

ולחובות של המדינה, מאידך גיסא, יש בה, אולי, כדי ליישב גם הסתירה המדומה שבפסיקה הישראלית והיא עשויה להסביר על שום מה מתויבת ישראל גם מנקודת הראות, "ההסכמית" להעניק לפקידי האו"ם את התסינויות וזכויות היתר המוענקות להם עפ"י אמנת התסינויות, אף בהעדר חוק פנימי בר-תוקף בנקודה זו.

ההכרה בחיוב המוטל על המדינה כתוצאה מהתקשרויותיה הבינלאומיות באה לכלל ביטוי גם בהחלטתו של בית המשפט העליון עצמו בפכרי ג'אדי נ' נשיא משרד ההוצאה לפועל בחיפה ואח'ם³⁶ שם נדון טיב היחסים שבין ישראל ובין לבנון. ביהמ"ש, מפני השופט גויטיין ז"ל, לא היסס מהזקק להסכם שביתת הנשק שבין ישראל ללבנון ואף למגילת האו"ם עצמה לביסוס מסקנותיו בנדון³⁷, וזאת משום שהשאלה הישירה שהיתה טעונה תשובה לא התחסה לזכויות הפרט על-פי אמנה בינלאומית או לחובות המדינה כלפי הפרט על-סמך אמנה כזו. כי אם לחובות המדינה עצמה כלפי הצד האחר או הצדדים האחרים להתקשרות.

דומה, כי במקרה כזה רשאי — ואף חייב — בית המשפט להביא בחשבון התחייבויותיה הבינלאומיות של המדינה, ואפילו לא הזרמו לתוך המשפט הפנימי באמצעות צינור החקיקה³⁸.

ד"ר יהודה צבי בלום

36. בנ"צ 101/54, סדיי, כרך ט', עמ' 135.

37. שם, עמודים 139—140.

38. על שאלת תחולתן בישראל של אמנות שלא "קובלו" למשפט הפנימי ראה גם לפידות (אשלכר), שם, עמודים 117—132.

אחריות שילוחית למעשה עיל מורשה (AGENT) בפקודת הנוזיקין *

א. הגנת הכעיה

סעיף 11 (1) (ב) לפקודת הנוזיקין קובע כי המרשה (principal) אחראי למעשיו של המורשה (agent). אחריות זו אינה אחריות אישית, אלא אחריות שילוחית.¹ על כן, מעוררת אחריות המרשה שתי שאלות מרכזיות: האחת, מיהו „מורשה“, שמעשיו מטילים אחריות שילוחית על המרשה; השנית, מהו היקף האחריות של המרשה.

ב. מיהו „מורשה“

„מהו מקומו של השליח בושבץ האחריות השילוחית, בו נמצא 'העובד' מזה (ומעבירו אחראי לו), והקבלן העצמאי מזה (ומזמינו אינו אחראי לו)?“ שאלה זו, שהוצגה על ידי השופט זוסמן בע"א 404/54 גורדין נ' פילרסקי², קבלה באותו פסק דין מנחה³ את התשובה הבאה: בין עובד לבין קבלן עצמאי מבחינים על פי מבחן „השליטה הגמורה“ (complete control). עובד נתון לשליטתו הגמורה של מעבידו⁴. קבלן עצמאי אינו נתון לשליטתו הגמורה של מעסיקו⁵. אף המורשה, כמו הקבלן העצמאי (אך לא כמו העובד), אינו נתון לשליטתו הגמורה של המרשה⁶. ההבדל בין מורשה לבין קבלן עצמאי הוא זה: המורשה פועל עבור, למען ובמקום המרשה. הוא „יד ארוכה“ של המרשה. הקבלן העצמאי פועל עבור עצמו. בין מורשה לבין קבלן עצמאי מבדילים, איפוא, לפי מבחן „מילוי המקום“⁷. המורשה ממלא את מקומו של המרשה. הקבלן העצמאי אינו ממלא את מקומו של איש.

