

הגיונות דיני השליחות כהסבר לפסקו הנסתר של רש"י בדיני ריבית

מאת

אברהם וינרוט*

רש"י כתב בתשובה "מותר לישראל לומר לישראל חברו, לך ולווה לי מעות מפלוני ישראל בריבית, וגם תביא לו הריבית, שלא אסרה תורה אלא ריבית הבאה מיד הלווה ליד המלווה. וגם השליח לא עשה שום איסור, שהרי הריבית אינה שלו. ואם משום שלוחו של אדם כמותו – הרי קיימא לן שאין שליח לדבר עבירה להתחייב שלוחו. ואין לפרסם הדבר". מדוע אין לפרסם פסק הלכה שלדעתו של רש"י הוא לאמיתה של תורה? עיון בפסקו של רש"י יראה כי לכאורה הוא תמוה מאוד, ואכן האחרונים הרבו להקשות על דבריו, עד שהיו שסברו כי לא רש"י כתב את הדברים. בפועל הרמ"א פסק את דברי רש"י להלכה בהגהתו על השולחן ערוך. במאמר זה אנסה להסביר את דברי רש"י באמצעות ניתוח דרך פעולתה של שליחות, תוך הבחנה בין ייחוס של פעולה פיזית לבין ייחוס של תוצאה משפטית, בשילוב רעיון של הרב שמעון שקופ עם חידוש של החתם סופר. בתום העיון יובנו דברי רש"י ובכלל זאת, יובן מדוע נפסק כי אין לפרסם את הדברים בפני מי שאינו משכיל להבין את ההבחנות המופשטות של דיני השליחות.

פתח דבר: בין פתרונות של משפט אנליטי לבין פתרונות של משפט תכליתי. א. איסור ריבית: בין מושג הלכתי לבין מציאות. ב. פסקו של רש"י: פתרון על ידי תשלום של צד ג' כשמדובר בשליחות. ג. דיני שליחות במשפט הכללי. ד. דיני שליחות במשפט ההלכה; 1. אין שליח לדבר עבירה; 2. שליחות לדבר מצווה; 3. הסבר תורת הזיהוי על ידי החתם סופר; 4. שליחות רק לגבי מה שצריך אדם לעצמו. ה. הבחנה בין שליחות לביצוע מעשה לבין שליחות להשגת תוצאה. ו. הבחנה בין ייחוס המעשה לבין ייחוס התוצאה. סיכום: ניתוח של דיני השליחות ויישום הדברים בפסקו של רש"י בדיני ריבית.

פתח דבר: בין פתרונות של משפט אנליטי לבין פתרונות של משפט תכליתי

יעקב וינרוט ז"ל, אחי הגדול בכול, נשא הרצאה, שבה עמד על הבחנה יסודית בין המשפט הכללי לבין המשפט העברי, אותה הגדיר כשוני בין משפט אנליטי לבין משפט תכליתי.¹ לדבריו,

* פרופסור למשפטים, מרצה במרכז האקדמי פרס, עורך דין ומייסד משרד פרופ' אבי וינרוט ושות'.

המשפט העברי הוא מושגי. המושג קודם לאינטרס ולתכלית. המציאות נבראה על פי המושג שקדם לה² ומכאן, שמושג קודם לאינטרס ואינו יכול להשתנות מחמת אינטרס. לעומת זאת, המשפט הכללי מושגת על "משחק" של אינטרסים ותכליות ואיזון נכון ביניהם. מובן ש"משחק" זה מתקיים בתוך מסגרת מושגית, אבל המושג משועבד לתכלית ולאינטרס.

אחת מהדוגמאות שנתן יעקב ז"ל היא הכלל במשפט ההלכה שלפיו "אין שליח לדבר עבירה". מנקודת מבט של המשפט הכללי, אם אדם מינה שליח לעבור עבירה, אין לכאורה סיבה שלא יהא תוקף לדברים, שהרי העבירה היא ב"זירת משחקים" אחרת מזו של דיני השליחות, ובזירה של דיני השליחות אין מקום לקבוע שלא יהיה תוקף למינוי השליח, שנעשה מרצונו החופשי של השולח. אדרבה, התכלית החברתית הרצויה היא למנוע עבירות, ולכן יש מקום להרתיע ולחייב בפלילים הן את השליח והן את השולח. לעומת זאת, בעולם המושגים ההלכתי, שליחות היא חידוש תורני הנלמד מפסוק, והיא מושג מופשט שאינו מושפע מתכלית חברתית כלשהי, אלא קיים כשלעצמו. השליחות כמושג הלכתי לא התחדשה בתורה כדי לאפשר ביצוע עבירה, וממילא מובן כי אין בכוחו של אדם למנות שליח לביצוע עבירה.

אכן, דיני השליחות הם דוגמה מובהקת להבחנה זו בין המשפט הכללי לבין עולמה של הלכה. פרופ' אהרן ברק כתב ביחס לדיני שליחות:

יש לעמוד על כך שהתיאוריה תשרת את הפרקטיקה [...] עליה לשאוף לפתרונות חדשים וצודקים. 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.³

כלומר, במשפט הכללי, כאשר אין מושג כולל להגדרת דיני שליחות התואם למציאות, אין הדבר מעורר קושי מיוחד, שכן המציאות גוברת על התיאוריה ורק מחייבת למצוא עיקרון שיתאים לה. שונה הדבר במשפט ההלכה, שבה אין אנו מתאימים תיאוריה למציאות אלא להיפך.

1 יעקב וינרוט "בין משפט אנליטי למשפט תכליתי" (הרצאה בערב עיון לכבוד צאת ספרם של מיכאל ויגודה וחיים י' צפרי **שליחות** (מסדרת **חוק לישראל**, נ' רקובר עורך, התשע"ד), לשכת עורכי הדין, ירושלים, 25.2.2014).

2 זוהר, חלק ב דף קסא, ע"א. הקב"ה הביט בתורה וברא את העולם ("קודשא בריך הוא הסתכל באורייתא וברא עלמא"). הדברים מבוארים בדברי חז"ל במדרש בראשית רבה בראשית א, א – "התורה אומרת: אני הייתי כלי אומנתו של הקב"ה. בנהג שבעולם מלך בשר ודם בונה ארמון, אינו בונה אותו מדעת עצמו אלא מדעת אומן, והאומן אינו בונה אותו מדעת עצמו, אלא יש לו תכנית ושרטוטים אדריכליים, לדעת היאך הוא עושה חדרים והיאך הוא עושה שערים. כך היה הקב"ה מביט בתורה ובורא את העולם". נמצא כי התורה היא התוכנית שעמדה ביסוד היצירה, כשהבריאה היא השתקפותה הפיזית של התורה וזירת הביצוע שלה.

3 אהרן ברק "תיאוריית השליחות וכוח הייצוג" **ספר זיכרון לגואלטיארו פרוקציה – חיבורי משפט** 361, 351 (אהרן ברק ואח' עורכים, התשנ"ז).

ובכן, מה עושים בעולמה של הלכה כאשר נתקלים בקושי שמעוררת סתירה בין מושג הלכתי לבין המציאות, בהיעדר אפשרות לסטות מן המושג ההלכתי כמלוא הנימה? הפתרון עשוי להימצא על ידי הפשטה ברמה גבוהה מאוד.

מקרה מבחן לכך יהא הנושא שבו אדון במאמר דנא, שבו נוצר קושי במציאות מחמת איסור ריבית, שהוא איסור מוחלט שאינו נתון לפשרה כלשהי. לשם כך אשתמש ביסודות דיני השליחות, שאף הם נובעים ממקור תורני, שאינו מאפשר גמישות מושגית. עם זאת, הפתרון נמצא בעומק העיון וביכולת ההפשטה.

על כן, בספר זה, המוקדש לזכרו של אחי הגדול בכול, יעקב ז"ל, בחרתי לעסוק בדיון בדיני השליחות ובתיאוריה שבסיסה בעולמה של הלכה, כדי להמחיש את הפתרון שמוצא משפט מושגי לקשיים יישומיים, באמצעות הפשטה ועומק העיון.

א. איסור ריבית: בין מושג הלכתי לבין מציאות

ריבית היא איסור חמור מאוד בעולמה של הלכה.⁴ כיום, איסור זה מעורר קשיים רבים בחיי המעשה, שכן בעולם הכלכלי שבו אנו חיים, הריבית אינה שייכת רק לעולם המושגים של לווה ומלווה, אלא היא נמצאת כמעט בכל עסק שהוא ומחלחלת לכל פינה גם בחיי היום יום של אדם שאין לו עסקים כלל וכמעט שלא ניתן לחמוק ממנה. ניטול כדוגמה עובדת חיים פשוטה ושכיחה. אדם המאחר בתשלום חשבון חשמל ומקבל לאחר מכן חשבון עוקב ו"מעודכן" הכולל ריבית, מה יעשה? אם ישלם – יעבור על איסור ריבית. אם לא ישלם – יכבה האור בביתו⁵ (ומי

4 לסקירה על אודות מקורותיו, מידת חומרתו וטעמיו של איסור זה ראו אברהם וינרוט **ריבית 220** – 232 (להלן: וינרוט **ריבית**). איסור הריבית ניצב כנגד תחושת הבעלות המוחלטת של אדם בקניינו. הרש"ר הירש מבאר כי בעוד שניתן להשכיר נכס (מקרקעין או מיטלטלין) ולגבות דמי שכירות בגינו, אין לעשות כן בעת "השכרת כספים", מכיוון שהשוכר נכס משתמש במה שנמצא בבעלות המשכיר, ואילו הלווה כספים אינו משתמש בכספו של המשכיר אלא משתמש בנכס של עצמו, שהרי "מלווה להוצאה ניתנה" ועליו להחזיר כסף אחר ולא כסף זה עצמו. נמצא כי המלווה דורש תשלום בגין העובדה שמקור הכסף היה שלו. וכאן, הוא פוגע ביסודי האמונה, שהרי המקור הראשוני של הכסף אינו המלווה, אלא הקב"ה שהוא "קונה הכול". הרש"ר הירש מוסיף ומבהיר בהקשר זה בביאורו את הפסוק "אם-כסף תלוּה אֶת-עַמִּי, אֶת-הָעֵנִי עִמָּךְ-לֹא-תִהְיֶה לוֹ, כְּנִשָּׂה; לֹא-תְשִׂימוּן עָלָיו, וְנָשָׂךְ" (שמות כב 24), כדלהלן: "מבחינת המשפט הכללי אין בלקיחת ריבית כשלעצמה משום מעשה עוול בעיני התורה. הריבית איננה מנוגדת למושג המשפט, אלא לעקרונות היסוד שעליו תיבנה החברה היהודית. אילו הותר למלווה לראות את עצמו כ'נושה' גרידא, כמי שמתוך נדיבות לב גמורה מסר את כספו שלו לשימושו של איש פרטי אחר לזמן ידוע, הרי שהיה זכאי גם לגבות ממנו תשלום תמורת וויתורו הזמני על כספו או תמורת השימוש שהלה עושה בכספו שלו. אולם דווקא זאת מנעה התורה ממנו. הכסף שהלווה איננו כספו שלו ורק שלו, וההחלטה להלוות את הכסף אינה החלטה הבאה מתוך שרירות לבו. כספו הוא גם קניין ה', וההלוואה מצווה היא, והלווה אינו איש פרטי בלבד, הוא 'עמי' אחד מבני קהל ה', הוא הקהל שעל פי רצון ה' ייבנה על יסוד כוח הקסמים של מצוות גמילות חסדים".

5 השופט זילברג ציין בע"א 248/53 **רוזנבאום נ' זגר**, פ"ד ט 533, 548 (1995), כי הריבית היא אחת הסוגיות המשפטיות המעניינות ביותר, המפותחות ביותר, במשפט העברי כולו. נזדמנו כאן לפונדק אחד כמה וכמה גורמים: מצד אחד – איסור חמור וקיצוני על כל מה שיש בו ריח של ריבית,

אינו מחזיק בכיסו כרטיס אשראי אחד או יותר (?). דרך אחת לפתרון בעיה זו היא ה"היתר עסקה" הידוע,⁶ שיסודו ב"עסקה" שתוגדר בחלקה כשותפות ובחלקה כהלוואה בלי ריבית. ברם, היתר זה בעייתי מאוד ובפרט כאשר אין בפנינו שום עסקה אלא תשלום בגין שירות או בגין צריכה שוטפת, או אף בגין משכנתה לרכישת דירת מגורים פרטית.⁷

חיי המעשה מאלצים אותנו להתמודד עם חיובי ריבית, פתרון לכך עשוי היה להימצא מתוך ההלכה שלפיה איסור ריבית קיים רק ביחסים ישירים בין מלווה לבין לווה.⁸ מותר לאדם לומר לחברו: הא לך סכום (מאה שקלים) והלווה לפלוני מעות (אלף שקלים). במקרה זה המלווה אומנם מרוויח מן ההלוואה שנתן ללווה, שהרי צד ג' שילם לו על כך, אך אין זו ריבית ששילם לו מי שחייב לו כספים. בכך אין איסור ריבית, לפי ש"לא אסרה תורה אלא ריבית הבאה מלווה למלווה".⁹ (אף שבמצב הנוכחי עצם ההתקשרות עם החברה וההתחייבות לשלם לה ריבית – אסורות, ולא רק התשלום בפועל. אולם בעולם המוכן לפעול לפי ההלכה ניתן היה לייצר מחויבות של הצרכן ללא ריבית, והתחייבות צד ג' למצבי איחור בתשלום, וכדומה).

במישור הרעיוני היתר זה מובן לגמרי, שהרי לא היה כאן ניצול של הלווה מצד המלווה והסולידריות והדאגה לזולת בעם ישראל לא הופרו שהרי לא נגבה מהלווה דבר מעבר לקרן, אלא שהמצווה והדאגה לזולת לא נזקפות לטובת המלווה, שעשה זאת בשל התשלום שקיבל מהמבקש, אלא הן שייכות לאדם שדאג ללווה ושילם למלווה על ההלוואה.¹⁰

וסלידה נפשית עמוקה, מורשת דורות, מפני הטיפוס והמקצוע של מלווי בריבית (הם "כופרים בעיקר", "עושים התורה פלסטר ומשה טיפש", ושמן מוזכר בנשימה אחת עם "מגדלי חזירים" [...]); מאידך גיסא – ההכרח להתחשב בדרישות החיים היום יומיים, המחייבים להחזיר את הרצועה במקצת, מאין יכולת לוותר כליל ולגמרי על היתרון הכלכלי של האשראי. ולבסוף, או כתוצאה מן השנים הללו, הצורך בקביעת מושגים ודפוסים וצורות משפטיים, כדי לתחום בדיוק את הגבול בין האסור והמותר.

6 "היתר עסקה" מגדיר את ההלוואה כעסקה משותפת (joint venture) שבה המלווה משקיע כספים בשותפות עם הלווה. הוא מפקיד בידו מחצית מהסכום כהלוואה בלי ריבית ומחצית כפיקדון שאמור להיות מושקע בעסקה המשותפת שלשמה הלווה נוטל את הכספים מידו. בעקבות כך מוטל על הלווה להחזיר למלווה מחצית מהסכום בלי ריבית, ואת המחצית השנייה ביחד עם רווחי העסקה. שמה תאמר, מה יהא הדין כשהעסקה תעלה הפסד ולא רווח? לשם כך משתמש המשפט העברי בדיני הראיות, והצדדים מסכימים כי הלווה לא יהא נאמן לטעון שהעסקה לא הרוויחה אלא אם כן יישבע וכיו"ב קשיים ראייתיים המוטלים על שכמו. קושי חמור מתעורר למשל כאשר בנק מלווה את הכספים ובאשראי הוא משתמש כדי להשקיע את הכספים עבור הלקוח בניירות ערך וכיו"ב. במקרה זה אין צורך בדיווח של הלווה על אודות הרווחים, שהרי המלווה הוא שעסק בהשקעתם וטיפול בתיק ניירות הערך של הלקוח. במקרים אלו טענו הלקוחות כי אדרבה, לפי תנאי היתר העסקה לא זו בלבד שאין עליהם לשלם ריבית, אלא שהבנק מתבקש להשתתף עימם בהפסדים, שהרי לפי תנאי העסקה – הבנק שותף. לסקירה נרחבת ראו וינרוט ריבית, לעיל ה"ש 4, בעמ' 240–280.

7 לבעייתיות הכרוכה ב"היתר העסקה" ראו הרב משה פיינשטיין, שו"ת אגרות משה, יורה דעה, חלק ב, סימן מג. לסקירה נרחבת בהקשר זה ראו וינרוט ריבית, שם, בעמ' 244–272.

8 בבלי, בבא מציעא טז, ע"ב.

9 רמב"ם, הלכות מלווה ולווה, פרק ה, הלכה יד; שולחן ערוך, יורה דעה, סימן קס, הלכה יג.

