

האומנם המחאה היא עסקה ריאלית?

מרים בן-פורת**

לפי ההשקפה דהיום, בהיעדר הסכם אחר, נמחה מקבל קניין מלא בזכות חוזית עם כריתתו של הסכם המחאה והממחה יוצא מן התמונה. הנמחה מקבל כבר או שליטה מלאה בזכות, כך שהיא עומדת לרשותו בלבד. להודעה לחייב על ביצוע המחאה אין שום קשר לרכישת הקניין ואף לא לשכלולו.

המאמר מציג גישה שונה. בעת כריתתו של הסכם המחאה אין הנמחה נהפך לבעל הקניין לפי הדין. ממועד כריתתו של ההסכם ועד למסירת הודעה לחייב על חילופי הנושים עדיין יש לממחה בעלות "מן השורה" (ביטוי שבו השתמש בית-המשפט בפרשת אהרונוב) הכפופה ל"קניין שביושר" או ל"מעין קניין" של הנמחה. לכן הממחה יכול (אף אם אינו רשאי לפי ההסכם עם הנמחה) לבצע באותה זכות עסקה נוספת (סותרת) וגם לעשות עם החייב תם-הלב, שאינו יודע על המחאה, הסדרים משניים את התנאים הנוגעים בזכות שהומחאה. "הקניין שביושר" של הנמחה פועל נגד צדדים שלישיים, ואלה אינם יכולים לתפוס את הזכות כנושים של הממחה. ההודעה לחייב על ביצוע המחאה היא המשכללת את קניינו שביושר של הנמחה לכדי קניין מלא לפי הדין. לממחה כבר אין קניין "מן השורה", והוא אינו יכול לעשות באותה זכות עסקה נוגדת. ההודעה היא הנותנת לנמחה שליטה בלעדית בזכות העומדת מכאן ולהבא לרשותו בלבד. זה גם מסביר מדוע בסוגיה של "המחאות סותרות" (לפי סעיף 4 לחוק המחאת חיובים, תשכ"ט-1969), הנמחה השני גובר על הראשון אם ההודעה על המחאה השנייה קדמה להודעה על הראשונה, שכן, בפעולה זו גלום "מעשה-הקניין" – כמו ברישום מקרקעין מוסדרים או ב"מסירה" על-ידי העמדת הממכר לרשותו של קונה מיטלטלין או זכות במיטלטלין – ומעשה קניין זה הוא (כאמור) המעניק לנמחה השני את השליטה הבלעדית בזכות.

* להבדיל מעסקה שתחילתה התחייבות ורק בסופה הקניית בעלות – ראו להלן הערה 50 והטקסט הסמוך לה.

** המשנה לנשיא בית-המשפט העליון (בדימוס); מרצה בכירה בתחום המחאת חיובים ובתחומים אחרים, ומחברת קומנטר בנושא "המחאת חיובים" מטעם המכון למחקרי חקיקה ומשפט השוואתי על-שם הרי סאקר (גד טדסקי עורך, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים). תודתי נתונה לעוזר המחקר שלי, עורך-הדין אבי לובין, על עזרתו היעילה וכן לחברי מערכת משפט ועסקים על הערות ענייניות ומועילות.

הרעיון שהמחוקק יצר בסעיף 4 לחוק המחאת חיובים "מעין תקנת שוק" – רעיון המאפשר להעניק לזולת מה שאין למעניק – מקובל על המלומד פרופסור שלום לרנר – אם כי בלי חמדה ותוך הסתייגות – כנראה משום שהוא מתיישב עם התזה הבסיסית המקובלת עליו. לפי תזה זו (כאמור), הנמחה מקבל קניין מלא כבר בעת כריתתו של הסכם ההמחאה, ומכאן שלאחר ההמחאה הראשונה (ב"המחאות סותרות") כבר לא נותרת לממחה היכולת לבצע באותה זכות המחאה נוספת. הרעיון של "תקנת השוק" הינו בלתי-רצוי לגופו, מנוגד לרוח הפסיקה ולדידנו גם לשכל-הישר, אך בלעדיו, די לדעתנו בסעיף 4 לחוק המחאת חיובים לבדו לשמוט את הקרקע מתחת לתזה הבסיסית האמורה.

היתרונות של השקפתנו מתבטאים, בין היתר, במניעת ה"צורך" להחיל על המחאה סותרת "מעין תקנת שוק". שמנו את המלה "צורך" במרכאות שכן צורך כזה, אליבא דגישתנו, אינו קיים כלל, כי – עד למתן הודעה לחייב – יש לממחה היכולת לבצע עסקה סותרת. לכן אין הוא מעניק לנמחה השני את מה שאין לו. נוסף על כך, על-סמך השקפתנו, הדרישה למתן הודעה ראשונה לחייב כתנאי לעדיפותו של הנמחה השני מקבלת משמעות הגיונית, להבדיל מן ההשקפה דהיום, שלפיה אין להודעה לחייב שום קשר להענקת הקניין לנמחה או לשכלול קניינו. השקפתנו מונעת היעדר הרמוניה בפתרון בעיות זהות ביסודן הנוגעות בעסקאות נוגדות בנכסים מוחשיים, מזה, ובזכויות, מזה. אדרבה, היא מאמצת אותו עיקרון לגבי כל סוגי הנכסים, בשינויים מחויבים בלבד. על-סמך השקפתנו, ההגנה על החייב טובה יותר.

מבוא

פרק א: פירושו את הדין בישראל

1. עסקה במקרקעין

2. עסקה במיטלטלין

3. המחאת מכר

פרק ב: מבחנים שהיותה של המחאה עסקה ריאלית אינה עומדת בהם

1. דוגמאות למבחנים כאלה

2. נימוקים שלדעת מלומדים מאששים את התזה הקיימת

פרק ג: עקרון תוס' הלב והצורך בתמורה

פרק ד: משפט משווה

1. הדין באנגליה

2. הדין בארצות-הברית

3. הדין בסקוטלנד

4. הדין בכמה מארצות אירופה

פרק ה: סיכום

מבוא

חוק המכר¹ – החל לפי ההלכה הפסוקה גם על המחאות מכר² – קובע בסעיף 33: "הבעלות בממכר עוברת לקונה במסירתו"³, אם לא הסכימו הצדדים על מועד אחר או על דרך אחרת להעברת הבעלות.⁴ מסירת הזכות מתבצעת, לפי חוק המכר, בהעמדת הממכר לרשות הקונה.⁵ המאמר מתייחס לשאלה מתי הזכות עומדת לרשותו של הקונה (הנמחה בהמחאה מכר) ומתי הבעלות המלאה עוברת אליו כאשר הסכם ההמחאה אינו כולל הסדר בעניין זה.⁶ לא נחזור על כך בגוף המאמר, ורצוי שהבהרה זו תהיה לנגד עיניו של הקורא. לשיטתו של פרופסור ש' לרנר,⁷ התואמת את הפסיקה הקיימת,⁸ הסכם ההמחאה הוא המעמיד את הזכות לרשות הנמחה "במובן זה שמכאן ואילך הוא שולט בה ויכול למנוע פגיעה בה על-ידי מתן הודעה מיידית לחייב".⁹ מכאן המסקנה שהעברת הקניין מתבצעת כבר אז, ולא בשלב מאוחר יותר,¹⁰ כגון בעת מסירת ההודעה לחייב על קיומה של המחאה.

- 1 חוק המכר, תשכ"ח-1968, ס"ח 98 (להלן: חוק המכר).
- 2 ע"א 348/79 גולדמן נ' מיכאלי ואח', פ"ד לה(4) 31, 42, מפי השופט אהרן ברק (להלן: עניין גולדמן).
- 3 סעיף 7 לחוק המכר קובע את חובת ה"מסירה" לצורך העברת הבעלות.
- 4 יושם לב כי הצעת חוק דיני ממונות מציעה בסעיף 135 לקבוע כי "המחאה של זכות מושלמת במועד שהסכימו עליו הממחה והנמחה". הקודקס האזרחי – חוק דיני ממונות (נוסח לעיון הציבור, משרד המשפטים, תשס"ד, כרך א, עמ' 39, סעיף 135) (להלן: הצעת חוק דיני ממונות), נגיש באתר כתב-העת (20.9.2006) <http://www.idclawreview.org>. לנו נראה סדר הדברים הקיים היום: לפי סעיף 33 לחוק המכר, לעיל הערה 1, הבעלות עוברת בעת ה"מסירה" (או ה"העמדה לרשות"), אך הצדדים רשאים להסכים על מועד אחר.
- 5 ראו סעיף 8(א) לחוק המכר. יושם לב כי סעיף 19 לחוק המכר מטיל על הקונה חיוב לקבל את הממכר. לנו נראה שלענייננו, די בכך שהקניין עובר לקונה עם העמדת הממכר לרשותו, ואילו אי-הקבלה היא הפרת חובתו של הקונה כלפי המוכר ואולי גם בגדר רשלנות כלפי צד ג שפעל על-סמך "החזקת" הממכר בידי המוכר ("בעלות נחזית"); ראו גם איל זמיר חוק המכר, תשכ"ח-1968, פירוש לחוקי החוזים (גד טדסקי עורך, תשמ"ז) 402-409, והאסמכתאות המובאות שם.
- 6 אגב, השאלה על מה ניתן להסכים בהקשר זה אינה פשוטה בענייננו, והיא ראויה, לדעתנו, להתייחסות נפרדת בנושא בפני עצמו.
- 7 שלום לרנר המחאת חיובים (תשס"ב).
- 8 ראו למשל, ע"א 471/73 מקבלי נכסים זמניים של אלקטרוניקס בע"מ נ' אלסינט בע"מ, פ"ד כט(1) 121, 126 (להלן: עניין אלקטרוניקס); ע"א 6529/96 טקסטיל ריינס בע"מ נ' רייך, פ"ד נג(2) 218 (להלן: עניין טקסטיל ריינס); ע"א 2328/97 כוכבי נ' ארנפלד, פ"ד נג(2) 353 (להלן: עניין כוכבי).
- 9 לרנר, לעיל הערה 7, בעמ' 149.
- 10 שם, בעמ' 366, נאמר (בהתייחס ל"המחאות סותרות") כי "אצלנו, כאמור, עוברת הבעלות

לרנר מסביר כי "מסירת זכות אינה תלויה במתן הודעה בפועל לחייב, אלא ביכולת לעשות כן".¹¹ יכולת זו כבר קיימת לדעתו מכוח הסכם ההמחאה לבדו. כלומר, השליטה בזכות והיכולת למסור הודעה מיידית לחייב, נוסף לעובדה שזכות אינה ניתנת למסירה פיזית, הם השיקולים המונחים ביסוד התזה שדי בהסכם ההמחאה לבדו להעברת הקניין המלא לנמחה. המאמר מציג דעה אחרת, שלפיה ההודעה לחייב היא ה"העמדה לרשות" הנחוצה לשם העברת הקניין.¹² ההסכם אינו מעביר את השליטה המלאה בזכות לידי הנמחה. זו נשארת – לעיתים כולה ולעיתים רק בחלקה – בידי הממחה. אין גם לומר שמעת כריתתו של הסכם ההמחאה הנמחה כבר יכול לבצע בכוחות עצמו את מסירת ההודעה לחייב. נהפוך הוא, תלותו בממחה בעניין זה הינה בלתי-מבוטלת, ולעיתים מוחלטת, כגון כאשר ההמחאה בוצעה בדיבור-פה.

נבהיר שהתזה הקיימת, שלרנר דוגל בה, נסתרת מניה וביה על-ידי סעיף 4 לחוק המחאת חיובים,¹³ שעניינו "המחאות סותרות". לדעתנו, אילו היה הקניין שבדין (להבדיל מהמעין קניין שביושר) משתכלל בידי הנמחה הראשון כתוצאה מהסכם ההמחאה בלבד, היה הממחה נהפך מאז – בכל הנוגע בזכות שהומחאה – לגוף חיצון זר שאינו יכול עוד להמחאות אותה זכות פעם נוספת.

לרנר ער לכך שהתזה הבסיסית שלו אכן נוטלת מהממחה את עצם היכולת לבצע המחאה נוספת בזכות שכבר אינה שלו.¹⁴ לכן הוא דבק ברעיון שסעיף 4 לחוק המחאת חיובים, אף שהוא דן ב"המחאות סותרות" (כך לפי כותרתו), אינו נמנה עם הקבוצה של "עסקאות נוגדות" במקרקעין ובמיטלטלין, שלגביהן אין חולק שהעדפת הקונה השני חלה כאשר העסקה הראשונה אינה מסתיימת בהקניה, וכי הקונה השני גובר על הראשון אם (בין היתר) הוא מבצע את "מעשה הקניין" ("רישום" במקרקעין, "מסירה" או "העמדה לרשות" במיטלטלין ו"הקניה", כ"העמדה לרשות", בזכויות במיטלטלין). המוצא שלו הוא הרעיון שסעיף 4 לחוק המחאת חיובים מהווה "מעין תקנת שוק" המאפשרת למוכר להעביר יותר משיש לו. המחבר אינו מסתיר את מורת-רוחו מפתרון זה, ומציין במפורש שהוא אינו רצוי

לנמחה הראשון כבר בהסכם ההמחאה..."; אותה דעה ניתן למצוא אצל מיגל דויטש הקודקס האזרחי החדש (תשס"ה, כרך א) 378. עם זאת, את עיקר הדגש שם דויטש בהסכמת הצדדים, ולא בדין החל בהיעדר הסכמה – ראו שם, בעמ' 381–382. בספרו קניין (תשס"ו, כרך ג), בעמ' 113, חוזר דויטש על עמדה זו, אך גורס כי הקניין עובר לנמחה "כאשר הוא נכנס לנעלי הממחה מול החייב" מבלי לציין אם מועד זה הוא מועד כריתת הסכם ההמחאה. דויטש אינו מרחיב בעניין זה, אלא מפנה לכרך ד של ספרו, המצוי בהליכי הכנתו.

11 שם, שם.

12 היא תואמת, למשל, את דעתו של יהושע ויסמן. ראו יהושע ויסמן חוק המשכון, תשכ"ז-1967, פירוש לחוקי החוזים (גד טדסקי עורך, תשל"ה) 288, שם נאמר כי "המחאת חיוב טעונה הודעה לחייב על מנת שיהא לה תוקף מלא"; זמיר טוען שקיים ספק לגבי התוקף הקנייני של ההעברה. זמיר, לעיל הערה 5, בעמ' 405, הערת-שוליים 69.

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

14 לרנר, לעיל הערה 7, בעמ' 364–365.

בענינו.¹⁵ הוא גם אינו מתמודד עם השאלה כיצד התזה שלו מתיישבת עם ההלכה הפסוקה (הנוכרת בספרו בהקשר אחר ובמקום אחר), שלפיה נמחה של זכות חויות אינו נהנה מתקנת-השוק.¹⁶

הפעלת "מעין תקנת שוק" על המחאות סותרות אינה מקובלת עלינו ואינה רצויה. קבלת התזה שלנו תמנע את הצורך בה.

השקפתנו גם תתרום להרמוניה בין כל "חברי" הקבוצה של "עסקאות נוגדות", שגם סעיף 4 לחוק המחאת חיובים משתייך אליה (לשיטתנו ולפי כותרתו). לביסוס עמדתנו ניעזר גם במשפט המשווה ובדברי אגב-אורחא בפסיקה שלנו.

התזה הקיימת גוררת אחריה תוצאות הפוגעות בהרמוניה הרצויה בין פתרונות של בעיות דומות ביסודן במערכת המשפטית בכללותה. נמחיש זאת בדוגמה אחת: כידוע, הלכת בוקר¹⁷ קבעה בזמנה כי יש לפרש את סעיף 161 לחוק המקרקעין כאיסור להשתמש בדיני היורש. על יסוד פירוש זה נקבע שזכותו של מעקל (נושה של המוכר) שהטיל עיקול על מקרקעין לאחר שנחתם לגביהם חוזה מכר גוברת על זכותו של הקונה. העקביות – כל עוד עמדה הלכת בוקר בתוקפה – הייתה מחייבת שכך יהיה גם אם אדם קונה לא את המקרקעין, אלא את הזכויות באותם מקרקעין (כלומר – בהמחאת מכר). דא עקא, ההלכה הפסוקה קבעה באותה תקופה (שקדמה לביטולה של הלכת בוקר בהלכת אהרונוב)¹⁸ שבהמחאת זכויות במקרקעין הקונה גובר, ואילו העיקול המאוחר בטל, זאת מפני שהזכויות כבר עברו במלואן לנמחה, שאינו חייבו של המעקל.¹⁹ לטעמנו, אין זה מתקבל על הדעת שבמערכת משפטית הרמונית יהיה רוכש הבעלות במקרקעין מוגן פחות מפני עיקול מאוחר מנמחה של זכויות באותם מקרקעין.²⁰

15 שם, בעמ' 365–366. בלשונו: "לא נראה לנו שיש לתמוך בתקנת שוק..."; "...ספק אם מוצדק לסטות מכלל היסוד שאדם אינו יכול להעביר מה שאין לו...". "אין צורך מעשי בתקנת שוק."

16 שם, בעמ' 215; כן ראו ע"א 842/79 נס נ' גולדה, פ"ד לו(1) 204 (להלן: עניין נס) וע"א 165/75 לוינגר נ' הפארק הזואולוגי רמת גן בע"מ ואח', פ"ד ל(2) 25 (להלן: עניין לוינגר). הקביעות: על חוק המחאת חיובים חל הכלל שאין אדם יכול להעניק לזולת יותר משיש לו עצמו, ו"נמחה" אינו נהנה מ"תקנת השוק" המאפשרת זאת כאשר המוכר אינו אלא בעל סמכות נחזית.

17 רע"א 178/70 חיים וחנה בוקר נ' חברה אנגלו ישראלית לניהול ואחריות בע"מ ואח', פ"ד כה(2) 121 (להלן: עניין בוקר). פסק-הדין פירש את סעיף 161 לחוק המקרקעין, להלן הערה 24, שכותרתו: "שלילת זכויות שביורש", ואשר קובע לאמור: "מתחילת חוק זה אין זכות במקרקעין אלא לפי חוק".