חשיבותו של פסק הדין בע"א 404/54 הג"ל היא בכך, שהוא לא ניסה להבחין בין עובד, מורשה וקבלן עצמאי על ידי מבחן אחד ויחיד. מבחן כזה אינו קיים. מבחן

- * בימים אלה יצא לאור ספרו של ד"ר א. ברק: אחריות שילוחית בדיני נוזיקין, הן בנושא הגדון בצורה מורחבת. המערכת.
- 1. ראה ע"א 404/54 גורדין נ' פינרסקי (ס' פד"י, 1429); ע"א 293/61 הולנדר נ' המוסד לביטוח לאומי (י"ן פד"י, 449, 475).
- 2. ס' פד"י, 1429.
- 3. הפסיקה שלאחריו אמצה את מבחניו: ראה ע"א 262/60 כוז'הינוף נ' מירוס (ס"ר פד"י, 114).
- 4. סעיף 2(2) לפקודת הנוזיקין, הגדרת „מעביד“.
- 5. ראה ע"א 47/48 אנושביץ נ' פוטרמן (ה' פד"י, 4).
- 6. ראה R. v. Walker (1858) 27 L.J.M.C. 207, 208.
- 7. אין השופט זוסמן משהמש במונח זה, אך הוא משקף לדעתנו את מבחנו.

השליטה, כשלעצמו, אין בכוחו להבחין בין עובד, מורשה וקבלן עצמאי.⁸ גם וריאציות במסגרת מבחן זה, כמו „שליטה גמורה בפועל“ ביחסי עובד-מעביד, ו„זכות לשליטה גמורה“ ביחסי מורשה-מרשה⁹ (והעדר שליטה גמורה ביחסי קבלן עצמאי-מעסיק), אינן מצליחות ליצור מבחן המסוגל לעמוד בפני הבקורת, שכן ביחסי עובד-מעביד דיה „זכות לשליטה גמורה“, וביחסי מורשה-מרשה תתכן „שליטה גמורה בפועל“. גם מבחן „האינטרס“ אינו מצליח להבחין בין הדבקים¹⁰. המורשה, כמו העובד והקבלן העצמאי, מגשים את האינטרס של המעסיק. אף מבחן „מילוי המקום“, כשלעצמו, אינו עשוי לשמש מבחן יחיד להבחנה בין עובד, מורשה, וקבלן עצמאי, שכן יש עובדים המקיימים מבחן זה.

במקום בסיונות נפל אלה, הבחין השופט זוסמן בע"א 404/54 הנ"ל בין עובד, מורשה וקבלן עצמאי, באמצעות שני מבחנים שונים ומשלימים: מבחן „השליטה הגמורה“ מזה ומבחן „מילוי המקום“ מזה. השימוש במבחן כפול הינו תרומתו הנכבדת של השופט זוסמן להבנת ההבחנה בין עובד, מורשה וקבלן עצמאי¹¹.

הבקורת על גישתו של השופט זוסמן מתרכזת סביב מבחן „מילוי המקום“. מהו המבחן לפיו נקבע אם המועסק פועל עבורי, למעני וכורע ארוכה שלי¹²? בודאי אין זה מספיק להראות כי המועסק פועל למען האינטרסים שלי, שכן גם קבלן עצמאי פועל למען האינטרסים שלי. כמו כן אין זה מספיק לומר כי פלוני הוא „זרוע ארוכה“ שלי אם הוא מבצע את שאני חייב או רשאי לבצע¹³. גם קבלן עצמאי מקיים תנאי זה.

בתמיכה למבחן „מילוי המקום“ מצטט השופט זוסמן את *Samson v. Aitchison* [1912]. אין פסק דין זה יכול להבהיר את מהות המבחן האמור, שכן אין הוא עוסק כלל באחריות שילווחית, אלא באחריות אישית¹⁴. בהדגימו מקרים של אחריות שילווחית למעשיהם של מורשים — המוגדרים

8. ראה למשל,

De Villiers and Macintosh, *The Law of Agency in South Africa*, 2nd ed. 1956, p. 10: "any attempt to distinguish between the agent and servant by reference to the control of the employer will be largely futile."

9. השובה *Parker v. Miller* (1926) 42 T.L.R. 408

10. זהו המבחן העולה מ- *Hewitt v. Bonwin* [1940] 1 K.B. 188 ; *Ormrod v. Crasville Motor Services* [1953] 2 All E.R. 753.

