא תניינא, דף לו ע״א 290 473
צרור (ראה: מהר״ש צרור)
קדושת בית ישראל (קריגר), סי׳ מ 737
קהילות יעקב (קנייבסקי), על התלמוד
זרעים, ח״ב, סי׳ ט 315
סי׳ י 28
כתובות, סי׳ יג 812
סי׳ לח 30 187
גיטין, סי׳ ד 142
סי׳ ח 82
סי׳ י 20 21 89
סי׳ טו 482
סי׳ יח 82 112
סי׳ יח, אות ב 112
סי׳ כ 646 659
סי׳ כ, אות ב 659
סי׳ כ, אות ג 714־716
סי׳ כ, אות ח 627
סי׳ כד, אותיות ג-ד 732
סי׳ כה 455 601 625 627 628 632
סי׳ כח, אות ד 233
קידושין, סי׳ כו 182
סי׳ כז, אות ב 66 67
סי׳ לח 28
סי׳ לט, אות א 33
סי׳ לט, אות ב 42
בבא קמא, סי׳ כא 193
בבא מציעא, סי׳ טו 60 61
סי׳ טז, אות ה 26
סי׳ טז, אות י 87
בבא בתרא, סי׳ לו, אות ד 779
סנהדרין, סי׳ יט 674
עבודה זרה, סי׳ ח 193
בכורות, סי׳ י, אות ב 59
קהילת יעקב (אלגזי)
תוספות דרבנן, אות קיט 84 88 777 801
810 811
לשון חכמים, אות ו, סי׳ רי 750
לשון בני אדם, אות ו, סי׳ נז 749
קהילת יעקב (ר׳ יעקב מליסא), אהע״ז, סי׳ לה,
סעיף ג 147 163
קובץ ביאורים (וסרמן), על גיטין
אות ד 626
אות טו 653
אות לח 234
קובץ הערות (וסרמן), על יבמות
סי׳ ח, אות ז 13 24 195
סי׳ כט 632
סי׳ לה, אותיות ח-ט 234
סי׳ עב, אות ב 204
סי׳ עו, אות ז 14 103 113
סי׳ עו, אות יב 601 625
סי׳ עו, אות יז 201 202
השמטות, אות ז 109 627
קובץ שיעורים (וסרמן)
פסחים, אות קצ 188
כתובות, אות לג 810
אות קצד 228
אות רנג 13 29 102 111
בבא בתרא, אות קז 107
אות רעו 216
ח״ב, סי׳ א 653 659 678
סי׳ מב, אות ג 601 625
קובץ שמועות (וסרמן), בבא מציעא
אות ה 85
אות ח 13 37 80 102 111 187 195
אות ט 109 627־629

קול אליהו (ישראל), שו"ת
ח"א, חו"מ, סי' ד 762
סי' ה 718
סי' יט 202 470 474 478
סי' לא 376
ח"ב, אהע"ז, סי' לא 162
קול אריה (שוורץ), שו"ת, חו"מ
סי' קיט, ס"ק ב 127 128
ס"ק ג 127
ס"ק ג ואילך 123
ס"ק ו 127
סי' קכה 82
סי' קכח 35 82 85 87
קול מבשר (ראטה), שו"ת, ח"א
סי' א 259 328
סי' א, אות ב 259
סי' לד 306 309 311
קונטרס הביאורים (שפירא), שערי שמועות, סי'
מא 673
קונטרס השליחות (ראה: שקאפ)
קונטרסי שיעורים (גוסטמן)
גיטין, קונטרס ט 477 482
קידושין, שיעור ט, אות ה 66 67
בבא מציעא, שיעור יב, אות ג 40
הקטן והלכותיו (רקובסקי), ח"ג, פרק סה, סעיף
א, הערה א 242
קיצור דיני ריבית (שטרנבוך), פרק י, דין ה, אות
ד (עמ' רכב 405
קלוגר, ר' שלמה (ראה גם: האלף לך שלמה;
חכמת התורה; חכמת שלמה; נדרי זריזין)
בשו"ת שואל ומשיב, מהדורא חמישאה, סי'
כב 473
באבן ציון, עמ' רלט 633
קצות החושן, על שולחן ערוך, חו"מ
ט, ס"ק א 802
לב, ס"ק א 29
מה, ס"ק ב 15 24
ס, ס"ק ט 407
סא, ס"ק ג 156 158 159 644 813
צז, ס"ק יג 422
קה, ס"ק א 20 42 777-779 817 818
קה, ס"ק ג 818
קכב, ס"ק ה 281
קכג, ס"ק א 216
קכג, ס"ק ג 85
קכג, ס"ק ד 15
קכג, ס"ק ה 67
קכד, ס"ק א 15
קכה, ס"ק ג 800
קכו, ס"ק טו 8
קכו, ס"ק טז 231 232 237 238
קסג, ס"ק א 21 85
קעו, ס"ק ז 489
קפב, ס"ק א 13 80 116 117 119 373 376
קפב, ס"ק ב 22 26 35-37 85-87 730
קפג, ס"ק ג 345 346 397 417
קפג, ס"ק ד 398-401 426 543 545
קפג, ס"ק ה 520 525
קפג, ס"ק ו 567
קפג, ס"ק ז 564
קפג, ס"ק ח 562 564-567 570
קפג, ס"ק ט 573
קפד, ס"ק א 352 424
קפח, ס"ק ב 646 647 654 660 715 717
718
קפח, ס"ק ג 181 242 243
קצ, ס"ק ב 66 785
קצד, ס"ק ג 39
קצה, ס"ק ב 349 782
קצה, ס"ק ג 349 785
קצה, ס"ק ט 66 67
ר, ס"ק ה 82
רט, ס"ק א 812
רי, ס"ק ה 85
רלה, ס"ק ד 125 126 128 773 792
רמג, ס"ק ג 814
רמג, ס"ק ו 811
רמג, ס"ק ז 810 811
רמג, ס"ק ח 349 600 795
רמג, ס"ק י 38
רמד, ס"ק א 736
רמד, ס"ק ב 8 728 730
רמד, ס"ק ג 725 726 728
רמה, ס"ק ד 800
רנ, ס"ק ח 679
רסט, ס"ק א 423
רעה, ס"ק ג 9 10 122-124 128
רעה, ס"ק ד 126
רצב, ס"ק א 30
שלג, ס"ק ב 496
שלג, ס"ק ח 14
שלו, ס"ק א 116 127
שמח, ס"ק ב 38
שמח, ס"ק ג 34 55
שמח, ס"ק ד 33
שנט, ס"ק א 782
שפב, ס"ק ב 13 15 79 80 147 166 187
שפח, ס"ק יב 33
קרבן נתנאל, על הרא"ש
יבמות, פרק טו, סי' יג, אות כ 611
כתובות, פרק יא, סי' טו, אות י 360
גיטין, פרק ג, סי' ו, אות פ 724

פרק ו, אות א 679
פרק ז, אות פ 161
קידושין, פרק ג, סי׳ ג, אות כ 603
קריית ספר (המבי״ט), על הרמב״ם, הלכות
שלוחין ושותפין, פרק א 327
קרית מלך רב, על הרמב״ם
הלכות מכירה, ז, יב 546
הלכות מלווה ולווה, ד, יד 816
קרן אורה, על התלמוד
נדרים ח ע״ב 60
נזיר יב ע״א 215 226 228 231־233
מנחות צג ע״ב 60 64
רא״ם (מרגליות), שו״ת
אהע״ז, סי׳ לז, אות יד 216
ראנ״ח, שו״ת, סי׳ מד 343 543 546 547
סי׳ סד 345
סי׳ קכה 532
ראשי בשמים (גוריון), שו״ת
סי׳ טז, ס״ק יד 796
סי׳ יז, ס״ק יד 805
סי׳ יז, ס״ק טו 799
סי׳ סט, ס״ק יג 815
ראשי בשמים (ראבין)
מערכת א, אות ג 162
מערכת ב, אות טז 157
מערכת ח, אות עט 210
מערכת ש, אות ל 33 58
אות פג 159
רב ברכות (ר׳ יוסף חיים), מערכת כ 231
רב״ז (שפרן), שו״ת, ח״ב (אהע״ז), תשובות מבן
המחבר, סי׳ א 70
ח״ג (חו״מ), סי׳ ח 92 527
רבבות אפרים (גרינבלט), שו״ת, ח״ג, סי׳
תקמז 118
רבינוביץ, ר׳ יצחק יעקב, חידושי הגריי״ר,
קידושין, סי׳ ו 113 114 118
רבינוביץ, ר׳ יצחק יעקב, חידושי תורה לגאון
רי״י רבינוביץ, סי׳ ו 234
רבינוביץ, ר׳ יצחק יעקב, בברכת שמואל,
קידושין, סי׳ יט 113
בס׳ וזאת ליהודה, עמ׳ שכז 113 734
אות א 730
אות ג 187
אות ט 726 733
רדב״ז, על הרמב״ם
הלכות שבועות, ז, ו 24
הלכות תרומות, ד, ט 121
הלכות שלוחין ושותפין, ב, ד 380
ג, ח 666
רדב״ז, שו״ת, ח״א, סי׳ יח 15
סי׳ עה 792
סי׳ רח 9
סי׳ שיג 289
סי׳ שפא 143
סי׳ שצט 496
ח״ב, סי׳ תקצח 137
ח״ג, סי׳ אלף ב (תקעג) 458 723
סי׳ אלף כג (תקצח) 167
ח״ד, סי׳ אלף שכב (רנא) 55 283
ח״ו, סי׳ ב אלפים נב 584
רדב״ז, בשו״ת המבי״ט, ח״ב, סי׳ קלא 311
רד״ך, שו״ת
מהדורת אוסטרהא
בית ט, חדר יא 807
בית כז, חדר ב 439 440 454
מהדורת קושטא, בית יט 566
רד״ל, הגהות על הרא״ש, קידושין, פרק ג, סי׳
ג 603
רד״ם (פעדיר), שו״ת, חו״מ, סי׳ ו 517 520
רוזובסקי, ר׳ שמואל, חידושים (ראה גם:
שיעורי...)
גיטין יא ע״ב, אות ר 90
גיטין, סי׳ יח, ס״ק ה 118
בבא מציעא, סי׳ יד, אות יא 102
ריב״ם שנייטוך, שו״ת, יו״ד, סי׳ מ 70
רידב״ז, פירוש לירושלמי
מעשר שני, פרק ד, הלכה ד 83
גיטין, פרק ו, הלכה א 83
קידושין, פרק א, הלכה ג 813
ריח השדה, שו״ת, סי׳ יג 62
רי״ם, חידושים לשולחן ערוך
אהע״ז, קכא, ס״ק ו 796
חו״מ, קכא, ס״ק ב 168
קכב 649
קכב, ס״ק א 692
קכב, ס״ק ד 694 695
קכב, ס״ק ו 693
קצה, ס״ק טז 786 804 805
רי״ם, חידושים לתלמוד
כתובות קז ע״ב 803
גיטין יא ע״ב 215 779
יד ע״א 803
כה ע״ב 778 791 793
סג ע״ב 732
סד ע״ב 183 243
סה ע״א 181
קידושין נח ע״ב 163 436 437
נט ע״א 315
בבא מציעא יג ע״א 783 803
רי״ם, שו״ת, אהע״ז
סי׳ כו 784 792 793 803
סי׳ לז 793

רמ״א
או״ח, נג, יט 74
יו״ד, קס, טז 36
קסח, ו 192
קסט, ט 192
קעז, ה 546
רטז, ז 750 757
רכח, מ 757
רנח, ה 756
רסז, עו 800
שה, י 15 64
שכח, ג 290
שלא, לו 605
אהע״ז, א, י 218
לה, ג 107
לה, ו 140 729
לה, יא 211
קכא, ז 679
קמ, ה 780 787
קמ, יא 602
קמא, לה 7 141
קמא, לח 724
קמא, נט 602
קמא, סב 619
קנד, סדר הגט, צא 638
חו״מ, יד, ה 376 377
לב, ב 28
ס, ח 407
עג, יז 665
עז, ב 270 405
עז, ז 55 283 385
צו, ו 272
קכב, ב 691
קכו, כ 47
קלא, ז 589
קמט, כד 47 384
קמט, לא 384
קנה, מד 692
קסג, ג 591
קעה, מ 589
קעו, י 54 256 271
קעו, יב 55
קעו, יד 54 384
קעו, כה 278 279
קעו, מח 590
קפא, ה 538
קפב, א 41 42 687
קפב, ג 584
קפב, ו 508 512
קפב, י 264
קפג, ב 440 534־536
קפג, ג 268 539 543 763
קפג, ד 439 535 536
קפג, ה 525 577
קפג, ו 561 563 567 568
קפג, ז 570 573
קפד, א 761 763 764
קצ, ד 66 785
קצה, ג 349 782 785 786
רז, ד 613
רט, ד 217 233 237
רט, ה 511
רכז, ד 355 375
רלז, א 439 454
רמג, א 119
רמג, טו 125
רסד, ד 593
רסט, ו 436 534־536
רע, ג 62
רצ, ב 648
רצ, יא 46 47
רצ, טז 48 49
רצ, יז 49
רצ, כג 45
רצ, כו 649
רצב, ז 538 547
רצד, ו 459 460
שלג, א 492
שלג, ד 491
שלג, ה 492
שלג, ו 493
שלה, א 593
שלה, ב 593
שמ, ג 590
שמו, ו 25 46
שמח, ח 41 42
שפח, ד 55
שפח, טו 33
רשימות שיעורים שנאמרו ע״י הרב יוסף דוב הלוי סולובייצ׳יק, בבא קמא ח״א, עמ׳ רעח-רפ 44
רש״ש, חידושים לתלמוד, גיטין
כד ע״א 475 476
לד ע״א 608
שאגת אריה (גינצבורג), שו״ת
סי׳ צב 156
סי׳ צג 156
הוספות, סי׳ א 783
ר׳ שאול משה, שו״ת, סי׳ צז 128
שאילת יעב״ץ, שו״ת
סי׳ פה 488 489
שאילת משה (וסרמן), עמ׳ 6 631

שאילת שלום (טויבש), שו"ת
מהדורא תניינא, סי' לג 227
שאלות חיים (פלסנברג), יו"ד
סי' טז, ענף א, אות ז 234 236
שאלות משה (רוזין), שו"ת
חו"מ, סי' נה, אות ה 410
שארית יוסף (כ"ץ), שו"ת, סי' עט 591
שארית יעקב (וינר), בבא מציעא
סי' ה, לח ע"א 299
שארית ישראל (מינצברג), שו"ת
יו"ד, סי' סו, קונטרס שליחות בתרומה 235
237
אהע"ז, סי' ה 788
שבדרון, ר' שלום מרדכי (מהרש"ם), הסכמה
לערך ש"י, חו"מ, אות ו 473
שבות יהודה וישראל (זולדן), עמ' 191-211 71
שבות יעקב, שו"ת
ח"א, סי' קיד 609
סי' קיד 619
סי' קכ 807
סי' קסד 41 194
ח"ג, סי' קעז 404
שבט הלוי, שו"ת
ח"ג, סי' פה 16
ח"ד, סי' קסט 104
סי' קסט, אות ב 710
סי' קסט, אות ג 107
סי' רכ 453
סי' רכא 492
ח"ה, סי' סא 128
חלק ט, סי' רסח, אות ב 710
סי' רסח, אות ג 106 107
סי' רצד 100
סי' שה 560
שדה הארץ (מיוחס), ח"ג, חידושים לתלמוד
קידושין נ ע"א 311 312
שדי חמד
אסיפת דינים, מערכת בכור בהמה, סי' ג, אות
י 296
מערכת גט, סי' יט, אות מה 723
אות מז 723
מערכת חמץ ומצה, סי' ט, אות ב 806
אות ז 237 238
אות יב 298
כללים
מערכת א, אות רסב 194
מערכת ז, כלל כב 793
מערכת ח, כלל קטו 811 812
מערכת כ, כלל פה 208
מערכת כ, כלל פו 209 210
מערכת כ, כלל פח 214
מערכת כ, כלל פט 210
מערכת כ, כלל צ 57 197 229 238
פאת השדה, כללים, מערכת א, אות מט 58
אות עח 194
שואל ומשיב, שו"ת
מהדורא קמא, ח"א, סי' מז 533
סי' קטו 210
סי' קסז 399
ח"ב, סי' סט 193
סי' קא 127
סי' קי 56 58 60 193
סי' קטו 214
סי' קצב 272
ח"ג, סי' לה 609
סי' פד 83
מהדורא תניינא, ח"ב, סי' סט 28
ח"ד, סי' סו 646
מהדורא תליתאה, ח"א, סי' סח 209 210
סי' עג 214 219
ח"ב, סי' קסט 204 214
ח"ג, סי' ז 92 190
סי' לז 570 573
סי' קו 214
סי' קס 460
מהדורא רביעאה, ח"ב, סי' ריא 473
מהדורא חמישאה
סי' כב 466 468 472 473
סי' פא 801
מהדורא שתיתאה, סי' נה 517
סי' סג 784
שולחן ערוך
או"ח, נג, יט 74
רסג, יז 42
תט, י 305
תלד, ד 272
אהע"ז, יז, ח 366
יט, ב 106 107
כח, יז 396
כט, ה 66
לה, ד 147 788
לה, ה 147 148
לה, ט 436 532
לו, ה 729
לו, ז 120
לו, ח 164
לז, ט 120
לז, י 618
פה, ד 280
צג, סעיפים כז-כח 465 466
קג, ה 465 466
קכ, ד 16

שולחן ערוך (המשך)
קכ, ה 141 618
קכ, ז 752 755
קכ, ט 756
קכא, ז 679
קכג, ד 127
קכג, ה 208 209
קמ, ג 118
קמ, ה 634
קמ, ח 637
קמא, א 449 476 480
קמא, יד 161
קמא, טו 266
קמא, יז 276
קמא, יט 266
קמא, כג 755
קמא, לה 7 141 150 157 161
קמא, לו 161
קמא, לז 154 714 715
קמא, לח 721 723
קמא, מא 714 718
קמא, מב 718
קמא, מג 727־729 736
קמא, מד 616 618 753
קמא, מה 306 325
קמא, ס 623
קמא, סא 757
קמז, ב 138
קמז, ט 609
חו"מ, ט, א 452
יב, ג 48
לט, ז 754
נח, א 255
ס, ו 217 233
ס, ח 407
ס, ט 352
סא, ה 274
עג, י 663
עד, ו 506
עז, ב 52 404
עז, ז 55 283
עז, ט 53 279
עז, י 272 407 408
קה, א 46 817
קה, ד 21
קט, ה 47
קי, א 48
קי, ט 47
קכא, א 140 724
קכא, ב 142
קכא, יב 367 382
קכב, א 171 691
קכב, ב 691 697
קכב, ג 697
קכב, ח 280
קכב, ט 53 279
קכג, ג 618
קכג, ד 719
קכג, ה 282 381
קכד, א 51
קכה, א, ה 83
קכה, ח 812
קכו 237
קכו, א 72
קכו, כ 23 46
קמט, לא 384
קעה, טז 451 530
קעו, י 256 271 448
קעו, יא 384
קעו, יב 55
קעו, יח 762
קעו, יט 764
קעו, סעיפים כד-כה 53 279
קעו, כו 279
קפא, ב 762
קפב, א 139 261 262
קפב, ב 380 486
קפב, ג 252 380
קפב, ד 357 367 368 370 382
קפב, ה 356
קפב, ו 253 509 513
קפב, ח 325
קפב, י 259 264
קפב, יא 259 264
קפג, א 495 496
קפג, ב 532 534
קפג, ג 543 763
קפג, ד 534 543 584 585
קפג, ה 577
קפג, ו 558 559 562
קפג, ז 570
קפג, סעיפים ח-ט 572
קפה, א 69 559
קפה, ב 450 451 465
קפה, ה 364 367 368 370 382
קפה, י 256
קפח, א 190 200
קפח, ב 181
קפח, ה 261 262 356
קפח, ו 587
קצ, סעיפים ג-ז 153
קצ, ד 66