18 ע"א 189/95 בנק אוצר החייל בע"מ נ' אהרונוב, פ"ד נג(4) 199 (להלן: עניין אהרונוב).

19 עניין טקסטיל ריינס ועניין כוכבי, לעיל הערה 8; כן ראו להלן פרק ב, דוגמה שלישית.

20 בתמיכה לעמדתנו השוו עם עניין נס, לעיל הערה 16, שם נקבע שבזמן שרוכש מקרקעין הרשומים במרשם המקרקעין יכול לרכוש בהם קניין בתנאים מסוימים חרף העובדה שהרישום של המוכר היה שלא כדין (סעיף 10 לחוק המקרקעין, להלן הערה 24), אין להגנה זו תחולה על מי שרוכש מקרקעין לא-מוסדרים, הרשומים רק בחברת בנייה, כי רואים בו "נמחה" של

הלכת אהרונם ביטלה את הלכת בוקר ואף קבעה שבמקום דיני היושר של אנגליה, ניתן להשתמש בזכויות שביושר "תוצרת הארץ".²¹ כמו-כן נקבע שם שהרוכש במקרקעין מקבל בעת כריתת חוזה המכר "מעין-קניין" או "קניין שביושר" ברכוש זה, שהוא זכות חפצא הפועלת נגד צדדים שלישיים. אולם מתחנו את ההשוואה בין שתי תוצאות סותרות בתקופה שבה הלכת בוקר עדיין שלטה בכיפה. יודגש כי לדעתנו, למן הלכת אהרונם, העיקול (המאוחר מהסכם המכר) אכן בטל לא רק כאשר מדובר בחוזה מכר של נכס מוחשי (מקרקעין או מיטלטלין), אלא גם כאשר מדובר בהסכם מכר (המחאה) של זכויות במקרקעין, אך זאת, לדעתנו, לא משום שהנמחה נעשה בעל הקניין המלא ("מן השורה") של הזכויות, אלא מפני שהלכת בוקר בוטלה, ועל-כן ניתן להשתמש בדיני היושר "תוצרת ישראל", הוהים בעניין זה לאלה של אנגליה.

נביא במאמר היבטים נוספים התומכים, לדעתנו, בתזה שלנו, כגון: מה דינו של הסדר חדש (למשל שינוי בתאריכי הפירעון) שהממחה עושה עם החייב תם-הלב כאשר בפועל כבר קיים הסכם המחאה שהעביר את הנשייה, מבחינה חוזית-אובליגטורית ומכוח "הקניין שביושר" של הנמחה, מהממחה לנמחה? ברור שהחייב תם-הלב ראוי להגנה. נבהיר כי לפי התזה שלנו ההסדר תקף, ואילו לפי התזה הקיימת כבר אין לממחה (שיצא מן התמונה) היכולת לעשות הסדרים המשנים את תנאיו של הסכם בין הנמחה (הנושה החדש) לבין החייב. פרופסור לרנר מניח אומנם שהדין יכיר בהסדרים כאלה, כנראה על-דרך היקש מסעיף 2(ב) לחוק המחאת חיובים,²² אולם נבהיר מדוע פתרון כזה אינו אפשרי, לדעתנו, אלא בהוראת חוק מפורשת, שאינה קיימת, ולטעמנו אין בה גם צורך.

התזה במאמר זה גם תקרב אותנו אולי לפתרון בעיה חשובה אחרת: בשאלה אם המחאה על-דרך-השעבוד היא משכון אם לאו. חלק מהמלומדים משיבים על כך בשלילה על-סמך השקפתם שהזכות עוברת כל-כולה לנמחה כבר עם כריתת הסכם המחאה, והרי הנמחה אינו החייב של נושה הממחה. נימוק זה להתנגדות המלומדים יעלם אם תאומן התזה שאנו מציעים.

זכויות במקרקעין במובן חוק המחאת חיובים, לעיל הערה 13, ועל "נמחה", לפי אותו חוק, אין תקנת-השוק חלה, אלא חל עליו הכלל שאין אדם יכול לתת לזולת יותר ממה שיש לו. כלומר, הרוכש בעלות במקרקעין מוגן יותר מהרוכש זכויות בלבד; אומנם לרנר, לעיל הערה 7, בעמ' 214-215, קובל על אי-הצדק הטמון במצבו הנחות של רוכש זכויות לעומת רוכש הבעלות, כי הם ראויים לדעתו ליחס שווה. ייתכן שהצדק עמו, אך לדעתנו, אי-הצדק וחוסר ההרמוניה בולטים הרבה יותר בסיטואציה ההפוכה: כאשר מצבו של רוכש הבעלות נחות ממצבו של רוכש הזכויות כלפי נושה של המוכר המטיל עיקול על המקרקעין, כמתואר לעיל; וראו להלן הערה 54 והסקסט הסמוך לה.

21 ראו דברי הנשיא אהרן ברק בעניין אהרונם, לעיל הערה 18, בעמ' 250, תוך הסתמכות, בין היתר, על יהושע ויסמן, שראה כבר מזמן בסעיף 9 לחוק המקרקעין פתח להפעלת זכויות שביושר "תוצרת הארץ". יהושע ויסמן חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, מגמות והשגים (תש"ל) 13, גישתו אומצה בעניין אהרונם, לעיל הערה 18.

22 לפיו החייב תם-הלב מופטר אם פרע את הזכות לממחה לפני שהממחה הודיע לו על המחאה או הציגו לפניו המחאה בכתב מאת הממחה.

נבהיר שהתזה של לרנר לוקה בכך שהיא אינה מתייחסת כלל ועיקר לקניין שביושר שחוזה המכר (שטרם נגמר בהקניה) מעניק לקונה ולכוחו של קניין כזה כלפי צדדים שלישיים. הוא נוקט "התחייבות" או "עסקה ריאלית", כאילו לא קיים שלב של "קניין שביושר".

התעכבנו כבר בהקדמה על ההיבטים דלעיל כדי להקל על הקורא לרדת לסוף דעתנו בהמשך.

פרק א: פירושנו את הדין בישראל

נפתח את הדיון בסקירת הכללים לגבי עסקאות מכר בנכסים שונים. מבחינת דיני הקניין, כל מה שניתן לעשות בו עסקאות הוא "נכס". לפי הדין המודרני, גם זכויות (כפוף להריגים) הן "נכסים", ויש לייחס להן את עיקר התכונות שיש למקרקעין ולמיטלטלין. לכן סביר להניח שעקרונות היסוד החלים על מכר של נכס, יהיה אשר יהיה, יהיו משותפים לכל הנכסים, לרבות המחאתן של זכויות חוזיות, כפוף לשינויים המתחייבים מהשוני במהותם.²³ נבדוק מתי הבעלות שבדין עוברת במכר מקרקעין, מיטלטלין וזכויות במיטלטלין, ומה נפקותו של "הקניין שביושר" אשר התחייבות למכור מעניקה לרוכש עם כריתת חוזה המכר עד להעברת הקניין בממכר. ניעזר בתוצאות בדיקתנו בבואנו לשקול מתי הבעלות שבדין עוברת בהמחאת זכויות.

1. עסקה במקרקעין

עסקה במקרקעין שטרם הסתיימה ברישום רואים אותה כהתחייבות לעשות עסקה.²⁴ רק עם הרישום נעשה הקונה לבעל הקניין המלא. מהי זכותו של הקונה מכריתת ההסכם עד לרישום? לפי הלכת אהרונוב,²⁵ "בהתחייבות למכירת נכס (מיטלטלין או מקרקעין) רוכש הקונה זכות שביושר המעניקה לו 'זכות מהותית בנכס...'. המאפיין זכות זו הוא כי אינה אך כלפי המוכר. היא פועלת כלפי 'כולי עלמא' ('זכות חפצא'; זכות in rem)..."²⁶. הפסיקה

23 המושג "בעלות" משתרע הן על נכסים מוחשיים והן על זכויות. שלו גנוסר "הזכויות הרכושיות – סיווג חדש ונפקותו" משפטים ט (תשל"ט) 5; כן ראו יהושע ויסמן דיני קניין בעלות ושיתוף (תשנ"ז) 21–22.

24 סעיף 7 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, ס"ח 259 (להלן: חוק המקרקעין).

25 עניין אהרונוב, לעיל הערה 18.

26 שם, בעמ' 241. גם לפי דיני היושר של אנגליה – שהופעלו בישראל עד עניין בוקר, לעיל הערה 17, ושהשימוש בהם (נוסח ישראל) חזר עם עניין אהרונוב – היה לקניין שביושר של הקונה תוקף כלפי צדדים שלישיים (כגון מעקל). אך יש מקום לדעה שזכויות חפצא שביושר עדיין אינן פועלות כלפי כולי עלמא (ולכן אינן in rem), שהרי בעלות שבדין (מן

שלאחר הלכת אהרונב קבעה שיש מקרים שבהם זכותו של הקונה הינה – עד להעברת הקניין המלא – אובליגטורית גרידא.²⁷ למשל, כאשר אדם נותן לזולת יותר מאשר יש לו – כגון כאשר מתברר שהמוכר רשום כבעלים שלא כדין. למצבים אלה לא נתייחס במאמר זה, שכן הם דורשים התייחסות לעומק בנפרד. כאן נתמקד בעסקאות נוגדות בנכס השייך למוכר. לענייננו חשוב שבשום מקרה כזה אין לקונה קניין לפי הדין עד לרישום המקרקעין על-שמו. בידי המוכר נותרת הבעלות "מן השורה" כשהיא כפופה ל"מעין קניין" שביושר של הקונה (הביטוי שבו השתמש בית-המשפט בפרשת אהרונב), ועל יסודה הוא יכול (גם אם אינו רשאי) לבצע עסקה נוספת באותם מקרקעין, וכך ליצור עסקאות נוגדות. בנושא זה מטפל סעיף 9 לחוק המקרקעין, הקובע לאמור:

"9. עסקאות נוגדות

התחייב אדם לעשות עסקה במקרקעין ולפני שנגמרה העסקה ברישום חזר והתחייב כלפי אדם אחר לעסקה נוגדת, זכותו של בעל העסקה הראשונה עדיפה, אך אם השני פעל בתום-לב ובתמורה והעסקה לטובתו נרשמה בעודו בתום-לב – זכותו עדיפה."

עסקאות הינן נוגדות כאשר הן קשורות לנכס ולא ניתן לקיים את האחת בלא להפר את האחרת.²⁸ כאמור, היכולת של המוכר לבצע עסקה נוספת (נוגדת) באותם מקרקעין מוסברת

השורה") – אף שהתרוקנה כמעט כליל בשל היותה כפופה לבעלות שביושר של הקונה – עדיין מותרת למוכר (הממחה) את הכוח (אם כי לא את הרשות) לעשות באותו נכס עסקה נוספת (נוגדת) וכן הסדרים נוספים בעלי תוקף. לכן, הזכות עוברת in rem לקניינו המלא של הקונה רק עם מסירת ההודעה לחייב על ההמחאה. מבחינת הדין, באנגליה משקיפים על היחס בין המוכר לבין הקונה (עד להקניה) כעל יחס אובליגטורי גרידא (in personam), ואילו המעין קניין נובע שם מדיני היושר המופעלים כדי להכריע בין עסקאות נוגדות; ניתן למצוא תמיכה ברעיון זה בספרו של אוריאל פרוקצ'יה דיני פשיטת רגל והחקיקה האזרחית בישראל (תשמ"ד) 71-72, שם המחבר משתמש במונח "זכות חפצא אקוויטבילית" לתיאור זכותו של הקונה-הנמחה לפי דיני היושר. לכן, אנו סומכים את ידינו על הקביעה בעניין אהרונב באשר לכווחו של הקניין שביושר נגד צדדים שלישיים, אך לא על תיאורה של זכות חפצא זכות in rem, אלא זכות אקוויטבילית; להרחבה על הדין באנגליה ראו להלן הפרק הדין במשפט המשווה.

27 ע"א 4609/99 בעלי מקצוע נכסים (1997) בע"מ נ' סונדרס, פ"ד (6) 832, 852 (להלן: עניין סונדרס), שם אומר הנשיא אהרן ברק: "זהו הדין [כלומר, שהזכות היא אובליגטורית גרידא – מ' ב'] בכל המצבים שאדם קונה בהם זכות טובה יותר מזכותו של המוכר" (כגון, כאשר אדם קונה מקרקעין ממי שרשום כבעלים שלא כדין, אך אם התקיימו בקונה כל תנאיו של סעיף 10 על דקדוקיהם – קניינו תופס). לעניין אי-תחולת סעיף 10 לחוק המקרקעין על נמחה ראו עניין נס, לעיל הערה 16.

28 דברי הנשיא אהרן ברק בע"א 2643/97 גנו נ' בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ ואח', פ"ד

בכך שעד להקנייתם לקונה הראשון ברישום, נותרת בידי המוכר בעלות "מן השורה", כשהיא כפופה לבעלות שביושר של הקונה.

בעסקאות נוגדות העדיפות מוענקת כרגיל למתקשר הראשון,²⁹ אך אם העסקה עמו טרם הסתיימה ברישום, המתקשר השני עשוי לגבור עליו אם התקיימו בו כל התנאים המפורטים בסעיף שצוטט: תמורה, תום-לב ורישום על-שמו בעודו בתום-לב. לדרישות של תום-לב ותמורה נתייחס בנפרד.³⁰ בשלב זה נדגיש את הדרישה לרישום על-שמו של השני כתנאי להעדפתו על הראשון.³¹ ברור איפוא שבעסקת מקרקעין אקט הרישום הוא "מעשה הקניין".

סיכומו של דבר: כאמור, עד להקניה המוכר יכול (ולכן עלול) למכור אותו נכס פעם נוספת.

2. עסקה במיטלטלין

גם התחייבות למכירת מיטלטלין מעניקה לקונה (לפי הלכת אהרונם) מעין קניין שביושר שפועל לא רק כלפי המוכר, אלא גם כלפי צדדים שלישיים. אנו למדים מה נדרש כדי להעניק לקונה קניין מלא לפי הדין לא מחוק המיטלטלין, אלא מחוק המכר.³² חוק זה קובע, כי נוסף לעצם ההתקשרות, דרושה "מסירה", שפירושה העמדת הממכר לרשותו של הקונה.³³ כלומר, אין די בהתקשרות לבדה. עד למסירה המוכר נותר הבעלים "מן השורה" והמחזיק בממכר.

על עסקאות נוגדות במיטלטלין חל הנאמר בסעיף 12 לחוק המיטלטלין.³⁴ נביא אותו כלשנו:

"12. עסקאות נוגדות

נו(2) 385 (להלן: עניין גנז), 393–394, שסמך ידו על עמדתה של נילי כהן, נילי כהן התערבות ביחסים חוזיים (תשמ"ב) 190.

29 הכלל הידוע בדיני היושר של אנגליה הוא שבמצב של עסקאות נוגדות, הקודם בזמן גובר כרגיל. עם ביטול הלכת בוקר בעניין אהרונם, לעיל הערה 18, ניתן ואף רצוי לראות בו כלל לפי דיני היושר תוצרת ישראל.

30 ראו להלן חלק ג "עקרון תום הלב והצורך בתמורה".

31 לעיתים אף די בכך שהרוכש השני רשם בתום-לב הערת-אזהרה, וזאת כאשר התנהגותו של הרוכש הראשון לקתה ברשלנות חמורה. ראו עניין גנז, לעיל הערה 28; אפשרות זו אינה נוגעת בענייננו מכיוון שאיננו דנים במצב שבו הוכשל הנמחה השני על-ידי רשלנותו של הראשון, או להיפך.

32 חוק המכר, לעיל הערה 1; כן ראו עניין גולדמן, לעיל הערה 2, וכן להלן הערה 37 והסקסט הסמוך לה.

33 שם, סעיף 8(א); ראו זמיר, לעיל הערה 5.

34 חוק המיטלטלין, תשל"א-1971, ס"ח 184 (להלן: חוק המיטלטלין).

התחייב אדם להקנות לחברו בעלות או זכות אחרת במיטלטלין, ולפני שמסר לו את המיטלטלין או הקנה לו את הזכות חזר והתחייב עם אדם אחר בהקניה נוגדת, וזכותו של הראשון עדיפה, אך אם השני התקשר בעסקה וקיבל את המיטלטלין או את הזכות בתום לב ובתמורה – זכותו עדיפה." [ההדגשות הוספו]

על הפירוש של "עסקה נוגדת" כבר עמדנו לעיל.³⁵ גם כאן – כמו בעסקאות נוגדות במקרקעין – העדיפות מוענקת למתקשר הראשון, אך אם העסקה עמו בוצעה "לפני ש[המוכר – מ' ב'] מסר לו את המיטלטלין", המתקשר השני עשוי לגבור עליו אם "התקשר בעסקה וקיבל את המיטלטלין". כלומר, המחוקק מתנה את העדפת הקונה השני בשני תנאים: (א) שהעסקה עם הקונה הראשון טרם הסתיימה במעשה קניין ("מסירה"); (ב) שהקונה השני לא רק התקשר בהסכם לרכישת הזכות, אלא גם "קיבל" אותה. יושם-אל-לב שסעיף 12 לחוק המיטלטלין מטפל לא רק בעסקאות נוגדות במיטלטלין, אלא גם בעסקאות נוגדות בזכויות במיטלטלין, שהן פחותות מבעלות מלאה. כדוגמא לזכויות כאלה ניתן להצביע על זכות שכירות. לא מן הנמנע, למשל, שגם זכות מותנית לבעלות במיטלטלין במשמע, ואם כך, קיים דמיון ישיר (אם לא זהות) בין זכות כזאת לבין זכות במובן חוק המחאת חיובים. אולם מחמת הספק לא נמתח השוואה בין השניים. נסתפק בכך שהן מהרישא והן מהסיפא של סעיף 12 לחוק המיטלטלין נובע שגם כאשר מדובר בעסקה למכירת זכות במיטלטלין, אין המחוקק מסתפק בעובדת ההתקשרות בלבד, אלא דורש גם "הקניה"; ללמדך שההתקשרות בלבד אינה מקנה את הזכות לקונה. תשומת הלב מופנית בזה לעובדה שבתנאי (א) המחוקק משתמש במונח שונה לגבי מעשה ההקניה של מיטלטלין מוחשיים ("מסירה") מאשר לגבי זכויות במיטלטלין ("הקניה"). עצם השוני מרמז לדעתנו על הצורך ב"שינוי מחויב" בדרך ההקניה של זכות במיטלטלין מאשר במיטלטלין, כך שדרך ההקניה תלויה במהותה של הזכות.³⁶

סיכומו של דבר: ההתקשרות לרכישת מיטלטלין או זכויות במיטלטלין, כשהיא ניצבת לבדה, אינה מעבירה לקונה בעלות מלאה, שכן המוכר נותר הבעלים "מן השורה", כלומר בעלות הכפופה לקניינו שביושר של הקונה, עד ל"מעשה הקניין", המתבטא לגבי מיטלטלין ב"מסירה" (קרי: העמדה לרשות הקונה), ולגבי זכויות במיטלטלין – ב"הקניה", שמתבצעת לפי מהותה של הזכות.

