

## קיום חיוב על-דרך המחאה של חיוב אחר (או "קיום על-תנאי") וחשיבות ההבחנה בין סוגי ההמחאות

### מרים בן-פורת\*

ברשימה זו התמקדנו באחד הסוגים של המחאת חיובים: המחאה של חיוב אחר הנעשית לשם סילוק חיוב קיים, המחאה שיש לראותה, לטעמנו, כ"סילוק על-תנאי". הבענו את הסתייגותנו מהכלל שנקבע לגבי המחאה כזאת בפסק-דין מנחה של בית-המשפט העליון. כמו-כן הצבענו על פסקי-דין שבהם הופעל הכלל על המחאת מכר, שתוצאותיה שונות באופן מהותי מאלה של המחאת "קיום על-תנאי". הצבענו גם על מיקומה של המחאה כזאת בין סוגי המחאה אחרים: המחאת מכר, מזה, והמחאה על-דרך השעבוד, מזה. הכרת ההבדלים שעליהם הצבענו חשובה בעינינו, שכן הכללים החלים על כל סוג אינם זהים, ויש ביניהם הבדלים חשובים בשאלות כגון: מה עיקר ומה טפל לו; האם ההמחאה צריכה רישום כדי שהנמחה ייהנה ממעמד של נושה מובטח; האם הנמחה יכול לחזור על הממחה, ואם כן – מתי. סיווג ההמחאה עשוי אף לשנות את התוצאה הסופית של פסקי-הדין.

---

\* המשנה לנשיא בית-המשפט העליון (בדימ'); מרצה בכירה בתחום המחאת חיובים ובתחומים אחרים; מחברת קומנטר בנושא "המחאת חיובים" מטעם המכון למחקרי חקיקה ומשפט השוואתי על-שם הרי סאקר (בעריכת ג' טדסקי, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים).

## מבוא

## פרק א: דוגמאות מהפסיקה

1. אלקטרוניקס בע"מ נ' אלסינט בע"מ
2. בנק המזרחי בע"מ נ' חגי פאר
3. פריניר בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ
4. מקור הנפקות וזכויות בע"מ נ' לין רוסמן
5. א.ש.ת. כספים בע"מ נ' בנק המזרחי המאוחד

## פרק ב: סיכום

## מבוא

חוק המחאת חיובים<sup>1</sup> מטפל בנושא שהכרתו חשובה הן למשפטנים והן לעוסקים במסחר או בכלכלה, בין בצד העיוני ובין בצד המעשי היומיומי. הכרת מהותה של המחאה הנעשית על-ידיהם הינה חיונית בעינינו לעריכת הסכם המחאה ולניסוח הודעה לחייב, מבחינת הדיוק והזהירות המתבקשים. סוגי המחאה העיקריים הם: (א) מכר, או המחאה "גמורה" או "מוחלטת"; (ב) קיום חיוב על-דרך המחאה של חיוב אחר, או המחאה ל"קיום על-תנאי"; (ג) המחאה על-דרך השעבוד.

הכללים החלים על המחאות אלה אינם אחידים בכל הנוגע לאפשרות להיפרע מן המחאה כאשר החייב לא פרע את המגיע ממנו במסגרת המחאה. כמו-כן הם נבדלים זה מזה גם מבחינות אחרות, כגון בשאלה: מה עיקר ומה טפל לו, ומה עובר לנמחה בעת כריתת הסכם המחאה. הכרת הדומה בין סוג לסוג, ובעיקר הכרת השונה ביניהם, הינה אפוא רבת-חשיבות. רשימה זו נועדה להבהיר את פירושו לאחד הסוגים האלה – קיום חיוב על-דרך המחאה של חיוב אחר – ואת ראייתנו בנוגע למיקומו בין סוגי המחאה אחרים.

1 חוק המחאת חיובים, תשכ"ט-1969, ס"ח 250 (להלן: חוק המחאת חיובים).

## פרק א: דוגמאות מהפסיקה

### 1. אלקטרוג'ניקס בע"מ נ' אלסינט בע"מ<sup>2</sup>

העובדות לצורך ענייננו: לסילוקו של חיוב קיים המחאה אלקטרוג'ניקס לחברת אי.אס.א. את זכותה "לכל סכומי הכסף המגיעים ושיגיעו"<sup>3</sup> מחברת אלסינט. בית-המשפט העליון קבע כי זו המחאה "מוחלטת"<sup>4</sup>, וכי בהעדר הוראה בחוק המחאת חיובים שהמחאה זכות משמשת כפירעון החוב של הממחה לנמחה, ובהעדר הסכם (בין הממחה לנמחה) שקובע כך, "התוצאה של העברת הזכות היא, שהנמחה נעשה הנושה של החייב במקום הממחה, אך כל עוד לא פרע החייב את חובו עומדת לנמחה הזכות לגבות את המגיע לו מהממחה."<sup>5</sup>

דעתנו באשר לכלל שהודגש הינה אחרת.<sup>6</sup> נבהיר את עמדתנו להלן. על הסיטואציה שתוארה לעיל – המחאת זכות לקיומו של חיוב – חל סעיף 48 לחוק החווים, הקובע לאמור:

"48. קיום על תנאי

חיוב אשר לקיומו התחייב החייב כלפי הנושה בחיוב אחר או שהעביר לו לשם כך זכות כלפי אדם שלישי, חוקה שלא התכוונו להפקיעו אלא אם קוימו כבר החיוב האחר או הזכות."

מהנוסח של סעיף 48 ניתן ללמוד שאם קוימו "החיוב האחר או הזכות", החיוב שלקיומו נעשתה העברת הזכות פוקע. עד אז חוקה היא שהחיוב ממשיך להתקיים, אלא אם כן הוסכם בין הממחה לנמחה אחרת. לא נאמר בסעיף עצמו אם עד למועד הפירעון של

2 ע"א 471/73 מקבלי נכסים זמניים ומנהלים של אלקטרוג'ניקס (ישראל) בע"מ נ' אלסינט בע"מ, פ"ד כט(1) 121 (להלן: עניין אלקטרוג'ניקס; הצדדים יכוננו להלן: אלקטרוג'ניקס, אלסינט ו-אי.אס.אל).

3 הציטוט לקוח מההודעה ששלחה אלקטרוג'ניקס לאלסינט, ובה הוראה בלתי-חוזרת להעביר כספים אלה לאי.אס.אל ולחתום לאות הסכמה לביצוע המחאה. ההסכמה ניתנה. שם, בעמ' 124.

4 להבדיל משעבוד. השימוש בתואר זה ("מוחלטת") מוסבר אולי על רקע פקודת החוב (העברה) שהתבטלה עם כניסתו של חוק המחאת חיובים לתוקפו, ואשר אסרה המחאה על-דרך השעבוד והתירה רק המחאה "מוחלטת". אך ראו להלן הערה 51.

5 עניין אלקטרוג'ניקס, לעיל הערה 2, בעמ' 126.

6 הבענו אותה בעבר במאמרנו: מרים בן-פורת "המחאת חיובים (בעקבות ע"א 471/73)" עיוני משפט ד (תשל"ו) 671. שם לא צוטט סעיף 48 לחוק החווים (חלק כללי), תשל"ג-1973, ס"ח 118 (להלן: סעיף 48 לחוק החווים או סעיף 48) המובא כאן.

החיוב האחר או של הזכות מותר לנושה לפנות לממחה ולדרוש מידיה את פירעון החיוב אם לאו. מכאן שהמילים גופן סובלות בהחלט פירוש שלפיו "כל עוד לא פרע החייב את חובו עומדת לנמחה הזכות לגבות את המגיע לו מהממחה". יצוין כי גם לרנר סבר בזמנו כי "מניסוחו של סעיף 48 עולה, כמדומה, כי הנושה רשאי לתבוע מהחייב המקורי כל עוד לא קוימה הזכות, ואין עליו חובה לפנות תחילה בדרישת תשלום לחייב"<sup>7</sup> (הכוונה לחייב האחר).