10 הרש"ר הירש (לעיל ה"ש 4) מבאר כי "אין התורה שוללת מן הריבית כשלעצמה את ההצדקה הטבעית, והיא רק אוסרת אותה מתוך העיקרון היהודי של איחוד העם". במקרה שבו צד ג' דואג

על סוגיה זו מבאר הריטב"א, כי טעם ההיתר נעוץ בכך שצד ג' ששילם בגין מתן ההלוואה ללווה "מדידיה יהיב ומנפשיה יהיב" (משלו נתן ומעצמו נתן). הריטב"א מרחיב את ההיתר ומוסיף כי גם אם מדובר ביוזמה של הלווה שמחמתה פנה צד ג' אל המלווה, אין בכך איסור (כל עוד שהלווה לא מינה את צד ג' כשלוחו לעשות כן בשמו), ואף אם חזר הלווה ושילם לצד ג' את הסכום שנתן למלווה אין בכך איסור, שכן לא נוצר הסכם ישיר בין המלווה לבין הלווה בעניין חיוב הריבית.¹¹ עם זאת, הריטב"א מבהיר כי כאשר נאמר כלל שלפיו "לא אסרה תורה אלא ריבית הבאה מלווה למלווה", הרי שהדבר מותר רק אם צד ג' אינו שליח של הלווה, משום שריבית הבאה משלוחו של הלווה שהוא כמותו – אסורה.

בהתאם לכלל זה נמצא, כי אם אדם קיבל חיוב הכולל ריבית (למשל מחברת חשמל) והוא נאלץ לשלם אותו, יכול צד ג' לסייע לו ולשלם את החיוב במקומו, אם לא יפעל כשלוחו אלא ישלם בשמו הוא. צד ג' אינו עובר על איסור ריבית בעשותו כן. לאחר מכן, ובמיוחד בהתאם לדברי הריטב"א, אין מניעה כי יתחשבנו ביניהם צרכן החשמל וצד ג', שהרי בתשלום של הצרכן לצד ג' אין איסור מכיוון שצד ג' לא גובה ריבית כלשהי מן הצרכן אלא מקבל ממנו בדיוק את הסכום ששילם.¹² פתרון זה אינו פשוט כמובן, שהרי הוא מותנה בכך שיימצא צד ג' שיכצע את הטובה הזאת ללווה ויפעל בשם עצמו ולא בשליחותו.

הקושי המשפטי ליישום פתרון זה נעוץ בסברה, שהוברה בדברי הריטב"א, כי שליחות אינה חוסה תחת הפטור של ריבית שאינה באה מיד הלווה למלווה, שהרי שלוחו של אדם כמותו.

ב. פסקו של רש"י: פתרון על ידי תשלום של צד ג' כשמדובר בשליחות

בתשובה של רש"י מצינו פתרון גם לקושי זה מפני שהוא מתיר תשלום של צד ג' גם כשמדובר בשליחות. רש"י כתב בתשובתו כדלהלן:

מותר לישראל לומר לישראל חברו, לך ולווה לי מעות מפלוני ישראל בריבית, וגם תביא לו הריבית, שלא אסרה תורה אלא ריבית הבאה מיד הלווה ליד המלווה. וגם השליח לא עשה שום איסור, שהרי הריבית אינה שלו. ואם משום

לכך שתינתן ללווה הלוואה בלי ריבית מאת המלווה נמצא כי יש סולידריות בין המלווה ללווה שאינו גובה ממנו דבר מעבר להחזר הקרן, וכן יש סולידריות בין הלווה לבין צד ג' הדואג לכך שיקבל אשאי בלא ריבית מן המלווה. העיקרון הניצב בבסיס איסור הריבית מתקיים אפוא. לעומת זאת הרא"ש שם (ה, מז) וכן הטור, יורה דעה, סימן קס, סוברים כי ההיתר של ריבית שאינה באה מיד הלווה למלווה אלא ניתנת לצד ג' מותנית בשלושה תנאים: א. שהלווה לא ייזום את פנייתו של צד ג' אל המלווה; ב. שצד ג' לא ידרוש מן הלווה החזר של הכסף שנתן למלווה; ג. שהלווה לא יסכם עם המלווה לקבל ממנו הלוואה שצד ג' משלם בגינה, אלא צד ג' עשה כן על דעת עצמו. אם לא התקיימו כל התנאים הללו נאסר הדבר שכן צד ג' נראה כשלוחו של הלווה. ראו הרב שלום גלבר, נתיבות שלום, סימן קס, סעיף טז.

שלוחו של אדם כמותו – הרי קיימא לן שאין שליח לדבר עבירה להתחייב שלוחו. ואין לפרסם הדבר.¹³

הדברים מובאים להלכה בהגהת הרמ"א על שולחן ערוך ושם נאמר "ואין לפרסם הדבר בפני עם הארץ".¹⁴ קובע הרמ"א: "וכן עיקר. אף על גב דיש מפקקים בהיתור זה ומחמירין לאוסרו יש לסמוך עליו לעת הצורך".

בהתאם להיתור זה נמצא כי בדוגמה של חשבון החשמל הכולל מרכיב של ריבית יכול אדם לבקש במפורש מידיד שיפרע את החשבון עבורו. הידיד משלם את החשבון בשליחות הצרכן המאחר, ומכל מקום כיוון שאין שליח לדבר עבירה הרי שהתשלום לא מתייחס לצרכן המאחר אלא לידיד, והרי ידיד זה לא לווה מאומה מחברת החשמל ואין לו איסור לשלם לחברה ריבית כלל. בפסיקה זו של הרמ"א, המיוחסת לרש"י, טמון לכאורה פתרון לסוגיית הריבית אף בלא צורך להיזקק ל"היתר העסקה", על כל הבעייתיות הכרוכה בו, וזאת אף כאשר הלווה ממנה שליח לביצוע הפעולה.¹⁵ פתרון זה עשוי למנוע איסורי ריבית במיוחד כשהוא מצטרף לפתרונות הקיימים ומוסווה באמצעותם.¹⁶

ברם, דברי רש"י אלו קשים להבנה והם לכאורה כספר החתום, שהרי מבחינת התוכן הכלכלי של הדברים וההיגיון שבהם, אין הבדל לכאורה בין הלוואה בריבית הנעשית על ידי האדם עצמו לבין עשיית אותם הדברים באמצעות שליח. אם כן, כיצד תוכל שליחות לפתור את בעיית הריבית, שעה שהבסיס לשליחות הוא כי "שלוחו של אדם כמותו"? רש"י אכן מעלה שאלה זו, ומשיב כי שליחות אינה חלה במקרה זה לפי הכלל של "אין שליח לדבר עבירה", ומבהיר לכאורה כי באמצעות כלל זה נוצר מצב שבו הן השליח והן השולח אינם עוברים עבירה כלשהי. אך על פסק זה הקשה ה"לבוש עטרת זהב":¹⁷ ממה נפשך, אם בריבית שלא מהמלווה ללווה אין עבירה, אם כן יש כאן שליחות, ואם יש כאן שליחות יש כאן הלוואה שניתנה מיד המלווה ללווה ופירעון ריבית שהחזיר הלווה למלווה – וזו עבירה כפשוטה. כיצד ולהיכן נעלמה העבירה אם הדברים נעשו באמצעות שליח?

13 שו"ת רש"י, סימן קעז.

14 שולחן ערוך, יורה דעה, סימן קס, סעיף טז (ההדגשה הוספה).

15 יש לעיין אם היתר זה מסייע גם במציאות המשפטית הנוהגת בימינו, כאשר פעמים שכספי ההלוואה אינם מגיעים כלל מהמלווה ליד הלווה, כמו בעת נטילת משכנתה לצורך רכישת דירה שאין הבנק מוסר את כספי ההלוואה ללווה, אלא מעביר אותם ישירות לידידו של מוכר הדירה, (להבדיל למשל מהלוואה לכל מטרה המגובה במשכנתה). ברם, אם ההיתר נובע מכך שאין הסכם בין המלווה ללווה, כפי שנראה להלן בדברי כמה מן המפרשים את דברי רש"י, הרי שאין נפקות כמובן לעובדה שהכסף לא נמסר ישירות לידי הלווה אלא למוכר הנכס.

16 סביר להניח כי פתרון זה אינו שכיח אף שנפסק להלכה ברמ"א, הן מכיוון שיש פוסקים שחלקו עליו מכול וכול כאמור לעיל בה"ש 11. בנוסף, הש"ך הנוקט כי פסקו של רש"י נכון להלכה מציין כי "אין לעשות על פיו אלא לעת הצורך, כפי שפסק הרמ"א, שאם לא כן יתפרסם הדבר לכל".

17 הרב מרדכי יפה (תלמידו של הרמ"א) על טור יורה דעה, סימן קס, סעיף יג. הרב יפה חיבר עשרה ספרים שאותם כינה "לבוש" (שם מיוסד על הפסוק "ומרדכי יצא מלפני המלך בלבוש מלכות תכלת וחור ועטרת זהב"). ארבעת הספרים הראשונים יוחדו לפירוש ארבעת חלקי הטור, ומהם הספר "לבוש עטרת זהב", הוא הפירוש שכתב על טור יורה דעה.

אם לעומת זאת, אין שליחות כיוון שהשליח נשלח לעבור עבירה, איך אנו אומרים כי זו לא הלוואה שניתנה מיד המלווה ללווה ואין בפנינו פירעון ריבית של הלווה למלווה, הרי השליחות התבטלה וההלוואה היא ישירה, ואם כן איך יפרע הלווה את הריבית?¹⁸

כלומר, או שיש שליחות ואז ההלוואה והעבירה מיוחסות לשולח, או שאין שליחות ואז ההלוואה ניתנת לשליח וממילא העבירה היא של השליח. אם אין עבירה, הרי שאין מקום לכלל של "אין שליח לדבר עבירה", שהרי קיום דברי השולח אינם גורמים כל עבירה.¹⁸

תשובה לכך מובאת בספר "משנה למלך":¹⁹ במישור ההלוואה אין בפנינו שליחות מכיוון שאין שליח לדבר עבירה, ממילא נמצא כי לוי השליח הוא שנטל הלוואה מראובן המלווה, ואחר כך לוי הוא שהלווה שוב את הכספים לשמעון הלווה. יש כאן שתי הלוואות נפרדות ואין קשר ישיר בין ראובן לשמעון והמלווה של שמעון הוא לוי. לעומת זאת, בעת משלוח תשלום הריבית לראובן – יש שליחות. נמצא ששמעון העביר במישרין את כספי הריבית לראובן שאינו המלווה שלו (באמצעות לוי השליח). כך נמצא כי שמעון שילם כספי ריבית למי שאינו המלווה שלו, כלומר לראובן. זו אינה ריבית המשולמת מידי מלווה ללווה ועל כן אינה אסורה. הסברו זה של ה"משנה למלך" טעון הבהרה: מדוע אין שליחות במישור ההלוואה ויש שליחות במישור הריבית? לכאורה כשם שאין שליחות במישור ההלוואה ואין הלוואה ישירה של המלווה ללווה אלא שתי הלוואות נפרדות, הלוואה של המלווה לצד ג' והלוואה נוספת של צד ג' ללווה, כך גם בעת הפירעון אין כאן תשלום של הלווה למי שאינו המלווה שלו, אלא שני פירעונות נפרדים, תשלום פירעון קרן עם ריבית של הלווה לצד ג' (המלווה שלו) ואחר כך תשלום נוסף של קרן עם ריבית של צד ג' למלווה (שלו). ואם כן בפנינו שתי פעולות של הלוואה בריבית, והעצמת העבירה חלף פתרונה? נראה כי ניתן להבין את הדברים לנוכח ההבחנה בין ייחוס של פעולה פיזית לבין ייחוס של תוצאה משפטית, ומציאת הבחנה בין פירעון של קרן החוב לבין תשלום של ריבית.

לשם כך ננתח את דרך הילוכה של שליחות.

שליחות בהכרח אינה רק עשיית פעולה של אדם לפי בקשת חברו, שהרי אין צורך בחידוש הפסוק לכך שאדם יכול לעשות מעשה עבור חברו, ואפילו למלא בקשת חברו. כך מצינו שעשתה מרים אחות משה ללא כל חידוש מיוחד: "וּתְאָמַר אֲחֵתּוֹ אֶל בֵּית פְּרָעָה הָאֵלֶּךְ וְקָרָאתִי לָךְ אִשָּׁה מִיִּנְקַת מִן הָעֵבְרִית וְתִינַק לָךְ אֶת הַיָּלָד: וּתְאָמַר לָהּ בֵּית פְּרָעָה לְכִי וְתִלְךְ הַעֲלָמָה וְתִקְרָא אֶת אִם

18 לדיון נרחב בפסקו של רש"י ראו מהרש"ם, חלק ב, סימן קמה, המביא את דבריו של הרב מאיר אריק ומתדיין עימו באריכות בעניין זה; חוות דעת, יורה דעה, סימן קס, ס"ק ח שביקש ליישב את שיטתו של רש"י; הרב שלום גלבר, נתיבות שלום, סימן קס, סעיף טז, הביא סדרה של שאלות על מהלכו של ה"חוות דעת" ליישב את דברי רש"י; הרב יצחק זילברשטיין, חשוך חמד, בבא מציעא סז, ע"א.

19 "משנה למלך" על הרמב"ם, הלכות מלווה ולווה, פרק ה, הלכה יד: "אפילו לדעת רש"י ריבית על ידי שליח אסור משום דלא שייך בזה אין שליח לדבר עבירה, אבל היכא שלווה על ידי שליח שרי (מותר) משום דחשבינן כאילו השליח לווה לעצמו כיוון שאינו שלוחו של לווה והוא לא לקח הריבית אלא בחושבו שההלוואה היתה לשולחו לא לו, אבל האמת הוא שהשליח הוא הלווה וחוזר ומלווה אותם לשולח, והשולח אינו נותן הריבית למי שהלווה לו אלא למי שהלווה לשולחו שזה מותר גמור" (ההדגשה הוספה).

ה'לד'.²⁰ ואילו בגמרא מצינו שהשליחות אינה דבר מובן מאליו. הגמרא נזקקה לחידוש התורה כדי להורות שיש שליחות, והאריכה למצוא מקור שיהיה אפשר ללמוד ממנו לכל שליחות.²¹ לדוגמה: שמעון המבקש מלוי שיביא לו את חפציו מראובן, יכול לעשות זאת ללא החידוש של שליחות, ואין צורך לומר שלוי נחשב כשמעון. אדרבה נוח לו ללוי להיות אישיות נפרדת כדי להיחשב כמי שעזר לחברו. השליחות מתחדשת כאשר שמעון מבקש מלוי שיפעל בשבילו פעולה שיש לו צורך שתיחשב כאילו הוא עצמו פעל אותה, ורק השליחות יכולה להפוך את פעולת השליח שתיחשב כאילו הוא עצמו עשה אותה ותוצאתה תיוחס אליו.

כרוכים בשליחות שני חידושים משפטיים מפליגים: חידוש אחד הוא, כי פלוני עושה מעשה והתוצאה מיוחסת לזולתו. השולח לא עשה דבר ואף עסק באותה שעה בדברים אחרים לחלוטין, ובכל זאת התוצאה מיוחסת לו. החידוש השני הוא, כי יש תוקף לפעולת השליח אף כאשר בדיעבד השולח אינו שבע רצון מן התוצאה. כך למשל, שולח שמינה שליח לקדש אישה על פי שיקול דעת השליח, והשליח קידש אישה שאינה מוצאת חן בעיני השולח – האישה מקודשת. ודוק, הכלל הוא כי אין אישה מתקדשת בלא רצון המקדש, וכאן המקדש – השולח לא רצה מעולם בקידושה, ועם זאת, כל עוד שהשולח לא ביטל את השליחות בטרם הפעולה, הרי שהיא מקודשת לשולח, לנוכח רצונו ומעשהו של השליח. נבחן עתה את דרכה של השליחות ולהלן נראה כי הבנת דרך הילוכה של שליחות במשפט ההלכתי, תביא להבנת פסקו של רש"י וההבחנה הדקה הניצבת בבסיסו.

ג. דיני שליחות במשפט הכללי

את דרך פעולתה של שליחות במשפט הכללי ניתן להבין באמצעות שתי תיאוריות מרכזיות: "תורת הזיהוי" ו"תורת כוח הייצוג".²² להלן אעמוד בקצרה על יסודות הדברים. **תורת הזיהוי** – לפיה מינוי השליח יוצר פיקציה משפטית של זיהוי השליח עם השולח. כלומר, לעניין ביצוע נשוא השליחות נגדיר את השליח ואת השולח כ"אישיות משפטית" אחת. בהתאם לכך הפעולה מיוחסת באופן מלא ומוחלט לשולח כאילו עשה אותה בעצמו באופן פיזי, שהרי הוא והשליח חד הם. רצון השליח כמוהו כרצון השולח, שהרי השולח רצה שכל פעולה שתעשה על ידי השליח תיוחס אליו כאילו עשה אותה בעצמו.

20 שמות ב 7–8.

21 על כן, מציינת הגמרא במסכת קידושין מא, ע"א "שליחות מנלן?" [מהיכן נלמד הדין של שליחות?], ומביאה פסוקים ומקורות שונים שמהם נלמד דין השליחות, שכן אין המדובר בדבר המובן מאליו.

