

## חוק השליחות ותורת האורגנים

פרופ' אהרן ברק \*

### א. הפעיה

ברשימה, אשר פורסמה לאחרונה<sup>1</sup>, קבע פרופסור פרוקצ'יה, כי במקום שמנהלים כורתים חוזה<sup>2</sup> בשם החברה עם צד שלישי, נקבעות זכויותיהם וחובותיהם של הצדדים על פי „התורה האורגנית“<sup>3</sup> — לפיה נחשבת פעולת האורגן כפעולת התאגיד עצמו — ולא על פי חוק השליחות, תשכ"ה—1965<sup>4</sup>. פרופסור פרוקצ'יה דוחה את תחולתו של חוק השליחות מכל וכל, ואין הוא מוכן להכיר בשילוב ובקיום בצוותא של הדוקטרינה האורגנית וחוק השליחות.

מטרתה של רשימתנו לבחון את גבולותיה של גישה זו. בחלק הראשון של רשימתנו נעמוד על נימוקיו של המחבר, ונשתדל להראות, כי אין בהם כדי להצדיק את מסקנתו האמורה. בחלק השני נפרט את ההסדר המתבקש, לדעתנו, מהדין הקיים, הסדר המחיל הן את התורה האורגנית והן את חוק השליחות על משולש היחסים: חברה, מנהל וצד שלישי. בחלק השלישי והאחרון של רשימתנו נשתדל להראות, כי דחיית גישתו של פרופסור פרוקצ'יה וקבלת גישתנו, לא רק שהיא מחוייבת הדין הפוזיטיבי בישראל, אלא שהיא משקפת הסדר, שהוא רצוי מבחינת מדיניות המשפט.

### ב. נימוקיו של המחבר

#### 1. מנהל כשולח

חוק השליחות מגדיר את השליחות<sup>5</sup> כ„יפוי כוחו של שולח לעשות בשמו או במקומו של שולח פעולה משפטית כלפי צד שלישי“ על פני הדברים, הגדרה פונקציונלית זו רחבה דייה כדי לחול על פעולה משפטית, המבוצעת על ידי מנהלי החברה בשמה כלפי צד שלישי. המנהלים הם שולחי החברה, והחברה היא השולח. למרות זאת קובע פרופסור פרוקצ'יה, כי „היחסים בין החברה למנהלים אינם יחסי שליחות, וחוק השליחות אינו חל ואינו יכול לחול עליהם“<sup>6</sup>.

\* פרופסור חבר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.  
<sup>1</sup> פרוקצ'יה, חוק השליחות, תשכ"ה—1965, ומנהלי החברה, עיוני משפט, כרך א' (1971), ע' 234.  
<sup>2</sup> אף שפרופסור פרוקצ'יה מגביל דיונו בחוזה, הנכרת על ידי מנהלי החברה, נראה שיש להרחיב המסגרת ולעסוק בכל פעולה משפטית, אשר המנהל מבצע כלפי צד שלישי בשם החברה.  
<sup>3</sup> לתאור דוקטרינה זו, ראה Gower, *The Principles of Modern Company Law* (3rd ed. 1969), p. 144.  
ראה גם: ברק, מעמד התאגיד בנויקין, הפרקליט, כרך כ"ב (1965/66), ע' 198.  
<sup>4</sup> ס"ח 462, תשכ"ה, ע' 220.  
<sup>5</sup> סעיף 1 לחוק השליחות. אין החוק מגדיר „שולח“ מהו או „שולח“ מהו. מונחים אלה נגזרים מהגדרת השליחות.  
<sup>6</sup> פרוקצ'יה, שם, בע' 257. פרופסור פרוקצ'יה שולל תחולתו של חוק השליחות הן ביחסים הפנימיים שבין החברה למנהלים, הן ביחסים שבין החברה והצד השלישי והן ביחסים שבין המנהל והצד השלישי.

מהם נימוקיו של המחבר?

פרופסור פרוקצ'יה, עקבי בעמדתו, דוחה כל פשרה בין חוק השליחות לבין תורת האורגניזם, ואינו מוכן להכיר בקיום בצוותא של שני אלה. הנימוקים, המובאים על ידו, לדחיית חוק השליחות מעיקרו, והנימוקים המובאים על ידו, לדחיית הקיום בצוותא של חוק השליחות ותורת האורגניזם, שלובים זה בזה. נתייחס, איפוא, בחלק זה אל כל הנימוקים, בלי להפריד ביניהם.

2. „הדוקטרינה של השליחות נוגדת את העקרון של עצמאות המנהלים ואי יכולתה של האסיפה הכללית להורות בדרך כלל למנהלים כיצד ינהלו את החברה“:

(א) הבעיה

מקובל כיום, כי המנהלים אינם שלוחים של האסיפה הכללית. מקובל גם, כי האסיפה הכללית אינה מוסמכת להורות למנהלים כיצד עליהם לנהל את ענייני-החברה.<sup>6</sup> עם זאת, קיים תחום, בו רשאית האסיפה הכללית להורות למנהלים כיצד לפעול. זהו התחום, אשר בו, בלשונו של פרופסור פרוקצ'יה, ממלאת האסיפה הכללית, „תפקיד קונסטרוציוני“, דהיינו, משנה את מסמכי היסוד של החברה או פועלת על פי סמכותה העודפת.<sup>9</sup> השאלה הינה: מה השפעת מצב דברים זה על מעמדם של המנהלים כשלוחי החברה? כדי לבחון מקרוב התשובה על שאלה זו, רצוי להבחין בין התחום, בו האסיפה הכללית אינה רשאית להורות למנהלים כיצד לפעול, דהיינו התחום, בו מוענקת עצמאות למנהלים, לבין התחום, בו האסיפה הכללית רשאית להורות למנהלים כיצד לפעול, דהיינו התחום, בו קיימת כפיפות המנהלים לאסיפה הכללית.

(ב) עצמאות המנהלים

עמדתו של פרופסור פרוקצ'יה הינה, „שכל עוד נשמרת בתקנות החברה התקנה 80 או דומה לה, האסיפה הכללית, אינה יכולה להורות למנהלים כיצד ינהלו את עסקי החברה, ועל ידי כך גשלת אחד מיסודות דיני השליחות ביחס שבין האסיפה הכללית למנהלים“.<sup>11</sup> עד כמה שמטרתו של קטע זה להראות, כי בין האסיפה הכללית לבין המנהלים אינם מתקיימים יחסי שליחות, הרי שאנו מסכימים למסקנה זו, אם כי לא מנימוקיו של המחבר. נראה לנו, כי הנימוק האמיתי לשלילת יחסי שליחות בין האסיפה הכללית לבין המנהלים הוא זה, שהמנהלים פועלים בשם החברה ולא בשם האסיפה הכללית. אך, כאמור, מטרתו של פרופסור פרוקצ'יה אינה בשלילת יחסי שליחות בין האסיפה הכללית לבין המנהלים, אלא בשלילת יחסי שליחות בין החברה

<sup>7</sup> פרוקצ'יה, שם, שם.

<sup>8</sup> ראה סיכום ההלכות אצל פרוקצ'יה, שם, ע' 239 ואילך.

<sup>9</sup> פרוקצ'יה, שם, שם. תחום זה כולל גם אותם המקרים, בהם התקנות הקיימות מסמיכות האסיפה הכללית להורות למנהלים כיצד יפעלו.

<sup>10</sup> הכוונה היא לתקנה 80 האנגלית ללוח א' של חוק החברות האנגלי משנת 1948. המקבילה לה בארץ היא תקנה 70 ללוח א', התוספת השלישית, פקודת החברות, הא"י, כרך א', פרק כ"ב, ע' 155.

<sup>11</sup> שם, ע' 241.

לבין המנהלים<sup>12</sup>. נראה כי קו מחשבתו של המחבר הוא זה: אם האסיפה הכללית אינה מוסמכת להורות למנהלים, כיצד לפעול בשם החברה כלפי צד שלישי, פירוש הדבר, שגם החברה (הפועלת באמצעות האסיפה הכללית) אינה יכולה להורות למנהלים כיצד לפעול בשם החברה כלפי צד שלישי, ואם כך גשלת אחד מיסודות דיני השליחות שבין החברה לבין המנהלים. גישה זו אינה נראית לנו נכונה מהטעמים הבאים:

1. כוחו של שולח לצוות על שלוח כיצד לפעול, וכפיפותו של שלוח למצוות השולח אינם תנאי הכרחי לקיום השליחות, אלא רק תוצאה בלתי הכרחית מקיום השליחות<sup>13</sup>. בכך נבדלים היחסים שבין שולח ושלוח מהיחסים שבין מעביד ועובד. באין זכות לשליטה אין יחסי מעביד-עובד. לעומת זאת, השליחות עשויה להתקיים גם בהעדר כפיפות. הובת הציות היא תוצאה מסתברת אך בלתי הכרחית מייחס הקיים בלא תלות בה<sup>14</sup>.

2. גם אם נראה בחובת הציות תנאי חיוני — או לפחות מרכזי — לקיום יחסי השליחות, הרי שתנאי זה מתקיים גם ביחסים שבין החברה לבין המנהלים. כפי שפרופסור פרוקצ'יה מציין בעצמו, בכוחה של האסיפה הכללית לשנות את מסמכי היסוד של החברה, באופן שתוענק לה (ומכאן לחברה) הסמכות להורות למנהלים את שיעשו. נמצא, כי גם אם אינה קיימת שלילה בפועל, קיימת גם קיימת שליטה בכוח. נראה לנו, כי די בקיומה הפוטנציאלי של סמכות זו, כדי לספק את דרישתם של אלה, הגורסים כי באין חובת ציות אין יחסי שליחות<sup>15</sup>. לשון אחרת: בידי החברה מצוי תמיד כוח הציווי. הפעלתו של כוח זה קשורה במבנה הכוחות הפנימיים בחברה. מבנה זה הוא פנימי לחברה, ואינו משפיע על עצם קיומו של כוח הציווי.

#### (ג) כפיפות המנהלים

נראה הדבר, כי קו מחשבתו של פרופסור פרוקצ'יה לגבי תחום עניינים

<sup>12</sup> פרופסור פרוקצ'יה גילה ערנות מיוחדת להבחנה זו. ראה ע' 238 לרשימתו.

<sup>13</sup> בוודאי שחובת הציות אינה קיימת, במקום שהשליחות נוצרת על ידי התנהגות השולח כלפי הצד השלישי (השווה לשונו של סעיף 8 לחוק השליחות).