שולחן ערוך (המשך)
קצ, י 359 409
קצ, סעיפים יד-טו 359 409
קצה, ג 785
קצח, א 544
ר, יא 375 396
רא, א 664
רד, ו 664
רז, ד 613
רי, א 668
רכג, א 365
רכז, ד 355 375
רכז, ז 353 380
רכז, כא 380
רכז, ל 47 356
רכז, לז 326
רלב, א 326
רלג, א 340 457
רלה, ז 773
רלה, כג 349 785 786
רלה, כו 48
רלז, א 438 439 454
רמג, א 772
רמג, יא 236
רמג, יד 812 814
רמג, טו 814
רמג, טז 812 814
רמג, יז 814
רמג, יח 809
רמד, א 16
רמה, י 803
רמה, יא 799
רסג, א 289
רסט, ו 534
רעה, כו 395
רצ, א 45
רצ, יא 45
רצ, יב 46
רצ, כ 47
רצ, כג 45
רצ, כד 45
רצא, כו 457
רצב, טו 296
רצב, סעיפים טו-יז 68
רצב, טז 299
רצב, יח 296
שג, ח 287
שו, ה 499
שכו, א 594
שלג, סעיפים ג-ד 491
שלג, ה 491
שלג, ו 491
שלט, ז 64
שמ, ג 590
שמו, ו 25 46
שנט, ב 782
שסב, א 539
שצה, א 692
יו"ד, סא, ח 64
קס, יג 117
קס, כ 816
קסח, ו 192
קסח, יג 413
קעה, ז 254
קעז, מ 495 539 543
ריז, הלכה ד 444
רכא, ח 136
רכח, טז 63
רכח, מ 750
רלד, ל 17 25
רלד, נו 63
רנח, ו 72
רנח, ח 72
רסד 244
רסז, כו 66 67
רסז, עו 800
שכח, ג 231
שלא, לו 605
שלא, לז 270
שולחן ערוך הרב, או"ח
רמג, א 193
תמג, ח 288
תלו, קונטרס אחרון, ס"ק ד 269
שולמן, ר' מרדכי, בחידושי בעל שרידי אש,
גיטין, סי' ח, אות ז 603
שורשי הים, ח"א
שורש זכיית קטן 801 810 814
שושנת העמקים (בחבוט), גיטין, שורש א 146
שושנת העמקים (תאומים)
כלל כג 208 219 228
שטיין, הרב אייזק, ביאורים לסמ"ג
לא תעשה רמא 63
שי למורא (בראון)
קידושין, סי' ז 711
שיבת ציון (לנדא), שו"ת
סי' נג 58 60
סי' פו 224 229 230 234-236 655
שיח נחום, שו"ת, סי' קיג 570
שיירי כנסת הגדולה
יו"ד, סי' קנד, הגה"ט, אות ו 70
שיעורי בקיאות (רבינוביץ-תאומים)
בבא קמא קב ע"ב 397 420

שיעורי הגר״י מפוניבז׳, קידושין
סי׳ יא 113
סי׳ יב 309 313
סי׳ יג 111 113 187 726 733
שיעורי הלכה (בלוך), עמ׳ קטז 477
שיעורי הרב אהרן ליכטנשטיין, דינא
דגרמי 377
שיעורי הרמי״ם (פוניבז׳), גיטין, עמ׳ פו 469
שיעורי ר׳ אבא ברמן על מסכת גיטין, שיעור
לג 732
שיעורי ראש הישיבה, רבי דוד פוברסקי זצ״ל
גיטין, ח״א, סי׳ יא, אות רמא 669
סי׳ כז, אות תקפט 83
גיטין, ח״ב, סי׳ כח, אות ז 733
קידושין, ח״ב, סי׳ נא, אות נח 311
שיעורי ר׳ שמואל (רוזובסקי)
גיטין, אות קלט 629 630
אות קמ 606 632
אות קנב 659
אות קנה 659
אות קנו 646
אות קפה 128
אות קצד 86 87
אות קצה 82
אות ר 90
אות רו 92
אות שלג 112
אותיות שנח-שנט 138
אות שס 678 679
אות שסג 644
קידושין, אות שלג 734
אות שנז 612
אותיות שצ-שצג 612
אות שצא 114 608
אותיות תז-תט 112
בבא מציעא, אות קסה 102
שיעורי רבנו אבי עזרי, בבא מציעא יב ע״א, אות
רד 90
ש״ך, על שולחן ערוך
יו״ד, קס, ס״ק כב 36
קסט, ס״ק טז 88
רטז, ס״ק כב 749
רטז, ס״ק כב 750 757
רכא, ס״ק נא 136
רלה, ס״ק ח 136
רמב, פלפול בהנהגת הוראות באיסור
והיתר 751
רסז, ס״ק מג 67
שה, ס״ק יא 16
שה, ס״ק יא 64
שכח, ס״ק ה 270
שלא, ס״ק סז 270
חו״מ, כח, ס״ק ב 693
לב, ס״ק ג 28
לו, ס״ק טז 537
מב, ס״ק לו 274 275
מה, ס״ק ח 15
נח, ס״ק ה 255 256
ס, ס״ק לב 407 408
סא, ס״ק ט 274
סא, ס״ק י 495 498
עא, ס״ק לג 274
עג, ס״ק לד 663
עג, ס״ק נב 666
עז, ס״ק ט 270 327 405
עז, ס״ק יט 52 54 55 271 283 284 384 385
עז, ס״ק ל 272
צו, ס״ק ט 272
קה, ס״ק א 19 56-58 817
קה, ס״ק ה 793 794
קכא, ס״ק ט 142
קכא, ס״ק י 143
קכא, ס״ק יא 142 143
קכא, ס״ק טו 143
קכא, ס״ק מב 460
קכא, ס״ק סב 367
קכב, ס״ק ד 50 171 173 278 694
קכב, ס״ק ה 649
קכב, ס״ק ז 701 702
קכב, ס״ק ח 690 691
קכב, ס״ק לד 281
קכב, ס״ק לו 278
קכב, ס״ק לח 279
קכב, ס״ק לט 280
קכג, ס״ק טז 756
קכג, ס״ק יז 720
קכג, ס״ק סב 378
קכד, ס״ק ד 15 278
קכה, ס״ק ח 794
קכה, ס״ק לה 812
קכו, ס״ק פא 46
קכו, ס״ק פב 23
קכו, ס״ק פג 24
קכו, ס״ק פו 72
קכו, ס״ק פז 231
קעו, ס״ק טז 256
קעו, ס״ק כב 448
קעו, ס״ק מב 279
קעו, ס״ק מד 278
קפא, ס״ק ה 762
קפב, ס״ק א 41 184
קפב, ס״ק ג 353 380

קפב, ס"ק ד 369 383
קפב, ס"ק ו 331 332 507 510 511
קפג, ס"ק ב 397 399 400 424 425 776
קפג, ס"ק ג 440
קפג, ס"ק ד 543
קפג, ס"ק ז 535
קפג, ס"ק ט 523
קפג, ס"ק י 577
קפג, ס"ק יב 563
קפג, ס"ק יג 569
קפג, ס"ק יד 573
קפג, ס"ק טו 570 572 573
קפה, ס"ק א 83 84 449 474 475 477 481
קפה, ס"ק ג 450 465
קפה, ס"ק ז 358 412
קפה, ס"ק ח 334 369 370
קפה, ס"ק ח, הגהה 382
קפח, ס"ק ב 356
רי, ס"ק א 668
רלז, ס"ק ג 439 440 454
רמג, ס"ק ה 813
רנב, ס"ק ו 698
רנה, ס"ק ו 601 667
רסט, ס"ק א 423
רצב, ס"ק ד 32
רצד, ס"ק ט 460
שכו, ס"ק א 594
שלג, ס"ק ד 441 492
שלג, ס"ק יד 492
שלג, ס"ק לא 492
שלג, ס"ק לב 491
שלג, ס"ק לט 494 496 497
שמו, ס"ק ד 25 46
שמח, ס"ק ו 33 40 41
שנט, ס"ק ד 782
שסג, ס"ק ז 488
שפב, ס"ק ד 15
שפו, ס"ק א 692
שפו, ס"ק ו 692
שפח, ס"ק סז 33 40 41
תיח, ס"ק ט 184
שכרו אתו – הלנת שכר, שכירות פועלים, שכר שבת, עמ' כה-לה 65
שלטי הגיבורים (לפי דפי הרי"ף)
כתובות נז ע"ב, אות ב 569
גיטין יב ע"א, אות א 60
יז ע"א, אות א 609
לג ע"ב, אות ה 658
קידושין טז ע"ב, אות א 727
בבא קמא לו ע"ב, אות א 546
שם הגדולים (חיד"א)
מערכת גדולים, ערך רבנו ירוחם 537
מערכת ספרים, ערך כסף משנה 512
שמואלביץ, ר' חיים, בספר הזיכרון למרן הגר"ח שמואלביץ
עמ' קצז 65
עמ' ר, ס"ק ב 138
עמ' רב 114
שמועות ראי"ה
פרשת לך לך, עמ' כה-כו 100
פרשת וישלח, עמ' עא 100
ר' שמחה בר' גרשון הכהן, בשו"ת פליטת בית יהודה, סי' כא 144 333 336 507 510 512 513
שמחת יהודה (אליעזר), שו"ת, סי' עו 186
שמחת כהן, שו"ת, חו"מ, סי' ה 460
שמן ראש (אשכנזי), שו"ת, חו"מ, סי' א 358 412
שמע שלמה, שו"ת
ח"א, חו"מ, סי' יב, אות ג ואילך 730
ח"ב, אהע"ז, סי' ב, אות ח 211
שמרו משפט (זעפרני), ח"ב, סי' לב 577
שער אפרים, שו"ת
סי' מב 65
סי' קלג 55 280 282 283 754
סי' קלז 817
סי' קמ 371
שער המלך, על הרמב"ם
הל' לולב, ח, י 125
הל' גירושין, ו, ט 478 480
הל' תרומות, א, יא 59
הל' מעילה, ז, ב 30
הל' מכירה, יג, ט 332 333 336 337 507 515
כב, ט 228
הל' מלווה ולווה, ה, יד 43 186 193
שער הציון, סי' תמג, אות טז 288
שער משפט, על שולחן ערוך, חו"מ
סו, ס"ק לב 490
סו, ס"ק לד 488
עז, ס"ק ב 270 327 405 409
עז, ס"ק ד 283
עז, ס"ק ה 408
קכג, ס"ק ג 608 618
קכג, ס"ק ד 750 751 756
קכג, ס"ק ה 365 367
קכג, ס"ק ו 381
קעו, ס"ק ג 55
קעו, ס"ק ד 496
קפב, ס"ק א 26
קפב, ס"ק ב 259 260

קפב, ס"ק ג 282 381
קפב, ס"ק א 58 60
קצ, ס"ק א 540
ר, ס"ק ד 473
שערי חיים (שמואלביץ)
גיטין, סי' נא 625 626
קידושין, סי' מג, ס"ק ז 478 479
שערי יושר
שער ה, פרק כב 601 625 629 630 674
פרק כג 15
שער ו, פרק יז 155 156 220-225
שער ז, פרק ד 107
פרק ז 36 103 105
פרק ז 113 116 118 201 202 479 480 482
פרק ח 14 24 103 123
פרק יב 125
פרק יד 142
פרק יז 199 200
שערי עוזיאל, הלכות אפוטרופסות (מהד' תשנ"א)
מבוא, עמ' 23-27 46
עמ' 24-25 48
עמ' 25 44 47
עמ' 26 46
עמ' י-כז 48
שערי ציון (סופר), סי' א, ענף ה 467
שערי רחמים (פרנקו), שו"ת, ח"א, חו"מ, סי' ה 260 263 307
שערי תורה (פייגנבוים), ח"ג, קונטרס ה, סי' כז, סעיף א 793
שערי תשובה, או"ח, סי' רסג, ס"ק כב 42 193
שפיצר, ר' בנימין זלמן, בשו"ת אבן יקרה (וייס), מהדורא קמא, או"ח, סי' יח 188
שקאפ, ר' שמעון יהודה, חידושי ר' שמעון יהודה הכהן
יבמות, סי' מב 227 234
נדרים, סי' יז 667
גיטין, סי' ד 57 60 61 779 816 817
קידושין, סי' ט 66
שו"ת בעניין נשתטית (בסוף חידושיו לקידושין) 170 210 219-222 226 232 234 236 790
בבא קמא, סי' טו, אות ב 61
אות ג 59
אות ה 60
בבא מציעא, סי' י 57 59 60 102 111
סי' יב 8 123 123
סי' יב, אות ב 102 111
סי' יג 31
סי' יג, אות ג 31
סי' יד, אות ג 82 92
סי' יז 87 92 376 396-398 402 544 548
סי' כג 125
בבא בתרא, סי' ד, אות ב 125
סי' כז 622 674
סי' כז, אות א 675
ח"ד, קונטרס השליחות, סי' א 612
סי' ב 466 469 471 474 478 622
סי' ג 204
סי' ז 158 165 166 621 629 640 641 644
סי' ח 81 162
סי' ט 162 621
סי' ט, ובהערה שם 166
סי' י 37 82 109 119
סי' יא 123
סי' יב 113 114 612 613
סימנים יג-יד 114
סי' טו 455 631
סי' טז 694
סי' יח 227
סי' כ 231
סי' כה 126 812
שקאפ, ר' שמעון יהודה, שיעורי רבי שמעון יהודה הכהן, קידושין מא ע"ב 13 80 102 111
שקאפ, ר' שמעון יהודה (ראה גם: שערי יושר)
מוריה, שנה יח, גיליון ג-ד (טבת תשנ"ב), עמ' לב, אות א 102 111
עמ' לב-לג 13
אוהל חייא, עמ' תשסו 102
אוהל יצחק – גיטין
עמ' רסא 103
עמ' תקלד, אות ג 103
עמ' תקנד 659
עמ' תקנד, אות ב 108
עמ' תקס 733
עמ' תקסב 711 714
עמ' תקסג 734
עמ' תקסד 730 734
עמ' תקסו 711
עמ' תקסז 715 725
שרידי אש, שו"ת (מהד' תשנ"ט)
ח"א, סי' י 105 106
סי' י, אות ב 101 103
סי' נה 74
סי' נה, אות ב 117
סי' צ 788
סי' צ, אות כ 795
סי' צז, ענף ב, אות ב 653
סי' קיג 82

סי׳ קיג, אות יב 118
סי׳ קמג 632
סי׳ קסז 588 590 592
סי׳ קסט 74
ח״ב, סי׳ עא 805
סי׳ קנב, ס״ק ב 9
שתי הלחם (חגיז), שו״ת, סי׳ ו 591
תבואות השדה, שו״ת, ח״ו, שער אמרי השדה, שער א, אות מב 734
תבואות שור, סי׳ כח, ס״ק יד 15
תבת גמא, על התורה, פרשת קורח 186
תהילה לדוד (אורטנברג), חו״מ, סי׳ עב 120 698 700
תולדות יצחק (קדישוויץ), שו״ת, סי׳ עג 258
תומים (ראה: אורים ותומים)
תוספות חיים (לובוצקי), אהע״ז, סי׳ קלג 455
תוספתא כפשוטה
דמיי, עמ׳ 282 561 575
תרומות א, יא 45
תענית, עמ׳ 1103 98
גיטין, עמ׳ 817, הערה 56 306
בבא מציעא, עמ׳ 206, הביאור לשורות 68-70 435
תועפות ראם (טויבש), שו״ת, חו״מ, סי׳ יב 533
תורה שלמה, בראשית, פרק ט, הערה לב 27
חלק יז, משפטים, מילואים, סעיף ז, עמ׳ רנג 24
תורה תמימה, בראשית, פרק ט, הערה ז 27
תורת אליעזר (ניצברג), דיני זכייה ושליחות, סי׳ קנז 234 236־238
תורת אמת (ששון), שו״ת
סי׳ נב 750
סי׳ קח 489
סי׳ קלא 357 376 510 512 514 515
סי׳ קלב 691
סי׳ רא 572
תורת גיטין
גיטין ט ע״ב 90
יב ע״ב 780
לב ע״ב 607 672
ע ע״ב 659
אהע״ז, סי׳ קמא
ס״ק א 476 478
ס״ק לו 716
ס״ק מה 307
ס״ק נו 608
ס״ק נח 615
ס״ק ס 607 608 672
תורת המדינה (גורן), עמ׳ 55 70
עמ׳ 55-57 98
עמ׳ 57־63 72
עמ׳ 63־65 72
תורת הקודש (אילן), ח״ג, סי׳ כז, אות ב 41
תורת השליחות (הראל), סי׳ ט, אות ג 468
תורת חיים (מהרח״ש), שו״ת, ח״ג
סי׳ פב 309 311
סי׳ פג 311
תורת חסד (פרדקין), ח״א, סי׳ מה, אות ד 58 60
תורת חסד (פרחיא), שו״ת
סי׳ רי 569 573
סי׳ ריא 558 561 565 569 571 572
תורת מיכאל, סי׳ לו 670
סי׳ סא 202 210 215
תורת משה (שבתי), שו״ת, חו״מ, סי׳ ד 283
תחוקה לישראל על פי התורה (הרצוג)
כרך א, עמ׳ 22, הערה 1 71
כרך ג, עמ׳ 278, אות ז 190 813
תמצית סוגיות (קרלנשטיין), גיטין סג ע״ב 479
תנאי בנישואין ובגט (ברקוביץ)
עמ׳ קיא-קטו 138
עמ׳ קכה-קנו 735
עמ׳ קלו-קמג 161
עמ׳ קמג-קנו 141
עמ׳ קפו-קפז 532
תפארת ישראל (ליפשיץ), על המשנה
תרומות ג, ד, יכין, אות כב 270
גיטין, פרק א, בועז, אות א 34
אבות, פרק ב, בועז אות ב 214
תפארת ציון (יאדלר), נדרים לו ע״ב 137
תשובה מאהבה, שו״ת
ח״א, סי׳ מו 158
סי׳ קצב 83
ח״ג, סי׳ תד 229
תשובות והנהגות (שטרנבוך), ח״ב, סי׳ תקיב 802
תשובות ר׳ אליעזר (גורדון), ח״א, סי׳ כב, ד״ה וגם 803
תשורת ש״י, שו״ת
מהדורא קמא, סי׳ רעט 399
סי׳ תקצ 538 547
סי׳ תקצג 488 489
מהדורא תניינא, סי׳ פו 731

קבצי פסקי דין רבניים

פסקי דין של בתי הדין הרבניים
כרך א, עמ׳ 178, בעמ׳ 182 702
כרך ב, עמ׳ 96 667
עמ׳ 178-187 44
כרך ג, עמ׳ 379 667

כרך ד, עמ׳ 337 667
כרך ה, עמ׳ 82 ואילך 649
עמ׳ 89 ואילך 48
עמ׳ 90-91 46
עמ׳ 91 44
כרך ו, עמ׳ 163-164 491
עמ׳ 182 441
עמ׳ 263 352
כרך ח, עמ׳ 235 532
עמ׳ 272 258
כרך ט, עמ׳ 16 354
עמ׳ 30-31 268
עמ׳ 31 255
עמ׳ 31 ואילך 254
עמ׳ 34 500
עמ׳ 36 460
עמ׳ 46 262
עמ׳ 47 503
עמ׳ 53 459
כרך י, עמ׳ 279 664
כרך יז, עמ׳ 293 489
עמ׳ 294 490
עמ׳ 303-309 498
כרך יח, עמ׳ 280 353
פסקי דין מבית הדין לדיני ממונות ולברור יהדות
של הרבנות הראשית לירושלים
כרך ב, עמ׳ קסט 511
כרך ג, עמ׳ מח 70 71
עמ׳ פו 272
עמ׳ פו-פז 698
עמ׳ פו-פח 379 385
עמ׳ פז 260
עמ׳ רכא 69
כרך ד, עמ׳ פט 352 353
עמ׳ צא 425
כרך ה, עמ׳ נח 497
כרך ז, עמ׳ סז 120 698
עמ׳ שמח 385
כרך ט, עמ׳ סג-סד 92
כרך י, עמ׳ רכו 666
כרך יב, עמ׳ תלז 623

חקיקה

דברי הכנסת, כרך 41, עמ׳ 477 301
כרך 52, עמ׳ 2349-2351 775
הצעת חוק דיני ממונות, התשע״א-2011
סעיף 33(א) 4 10
סעיף 33(ב) 11 12
סעיף 36 133
סעיף 39(ג) 322
סעיף 39(ד) 321 322
סעיף 44 554
סעיף 44, דברי הסבר 555
סעיף 180 668
סעיף 212 592
סעיף 216 592
סעיף 217 592
הצעת חוק החוזים (חלק כללי), דברי
הסבר 798
הצעת חוק עשיית עושר ולא במשפט
מבוא 583
הצעת חוק השליחות, הצעות חוק 633, תשכ״ה,
עמ׳ 80 433
חוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב],
התשכ״ט-1969, סעיף 75(ב) 12
חוק השבת אבידה, התשל״ג-1973
סעיף 2(א) 293
חוק החברות, התשנ״ט-1999, סעיף 12 814
חוק החוזים (חלק כללי), התשל״ג-1973 769
סעיף 14 151
סעיף 30 458
סעיף 34 771 797
סעיף 35 807
סעיף 36(א) 798 807
סעיף 38 771
סעיף 39 249
פרק ד 65 770 771 775
פרק ו 764
חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה),
התשל״א-1970, סעיף 3 485
חוק יסודות המשפט, התש״ם-1980
סעיף 1 294
חוק הירושה, התשכ״ה-1965, סעיף 28(א) 3
חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות,
התשכ״ב-1962
סעיף 1 809
סעיפים 4־9 809
סעיף 8 651
סעיף 14 770
סעיף 15 770
פרק ראשון 179
חוק המיטלטלין, התשל״א-1971
סעיף 4 וסעיף 6 5
חוק המכר, התשכ״ח-1968, סעיף 34 119 321
חוק המקרקעין, התשכ״ט-1969
סעיף 8 133
סעיף 21 5
סעיף 32 583
חוק המתנה, התשכ״ח-1968 775
סעיף 3 798
סעיף 4 782