11. בהתאם למבחן זה ניתן לראות במועסקים מקצועיים, כמו רופא ומהנדס, מורשים

של המעסיק. ראה ת.א. 356/55 ג'ראפי נ' זניאל (י"א פ (מ'), 336) ; ע"א 85/60

חברת מפעלי חים בע"מ נ' סגל (י"ד פד"י, 1939).

12. מדוע נהג מוגית, המוביל אותי כיון שאין לי רכב ורשיון נהיגה, אינו פועל עבורי

וכורע ארוכה שלי לענין ההובלה?

13. אך ראה *Hewitt v. Bonwin* [1940] 1 K.B. 188

14. [1912] A. C. 844.

15. ע"פ 131/56 לחם נ' היועץ המשפטי (י"ב פד"י, 320, 333, 334).

לפי מבחן „מילוי המקום” – מצטט השופט זוסמן שני פסקי דין אנגליים¹⁶. אכן, המורשה בשני פסקי דין אלה היה „זרוע ארוכה” של המרשה. הסיבה לכך היא שהמורשים הללו הוסמכו לכרות חוזים עבור המרשה. כאשר אדם מוסמך לכרות חוזה עבורי, הוא נחשב בעיני החוק כממלא מקומי, כזרוע ארוכה שלי, שכן בעיני החוק הפעולה של כריתת חוזה שהוא עושה היא פעולה שלי. החוזה שהוא כורת הופך אותי ישירות צד לו. לא כן המועסק בע”א 404/54 הנ”ל. תפקידו של הלה לא היה לכרות חוזים עבור מעסיקו. תפקידו היה להוביל מטען. פעולה זו אינה בעיני המשפט פעולה של מעסיקו. עד כמה שפעולותיו מטילות אחריות על המעסיק הרי זה מהטעם שקיים מבחן חיצוני הקובע אחריות זו. מבחינה הגיונית, אין אחריות זו כשלעצמה, יכולה להפוך אותו למורשה. לשון אחר: המרשה אחראי בנויקין למעשיו של מועסק, משום שהמועסק הוא (לפי מבחן חיצוני) מורשה. אין לומר, כי מכיון שהמרשה אחראי למעשיו של מועסק, המועסק הוא מורשה, שכן לפי איזה מבחן נקבעת אחריות זו?

המסקנה המתבקשת היא, שמבחו „מילוי המקום” תואם אמנם את ההחלטות בשני פסקי הדין האנגליים שצוטטו על ידי השופט זוסמן, אך אינו תואם את ההחלטה בע”א 404/54 הנ”ל, שכן המועסק באותו משפט לא הוסמך לכרות חוזה עבור מעסיקו, ועל כן אין לראותו כיד ארוכה וכ„ממלא מקום” של המעסיק. אכן, מבחן „מילוי המקום” מצומצם בתחולתו רק לאותם המקרים בהם הוסמך המועסק לכרות חוזים ולבצע עסקאות משפטיות אחרות (להבדיל מפעולות פיסיות)¹⁶ עבור מעסיקו. רק לענין פעולה זו רואים במועסק יד ארוכה של המעסיק. על כן, בעוד אנו מקבלים את גישתו העקרונית של השופט זוסמן למבחן „מילוי המקום”, אין אנו רואים אפשרות להחילה על פעולה שאינה פעולה משפטית כגון כריתת חוזה. לאור הערות אלה, אנו מציעים לקבוע את הקריטריון הבא להגדרת מבחן „מילוי המקום”: פלוני „ממלא את מקומו” של אלמוני, ומשמש לו זרוע ארוכה, אם הוא הוסמך לבצע פעולה משפטית עבור אלמוני. בהתאם לכך אנו מציעים, כי בצד

16. *British Railway Traffic & Electric Co., Ltd. v. Roper* (1940) 162 L. T. 217; *Armstrong v. Strain* [1952] 1 All E. R. 139.