<sup>14</sup> הדעה המקובלת הן באנגליה והן בארצות הברית הינה, כי חובת הציות אינה אלא תנאי מכללא בחוזה שבין השולח לשלוח. ברור שהוראה מפורשת באותו חוזה יכולה לשנותה. אף שחוק השליחות אינו מעמיד את חובת הציות על בסיס חוזה, נראה לנו, כי השולח והשלוח רשאים לוותר עליה. האין לומר, כי ויתור כזה קיים בכל מקרה בו המנהלים פועלים בתחום בו האסיפה הכללית אינה רשאית לצוות את שיעשו? ראה Bowstead, *Agency* (13th ed. 1968), p. 111.

<sup>15</sup> נגיה כי שמעון ולוי הם בצוותא שולחים, וראובן הוא שלוחם. סעיף 17 (ב) לחוק השליחות קובע, כי על השלוח „לפעול מכוח כולם יחד”. ציוויו של שמעון בלבד או של לוי בלבד אינו מחייב את ראובן. נגיה עוד, כי בשל יחסים אישיים מתוחים, אין הסכמה בין שמעון ולוי. היעלה על הדעת לומר, כי חדלים יחסי השליחות בינם לבין ראובן, רק משום שאין שמעון ולוי מצליחים להגיע לדעה אחת? מבנה היחסים בין שמעון לבין ראובן אינו גוגע לעצם קיום השליחות, שבינם לבין ראובן. בכוח, אם כי לא תמיד בפועל, הם עשויים לפעול בצוותא חדא ולצוות על ראובן.

זה הוא כדלקמן: האסיפה הכללית היא האורגן הראשוני של החברה. בתחום זה מוקנה לה הכוח – אם על ידי שינוי התקנות, ואם מכוח כללי הסמכות העודפת – להורות למנהלים את שיעשו. על כן, אם בתחום זה אינם מתקיימים יחסי שליחות בין האסיפה הכללית לבין המנהלים, הרי שממילא אינם מתקיימים, בתחום זה, יחסי שליחות בין החברה לבין המנהלים.

נראה לנו, כי בעניין זה נחפס פרופסור פרוקצ'יה ל"טעות אופטית". העובדות, כי (א) במסגרת הפעלת סמכותה הקונסטיטוציונית רשאית האסיפה הכללית להורות למנהלים כיצד לפעול, ו-(ב) בהפעלת כוחות אלה פועלת האסיפה הכללית כאורגן של החברה ולא כשולח של המנהלים, אינה מובילה כלל ועיקר למסקנה, כי (ג) המנהלים אינם שלוחים של החברה. נהפוך הוא: צירופן של עובדות (א) ו-(ב) משמעותו, כי החברה שולטת במנהלים, ומכאן שהמנהלים עשויים להיחשב כשלוחי החברה.

נראה לנו, כי "טעותו האופטית" של פרופסור פרוקצ'יה נעוצה בעובדה, כי סברתו הינה, כי מי שאינו שלוח של האורגן אינו שלוח של החברה. לדעתנו, אין לקבל גישה זו. תורת האורגנים אינה גורסת, כי שלוחו של האורגן הוא שלוחה של החברה, וכי מי שאינו שלוחו של האורגן אינו שלוחה של החברה. תורת האורגנים גורסת, כי שליטת האורגן היא שליטת החברה, ועל כן מי שנשלט על ידי האורגן נשלט על ידי החברה.<sup>16</sup>

עד כה הינחנו, כי קיומה של חובת הציות או היעדרה חשוב הוא לקביעת יחסי שליחות וכי גם על יסוד הנחה זו אין לקבל גישתו של פרופסור פרוקצ'יה. אך, כאמור, הנחה זו, כשלעצמה, אינה נראית לנו נכונה. כשם שהעדר ציות אינו שולל יחסי שליחות, כך גם קיומה של חובת הציות אינו יוצר יחסי שליחות.<sup>17</sup> בצדק צויין בפסיקה האנגלית, כי המנהלים אינם שלוחי האסיפה הכללית למרות שבתחום האמור הם כפופים לאסיפה הכללית. המנהלים הם שלוחי החברה, שכן הם מבצעים בשמה פעולה משפטית כלפי צד שלישי. המנהלים אינם שלוחי האסיפה הכללית, שכן אין הם מבצעים בשם האסיפה הכללית פעולה משפטית כלפי צד שלישי.

3. "הגישה של הפסיקה המודרנית ליחס בין החברה למנהלים בכל מה שנוגע לאהריות אישית של החברה כלפי צד שלישי בנוקין, איננה עוד כאל שולח-שלוח אלא מבוססת על הדוקטרינה האורגנית"<sup>18</sup>. "במישור האחריות הפלילית של החברה למעשי מנהליה ראו בתי-המשפט צורך לשנות את גישתם ליחס בין

<sup>16</sup> הדבר דומה לקביעה, כי פעולת האורגן היא פעולת החברה, אך מי שתוקף את האורגן אינו נחשב כתוקף את החברה.

<sup>17</sup> כאשר שמעון השולח, ממנה את לוי השלוח לפקח בשמו על פעולותיו המשפטיות של ראובן השלוח, עשויים להתקיים יחסי שולט וגשולט בין לוי לבין ראובן. אך ראובן אינו שלוחו של לוי, אלא שלוחו של שמעון. שליטתו של לוי היא שליטתו של שמעון. לענין זה אין כל הבדל, לדעתנו, בין מעמדו של לוי כשלוח בלבד, לבין מעמדו כאורגן.

<sup>18</sup> פרוקצ'יה, שם, ע' 244.

החברה למנהל ואינם מתייחסים במישור זה אל אותו היחס כאל יחס בין שולח לשלוח<sup>19</sup>

נראה, כי קו מחשבתו של פרופסור פרוקצ'יה בעניין זה הוא כדלקמן: הואיל ובתחום האחריות האישית בנוזיקין נדחו יחסי שולח ושלוח בין החברה למנהליה והוחלפו בתורה האורגנית, והואיל ודבר דומה אירע בתחום הפלילי, לכן טבעי הוא, כי תהליך דומה יפקוד גם את דיני השליחות. לדעתנו, אין לקבל את ה"הואיל" האמור, ואין גם לקבל את ה"לכן". נסביר את דברינו בתחום הנוזיקין נקבע על ידי בתי המשפט, כי בכך האחריות השילוהית של הברה לעולות מנהליה קיימת גם אחריות אישית לעולות המנהלים. בדומה, בדין הפלילי נקבע על ידי בתי המשפט, כי שלילת האחריות השילוהית לעבירות המנהלים אין בה כדי לשלול האחריות האישית לעבירות המנהלים. נמצא כי בפסקי דין אלה קבעו בתי המשפט, כי המנהלים אינם רק שלוחים אלא גם אורגנים<sup>20</sup>. מכאן אין להסיק שעמדת בתי המשפט הינה, כי המנהלים כלל אינם שלוחים אלא הם רק אורגנים. כל שניתן להסיק מסוגיות אלה הינו, כי למטרות מסוימות יש להשקיף על פעולות המנהלים כאל פעולות אורגן ולא רק כאל פעולות שלוח.

זאת ועוד: הצורך להשקיף על המנהלים כאורגנים ולא רק כשלוחים נובע מתוך כך כי בסוגיות הנזכרות לא היה די בכך שפעולתו האסורה (הפלילית או הנוזיקית) של המנהל מהווה אופן ביצוע בלתי נאות של הפעולה, שהוא הוסמך לבצע. די בדבר זה לצורך האחריות השילוהית<sup>21</sup>. לעניין סוגיות אלה צריך היה להשקיף על פעולת המנהל כעל פעולת החברה עצמה. נמצא, כי תורת האורגנים באה לסייע ביצירת ההבחנה בין אחריות אישית לבין אחריות שילוהית של התאגיד. בפנותנו אל דיני השליחות נמצא, כי ההבחנה בין אחריות אישית לבין אחריות שילוהית אינה מהותית. חוק השליחות קובע, כי "שלוחו של אדם כמותו". אמת הדבר, אין החוק קובע כי פעולת השלוח היא פעולת השולח. כל שנקבע הוא, כי פעולת השלוח מחייבת ומזכה, לפי העניין, את השולח. אך אחריות זו

<sup>19</sup> פרוקצ'יה, שם, ע' 247.

<sup>20</sup> ראה דברי השופט הולדיין (Haldane L.C.) בפרשת *Lennard's Carrying Co. v. Asiatic Petroleum Co.* [1915] A.C. 705, 713 המציין, כי "האשם או השותף (למעשה) חייבים להיות האשם או השותף של מי שהוא שאינו סתם עובד או שלוח שהחברה אחראית לו לפי העקרון *respondeat superior* אלא מישו שהחברה אחראית לו כי פעולתו היא בעצם פעולתה של החברה" (לפי תרגומו של פרופסור פרוקצ'יה, שם, ע' 243. ההדגשה שלנו). ראה גם דברי השופט דנינג (Denning L.J.) בפרשת *H.L. Bolton (Engineering) Co. Ltd. v. T.H. Graham & Sons Ltd.* [1956] 3 All E.R. 624, 630, הקובע: "מצב המוח של מנהלים אלה הוא מצב מוחה של החברה ונחשב בעיני הדין בתורת שכזה... אם כונתם היא כונת החברה, זה תלוי בטבעו של העניין הנדון, כמעמד היחסי של הפקיד או השלוח ובכל העובדות האחרות השייכות לענין ובפרטי המקרה". (לפי תרגומו של פרופסור פרוקצ'יה, שם, ע' 243. ההדגשה שלנו). אין להסיק מקטעים אלה שהמנהל-האורגן אינו שלוח. הרבה יותר מתקבל על הדעת לראותו גם כשלוח וגם כאורגן.

<sup>21</sup> ראה ע"א 338/60 — מדינת ישראל נגד מדר; פד"י כרך ט"ו, ע' 1569.

אינה שילוחית. השולח אחראי, משום שהשלוח עשה את שהורשה לעשות. אין השולח אחראי לביצוע פעולה שהשלוח לא הורשה לעשותה<sup>22</sup>. נראה, אפוא, כי הצורך, שהוליד את התורה האורגנית בתחום הפלילי ובתחום הנויקין, אינו קיים בתחום השליחות. על כן, העובדה, שהתורה האורגנית הופעלה בתחומים אלה אין בה, כשלעצמה, כדי להצדיק את הפעלתה של התורה האורגנית בתחום השליחות. עם זאת, כפי שיבואר להלן<sup>23</sup>, התורה האורגנית אינה מוגבלת להבחנה בין אחריות שילוחית לבין אחריות אישית, ויש לה חשיבות לצרכים אחרים, המתקיימים גם בדיני השליחות<sup>24</sup>. נמצא, כי יש מקום לתורה האורגנית גם בתחום השליחות, אך לא מטעמי של פרופסור פרוקצ'יה.

