

תיאוריית השליחות וכוח הייצוג

אהרן ברק*

פרופ' ג' פרוקצ'יה היה מורי. לימים הפכנו ידידים. קשרי מרע עמוקים קשרו בינינו. שנינו התעניינו בדיני חברות; שנינו העמדנו במרכז מחקרנו את עיקרון תום הלב; שנינו כתבנו על ענייני פרשנות. אך היסוד המשותף העיקרי היה בדיני השליחות. שנינו כתבנו על חוק השליחות. שנינו אהבנו נושא זה. ראיתי בפרוקצ'יה בעבר, והנני ממשיך לראות בו גם כיום, את גרול הפרשנים של חוק השליחות, ואת אחד מראשוני המייסדים של תורת המשפט הפרטי שלנו. ספרו על דיני שליחות בישראל פורש תמונה מקיפה וכוללת, המעמיקה חקור והמרחיקה ראות, תוך שהוא ממקם את חוק השליחות במקומו הראוי בשדה המשפט הפרטי. לספר היתה השפעה מכרעת על-פיתוח דיני השליחות בישראל. מבקש אני להקדיש לזכרו מחקר על התיאוריה המונחת ביסוד השליחות.

א. תיאוריית השליחות

1. הבעיה

במהות השליחות מונח העיקרון כי פעולתו המשפטית של השלוח כלפי הצד השלישי יוצרת קשר משפטי ישיר בין השולח לבין הצד השלישי. עיקרון זה יוצר קושי ניכר, שכן את הפעולה המשפטית עשה בפועל השלוח. כאשר הפעולה המשפטית היא כריתת חוזה, הרי ההצעה והקיבול מוחלפים בין השלוח לבין הצד השלישי. טבעי הוא, על כן, על-פי עקרונות חוזיים כלליים, כי הצדדים לקשר המשפטי יהיו השלוח והצד השלישי, והם בלבד. והנה, בתחום השליחות מושגת תוצאה שונה לחלוטין. לא רק שהשלוח אינו צד לקשר (הוא "יוצא מהתמונה"), אלא שאדם אחר, השולח, נעשה צד לקשר. כיצד להסביר תופעה זו? כיצד מתיישבת השליחות עם האוטונומיה של הרצון הפרטי המונח ביסוד המשפט הפרטי? לפני

* נשיא בית המשפט העליון.

הענקת ההרשאה לשלוח, שלט השולח על היקף זכויותיו. רק רצונו שלו יכול היה להכניס בהם שינוי כדין. השולח היה "בעל הבית" הבלעדי על רכושו. והנה, עם הענקת הרשאה לשלוח, חדל השולח להיות "בעל הבית" הבלעדי על רכושו. לא רק רצונו שלו שולט על היקף זכויותיו. מתוסף "בעל בית" נוסף, היכול להביא לשינוי בהיקף זכויותיו של השולח¹. שינוי זה יכול לעתים להתרחש ללא רצונו של השולח, או בניגוד לרצונו. הניתן ליישב תופעה זו עם האוטונומיה של הרצון הפרטי של השולח, השולטת במשפט הפרטי? עמד על שאלה זו מילר-פריינפלס כצינו²:

The complications which arise from the introduction of third person, affect fundamental principles of private law relating to self-determination.

כמובן, את העדר הקשר בין השלוח לבין הצד השלישי ניתן להסביר על-פי עקרונות כלליים של דיני החוזים. השלוח והצד השלישי אינם רוצים ב"קשר אישי". אומד דעתם אינו מכוון להתקשרות ביניהם. אך כיצד ניתן להסביר, על יסוד עקרונות כלליים, את היווצרות הקשר בין השולח לבין הצד השלישי?

2. "צורכי החיים" אינו הסבר מספיק

השאלה אינה מיוחדת לחוק השליחות הישראלי. היא הטרידה בעבר, וממשיכה להטריד בהווה, משפטנים העוסקים בסוגיית השליחות, בין אם הם חונכו על ברכי המשפט המקובל האנגלו-אמריקני ובין אם הם חונכו על ברכי המשפט האירופי יבשתי. כפי שייחברר להלן, אין להצביע על פתרון אחד שהכול מסכימים לו. כבתחומי משפט אחרים, כן גם במוסד השליחות, חלוקות הרעות, ומספר רב של גישות ותיאוריות נאבקות על הבכורה. מצב דברים זה הביא לידי כך, כי מספר מחברים בתחום השליחות איברו כל עניין במציאת תיאוריה מקיפה שיש בה כדי לבסס את התופעה בכללותה. מחברים אלה מדגישים את החשיבות המעשית של מוסד השליחות ומסתפקים בקביעה כי זו נולדה בשל "צורכי החיים", וצרכים אלה הם המעצבים את גבולותיה³. בריחה זו אל "צורכי החיים" — בדומה לבריחות

1 W. Müller-Freienfels *Die Vertretung Beim Rechtsgeschäft* (1955) 104

2 Müller-Freienfels "Legal Relations in the Law of Agency; Power of Agency and Commercial Certainty" 13 *Am. J. Comp. L.* (1964) 193

3 ראה, למשל, Powell *The Law of Agency* (2nd ed., 1960) 149: "It may be a very pleasant jurisprudential exercise to try to force all these different possibilities into the Procrustean bed of a theory of contract, or indeed of any other general legal theory. Nevertheless the blunt fact is that the law of agency has been developed in order to meet essential needs of business convenience"

דומות לעקרונות כלליים של צדק או יעילות – אינה אלא גישה נוספת, אשר עם כל מעלותיה, נתונה אף היא לביקורת, בדומה לתיאוריות האחרות. נראה לנו, כי טעם זה של "צורכי החיים" אינו מספיק למשפטן, שכן, בצד המדיניות הכללית של הכלל המשפטי, הוא מבקש לדעת מהי הטכניקה המשפטית אשר בה התגבשה המדיניות האמורה. בצדק צוין על-ידי מונטרוו כ⁴:

...[p]ractical necessity cannot be accepted as a juristic basis. Legal technique consists in creating particular concepts for the holding of the complex circumstances of life.

זאת ועוד: הרציונלה של מוסד השליחות חשוב לא רק למשפטן המתעניין בתיאוריית המשפט, אלא גם לזה המתעניין בפתרון בעיות מעשיות. לעתים קרובות התיאוריה היא עניין פרקטי מאוד. חיי המסחר מתפתחים בקצב מסחרר. המצבים המסחריים המקובלים עלינו כיום עשויים להיות נחלת העבר תוך זמן קצר. במקומם עשויים לבוא מצבים מסחריים חדשים, שאינם מכוסים במישרין על-ידי החוק, ואשר לא ניתן היה לחזותם מראש. לשם מתן כיסוי משפטי נאות למצבים חדשים אלה יש צורך לפנות לרקע העיוני של הדין הקיים. באמצעות בחינה זו ניתן ליצור כלים חדשים שיתאימו למסגרות החדשות. העדר רקע עיוני נאות עלול להכשיל את הניסיון החדש מעיקרו, וכן עלול ליצור פיקציות משפטיות בלתי רצויות. לעתים עלול העדר רקע עיוני מספיק להביא ליצירת פירושים דחוקים לדין הקיים, פירושים אשר עשויים להתנגם בבעליהם בכוא הזמן.

עיון בספרות המשפטית העוסקת במהות השליחות מגלה, כי אין אחידות דעות בין חכמי המשפט באשר להסבר התיאורתי של מוסד השליחות. מבין הגישות השונות נתעכב על ארבע הבאות: תורת הזיהוי, תורת החוזה, תורת החוזה המועבר ותורת כוח הייצוג.

3. תורת הזיהוי

ההסבר המקובל למהות השליחות הוא כי פעולתו המשפטית של השלוח מחייבת ומזכה כאילו היה הוא השולח, שכן, בעיני הדין, פעולתו של השלוח היא כפעולתו של השולח⁵: Qui facit per alium facit per se או Qui mandat, ipse facisse

4 ראה Montrose "The Basis of the Power of an Agent in Cases of Actual and Apparent Authority" 16 *Can. B. Rev.* (1938) 757, 778.

5 ראה O.W. Holmes *The Common Law* 180–183 (Belknap Press, 1963) (1881); Holmes ראה "Agency" 4 *Harv. L. Rev.* 345, 347 n. 1 (1891).

videtur בלשון התלמוד: "שלוחו של אדם כמותו"⁶. השולח זכאי וחייב בשל פעולות השלוח שכן השלוח אינו אלא ידו הארוכה של השולח⁷. הצהרת רצון השלוח אינה אלא הצהרת רצון השולח. על-פי גישה זו, מוסד השליחות מתיישב עם עיקרון האוטונומיה של הפרט, שכן פעולת השלוח היא פעולת השולח. הסבר זה זכה לאוהדים רבים במאה התשע-עשרה.

במאה התשע-עשרה פותחה התפיסה כי פעולה משפטית מחייבת ומזכה את בעליה, שכן היא פרי הצהרת הרצון שלו. זוהי "תורת הרצון"⁸. כדי ליישב תורה זו עם השליחות, פותח ההסבר לפיו רצונו של השלוח אינו אלא רצונו של השולח. בכך יושבה השליחות עם הצורך להבטיח את האוטונומיה של השולח. רצונו שלו, פרי האוטונומיה הפרטית שלו, הוא המכריע. הסבר זה לא זכה לאהדה רבה במאה העשרים⁹. עד כמה שתיאוריה זו באה לתאר מצב עובדתי, הרי היא יוצרת פיקציה שאינה תואמת את המציאות¹⁰. לעתים קרובות רצונו של השולח שונה מרצונו של השלוח, ובוודאי שפעולת השלוח, מבחינה עובדתית, אינה פעולת השולח. עד כמה שתיאוריה זו באה לתאר תוצאה משפטית, לפיה שולח זכאי וחייב כאילו הוא עצמו

6 ראה, למשל, ככלי קידושין, מא, ב. מעניין לציין כי כמשפט העברי עצמו התעוררה מחלוקת סביב הפירוש הנכון של האמרה. האם כוונת האמירה לקבוע כי מייחסים את פעולת השלוח אל השולח, או שמא כוונתה לקבוע שהשלוח הוא כמו השולח עצמו: ראה רקובר השליחות וההרשאה במשפט העברי (תשל"ב) 15, הערה 71. ראה גם: Herzog 2 *The Main Institutions of Jewish Law* (Vol. 2, 1936) 141.