חוק הנאמנות, התשל"ט-1979 65
סעיף 8 584
חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979
סעיף 1 583
סעיף 5 286 294 586
סעיף 5(א) 583
חוק השומרים, התשכ"ז-1967 433
סעיף 6 68 285 287 288
סעיף 8 583
סעיף 8(א) 586
תזכיר חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות (תיקון מס'...) (ייפוי כח מתמשך, הנחיות מקדימות והוראות שונות), התשע"ב-2012, דברי ההסבר לסעיף 3, סי' א, כללי 652
תקנות הדיון בבתי הדין הרבניים בישראל, התשנ"ג, סעיף מט 738

פסיקה

ע"א 591/77 אבירם נ' שטרן, פ"ד לב(1) 737, 744 (1978) 665
ע"א 569/80 אלסינט נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(4) 80, 82 (1981) 277
ע"א 650/80 אמפיסל נ' נעימי, פ"ד לז(3) 780, 786 (1983) 666
ע"א 294/76 אנגלו סכסון נ' פסרמן, פ"ד לא(1) 589, 597 (1976) 69
ת"א (שלום תל-אביב-יפו) 57894/97 האפוטרופוס הכללי נ' זלצר (פורסם בתקדין, 29.8.2003) 652
רע"א 2281/05 אריה בע"מ נ' קפלנסקי, פ"ד סב(3) 373, פסקה 20 (2007) 69
ע"א 3248/91 בן ארי (ויניגר) נ' בוארון יצחק בע"מ, פ"ד מט(1) 870 (1995) 69
ע"א 841/76 בן אריה נ' סברה ואח', פ"ד לב(1) 85 (1978) 441
ע"א 422/85 בנק לאומי לישראל נ' החברה הישראלית לביטוח משנה, פ"ד מה(5) 32, 38 (1991) 6
בג"ץ 702/79 גולדברג נ' שרמן, פ"ד לד(4) 85 (1980) 720
ע"א 49/72 גלפרין נ' לבבי, פ"ד כו(2) 126, 130 (1972) 179
ע"א 474/80 גרובר נ' תל יוסף, פ"ד לה(4) 45, 58 (1981) 286
ע"א 166/77 דדון נ' אברהם, פ"ד לג(3) 365, 368-371 (1979) 69
ע"א 1235/90 הרבסט נ' אריאן, פ"ד מו(4) 661, 669 (1992) 249
ת"א (מחוזי י-ם) 1484/99 הרטי נ' קיבוץ קלי"ה, פסקאות 79-80 (פורסם בתקדין, 5.6.2005) 271
על"ע 20/08 הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בתל אביב יפו נ' רוטשילד (פורסם בנבו, 1.9.2009) 665
ע"א 831/79 וקסלמן נ' חברת חלקה 35 בגוש 6663, פ"ד לה(2) 533 (1981) 133
ע"א 44/59 חכים נ' האחיות מנצרת, פ"ד טו(2) 1093, 1101 (1961) 298
ע"א 4588/96 חרמץ נ' מרגוליס, פ"ד נ(6) 742 (2006), פסקאות 16-18 266
פסקאות 19-27 151
ע"א 1796/10 כתבן נ' בנק ירושלים בע"מ (פורסם בתקדין, 7.12.2011) 151
ע"א 793/76 לוקמן נ' שיף, פ"ד לג(2) 533 (1979) 69
ע"א 156/82 ליפקין נ' דור הזהב בע"מ, פ"ד לט(3) 85, 94 (1985) 286
ע"א 78/59 מדינת ישראל נ' הידנה, פ"ד יד(2) 926, 930 (1960) 771
ע"א 4092/90 מיטלברג נ' נייגר, פ"ד מח(2) 529 (1994) 459 464
עמ' 547 684
ע"א 466/68 מליח נ' "אררט" חברה לביטוח בע"מ, פ"ד כב(2) 860 (1968) 149 150
ע"א 337/80 מנהל מס שבח מקרקעין נ' קופטש, פ"ד לז(2) 538, 550 (1983) 814
דנ"א 1522/94 נייגר נ' מיטלברג, פ"ד מט(5) 314 (1996) 684
עמ' 325-326 665
עמ' 333 459
ע"א 1395/02 נסקה נ' האפוטרופוס הכללי, פ"ד נט(5) 49, 58-59 (2005) 651 652
ת"א (שלום י-ם) 19904/92 עטאללה נ' עודה (פורסם בתקדין, 29.10.1995) 652
ע"א 2664/90 פרלוב נ' נסימי, פ"ד מח(1) 787, 798 (1994) 464
ת"א (מחוזי י-ם) 6233/04 ציקבאשווילי נ' תפארת שלמה, פסקה 25 (פורסם בנבו, 15.8.2005) 356
ע"מ (תל-אביב-יפו) 20/96 צ'רטוק נ' האפוטרופוס הכללי (פורסם בתקדין, 29.5.1997) 6
ע"א 84/80 קאסם נ' קאסם, פ"ד לז(3) 60, 82 (1983) 554
בג"ץ 164/97 קונטרם נ' משרד האוצר, פ"ד נב(1) 289, 370 (1998) 293
ע"א 8813/04 קורן נ' גבי (פורסם בתקדין, 18.1.2007) 545
ע"א 1851/95 קליין נ' טרנקר (פורסם בפדאור, 11.3.1997) 541
ע"א 262/86 רוט נ' Deak and Co. Inc., פ"ד מה(2) 353, 365 (1991) 459

מפתח המקורות

ע"א 148/77 רוט נ' ישופה, פ"ד לג(1) 617,
637-631 (1979) 173 174
C.A 40/30 The Palestine Fruit Distribution
Co. Ltd. v. Yavvnai 268

חקיקה זרה
קוד סיביל הצרפתי
סעיף 1596 529
סעיף 1994 707 711
קודקס האיטלקי
סעיף 1392 134
סעיף 1395 434
קודקס המסחרי הגרמני
סעיף 400 434
Code électoral, art. L71-L78, R72-R80 12
Unidroit, 1971 719

רשימה ביבליוגרפית

אברהם, מ׳, י׳ בלפר, ד׳ גבאי וא׳ שילד, לוגיקה של שליחות בתלמוד, לונדון 2012, פרק שלישי, עמ׳ 46־92
אברמסון, ש׳, תרגום למסכת בבא בתרא, ירושלים 1958, עמ׳ 198
אונגר, י׳, חוק לישראל, נאמנות בנכסים, ירושלים תש״ע
אורבך, א״א, ההלכה מקורותיה והתפתחותה, ירושלים תשמ״ד, עמ׳ 135־138
אטון, י׳, ״חקירת האחרונים במהות השליחות״, באתר ישיבת ירוחם http://tinyurl.com/shlihut-atun
אטינגר, ש׳, ״חריגת שליח מן ההרשאה במשפט העברי״, שנתון המשפט העברי ט־י (תשמ״ב־תשמ״ג), עמ׳ 29
אטינגר, ש׳, פרקי שליחות במשפט העברי, ירושלים תשנ״ט
אטינגר, ש׳, ״קווים לתורת השליחות במשפט העברי בהשוואה לחוק השליחות, תשכ״ה־1965״, בתוך: עיונים במשפט העברי ובהלכה, רמת־גן תשנ״ט, עמ׳ 53, בעמ׳ 57־61
אטינגר, ש׳, ״שליחות מכוח הדין במשפט העברי״, מחקרי משפט יד (תשנ״ח) עמ׳ 5
אטינגר, ש׳, ״שליחות נסתרת במשפט העברי ובחוק השליחות, תשכ״ה־1965״, שנתון המשפט העברי טז־יז (תש״ן־תשנ״א) 1
אידלשטיין, ש׳, ״מינוי שליחות בדבר שלא בא לעולם״, מהדרין טז (אלול תשס״ב), עמ׳ לא־לה
אלבק, ש׳, דיני הממונות בתלמוד, עמ׳ 112־178, והערה 42
אנגלרד, י׳, א׳ ברק, מ׳ חשין (בעריכת ג׳ טדסקי), דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית, ירושלים תשל״ז, עמ׳ 474
אנגלרד, י׳, חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ״ב־1962, פירוש לחוקי החוזים, מהדורה שנייה, ירושלים תשנ״ה
אנגלרד, י׳, ״על תיווך ועל שליחות״, משפטים י (תש״ם), עמ׳ 359
אסף, ש׳, ״דברי פולמוס של קראי קדמון נגד הרבנים״, תרביץ ד (תרצ״ג), עמ׳ 35, בעמ׳ 197
אפשטיין, י״נ, ״פירושי הריב״ן ופירושי וורמייזא״, תרביץ ד (תרצ״ג), עמ׳ 11, בעמ׳ 16
אריאל, י׳, ״הפרשות תרומות ומעשרות על ידי פועל״, התורה והארץ ג (תשנ״ז), עמ׳ 240
אריאל, ע׳, ״מילוי מקום המשגיח להפרשת תרו״מ״, התורה והארץ ג (תשנ״ז), עמ׳ 291־321
אריאל, ע׳, ״מינוי שליח להפרשה לדבר שלא בא לעולם״, התורה והארץ ג (תשנ״ז), עמ׳ 322־332
ארנון, י׳, דפי עיון, חו״מ, גיליון מס׳ 243, בני־ברק תשע״א, עמ׳ לב־לג
בוצ׳קו, מ׳, ״דרך להבנת מדרשי ההלכה כפי פשוטו של מקרא״, קול מהיכל ח (תשנ״ח), עמ׳ 23, בעמ׳ 27־29
בוצ׳קו, ש״ד, ״שליחות במצוות״, קול מהיכל ז (תשנ״ח), עמ׳ 89, בעמ׳ 90
בלייך, י״ד, ״בביאור מיגו דזכי לנפשיה זכי נמי לחבריה, ומיגו דאי בעי מפקיר להו לנכסיה והוי עני״, בתוך: כבוד הרב, לכבוד הרב יוסף דוב הלוי סולובייצ׳יק (עורך מ׳ שרמן, ניו־יורק תשמ״ד), עמ׳ 81, ועמ׳ 83
בלס, י׳, חוק לישראל, עשיית עושר ולא במשפט, ירושלים תשנ״ב
בן אוליאל, ר׳, ״חוק השליחות׳ מאת נשיא בית־המשפט העליון, פרופסור אהרון ברק״, מאזני משפט א (תש״ס), עמ׳ 180
בן יעקב, צ״י, ״קנין סודר במינוי שליח למכירת חמץ״, סיני קיג (תשנ״ז), עמ׳ מ
בן מנחם, ח׳, ״דיין כשליח״, שנתון המשפט העברי ט־י (תשמ״ב־תשמ״ג), עמ׳ 51
בן שחר, י׳, ור׳ יאיר הס, ״ריבית בתאגידים״, כתר א (תשנ״ו), עמ׳ 231, בעמ׳ 265־280
בנדיקט, ר׳ ב״ז, ״על נשים שבעליהן השתמדו״, אסופת מאמרים, ירושלים תשנ״ד, עמ׳ צ, בעמ׳ צז, אות ד
בר־אילן, מ׳, ״חוק ומשפט במדינתנו״, בתוך: המשפט העברי ומדינת ישראל (ירושלים תשכ״ט, בעריכת י׳ בזק), עמ׳ 22
ברזון, ע׳, ״שליח שלא עשה שליחותו״, ברקאי ב (תשמ״ה), עמ׳ 148

רשימה ביבליוגרפית

ברנד, י׳, ״׳הנושא ונותן בדברים׳ – בין התחייבות חוזית להסתמכות נזיקית״, מחקרי משפט כד (תשס״ח), עמ׳ 5, עמ׳ 31־32

ברק, א׳, חוק השליחות, מהדורה ראשונה, סעיף 541

ברק, א׳, חוק השליחות, מהדורה שנייה, ירושלים תשנ״ו

גודמן, י׳, ״בדין שליחות בריבית״, ספר היובל למרן החתם סופר, ירושלים תש״ן, סי׳ קה

גולאק, א׳, השטרות בתלמוד, ירושלים תשנ״ד, עמ׳ 172

גולאק, א׳, יסודי המשפט העברי, ספר א, עמ׳ 42־43

גורביץ, א׳, ״בדין גילוי דעתא בגיטא ובדין מודעא בגיטא ומתנתא״, מוריה, שנה יב, גיליון י־יב (כסלו תשמ״ד), עמ׳ רנד־רסא [=ספר הזיכרון למרן הגרא״ז גורביץ, ירושלים תשמ״ד, עמ׳ רנד־רסא]

גראז, י״נ, ״בענין שליחות בתרומה״, כנסת ישראל (סלבודקא תרצ״ח), עמ׳ יד

דגן, ח׳, ״דיני עשיית עושר: בין יהדות לליברליזם״, בתוך: משפט והיסטוריה (בעריכת ד׳ גוטוויין ומ׳ מאוטנר, ירושלים תשנ״ט), עמ׳ 165

דגן, ח׳, ״הפועל לשמירת עניין הזולת״, משפטים כד (תשנ״ה), עמ׳ 463

דויטש, מ׳, פרשנות הקודקס האזרחי, ירושלים תשס״ה, עמ׳ 217

דויטש, ס׳, ״גמירות דעת בקניינים והתחייבויות במשפט העברי״, דיסרטציה (רמת־גן תשל״ג), עמ׳ 10־19, והערות 55־57

דיכובסקי, ש׳, דברי משפט, ח״ד, עמ׳ רנה ואילך

האניג, ע׳, ״בדין טעות עכו״ם״, בתוך: ויעל אליהו (ספר זיכרון), לונדון תשנ״א, עמ׳ שמו, בעמ׳ שנג, אות יג

היבנר, ש׳, ״ישראל שהמיר דתו, מהו?״, הדרום ז (תשי״ח), עמ׳ 44, בעמ׳ 49, ס״ק ג

הילדסהיימר, ע׳, ״מארכיון הרב עזריאל הילדסהיימר זצ״ל״, סיני מט (תשכ״א), עמ׳ קמו

הילמן, ש״י, מורשה, ביטאון לדברי הלכה ומחשבה וחקר ספרות התורנית (ליברפול תשל״ח), שנה א, גיליון א, עמ׳ ל

הכהן, א׳, ״אצילת סמכויות והעברתן״, פרשת השבוע (הוצאת משרד המשפטים ומכללת שערי משפט), בהעלותך, תשס״ב, גיליון מס׳ 76

הכהן, א׳, ״האיסור על ניגוד עניינים במשפט העברי״, בתוך: ניגוד עניינים במרחב הציבורי – משפט, תרבות, אתיקה, פוליטיקה (בעריכת ד׳ ברק ארז, ד׳ נבות, מ׳ קרמניצר, ישראל תשס״ט), עמ׳ 113, בעמ׳ 150

הכהן, א׳, ״׳וכי זכין לאדם שלא בפניו?׳, עיונים בסוגיית התובענה הייצוגית לאור עקרונות המשפט העברי״, שערי משפט ד (תשס״ה־תשס״ו), עמ׳ 153

הכהן, א׳, ״למהות ה׳שררה׳ במשפט העברי״, קובץ הציונות הדתית, ירושלים תשס״ב, עמ׳ 488־500

הלבני, ד׳, מקורות ומסורות, בבא קמא, ירושלים תשנ״ג, עמ׳ תד

הלבני, ד׳, מקורות ומסורות, סדר נשים, תל־אביב תשכ״ט, עמ׳ תרסג־תרסו

הלבני, ד׳, עלה לא נדף: חיים של לימוד בצל המוות, תל־אביב 1999, עמ׳ 109־110

הללה, א׳, וי׳ שפירא, ״על ריבוי חייבים״, פרשת השבוע (הוצאת משרד המשפטים ומכללת שערי משפט), צו, תשע״ב, גיליון מס׳ 404

הלפרין, אב״צ, ״בגדרי שליחות״, קובץ הערות וביאורים (אהלי תורה), חוברת תתפד (תשס״ד), עמ׳ 38

הנשקה, ד׳, ״אין שליח לדבר עבירה״, כותלנו ח (תשל״ו), עמ׳ 72

הררי, א״א, ״השליחות ד׳זה חוטא וזה מתחייב׳ והמסתעף״, בית יצחק מ (תשס״ח), עמ׳ 385, בעמ׳ 388

הררי, א״ד, ״בענין התופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים״, אור תורה לט (תשס״ז), עמ׳ תריז

ויגודה, מ׳ וח׳ צפרי, ״טעות בזיהוי הקונה – למהותה של עסקת המכר״, פרשת השבוע, תולדות, תשס״ח, גיליון מס׳ 304

ויגודה, מ׳, ״על תום הלב במשפט״, פרשת השבוע (הוצאת משרד המשפטים ומכללת שערי משפט), וירא, תשס״ה, גיליון מס׳ 184

ויגודה, מ׳, ״שימוש בסודות מסחריים אליהם נחשף העובד״, באתר האינטרנט של המחלקה למשפט עברי במשרד המשפטים, מדור חוות הדעת

ויגודה, מ׳, ״שליחות כפויה – על התובענה הייצוגית לאור מקורות המשפט העברי״, בתוך: קובץ הציונות הדתית (בעריכת ש׳ רז), ירושלים תשס״ב, עמ׳ 515, בעמ׳ 522, הערה 18

ויגודה, מ׳, חוק לישראל, השבת אבדה, ירושלים תשנ״ב

ויגודה, מ׳, חוק לישראל, שכירות ושאילה, ירושלים תשנ״ח

וידאל, ח׳, ״מינה שליח למכור חמצו ואח״כ קנה עוד חמץ״, דרכי הוראה א (תשס״ה), עמ׳ קנה

וייס, ח׳, ״בענין שליחות בחלה [צ״ל: במילה] ופדיון הבן״, ספר הזיכרון למרן בעל מנחת יצחק, ירושלים תש״ן, עמ׳ שסז־שסט

רשימה ביבליוגרפית

ויסמן, י׳, חוק המשכון, תשכ״ז־1967, ירושלים תשל״ה, עמ׳ 226
ורהפטיג, א׳, ״אחריות בעל לחובות אשתו במשפט העברי״, שנתון המשפט העברי ב (תשל״ה) 258, עמ׳ 263 ואילך
ורהפטיג, א׳, ״התוקף המשפטי של הסתמכות על דיבור במשפט העברי״, מחקרי משפט ב (תשמ״ב), עמ׳ 45, בעמ׳ 66
ורהפטיג, א׳, ״חוזה עבודה – מהותו ובטולו: חזרת העובד״, תחומין ח (תשמ״ז), עמ׳ 203־242
ורהפטיג, א׳, ״טובת הנאה לעובד מאחר – לו או למעביד?״, תחומין יז (תשנ״ז), עמ׳ 293
ורהפטיג, א׳, ״רווח שליח מטעות במקח – לשליח או לשולח? עיון בתוספות ומקבילותיו״, מים מדליו (התשנ״ח), עמ׳ 84־92
ורהפטיג, א׳, ההתחייבות, ירושלים תשס״א
ורהפטיג, ש׳, דיני חוזים במשפט העברי, ירושלים תשל״ד
ורהפטיג, ש׳, דיני מתווך במשפט העברי, ירושלים תשמ״ו
ורהפטיג, ש׳, דיני עבודה במשפט העברי, ירושלים תשמ״ב
ורנר, ש׳, ״בענין שליח שעבר על דברי משלחו״, ספר הזיכרון למרן הגרש״ב ורנר (ירושלים תשנ״ו), עמ׳ קכא־קכו
זילבר, מ׳, ״בסוגיא דשליחות״, באוהלי יעקב (אב תשמ״ב), סי׳ כא, אות ה
זילברמן, אאל״ה, ״בעניין מחיית עמלק״, הפרדס סז (תשנ״ג), חוברת ד, עמ׳ 19
זמיר, א׳, חוק חוזה קבלנות, תשל״ד־1974, ירושלים תשנ״ה, סעיף 36
זקבך, י׳, ״בענין שליחות בקרבנות״, בתוך: נר לאחד (ספר זיכרון לר׳ אברהם חיים דוד שרייבר), קריית־ספר תשס״ו, עמ׳ רטז
חדד, א׳, מיעוטים במדינה יהודית – היבטים הלכתיים, מחקר מדינה 80, המכון הישראלי לדמוקרטיה, ירושלים תש״ע, עמ׳ 73־80
חוק לישראל, פגמים בחוזה, ירושלים תשע״ב
חיגר, מ׳, ״פיצויים בעד מניעת ריווח עקב הפרת חוזה״, סיני צט (תשמ״ו), עמ׳ קנג, בעמ׳ קסב
חפץ, ח״ש, ״אחריות הרב׳ (vicarious liability) במשפט העברי״, דיני ישראל ו (תשל״ה), עמ׳ 49, בעמ׳ 63־74
טדסקי, ג׳, ״אפיטרופוס ושלוח״, בתוך: מסות במשפט, ירושלים תשל״ח, עמ׳ 334
טדסקי, ג׳, ״המנהג במשפטנו הנוהג והעתידי״, משפטים ה (תשל״ג־תשל״ד), עמ׳ 9, בעמ׳ 18
טולידאנו, ש׳, רבי בצלאל אשכנזי – האיש, מפעלו הספרותי וספרייתו, חיבור לשם קבלת התואר דוקטור לפילוסופיה, האוניברסיטה העברית בירושלים, תשס״ב, עמ׳ 197־198
כ״ץ, י׳, ״אף על פי שחטא ישראל הוא״, תרביץ כז (תשי״ח), עמ׳ 203, בעמ׳ 209, ליד ציון הערה 36 [=ספר היובל לכבוד גרשום שלום, ירושלים תשי״ח, עמ׳ עז־צא]
כהן, ש״י, ״מעמד עורכי הדין בהלכה״, תורה שבעל פה כב (תשמ״א), עמ׳ סד
כהנא, ב׳, חוק לישראל, מתנה (בהכנה)
כהנא, ב׳, חוק לישראל, ערבות, ירושלים תשנ״ב
כהנא, ב׳, חוק לישראל, שומרים, ירושלים תשנ״ט
כלבו, א׳, כנסת חכמי ישראל, קונטרס ט (אודסה תרנ״ז), סי׳ קפז, אות ב
לאו, י״מ, ״איסור הסגת גבול – עני המהפך בחררה״, תורה שבעל פה יט (תשל״ז), עמ׳ קו
לוי, ס׳, ״חבותה של חברה בע״מ כלפי צד שלישי״, תחומין כו (תשס״ו), עמ׳ 362
לויטן, א״ש, ״בדין טעות בשליחות״, הפרדס י (תרצ״ז), חוב׳ ח, עמ׳ 9, חוב׳ י, עמ׳ 8, וחוב׳ יא, עמ׳ 7
ליברמן, ש׳, ירושלמי נזיקין, ירושלים תשמ״ד
ליפשיץ, ב׳, ״הרשאה ושליחות״, תרביץ נח (תשמ״ט) 1, בעמ׳ 17־19
ליפשיץ, ב׳, אסמכתא – חיוב וקנין במשפט העברי, ירושלים תשמ״ח
ליפשיץ, ב׳, עובד וקבלן – בין קניין לבין התחייבות, ירושלים תשנ״ד
לפלר, י״ל, ״בגדרי שליחות״, זרע יעקב (סקווירא) ב־ג (תשמ״ה־תשמ״ו), עמ׳ ס
מאגליד, צ״ה, ״אם אפשר לעשות שליח תוך ל׳ לפדיון הבן״, קובץ תורני זכור לאברהם (תשנ״ז־תשנ״ח), עמ׳ קלג, בעמ׳ קלד
מינצר, ש׳, ״על השליחות הבלתי הדירה״, משפטים יג (תשמ״ג), עמ׳ 126, בעמ׳ 135
מרקוביץ, צ׳, ״דעת אחרת מקנה וזכין לאדם״, ספר הזיכרון למרן הגרי״ב ז׳ולטי, ירושלים תש״ם, עמ׳ תקצה־תקצט