כאמור, דעתנו שונה, והבענו אותה בעבר.<sup>8</sup> יפים לכאן דבריו של השופט זוסמן בפסק־הדין מוסא נ' שר הפנים:<sup>9</sup>

"...מבחינת כללי הלשון, שניהם [שני הפירושים] אפשריים. אלא שאין אנו רשאים להתבצר כאן 'במבצר המילון' ולדרוש מילה כהוראתה במילון, כי אם עלינו לגלות את הפירוש שהוא נכון לצורך ענייננו, על רקע של מטרת התחיקה (the legislative purpose) בלע"ז".

עמדתנו היא שראוי לפרש את סעיף 48 תוך השוואת המחאה של זכות לשם קיום חיוב עם שטר הניתן לסילוקו של חוב קיים. גם לגביו הדין שותק, אך כלל מושרש היטב הוא שהשטר מהווה פירעון "על־תנאי". כלומר, רק אם חולל בהגיע מועד פירעונו, האוחז יכול לחזור על החייב ולתבוע מידיה את החוב. גם לרנר הגיע למסקנה כי "עדיף לפרש את ההוראה על־פי המקובל בדיני שטרות ולהכיר בקיום עילת תביעה נגד הממחה רק לאחר שהפנייה לחייב לא נשאה פרי."<sup>10</sup> נוסף, מצידנו, כי יש להמתין כמובן עם הפנייה עד למועד שבו הזכות שהומחאה עומדת לפירעון. לשון אחר: משהופר "התנאי" שהחייב האחר יקיים, המשתמע מעצם מתן החיוב האחר, רק אז ניתן לחזור ולתבוע את קיומו מהממחה (אלא אם כן הוסכם בין הממחה לנמחה שהחיוב המקורי מופקע).<sup>11</sup>

7 שלום לרנר דיני שטרות (תשנ"ט) 117.

8 בן-פורת, לעיל הערה 6.

9 בג"ץ 328/60 מוסא נ' שר הפנים, פ"ד טז 69, 78.

10 שלום לרנר המחאה חיובים (2002) 317. יצוין כי בהצעת חוק החוזים (חלק כללי), תש"ל-1970, ה"ח 129, 139 (להלן: דברי ההסבר להצעת חוק החוזים), נאמר בדברי ההסבר לגבי הסעיף שבו עסקינן (שם מספרו 50) כי "כאשר מוסר החייב לנושה שטר חוב לפירעון של חיוב קודם, הכלל הוא שרואים את השטר כפירעון על־תנאי, ולא כפירעון מוחלט, ואם לא נפרע השטר - רשאי הנושה לתבוע את קיום החיוב המקורי. הוא הדין, אם מעביר החייב לנושה זכות שיש לו כלפי אדם אחר לשם פירעון חיוב קודם". דברי ההסבר בוודאי אינם מחייבים, אך כיוון המחשבה הגלום בהם רצוי לדעתנו גם בימינו, ומתווה דרך שאינה דורשת רישום (להבדיל מהמחאה על־דרך השעבוד). גם ההבדלים האחרים בין המחאה לקיום חיוב לבין המחאה כשעבוד או בטוחה רצויים בעינינו.

11 גם שטר ניתן לעיתים כסילוק סופי של החוב, והטוען כך - עליו הראיה. ראו ע"א 512/67 אל-על נתיבי אוויר לישראל בע"מ נ' אבני, פ"ד כב(1) 460 (להלן: פסק־דין אל-על).

סעיף 48 לא נזכר בעניין אלקטרוג'ניקס,<sup>12</sup> אך אין ספק שהוא חל על העברת זכות לקיומו של חיוב. הפעלת הכלל החל על שטר שניתן לסילוקו של חוב תתרום להרמוניה בפתרון בעיה וזה ביסודה בתחומי משפט שונים אך דומים, והעיקר (בענייניו) – היא תמנע מצב שבו פלוני ממחה לנושה שלו את זכותו כלפי אדם שלישי, ואילו הנושה (הנמחה) יכול בו־ביום לדרוש את סילוק החוב מידי אותו פלוני (הממחה). הדבר ימנע גם את התוצאה, הבלתי־רצויה לטעמנו, שחרף היותו חשוף לתביעה מיידית לסלק את החיוב הקודם, הממחה (אלקטרוג'ניקס) צריך (כמוסבר בהמשך) לציין בספרי החשבונות שלו, כבר בעת ביצוע המחאה, שהחוב המגיע לו מאת החייב שלו (אלסינט) שוב אינו קיים, ועל הנמחה (אי.אס.אל) לציין שחובו של הממחה נפרע (עקב העברת הזכות כלפי אלסינט), כאשר בה־בעת הוא רשאי לתבוע את סילוק החוב (הלא־קיים) מידיו של הממחה. תוצאה זו הופכת המחאה של זכות לקיום חיוב קיים לבלתי־כדאית מבחינת הממחה. לעומת זה, אם יופעל הכלל כמוצע על־ידינו, ייהפך החייב ה"אחר" (אלסינט) לחייב העיקרי, ואילו החייב המקורי (הממחה) יזכה בארכה לפירעון המגיע ממנו וגם בסיכוי שהחיוב האחר יסולק וחובו יפקע. הנמחה מצידו יקבל, בתמורה ל"ארכה" שהעניק לממחה, מקור חדש להיפרע ממנו (בעלות על הזכות כלפי אלסינט), תוך שמירת זכותו לחזור על המחאה אם החיוב לא יסולק (כולו או מקצתו) במסגרת המחאה. אין גם מניעה שהנמחה יתנה את הסכמתו לקבלת המחאה בפיצוי על הארכה שהוא מעניק לממחה.

גם הכותרת של סעיף 48, "קיום על תנאי", בדומה ל"פירעון על־תנאי" לגבי שטר, מצביעה לדעתנו על כוונה מצד יוצר הנורמה בכיוון הפירוש המקובל עלינו, שלפיו רק אם לא קיים החיוב האחר, קמה לנמחה הזכות לחזור על המחאה. אומנם הלשון שננקטה בחוק – ומקל וחומר בכותרת – אינה בהכרח חזות הכל, ותכליתה של נורמה משפטית אינה תמיד זהה לכוונת יוצרה. אדרבה, קורה שלנורמה המשפטית יש תכלית שכלל לא עלתה על דעתו של יוצר הנורמה. אולם "על־פי השיטה הפרשנית התכליתית, התכלית הסובייקטיבית – הנלמד [צ"ל – הנלמדת] מכוונת היוצר אך שאינה זהה עמה – הוא [צ"ל – היא] מרכיב מרכזי – אך לא בלעדי – בתכליתה של הנורמה המשפטית."<sup>13</sup> ניתן אולי למצוא חיזוק נוסף להשקפתנו גם במה שנאמר בפסק־הדין בעניין אלקטרוג'ניקס על הרישום בניהול החשבונות הדרוש עקב המחאה. מצד אחד, נאמר שם

כי –

"העובדה, שבספרי החשבונות של החברה ושל המשיבה לא נעשה כל

12 צודק לרנר (לעיל הערה 10, שם) בהעירו כי גם במאמרנו (בן־פורת, לעיל הערה 6) לא הזכרנו אותו. ראו גם זאב צלטנר דיני חוזים של מדינת ישראל (תשל"ד, כרך א) 241, שדעתו הייתה דומה מבלי להידרש לסעיף 48.

13 אהרן ברק פרשנות במשפט (מהדורה שנייה, תשנ"ד, כרך א) 376.