3. המחאת מכר

בפרשת גולדמן³⁷ נקבע, כאמור, כי על היחסים שבין הממחה לנמחה בהמחאת מכר חל (נוסף

35 ראו עניין גנז לעיל הערה 28 והטסקסט הסמוך לה.

36 ראו דבריו של השופט שאול אלוני בע"א 429/87 זכרון שושנה בת מרדכי בע"מ נ' דוד איטח, פ"ד מד(2) 79, 84-85, לאמור: "... מהווה סעיף 12 מסגרת כוללת למיגוון בלתי מוגבל של זכויות, שעל דרכי הקנייתן יש ללמוד מתוך החוקים הדנים באותן זכויות."

37 עניין גולדמן, לעיל הערה 2.

על תנאי ההסכם וחוק החוזים) חוק המכר. על יחסים אלה חלה ההוראה בחוק המכר שלפיה, לשם העברת הקניין בזכות, אין להסתפק בהתקשרות לבדה, אלא יש לבצע "מסירה", שפירושה העמדת הממכר לרשותו של הקונה,³⁸ או "הקניה", אם משווים את הזכות הנמנית עם מכר של זכות במיטלטלין. הדרישה ל"מסירה" או ל"הקניה" היא איפוא מצוות המחוקק, ואין (לטעמנו) להתעלם ממנה. השאלה היא רק כיצד יש לבצעה בהתחשב בכך שזכות אינה ניתנת למסירה פיזית.

לא השכלנו להבין את הקביעה בפרשת ריינס,³⁹ כי מאחר שלא תיתכן מסירה פיזית של הזכות, הסכם ההמחאה גופו הוא המעביר אותה מהמוכר-הממחה לקונה-הנמחה.⁴⁰ על דרך ההיקש מסעיף 12 לחוק המיטלטלין לגבי זכויות במיטלטלין,⁴¹ מתבקש לדעתנו לקבוע דרך אחרת לביצוע ההקניה של זכות – שאינה "מסירה" פיזית – כ"שינוי מחויב", אך אין להסתפק בהסכם לבדו להעברת הבעלות המלאה.

כדי להשיב על השאלה כיצד העמדת זכות לרשותו של נמחה-קונה מתבצעת, נפנה לסעיף 4 לחוק המחאת חיובים, הדן ב"המחאות סותרות", והקובע לאמור:

4. המחאות סותרות

המחה הנושה זכות לאחד וחזר והמחה אותה לאחר, הזכות היא של הראשון; אולם אם הודיעו לחייב על ההמחאה השנייה לפני שהודיעו לו על הראשונה, הזכות היא של השני."

גם כאן – כמו בעסקאות הנוגדות דלעיל – הנמחה הראשון גובר כרגיל, אך ידו של השני על העליונה אם ההודעה לחייב על העסקה עמו קדמה להודעה על העסקה הראשונה. לדידנו, המסקנה ההגיונית המתבקשת מהעדפת השני היא שההודעה לחייב על חילופי הנושים היא "מעשה קניין" והיא מעמידה את הזכות לרשותו. דרישת המחוקק בחוק המכר, שאותה הציב כתנאי להעברת הקניין המלא, נוסף על עצם ההתקשרות, מקוימת בכך. לדעה אחרת, שלפיה סעיף 4 לחוק המחאת חיובים אינו חלק מדיני העסקאות הנוגדות, אלא מהווה מעין תקנת שוק, נתייחס בהמשך.⁴²

במקום העמדה פיזית של ממכר מוחשי לרשותו של הקונה (שכמוהו כ"מסירה"), באה לדעתנו – לגבי זכות חוזית שאינה ניתנת להעמדה כזאת – הודעה לחייב שהזכות הומחאה

38 ראו לעיל הערות 3, 5 ו-33 לעיל והטקסט הסמוך להן.

39 עניין טקסטיל ריינס, לעיל הערה 8.

40 שם, בעמ' 231, תוך הסתמכות על שלום לרנר "המחאת חיובים" דיני חיובים – חלק כללי (דניאל פרידמן עורך, תשנ"ד) 21, 62. לרנר גורס כי הסכם ההמחאה הוא המעמיד את הזכות לרשותו של הקונה. ראו גם לעיל הערות 7-11 והטקסט הסמוך להן. דעתנו שונה ונדון בה להלן, בטקסט בסמוך לאחר הערה 42 והסמוך להערות 43-48.

41 ראו לעיל הערה 36. לדעתנו, סעיף 12 לחוק המיטלטלין, לעיל הערה 34, חל על סעיף 4 לחוק המחאת חיובים, לעיל הערה 13, לא רק דרך היקש – ראו להלן הערות 91-94 והטקסט הסמוך להן.

42 ראו להלן פרק ב, דוגמא ראשונה.

לפלוני. זה "מעשה הקניין" ההולם זכות כזאת. דרך הקניה זו הולמת מכר של זכות שמימשה תלוי בגוף שלישי (החייב), אשר עליו לקיימה כלפי נושהו. בורזמן שבעסקת מקרקעין או מיטלטלין הנכס המוחשי מושא ההסכם מצוי כרגיל ברשותו או בשליטתו של המוכר, ומכל מקום, הוא הנושא בחובה להעמידו לרשות הקונה, הרי שבהמחאה זכות (ואולי, לעיתים, גם במכר של זכות במיטלטלין) ה"ממכר" מצוי בידי אדם שלישי – החייב. כאמור, מחובתו של האחרון לקיים את החיוב כלפי הנושה שלו. עד לקבלת הודעה שחלו חילופי נושים, הנושה – ככל הידוע לו – הוא הממחה, ואילו לפי הסכם ההמחאה – הנמחה. כל עוד אין לחייב ידיעה על ההמחאה, הוא ימשיך לראות בממחה את נושהו, ואם (למשל) הממחה ידרוש ממנו את סילוק הזכות (בתנאי שהתגבשה) כאשר הוא כבר אינו רשאי לעשות כן לפי הסכם ההמחאה, החייב עשוי להיענות לו, ואז החוק פוטר אותו מחיובו.⁴³ די לדעתנו באפשרות זו כדי להסיק שלנמחה אין עדיין שליטה (או שליטה מלאה) בזכות. קיימים שיקולים נוספים המובילים לאותה מסקנה:

החייב אינו מופטר מחיובו אם קיים את החיוב לממחה לאחר שהממחה הודיע לו על ההמחאה או לאחר שהוצגה לפניו המחאה בכתב מאת הממחה: סעיף 2(ב) לחוק המחאה חיוביים. משמע שעד אז השליטה בחיוב עדיין נמצאת בידי הממחה. נוסף על כך יש לזכור שהמחאה ניתנת לביצוע גם בדיבור⁴⁴ או בדרכים אחרות,⁴⁵ לא דווקא בכתב, ואז תלותו של הנמחה בנכונותו של הממחה למסור את ההודעה לחייב בולטת לעין. במצב זה ברור שהשליטה עודנה בידי הממחה. לדעתנו, גם אם ההמחאה היא בכתב, שליטתו של הממחה בחיוב אינה מסתיימת בכך כל עוד לא הוצג הכתב לפני החייב בפועל ממש, שהרי עד אז ימשיך החייב לראות בממחה את נושהו בכל דבר ועניין, ואם הממחה ידרוש ממנו לסלק לו (לממחה) את החיוב, או את חלקו שהתגבש, והחייב ייענה לו, יהא (כאמור) החייב מופטר מחיובו.⁴⁶ אנו ערים לכך שכדי להיות מופטר, על החייב גם לפעול בתום-לב, אחרת ייאלץ לפרוע את החיוב פעם נוספת. מכאן שגם הודעה ממקור אחר (כלומר לא מהממחה, בעל-פה

43 אלא אם פעל בחוסר תום-לב. ראו סעיף 2(ב) לחוק המחאה חיוביים, לעיל הערה 13. לטעמנו, החייב זקוק לפטור מפני שהזכאי לקיום החיוב על-פי הסכם ההמחאה הוא, כאמור, הנמחה. להסכם זה יש נפקות גם כלפי החייב אם לא שינה את מצבו כתוצאה מאי-הידיעה: Corbin, *infra* note 119. ראו גם דבריה של השופטת מרים בן-פורת בע"א 64/80 בנק א"י בריטניה בע"מ (בפירוק) נ' מדינת ישראל-משרד השיכון, פ"ד לח(3) 589, 599 (להלן: עניין בנק א"י בריטניה): "כידוע, נוצרת המחאה חיוביים בהסכם בין הממחה לנמחה, ללא צורך בהסכמתו של החייב. אפילו ההודעה... אינה מהווה רכיב חיוני ביצירת ההמחאה גופה, התופסת מיד עם כריתת ההסכם בכל הנוגע ליחסים בין הממחה לנמחה..." [ההדגשה הוספה]; דעתנו בעניין זה בעינה עומדת, והיא תואמת את דעתה של נילי כהן, לעיל הערה 28, בעמ' 121, ואלה דבריה: "בין הצדדים מתגשמת ההמחאה על ידי הסכם, אך כלפי צד ג' תפוס ההמחאה רק עם מתן הודעה". וזו גם הגישה של הדין הצרפתי – ראו שם, בעמ' 32, בעיקר בהערת-שוליים 7.

44 ראו עניין אלקטרוג'ניקס, לעיל הערה 8; כן ראו ע"א 599/89 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' חגי פאר ר"ח, כונס נכסים ומנהל של גרילוז מפעלי טקסטיל בע"מ (בכינוס נכסים), פ"ד מה(4) 870.

45 ראו עניין בנק א"י בריטניה, לעיל הערה 43 והטקסט הסמוך לה.

או בכתב)⁴⁶ עלולה להכתימו בחוסר תום-לב. אולם אפשרות זו יוצרת מצב הרחוק מוודאי. למשל, לא מן הנמנע שייקבע כהלכה שתצא מבית-המשפט בישראל כי מותר לחייב הגון לעמוד על קבלת הוכחה סבירה לקיומה של המחאה הנטענת,⁴⁷ וכי אין הוא חייב להסתפק בטענתו של הנמחה בלבד. הוא גם יכול לפעול בהליך של טען-ביניים⁴⁸ כדי להימנע, במצב של אי-ודאות, מכפל תשלום – הליך הכרוך בזמן, בהוצאות ובטרחה. עד להכרעה בהליך זה אין לנמחה בררה אלא להמתין. לדעתנו, במצב כזה לא ניתן ולא ראוי לראות בנמחה את מי שהחויב כבר עומד לרשותו, במובן זה שהשליטה בחיוב היא שלו ושלו בלבד.

אגב, כזכור, לרנר אינו מבדיל בין מקרה שבו המחאה היא בכתב והעתק מהכתב מצוי בידי הנמחה המוסמך להציגו מייד לפני החייב לבין המחאה שבוצעה בדיבור-פה או שהכתב אינו מצוי בידי הנמחה. הוא רואה בכל הסכם המחאה העמדת הזכות לרשותו של הנמחה, מפני שההסכם מעניק לנמחה את היכולת למסור מייד הודעה על המחאה לחייב. לדעה זו לא השכלנו למצוא בסיס. כפי שהבהרנו לעיל, כל עוד לא הוצגה המחאה בכתב מאת הממחה, גם העובדה שהכתב מצוי בידי הנמחה (אך עדיין לא הוצג) לא תעזור לו אם ינצל הממחה עובדה זו ויקבל, לפי דרישתו, את הזכות (או את חלקה) מידי החייב תם-הלב. הנמחה יוכל אומנם לתבוע את הזכות שסולקה מידי הממחה (המחזיק בה, לדעתנו, כנאמנו), אך עצם הצורך בתביעה אינו מתיישב לטעמנו עם עמידת הזכות לרשותו של הנמחה.

פרק ב: מבחנים שהיותה של המחאה עסקה ריאלית אינה עומדת בהם

1. דוגמאות למבחנים כאלה

להלן ארבע דוגמאות למבחנים אשר היותה של המחאה עסקה ריאלית אינה עומדת בהם, לדעתנו. על שתיים מהן כבר עמדנו (אם כי בקיצור) במסגרת המבוא. דוגמה ראשונה: את הנאמר בדוגמה זו יש לקרוא יחד עם דברינו לעיל.⁴⁹ כדי להקל על הקורא, נביא בזה שנית את סעיף 4 לחוק המחאת חיובים:

46 הכוונה בכלל החוזים להודעה "על פי הדרך המקובלת בנסיבות העניין", דברי הנשיא אהרן ברק בע"א 7824/95 תשובה נ' בר-נתן, פ"ד נה(1) 289, 304 (להלן: עניין תשובה), בסעיף 3. אך הדרך המקובלת לגבי המחאת חיובים היא, לדעתנו, הודעה מהממחה (הידוע לחייב כנושהו), ולו גם בדיבור-פה או המחאה בכתב, מאת הממחה. הודעה בדרך אחרת יכולה להכתיים את החייב בחוסר תום-לב.

47 ראו: § 9-406 U.C.C כי דרישת החייב שהנמחה ימציא לו הוכחה סבירה לקיום המחאה הינה לגיטימית. אם לא המציא הנמחה הוכחה כזאת, החייב רשאי לקיים את חיובו כלפי הממחה.

48 תקנה 224 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984, ק"ת 2220.

49 בהקדמה ובפרק א, חלק 3: "המחאת מכר".

4. המחאות סותרות

המחה הנושה זכות לאחד וחזר והמחה אותה לאחר, הזכות היא של הראשון; אולם אם הודיעו לחייב על ההמחאה השנייה לפני שהודיעו לו על הראשונה, הזכות היא של השני.⁵⁰ [ההדגשה הוספה]

כפי שהבהרנו בהקדמה, לרנר ער לכך שהתזה שלו, שלפיה הבעלות המלאה בזכות עוברת כבר בעת כריתתו של הסכם ההמחאה, מובילה למסקנה שלממחה אין כלל היכולת לבצע באותה זכות עסקה נוספת (סותרת), שכן הזכות כבר אינה שלו. בלשוננו:⁵⁰

"המחאות זכות אינה התחייבות גרידא אלא עסקה ריאלית, העברת בעלות בזכות, וזו עוברת לנמחה בעת כריתתו של הסכם ההמחאה ולא במועד ההודעה לחייב. הווי אומר, הנמחה הראשון הופך מייד לבעל הזכות, והממחה מתרוקן מזכויותיו באותה עת. כאשר מבצע הממחה המחאה שנייה, הוא מעביר למעשה מה שאין לו, והכרעה לטובת הנמחה השני בזמן [...] נוגדת את הכלל היסודי שאדם אינו יכול להעביר לאחר מה שאין לו."

יוצא לכאורה כי עצם ההכרה של מחוקק בכוחו של הממחה להמחות אותה זכות פעם נוספת, והקביעה שהנמחה השני אף גובר על הנמחה הראשון אם הודיעו לחייב על ההמחאה השנייה לפני שהודיעו לו על ההמחאה הראשונה, סותרות את ההשקפה שהקניין המלא כבר עבר לנמחה הראשון בעת כריתתו של הסכם ההמחאה עמו. לרנר ער לבעייתיות זו ומוצא את הפתרון ברעיון כי על המחאות סותרות חלה מעין תקנת שוק⁵¹ שבאה לאפשר לממחה להעניק לנמחה השני יותר ממה שיש לו. השקפתו אינה

50 ראו לרנר, לעיל הערה 7, בעמ' 364-365.