22 לסקירה של התיאוריות השונות ראו ברק, לעיל ה"ש 3, בעמ' 360–361: "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". כמו כן ראו אהרן ברק **חוק השליחות** (מהדורה שנייה, 1996) (להלן: ברק שליחות).

תורת כוח הייצוג – לפיה מאציל השולח לשליח את כוחותיו המשפטיים. כלומר, השליח והשולח שומרים כל אחד על זהותו העצמית, ורצון השליח אינו הופך להיות רצונו של השולח, אך השולח ביקש להאציל את כוחותיו לשליח. על כן, מכבדים אנו את רצון השולח, ומתחשבים רק במי שאליו הואצלו הכוחות.

לפי תורת כוח הייצוג, השליח והשולח אינם מזוהים זה עם זה, ומי שפועל הוא רצונו של השליח בלבד, כשהשולח "יוצא מן התמונה". בהתאם לכך, פעולת השליח אינה מיוחסת לשולח, אלא נעשית מכוחו ומדעתו של השליח בלבד. מינוי השליח מייחס רק את **התוצאה המשפטית** של המעשה לשולח, ובפנינו שני רצונות נפרדים: רצונו של השולח למנות שליח, ולאחר מכן רצונו של השליח לנקוט פעולה.

בין תורת הזיהוי לבין תורת כוח הייצוג יש נפקויות רבות. אתייחס לשתיים מהן. ראשית, אם מדובר בזיהוי של פעולת השליח עם השולח הרי שנשוא השליחות יכול להיות גם פעולה פיזית. הזיהוי של השליח עם השולח מייחס לשולח כל פעולה שעשה השליח ואינו עוסק בתוצאה או באחריות של מעשה השליחות. כל מהותו הוא בפעולות השליח המיוחסות לשולחו. לעומת זאת, אם מדובר בתורת כוח הייצוג, הרי שבפנינו האצלה של כוחות. מעשה השליח הוא מעשה שלו ולא של שולחו. השולח האציל עליו כוח הנותן לו יכולת לבצע פעולה בת־תוקף משפטי עבור משלחו. לפי הסבר זה "שליחות" מתייחסת רק לפעולה המשנה מצב מבחינה משפטית, אך אין שליחות לביצוע פעולה פיזית ללא תוצאה משפטית.²³

על כן, אם ראובן מבקש משמעון שייצגו בהלוויה או בארוחה, פעולתו של שמעון אינה יכולה להיות נשוא שליחות. גם סוכן ביטוח הממלא טופס עבור מבוטח אינו פועל כשליח, שהרי זו פעולה פיזית בלבד. לעומת זאת, אם הסוכן יחתום על הטופס בשם המבוטח, תהא זו שליחות, שהרי החתימה היא לא רק אקט פיזי אלא גם מתן תוקף משפטי להתקשרות החוזית ולהתחייבות. כמו כן, נטילת הלוואה היא נשוא שליחות, שהרי יש בה ליצור התחייבות בת־תוקף משפטי. לעומת זאת, פירעון הלוואה אינו נשוא שליחות,²⁴ שהרי זו פעולה פיזית גרידא.²⁵

23 ס' 1 (ב) לחוק השליחות, התשכ"ה–1965, קובע "כל פעולה משפטית יכולה לשמש נושא שליחות" (ההדגשה הוספה).

24 להשוואה ראו הרב יצחק הוטנר, פחד יצחק, חנוכה, מאמר ט: "הדעת הפועלת במעשה התחייבות הרי היא דעת יוצרת מציאות, שהרי אי אפשר לה להתחייבות שתחול מבלי דעת המתחייב. ונמצא שהדעת היא היוצרת את מציאות ההתחייבות. אבל, הדעת הפועלת במעשה פרעון, איננה אלא דעת מסכימה למציאות, שהרי אפשר להפרע מן האדם בעל כרחו ושלא מדעתו, ונמצא כשפורע מדעתו, אין הדעת יוצרת אלא מסכימה למציאות שמחוץ לדעת, אבל לעולם אין הדעת יוצרת מציאות של פרעון. דעת של התחייבות ודעת של פרעון הם שני סוגי דעת: דעת יוצרת ודעת מסכימה". כן ראו אברהם וינרוט "גמירות דעת יוצרת לעומת גמירות דעת המשלימה עם הקיים" **ספר רפאל: מאמרים ומחקרים בתורה ובמדעי היהדות לזכרו של ד"ר יצחק רפאל ז"ל** קצה (התש"ס).

25 ראו ברק שליחות, לעיל ה"ש 22, בעמ' 389–390. גואלטירו פרוקצ'יה **דיני שליחות בישראל** 79 (התשמ"ו) גורס כי פעולה שכזו היא נשוא שליחות. לעומת זאת, ברק (שם), סבור כי כדי שפעולה תיחשב משפטית היא צריכה להיות מכוונת להשגת השינוי בדין, ואין די בכך שהשינוי בדין יהא תוצאה. פעולה ריאלית אינה נשוא שליחות, שכן "פעולה משפטית היא הצהרת רצון. פעולה ריאלית אינה הצהרת רצון". ואולם, גם הצהרת רצון שאינה יוצרת כשלעצמה תוקף משפטי, אינה נשוא שליחות. ברק (שם), סבור כי ניהול משא ומתן – להבדיל מן ההתקשרות החוזית הבאה לאחר

פסק דין מעניין בהקשר זה הוא בעניין **בן-ארי**²⁶ שבו דן בית המשפט במקרה של אדם ששלח חוקרים פרטיים להקליט דברי לשון הרע שאמרה עליו הנתבעת. משהוגשה התביעה, טענה הנתבעת כי מכיוון שהחוקרים הגיעו בשליחותו של הנפגע, הרי שהדברים שהושמעו באוזניהם כמוהם כדברים שהושמעו באוזני הנפגע בעצמו. על כן, הם אינם מהווים לשון הרע, שהרי בהתאם לסעיף 2(ב)(1) לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965 "פרסום" לשון הרע הוא רק כאשר הדברים נמסרים לאדם "זולת הנפגע". בית המשפט דחה את הטענה וקבע כי השליח אינו זהה עם השולח והשמעת דברים באוזני השליח אינה מהווה השמעת דברים בפני השולח עצמו. הוא אומנם שליח ומשול לידו הארוכה של השולח, אבל אוזניים לשמיעת לשון הרע יש לו. בנוסף קבע בית המשפט כי הקלטה של אדם היא פעולה פיזית ולא משפטית ולכן אין זו שליחות. בית המשפט מצדד אפוא בפסק דין זה בתורת כוח הייצוג ולא בתורת הזיהוי.

לעומת זאת, בעניין **ניסים**²⁷ קבע בית המשפט העליון כי לעניין "אחריות שילוחית" על פי פקודת הנזיקין,²⁸ נעשה זיהוי בין השולח לבין השליח, שכן השליחות בפקודה משתרעת גם על פעולות פיזיות של השלוח, שנעשו שלא במסגרת פעולות משפטיות למען השולח. בית המשפט העליון קבע, כי יראו אדם כשלוח בנזיקין כאשר מדובר בפעולה פיזית, כאשר,

אם פעולתו של פלוני אינה נעשית באופן עצמאי משלו, אלא אם היא נעשית במסגרת הפעולות העסקיות של אלמוני, באופן שאין היא בחינת שירות חיצוני, הניתן לאלמוני, אלא פעילות, המהווה חלק פנימי ואינטגרלי לפעולתו העסקית של אלמוני. במצב דברים זה פעולתו של פלוני היא חלק פנימי ממערך הפעילות הכוללת של אלמוני, וניתן לראות בה כאחד האיברים, המהווים את גוף הפעילות כולה. בנסיבות אלה ניתן לראות בפלוני יד ארוכה, שכן הוא איבר חי מהמערך הכולל של אלמוני.²⁹

תורת האורגנים מזהה את פעולתו של נושא משרה בחברה עם פעולתה של החברה וסעיף 47 לחוק החברות, התשנ"ט-1999, קובע כי "פעולותיו של אורגן וכוונותיו הן פעולותיה של החברה וכוונותיה". הספרות נחלקה בשאלה אם עסקינן בשליחות על פי חוק השליחות

מכן – אינו נושא שליחות, אף שמוטלות נורמות משפטיות של תום לב על הנושא ונותן, ואף שהנושא ונותן מביע רצון ומפעיל שיקול דעת: "היקפו של שיקול הדעת אינו רלוונטי לאיפיונה של פעולה, ופעולה מטריאלית אינה הופכת למשפטית רק משום שיש שיקול דעת בביצועה". בדומה לכך, ראו יצחק אנגלרד "על תיווך ועל שליחות" **משפטים** 359, 364 (התש"ם): "ביצוע מעשה עוולה אינו פעולה משפטית במובן חוק השליחות, משום ששינוי המצב המשפטי אינו נפקות המבוססת על רצון המעוול".

26 ע"א (מחוזי ת"א) 1963/05 **דיור אקספרס נכסים והשקעות בע"מ נ' בן-ארי** (פורסם בנבו, 3.1.2007).

27 ע"א 502/78 **מדינת ישראל נ' ניסים**, פ"ד לה(4) 748, 756-757 (1981).

28 ס' 14 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] קובע "המעסיק שלוח, שאיננו עובדו, בעשיית מעשה או סוג של מעשים למענו, יהא חב על כל דבר שיעשה השלוח בביצוע אותו מעשה או סוג מעשים ועל הדרך שבה הוא מבצע אותם".

29 עניין **ניסים**, לעיל ה"ש 27, בעמ' 756.

התשכ"ה–1965,³⁰ אבל אין ספק כי עסקינן בפיקציה משפטית המייחסת לאישיות משפטית אחת מה שעשתה אישיות משפטית אחרת, ואף יוצרת זהות בין פעולות וכוונות האורגן ובין פעולות וכוונות החברה. תורת האורגנים חלה בתחומי המשפט השונים ומהווה בסיס להטלת אחריות אישית על החברה בדיני חוזים,³¹ בדיני נזיקין³² ואף לעניין אחריות פלילית.³³ צורה זו רואה את מי שהוסמך לפעול בשם החברה כמזוהה עם האישיות המשפטית של החברה. אין זו רק שליחות לעניין התוצאה המשפטית אלא בפנינו זיהוי של ממש אף לעניין המעשים הפליליים והכוונה הפלילית משל עסקינן באותו גורם ממש.

כאן מגיעים אנו לנפקות נוספת בין תורת הזיהוי לבין תורת כוח הייצוג, שהרי אם מדובר בזיהוי של השליח עם השולח הרי שנושא השליחות יכול להיות גם מעשה הנוגד את הדין, כפי שקובעת תורת האורגנים. לעומת זאת, אם מדובר בהאצלת סמכויות לבצע פעולות משפטיות, הרי שזו תיתכן רק במסגרת הדין ולא בהטלת אחריות לפעולה הנוגדת את הדין.³⁴

30 בעניין זה קיימת מחלוקת בין פרוקציה הסבור כי אין לזהות את תורת האורגנים עם דיני השליחות, לבין ברק סובר כי התורות משיקות. לעניין זה ראו אהרן ברק "חוק השליחות ותורת האורגנים" עיוני משפט ב 302, 315 (התשל"ב); ברק שליחות, לעיל ה"ש 22, בעמ' 69: "אמת, לאורגן ייחוד משלו בתחומי משפט שונים. עם זאת, בכל הנוגע לדיני השליחות, דינו כדין שלוח. הוא מבצע פעולה משפטית בשם התאגיד (ולא בשם עצמו) כלפי הצד השלישי. על כן יחול חוק השליחות על משולש היחסים תאגיד-אורגן-צד שלישי. זו תורת המעמד הכפול' עליה עמדנו במקום אחר. אכן, יש שוני בין אורגן לשלוח. עם זאת, שוני זה אינו מספיק עמוק כדי למנוע תחולתם העקרונית של דיני השליחות על האורגן המבצע פעולה משפטית כלפי צד שלישי. המשפט המשווה תומך בגישה זו".

31 ראו למשל ע"א 230/80 פנידר, חברה להשקעות פתוח ובנין בע"מ נ' קסטרו, פ"ד לה (2) 713 (1981); ע"א 4670/03 י.מ.ש השקעות בע"מ נ' כלל (ישראל) בע"מ (פורסם בנבו, 13.12.2006): ע"א 2553/01 ארגון מגדלי ירקות – אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נט (5) 509, 481 (2005).

32 ראו למשל ע"א 536/65 כץ נ' חברת "קציף" בע"מ, פ"ד כ (3) 533 (1966); ע"א 725/78 בריטיש קנדיאן בילדרס בע"מ נ' אורן, פ"ד לה (4) 253 (1981); ת"א (מחוזי ת"א) 1642/97 ס.א.י. – ירק בניה והשקעות בע"מ נ' הרדופים יוזמה בבניה בע"מ (פורסם בנבו, 18.5.2005); ת"א (מחוזי י-ם) 2538/00 ליטבק נורדוץ נ' הרשות הפלסטינית (פורסם בנבו, 8.7.2019).

33 ס' 23 לחוק העונשין, התשל"ז-1977. וראו למשל ע"פ 109/72 מדינת ישראל נ' פוז, פ"ד כח (1) 93 (1973); ע"פ 3027/90 חברת מודיעים בינוי ופיתוח בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד מה (4) 364 (1991); ע"פ 7399/95 נחשתן תעשיות מעליות בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נב (2) 105 (1998); ע"פ 3891/04 ערד השקעות ופיתוח תעשייה בע"מ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2.6.2005); ע"פ 5823/14 שופרסל בע"מ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 10.8.2015); ע"פ 99/14 מדינת ישראל נ' מליסרון בע"מ (פורסם בנבו, 25.12.2014); ע"פ 220/17 דנקנר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 29.8.2018).

34 ברק שליחות, לעיל ה"ש 22, בפס' 213; GEORGE WHITECROSS PATON, A TEXTBOOK OF JURISPRUDENCE 320 (4th ed. 1972), המבחין בין "acts within the law" לבין "acts of the law"; ע"א 318/82 יעבץ נ' סוכנות מכוניות לים התיכון בע"מ, פ"ד לח (4) 85, 91 (1984); זאב צלטנר דיני חוזים של מדינת ישראל 335 (1974): "לא יתכן להחיל על יחסים בין שולח המשתמש בחברו כשולח לדבר עבירה הוראות חוק השליחות המטילות על השלוח חובת נאמנות כלפי השולח, מקנות לשולח תרופות לאכיפת חובות אלה [...]".

אכן, קשה למצוא תיאוריה אחת שיש בה כדי "לכסות" את כל המקרים ותחומי המשפט השונים. להלן נראה כי המחלוקת הבסיסית בין הבנת שליחות לפי תורת הזיהוי לבין הבנת שליחות לפי תורת כוח הייצוג קיימת גם בהלכה. אלא שכאן, הקשיים שמתעוררים ביחס לכל אחת מן התיאוריות הללו, מחייבים מציאת פתרון מושגי שאין בלתו.

ד. דיני שליחות במשפט ההלכה

בהלכה קיימת מחלוקת יסודית האם שליחות נובעת מזיהוי בין השליח לשולח, או שמא היא נובעת מתורת כוח הייצוג.

תורת הזיהוי עולה בבירור מפסקו של הרשב"א,³⁵ שלפיו אם אדם התמנה לשליח למכירת נכס, אין הוא יכול לרכוש נכס זה לעצמו "אפילו באותם דמים שהרשוהו הבעלים למוכרו, לפי שהוא נעשה שליח להקנות הקרקע ללוקח, אבל לעצמו אינו יכול לזכותו ולהקנותו, דאין אדם מקנה לעצמו, שאין המכר אלא הוצאת דבר מרשות לרשות, וזה לא יצא מרשותו, שהוא עומד במקומו". כלומר, כשם שאדם לא יכול לבצע פעולה של מכירת נכס שלו לעצמו, כך כאשר השליח, המזוהה לחלוטין עם השולח, מבצע פעולת מכר בשם השולח והוא אישית רוכש את הנכס, נחשבת הפעולה כאילו הוא מוכרו לעצמו והנכס נשאר במקומו, משל הקנה אותו לעצמו והעבירו מידו האחת לידו השנייה. לעניין פעולת מכר זו, אין לפנינו "שליח" ו"שולח" אלא יש ביניהם זיהוי מלא והם משולים לאדם אחד ולאישיות משפטית אחת, שמחמתה אין השליח יכול לקנות את הנכס לעצמו בהיותו במקרה כזה, גם המוכר וגם הקונה.³⁶

כמו כן, תואמים לכאורה לתורת הזיהוי דברי התשב"ץ,³⁷ כי שליח יכול למנות שליח אחר לפעול בשם השולח, וזאת אף אם אין הרשאה מפורשת לכך מטעם השולח. ודוק, אם מדובר בתורת כוח הייצוג, הרי שקיימים במשלח שני רצונות: האחד – לבחור את השליח ולהאציל לו סמכויות, כשליביצוע רצון זה הוא לא מינה שליח אלא בחר בו בעצמו, והרצון השני – לבצע את המעשה עצמו. השליח קיבל כוחות בתחום הרצון השני הנוגע לביצוע מעשה השליחות ולא בתחום הרצון הראשון של הבחירה מי יבצע את השליחות. לעומת זאת, לפי תורת הזיהוי, נמצא כי כשהמשלח שלח את השליח לבצע את המעשה נהיה השליח מזוהה לחלוטין עם השולח, וכוחותיהם מתמזגים זה בזה, לכל דבר ועניין, בלא הבחנה בין שלב הביצוע לשלב המינוי והאצלת הכוחות. אף שייתכן שגם בתורת כוח הייצוג המשלח ייתן והשליח יקבל במפורש כוח להגיע לתוצאה בין על ידי פעולה של עצמו בין בכל דרך אחרת שיבחר, לרבות על ידי פעולה של אחר, מכל מקום הוא נצרך למינוי נוסף לשם כך, והוא אינו דומה לשליח של תורת הזיהוי שלאחר מינויו לביצוע הפעולה הוא יכול למנות שליח אחר לביצועה כאילו הוא בעל המעשה

35 שו"ת הרשב"א, המיוחסות לרמב"ן בסימן מד.