רשימה ביבליוגרפית

סגל, פ׳, ״לבירור המקור המשפטי של הכלל ׳אין שליח לדבר עבירה׳״, שנתון המשפט העברי ט־י (תשמ״ב־תשמ״ג), עמ׳ 73

סגל, ש״מ, ״פסקי מהרי״ל דיסקין בעניני חו״מ״, קובץ בית אהרון וישראל, שנה כד, גיליון ו (קמד) (אב־אלול תשס״ט), עמ׳ עב־פא

סולובייצ׳יק, ח׳, הלכה כלכלה ודימוי עצמי, ירושלים תשמ״ה, עמ׳ 67־71

סילברברג, א״נ, ״בגדרי שליחות״, קובץ הערות וביאורים (אוהלי תורה), חוברת תתפב, עמ׳ 44, וחוברת תתפד, עמ׳ 43

סינקלר, ד׳, ״פסלותו של גוי בדיני השליחות״, שנתון המשפט העברי ט־י (תשמ״ב־תשמ״ג), עמ׳ 95־112

עמינח, נ׳, ״להתהוותן של הלכות בדין שליחות בגיטין״, דיני ישראל ה (תשל״ד), עמ׳ 189

ערוסי, ר׳, ״הברוקרים לאור ההלכה – היחסים המשפטיים וההלכתיים שבין הברוקרים ולקוחותיהם״, שערי צדק יא (תש״ע), עמ׳ 192

פיינשטיין, י״מ, ״בדין חזרה שליחות אצל הבעל״, ישורון יד (תשס״ד), עמ׳ תס

ד׳ פיקסלר וע׳ רדזינר, ״נתינת גט קודם יציאה למלחמה״, תחומין כז (תשס״ז), עמ׳ 409

פרוקצ׳יה, ג׳, ״סעיף 6 לחוק השליחות (חלק שלישי)״, הפרקליט לד (תשמ״א־תשמ״ב), עמ׳ 17, בעמ׳ 33

פרוקצ׳יה, ג׳, ״ראיה בעל פה בשליחות נסתרת לעשיית עסקה במקרקעין״, עיוני משפט ח (תשמ״א), עמ׳ 625 [=ספר הזיכרון לגואלטיארו פרוקצ׳יה – חיבורי משפט, ירושלים תשנ״ז, עמ׳ 19]

פרוקצ׳יה, ג׳, דיני שליחות בישראל, תל־אביב תשמ״ו

פרידמן, ד׳, דיני עשיית עושר ולא במשפט, תל־אביב תשמ״ב

פרימר, ד׳, ״הערות לסוגיית מהות השליחות״, שנתון המשפט העברי ט־י (תשמ״ב־תשמ״ג), עמ׳ 113

ציינווירט, ד״א, ״בעניני בל תלין (ב)״, קובץ בית אהרון וישראל, שנה יד, גיליון ה (פג) (סיוון־תמוז תשנ״ט), עמ׳ עז, בעמ׳ פג

קאוויאר, ש׳, ״שליחות על מכירת חמץ שעדיין לא בא לרשותו״, אור המזרח מט (תשס״ד), עמ׳ 108־110

קהת, ב׳, ״עוד בעניין ׳חלות׳״, צוהר ז (תשס״א), עמ׳ 175

קושלבסקי, צ׳, ״בענין שליחות בנר חנוכה״, צוהר ז (תש״ס), עמ׳ רטו־ריט

קירשנבאום, א׳, ״הכלל ׳מילי לא מימסרן לשליח׳: ניתוח תיאוריטי״, שנתון המשפט העברי ה (תשל״ח), עמ׳ 243

קירשנבאום, א׳, ״הכלל ׳מילי לא מימסרן לשליח׳: הלכה למעשה״, שנתון המשפט העברי ו־ז (תשל״ט־תש״ם), עמ׳ 271־293

קירשנבאום, א׳, ״עיונים בשליחות לדבר עבירה (חלק I)״, דיני ישראל ד (תשל״ג), עמ׳ 55־84

קפלן, י״ש, ״יסודות נזקיים בדיני הערבות במשפט העברי״, שנתון המשפט העברי ט־י (תשמ״ב־תשמ״ג), עמ׳ 359, בעמ׳ 388

ראבילו, מ״א, חוק המתנה, תשכ״ח־1968 (מהדורה שנייה, ירושלים תשנ״ז), עמ׳ 283־286

רוזן, י׳, ״נשים בתפקידים ציבוריים״, תחומין יט (תשנ״ט) עמ׳ 17

רוזנטל, ש״ד, ״מינוי שליח להפרשת תרומה לעולם״, כרם ציון השלם, כרך ב, ירושלים תשכ״ח, אוצר התרומות, עמ׳ שסח־שסט

ריינין, י״ק, האפוטרופוס ליתומים במשפט העברי, אחריותו, דרכי הפיקוח והביקורת עליו, חיבור לשם קבלת תואר ד״ר למשפטים, ירושלים תשד״ם

רנר, ש׳, חוק השומרים, תשכ״ז־1967, ירושלים תשנ״ח, עמ׳ 267־271

רפפורט, ש׳, ״חדשים גם ישנים״, קובץ שפתי כהן, תש״ס, עמ׳ 271, בעמ׳ 273־274

רקובר, נ׳, אוצר המשפט, ערך הסגת גבול

רקובר, נ׳, המסחר במשפט העברי, ירושלים תשמ״ח

רקובר, נ׳, עושר ולא במשפט, ירושלים תשמ״ח

רקובר, נ׳, ״ענישה במעשה הבא בעבירה״, סדרת מחקרים וסקירות במשפט העברי, חוברת ב, ירושלים תש״ל, עמ׳ 8 ואילך

רקובר, נ׳, ״עקרונות המשפט העברי בחוק המתנה, תשכ״ח־1968״, הפרקליט כד (תשכ״ח), עמ׳ 496

רקובר, נ׳, השליחות וההרשאה במשפט העברי, ירושלים תשל״ב

רקובר, נ׳, תקנת השבים – עבריין שריצה עונשו, ירושלים תשס״ז, עמ׳ 164־168

שאקי, א׳, ״בעיית החוזה לטובת צד שלישי במשפט האנגלי והישראלי ופתרונה לאור המשפט העברי״, בתוך: סוגיות נבחרות במשפט, ירושלים תשי״ח, עמ׳ 470־507

שוחטמן, א׳, ״מעמדו של עורך הדין במשנת הרמב״ם״, תחומין כ (תש״ס), עמ׳ 38

שוחטמן, א׳, מעשה הבא בעברה, ירושלים תשמ״א, עמ׳ 131־154, עמ׳ 252

שוחטמן, א׳, סדר הדין בבית הדין הרבני, ירושלים תשע״א, כרך א

רשימה ביבליוגרפית

שטינברג, א׳, אנציקלופדיה הלכתית רפואית (ירושלים תשס״ו), כרך ג, ערך חרש, עמ׳ 575; כרך ד, ערך מחלות, עמ׳ 420

שטרן, ר׳, שכרו אתו – הלנת שכר, שכירות פועלים, שכר שבת, בית ועד לתורה, גבעת שמואל תשס״ד, עמ׳ כה-לה

שיינפלד, א׳, חוק לישראל, נזיקין, ירושלים תשנ״ב

שיינפלד, א׳, חוק לישראל, תרופות בשל הפרת חוזה, סעיף 18 (בהכנה)

שיינפלד, א׳, ״נתינת שוחד לעובד ציבור״, תחומין ה (תשד״ם), עמ׳ 332, בעמ׳ 333

שילה, ש׳, ״סטיית השלוח מהוראות השולח״, הפרקליט לג (תש״ם), עמ׳ 13

שילה, ש׳, ״עידוד המסחר והכלכלה בפסיקת רבינו תם״, סיני ק (תשמ״ז), עמ׳ תתפב, בעמ׳ תתפט

שילה, ש׳, ״רווחים בלתי צפויים מראש בשליחות במשפט העברי ובחוק השליחות, תשכ״ה־1965״, שנתון המשפט העברי ג־ד (תשל״ו־תשל״ז), עמ׳ 341־372

שילה, ש׳, ״שאלות יסוד בסוגיית השליחות במשפט העברי בהשוואה לחוק השליחות תשכ״ה״, דיני ישראל ט (תשל״ח־תש״ם), עמ׳ קיג־קכד

שילה, ש׳, ״השדכן במשפט העברי״, משפטים ד (תשל״ב־תשל״ג), עמ׳ 361

שלו, ג׳, דיני חוזים (מהדורה ראשונה, ירושלים תש״ן), עמ׳ 440־443

שלו, ג׳, דיני חוזים (מהדורה שנייה, תשס״ה)

שמשי, י׳, הגדרות השליחות (ויסודותיה) במשפט העברי (כפי הבנת גדולי ה״אחרונים״), חיבור לשם קבלת תואר מוסמך בדיני ישראל, אוניברסיטת תל־אביב, תל־אביב תשמ״א

שנרב, נ׳, ״ריקנות האנליטי״, אקדמות יג (תשס״ג), עמ׳ 151, בעמ׳ 156־157

שרמן, א׳, ״תוקפו ההלכתי של טופס הרשאה למכירת קרקע לשביעית״, תורה שבעל פה לה (תשנ״ד), עמ׳ צא, בעמ׳ צה־צח

תא־שמא, י״מ, הספרות הפרשנית לתלמוד באירופה ובצפון אפריקה, חלק שני, ירושלים תשס״ד, עמ׳ 41

Bleich, J. D., "Constructive Agency in Religious Divorce: An Examination of Get Zikkuy", Tradition 35:4 (2001), pp. 44-73

Haut, I.H., The Talmud as Law or Literature, an analysis of David W. Halivni's Mekorot Umasorot, New York 1982, pp. 66-69

Henshke, D., "Agency and Divorce Proceedings: On the Legal Methodology of Maimonides' Mishne Torah", Jewish Law Annual XIV (2003), p. 163-191

Herzog, I., The Main Institutions of Jewish Law, vol. 2, London 1939, p. 150

Jachter, Howard, "The Use of a Videoteleconference for a Get Procedure", Journal of Halacha and Contemporary Society 28 (1994), p. 5-16

Lord Chancellor's Law Revision Commission, 1937

Warburg, A.Y., The Multi-Faceted Halakhic Identity of a Jewish Investment Broker, Tradition 43:3 (2010) 51-71

Weingort, Abraham, Droit talmudique et droit des nations, Tome 4, Paris 2012, pp. 61-68

רשימה ביוגרפית

אב בדעת – ר׳ אברהם וינרוט, תל אביב, בן זמננו
אב בחכמה – ר׳ אברהם אהרן יודלביץ, רוסיה – ארה״ב, 1850-1930
אבי עזרי – ר׳ אלעזר מנחם מן שך, ליטא – בני ברק, 1898-2001
אבן בוחן – ר׳ שניאור זלמן הירשוביץ, ליטא (אב״ד גולדינגן), 1818-1904
אבן האזל – ר׳ איסר זלמן מלצר, ליטא – ארץ ישראל, 1870-1954
אבן העוזר – ר׳ עוזר בן מאיר מקלימנטוב, פולין, נפטר ב-1710
אבן הראשה – ר׳ אליהו בן נפתלי הירץ קלצקין, ליטא – ירושלים, 1852-1932
אבן יקרה, שו״ת – ר׳ בנימין אריה בן חיים צבי הכהן וייס, אוקראינה, 1844-1912
אבן ישראל – ר׳ ישראל בן זאב ליפקין (ידוע כר׳ ישראל סלנטר), ליטא, 1810-1883
אבן ישראל – ר׳ ישראל יעקב פישר (אב״ד בד״ץ העדה החרדית), ירושלים, 1925-2003
אבן עזרא – ר׳ אברהם בן מאיר אבן עזרא, ספרד – איטליה – צרפת – אנגליה, 1090-1167
אבני החושן – ר׳ שלמה רייזנר (ראב״ד פלשטין), פולין, 1853-1933
אבני מילואים – ר׳ אריה ליב בר׳ יוסף הכהן, ראה קצות החושן
אבני נזר, שו״ת – ר׳ אברהם בר׳ זאב נחום בורנשטיין (אבד״ק ואדמו״ר סוכטשוב), פולין, 1839-1910
אבקת רוכל, שו״ת – ר׳ יוסף קארו, ראה שולחן ערוך
ר׳ אברהם בן יצחק אב בית דין – מכונה גם ראב״ד מנרבונא, פרובנס, 1110-1179
אגודות אזוב מדברי, שו״ת – ר׳ מיכאל דב בן יששכר ויינגוט, פולין, 1819-1887
אגרות משה, שו״ת – ר׳ משה פיינשטיין, רוסיה – ארה״ב, 1895-1986
אהבת חסד – ר׳ ישראל מאיר הכהן מראדין, ראה משנה ברורה
אהל יהושע – ר׳ שמעון משה בין יהושע זליג דיסקין, רוסיה הלבנה – אוקראינה, 1872-1930
אהל משה – ר׳ משה בן דב בריש ויינברג, פולין, 1840-1912
אהל משה, שו״ת – חיים בן משה יעקב רויזמן, רוסיה, נולד ב-1842
אהל משה – ר׳ אלעזר משה בן צבי הירש הלוי הורביץ, רוסיה, 1817-1890
אהלי יעקב, שו״ת – ר׳ יעקב קאשטרו, מצרים, נפטר ב-1610
אהלי תם, שו״ת – ר׳ תם אבן יחיא, פורטוגל – טורקיה, המאה ה-16
אולם המשפט – ר׳ יוסף זונדל הוטנר (אב״ד רעטשין ואיישישוק), ליטא, 1848-1919
אוסף חידו״ת – ר׳ אהרון קוטלר, ראה משנת רבי אהרון
אוצר הגאונים – ר׳ בנימין מנשה בן מאיר לווין, רוסיה – ירושלים, 1879-1944
אור אליהו – ר׳ יחמיאל אליהו בוצ׳קו, ליטא – שוויץ, 1888-1956
אור גדול, שו״ת – ר׳ יהודה ירוחם ליב בן שלמה זלמן פרלמאן, בלרוס, 1835-1896
אור החיים – ר׳ חיים בן עטר, מרוקו – ירושלים, 1696-1743
אור זרוע – ר׳ יצחק מווינא, אשכנז, 1180-1250 (מגדולי בעלי התוספות)
אור ישראל – ר׳ ישראל סלנטר, ראה אבן ישראל
אור שמח – ר׳ מאיר שמחה הכהן מדווינסק, ליטא, 1843-1926
אורה ושמחה – ר׳ יוסף קדיש ברנדסדורפר, ירושלים, בן זמננו
אורח מישור – ר׳ משה אהרן בן ישראל פולייב, ראה מחנה ישראל
אורח מישרים – ר׳ משה אהרן בן ישראל פולייב, ראה מחנה ישראל
אורח מישור – ר׳ יוחנן בן מאיר קרמניצר, פולין, 1665-1735
אורח משפט, שו״ת – ר׳ אברהם יצחק הכהן קוק, ראה משפט כהן
אורים גדולים, שו״ת – ר׳ אברהם ישראל בן בנימין זאבי, חברון, 1651-1731
אורים ותומים – ר׳ יהונתן אייבשיץ, רב של קהילות אה״ו (אלטונה, האמבורג, ואנדסבק), גרמניה, 1695-1764
אחי וראש, שו״ת – ר׳ חיים יהודה אברהם בן יהושע אברהם יהודה, נפטר באיזמיר ב-1848

רשימה ביוגרפית

אחיעזר, שו"ת – ר' חיים עוזר גרודזנסקי, ליטא, 1863-1940
אילת השחר – ר' אהרן יהודה ליב בן נח צבי שטיינמן, רוסיה – שוויץ – ארץ ישראל, נולד ב-1914
איפת צדק – ר' אברהם ישעיהו בן ראובן פיין, ארץ ישראל, בן זמננו
אליה רבה – ר' אליהו בן בנימין וולף שפירא, פראג, 1660-1712
ר' אליעזר אבן שאנג'י – קושטא, 1660-1712
ר' אליעזר ממיץ – ראה ספר יראים
ר' אלעזר סג"ל לנדא – ראה יד המלך
אמרות טהורות – ר' חיים אברהם בן משה ישראל, נולד בירושלים או ברודוס, נפטר באיטליה ב-1785
אמרי בינה – ר' מאיר בר' יצחק איצק אוירבך, פולין – ארץ ישראל, 1815-1878 (בנו של בעל "דברי חיים")
אמרי הצבי – ר' צבי מאיר בן יוסף בר (אב"ד דאברי), פולין, 1845-1916
אמרי חמד – ר' מאיר בן טוביה ליוון, לטביה – רוסיה, 1840-1925
אמרי יושר, שו"ת – ר' מאיר אריק (אב"ד יזלוויץ), פולין – גליציה, 1855-1926
אמרי מהרש"ח – ר' שמחה חיות בן אריה נפתלי מקשונז, פולין, נפטר ב-1868
אמרי משה – ר' משה בן שמואל סוקולובסקי, רוסיה – ליטא, 1868-1931
אמרי נועם – ר' ישעיה בן מרדכי דיין, ארם צובא, 1833-1903
אמרי נועם – ר' מרדכי דוב בער קליין, וינה, המאה ה-19
אפיקי ים – ר' יחיאל מיכל בן מרדכי יונה רבינוביץ, אוקראינה, נספה בשואה
ארעא דרבנן – ר' ישראל יעקב בן יום טוב אלגזי, ראה קהלת יעקב
ארץ צבי, שו"ת – ר' אריה צבי פרומר (הרב מקוז'יגלוב), פולין, 1884-1943
ארצות יהודה, שו"ת – ר' יהודה ליב בן שלום דבורץ, וילנא, נפטר ב-1887
אשר לשלמה, שו"ת – ר' שלמה בן משה אבן דנאן, מרוקו, 1848-1928