51 דעה דומה ביטא אגב־אורחא הנשיא אהרן ברק בעניין גנז, לעיל הערה 28, שם התייחס לסעיף 4 לחוק המחאת חיובים, לעיל הערה 13, כמקרה של "שוק פתוח"; גם מיגל דויטש קניין (תשס"ו, כרך ג) 113-114, גורס כי סעיף 4 הנ"ל יוצר "תקנת שוק מיוחדת"; כן ראו גינה ולצמן ועופר גרסקופף משכון זכויות (תשס"ה). המחברים נותנים לתקנת השוק פירוש רחב - לטעמנו רחב מדי - כולל רכישה מבעל סמכות נחזית (דוגמת ממחה המבצע המחאה סותרת לפי סעיף 4 לחוק המחאת חיובים); אך השוו עם עניין נס, לעיל הערה 16, שם נקבע ש"נמחה" אינו יכול להסתמך על תקנת השוק אם מי שמכר לו זכויות במקרקעין לא־מוסדרים היה רק בעל סמכות נחזית; לעניין מהותה של תקנת השוק, אם ירדנו לסוף דעתו של לרנר (בנאמר בספרו יש פנים לכאן ולכאן), כוונתו אינה - ובצדק אינה - שמדובר ב"תקנת שוק" ממש, במובן סעיף 34 לחוק המכר, לעיל הערה 1. אין כלל מושג של "שוק לזכויות חוזיות", להבדיל משוק למקרקעין ולמיטלטלין. שונה באופיה הסוגיה של "מעין תקנת שוק". המכנה המשותף בין שני המושגים - תקנת שוק, מזה, ומעין תקנת שוק, מזה - הוא שהמוכר מעביר לקונה יותר משיש לו. ואילו ההבדלים ביניהם הם בעיקר שניים: (א) תקנת השוק (להבדיל מסעיף 4 לחוק המחאת חיובים, לעיל הערה 13) באה להגן על הסחר בשוק הפתוח, ועל־כן גם מצמצמת את דרישת "תום־הלב". בלשוננו של לרנר, לעיל הערה 7, בעמ' 365: "התקנה שבחוק

מקובלת עלינו.⁵² המחבר גם אינו מסביר כיצד פירוש זה, שאינו רצוי גם לגישתו,⁵³ מתיישב עם הפסיקה שמובאת במקום אחר בספרו, שלפיה נמחה של זכות חוזית אינו נהנה מתקנת שוק.⁵⁴ יתר על-כן, באחד מפסקי-דין אלה (פרשת נס) הפסיד נמחה בדין ונאלץ להחזיר דירה שאת הזכויות עליה רכש בתום-לב, לאחר שבדק ומצא כי המוכר (נס) רשום במרשם החברה-הבונה כבעליה וכן שאותו מוכר כבר מחזיק בדירה בפועל ממש. הוא גם שילם, על-סמך מידע זה, תמורה מלאה בעדה. דא עקא, נס (כקונה) הפר את חוזה המכר כלפי המוכר שלו הפרה יסודית, החוזה עמו בוטל כדין וניתן צו לפינויו, אך במקום לפנותה הוא "מכר" אותה בתמורה מלאה. אילו היתה זו דירה על מקרקעין רשומים במרשם המקרקעין, היתה ככל הנראה ידו של הנמחה על העליונה, שכן סעיף 10 לחוק המקרקעין היה לכאורה מאפשר זאת בתנאים המפורטים בו. בית-המשפט קבע כי בהיות המקרקעין לא רשומים במרשם המקרקעין, חל על המקרה חוק המחאת חיובים, וכי לפיו אין נמחה נהנה מתקנת השוק, כלומר אין הוא יכול לקבל יותר משיש למוכר (שזכותו התרוקנה כליל). כל עוד זו ההלכה, נראה לנו שהעיקרון שנקבע בפרשת נס כוחו יפה גם בבואנו לפרש את סעיף 4 לחוק המחאת חיובים. היינו אומרים שאם בנסיבות שתוארו בפרשת נס לא עמדה לרוכש תקנת השוק – ולו אך כהיקש מסעיף 10 לחוק המקרקעין – אין כלל מקום לייחס למחוקק כוונה להחיל את תקנת השוק אך ורק ודווקא על נמחה בהמחאה סותרת, כאשר בעל הזכות נמחה אותה זכות פעם נוספת, שכן בשני המקרים, לפי התזה הקיימת, הבעלות היא נחזית. הכלל שנקבע באסמכתא זו הופך את התזה של מעין תקנת שוק לבלתי-סבירה ביתר שאת.

המכר באה לאפשר קנייה מהירה ובטוחה של מיטלטלין ולמנוע צורך בעריכת בדיקות מקיפות לפני החתימה על העסקה. משום כך, קונה תם לב גובר על זכויות שונות שלא ידע עליהן, כמו שעבוד או עיקול, אפילו אם ניתן היה לגלותן על-ידי בדיקת ספרי מרשם שונים (ראו, למשל, ע"א 716/72 רוזנשטרייך נ' חברה א"י לאוטומובילים בע"מ, פ"ד כז(2) 709; (ב) לעומת זאת, ההוראה בסעיף 4 לחוק, היא בעלת היקף מצומצם ואינה פוסלת נמחה פוטנציאלי מן הצורך לערוך בדיקות שונות."

52 אומנם, בחוברת העדכון לספרה של מרים בן-פורת חוק המחאת חיובים, תשכ"ט-1969, פירוש לחוקי החוזים (גד טדסקי עורך, תשל"ב) 20-21, מוזכר רעיון כזה בהקשר דבריו של אהרן ברק בעניין יחסי שולח-שלוח. אנו מצידנו הבענו את דעתנו, כבר בחוברת המקורית, כפי שהיא היום: ראו להלן הערה 111 והטקסט הסמוך לה. כן ראו לעיל הערה 43; על עמדתנו בחוברת המקורית הסתמך גם השופט מישאל חשין ברע"א 2267/95 ב"כ היועץ המשפטי לממשלה נ' אדמונד הרטפלד, פ"ד מט(3) 854, 875 (להלן: עניין הרטפלד), כאשר קבע כי "הודעה שמוסר מנחה לחייב היא מעשה הקניין והמקבילה לתפיסת החזקה... ועל כן ההודעה לחייב על ההמחאה השנייה – אם נעשית היא קודם הודעה על ההמחאה הראשונה – מרוממת את ההמחאה השנייה מעל ההמחאה הראשונה". לרנר מסתייג, בצדק מבחינתו, מדבריו אלה של השופט חשין, שהרי לדעתו המחאה היא עסקה ריאלית – ראו לרנר, לעיל הערה 7 בעמ' 365.

53 ראו לרנר, שם בעמ' 365-366; דבריו בעניין זה מצוטטים לעיל בהערה 15.

54 ראו לרנר, שם, בעמ' 215; כן ראו עניין נס, לעיל הערה 16, בעמ' 218, ועניין לוינגר, לעיל הערה 16, בעמ' 28. פסיקה זו מאוזכרת בספרו של לרנר, והביקורת היחידה הנמתחת עליה שם היא שהנמחה שרוכש זכויות במקרקעין לא-מוסדרים מוגן פחות מקונה מקרקעין מוסדרים.

המצב היה שונה אילו קבע המחוקק במפורש שתקנת השוק תחול על הנמחה השני – הוראה שאין לה אח ורע בעולם. אילו היה כך, היה ניתן רק לתמוה מה הניע את המחוקק לעשות כן.

לפי השקפתנו – אשר מאמר זה מוקדש להבהרתה – יש לממחה היכולת לבצע "המחאות סותרות" (ככותרת של סעיף 4 לחוק המחאת חיובים), בדומה ליכולתו של מוכר לעשות עסקאות נוגדות לפי סעיף 9 לחוק המקרקעין ולפי סעיף 12 לחוק המיטלטלין. כשם שהעסקה השנייה בעסקאות נוגדות במקרקעין, במיטלטלין ובזכויות במיטלטלין אינה מבוססת על מעין שוק פתוח, כך, לדעתנו, גם ההמחאה השנייה בהמחאות סותרות. אלה כמו אלה עוסקות ב"נכסים", רובם מוחשיים וחלקם זכויות ערטילאיות. הדעת נותנת שהאחרונות זקוקות ל"שינויים מחויבים" בדרך ההקניה, אך נדרש לדעתנו שוויון בסיסי בין הכללים החלים על כל ה"נכסים".

השתייכותו של סעיף 4 לקבוצה זו של עסקאות נוגדות מפריכה איפוא את התזה של המחבר. עצם היכולת של הממחה לחזור ולהמחות אותה זכות פעם שנייה מחייבת את המסקנה שהקניין המלא עדיין לא עבר לנמחה, כך שנשאר בידי הממחה הכוח (אם כי לא הרשות) לבצע המחאה שנייה. מכאן מתבקש גם לקבוע כי ההודעה לחייב על ההמחאה המאוחרת היא "מעשה הקניין", בדומה להשלמת המכר של נכסים מוחשיים.⁵⁵ כמו-כן נעיר כי אילו היה הקניין כל-כולו של הנמחה הראשון מכוח הסכם ההמחאה לבדו, היתה לדעתנו הדרישה שההודעה לחייב תהווה תנאי להעדפתו של הנמחה השני – ולו גם במסגרת תקנת שוק – חסרת משמעות ובלתי-מובנת, כי מה לה ולשכלול הקניין?

אנו ערים לכך שעשויים לגרום כי ניתן ליישב בין ההשקפה שהסכם ההמחאה לבדו מעביר את הקניין המלא לנמחה לבין סעיף 4 לחוק המחאת חיובים בדרך הבאה: הנמחה השני (בהמחאה הסותרת) טורף מידי הנמחה הראשון את קניינו וזאת משום שהראשון התרשל באי-מסירת הודעה לחייב ורשלנותו היא שהיוותה גורם להתקשרותו של הנמחה השני בהסכם-המחאה עם הממחה.⁵⁶ הטענה אף מתחזקת לכאורה כאשר הנמחה השני שאל בפועל את החייב, עובר לחתימה על הסכם ההמחאה, אם הזכות הומחאתה, ונענה בשלילה (שהרי החייב עדיין לא קיבל הודעה על ההמחאה). לשון אחר, הסכם ההמחאה (לפי הגישה הקיימת) העניק לנמחה הראשון קניין מלא, אך בשל רשלנותו, הנמחה השני, שסמך על הצהרתו של הממחה כי הזכות היא שלו, גובר עליו; מקל וחומר אם החייב נשאל על-ידיו ונענה בשלילה. מי שאינו הבעלים טורף את הקניין מידי בעליו מהטעמים שפירטנו. אולם אליה וקוץ בה. ראשית, לא תמיד יכול הנמחה (הראשון) למסור את ההודעה

55 ראו תמיכה לעמדתנו בדבריו של השופט מישאל חשין בעניין אהרנוב, לעיל הערה 18, המצוטטים להלן בטקסט הסמוך להערה 89.

56 באשר לרעיון של נמחה שני ש"טורף" את הבעלות מידי הראשון ראו אהרן ברק חוק השליחות, פירוש לחוקי החוזים (גד טדסקי עורך, תשנ"ו) 336, הערת-שוליים 59. בדברים אחרים שאהרן ברק כותב באותו מקום, בעמ' 366, ניתן דווקא למצוא תמיכה לעמדתנו, בלשונו: "[...] ההמחאה הראשונה אינה משתכללת מבחינתו של הצד השלישי כל עוד לא קיבל הודעה עליה [...]" [ההדגשה הוספה] ראו התייחסותנו לדברים אלה, בן-פורת, לעיל הערה 52, שם.

לחייב, כגון כאשר המחאה היא בדיבור־פה, ואז רק הודעה של המחאה יכולה למנוע את החייב מלפרוע לממחה ולהיות מופטר, או כאשר קיים כתב, אך המחאה לא מסר לממחה עותק הימנו.⁵⁷ שנית, הואיל וההודעה הקובעת היא (כאמור) של המחאה, אין כלל מקום להנחה שהנמחה הוא שהתרשל, והטוען כך – על דרך ההשתק – עליו הראיה. יתר על־כן, אין, לדעתנו, להטיל על הנמחה את החובה, או אך את הנטל, לעשות בירורים, ורצוי להרשות לו לסמוך על הבטחות המחאה (במפורש או מכללא) שהזכות הנמנית היא עבירה ואינה פגומה,⁵⁸ מה גם שהחייב אינו אמור כלל לדעת על קיומה של המחאה קודמת שלא הודע לו דבר קיומה. זאת ועוד, החייב אינו תחליף למרשם רשמי בו קונה בכוח יכול לעיין ועליו הוא רשאי לסמוך, כך שבהתקיים (למשל) תנאיו של סעיף 10 לחוק המקרקעין, הוא יוכר כבעלים חרף העובדה שהמוכר היה אך בעל סמכות נחזית.⁵⁹ החייב אינו נושא בחובה למסור מידע למי שפונה אליו, ואולי הוא ייטיב לעשות אם יסרב. עם זאת, מאחר שאנו רואים בסעיף 4 לחוק המחאת חובים כלל המבוסס על דיני היושר "תוצרת הארץ", איננו מוציאים מכלל חשבון אפשרות שבמקרה מסוים יפחת או יגבר מצבו של אחד המתחרים בעיני דיני היושר, וכי כתוצאה מזה – התוצאה תתהפך. למשל, אם התנהגותו של הנמחה הראשון כלפי השני היתה נגועה במרמה,⁶⁰ ולכן יגבר עליו הנמחה השני אפילו כאשר ידע בעת מסירת ההודעה לחייב על המחאה הראשונה.

יש גם להביא בחשבון את יתר השיקולים שפירטנו, אשר בעטיים ההשקפה הקיימת אינה רצויה בעינינו.

ניתן להקשות: כיצד פירושנו מתיישב עם המלה "המחה" הפותחת את סעיף 4 לחוק המחאת חובים? כזכור, לגבי עסקת מקרקעין קיימת הוראה בסעיף 7 לחוק המקרקעין שכל עוד לא נרשמו המקרקעין על־שם הקונה, זו התחייבות להקנותם לו. גם לשון סעיף 9 לחוק המקרקעין הנוגעת בעסקאות נוגדות קובעת במפורש שעד לרישום מדובר בהתחייבות לעשות עסקה. בחוק המיטלטלין אין אומנם הוראה דומה לסעיף 7 לחוק המקרקעין, אך די בכך שבסעיף 12 לחוק המיטלטלין נאמר "התחייב אדם להקנות...", כלומר גם כאן לפנינו התחייבות להקנות עד למעשה ההקניה. כפי שהראינו, גם בסעיף 4 לחוק המחאת חובים מדובר בסוג של "נכסים" ובעסקאות נוגדות ("המחאות סותרות") שבוצעו בהם. על רקע זה יש לדעתנו לפרש את המלה הפותחת "המחה" לא כהקניה, אלא כ"התחייבות להקנות". יש להבדיל הבדל היטב בין התחייבות להמחות שתתפוס בעתיד – כגון התחייבות של פלוני להמחות את הפיצויים אם יזכה במשפט – לבין עסקה קיימת, הנחשבת, עד

57 השוו עם הדרישה בדרום־אפריקה, שלפיה, כאשר נערך חוזה בכתב בין המחאה לבין החייב, זכותו של הנמחה משתכללת רק כאשר הועברה אליו ההחזקה באותו חוזה. ראו: לרנר, לעיל הערה 7, בעמ' 124, תוך הפניה ל־Susan Scott *The Law of Cession* (Cape Town, 1980). 19–28.

58 ראו עניין גולדמן, לעיל הערה 2.

59 השוו עם עניין נס, לעיל הערה 16, שם נקבע כי המרשם בחברה הבונה (של מקרקעין לא מוסדרים) אינו תחליף למרשם המקרקעין שהנמחה יכול לסמוך עליו.

60 ראו גם את דברי השופט אליעזר ריבלין בעניין גנז, לעיל הערה 28, בסעיף 1 לפסק־דינו, ואת האסמכתאות המובאות שם.

להעברת הקניין המלא במסגרתה, ל"התחייבות" להקנות.⁶¹ במילים אחרות, יש לראות במונח "המחה" כריתת הסכם המחאה בין ממחה לנמחה, בדומה לחתימה על הסכם מכר מקרקעין או מיטלטלין שהוא לבדו אינו מעביר לקונה אלא בעלות שביושר עד ל"מעשה הקניין", שהוא המעניק לו את הבעלות שבדין.

אגב, מאחר שזכות במובן של חוק המחאה חיובים אינה ניתנת לקבלה פיזית על-ידי הנמחה, שאלה היא אם יש מקום להטיל על הנמחה (להבדיל מקונה של נכס מוחשי) חובה כלפי המוכר לקבל את הממכר.⁶²

דוגמה שנייה: לאחר הסכם ההמחה, לפני ההודעה לחייב, החייב מגיע בתום-לב להסדר עם הממחה להארכת מועד הפירעון של הזכות. בעקבות ההסדר החייב משנה את מצבו. האם יש להסדר תוקף חוקי, כך שתורתו היחידה של הנמחה היא נגד הממחה, או שמא אין לממחה היכולת לעשות הסדרים עם החייב אחרי כריתת הסכם ההמחה, כי הזכויות שהומחו כבר אינן קנייני, ולכן ההסדרים הינם חסרי תוקף משפטי, שהרי כלל הוא שאין אדם יכול לתת יותר ממה שיש לו עצמו. ש' לרנר מתייחס לבעיה זו בספרו פעמים אחדות, אך לא הצלחנו ליישב בין הדברים. נביאם כלשונם:

(א) "...הנמחה לבדו רשאי לתבוע מהחייב את קיום הזכות, ואילו הממחה שחדל להיות נושה אינו יכול עוד להפטיר את החייב או להגיע איתו להסדרים שונים בקשר לזכות, דוגמת הארכת מועד הפירעון..."⁶³

(ב) "...הדין נותן תוקף להנחתו המוטעית של החייב שהממחה עדיין נושה בו, ולכן סביר שהוא יכול גם על הסכמים אחרים בין החייב לבין הממחה. הסכמים אלה עשויים להיחשב להפרת התחייבות של הממחה כלפי הנמחה, אך מבחינת החייב יהיה להם תוקף מלא."⁶⁴ [ההדגשות הוספו]

דעות אלה הובעו לא בנשימה אחת, זו לצד זו, אלא במקומות נפרדים וכאילו ללא קשר ביניהן. הדעה הראשונה מתיישבת עם השקפתו של המחבר שהמחאה היא עסקה ריאלית, כלומר שהקניין המלא בזכות עובר לנמחה מכוח הסכם ההמחה, ולכן אין הוא יכול להגיע להסדרים המשנים את הזכות. דעתו עקבית איפוא, אך התוצאה אינה רצויה, שכן היא גורמת פגיעה בחייב על לא עוול בכפו. השמירה על זכויותיו של החייב מתבקשת כבר

61 השוו עם לשונו של הנשיא אהרן ברק בעניין אהרנוב, לעיל הערה 18, שם הוא קובע לגבי מקרקעין ומיטלטלין כי "התחייבות למכור" מעניקה לרוכש, מייד עם חתימת החוזה, מעין קניין בנכס. אילו היה מדובר רק בהתחייבות למכור בעתיד, פשיטא שהתוצאה לא יכלה להיות כזאת.

62 ראו זמיר, לעיל הערה 5.

