

נ א נ ר י ם

למהותה של השליחות הנסתרת*

מאת

פרופ' אהרן ברק

א. רקע השוואתי

סעיף 7 לחוק השליחות, תשכ"ה—1965, קובע:

"לא ידע הצד השלישי בשעת הפעולה על קיומה של השליחות, או לא ידע את זהותו של השולח, תחייב פעולת השולח את השולח והשלוח יחד ולחוד ותזכה את השלוח בלבד; אולם יכול השולח לאמץ לעצמו זכויות השלוח כלפי הצד השלישי, זולת אם הדבר נוגד את הזכות לפי מהותה, תנאיה, או נסיבות העניין".

סעיף זה עוסק בסוגיה הסבוכה של השליחות הנסתרת¹. בצורתו הפשוטה² הרקע העובדתי הוא זה: שמעון העניק לראובן הרשאה לבצע במקומו פעולה משפטית כלפי לוי. הוסכם ביניהם כי ראובן לא יגלה ללוי כי הוא פועל כשלוחו של שמעון. ראובן ביצע את שהוטל עליו, מבלי לגלות ללוי על קיומה של השליחות. לאחר מכן מתגלה דבר השליחות. שאלת היסוד הינה: היש לשמעון זכויות וחובות כלפי לוי? בתשובה לשאלה זו מתגלית מחלוקת עמוקה³ בין העמדות העקרוניות של שיטות המשפט בהן נוהג המשפט המקובל האנגלי⁴ לבין העמדה העקרונית של שיטות המשפט בהן נוהג המשפט הקונטיננטלי⁵. גישתו העקרונית⁶ של המשפט המקובל האנגלי הינה כי לצד

- * רשימה זו מבוססת על פרק מספרנו על חוק השליחות העתיד להתפרסם בעריכת פרופסור ג' טדסקי באמצעות המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הארי סאקר. תודתנו נתונה לפרופסור טדסקי על הערותיו לכתב היד ועל רשותו לפרסום מוקדם זה.
- 1 סעיף 7 עוסק הן במקרה בו קיומה של השליחות אינו ידוע לצד השלישי, הן במקרה בו קיומה של השליחות ידוע לצד השלישי אך זהותו של השולח אינה ידועה. אנו מתייחסים בעיקר למקרה בו הצד השלישי אינו יודע על קיומה של השליחות עצמה.
 - 2 מקרה נוסף הנופל למסגרת זו הינו המקרה בו קיום השליחות ידוע לצד השלישי אך זהותו של הצד השלישי אינה ידועה לו.
 - 3 פרופסור מילר-פריינפלס (Müller-Freienfels) מציין כי מחלוקת זו: "is one of the most important contrasts between the two legal systems that to the present time exist in the sphere of private law": Müller-Freienfels, "Law of Agency", 6 (1957) *American Journal of Comparative Law*, p. 165. at p. 178.
 - 4 לרשימת מקורות ראה: 1: Stoljar, *The Law of Agency*, 1961, p. 203, (n) 1.
 - 5 לניתוח המשפט הקונטיננטלי ראה: Müller-Freienfels, "Comparative Aspects of Undisclosed Agency", 18 (1955) *M.L.R.*, p. 33.
 - 6 לכלל זה הוכרו מספר חריגים, ראה: Bowstead, *On Agency*, 13th ed., p. 272 et seq.

השלישי כוח הבחירה (election) : ירצה, יראה בשולח הגסתר (undisclosed principal) את בעל דברו. במקרה זה יהיה השולח זכאי וחייב כלפיו. ירצה, יראה בשולח את בעל דברו. במקרה זה יהיה השולח זכאי וחייב כלפיו. לעומת זאת, גישתן העקרונית של מרבית שיטות המשפט בהן נוהג המשפט הקונטיננטלי הינה כי השולח חייב וזכאי כלפי הצד השלישי רק אם השולח פועל בגלוי בשמו⁷ (שליחות ישירה)⁸. במקום שהשולח מסתיר את קיומה של השליחות, הפעולה מחייבת ומזכה את השולח (שליחות עקיפה)⁹, אשר מצדו רשאי להעביר, בנסיבות מתאימות, זכותו לשולח. בעמדה זו נקטה גם המג'לה¹⁰.