36 ברם, ייתכן כי ניתן להסכים לדינו של הרשב"א גם לפי תורת כוח הייצוג, שכן רואים בשליח "בעל דבר" לביצוע הפעולה ונוצר ניגוד אינטרסים של השליח אם הוא עצמו מגלם באישיותו גם את המוכר וגם את הקונה, וזו כוונת הרשב"א כי הוא נחזה כ"אדם המקנה לעצמו".

37 שו"ת תשב"ץ (הרב שמשון בן צמח דוראן), חלק א, סימן כה.

והמשלח. לכאורה זו משמעות לשונו של התשב"ץ האומר: "באותו כוח שנתן לו הבעל להיות שליח – באותו כוח עצמו יכול לעשות שליח".

הרב מאיר שמחה הכהן מדווינסק סבור כי התיאוריות השונות להגדרת השליחות, הן העומדות להבנת הסוגיה של "אין שליח נעשה עד"³⁸. כלל הוא כי "בעל דבר" אינו יכול להיות עד בעניינו שלו. אך מה הדין כאשר אדם מבקש להעיד בנוגע לעניין שבו הוא שימש רק כשליח של בעל הדבר? בעניין זה מצינו מחלוקת, במסכת קידושין דף מג, עמוד א, בין רב לבין רב שילא. לדעת רב, "שליח נעשה עד" – כלומר, אדם כשיר להעיד על מעשה שביצע כשליח עבור זולתו. אדרבה, היותו שליח רק מחזק את מהימנות עדותו, שהרי הוא מעיד מידיעה אישית על אודות דבר שהוא עצמו ביצע, "ומי כמוהו יודע". לעומת זאת, אין לראות בו "בעל דבר" הפסול לעדות, שהרי התוקף המשפטי של הפעולה פועל לטובת השולח ולא לטובתו האישית. לעומת זאת, לדעת רב שילא, "אין שליח נעשה עד, כיוון דאמר מר שלוחו של אדם כמותו, הוה ליה כגופיה". כלומר, השליח אינו כשיר להעיד, לאור הכלל של "שלוחו של אדם כמותו" הקובע כי השליח הוא כגופו של השולח. לכאורה, זוהי מחלוקת מובהקת בין מי שגורס שהשליח מזוהה לחלוטין עם השולח – לפי תורת הזיהוי, לבין מי שגורס כי השולח האציל את כוחו לשליח, אך אין ביניהם כל זהות. שיטת רב תואמת לכאורה לתורת כוח הייצוג³⁹ ואילו שיטת רב שילא הגורס כי השליח הופך ל"בעל דבר" ופסול להעיד, תואמת לכאורה לתורת הזיהוי ומחמתה השליח הוא כגופו של השולח ועל כן פסול לעדות.

עוד הוא מוסיף ומבהיר כי בהבחנה בין תורת הזיהוי לתורת כוח הייצוג תהא תלויה גם מחלוקת הפוסקים, האם יש תוקף לפעולת שליח – לאחר שהשולח איבד את כושרו המשפטי לבצע פעולות, כגון אם איבד את צלילות דעתו והשתטה. לפי תורת הזיהוי, היא השליח מזוהה במקרה זה עם שולח הנעדר כושר משפטי, וממילא תהא פעולתו חסרת תוקף. אך לפי תורת כוח הייצוג, בפנינו "שני רצונות": רצון השולח למנות שליח ורצון השליח הנחוץ כדי לבצע את הפעולה, בלא שיש זיהוי ביניהם. שני הרצונות הללו הובעו על ידי אנשים כשירים לחלוטין. השולח היה בעל כושר מלא בעת מינוי השליח ובכך סיים את תפקידו, ואילו השליח מבצע את הפעולה על פי רצונו שלו, והוא בר-כושר משפטי מלא בעת ביצוע הפעולה. יש אפוא לתת תוקף למעשיו. לדבריו אנו מוצאים תואם מלא לקשר זה בשיטת הרמב"ם,⁴⁰ שכן הרמב"ם פסק כי

38 הרב מאיר שמחה הכהן מדווינסק, "אור שמח" על הרמב"ם, הלכות גירושין, פרק ב, הלכה טו.
 עם זאת, בשו"ת הריב"ש, סימן פב, מובהרת המחלוקת, באופן התואם לתורת הזיהוי בשני צדדי הספק: "והאומר לשניים צאו וקדשו לי אישה הן הן שלוחיו הן הן עדיו, היינו משום דאינו נוגע בדבר ואין לו הנאה בעדות זו, אבל מכל מקום הרי הוא כמותו בכל ענייני השליחות, ולזה היה דעת מי שסובר שאין שליח נעשה עד, לומר שהוא כבעל דבר לגמרי, אע"פ שאינו נוגע בדבר, ובזה לא נפסקה ההלכה כמותו. אומנם, כל מה שהשליח אומר בעניין השליחות, הרי הוא כאילו אמרו השולח, וכיוון שאומר שקידשה לשולח נאמן, אף אם אין העדים בפנינו. הווי אומר כי המחלוקת היא רק האם הזיהוי הוא כה חריף עד שהשליח נחשב ל'נוגע בדבר'".

40 תואם זה אינו קיים לכאורה בפסקו של הטור. מחד גיסא, פוסק הטור באבן העזר, הלכות גיטין, סימן נעשה עד, משמע כי חלה תורת כוח הייצוג. מאידך גיסא, פוסק הטור באבן העזר, הלכות גיטין, סימן קכא, כי אם שולח נהיה שוטה והשליח מסר את הגט כשהשולח חולה "אינו כלום", משמע כי חלה תורת הזיהוי. נראה על כן, כי אין לכאורה הכרח לתלות את מחלוקת הרמב"ם והטור בשאלה האם חלה תורת כוח הייצוג או תורת הזיהוי, וגם לפי תורת כוח הייצוג יש מקום לפסוק כי אם בטל

"שליח נעשה עד" 41 – משמע כי הוא אינו מקבל את תורת הזיהוי אלא את תורת כוח הייצוג. הרמב"ם פסק, כי אם אדם מינה שליח למתן גט ונשתטה, הרי שראוי לשליח להמתין עד שהשולח יחלים, אך אם לא המתין והגט ניתן שעה שהבעל במצב של חוסר דעת, הרי שהגט פסול רק מדרבנן (גזירה שמא יאמרו כי גם שוטה כשר לגרש) אך מדאורייתא – הגט כשר. 42 גם הלכה זו תואמת לכאורה 43 לתורת כוח הייצוג שלפיה אין כל סיבה לפסול את הגט. נפקות מעניינת להבחנה בין תורת הזיהוי לבין תורת כוח הייצוג מצויה בספק שמעלה "קצות החושן" 44 בשאלת תוקפו של מעשה רכישת חפץ, שבו ראובן שלח את שמעון להגביה עבורו חפץ מפני שהוא רוצה לקנותו, אך השליח סבר שהחפץ שייך למשלח והוא מבקש ממנו להביאו אליו. במקרה זה לשולח יש כוונה לקנות, ולשליח יש רק מעשה רכישה באופן טכני על ידי הגבהת החפץ ללא כוונת קנייה. האם יכולה להצטרף כוונת השולח למעשה השליח? ה"חלקת

כושרו המשפטי של השולח, אין בידי השליח לבצע את הפעולה, שהרי על אף האצלת הסמכויות מיוחסת הפעולה בסופו של דבר למי שאינו כשיר לביצוע הפעולה. ואכן כך מבוארים הדברים בשו"ת "עונג יום טוב" (יורה דעה, סימן קיג): "דסובר (הטור) דכיוון דנשתטה פסק כוחו מלגרש, וגם שלוחו אינו יכול לגרש, ולא משום שהוא סובר דגדר שליחות הוא שגופו של שליח נחשב לגופו של שולח" (ההדגשה הוספה). כמו כן, נראה כי אין הכרח לבאר את הסוגיה במסכת קידושין מג, ע"א, בהתאם להסברו הנ"ל של ה"אור שמח" וניתן לומר כי דווקא לפי תורת כוח הייצוג אין שליח נעשה עד, שכן הפעולה איננה נעשית מכוחו של השולח ורק התוצאה מיוחסת לו, אך ה"בעל דבר" של המעשה הוא השליח ולכן אינו יכול להיות עד ביחס לנושא שאותו ביצע כשליח. לעומת זאת, לפי תורת הזיהוי הרי ברור כי אין מיוזוג של השולח עם השליח (וזאת בניגוד למבואר ב"אור שמח", וכפי שנראה בהרחבה להלן למשל בדברי התוספות רי"ד), אלא שהפעולה מיוחסת לשולח. אם הפעולה מיוחסת לשולח הרי שהשליח שהוא גוף נפרד אינו "בעל דבר" על פעולה זו והוא יכול להעיד על כך. בהתאם לכך כאשר פוסק הטור כי שליח נעשה עד, הרי שהוא פוסק את תורת הזיהוי ונמצא פסקו זה תואם למה שפסק כי אם השולח נהיה שוטה – אין השליח יכול עוד לגרש. במקרה זה השליח פועל ומייחס את פעילותו לשולח – ונמצאת הפעולה נעשית על ידי מי שאינו כשיר. לעומת זאת, הרמב"ם יובהר לפי מהלך זה, בהתאם למבואר ב"קהילות יעקב" על מסכת גיטין, סימן כ, שלפיו הטעם לכך שאם נשתטה השולח, הגט כשר מדאורייתא, שכן מכוחה של תורת הזיהוי נחשב השוטה (השולח) לבר-דעת, שכן השליח לא סתם ייחס לו את הפעולה – אלא ייחס לשולח פעולה שנעשתה על ידי בר-דעת.

41 משנה תורה, אישות, פרק ג, הלכה טז.

42 משנה תורה, גירושין, פרק ב, הלכה יד.

43 הרב יעקב ישראל קנייבסקי ב"קהילות יעקב", נוקט כי גם לפי שיטת הרמב"ם "אין שליח אלא כיד השולח והשולח הוא העושה את המעשה על ידי שלוחו שהוא כמותו". הטעם לכך שאם נשתטה השולח הגט כשר מדאורייתא נעוץ דווקא בתורת הזיהוי, שכן מכוחה נחשב השוטה למי שפעל כבר-דעת, שכן תורת הזיהוי כה חריפה עד שיש בה כדי לקבוע כי דעת השליח מועילה להגדיר גם את פעולת השולח כפעולת בר-דעת. לעיון נוסף בביאור דברי הרמב"ם ראו "קצות החושן", סימן קפח, סק ב; "ישועות יעקב" אבן העזר, סימן קכא, סק א; "חתם סופר", אבן העזר, חלק ב, סימן קנ וכן בהידושו על מסכת גיטין, דף ע, ע"ב, ד"ה ור"י; "כתב סופר", גיטין יג, ע"א; "עונג יום טוב", סימן קיג, ד"ה "ובגוף"; "אבני נזר", אבן העזר, סימן קצט, אות ד ואות ט וסימן ריז, אות א; "דובב מישרים", חלק א, סימן סה; "אפיקי ים", חלק ב, סימן מד; "מרחשת", חלק ב, סימן י, ד"ה "מעשה"; "אחיעזר", סימן כח, אות ח ואות יא; "אמרי משה", סימן יח, אות ג וסימן טז, אות יז. "קצות החושן" בסימן רעה, סק ג.

יואב⁴⁵ מבאר כי אם חלה תורת הזיהוי די לנו בכוונת השולח, שהרי מעשה השליח הוא כמעשה השולח והאחרון התכוון לזכות בנכס על ידי מעשה זה.⁴⁶ לעומת זאת, לפי תורת כוח הייצוג, השולח "יוצא מן התמונה" עם מינוי השליח, והכוונה של השולח – כמו גם אי-שפיותו – אינה מעלה ואינה מורידה. כדי ליצור קניין יש צורך בכוונת השליח שיכוון לבצע קניין על ידי מעשיו, ואם אין כוונה של השליח אין תוקף למעשה הרכישה של החפץ.⁴⁷

נראה כי יישום פשטני של תורת כוח הייצוג ושל תורת הזיהוי נתקל בקשיים עת שמעינים בשתי סוגיות: האחת, סוגיית "אין שליח לדבר עבירה"⁴⁸ המעוררת קושי לגבי תורת כוח הייצוג; והשנייה, סוגיית מינוי שליח לביצוע מעשה מצווה המעוררת קושי לגבי תורת הזיהוי.

1. אין שליח לדבר עבירה

בגמרא מצינו כי הטעם לכך שאין שליח לדבר עבירה נעוץ בסברה של "דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעים"⁴⁹ – כלומר, ההיגיון מחייב כי השליח לא עשה את מעשה העבירה מחמת ציווי המשלח, שהרי במקרה זה הוא לא היה אמור לשמוע למשלח אלא לרבו, ואם בכל זאת עשה את המעשה הרי שעשה אותו מחמת הכרעה ערכית שלו עצמו לעבור על הנורמה המוסרית ולא בגלל דברי התלמיד (השולח).⁵⁰ מן הגמרא משתמע אפוא כי אלמלא הייתה זו הכרעה ערכית של השליח מכוח עצמו, אלא מעשה הנעשה אך ורק מחמת השולח, הרי שהיה תוקף לשליחותו. יתירה מכך, בהמשך הסוגיה שם מצינו⁵¹ כי יש נושאים אשר לגביהם יש שליח לדבר

45 "חלקת יואב", חלק חושן משפט, הלכות שלוחים, סימן ג.

46 "חלקת יואב" מוסיף ומציין בהקשר זה כי כך משתמע מדברי הרמב"ן בספרו "מלחמות ה'", על מסכת ראש השנה, סוף פרק ג, המציין כי אם התוקע בשופר מכוון להשמיעו והשומע מתכוון לצאת, יצא ידי חובתו. ומבואר בב"ח על הטור אורח חיים, סימן תלד, כי הדין של "שומע כעונה" נובע משליחות. וכן לשון המשנה במסכת ברכות, סוף פרק ה, המציינת "המתפלל וטעה סימן רע לו ואם שליח ציבור הוא סימן רע לשולחיו מפני ששליחו של אדם כמותו". מכאן מסיק ה"חלקת יואב" כי "מצטרפים מעשה השליח לכוונת השולח".

47 גם לפי תורת הזיהוי נראה כי אין כל הכרח לחדש שניתן לצרף מעשה של אחד עם כוונה של משנהו. אין כל הכרח לגרוס כי מעשה סתמי של הגבהה הופך לקניין כאשר למגביה עצמו אין כוונה להפכו ממעשה פיזי נטול משמעות, למעשה עם תוקף קנייני. לכאורה, מעשה קניין צריך מלכתחילה להיות בר-תוקף ואחר כך ניתן לייחס את הפעולה בכללותה לשולח, אך אין אפשרות לזהות עם השולח מקטע אחד ממכלול וליתן לו משמעויות ותוקף מכוח כוונת השולח.

48 לבירור הסוגיה של שליחות לדבר עבירה, ראו גם אהרן קירשנבויים "עיונים בשליחות לדבר עבירה" שנתון המשפט העברי א 219 (התשל"ד); פרץ סגל "לבירור המקור המשפטי של הכלל 'אין שליח לדבר עבירה'" שנתון המשפט העברי ט–י 73 (התשמ"ב התשמ"ג); שמשון אטינגר פרקי שליחות במשפט העברי בהשוואה לחוק השליחות, תשכ"ה-1965, 171 (התשנ"ט).

49 בבלי, קידושין מב, ע"ב.

50 ראו רש"י שם ד"ה "אין שליח" המבהיר כי במקרה של דבר עבירה אין זו שליחות "אלא הרי הוא כעושה מאליו".