63 ראו לרנר, לעיל הערה 7, בעמ' 46; וראו חזרה עליהם (עם תוספת) בעמ' 52, וכן בעמ' 311, שם הוא אומר (בין היתר) כי לאחר הסכם ההמחה, "הממחה... אינו יכול, ולא רק איננו רשאי, להגיע עם החייב להסדרים שונים ביחס לזכות".

64 שם, בעמ' 313; לדברים ברוח דומה ראו לרנר, לעיל הערה 40, בעמ' 62-63.

מעצם העובדה שלפי הדין ניתן לבצע המחאה ללא צורך בהסכמתו,⁶⁵ וגם ההודעה לחייב אינה רכיב חיוני ביצירתה בכל הנוגע ביחסים בין הממחה לנמחה.⁶⁶ לעומת זאת, הדעה השנייה מתחשבת אומנם באי-הידעה של החייב על קיומה של המחאה, וזו (כאמור) תוצאה רצויה ואף מתבקשת, אך דא עקא, אין היא מתיישבת עם ההשקפה שהקניין לפי הדין כבר עבר במלואו לנמחה בעת כריתתו של הסכם המחאה. בהנחה (בניגוד לדעתנו) שהזכות אכן עוברת במלואה, כמתואר, כי אז לא ייתכן שהממחה יוכל לכפות על הנמחה (בעל הקניין המלא) תנאים חדשים (כגון הארכת זמן פירעון), שהרי הנמחה בלבד הוא עתה "בעל הדבר". עילת-תביעה שיש לו אולי נגד הממחה אינה מצדיקה, ואינה באה במקום השינויים שהוכנסו להסכם שבינו לבין החייב ללא הסכמתו ועל-ידי מי שאין לו היכולת או הסמכות לעשות כן.

לרנר מנסה ליישב את הדברים בפתחו של קטע (ב), באומרו: "...הדין נותן תוקף להנחתו המוטעית של החייב שהממחה עדיין נושה בו." דעתנו שונה. כאשר רצה המחוקק לתת פטור לחייב שפרע את החוב (או סילק את החיוב) לממחה מפני שלא קיבל הודעה מאת הממחה, או בכתב בחתימתו, על קיומה של המחאה, הוא עשה כן במפורש: ראו סעיף 2(ב) לחוק המחאת חיובים.⁶⁷ אין הוראה דומה בחוק הנותנת תוקף להסכם בין הממחה לחייב שמשנה את תנאי סילוקה של הזכות שהומחאה ללא הסכמתו של הנמחה. אין לדעתנו אפשרות לגזור גזרה שווה לכאן מסעיף 2(ב) לחוק המחאת חיובים, שהרי, לפי ההשקפה הקיימת, הנמחה (ורק הנמחה) הוא (כאמור) "בעל הדבר" אם הקניין המלא כבר עבר אליו. הממחה, לעומת זאת, נהפך אדם זר בכל הנוגע בהסדרי סילוקה של הזכות שהומחאה, ומאחר שלא פעל כשלוחו של הנמחה או על דעתו בעשותו את ההסדר עם החייב, אין הוא יכול עוד להגיע עם החייב להסדרים שונים בקשר לזכות. כדי להגיע למסקנה מרחיקת-לכת, שלפיה אדם זר יכול לשנות את תנאי ההסכם שהוא כבר אינו צד לו בלי רשותו או הסכמתו של אחד הצדדים, יש צורך לדעתנו בהוראת חוק מפורשת, וכזאת (כאמור) אינה קיימת. לפי התזה שלנו – היא גם אינה נחוצה.

לפי ההשקפה המוצעת, בידי הממחה נותר הכוח (אם כי לא הרשות) להגיע להסדר בעל תוקף עם החייב אם האחרון פעל בתום-לב ושינה עקב כך את מצבו.⁶⁸ עמדתנו מבוססת על

65 אם כי אין מניעה שבעת כריתת ההסכם בין הממחה לחייב (עסקת-היסוד) יעמוד החייב על כך שיותנה כי אין הנושה יכול (או רשאי) להמחות את זכויותיו (שהן חיוביו של החייב). ראו בעניין זה מאמרנו: "שלילת עבירות", שטרם פורסם. כמו-כן, ראו את הסיפא של סעיף 1(א) לחוק המחאת חיובים, לעיל הערה 13.

66 ראו עניין בנק א"י בריטניה, לעיל הערה 43 והטקסט הסמוך לה. יתר על-כן הזכות עוברת כמות שהיא. כלומר, הרעיון הבסיסי הוא שמצבו של החייב אינו צריך להיפגע אם הצד האחר לעסקה עמו המחאה את זכויותיו (להוציא סיכונים "רגילים" שאליהם התייחסנו במאמר זה).

67 והחייב היה זקוק לפטור, מפני שהזכאי לקיום החיוב על-פי הסכם המחאה היה, כאמור, הנמחה. ראו עניין בנק א"י בריטניה, לעיל הערה 43 והטקסט הסמוך לה.

68 ראו במסגרת המשפט המשווה ציטוט מדבריו של קורבין לגבי הדרישה לתנאי שהחייב שינה עקב כך את מצבו (Corbin, *infra* note 119).

הכרה ביכולתו של הממחה לעשות הסדרים כאלה מכריתה של הסכם ההמחאה ועד להודעה לחייב שהזכות הומחאה.⁶⁹ עם זאת, לנמחה יש כמובן עילת-תביעה נגד הממחה. דוגמה שלישית: אנו מפנים את הקורא להקדמה, שם הבאנו דוגמה לאי-ההרמוניה שהתזה הקיימת גוררת אחריה. נחזור עליה כאן, אם כי בקיצור:

במשך למעלה מעשרים שנה, אשר במהלכן שלטה בכיפה הלכת בוקר, היה אסור לעשות שימוש בדיני היושר כתוצאה מהפירוש שנתן בית-המשפט העליון לסעיף 161 לחוק המקרקעין. כתוצאה מאיסור זה, מי שחתם על חוזה מכר לרכישת הבעלות במקרקעין עמד אין-אונים מול נושה של המוכר שהטיל עיקול על אותם מקרקעין לאחר שהחוזה האמור נחתם אך לפני שהקונה נרשם כבעלים. הטעם לכך: היעדר אפשרות להפעיל את דיני היושר שלפיהם הקודם בזמן (הקונה) גובר על המאוחר (המעקל). לכן העיקול תופס. על תוצאה זו נמתחה בשעתה ביקורת קשה בספרות המשפטית, ובצדק. אולם מי שחתם על הסכם המחאה לרכישת זכויות, ולו גם באותם מקרקעין עצמם, גבר על מעקל כזה חרף הלכת בוקר, וזאת מהטעם שבעת כריתתו של הסכם ההמחאה נהפך הנמחה (הקונה) לבעל הקניין המלא בזכויות שהומחו לו, כך שהן כבר לא היו – בשעת הטלת העיקול – קניינו של המוכר (החייב של המעקל). הלכה זו נפסקה (בין היתר) בשתי אסמכתאות שהוזכרו לעיל: פרשת כוכבי ופרשת טקסטיל ריינס.⁷⁰ חוסר התיאום בין התוצאות אינו מקובל עלינו. אם מי שחתם על חוזה לרכישת הבעלות במקרקעין, אך טרם נרשם כבעלים, אינו גובר על מעקל, הייתכן שמי שחותם אך על הסכם המחאה לרכישת זכויות באותם מקרקעין כן גובר עליו? חיזוק להלך מחשבתנו ניתן למצוא בפסק-הדין בפרשת נס, שקבע כי בו-בזמן שרוכש מקרקעין הרשומים במרשם המקרקעין נהנה מתקנת השוק (סעיף 10 לחוק המקרקעין), מי שרוכש אך "זכויות במקרקעין", מפני שהמקרקעין עדיין אינם כלולים במרשם, חל עליו חוק המחאת חיובים, ולפיו "נמחה" אינו נהנה מתקנת השוק. כלומר, מי שחותם על הסכם המחאה לרכישת זכויות במקרקעין ידיו על התחתונה לעומת מי שרוכש מקרקעין מוסדרים.

אכן, בינתיים בוטלה הלכת בוקר, ועקב כך ניתן להפעיל את דיני היושר, שלפיהם (כאמור) הקודם בזמן (הקונה) גובר על המאוחר (המעקל). זו גם התוצאה בהמחאת זכויות במקרקעין, אולם תוצאה זו מוסברת לא בכך שהנמחה רכש את הקניין המלא כבר בעת כריתתו של הסכם ההמחאה, אלא בכך שהלכת בוקר בוטלה.

דוגמה רביעית – המחאה על דרך השעבוד: לגבי המחאה על דרך השעבוד, לרנר נמנה עם אלה הסבורים שהמחאה כזאת היא משכון הטעון רישום לפי חוק המשכון, תשכ"ז

69 איננו דנים כאן בשינויים מותרים שממחה וחייב עושים בנסיבות מיוחדות ולמטרות מסחריות סבירות, תוך התחשבות בזכויותיו של הנמחה. זו סוגיה בפני עצמה. ראו: ע"א 330/75 גרבוז נ' רשות הנמלים בישראל, פ"ד לא(3) 146, וכן ע"א 387/00 יהושע נ' בוכהולט, פ"ד נו(4) 529.

70 ראו עניין טקסטיל ריינס ועניין כוכבי, לעיל הערה 8.

1967.⁷¹ לעניין זה, לרנר מפצל בין הבעלות לבין הנשייה;⁷² לדעתו, הממחה (הממשכן) נשאר בעליה של הזכות הממושכנת ואילו הנמחה נהפך לנושה של החייב. גם אנו נוטים לדעה שהבעלות אינה עוברת בעת כריתתו של הסכם המחאה על דרך שעבוד (אלא רק זכות המימוש אם החיוב המובטח לא יקוים), אך הפיצול בין בעלות לנשייה מוקשה בעינינו,⁷³ וכך גם הדוגמאות שהובאו כתמיכה ברעיון זה. העקביות, שלפיה כל המחאה מעבירה את הבעלות המלאה לנמחה עם כריתת הסכם המחאה, מובילה כמה מלומדים למסקנה שהמחאה על דרך השעבוד אינה משכונ.⁷⁴ לכן, אם תאומץ ההשקפה, הנראית לנו לכאורה, כי הבעלות המלאה אינה עוברת בעת הכריתה של הסכם המחאה, תיפתח אולי הדרך להכרה רחבה בהמחאה כזאת כמשכון. ניתוח מעניין של סוגיה סבוכה זו מצאנו בספרם של זלצמן וגרוסקופף,⁷⁵ אך התייחסות לנאמר שם וביסוס עמדתנו הם מחוץ למסגרתה של רשימה זו.

71 ס"ח 48 (להלן: חוק המשכון). ראו דבריה של המשנה לנשיא מרים בן-פורת בע"א 9/87 כונס הנכסים הרשמי ואח' נ' בנק הפועלים בע"מ, פ"ד מא(2) 275; העמדה שלפיה יחולו הוראות פרק המשכון גם על המחאה על דרך שעבוד אף התקבלה בסעיף 132 בהצעת חוק דיני ממונות, ראו הצעת חוק דיני ממונות, לעיל הערה 4.

72 ראו לרנר, לעיל הערה 7, בפרק 4, החל בסעיף 4.9; וראו, בעיקר, בעמ' 51, דוגמאות לפיצול בעמ' 53-54 וכן בעמ' 273.

73 ויסמן, לעיל הערה 23, בעמ' 82, הערת-שוליים 3, מכנה גישה זו "האפשרות המעניינת (והמוקשת)"; דויטש, לעיל הערה 10, בפרק השישי § 6.2, בעמ' 378, מכנה דעה זו "טענה מעניינת", ומוסיף (בלשונו): "טענה זו (אשר אינה נראית לנו) דורשת עיון, אשר ייערך על ידינו במסגרת אחרת" (בכרך ג של חיבורו "קניין", המצוי בתהליך הכנתו). בינתיים פורסם כך ג, אך בעיון שטחי בו לא מצאנו התייחסות לשאלה זו. עם זאת, הכוונה מצד דויטש להתייחס לנושא ככל הנראה קיימת, לכן לא נקדים את פרי מחקרו ונסתפק בשלב זה בציון עמדתנו מבלי להרחיב.

74 ראו יואל זוסמן "יהושע ויסמן: חוק המשכון תשכ"ז-1967" הפרקליט ל (תשל"ה-ל"ו) 169, 170; גר טרסקי "על פגיעותה של זכות הנמחה מצד הממחה והחייב" משפטים יח (תשמ"ח-תשמ"ט) 5, 28-31; לעומת זאת, יש הסבורים כי העובדה שהמחאה היא עסקה ריאלית אינה מחייבת את אי-החלתן של הוראות חוק המשכון על המחאות על דרך שעבוד. כך, דויטש, לעיל הערה 10, בעמ' 378, מפרש את ההוראה בסעיף 130 להצעת חוק דיני ממונות, לעיל הערה 4, שלפיה "המחאה היא העברה מכוח חוזה של זכות [...]": "ברגיל, למצער, המחאה זכות מעבירה את הבעלות בזכות [...]", ומאידך גיסא (שם, בעמ' 380): "אף דעתנו היא כי מוסד המחאה על דרך השעבוד אינו אלא משכון זכויות חוזיות גרידא, שעליו חל חוק המשכון" (כפי שאף נקבע בסעיף 132 להצעת חוק דיני ממונות, לעיל הערה 4); וראו גם את דבריו של השופט יצחק אנגלרד בעניין כוכבי, לעיל הערה 8. יצויין שהמחוקק אינו מבחין (בסעיף 1א) ו-(ב) לחוק המחאת חיובים) בין המחאה על דרך השעבוד לבין כל זכות אחרת של נושה.

75 ראו זלצמן וגרוסקופף, לעיל הערה 51, בעיקר בפרק א.

2. נימוקים שלדעת מלומדים מאששים את התזה הקיימת

בספרו של לרנר המחאת חיובים הובאו שני מבחנים המאששים, לדעת המחבר, את התזה שלפיה בעלות מלאה עוברת לנמחה כבר בעת כריתת הסכם-ההמחאה. לדעתנו אין זה כך. להלן הסברינו:

דוגמה ראשונה: נאמר בספר:

"במקרה הקלאסי של המחאת זכות, מועד פירעונה של הזכות המומחית חל אפוא בעתיד. עובדה זו מסבירה את חשיבות היותה של ההמחאה העברה ריאלית ולא התחייבות בלבד. הנמחה מעביר לממחה כסף בהווה ואת התמורה הוא אמור לקבל בעתיד. בפרק זמן זה עלולים לחול שינויים שונים במצבו הפיננסי של הממחה. הנמחה מעוניין להבטיח את עצמו, שאם ייקלע הממחה לקשיים כספיים, הוא יהיה זכאי לממש את הזכות נגד החייב, קודם לנושים אחרים של הממחה. לעניין זה ממלאת ההמחאה הפיננסית, אפילו נעשתה בדרך של מכר, תפקיד דומה לשעבוד. הנמחה, כמו מקבל משכון, מעוניין להוציא את עצמו מכלל הנושים הרגילים של חייבו (הממחה) ולהבטיח שנכס פלוני, הזכות נגד החייב, יעמוד לרשותו קודם שיעמוד לרשות אחרים. נושה מובטח משיג תוצאה זו על ידי שעבוד נכס לטובתו, ואילו נמחה עושה זאת באמצעות העברת הבעלות בזכות. המחאה ריאלית, העברת הבעלות בזכות להבדיל מהתחייבות גרידא, מונעת מנושיו של הממחה לרדת אל הזכות שאינה עוד נכס של חייבם."⁷⁶ [ההדגשות הוספו]

כאמור, דעתנו שונה:

1. אשר לשיקול שלפיו הנמחה מעביר לממחה – במקרה הקלאסי של המחאת זכות – כסף בהווה, ואילו את התמורה הוא אמור לקבל בעתיד, ולכן הוא ראוי להגנה מיוחדת (כמ' תואר בציטוט), כדאי לזכור שבמקרים רבים מוכר נותן לקונה תמורה מייד, וזו מולידה את החוב (או את החיוב) שהוא יהיה זכאי לסילוקו המלא בעתיד. למשל, מכירת טובין באשראי נעשתה כידוע תופעה נפוצה. לכן, מבחינה זו, אין לדעתנו סיבה המצדיקה להגן על הנמחה ביתר שאת מאשר על נושים כאלה. כמו־כן אנו מסתייגים מהרעיון לראות בנמחה מחזיק במעין שעבוד, שמעניק לו מעמד של "נושה מובטח". הכרה בהמחאה כעסקה ריאלית כדי שתספק לנמחה במובלע מעין־שעבוד נראית לנו דרך בלתי־נאותה. יש בכך קורטוב של הכרה בשעבוד נסתר, עקב הימנעות מרישומו כדי להביא את דבר קיומו לידיעת נושיו האחרים של המשעבד.

2. אך הישועה באה לנמחה, לפי השקפתנו, ממקור אחר: כל קונה (מקרקעין או מיטלטלין) שהממכר טרם הוקנה לו (ברישום או ב"מסירה", לפי העניין) מוגן כרגיל ממילא כאשר

76 לרנר, לעיל הערה 7, בעמ' 68.