זיכוי לטובת החברה עקב ההמחאה מראה, שכך<sup>14</sup> גם ראו הצדדים להסכם את עסקת ההמחאה.<sup>15</sup> [ההדגשה הוספה]

אולם מצד אחר, נאמר בהמשך כי -

"משנעשתה העברת הזכות חדל החוב להיות חלק מנכסי החברה ונעשה חלק מנכסי המשיבה ועל כן לפי ניהול חשבונות נכון חיבת הייתה החברה לציין דבר זה בספרי החשבונות שלה. אם היא לא עשתה כן, אין בכך ראייה שהמחאת הזכות לא נעשתה, אלא שהחברה לא ניהלה את חשבונותיה כראוי.<sup>16</sup>"

ניתן להקשות: אם ראייה נכונה מתיישבת עם אי-הרישום, כלום יש הצדקה לכפות על הצדדים להמחאה רישום כמתואר? אנו מתקשים ליישב בין הקביעה שעם ביצוע ההמחאה "חדל החוב [של אלסינט] להיות חלק מנכסי החברה [אלקטרוניקס]" לבין הקביעה כי לנמחה (אי.אס.אל) עומדת "הזכות לגבות את המגיע לו מהממחה" אפילו בו-ביום. לעומת זה, אם יופעל הכלל שלפיו ההמחאה מהווה קיום על-תנאי של החיוב, ישקף הרישום הנדרש את המציאות (כל עוד לא הופר התנאי).

סיכומו של דבר: על נושא הדיון בעניין אלקטרוניקס - המחאת חיוב אחר לקיומו של חיוב - חל לדעתנו סעיף 48. לטעמנו עדיף לפרש את סעיף 48 על-פי המקובל בדיני השטרות, ולהכיר בקיום עילת תביעה נגד הממחה רק אם החייב לא קיים את "החיוב האחר" כלפי הנמחה (הנושה של הממחה).

## 2. בנק המזרחי נ' חגי פאר<sup>17</sup>

בבקשתה של החברה למימון ייצוא, שהוגשה לבנק המזרחי, נאמר כי "את המימון תגבו מתמורות הדוקומנטים כשיפרעו על ידי הקונה בחו"ל, או במקרה של אי פירעון נשלם לכם אנו את החוב מתוך חשבוננו..."<sup>18</sup> [ההדגשה הוספה]. בקשתה נענתה, והיא קיבלה הלוואה למימון. החברה נתנה הוראות בלתי-חוזרות לבנק אגוד להעביר את הסכום

14 "כך" - כלומר שכל עוד לא פרע החייב את חובו, עומדת לנמחה הזכות לגבות את המגיע לו מהממחה.

15 עניין אלקטרוניקס, לעיל הערה 2, בעמ' 126. אכן, מדוע ירשום הממחה שהחוב המגיע לו סולק אם הוא עשוי בה-בעת לקבל דרישה לסילוקו?

16 שם, שם.

17 ע"א 599/89 בנק המזרחי נ' חגי פאר, רו"ח, כונס נכסים ומנהל של גרילוז מפעלי טקסטיל בע"מ, פ"ד מה(4) 870 (להלן: עניין גרילוז); המשיבה תכונה להלן: החברה או גרילוז.

18 שם, בעמ' 872.

שתגבה בגין אותו ייצוא לבנק המזרחי. בנק אגוד הודיע שיפעל על-פיהן "אם וכאשר תתקבל אצלנו התמורה הנ"ל ובתנאי שלא תהיה כל מניעה חוקית לכך".<sup>19</sup> כמו-כן חתמה החברה על כתב-הרשאה לחברה הישראלית לביטוח סיכוני סחר חוץ "לשלם במישרין לבנק המזרחי כספים העשויים להשתלם לה בתוקף פוליסת הביטוח שהוצאה לה".<sup>20</sup> את טענתו כי רכש זכות קניינית בכספי הייצוא, ביסס בנק המזרחי על -

"הסכם בין הצדדים כי הבנק יתן לחברה לצורך מימון הייצוא הנזכר הלוואה למימון ייצוא... [בסכום נקוב] כפוף לתנאי כי תמורת הייצוא תוקנה במלואה וללא סייג לבנק ואף תובטח על ידי החברה הישראלית לביטוח סיכוני סחר חוץ בע"מ. עוד הוסכם בין הצדדים כי הדוקומנטים הכרוכים בעסקה זו ימסרו לגביה לבנק אגוד ועם התמורה יעבירנה בנק אגוד לבנק המזרחי."<sup>21</sup> [ההדגשה הוספה]

בית-המשפט המחוזי קבע כי את בקשת החברה לבנק המזרחי אין לראות כהמחאה זכות, בין היתר מפני שנאמר בה כי "במקרה של אי פירעון נשלם לכם אנו את החוב...". לדעתו, "אילו היה בהוראות אלו משום המחאת חוב, פשיטא שאין הנמחה יכול עוד לחזור על המחאה אם לא יצליח לגבות את הכסף על-פי ההמחאה". מאחר שהחברה התחייבה לשלם את החוב אם בנק המזרחי לא יקבל את תמורת הייצוא, אין זו המחאת זכות. בית-המשפט העליון קבע שנימוק זה מוטעה, וכי הכלל הנכון הוא זה שנקבע בעניין אלקטרוג'ניקס, שלפיו "כל עוד לא פרע החייב את חובו עומדת לנמחה הזכות לגבות את המגיע לו מהממחה".

עמדתנו היא כי לא היה מקום להפעיל במקרה שנידון בעניין גרילוז את הכלל שנקבע בעניין אלקטרוג'ניקס, כבר מהטעם שלא הייתה במקרה זה העברת זכות לקיום חיוב קודם. הוסכם, כמבואר לעיל, כי הבנק ייתן לגרילוז הלוואה למימון ייצוא, וכי זו תיפרע מתמורות הייצוא, שאותן יעביר בנק אגוד, הגובה מטעם גרילוז, ישירות לבנק המזרחי. פירוש הדבר שהלוואת המימון תיפרע ישירות מתמורות הייצוא. זו המחאת מכר או המחאה "מוחלטת". להסדר זה הוסיפה גרילוז התחייבות ישירה, והיא כי "במקרה של אי פירעון נשלם לכם אנו את החוב מתוך חשבוננו".

באשר לעמדתו של בית-המשפט המחוזי כי בהמחאה אין הנמחה יכול לחזור על המחאה אם לא הצליח לגבות את המגיע לו במסגרת ההמחאה, עמדה זו כשלעצמה, כאשר מדובר בהמחאת מכר, נכונה היא. כאמור, אכן יש לראות בהמחאה שנעשתה בעניין גרילוז המחאה כזאת. אולם דווקא במצב זה, התחייבות ישירה מצד גרילוז הינה לא רק מותרת, אלא אף מחויבת-המציאות, שכן שום גוף פיננסי שעניו בראשו לא היה מסתפק בהמחאה

19 שם, בעמ' 873.

20 שם, בעמ' 872.

21 שם, בעמ' 873.

מכר של תמורות ייצוא כמקור יחיד להיפרע מתוכו. יפים לכאן דבריו של השופט ברק בפסק-דין חנה גולדמן נ' יצחק מיכאלי ואח':<sup>22</sup>

"...הגישה המקובלת היא, כי אין הממחה-המוכר ערב לביצוע החיוב על-ידי החייב... גישה זו מתבקשת גם מחוק המכר (ראה: מ' בן-פורת, בספרה הנ"ל בעמ' 16, וכן מ' בן-פורת "המחאת חיובים", עיוני משפט ד' (תשל"ה-ל"ו) 671, 680). יחד עם זאת, אין כל דבר אשר ימנע מהממחה-המוכר מליטול על עצמו ערבות לקיום חיובי החייב (ראה: A.L. Corbin, On Contracts... 624). כמו כן, אין כל דבר אשר ימנע מהממחה-המוכר מליטול על עצמו חבות עצמאית משלו לביצוע החיובים."<sup>23</sup> [ההדגשות הוספו]

לסיכום עמדתנו בנקודה זו: בעניין גרילוז נעשתה לכאורה המחאת מכר,<sup>24</sup> כך שאילו התחייבה גרילוז לפרוע את חובה לבנק אם היבואן לא יפרע את תמורת הייצוא, היה חל הכלל הרגיל שלפיו, כמצוטט לעיל, "אין הממחה-המוכר ערב לביצוע החיוב על-ידי החייב". כבר אמרנו ששום בנק לא היה מסכים להסתפק בהמחאה שאלה תוצאותיה. דווקא משום כך הייתה דרושה התחייבותה הישירה של גרילוז. התחייבות (או ערבות) כזאת מותרת היא, ובמקרה שנידון בעניין גרילוז, אף הייתה דרושה כבסיס סביר לקבלת מימון ייצוא מהבנק.