16. „פעולה משפטית (juristic act) היא פעולה היוצרת, משנה או מחדדת זכויות וחובות. זוהי הפעלת יכולת (power) המשנה זכויות וחובות במסגרת המשפט (act in the law). דוגמאות לפעולה כזו הן כריתת חוזה, וביצוע עסקה קנינית. „פעולה פיסית” היא פעולה שאינה „פעולה משפטית”. יש כמובן גם לה משמעות בעולם המשפט. לעתים היא עשויה להפר זכויות וחובות קיימים. דוגמאות לפעולה כזו הן נסיעה במכונית וביצוע עוולה. הן ל„פעולה משפטית” והן ל„פעולה פיסית” יש תוצאות משפטיות. תוצאות של „פעולה משפטית” הן במסגרת המשפט. התוצאה של „פעולה פיסית” היא לעתים הפרת המשפט. „פעולה משפטית” יוצרת זכויות וחובות ראשוניים. „פעולה פיסית” יוצרת זכויות וחובות משניים. ראה:

Paton, *Jurisprudence*, 2nd ed., 1951, p. 247.

Salmond, *Jurisprudence*, 11th ed., 1957, p. 380; Holland, *Jurisprudence*, 12th ed., 1917, p. 117; Ferson, “Bases for Masters and for Principals Liability to third persons”, 4 (1950) *Vanderbilt Law Review*, p. 260.

מבחן „השליטה הגמורה”¹⁷, אשר בעזרתו אנו מבחינים בין „עובדים” לבין „שאינם עובדים”¹⁸, נעמיד את מבחן „מילוי המקום” אשר בעזרתו נבדיל בין אלה שהוסמכו לבצע פעולה משפטית עבור המעסיק, המכונים „מורשים”, לבין אלה שלא הוסמכו לכך, ושעל כן „אינם מורשים”.

שני מבחנים אלה חוצים את „שטח המריבה” לאורך ולרוחב, ויוצרים ארבעה סוגים של מועסקים:

(א) עובד-מורשה: זהו מועסק הנתון לשליטתו הגמורה של מעסיקו, ושהוסמך לבצע פעולה משפטית עבור המעסיק. האחריות השילוחית למעשיו קבועה בסעיף 12 (2) לפקודת הנוזיקין, המטיל אחריות שילוחית על המעביד למעשיו של עובד, תהא הפעולה אשר הוסמך לעשותה אשר תהא.

(ב) עובד-שאינו מורשה: זהו מועסק הנתון לשליטתו הגמורה של מעסיקו, ושהוסמך לבצע עבורו שרות שאינו כרוך בפעולה משפטית. האחריות השילוחית למעשיו קבועה אף היא בסעיף 12 (2) לפקודת הנוזיקין, שכן סעיף זה מטיל אחריות למעשיו של עובד, בין שהוא מורשה ובין שאינו מורשה.

(ג) מורשה-שאינו עובד: זהו מועסק שהוסמך לבצע פעולה משפטית עבור המעסיק, ושאינו נתון לשליטתו הגמורה. האחריות השילוחית למעשיו קבועה בסעיף 11 (1) (ב) לפקודת הנוזיקין, הקובע כי המרשה אחראי למעשיו של מורשה שאינו עובד (au agent not being his servant).

(ד) מועסק שאינו מורשה ושאינו עובד: זהו מועסק שהוסמך לבצע שירות שאינו פעולה משפטית ושאינו שליטה גמורה על פעולותיו¹⁹. מעשיו של מועסק זה, המכונה „קבלן עצמאי”, אינם מטילים אחריות שילוחית על המעסיק²⁰.

לא נותר לנו עתה אלא להראות, כי המורשה (agent) הנזכר בסעיף 11 (1) לפקודת הנוזיקין, הוא מועסק שהוסמך לבצע פעולה משפטית עבור המרשה. דרך ההוכחה היא זו: המונח „מורשה” אינו מוגדר בפקודת הנוזיקין. על כן, ובהתאם להוראת סעיף 2 (1) לפקודת הנוזיקין, עלינו לתת למונח זה את משמעותו במשפט האנגלי. במשפט האנגלי ישנן למונח זה מספר משמעותיות. המשמעות הראשונה, לפיה מורשה הוא מונח הבא לציין הן עובד והן קבלן עצמאי²⁰, אינה אפשרית במשפטנו, שכן משמעות זו מניחה שאין קטגוריה מיוחדת של מורשים לענין האחריות השילוחית. פקודת הנוזיקין יוצאת מנקודת מבט הפוכה. המשמעות השנייה, המבדילה בין מורשה, עובד וקבלן עצמאי לפי מבחן השליטה הגמורה²¹, אינה מבוססת,

17. בהפעלתו של מבחן זה אנו הולכים, על כן, בעקבות השופט זוסמן.