המוכר נעשה חדל-פירעון. כלל זה תופס, לפי השקפתנו, גם בנמחה על-דרך המחאת מכר. הנאמר על-ידינו כפוף כמובן לסעיף 96 ("ביטול הענקות"), ולענייננו בעיקר לסעיף 97 לפקודת פשיטת-הרגל.⁷⁷ בשלב זה נציין שקונה, במצב המתואר אינו נושה סתם, שעליו להסתפק בחלק היחסי בלבד מערך הממכר אם המוכר נהפך לחדל-פירעון. יש לו, עם כריתת ההסכם, בעלות שביושר בממכר. הממכר אינו נמנה עוד עם נכסים של המוכר שניתן לתפוס או לעקל בשל חוב שהמוכר חב לנושיו. יש לו זכות חפצא שביושר⁷⁸ בחיוב שהומחה לו, וכוחה יפה לא רק כלפי המוכר, אלא גם כלפי צדדים שלישיים.⁷⁹ בידי המוכר נשארת אומנם הבעלות שבדין ("מן השורה"), אך זו כפופה לבעלות שביושר של הקונה, ולכן היא כלי ריק מתוכן כמעט, אולם די בה (למשל) להותיר בידי המוכר את הכוח לעשות באותו ממכר עסקה נוספת, נוגדת. כללים אלה חלים, לפי השקפתנו, גם על המחאת-מכר, כך שמעמדו של הנמחה, כבר מכריתת הסכם-ההמחאה ואילך, הוא לא של נושה סתם, אלא של בעל "מעין קניין" שביושר, כמבואר. יוצא שההגנה על הנמחה (הקונה) כלפי נאמן בפשיטת-רגל מתיישבת עם התפיסה שאנו מציעים במאמר זה. נפקותו של "מעשה הקניין" – מסירת ההודעה על ההמחאה לחייב – אך משכללת את קניינו של הנמחה ונוטלת מהממחה את הבעלות "מן השורה" (כך שכבר אין לו עצם היכולת לבצע עסקה נוגדת באותה זכות). אולם כוחו כלפי צדדים שלישיים קיים, כאמור, כבר מכריתת הסכם המחאת המכר כתוצאה מהמעין קניין שביושר.

3. לרנר אינו מתייחס בקטע דלעיל לסעיף 97 שהוסף לדיני פשיטת-הרגל בו-ביום שחוק המחאת חיובים חוקק בכנסת.⁸⁰ הסעיף, דורש בחלקו הראשון, רישום כבסיס לתוקפה של ההמחאה כלפי הנאמן בפשיטת-הרגל⁸¹ כדי לצמצם את האפשרות להשתמש במכשיר

77 פקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], תש"ס-1980 דמ"י נ"ח 34 (להלן: פקודת פשיטת-הרגל).

78 ראו פרוקצ'יה, לעיל הערה 26, שם, שם המחבר משתמש במונח "זכות חפצא אקוויטבילית" לתיאור זכותו של הקונה-הנמחה לפי דיני היושר.

79 ראו עניין אהרונוב, לעיל הערה 18, בעמ' 241; כן ראו אוריאל פרוקצ'יה, שם, בעמ' 72, תוך הפניה לע"א 382,392/65 סיגלוב נ' עציון, קואופרטיב לעבודות עץ בע"מ, פ"ד כ(1), 442 ועוד. פרוקצ'יה מתאר את המצב ששרר לגבי עסקאות במקרקעין לפני עניין בוקר, ואשר חוזר עתה לקדמותו עם ביטולו בעניין אהרונוב, תוך המרת הזכויות שביושר של אנגליה בזכויות שביושר "תוצרת ישראל". אגב, עניין בוקר, לעיל הערה 17, נגע רק במקרקעין, אך אין להעלות על הדעת שלגבי מיטלטלין וזכויות נמשיך להשתמש בישראל בדיני היושר של מדינה זרה. לגבי המחאות סותרות, סעיף 4 מהווה הוא עצמו פתח לזכויות שביושר "תוצרת הארץ", ולגבי מיטלטלין, כך נובע מסעיף 12 לחוק המיטלטלין, שעמדנו עליו לעיל, ואשר לטעמנו משלים את סעיף 4 לחוק המחאת חיובים (כמוסבר להלן, בפרק ג, הדן בעקרון תום-הלב ובצורך בתמורה).

80 ראו סעיף 1 לחוק לתיקון דיני פשיטת רגל ופירוק חברות, תשכ"ט-1969, ס"ח 252.

81 על פירושם של סעיפים 96 ו-97 לפקודת פשיטת-הרגל, לעיל הערה 77, ראו פרוקצ'יה, לעיל הערה 26, בעמ' 49 ובעמ' 130-134; כן ראו שלמה לזין ואשר גרוניס פשיטת רגל (מהדורה שנייה, תשס"א-2000) 356-357.

ההמחאה בדרך לא-הוגנת. אך בחלקה השני נקבעו יוצאים מן הכלל האמור.⁸² המחוקק חשש שמא ייעשה שימוש לרעה במכשיר ההמחאה דווקא במקרים בהם נקלע הממחה לקשיים פיננסיים. נקל להשתמש בהמחאה למעשי תרמית כדי "להבריח" זכויות וכך למנוע את הגעתן לידי של הנאמן בפשיטת רגל. כידוע, הרחיב חוק המחאת חיובים באופן ניכר את יכולתו של בעל זכות להמחותה לאחר, לעומת הפקודה שקדמה לו.⁸³ לכן, כוונת המחוקק בהוספת סעיף 97 הייתה להרחיב את אפשרויות הביטול, ולא להצר אותן.⁸⁴

מהטעמים שפרטנו, אין לדעתנו לא צורך ולא הצדקה להכיר בהמחאה כעסקה ריאלית, וזאת כדי להעניק לנמחה מעמד מובטח, בדומה לבעל שעבוד, מבלי שנרשם כנדרש בחוק המשכון. עדיפה בעינינו תפיסתנו שההגנה ניתנת לנמחה, כמו לקונה של טובין מוחשיים, בשל ה"מעין קניין" שביושר, בכפוף להוראות סעיפים 96 ו-97 לפקודת פשיטת הרגל. אין כל סתירה בין הגנה זו לבין התייחסותנו להודעה שנמסרת לחייב כאל שכלול המעין קניין שביושר לכדי קניין מלא "מן השורה".

דוגמה שנייה: בספרו של לרנר נאמר:

"סעיף 53 (לפקודת השטרות - מ"ב) יצר חיץ בין דיני שטרות לבין דיני המחאת חיובים. אוחו שיק אינו נושה במישרין בנמשך, ולכן הוא חשוף לאירועים שונים שאירעו למושך, כגון: ביטול השיק על ידי המושך, מות המושך או חדלות פירעונו, עיקול מצד נושה של המושך, וכדומה. מאורעות דומים אינם פוגעים בנמחה, משום שיש לו עילה ישירה כלפי החייב. הבדל זה בין משיכת שטר לבין המחאת זכות, נובע מהבעלות של הנמחה בזכות כלפי החייב, ומהעדרה של בעלות הנפרע בזכות כלפי הנמשך."⁸⁵ [ההדגשה הוספה]

82 סעיף 97 לפקודת פשיטת-הרגל, לעיל הערה 77, שכותרתו "ביטול המחאה כללית בלתי רשומה", קובע כך: "(א) המחאה אדם לאחר זכויות קיימות או עתידות לבוא והוכרו לאחר מכן פושט רגל, לא תהיה להמחאה תוקף כלפי הנאמן לענין הזכויות שלא נפרעו לפני תחילת פשיטת הרגל, אלא אם נרשמה ההמחאה בזמן ובדרך שנקבעו בתקנות; (ב) האמור בסעיף קטן (א) לא יחול על המחאת זכויות כלפי חייבים שפורטו בהמחאה ושומן פרעונן חל בשעת ההמחאה או לפני, או זכויות קיימות או עתידות לבוא לפי חוזים שפורטו בהמחאה, או המחאת זכויות הכלולה בהעברת עסק בתום-לב ובתמורה."

83 ראו סמדר אוטולנגי "חוק המחאת חיובים, תשכ"ט-1969" הפרקליט כו (תש"ל) 285.

84 ראו פרוקצ'יה, לעיל הערה 26, בעמ' 133. אולם נראית לנו דעתו של פרוקצ'יה, שם, בעמ' 131, כי יותר משיש בו, בסעיף 97(ב) לפקודת פשיטת-הרגל, לעיל הערה 77, כדי להרחיב את אפשרות ביטולן של המחאות הנגזרות במרמה, הוא "מאפשר" לרוצים בכך לנסח את ההמחאה כך שתעמוד כלפי חוץ בכל התנאים. לכן המחבר מציע לשקול שימוש בסעיף 96 לפקודה מקום שסעיף 97 אינו חל בו, ולהימנע מפירוש סעיף זה כך שאם התמלאו תנאיו, ההמחאה היא בת-תוקף כלפי הנאמן.

85 לרנר, לעיל הערה 7, בעמ' 90.

דעתנו שונה. בסעיף 1(א) רישא לחוק המחאת חיובים התיר המחוקק להמחות "זכות של נושה" ללא הסכמתו של החייב. אין הוראה דומה המאפשרת העברה של הנשייה בשטרות ללא הסכמת הנמשך. יתר על-כן, לפחות בכל הנוגע בשיקים, שהם סוג של שטר-חליפין, הקשר של הבנק עם לקוחו כנושה שלו הוא נתון המונח בבסיסו של היחס ביניהם. אין להעלות על הדעת שהנושה של הבנק יתחלף, ולו אך לצורך תשלום מסוים, אלא בהסכמתו של הבנק. כידוע, יש לכל אדם (או גוף) זכות חוקתית לקבוע עם מי להתקשר ועם מי לא להתקשר. כלל זה חל, אולי אפילו במשנה תוקף, כאשר מדובר בבנק הזכאי לבחור את לקוחותיו שנהפכים לנושיו. ואכן, אם הבנק נותן את הסכמתו וחותם כקבל, הוא נהפך כתוצאה מהסכמתו לחייב העיקרי. אולם אפילו שירות זה הוא נותן ללקוחו לפי בקשתו ולמענו.

לכן איננו סבורים שיש מקום לקבוע – כפי שעשה לרנר – כי ההבדל בין משיכת שטר לבין המחאת זכות "נובע מהבעלות של הנמחה בזכות כלפי החייב, ומהעדרה של בעלות הנפרע בזכות כלפי הנמשך". אכן, גם לדעתנו יש ויש לנמחה זכות נשייה כלפי החייב, ואילו לנפרע בשטר חליפין אין זכות נשייה כלפי הנמשך, אך זאת מהטעמים שצינו. אגב, התייחסנו רק לשני המבחנים דלעיל כי רק בהם נתקלנו תוך עיון בספר. לכן אין להסיק הסכמה מצידנו למבחנים נוספים אם הם קיימים ולא באו לידיעתנו. סיכומו של דבר: עמדתנו היא שהקניין המשוכלל לפי הדין עובר לנמחה רק עם ההודעה הנמסרת לחייב.⁸⁶ עד אז נותרת בידי הממחה בעלות "מן השורה", שהינה ריקה מתוכן כמעט (עקב כפיפותה לקניין שביושר של הקונה), אך נותנת לו את הכוח (אם כי לא את הרשות) להעביר אותה זכות פעם נוספת ולעשות הסדרים חדשים בנוגע לסילוק החיוב עם חייב תם-לב. כך גם יימנעו התוצאות הלא-רצויות כעולה מהדוגמאות שהבאנו. הבהרנו את השקפתנו שלפיה ההגנה המיוחדת על הנמחה, לעומת נושיו הלא-מובטחים של הממחה, אינה נחוצה ואף אינה רצויה, וכי השקפתנו מתיישבת גם עם הכלל שבשטר חליפין (כולל שיק) אוהז השטר אינו נושה של הנמשך או הבנק אלא אם האחרון חתם כקבל.

פרק ג: עקרון תום-הלב והצורך בתמורה

ניתן להקשות: הייתכן – לפי לשונו של סעיף 4 כפשוטה – שנמחה שני יגבר על נמחה ראשון גם אם פעל בחוסר תום-לב, כגון אף-על-פי שידע על ההמחאה הראשונה? מסתבר שהדרישה לתום-לב הופיעה לכתחילה בהצעת החוק, אך הורדה כתוצאה מהתנגדותם של

86 תיתכן אולי אפשרות אחרת: כאשר אישר החייב שהוא יודע על ההמחאה, או שילם לנמחה, ולו אך חלק מהמגיע. אלה לפחות הוכחות סבירות לקיומה של המחאה, המכתימות את החייב בחוסר תום-לב אם הוא מסלק את עודף החיוב לממחה במקום לנמחה.

הבנקים שטענו שדרישה זו תכביד עליהם.⁸⁷ האם ההנחה שהמחוקק התחשב בהתנגדות האמורה מחייבת מתן פירוש שלפיו דרישה לתוס' לב אינה קיימת? ניתן גם להקשות: הייתכן – שוב, לפי הלשון כפשוטה – שנמחה שני יגבר על הראשון חרף העובדה שקיבל את הזכות במתנה, בניגוד לראשון ששילם בעדה תמורה מלאה? האם במצב זה סביר שהמחוקק או דיני היושר הישראליים יעדיפו את השני רק משום שביצע את "מעשה הקניין"?

לדעתנו, יש לקרוא לתוך סעיף 4 דרישה מהנמחה השני לתוס' לב ולתמורה על-סמך סעיף 12 לחוק המיטלטלין ועל דרך ההיקש מסעיף 9 לחוק המקרקעין. הכיצד? ראשית, תוס' הלב הוא כיום עקרון-על שיש להחילו גם אם אין הוא נזכר במפורש.⁸⁸ הטעם שניתן בזמנו להורדת הדרישה לתוס' לב בסעיף 4 לחוק המחאת חיובים אין בכוחו להכתיב לבית-המשפט, כפרשן המוסמך של החוק, כיצד יש לפרשו. הפרשנות אינה קופאת על שמריה, אלא משתנה עם העיתים. תכליתה של נורמה משפטית אינה זהה תמיד לכוונת יוצרה. אדרבה, קורה שלנורמה המשפטית יש תכלית שלא עלתה כלל על דעתו של יוצר הנורמה.

נוסף על כך, חוק המיטלטלין מאוחר בשנתיים לערך מחוק המחאת חיובים, כך שניתן – ולפי ראות עינינו, רצוי – לראות את סעיף 4 כמתוקן על-ידי סעיף 12, שמטפל, כזכור, גם בהתחייבות להקנות זכויות במיטלטלין. שניהם דנים באותו נושא ובאותה בעיה,⁸⁹

87 ראו בן-פורת, לעיל הערה 52, בעמ' 25; כן ראו לרנר, לעיל הערה 7, בעמ' 367-368.
88 ראו עניין תשובה, לעיל הערה 46, בעמ' 303, מפי הנשיא אהרן ברק, לאמור: "עקרון תוס' הלב הוא עקרון 'מלכותי' (ראה בג"ץ 1683/93 יבין פלסט בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד מז(4) 702, 708). הוא חל על 'כלל המערכת המשפטית בישראל' (ע"א 700/81 פז נ' פז, פ"ד לח(2) 736, 742)... הוא מטיל חובת הגינות אובייקטיבית ביחסים הבינחוזיים (ראו: ד"נ 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה בע"מ, פ"ד מג(1) 441, 484); עיקרון זה אף צפוי לחול על כל דיני הממונות על-ידי חיקוק מפורש, שכן הוא מופיע בסעיף 2 להצעת חוק דיני ממונות, לעיל הערה 4. ראוי לציין כי לפי זלצמן וגרוסקופף, לעיל הערה 51, בעמ' 54, הערת-שוליים 32, תוס' הלב הנדרש לרכישת זכות עדיפה מבטא מבחן סובייקטיבי. גישה זו גם מתיישבת עם דבריו של הנשיא אהרן ברק בעניין סונדרס, לעיל הערה 27, בעמ' 852, כי תוס' הלב הנדרש לפי סעיף 12 לחוק המיטלטלין מבטא מבחן סובייקטיבי. מאחר שלפי השקפתנו, סעיף 13 לחוק המיטלטלין מחיל את הוראותיו של סעיף 12 לחוק המיטלטלין, לעיל הערה 34 ולהלן הערות 88-94, גם על המחאות, ניתן לדעתנו להקיש שגם בהמחאות סותרות יש לדרוש תוס' לב סובייקטיבי.

89 לא בכדי מצוין בדברי ההסבר להצעת חוק המיטלטלין, תש"ל-1970, ה"ח 165, 168-169, כי ההוראה בדבר המחאות סותרות, המצויה בסעיף 4 לחוק המחאת חיובים, לעיל הערה 13, מקבילה לסעיף 11 (כיום 12) לחוק המוצע. עם זאת ברור שההודעה לחייב – המהווה לדעתנו את "מעשה הקניין" – היא בלי ספק הוראה מיוחדת (כמצוין בדברי ההסבר), והיא דוחה מפניה את המקבילה בסעיף 12 לחוק המיטלטלין, לעיל הערה 34 ("אם השני התקשר וקיבל את ההחזקה או את הזכות..."). כלומר, ההודעה לחייב הנדרשת בסעיף 4 לחוק המחאת חיובים, שם, לשם העדפת הנמחה השני באה כ"מעשה הקניין" "במקום" הקיבול של הזכות במיטלטלין.

ולכן סביר – ואף מתבקש – לטעמנו שגם הפתרון יהיה דומה ככל שניתן (בשינויים המחויבים). שינויים מחויבים אלה הם שהובאו בסעיף 4 לחוק המחאת חיובים. ההרמוניה בין הכללים החלים על עסקאות זהות ביסודן (נוגדות או סותרות) ב"נכסים" למיניהם תומכת במסקנה זו. העיקרון לגביהן ראוי שיהיה אותו עיקרון, ללא קשר לסוג ה"נכס" שבו מדובר. כדבריו הקולעים של השופט חשין בפרשת אהרונוב, המקובלים עלינו:⁹⁰

"אכן, אין זהות גמורה בין הוראות-חוק שאפשר ראוי היה להן כי תהיינה זהות... יחד-עם זאת, כל אותן הוראות שעניינן זכויות סותרות, כבדיח-התיכון נקבע בהן הכלל כי זכותו של זוכה ראשון על העליונה. המשקל המצטבר של הוראות-חוק אלו כולן, יש בו כדי להצביע, לדעתנו, על קיומה של דוקטרינה⁹¹ במשפט ישראל – לא אך בחוק המקרקעין – ושני סימנים הם בה: אחד, בעסקאות נוגדות במקרקעין, במיטלטלין ובהמחאת חיובים, תחנת המוצא היא כי ידו של זוכה ראשון על העליונה; ושניים, יש שזוכה שני יזכה, אך רק (אם-כי לא רק) עם היעשות מעשה-קניין...". [ההדגשות הוספו כדי להבליט את ההשוואה – הראויה בעינינו – בין כל סוגי ה"נכסים"]

דברים כדורבנות, אך הקושי הלכאורי נעוץ, כאמור, בהיעדר הדרישה המפורשת מהנמחה השני לתום-לב ולתמורה, נוסף על מסירת הודעה לחייב שכמוה (לדעתנו) כהעמדת הזכות לרשותו של הנמחה.