7 דומה שהסבר זה התקבל על דעתה של השופטת בן-פורת בע"א 337/80 מנהל מס שבח מקרקעין נ' קופטש, פ"ד לז(2) 538, 548 בצינה כי: "אין השלוח אלא זרועו הארוכה של השולח, אשר אותו ורק אותו רואים כמבצע את הפעולה".

8 כמשפט הקונטיננטלי פותחה תורת הרצון על-ידי סביני (Savigny): ראה מילר-פריינפלס (לעיל הערה 1), עמ' 11. על-פי סביני, השלוח הוא נושא רצונו של השולח. החוזה נכרת על-ידי השולח, כאשר השלוח מעביר את רצונו של השולח לצד השלישי. על כן אין בפעולת השלוח כדי ליצור זכויות וחובות עבורו.

9 ראה *Seavey Studies in Agency* (1949) 65 *et seq.*

10 ראה מונטררו (לעיל הערה 4), עמ' 773: "The maxim *qui facit per alium facit per se* read without any qualifications is obviously a fiction. Seavey treats it as such, but while Cook speaks of the fiction of the identity of principal and agent he considered that that maxim is not necessarily fictitious, for, he says that 'in 1304 the maxim meant just what it said'. If so the maxim can only be regarded as a tribute to medieval witchcraft"

פעל, הרי אין בה כדי לקדם את התשובה לשאלה: מדוע מושגת תוצאה זו, ומהו ההסבר לכך?¹¹

4. תורת החוזה

החוזה הוא מכשיר משפטי מקובל להענקת זכויות ולהטלת חובות על הצדדים לו. טבעי הוא, על כן, כי ייעשה ניסיון להתאים את דיני השליחות לתיאוריית החוזה.¹² בהתאם לגישה זו, פעולתו המשפטית של השלוח מחייבת את השולח ומזכה אותו, שכן הבעת רצונו של השולח – בין הבעת רצון כלפי השלוח ובין הבעת רצון כלפי הצד השלישי – יוצרת חוזה בין השולח לבין הצד השלישי. כאשר השולח מסמיך את השלוח לכוונת כשמו חוזה מסוים יש בכך "הצעה" לכריתת החוזה האמור כלפי הצד השלישי. גמר ההתקשרות בין השלוח לבין הצד השלישי היא "קיבול" ההצעה על-ידי הצד השלישי, ומכאן גם גיבוש חוזה "ישיר" בין השולח לבין הצד השלישי. הוא הדין כאשר השליחות נוצרת על-ידי הבעת רצון השולח כלפי הצד השלישי. בהבעת רצונו של השולח יש משום "הצעה" וזו "מתקבלת" על-ידי הצד השלישי.¹³ נושא דגלה של תיאוריה זו במשפט המקובל הוא קוק (Cook)¹⁴, אשר אמר¹⁵:

It is fundamental in the law of contract that a person is bound not by his real but by his manifested intention. One may manifest his

11 ראה מונטררו (לעיל הערה 4), עמ' 773: "The maxim *qui facit per alium facit per se* merely states the legal rule that if A agrees with T, relations between P and T result just as if P has personally agreed with T. It does not explain or justify the rule"

12 ניסיון זה טבעי במיוחד במשפט המקובל, שכן ההתפתחות ההיסטורית של מוסד השליחות במשפט האנגלי הביאה לכך, כי התרופות בתחום השליחות זהות לתרופות בתחום החוזה: בשני המקרים הוכרה תביעה על-פי *assumpsit*. ראה פאול (לעיל הערה 3), עמ' 148.

13 ראה אוריאל פרוקצ'יה "משמעותה העיונית של השליחות הנחיות וביטוייה בתוך השליחות, תשכ"ה-1965", הפרקליט כב (תשכ"ו) 498, 503: "בהנחה שהצד השלישי תופס את השולח על פעולות שלוחו מכה דיני החוזה, כך אף עושה הוא לשולח הנחזה על פעולות שלוחו הנחזה. הסתכלות קלה תוכיח שבין השולח הנחזה לבין הצד השלישי קיים חוזה. אין טעם לנסות לכנות את החוזה בשם. זהו חוזה אינומינאטי וסעיף 64 לספר החוקים העותמני לפרוצדורה האזרחית נותן לצדדים את האוטונומיה ליצירתו. אכן פינה היא בדיני החוזה, שכדי שתיווצר הסכמה משפטית חייבים הצדדים להיות *ad idem*. אך אין פירוש הדבר, שחייב להיות מפגש רצונות. די אם יהיה מפגש הצהרות".

14 ראה "Agency by Estoppel" 5 *Colum. L. Rev.* (1905) 36; Cook "Agency by Estoppel: A Reply" 6 *Colum. L. Rev.* (1906) 34.

15 ראה קוק (לעיל הערה 14), עמ' 34.

intention not only by his own word or acts but also through the words or acts of another called in law an agent. In the latter case, the complete expression of the intention is left to the agent: he is often given a discretion to fix the terms of the offer but when he does fix them, in law the manifestation is of the intention of the principal... Let us never forget that our law of agency does not say that the agent makes a contract and by some process of transfer the rights and duties thus executed are transferred to the principal: but that on the other hand it does regard the contract as made by the principal through the agent, the agent being treated only as a medium of transaction. It is the mind of the principal which meets the mind of the third party, just as much where the medium of conversation is an agent, or where for example it is a letter.

רבה הביקורת על גישה זו¹⁶. אין לומר תמיד כי פעולתו של השלוח כלפי הצד השלישי יש בה ביטוי לרצונו של השולח, שכן לעתים קרובות אין הנחה זו תואמת את המציאות. השלוח מפעיל רצון משלו, השונה מרצונו של השולח והעשוי, לעתים, לעמוד בניגוד לו. "הצעה" או "קיבול" של השלוח אינם זהים, מבחינת מרכיבי הרצון, ל"הצעה" או "קיבול" של השולח¹⁷. על טיעון זה משיבים בעלי תיאוריית החוזה כי לעניין חוזה, לא רצונו האמיתי של השולח מכריע אלא רצונו המוצהר – זה המתבלט כלפי חוץ. באמצעות הסבר זה הם אף מבקשים להחיל את תורת החוזה לא רק על המקרים בהם שליחות נוצרת על-ידי הרשאת השולח אל השלוח, אלא גם לעבר המקרים בהם השליחות נוצרת על-ידי הבעת רצון של השולח

16 ראה מונטרז (לעיל הערה 4), עמ' 757; פאול (לעיל הערה 3), עמ' 148.

17 ראה מונטרז (לעיל הערה 4), עמ' 774; עמ' 774: "It is merely playing with words to say that the act of the agent manifests the principal's intention. It is true that the principal intends to make an offer, and that when the agent does so he acts in accordance with the principal's intention. But the actual offer was never conceived by the principal, he never has a specific intention as to that: the agent's state of mind is not a psychological development of the principal's mind. The offer is not even a manifestation of the principal's intention that the agent should made an offer. The law rejects the view that the mere fact that the agent purports to be authorized is evidence that he was authorized"

כלפי הצד השלישי¹⁸. נראה כי התשובה לעניין זה הנה, בלשונו של פרופסור מונטרוז (Montrose), כי¹⁹:

The conduct of the principal consists in agreeing with the agent, and his intention is fully manifested by the grant of authority to the agent. The conduct of the agent is not that of the principal; it manifests his state of mind alone. The specific offer made by the agent is a product of his mind alone. It cannot be regarded as in any way a product of the principal's mind; the grant of discretion to the agent shows that the principal had no specific offer in his mind.

בכל מקרי השליחות, ענינו של הצד השלישי אינו ברצונו – האמיתי או הנחזה – של השולח אלא בהרשאתו של השלוח²⁰. נראה לנו כי יש להבחין בין שני המצבים הבאים: האחד, בו ראובן אומר לצד השלישי: "אני מוכן למכור לך בית פלוני. את המחיר ייקבע שמעון". הצד השלישי מקבל את ההצעה. כאן נעשה חוזה ישיר בין ראובן לבין הצד השלישי. ראובן אינו שולח ושמעון אינו שלוח. האחר, בו לוי אומר

18 ראה סיבי (לעיל הערה 9), עמ' 83. ראה גם *Restatement, Second, Agency*, §8, p. 30. See comment on p. 32: "Apparent authority is based upon the principle which has led to the objective theory of contracts... when one tells a third person that another is authorized to make a contract with the third person, the principal immediately becomes a contracting party". See also *Restatement, Second, Agency, Appendix*, Vol. 3, p. 42: "When a person has made a representation that another is authorized to enter into a particular transaction with a third person and with knowledge of this representation the third person enters into the relation, the situation is precisely the same as if the principal had manifested to the third person that he was willing to become a party"

19 ראה מונטרוז (לעיל הערה 4), עמ' 774.

20 ברשימתו על "משמעותה העיונית של השליחות הנחזית וביטוייה בתוק השליחות, תשכ"ה-1965", הפרקליט כב (תשכ"ו) 498, מציין אוריאל פרוקצ'יה כי (עמ' 504): "מכון שדיני השליחות מכירים בכוחו של השלוח לשנות את מצבו המשפטי של שולח, ברור אף שהשלוח מוסמך להציע הצעות משפטיות בשם השולח. ברגע שמציג אדם את פלוני כשלוח, ובהנחה כי כל אדם יודע את דיני השליחות המייפיים את כוחו של שולח לעשות בשמו או במקומו של שולח פעולה משפטית כלפי צד שלישי, ולכל אדם אמנם מיוחסת ידיעה כזו, יהיה פירושו הסביר של המצג – הצעה לבוא בקשר משפטי עם יוצר המצג, בתנאים אשר ייקבעו לשם כך בין השלוח הנחזה לבין הצד השלישי. אדם סביר במקום הצד השלישי, אף הוא היה מפרש את הצהרת הרצון של השולח הנחזה באותה דרך, ועל כן הוא רשאי לתת להצהרה זו

לצד השלישי: "אני מסמיך את יהודה למכור לך בית במחיר שייקבע על-ידי". כאן לא נעשה כל חוזה בין לוי לבין הצד השלישי. החוזה יחייב את לוי רק לאחר שיהודה יעשה הצעה לצד השלישי, ויקבע מחיר. כאן לוי הוא שולח ויהודה הוא שלוח. נראה לנו כי תיאוריית החוזה מזהה את שני המצבים האמורים, למרות ההבדל היסודי שביניהם. במקרה הראשון ראובן עשה חוזה המשקף את רצונו הוא. במקרה השני לוי הוא צד לחוזה מכוח דיני השליחות, בלא קשר לשאלה אם החוזה משקף את רצונו. במקרה הראשון, הגורם המכריע הוא רצונו של ראובן. במקרה השני הגורם המכריע הוא הרשאתו של יהודה.