51 בדומה לכך מצינו במסכת קדושין מב, ע"ב: "תניא שליח שלא עשה שליחותו שליח מעל, עשה שליחותו בעל הבית מעל" (ההדגשה הוספה). ומבהירה הגמרא "שאני מעילה דיליף חטא חטא

עבירה, כגון מעילה, טביחה ומכירה. כמו כן, במסכת קידושין דף מג, עמוד א מצינו את שיטת שמאי הזקן שלפיה, האומר צא הרוג את הנפש – השולח חייב.⁵² ברם, לפי תורת כוח הייצוג סוגיה זו מעוררת קושי הן במישור המהותי והן במישור הטכני. מבחינה מהותית, אם החידוש של שליחות הוא כי ניתן להאציל סמכויות, הרי שהאצלה זו היא יציר הדין ו"אין לך בו אלא חידושו". הדין אינו מחדש יכולת להאציל סמכויות לביצוע דבר עבירה. יתרה מכך, תורת כוח הייצוג יוצאת מנקודת הנחה כי בידי השולח מצויים כוח (משפטי) וסמכות שאותם הוא מאציל לשליח. אך בדבר עבירה שהמשלה אינו רשאי לעשותה, איך יוכל להאציל סמכות לבצע דבר, שהוא עצמו אינו רשאי לעשותו?

מבחינת ההיגיון הדתי, כדי שעבירה תיחס לשולח, מן ההכרח כי המעשה הפיזי של העבירה יהיה מעשה של השולח. לעומת זאת אם השולח "יוצא מן התמונה" ומותיר את הזירה כולה לשליח, שאינו מזוהה עם השולח, אלא עומד בפני עצמו ורק פועל מכוח סמכות שהאצלה לו, הרי שאין כאן מעשה עבירה של השולח.

הכיצד תיתכן אפוא "שליחות לדבר עבירה" בהתאם לתורת כוח הייצוג? וכי יכול אדם להאציל סמכות לבצע פעולה שאיננה בסמכות ואיננה ברשות? וכיצד ייתכן לייחס לשולח עבירה מכוח מעשה השליח, בלא לייחס לשולח את מעשה העבירה ולזהותו עם עשיית מעשה העבירה?

2. שליחות לדבר מצווה

בתוספות רי"ד על מסכת קידושין דף מג⁵³ מובהר כי לא מועילה שליחות לעשיית מעשה מצווה, כגון ציצית, תפילין, סוכה ולולב, שכן "דבר שהוא חיוב על גופו לא מתקיים על ידי שליח, שהרי הוא (השולח) מחויב לעשותו, ואם השליח עושה, הרי השליח עשה בגופו, ולא גופו של שולח עשה המצווה". התוספות רי"ד יוצא מתוך הנחה כי גופו של השליח אינו כגופו של המשלח (נמצא אפוא לדבריו, כי אין שליחות לביצוע פעולות פיזיות, אף אם יש כתוצאה מהן נפקות הלכתית, כגון שכרוכה בהן קיומה של מצווה). מכאן מסיק ה"עונג יום טוב" "שאין גופו של שליח נעשה ממש כגופו של שולח", אלא "שלוחו יש לו כוח לעשות דבר זה כמו השולח, וזה גדר כוחו של שליחות להיות כוח לשליח לעשות הדבר כמו השולח".⁵⁴

מתרומה, מה תרומה משווי שליח אף מעילה משווי שליח". ובהמשך הסוגיה מבואר כי הוא הדין בטביחה ומכירה, ומשום כך אין ללמוד ממקורות אלו דבר קיומה של שליחות לדבר עבירה בכל מקום, שהרי אלו "שני כתובין הבאים כאחד ואין מלמדין".

52 דבר זה נלמד מן האמור בכתוב (שמואל ב, יא 15), כי דוד שלח לצוות את יואב לאמור "הבו את אוריה אל מול פני המלחמה החזקה ושבתם מאחרי וניכה ומת". ביחס לשליחות זו אמר חגי הנביא לדוד (שם, יב 9) "את אוריה החתי הכית בחרב [...] ואותו הרגת בחרב בני עמון". משמע, כי הפעולה של יואב, שנעשתה במצוות דוד, יוחסה אל דוד, אף שנחשבה למעשה אסור.

53 ראו "כפות תמרים", מסכת סוכה, דף מא, ע"ב, ד"ה "מנא הני מילי".

54 שו"ת "עונג יום טוב", חלק יורה דעה, סימן קיג, המסיק לאור דברי התוס' רי"ד כי אין מקום לאימוץ תורת הזיהוי וכאשר נאמר כי שלוחו של אדם כמותו "אין הכוונה שמחשבין ממש לכל הפרטים כאילו השולח עשה דבר זה וגופו כגופו, רק ששלוחו יש לו כח לעשות דבר זה כמו השולח, וזה גדר כוחו של שליחות להיות כח לשליח לעשות הדבר כמו השולח".

ברם, לגורסים את תורת הזיהוי, נשאלת השאלה, מדוע לא ניתן למנות שליח לביצוע פעולה פיזית של עשיית מצווה, כגון הנחת תפילין או עבירה כמו גניבה, כאשר המעשה שנעשה בציווי ייחוס אליו כאילו הוא עצמו עשהו?⁵⁵

3. הסבר תורת הזיהוי על ידי החתם סופר

"חתם סופר" מניח כהנחת יסוד את תורת הזיהוי, ומבהיר כי משום כך היה מקום לשליחות גם לדבר עבירה אלמלא חידשה התורה כי אין תוקף לשליחות זו.⁵⁶ בהתאם לכך, נזקק "חתם סופר" להבהיר מדוע לא ניתן למנות שליח לביצוע פעולה פיזית של עשיית מצווה, כגון הנחת תפילין? "חתם סופר" מביא את דברי התוספות ר"ד, ומבחין כי דבריו לא נאמרו במצוות הנעשות באמצעות פעולת גופו של האדם כשהגוף הוא עושה הפעולה – שלגביהן כן ניתן למנות שליח, לבין מצוות שמלבד פעולת גופו התורה רצתה שיהיו על גופו, כשהגוף הוא מושא הפעולה – שאותן לא ניתן לבצע על ידי שליח. זאת משום שהחידוש של איחוד הזהות בשליחות התחדש על עושה הפעולה ולא על מושא הפעולה. כך למשל: במצוות תפילין, פעולת הקשירה של השליח יכולה להיחשב כאילו נעשתה על ידי השולח, על כן, כאשר השליח יקשור תפילין על זרועו של השולח יצא השולח ידי חובתו. אבל הנחת התפילין על זרועו של השליח לא נחשבת כהנחתם על זרועו של השולח. כמו כן, הממנה אדם כשליח כדי שימול את עורלת השליח, הרי שמילת השליח לא תהפוך את השולח למהול. אילו חלה שליחות במקרה זה הרי שהשולח ייחשב כמי שביצע את מעשה המילה – בשליח, אך הוא לא ייהפך למהול עקב כך.⁵⁷

"חתם סופר" מבהיר אפוא כי תורת הזיהוי תיצור זהות של עושה הפעולה עם השולח וממילא הנחת התפילין על זרועו של השליח כמוה כפעולה של השולח – המניח את התפילין, אבל ההנחה תהא על זרועו של השליח וברור כי את התפילין צריך להניח על זרועו של השולח כדי

55 סוגיה נוספת שקשה ליישבה עם תורת הזיהוי מצויה בתלמוד הירושלמי, מסכת גיטין, פרק ו, הלכה א, שממנה עולה כי אדם אינו יכול לעשות שליח לקבל במתנה דבר שאינו שלו ואין שליחות אלא כשהשולח הוא בעל החפץ נשוא הקניין. הרב שמואל רוזובסקי, "שיעורי רבי שמואל" על מסכת גיטין, דף יא, ע"ב, אות קצד, מבאר כי הטעם נעוץ בכך "שמי שאינו בעל הממון כיוון שאינו בעלים על הדבר הנקנה אינו יכול לתת לשליח כוח זכיה על הדבר, שהרי גם לו עצמו אין כוח ובעלות עליו לקנות ולזכות, אלא שכשקנים לו והוא זוכה קנה" (ההדגשה הוספה). סוגיה זו אינה מתיישבת לכאורה עם תורת הזיהוי.

56 שו"ת "חתם סופר", חלק א (או"ח), סימן רא. על כן מתלבט "חתם סופר" "האם סברא חיצונה היא שיהיה שליח כמותו ולא בא הפסוק אלא למעט דבר עבירה וממילא שוב צריך פסוק לרבות שליחות למצוה, או נאמר בהיפוך, שסברא חיצונה היא שאין שליח כמותו ונצטרך פסוק כדי לרבות שליח למצוה ומשום כך צריך מיעוט לדבר עבירה".

57 דוגמה בנושא אחר: ראובן השולח את שמעון לקנות לו חפץ על ידי קניין הגבהה הרי שפעולתו של שמעון יכולה להתייחס כאילו נעשתה על ידי ראובן, אבל אם ישלחנו לקנות לו בקניין חצר, חצרו של שמעון לא נעשית חצרו של ראובן, והקניין לא יחול אלא מדין "זכין".

שהלה יצא ידי חובה. זיהוי של הזרוע של השליח עם זרועו של השולח – לא ניתן לבצע על ידי שליחות.⁵⁸

בהמשך לכך, מבהיר "חתם סופר" כי לעניין שליחות לדבר עבירה יש להבחין בין עבירה שבה האדם הוא **שעושה** פעולת איסור – ואשר לגביה ניתן היה למנות שליח לדבר עבירה, אלמלא חידוש הפסוק השולל זאת, לבין עבירות שהגוף הוא **מושא** הפעולה – שאותן לא ניתן לבצע על ידי שליח, וממילא הפסוק שילמד כי "אין שליח לדבר עבירה" לא תקף לגביהן. כך למשל:

עריית – אם אמר השולח לשליח "בצעל אשתך", הדבר מותר אף שאישה זו היא בגדר ערוה לשולח, שהרי השולח לא שלח את השליח לבעול ערוה אלא מושא הפעולה היא אשת השליח המותרת לו, ועל כן אין בכך איסור גם אם הפעולה נעשתה בשליחותו של השולח. כמו כן, שולח שאמר לשליח "בעל אשתי", מובן כי אם עשה כן הרי שבעל ערוה, שכן הפעולה יכולה להתייחס לשולח אבל **מושא הפעולה** אינו משתנה על ידי השליחות, ובפועל זו אינה אשתו של השליח אלא אשת השולח האסורה בתכלית על השליח. על כן, הדבר אסור גם אם הוא נעשה בשליחותו של השולח.

אכילת תרומה – העבירה היא על גופו של העושה והגוף הוא מושא הפעולה, כשהדין אוסר על מי שאינו כהן לאכול תרומה, ולא שתרומה לא תיאכל. משום כך: אם ישראל אומר לכהן אכול תרומה, הרי שבפנינו פעולה שגם אם היא מיוחסת לישראל (השולח) הרי שמושא הפעולה הוא כהן, שגופו הוא שאכל תרומה. הדברים משולים במקרה זה לישראל שהאכיל תרומה לכהן – על כן אין שום איסור בדבר. ולהפך, אם כהן שלח ישראל לאכול תרומה, הרי שגם אם הפעולה מזוהה עם השולח הכהן, הרי שמושא הפעולה הוא ישראל שגופו אכל תרומה, והדבר משול לכהן שהאכיל תרומה לישראל ועל כן הדבר אסור.

מלאכות שבת – העבירה היא על גופו של העושה והגוף הוא מושא הפעולה, כשהדין הוא שהאיש ינוח ולא **שהתוצאה לא תתבצע**. כך מובא בירושלמי במסכת שבת פרק ראשון כי מן הפסוק "ששת ימים תעשה מלאכתך וביום השביעי תשבות" – למדים כי מותר לפתוח (ברז) מים לגינה בערב שבת, אף שזו מתמלאת והולכת כל השבת, וכן מותרים בישול וכל מלאכות שעשאן מערב שבת אף על פי שהן מסתיימות בשבת. "שלא הקפיד הקב"ה על מלאכה בשבת אלא על איברי בעלי חיים של ישראל, הוא ועבדו ושוורו שינוחו, אבל אין איסור על המלאכה הנעשית מאליה". על כן, לא שייך הכלל של "שלוחו כמותו אפילו יש שליח לדבר עבירה".

לפי הסברו של "חתם סופר", תורת הזיהוי אינה סותרת את העיקרון שקבע התוספות רי"ד כי אין שליחות במצוות שבגופו, שכן דברי התוספות רי"ד התייחסו למצוות שיש לקיימן על גופו של השולח, כשהוא מושא הפעולה. לכך לא מועילה תורת הזיהוי. לעומת זאת, למצוות שיש לקיימן באמצעות גופו של השולח כנושא הפעולה, תועיל שליחות – מכוח תורת הזיהוי.

58 ובהקבלה לפסק הדין בעניין **בן-ארי**, לעיל ה"ש 26, אמירת לשון הרע באוזני השליח אינה נחשבת כאילו נאמרה באוזני השולח.

4. שליחות רק לגבי מה שצריך אדם לבצע בעצמו

"חתם סופר" מוסיף ומבהיר כי החידוש בכל שליחות אינו עצם היכולת לבצע את הדברים עבור הזולת, אלא הזיהוי של השליח עם השולח, כך שהדבר ייחשב "שלוחו כמותו".⁵⁹ השליחות והזיהוי באים להרחיב את אישיותו המשפטית של השולח ולא את ידו הפיזית. דין השליחות נאמר על כן אך ורק לגבי נושאים משפטיים שלגביהם יש "דין" שהאדם יעשה את הפעולה בעצמו, וזהו החידוש של "שלוחו כמותו" המועיל לזהות את מעשה השליח עם השולח. לעומת זאת, נושאים שמלכתחילה אין הכרח לעשותם באופן אישי, כמו הבאת כוס מים שיכול אדם לעשותם גם על ידי אחר, אין בהם צורך בחידוש התורני של דין השליחות. דין השליחות התורני נאמר רק על פעולות שיש לעשותן מבחינה משפטית באופן אישי ושם חלה תורת הזיהוי.⁶⁰ בפעולות המצריכות שליחות ישנן גם ההגבלות החלות מצד דיני השליחות, כגון ביצוע השליחות רק על ידי מי שכשר להיות שליח. לעומת זאת, פעולות טכניות ופיזיות שאין בהן צורך לדיני שליחות ניתן לבצען על ידי כל אדם – לרבות על ידי מי שפסול לשמש כשליח. לדוגמה, ניתן לבקש הבאת כוס מים מקטן אך אי-אפשר לשולחו שיקדש אישה למשל. מתוך כך מסיק "חתם סופר" כי ניתן לשלוח משלוח מנות על ידי קטן שאינו בר-שליחות למרות שבהגדרת המצווה נאמר "לשלוח" מנות, משום שפעולה זו אינה פעולה משפטית, אלא פעולה מטריאלית. "משלוח מנות אינו שונה לעניין זה מפרעון חוב". על כן, גם מי שפסול להיות שליח, ואפילו קוף, יכול לבצע דברים עבור זולתו – כשאין מלכתחילה הכרח לעשותם באופן אישי.⁶¹

59 חתם סופר בחידושו על מסכת גיטין כב, ד"ה "והא לאו בני דעה ניהו": "ודע והבן, כל מה שאמרו חז"ל פלוני בר שליחות או אינו בר שליחות, היינו בר שליחות כמותו או אינו בר שליחות כמותו, אבל שליח אפילו קוף יכול להיות שליח אלא שאינו כמותו. נפקא מינה, היכן שהקפידה תורה שהבעל דין בעצמו יעשה – אלא שאנו אומרים שלוחו הוא כמו עצמו. לזה צריך דין שליחות, שאם לא כן לא היה כמותו. אבל, היכן שאמרה תורה שישלח שליח, כגון משלוח מנות זה מועיל אפילו על ידי קוף וכל הפסולים, והבן זה כי כבר טעו בו גדולים וטובים ממני" (ההדגשות הוספו).

60 דברי חתם סופר מוכחים מהסוגיה במסכת עירובין לא, ע"ב, שבה מצינו משנה כי "השולח עירובו ביד חרש שוטה וקטן [הפסולים לשליחות ולכל פעולה משפטית] – אינו ערוב". ומבהירה הגמרא כי דברים אלו מתייחסים רק לעירובי תחומין ולא לעירובי חצרות. והטעם לכך מובהר ברש"י שם כי עירוב תחומין דורש הכרעה ושיקול דעת, שכן עליו להחליט כי עקב שביתתו בצד האחד, תחום שבת שלו יהא 4,000 אמה רק לאותו הצד, ולא יהיו לו 2,000 אמה לכל צד אחר של העיר. ובלשון רש"י "אבל עירובי תחומין, אקנויי שביתה הוא וקטן לא אלים למקני". רק עירובי תחומין שבהם נדרשת הקנאה, לא ניתן לעשות על ידי מי שפסול להיות שליח, שכן דרושה פעולה של האדם עצמו כדי להביע את גמירות דעתו לבצע קניין, ובכך נדרשת שליחות. לעומת זאת, עירובי חצרות מתהווים מאליהם על ידי פעולה טכנית של הנחת אוכל משותף בחצר ואין צורך לגביהם בשליחות. על כן, גם מי שפסול להיות שליח יכול לבצע זאת עבור השולח.