למרות עמדות עקרוניות אלה, במשך השנים חלה התקרבות מה בין שתי השיטות¹¹. מחד גיסא מכיר המשפט המקובל במספר ניכר של סייגים ומגבלות, אשר על פיהם חוזק הקשר בין הצד השלישי לבין השולח¹². מאידך גיסא, שיטות המשפט בהן נוהג המשפט הקונטיננטלי הכירו – אם בדרך של חקיקה¹³ ואם בדרך של פסיקה¹⁴ – במספר הולך ורב של מקרים בהם הוכר מעמדו של השולח כלפי הצד השלישי. התקרבות זו בין השיטות שימשה בסיס נוח לנסיגנות שבעשו לאחרונה במישור הבינלאומי לאיתור הדינים בעניני השליחות בכלל ובסוגיית השליחות הנסתרת בפרט¹⁵.

סעיף 7 לחוק, שלא הושפע מנסיגנות האיחוד האמורים, נוקט עמדת ביניים מקורית. פעולתו של השולח מחייבת את השולח והשולח. עד כאן דמיון לעמדה העקרונית של המשפט האנגלו-אמריקאי. אין פעולתו של השולח מזכה את השולח. עד כאן דמיון לעמדה העקרונית של שיטות המשפט בהן נוהג המשפט הקונטיננטלי. מכאן ואילך מתבלט היסוד המקורי של ההסדר: השולח והשולח חבים יחד ולתוד. לעומת זאת, המשפט האנגלי מכיר בחבות עצמאית של השולח או השולח, כאשר לצד השלישי יש כוח בחירה (election) בין השניים. באשר לזכות כלפי הצד השלישי, החוק מעניקה לשולח. אך השולח רשאי לאמץ לעצמו את זכותו של השולח, ובלבד שהדבר אינו נוגד את הזכות לפי מהותה, תנאיה או נסיבות הענין.

- 7 ראה, למשל, סעיף 1984 לקוד סיביל הצרפתי; וסעיף 164 ל-B.G.B. הגרמני.
- 8 להבחנה בין שליחות ישירה לבין שליחות עקיפה, ראה רשימתנו, "הגדרת השליחות בחוק השליחות", משפטים, כרך ד', עמ' 539 בעמ' 542.
- 9 סעיף 1461 למג'לה. ראה ע"א 52/53 מונטשה אליכירי נ' שפיר, פד"י ט' 1382; ע"א 168/60 "במא"י אגודה שיתופית לשיכון בני"מ נ' "מכנה" חברה לדיור בני"מ, פד"י ט"ו 2401; ע"א 211/72 שמיט נ' בנק קרדיט לישראל בני"מ, פד"י כ"ז (2) 416.
- 10 ראה רשימתו של פרופסור Müller-Freienfels המצוטטת בה"ש 5 לעיל.
- 11 ראה: Bowstead, *op. cit.*, p. 272.
- 12 ראה סעיף 392 לספר המסחר הגרמני; סעיף 575 לקודקס המסחרי הצרפתי; סעיף 32 של קודקס החיובים השוויצרי.
- 13 בצרפת פותחה תיאורית ה-"apparence" ובגרמניה הדוקטרינה של "מכל הנוגע בדבר": ראה Müller-Freienfels, "Comparative Aspects of Undisclosed Agency", *op. cit.*, pp. 34, 36 (1949) 309.
- 14 ראה: "Draft Convention Providing a Uniform Law on the Contract of Commission on the International Sale of Purchase of Goods with Explanatory Reports", *Unidroit*, Roma (1961), Articles 19, 20, p. 15 and pp. 49-51.