5. תורת החוזה המועבר

דחיית תורת הזיהוי בשל הפיקטיביות שבה, ודחיית הגישה לפיה התנהגותו של השולח והשלוח יוצרות "הצעה" או "קיבול" מטעם השולח עצמו, פתחה פתח לפני גישה שלישית, התואמת לדעת חסידיה את המציאות. בהתאם לגישה זו, החוזה שנכרת הוא חוזהו של השלוח עם הצד השלישי; חוזה זה "מועבר" מהשלוח לשולח. גישה זו פותחה על-ידי סטולזר (Stoljar). סטולזר²¹ גורס כי החוזה "האמיתי" הוא זה שבין השלוח לבין הצד השלישי. חוזה זה מחייב את השולח, שכן הוא מועבר מהשלוח אל השולח, במקביל ליציאתו של השלוח "מהתמונה". אומר המחבר²²:

...we are now dealing with two different contracts, one between A and T, and the other between P and T, the peculiarity however being that the A-T contract in most cases (yet not always) disappears in favour of the designated contract between P and T. This special feature, moreover, at once suggests a theory of

(המתפרשת כהצעה) את קבלתו. צרופה של הקבלה להצעה היא ההסכמה החוזית". בקטע זה מניח המחבר כי התיאוריה של השליחות "הרגילה" ברורה וידועה, והשאלה היא רק כיצד להתאים את דיני השליחות הנחזית לתיאוריה זו. לא כן הרבר. השאלה היסודית הנה מהו ההסבר למקרי השליחות הרגילים. הסתמכות על חוק השליחות, או שהיא מיתרת את הדיון כולו או שאין היא מוסיפה דבר. זאת ועוד: המחבר מערבב בין שני סוגי חוזים אפשריים: האחד, החוזה הענייני שעושה השלוח הנחזה עם הצד השלישי – לקנייה או למכירה – והשני, החוזה בין השולח הנחזה לבין הצד השלישי לפיו השלוח הנחזה יהיה צד לחוזה הענייני. החוזה הראשון הוא חוזהו של השלוח. אף אם החוזה השני קיים בפועל, אין המחבר מסביר מדוע החוזה השני עושה את השולח הנחזה צד לחוזה הראשון.

21 ראה S.J. Stoljar *The Law of Agency* (1961) 32. כגישתו זו אין סטולזר הראשון, קרמו לו

מחברים גרמניים במאה ה-19. ראה, למשל, H. Thöl *Handelsrecht* (6th Aufl., 1879) 233.

22 ראה סטולזר (לעיל הערה 21), עמ' 36.

transmissible contracts or transmissible contract-interests, a theory that explains or overcomes the hiatus in the law of agency between the formation of a contract as between one set of persons (A and T) and the transfer of the incidents to another set (P and T).

המתבר מרחיב את הדיבור על ההבחנה בין חוזה הנערך "בין נוכחים" (inter praesentes) לבין חוזה הנערך "בין נעדרים" (inter absentes) ומציין כי החוזה בין השלוח לבין הצד השלישי הוא מהסוג הראשון, ואילו החוזה בין השלוח לבין הצד השלישי הוא מהסוג השני. הקרשי²³ בקבלת גישתו של סטולזר הוא, כי אין הוא מסביר כיצד נוצר החוזה מהסוג השני, וכיצד מועבר הראשון אל השני.

6. תורת כוח הייצוג

לפי תורה זו, הרשאה משמעותה הענקת כוח לשלוח לבצע פעולה משפטית בשם השולח או במקומו²⁴. במקום שהשליחות נוצרת על-ידי הרשאת השולח את השלוח, מואצל כוחו של השולח אל השלוח משום הענקת השולח. כאשר השליחות נוצרת על-ידי הבעת רצונו של השולח כלפי הצד השלישי, מואצל כוחו של השולח אל השלוח משום הבעת רצון זו. בשני המקרים מוקנה לשלוח הכוח לשנות את מצבו המשפטי של השולח על-ידי פעולה משפטית כלפי צד שלישי. כוח זה, בלשונו של Dowrick הנו²⁵:

a reproduction of the power possessed by the [principal] to alter his own legal position the power conferred by the law on the agent is a facsimilie of the principal's own power.

הפעלתו של הכוח מגשימה את הציפייה הסבירה של השולח והצד השלישי. כוחו של השלוח בא לו מהשולח. לשולח נתונה הזכות החוקתית²⁶ בדבר האוטונומיה של

23 לביקורת גישתו של סטולזר, ראה גם G.H.L. Fridman *The Law of Agency* 36 (6th ed., 1990): "This is not only difficult to grasp conceptually, it is also misleading as a guide to the rationale of the various types of agency relationship that can arise, and inaccurate as a description of what the law is doing when it recognises the existence and effects of an agency relationship". See also Müller-Freienfels Book Review 12 *Am. J. Comp. L.* (1963) 272, 278.

24 ראה מונטררו (לעיל הערה 4), עמ' 777; פרידמן (לעיל הערה 23), עמ' 17. ראה גם Dowrick "The Relationship of Principal and Agent" 17 *Mod. L. Rev.* (1954) 24, 37.

25 ראה דובריק (לעיל הערה 24), עמ' 24, 37.

26 ראה א' ברק פרשנות במשפט (תשנ"ד, כרך ג) 426.

הרצון הפרטי²⁷. על-פי אוטונומיה זו רשאי השולח לעצב את מעמדו המשפטי על-ידי פעולותיו הוא. בגדרה של אוטונומיה זו רשאי השולח להעניק הרשאה (או אישור בדיעבד) לשלוח, ולעצב את מעמדו המשפטי (של השולח) על-ידי פעולותיו של השלוח ובלבד שאלה נופלות לגדר ההרשאה אשר הוענקה לו (או אושרה בדיעבד)²⁸. קשר זה – לעניין ביסוס התורה של כוח הייצוג – בין ההרשאה (או האישור בדיעבד) לבין פעולתו המשפטית של השלוח הביא את מילר-פריינפלס להשקפה כי ההרשאה ופעולת השלוח הם חלקים של פעולה משפטית אחידה²⁹. אף שתיאוריה זו אפשרית היא, אין היא חיונית. רבה הביקורת עליה³⁰. גם אם נראה – כפי שאנו גורסים – בהרשאה ובפעולת השלוח שתי פעולות משפטיות נפרדות, העומדות על רגליהן הן, אין בכך לשלול את הקשר ההדוק שביניהן. קשר זה הוא שמהווה את הבסיס התיאורטי לכוח הייצוג: מכוח האוטונומיה של הרצון הפרטי שלו, מעניק השולח את כוח הייצוג לשלוח³¹. קשר זה אינו מגיע לכדי אחדות, בגדריה של פעולה משפטית אחת. קשר זה מניח קיומן של שתי פעולות משפטיות נפרדות – הרשאת השלוח (כפעולה משפטית חד-צדדית) ופעולת השלוח כלפי הצד השלישי (בין בפעולה משפטית חד-צדדית ובין בפעולה רב-צדדית) – הקשורות זו בזו בקשר אמיץ. אכן, ביסוד תורת השליחות מונח כוח הייצוג של השלוח, שבא לו מהשולח.

7. תורות השליחות ומגבלותיהן

מחפשים אנו תורה אשר בכוחה להסביר את התופעה המשפטית המכונה "שליחות". חיפוש זה הוא חיוני. התורה העיונית המונחת ביסוד מוסד משפטי היא המפתח להבנתו של המוסד. היא הבסיס לפיתוחו. אין לך דבר פרקטי יותר מתיאוריה טובה. עם זאת, יש לעמוד על כך כי התיאוריה תשרת את הפרקטיקה. כי המבנה העיוני המונח ביסוד המוסד לא יקפא אותו, אלא יאפשר התפתחותו על-פי צורכי הדין והמקום. על כן, תורה ראויה המונחת ביסוד השליחות צריכה להתחשב באינטרסים

27 ראה מילר-פריינפלס (לעיל הערה 1), עמ' 183. ראה גם Müncher Kommentar *Bürgerliches* *Gesetzbuch, Allgemeiner Teil* 1257 (2. Aufl., 1984).

28 ראה W. Müller-Freienfels *Stellvertretungsregelungen in Einheit und Vielfalt* (1982) 307: "Through the grant of authority the agent is initiated into the principale's sphere of private autonomy"

29 ראה מילר-פריינפלס (לעיל הערה 28), עמ' 307.

30 K. Larenz *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechtz* (6. Aufl., 1983) 606; W. Flume *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* (4. Aufl.) 859.

31 ראה פלומה (לעיל הערה 30), עמ' 754.

הטיפוסיים הבאים לידי התנגשות. עליה לשאוף לפתרונות חדשים וצודקים. עליה לשקף את המדיניות המשפטית הראויה. ואם פתרונות כאלה אינם מושגים באמצעות התיאוריה, אין לבסס פתרונות שאינם משרתים את החברה אלא יש להביא לשינוי בתיאוריה, תוך בנייתה של תורה חדשה אשר תיתן פתרון לבעיות החדשות אשר השליחות מעוררת. אכן, המשפט הוא אמצעי חברתי. הוא מכשיר אשר נועד לאפשר חיים משותפים של בני אדם. הוא צריך להתאים עצמו לצורכי החברה המתחדשים. הוא צריך לשקף מדיניות משפטית ראויה.