61 לפעולה של פירעון החוב יש כמובן נפקות משפטית אבל הפעולה עצמה היא יצירת "שובע" פיזי ותו לא. אין נפקות היאך נגרם פירעון החוב ואין הכרח שהלווה יפרע את החוב, גם ממון של הלווה שהגיע באקראי אל המלווה יכול להיחשב פירעון. יש להבחין בין מקרה זה לבין קיום תנאים. כגון מי שמוכר בית לחברו בתנאי שילך למקום פלוני ובוים פלוני. אף שפירעון תמורת המכר יכול להגיע למוכר גם שלא על ידי שליח, הרי שקיום התנאי של ההליכה אינו יכול להיעשות על ידי שליח משום שמושא התנאי אינו יכול להשתנות על ידי דיני שליחות, ומושא התנאי היה הקונה.

"חתם סופר" מגדיר את ההבחנה האמורה, בין "שליחות" משפטית שהתחדשה על ידי התורה לבין שליחות פיזית, שהיא בגדר "הליכות עולם". השליחות שחידשה התורה והנלמדת מפסוקים היא רק שליחות לביצוע פעולה בת־תוקף משפטי, להבדיל משליחות לביצוע פעולה פיזית, כגון פירעון חוב, שאותה לא חידשה התורה "אלא זה הוא מהליכות עולם".⁶² כלומר, פירעון חוב הוא פעולה פיזית וממילא אין צורך בעניין זה בתחולת תורת השליחות הנלמדת מפסוק, ועל כן, ניתן לעשותה גם על ידי מי שאינו נכלל בחידוש התורני של שליחות, ושאינו כשר להיות שליח (כגון גוי או קטן). על כן, מלווה שקיבל החזר של כספו על ידי מי שפסול להיות שליח, אינו יכול לטעון כי החוב לא נפרע על ידי הלווה, שכן לפעולה פיזית אין צורך בשליחות על פי דיני השליחות. הסוגיות הדנות בשאלה האם "שליח נעשה עד" עוסקות גם בפירעון חוב ועל כן אינן שייכות כלל להלכות שליחות, והמערב "שלוחו כמותו" האמור אצל פירעון חוב עם שארי "שלוחו כמותו" הרי זה "מערב כלאים".⁶³

ה. הבחנה בין שליחות לביצוע מעשה לבין שליחות להשגת תוצאה

בהסבר זה של "חתם סופר" אין די לכאורה כדי להבהיר את החילוק מדוע מצינו בגמרא במסכת כתובות דף עד, עמוד א כי לא ניתן למנות שליח לבצע פעולה של חליצה שמפקיעה את זיקת האישות בין היבמה לבין היבם, ואילו במתן גט, המנתק את זיקת האישות בין האישה לבעלה, ניתן למסרו ולקבלו באמצעות שליח? כדי להבהיר נקודה זאת, מן ההכרח להיזקק להבחנה נוספת.

הבהרתי כי שליחות באה להרחיב את אישיותו המשפטית של השולח ולא את ידו הפיזית.⁶⁴ היכן הרחיב הדין את אישיותו המשפטית של השולח? כאשר יש בפנינו פעולות משפטיות שתכליתן להשיג תוצאה. תוצאה לא חייב אדם להשיג על ידי עשייה בעצמו דווקא. על כן, גם מה שיש לעשות באופן אישי ולהפעיל שיקול דעת עצמי – הדין הוא כי "שלוחו כמותו", שהרי אם

62 החתם סופר מבהיר בהקשר זה: "ופשוט דלא שייך שלוחו כמותו במילי דעלמא אם אומר 'שב', 'לך', 'דבר' וכדומה שיהיה כאילו הוא [השולח] יושב הולך ומדבר, הוא דבר בטל. לא נאמרו הדברים אלא בקיום מצוה, או בעובר עבירה, או בקנין ומכירה, שיהי' משיכתו של שליח כאילו הוא משך, או חזקתו או קנין חליפיו וכדומה, ואלו (שליחות בנושאים ברי תוקף משפטי) נפקא מקראי". ראו למשל הרב משה מרדכי אפשטיין, לבוש מרדכי, בבא מציעא יג: "שליחות לא הווי רק בעושה שליח לעשות מעשה שיש בה חלות דינים ותוצאות, כמו לגרש ולקדש, אבל בדבר שאין בו חלות ופעולות רק המעשה עצמו, על זה לא שייך שליחות".

63 ביאור דבריו, שהחיסרון בשליח נעשה עד קיים גם בדברים שלא צריך בהם דיני שליחות, אבל אין זה אומר שבדברים שמצריכים דיני שליחות לא קיים החיסרון של שליח נעשה עד, ואולי אדרבה בדברים אלו חיסרון זה חמור יותר, שהרי במסכת גיטין ה, ע"ב, מצינו התייחסות לשאלה האם "שליח נעשה עד" לגבי גט, שזהו נושא מובהק של שליחות. גם במסכת קידושין מג, ע"א מבאר רש"י ד"ה "שליח נעשה עד": "בין לקידושין בין ששלח ממון לבעל חובו [...]". משמע כי גם בקידושין, שהם נושא מובהק לשליחות, קיים הספק אם שליח נעשה עד.

64 להרחבה ראו גם נחום רקובר השליחות וההרשאה במשפט העברי (התשל"ב); ויגודה וצפרי, לעיל ה"ש 1.

התוצאה היא התכלית ולא העשייה עצמה, יכול אדם להגשים תוצאה זו גם על ידי שליח, והדבר משול לפעולות שעל אדם לבצע באמצעות גופו ולא בגופו שלו דווקא. לעומת זאת, פעולות שתכליתן בעצם ביצוען, כמוהן כפעולות שאדם צריך לבצע עם גופו ושאותן לא ניתן לבצע על ידי שליח. אכן, דין שליחות הנלמד מפסוקים הכתובים בתורה נאמר על פעולות שיש לעשותן מבחינה משפטית באופן אישי ושם חלה תורת הזיהוי. אבל, דבר שצריך לבצע באופן אישי עם גופו של השולח, לא ניתן להעביר לשליח, כשם שתפילין אי-אפשר להניח על ידי שליח. בהתאם לכך נבין את ההבחנה בין גט לבין חליצה. לגבי פעולת הגירושין אמרה התורה בפירוש שניתן לעשותה על ידי שליח, ישנו ריבוי מיוחד שניתן להתגרש גם על ידי שליח להולכה שייצג את הבעל וגם על ידי שליח קבלה שייצג את האישה, לכן ברור שהתורה הגדירה את מתן "ספר הכריתות" מהבעל לאישה כפעולה קניינית שניתן לעשותה על ידי מייצגים. לפי הגדרה זו, מסירת או קבלת גט היא פעולה תוצאתית הכוררת את זיקת האישות. לעומתה פעולת החליצה שהתורה קבעה שאין אפשרות לעשותה על ידי שליח, היא פעולה שתכליתה בעצם ביצועה בידי הפועלים בעצמם. מושא הפעולה הוא דווקא היבם והיבמה, היבמה חולצת את נעלו של היבם אשר מאן להקים לאחיו המת שם בישראל, ואומרת בפניו "ככה יעשה לאיש אשר לא יבנה את בית אחיו".⁶⁵ זוהי פעולה פיזית שאותה יש לבצע בגופם של היבם והיבמה, ועל כן לא ניתן למנות שליח לעניין זה. על הבחנה זו עמד הרב אלחנן וסרמן, ב"קובץ שיעורים" על מסכת כתובות סימן רנב.⁶⁶ הרב וסרמן מביא את דברי שו"ת מהר"ח אור זרוע בסימן קכח המבהיר כי אין שליחות בחליצה, שכן כתוב "וחלצה נעלו מעל רגלו".⁶⁷

במה שונה הדבר מגט שנאמר בו "ונתן בידה" ובכל זאת ניתן לתתו על ידי שליח? על כך משיב ה"קובץ שיעורים", כי יש שני סוגי מצוות: א. מצוות שבהן עיקר המצווה היא תוצאת המעשה – ושם יש שליחות; ב. מצוות שבהן העשייה בעצמה היא גוף המצווה – ושם אין

65 דווקא קריאה זו של "ככה יעשה לאיש" שהיא כעין נזיפה שנופת היבמה ביבם מיטיבה להמחיש את החילוק, שהרי ברור שאינה דומה גערה או נזיפה במי שניצב לפניך לבין גערה או נזיפה בשליח.

66 בדומה לכך כתב הרב משה פיינשטיין בשו"ת אגרות משה, אבן העזר, חלק א, סימן קנו, המציין: [...] טעם תוס' רי"ד הוא נכון [...] דעיקר טעמו ששליחות לא שייך אלא בדבר שצריך המעשה לא הוה העשייה רק מה שיוצא מזה, כגון בקידושין הוה עיקר המעשה בזה שנעשית אשת פלוני, ובגירושין הוה עיקר המעשה בזה שנעשית פנויה, ובתרומה בזה שנעשה תרומה, ובפסח בזה שיש לו קרבן פסח כשר שיוכל לאכול. ואם היה אפשר להיות מה שנעשה בלא המעשה היה ג"כ מעשה אך שאי אפשר להיות כן בלא אמצעים: דבקידושין וגירושין צריך נתינה, ובתרומה צריך הפרשה וקריאת שם, ובפסח צריך להקדישו ולשוחטו ולהקריבו, וכל זה מוטל על בעל המעשה לעשות דהוה צריך לעשות גם את האמצעים. וחידשה תורה שיכול לעשות זה גם על ידי שליח, מאחר דאין זה אלא אמצעי להשגת מעשה, ועיקר המעשה עושה הוא, שהוא המגרש ולו היא מתקדשת והוה נותן התרומה ולשמו נשחט הפסח. אבל, בסוכה ותפילין עיקר המעשה הוא גופו ישב בסוכה, ועל גופו יהיו תפילין, שזהו עצם המעשה בלא שום יוצא מזה. אינו יכול לעשות שליח כיון דהוה אינו עושה כלום רק השליח לבד, ואין מה להחשיב עבורו בהמעשה (ההדגשה הוספה).

67 ראו גם רא"ש, מסכת יבמות, פרק מצוות חליצה, סימן טו; תוספות יבמות קא, ד"ה "הן ולא שלוחן".

שליחות". על כן, במתן גט שהוא פעולה תוצאתית יש שליחות, ואילו במתן חליצה שבה העשייה בעצמה היא גוף המצווה – לא ניתן למנות שליח.⁶⁸

* * *

ההבחנה שבין מעשה לבין תוצאה עמדה ביסוד מחלוקת בין ה"נודע ביהודה" לבין הרב שמעון שקופ, בשאלה, האם משמעות הכלל של "אין שליח לדבר עבירה" היא רק כי המעשה אינו מיוחס לשולח, אך לעומת זאת התוצאה המשפטית – תקפה ומיוחסת אליו, או שמא דבר עבירה אין שליחות כלל, לשום דבר ועניין. דברים אלו יהוו פתח להבנת גררי השילוב בין תורת כוח הייצוג לתורת הזיהוי ולהבנת תחומיה של כל אחת מתורות אלו, ובתוך כך יפתח להלן פתח להבין את פסקו של רש"י.

בפני "נודע ביהודה" ניצב המקרה הבא: "מעשה באחד שגירש אשתו הראשונה על ידי שליח – בעל כרחו, שתפסו 'בעלי מלחמות' [אנשים אלימים] את האשה באמצע הרחוב, ושליח זרק את הגט לחיקה. האשה צעקה ואין מושיע. היא לא נתרצית לקבל את הגט והשליכה את הגט מחיקה, ולפי דבריה מרוב הרעש וההיאבקות – נקרע הגט קודם שבא לחיקה".⁶⁹ השאלה הייתה אפוא האם במקרה כזה יש לקבל את דברי האישה שלפיהם נפסל הגט ונקרע עוד קודם שהגיע לידיה.

"נודע ביהודה" קבע בעניין זה כי הגט אינו תקף. אך זאת מטעם אחר מכיוון שהגט נמסר על ידי שליח והשליחות לא הייתה תקפה לנוכח האיסור לגרש אישה בעל כורחה.⁷⁰ ובלשונו:

והוריתי, כיוון שיש כאן עבירה חמורה – לעבור על חרם רבנו גרשום מאור הגולה, שאסר לגרש אשה בעל כורחה. אם כן, אין שליח לדבר עבירה – ובטל

68 נראה שזו כוונת "מהר"ח אור זרוע", כי בחליצה נאמר "וחליצה נעלו מעל רגלו". דהיינו, שזו פעולה פיזית שאותה יש לבצע בגופם של היבם והיבמה. על כן לא מועילה שם שליחות. ודוק, שלדברי ה"אור זרוע" כאשר התורה רוצה למעט שליחות בחליצה היא פשוט מדגישה שנחויץ כאן שהיבמה תחלוץ נעלו מעל רגלו שלו דווקא, וכיוון שמושא המצווה הוא בדווקא, ממילא לא תועיל כאן שליחות. בדרך זו מובנת גם ההבחנה הנוספת של "מהר"ח אור זרוע" שם בין הפרשת תרומה שבה יש שליחות, "משום שהמצווה היא שתיתקן העיסה" (כלומר – מצווה תוצאתית), וכן שחיטת קודשים, שישחט הקורבן (כלומר – מצווה תוצאתית), וכן קידושין שבהא האישה מקודשת וכן גירושין וקביעת מזוזה ועשיית מעקה (כולן מצוות תוצאתיות). "אבל, בתפילין, ציצית, אכילת מצה, סוכה ולולב (שאינן מצוות תוצאתיות אלא שהמצווה היא בעצם עשייתן) לא שייך שליחות".

69 שו"ת נודע ביהודה, מהדורה קמא, אבן העזר, סימן ע"ה.
70 ראו את דברי הרב אריה לייב הכהן, "קצות החושן", סימן קפב, ס"ק ב, הגורס כי דברי "נודע ביהודה" אמורים רק כאשר השולח שלח את השליח לגרש את האישה בעל כורחה שאז השליחות הייתה לכפייתה שהיא עבירה, אבל במקרה ששלח את השליח לגרשה סתם, והשליח מיוזמתו מסר לה את הגט בעל כורחה, אין במקרה זה תחולה לכלל של "אין שליח לדבר עבירה", שהרי השליחות של מוסרי הגט לא הייתה לכפות על האישה להתגרש אלא רק למסור את הגט, והעובדה כי האישה אינה רוצה בכך אינה חלק מן השליחות. השליחות אינה על דבר העבירה אלא על הגירושין (השליח לא נשלח למסור לה בעל כורחה אלא לגרשה), ולכן השליחות בת'תוקף. לפי דברי "קצות החושן" נמצא כי האישה האמורה מגורשת, איננה אשת איש ומותרת להינשא.

מעשה השליחות לגמרי ולא נתגרשה בשליחות הבעל, ואין כאן גירושין והיא אסורה להינשא. והוא המגרש – עודנו בעלה, וחייב בכל חיובי הבעל לאשתו, ואסור לאשה אחרת מחמת חרם דרבנו גרשום שלא לישא שתי נשים.

ודוק, לכאורה כאשר נקבע כי "אין שליח לדבר עבירה", ניתן היה להסיק כי רק המעשה הפיזי אינו מיוחס לשולח וממילא אין לראות את השולח כמי שביצע את העבירה, אבל התוצאה המשפטית של המעשה תקפה ומתייחסת לשולח. אבל ה"נודע ביהודה" מחדש ופוסק כי כאשר נקבע כי "אין שליח לדבר עבירה" – גם המעשה שנעשה נעדר תוקף משפטי לחלוטין.⁷¹ יתרה מכך, אף לדעת בית שמאי הגורסים כי יש שליח לדבר עבירה, הדברים אמורים רק בנוגע לנושאים שבהם אי-אפשר לבטל את המעשה, בהיותו פעולה פיזית (כגון שליח שטבח שור גנוב או ביצע מעשה של מעילה בהקדש או הרג אדם). אבל לכל הדעות "להיות המעשה קיים בדבר שצריך שליחות – הרי שאין שליחות לדבר עבירה ובטל המעשה לגמרי."⁷²

71 ראו הרב יעקב יהושע פולק, פני יהושע על קידושין מב, ע"ב; חידושי הרב עקיבא איגר על בבא מציעא י, ע"ב.