ב"ח (בית חדש) – ר' יואל סירקיס, פולין, 1561-1640
באר הגולה – ר' משה רבקש, ליטא, 1595-1671
באר היטב – ר' זכריה מנדל מבעלז, פולין, נפטר ב-1706
באר היטב – ר' יהודה אשכנזי, רבה של טיקטין, פולין, נפטר ב-1748
באר יצחק, שו"ת – ר' יצחק אלחנן ספקטור, בלרוס – ליטא, 1817-1896
באר משה, שו"ת – ר' משה בן אברהם דנושבסקי, בלרוס – ליטא, 1825-1910
באר שבע – ר' ששכר בר בן ישראל ליזר פרנס איילינבורג, פולין, 1570-1623 (תלמיד הלבוש והסמ"ע)
בגדי יום טוב – ר' שלמה קלוגר, ראה חכמת שלמה
בגדי ישע – ר' שמואל הלוי מביאליסטוק, נפטר ב-1845
בדק הבית – ר' יוסף קארו, ראה שולחן ערוך
ביאור הגר"א – ר' אליהו בר' שלמה זלמן מווילנא (הגאון מווילנא), ליטא, 1720-1797
ביאור הלכה – ר' ישראל מאיר הכהן מראדין, ראה משנה ברורה
בין המשפתיים – ר' ראובן בן שבתי פיין, ליטא – סין – ארץ ישראל, 1924-1993
בינת אדם – ר' אברהם דנציג, ראה חכמת אדם
בירורי סוגיות – ר' אליעזר דוד שפירא, בני ברק, בן זמננו
בית אב"י, שו"ת – יצחק אייזיק ליבס, ארה"ב (ניו-יורק), המאה ה-20
בית אהרון – ר' אהרון בן יעקב צבי וואלקין, בלרוס, 1865-1942
בית אהרון – ר' שמואל אהרון ראבין, סלובקיה – גליציה, 1825-1877
בית אהרן – ר' אהרן שלמה זלמן בן יעקב זאב קלפפיש, פולין, נפטר ב-1885
בית אפרים, שו"ת – ר' אפרים זלמן בר מנחם-מוניש מרגליות, גליציה (ברודי), 1760-1828
בית דוד – ר' דוד טעביל, רוסיה, נפטר ב-1861
בית דינו של שלמה – ר' רפאל שלמה בן שמואל לניאדו, ארם צובא, נפטר ב-1793
בית האוצר – ר' יוסף בן יהודה ענגיל, גליציה – וינה, 1859-1919
בית הבחירה – ר' מנחם בן שלמה המאירי, פרובנס, 1249-1315
בית הילל – ר' הילל בן נפתלי הירץ, ליטא, 1615-1690
בית הלוי – ר' יוסף דב סולובייצ'יק, פולין – ליטא, 1820-1892
בית יהודה, שו"ת – ר' יהודה בן יצחק עייאש, אלג'יר – איטליה – ארץ ישראל, 1688-1760
בית יוסף – ר' יוסף קארו, ראה שולחן ערוך
בית יעקב – ר' יעקב מליסא, ראה נתיבות המשפט
בית יצחק, שו"ת – ר' יצחק יהודה שמלקיש (אב"ד לבוב), גליציה, 1828-1905
בית ישחק – ר' יצחק בן אליקים גאטיניו, טורקיה, נפטר ב-1803
בית ישי – ר' שלמה פישר, ארץ ישראל, נולד ב-1932
בית ישראל – ר' ישראל זלמן בן משה משיל שלומוביץ, פולין,1881-1942

רשימה ביוגרפית

בית לוי – ר׳ נפתלי צבי בן חיים הלוי גולדברג, פולין, 1832-1900
בית מאיר – ר׳ מאיר פוזנר, פולין – אשכנז, 1729-1807
בית שלמה, שו״ת – ר׳ שלמה בן יעקב דרימר, גליציה, 1800-1872
בית שמואל – ר׳ שמואל בר׳ אורי שרגא פייבוש, פולין – גרמניה, 1640-1698
בית שערים, שו״ת – ר׳ עמרם בן יצחק יעקב בלום, הונגריה, 1834-1907
בכור קדשים – ר׳ מרדכי עמנואל, בית״ר עילית, בן זמננו
בכורי גשן – ר׳ נחום שמואל גורטלר (דיין בבית הדין הרבני ברחובות), בן זמננו
בני אברהם – ר׳ אברהם בן יהודה מיוחס, קושטא, המאה ה-18
בני אהובה – ר׳ יהונתן אייבשיץ, ראה אורים ותומים
בני חיי – ר׳ חיים בן מנחם אלגזי, איזמיר, נפטר ב-1710
בני יעקב – ר׳ יעקב ששון, קושטא, המאה ה-18
בנימין זאב, שו״ת – ר׳ בנימין בר׳ מתתיהו, יון, 1475-1545
בנין אב, שו״ת – ר׳ אליהו בקשי דורון (הראשון לציון), ארץ ישראל, נולד ב-1941
בנין דוד – ר׳ דוד דב בר בן בנימין זאב טאוב, נפטר בפולין ב-1899
בעי חיי – ר׳ חיים בן ישראל בנבנשת, טורקיה, 1603-1673 (מחבר כנסת הגדולה)
בעקבי הצאן – ר׳ צבי שכטר, ארה״ב, בן זמננו
ברית אברהם – ר׳ אברהם צבי הירש בן אלעזר פצנובסקי, פולין, 1777-1819
ברית יהודה – ר׳ יעקב ישעיה בלוי, ראה פתחי חושן
ברית עולם – ר׳ איזיק יעקב בן אליעזר שלמה וולר, פולין, 1858-1896
ברכי יוסף – ר׳ חיים יוסף דוד אזולאי (החיד״א), ירושלים – איטליה, 1724-1806
ברכת אברהם – ר׳ אברהם בן שמשון רפאל ארלנגר, ירושלים, בן זמננו
ברכת משה – ר׳ משה אהרון אייזנבאך, ארץ ישראל, בן זמננו
ברכת ראש – ר׳ אשר בן צבי הירש הכהן אשכנזי, פולין, 1797-1866
ברכת רצ״ה – ר׳ צבי הירש אורנשטיין, גליציה (לבוב), 1816-1888
ברכת שמואל – ר׳ ברוך דב בר בן שמואל דוד לייבוביץ (ראש ישיבת קמניץ), בלרוס – ליטא, 1867-1939
ברכת שמחה – ר׳ אורי בן שמחה היין, ארץ ישראל, בן זמננו

גדולת מרדכי, שו״ת – ר׳ מרדכי בן משה גאלאנטי, דמשק, 1727-1782
גור אריה יהודא, שו״ת – ר׳ אריה יהודה ליב בן יוסף תאומים, פולין – גליציה, 1727-1831
גזע ישי – ר׳ יהודה שמואל בן יעקב אשכנזי, טבריה – איטליה, 1780-1849
גט מקושר – ר׳ רפאל משה בן יוסף בולה, נפטר בירושלים ב-1773
גט מקושר – ר׳ אריה לייב צינץ, ראה מגן האלף
גט פשוט – ר׳ משה בן שלמה אבן חביב, ירושלים, 1654-1697
גידולי שמואל – ר׳ שמואל ניימן, ארץ ישראל, 1887-1959
גידולי תרומה – ר׳ עזריה בן אפרים פיגו, איטליה, 1579-1647 (פירוש לספר התרומות)
גיליוני הש״ס – ר׳ יוסף בן יהודה ענגיל, ראה בית האוצר
גינת אגוז – ר׳ צבי שכטר, ראה בעקבי הצאן
גינת ורדים – ר׳ אברהם בן מרדכי הלוי, מצרים, 1650-1704 (בנו של בעל ״דרכי נועם״)
גנזי חיים – ר׳ חיים בן יעקב פאלאג׳י, ראה חקקי לב
גרש ירחים – ר׳ אריה ליב בן משה צינץ, ראה גט מקושר

דבר אברהם, שו״ת – ר׳ אברהם דובער כהנא שפירא (אב״ד קוונא), ליטא, 1870-1943
דבר הלכה (מלואים) – ר׳ אליהו בן נפתלי הירץ קלצקין, רוסיה – פולין – ירושלים, 1852-1932
דבר יהושע – ר׳ יהושע מנחם מנדל אהרנברג, פולין – ארץ ישראל, 1905-1976
דבר משה, שו״ת – ר׳ חיים משה אמרילו, טורקיה, 1695-1748
דבר משה, שו״ת – ר׳ משה בן אפרים תאומים, גליציה, 1825-1887
דברות אליהו, שו״ת – ר׳ אליהו אברזל (אב״ד ירושלים), מרוקו – ארץ ישראל, נולד ב-1948
דברות משה – ר׳ משה פיינשטיין, ראה אגרות משה
דברי אמת – ר׳ יצחק בן דוד מקושטא, 1690-1755
דברי גאונים – ר׳ חיים אריה כהנא, הונגריה (סיגט), 1830-1917
דברי חי״בה – ר׳ חיים יצחק בן חנוך זונדל בלוך, ליטא – ארה״ב, 1864-1948
דברי חיים – ר׳ יצחק איצק אוירבך (אב״ד לונטשיץ), פולין, נפטר ב-1847 (בנו של בעל ״דברי משפט״)
דברי חיים, שו״ת – ר׳ חיים בר׳ ליבוש הלברשטם (האדמו״ר הראשון מצאנז), גליציה, 1793-1876
דברי יחזקאל – ר׳ יחזקאל בן צבי הירש הלוי ברשטיין, ליטא, נספה בשואה ב-1942
דברי יציב, שו״ת – ר׳ יקותיאל יהודה הלברשטאם (האדמו״ר מצאנז), גליציה – ארה״ב – א״י, 1905-1994

רשימה ביוגרפית

דברי ירמיהו – ר׳ ירמיהו בן בנימין וולף לעוו, בוהמיה – הונגריה, 1811-1874
דברי מלכיאל, שו״ת – ר׳ מלכיאל צבי בר׳ יונה הלוי טננבוים (אב״ד לומזא), ליטא, נפטר ב-1910
דברי מרדכי – ר׳ מרדכי לייב בן משה מן, פולין – ארץ ישראל, 1916-1997
דברי משפט – ר׳ חיים בר׳ יצחק אוירבך (אב״ד לונטשיץ), פולין, 1755-1840
דברי נחמיה, שו״ת – ר׳ נחמיה בן אברהם בירך הלוי גינזבורג, בלרוס, 1788-1852
דברי נפתלי – ר׳ נפתלי בן מאיר צבי הכהן גרברסקי, ליטא (לומזא), המאה ה-20
דברי ריבות, שו״ת – ר׳ יצחק בר׳ שמואל אדרבי, תורכיה, 1510-1584
דברי שאול – ר׳ יוסף שאול נתנזון, ראה שואל ומשיב
דברי שלום – ר׳ שלום יצחק מזרחי, סוריה – ארץ ישראל, 1923-1995
דגול מרבבה – ר׳ יחזקאל בן יהודה הלוי לנדא, ראה נודע ביהודה
דובב מישרים, שו״ת – ר׳ דב בריש בן יעקב ווידנפלד, גליציה – ירושלים, 1881-1965
דורש לציון – ר׳ יחזקאל בן יהודה הלוי לנדא, ראה נודע ביהודה
דיני ממונות – ר׳ עזרא בן ר׳ יוסף בצרי (חבר בית הדין הרבני הגדול), ארץ ישראל, נולד ב-1937
דמשק אליעזר, שו״ת – ר׳ אברהם צבי בן אליעזר פרלמוטר, פולין, נפטר ב-1937
דקדוקי סופרים – ר׳ רפאל נתן נטע רבינוביץ׳, ליטא – גרמניה – אוקרינה, 1835-1888
דרוש וחידוש – ר׳ עקיבא איגר, גרמניה, 1761-1837
דרישה – ר׳ יהושע פלק כ״ץ, ראה סמ״ע
דרך איתן – ר׳ אברהם בן אשר צבי יפהן, פולין – ירושלים, 1886-1970
דרך המלך – ר׳ דוב בריש בן ר׳ שמואל כ״ץ רפפורט, גליציה – פולין, 1824-1906
דרך עץ החיים – ר׳ חיים יצחק בן יהודה אלגזי, טורקיה, 1750-1819
דרכי חושן – ר׳ יהודא סילמן, בני ברק, בן זמננו
דרכי משה – ר׳ משה אביגדור בן יעקב יוסף עמיאל (רבה של תל-אביב), בלרוס – ארץ ישראל, 1882-1945
דרכי משה – ר׳ משה איסרליש, ראה רמ״א
דרכי נועם – ר׳ מרדכי הלוי ממצרים, מצרים – ירושלים, 1520-1648 (אביו של בעל ״גינת ורדים״)
דרכי תשובה – ר׳ צבי הירש שפירא, פולין – הונגריה, 1850-1913

האלף לך שלמה – ר׳ שלמה קלוגר, ראה חכמת שלמה
הגהות אמרי ברוך – ר׳ ברוך פרנקל תאומים, פולין – סלובקיה, 1760-1828
הגהות אשרי – ר׳ ישראל מקרימז, אשכנז (אוסטריה), המאה ה-14
הגהות מוהרי״ג – ר׳ אהרן מאיר יעקב בן דב בער גינצבורג, רוסיה – ליטא, 1819-1860
הגהות מיימוניות – ר׳ מאיר הכהן מרוטנבורג, אשכנז, נפטר ב-1298
הגהות מרדכי – ר׳ שמואל שליטשטט, אשכנז (אלזס), 1340-1400
הגהות רד״ל – ר׳ דוד בן יהודה לוריא, רוסיה, 1792-1855
הגיוני משה – ר׳ משה בוצ׳קו, שוויץ – ארץ ישראל, 1917-2010
הד משה – ר׳ משה בן חיים נתן שוחט, ליטא – ארצות הברית – ירושלים, 1878-1947
היכל יצחק, שו״ת – ר׳ יצחק אייזיק הלוי הרצוג (הרב הראשי לישראל), פולין – אירלנד – א״י, 1888-1959
הליכות אליהו – ר׳ אליהו בן אהרון הלוי פיינשטיין, רוסיה – פולין, 1842-1928
הלכות גדולות – ר׳ שמעון קיירא, בבל, המאה ה-9
הלכות יום טוב – ראה מהרי״ט אלגזי
הלכות מתווכים – ר׳ יוסף בן ר׳ אברהם הלל גולדברג (דיין בית הדין הרבני בתל אביב), בן זמננו
הלכות פסוקות – ר׳ יהודאי גאון, בבל, 680-763
המאור הגדול – ר׳ זרחיה הלוי מגירונדי, ספרד – צרפת, 1115-1186
המידות לחקר ההלכה – ר׳ מ״א עמיאל, ראה דרכי משה
המקנה – ראה ספר המקנה
הסבא קדישא, שו״ת – ר׳ שלמה אליעזר אלפנדרי, טורקיה – סוריה – ארץ ישראל, 1822-1930
העמק שאלה – ר׳ נפתלי צבי יהודה ברלין, הנצי״ב (ראש ישיבת וולוז׳ין), רוסיה – פולין, 1816-1893
הערות במסכת כתובות – ר׳ יוסף שלום אלישיב (דיין בבית הדין הרבני הגדול), ארץ ישראל, 1910-2012
הערות וציונים – ר׳ א׳ אוסטרן, בני ברק, בן זמננו
הפלאה – ראה ספר הפלאה
הפלאת נדרים – ר׳ אלימלך בן יהושע השל פרנקל-תאומים, גליציה, 1884-1942
הפלאת שבועות – ר׳ אליהו דוד רייכמן, קרית גת, בן זמננו
הר הכרמל, שו״ת – ר׳ אליהו בן יחזקאל מבילגוריי, פולין, המאה ה-18
הר צבי, שו״ת – הר׳ צבי פסח פרנק (רבה של ירושלים), ליטא – ארץ ישראל, 1873-1960
הרי בשמים, שו״ת – ר׳ אריה ליבוש בן יצחק הלוי הורוביץ, אוקראינה, 1847-1909

רשימה ביוגרפית

ויאמר יצחק – ר׳ יצחק בן שם טוב אבן וואליד, מרוקו, 1777-1870
ונגש הכהן – ר׳ הלל דוד בן עוזר הכהן טריווש, ליטא (וילנא), 1841-1901
ושב הכהן, שו״ת – ר׳ רפאל בר׳ יקותיאל זיסקינד כ״ץ (אב״ד קהלות אה״ו), פולין – גרמניה, 1722-1803

זכות משה – מהר״ם בולה, ראה גט מקושר
זכר יצחק, שו״ת – ר׳ יצחק יעקב רבינוביץ (ר׳ איצל פוניבז׳ער), ליטא, 1854-1919
זכרון יהודה – ר׳ יהודה בן יהושע פלק גרינוולד, סלובקיה – רומניה, 1849-1920
זכרון יהונתן – ר׳ יהונתן בן אברהם אבא יצחק אבלמן, ליטא – פולין, 1854-1903
זכרון יהושע – ר׳ יהושע ניסבום, גליציה (דז׳יקוב), 1833-1872
זכרון צבי מנחם – ר׳ צבי מנחם מייזליש, פולין, 1790-1858
זקן אהרון, שו״ת – ר׳ אהרון וואלקין, ראה בית אהרון
זריחת השני – ר׳ זרח בן ירוחם אשר ורהפטיג, רוסיה הלבנה – ארץ ישראל, 1906-2002
זרע אברהם – ר׳ אברהם בן דוד יצחקי, ירושלים, 1661-1729
זרע אמת, שו״ת – ר׳ ישמעאל בן אברהם יצחק כהן, איטליה, 1723-1811

חבל יעקב, שו״ת – ר׳ אבא יעקב בן יחיאל מיכל הכהן ברוכוב, ליטא – ירושלים, 1847-1936
חבל נחלתו – ר׳ יעקב אפשטיין, ארץ ישראל, שומריה, בן זמננו
חבלים בנעימים, שו״ת – ר׳ יהודה ליב בן בנימין גרויבארט, פולין – ארה״ב – קנדה, 1861-1937
חבצלת השרון, שו״ת – ר׳ מנחם מוניש בר׳ יהושע השל באב״ד (אב״ד טרנופול), גליציה, 1865-1938
חדות יעקב – ר׳ צבי אריה יהודה יעקב מייזלש, פולין, 1850-1932
חוות בנימין – ר׳ שאול ישראלי (חבר בית הדין הרבני הגדול), רוסיה – ארץ ישראל, 1909-1995
חוות דעת – ר׳ יעקב מליסא, ראה נתיבות המשפט
חוות יאיר, שו״ת – ר׳ יאיר חיים בר׳ משה שמשון בכרך, גרמניה, 1638-1702
חוט השני, שו״ת – ר׳ אברהם שמואל בן יצחק בכרך, צ׳כסלובקיה – גרמניה, 1575-1615
ר׳ חופני גאון – בבל, המאה ה-9-10
חוק יעקב – ר׳ יעקב ריישר, ראה שבות יעקב
חותם תוכנית – ר׳ יצחק יעקב ריינס, רוסיה, 1839-1915
חזון איש – ר׳ אברהם ישעיהו [אי״ש] קרליץ, ליטא – ארץ ישראל, 1878-1953
חזון יחזקאל – ר׳ יחזקאל אברמסקי, רוסיה – ארץ ישראל, 1886-1976
חזקה רבה – ר׳ יעקב יהודה ליב בן שמעיהו קרוך, פולין – גרמניה, 1819-1897
חידושי אנשי שם – ר׳ נתן נטע בר׳ שלמה שפירא, פולין, 1585-1633
חידושי בעל שרידי אש על הש״ס – ר׳ יחיאל יעקב ויינברג, ראה שרידי אש
חידושי גר״ח מבריסק – ראה חידושי ר׳ חיים הלוי
חידושי הגריי״ר – ר׳ יצחק יעקב רבינוביץ׳, ראה זכר יצחק
חידושי הגרנ״ט – ר׳ נפתלי טרופ, בלרוס – פולין, 1871-1928
חידושי הרי״ם – ר׳ יצחק מאיר רוטנברג אלטר (האדמו״ר הראשון מגור), פולין, 1799-1866
חידושי מהר״ץ חיות – ר׳ צבי הירש בר׳ מאיר חיות, גליציה, 1805-1855
חידושי ר׳ חיים הלוי – ר׳ חיים הלוי סולובייצ׳יק מבריסק, בלרוס, 1853-1918
חידושי ר׳ שמעון יהודה הכהן – ר׳ שמעון שקאפ, ראה שערי יושר
חידושי רבי שמואל – ר׳ שמואל רוזובסקי (ראש ישיבת פוניבז׳), ליטא – ארץ ישראל, 1913-1979
חידושי רבנו מאיר שמחה – ר׳ מאיר שמחה הכהן מדווינסק (ראה אור שמח)
חידושים וביאורים – ר׳ חיים שאול גריינימן, ליטא – ארץ ישראל, נולד ב-1924
חידושים מהר״א – ר׳ אליעזר בן חיים אוירבאך, פולין, 1823-1855 (בנו של בעל ״דברי חיים״)
חיי הכהן – ר׳ יוסף בן יואל הכהן מפלינסק, פולין, המאה הי״ט
ר׳ חיים כפוסי – קהיר, 1541-1631
חכם צבי, שו״ת – ר׳ צבי הירש בן יעקב אשכנזי, פולין, 1658-1718
חכמת אדם – ר׳ אברהם בן יחיאל מיכל דנציג, פולין – ליטא, 1748-1820
חכמת התורה – ר׳ שלמה קלוגר, ראה חכמת שלמה
חכמת שלמה – ר׳ שלמה לוריא, ראה ים של שלמה
חכמת שלמה – ר׳ שלמה קלוגר (אב״ד ברודי), פולין – גליציה, 1775-1869
חכמת שלמה, שו״ת – ר׳ שלמה קוועטש, צ׳כיה (ניקלסבורג), 1798-1857
חלקת יואב, שו״ת – ר׳ יואב יהושע בן נתן נטע ויינגרטן, פולין, 1847-1922
חלקת יעקב – ר׳ מרדכי יעקב בן חיים ברייש, אוקראינה – שוויץ, 1895-1976
חלקת מחוקק – ר׳ משה לימא, פולין – ליטא, 1604-1658