סבורים אנו, כי התורה המסבירה באופן המלא ביותר את מוסד השליחות, היא תורת כוח הייצוג. זו היתה גם דעתו של פרופ' ג' פרוקצ'יה³². היא התורה המשקפת במלואה את מורכבות הסרריו של מוסד השליחות, הן ביחסים הפנימיים והן ביחסים החיצוניים. עם זאת, אין להשתעבר לתורה זו. ככל תורה אחרת, היא שפחת הדין ולא ארוגו. על כן, מקום שמדיניות משפטית ראויה דורשת זאת – ולשון החוק מאפשרת זאת – יהא מקום ליצור הסדרים חדשים, גם אם הם אינם מתיישבים במלואם עם תורת כוח הייצוג. תורת כוח הייצוג מהווה, אפוא, נקודת מוצא ראויה לעיון בשליחות. אין היא נקודת הסיום. אם צורכי הזמן יחייבו זאת, יהא מקום לסטות ממנה, כדי להבטיח פתרונות ראויים לבעיות החיים החדשות. תורת כוח הייצוג תאומץ על-ידינו כל עוד היא מאפשרת פתרונות המשרתים את המדיניות המשפטית הראויה. תורת כוח הייצוג תצטרך לפנות את דרכה כאשר היא תחלל לשקף את צורכי החברה לפתרונות צודקים. דחינו את תורת הזיהוי, תורת החוזה ותורת החוזה המועבר בשל האופי הפיקטיבי שבהן. נדחה אף את תורת כוח הייצוג אם זו תלבש אופי פיקטיבי³³.

ב. מהותה של תורת כוח הייצוג

1. מהותו של כוח הייצוג

א. הרשאת השולח ופעולת השלוח

תורת כוח הייצוג קובעת כי השליחות מבוססת על שני אדנים: האחד, הענקת הרשאה על-ידי השולח; השני, פעולה משפטית בגרדי ההרשאה על-ידי השלוח. האדן הראשון מבסס את הלגיטימציה של השליחות. הוא ביטוי לאוטונומיה של הרצון הפרטי של השולח. אוטונומיה זו של הרצון הפרטי אינה מוגבלת אך

32 ראה ג' פרוקצ'יה דיני שליחות בישראל תשמ"ו 60.

33 ראה מילר-פריינפלס (לעיל הערה 1), עמ' 83.

לפעולתו העצמית של השולח. היא משתרעת גם על כוחו של השולח להעניק הרשאה לשלוח לפעול תחתיו³⁴. מכוחה של אוטונומיה זו מחייבת פעולת השלוח את השולח ומזכה אותו. הארן השני מבסס את המבנה של השליחות. הפעולה המשפטית נעשית על-ידי השלוח כלפי הצד השלישי. אין זו פעולת השולח. השולח אינו עומד במקומו של השלוח והשלוח אינו עומד במקומו של השולח. אין פיקציה של זיהוי בין שלוח לשולח, בין פעולת השלוח לבין פעולת השולח³⁵. הפעולה המשפטית היחידה היא של השלוח. פעולה זו מגבשת תוצאות משפטיות של חיוב וזיכוי (במובן הרחב). תוצאות משפטיות אלה אינן פועלות על השלוח (הלה "יוצא מהתמונה") ואינן מועברות על-ידו לשולח³⁶. התוצאות המשפטיות פועלות במישורין על השולח, אשר הופך להיות צד לפעולת השלוח. אכן, פעולות השלוח הם הפיגומים המעמידים את הבניין. קם הבניין, הפיגומים נעלמים, והבניין עומד על רגליו הוא³⁷. ביסוד הפעולה המשפטית של השלוח עומד הרצון של השלוח ולא של השולח. רצונו של השלוח הוא המגבש את הפעולה המשפטית כלפי הצד השלישי. תוצאותיה של פעולה משפטית זו פועלות על השולח, שכן הוא ביטא את רצונו לכך. הנה כי כן, ביסוד תורת הייצוג מונחים שני רצונות: רצון השולח, להענקת הרשאה לשלוח לעשות בשם השולח או במקומו פעולה משפטית כלפי צד שלישי; רצון השלוח לגיבוש פעולה משפטית בשם השולח או במקומו. הרצון של השולח אינו מגבש את פעולת השלוח כלפי הצד השלישי. פעולת השלוח מתגבשת על-ידי רצונו שלו. רצון השלוח אינו מעניק את ההרשאה לשלוח. הענקת ההרשאה מבוססת על רצון השולח. אכן, על-פי תורת הייצוג יש להבחין בין הפעולה לבין תוצאותיה. הפעולה המשפטית היא של השלוח. תוצאותיה פועלות על השולח. דבר זה אינו מושג על יסוד פיקציה של זיהוי. דבר זה מושג על יסוד מציאות נורמטיבית, לפיה הדין מכיר בכוח האוטונומיה של הרצון הפרטי של השולח (בהענקת הרשאה) לגרום לכך שפעולות משפטיות הנעשות על-ידי השלוח (בגדר ההרשאה) יחייבו ויזכו את השולח. ניתן, כמובן, להוסיף ולקבוע, כי פעולות השלוח מחייבות ומזכות את השולח "כאילו הן נעשו על-ידי השולח עצמו", אך יש לזכור תמיד כי ה"כאילו" הזה אינו מבוסס על המציאות, ואין הוא אלא תיאור פרימיטיבי של תוצאה נורמטיבית. טול עסקת מכר אשר שלוח עשה בשמו של השולח כלפי צד שלישי. הפעולות המשפטיות של הצעת המכר וקליטת הקיבול של הניצע נעשו על-ידי השלוח. ביחסים שבין השלוח לבין הצד השלישי התגבשה הפעולה המשפטית של

34 ראה מילר־פריינפלס (לעיל הערה 1), עמ' 62.

35 בכך נרחיית תורת הזיהוי: ראה לעיל הערה 5.

36 בכך נרחיית תורת התווה המועבר: ראה לעיל הערה 21.

37 לדימוי זה, ראה מילר־פריינפלס (ראה לעיל הערה 21).

העברת הקניין (או התחייבות להעבירו). עם זאת, תוצאותיה של הפעולה המשפטית פועלות על השולח ולא על השלוח. הקניין אשר יועבר הוא קניינו של השולח (ואם נתגבשה התחייבות, כי אז ההתחייבות היא התחייבותו). המוכר הוא אפוא השולח ולא השלוח. הצדדים לחוזה המכר הם השולח והצד השלישי. השולח הוא "בעל העסקה" (ה-dominus negotii). גיבוש עסקת המכר (או ההתחייבות למכר) נעשתה על-ידי השלוח. היסודות המרכיבים את העסקה – בין היסודות העובדתיים ובין היסודות הנפשיים – מתקיימים בשלוח. תוצאות העסקה (או ההתחייבות לעסקה) פועלות על השולח.

שני המרכיבים של תורת כוח הייצוג – הענקת הרשאה מהשולח והפעולה המשפטית של השלוח – הם חיוניים לגיבושה. בלא הענקת הרשאה מהשולח אין כוח ייצוג. בלא פעולת השלוח – המגשימה את כוח הייצוג והמוציאה אותו מהכוח אל הפועל – אין שינוי במצבו המשפטי של השולח. רק התגשמותם של שני המרכיבים גם יחד – הרשאת השלוח ופעולת השלוח – מגבשים את מעמדו של השולח כלפי הצד השלישי.

ב. כוח הייצוג ככוח או יכולת

כוח הייצוג הנתון לשלוח כתוצאה מהרשאת השולח שייך לזכויות מסוג כוח (power)³⁸. זוהי יכולת הנתונה לשלוח, לשנות על-ידי פעולתו המשפטית כלפי צד שלישי את מעמדו המשפטי של השולח, בלא צורך בשיתוף פעולה של השולח. כנגד כוחו של השלוח עומדת כפיפותו של השולח³⁹. אמת, השולח רשאי לבטל את הרשאת השלוח על-ידי פעולה חד-צדדית. אף זו יכולת הנתונה לו. עם זאת, כל עוד לא הפעיל השולח את כוח הביטול, הוא כפוף לכוחו של השלוח. אפילו הפעיל השולח את כוחו לבטל את הרשאת השלוח, אין בכוחו לפגוע בצד השלישי שאינו יודע על הביטול, הרשאי לראות את השליחות כנמשכת. אכן, החוק מעניק לצד השלישי כוח משלו, הוא הכוח לראות את השליחות כנמשכת. השלוח כפוף לכוח זה של הצד השלישי. בהתנגשות בין כוחו של השולח לבטל הרשאה, לבין כוחו של הצד השלישי לראותה כנמשכת, יד כוחו של הצד השלישי על העליונה. בכך בא לידי ביטוי אחד מקווי המדיניות של חוק השליחות, שעניינו הגנה על אינטרס ההסתמכות של הצד השלישי⁴⁰. כתוצאה מכך נשמר כוח הייצוג של השלוח, ונשמר האינטרס שלו "לצאת מהתמונה".

38 להבחנה בין הזכויות השונות, ולמהותה של זכות מהסוג של כוח, ראה W.N. Hohfeld *Fundamental Legal Conceptions: As Applied in Judicial reasoning* (New Haven, 1919)

.52

39 למהותה של הכפיפות, ראה Salmond *Jurisprudence* (12th ed., 1966) 228

40 ראה ע"א 632/87 גרנט נ' מרדכי, פ"ד מה(1) 544, 552.

כוח הייצוג של השלוח מלווה לרוב בזכות השלוח כלפי השולח להפעיל את כוחו. זכות זו מעוגנת לרוב ביחס הפנימי שבין השולח לשלוח. יחס זה מהווה לרוב חוזה – חוזה קבלנות, חוזה שירותים, חוזה מנדט או כל חוזה אחר – בין השולח לבין השלוח. בצד זכותו של השולח להפעיל את כוחו עשויה לעמוד גם חובתו של השולח להפעיל את כוחו. גם חובה זו מעוגנת לרוב ביחס הפנימי. חובה זו מובנת היא, והיא מגינה על האוטונומיה של הרצון הפרטי של השולח. אכן, השולח העניק כוח לשלוח. על השלוח להפעיל כוח זה למען השולח. עליו לדאוג לאינטרס של השולח. עליו להשמע להוראות השולח. ודוק: החובה להפעיל את כוח הייצוג אינה נגזרת מכוח הייצוג עצמו. החובה לפעול כשלוח נגזרת מהיחס הפנימי שבין השולח והשלוח. כוח הייצוג, כשהוא לעצמו, אינו מטיל כל חובה.