נקודה אחרת, והיא העיקרית ברשימה זו, מתבטאת בכך שבית-המשפט העליון חזר בעניין גרילוז על הכלל שנקבע בעניין אלקטרוג'ניקס. לדעתנו, לא זו בלבד שהכלל האמור לא התאים לעובדות המקרה, שכן לא נעשתה במקרה זה המחאה לשם קיום חיוב, אלא שגם לעיצומו של הכלל עמדתנו כאמור שונה.<sup>25</sup>

22 ע"א 348/79 חנה גולדמן נ' יצחק מיכאלי ואח', פ"ד לה (4) 31 (להלן: עניין גולדמן).

23 שם, בעמ' 42-43.

24 אך ראו לרנר, לעיל הערה 10, בעמ' 262, בהערת-שוליים 6 ובטקסט הסמוך לה, אשר גורס כי הייתה זו המחאה על-דרך המשכון. דעתנו שונה, בין היתר מהטעם שהבטחה של החברה לשלם הייתה מותנית בכך שהיבואן לא ישלם את תמורת הייצוא, ולא להפך (שתמורות הייצוא ישמשו בטוחה לסילוק החוב על-ידי גרילוז). ההבדל אינו סמנטי גרידא, שכן לא הייתה לבנק הזכות לגבות מהייבואן כל עוד לא הוברר שהיבואן לא שילם את המגיע ממנו. זאת ועוד, הטוען שהמחאה הינה על-דרך השעבוד, עליו הראיה, ויש הסבורים שקיים נטל מיוחד בהוכחת השעבוד. ראו, למשל, ע"א 196/87 רות שוויגר נ' אליהו רז לוי, פ"ד מו(3) 2, טענה שמדובר בשעבוד לא עלתה כלל על שולחן הדיונים, כפי שמצוין גם בספרו של לרנר, שם, בעמ' 285. לכן לא התחוויר לנו הבסיס להבאת פסק-דין זה כאחת הדוגמאות של הפסיקה במשפון זכויות - שם, בעמ' 262. ראו גם דבריו להלן בהערה 51.

25 ראו לעיל את הטקסט הסמוך להערות 6-16.



### 3. פרינר בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ<sup>26</sup>

פסק-דין זה בא להמחיש את מה שצוין במבוא למאמר זה, והוא שחשוב להכיר את סוגי ההמחאות ואת המאפיינים של כל אחד מהם. למשל, כידוע, קיימים חילוקי-דעות בקרב שופטים ומלומדים בשאלה אם המחאה על-דרך השעבוד טעונה רישום כמשכון אם לא, וטרם נקבעה הלכה פסוקה בעניין זה. לכן, כאשר דנים במהותה של המחאה אשר לא נרשמה, תוצאת המשפט עשויה להשתנות בהתאם למהות ההמחאה. אם ייקבע שהמחאה היא על-דרך השעבוד וחייבת רישום, יפסיד הנמחה, ואילו אם ייקבע, למשל, שהמחאה נעשתה לשם "קיום על-תנאי" ועל-כן אינה טעונה רישום, ייתכן שידו תהיה על העליונה. את ההבדלים ואת הדמיון בין שני סוגי ההמחאות האלה הבהרנו בדברי הסיכום.<sup>27</sup> לענייננו חשוב שמשותפת להם זכות החזרה על הממחה אם הנמחה לא קיבל את המגיע לו במסגרת ההמחאה, שכן שיקול זה היווה את אחד משני הטעמים שעל יסודם (וכנראה גם על יסוד כל אחד מהם בנפרד) הוכרע הדין בעניין פרינר. מה שבולט בפרשה זו, לפי ראות-ענינו, הוא העדר התייחסות לעצם קיומה של המחאה לשם "קיום על-תנאי" לפני שנקבע שהמחאה הייתה על-דרך השעבוד<sup>28</sup> ועל-כן טעונה רישום. בשל העדרו של הרישום, הפסיד הבנק (הנמחה) בדין. אילו נקבע שהמחאה נעשתה לשם קיומו של חיוב,<sup>29</sup> הייתה התוצאה הפוכה. את העובדה שהסיווג של ההמחאה עשוי להוות שיקול מכריע במשפט ביקשנו להמחיש על רקע התוצאות ההפוכות שהתקבלו בעניין פרינר, מזה, ובעניין גרילוז, מזה, חרף הדמיון הרב ביניהם. נפרט:

עניין פרינר נידון בבית-המשפט המחוזי כמה שנים לפני עניין גרילוז. בשני המקרים המחאה יצואן לבנק המזרחי, לשם סילוק חוב המימון, את תמורות הייצוא שיתקבלו מהיבואן, בתוספת התחייבות ישירה לבנק שלפיה במקרה של אי-פירעון מצד היבואן, "נשלם לכם אנו את החוב מתוך חשבוננו". קיים רק הבדל אחד בין עובדות שני המקרים, והוא שבעניין פרינר הוסכם בין הבנק ליצואן שאת העודף שמעבר לחוב המימון יזקוף הבנק לזכות חשבונה של פרינר, ואילו בעניין גרילוז, אולי כתוצאה מהלקח שנלמד בבנק מפסק-הדין בעניין פרינר, הומחתה תמורת הייצוא "במלואה וללא סייג". כאמור, לענייננו חשוב כי בעניין פרינר קבע בית-המשפט המחוזי, על-סמך שני טעמים (וכנראה גם על יסוד כל אחד מהם בנפרד), שמדובר בהמחאת משכון, ולא בהמחאה גמורה. הנימוק האחד להחלטה היה שבהמחאה גמורה הנמחה מקבל את כל הזכות שהומחתה, גם אם ערכה עלה לעומת הערך בעת כריתת הסכם ההמחאה (ולהפך – גם אם נגרם לקונה

26 ת"א 3113/86 (ת"א) פרינר בע"מ (בכינוס נכסים), המבקש כונס הנכסים אפרים מנדלמן, עו"ד נ' בנק לאומי לישראל בע"מ מפרק החברה ובנק המזרחי המאוחד בע"מ, דינים מחוזי כו(7) 320 (להלן: עניין פרינר).

27 סמוך לאחר הערה 56.

28 נשקל רק אם הייתה זו המחאה גמורה (כמכר) או על-דרך השעבוד.

29 המכונה, כאמור, גם "קיום על-תנאי".

הפסד, אין הממחה אחראי לו). לכן החובה של הבנק לזקוף את העודף, מעבר לחוב המימון, לזכות חשבוננו של היצואן היא הוכחה שהיה זה שעבוד.

קביעה זו אינה תואמת את דעתנו. מותר, לפי חוק המחאת חיובים, להמחות גם חלק מזכות,<sup>30</sup> או סכום נקוב ולא למעלה הימנו. אם הזכות שהומחאה היא תמורות הייצוא שייגבו מהיצואן, היה מותר בהחלט להגבילה עד לגובה חוב המימון. גם ההיגיון המסחרי מחייב התנאה כזאת, שהרי כל יצואן מצפה לרווחים מעבר להוצאות שהוציא על הייצוא, ואותם הוא רוצה כמובן לשמור לעצמו. בעובדה שכל תמורת הייצוא שנגבתה הועברה ישירות לבנק (תוך התחייבות לזקוף את העודף לזכות הממחה) אין לדעתנו הוכחה לשעבוד. להפך, זו לדעתנו המחאה "גמורה" של תמורות הייצוא עד לגובה חוב המימון. אכן, לפי חוק המכר, שחל גם על המחאת מכר, הקונה הוא הנהנה אם ערך הזכות עלה לאחר הרכישה, והוא הנושא בהפסד אם ערכה ירד. במה דברים אמורים? למשל, אילו היה החוב בדולרים, וערך הדולר היה עולה, היה הבנק (הנמחה) יוצא נשכר. באותה מידה היה עליו לשאת בהפסד כתוצאה מירידת ערכו של המטבע, אלא אם כן הוסכם אחרת. הוא הדין אילו היה חוב המימון צמוד לערך הכסף במועד מסוים, ועד לקבלת תמורות הייצוא היה ערכו משתנה לכאן או לכאן.