18. אנו מבדילים בין עובד לבין מי שאינו עובד, ולא כמו השופט זוסמן, בין עובד לבין קבלן עצמאי. גם מורשה עשוי להיות, אך אינו חייב להיות, עובד או שאינו עובד.

19. ראה ע”א 206/53 „הדסה” נ’ „נתיב” בע”מ (י’ פד”י, 422, 428).

20. סעיף 11 (1) (ג) לפקודת הנוזיקין.

21. ראה Salmond, *Torts*, 13th ed., 1961, p. 112 n. 80; Clerk and Lindsell, *Torts*, 11th ed., 1954, p. 116.

21. ראה Seavey, *Studies in Agency*, 1949, p. 74.

ואינה מצליחה ליצור הבחנה כל שהיא. המשמעות השלישית, לפיה מורשה הינו אדם המבצע שירות כל שהוא עבור מעסיקו²², אינה מתישבת עם האופי הסטטוטורי של פקודת הגניקין, המבדילה בין עובד לבין מי שאינו עובד (והמבצע בכל זאת שירות עבור המעסיק). לשון אחר, גם קבלן עצמאי, שבגין מעשיו אין אחריות שילוחית, מבצע שרות למען המעסיק. לא נותרה אלא המשמעות הרביעית, לפיה מורשה הוא אדם שהוסמך לבצע פעולה משפטית עבור מעסיקו. בגישה זו דוגלים פטון²³ (Paton), דה ויליה ומקינטוש²⁴ (De Villiers and Macintosh), סטולדור²⁵ (Stoljar), פרידמן²⁶ (Fridman) הלסבורי-סימון²⁷. גישה זו מתישבת עם המגילה, המגדירה אף היא מורשה כאדם שהוסמך לכרות חוזים עבור המרשה²⁸. בכך נוצרת התאמה בין אחריות בחוזים ואחריות בגניקין למעשיו של אותו אדם. דעתנו מתישבת גם עם גישתו העקרונית של השופט זוסמן בע"א 404/54 הנ"ל, האומר²⁹: „האבחנה תהא דומה לאבחנה הידועה בדיני החוזים: פלוני, האם פעל בשמו הוא, או כמורשה מטעמו של אחר? במקרה הראשון הוא קבלן, ובמקרה השני הוא שליח“. אכן, האבחנה בין מורשה לבין מי שאינו מורשה לענין האחריות השילוחית נקבעת בהתאם לאבחנה בין מורשה לבין מי שאינו מורשה לענין דיני החוזים.

הגדרתנו למונח מורשה מתישבת גם עם הרציונלה לאחריות השילוחית למעשיו של מורשה. נקודת המוצא היא כי אחריות למעשיו של מורשה היא אחריות שילוחית למעשיו של אדם שאין שליטה גמורה על האופן בו הוא מבצע את שליחותו למען מעסיקו. הרחבה זו של האחריות השילוחית מוצדקת רק כאשר קיים קשר אינטימי בין המעסיק לבין המועסק. ביצוע שירות כל שהוא אינו יוצר קשר זה, שהרי אין אחריות שילוחית למעשיו של קבלן עצמאי. קשר אינטימי זה קיים כאשר המועסק מיצג את המעסיק, כלומר, כאשר בעיני החוק, פעולה של המועסק היא פעולה של המעסיק. במצב דברים זה מוצדק להטיל אחריות שילוחית על המעסיק. יחס מוקדם זה קיים אך ורק כאשר המועסק כורת חוזה עבור המעסיק.