ג. הבעיה

כפי שראינו¹⁵, שיטות המשפט בהן נוהג המשפט הקונטיננטלי החלו להכיר, בצורה הדרגתית, בכמה תוצאות המתבקשות מכללי השליחות הנסתרת, שכן הן ראו את היתרונות הכלכליים שהסדר זה טומן בחובו. על חלקם של יתרונות אלה עמד שר המשפטים בקריאה הראשונה של חוק השליחות בכנסת. הוא אמר¹⁶: "קורה שקבוצת בעלי-הון מעוניינת לרכוש שטח אדמה, נגיד במרכז תל-אביב. מהרגע שיופיעו חבריה בעצמם וינהלו מטא-מתן לרכישת חשטח בגלוי, יש להניח שהמחיר שידריש יעלה ככל שהאמצעים העומדים לרשות הקבוצה יהיו גדולים יותר. כדי למנוע זאת תטיל הקבוצה על אדם אחר לייצגה באחד האופנים שהזכרתי — או שיגלה שהוא פועל בשביל שולח, אבל יעלים את זהות הקבוצה, או שיעלים את עצם השליחות". בדוגמא שהובאה על ידי השר, הושגה מטרה כלכלית באמצעות השליחות הנסתרת, מבלי שנפגעו האינטרסים הלגיטימיים של הצד השלישי. יתרון נוסף טמון בהסדר של המשפט המקובל האנגלי לענין פשיטת הרגל של השלוח¹⁷. על פי המשפט הקונטיננטלי, משפט השלוח את הרגל, כל הנכסים שבבעלותו ושמבחינה עסקית באו לו מהשולח והיו מיועדים לצד השלישי, או שמבחינה עסקית באו לו מהצד השלישי והיו מיועדים לשולח, משתתפים בפשיטת הרגל. לעומת זאת, ההסדר של המשפט המקובל, המכיר בקשר ישיר בין השולח לבין הצד השלישי, משהרר אותם במידת מה מהסיכון שבפשיטת הרגל של השלוח.

הבקורת המרכזית שנמתחה על כללי השליחות הנסתרת בארץ מוצאה, בחינת אין נביא בעירו, מקורה בקושי הבסיסי ליישב את כללי השליחות הנסתרת עם עקרונות אלמנטריים של דיני חוזים¹⁸. הצדדים לחוזה הם השלוח והצד השלישי. אין זה מתיישב עם עקרונות של דיני החוזים כי לפתע יוכנס לקשר זה איש חדש, אשר לא רק נהנה מפרי החוזה (בעיקר בשיטת משפט בה לא מוכר חוזה לטובת צד שלישי)¹⁹, אלא גם עשוי להתחייב על פיו. לאור קשיים אלה התקבלה הדוקטרינה של השליחות הנסתרת

15 ראה הערות שוליים 12 ו-13 לעיל.

16 ראה דברי הכנסת, ישיבה תי"ד, כ"ה כסלו תשכ"ה, עמ' 462, בעמ' 464.

17 ראה: Schmitthoff, "Agency in International Trade: A Study in Comparative Law", Academy of International Law, *Recueil de Cours*, Vol. 1, 1970, p. 115 at p. 143.

18 ראה: Friedman, *The Law of Agency*, 2nd ed., 1966, p. 187. חריף בהתנגדותו לדוקטרינה היה פולוק (Pollock), אשר אמר: "The plain truth ought never to be forgotten that the whole law as to the rights and liabilities of an undisclosed principal is inconsistent with the elementary doctrines of the law of contract. The right of one person to sue another on a contract not really made with the person suing is unknown to every legal system except that of England and America" (Pollock, 3 (1887) *L.Q.R.* 358, 359).

19 על הקשר בין כללי השליחות הנסתרת לבין הכללים בדבר חוזה לטובת צד שלישי, ראה: Müller-Freienfels, "Comparative Aspects of Undisclosed Agency", 18 (1955) *M.L.R.* 33. יש להדגיש כי אף בשיטות משפט בהן מוכר חוזה לטובת הצד השלישי, כמו השיטה הישראלית, דורשים שתבוא התנאה לכך בחוזה.

בחששות כבדים. הטיחו נגדה שהיא דבר אנומאלי, בלתי סביר ואף בלתי צודק.²⁰ עם זאת, דומה כי הצדק עם פרופסור סטולג'ר (Stoljar) האומר כי בעיקרה היתה בקורת זו חיובית ולא שלילית. היא באה²¹ :

“not to bury the undisclosed principal, but to save and sustain him”.