4. „יחסי השליחות הם יחסים שמתקיימים בין שלושה אנשים: השולח, השלוח והצד השלישי; ההפרדה החדה בין השולח לשלוח היא מיפודי השליחות. לעומת אלה הזיהוי בין החברה ובין המנהל למטרה זו או אחרת נוגד הפרדה זו ומשמיע את עצם היסוד של מרגע השליחות”<sup>25</sup>

השליחות מחייבת קיומם של שלושה גופים משפטיים נפרדים: השולח, השלוח והצד השלישי. תורת האורגנים אינה שוללת קיומם של שלושה גופים אלה, שכן היא אינה מזהה את אישיות המשפטית של האורגן עם אישיות המשפטית של החברה<sup>26</sup>. דווקא ההפרדה הגמורה בין האישיות המשפטית של החברה לבין האישיות המשפטית של האורגן, היא המאפשרת זיהוי פעולתו ורצונו של האורגן עם אלו של החברה. ההכרה באישיות המשפטית הנפרדת של האורגן מתבלטת יפה בכל אותם המקרים, בהם מוטלת אחריות בין כחוזים, בין בנויקין ובין בפלילים — על האורגן בגין פעולתו בשרות החברה.

ייתכן כי כוונת הקטע המצוטט אינה לזיהוי האישיות המשפטית של התאגיד עם אישיות המשפטית של האורגן, אלא לזיהוי רצונו של האורגן עם רצונו של התאגיד. על פי קו מחשבה זה ניתן לומר, כי חוק השליחות מחייב קיומם של שלושה רצונות ואילו תורת האורגנים מבוססת על ההנחה, כי קיימים רק שני רצונות: רצונו של האורגן — שהוא גם רצון החברה — ורצונו של הצד השלישי. אם אכן זו כוונת המחבר, אין אנו יכולים להסכים עמו<sup>27</sup>. נראה לנו, כי

<sup>22</sup> לעקרון זה קיימים מספר חריגים בחוק השליחות. חריגים אלה אינם רלבנטיים לדיוגנו. מבחינתנו חשוב להבחין בין האחריות השילוחית, שהיא אחריותו של אדם לביצוע פעולה אסורה על ידי זולתו, למרות שאותו זולת הוסמך לבצע פעולה מותרת, לבין אחריות אישית, שהיא אחריותו של אדם לביצוע הפעולה, שהוא הסמיך את זולתו לעשותה. מכאן גם ברור, מדוע לא ניתן היה להסתפק, בתחום הפלילי ובתחום הנויקין, בכינוי המנהל כשלוח. הכלל „שלוחו של אדם כמותו” חל רק במקום, שהשלוח מבצע פעולה מותרת כלפי הצד השלישי („פעולה משפטית”) ואילו באותן סוגיות הפעולה, שבוצעה, היתה אסורה.

<sup>23</sup> ראה להלן טקסט להערות שוליים 59 ו-61.

<sup>24</sup> ראה הערת שוליים 59.

<sup>25</sup> פרוקצ'יה, שם, ע' 257.

<sup>26</sup> השווה הערת שוליים 16.

<sup>27</sup> היעלה על הדעת לשלול קיום יחסי שליחות בין שתי חברות, רק משום שלשתיהן

ניתן לבסס את שתי הדרישות הבאות באשר לחשיבות רצונו העצמאי של השולח בדיגי השליחות: (א) כי בשעת יצירת השליחות יהיה לשולח רצון עצמאי ונפרד מרצונו של השלוח, שכן אחרת אין כל אפשרות ליצור את יחסי השליחות; (ב) כי במשך קיום השליחות יהיה לשולח הכוח ליצור רצון עצמאי משלו, רצון אשר יוצא מהכוח אל הפועל לשם מתן הוראות לשלוח, ובשעת ההכרח – לשם סיום השליחות. שתי דרישות אלה מתקיימות במלואן לעניין חברה ואורגן<sup>28</sup>. אשר לדרישה הראשונה, ברור, כי עצם מינוי המנהלים כאורגנים של החברה אינו נעשה בעזרת רצונם של המנהלים עצמם, אלא הוא, כלשונו של פרופסור פרוקצ'יה, פרי „רצונם ההיסטורי של המייסדים“<sup>29</sup>. אשר לדרישה השנייה, הרי לאסיפה הכללית יש רצון גפרד משלה, ורצון זה עשוי לצאת מהכוח אל הפועל באמצעות „פעולה קונסטיטוציונית“ מטעם האסיפה הכללית<sup>30</sup>.

5. „אפילו טעינו במסקנה שהיחסים בין החברה למנהלים אינם יחסי שליחות, בכל זאת, חוק השליחות לא יחול עליהם, כי אלה יחסי מיוחדים המוסדרים על פי דין שאיננו חוק השליחות“<sup>31</sup>

טענה זו מסתמכת על לשונו של סעיף 19 לחוק השליחות, לפיו „חוק זה אינו בא לגרוע מהוראות כל דין המסדיר סוג מיוחד של יחסי שליחות“. לדעתנו, אין בהוראה זו כדי להצדיק את מסקנתו הגורפת של פרופסור פרוקצ'יה, לפיה חוק השליחות אינו חל מעיקרו במקום שהמנהל מבצע פעולה משפטית כלפי צד שלישי. לביסוס מסקנתנו זו ניתן להביא מספר נימוקים, הקשורים בפירושים שונים ואפשריים להוראת סעיף 19.

ראשית, ניתן לומר כי היחסים בין החברה לבין מנהלים אינם כלל „סוג מיוחד“ של יחסי שליחות. נהפוך הוא: בתנאי המסחר המודרניים אך טבעי הוא, כי אדם ינהל עסקיו באמצעות חברה, הפועלת על ידי שלוחים, בין מנהלים ובין שאינם מנהלים. אמת הדבר, פקודת החברות קובעת הוראות מיוחדות, החלות על

אותו מנהל? בצדק מציין פרופסור פרוקצ'יה, כי „אין בכוננתנו לטעון שחברה אינה יכולה למנות שלוח. האסיפה יכולה למנות שלוח ושלוח זה יכול שיהיה אדם המכהן באותה עת כמנהל החברה“ (שם, ע' 238). אך אם כן, רצונו של המנהל הוא גם רצונה של החברה, וכיצד מתיישב דבר זה עם הצורך בקיום שני רצונות נפרדים? מכיוון שהרצון בפועל הוא רצונו של האורגן, והרצון בכוח הוא רצונה הנפרד של החברה, אין מקום להאשים את החברה בקשר (conspiracy) עם המנהל, כאשר הרצון בפועל הוא רק אחד. לצורך קשר דרושים שני רצונות בפועל: השווה *R. v. L.C.R. Haulage, Ltd.* [1944] K.B. 551.

<sup>29</sup> פרוקצ'יה, שם, ע' 239.

<sup>30</sup> מה שמכונה בצדק על ידי פרופסור פרוקצ'יה כ„רצונם הנמשך של בעלי המניות באסיפה הכללית של החברה“ (שם, ע' 238). כדי שלרצון זה יינתן תוקף, הוא צריך להינתן בדרך פורמלית מסויימת (שינוי תקנות) או בנסיבות מסויימות (סמכות עודפת). זהו ענין ליחסי הכוחות בתוך החברה ואין בו כדי להשפיע על קיומו של כוח הטעם החברה. זאת ועוד: אין חולק על כך, כי פיטורי המנהל נעשה על ידי הפעלת רצון אנושי, שאינו רצונו של המנהל.

<sup>31</sup> פרוקצ'יה, שם, ע' 258.

היחסים, שבין החברה למנהליה, אך קיומן של הוראות מיוחדות אינו עושה את היהם למיוחד. סעיף 19 לחוק השליחות מתייחס לדין, המסדיר פוג מיוחד של יחסי שליחות ולא לדין מיוחד המסדיר יחסי שליחות.

שנית, ניתן לומר, כי גם אם היחסים בין החברה לבין המנהל הם פוג מיוחד של יחסים, אין בסעיף 19 כדי לדחות תחולתו של חוק השליחות, שכן תורת האורגנים אינה כלל, "דין" לעניין סעיף זה, ובוודאי לא דין המסדיר סוג מיוחד זה של יחסי שליחות. בהתאם לפירוש זה, המונח "דין"<sup>32</sup> בסעיף 19 מתייחס להוראותיו של חוק החברות או להוראות אופרטיביות של המשפט המקובל, שנקלטו בארץ<sup>33</sup>, אך לא לדוקטרינה העיונית של תורת האורגנים, שאינה אלא מודל מתשבותי ולא דין אופרטיבי<sup>34</sup>, ובוודאי לא דין, המסדיר את היחסים בין החברה למנהלים.

שלישית – וזה הפירוש הנראה לנו – ניתן לומר, כי גם אם היחסים בין החברה לבין המנהל הם סוג מיוחד של יחסי שליחות, וגם אם התורה האורגנית הינה בהינתן, "דין, המסדיר" סוג זה, הרי כל קביעתו של סעיף 19 הינה, כי חוק השליחות, "אינו בא לגרוע" מהוראותיו של דין זה. גמצא, כי נקודת המוצא העקרונית הינה, כי חוק השליחות חל על כל יחסי השליחות, בין כלליים ובין מיוחדים. עם זאת, במקום שקיים דין, המסדיר סוג מיוחד של יחסי שליחות, ובמקום שחוק השליחות גורע מדין זה, תנתן עדיפות לדין האמור על פני חוק השליחות. על פי קו מחשבה זה, יש לקבוע בתחילה, כי דין, הנגזר מתורת האורגנים, נגרע על ידי הוראות חוק השליחות. רק במקרה של גריעה כזו יד הדין על העליונה. על כן, במקום שתורת האורגנים אינה נוקסת כל עמדה ביחס לעניין פלוני, או במקום שהדין, הנגזר ממנה, עולה בקנה אחד עם חוק השליחות, יחול חוק השליחות ביחסים שבין החברה, המנהל והצד השלישי. כך, למשל, על פי השקפתו של פרופסור פרוקצ'יה אין בדוקטרינה האורגנית כדי לשנות מהכללים שסוכמו על ידי פרופסור גאורג לעניין חבותה של חברה כלפי צד שלישי בשל פעולותיו המשפטיות של המנהל<sup>35</sup>. על פי הנחה זו – עליה אנו חולקים, כפי שיתבאר להלן – אין חוק השליחות גורע מפתרונה של תורת האורגנים. אם כך, יחול חוק השליחות.