ג. היקף האחריות של המרשה למעשיו של המורשה

אחריות למעשיו של מורשה קיימת אף בלא שהמרשה עצמו ציווה לבצע פעולה³⁰. המרשה הסמיך את המורשה לבצע פעולה מותרת, ואילו המורשה ביצע פעולה אסורה, קרי, עוולה. המרשה אחראי³¹ for anything done by such agent in

22. ראה אסמכתאות בהערת שוליים 10 לעיל.

23. ראה Paton, *Jurisprudence*, 2nd ed., 1951, p. 252.

24. שם, בעמ' 16.

25. ראה Stoljar, *The Law of Agency*, 1961, p. 2, 5, 7.

26. ראה Fridman, *The Law of Agency*, 1960, p. 8.

27. ראה Halsbury-Simonds, *Laws of England*, Vol. 1, p. 146.

28. ראה סעיפים 1449, 1454.

29. ט' פד"י, 1429, 1435.

30. אחריות המורה ביצוע עוולה קבועה בסעיף 11(א) לפקודת הגניקין.

31. סעיף 11(ב) לפקודת הגניקין.

the performance of, and for the manner in which such agent does such act or class of acts. מהו ההיקף של אחריות זו? פסקי הדין בארץ דנים בעיקר בשאלה מיהו מורשה, ואינם מקדישים מקום לשאלת היקף האחריות. בפסק הדין היחיד בו התעוררה שאלת היקף האחריות, הניח השופט ויתקון כי היקף האחריות למעשיו של מורשה זהה להיקף האחריות למעשיו של עובד.³² הנחה זו בודאי נכונה אם העולה של המורשה מהוה אופן בלתי נאות של ביצוע פעולה משפטית^{32א}. כך, למשל, המרשה אחראי אם המורשה מבצע מרמה תוך כדי כריתת חוזה.

ההנחה בדבר זהות אחריות המעביד והמרשה מעוררת ספיקות בכל אחד מהמקרים הבאים: ראשית, המעביד אחראי לאופן ביצוע בלתי נאות של פעולה אינצידינטלית³³. האם אחראי המרשה למעשיו של מורשה במסיבות אלה? שנית, המעביד אחראי למעשיו של עובד הפועל בניגוד להוראות המעביד³⁴. האם אחראי המרשה למעשיו של מורשה במסיבות אלה? שלישית, המעביד אחראי לעיתים למעשיו של עובד שנעשו למען מטרותיו הפרטיות של העובד³⁵. האם אחראי המרשה למעשיו של המורשה במסיבות אלה? נדון בשלוש בעיות אלה בנפרד.

1. מורשה הוא אדם שהוסמך לכרות חוזה עבור המרשה. בפעולת כריתת חוזה הוא פועל כמורשה. בביצוע פעולה אחרת, אפילו אינצידינטלית, אין הוא פועל כמורשה³⁶. אם הפעולה האינצידינטלית אינה פעולה של כריתת חוזה, לא יהיה המרשה אחראי למעשיו של המורשה. על כן, אם המורשה הוסמך לכרות חוזה ביטוח עבור המרשה, לא יהיה המרשה אחראי לנהיגתו הרשלנית של המורשה, הנוסע לשם כריתת החוזה האמור. בנסיעה האמורה אין הוא פועל כמורשה³⁷. המעסיק יהיה אחראי לנהיגה הרשלנית אם בנוסף ליחסי ההרשאה מתקיימים ביניהם יחסי עובד-מעביד.

2. שעה שהמרשה אוסר על המורשה ביצוע פעולה עבורו, חדל המורשה מלשמש יד ארוכה של המרשה. על ידי האיסור גפסקים יחסי ההרשאה. על כן, „מורשה“ הפועל בניגוד לאיסור של המרשה אינו מטיל אחריות שילוחית על

32. ת.א. 208/52 ירושות שבגו המנוח ג' היילין (ט"ז פ (מ), 20).

32א. כגון מרמה: ראה Street, Torts, 3rd ed., 1963, p. 431 או הוצאת שם רע תוך כדי כריתת חוזה: ראה Restatement, Agency, 2d, § 254, p. 554.

33. ראה London County Council v. Cattermole [1953] 1 W.L.R. 997.