על קושי זה ניתן להתגבר גם, ואולי בעיקר, בעזרת סעיף 13 (א) לחוק המיטלטלין, הקובע שהוראות חוק המיטלטלין חלות גם על זכויות "ככל שהדבר מתאים לעניין ובשינויים המחויבים". יפים לכאן דבריה של כהן⁹² כי "המגמה [של חוק המיטלטלין – מ' ב'] הייתה, כנראה, לקבוע הסדר כולל לגבי כל סוגי הזכויות הרכושיות שהסדר המקרקעין אינו חל לגביהם, לרבות זכויות הנובעות מחיוב". לפי סעיף-קטן (ב) אין הן חלות אם יש בחוק האחר "הוראות מיוחדות לעניין הנדון".⁹³ על-סמך סעיף 13 לחוק המיטלטלין,⁹⁴ ניתן ורצוי (לדעתנו) לקבוע שסעיף 12 לחוק המיטלטלין תיקן מכללא את סעיף 4 לחוק המחאת חיובים, כפוף ל"שינויים המחויבים", שניתן גם לכנותם "הוראות מיוחדות לעניין הנדון". בדרך זו נשלים את החסר בסעיף 4 לחוק המחאת חיובים: תום-לב ותמורה. לטעמנו, "הדבר מתאים לעניין", כדרישת סעיף 13(א) לחוק המיטלטלין; הדרישה שההודעה לחייב על ההמחאה השנייה תהיה קודמת להודעה על הראשונה היא בעינינו בעיקר "שינוי מחיוב"

90 עניין אהרונוב, לעיל הערה 18, בעמ' 262–263; ראו גם דבריו בעניין הרטפלד, לעיל הערה 52, אשר צוטטו בעניין אהרונוב.

91 ראו לעיל הערה 29.

92 כהן, לעיל הערה 28, בעמ' 122; אולם אנו מסתייגים מדבריה שם, בעמ' 123, כי לפי סעיף 4 לחוק המחאת חיובים, לעיל הערה 13, העדפת הנמחה השני אינה מותנית בדרישה לתום-לב.

93 סעיף 13(ב) לחוק המיטלטלין, לעיל הערה 34.

94 ולא רק על-סמך העובדה שמדובר בחוק מאוחר והשפעתו על חוק קודם.

לגבי זכות שאינה ניתנת למסירה פיזית, ורק למטרה זו היא גם "הוראה מיוחדת" שדוחה מפניה את המקבילה לה בסעיף 12 לחוק המיטלטלין ("...וקיבל את החזקה או את הזכות..."). לא מצאנו בחוק המחאת חיובים בכלל ובסעיף 4 בפרט "הוראות מיוחדות" נוספות. הנאמר בסעיף 4 לחוק המחאת חיובים תואם את הנאמר בסעיף 12 לחוק המיטלטלין "בשינויים המחויבים". העיקרון הוא אותו עיקרון וההשלמות המוצעות הן בענייני הכרחיות ומתאימות לעניין.⁹⁵

דרך אחרת להתגבר על היעדר דרישה מפורשת לתום-לב ולתמורה היא פנייה לדיני היושר. כאמור, באנגליה, ולדעתנו גם בישראל,⁹⁶ כלל ידוע הוא שבהיות מצבם של שני מתחרים שווה, הראשון בזמן גובר כרגיל. כדי שיוכל השני לזכות בהעדפה חרף היותו מאוחר, צריך מצבו, בעיני דיני היושר, להיות טוב מזה של הראשון. אין זה מתקבל על הדעת שההודעה על ההמחאה השנייה לפני ההודעה על ההמחאה הראשונה היא לבדה (ללא דרישה של תום-לב) תכריע את הכף לטובתו של הנמחה השני. הן ייתכן שהוא דאג לכך שהודעה על ההמחאה השנייה תימסר לחייב בכל המהירות דווקא משום שידע על ההמחאה הראשונה. כלומר, המעשה הנדרש ממנו אינו מעיד בהכרח על תום-לב. כלל הוא שהמחוקק אינו מתכוון לתוצאה שהינה אבסורד.⁹⁷ יפים לכאן דבריו של השופט שמגר בפרשת ראונדנאף (קורן):⁹⁸

"...כאשר מכלול הנתונים העובדתיים והעיוניים מצביע על כך, שהוראת החוק מחייבת מבחינת הגיונה והצדקת קיומה פירוש פלוני דווקא, הרי אין המלה החסרה בגדר סוף פסוק ואין היא יכולה להטות את הפירוש אל דרך הפשטנות, אם יש בכך כדי להפוך את הוראת החוק לבלתי-סבירה ולמנותקת מן המציאות ומרקעה הברור."

לכן מתבקשת דרישה מהנמחה השני לפחות לתום-לב, ולדידנו – גם לתמורה.

95 לא מן הנמנע שלהשלמות המוצעות בזה התכוון השופט חשין במילים הפותחות של הציטוט דלעיל (בטקסט הסמוך להערה 90): "אין זהות גמורה בין הוראות חוק שאפשר ראוי היה להן כי תהיינה זהות..."

96 ראו לעיל, הערה 29.

97 ראו למשל בבג"ץ 265/87 גרי ברספורד ואח' נ' משרד הפנים, פ"ד מג(4) 793, 839, מפי השופט אהרן ברק, ואלה דבריו: "...פרשן הנתקל בפרשנות שאינה עולה בקנה אחד עם תכלית החקיקה או בתוצאה הגוררת אחריה אבסורד, חובתו הראשונה היא לחזור על עקביו ולבדוק עצמו שמא נפלה טעות בגישתו הפרשנית. חזקה על המחוקק כי לא ביקש להשיג תוצאה אבסורדית, אלא תוצאה סבירה ומתקבלת על הדעת." כמו-כן ראו מרים בן-פורת חוק יסוד: מבקר המדינה, פירוש לחוקי היסוד (יצחק זמיר עורך, תשס"ה) 404-405, שם מובאים דברי השופט מרים בן-פורת בע"א 753/77 אשדוד זיקוק מתכות בע"מ נ' מד"י, פ"ד לד(2) 182, 186, לאמור: "יש וסוטים מהפירוש המילולי כדי להימנע מפירוש אבסורדי... או במקרים נדירים אף כדי למלא את מה שהמחוקק החסיר."

98 ע"א 507/79 ראונדנאף (קורן) נ' חכים, פ"ד לו(2) 757, 776-777.

סיכומו של דבר: ההרמוניה בפתרון בעיות זהות ובעסקאות דומות ביסודן ("נוגדות" או "סותרות") והנימוקים האחרים שפירטנו – חלקם נפרדים וחלקם מצטברים – מובילים לדעתנו למסקנה שיש לקרוא לתוך סעיף 4 דרישות מהנמחה השני לתמורה ולתום-לב כתנאי להעדפתו, – כולל, לדעתנו, בעת מסירת ההודעה לחייב על המחאה השנייה.⁹⁹

פרק ד: משפט משווה

1. הדין באנגליה

חיווק לדעה שראוי להכיר בהודעה לחייב כמעשה המשלים את העברת הקניין המלא ניתן למצוא במשפט האנגלי, הדוגל (כאמור) בכלל שבעסקאות נוגדות, כאשר מצבם של שני הנמחים בעיני "דיני היושר" שווה, זכותו של הקודם בזמן עדיפה, אך הנמחה המאוחר גובר עליו אם ההודעה על המחאה השנייה נמסרה לחייב לפני ההודעה על הראשונה. כלל זה נקבע שם בפסק-דין עתיק-יומין, *Dearle v. Hall*,¹⁰⁰ העומד בתוקפו, בחלקו הגדול, עד ימינו. במאמר שפורסם בשנת 1895 (למעלה משבעים שנה לאחר מתן פסק-הדין), שכותרתו היא: "The Rule in *Dearle v. Hall*"¹⁰¹, מובאת סקירה של הפסיקה התומכת בכלל הבא:¹⁰²

"A person having a beneficial interest in a sum of money, invested in the names of trustees, assigns his interest to A, who gives no notice thereof to the trustees: afterwards the same person proposes to sell his interest to B: the latter makes inquiries of the trustees and, receiving no intimation of any prior incumbrance, completes the purchase, and gives notice to the trustees: B has a better equity than A to the possession of the fund, and the assignment to B though posterior in date is to be preferred to the assignment to A."¹⁰³

99 ראו גישה אחרת בעניין תום-הלב בעת מסירת ההודעה לחייב באנגליה, להלן הערה 105 והציטוט שבטקסט הסמוך לה. דעתנו בטקסט מבוססת על ההקבלה בין סעיף 4 לחוק המחאת חייבים, לעיל הערה 13, לבין סעיף 12 לחוק המיטלטלין, לעיל הערה 13 ("...וקיבל את המיטלטלין או את הזכות בתום-לב...").

100 ראו: 3 (1823) *Russ Dearle v. Hall*.

101 Firth Ernest "The Rule in *Dearle v. Hall*" 11 *L.Q. Rev.* (1895) 337.

102 כפי שחובא בכותרת של פסק-דין אחר: [1879] *Re Hallett's Estate v. Hallett's and others* 13 Ch. D. 696 (C.A.) 710.

103 אומנם, בקטע שצוטט אין מופיעות דרישות לתום לב ולתמורה, אך התייחסותנו כאן היא אך ורק להעברת הקניין. כנאמר בטקסט מייד לאחר הציטוט, הדרישה לתום-לב קיימת גם שם.

יושם לב שצוין בעובדות המקרה כי הנמחה השני עשה מאמצים לברר מפי הנאמנים (החייבים) שמא בוצעה עסקה קודמת, ורק משנענה בשלילה, השלים את העסקה והודיע עליה לנאמנים. בולטת איפוא הדרישה המשתמעת לתום-לב, ולדעתנו, לא ייתכן כלל אחרת.

זה הכלל החל על המחאות זכות "עוקבות" (between successive assignees).¹⁰⁴ העדיפות לנמחה השני ניתנת באנגליה בתנאי שהוא מתקרב עד קצה האפשר לקבלת הממכר לחזקתו, וזו מתבטאת במסירת הודעה לחייב על ההמחאה השנייה לפני ההודעה על הראשונה. כלומר, ההודעה שם היא "מעשה קניין", בדומה לרישום במקרקעין או "מסירה" (ההעמדה לרשות) במיטלטלין. ה"מעין קניין" שביושר של הקונה-הנמחה "נהפך" בכך לקניין מלא ("מן השורה"), כך שהמוכר-הממחה כבר אינו יכול לבצע עסקה נוספת (נוגדת) באותו נכס. ה"מעין קניין" שביושר מעניק אומנם לקונה כוח כלפי צדדים שלישיים (כגון נושה של המוכר המטיל עיקול על הממכר אחרי שחווה המכר נחתם, אך לפני שהממכר הוקנה כדין לאותו קונה), אך לא הרי קניין שביושר כהרי קניין "מן השורה".¹⁰⁵ רק קניין כזה נוטל מהמוכר את עצם היכולת, ולא רק את הרשות, לסחור בנכס שנמכר, ולכן רק בשלב זה ניתן לומר, לדעתנו, שזכותו של הקונה היא in rem ופועלת כלפי כולי עלמא. שלב זה בהמחאות סותרות מושג באנגליה על-ידי מסירת הודעה על ההמחאה לחייב. בכך מותנית איפוא עדיפותו של הנמחה השני על הקודם בזמן.

גישה זו – למיטב הבנתנו – מוצאת ביטוי ב-Chitty On Contracts, בזו הלשון:

"[...] notice to the debtor is not necessary to perfect an equitable assignment as between assignor and assignee, but where there are successive assignments (whether statutory or equitable), the rule in Dearle v. Hall, which originally related to equitable interests in pure personalty, regulates priorities. Under this rule the assignee who first gives notice to the debtor has the prior right, unless he knew of the earlier assignment when he took his assignment. The fact that he knew of the earlier assignment when he gave notice is irrelevant."¹⁰⁶

מכל מקום, הבאנו לעיל את נימוקינו לצורך להתנות את ההגנה על הרוכש השני בתום-ליבו, כולל בעת ההודעה לחייב.

Ernest, *supra* note 101, at p. 338 104.

105 ראו דברינו לעיל, בהערה 26.

106 Chitty On Contracts (London: Sweet & Maxwell, 1994) 980 §19–037. בישראל נדרש לדעתנו תום-הלב מהנמחה השני גם בעת מסירת ההודעה לחייב על ההמחאה, זאת כהקבלה לסעיף 12 לחוק המיטלטלין, לעיל הערה 34, ובדומה לדרישה לסעיף 9 לחוק המקרקעין, לעיל הערה 24. אך השוו עם הערה 98 ועם הטקסט הסמוך לה.

כלומר, אין צורך בהודעה לחייב כדי לשכלל את המחאה בין המחאה לנמחה במובנה האקוויטבילי.¹⁰⁷ כאשר יש עסקאות נוגדות, דיני היושר מקנים כוח רב לקונה הראשון נגד צדדים שלישיים, אך אין הם נוטלים מהמוכר את הקניין מן השורה (הכפוף לזכותו שביושר של הקונה), שעובר לקונה רק עם מסירת ההודעה לחייב, שהיא "מעשה הקניין". אם בוצעו עסקאות נוגדות, הנמחה השני חייב (לפי דעתנו, גם בישראל) להתקרב, לגבי זכות ערטילאית ("זכותו של נושה"), עד קצה האפשר לקבלת חזקה בה.¹⁰⁸ כשם שלפי חוק המכר – סעיפים 33, 7 ו-8(א) – דרושה מסירה כדי להעביר את הקניין המלא לקונה, כך בהמחאה חוב דרושה ההודעה לחייב כדי לשכלל את קניינו של הנמחה מקניין שביושר לקניין מלא לפי הדין. הקניה מלאה היא תנאי הכרחי (אם כי לא בלעדי) להעדרת הרוכש השני בעסקאות סותרות או נוגדות. בפסיקתו של בית-המשפט באנגליה, המובאת במאמר הנ"ל,¹⁰⁹ תוארה חשיבותה של מסירת ההודעה במילים אלה:

"If the assignee means to make his right attach on the subject-matter of the contract it is necessary to give notice, and unless he gives notice he does not do that which is essential in all cases of transfer of personal property. He must do that which is tantamount to obtaining possession."

[ההדגשה הוספה כדי להבליט את ההקבלה]

הובהר שם:

"in the case of a chose in action you must do everything towards having possession that the subject admits of... such notice completes their title, and is tantamount to obtaining possession, for it is 'going as far towards obtaining possession as it is possible to go'..."

הגישה באנגליה תואמת את לשון סעיף 4 לחוק הישראלי, כעולה מסיכום הכלל שנקבע בפסיקה בעקבות פסק-הדין *Dearle v. Hall*.¹¹⁰ הנאמר לעיל מתיישב עם הדעה שהבענו בפירושנו לחוק המחאת חובים (במסגרת פירוש לחוקי החוזים בעריכתו של ג' טדסקי),¹¹¹ כי הנאמר בסיפא של סעיף 4, הדין בהמחאות סותרות, "מלמד שחרף המחאה לנמחה הראשון, נותר בידי הנמחה הכוח להמחות אותה זכות עצמה גם לאחר, ואם זה האחרון מודיע לחייב ראשון על המחאה – הוא הופך לבעל

107 ראו: Ernest, *supra* note 101, at p. 340, שם נאמר: "notice is necessary to give a complete title in rem available against all the world [...]"

108 ראו לעיל הערה 103 והקסט בסמוך לאחריה.

109 ראו: Ernest, *supra* note 101.

110 ראו: *Supra* note 100. כמו-כן שימו לב שנדרש שם מהנמחה השני גם תוס' לב.

111 בן-פורת, לעיל הערה 52, בחוברת המקורית.

הזכות. מכאן שההמחאה לנמחה הראשון, אף על-פי שיצרה המחאה תקפה ביחסים שבין הממחה לנמחה, לא העניקה לנמחה בעלות שלמה, אחרת לא היה נותר בידי הממחה דבר שניתן היה להמחותו לשני...¹¹² זו הדעה שאנו דוגלים בה גם היום. באומרנו "ביחסים שבין הממחה לנמחה" הכוונה היא גם לכוח שניתן לנמחה מדיני היושר כלפי צד שלישי המבקש לתפוס את הזכות בגין חוב שחב לו הממחה או כלפי נמחה בעסקה סותרת (אלא אם-כן התקיים בנמחה השני התנאי המפורט בסעיף 4 לחוק המחאת חיובים: הודעה ראשונה לחייב), וכן תום-לב ותמורה, כמו בסעיף 12 לחוק המיטלטלין.¹¹³

2. הדין בארצות-הברית¹¹⁴

(א) לפי מה שמכונה שם ה-New-York Rule, בעסקאות סותרות – זכותו של הנמחה הראשון בזמן עדיפה. ההסברים שניתנו לכלל זה אינם אחידים. יש שהסבירו¹¹⁵ אותו בהיותו של זכויות כל אחד מהנמחים המתחרים זכויות שביושר, שלפיהן כל הקודם זוכה. בלשון השופטים:

"if it be assumed that each bona fide purchaser takes merely an equity..., the first in time is best in right."

כלל זה (כמבואר לעיל) מקובל עלינו. אולם יש שהסבירו אחרת את עדיפותו של הראשון: הואיל וההמחאה הראשונה גרמה לכך שלא נותר דבר בידי הממחה, לא היה לו מה להעביר לנמחה השני. גם הסבר זה הובא באותה אסמכתא,¹¹⁶ בזה הלשון:

"subsequent assignee takes nothing by his assignment, because the assignor has nothing to give."