בהענקת כוח ייצוג לשלוח ניתנת לשלוח היכולת לשנות את מצבו המשפטי של השולח כלפי צד שלישי. אין בהענקת כוח הייצוג משום שינוי במצבו המשפטי של השולח. הענקת כוח הייצוג מעמידה את השולח בפני האפשרות לפעול. אין היא הפעולה עצמה. עם זאת, בהענקת כוח ייצוג סיים השולח לעשות כל שנדרש ממנו כדי לשכלל את תוצאות פעולת השלוח כלפיו. כל שנדרש עתה הוא פעולה, הלכה למעשה, של השלוח כלפי הצד השלישי. בכך הוא מוציא מהכוח אל הפועל את פוטנציאל הסמכות הנתון בידיו. מכיוון שהענקת יפוי כוח אינה יוצרת, כשלעצמה, לא זכות ולא חובה, אלא רק סמכות, אין היא מתיישנת⁴¹.

ג. עצמאות כוח הייצוג ואופיו המופשט

כוח הייצוג של השלוח קשור – לזכות ולחובה – ביחס הפנימי שבין השולח לשלוח. עם זאת, הקשר בין כוח הייצוג לבין היחס הפנימי אינו קשר הכרחי. כוח הייצוג הוא פרי הפעלת כוחו של השולח, המעניק הרשאה לשלוח. כוח הייצוג עשוי להתקיים גם אם אין כלל יחס פנימי בין שולח לשלוח. כוח הייצוג עשוי להמשך גם לאחר שהיחס הפנימי בין שולח לשלוח הסתיים. מכאן התפיסה המשקיפה על כוח הייצוג של השלוח כעל כוח עצמאי ומופשט, מנותק מהיחס הבסיסי⁴². כוח הייצוג מנותק אפוא הן מחובתו של השלוח כלפי השולח והן מזכותו של השולח כלפי השולח.

עם זאת, אין להגזים באופיו העצמאי והמופשט של כוח הייצוג. כוח הייצוג יונק חיותו מהרשאת השולח. באין הרשאת שולח, אין כוח ייצוג. השלוח אינו יכול ליצור כוח ייצוג לעצמו, יש מאין. עם זאת, מתוך רצון להגן על אינטרס ההסתמכות

41 ראה מילר־פריינפלס (לעיל הערה 1), עמ' 46.

42 על עצמאותו של כוח הייצוג, ואופיו המופשט, ראה מילר־פריינפלס (לעיל הערה 1), עמ' 197.

של הצד השלישי, מכיר הדין בהמשך קיומו של כוח ייצוג למרות ביטול ההרשאה, ובלבד שהצד השלישי ידע על קיומה⁴³. אכן, כוח הייצוג של השלוח יונק חיותו מהרשאת השולח. עם זאת, ייתכנו מצבים – הנקבעים על-פי אינטרס ההסתמכות של הצד השלישי – שבהם יוכר כוח ייצוג בלא הרשאה. מקרים אלה הם חריגים. גם בהם נגזר כוח הייצוג מהרשאת השולח, ולו בעקיפין.

ד. הפעלת כוח הייצוג

כוח הייצוג של השלוח אינו כוח מוחלט. זהו כוח אשר עצמאותו היא מוגבלת. הוא צריך לפעול בגדרי הרשאת השולח. ככל כוח אחר, הוא צריך להיות מופעל בתום לב. מכיוון שבאמצעות כוח זה שולט השלוח על מעמדו המשפטי של השולח, מוטלת על השלוח חובת נאמנות כלפי השולח. חובת נאמנות זו אינה מיוחדת לשלוח, והיא טיפוסית למצבי כוח דוגמת זה של השלוח⁴⁴. מכוחה של חובה זו, על השלוח להעמיד בראש מעיניו את הגשמת האינטרס של השולח. אך מעל לכל, השלוח צריך להפעיל את כוח הייצוג למען השולח. כאשר השלוח פועל למען עצמו הוא מפעיל שלא כדין את כוח הייצוג. הלגיטימציה של כוח הייצוג נעלמת. על כן, אם הצד השלישי יודע על כך, הפעולה לא תחייב ולא תזכה את השולח. אם הצד השלישי יודע על הענקת כוח הייצוג אך אינו יודע על המניע הפרטי וסבור הוא כי השלוח פועל בגדרי הרשאתו, תחייב פעולת השלוח את השולח ותזכה אותו, וזאת כדי להגן על אינטרס ההסתמכות של הצד השלישי. מכיוון שכוח הייצוג של השלוח יונק מרצונו של השולח, בכוחו של השולח לבטל את כוח הייצוג על-ידי פעולה משפטית חד-צדדית משלו. אין זה ראוי לכפות אותו ליכולת של השלוח בלא שהוא רוצה בכך.

הפעלת כוח הייצוג מתאפיינת בכך שהשלוח מבצע בגדרי ההרשאה פעולה משפטית כלפי הצד השלישי. היקף שיקול הרעת הנתון לשלוח משתנה מעניין לעניין. אין הוא יסוד חיוני בתורת כוח הייצוג⁴⁵. אפילו שיקול הרעת של השלוח מוגבל, אין בכך כדי לשלול את כוח הייצוג והפעלתו. עם זאת, תנאי חיוני לתורת כוח הייצוג הוא שהשלוח מגבש בגדרי הרשאתו, פעולה משפטית משלו, כלפי הצד השלישי. אין הפעלה של כוח הייצוג אם השלוח "מעביר" לצד השלישי פעולה משפטית אשר התגבשה אצל השולח. השלוח מאבד, במצב דברים זה, את מעמדו

43 ראה סעיף 15(ב) לחוק השליחות.

44 מקום בו מצוי כוח, שם מצוי דין המגביל את הכוח, והמגן בפני ניצולו לרעה: ראה כג"צ

531/79 סיעת הליכוד נ' מועצת עיריית פתח-תקוה, פ"ד לד(2) 566.

45 ראה להלן הערה 67.

כשלוח והוא הופך להיות שליח⁴⁶. אכן, לשליח אין כוח ייצוג, כשם שלמכתב אין כוח ייצוג. כוח הייצוג מתאפיין, אפוא, בגיבוש פעולה משפטית על-ידי השלוח, גם אם הפרמטרים שלה נקבעו מראש על-ידי השולח. במצב דברים זה נשמר עדיין החופש של השלוח כאשר למועד ביצוע הפעולה ונסיבות ביצועה. הוא עדיין שומר לעצמו את שיקול הדעת אם לבצע פעולה משפטית כלפי הצד השלישי. הנה כי כן, ביסוד פעולת השלוח מונח רצונו של השלוח, גם אם רצון זה הוא מוגבל ומתוחם מראש.

ה. כשרות השולח והשלוח

תורת כוח הייצוג מבוססת על שתי פעולות משפטיות. האחת, הענקת ההרשאה לשולח; השנייה, פעולת השלוח כלפי הצד השלישי. כפי שראינו⁴⁷, ביסוד תורת כוח הייצוג מונחת התפיסה כי התוצאות של הפעולה המשפטית פועלות על השולח ולא על השלוח. השולח הוא "הצד" לפעולת השלוח. השלוח יוצא מהתמונה. מכאן מתחייב, כי השולח יהא בעל כשרות להיות צד לתוצאות של הפעולה המשפטית שעושה השלוח כלפי הצד השלישי⁴⁸. כך, למשל, כאשר השלוח כורת חוזה עם הצד השלישי, צריך השולח להיות בעל כשרות להיות צד לחוזה שנכרת. מה דין הכשרות הנדרשת מהשלוח? מחד גיסא ניתן לומר, כי עליו להיות בעל הכשרות הנדרשת לאותה פעולה משפטית, שהרי הוא המגבש את יסודותיה כלפי הצד השלישי. מאידך גיסא ניתן לומר, כי הכשרות הנדרשת ממנו היא אך לגיבוש אומד דעת רציונלי ולא מעבר לכך, שהרי התוצאות המשפטיות של הפעולה אינן פועלות עליו, אלא על השולח. עקרונית, ניתן לבחור בכל אתר משני הפתרונות הללו. חוק השליחות בחר בשני⁴⁹.

ו. פעולת השלוח וחופש הפעולה של השולח

תורת כוח הייצוג מבקשת להסביר את דין השליחות. היא רואה בהרשאת השלוח כוח אשר השולח העניק לשלוח, לשנות את מצבו המשפטי של השולח כלפי צד שלישי. הענקת כוח זו אינה שוללת מהשולח את הכוח לפעול בעצמו. כוחו של השלוח אינו בא במקום כוחו של השולח, אלא בנוסף לו⁵⁰. אכן, כתוצאה מהענקת כוח הייצוג לשלוח, נתון עתה הכוח לשנות את מצבו של השולח כלפי צד שלישי הן לשלוח (בעקבות ההענקת) והן לשולח (כשל היותו כעל הכוח המקורי). אך מעבר

46 ראה פרוקציה (לעיל הערה 32), עמ' 91.

47 ראה לעיל הערה 36.

48 ראה פרוקציה (לעיל הערה 32), עמ' 173.

49 סעיף 4 לחוק השליחות, תשכ"ה-1965.

50 ראה פלומה (לעיל הערה 30), עמ' 792, ראה גם ג' טדסקי מסות במשפט (תשל"ח) 346.

לכך: מנימוקים חוקתיים, אין השולח יכול לשלול מעצמו הכוח לפעולה עצמית. כוח זה נגזר מהאוטונומיה של הרצון הפרטי שלו ומשקף את כשרותו במשפט. עם זאת, השולח יכול – ואף כוח זה נגזר מהאוטונומיה של הרצון הפרטי שלו – להתקשר (ביחס פנימי) עם השלוח או עם אדם אחר, שלא להפעיל את כוחותיו העצמיים. במצב דברים זה תעמוד כנגד כוחו של השולח לפעול, חובתו שלא לפעול. חובה זו אינה שוללת את הכוח – שלילה שכמה כפגיעה בכשרותו של השולח – אך עשויה לפגוע באפקטיביות של השימוש בו.