רשימה ביוגרפית

חלת לחם – ר׳ שמחה יואל בן ישעיהו הכהן רובינשטיין, גליציה, 1790-1864
חמדת יהושע – ר׳ יהושע הלוי זמברובסקי, פולין – ארה״ב, 1874-1939
חקקי לב, שו״ת – ר׳ חיים פאלאג׳י, תורכיה, 1788-1869
חקר הלכה – ר׳ אלעזר קאליר, הונגריה – צ׳כיה, 1741-1801
חקר הלכה – ר׳ נפתלי הירץ בן יואל משה הלוי לנדא, גליציה, 1840-1900
חקרי לב, שו״ת – ר׳ רפאל יוסף חזן (אב״ד איזמיר), טורקיה, 1741-1820
חשוקי חמד – ר׳ יצחק זילברשטיין, פולין – שוויץ – ארץ ישראל, נולד ב-1934
חתם סופר, שו״ת – ר׳ משה סופר (שרייבר), גרמניה – הונגריה, 1762-1839
חתן סופר - ר׳ שמואל בן דוד צבי ארנפלד, הונגריה, 1835-1883

ט״ז (טורי זהב) – ר׳ דוד בר׳ שמואל הלוי, פולין, נפטר ב-1667
טבעת החושן – ר׳ חיים פנחס בן יעקב יצחק שיינברג, פולין – ארה״ב – ארץ ישראל, 1910-2012
טוב טעם ודעת, שו״ת – ר׳ שלמה קלוגר, ראה חכמת שלמה
טוב עין – ר׳ חיים יוסף דוד אזולאי (החיד״א), ראה ברכי יוסף
טובי העיר – ר׳ יוסף גולדברג, ראה הלכות מתווכים
טוקצינסקי, ר׳ יחיאל מיכל – ליטא – ארץ ישראל, 1872-1955
טור – ר׳ יעקב בר׳ אשר, ספרד, 1269-1343 (בנו של הרא״ש)
טור האבן, שו״ת – ר׳ אליעזר בן ניסן אוירבך, נפטר באוקראינה ב-1828
טורי אבן – ר׳ אריה ליב בן אשר גינצבורג, רוסיה – צרפת, 1695-1785
טיב גיטין – ר׳ צבי הירש הלר, פולין – הונגריה, 1776-1834

יביע אומר, שו״ת – ר׳ עובדיה יוסף (הראשון לציון), עיראק – ארץ ישראל, 1920-2013
יד אברהם – ר׳ אברהם איזידרו – גבאי, נפטר בלונדון, המאה ה-18
יד אליהו – ר׳ אליהו בן יעקב רגולר, ליטא, 1794-1849
יד אליהו – ר׳ אליהו בן שמואל מלובלין, פולין – ליטא – מורביה – ארץ ישראל, 1655-1735
יד אפרים – ר׳ אפרים זלמן מרגליות, ראה בית אפרים
יד דוד – ר׳ יוסף דוד בן אברהם יצחק זינצהיים, גרמניה – צרפת, 1736-1812
יד המלך – ר׳ אלעזר סג״ל לנדא, פראג? – גליציה, 1778-1831 (נכדו של הנודע ביהודה)
יד ימין – ר׳ מיכאל יעקב בן חיים יהודה ישראל, רודוס – ירושלים, 1790-1856
יד מלאכי – ר׳ מלאכי בן יעקב הכהן, איטליה, 1700-1771
יד רמ״ה – ר׳ מאיר בן טודרוס הלוי אבולעפיה, ספרד, 1170-1244
יד רמ״ה שו״ת – ר׳ רפאל מרדכי בן דוד הלוי סאלאוויי, רוסיה, נולד ב-1872
יד שאול (קונטרס שו״ת) – ר׳ שאול חיים בין ר׳ אברהם הלוי הורוביץ, וילנא – ירושלים, 1828-1915
יד שלום – ר׳ שלום דוד בן יעקב יצחק אונגר, גליציה, 1860-1923
ידות נדרים – ר׳ יוסף שאול נתנזון, ראה שואל ומשיב
ר׳ יהודה בן בולאט – ספרד – קושטא, המאה ה-16
יהודה יעלה, שו״ת – ר׳ יהודה בן ישראל אסאד, הונגריה, 1794-1866
ר׳ יהונתן מלוניל – פרובנס – ארץ ישראל, 1140-1216
ר׳ יואל הלוי – אביו של ראבי״ה, מגנצא, המאה ה-12
ר׳ יונה בן ריי – אב״ד קושטא, המאה ה-18
ר׳ יוסף רוז׳ין (הרוגצ׳ובר) – ראה צפנת פענח
יורו משפטיך ליעקב – ר׳ יעקב אביחצירא, מרוקו, 1807-1880
יכין ובועז, שו״ת – ר׳ שמעון דוראן, אלג׳יר, המאה ה-15
ילקוט יהודה – ר׳ יהודה ליב בן דוב בר גינזבורג, בלרוס – ארה״ב, 1888-1946
ים של שלמה – ר׳ שלמה בר׳ יחיאל לוריא (מהרש״ל), פולין, 1510-1574
יסודי ישורון – ר׳ גדליה בן צבי פלדר, גליציה – קנדה, 1921-1991
ר׳ יעקב כולי – עורך ומגיה של משנה למלך, א״י – טורקיה, 1689-1732 (נכדו של בעל גט פשוט)
ר׳ יעקב לבית הלוי, שו״ת – ר׳ יעקב בן ישראל הלוי, יוון – איטליה, 1565-1636
יפה עינים – ר׳ אריה לייב ילין, רוסיה, 1820-1886
ישועות יעקב – ר׳ יעקב משולם אורנשטיין, אוקראינה – פולין, 1775-1839
ישועות ישראל – ר׳ ישראל יהושע בן דוד טרונק, פולין, 1820-1893
ישועות מלכו, שו״ת – ר׳ ישראל יהושע בן דוד טרונק, ראה ישועות ישראל
ישועת משה – ר׳ יהושע משה אהרונסון, פולין – גרמניה – ארץ ישראל, 1910-1994
ישכיל עבדי, שו״ת – ר׳ עובדיה הדאיה (חבר בית הדין הרבני הגדול), ארץ ישראל, 1893-1969

רשימה ביוגרפית

ישמח לבב, שו"ת – ר' ישועה שמעון חיים בן מסעוד עובדיה, מרוקו, 1872-1952
ר' ישמעאל בן חכמון – כנראה מצרים, המאה ה-12 או ה-13
יתרון האור – ר' ירוחם יהודה ליב בן שלמה זלמן פרלמן, רוסיה, 1835-1896

כל נדרי – ר' יצחק אליהו שטסמן, ארץ ישראל, בן זמננו
כנסת הגדולה – ר' חיים בר' ישראל בנבנשת, טורקיה, 1603-1673 (מחבר שו"ת בעי חיי)
כסף הקדשים – ר' אברהם דוד בר' אשר אנשל ווהרמן מבוצ'ץ', גליציה, 1771-1840
כסף משנה – ר' יוסף קארו, ראה שולחן ערוך
כסף נבחר – ר' ברוך בנדט גויטיין, מורביה – הונגריה, 1770-1842
כפות תמרים – ר' משה בן שלמה אבן חביב, ראה גט פשוט
כפתור ופרח – ר' אשתורי בן משה הפרחי, צרפת – ספרד – ארץ ישראל, 1280-1355
כרם שלמה, שו"ת – ר' שלמה נתן בן יצחק אהרון קוטלר, ליטא (קובנה) – ירושלים, 1856-1945
כרתי ופלתי – ר' יהונתן אייבשיץ, ראה אורים ותומים
כתב סופר – ר' אברהם שמואל בנימין בן משה, סלובקיה, 1815-1871 (בנו של ה"חתם סופר")

ל"ב נתיבות – ר' שלמה זעפרני, ארץ ישראל, בן זמננו
לאור ההלכה – ר' שלמה יוסף בן אהרן מרדכי זווין, בלרוס – ארץ ישראל, 1884-1978
לב ים – ר' מיכל זילבר, ארץ ישראל, בן זמננו
לב שלמה, שו"ת – ר' שלמה חלמא, ראה מרכבת המשנה
לבוש – ר' מרדכי בן אברהם יפה, פראג – פולין, 1530-1612 (תלמיד המהרש"ל והרמ"א)
לבוש מרדכי – ר' משה מרדכי בן צבי חיים אפשטיין (ראש ישיבת סלובודקה), ליטא – ארץ ישראל, 1866-1933
לחם משנה – ר' אברהם בר' משה די בוטון, סלוניקי, 1545-1588 (תלמיד מהרשד"ם)
לחם רב, שו"ת – ר' אברהם בן משה די בוטון, ראה לחם משנה
ליקוטי חב"ר בן חיים – ר' חזקיה פייבל בן חיים פלויט, בוהמיה – הונגריה, 1818-1894
ליקוטי שיחות – ר' מנחם מנדל שניאורסון (אדמו"ר השביעי מחב"ד), אוקראינה – ארצות הברית, 1902-1994
לקח טוב – ר' יוסף בן יהודה ענגיל, ראה בית האוצר

מאור למלך – ר' יחזקאל בן אלימלך מלר, ארץ ישראל, בן זמננו
מאזנים למשפט, שו"ת – ר' זלמן בן בן-ציון סורוצקין, בלרוס – ירושלים, 1880-1966
מאירי – ראה בית הבחירה
מאמר המלך – ר' רפאל אברהם מצליח, נפטר באיזמיר ב-1784
מבי"ט, שו"ת – ר' משה בר' יוסף מטראני, טורקיה – ארץ ישראל, 1500-1580
מגדל צופים, שו"ת – ר' גדליהו אקסלרוד, ארץ ישראל, נולד ב-1941
מגיד מראשית – ר' חיים בן יעקב אלפנדרי, קושטא, 1588-1640
מגיד משנה – ר' וידאל די טולושא, ספרד, 1300-1370
מגילת ספר – ר' בנימין קאזיש, נפטר בצפת ב-1747
מגן אברהם – ר' אברהם אבלי בר' חיים הלוי (גומבינר), פולין – ליטא, 1637-1683
מגן האלף – ר' אריה ליב בר' משה צינץ, פולין, 1768-1833
מהר"א מונסון – ר' אברהם מונסון, מצרים, נפטר ב-1630
מהר"א ששון – ראה שו"ת תורת אמת
מהר"ח אור זרוע, שו"ת – ר' חיים בר' יצחק אור זרוע, אשכנז, 1250-1310
מהר"ח אלפנדרי – ר' חיים בן יעקב אלפנדרי, קושטא, 1588-1640
מהר"י אסאד – ר' יהודה אסאד, ראה יהודה יעלה
מהר"י בירב, שו"ת – ר' יעקב בירב, ספרד – מרוקו – מצרים – ארץ ישראל, 1474-1546
מהר"י בן לב, שו"ת – ר' יוסף בן דוד בן לב, הרצגובינה – טורקיה, 1505-1580
מהר"י ברונא – ר' ישראל בן חיים מברונא, גרמניה, 1400-1480
מהר"י וייל, שו"ת – ר' יעקב בר' יהודה וייל (מהרי"ו), גרמניה, 1390-1453
מהר"י חנדאלי – ר' יהושע חנדאלי, ראה פני יהושע
מהר"י מינץ, שו"ת – ר' יהודה בן אליעזר הלוי, גרמניה – איטליה, 1409-1509
מהר"י קורקוס – ר' יוסף קורקוס (הזקן), ספרד – מצרים – ארץ ישראל, נפטר ב-1565
מהר"ל מפראג – ר' יהודה ליווא בן בצלאל, פולין – צ'כיה, 1512-1609
מהר"ם איגרא, שו"ת – ר' משולם בן שמשון איגרא, גליציה – סלובקיה, 1752-1801
מהר"ם אלשיך – ר' משה בן חיים אלשיך, טורקיה – ארץ ישראל, 1508-1600
מהר"ם די בוטון – ר' מאיר בן אברהם די בוטון, נפטר בסלוניקי ב-1678

רשימה ביוגרפית

מהר״ם מינץ – ר׳ משה בן יצחק הלוי מינץ, גרמניה, 1415-1480
מהר״ם מלובלין – ר׳ מאיר בן גדליה, פולין, 1558-1616
מהר״ם פדוואה, שו״ת – ר׳ מאיר בר׳ יצחק קצנלנבוגן, פולין – איטליה, 1473-1565
מהר״ם מרוטנבורג, שו״ת – ר׳ מאיר בר׳ ברוך מרוטנבורג, גרמניה, 1215-1293 (מאחרוני בעלי התוספות)
מהר״ם שי״ף – ר׳ מאיר בר׳ יעקב הכהן שיף, גרמניה, 1605-1641
מהר״ם שיק – ר׳ משה בן יוסף שיק, הונגריה, 1807-1879 (תלמיד ה״חתם סופר״)
מהר״ש גאביזון – ר׳ שלמה גאביזון, מצרים, המאה ה-16-17
מהר״ש מוהליבר, שו״ת – ר׳ שמואל בן יהודה ליב מוהליבר, ליטא – רוסיה, 1824-1898
מהר״ש ענגיל, שו״ת – ר׳ שמואל ענגיל (אב״ד ראדאמישלא), פולין, 1853-1935
מהר״ש צרור – ר׳ שלמה צרור, צפון אפריקה, המאה ה-16-17
מהרי״א הלוי – ר׳ יצחק אהרן בן מרדכי זאב הלוי איטינגא, פולין, 1827-1891
מהרי״א הלוי, שו״ת – ר׳ יצחק אהרן בר׳ מרדכי זאב (אב״ד לבוב), גליציה, 1827-1891
מהרי״ח – ר׳ יחזקיהו בר׳ יעקב ממאגדיבורג, אשכנז, המאה ה-13 (מאחרוני בעלי התוספות)
מהרי״ט אלגזי – ר׳ יום טוב בן ישראל יעקב אלגזי, איזמיר – ארץ ישראל, 1727-1802
מהרי״ט, שו״ת – ר׳ יוסף בר׳ משה טראני, ארץ ישראל – טורקיה, 1568-1639 (בנו של המבי״ט)
מהרי״ל – ר׳ יעקב הלוי בן משה מולין (סג״ל), גרמניה (מגנצא – וורמייזא), 1360-1427
מהרי״ל בלוך – ר׳ יוסף יהודה ליב בלוך, ליטא, 1860-1929
מהרי״ל דיסקין, שו״ת – ר׳ משה יהושע יהודה ליב דיסקין (הרב מבריסק), ליטא – ארץ ישראל, 1816-1877
מהרי״ם, שו״ת – ר׳ יעקב מאיר בן חיים פאדווה (אב״ד בריסק), 1796-1856
מהרי״ק, שו״ת – ר׳ יוסף בר׳ שלמה קולון, צרפת איטליה, 1420-1480
מהריא״ז ענזיל – ר׳ יקותיאל אשר זלמן ענזיל, גליציה, 1790-1858
מהריב״ל, שו״ת – ר׳ יוסף בן דוד בן לב, ראה מהר״י בן לב
מהריט״ץ, שו״ת – ר׳ יום טוב בר׳ משה צהלון, ארץ ישראל, 1559-1638
מהרלב״ח, שו״ת – ר׳ לוי בן יעקב אבן חביב, ספרד – פורטוגל – יוון – ארץ ישראל, 1480-1549
מהרש״א – ר׳ שמואל בר׳ יהודה הלוי אידלס, פולין, 1555-1631
מהרש״ג, שו״ת – ר׳ שמעון בן יהודה גרינפלד, הונגריה, 1860-1930
מהרש״ך, שו״ת – ר׳ שלמה בר׳ אברהם הכהן, טורקיה, 1520-1601
מהרש״ל, שו״ת – ר׳ שלמה לוריא, ראה ים של שלמה
מהרש״ם, שו״ת – ר׳ שלום מרדכי הכהן שבדרון, גליציה, 1835-1911
מהרשד״ם, שו״ת – ר׳ שמואל בר׳ משה די מדינה, רבה של סלוניקי, 1506-1589
מועדים וזמנים השלם – ר׳ משה שטרנבוך, ראה תשובות והנהגות
מוצל מאש – ר׳ יששכר דב בן משה פרגר, גליציה, 1810-1875
מוצל מאש, שו״ת – ר׳ יעקב בן חיים אלפנדרי, קושטא, 1640-1718
מורשת משה – ר׳ משה בן יעקב שטיינהויז, ארץ ישראל, בן זמננו
מחנה אפרים – ר׳ אפרים בר׳ אהרון נבון, טורקיה, 1677-1735
מחנה יהודה – ר׳ יהודה בן יוסף אשכנזי, טורקיה, נפטר ב-1760
מחנה יהודה – ר׳ יהודה לייב חסמן, ליטא – גרמניה – פולין – ארץ ישראל, 1869-1936
מחנה ישראל – ר׳ משה אהרן בן ישראל פולייב, בלרוס – ארה״ב, 1888-1966
מחצית השקל – ר׳ שמואל בר׳ נתן הלוי קעלין, פולין, נפטר ב-1807
מטה שמעון – ר׳ מרדכי שמעון בן שלמה, סלוניקי, המאה ה-18
מי השליח, שו״ת – ר׳ ישראל בן אהרון רבינוביץ, גליציה, המאה ה-19
מילואי אבן – ר׳ חיים פנחס שיינברג, ראה טבעת החושן
מילי דאבות – ר׳ משה יהודה ליב בן יוסף צילץ, פולין – צ׳כיה, נפטר ב-1831
מים חיים, שו״ת – ר׳ חזקיה בן דוד די סילווה, איטליה – ארץ ישראל, 1656-1695 (מחבר פרי חדש)
מים חיים, שו״ת – ר׳ חיים בן דוב בריש הכהן רפפורט, אוקראינה, 1772-1839
מים עמוקים, שו״ת – ר׳ אליהו אבן חיים ראה ראנ״ח
מים קדושים – ר׳ יהושע משה מרדכי בן יצחק קריספין, איזמיר – ירושלים, נפטר ב-1912
מים רבים – ר׳ רפאל מילדולה, איטליה, 1685-1748
מכתב מאליהו – ר׳ אליהו בן יעקב אלפנדרי, קושטא, 1670-1717
מכתב סופר – ר׳ שמעון סופר, הונגריה – גליציה, 1820-1883 (בנו של ה״חתם סופר״)
מכתבי תורה – חליפת מכתבים בין ר׳ מרדכי קאלינא מווישאגראד ור׳ יוסף רוז״ן (הרוגצ׳ובר), נדפס ב-1937
מכתם לדוד, שו״ת – ר׳ דוד פרדו, איטליה – ארץ ישראל, 1718-1790
מלא הרועים – ר׳ יעקב צבי בן נפתלי יולס, פולין, 1778-1825
מלאכת שלמה – ר׳ שלמה בן שמואל חכים, איזמיר, נפטר ב-1838