הסברים שונים ניתנו לשליחות הנסתרת במשפט המקובל. פרופסור איימס (Ames) ראה בשלוח נאמן ובשולח הנסתר נהנה²²; פרופסור מילר-פריינפלס (Müller-Freienfels) ראה בשליחות הנסתרת תולדה של דיני התמורה²³. השולח הנסתר זכאי וחייב שכן התמורה נעה ממנו לצד השלישי. הפקוט (Huffcut) גרס כי חבותו של השולח מבוססת על טובת ההנאה שהוא מפיץ מהפעולה, וחבותו מבוססת על עקרון ההדדיות, שכן, אם הוא בעל חובה, מן הדין שיהיה גם בעל זכות²⁴, ואילו פרופסור סיבי (Seavey) הדגיש כי ראוי לו לשולח לחוב, כי בידו השליטה על השלוח והוא זה שאפשר לשלוח לרכוש את אמונו של הצד השלישי²⁵. הפרופסורים גודהרט (Goodhart) והמסון (Hamson) הדגישו את הדמיון שבין כללי השליחות הנסתרת לבין כללי המחאת חיובים, וראו בשליחות הנסתרת צורה פרימיטיבית ומוגבלת של המחאה²⁶. לבסוף, פרופסור סטולג'ר

20 ראה : Stoljar, *op. cit.*, p. 203.

21 ראה : Stoljar, *op. cit.*, p. 228.

22 ראה : Ames, “Undisclosed Principal-Rights and Liabilities,” 81 (1909) *Yale L.J.* 453; reprinted in *Lectures on Legal History* (1910) 44.

23 ראה : Müller-Freienfels, “The Undisclosed Principal,” 16 (1953) *M.L.R.* 299.

24 ראה : Huffcut, *The Law of Agency*, 2nd ed., (1901) p. 161 “The rule is probably the outcome of a kind of common law equity, powerfully aided and extended by the fiction of the identity of principal and agent and the doctrine of reciprocity or mutuality of contractual obligations. The rule has two distinct parts: (1) that the undisclosed principal may be sued; (2) that the undisclosed principal may sue. The first is probably based upon the notion that it is inequitable to allow the principal to take the benefit of a contract made by his agent and compel the third party to look only to the agent for compensation. The second is based upon the notion that contract obligations require mutuality, and that since the principal may be sued he must also be permitted to sue”

25 ראה : Seavey, *Studies in Agency* (1949) p. 90: “[...] the principal enabled the agent to invite the confidence of the third person. It was his credit which gave the agent assurance to enter the transaction and his support which gave the agent a standing in their mercantile world. To trust the owner of a business is not the same thing as to trust one who is not such owner and who is subject to the control of another in the transaction. With or without fault, the action of the principal has led the third person into a mistake of fact as to the actual situation. The third person, in being given a claim against the principal, does not, necessarily, get more than he expected; he gets something different”

26 ראה : Goodhart and Hamson, “Undisclosed Principals in Contract,” 4 (1930-1932) *Camb. L.J.*, 320, at p. 352.

(Stoljar) רואה בשליחות הנסתרת דוגמא נוספת, בדומה לשליחות הגלויה, לתורת "החווה המועבר" ²⁷.

רבים מהעוסקים בשליחות הנסתרת התייחסו מכל תקוה להסביר תופעה מיוחדת זו ²⁸. יש המדגישים את יתרונותיה הכלכליים ואת מקורותיה ההיסטוריים, תוך ציון שכל נסיון לעסוק בה באופן תיאורטי הוא עקר ²⁹. מכיון שכללי השליחות הנסתרת בישראל הם צעירים, אך טבעי הוא כי גישה כה פסימית אינה משכנעת אותנו. חשוב לנו ביותר לעשות כל מאמץ להבין את הקונסטרוקציה המשפטית שביסוד השליחות הנסתרת בישראל. בנוסף לעצם הסקרנות האינטלקטואלית להבין את הקיים, יש לכך חשיבות מעשית בישראל. כללי השליחות הנסתרת הוסדרו בישראל בסעיף מקורי קצר ומתומצת. כמעט ואין בנמצא ספרות משפטית או פסקי דין בסוגיה זו. לשם מתן תשובה לרבות מהשאלות המתעוררות, חיוני הוא כי לא נתיימש מנסיון להבין את הבסיס לכללי השליחות הנסתרת בישראל.

ג. תיאורית השליחות הנסתרת בחוק השליחות

מרבית ההסברים שניתנו בעבר לשליחות הנסתרת נוסח המשפט המקובל האנגלי הולמים, תוך התאמה, גם את השליחות הנסתרת נוסח ישראל ³⁰. ברצוננו להציע גישה נוספת הנראית לנו כתואמת במיוחד את ההסדר הישראלי.