יהיה הפירוש הנכון אשר יהיה, אף לא אחד מהם תומך במסקנתה הגורפת של פרופסור פרוקצ'יה, לפיה די בעובדה, שהשלוח הוא אורגן והשלוח היא חברה, כדי לשלול תחולתו של חוק השליחות. יחד עם זאת, חשיבות רבה נודעת

<sup>32</sup> לפירוש ביטוי זה ראה פקודת הפרשנות [נוסח חדש], ס' 1, דיני מדינת ישראל, נ"ח 1, ע' 2.

<sup>33</sup> כגון הדוקטרינה של אולטרה-וירס, או של ידיעה קונסטרוקטיבית.

<sup>34</sup> אם השקפה זו נכונה היא, ואם צודק פרופסור פרוקצ'יה, כי חוק השליחות אינו חל כלל ביחסים שבין החברה, המנהל והצד השלישי, כי או קיימת לאקוגה במשפט הישראלי, המחייבת פנייה למשפט האנגלי, על פי הוראותיו של סימן 46 לדבר המלך במועצה, 1922 (חא"י, כרך ג', ע' 2738). מה הדין, אשר יחול או ?

<sup>35</sup> פרוקצ'יה, שם, ע' 254–256. פרופסור פרוקצ'יה מציין, כי השינויים, המוצעים על ידו, הם, "דקים למדי", וכי שינויים אלה, "אינם פוגעים בכוחם של כללים אלה ובהלכות עליהן הם מבוססים". אכן, השינויים הם סמנטיים בעיקרם. ראה בעניין זה להלן.



לשאלה, איוו מבין הגישות הנזכרות היא הנכונה, וזאת לעניין היחס בין דין ספציפי הנגזר מתורת האורגנים לבין דין קוגנטי, הקבוע בחוק השליחות. בהתאם לגישה הראשונה והשנייה, ידו של חוק השליחות על העליונה. לעומת זאת, בהתאם לגישה השלישית, ידה של תורת האורגנים על העליונה. בעניין זה נעסוק להלן.

6. "דיני החברות החלים על יחסים בין החברה למנהלים אף במישור של התקשרות חוזית שונים לעתים מעקרונות דיני השליחות"<sup>36</sup>

בהמשך קטע זה מביא פרופסור פרוקצ'יה ששה עניינים, בהם, לדעתו, הפתרון של דיני החברות שונה מהפתרון של דיני השליחות. כפי שנראה להלן, אין אנו מסכימים לכך, כי בכל המקרים הללו קיים שוני בין דיני החברות לבין דיני השליחות.<sup>37</sup> אך גם אם שוני כזה קיים, אין בכך כדי להצדיק המסקנה, כי "חוק השליחות לא יכול על יחסים בין החברה ובין המנהלים באותם מישורי פעילות של החברה בהם המנהלים פועלים כאורגנים ופעולותיהם מזוהות עם פעולות החברה"<sup>38</sup>. זאת משני טעמים: ראשית, כל שניתן לומר הוא, כי בעניינים אלה קיים דין מיוחד, הרוחה תחולתו של חוק השליחות. אין להבין מדוע תדחה תחולתו של חוק השליחות בעניינים אחרים בהם אינה קיימת סתירה; שנית, הדוגמאות המובאות על ידי פרופסור פרוקצ'יה לשוני בין דיני החברות לבין דיני השליחות אינן מבוססות כולן על ההבחנה בין מעמדו של מנהל האורגן לבין מעמדו של מנהל כשולח, אלא הן גורסות שוני גם בין שולח של חברה שאינו מנהל לבין שולח של שולח שאינו חברה. אם כך, כיצד ניתן להסיק מדוגמאות אלה מסקנה כל שהיא ביחס לתחום המיוחד בו פועל מנהל כאורגן? נפנה עתה לדוגמאות המובאות על ידו ונבחון אותן לגופן:

(א) "העקרון שדן בדיעת הור המנהל משא ומתן עם החברה הוא העקרון של היריעה הקונסטרוקטיבית ואילו העקרון שדן בדיעת הצד השלישי המנהל משא ומתן עם שולח הוא העקרון של ידיעת האדם הבכיר"<sup>39</sup>.

אמת הדבר, בדיני החברות קיים עקרון, לפיו כל אדם המתקשר עם הברה נחשב כידוע את האמור במסמכי היסוד שלה. זהו דין חברות מיוחד. הוא חל בין אם התקשרות בשם החברה נעשתה על ידי שולח שאינו אורגן, ובין אם התקשרות בשם החברה נעשתה על ידי אורגן. ברור, על כן, כי אין להסיק מדוגמא זו דבר על היחס בין תורת האורגנים וחוק השליחות. אין גם להסיק ממנה כי חוק השליחות אינו חל לעניין ביצוע פעולות משפטיות בשם החברה כלפי צד שלישי, שהרי מוסכם על הכל, כי שולח שאינו מנהל פועל בשם חברה במסגרת חוק השליחות.<sup>40</sup>

<sup>36</sup> פרוקצ'יה, שם, ע' 259.

<sup>37</sup> בחלקם של עניינים אלה ניתן לתת תוקף להוראות דיני החברות במסגרת ההסדר הדיספוזיטיבי של חוק השליחות. במקרה זה אין לדבר כלל על סתירה בין דין החברות לבין דין השליחות.

<sup>38</sup> פרוקצ'יה, שם, שם.

<sup>39</sup> פרוקצ'יה, שם, שם.

<sup>40</sup> אמת הדבר, סעיף 18 לחוק השליחות אינו עוסק בידיעה הקונסטרוקטיבית. אך באותה

(פ) „המנהלים נהנים במעד עצמאי והאסיפה הכללית אינה יכולה להורות להם כיצד ינהלו את עסקי החברה ואילו השלוח הייב לבעול בהתאם להוראות השולח“<sup>41</sup>.  
בעניין זה דנו כבר.

(ג) „היקף הכוח המוקנה על ידי המנהלים נקבע על פי הדוקטרינה של ה- ultra vires ועל פי מסמכי היסוד של החברה ואינו תואם את האמור בסעיף 5 לחוק השליחות“<sup>42</sup>.  
החברה אינה אחראית אם הפעולה המשפטית, שנעשתה בשמה, חורגת ממטרותיה או מהכוחות הקבועים בתזכיר ובתקנות. עקרון זה חל בין אם הפועל בשם החברה הוא אורגן ובין אם הפועל בשם החברה הוא שלוח שאינו אורגן. ברור, איפוא, כי אין להסיק מכך דבר באשר ליחס בין חוק השליחות לבין תורת האורגנים. ניתן, כמובן, לומר, כי קיום עקרונות אלה שולל לחלוטין תחולתו של חוק השליחות במקום שהחברה היא שולח. ברור שזו גישה לא נכונה, וודאי שאף פרופסור פרוקציה אינו גורס אותה. לא נותר אלא למצוא „דו-קיום“ בין דין חברות מיוחד זה לבין חוק השליחות, תוך מתן עדיפות לדין החברות. לתוצאה זו קל להגיע בכל הנוגע לסעיף 5 (א) לחוק השליחות. סעיף 5 (א) קובע במפורש כי הוא חל רק „באין הגברה בהרשאה“ או „באין הרשאה מפורשת לכך“.<sup>43</sup> הדוקטרינה של אולטרה וירס והאמור במסמכי היסוד של החברה מהווים „ההגבלה בהרשאה“ לעניין האמור בסעיף 5 (א). בגישה דומה יש לנקוט לעניין סעיף 5 (ב) לחוק. נראה לנו כי הוראה זו היא במהותה דיספוזיטיבית<sup>44</sup>. רשותו של שלוח לעשות פעולה דחופה ובלתי צפויה קיימת בהעדר הרשאה לכך, אך היא נשללת באם השולח אוסר זאת במפורש. איסור כזה יש להסיק במקום שחלה הדוקטרינה של אולטרה-וירס<sup>45</sup> או במקום שקיימת הוראה נוגדת במסמכי היסוד. ואם תאמר

מידה אין סעיף זה עוסק בידיעה בפועל, שיש לאדם, גם אם כאדם סביר אין עליו לדעת. זאת ועוד: על פי סעיף 2 לחוק השליחות, ידיעתו של השלוח מחייבת ומוכה את השולח. נמצא, כי אם שלוחו של הצד השלישי „יודע“, תחשב ידיעה זו כידיעת הצד השלישי עצמו, גם אם הצד השלישי בפועל אינו יודע, וגם אם כאדם סביר לא היה עליו לדעת. נראה לנו, איפוא, כי אין לראות בסעיף 18 „רשימה סגורה“ של מקרים בהם נחשב אדם יודע דבר על פי חוק השליחות. על כן, שתיקתו של סעיף 18 לענין הידיעה הקונסטרוקטיבית אין משמעותה עמדה שלילית. עם זאת, עקרון הידיעה הקונסטרוקטיבית הוא עקרון חריג. יש למצוא דין מיוחד, הנותן לו תוקף. דין כזה מצוי, בין השאר, בדיני החברות. החלתו במסגרת דיני השליחות, בין לענין מנהל ובין לענין שלוח אחר, אינה עומדת בכתירה לדיני השליחות. לפנינו הרחבת הדין הרגיל במצב מיוחד.

<sup>41</sup> פרוקציה, שם, שם.

<sup>42</sup> פרוקציה, שם, שם.

<sup>43</sup> מטרתו של סעיף 5 (ב) לחוק השליחות היא להגן על עניני השולח, ואם הוא אינו רוצה בהגנה על עניניו, אין לכופו אותו לכך. לאותה מסקנה אפשר להגיע מתוך הוראות הסעיף עצמו. אם השולח מצוין, כי אין הוא רוצה בהגנה עניניו מעבר לתחום ההרשאה, יקשה לראות בפעולת השלוח פעולה „בלתי צפויה בראש הדרושה באופן סביר לשמירה על עניני השולח“.

<sup>44</sup> אין זה נזקבל על הדעת, למשל, כי קטין יחוב בגין פעולה דחופה, הדרושה באופן

כי קיימת סתירה בין אלה לבין האמור בסעיף 5 (ב) לחוק השליחות, הרי שבסתירה זו יד דין החברות המיוחד על העליונה. אין להסיק מכך, כי חוק השליחות אינו חל כלל משום שסתירה כזו אפשרית.