רשימה ביוגרפית

מנחת אשר – ר׳ אשר וייס, ארץ ישראל, נולד ב-1953
מלחמות ה׳ – ר׳ משה בן נחמן, ראה רמב״ן
מנחת אברהם – ר׳ אברהם אלקנה כהנא שפירא (הרב הראשי לישראל), ארץ ישראל, 1911-2007
מנחת ביכורים – ר׳ שמואל אביגדור בר׳ אברהם, בלרוס – ליטא, 1806-1866
מנחת העומר, שו״ת – ר׳ שלמה בן מימון אביטבול, מרוקו, המאה ה-18-19
מנחת הקומץ, שו״ת – ר׳ קלונימוס קלמן בן ברוך בנדיט צוקרמן, גליציה, 1876-1942
מנחת חינוך – ר׳ יוסף באב״ד (ר״ת: בן-אב-בית-דין), גליציה (טרנופול), 1800-1875
מנחת יהודה – ר׳ מיכל יהודה בן משה דוד ליפקוביץ, פולין – ארץ ישראל, 1913-2011
מנחת יצחק, שו״ת – ר׳ יצחק יעקב וייס (ראב״ד העדה החרדית), גליציה – אנגליה – א״י, 1902-1989
מנחת משה – ר׳ משה נחום בן בנימין ירושלימסקי, אוקראינה, 1855-1916
מנחת פתים – ר׳ מאיר אריק, ראה אמרי יושר
מנחת צבי – ר׳ צבי שפיץ, ירושלים, בן זמננו
מנחת ש״י – ר׳ שלמה ירמיה בן נחום צבי גרינברג, פולין, 1870-1941
מנחת שי, שו״ת – שור, שמואל יצחק בן משה חיים, גליציה, 1842-1902
מנחת שלמה, שו״ת – ר׳ שלמה זלמן אוירבאך, ירושלים, 1910-1995
מנחת שלמה, שו״ת – ר׳ שלמה יצחק לוין, ליטא – ארה״ב, המאה ה-20
מעדני ארץ – ר׳ שלמה זלמן אוירבאך, ראה מנחת שלמה
מעייני החכמה – ר׳ אריה ליב בן משה צינץ, ראה מגן האלף
מעין גנים, שו״ת – ר׳ מרדכי עבאדי, סוריה – לבנון, נפטר ב-1883
מערכות חיים – ר׳ חיים צבי בן יוסף שפירא, ארץ ישראל, בן זמננו
מערכי לב, שו״ת – ר׳ יהודה ליב בן משה חיים צירלסון, רוסיה, 1859-1941
מערכת הקניינים – ר׳ שמעון שקאפ, ראה חידושי רבי שמעון יהודה הכהן
מעשה חושב – ר׳ חיים שמואל בירנבוים, פולין – אוקראינה, 1811-1887 (הגהות לספר ״שער המלך״)
מעשה רוקח – ר׳ מסעוד חי רקח (אב״ד טריפולי), טורקיה וצפון אפריקה, 1689-1768
מפרשי חים – ר׳ יוסף שאול נתנזון, ראה שואל ומשיב
מצפה איתן – ר׳ אברהם בר יהודה לייב, רוסיה, 1788-1848
מקור חיים – ר׳ יעקב מליסא, ראה נתיבות המשפט
מקור מים חיים – ר׳ יעקב מאיר בן חיים פאדווה (אב״ד בריסק), 1796-1856
מקח וממכר – ראה ספר המקח והממכר
מקנה אברהם – ר׳ אברהם שיראנו, סלוניקי, נפטר ב-1836
מקראי קודש – ר׳ צבי פסח פרנק, ראה הר צבי
מר ואהלות, שו״ת – ר׳ אברהם בן יצחק ענתבי, ארם צובה, 1756-1858
מראה הפנים – ר׳ משה בן שמעון מרגלית, ראה פני משה
מרגליות הים – ר׳ ראובן בן משה מרגליות, פולין – ארץ ישראל, 1889-1971
מרדכי – ר׳ מרדכי בר׳ הלל הכהן, אשכנז, נהרג על קידוש השם ב-1298
מרומי שדה – הנצי״ב מוולוז׳ין, ראה העמק שאלה
מרחשת – ר׳ חנוך הניך בן שמחה ראובן אייגש, ליטא, 1864-1941
מרכבת המשנה – ר׳ שלמה בר׳ משה (אב״ד חלמא), פולין (נפטר בסלוניקי בדרכו לארץ ישראל), 1717-1781
משאת בנימין, שו״ת – ר׳ בנימין אהרון בן אברהם סולניק, ליטא – שלזיה – גליציה, 1535-1619
משאת משה, שו״ת – ר׳ משה ישראל איש ירושלים, רודוס – מצרים, 1748-1681
ר׳ משה צבי ארדמן – תל אביב, המאה ה-20
משובב נתיבות – תגובות בעל ״קצות החושן״ להשגותיו של בעל ״נתיבות המשפט״
משחא דרבותא – ר׳ מסעוד רפאל אלפאסי, נפטר בתוניס ב-1774
משיב דבר, שו״ת – הנצי״ב מוולוז׳ין, ראה העמק שאלה
משכיל לדוד – ר׳ דוד לאו (הרב הראשי לישראל), ארץ ישראל, נולד ב-1966
משכנות הרועים – ר׳ יחיאל מיכל בן ישראל משה היבנר, גליציה, 1833-1907
משכנות הרועים – ר׳ עוזיאל אלחאייך, תוניסיה, 1740-1818
משכנות יעקב, שו״ת – ר׳ יעקב בן אהרן ברוכין, פולין, 1741-1844
משמרת חיים – ר׳ חיים דוד רגנשברג, פולין – ארה״ב – ארץ ישראל, 1895-1971
משנה ברורה – ר׳ ישראל מאיר הכהן מראדין, ליטא – בלרוס, 1839-1933
משנה הלכות, שו״ת – ר׳ מנשה (הקטן) קליין, אוקראינה – ארצות הברית, 1923-2011
משנה למלך – ר׳ יהודה רוזאניס, קושטא, 1657-1727
משנת אברהם, שו״ת – ר׳ אברהם אהרון פרייס, קנדה, נפטר ב-1994
משנת דרבי אליעזר – ר׳ אליעזר לאזי היילבוט, גרמניה, 1740-1814

רשימה ביוגרפית

משנת חכמים – ר׳ יוסף בן יעקב יצחק הוכגלרנטר, פולין, 1740-1807
משנת יעב״ץ – ר׳ יעקב בצלאל ז׳ולטי (רבה של ירושלים וחבר בית הדין הרבני הגדול), ירושלים, 1920-1982
משנת יעקב – ר׳ יעקב ניסן רוזנטל (אב״ד חיפה), ארץ ישראל, 1924-2010
משנת רבי אהרון, שו״ת – ר׳ אהרן קוטלר, ליטא – ארה״ב, 1892-1963
משפט כהן, שו״ת – ר׳ אברהם יצחק הכהן קוק (הרב הראשי לארץ ישראל), לטביה – א״י, 1865-1935
משפט כתוב, שו״ת – ר׳ ישראל זיתון, תוניסיה, 1840-1921
משפט שלום – ר׳ שלום מרדכי הכהן שבדרון, ראה מהרש״ם, שו״ת
משפטי הלוי, שו״ת – ר׳ הלל יצחק הלוי, בני ברק, בן זמננו
משפטי השליחות – ר׳ משה הלל בן אלישע ששון, ארץ ישראל, בן זמננו
משפטי התורה – ר׳ צבי שפיץ, ראה מנחת צבי
משפטי עוזיאל, שו״ת – ר׳ בן ציון מאיר חי עוזיאל (הראשון לציון), ירושלים, 1880-1953
משפטי שמואל – ר׳ שמואל יעקב בן יששכר רבינוביץ, אוקראינה – ליטא, נפטר ב-1931
משפטי שמואל, שו״ת – ר׳ שמואל בן משה קלעי, יוון, 1500-1585
משפטיך ליעקב, שו״ת – ר׳ צבי יהודה בן יעקב (דיין בבית הדין הרבני בתל אביב), ארץ ישראל, בן זמננו
משפטים ישרים, שו״ת – ר׳ רפאל בר׳ מרדכי בירדוגו, מרוקו (מקנס), 1747-1821

נאות דשא – ר׳ דוד שלמה בן ירחמיאל אייבשיץ, אוקראינה – גליציה – ארץ ישראל, 1755-1813
נבחר מכסף, שו״ת – ר׳ יאשיהו בן יוסף פינטו, סוריה – ארץ ישראל, 1565-1648
נדרי זריזין – ר׳ שלמה קלוגר, ראה חכמת שלמה
נהורא דיעקב – ר׳ יעקב אהרן בן צבי הירש קופריץ, ליטא, המאה ה-20-19
נהרי אפרסמון, שו״ת – ר׳ יעקב בן זאב טננבוים, הונגריה, 1832-1897
נודע ביהודה, שו״ת – ר׳ יחזקאל בר׳ יהודה לנדא, בוהמיה (פראג), 1713-1793
נודע בשערים, שו״ת – ר׳ דוב בריש בן משה אשכנזי, אוקראינה – פולין, 1801-1852
נחל יצחק – ר׳ יצחק אלחנן ספקטור, ראה באר יצחק
נחלת דוד – ר׳ דוד טביל בן משה, רוסיה, 1794-1861 (תלמיד ר׳ חיים מוולוז׳ין)
נחלת צבי – השלמות לספר ״פתחי תשובה״
נחלת שמעון – ר׳ שמעון בן זרח זרחי, ליטא – ארץ ישראל, 1787-1860
נחפה בכסף, שו״ת – ר׳ יונה בן חנון נבון, ארץ ישראל, 1713-1760
נימוקי יוסף – ר׳ יוסף חביבא, ספרד, 1340-1420
נעם ירושלמי – ר׳ יהושע אייזיק בן יחיאל שפירא, רוסיה, 1801-1873
נפש הרב – ר׳ צבי שכטר (ספר זכרון לר׳ יוסף דב סולובייצ׳יק, ראה בעקבי הצאן
נפש חיה – ר׳ משה בצלאל בן שרגא פייבוש לוריא (אב״ד סייני), ליטא – פולין, 1834-1914
נפש חיה – ר׳ ראובן בן משה מרגליות, ראה מרגליות הים
נקודות הכסף – תגובות הש״ך להשגות הט״ז
נשמת חיים – ר׳ שלמה בן אהרן יוסף הלוי פיינזילבר, פולין – ליטא, 1869-1941
נתיבות אור – ר׳ ישראל סלנטר, ראה אבן ישראל
נתיבות המשפט – ר׳ יעקב בר׳ משה יעקב מליסא, פולין, 1760-1832
נתיבות יהושע – ר׳ יהושע יגל, בלרוס – ארץ ישראל (מייסד מדרשיית נעם בפרדס חנה), 1916-2006
נתן פריו – נתן בן עמרם גשטטנר, בני ברק, בן זמננו

סדר הגט – ר׳ יחיאל מיכל בן יוסף טיימר (יוזפס), פולין, נפטר 1660
סדר הגט – ר׳ יעקב מרגלית מרגנסבורג, גרמניה, נפטר ב-1519
סוגיות בדיני ממונות – ר׳ מרדכי דוד כהן, ארץ ישראל, בן זמננו
סם חיי – ר׳ חיים בן בנימין עשאל, טורקיה, נפטר ב-1706
סמ״ג (ספר מצוות גדול) – ר׳ משה בן יעקב מקוצי (מבעלי התוספות), צרפת, נולד ב-1200
סמ״ע (ספר מאירת עיניים) – ר׳ יהושע פלק כ״ץ, פולין, 1555-1614
סמ״ק (ספר מצוות קטן) – ר׳ יצחק מקורביל, צרפת, נפטר ב-1280
ספר הפלאה – ר׳ פנחס בן צבי הירש הלוי הורוביץ, גליציה – גרמניה, 1730-1805
ספר החינוך – מחבר לא ידוע, ׳איש יהודי מבית לוי ברצלוני׳, המאה ה-13
ספר החכמה – ר׳ ברוך ממגנצא, גרמניה נפטר 1221
ספר יראים – ר׳ אליעזר ממיץ, גרמניה, 1120-1198
ספר המכריע – ר׳ ישעיה דטראני (רי״ד), ראה תוספות רי״ד
ספר המקח והממכר – ר׳ האי גאון, בבל, 939-1038
ספר המקנה – ר׳ פנחס בן צבי הירש הלוי הורוביץ, ראה ספר הפלאה
ספר משבי״ח – ר׳ משה בן יחזקאל זיוויץ, ליטא – ארה״ב, 1852-1936

רשימה ביוגרפית

ספר מתיבות – ר׳ חפץ בן יצליח, בבל, המאה ה-10
ספר העיטור – ר׳ יצחק בר׳ אבא מרי ממרשיליא, פרובנס, 1122-1193
ספר העיקרים – ר׳ שלמה בן עקיבא איגר, פולין, 1786-1852
ספר הערוך – ר׳ נתן בן ר׳ יחיאל מרומי, 1035-1110
ספר התרומה – ר׳ ברוך בר׳ יצחק מוורמייזא (מבעלי התוספות), אשכנז – ארץ ישראל, 1140-1211
ספר התרומות – ר׳ שמואל בן יצחק הסרדי, ספרד, 1190-1256
ספר התשובה – ר׳ יוסף כהן (חבר בית הדין הרבני הגדול), ירושלים, 1917-2001

עבודת הקודש – ר׳ שלמה בן אדרת, ראה רשב״א
עגונת ישראל – ר׳ ישראל הופשטיין (המגיד מקוז׳ניץ), פולין, 1737-1814
עדות ביהוסף – ר׳ יוסף בן ר׳ דוד קאפח (חבר בית הדין הרבני הגדול), תימן – ארץ ישראל, 1917-2000
עדות ביהוסף, שו״ת – ר׳ יוסף אלמושנינו (אב״ד בלגרד), טורקיה – הונגריה, 1643-1689
עולת שמואל, שו״ת – ר׳ שמואל בן יוסף זיברטנסקי (לובצר), ליטא, 1818-1898
עונג יום טוב, שו״ת – ר׳ רפאל יום טוב ליפמן הלפרין (אב״ד ביאליסטוק), פולין, 1816-1879
עזר משפט – ר׳ אליעזר גולדשמידט (חבר בית הדין הרבני הגדול), ליטא – ארץ ישראל, 1909-1992
עזרת כהן, שו״ת – ר׳ אברהם יצחק הכהן קוק, ראה משפט כהן
עטרת דבורה – ר׳ אוריאל לביא (אב בית הדין הרבני בצפת), בן זמננו
עטרת יצחק, שו״ת – ר׳ יצחק איזיק בר׳ אהרן רבינוביץ, ליטא, 1785-1853
עטרת שמואל – ר׳ מרדכי בן שמואל רוזנבוים, ארץ ישראל, בן זמננו
עיטור – ראה ספר העיטור
עין יהוסף – ר׳ יוסף בן אליהו חזן, טורקיה – ארץ ישראל, נפטר ב-1698
עין יצחק, שו״ת – ר׳ יצחק אלחנן ספקטור, ראה באר יצחק
עליות דרבנו יונה – ראה רבנו יונה
עמוד הימיני – ר׳ שאול ישראלי, ראה חוות בנימין
עמודי אש, שו״ת – ר׳ אברהם שמואל בן יהודה ליב איישישקר, ליטא, נפטר ב-1869
עמק השער – ר׳ מיכל יהודה ליפקוביץ, ראה מנחת יהודה
עמק יהושע, שו״ת – ר׳ יהושע אייזיק בן יחיאל שפירא, רוסיה, 1801-1873
ר׳ עקיבא איגר – גרמניה – פולין, 1761-1837
ערוגת הבושם – ר׳ משה בן עמרם גרינוולד, הונגריה, 1853-1910
ערוך השולחן – ר׳ יחיאל מיכל בר׳ אהרן הלוי אפשטיין, בלרוס, 1829-1908
ערך השולחן – ר׳ יצחק טייב, תוניס, 1750-1830
ערך ש״י – ר׳ שלמה יהודה בר׳ פסח טבק, הונגריה, 1832-1907
עשה לך רב, שו״ת – ר׳ חיים דוד הלוי (רבה הראשי של תל-אביב יפו), ארץ ישראל, 1924-1998

פורת יוסף – ר׳ יוסף אלפנדרי מקושטא, נפטר ב-1867
פליטת בית יהודה – ר׳ יהודה בן שמואל לירמה, טורקיה – סרביה, המאה ה-17
פלס חיים – ר׳ חיים בן אפרים פישל סופר, סלובקיה – הונגריה, 1821-1886
פלפולא חריפתא – ר׳ יום טוב ליפמן הלר, פולין, 1579-1654
פני אריה, שו״ת – ר׳ אריה ליב בן חיים ברסלוי, פרוסיה – הולנד, 1741-1809
פני דוד – ר׳ דוד בן שלמה פאפו, תוניס – עירק – ארץ ישראל, 1842-1927
פני יהושע – ר׳ יעקב יהושע פלק, פולין – גרמניה, 1680-1756 (נינו של בעל שו״ת פני יהושע מקראקא)
פני יהושע, שו״ת – ר׳ יהושע בן יוסף חנדאלי, סלוניקי – ארץ ישראל, המאה ה-16-17 (נפטר לא לפני 1621)
פני יהושע, שו״ת – ר׳ יהושע מקראקא, ליטא – פולין, 1593-1648 (רבו של הש״ך)
פני יצחק – ר׳ יצחק בן משה אבולעפיה, סוריה – ארץ ישראל, 1824-1910
פני משה – ר׳ משה בן שמעון מרגלית, ליטא – גליציה, 1700-1781
פני משה, שו״ת – ר׳ משה בר׳ נסים בנבנשת, קושטא, 1606-1677
פנים יפות – ר׳ פנחס בן צבי הירש הלוי הורוביץ, ראה ספר הפלאה
פנים מאירות, שו״ת – ר׳ מאיר בן יצחק אייזנשטאט, פולין – הונגריה, 1670-1744
פסקי הלכות, יד דוד – ר׳ דוד פרידמן מקרלין, פולין – רוסיה, 1828-1915
פסקי עוזיאל בשאלות הזמן, שו״ת – ר׳ בן ציון מאיר חי עוזיאל, ראה משפטי עוזיאל
פעמוני זהב – ר׳ רפאל בר׳ מרדכי אנקווא (אב״ד רבט), מרוקו, 1848-1935
פרח מטה אהרן, שו״ת – ר׳ אהרן בר׳ חיים אברהם הכהן פרחיא, טורקיה, 1627-1697
פרח שושן, שו״ת – ר׳ ישועה שבאבו, מצרים – ארץ ישראל, 1670-1749
פרי הארץ – ר׳ ישראל מאיר בן יוסף מזרחי, ירושלים, נפטר ב-1750

רשימה ביוגרפית

פרי החיים, שו"ת – ר' חיים בן יעקב שמעון רוזנברג, גליציה, 1855-1935
פרי השדה, שו"ת – ר' אליעזר חיים בן אברהם דייטש, סלובקיה – הונגריה, 1850-1915
פרי חדש – ר' חזקיה די סילווה, ראה מים חיים
פרי מגדים – ר' יוסף בן מאיר תאומים, פולין – גרמניה, 1727-1792
פרי משה – ר' משה מאיר בן יצחק דוד סגל, ארץ ישראל, בן זמננו
פרי תואר – ר' חיים בן עטר, ראה אור החיים
פרישה – ר' יהושע פלק כ"ץ, ראה סמ"ע
פרשת מרדכי – ר' מרדכי בן אברהם ביהא בנט, הונגריה – צ'כיה, 1753-1829
פתח הבית – ר' אברהם מטיקטין, פולין, 1764-1820
פתח הדביר – ר' חיים בנימין פונטרימולי, נפטר בטורקיה ב-1873
פתחי חושן – ר' יעקב ישעיה בלוי (חבר בד"ץ העדה החרדית בירושלים), ירושלים, 1929-2013
פתחי תשובה – ר' אברהם צבי הירש בר' יעקב אייזנשטאט, פולין – ליטא, 1813-1868

צדקה ומשפט, שו"ת – ר' צדקה בן סעדיה חוצין, סוריה – עיראק, 1699-1772
צור תעודה – ר' מנצור מרזוק, ארם צובא – ירושלים, נפטר ב-1789
ציוני, שו"ת – ר' אהרון זליג בן נפתלי ציוני, לטביה, נפטר ב-1875
ציץ אליעזר, שו"ת – ר' אליעזר יהודה ולדנברג (חבר בית הדין הרבני הגדול), ארץ ישראל, 1917-2006
צלעות הבית, שו"ת – ר' מאיר פוזנר, ראה בית מאיר
צמח מנחם – ר' מנחם מנדל בן נח חיים אייזנשטט, בלרוס – ליטא, 1840-1900
צמח צדק, שו"ת – ר' מנחם מנדל בן אברהם קרוכמאל, פולין – צ'כיה, 1600-1661
צמח צדק, שו"ת – ר' מנחם מנדל בר' שלום שכנא שניאורסון, רוסיה (ליובביטש), 1790-1866
צפנת פענח – ר' יוסף רוז'ין, הרוגצ'ובר, רוסיה – לטביה, 1858-1936
צרור הכסף – ר' חיים אברהם גאטינייו, סלוניקי, 1660-1730