נקודת המוצא שלנו הינה כי הפעולה המשפטית כלפי הצד השלישי נעשית על ידי השולח ולא השולח ³¹. חיובו וניכויו של השולח אינם נובעים מתוך כך שהוא עצמו צד לפעולה משפטית שהוא עשה, או שידו הארוכה עשתה, אלא נובעים מתוך כך שהדין מכיר בכוחו של השולח להעניק כוח לשולח לבצע בשמו או במקומו פעולה משפטית כלפי הצד השלישי. דבר זה עומד ביסוד זכותו וחבותו של השולח בשליחות הגלויה ³², ונראה לנו כי דבר זה עומד אף ביסוד חבותו של השולח בשליחות הנסתרת. השולח חייב בשליחות הנסתרת משום שהוא העניק לשולח כוח לשנות את מצבו המשפטי על ידי פעולה כלפי צד שלישי. הכרה בחבות זו אינה גורמת לתוצאה בלתי צפויה מבחינתו של השולח, שכן הוא העניק הרשאה לשולח לפעול כפי שפעל. הכרה בחבות זו אינה

27 ראה : Stoljar, *op. cit.*, p. 232.

28 ראה : Friedman, *op. cit.*, p. 288.

29 ראה : Schmitthoff, *op. cit.*, p. 143.

30 בהזקקות להסברים שניתנו לדיני השליחות במשפט המקובל האנגלי יש לשים לב הן לשוני שברקע הכללי והן לשוני שבדיני השליחות הנסתרת. אשר לראשון, הסברו של Müller-Freienfels המבוסס על תמורה כנראה אינו תופס בישראל. הוא הדין בהסברו של Ames המבוסס על נאמנות. אשר לשני, יש לשים לב כי פעולת השולח אינה מוכה את השולח במישרין, דבר שיש בו לחוק את הסברם של Hamson ו-Goodhart.

31 הנחת היסוד לתחולתו של סעיף 7 לחוק הינה כי השולח הנסתר פעל במסגרת הורשאה שהוענקה לו על ידי השולח. חרג השולח מהרשאתו, אין תחולה להוראת סעיף 7 לחוק. במקום שהשולח העניק לשולח הרשאה לפעול בשליחות גלויה, והשולח פעל בשליחות נסתרת, תהיה בכך לרוב משום חריגה מהרשאה, וסעיף 7 לא יחול על כן. ראה: *Restatement, Second, Agency*, 240, p. 131.

32 ראה : רשימתנו הנזכרת בהערות שוליים 8 לעיל, בעמ' 539, 548.

מכבידה על הצד השלישי, שכן חבות זו אינה באה במקום חבותו של השלוח אלא בנוסף עליה, "ביחד ולחוד"³³. טענת הביקורת הנשמעת תמיד, כי הכרה בחבותו של השולח נוגדת את הכללים החוזיים הרגילים, אינה תופסת בישראל. החוזה נעשה על ידי השולח, ומכוח הכללים החוזיים הרגילים הוא חב תמיד³⁴. צרופו של השולח אינו בא להחליף כללים אלה, אלא להוסיף לחבות החוזית הרגילה של השולח את חבותו של השולח, פרי הכוח שהוענק לשולח. הדיבור על חבותו החוזית של השולח הוא מדוייק רק באותו מובן שמבחינת הקונסטרוקציה המשפטית חבותו אינה נזיקית או כעין חוזית. חבותו היא חוזית, בדומה לחבותו של געבר בהמחאת חוב³⁵.

שאלה אחרת היא כיצד להסביר את זכותו של השולח. עקרונית מסבירה תורת הכוח יפה את זכותו של השולח כלפי הצד השלישי³⁶. כאשר השליחות היא גלויה, אין כל קושי בקבלת הסבר זה, שכן הוא עולה בקנה אחד עם ציפיותו הסבירה של הצד השלישי. לא כן בשליחות הנסתרת. הפעלת תורת הכוח לענין זכותו של השולח כלפי הצד השלישי במצב של שליחות נסתרת, בה קיום השליחות לא היה ידוע לו, תביא לידי כך שהצד השלישי ימצא עצמו חייב כלפי אדם שעל קיומו לא ידע ושאת "נוכחותו" המיידית לא צפה. חוק השליחות הכיר במגבלה זו של תורת הכוח, ונמנע מלהפעילה במלואה לענין זכותו של השולח כלפי הצד השלישי. תחתיה הוכרה תורת כוח מוגבלת ומצומצמת. כוח זה הוא כוחו של השולח לאמץ לעצמו את זכותו של השולח כלפי הצד השלישי, בלא צורך בשיתוף פעולה של השולח או הצד השלישי.