ז. כוח הייצוג והנציגות מכוח החוק

כוח הייצוג מאפיין את השליחות על-פי חוק השליחות. שליחות זו היא רצונית. היא פרי האוטונומיה של הרצון הפרטי של השולח⁵¹. בצד שליחות זו מוכרת בישראל הנציגות מכוח החוק. תורת כוח הייצוג עשויה להסביר אף היבטים נוספים של השליחות (הנציגות) מכוח החוק. תחת הרשאת השולח והאוטונומיה של רצונו, באה הרשאת החוק הספציפי והאינטרסים המיוחדים המוגנים על ידה. על כן ניתן להפעיל, בהיקש, מספר הוראות החלות על השליחות הרצונית גם על הנציגות הלא רצונית (מכוח החוק)⁵².

2. הרשאת השולח

א. כוח הייצוג יונק חיותו מהרשאת השולח

מרכיב חיוני של תורת כוח הייצוג הינו הקניית הרשאה לשלוח על-ידי השולח. הקניית ההרשאה מהווה ביטוי לאוטונומיה של הרצון הפרטי של השולח. בהעדרה, ניתן לבסס כוח ייצוג רק על הוראת חוק מיוחדת. אכן, במצב הדברים הרגיל – בו אין הוראת חוק מיוחדת (נציגות מכוח החוק) – נגזר כוח הייצוג מרצונו של השולח, אשר העניק הרשאה לשלוח. על כן, לא די בהצהרת השלוח כי הוא פועל כשלוח כדי להעניק לו כוח ייצוג. כוח הייצוג חייב לנבוע מהשולח עצמו. כמובן, אין מניעה לכך שהשולח יעניק הרשאה לשלוח, על מנת שהלה ימנה שלוח (מחליף). מינויו של השלוח (המחליף) נעשה הוא עצמו על-ידי שלוח, אך אותו שלוח פעל בהרשאת השולח⁵³. אם אין אפשרות לייחס את ההרשאה – במישרין או בעקיפין – לשולח, אין כוח ייצוג. כמובן, החוק עשוי לחרוג מכלל בסיסי זה. כך, למשל,

51 ראה ע"א 409/79 טורר נ' בגיזאן, פ"ד לה(1) 458, 460.

52 ראה פרוקציה (לעיל הערה 32), עמ' 142. ההיקש נעשה על-פי הוראת סעיף 1 לחוק יסודות המשפט, תש"ם-1980.

53 ראה סעיף 16 לחוק השליחות.

קובע חוק השליחות, כי אף שהשליחות הסתיימה, אם הדבר אינו ידוע לצד השלישי, "זכאי הוא לראותה כנמשכת"⁵⁴. כמצב דברים זה מוכר כוח הייצוג של השלוח, למרות שהשליחות כבר נסתיימה, ועל כן נעדרת הענקת הרשאה על-ידי השולח. עם זאת מן הראוי לציין שלושה אלה: ראשית, ניתן היה להיזקק לטכניקת חקיקה אחרת, לפיה, כל עוד לא נודע לצד השלישי על סיום השליחות היא אינה מסתיימת כלפיו⁵⁵. ניסוח זה מיישב את הוראת החוק עם תפיסות היסוד של תורת כוח הייצוג. לדעתנו, זהו גם ניסוח עדיף; שנית, הוראה זו עוסקת בשליחות שנסתיימה. נמצא שתנאי לתחולתה הוא בקיומה המקורי של השליחות. קיום מקורי זה מבוסס על הקניית ההרשאה על-ידי השולח. הצד השלישי אינו רשאי לראות את השליחות כנמשכת אם זו לא התחילה, ואם הצד השלישי לא היה מודע לקיומה⁵⁶; שלישית, חריג זה חל רק אם הצד השלישי אינו יודע על סיום השליחות. ביסודו עומד עיקרון ההסתמכות, אשר בתנאים מסוימים גובר על עיקרון הייצוג. מקרה נוסף בו מוכר כוח ייצוג ללא הרשאת השולח הוא בהרשאה "לעשות כל פעולה דחופה ובלתי צפויה מראש הדרושה באופן סביר לשמירה על ענייני השולח בקשר נושא השליחות"⁵⁷. הרשאה זו יונקת כוחה מהוראת חוק מפורשת. כפוף למספר חריגים, הכלל עומד בעינו: כוח הייצוג חייב לעגן עצמו ברצונו של השולח, כפי שרצון זה מצא את ביטויו החיצוני בהקניית הרשאה לשלוח. כוח הייצוג נפסק כאשר רצונו של השולח בקיומו נפסק.

ב. הרשאת השולח – פעולה כלפי השולח וכלפי הצד השלישי
תורת כוח הייצוג מעוגנת בחופש הרצון של השולח. ביטויו של חופש זה הוא בהענקת הרשאה לשלוח. מכוחה של הרשאה זו מוענק לשלוח כוח ייצוג. הענקת ההרשאה לשלוח הינה פעולה משפטית חד-צדדית של השולח⁵⁸. מכוחה מוענק כוח הייצוג לשלוח. הענקת זו נעשית לרוב בפעולה משפטית המכוונת כלפיו והנקלטת על-ידו ("הרשאה פנימית")⁵⁹. עם זאת, אין זה חיוני, מבחינתה של תורת כוח הייצוג, כי הענקת ההרשאה לשלוח תהא בפעולה המכוונת כלפיו והנקלטת על-ידו. עקרונית, ניתן להכיר בהענקת כוח ייצוג לשלוח על-ידי פעולת השולח כלפי הצד

54 סעיף 15(ב) לחוק.

55 סיום השליחות היא בדרך-כלל פעולה משפטית חד-צדדית, ולשם שכלולה נדרשת קליטה.

56 ראה ע"א 386/77 בלומנטל ג' גימיל, פ"ד לב(2) 677, 680; ע"א 318/82 יעבץ ג' סוכנות מכוניות לים התיכון בע"מ, פ"ד לח(4) 85, 89.

57 סעיף 5(ב) לחוק.

58 ראה סעיף 3 לחוק השליחות.

59 ל"הרשאה הפנימית", ראה סעיף 3(א) לחוק השליחות: "השליחות מוקנית בהרשאה, שבכתב או שבעל-פה, מאת השולח לשלוח".

השלישי וקליטה על-ידו ("הרשאה חיצונית")⁶⁰. במקרים מיוחדים עשויה ההענקה להיות מכוונת כלפי הציבור בכללו.

3. פעולת השלוח

א. גיבוש היסודות של הפעולה המשפטית אצל השלוח המרכיב השני של תורת כוח הייצוג הוא פעולה משפטית של השלוח. פעולה זו יכולה להיות אקטיבית (עשיית הצעה) או פאסיבית (קליטת קיבול)⁶¹. היא אופיה אשר יהא, הפעולה המשפטית מתגבשת אצל השלוח. היסוד ההתנהגותי הוא שלו. הרצון שלו הוא המכריע. על כן, אם רצון זה הוא פגום בשל טעות, הטעיה או אילוץ או עושק הנובע מהצד השלישי, הפעולה המשפטית היא פגומה. פגם זה דבק בה, גם אם השולח לא טעה, לא הוטעה, לא אולץ ולא נעשק. הרצון הרלבנטי הוא רצונו של השלוח ולא רצונו של השולח. הפעולה המשפטית כלפי הצד השלישי, המונחת ביסוד כוח הייצוג, היא פעולתו המשפטית של השלוח.

ב. ידיעת הצד השלישי על השליחות אינה חיונית לשם קיום מרכיב שני זה של פעולת השלוח, אין זה תנאי חיוני כי השלוח הצהיר כלפי הצד השלישי שהוא פועל כשלוח. עיקרון הגילוי אינו חלק חיוני מתורת כוח הייצוג. פעולה משפטית של שלוח עשויה להתגבש כלפי הצד השלישי, גם אם השלוח לא הצהיר בפניו שהוא פועל כשלוח, ובלבד שהשלוח פעל, מבחינתו הסובייקטיבית, כשלוח. על כן ניתן להכיר, במסגרת תורת כוח הייצוג, בשליחות נסתרת⁶². מסקנתנו זו אינה מקובלת על הכול. במשפט הקונטיננטלי מושרשת ההכרה כי ביסוד השליחות מונחת "הפעולה בשם אחר" (aleno nomine agere)⁶³. על-פי גישה זו, עיקרון הגילוי הוא חיוני לשליחות. שליחות נסתרת אינה שליחות. רק שליחות ישירה היא שליחות (אמיתית)⁶⁴. גישה זו אינה מקובלת במשפט

60 ל"הרשאה החיצונית" ראה סעיף 3 לחוק השליחות: "השליחות מוקנית בהרשאה, שבכתב או שבעל-פה ... מאת השולח לצד השלישי...".

61 להבחנה בין שליחות אקטיבית לפאסיבית, ראה מינכר קומנטר (לעיל הערה 27), עמ' 1286. דומה שהשליחות במשפט העברי היא אך אקטיבית: ראה שילה "שאלות יסוד בסוגיית השליחות במשפט העברי בהשוואה לחוק השליחות", 9 דיני ישראל קיג, קכג (תשל"ח-תשמ"ט).

62 על השליחות הנסתרת, ראה סעיף 7 לחוק השליחות.

63 ראה מילר-פריינפלס (לעיל הערה 1), עמ' 15.

64 ראה W. Müller-Freienfels "Comparative Aspects of Undisclosed Agency" 18 *Mod. L. Rev.* (1955) 33.

האנגלו-סכסי. על-פיו, שליחות נסתרת היא ענף של השליחות⁶⁵. גישה זו אינה מתיישבת עם חוק השליחות שלנו, על-פיו שליחות נסתרת היא שליחות⁶⁶. גם בקונטיננטל עצמו חלה נסיגה מהעמדה העקרונית, תוך שמכירים בחריגים מסוימים, בהם מוכרת השליחות גם ללא הגילוי⁶⁷. מן הבחינה התיאורטית אין כל סיבה שלא להכיר בשליחות הנסתרת כחלק אינטגרלי של מושג השליחות. אכן, עיקרון הגילוי אינו מרכיב חיוני של תורת השליחות. עם זאת, תנאי חיוני הוא שהשלוח מגבש רצון סובייקטיבי לפעול כשלוח. אין ייצוג אם אין גילוי ו"השלוח" פועל לעצמו.