(ד) „יצירת הקשר בין החברה למנהל ופיומו נקבעים לפי דיני החברות, התזכיר והתקנות של החברה הנמונה ולא לפי האמור בסעיפים 3, 14 ו-15 לחוק השליחות”<sup>45</sup>. טבעי הוא, כי יצירת הקשר בין תאגיד לבין שלוחיו ופיומו ייקבע בדינים, שהם מיוחדים למעמדו של השולח כתאגיד. דינים אלה הם בעיקרם משני סוגים, הסוג האחד עוסק באופן שבו מתגלה רצונו של התאגיד. כך, למשל, ניתן לומר כי רק החלטה משותפת של פלוני ואלמוני נחשבת כהחלטת הגוף לעניין יצירת השליחות או סיומה. דינים אלה, שדם מיוחדים לתאגיד, התייב לפעול באמצעות אחרים, אינם עומדים בניגוד לחוק השליחות, אלא משלימים אותו. בכל פעם, שחוק השליחות מתייחס לפעולת השולח או רצונו, יש לפנות לדינים אלה, כדי לבחון, כיצד פועל התאגיד וכיצד מתגלה רצונו. הסוג השני עוסק במגבלות על הופש הרצון של התאגיד. דינים אלה עשויים לעמוד בניגוד להוראותיו של חוק השליחות. במקרה של סתירה תהיה להם עדיפות, שכן הם מהווים דין מיוחד. לדעתנו, קיומה האפשרי של סתירה בסוג מקרים שני זה אין בו כדי לשלול תחולתו של חוק השליחות, לא לעניין היחסים שבין תאגיד ושלוחיו בכלל, ולא לעניין היחסים, שבין התאגיד לאורגנים שלו בפרט. אשר לתאגיד ושלוחיו, הרי קיומו של דין חברות ספציפי אינו צריך לשלול תחולתו העקרונית של חוק השליחות. כל שניתן וצריך לומר הוא, שבאותו עניין ספציפי בו קיימת הסתירה, יד דין החברות על העליונה. אשר לתאגיד והאורגנים שלו, הרי המגבלות על חופש הרצון של התאגיד, שצוינו לעיל, אינן, באופן עקרוני, מוגבלות לעניין שלוח שהוא אורגן. בעיית ההגבלה על חופש הרצון של התאגיד היא כללית, והיא קיימת בין אם השלוח הוא אורגן ובין אם לאו.

(ה) „המנהל אינו נאמן בקשר לרכוש החברה כפי שהשלוח נאמן בקשר לכל נכס שבא לידי עקב השליחות”<sup>46</sup>.

אין חולק על כך, כי בידי המנהל אינה מוקנית הבעלות שבדין ברכוש החברה. עם זאת, מקובל על הכל, כי על המנהל לנהוג אמון כלפי החברה. לדעתנו, דין דומה חל ביחס לשלוח. השלוח אינו נאמן של השולח, במובן זה שבידי השלוח אינה מצוייה בעלות שבדין על רכוש השולח. עם זאת, על השלוח לנהוג אמון כלפי שולחו. לכאורה, עומדת דעתנו בניגוד לאמור בסעיף 10 (א) לחוק השליחות, עליו מסתמך פרופסור פרוקצ'יה, הקובע כי „בל נכס שבא לידי השלוח עקב השליחות מחזק בידו כנאמן של השולח”. לדעתנו, הביטוי „נאמן” בסעיף זה אין משמעותו אדם, אשר בידו הבעלות שבדין ובידי הנהגה הבעלות שביושר. אין זה הנאמן „הטכני” הידוע לנו מהמשפט האנגלי. נראה לנו, כי

סביר לשמירה על עניינו, הנעשית על ידי שלוח, אם באותן נסיבות הקטין לא היה מהוייב, אילו ביצע הפעולה בעצמו.

<sup>45</sup> פרוקצ'יה, שם, שם.

<sup>46</sup> פרוקצ'יה, שם, שם.

הביטוי „נאמן“ בסעיף 10 (א) מתייחס ונגזר מהביטוי „נאמנות“, הנמצא בסעיף 8 לחוק, כלומר, חייב לנהוג בנכסי השולח תוך העדפת האינטרס של השולח על פני האינטרס של עצמו, וכיוצא בהם דינים. הקשורים בחובת הנאמנות. מסקנה אחרת אינה מתקבלת על הדעת. אין זה הגיוני, כי בתחום השליחות יכיר המחוקק הישראלי בנאמנות, שעה שזו אינה מוכרת ביד רחבה במקרים אחרים.<sup>47</sup> זאת ועוד: אין זה מתקבל על הדעת, כי חוק השליחות יעניק לשלוח בעלות שבדין, במקום שנסיבות המקרה אינן מצדיקות זאת כלל. נניח כי השולח מעביר נכס מגכסיו לשלוח, כדי שהלה ימשכנו. מה טעם יש לראות בחזקת השלוח חזקה, המעניקה לו בעלות בנכס? לדעתנו, מטרתו של סעיף 10 (א) לחוק השליחות היתה להטיל חובת נאמנות ספציפית, בצד החובה הכללית הקבועה בסעיף 8 לחוק, ולא להעניק זכות, שאינה מתקיימת בלעדיו.<sup>48</sup> אם צודקים אנו בפירושו זה, הרי שאין כל סתירה בין מעמדו של המנהל כנאמן החברה, לבין מעמדו של שלוח כנאמן על רכוש השולח. בשני המקרים הן המנהל וכן השלוח אינם נאמנים במובנה הטכני של המלה, ובשני המקרים הם חבים חובת נאמנות לזה אשר בשמו הם פועלים. בהמשך נראה, כי מעמדו של מנהל כאורגן מצדיק הטלת חובת נאמנות חמורה יותר מזו המוטלת על שלוח שאינו מנהל.

(ו) „אין למנהל כל זכות עכבון על נכסי החברה בדומה למה שיש לשלוח על נכסי השולח המקרה המוזכר בסעיף 12 לחוק השליחות“<sup>49</sup>.

לפרופוזיציה, כי „אין למנהל כל זכות עכבון על נכסי החברה“, לא מצאנו אסמכתא. עם זאת, לא מצאנו אסמכתא לסתור. גם אם צודק פרופסור פרוקצ'יה, כי אין למנהל עכבון על נכסי החברה להבטחת תשלום שכרו, הרי אין בכך כדי להצדיק את המסקנה, כי דיני החברות סותרים את דין השליחות. כללי העכבון הם כללים דיספוזיטיביים.<sup>50</sup> רשאים השולח והשלוח להסכים על דחייתם. הסכמה זו יכול שתבוא במפורש ויכול שתבוא מכללא. ייתכן הדבר, כי מעמדו של מנהל כאורגן, והאמצעים האחרים, הנתונים בידו להבטחת תשלום שכרו, מיתרים הצורך להיוקק לאמצעי זה, באופן שהמנהל נחשב כמוותר עליו מכללא.<sup>51</sup>

## ג. תורת „המעמד הכפול“

### 1. שילוב תורת האורגנים בדיני השליחות

בחלק הראשון של רשימתנו ביקשנו להראות, כי אין במעמדו המיוחד של המנהל כאורגן, כדי לשלול מעיקרו את תחולתו של חוק השליחות. עם זאת, הצביע ניתוחנו, כי תחולתו העקרונית של חוק השליחות אינה באה לדחות

<sup>47</sup> השווה סעיף 161 לחוק המקרקעין, תשכ"ט–1969, ס"ח 575, תשכ"ט, ע' 259.

<sup>48</sup> על כן, אם השלוח פעל בשם עצמו שעה שרכש נכס מצד שלישי, הבעלות בנכס היא בידיו. עם זאת, אם בשעת הפעולה הוא פעל עבור שולח נסתר, ייתכן ועליו להחזיק בנכס כנאמנו של השולח.

<sup>49</sup> פרוקצ'יה, שם, שם.

<sup>50</sup> ראה Bowstead, *op. cit.* 232.

<sup>51</sup> יש לזכור, כי נקודת המוצא של המשפט האנגלי הינה, כי המנהל אינו זכאי כלל לשכר עבור שירותיו. השווה גם תקנה 74 (1) ללוח א'.

מעיקרה את תורת האורגנים. אכן, ההסדר, הנראה לנו כמחוייב הדין בישראל, הוא זה המשלב בתוכו את תורת האורגנים ואת חוק השליחות. בהתאם לגישה זו אותה פעולה משפטית עשויה להישלט הן על ידי התורה האורגנית והן על ידי חוק השליחות. זוהי תורת „המעמד הכפול”<sup>52</sup>.

בהתייחסו לתורת „המעמד הכפול”, אומר פרופסור פרוקצ'יה: „אם אין מקבלים את הפתרון המוצע על ידינו שהמנהלים הם תמיד אורגנים של החברה ואם דוחים את דוקטרינת השליחות כדוקטרינה מקיפה החלה על היחסים בין החברה ובין המנהלים בכל המישורים, הדוקטרינה היחידה שיכולה לפתור את שאלת היחסים בין החברה למנהלים היא הדוקטרינה הרואה במנהלים בעלי מעמד כפול: אורגנים ביחסים הפנימיים של החברה ובכל הנוגע לאחריות אישית של חברה בנויקין ובפילילים וכן ביחסים מיוחדים כגון במקרה מיוחד של דיני הביטוח שהזכרנו<sup>53</sup>, ושלוחים ביחסים חוזיים של החברה עם צד שלישי”<sup>54</sup>.

לדעתנו, אין זו הצגה מדויקת של הבעיה. תורת „המעמד הכפול” אינה מבוססת על דחיית הפתרון, שהמנהלים הם תמיד אורגנים של החברה, אלא דווקא על קבלת השקפה זו. בדומה, תורת „המעמד הכפול” אינה מבוססת על דחיית דוקטרינת השליחות כדוקטרינה מקיפה, החלה על היחסים בין החברה ובין המנהלים בכל המישורים, אלא דווקא על קבלת השקפה זו. ביסוד הדוקטרינה של „המעמד הכפול” אינה עומדת חלוקה „גיאוגרפית” של „תחומי השפעה”. אין אנו אומרים, כי המנהל הוא אורגן — ורק אורגן — לעניין היחסים הפנימיים של החברה ובעניין אחריותה האישית של החברה, וכי הוא שלוח — ורק שלוח — לעניין היחסים החוזיים של החברה עם הצד השלישי<sup>55</sup>. דוקטרינת „המעמד הכפול”, כדוקטרינה פונקציונלית, עוברת כהוט השני בכל שטחי הפעולה של החברה. על פיה, לעניין כל פעולה ופעולה<sup>56</sup> ניתן להתייחס אל המנהל כאל

<sup>52</sup> הביטוי „מעמד כפול” אינו מוצלח, שכן השליחות אינה יוצרת „מעמד”. יחסי השליחות הם יחסים פונקציונליים. ייתכן ונכון יותר לדבר על תורת „הפונקציה הכפולה”, אם כי בזאת נעמוד באי-התאמה לתורת האורגנים, הנוקטת גם במבחן ארגוני לזיהוי האורגן.