הנימוק השני לקביעה שמדובר בהמחאת משפון היה שהנמחה רשאי לחזור על הממחה אם לא יפרע במסגרת תמורות הייצוא.

גם טעם זה בטעות יסודו. ראשית, אילו דובר במשפון של תמורות הייצוא, היה הבנק צריך לחכות עד למועד שבו הייצואן פרינר היה אמור לפרוע את חובו, ורק במקרה של אי-פירעון על-ידי היה מקום למימוש ה"משכון" (תמורות הייצוא). כך מתבקש מן העובדה שמשכון טפל לחיוב שלסילוקו ניתן. אולם כאן הסדר היה הפוך: על הבנק היה להיפרע מתמורות הייצוא, ורק אם היבואן לא פרע, היה על פרינר לשלם לו. שנית, דווקא בהמחאה ל"קיום על-תנאי", כזכור, מותר לנמחה לחזור על הממחה אם לא נפרע במסגרת ההמחאה. הטעם לאפשרות זו נעוץ בקביעתו של סעיף 48 לחוק החוזים כי בהמחאה כזאת קיימת חזקה (הניתנת לסתירה) שהחיוב המקורי, שלשם קיומו נעשתה ההמחאה, לא הופקע. אולם עצם האפשרות שמדובר בהמחאה כזאת לא נשקלה שם כלל, כפי שהיה ראוי לעשות אילו אכן דובר בחוב שלשם סילוקו נעשתה המחאה. כאשר שוקלים שמא מדובר בהמחאת משפון, בעיקר כאשר ההמחאה לא נרשמה כמשפון, הסיווג עשוי כאמור לקבוע את התוצאה של ההליך השיפוטי.

לעיצומו של עניין, לפי העובדות בעניין פרינר, לא הייתה זו לדעתנו המחאת משפון ואף לא המחאה ל"קיום על-תנאי", אלא המחאה גמורה, כפי שהיה בעניין גרילוז. זאת,

30 ראו סעיף 1(ב) לחוק המחאת חיובים, לעיל הערה 1, הקובע לאמור: "ההמחאה יכול שתהיה לגבי הזכות כולה או מקצתה, ויכול שתהיה מותנית או על דרך השעבוד" [ההדגשה הוספה].

בתוספת התחייבות של הממחה כלפי הנמחה שאם היבואן לא ישלם, תפרע היא את המגיע לו.<sup>31</sup>

לסיכום, הבלטנו בזה את חשיבותו של סיווג המחאה, שכן הוא עשוי לשנות אפילו את התוצאה הסופית של פסק-הדין. הבהרנו שבית-המשפט המחוזי ייחס מאפיינים מוטעים להמחאת שעבוד, וכתוצאה מזה גם להמחאת המכר.

#### 4. מקור הנפקות וזכויות בע"מ נ' לין רוסמן<sup>32</sup>

לענייננו, עובדות המקרה הן כלהלן: ויסמן כרת חוזה עם חברת מקור פיתוח (להלן: החברה או מקור פיתוח) לרכישת חכירת-משנה בדירה בבית-דירות (להלן: חוזה הרכישה). בחוזה הרכישה התיירה מקור פיתוח לרוכש להעביר את החוזה לאחר, אם הנמחה יתחייב למלא את התחייבויות הרוכש כלפיו בהתאם לחוזה הרכישה.<sup>33</sup> כאשר הבנייה הייתה עדיין בעיצומה, מכר ויסמן את זכויותיו באותה דירה לרוסמן (להלן: חוזה המכר). בחוזה המכר נכללה התחייבות מפורשת של ויסמן כלפי רוסמן שלא יאחר מהתאריך שצוין תירשם על שמו של רוסמן חכירת-משנה על אותה דירה; ואם יחול איחור, הוא יפצה אותו כמפורט שם. כעבור זמן כרתו ויסמן ורוסמן הסכם המחאה בעל-פה, ובו הועברו לרוסמן – כאמור, בהסכמת החברה<sup>34</sup> – לא רק זכויותיו של ויסמן, אלא גם התחייבויותיו כלפי החברה על-פי חוזה הרכישה. כתוצאה מהסכם המחאה נהפך רוסמן, במקום ויסמן, לבעל-דברה של החברה בכל הנוגע לחוזה הרכישה.

חכירת-המשנה לא הועברה על שם רוסמן בתאריך הנקוב בחוזה המכר, ורוסמן תבע מידי ויסמן את הפיצוי שנקבע שם. האחרון טען שבעלת-דברו של רוסמן גם לעניין זה היא החברה, שכן עקב הסכם המחאה, הוא – ויסמן – יצא מן התמונה הן לגבי הזכויות והן לגבי ההתחייבויות הנובעות מחוזה הרכישה.

בית-המשפט קיבל את תביעתו של רוסמן לפיצוי על האיחור ברישום חכירת-המשנה על שמו, והיטיב את ויסמן לפצותו. נימוקו, בהגיעו למסקנה זו, היה שחל על המקרה הכלל שנקבע בעניין אלקטרוניקס, והוא כי "כל עוד לא פרע החייב [בענייננו, חברת מקור

31 ראו לעיל את הכלל שנקבע בעניין גולדמן, בטקסט הסמוך להערה 22; אך ראו לרנר, לעיל הערה 10, בעמ' 284-288, המסכים לטעם הראשון שצוין בפסק-הדין בעניין פרינר, וכנראה גם לטעם השני, כאשר הממחה אינו מתחייב בהתחייבות ישירה לנמחה.

32 ע"א 879/92 מקור הנפקות וזכויות בע"מ נ' לין רוסמן, פ"ד נ(1) 774 (להלן: עניין מקור פיתוח).

33 לעיתים החוק קובע שניתן להמחות את החוזה בשלמותו, כגון סעיפים 21 ו-23 לחוק השכירות והשאלה, תשל"א-1971, ס"ח 160, וסעיף 323 לחוק החברות, תשנ"ט-1999, ס"ח 189.

34 על המחאת חוזה שלם ראו ע"א 568/88 חברת בית יהונתן בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מה(2) 385.

פיתוח] את חובו [רישום הכירת-המשנה] עומדת לנמחה [רוסמן] הזכות לגבות את המגיע לו מהממחה [ויסמן].<sup>35</sup>

הערותינו אינן מתייחסות לתוצאה - חיובו של ויסמן לפצות את רוסמן - אלא להחלת הכלל שנקבע בעניין אלקטרוג'ניקס ולאיי-החלת הכלל שנקבע בעניין גולדמן,<sup>36</sup> כמוסבר בהמשך:

ראשית, הכלל שנקבע בעניין אלקטרוג'ניקס חל (כזכור) כאשר יש חיוב שטרם סולק ואשר לשם קיומו נעשית המחאת זכות או המחאה של חיוב אחר. כאשר אלה העובדות, הכלל האמור קובע שכל עוד החייב לא פרע את החיוב האחר, במסגרת המחאה, הנמחה רשאי לגבות את החיוב המקורי מהממחה, שכן חזקה (הניתנת לסתירה) היא שהחיוב המקורי לא הופקע. לא כך היה בעניין מקור פיתוח. כמבואר לעיל, תחילה נכרת חוזה הרכישה בין ויסמן למקור פיתוח, וכעבור זמן הומחה חוזה זה בשלמותו - זכויות וגם התחייבויות (בהסכמת מקור פיתוח) - לרוסמן. הסכם המחאה בין ויסמן לרוסמן לא נועד לקיים חיוב שטרם סולק, אלא כדי שבכל הנוגע לחוזה הרכישה כולו, יפנה ויסמן את מקומו, כך שרוסמן ייהפך לבעל-דברה של מקור פיתוח. לכן לא חל בעניין מקור פיתוח הכלל שנקבע בעניין אלקטרוג'ניקס, אלא, כמוסבר בהמשך, הכלל שנקבע בעניין גולדמן.<sup>37</sup>