ג. שיקול הדעת של השלוח

ביסוד תורת הייצוג עומדת — בצד הענקת ההרשאה — פעולתו המשפטית של השלוח כלפי הצד השלישי. במצב הדברים הטיפוסי, עיצובה של הפעולה המשפטית נתון לשיקול דעת השלוח. אמת, עליו לפעול בגררי ההרשאה שהעניק השולח, אך גדרים אלה יוצרים לרוב מספר אפשרויות, אשר הבחירה ביניהן נתונה לשיקול דעתו של השלוח. נוצר "מיתחם הרשאה" אשר במסגרתו רשאי השלוח לבחור באפשרות הנראית לו כראויה. לעתים שיקול הדעת מכוון כלפי תנאי העסקה (מחיר, כמות, מועד). לעתים שיקול הדעת מכוון כלפי השאלה מתי להציע את תנאי העסקה. עם זאת, קיומו של שיקול דעת לשלוח אינו מונח ביסוד כוח הייצוג. אפילו אין לו לשלוח כל שיקול דעת, עדיין תיתכן שליחות⁶⁸. על כן, אם שלוח מציע הצעה לצד השלישי, שבעיצובה לא היה לו כל שיקול דעת — לא מבחינת תוכנה ולא מבחינת מועד הצגתה — תהא זו פעולת שליחות, ובלכך שההצעה תוצג בפני הצד השלישי כהצעה של השלוח. כמוכך, במצב דברים זה, השליחות היא "שברירת" ביותר. ביטוי לא נכון — "הגני מעביר לך את הצעת השלוח" — והשליחות אינה קיימת, ותחתיה יבוא השליח (הבלדר)⁶⁹. עם זאת, חשוב להדגיש כי אפילו במקרה הקיצוני, בו נעדר השלוח שיקול דעת בעיצוב תוכן הפעולה המשפטית, לפנינו הפעלת כוח הייצוג, שכן הפעולה המשפטית אשר עשה השלוח כלפי הצד השלישי, היא פעולה משפטית שלו, ולא העברת פעולה משפטית של השולח. על כן, מי שנעדר כשרות משפטית, ואף אינו בר-דעת לעשות פעולה, אינו יכול לשמש שלוח⁷⁰. אין לו

65 ראה Bowstead On Agency (15th ed., 1985) 312.

66 ראה סעיף 7 לחוק השליחות.

67 ראה K. Zweigert and H. Kötz An Introduction to Comparative Law (T. Weir trans. 2nd rev. ed., 1993) 468.

68 ראה לעיל הערה 44.

69 להבחנה בין שלוח ושליח, ראה פרוקציה (לעיל הערה 32), עמ' 91 לעיל.

70 ראה סעיף 4 לחוק השליחות.

היכולת לגבש רצון משלו, גם אם רצון זה מוכתב לו על-ידי השולח. לעומת זאת, אין מניעה כי ישמש כשליח. עקרונית, גם כלב יכול להעביר מכתב.

4. היחס בין הרשאת השולח ופעולת השולח

א. הניתוק בין רצון השולח לרצון השולח
 תורת כוח הייצוג בנויה על שני יסודות: הרשאת השולח ופעולת השולח⁷¹. היסוד הראשון מעניק לגיטימיות להטלת תוצאות פעולת השולח על השולח. היסוד השני מעמיד את השולח במרכז הפעולה המשפטית כלפי הצד השלישי. היסוד הראשון מתרכז ברצון השולח כמבסס את הרשאת השולח. היסוד השני מתרכז ברצון השולח כמבסס את פעולתו המשפטית כלפי הצד השלישי. תורת כוח הייצוג מפרידה בין רצון השולח לבין רצון השולח. הראשון פועל במישור הענקת ההרשאה לשולח. השני פועל במישור הפעולה המשפטית כלפי הצד השלישי. שני מישורים אלה שונים הם זה מזה. שוני זה פועל בתחומים שונים. מבחינת הזמן, שני רצונות אלה מרוחקים זה מזה. רצון השולח פועל בעת הענקת ההרשאה. רצון השולח פועל לאחר מכן – לעתים זמן רב לאחר מכן – בעת פעולת השולח כלפי הצד השלישי. קרבת זמן מתרחשת בעת האישור בדיעבד, ואף כאן מתרחקים שני הרצונות זה מזה מיד לאור האופי הרטרואקטיבי של האישור בדיעבד⁷². השוני בין רצון השולח לבין רצון השולח מתבטא גם מבחינת התוקף המשפטי של פעולת השולח כלפי הצד השלישי. תוקפה המשפטי של פעולת השולח נקבע על-פי רצון השולח, ולא על-פי רצון השולח⁷³. על כן טעות של השולח (ולא של השולח) כלפי הצד השלישי היא היוצרת פגם בפעולה המשפטית של השולח. בדומה, טעות של הצד השלישי כלפי השולח (ולא כלפי השולח) היא זו העשויה לפגום בפעולתו המשפטית של הצד השלישי כלפי השולח. אכן, בגיבוש תוקפה המשפטי של הפעולה המשפטית שעשה השולח כלפי הצד השלישי מכריע רצונו של השולח ולא רצונו של השולח. שוני נוסף בין רצון השולח לבין רצון השולח מתבטא בהטלת תוצאות פעולת השולח על השולח. תוצאות פעולת השולח מוטלות על השולח – ההופך להיות, למשל, צד לחוזה אותו כרת השולח – גם אם בעת פעולת השולח השולח אינו רוצה בתוצאות אלה. כך, למשל, שולח עשוי לשאת בתוצאות פעולתו המשפטית של השולח גם אם ביטל את השליחות, ובכך הביע את רצונו בשלילת תוצאותיה כלפיו. דבר זה מושג בכל אותם המקרים, בהם יבחר הצד השלישי, שלא ידע על דבר הביטול, לראות את

71 ראה לעיל הערה 33.

72 ראה סעיף 6(א) לחוק השליחות.

73 ראה לעיל הערה 60.

השליחות כנמשכת⁷⁴. על רקע ניתוק זה בין הרשאת השולח לבין פעולת השלוח צמחה התפיסה הרואה בכוח הייצוג כוח עצמאי ומופשט. אמת, חיותו באה לו מהרשאת השולח, אך משקדם עור וגידים הרי יש לו חיים משלו.

ב. הקשר בין רצון השולח לרצון השלוח

אין להגזים בפער שבין רצון השולח לבין רצון השלוח. תורת כוח הייצוג אינה מניחה פער שאינו ניתן לגישור. כלא הרשאת השולח, המבוססת על רצונו, אין בפעולת השלוח כלפי הצד השלישי (המבוססת על רצון השלוח) כדי להביא לתוצאות הפועלות על השולח. פעולת השלוח כלפי הצד השלישי צריכה להיות בגדרי הרשאת השולח. פקיעת רצונו של השולח בהמשך ההרשאה – כגון בביטולה, או כמות השולח – מביאה את השליחות לידי סיום⁷⁵. אך מעבר לכך: בין הרשאת השולח לשלוח לבין פעולת השלוח כלפי הצד השלישי קיימים קשרי גומלין קרובים. במספר שיטות משפט משפיעה הצורה הנדרשת לפעולה המשפטית של השלוח כלפי הצד השלישי על הצורה הנדרשת להרשאת השולח⁷⁶. פגם בהרשאה אשר השולח העניק לשלוח עשוי להשפיע על תוקף פעולתו המשפטית של השלוח כלפי הצד השלישי. כך, למשל, טעות שנפלה ביצירת ההרשאה עשויה לגרור אחריה בטלות פעולת השלוח כלפי הצד השלישי. זאת ועוד: ידיעתו של השולח על פגם שנפל בפעולת השלוח – פגם שאינו ידוע לשלוח, הפועל בתום לב – עשויה להשפיע על תוקף פעולת השלוח כלפי צד שלישי⁷⁷. כך, למשל, צד שלישי יוכל לבטל חוזה שכרת עם השלוח בשל הטעיה, וזאת אם השולח ידע את העובדות כהויותן ועשה שימוש מכוון בשלוח תמים, אשר לא ידע את העובדות. במצב דברים זה, ובמצבים דומים לו, ידיעת השולח היא הקובעת את תוקף פעולתו המשפטית של השלוח כלפי הצד השלישי⁷⁸. בדומה, שולח היוודע כי נכס נד, אשר נרכש על-ידי שלוחו, הוא גנוב, לא יוכל להנות מתקנת השוק, גם אם השלוח, אשר רכש את הנכס, פעל בתום לב. במצבים אלה ואחרים, קיים קשר בין הרשאת השולח ורצונו, לבין פעולת השלוח ורצונו. ההבחנה בין הרשאת השולח ופעולת השלוח אינה חדה

74 ראה סעיף 15(ב) לחוק השליחות.

75 ראה סעיף 14(א) לחוק השליחות.

76 ראה סעיף 1393 לקודקס האזרחי האיטלקי. הדין אצלנו שונה: ראה ע"א 225/78 תשובה ג' פריגי, פ"ד לג(1) 218, 223; ע"א 478/84 דובשני ג' חממי, פ"ד מא(2) 244, 250; ע"א 84/80 קאסם ג' קאסם, פ"ד לז(3) 60, 80.

77 ראה פרוקציה (לעיל הערה 32), עמ' 187.

78 ראה טדסקי (לעיל הערה 50), עמ' 351.

ובהירה כפי שהיא נראית במבט ראשון. האופי העצמאי והמופשט של כוח הייצוג שוב אינו מלא, אלא נתון לסייגים וחריגים ניכרים.