<sup>53</sup> ראה בעניין זה הערת שוליים 58 להלן.

<sup>54</sup> פרוקצ'יה, שם, ע' 258.

<sup>55</sup> ודאי שאין זה נכון לומר, כי לענין אחריותה האישית בנויקין של החברה כלפי צד שלישי בגין פעולות המנהלים, יש להתייחס אליהם כאל אורגנים — וכאל אורגנים בלבד. טול המקרה בו חבה החברה חובה כלפי צד שלישי (בין חובה, המבוססת על רשלנות, בין חובה מוגברת ובין חובה מוחלטת), וזו מופרת על ידי התנהגותו של פלוני. במקרה זה אחריות החברה, ואחריותה זו היא אישית ולא שילוחית. יחד עם זאת, פלוני אינו אורגן בהכרח, שכן פלוני יכול להיות עובד בעל דרגה נמוכה בחברה, קבלן עצמאי, או אפילו זר. ראה טדסקי, אנגלרד, ברק, חשין, דיני הנויקין (ירושלים, 1969), ע' 464. גם במקום שפלוני הוא מנהל, אחריותה של החברה במקרה זה אינה מבוססת על מעמדו כאורגן, אלא על כך שיש בפעולתו — ויהיה מעמדו אשר יהיה — כדי להפר את חובתה של החברה כלפי צד שלישי.

<sup>56</sup> הנחתנו הינה, כמובן, כי לענין אותה פעולה מתקיימים המבחנים הדרושים לזיהוי של מנהל כאורגן.

„אורגן פלוס“, דהיינו – אורגן לפי התורה האורגנית, ובעל מעמד נוסף בהתאם לסוגיה הנידונה. כך, למשל. אם הסוגיה הנידונה היא מתחום יחסי העבודה, ניתן להתייחס אל המנהל כאל אורגן ועובד. בפנותו אל תחום השליחות, הרי תורת „המעמד הכפול“ גורסת, כי לעניין פעולתו המשפטית של המנהל, יש להתייחס אליו כאל אורגן וכאל שלוח גם יחד, וזאת הן לעניין מעמדה של החברה כלפי הצד השלישי, הן לעניין מעמדה של החברה כלפי המנהל, והן לעניין מעמדו של המנהל כלפי צד שלישי. בכל אחד מהיחסים הללו יש להשקיף על המנהל ופעולתו, כאל פעולת אורגן ושלוח גם יחד.

2. שילוב תורת האורגנים דיני השליחות: שני מכשולים לשם ביסוסה של תורת „המעמד הכפול“, עלינו להתגבר על שני מכשולים ראשיים, עלינו להראות, כי תורת האורגנים, שהופעלה עד כה בעיקר בתחום הנויקין והפלילים, אינה „תורה מקומית“, אלא תורה בעלת תחולה כללית, הניתנת להפעלה עקרונית גם בתחום השליחות. שנית, עלינו לבחון מקרוב את היחסים בין תורת האורגנים לבין דיני השליחות, ולראות את העדיפות היחסית שיש להעניק לאחד מהם במקרה של אי התיישבות. להסרת המכשולים הללו נפנה עתה.

3. תחולתה האוניברסלית של תורת האורגנים במהותה אין תורת האורגנים מעוגנת בתחום משפטי אחד, אלא היא בעלת תחולה כללית. התאגיד כגוף ערטילאי חייב לפעול באמצעות אחרים, והעקרון, כי פעולת המנהל כאורגן נחשבת בעיני הדין כפעולת התאגיד עצמו, הוא עקרון כללי, הניתן להפעלה בכל תחום, בו פועלת החברה ואשר בו מתגלה צורך להפעילו. אמת הדבר, מרבית המקרים, בהם הופעלה תורת האורגנים במשפט האנגלי עד כה היו מקרים של אחריות בנויקין או בפלילים. סיבת הדבר געוצה בעובדה, כי בתחומים אלה לא היה די באחריות השילוחית, כדי לפתור בעיות שהתעוררו, ועל כן הופעלה תורת האורגנים, כדי לפתוח בפני התאגיד את שדה האחריות האישית<sup>57</sup>. אך תורת האורגנים ניתנת להפעלה בתחומים אחרים, בין אם בתחומים אלה יש רלבנטיות להבחנה בין אחריות אישית לבין אחריות שילוחית<sup>58</sup>, ובין אם לאו. כך, למשל, ניתן להפעילה בתחום המיסוי

<sup>57</sup> ראה הטקסט להערות שוליים 21 ו-22 לעיל.

<sup>58</sup> כפי שעולה יפה מהדוגמא של הביטוח, המובאת על ידי פרופסור פרוקצ'יה, בע' 248. משום מה, מבקר פרופסור פרוקצ'יה ללמוד מדוגמא זו על אי תחולת חוק השליחות במקום שהמנהל מבצע פעולה משפטית כלפי צד שלישי. פרופסור פרוקצ'יה קובע, על יסוד דוגמא זו, כי החלת חוק השליחות על היחסים שבין החברה לבין המנהלים לבין הצד השלישי, נוגדת את הפתרון של הפסיקה בענין המיוחד שהזכרנו של חוץ ביטוח<sup>59</sup> (שם, ע' 257). לדעתנו, אין מסקנה זו מוצדקת. דוגמת הביטוח עוסקת בפירושו של חוזה, ולענין פירושו זה רלבנטית ההבחנה בין אחריות אישית לבין אחריות שילוחית, ולכן גם תורת האורגנים. אין בין דוגמא זו לבין תחולת תורת האורגנים בסוגיית השליחות ולא כלום.

לעניין קביעת מקום מושבה של החברה, בתחום הגנת הדייר ובתחומים אחרים<sup>60</sup>. בעניין זה גילו שופטים לעתים גישה זהירה וחשש וסירבו להפעיל לעניין תאגיד הוראות, המתיחסות לפעולה אישית או לתכונה אישית. נראה לגו, כי לאור תורת האורגנים ניתן להתגבר במקרים רבים על חששות אלה. בכך גם יינתן תוקף מלא להוראות פקודת הפרשנות [נוסח חדש] (סעיף 1), לפיה המונח „אדם”, המופיע בחיקוק, כולל גם תאגיד.

נראה, איפוא, כי אין כל נימוק אפריורי, שלא להפעיל את תורת האורגנים גם בתחום השליחות. אמת הדבר, בתחום זה אין בדרך כלל רלבנטיות להבחנה בין אחריות אישית לבין אחריות שילוחית, שכן אחריות השולח לפעולות השלוח היא במהותה „אישית” ולא „שילוחית”<sup>60</sup>, אך בעובדה זו, כשלעצמה, אין כדי למנוע תחלתה של תורת האורגנים. זאת ועוד: ניתן למצוא דוגמאות בפסיקה, בהם הופעלה תורת האורגנים בתחום השליחות. כך, למשל, בפרשת *Newborne v. Sensolid (Great Britain) Ltd.*<sup>61</sup> געשה חוזה בין מנהל לבין צד שלישי לאספקת סחורה לחברה. הצד השלישי סירב לספק הסחורה. החברה הגישה תביעה נגד הצד השלישי. במהלך התביעה התברר, כי בשעת כריתת החוזה טרם גרשמה החברה. פרשת התביעה תוקנה, והתביעה הוחלפה לתביעתו של המנהל כנגד הצד השלישי. בית המשפט (Lord Goddard C.J.) דחה התביעה באמרו:

“...We cannot find that the plaintiff purported to contract as agent or as principal. He was making the contract for the company, and, although counsel has argued that, in signing as he did, he must have signed as agent, for a company can only contract through an agent, that is not the true position. A Company makes a contract. No doubt, it must do its physical acts through the directors, but their relationship is not the ordinary one of principal and agent. The company contracts and its contract is authenticated by the signature of one or more of the directors. This contract purports to be made by the company, not by Mr. Newborne. He purports to be selling, not his goods, but the company goods. The only person who has any contract here is the company, and Mr. Newborne's signature is merely confirming the company's signature.”

אף שהדבר לא נזכר בפסק הדין במפורש, הנמקת השופט מתבססת במישרין על תורת האורגנים. המנהל פעל כאורגן ועל כן אין להסיק כוונה, כי הוא יהיה קשור באופן אישי בחוזה<sup>62</sup>. החוזה היחיד, הקיים על פי רצון הצדדים, הוא חוזהו של הצד השלישי עם החברה, אך מכיוון שהחברה אינה אחראית, אין חוזה כלל. בסוגיה זו לא היתה כל רלבנטיות להבחנה בין אחריות אישית לבין אחריות

<sup>59</sup> ראה *Gower, op. cit.* 148.

<sup>60</sup> במובן זה, שאין אחריות השולח מבוססת על כך, שהשולח הוסמך לבצע פעולה מותרת ובפועל עשה פעולה אסורה, המהווה אופן ביצוע בלתי נאות של הפעולה המותרת.

<sup>61</sup> [1953] 1 All E.R. 708.

<sup>62</sup> בין לזכות ובין לחובה. ראה *Black v. Smallwood* (1965) 39 Aus. L.J.R. 465.

ראה לסוגיה זו *Getz, Pre-incorporation Contracts: Some Proposals* (1967) U.B.C.L. Rev. 381, 393.

שילוחית. השאלה היתה, אם בנסיבות העניין ניתן להסיק כוונה, כי המנהל יהיה צד לחווה. בית המשפט החליט, בלי להתבטא כך, כי מכיוון שהמנהל פעל כאורגן, אין להסיק כוונה של מעמד אישי בעיסקה.

4. יהיה בין תורת האורגנים לבין דיני השליחות  
בניתוח היחסים בין תורת האורגנים לבין דיני השליחות יש להבחין בין אותם המקרים, בהם ההסדר של תורת האורגנים עולה בקנה אחד עם ההסדר של חוק השליחות, לבין אותם המקרים בהם ההסדר של תורת האורגנים אינו עולה בקנה אחד עם חוק השליחות. נעסוק בכל אחד מהמצבים הללו בנפרד.