שנית, אחרי שנכרת חוזה הרכישה, אך לפני המחאתו, נכרת חוזה המכר בין ויסמן לרוסמן, שבו התחייב הראשון כלפי האחרון לפצותו אם יחול איחור בהעברת הכירת-המשנה של הדירה על שמו. כידוע,<sup>38</sup> אין חוק המחאת חיובים מטפל ביחסים שבין הממחה לנמחה, אלא בעיקר ביחסי הנמחה עם החייב. יחסים אלה (בין הממחה לנמחה) נקבעים בהסכם ביניהם או על-פי הדין החל על העסקה. לכן יש להתייחס בנפרד לחוזה הרכישה ולהמחאתו, מזה, ולחוזה המכר בין הממחה ויסמן והנמחה רוסמן, מזה. יפים לכאן דבריו של השופט ברק בעניין גולדמן לאמור:

"המחאת זכות המוכרת כלפי הקבלן לידי הקונים [בענייננו - המחאת כל חוזה הרכישה עם מקור פיתוח מויסמן לרוסמן] בדרך של עסקת מכר, ויצירת קשר משפטי ישיר בין הקונים [בענייננו - רוסמן] לבין הקבלן [בענייננו - מקור פיתוח] אין בהם כדי למנוע קיום חובות של המוכרת-הממחה כלפי הקונים-הנמחים. לשם בחינתן של חובות אלה יש לפנות להוראות החוזה ולהוראות חוק המכר.<sup>39</sup> [ההדגשות הוספו]

זה, לדעתנו, הכלל שהיה ראוי להפעיל בעניין מקור פיתוח. כאמור, התוצאה שאליה

35 עניין אלקטרוג'ניקס, לעיל הערה 2, בעמ' 126.

36 עניין גולדמן, לעיל הערה 22 והטקסט הסמוך לה.

37 שם.

38 ראו עניין אלקטרוג'ניקס, לעיל הערה 2, וכן עניין גולדמן, לעיל הערה 22.

39 עניין גולדמן, שם, בעמ' 38.

הגיע בית-המשפט - חיובו של ויסמן לפצות את רוסמן על האיחור - מקובלת עלינו, אך ההסתמכות על הכלל שנקבע בעניין אלקטרוג'ניקס מעידה כי בית-המשפט לא הבדיל בין יחסי החייב (מקור פיתוח) והנמחה (רוסמן), שחוק המחאת חיובים מטפל בהם, לבין יחסי הנמחה (ויסמן) והנמחה (רוסמן), שחוק המחאת חיובים אינו מטפל בהם, ואשר נקבעים בהסכם או מכוח הדין החל על העסקה.

סיכומי של דבר: לדעתנו, חל בעניין מקור פיתוח הכלל שנקבע בעניין גולדמן, ולא הכלל שנקבע בעניין אלקטרוג'ניקס. לא היה במקרה זה חיוב שלשם קיומו נעשתה המחאה של חיוב אחר, כפי שהיה בעניין אלקטרוג'ניקס, אלא נעשתה המחאה של חוזה רכישה<sup>40</sup> לקונה אחר (רוסמן במקום ויסמן). באשר להתחייבות שנטל על עצמו ויסמן (הממחה) כלפי רוסמן (הנמחה) לפצותו על איחור ברישום חכירת-המשנה על שמו, זו שרירה וקיימת מכוח היחסים החוזיים ביניהם, שכן אין בהמחאת חוזה הרכישה כמתואר כדי למנוע קיום התחייבות שממחה נוטל על עצמו כלפי נמחה מכוח חוזה שנכרת בין השניים. חוק המחאת חיובים אינו מטפל ביחסיהם, וחלים עליהם התנאים שעליהם הסכימו והוראות החוק החלות על העסקה (במקרה זה - חוק המכר).

#### 5. א.ש.ת כספים בע"מ נ' בנק המזרחי המאוחד ואח'<sup>41</sup>

בהודעה ששלחה לנדסמן למשרד הביטחון נאמר: "...המחנה היום, בהמחאה גמורה ומוחלטת, על-פי חוק המחאת חיובים, תשכ"ט-1969, לבנק המזרחי... את זכותנו לקבלת כל הכספים המגיעים לנו ושיגיעו לנו מכך, אם יגיעו ובמידה שיגיעו בגין חוזה/ הזמנה/הסכם... [חוזים מסוימים שצוינו שם]... בהתאם לכך נבקשכם לשלם את כל הסכומים כאמור, לבנק המזרחי המאוחד."<sup>42</sup> [ההדגשות הוספו]

לאחר-מכן, להבטחת פירעונה של הלוואה שלנדסמן קיבלה מחברת א.ש.ת (להלן: החברה), שלחה לנדסמן לבנק "הוראה בלתי חוזרת" להעביר "את כל הכספים שיועברו אליכם על-ידי משהב"ט [בגין אותם חוזים] בהתאם להמחאת הזכות... מיד עם קבלתם לזכות חשבון... א.ש.ת כספים בע"מ"<sup>43</sup>. הבנק, מצידו, אישר את הסכמתו לפעול בהתאם. לגבי השאלה כיצד הסכים הבנק (הנמחה), שנהפך לבעל הקניין בכספים שהומחו לו, להעבירם לזכות חשבונה של החברה, העיר הנשיא שמגר כי "יש להניח, כי למרות המחאת

40 בהסכמת מקור פיתוח, שהייתה דרושה להמחאת ההתחייבויות. ראו סעיף 7 לחוק המחאת חיובים, לעיל הערה 1.

41 ע"א 4724/90 א.ש.ת כספים בע"מ נ' בנק המזרחי המאוחד, פ"ד מו(3) 570 (להלן: עניין א.ש.ת).

42 שם, בעמ' 578.

43 שם, בעמ' 580.

החייבים ההחלטית, הסכים הבנק להסדר חוזי וייחודי מאוחר יותר, שביטוי בהוראה הבלתי חוזרת הנושאת הסכמת הבנק".<sup>44</sup> הנחה זו באה להעלות אפשרות להבנת העובדה שבנק אשר נהפך לבעל הקניין של הכספים שהומחו לו נותן את הסכמתו להעביר כספים אלה לזכותו של גוף אחר, לפי הוראתו של הממחה. הייתה זו אפשרות היפותטית שלא נטענה וממילא גם לא הוכחה.

אפשרות אחרת (מציאותית אולי יותר) היא שהייתה זו המחאה שצורתה אומנם מוחלטת, אך בפועל היא שימשה המחאה לגוביינא בלבד. בארצות-הברית נידונו מקרים שבהם המחאה לגוביינא לבשה צורה של המחאה מוחלטת, כמתואר בספרו של Corbin:<sup>45</sup>

"An assignment absolute in form can be shown to have been for collection only; and the assignee on collection will hold the proceeds in trust for the assignor": Md. – Doxen v. Wagner, 121 A. 254, 142 Md. 441 (1923.)

גם באנגליה, כמו בארצות-הברית, העובדה שהנמחה בהמחאה מוחלטת הסכים למעשה לגבות את המגיע ולהחזיק בכסף כנאמן של הממחה למטרות ספציפיות אינה מונעת בעדו מלהגיש תביעה נגד החייב כנמחה, אף אם חלק מהכסף שגבה עליו למסור לממחה עצמו. בלשון הספר:

"Under the English Judicature Act, 1873, the fact that the assignee of the entire claim has agreed to collect it and to hold the proceeds as a trust fund for specified purposes does not prevent him from maintaining suit as an assignee, even though part of the amount collected is to be paid to the assignor himself."<sup>46</sup>

המניע להסכמת הבנק לפעול לפי הוראות הממחה אינו הקובע לענייננו. רק הצבענו על העובדה שבהודעה על המחאה למשרד הביטחון הומחו לבנק (כמודגש לעיל) כל הכספים המגיעים ושיגיעו ממשרד הביטחון, בגין החוזים שפורטו, בהמחאה גמורה

44 שם, בעמ' 578.