קדוש מרדוש – ר' שלמה בר' יהודה, צרפת, המאה ה-13 (תלמיד ר"י הזקן, מבעלי התוספות)
קדושת בית ישראל, שו"ת – ר' ישראל אברהם אבא קריגר, ליטא – גרמניה – ארה"ב, 1879-1931
קהילת יעקב – ר' יעקב מליסא, ראה נתיבות המשפט
קהלות יעקב – ר' ישראל יעקב קנייבסקי (הסטייפלר), אוקראינה – ארץ ישראל, 1899-1985
קהלת יעקב – ר' ישראל יעקב בן יום טוב אלגזי, איזמיר – ארץ ישראל, 1680-1756 (אביו של מהרי"ט אלגזי)
קובץ הערות – ר' אלחנן בונים וסרמן, ליטא, 1875-1941
קובץ שיעורים – ר' אלחנן בונים וסרמן, ראה קובץ הערות
קובץ שמועות – ר' אלחנן בונים וסרמן, ראה קובץ הערות
קול אליהו, שו"ת – ר' אליהו בר' משה ישראל, מצרים, 1710-1784
קול אריה, שו"ת – ר' אברהם יהודה אריה ליב שוורץ, הונגריה, 1824-1883
קול מבשר, שו"ת – ר' משולם ראט, אוקראינה – ארץ ישראל, 1875-1962
קונטרס דברי זי"ו – ר' ישעיהו זאב וינוגרד, ליטא – ארץ ישראל, 1883-1956
קונטרס הביאורים – ר' משה שמואל שפירא, בלרוס – פולין – ארץ ישראל, 1917-2006
קונטרס הראיות – ר' ישעיה בר' אליהו מטראני (ריא"ז – ר' ישעיה אחרון ז"ל), איטליה, נפטר ב-1280
קונטרס השליחות – ר' שמעון שקאפ, ראה שערי יושר
קונטרס שי למורא – ר' שלמה יהושע בראון, ארץ ישראל, בן זמננו
קונטרסי שיעורים – ר' ישראל זאב גוסטמן, ליטא – ארה"ב – ארץ ישראל, 1906-1991
קצות החושן – ר' אריה ליב בר' יוסף הכהן הלר, ליטא, 1745-1813
קרבן נתנאל – ר' יעקב נתנאל וייל, גרמניה, 1687-1769
קרית מלך רב – ר' יהודה בן אפרים נבון, טורקיה – ירושלים, 1707-1761 (בנו של "מחנה אפרים")
קרית ספר – ר' משה מטראני, ראה מבי"ט
קרן אורה – ר' יצחק מינקובסקי, בלרוס, 1788-1851

ראב"ד – ר' אברהם בר' דוד מפוסקיר, פרובנס, 1120-1198
ראב"ן – ר' אליעזר בר' נתן, אשכנז, 1090-1170
ראבי"ה – ר' אליעזר בן יואל הלוי (מבעלי התוספות), אשכנז, 1140-1220 (נכדו של הראב"ן)
רא"ה – ר' אהרן בר' יוסף הלוי, ספרד, 1235-1300
רא"ם, שו"ת – ר' אליהו מזרחי, טורקיה, 1435-1526
רא"ם, שו"ת – ר' אלכסנדר סנדר מרגליות, גליציה – פודוליה, 1730-1802
רא"ש – ר' אשר בר' יחיאל, אשכנז – ספרד, 1250-1321

רשימה ביוגרפית

ראנ"ח, שו"ת – ר' אליהו אבן חיים (רבה של קושטא), טורקיה, 1530-1610
רא"ש מלוניל – ר' אשר בן משולם מלוניל, פרובנס, המאה ה-12
ראשי בשמים – ר' שמואל אהרון ראבין, ראה בית אהרון
ראשי בשמים, שו"ת – ר' משה יואל הכהן גוריון (אב"ד אניקסט), ליטא, המאה ה-19
רב ברכות – ר' יוסף חיים בן אליהו מבגדד, 1834-1909
רב"ז, שו"ת – ר' בצלאל זאב שפרן, גליציה - רומניה, 1867-1929
רבבות אפרים, שו"ת – ר' אפרים גרינבלט, ארצות הברית - ארץ ישראל, נולד 1932
רבי עזריאל, שו"ת – ר' עזריאל הילדסהיימר, גרמניה, 1820-1899
רבי שאול משה, שו"ת – ר' שאול משה זילברמן, פולין - ארץ ישראל, 1850-1939
רבנו אפרים – ר' אפרים מקלעת חמאד, צפון אפריקה, המאה ה-12-11
רבנו אפרים – ר' אפרים מרגנסבורג (מבעלי התוספות), גרמניה, 1110-1175
רבנו גרשום מאור הגולה – ר' גרשום בן ר' יהודה, גרמניה (מגנצא), 960-1040
רבנו חיים כהן, שו"ת – ר' חיים בר' שמחה הכהן רפפורט, גליציה (רב בלבוב), נפטר ב-1771
רבנו חננאל – ר' חננאל בר' חושיאל, תוניסיה (קירואן), נפטר ב-1056
רבנו יונה – ר' יונה מגירונדי, ספרד, 1210-1263
רבנו ירוחם – ר' ירוחם בר' משולם, פרובנס - ספרד, 1290-1350 (תלמיד הרא"ש)
רבנו פרץ – ר' פרץ בן אליהו מקורביל (מבעלי התוספות), צרפת, נפטר ב-1295
רבנו קרשקש – ר' וידאל קרשקש, ספרד, המאה ה-13-14
רבנו תם – ראה ר"ת
רד"ך, שו"ת – ר' דוד בן חיים הכהן מקורפו, יוון, 1470-1526
רד"ם – ר' דוד מאיר פדר, גליציה, 1820-1897
רד"ק – ר' דוד בן ר' יוסף קמחי, פרובנס, 1160-1235
רדב"ז, שו"ת – ר' דוד בר' שלמה בן זמרא, ספרד - מצרים - ארץ ישראל, 1479-1573
ר"י (הזקן) – ר' יצחק בר' שמואל (מגדולי בעלי התוספות), צרפת, המאה ה-12 (אחיין רבנו תם ורשב"ם)
ר"י ברצלוני – ר' יהודה בן ברזילי הברצלוני, ספרד, המאה ה-11-12
ר"י מיגאש – ר' יוסף בן מאיר הלוי אבן מיגאש, ספרד, 1070-1141
רי"ף – ר' יצחק אלפסי, אלג'יר - תוניסיה - ספרד, 1013-1103
ריא"ז – ראה קונטרס הראיות
ריב"א – ראה ריצב"א
ריב"ם – ר' יצחק בר' מאיר, צרפת, המאה ה-12 (מבעלי התוספות, נכדו של רש"י)
ריב"ם שנייטוך, שו"ת – ר' יוסף בן מאיר שנייטוך, גרמניה, המאה ה-18-19
ריב"ן – ר' יהודה בן נתן, צרפת, 1060-1120
ריב"ק – ר' יהודה בן קלונימוס משפירא, גרמניה, המאה ה-12
ריב"ש, שו"ת – ר' יצחק בר ששת ברפת, ספרד - אלג'יר, 1326-1408
רידב"ז – ר' רפאל יעקב דוד בן זאב רידב"ז (ווילובסקי), בלרוס - ארה"ב - ארץ ישראל, 1845-1913
ריח השדה, שו"ת – ר' שמעון בן שמואל דויך (דוויק), ארם צובא, נפטר ב-1730
ריטב"א – ר' יום טוב בר' אברהם מסביליה, ספרד, 1250-1320
ריצב"א – ר' יצחק בר' אברהם (מכונה גם ריב"א), צרפת, המאה ה-12 (מבעלי התוספות, אח הר"ש משאנץ)
ריצב"ש – ראה ריב"ש
רלב"ג – ר' לוי בן גרשון, פרובנס, 1288-1344
ר"מ מקוצי – ר' משה מקוצי, ראה סמ"ג
רמ"א – ר' משה בר' ישראל איסרליש, פולין, 1525-1572
רמ"ה – ר' מאיר בר' טודרוס הלוי אבולעפיה, ספרד, 1170-1244
רמ"ך – ר' משה הכהן מלוניל, פרובנס, המאה ה-12
רמב"ם – ר' משה בן מיימון, ספרד - מצרים, 1135-1204
רמב"ן – ר' משה בן נחמן, ספרד - ארץ ישראל, 1194-1270
ר"ן – ר' נסים בר' ראובן גירונדי, ספרד (ברצלונה), 1320-1380
ר"ש משאנץ – ר' שמשון בר' אברהם משאנץ (מגדולי בעלי התוספות), צרפת, 1150-1216
רש"י – ר' שלמה יצחקי, צרפת, 1040-1105
רש"ש – ר' שמואל שטרשון, ליטא, 1794-1872
רשב"א – ר' שלמה בן אדרת, ספרד, 1235-1310
רשב"ם – ר' שמואל בר' מאיר, צרפת, 1080-1158 (מגדולי בעלי התוספות, נכדו של רש"י)
רשב"ץ – ר' שמעון בן צמח דוראן, ספרד - אלג'יר, 1361-1444
רשב"ש, שו"ת – ר' שלמה בר' שמעון דוראן, אלג'יר, 1400-1467 (בנו של רשב"ץ)
ר"ת (רבנו תם) – ר' יעקב בר' מאיר, צרפת, 1100-1171 (גדול בעלי התוספות, נכדו של רש"י)

רשימה ביוגרפית

ש"ך (שפתי כהן) – ר' שבתי בר' מאיר הכהן, ליטא – מורביה, 1621-1662
שאגת אריה, שו"ת – ר' אריה ליב בן אשר גינצבורג, ראה טורי אבן
שאילות משה, שו"ת – ר' משה בר' יהודה ליב ראזין, פולין – ארה"ב, 1877-1957
שאילת יעב"ץ – ר' יעקב ישראל בן צבי הירש עמדין, גרמניה, 1698-1776
שאילת משה, שו"ת – ר' משה שמשון וסרמן, גליציה – ארץ ישראל, 1891-1962
שאילת שלום, שו"ת – ר' שלום בן שמואל שמלקה טויבש, גליציה – רומניה, 1824-1889
שאילתות דרב אחאי גאון – ר' אחאי גאון משבחא, בבל – ארץ ישראל, 680-752
שאלות חיים, שו"ת – ר' חיים ירמיהו בן אברהם פלנסברג, ליטא, 1842-1913
שארית יוסף, שו"ת – ר' יוסף כ"ץ, פולין, 1520-1591
שארית יעקב – ר' אברהם יעקב בן אליהו וינר, ירושלים, 1922-1951
שארית ישראל, שו"ת – ר' ישראל זאב מינצברג, פולין – ארץ ישראל, 1872-1962
שבות יהודה וישראל – ר' יהודה זולדן, ישראל, בן זמננו
שבות יעקב, שו"ת – ר' יעקב בר' יוסף רישר, בוהמיה (פראג) – גרמניה – צרפת (מץ), 1670-1733
שבט הלוי, שו"ת – ר' שמואל הלוי ווזנר, אוסטריה – פולין – ארץ ישראל, נולד ב-1913
שדה הארץ, שו"ת – ר' אברהם בן שמואל מיוחס, ירושלים, 1727-1767
שדי חמד – ר' חיים חזקיהו מדיני, ארץ ישראל – טורקיה – קרים – ארץ ישראל, 1833-1905
שואל ומשיב, שו"ת – ר' יוסף שאול נתנזון, פולין, 1808-1875
שולחן ערוך – ר' יוסף קארו, ספרד – תורכיה – ארץ ישראל (צפת), 1488-1575
שולחן ערוך הרב – ר' שניאור זלמן מלאדי (האדמו"ר הראשון מחב"ד), רוסיה, 1745-1813
שורשי הים – ר' רפאל יצחק בן אהרן מאייר, נפטר בטורקיה ב-1810
שושנת העמקים – ר' אליהו בחבוט, ראש כולל בירושלים, בן זמננו
שושנת העמקים – ר' יוסף בן מאיר תאומים, ראה פרי מגדים
שיבת ציון, שו"ת – ר' שמואל בן יחזקאל הלוי לנדא, גליציה – צ'כיה, 1740-1834 (בנו של ה"נודע ביהודה")
שיח נחום, שו"ת – ר' נחום אליעזר רבינוביץ', קנדה – ארה"ב – אנגליה – ארץ ישראל, נולד ב-1928
שיטה מקובצת – ר' בצלאל אשכנזי, טורקיה, 1520-1591
שיירי כנסת הגדולה – ר' חיים בן ישראל בנבנשת, ראה כנסת הגדולה
שיעורי בקיאות – ר' יעקב רבינוביץ-תאומים, ארץ ישראל, בן זמננו
שיעורי הגר"י מפוניבז' – ר' יצחק יעקב רבינוביץ', ראה זכר יצחק
שיעורי הלכה – ר' יוסף יהודה ליב בן מרדכי בלוך, ליטא (טלז), 1859-1929
שיעורי ר' אבא ברמן – ארץ ישראל, נפטר ב-2005
שיעורי ראש הישיבה רבי דוד פוברסקי – ליטא – ארץ ישראל, 1902-1999
שיעורי רבי שמואל – ר' שמואל רוזובסקי, ראה חידושי רבי שמואל
שכרו אתו – ר' רפאל שטרן, גבעת שמואל, בן זמננו
שלטי הגיבורים – ר' יהושע בועז, איטליה, 1472-1553
שם הגדולים – ר' חיים יוסף דוד אזולאי (החיד"א), ראה טוב עין
ר' שמואל בן חופני גאון – בבל, נפטר ב-1013
ר' שמואל הנגיד – ספרד, 993-1056
ר' שמואל לנדא – ראה שיבת ציון
שמועות ראי"ה – ר' אברהם יצחק הכהן קוק, ראה משפט כהן
שמחת יהודה, שו"ת – ר' חיים יהודה אליעזר, נפטר בטורקיה ב-1780
שמחת כהן, שו"ת – ר' רחמים חי חויתה הכהן, ג'רבה – ארץ ישראל, 1901-1959
שמן ראש, שו"ת – ר' אשר אנשל בן מרדכי אשכנזי, גליציה, 1833-1901
שמע שלמה, שו"ת – ר' שלמה משה עמאר (הראשון לציון), מרוקו – ארץ ישראל, נולד ב-1948
שמרו משפט – ר' שלמה זעפרני, ראה ל"ב נתיבות
שער אפרים, שו"ת – ר' אפרים בר' יעקב הכהן, ליטא – הונגריה, 1616-1678
שער המלך – ר' יצחק בן משה נוניס בילמונטי, טורקיה – איטליה, נפטר ב-1774
שער הציון – ר' ישראל מאיר הכהן מראדין, ראה משנה ברורה
שער משפט – ר' ישראל איסר בר' זאב וולף, אוקראינה, נפטר ב-1829
שערי חיים – ר' חיים ליב הלוי שמואלביץ, פולין – ירושלים, 1901-1978
שערי ישר – ר' שמעון יהודה בן יצחק שמואל הכהן שקאפ, בלרוס – ליטא, 1860-1939
שערי עוזיאל – ר' בן ציון מאיר חי עוזיאל, ראה משפטי עוזיאל
שערי ציון – ר' אליהו ציון בן יצחק שלום סופר, ירושלים, בן זמננו
שערי רחמים, שו"ת – ר' רחמים יוסף בן רפאל ניסים פראנקו, רודוס – ארץ ישראל, 1833-1901
שערי תורה – ר' יצחק הכהן פייגנבוים, פולין, 1826-1911

רשימה ביוגרפית

שערי תשובה – ר׳ חיים מרדכי מרגליות, אוקראינה, 1780-1818
שרידי אש, שו״ת – ר׳ יחיאל יעקב ויינברג, רוסיה – גרמניה – שוויץ, 1885-1966
שתי הלחם, שו״ת – ר׳ משה חגיז, ארץ ישראל, 1672-1738

תבואות השדה – ר׳ אליעזר חיים דייטש, ראה פרי השדה
תבואות שור – ר׳ אלכסנדר סנדר בן אפרים זלמן שור, פולין, 1673-1737
תבת גמא – ר׳ יוסף בן מאיר תאומים, ראה שושנת העמקים
תהילה לדוד – ר׳ דוד בן ישראל צבי הלוי אורטנברג, נפטר באוקראינה ב-1910
תומים – ר׳ יהונתן אייבשיץ, ראה אורים ותומים
תוספות – בעלי התוספות, חיו בצרפת, אשכנז, אנגליה ואיטליה, במאות ה-12-13
תוספות חיים – ר׳ חיים בן ברוך לובוצקי, ליטא, 1880-1941
תוספות ר״י הזקן – ר׳ יצחק בן שמואל, ראה ר״י (הזקן)
תוספות רבנו טודרוס – ר׳ טודרוס בן יצחק מגירונה, ספרד, המאה ה-14
תוספות רבנו פרץ – ראה רבנו פרץ
תוספות רי״ד – ר׳ ישעיה דטראני, איטליה, 1165-1245
תוספות שאנץ – ראה ר״ש משאנץ
תועפות ראם, שו״ת – ר׳ אהרון משה בן יעקב טויבש, פולין – רומניה, 1787-1852
תורה שלמה– ר׳ מנחם מנדל בן יצחק פרץ כשר, פולין – ארה״ב – ארץ ישראל, 1895-1983
תורת אליעזר – ר׳ אליעזר בן דוד יהודה ניצברג, ליטא – פולין, 1855-1935
תורת אמת, שו״ת – ר׳ אהרן בר׳ יוסף ששון, תורכיה, 1550-1626
תורת גיטין – ר׳ יעקב מליסא, ראה נתיבות המשפט
תורת המדינה – ר׳ שלמה גורן (הרב הראשי לישראל), פולין – ישראל, 1918-1994
תורת הקודש – ר׳ מרדכי בן אריה אילן, פולין – ארץ ישראל, 1915-1981
תורת השליחות – ר׳ אוריאל יצחק הראל, ירושלים, בן זמננו
תורת חיים, שו״ת – ר׳ חיים שבתי, טורקיה (רב בסלוניקי), 1557-1647
תורת חסד, שו״ת – ר׳ חסדאי הכהן פרחיא, טורקיה, 1605-1687
תורת חסד, שו״ת – ר׳ שניאור זלמן בן שלמה פרדקין (ליאדיער), רוסיה – ארץ ישראל, 1830-1902
תורת מיכאל – ר׳ מיכאל אליעזר בן אברהם משה הכהן פארשלגר, פולין – ארה״ב, 1885-1959
תורת משה, שו״ת – ר׳ משה בן חיים שבתי, סלוניקי, 1600-1685
תחוקה לישראל על פי התורה – ר׳ יצחק אייזיק הלוי הרצוג, ראה היכל יצחק
תמים דעים, שו״ת – ר׳ אברהם בן דוד, ראה ראב״ד
תמצית סוגיות – ר׳ חיים זאב קרלנשטיין, בני ברק, בן זמננו
תנאי בנישואין ובגט – ר׳ אליעזר ברקוביץ, גרמניה – ארה״ב – ישראל, 1908-1992 (תלמיד ה״שרידי אש״)
תפארת ישראל – ר׳ ישראל בן גדליה ליפשיץ, גרמניה, 1782-1860
תפארת ציון – ר׳ יצחק זאב יאדלר, ליטא – ארץ ישראל, 1843-1917
תרומת הדשן, שו״ת – ר׳ ישראל איסרלין, אשכנז, 1390-1460
תשב״ץ – תשובות ר׳ שמעון בן צמח דוראן, ראה רשב״ץ
תשובה מאהבה, שו״ת – ר׳ אלעזר בן דוד פלקלס, פראג, 1754-1826
תשובות והנהגות – ר׳ משה שטרנבוך (ראב״ד העדה החרדית), אנגליה – ארץ ישראל, נולד ב-1926
תשובות מיימוניות – ראה הגהות מיימוניות
תשובות רבי אליעזר, שו״ת – ר׳ אליעזר בן אברהם שמואל גורדון, ליטא – אנגליה, 1841-1910
תשורת ש״י, שו״ת – ר׳ שלמה יהודה בר׳ פסח טבק, ראה ערך ש״י

CONTENTS

Preface ה
Contents in Detail יא

Section 1 Agency and Object Thereof 1
Section 2 Effect of Agency 93
Section 3 Conferment and Form of Agency 131
Section 4 Capacity of Agent 177
Section 5 Scope of Agency 247
Section 6 Unauthorized Act 317
Section 7 Undisclosed Agency 389
Section 8 Loyalty; Obligations of Agent 431
Section 9 Remedies 483
Section 10 Property and Profits 551
Section 11 Indemnification 581
Section 14 Termination of Agency 597
Section 15 Restrictions as to Termination of Agency 681
Section 16 Subagency 705
Section 17 Several Agents and Principals 745
Appendix Benefitting a Person in Absentia 767

Laws
Agency Law, 5725-1965 823
Civil Code Bill, 5771-2011, Part 2, Chapter 3 827
Suggested Version According to Jewish Law: Agency Law 831

Indices
Subject Index 835
Source Index 887
Bibliography 953
Biographies 959

The Library of Jewish Law

Ministry of Justice

The Jewish Legal Heritage Society

Talpiot College of Education

No part of this book may be reproduced or utilized in any form or by any means, electronic or mechanical, or by any information storage or retrieval system, without permission in writing from the publisher.

©

The Jewish Legal Heritage Society

P.O.Box 7483 Jerusalem 91074

jewishl@zahav.net.il

www.mishpativri.org.il

Printed in Israel 2014

JEWISH LAW FOR ISRAEL

A Systematic and Up to Date Presentation of Jewish Law
As a Basis for Legislation and Judicial Decision
Arranged According to the Law of the State of Israel

Edited by
Nahum Rakover

Michael Wygoda
with Haim Zafri

AGENCY

The Library of Jewish Law

In the "Jewish Law for Israel" series the following books have been published:

Guarantee
Torts
Unjust Enrichment
Restoration of Lost Property
Bailment (2 volumes)
Hire and Loan
Joint Ownership
Trust
Defective Contracts
Agency

In preparation:

Gift
Remedies for Breach of Contract
Criminal Liability
Exemptions from Criminal Liability
Mortgage
Sale

JEWISH LAW FOR ISRAEL: Agency