עינינו הרואות כי לפי הדעה האחרונה – שאינה תואמת את שלנו – הקניין המלא עובר אומנם לנמחה בעת כריתתו של הסכם ההמחאה, אך התוצאה הנובעת מכאן היא שהנמחה השני אינו נוטל דבר, שכן אין לממחה הכוח לעשות עסקה סותרת. מאחר שהמחוקק אצלנו מכיר בקיומן של המחאות סותרות ואף מעניק עדיפות לנמחה השני אם התקיימו בו התנאים הנדרשים, ההסבר הראשון (לפי כלל ניו-יורק) מתאים לכאן. לפיכך, העקביות מחייבת את

¹¹² שם, בעמ' 24. דעה זו תואמת את הדברים שכתבה המשנה לנשיא מרים בן-פורת בעניין בנק א"י בריטניה, לעיל הערה 43.

¹¹³ ראו לעיל פרק ג.

¹¹⁴ הדין בארצות-הברית דורש כיום את רישום ההמחאה לצורך שכלולה. לא נתייחס במאמר זה לדרישה האמורה.

¹¹⁵ 115 (1924) 264 U.S. *Salem Trust Co. v. Manufacturers' Fin. Co.*

¹¹⁶ *Ibid*, ibid 116.

המסקנה שבישראל ההמחאה הראשונה אינה מעבירה לנמחה הראשון את הקניין במלואו, שהרי כלל ידוע הוא שאין אדם יכול לתת לזולת יותר משיש לו עצמו.

(ב) קיים גם כלל המכונה: "Massachusetts or Four Horsemen Rule" שלפיו הנמחה הראשון עדיף אומנם, אך השני יכול לגבור עליו אם נקט באחת מארבע פעולות.¹¹⁷ גם מכאן מתבקשת לדעתנו המסקנה כי לאחר ההמחאה הראשונה, נותר בידי הנמחה הכוח להמחות אותו חוב שנית בהמחאה סותרת.

מכל מקום, לא מצאנו במשפט של ארצות-הברית דבר העשוי לשנות את דעתנו על המצב בישראל. אף מצאנו שם הבעת דעה בכיוון התפיסה המוצעת במאמר זה,¹¹⁸ שלפיה, עד להודעה לחייב, הנמחה הוא בעל הקניין רק חלקית (only partly owner). חיצוק נוסף לגישתנו – אם כי עקיף – מצוי בספרו של Corbin,¹¹⁹ שם נאמר:

"Until notice of the assignment has been given to the obligor, it is necessary to his protection that the assignor shall still retain the power to discharge. Prior to such notice, payment to the assignor is an operative discharge of the debt.¹²⁰ So also is an accord and satisfaction, or a voluntary release by the assignor followed by a change of position by the obligor."

הרגשנו את הסיפא, שכן (כאמור),¹²¹ גם לדעתנו יש להגן על חייב תם-לב שלא ידע על ההמחאה ושינה את מצבו כתוצאה מהסדר שאליו הגיע עם הממחה, שבו (ורק בו) הוא

117 הפעולות הן: (1) קיבל תשלום או תמורה אחרת לסילוק הזכות; (2) קיבל פסק-דין נגד החייב; (3) כרת חוזה חדש עם החייב על דרך הנובציה; (4) קיבל את החזקה או כתב סמלי. דוגמה לפעולה (1) הוא פסק-הדין: *Rabinowitz v. People's Natl. Bank*, 126 N.E. 289 (Mass. 1920). נאמר שם: "since money paid by debtor was received by second assignee 'as its own', first assignee could not recover it".

118 השוו עמ': Walter Wheeler Cook "The Alienability of Choses in Action: A Reply to Professor Williston" 30 *Har. L. Rev.* (1916-17) 449, 473-474.

119 ראו: Arthur Linton Corbin *Corbin on Contracts* (St. Paul, Minn, interim ed. 1979) § 904, 551. כמו-כן ראו סעיף 879 בעמ' 468, שם נאמר: "An assignment may be fully effective as between the assignor and assignee without any notice to the obligor; and it is effective as to the obligor too so long as there is no change of position on his part due to his lack of such notice". לשם כך דרוש שיהיה לממחה לפחות הכוח (אם לא הרשות) להגיע עם החייב להסדר, ולפי ההשקפה שאנו מציעים, שהקניין משתכלל עם מסירת הודעה לחייב, כוח כזה (לפחות כ"קניין כשורה") אכן קיים עד אז.

120 וכך גם אצלנו: סעיף 2(ב) לחוק המחאת חובים, לעיל הערה 13. השוו עמ' הערות 43-46 לעיל והטקסט הסמוך להן. גם אנו התבססנו על הפטרתו של החייב, כל עוד לא קיבל הודעה מהממחה, כעל נימוק (בין יתר הנימוקים) לכך שהשליטה היא בידי הנמחה רק עם מסירת ההודעה לחייב.

121 ראו לעיל הערה 64 והטקסט הסמוך לה.

ראה את הנושה שלו.¹²² חשוב איפוא, גם מטעם זה, שהקניין המלא יוענק לנמחה רק במועד שבו הודע לחייב על חילופי הנושים כדי להותיר בידי הממחה את היכולת (אם כי לא את הרשות) לעשות עמו הסדרים מחייבים כמתואר.

בד בבד הממחה מפר בכך כלפי הנמחה את הבטחתו, המפורשת או המשתמעת, שכרוכה בכל הסכם הממחה, והיא: שלא יעשה מעשה אשר ימנע בעדו, או יקשה עליו, לגבות את המגיע לו מאת החייב במסגרת ההמחאה. הפרת הבטחה זו מקימה לנמחה עילת-תביעה נגדו לתרופה הולמת, כגון פיצויים מכוח חוזה, ובמקרה מתאים – בדיני נזיקין או בעשיית עושר ולא במשפט. לדעתנו, הנמחה יכול לתבוע מהממחה גם את החזרת הכספים שקיבל מהחייב כנאמנו הקונסטרוקטיבי.¹²³

3. הדין בסקוטלנד¹²⁴

הכלל הנוגע בענייננו הובע בספר על דיני חוזים במילים אלה:¹²⁵

"Intimation completes the conveyance and regulates preference amongst assignations. As Erskine stated: 'though an assignation not intimated be valid against the granter, who cannot question his own deed; yet if, before intimation of a first assignment, the cedent shall grant a second to a different assignee, the second, if it be intimated before the first, will be preferred to the first'."

ניתן לסכם כי הכלל בסקוטלנד – כמו בישראל – הוא שהנמחה הראשון גובר בהמחאות נוגדות אלא אם ההודעה על ההמחאה השנייה נמסרה לחייב לפני ההודעה על הראשונה. בדומה לגישתנו, כלל זה מבוסס על התפיסה שמעשה ההודעה לחייב הוא המשלים את העברת הבעלות, כנאמר בספר:¹²⁶ "Property or ownership does not pass until there is intimation..." לשם "התאמה" לדין בישראל היינו מוסיפים את המלה "fully" בין המלה "not" לבין המלה "pass".

122 לעיל הערות 62–68.

123 ראו: Corbin, *supra* note 118, at p. 552 at footnote 10.

124 ראו: William W. McBryde *The Law of Contract in Scotland* (Edinburgh, 2nd edition, 2001) 295.

125 *Ibid*, at p. 297, §104.

126 ראו: Ernest, *supra* note 100.

4. הדין בכמה מארצות אירופה

לפי הקוד האזרחי בצרפת,¹²⁷ כדי שהנשייה תעבור לנמחה, עליו לנקוט באחת משתי דרכים:¹²⁸ (1) למסור לחייב הודעה על ההמחאה; (2) לקבל ממנו אישור שהוא יודע על קיומה של ההמחאה. אישורו של החייב כמוהו כהתחייבות לקיים את החיוב כלפי הנמחה. יש שהסתפקו בעובדה שתשלום חלקי לנמחה בוצע בפועל. כנאמר ב-"Civil Law Treatise";¹²⁹ תוך שימוש בהשוואה פשוטה, סיפק Pothier לקורא הבנה טובה יותר של טיב ההמחאה לאמיתו. לדבריו, ההעברה של הזכות, כל עוד לא הובאה לידיעתו של החייב, היא כמו מכר של חפץ מוחשי לפני מסירתו. בלשונו של Pothier:¹³⁰

"just as the seller of a corporeal thing remains, before the 'tradition' has been made, possessor and proprietor of the thing he has sold, so also, as long as the assignee has not notified the debtor of the assignment the assignor is not dis-seized of the credit he assigned."

כפי שהובהר בספרו של Planiol, עד להודעה לחייב הממחה עדיין נותר הבעלים ועל-כן הוא מסוגל לבצע עוד עסקה (נוגדת) באותו ממכר. כתוצאה מהדין בצרפת, שלפיו, עד להודעה לחייב, יש לקונה רק זכות אובליגטורית, נושה של הממחה יכול שם לעקל את הממכר,¹³¹ ואם הממחה פושט את הרגל, עומד הממכר לרשות כלל הנושים. המצב אצלנו שונה לנוכח המעין בעלות העוברת לקונה עם כריתת החווה, לפי הלכת אהרונוב, שכוחה יפה גם כלפי צדדים שלישיים, אך כלפי הנאמן בפשיטת-רגל קובע הנאמר בסעיף 97 לפקודת פשיטת-הרגל, שעליו עמדנו לעיל. השפעת ההשקפה של צרפת ניכרת באיטליה, ובה מכירים בצורך במסירת הודעה לחייב בכל הנוגע בצדדים שלישיים.¹³²

127 סעיף 1690. הנוסח האנגלי של הסעיף מופיע ב: John H. Crabb *The French Civil Code* (The Netherlands, Revised ed. 1994) 320.

128 שמטרתן אחת: ליידע את החייב על חילופי הנושים, שכן עד להודעה לחייב, ההמחאה תופסת רק ביחסים שבין הממחה לנמחה. השוו עם הערה 43 לעיל.

129 ראו: Marcel Planiol & Georges Ripert *Traite Pratique De Droit Civil Français* (Paris, 2nd ed., 1952–1962) Marcel Planiol *Treatise on Civil Law* (Louisiana State Law Institue, 1959, vol. 2, part 1).

130 כנראה עקב שינוי בקוד האזרחי שם, ההשוואה כפי שבוטאה בציטוט שוב אינה תופסת, אך ההיגיון שבהשוואה לא נפגע, והעיקר לענייננו הוא שהכלל, גם לפי הסעיף החדש 108 של ה-*Contume de Paris*, נותר על כנו, והוא כי: "A simple assignment does not give seizing".
131 ראו: Planiol, *supra* note 129, at p. 900, at footnote 47. זה היה לדעתנו גם המצב בישראל כאשר הלכת בוקר, לעיל הערה 17, היתה בתוקף ודיני היושר (תוצרת ישראל) עדיין לא הופעלו.

132 Planiol, *ibid*, at p. 896 132, תוך הסתמכות על סעיפים 1538 ו-1539 לקוד האיטלקי.

בגרמניה אין כיום דרישה להודעה לחייב לשם שכלול הקניין. להיפך, נקבע שם במפורש¹³³ שהנושים מתחלפים עם כריתת הסכם ההמחאה, והנמחה תופס את מקומו של הנמחה, הנושה הקודם. מסירת ההודעה קשורה שם רק לתום-ליבו של החייב, אך ההמחאה תקפה גם בלעדית, אפילו כלפי צד שלישי. בד בבד ניתן שם פטור לחייב שלא ידע על ההמחאה וקיים את החיוב כלפי הנמחה. Planiol מעיר בצדק בספרו¹³⁴ שבכך מתעורר שוב הצורך לדרוש מסירת הודעה לשם שכלולו של הקניין. עניינו הראות שההשקפה שאנו דוגלים בה תואמת את זו המקובלת ברוב הארצות שאליהן התייחסנו לעיל.

פרק ה: סיכום

מאמר זה מבהיר את הליקויים הדבקים בתזה הקיימת שהמחאה היא עסקה ריאלית, ולפי הסכם המחאה לבדו מעביר את הקניין המשוכלל "מן השורה" לידי הנמחה. ליקויים אלה קיימים כבר בתפיסה שעם כריתתו של הסכם ההמחאה עומדת הזכות לרשותו של הנמחה הזכות בלבד, וכי יש לו מאז היכולת להודיע מייד לחייב על המחאת הזכות. הראינו שלפחות כאשר ההמחאה היא בדיבור-פה או בהתנהגות (ולא בכתב), המסקנה שהשליטה בזכות היא בידי הנמחה מופרכת על פניה, וכי תלותו במקרה כזה בממחה בולטת לעין. הבהרנו במאמר מדוע ההעמדה לרשות הנמחה מתבצעת לדעתנו רק עם מסירת ההודעה לחייב בפועל ממש.

התזה הקיימת גם נסתרת מניה וביה בסעיף 4 לחוק המחאת חיובים ("המחאות סותרות"), שכן למדים מתוכו שיש לממחה שהמחה את זכותו פעם אחת היכולת לבצע המחאה נוספת (סותרת) באותה זכות עצמה. על הדרך שבה ניתן (אם בכלל) ליישב בין היות ההמחאה עסקה ריאלית כמבואר לבין סעיף 4 לחוק המחאת חיובים עדיין לא אמר בית-המשפט את דברו. אכן, לדעתו של פרופסור ש' לרנר ניתן ליישב בין התזה שההמחאה היא עסקה ריאלית לבין סעיף 4 אם מפרשים את הסעיף כ"מעין תקנת שוק" המאפשרת לתת לזולת יותר משיש לנותן. אולם הוא עצמו אינו מסתיר את מורת-רוחו מפתרון זה.¹³⁵ הפירוש גם אינו מתיישב לדעתנו עם ההלכה (פרשת נס) שלפיה "נמחה" אינו נהנה מתקנת שוק, וכי הכלל החל בחוק המחאת חיובים הוא שאין אדם יכול לתת לזולתו יותר משיש לו עצמו. אכן, פסק-הדין אינו דן בסעיף 4 לחוק המחאת חיובים, אלא בודק את מצבו של הנמחה

133 בסעיף 398 לקוד הגרמני. התרגום האנגלי מופיע ב: Simon L. Goren *The German Civil Code* (Revised ed. 1992) 64, ב"זו הלשון: "on the conclusion of the contract, the assignee takes the place of the assignor".

134 Planiol, *supra* note 129, at p. 896.

135 כמצוטט בספרו של לרנר, לעיל הערה 7. וראו פירוט לעיל בהערה 15.

לאור סעיף 10 לחוק המקרקעין, אך השלכה עקיפה על השאלה שהמאמר עוסק בה יש ויש לו. הבהרנו את דעתנו מדוע אין מקום לפרש את סעיף 4 לחוק המחאת חיובים כמאפשר לנמחה השני לטרוף את הבעלות על הזכות מידי הנמחה הראשון, זאת נוסף לשיקולים אחרים שבגינם החלה של תקנת שוק על סעיף 4 לחוק המחאת חיובים אינה רצויה.

הפנינו גם את תשומת-הלב לנאמר בהצעת חוק המיטלטלין, שנמתחת בה הקבלה בין סעיף 11 (12 דהיום) לחוק המיטלטלין לבין סעיף 4 לחוק המחאת חיובים. את הצורך ב"הקניה" של זכות, נוסף על ההתקשרות, ביססנו (בין היתר) על הנובע מחוק המיטלטלין, שמתייחס גם לזכויות במיטלטלין, ודורש לשם ביצוע העסקה הן התקשרות והן "הקניה".

גם על קושי נוסף לא הצליחה הספרות המשפטית להתגבר עד כה, לדעתנו, והוא: מה קורה אם לפני שנמסרה ההודעה לחייב, הממחה עושה עמו הסדר שמשנה את תנאי סילוקו של החיוב, והחייב תם-הלב משנה עקב ההסדר את מצבו. הבהרנו למה, לדעתנו, ההסדר תקף במצב זה לפי ההשקפה שאנו מציעים, ואילו לפי התזה הקיימת הוא נעדר כל תוקף, כך שהחייב תם-הלב נותר ללא הגנה.

כמו-כן הבהרנו שהתפיסה דהיום מוליכה לתוצאות שונות בפתרון בעיות דומות הנוגעות בנכסים מוחשיים, מזה, ובנכסים בלתי-מוחשיים, מזה. הראינו גם שמדינות רבות תומכות בגישה המקובלת עלינו.

השקפתנו ממלאת אחר דרישות חוק המכר (החל על המחאות) ואילו הגישה הקיימת אינה ממלאת אחריהן.

הראינו שהתזה הקיימת פוסחת משום-מה על השלב שבו יש לנמחה (הרוכש) "מעין קניין" בזכות לפי דיני היושר, אשר כוחו יפה כלפי צדדים שלישיים (כמו נושי הממחה) המבקשים לתפוס את הזכות לפני שזו הוקנתה לנמחה. בשלב-ביניים זה עדיין יש לממחה הבעלות לפי הדין ("מן השורה") המאפשרת לו לבצע המחאה סותרת. רק עם "מעשה הקניין" (ההודעה לחייב) ניטלת מהממחה היכולת לעשות כן, והוא נהפך לגוף זר לגבי עסקת ההמחאה. מאז יש לנמחה הקניין המלא "מן השורה". המעין בספרו של לרנר מתרשם, לדעתנו, כאילו קיימים או התחייבות לעשות עסקה או עסקה ריאלית. ייתכן שהדבר מוסבר בכך שהלכת אהרונב נקבעה קרוב להוצאת הספר לאור. האסמכתא נזכרת בו אומנם, אך ייתכן – זו התרשמותנו – שלא נעשו כמה שינויים מתבקשים על-סמך הלכה זו.

התייחסנו גם למבחנים המאששים לפי ספרו של לרנר את התזה הקיימת (להבדיל מהמוצעת), והבהרנו למה לדעתנו ההיפך הוא הנכון: אותם מבחנים מתיישבים היטב עם ההשקפה שאנו מציעים ואינם דורשים כלל ועיקר העברת בעלות מלאה "מן השורה" לנמחה כבר בעת ההתקשרות בהסכם ההמחאה.