72 "נודע ביהודה" מוכיח את דבריו משיטת התוספות במסכת בבא מציעא י, ע"ב, בד"ה "דאמר לישראל קדש לי אשה גרושה". בסוגיה שם מובהר כי חצרו של אדם משמשת עבורו כשליח וקונה עבורו נכסים שהוטלו לתוכה. הגמרא מקשה: כיצד ייתכן לגרוס שחצר קונה את הנכס לבעליה מכוח דיני השליחות, הרי הכלל הוא כי ניתן לרכוש באמצעות חצר גם חפץ גנוב והכלל הוא כי "אין שליח לדבר עבירה". אילו הייתה חצר פועלת מכוח שליחות לא היה אמור להיות לפעולה כל תוקף בעת רכישת נכס גנוב? על כך מובאות בגמרא שתי תשובות: רבינא מבהיר כי הכלל של "אין שליח לדבר עבירה" נאמר רק לגבי פעולה האסורה גם על השליח. במקרה זה זהו הכלל של "דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין?" מכוחו מסיקים אנו כי דבר עבירה מבצע אדם מכוח הכרעה ערכית שלו להעדיף את ציוויו של השולח על פני הנורמה ההלכתית החלה עליו. מכיוון שזו הכרעה שלו הרי שהפעולה לא נעשתה מכוחו של השולח ואינה מיוחסת אליו. לעומת זאת קרקע אינה נשוא ציווי תורני לנהוג בהתאם לחיובים מסוימים. על כן לא נאמר לגבי חצר הכלל של אין שליח לדבר עבירה. רב סמא, מבהיר כי הכלל של "אין שליח לדבר עבירה" נאמר רק במקרה שהשליח הוא בעל יכולת בחירה. לעומת זאת חצר היא סבילה ואין בידיה לבצע הכרעה כלשהי, ועל כן אינה נכללת בגדרו של כלל זה. הגמרא מבהירה כי קיימת נפקות בין הסברו של רבינא לבין הסברו של רב סמא במקרה שבו כהן ממנה ישראל לשמש כשלוחו לקדש עבורו (עבור הכהן) אישה גרושה. לפי הסברו של רבינא, מכיוון שהשליח אינו עובר שום עבירה, שהרי הוא עצמו ישראל ואינו אסור בגרושה. הרי שאין "דברי הרב" מופנים אליו, ואין בפניו הכרעה ערכית שלו עצמו, ולכן השליחות נותרת בתוקפה אף שמדובר בעבירה של השולח. לעומת זאת, לפי הסברו של רב סמא, בפניו שליחות של אדם בעל יכולת בחירה, ועל כן חל הכלל של "אין שליח לדבר עבירה" והשליחות לא תהא בתוקף. התוספות מקשה: רבא במסכת קידושין עת, ע"א, גורס כי קידושי כהן וגרושה אינם גוררים ענישה עד אשר הכהן והגרושה מקיימים יחסי אישות. אם כן מה הנפקות לכך שאין שליחות לקידושין של כהן וגרושה הרי המלקות הן רק בגין יחסי האישות שנעשו ממילא באופן אישי ולא על ידי השליח. על כך משיב תוספות בשני הסברים: א. כאשר הכהן והגרושה מקיימים יחסי אישות הם לוקים בגין נישואיהם. הנפקות לכך שיש ייחוס של מעשה הנישואין לשולח היא, שהוא ליקה בגין מעשה זה, כשהנישואין יתממשו; ב. אכן אין ענישה עד לשלב יחסי האישות, אך יש איסור בעצם הנישואין. על כן, אם יש שליחות – חלים הקידושין, ואם אין שליחות לדבר עבירה – הרי שהקידושין כלל אינם בתוקף. בהתאם להסבר הראשון של תוספות, נמצא כי שליחות לדבר עבירה אינה גורעת מתוקף המעשה ולקידושין יש תוקף בכל מקרה. השאלה היא רק אם ניתן ליחס את המעשה לשולח. לעומת זאת, לפי הסבר השני של תוספות, שליחות לדבר עבירה גורעת מתוקפו

ה"נודע ביהודה" מדגיש כי "אומר אני בדבר זה שאין שליח לדבר עבירה והמעשה בטל, לא נחלק בו אדם, ואי אפשר לחלוק על דבר אמת היוצא מפשטן של דברי הגמרא אין שליח לדבר עבירה וכיוון שאינו שליח, לא נעשה המעשה בשליחותו". בפועל, מסתבר כי לימים חלק הרב שקופ על דברי ה"נודע ביהודה", כפי שנראה מייד להלן.

1. הבחנה בין ייחוס המעשה לבין ייחוס התוצאה

הרב שקופ מתייחס גם הוא לשאלה שהובאה לעיל מדוע לא חלה שליחות לגבי חליצה של יבמה, בעוד שיש שליחות לגט.⁷³ בתשובה לכך מקדים ועומד הרב שקופ על יסודות דיני השליחות, והוא מגדיר את הדברים באופן שונה ממה שראינו עד כה, ובהמשך דבריו גם מבהיר כי כאשר נקבע כלל שלפיו "אין שליח לדבר עבירה", המעשה אינו מיוחס לשולח, אך לעומת זאת התוצאה המשפטית – תקפה ומיוחסת אליו.

הרב שקופ מבאר כי ישנם שני סוגי שליחות. סוג אחד שבו מספיק לייחס את הפעולה והמעשה הפיזי למשלח, כגון השולח חברו לחפור בור ברשות הרבים (אם סוברים שיש שליח לדבר עבירה). סוג שני של שליחות הוא כאשר לא מספיק ייחוס הפעולה למשלח אלא גם ייחוס התוצאה המשפטית למשלח, כגון מי ששולח את חברו לקנות עבורו בהגבהה, במקרה זה כיוון שמהות קניין הגבהה היא "הכנסה לרשות הקונה", ובמעשה ההגבהה של השליח כאילו מיוחסת למשלח הכנסה לרשות השליח, במקרה זה חידשה התורה שישנה אפשרות שהשליח "ילבש" את זהות המשלח ממש ויהיה כמותו, ואז המעשה שלו יכול לייחס את התוצאה המשפטית למשלח, כלומר השליח המגביה עושה פעולה של הכנסה לרשותו המבטאת "קניין", והשליחות מאפשרת לייחס את המעשה ותוצאת ה"קניין" למשלח.⁷⁴

כלומר, בשליחות יש להבחין בין סוג אחד שבו מיוחסת הפעולה הפיזית שעשה השליח לשולח, לבין סוג אחר שבו מיוחסת התוצאה המשפטית של הפעולה שעשה השליח לשולח.

של המעשה. לא זו בלבד שהמעשה אינו מיוחס לשולח אלא שגם התוצאה המשפטית אינה מיוחסת לו והמעשה כולו נעדר תוקף. ה"נודע ביהודה" מוכיח על כן מדברי התוספות (מן ההסבר השני) וממקורות נוספים כי שליחות בדבר עבירה – היא פעולה הנעדרת כל תוקף ו"מכיוון שאינו שליח, לא נעשה המעשה בשליחותו". ה"נודע ביהודה" מוסיף ומציין כי הרמב"ם, הלכות איסורי ביאה, פרק יז, פוסק בהתאם לתירוץ השני של התוספות וכן כותב כי בהתאם לתירוץ הראשון של התוספות אין לראות בקידושין עצמם מעשה עבירה שכן העבירה מתממשת רק עם קיום יחסי אישות לאחר הקידושין. במקרה זה הופכים הקידושין למפרע למעשה עבירה, אך לעניין שליחות – אי אפשר לבטל את תוקפו של המעשה למפרע. לעומת זאת בהתאם להסבר השני בתוספות המעשה מוגדר מלכתחילה כמעשה עבירה. על כן מסיק ה"נודע ביהודה" כי "בדבר שעבירה נעשית מיד על ידי השליח בשעת מעשה, וודאי שלא חל המעשה כלל".

73 הרב שמעון שקופ, שערי יושר, שער ז, פרק ז. להרחבה ועיון במקורות נוספים בהקשר זה ראו הרב שמואל רוזובסקי, חידושי רבי שמואל, בבא מציעא, סימן יד.

74 ובלשונו: "ועניין שני הוא מה שנוגע לקניינים וכדומה שמעשה השליח מועלת ופועלת כמו מעשה של הבעלים עצמם, שהיסוד בזה שלעניין זה חשבה התורה את השליח כבעלים עצמם שמעשיו פועלים כאילו היה הבעלים" (ההדגשה הוספה). אומנם נראה כי מי ששלח חברו לקנות לו חפץ על ידי שמירתו בחצר השולח, כי אז די שפעולת שמירת השליח נחשבת כשמירת השולח.

ייחוס התוצאה המשפטית אינו פועל יוצא מייחוס של הפעולה הפיזית לשליח, וזהו חידוש נפרד ונוסף שחידשה התורה לגבי שליחות הנובעת ממקור נפרד. אדרבה, לפעמים לא די בייחוס הפעולה הפיזית או המשפטית אלא נחוצה זהות מושלמת של השליח עם המשלח, כגון בשעה שהאישה שלחה שליח לקבל את גיטה מיד בעלה ובעלה נתן בידו את הגט, והרי גם לאחר ייחוס המעשה של השליח לאישה נמצא כי האישה קיבלה את הגט – לתוך ידו הפיזית של השליח שמינתה לקבלת הגט. כיצד אם כן חל הגט? אין זאת אלא כי במקרה זה ניתן למנות שליח לקבלת גט שיקבל את זהות האישה ממש ויהיה כמותה מכיוון שהאישה נתנה לשליח את ייצוגה המשפטי וכך הפעולות הפיזית והמשפטית מיוחסות לשולח.

בדומה לכך, כאשר שליח עושה פעולה קניינית עבור השולח, לפעמים יש תוקף לקניין כתוצאה משפטית המיוחסת לשולח, ולא מחמת זיהוי של פעולת הקניין הפיזית עם השולח, כגון מי ששלח את חברו לקנות לו חפץ על ידי הנחתו ושמירתו בחצר השולח, די שהפעולה נחשבת כשמירת השולח כדי שיקנה השולח את החפץ. אבל אם מכניס השליח את החפץ לרשותו שלו, הרי גם כאשר הפעולה מיוחסת לשולח אין זיהוי פיזי בין רשות השליח לרשות השולח, ואין כאן הכנסה לרשותו. ואם כן, גם אם נייחס לשולח את מעשה הקניין של השליח הרי החצר והיד שבהן נעשתה הפעולה הן של השליח, והדבר דומה למי שיעשה פעולה של הנחה בחצר זולתו. בהכרח עלינו ללמוד כי יש בשליחות חידוש נוסף של התורה, שאינו נובע מייחוס הפעולה של השליח לשולח, ולפיו מיוחסת לשליח זהות השולח ולכן חלה התוצאה המשפטית לשולח. דהיינו – מייחסים לשולח את התוצאה של קניית הנכס, כמו שהייתה מתרחשת אילו היה השולח עושה פעולה זו עבור עצמו.

הרב שקופ מביא דוגמה נוספת להבחנה שבין שני סוגי השליחות. בגמרא, אומר רב הונא שהכלל של "שלוחו של אדם כמותו" נכון רק כאשר השולח ראוי לעשות את המעשה שעושה השליח ("מי איכא מידי דאינהו מצי עבדי ואנן לא מצינן עבדינן?")⁷⁵; כלומר, כאשר השולח נעדר כשירות משפטית לבצע פעולה משפטית מסוימת ויש חשיבות לזהות את עושה הפעולה, אין לומר כי יהא לה תוקף מכוח זיהוי השליח עם השולח מפני שאם הוא "כמותו" אין לו אפשרות לעשות את המעשה. לכן, הוכיח שם רב הונא שהכהן המקריב את קורבן הישראל הוא לא שלוחו של הישראל להקריב את הקורבן אלא שלוחו של הקב"ה, שהרי אין לשולח כושר להקריב את הקורבן ואין השליח יכול לבצע דברים ששולחו לא כשיר לבצעם, שהרי השולח הוא ישראל ולא כהן – ולישראל אין היתר להקריב קורבנות.

אלא שאם כן איך מתייחסת הכפרה למקריב? מבאר הרב שקופ על פי דברי התוספות (שם ד"ה "אמר") כי רק לגבי ייחוס ההקרבה, צריך סוג שליחות המזהה את השליח עם השולח לחלוטין ויוצר מצב שבו הקורבן מוקרב כביכול בידי החוטא, ועל זה נאמר הכלל שהמשלח צריך להיות ראוי לעשיית המעשה, ולכן בהכרח בהקרבה עצמה הכהנים הם שלוחי הקב"ה ולא שלוחינו. אבל לעניין הכפרה הנוצרת כתוצאה מהקרבת הקורבן, הרי שזהו רק ייחוס של התוצאה המשפטית של ההקרבה. לשם כך די בייחוס תוצאת הפעולה, ואין צורך שהמתכפר יקריב בעצמו את הקורבן. לכן מובן כי לעניין הכפרה מועילה השליחות לייחס לישראל את תוצאת הפעולה

75 בבלי, קדושין כג, ע"ב.

הלא היא הכפרה – אף שהישראל השולח לא ראוי לעשיית המעשה. כמו כן, אם נשלח עבד לקבל גט או לקדש אישה, אין השליחות תופסת שהרי השליח "אינו בתורת גיטין וקידושין", ואלו אינם חלים על עבד. מה שאינו תקף לגביו עצמו – לא חל גם כאשר נעשה עבור זולתו. הרב שקופ מגדיר את החילוק בהבחנה נוספת. אדם יכול להעביר את כוחו לשלוחו במעשים התלויים בבחירתו והנעשים מרצונו, אבל תנאים שהם "הוראות מגבוה" והוכתבו על ידי התורה, הרי כיוון שהם אינם נתונים לבחירת האדם ורצונו ממילא אין הוא יכול להעביר את כוחו שנתנה לו התורה לשליח שלא קיבל כוח זה.

ממילא מובן כי בקידושין, בגירושין ובמעשי קניין של רכישת נכסים, רצונו של השולח הוא הנותן תוקף משפטי ויוצר את התוצאה המשפטית. על כן, יכולים קידושין קנייניים וגיטין להתבצע באמצעות שליח. אבל, בחליצה – כמו בייבום, היבם רק עושה את הפעולה, אך התוקף המשפטי של הדברים אינו תלוי ברצונו וממילא – אין בידו להאציל כוח שכזה, ואין אפשרות למנות שליח לעניין זה. והוא הטעם גם בכהן שאינו יכול למנות שליח ישראל שיעשה לו את העבודה. ובלשונו של הרב שקופ: "כוח ההתרה הוא דין שמייס ואינו מסור ביד הבעל דבר ועל כן לא שייך שיהיה השליח במקומם, כיוון שגם הם אינם בעלי דבר על ההתרה".

הרב שקופ מבאר בכך את דברי תוספות במסכת בבא מציעא⁷⁶ שלפיהם יש אפשרות לומר כי כהן השולח ישראל לקדש לו אישה, הקידושין תופסים אף על פי שאין שליח לדבר עבירה. לדבריו משמעו של הכלל האמור שאין שליח לדבר עבירה, הוא שהעבירה גורמת רק לביטול חלק השליחות המזהה את השולח עם השולח ולכן בעבירה המעשה אינו מיוחס לשולח, ועל כן אין הוא נחשב כמי שעבר עבירה, אבל אין העבירה מונעת את העברת הכוח המשפטי הנוצר על ידי הפעולה. בהתאם לכך מעשה הקידושין של כהן בגרושה שנאסר על ידי התורה אינו מיוחס לכהן המשלח שהרי הוא לא עשה את מעשה העבירה והמעשה לא מיוחס אליו, אבל את תוצאת המעשה, שהיא הקניין של המקדש במקודשת, ניתן להעביר אליו ולכן לקידושין יש תוקף. לכאורה, אם המעשה אינו מיוחס לשולח כיצד תופסים הקידושין? ולעומת זאת, אם הקידושין מיוחסים לשולח והכהן קידש גרושה מכוח מעשה זה, הכיצד אין זו עבירה של השולח?⁷⁷

על כך משיב הרב שקופ כי העבירה נעוצה במעשה האסור, אך אין הדבר נוגע לייחוס התוצאה המשפטית לשולח, שכן לא התוצאה היא העבירה. לכן כאשר נקבע כי "אין שליח לדבר עבירה" הרי שהדברים מתייחסים רק לייחוס הפעולה הפיזית לשולח. מכיוון שהתוצאה כאמור היא דין נוסף ונפרד בשליחות, שאינו פועל יוצא מן הייחוס של הפעולה הפיזית לשולח, הרי שהתוצאה תיוחס לשולח גם אם מדובר בדבר עבירה. המעשה של השליח הוא שאינו מיוחס לשולח, אך התוקף המשפטי כשלעצמו אינו בגדר עבירה וממילא אין מה שימנע את ייחוסו לשולח.

76 בבלי, בבא מציעא י, ע"ב, תוספות, ד"ה "דאמר לישראל קדש לי אשה גרושה", הנזכר לעיל בה"ש.⁷²

77 קושי זה העלה "נודע ביהודה" והסיק כי אי-אפשר לחלק בשליחות ולגרוס כי היא חלה לעניין התוקף של המעשה אך אינה שליחות כדי לחייב את השולח.

נמצא אפוא לשיטה זו, כי כאשר בפנינו דבר עבירה שנפעל על ידי שליח, לפעולה יש תוקף משפטי, והגרושה נשואה לכהן השולח. אלא שהדברים משולים לקידושין שחלו מאליהם, שכן מעשה העבירה אינו מיוחס אליו, וממילא בהיעדר מעשה עבירה אין מקום להעניש את השולח. בהתאם לשיטתו של הרב שקופ יש אפוא מקום הן לתורת הזיהוי והן ל"תורת כוח הייצוג", כאשר ייתכנו שני מישורים בשליחות, האחת פועלת במישור ייחוס הפעולה לשולח והאחרת פועלת במישור ייחוס התוצאה המשפטית לשולח. אלו חידושים נפרדים ושונים – המתקיימים זה לצד זה.