34. ע"א 338/60 מדינת ישראל ג' אורידה מדר (פר"י ט"ו, 1569, 1581).

35. ע"א 233/49 ברלינסקי ג' אחרון (ד פ (מ), 279).

36. ר' דה ויליה ומקינטוש, ע' 270: "Whenever [the agent] is not directly engaged upon it, but is doing something collateral, he ceases *pro hoc vice* to be an agent, and becomes either a servant or an independant contractor."

37. ראה Colonial Mutual Assurance Society v. MacDonald 1931 A.D. 412; Egginton v. Reader [1936] 1 All E.R. 7; Morse & Co. v. Hicks [1955] 3 D.L.R. 275; Batt, Law of Master and Servant, 4th ed., 1950 p. 6.

המרשה, שכן בביצוע אותה פעולה הוא זר לגביו. לעקרון זה חריג חשוב. המרשה אחראי אם המורשה פעל במסגרת סמכותו הנחזית. זהו העקרון של agency by estoppel, המבוסס על עקרון המגיעות. על כן, אם למרות האיסור, המורשה פועל במסגרת סמכותו הנחזית, יהיה המרשה אחראי בנויקין.³⁸

3. שעה שהמורשה פועל מתוך מוטיב פרטי בלבד, אין הוא פועל בכושרו כממלא מקום של המרשה. הוא פועל למען עצמו בלבד. על כן, לא יהיה המרשה אחראי באחריות שילוחית למעשיו. לכלל זה חריג חשוב. המרשה יהיה אחראי אם המורשה פעל במסגרת סמכותו הנחזית.³⁹ הקשיים המתעוררים בהפעלת דיני הסמכות הנחזית באחריות המעביד למעשיו של העובד הנעשים מתוך מוטיב פרטי בלבד, והנובעים מהסיפא לסעיף 12 (2) לפקודת הנויקין⁴⁰, אינם מתעוררים באחריות המרשה לעולות, „הפרטיות” של המורשה, שכן אין סעיף 11 (1) (ב) לפקודת הנויקין כולל הוראה דומה.

שוני בין אחריות המעביד לבין אחריות המרשה מוסבר בכך שיחסי עובד-מעביד הם יחס הדומה, במובן מזה, לסטטוס. העובד נשאר עובד גם אם הוא פועל בניגוד להוראות המעביד. לא כן המורשה. שעה שהוא אינו פועל במסגרת הסמכויות שהוענקו לו הוא חדל להיות מורשה.

ד. סוף דבר

קבלת השקפתנו על יחסי ההרשאה בנויקין מחייבת עיון מחדש בפסיקה בתי המשפט בישראל בסוגיה זו. עם כל הרתיעה בפני שינוי הלכה שנשתרשה במשפטנו מאז קום המדינה, איננו מהססים להציע את השינוי. השופט זוסמן עצמו העיר כי מבחניו הוא להגדרת המורשה⁴¹, „[אינם נותנים] תשובה ממצה, מקיפה, שתהא הולמת כל מקרה ומקרה”. גוסיף כי היא מעמידה את בתי המשפט בפני מבוי סתום בכל הנוגע לקביעת ההבדלים בין עובד, מורשה וקבלן עצמאי. כל עובד וקבלן עצמאי פועל עבור המעסיק במובן שניתן ליחס זה בע”א 404/54 הנ”ל. דוקא בתחום זה של אחריות, בו מטילים על המעסיק אחריות מוחלטת, יש לעמוד על כך כי ההבחנות תהיינה ברורות וחדות ככל האפשר.

ד”ר אהרן ברק

38. העקרון החווי של הסמכות הנחזית מופעל גם בידי הנויקין: ע”א 119/54 מקורות נ”ס פ”ד (י” פד”י, 156); ע”א 338/60 מדינת ישראל נ’ אורידה חדר (ט”ו פד”י, 1569). ראה הערה ב. הפרקליט, כרך י”ח, עמ’ 193.

39. ראה *Uxbridge Permanent Society v. Pickard* [1939] 2 K.B. 248.

40. ראה ע”א 233/49 ברלינסקי נ’ אחרון (ד’ פ’ (מ), 279).

41. ט’ פד”י, 1429, 1434.