מהו הטעם דוקא בצמצום כוחו של השולח? דומה כי המתקק ביקש למצוא פתרון בין כוחו המלא של השולח להעניק לשולח כוח להקנות על ידי פעולתו המשפטית זכות לשולח כלפי הצד השלישי לבין ציפיותו הסבירה של הצד השלישי. פשרה זו נמצאה בצמצום כוחו של השולח, ובמעבר מכוח מלא לרכישת זכות מיידית כלפי הצד השלישי לכוח חלקי לאמץ זכותו של השולח כלפי הצד השלישי. הרציונל של הגבלה זו מבוסס על הציפיות ה"משפטיות" – להבדיל מהעובדתית – של הצד השלישי בשיטת המשפט הישראלית. במשפט הישראלי, נקודת המוצא הנתה כי זכות של נושה (השולח) ניתנת להמחאה ללא הסכמת החייב (הצד השלישי). הסייג לכך הוא שאין להמחות זכות שעבירותה הוגבלה לפי דין, לפי מהות הזכות או לפי הסכם בין החייב לבין הנושה³⁷. נובע מכאן שכל צד שלישי נתון ב"סיכון המשפטי" כי חבותו כלפי נושה לא תישאר צמודה לנושה, אלא תועבר לאחר. פרטי ההעברה קבועים בחוק המחאת חיובים, ואין הם חסוכים לנו עתה. מה יחשוב הוא כי מבחינה עקרונית אינה מוכרת צמידות בין הנושה לבין זכותו, והחייב נתון ל"סיכון" כי יתחלפו נושיו. במסגרת סיכון עקרוני זה פועלת תורת הכוח המצומצמת הקבועה בסעיף 7. החוק "מנצל" סיכון זה הצפוי לכל צד שלישי וממוג אותו עם כוחו של השולח. כוחו של השולח, שהוענק לשולח, פועל

33 לדיני החבות "יחד ולחוד", ראה סעיף 55 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973.

34 ראה: Goodhart and Hamson, "Undisclosed Principal in Contract," 4 (1932) *Camb. L.J.*, 320, 324.

35 ראה: Stoljar, *op. cit.*, pp. 232-233.

36 ראה רשימתנו הנזכרת בהערות שוליים 8 לעיל, בעמ' 539, 548.

37 סעיף 1 לחוק המחאת חיובים, תשכ"ט-1969.

למהותה של השליחות הנסתרת

במסגרת ה"סיכון המשפטי" לו נתון הצד השלישי בענין עבירות זכותו של השלוח-
הנושה.

ד. מהותו של האימוץ

אין חוק השליחות מסביר "אימוץ" מהו. אחת הדרכים לבחון את מהות האימוץ היא לראותו מנקודת המבט של הצדדים השונים. הצד השלישי התקשר עם השלוח, וראה בו את בעל דברו. ציפיתו הסבירה של הצד השלישי הינה שהזכויות והחובות יהיו של השלוח. עם זאת, ציפיה זו פועלת במסגרת השיטה הישראלית, על פיה רשאי השלוח להעביר את זכותו לאחר בלא הסכמת הצד השלישי. פרט למקרים בהם הזכות אינה עבירה, אין לצד השלישי אינטרס מוגן שהזכות כלפיו תישאר בידי השלוח, והוא נתון ל"סיכון" כי אחר יהיה בעל הזכות. נמצא כי, מנקודת מבטו של הצד השלישי, פועל כוח האימוץ הנתון לשולח בתחום בו נתון הצד השלישי ל"סיכון" המשפטי של המתאמת זכות. מנקודת מבטו של השולח מן הדין כי זכות השלוח תהיה שייכת לעצמו, השולח. מכיון שדבר זה אין להשיג בשל ציפיתו הסבירה של הצד השלישי, הרי הדבר הקרוב ביותר שניתן להעניק לשולח במסגרת ה"סיכון" המשפטי של הצד השלישי הוא הכוח ליטול לעצמו את הזכות, בלא שיתוף פעולה של השלוח. נמצא כי ההסדר המשפטי המתקרב ביותר לציפיתו הסבירה של השולח, ויחד עם זאת אינו סותר את ציפיתו של הצד השלישי, הינו כי במקום שזכות השלוח כלפי הצד השלישי היא עבירה, יוענק לשולח הכוח ליטול לעצמו את הזכות ללא שיתוף הפעולה של השלוח. הסדר זה אינו פוגע בציפיתו הסבירה של השלוח, שכן השלוח פועל בהרשאה ומתוך מטרה לקדם את הרשאתו למען השולח ולא למען עצמו. אין איפוא לשלוח אינטרס משלו שיש בו כדי להצדיק את הצורך בהסכמתו לנטילת הזכות.