45 ראו: Arthur L. Corbin *On Contracts* (2002, Vol. 9) 482.

46 *Ibid, ibid*, תוך הפניה לפסקי-הדין: *Bank of Liverpool & Martins v. Holland*, 43 T.R.L 29 (1926); *Fitzory v. Cave*, [1905] 2 K. B. 364 (C.A.); *Wiesener v. Rackow*, 76 L.t. 448 (1897); *Comfort v. Betts*, [1891] 1 Q.B. 737 (C.A.) היא אם - כאשר הוכח שהמחאה היא מוחלטת על פניה ואילו הנמחה פועל לפי הוראות הממחה - לפנינו לכאורה המחאה גוביינא, ועל הטוען אחרת להוכיח זאת.

ומוחלטת, ועל הוראתה של לנדסמן לבנק להעביר "את כל הכספים שיועברו אליכם על-ידי משהב"ט" לזכות חשבונה של החברה (המלווה). לא ברור לנו אם לנדסמן שלחה לבנק העתק של ההודעה למשרד הביטחון, אף שהדבר מתבקש. בפועל הועבר על-ידי משרד הביטחון ישירות לבנק רק חלק מהמגיע ללנדסמן. חלק משמעותי שולם ללנדסמן בשיקים שמשרד הביטחון משך לפקודתה. כספים אלה הפקידה לנדסמן בבנק בחשבונה-היא, והם לא הועברו לחברה המלווה. החברה פנתה לבית-המשפט המחוזי בבקשה למתן חשבונות על-אודות הכספים שהגיעו לבנק על-פי המחאות הזכות, ולתשלום כל סכום אשר הגיע לבנק ולא הועבר לחברה, בניגוד להתחייבות שנטל על עצמו הבנק. בית-המשפט המחוזי קבע כי ההתחייבות של הבנק הייתה מוגבלת להעברת כספים שהועברו אליו על-ידי משרד הביטחון, אך בערעור הוחלט כי ההתחייבות של הבנק כלפי החברה היא שקובעת, וכי זו השתרעה על כל הכספים שהגיעו ללנדסמן, על-פי החוזים שצוינו, ואשר "הגיעו" לידי בנק, גם אם אלה שולמו בשיקים שנמשכו לפקודתה של לנדסמן, כמתואר לעיל.<sup>47</sup>

בפסק-דינו נתן בית-המשפט העליון את דעתו, בין היתר, לשאלה מה האפשרות של הנמחה להיפרע מהממחה בשני מצבים: (א) כאשר החייב לא פרע (לממחה או לנמחה) את חובו על-פי המחאה; (ב) כאשר החייב (משרד הביטחון) פרע את חובו לממחה (לנדסמן), ולא לנמחה (הבנק). אין לנו הערות על מצב (ב)<sup>48</sup> ולכן נתרכז רק במצב (א).

47 אנו נוטים לחשוב כי מבחינה עובדתית הייתה המחאה המוחלטת - כפי שזו משתקפת מהודעת לנדסמן למשרד הביטחון - לצורכי גוביינא בלבד, כך שהבנק היה אמור להשתמש בכספים אלה לפי ההוראות של לקוחתו (לנדסמן). הוראה זו, לפי לשון ההודעה המאוחרת לבנק, הוגבלה לזיכוי חשבונה של החברה המלווה רק בכספים שיועברו לבנק על-ידי משרד הביטחון, כפי שנקבע בבית-המשפט המחוזי, אך השאלה הינה עובדתית בעיקרה ואינה נוגעת בשאלות שבהן מטפלת רשימה זו. נדגיש, עם זאת, שאם אכן הומחו כל הכספים שהגיעו ושיגיעו ללנדסמן בהמחאה מוחלטת לבנק - כלומר לא רק לגוביינא - כפי שהעיר בית-המשפט העליון) לא הייתה המחאה (לנדסמן) רשאית כלל להורות לבנק לאיזו מטרה הם ישמשו, כולם או חלקם.

48 לדעתנו, הנמחה יכול לתבוע את הכסף מידי החייב, ועל האחרון לשלם שנית, שכן הוא פרע את הזכות לממחה אחרי שהודיעו לו על המחאה, כך שהפטור לפי סעיף 2(ב) לחוק המחאת חיובים, לעיל הערה 1, אינו עומד לו. ראו ע"א 717/89 בנק איגוד לישראל בע"מ נ' ערן טורס בע"מ (בפירוק), פ"ד מט(1) 114, שם חויב בנק ששילם לממחה לשלם שנית - הפעם לנמחה. הנמחה גם יוכל לתבוע את המחאה, המחזיק לדעתנו בכסף זה כנאמנו, בדומה לאדם שקיבל תשלום אשר לידיעתו, לפי ההסכם שהוא צד לו, מגיע לזולתו.

## בעניין זה נאמר בעניין א.ש.ת:

"מהו הדין כאשר החייב אינו פורע את החוב כלפי הנמחה – וזאת בהנחה שחוב כאמור קיים על-פי תנאי הזכות הנמחית. עקרונית, ניתן להעלות על הדעת כמה אפשרויות, שבהן יוצר מצב כאמור. כך, למשל, ייתכן כי החייב לא העביר דבר בגין חובו לנמחה או לממחה. במצב כזה, הנמחה רשאי לגבות את המגיע לו מאת הממחה (ראה ע"א 471/73 מקבלי נכסים זמניים של אלקטרוג'ניקס בע"מ נ' אלסינט בע"מ ואח'...; ע"א 599/89 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' כונס הנכסים ומנהל של גרילוו מפעלי טקסטיל בע"מ (בכינוס נכסים)...".<sup>49</sup> [ההדגשה במקור]

אפשרות זו הובאה בפסק-הדין כאפשרות קיימת, אך לא כאפשרות שמתאימה למקרה העומד לדיון.<sup>50</sup> אולם תוכן הנאמר בפסק-הדין לגבי אפשרות (א) עלול להטעות, ורק מסיבה זו ניתן גם לנו את דעתנו לנאמר שם. למקרא הכתוב ניתן להבין – אך לא מן הנמנע שהכוונה הייתה אחרת – כי בכל המחאה (כולל "המחאה גמורה ומוחלטת", כפי שזו תוארה בהודעתה של לנדסמן למשרד הביטחון),<sup>51</sup> אם החייב אינו מקיים את החיוב,

49 עניין א.ש.ת, לעיל הערה 41, בעמ' 577.

50 ראו, לעומתה, את המילים הפותחות לגבי אפשרות (ב) – "אפשרות אחרת, המתקיימת בענייננו..." [ההדגשה הוספה] (שם, שם).

51 ראו לעיל את הטקסט הסמוך להערה 42. אכן, גם בעניין אלקטרוג'ניקס נקבע שהמחאה הייתה "מוחלטת", בהיבט שבפועל הייתה זו המחאה לקיומו של חיוב. ראו לעיל הערה 4 והטקסט הסמוך לה. אולם בעניין א.ש.ת, שבו עסקינו, המחאה הייתה על פניה "גמורה" או "מוחלטת" (ולא לצורך קיומו של חיוב). יצוין שדעתו של לרנר (לעיל הערה 10, בעמ' 261) היא שעניין א.ש.ת הינו אחת הדוגמאות מהפסיקה למשפון זכויות ("...הקבלן לווה סכום כסף מבנק ומשעבד לו את ההכנסות הצפויות מפרויקט" [ההדגשה הוספה]). תיאור זה אינו תואם את העובדות שנקבעו בפסק-הדין. את ההלוואה מושא הדיון קיבלה הלווה לא מהבנק, אלא מחברת א.ש.ת, ואילו המחאה נעשתה לבנק. השאלה למה נעשתה המחאה מוחלטת לבנק אינה רלוונטית לרשימתנו. לענייננו די בכך שבית-המשפט קבע שהכספים שהועברו ממשרד הביטחון במסגרת החוים שצוינו בהמחאה נהיו לקניינו הגמור של הבנק. המחאה – כמתואר בהודעת הלווה (לנדסמן) לחייבת (משרד הביטחון) – הייתה "גמורה ומוחלטת", ותיאור זה אינו מתיישב עם משכון, שהינו מעצם טיבו טפל לחיוב העיקרי. חשוב מזה, נקבע בפסק-הדין כי זכויותיה של לנדסמן כלפי משרד הביטחון עברו כתוצאה מהמחאה לקניינו של הבנק. לדעת לרנר – וזו, בהבדלים אחדים, גם דעתנו – המחאה על-דרך השעבוד, כמשכון, אינה מעבירה לנמחה (לבנק) את הבעלות ב"נכס". זה נשאר בבעלותו של הממשכן (לנדסמן) עד למימוש. אכן, הבנק נתן לא.ש.ת התחייבות להעביר לחשבונה את כל הכספים שיגיעו אליו ממשרד הביטחון, אך התחייבות אינה המחאה או משפון. ראו גם את דברינו לעיל בהערה 24.