ג. הרשאת השולח ופעולת השלוח אינן פעולה משפטית אחת על קרקע יחסי גומלין אלה בין הרשאת השולח לבין פעולת השלוח צמחה תורתו של מילר-פריינפלס⁷⁹. על-פיה, יש להשקיף על הרשאת השולח לשלוח ועל פעולת השלוח כלפי הצד השלישי, כעל שני יסודות המרכיבים פעולה משפטית אחת. לפי תפיסתו של מילר-פריינפלס, הרשאת השולח לשלוח מהווה פעולה משפטית עצמאית העומדת לצורכי עניינים מסוימים על רגליה היא. בדומה, פעולת השלוח כלפי הצד השלישי אף היא פעולה משפטית עצמאית העומדת על רגליה היא. עם זאת, שתי הפעולות המשפטיות הללו – בדומה להצעה ולקיבול – יוצרות יחדיו פעולה משפטית שלישית המשקפת את מהותן המשפטית. כותב מילר-פריינפלס⁸⁰:

Appointment of an agent by the principal and the actions of that for the principal form a composite legal unity. This systematic unity is similar to that of offer and acceptance, which combine to effectuate the formation of a contract. The grant of authority and the making of an offer constitute a legal transaction which is an exercise of the will of the author, and both are self-created reductions in or inroads on the author's legal position... the activity of the agent in the place and instead of the principal constitutes the final step in the principal's private lawmaking.

ביסוד גישתו של מילר-פריינפלס עומדת ההכרה, כי הגישה הרווחת – המפרידה בין הרשאת השולח ורצונו לבין פעולת השלוח ורצונו – היא מלאכותית. לדעתו, אין בה כדי ליתן פתרון הולם לבעיות המתעוררות. אין בכוחה לשקף את שיקולי המדיניות הראויים. אכן, מטרתו של מילר-פריינפלס אינה יצירת מבנה אנאליטי, שיש לו חיים משלו. מטרתו היא יצירת מכשיר, אשר יאפשר הגשמת מדיניות משפטית ראויה. כותב מילר-פריינפלס⁸¹:

Instead of announcing single solutions, the type of transaction and

79 הכיטוי המלא של תורה זו מופיע בספרו, המוקדש כולו לביטוס תורתו. ראה מילר-פריינפלס (לעיל הערה 1).

80 ראה Müller-Freienfels "The Law of Agency" in Yianopoulos (ed.), *Civil Law in Modern World* (1965) 106.

81 Müller-Freienfels "The Law of Agency" 6 *Am. J. Comp. L.* (1957) 165, 184.

the corresponding *ratio legis* should be considered in evaluating the participation of the principal.

לדעתנו, רבה המלאכותיות בגישתו של מילר-פריינפלס. הרשאת השולח ופעולת השולח הן שתי פעולות משפטיות נפרדות. אין הן משתכללות לכדי פעולה משפטית אחת.⁸² עם זאת, גישתו של מילר-פריינפלס חשובה היא. היא מדגישה את הקשר שבין הרשאת השולח לבין פעולת השולח. היא מזהירה בפני מודלים תיאורטיים שמוכילים לתוצאות שאין הרעת סובלתן. אכן, המודל הראוי הוא זה המשקף את המציאות והמאפשר פתרונות ראויים מבחינת מדיניות המשפט⁸³. נראה לנו כי תורת כוח הייצוג מקיימת דרישות אלה.

ג. תיאוריית השליחות בחוק השליחות

1. דחיית תיאוריית הזיהוי, החוזה והחוזה המועבר
 ראינו את התיאוריות השונות בדבר השליחות. איזו מהן, אם בכלל, משתקפת בחוק השליחות עצמו? הקיימת תיאוריה כללית העשויה להסביר את תופעת השליחות כפי שהיא מוסדרת בחוק השליחות? לדעתנו, אין חוק השליחות מאמץ את תורת הזיהוי. העיקרון כי "שלוחו של אדם כמותו"⁸⁴ אינו יוצר פיקציה של זיהוי בין השולח לבין השלוח. זהו עיקרון נורמטיבי לפיו פעולתו המשפטית של השלוח מחייבת ומזכה את השולח. יש כאן זיהוי בתוצאה אך לא בפעולה. דומה, כי גם תורת החוזה אינה עולה בקנה אחד עם חוק השליחות. כך, למשל, השולח חייב כלפי הצד השלישי גם אם השליחות היא נסתרת, ועל כן אין הצעה וקיבול בין השולח לבין הצד השלישי.

2. קבלת תיאוריית כוח הייצוג
 נראה לנו כי מבין התיאוריות השונות, תורת כוח הייצוג משתקפת בצורה הברורה ביותר בחוק השליחות. במרכז הגדרת השליחות עומד כוח הייצוג של השלוח⁸⁵. לשלוח מוענק הכוח לשנות, על-ידי פעולתו הוא, את מצבו המשפטי של השולח כלפי הצד השלישי. זהו העיקרון המרכזי בסעיף 1 לחוק, והוא היסוד ל"דין

82 ראה פלומה (לעיל הערה 30), עמ' 859; לארנס (לעיל הערה 30), עמ' 606.

83 ראה א' ברק מהותו של שטר 17 (1973).

84 סעיף 2 לחוק השליחות.

85 ראה סעיף 1 לחוק השליחות.

השליחות" בסעיף 2 לחוק. סעיף 3 לחוק, הקובע כללים ליצירת השליחות, ניתן אף הוא להסבר על-פי תורת כוח הייצוג. כוחו של השלוח בא לו מהשלוח, אם באמצעות הבעת רצונו של השולח המיועדת לשלוח ואם באמצעות הבעת רצונו של השולח המיועדת לצד השלישי. הכללים בדבר כשרות השולח עולים בקנה אחד עם תורת כוח הייצוג. פעולתו של השלוח מחייבת ומזכה את השולח שכן זה האחרון העניק כוח לשלוח. מן הרין שתהיה לו הכשרות הכללית להעניק כוח זה. כללי האישור בדיעבד מתיישבים אף הם עם תורת כוח הייצוג, שכן אין הם אלא הרחבה של תורת כוח הייצוג לעוד תחום המחייב פתרון דומה⁸⁶. כשם שהדין מכיר בכוחו של אדם להעניק לזולתו את כוח הייצוג, כן הוא מכיר בכוחו של אדם להביא לידי כך שפעולה שנעשתה בשמו ללא כוח ייצוג תחשב בעיני הדין כנעשית מכוח ייצוג. תורת כוח הייצוג מסבירה יפה את חבותו של השולח בשליחות הנסותרת⁸⁷, והיא משמשת אחד היסודות המרכיבים את הטעם העומד מאחורי הענקת כוח האימוץ לשולח לעניין זכותו של השלוח⁸⁸.

תורת כוח הייצוג מסבירה, ולו באופן חלקי, את כללי השליחות הנסותרת. אין קושי בהפעלת תורת כוח הייצוג לעניין חבותו של השולח בשליחות הנסותרת. השולח העניק כוח ייצוג לשלוח. כוח זה הופעל בהרשאה, ועל כן יש בפעולתו של השלוח כדי לחייב את השולח. אמת הדבר, הצד השלישי לא ידע על קיומה של השליחות או את זהותו של השולח, אך חבותו של השולח אינה מטילה מעמסה על הצד השלישי, משום שחבות זו מתווספת לחבותו של השולח. הצד השלישי ציפה לקשר עם השולח, ודבר זה ניתן לו. הדין מוסיף לחבות זו גם את חבותו של השולח. דבר זה נובע במישרין מתורת כוח הייצוג.

הפעלה עקבית של תורת כוח הייצוג צריכה היתה לגרום לכך כי פעולתו של השלוח תזכה את השולח. לא כן נקבע בסעיף 7 לחוק. בהתאם להוראת הסעיף, פעולת השלוח מזכה את השלוח, ואילו לשולח ניתנת היכולת לאמץ לעצמו זכות זו. תוצאה זו אינה עולה בקנה אחד עם הפעלה רגילה של תורת כוח הייצוג. ההסבר לכך הינו, כי תורת כוח הייצוג – בדומה לתורות האחרות – עומדת בסתירה לציפיותו הסבירה של הצד השלישי. הלה ציפה לחבות כלפי השלוח ולא לחבות כלפי השולח. כדי להגשים ציפיה זו חייבת תורת כוח הייצוג לפנות דרכה. הזכות היא, אפוא, זכותו של השלוח. עם זאת, נסיגתה של תורת כוח הייצוג היא זמנית בלבד, שכן היא לובשת צורה אחרת. במקום כוחו הרגיל של השלוח לזכות את השולח, מוענק לשולח הכוח לאמץ לעצמו זכות השלוח. כוח האימוץ מחליף את

86 סעיף 6(א) לחוק השליחות.

87 ראה סעיף 7 לחוק השליחות.

88 ראה סעיף 7 לחוק השליחות.

כוח הייצוג. הצד השלישי מצפה לזכות כלפי השלוח. דבר זה ניתן לו, אך הצד השלישי נתון לסיכון כי השלוח ימחה את זכותו לאחר. במסגרת סיכון זה מוענק לשולח כוח אימוץ. במקום שהשלוח יכול להמחות זכותו כלפי הצד השלישי לאחר, יכול עתה השולח לאמץ לעצמו את זכות השלוח. נמצא, כי תורת כוח הייצוג מתאימה עצמה לציפייתו של הצד השלישי, וכוח הייצוג הופך לכוח האימוץ. תורת כוח הייצוג עולה בקנה אחד עם הדינים בדבר סיום השליחות⁸⁹. כוחו של הצד השלישי לראות את השליחות כנמשכת, חרף סיומה, מתיישב עם תורת כוח הייצוג⁹⁰. זהו ביטוי לאופיה העצמאי והמופשט. ההלכות השיפוטיות בדבר ניתוק הקשר בין דרישת הצורה לפעולה המשפטית שעשה השלוח לבין הרשאת השולח⁹¹, מתיישבות יפה, גם הן, עם תורת כוח הייצוג.

תורת כוח הייצוג גמישה דייה כדי לאפשר התחשבות בידיעתו של השולח ובחוסר תום לבו, בכל אותם המקרים בהם מדיניות משפטית ראויה מצדיקה זאת. אין דבר בחוק השליחות המונע התחשבות זו.

89 ראה סעיף 14(א) לחוק השליחות.

90 ראה סעיף 15(ב) לחוק השליחות.

91 ראה לעיל הערה 75.