הניתוח האמור מוביל לדעתנו למסקנה הבאה: אימוץ הינה פעולה משפטי-
טית של השולח הנוטל לעצמו, ללא צורך בהסכמת השלוח, את זכותו העבירה של השלוח כלפי הצד השלישי. מכאן מתבקשות מספר מסקנות:

1. זכותו של השולח אינה מקורית. אין לו לשולח אלא מה שהיה לשלוח. על כן, אם אין השלוח נהנה מהכשרות המשפטית להיות בעלים של הזכות, משפיע הדבר על זכותו של השולח. בדומה, טענות הגנה שיש לצד השלישי כנגד זכותו של השלוח, תעמודנה לו גם נגד השולח.
2. מעשה האימוץ הינו פעולה משפטית חד צדדית.
3. משאימץ לעצמו השולח את זכותו של השלוח, עוברת הזכות לו, לשולח, והשלוח הדל להיות בעל הזכות.
4. נסיבות העושות את זכותו של השלוח לבלתי עבירה יש בהן לשלול את כוח האימוץ.
5. השולח הופך להיות בעלים של הזכות מרגע הנטילה. תוכן הזכות, לעומת זאת, עשוי להיות בהטלת חובות ביצוע על הצד השלישי הקודמות לתאריך זה.

ה. אימוץ ודינים אחרים

1. אימוץ והמחאה

על הקשר בין דיני השליחות הנסותרת במשפט האנגלי לבין דיני המחאה עמדו הפרופסורים גודהרט (Goodhart) והמסון (Hamson) עוד ב־1932 באומרים³⁸ :
 "The doctrine of undisclosed principal is perhaps best considered as a primitive and highly restricted form of assignment".

פרופסור פאוול (Powell) ציין³⁹ כי במספר ענינים אין דמיון זה תופס. כך, למשל, בשליחות הנסותרת במשפט האנגלי הופך השולח לבעל הזכות מרגע פעולת השלוח, בעוד שהמחאה זכות נעשית לרוב רק לאחר שהזכות כבר התגבשה אצל השלוח. פרופסור פאוול מוסיף ומציין כי בהמחאה חוב משתחרר השלוח מוכותו, ולעומת זאת, במשפט האנגלי כאשר השלוח כורת חוזה במקומו של שולח נסתר, השלוח נשאר בעל הזכות כל עוד השולח אינו מתערב. כפי שראינו, בישראל חדל השלוח להיות בעל הזכות, הן בהמחאה והן באימוץ. נוכל להוסיף ולומר כי הן בהמחאה והן באימוץ אין לשולח אלא מה שהיה לשלוח, ובשני המקרים אין צורך בשיתוף פעולתו של הצד השלישי. עם זאת קיים שוני בין השניים. פרופסור סטולג'ר (Stoljar) מציין⁴⁰ כי במשפט המקובל דורשת המחאה פעולה מיוחדת מצד השלוח, ואילו בשליחות הנסותרת מעביר הדין באופן אוטומטי את הזכות לצד השלישי בלא צורך בפעולה נוספת של השלוח. הערה זו אינה תופסת בישראל, אך היא משליכה אור על שוני הקיים בישראל בין אימוץ לבין המחאה. בעוד אשר בהמחאה חוב דרושה פעולה מצד השלוח, באימוץ אינה נדרשת כל פעולה על ידי השלוח, אך נדרשת פעולת אימוץ על ידי השולח. מכאן, שחוק המחאה החיובים אינו חל מאליו על אימוץ הזכות.