באמצעות הבחנה זו של הרב שקופ חילק הרב חיים שמואלביץ⁷⁷ מתי נחוץ מינוי מפורש של השליח ומתי די בגילוי דעת בעלמא מצד השולח כי ניחא לו בפעולת השליח. הר"ן⁷⁸ כותב כי מצינו בגמרא שאם אדם אומר "כל הרוצה לתרום יבוא ויתרום" – ובא אדם והפריש תרומה עבורו, יש בכך משום מינוי שליחות, וכאשר בא מישהו ותרם, חל שם תרומה על הפרות. אין צורך במינוי שליח בדרך של ציווי והוראה מסוימת לאדם מסוים,⁷⁹ די בכך שהביע את דעתו כי ניחא לו שימלאו את רצונו ויעשו את הפעולה עבורו. לעומת זאת, האומר "כל הרוצה לכתוב יכתוב גט לאשתי" – אין בכך משום מינוי שליחות והגט פסול.⁸⁰

מה ההבדל? מדוע בגט צריך מינוי מפורש כדי ליצור שליחות? הרב חיים שמואלביץ מבאר כי יש פעולות שמייחסות תוצאה משפטית לשולח רק כאשר הן נעשות מרצונו של עושה הפעולה והרצון הוא שמגדיר אותן ונותן להן תוקף והגדרה משפטית,⁸¹ כגון פעולת רכישת חפץ, שלגביה ברור כי הגבהת החפץ כשלעצמה אינה ולא כלום אם לא נלווית לה כוונה לרכוש אותו. דוגמה נוספת לכך הם גיטין וקידושין, ששם הפעולה אינה בת-תוקף בלא כוונה לקדש או לגרש. במקרים אלו גמירות הדעת של האדם הפועל יוצרת את המציאות המשפטית וממילא תוכן השליחות הוא ייחוס הדעת של השליח אל השולח.

לעומת זאת, יש פעולות שבהן הפעולה עצמה גוררת תוצאה משפטית ואין צורך ברצון מיוחד של העושה כדי להגדיר אותה.⁸² דוגמה לכך היא עשיית נזק או רציחה. במקרים אלו תוכן

78 ר"ן על מסכת נדרים לו, ע"ב.

79 עם זאת, אם אומר "כל התורם אינו מפסיד" – לא אמר כלום, שכן הדברים אינם בגדר יצירת שליחות.

80 ועיינו שם בדברי רש"י על מסכת נדרים לו, ע"ב.

81 הרב חיים שמואלביץ "בעניין שליחות וזכיה" ספר הזכרון למרן הגר"ח שמואלביץ זצ"ל קצה, דף ר (התש"ס).

82 הרב ברוך דב ליוואביץ, "ברכת שמואל", מסכת קידושין, סימן יט, מביא בהקשר זה את דבריו של הרב יצחק רבינוביץ (אב בית הדין בפוניבז'): :

יש שני מיני שליחות, אחד היכן שבענין (צריכים) דעת בעלים לעניין חלות חפצא של קניין, כמו לעניין מקח וממכר שצריך דעת בעלים, וכן גיטין וקידושין, בזה למדנו שיש דין שליחות והווי כמו שנעשה מדעת בעלים. והשני, היכן שאין במעשה עצמו דין שיהא צריך להחלות של המעשה דעת בעלים, כמו ברציחה לדעת בית שמאי שמועיל שליחות לחייבו משום רציחה, והרי לא שייך שיהיה צריך דעת בעלים לעניין חלות דין רציחה, אלא שצריך שיהיה המעשה של השולח כדי לחייב אותו מדין רוצח, ועל זה מועיל שליחות, שיהיה נעשה רוצח.

ראו גם הרב יצחק רבינוביץ "בגדרי שליחות" וזאת ליהודה שכו (התשל"ז).

השליחות הוא ייחוס המעשה שנעשה על ידי השליח אל השולח. בהתאם לכך מבהיר הרב שמואלביץ כי שליחות שהיא העברת כוח הייצוג לשליח, די בכך שאדם מוכן להעברת כוח הייצוג לזולתו כדי שהשליח יוכל לפעול עבורו, תוך ייחוס דעתו של השליח לשולח. במקרים אלו אין צורך במינוי מפורש לשליח מסוים, ודי בגילוי דעתו של השולח כי הוא מעוניין בהעברת כוח הייצוג. לעומת זאת, כאשר נחוץ זיהוי של הפעולה עם השולח, כגון במקרה של שליחות לבצע פעולת רצח (אם יש שליח לדבר עבירה), בזה צריך שהמעשה יתייחס לשולח – לכן נחוץ מינוי מפורש לאדם מסוים כדי ליצור זיהוי בינו לבין השולח. על כן, בכתיבת גט שבה לא מספיק שהבעל רוצה לגרש אלא צריך שיכתוב בעצמו את הגט לקיים מה שנאמר "וכתב לה", צריך מינוי מפורש לשליח מסוים לכתוב גט, ולא מועיל לשון "כל הרוצה" לגבי כתיבת גט. ובלשונו שם: "לא די בשליחות של מסירת כוחו לשליח, אבל צריך גם שיהא על הכתיבה שם של 'כתיבת הבעל', והרי זה כמו שליחות של צא והרוג את הנפש, שצריך ציווי השולח דווקא, ולא מועיל כל השומע".

סיכום: ניתוח של דיני השליחות ויישום הדברים בפסקו של רש"י בדיני ריבית

בהתאם להסברו של הרב שקופ נראה כי ניתן לבאר את פסקו של רש"י בסוגיית הריבית, שלפיו "מותר לישראל לומר לישראל חברו, לך ולווה לי מעות מפלוני ישראל בריבית, וגם תביא לו הריבית. שלא אסרה תורה אלא ריבית הבאה מיד הלווה ליד המלווה. וגם השליח לא עשה שום איסור, שהרי הריבית אינה שלו. ואם משום שלוחו של אדם כמותו – הרי קיימא לן שאין שליח לדבר עבירה להתחייב שלוחו".

על פסק זה הקשה כאמור "לבוש עטרת זהב"⁸³ – ממה נפשך: אם יש שליחות – יש כאן הלוואה שניתנה מיד המלווה ללווה ופירעון ריבית שהחזיר הלווה למלווה – וזו עבירה כפשוטה. ואם אין שליחות, ואנו אומרים כי זו לא הלוואה שניתנה מיד המלווה ללווה ואין בפנינו פירעון ריבית של הלווה למלווה – אין עבירה – ואם אין עבירה – למה אין שליחות? הבאתי את תשובת "משנה למלך" שביאר כי במישור ההלוואה אין בפנינו שליחות מכיוון שאין שליח לדבר עבירה וממילא נמצא כי לוי השליח שקיבל המעות מראובן הוא שנטל הלוואה מראובן המלווה, ואחר כך לוי הוא שהלווה שוב את הכספים לשמעון הלווה.⁸⁴ אין קשר ישיר בין ראובן לשמעון והמלווה של שמעון הוא לוי. לעומת זאת, בעת תשלום הריבית משמעון לראובן – יש שליחות, ונמצא ששמעון העביר במישרין את כספי הריבית לראובן (באמצעות לוי

83 על טור יורה דעה, סימן קס, סעיף יג.

84 "משנה למלך" על הרמב"ם, הלכות מלווה ולווה, פרק ה, הלכה יד: "אפילו לדעת רש"י ריבית על ידי שליח אסור משום דלא שייך בזה אין שליח לדבר עבירה, אבל היכא שלווה על ידי שליח שרי (מותר) משום דחשבינן כאילו השליח לוה לעצמו כיוון שאינו שלוחו של לווה והוא לא לקח הריבית אלא בחושבו שההלוואה היתה לשולחו לא לו, אבל האמת הוא שהשליח הוא הלווה וחוזר ומלווה אותם לשולח, והשולח אינו נותן הריבית למי שהלווה לו אלא למי שהלווה לשלוחו שזה מותר גמור" (ההדגשה הוספה).

השליח). כך נמצא כי שמעון שילם כספי ריבית למי שאינו המלווה שלו. לוי הוא המלווה ואילו הריבית שולמה לראובן. זו אינה ריבית המשולמת מידי מלווה ללווה ועל כן אינה אסורה. ציינתי בפתח הדברים כי הסברו זה של ה"משנה למלך" טעון הבהרה: מדוע אין שליחות במישור ההלוואה ויש שליחות במישור הריבית?⁸⁵

נראה כי ניתן להבין את הדברים לנוכח ההבחנה בין ייחוס של פעולה פיזית לבין ייחוס של תוצאה משפטית ותוך שילוב של דברי הרב שקופ עם חידושו של החתם סופר. "חתם סופר" ביאר כי השליחות באה להרחיב את אישיות המשפטית של השולח ולא את ידו הפיזית. דין השליחות מתייחס על כן לנושאים שלגביהם יש דין שהאדם יעשה את הפעולה בעצמו, והחידוש של שליחות מועיל לזהות את מעשה השליח עם השולח. לעומת זאת, נושאים שמלכתחילה אין הכרח לעשותם באופן אישי, יכול אדם לעשותם גם על ידי אחר, וזאת בלא שיהא צורך בחידוש התורני של דין השליחות. על כן, גם מי שפסול להיות שליח יכול לבצע עבור זולתו דברים שאין הכרח לעשותם באופן אישי. הווי אומר כי פעולות טכניות ופיזיות – אינן עולות כדי "שליחות" ולכן, ניתן לבצען על ידי כל אדם – לרבות על ידי מי שפסול לשמש כשליח ולרבות כאשר כרוכה בהן עבירה. פעולה פיזית תיחוס אפוא לשולח אף כשמדובר בדבר עבירה.

ואין להקשות, אם בסופו של דבר, בפנינו תהליך שאין בו כל עבירה לאיש, מדוע לא חלה השליחות? שכן אם תחול השליחות הדבר יגרור את חלוקתה של העבירה, והכלל הוא כי כל פעולה שבעקבותיה תחולתה לא יוכל להיות לה תוקף – אינה בת-תוקף מלכתחילה. בנוסף, יש לזכור כי מבחינת השליח, כשעומדת בפניו שליחות של עבירה, הוא לא אמור לציית לדברי המשלח בהתאם לכלל של "דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעים", על כן, אין מקום להחיל על כך את דיני השליחות.

הבהרתי גם כי הלוואה היא פעולה המחילה חיוב ושעבוד על האדם. על כן היא צריכה שליחות ומתן כוח ייצוג לשליח. במקרה של הלוואה בריבית, העבירה נעשית כבר בפעולת ההלוואה שהיא "שימת הנשך" על הלווה.⁸⁶ לכן כשהיא נעשית על ידי אחר היא מצריכה שליחות ומתן כוח ייצוג. אבל "פירעון" הוא פעולה פיזית של הכנסת מעות לרשות המלווה, היא מתקיימת גם בלא רצון או דעת ולכן היא קיימת גם ללא דיני שליחות, החיוב והשעבוד בטלים ממילא גם ללא רצון ודעת. על כן, במקרה של הלוואה בריבית על ידי שליח כיוון שהיא עבירה,

85 ניתן לכאורה להבהיר את הדברים בפשטות, כי בהלוואה עצם הנתינה של כספים לזולת יוצרת מחויבות אישית שלו לפרוע אותם וממילא אין זו שליחות אלא הלוואה של ראובן ללוי השלוח, ואחר כך הלוואה נוספת של לוי לשמעון. ואין להתפלא על כך שאין כלל שליחות ביצירת הלוואה שהרי כבר מצינו בירושלמי, גיטין ו, א, כי אין שליחות אלא כשהשולח הוא בעל הממון (ובלשונו, "רבי זעירא בעי קומי רבי מנא אף לעניין מתנה כן אדם עושה שליח לקבל דבר שאינו שלו אמר ליה תמן התורה זיכתה אותה בגיטה והיא עושה שליח לקבל דבר שהוא שלה"). לעומת זאת, בפירעון שונים הדברים וניתן לפרוע באמצעות מעשה של הזולת המיוחס לשולח. אולם, סברה זו אינה תואמת לכאורה למבואר ברש"י הדין בסוגיית "אין שליח לדבר עבירה" ועל כן אנסה לבאר את הדברים גם בהתאם לעיקרון של אין שליח לדבר עבירה.

86 בבלי, בבא מציעא עה, ע"ב.

ההתחייבות שנוצרה אינה מיוחסת לשולח. בהיעדר שליחות המעות נמסרו לשליח ולא נוצרה התחייבות של הלווה.

* * *

ניטול תובנות מהדיון שלעיל ביחס לדיני שליחות ונחזור לנתח את פסקו של רש"י ביחס להלוואה בריבית ופירעונה המתבצעים על ידי שליח. הובהר כי:

הלוואה כוללת גם העברת המעות מהמלווה ללווה, וגם יצירת התחייבות ושעבוד של הלווה.

יצירת התחייבות ושעבוד היא פעולה משפטית.

יצירת התחייבות לשלם קרן וריבית היא עבירה.

פירעון ההלוואה הוא פעולה פיזית גרידא.

על כן, יצירת ההתחייבות של הלוואה בריבית על ידי שליח היא עבירה – ולכן ההתחייבות אינה מיוחסת לשולח.

מעשה של פירעון הלוואה עם תוספת הריבית, מיוחס לשולח אך אין בו עבירה כיוון שלא היו ביניהם יחסי לווה ומלווה.⁸⁷

משום כך, כאשר בפנינו מעשה של "הלוואה בריבית" הרי שבפנינו עבירה – והמעשה אינו מיוחס למלווה. השליח חוצץ ואין זו הלוואה של ראובן לשמעון, אלא של ראובן ללוי (השליח). משום שבפועל הוא קיבל מעות מראובן וחל עליו חיוב להשיבן, והלוואה נוספת של לוי לשמעון שגם היא נוצרה עקב כך ששמעון לקח את המעות מלוי.

לעומת זאת, פירעון הריבית הוא פעולה פיזית וזו מיוחסת ישירות לשמעון ואינה מיוחסת ללוי השליח, נמצא כי שמעון חייב את הכספים ללוי (השליח), ופרע את הקרן והריבית במישרין לראובן השולח שלוי חייב לו כסף. והתורה התירה לאדם לפרוע חוב של אחר עם תוספת, שכן התורה אסרה רק ריבית הבאה מן הלווה למלווה ולא ריבית המשולמת לצד ג'.

הרב גלבר כתב כי ניתן לבאר את פסקו של רש"י בעניין הריבית בכך שאין הסכם הלוואה בין המלווה ללווה.⁸⁸ כלומר, החוב קיים, אבל ההסכם שגורם את העבירה לא תקף ביחסים שבין מלווה ללווה. בהתאם להסברו של הרב שמעון שקופ הדברים מבוארים היטב. כלומר, הגם שאין שליח לדבר עבירה ולא ניתן לייחס את מעשי השליח לשולח, התוקף המשפטי של ההתחייבות קיים. הרב גלבר הניח, כי החוב קיים כלפי השולח וכולל גם את הריבית, אך השולח לא עובר על

87 פירעון חוב הוא מעשה פיזי מובהק והוא חל גם אם הפורע אינו הלווה. להשוואה ראו ס' 40 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 ("חיוב יכול שיקויים בידי אדם שאיננו החייב").

88 הרב שלום גלבר, נתיבות שלום, סימן קס, סעיף טז, הע"ש ז.

איסור ריבית משום שאת המעשה הפיזי הוא לא עשה אלא שלוחו וגם השליח מצידו לא ביצע עבירה שהרי ההלוואה לא נוצרה עבורו והתוקף המשפטי מייחס אותה לשולח. ברם, הסבר זה קשה שהרי עצם יצירת התחייבות לשלם ריבית אסורה מהתורה, וגם מכיוון שלהלכה נפסק שיש איסור בהלוואה גם כשהוא נעשה על ידי שליח גוי ואין צורך במעשה הלוואה ישיר בין המלווה ללווה כדי שיחול איסור הריבית.⁸⁹

נראה כי יישוב לדברים אינו יכול להתבסס על דברי הרב שקופ כשלעצמם, ויש לשלב את ההסבר עם דברי "חתם סופר" שלפיהם חלה שליחות על מעשה פיזי שאין בו כדי להגדיר פעולה במישור המשפטי. אילו לא הייתה שליחות ישירה בין שמעון לראובן נמצא ששמעון נותן קרן וריבית ללוי שנתן לו רק קרן ואז הדבר היה אסור, אבל לפי הסברו של "חתם סופר" נמצא כי פירעון ההלוואה אינו נעשה לשליח אלא לשולח, ואם כן לוי לא קיבל ריבית כלל. על כן, שילוב חידושו של הרב שקופ עם דברי החתם סופר מביא לתוצאה כי הפירעון מתייחס לשולח ולמקבל ואילו ההלוואה מתייחסת לשליח. ממילא, אין זה תשלום ריבית מיד הלווה למלווה, שהרי החוב הוא לשמעון השליח והפירעון הוא לראובן המלווה.

הנה כי כן, ניתוח מעמיק של תורת השליחות מביא להבנת פסקו הנסתר של רש"י לפתרון בעיית הריבית. לאחר העיון גם מובן מדוע אין לפרסם את הדברים בפני מי שאינו תלמיד חכם ואינו משכיל להבין את ההבחנות המופשטות האמורות בדיני שליחות.

89 שולחן ערוך, יורה דעה, סימן קסח, סעיף כא.