(א) במקום שתורת האורגנים עולה בקנה אחד עם חוק השליחות בתחומים הבאים ניתן להפעיל את תורת האורגנים, בלי שהדבר יפגע בהסדר של חוק השליחות. נהפוך הוא, בחלק ממקרים אלה תבוא תורת האורגנים כהשלמה לחוק השליחות ותסייע בפירושו ובהפעלתו:  
(1) חוק השליחות אינו פותר את כל הבעיות, המתעוררות בתחום השליחות. לעתים קרובות שותק החוק בסוגיה פלוניית. במקרה זה ניתן להפעיל את תורת האורגנים, כדי למלא את החסר. כך, למשל, אין כל הוראה בחוק השליחות, באשר לאחריותו של שלוח, החורג מהרשאתו במקום שעובדה זו ידועה לצד השלישי.<sup>63</sup> בעניין זה יחולו עקרונות חוזיים כלליים, אשר במסגרתם ניתן לתת תוקף לתורת האורגנים, כפי שהדבר נעשה בפרשת *Newborne*, אשר צוטטה לעיל.

(2) במספר פרשות, בהן הופעלה תורת האורגנים בדיני הנוזיקין, שימשה היא כעקרון פרשנות. כך, למשל, בפרשת *Lennard's Carrying Co. v. Asiatic Petroleum Co. Ltd.*<sup>64</sup> נזקקו לתורת האורגנים, על מנת לפרש את הביטוי "actual fault or privity". נקבע, כי במקום שאורגן של חברה מתרשל, הרי שיש לייחס לחברה עצמה "actual fault". באופן דומה ניתן להפעיל את תורת האורגנים במסגרת דיני השליחות עצמם. כך, למשל, נקבע בסעיף 1 (ב) לחוק השליחות, כי "כל פעולה מטפנית יכולה לשמש נושא לשליחות, חוץ מפעולה שלפי מהותה או על פי דין יש לבצעה אישית". הביטוי "לבצעה אישית" צריך להתפרש, לעניין תאגיד, על פי התורה האורגנית. על כן, כאשר אורגן של תאגיד מבצע הפעולה, ניתן לראות בכך ביצוע "אישי" של התאגיד עצמו.

(3) מספר רב של הוראות בחוק השליחות הן בעלות אופי דיספוזיטיבי. תחולתן מותנית בהעדר כוונה אחרת או הסדר אחר. במקרים אלה יש לקחת בחשבון את תורת האורגנים. הן לעניין קביעת קיומה של כוונה אחרת או הסדר אחר, והן לעניין גיבושו של הדין האלטרנטיבי. כך, למשל, מתנה סעיף 8 לחוק השליחות את חובת האמון של השלוח לשולחו בכך שאינה "משתמעת כוונה אחרת ממהות השליחות או מתנאיה". לדעתנו, יש מקום לגישה, לפיה משתמעת "כוונה אחרת ממהות השליחות או מתנאיה" במקום, שהשולח הוא תאגיד והשלוח הוא אורגן.

<sup>63</sup> סעיף 6 (ב) לחוק השליחות חל רק במקום, שהצד השלישי לא ידע על דבר העדר ההרשאה.

<sup>64</sup> [1915] A.C. 705, ראה גם: *The Lady Gwerdolen* [1965] 2 All E.R. 283.



ההסבר לגישתנו זו הוא כדלקמן: הצורך בקיומה של חובת אמון ביחסיו של השלוח כלפי השולח נובע בעיקר מתוך כך, כי בידי השלוח הכוח להשפיע על מעמדו המשפטי של השולח. בידיו, לרוב, נכסים וזכויות של השולח. לא תמיד מצוי בידי השולח הכוח להשפיע בדרך אפקטיבית על האופן, בו ישתמש השלוח בכוחו זה. כדי למנוע ניצול לרעה של כוח זה, מוטלת על השלוח חובת אמון כלפי השולח<sup>65</sup>. בדומה לכל שלוח אחר, גם בידי המנהלים הכוח להשפיע על מעמדה של החברה, בלי שלוח יהיה הכוח האפקטיבי להשפיע על הדרך, בה משתמש המנהל בכוחו זה. אך עצמאותם של המנהלים ושליטתם ברכוש החברה ובכוח התביעה שלה, עולה לאין שיעור על אלה של שלוח רגיל. דבר זה נובע במישורין ממעמדם של המנהלים כאורגנים של החברה<sup>66</sup>. על כן, טבעי הוא כי חובות האמון המוטלות על המנהלים תהיינה חמורות יותר מאלו, המוטלות על שלוח רגיל. האינטנסיביות של חובת האמון צריכה לעמוד ביחס ישר למעמד השליטה, שיש לאדם על רכושו של אחר. נמצא כי מעמדו המיוחד של המנהל כאורגן ועמדת השליטה המיוחדת, שיש לו על רכוש החברה, מהווה, כוונה אישית, המשתמעת „ממהות השליחות“, המצדיקה הטלת חובות אמון מיוחדות, חמורות יותר מאלה, הקבועות בחוק השליחות, על המנהל כלפי החברה.

(ב) במקום שתורת האורגנים אינה עולה בקנה אחד עם חוק השליחות יש ומתורת האורגנים ייגזר דין, שאינו עולה בקנה אחד עם הוראה קוגנטית של חוק השליחות. ידו של מי או על העליונה? נראה לנו, כי התשובה לשאלה זו תלויה, בראש ובראשונה, בפירושו של סעיף 19 לחוק השליחות. אם סעיף 19 אינו חל בענייננו — אם משום שהיחסים בין החברה למנהלים אינם „סוג מיוחד של יחסי שליחות“, ואם משום שהתורה האורגנית אינה דין, המסדיר סוג זה — כי או ידו של חוק השליחות על העליונה. לעומת זאת, אם סעיף 19 לחוק השליחות חל בענייננו, כי או אין חוק השליחות בא לגרוע מהדין, אשר נגזר מהתורה האורגנית.

בהנחה שסעיף 19 לחוק השליחות חל בענייננו, יש מקום, לדעתנו, להבחין בין שני המקרים הבאים:

הראשון, בו ההסדר של התורה האורגנית שונה מההסדר של חוק השליחות, אך שוני זה אינו נובע מתכונה, שהיא מיוחדת לתורת האורגנים, אלא נובע מתוך כך, שהתורה האורגנית מפעילה דין כללי, השונה בתוצאותיו מהדין הקבוע בחוק השליחות. במקרה זה אין לומר, לדעתנו, כי חוק השליחות גורע מהדין של התורה האורגנית — שכן דין זה אינו מבוסס על היחוד של התורה האורגנית — ועל כן יש לתת עדיפות לחוק השליחות. דוגמא לכך היא אחריותו האישית של מנהל, החורג מכוותיו, והצד השלישי אינו יודע על כך. על פי סעיף 6 (ב) לחוק השליחות, נתונה לצד השלישי ברירה: רוצה — רואה את המנהל „כבעל דבר“, דהיינו, צד לעיסקה עצמה; רוצה — חוזר בו מן העיסקה ותובע מן המנהל פיצוי על נזקו. לתורת האורגנים אין עניין מיוחד בסוגיה זו, שכן ההנחה הינה, כי המנהל

<sup>65</sup> ראה Sealy, Director as Trustee, Camb.L.J., Vol. 25 (1967) 83.

<sup>66</sup> ראה: ברק, היקף התערבותו של בעל המניה בניהול החברה על ידי מנהלית, הפרקליט, כרך כ"ה (1969), ע' 333, 513.

חרג מכוחותיו כאורגן<sup>67</sup>. הדין שייגור מהתורה האורגנית הוא הדין שניתן להגיע אליו בהעדר מגוף סטטוטורי. זה היה, בוודאי, הדין, שקדם לחוק השליחות, דהיינו, אחריות המנהל להפרת ערובת הרשאתו. נראה לנו, כי בעניין זה יש להחיל את חוק השליחות.

השני, בו התורה האורגנית מכוח ייחודה גורסת דין, שהוא שונה מזה העולה מחוק השליחות. במקרה זה יש לתת עדיפות, על פי הוראותיו של סעיף 19 לחוק השליחות, לדין המיוחד של התורה האורגנית ולא לחוק השליחות. דוגמא לכך ניתן למצוא, אולי<sup>68</sup>, בסוגיה העוסקת באחריות החברה כלפי צד שלישי במקום שהמנהל הורג מהסמכויות המוקנות לו במסמכי היסוד ובהחלטות החברה. על פי חוק השליחות, שולח אינו אחראי לפעולותיו המשפטיות של שלוח, במקום שהשלוח אינו פועל במסגרת הרשאתו. הסיכון של חריגת השלוח מכוחותיו מוטל, איפוא, על הצד השלישי, העשוי להעבירו על השלוח. נראה לנו, כי ניתן להעלות את המחשבה, כי תורת האורגנים, מכוח ייחודה גורסת דין אחר<sup>69</sup>. נראה לנו, כי צד שלישי, המתקשר עם מי שנחזה להיות אורגן, רשאי להניח, כי הוא מתקשר עם החברה עצמה. לגבי דידו, המתקשרת היא החברה עצמה. חריגת

<sup>67</sup> מניחים אנו, כי לתורת האורגנים אין עמדה מיוחדת באשר לאחריותו של מנהל (החורג מכוחותיו) כלפי צד שלישי. עם זאת, ייחודה של תורת האורגנים עשוי להתבטא בכך, שקשה יהיה להסיק קיומו של חוזה אישי, הרואה במנהל, „בעל דברו“. השווה *Bowstead, op. cit. 374*, המציין, כי הסקה כזו אפשרית בנסיבות מיוחדות. נראה כי במקום שהמנהל הוא השלוח, הסקה כזו תהיה קשה.

<sup>68</sup> לשון ה„אולי“ מקורה בשני נימוקים. ראשית, ייתכן וחוק השליחות עצמו עשוי להביא לפתרון המתבקש מהתורה האורגנית. בחינה מדוקדקת של חוק השליחות בסוגיה זו חורגת מתחום רשימתנו. שנית, ספקות מנקרים בדעתנו, אם אין זה נחוץ ורצוי, כי ההסדר של התורה האורגנית ילבש לכוש של חוק. ראה בעניין זה להלן.

<sup>69</sup> ברשימתו גורס, כנראה, פרופסור פרוקצ'יה, כי תורת האורגנים מביאה לאותו פתרון כמו חוק השליחות, שכן הוא מביא בהרחבה את ששת הכללים שנוסחו על ידי פרופסור גאורג לענין אחריותה של החברה, ומחיל כללים אלה לענין אחריות החברה לפעולות האורגנים שלה, תוך שינויי נוסח קלים (שם, ע' 255).

כידוע, הכללים שנוסחו על ידי פרופסור גאורג מבוססים על דיני השליחות האנגליים. ראה: *Gower, op. cit. 150*.

“Even if the officials are treated as organs, this does not deviate the need to comply with the basic principle of agency law that their acts bind the company only if they are within the actual, usual or apparent scope of their official's authority”.