2. אימוץ והסכם

אימוץ הוא פעולה חד צדדית של השולח. אין הוא הסכם בין השולח לבין השלוח. לשם שיכלולו אין צורך בהסכמה של השלוח. זאת ועוד : אפילו קיים הסכם בין השולח לבין השלוח לפיו לא ייאמץ השולח את הזכות, האימוץ תופס, אם כי בפעולת האימוץ יש משום הפרת ההסכם.

3. אימוץ ואישור בדיעבד

קיים דמיון בין אימוץ ואישור בדיעבד. בשני המקרים אין השולח בעל הזכות לפני הפעולה (אימוץ במקרה הראשון ואישור בדיעבד בשני), והוא הופך להיות בעליה לאחרית. בשני המקרים המדובר בפעולה משפטית חד צדדית שאינה דורשת שיתוף פעולה של השלוח. עם זאת קיים שוני רב בין השניים. האימוץ תופס רק אם השלוח פעל

38 ראה הערת שוליים 26 לעיל.

39 ראה : Powell, *The Law of Agency*, 2nd ed., 1961, p. 165.

40 ראה : Stoljar, *op. cit.*, p. 230.

למהותה של השליחות הנטוורת

בהרשאה. האישור בדיעבד אפשרי רק אם השלוח פעל ללא הרשאה. האישור בדיעבד עושה את השולח צד לפעולה המשפטית למפרע מרגע עשייתה. על כן אין להעלות נגד השולח טענות הגנה שהן אישיות נגד השלוח. לא כן באימוץ. השולח נעשה בעל הזכות מרגע ההמחאה, וטענות הגנה שיש לצד השלישי נגד השלוח, אף אם הן אישיות, עומדות לו נגד השולח.

ו. אימוץ כיצד

חבותו של השולח כלפי הצד השלישי נובעת מעצם פעולת השלוח בהרשאה. לענין חובה זו, אין צורך בכל פעולה נוספת של השולח, השלוח או הצד השלישי. לא כן לענין זכותו של השולח כלפי הצד השלישי. זכות זו אינה מוענקת מאליה. לשם קיומה בידי השולח עליו לעשות מעשה אימוץ.

האימוץ הינו פעולה משפטית. הדין הכללי החל על פעולות משפטיות יחול גם על האימוץ. על כן, אם האימוץ הוסב על ידי טעות, הטעיה או כפיה, יחול חוק החוזים (חלק כללי)⁴¹.

האימוץ הינו כאמור פעולה משפטית חד צדדית. לשם שכלולו אינה נדרשת הסכמה של השלוח או של הצד השלישי. כדי שהאימוץ יתפוס חייבת כבר להתקיים זכות בידי השלוח. כבכל פעולה חד צדדית, לא די ברצון הפנימי של השולח. האימוץ דורש גילוי חיצוני. חוק השליחות אינו קובע אם גילוי זה צריך להעשות כלפי השלוח או הצד השלישי, או די בגילוי חיצוני אף שאינו "נקלט" על ידי השלוח או הצד השלישי. נראה לנו כי לצרכי פתרון שאלה זו, יש לחזור לטעמים העומדים ביסוד כללי האימוץ. טעמים אלה קשורים ב"סיכון המשפטי" שנוטל על עצמו הצד השלישי בכך שהשלוח יכול להמחות את זכותו. סיכון זה הינו כי עקרונית רשאי השלוח להמחות את זכותו לאחר מבלי לקבל הסכמתו של הצד השלישי או אף מבלי להודיע לו על כך. עם זאת, כל עוד לא נודע לצד השלישי על ההמחאה, פרעון לשלוח בתום לב מפטיר את הצד השלישי⁴². נראה לנו כי במסגרת סיכון זה צריך לפעול גם האימוץ. מכאן שהאימוץ תופס גם ללא הסכמת הצד השלישי, וגם ללא ידיעתו. עם זאת, כל עוד לא נודע לצד השלישי על האימוץ, אם הוא פורע לשלוח בתום לב, הצד השלישי מופטר.

41 ראה סעיפים 13-22 לחוק החוזים (חלק כללי) יחד עם סעיף 61(ב) לאותו חוק.
42 סעיף 2(ב) לחוק המחאת חיובים.