הנמחה יכול לחזור על הממחה. לדעתנו, הכלל שחל על המחאה גמורה הוא זה שנקבע בעניין גולדמן. שם צוין כי בהמחאה שהיא מכר (ככל המחאה "מוחלטת" או "גמורה") אין הממחה אחראי כלפי הנמחה שהחייב יסלק את המגיע ממנו. תוצאה זו נובעת גם מחוק המכר. אולם אין בכלל זה כדי למנוע בעד הממחה מליטול על עצמו אחריות או ערבות כלפי הנמחה שהחייב אכן יסלק.<sup>52</sup> לעומת זה, חוקה לכאורה היא שהאפשרות לגבות את המגיע מידי הממחה, כאשר החייב לא קיים את החיוב, קיימת בהמחאה הנעשית כ"קיום על-תנאי". למשל, אילו הייתה ההמחאה בעניין א.ש.ת נעשית לא לטובת הבנק, אלא לטובת חברת א.ש.ת, הייתה נוצרת תשתית להפעלתו של הכלל האמור. כלומר, אם משרד הביטחון לא היה מעביר את המגיע ממנו לחברה (הנמחה, מכוח ההמחאה), יכלה החברה לתבוע את קיום החיוב המקורי מידי הממחה – לנדסמן. תוצאה זו נובעת הן מהכלל שנקבע בעניין אלקטרוניקס והן מסעיף 48 שעליו עמדנו לעיל.<sup>53</sup>

הבענו ברשימה זו את דעתנו כי המחאה לקיומו של חיוב הינה בגדר "קיום על-תנאי", ואכן זו כותרתו של סעיף 48, וכך גם נאמר בדברי ההסבר להצעת חוק החוזים. אומנם אין לכותרת משקל מכריע בפירושו של חוק, אך ניתן להיעזר בנאמר בה כאחת האינדיקציות לכוונת הכתוב בסעיף.<sup>54</sup> גישתנו גם יוצרת הרמוניה בין המחאה לסילוק חיוב קודם לבין שטר, אשר כידוע נחשב כפירעון על-תנאי של החוב הקיים, ולעיתים אפילו כסילוק סופי.<sup>55</sup> בדומה לכך, רצוי לדעתנו לפרש גם את סעיף 48 כך שהנמחה יורשה לחזור על המחאה, על-סמך החיוב המקורי, רק אם החייב לא פרע לו את הזכות או את החיוב האחר במסגרת המחאה.

שקלנו שמא ניתן להחיל את סעיף 48 גם כאשר ההמחאה של חיוב אחר לשם קיום החיוב הקיים נעשית לא על-ידי החייב – הממחה, אלא על-ידי אדם אחר (שהוא חיבו של החייב או אדם הרוצה ביקרו), ואם החייב במסגרת ההמחאה לא יקיים את החיוב (כולו או מקצתו), יוכל הנמחה לחזור על הממחה במסגרת החיוב המקורי (שלשם קיומו נעשתה אותה המחאה). שאלה זו אינה פשוטה, ולמיטב ידיעתנו – טרם נידונה בערכאות. מכל מקום, בעניין א.ש.ת צוין על-ידי הממחה – לנדסמן, בהודעה למשרד הביטחון (החייב), שהיא המחאה את זכויותיה לבנק "בהמחאה גמורה ומוחלטת". לכן ברור שלא הייתה לצדדים כאן כוונה לערוך המחאה "לקיום על-תנאי" במובן של סעיף 48.

52 עניין גולדמן, לעיל הערה 22, בעמ' 37-38, 42-43.

53 ראו לעיל הערות 8-11 והטקסט הסמוך להן.

54 ראו לעיל הערה 13 והטקסט הסמוך לה.

55 ראו פסק-דין אל-על, לעיל הערה 11.

## פרק ב: סיכום

הבאנו לעיל את כל פסקי-הדין של בית-המשפט העליון, נכון להיום, שהוזכר בהם הכלל שנקבע בעניין אלקטרוג'ניקס (כל עוד לא פרע החייב את חובו, עומדת לנמחה הזכות לגבות את המגיע לו מהממחה). בשני פסקי-הדין שהבאנו אף הופעל הכלל הלכה למעשה, לטעמנו בטעות. הבענו את דעתנו שפרט לדוגמה הראשונה, לא התאים הכלל האמור לעובדות המקרה. בחלק מפסקי-הדין היה הכלל הראוי הפוך לדעתנו, שכן בהמחאה שהיא מכר אין הממחה אחראי כלפי הנמחה שהחייב יקיים את החיוב, אלא אם כן נטל על עצמו התחייבות כזו במסגרת הסכם בינו לבין הנמחה. הצענו שהמחאה לקיום חיוב תתפרש כ"קיום על-תנאי", בדומה לשטר שהוא פירעון "על-תנאי", כך שחזרה על הממחה תהיה מותנית בהפרת התנאי. העובדה שבדברי ההסבר להצעת חוק החוזים נערכה השוואה בין המחאה לקיום חיוב לבין שטר אינה מכרעת אומנם, אך לדעתנו היא מצביעה על הדרך הנאותה לפירוש סעיף זה.

נוסף על כך הבאנו פסקי-דין אחד של בית-המשפט המחוזי בעניין פרינר, הדומה מאוד בעובדותיו לעניין גרילוז, וזאת כדי להמחיש את מיקומה של המחאה ל"קיום חיוב על-תנאי" בין שאר סוגי המחאה, ואת חשיבות הסיווג הנכון של המחאה העומדת לדיון. המחאה על-דרך השעבוד דומה במידה מסוימת להמחאה של "קיום על-תנאי", חרף כל ההבדלים בין השתיים. את דעתנו על הדומה והשונה בין שני סוגי המחאות אלה הבענו ברשימה אחרת פרי-עטנו<sup>56</sup> ונחזור עליה כאן:

1. ככל שמדובר בשעבוד, החיוב המובטח הוא עיקר, ואילו השעבוד טפל לחיוב זה. מכאן, שזכות תביעה נגד הממחה קיימת בהכרח כל עוד המשכון לא מומש. לעומת זה, לגבי המחאה לקיום חיוב, הצדדים יכולים להסכים שלא תהיה לנמחה זכות חזרה על הממחה (שכן ה"חוקה" האמורה ניתנת לסתירה). אם יש הסכמה כזו, המחאה לקיום החיוב המקורי נהפכת למעין מכר או לסילוק סופי.
  2. בעוד המחאה על-דרך השעבוד טעונה לדעתנו רישום אצל רשם המשכונות, אין לכאורה חובה כזאת כאשר המחאה ניתנת לשם סילוק חיוב קודם. המחאה כזו, בדומה לשטר, מהווה לדעתנו קיום החיוב על-תנאי, אלא אם כן הוכח שהכוונה הייתה לראות בו סילוק סופי. כלומר, אם התנאי הופר, מותר כרגיל לתבוע את המגיע מהממחה.
- מטרת הרשימה היא להבהיר את דעתנו בנושא שנראה לנו חשוב, ואשר יעלה מן הסתם על שולחן הדיונים גם בעתיד.

56 שטרם התפרסמה.