השינויים, המובאים על ידי פרופסור פרוקצ'יה, הם, כי במקום לדבר על „הסמכות“ של בעל התפקיד, יש לדבר על „הכוח“, המוקנה לתפקיד, ובמקביל לכך במקום לדבר על „חריגה מסמכות של בעל תפקיד“, הוא מציע לדבר על „חריגה מהכוח המוקנה לתפקיד על פי הזכיר החברה ותקנותיה או על פי פעולתם של האורגנים המוסמכים“. שינויים אלה נראים לנו מוצדקים, והם מתבקשים, לדעתנו, מהוראות חוק השליחות עצמו, אשר מגדיר את יחס השליחות כייפוי הכוח של שלוח לבצע פעולה משפטית בשמו של השולח.

האורגן מכוחותיו הוא עניין ליחסים הפנימיים שבין החברה לבין האורגן. הסיכון של ההריגה מהכוחות צריך להיות מוטל על החברה, אשר מצדה תוכל לגלגל על האורגן. מכאן, שעל פי תורת האורגנים ניתן לגזור את הדין, כי במקום שאורגן מתקשר עם צד שלישי תוך הריגה מכוחותיו, החברה אחראית לאותו צד שלישי<sup>70</sup>, ובלבד שמתקיימים שני אלה: ראשית, שמינויו של המנהל כאורגן נעשה כדין על ידי החברה<sup>71</sup>. שנית, שהצד השלישי אינו יודע על דבר החריגה. אם אמנם זהו הדין שניתן לגזור מהתורה האורגנית עצמה, כי אז יש לתת עדיפות לדין זה על פני הוראות חוק השליחות. מעניין לציין, כי דין דומה קיים במספר ארצות כחלק מדיני החברות<sup>72</sup>.

## ד. ההסדר הרצוי

### 1. כללי

עד כה השתדלנו להראות, כי על פי הדין הנוהג בישראל, אין לקבל את השקפתו של פרופסור פרוקצ'יה, לפיה אין תחולה לחוק השליחות במקום מבצע פעולה משפטית כלפי צד שלישי. הראנו, כי הדין הנוהג בישראל, הוא זה, המכיר במעמדו הכפול של המנהל, והמחיל על פעולותיו המשפטיות כלפי צד שלישי הן את הדין, הנגזר מהתורה האורגנית, והן את חוק השליחות, תוך תאום בין השניים.

<sup>70</sup> שיקול דומה הדריך את ועדת צלטנר בהמלצותיה לשינוי הדין הקיים בכל הנוגע לתורת האולטרה-וירס. ראה דין והשבון של הוועדה לתיקון חוק החברות (ירושלים, 1965), ע' 5 ואילך.

<sup>71</sup> אין להטיל אחריות על חברה, רק משום שפלוני מציג עצמו כמנהל. פלוני צריך בפועל להיות מנהל, אם כי הפעולה, שהוא ביצע חורגת מכוחותיו. בענין זה מתבלט שוב ייחודה של התורה האורגנית. שלוח החורג מהרשאתו, אינו שלוח, שכן השליחות היא פונקציונלית. על פי עמדתו של פרופסור פרוקצ'יה, מעמדו של אדם כאורגן אינו פונקציונלי בלבד. המבחן לזיהוי האורגן הוא פונקציונלי ואירגוני כאחד. ה"פון" האירגוני מצדיק דין מיוחד זה, השונה מדין השליחות.

<sup>72</sup> ראה, למשל, סעיף 74 לחוק החברות הגרמני, הקובע:

1. The executive board is liable to the company for any violation of the limits on the scope of the authority imposed by the articles or by decision of the supervisory board (Aufsichtsrat), or which result from a resolution of the shareholders (Hauptversammlung)...
2. No limit on the authority of the executive board to represent the company has any effect on third persons.

נוסח זה הוא החוק משנת 1937. חוק זה שונה ב-1966, אך לא לענין זה. ראה Steefel and Falkerhausen, The New German Stock Corporation Law, 52 Cornell L.R. (1966) 518, 528.

הוראות ברוח דומה ניתן למצוא בחוק הצרפתי (ראה, למשל, סעיף 24 לחוק מ-1925), ובחוק היפני (ראה סעיף 54 לקוד האזרחי היפני הקובע):

"The restrictions imposed on the representative power of a director can not be set up as against the innocent third party".

בפרק זה נשתדל להראות, כי שמירת תחולתם של דיני השליחות אינה רק תוצאה, המתבקשת מהדין הקיים, אלא גם תוצאה, המשקפת את ההסדר הרצוי. עם זאת, נראה, כי רצוי הוא, שאוחם דיני שליחות, שהפעלתם מושפעת מהדוק-טרינה האורגנית, יקבלו הסדר סטטוטורי מיוחד במסגרת חוק החברות.

## 2. שמירת תחולתו של חוק השליחות

חברה, כגוף משפטי ערטילאי חייבת לפעול באמצעות אורגנים, אשר יפעילו את רצונה ופעולותיה. מכאן שטבעי הוא, כי תורת האורגנים תחול במקום שאורגן מבצע פעולה משפטית בשם החברה כלפי צד שלישי. אך פעולתו המשפטית של האורגן מעוררת את כל מערכת הבעיות, המתלוות לשליחות. מכאן טבעי הוא, כי חוק השליחות יחול על פעולה משפטית זו, תורת „המעמד הכפול“ מאפשרת השגת המטרות, שתורת האורגנים שואפת אליהם, בלי שתהיה חשופה להסרוגות, הנגרמים מביטול תחולתו של חוק השליחות. גישתו של פרופסור פרוקצ'יה, לעומת זאת, משאירה את היחסים שבין חברה, מנהל וצד שלישי לשלטונה של התורה האורגנית, ללא כל סיוע מחוק השליחות. תוצאה זו נראית לנו בלתי רצויה, ומכמה טעמים:

ראשית, המציאות המסחרית, בה פועל התאגיד, מהיבט, לדעתנו, דינים מפורטים וברורים לפתרון הקשת הרחבה של הבעיות, המתעוררות בעקבות פעולת המנהלים בשם החברה. דינים מפורטים אלה מצויים בחוק השליחות. לעומת זאת, קבלת השקפתו של פרופסור פרוקצ'יה תחליף דינים אלה בעקרון כללי ורחב. דבר זה אינו נראה לנו רצוי. הדבר דומה להצעה היפוטטית לבטל את חוק השליחות הקיים ולהחליפו בעקרון הכללי, לפיו „שלוחו של אדם כמותו“. נראה לנו, כי דווקא בתחום זה רצויים דינים מפורטים, המקיפים את מכלול הבעיות המתעוררות.

שנית, דחייתם של דיני השליחות והמרתם בתורת האורגנים, עשויה לגרום עמה מספר הסדרים ספציפיים, שאינם מניחים את הדעת. נעמוד על שניים מהם בקצרה.

(א) אחריותו האישית של מנהל החורג מהרשאתו על פי חוק השליחות [סעיף 6 (ב)] נתונה לצד השלישי ברירה: רוצה – רואה במנהל „בעל דברו“; רוצה – חוזר בו מן העסקה ותובע מהמנהל פיצויים. בהוראה זו טמון אחד החידושים החשובים של חוק השליחות. יש בו סטייה מהדין שקדם לו, שהעניק לצד השלישי תרופה לפיצויים בלבד. חוק השליחות הרחיב את המסגרת והשיג בכך פתרון, הנראה לנו רצוי. תורת האורגנים, בהעדר מנוף סטטוטורי, תחזור לדין הקודם.<sup>73</sup> תוצאה זו נראית לנו בלתי רצויה.

### (ב) „חברה נמרת“

מנהל המתקשר עבור החברה עם צד שלישי בלי לגלות לצד השלישי, כי הוא פועל בשם חברה. הצד השלישי סבור, כי המנהל מתקשר עבור עצמו.

<sup>73</sup> שכן דין זה מבוסס על עקרונות חוזיים כלליים, הקשורים בתורת „החווה הנספח“. ראה שלו, חווה נספח, משפטים, כרך א' (1969), ע' 577.

לאחר גמר העסקה התבררה האמת, לפיה המנהל פעל כאורגן של החברה, ובמסגרת כוחותיו. חוק השליחות פותר שאלה זו. בסעיף 7, לפיו פעולת המנהל מחייבת ביחד ולחוד את החברה והמנהל, ומוכה את המנהל בלבד. החברה יכולה לאמץ לעצמה זכויות המנהל כלפי הצד השלישי, וזאת אם הדבר נוגד את הזכות לפי מהותה, תנאיה, או נסיבות העניין. הוראה זו מהווה חידוש חשוב של חוק השליחות. יש בה פשרה ראויה בין העמדה הקונטיננטלית, אשר אינה מכירה, בדרך כלל, בזכותו ותבותו של „השולח הנסתר“, לבין העמדה של המשפט המקובל, אשר רואה את השולח כצד לעסקה לכל דבר ועניין. עם ביטול תחילתו של סעיף 7, והחלפתו בתורת האורגנים, קשה לדעת מהו הפתרון, שייגזר מתורת האורגנים. יהיה זה בוודאי הסדר, הדומה לזה, הנקוט בחוק האנגלי או בדין הקונטיננטלי. דבר אחד ברור: בהעדר מגוף סטטוטורי אין להגיע להסדר המאוזן של חוק השליחות. תוצאה זו נראית לנו בלתי רצויה.

### 3. הסדר סטטוטורי מיוחד

מעמדו החשוב של התאגיד המסחרי בחברתנו המודרנית, והיחסים שבינו לבין האורגנים שלו, מחייבים, לדעתנו, קביעת פתרון סטטוטורי ברור ומקיף, לא רק לעניין מעמדו של המנהל כשלוח, אלא גם לעניין מעמדו של המנהל כאורגן. מן הרצוי שהדינים המפורטים, הקובעים את חבותה של הברה כלפי צד שלישי בגין פעולתו המשפטית של אורגן, התורג מכוחותיו, ייקבעו בדבר חקיקה, בדומה למצב בגרמניה, צרפת ויפן. בדומה, מן הרצוי הוא, כי חובת האמון המיוחדת, המוטלת על המנהלים כלפי החברה, תקבע באופן מפורט וממצה בדבר חקיקה. נמצא כי הפתרון הרצוי לא רק שאינו מחליף את ההסדר המפורט של חוק השליחות, בעקרון הכללי של תורת האורגנים, אלא הוא גורס, כי בצד ההסדר המפורט של חוק השליחות יבוא הסדר סטטוטורי מפורט באותם עניינים שבהם מתגלה ייחודה של התורה האורגנית.