

## שאלות משפטיות בתחום המחאת חיובים

אגב ע"א 3966/01 יהושע TBWA נ' בון מארט מילניום<sup>1</sup>  
ואגב דנ"א 5675/03 בון מארט מילניום נ' יהושע TBWA<sup>2</sup>

### מרים בן-פורת\*

- א. מבוא  
ב. פרשת יהושע  
1. העובדות  
2. ההחלטה של בית המשפט המחוזי  
3. קביעותיו של בית המשפט העליון בערעורה של יהושע  
4. ההחלטה לא להרשות קיום דיון נוסף  
ג. השגותינו על קביעות בית המשפט העליון  
1. התנאת תוקפה של המחאה בהסכמת החייב  
2. ההבדל בין הסכם המחאה לבין הודעה לחייב  
3. המאפיינים של המחאה על דרך השעבוד  
4. אימתי ממומש המשכון  
5. סבירות ההחלטה שהמחאה הייתה מוחלטת  
6. תחולת חוק המשכון על המחאה על דרך השעבוד  
ד. האם ראוי היה לקיים דיון נוסף  
ה. סיכום

### א. מבוא

ברשימת ביקורת זו בחרנו להידרש לשאלות המשפטיות – רובן בתחום דיני המחאת חיובים – שנדונו בבית המשפט העליון, חלקן מעבר לנדרש, בפרשת יהושע. הדיון בכללים שנקבעו שם הוביל גם לשאלות פרשנות כלליות הנוגעות לחושים בדרך כלל. לא הקפדנו לעסוק רק בקביעות שהיוו את הבסיס, שעליו נשענת התוצאה הסופית. העדפנו לתת את הדעת גם על כללים ועל קביעות במסגרת רחבה יותר, כולל דיון בשאלות שונות שנדונו רק אגב אורחא. פסק הדין נתן לנו גם הזדמנות לעסוק במצב יוצא דופן ונדיר, שבו נתפס בית המשפט לטעות עובדתית מרכזית, אשר – מטעמים שיתבארו – אינה בגדר פליטת קולמוס, ולכן אינה ניתנת לתיקון על ידי השופטים היושבים לדין. אילו הייתה ה"עובדה" המוטעית נכונה, היה דינו של הערעור להידחות, במקום להתקבל.

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

1 ע"א 3966/01 יהושע TBWA נ' בון מארט מילניום, פ"ד נז(4) 952 (להלן: פרשת יהושע).  
2 דנ"א 5675/03 בון מארט מילניום נ' יהושע TBWA (טרם פורסם), תקדין עליון 2004(1) 105 (להלן: "הבקשה לדיון נוסף" או עניין בון מארט).

שאלה נוספת שעליה ניתן את הרעת היא אם נוכח מכלול הטעמים לא ראוי היה לערוך דיון נוסף, אשר בקשה לעריכתו נדונה ונדרחתה. ברשימה נמתחת ביקורת גם על החלטה זו. אין ברשימה התייחסות לטענות הצדדים בשני הדיונים, שכן עניין לנו בכללים שנקבעו (כולל אלה שנקבעו אגב אורחא) בפסק הדין, ובהם בלבד.

## ב. פרשת יהושע

### 1. העובדות

חברת בון מארט מילניום (להלן: "החברה" או "הממחה") התקשרה עם חברת יהושע (להלן: "יהושע" או "הנמחית") בהסכם לרכישת שירותים. את תמורת השירותים שילמה בארבעה שיקים שתאריכי ההוצאה שלהם דחויים. בד בבד, המתחה החברה ליהושע את "זכויותיה" מאת חברת המשביר לצרכן בע"מ (להלן: "החייבת"). ההודעה לחייבת על ההמחאה כללה הוראה לשלם ליהושע את סכומו של כל שיק, אם יחולל. ההוראה הייתה כפופה לתנאים למיניהם.<sup>3</sup> בהודעה צוין שההמחאה בוצעה "להבטחת תשלומן של המחאות" – הכוונה לאותם שיקים דחויים – במקרה שיחוללו. ואכן, שניים מהם לא כובדו. מתחת לחתימתה של הממחה על ההודעה הופיעה פסקה נוספת (להלן: "הפסקה הנוספת") שעליה נדרשה החייבת לחתום לאות הסכמה לפעול בהתאם. החייבת לא חתמה עליה. לאחר החילול הוגשה בקשה לפירוק החברה הממחה ובעקבותיה הוצא צו פירוק. המפרק פנה לבית המשפט בעתירה לקבוע שההמחאה בטלה.

### 2. ההחלטה של בית המשפט המחוזי

בית המשפט המחוזי קיבל בבש"א 1317/00 בון מארט מילניום נ' יהושע TBWA<sup>4</sup> את תביעת המפרק והצהיר כמבוקש. זאת על סמך שני טעמים שהועלו בה:

א. "בעניין שלפנינו התנו הצדדים ביניהם כי המחאת החוב טעונה הסכמה של החייב, והותירו מקום לחתימתו [...] הרי הסכימו וקיבלו שבמקרה זה תקפה של המחאת החוב מותנה בחתימה של המשביר המרכזי [החייבת]",<sup>5</sup> ובלעדיה "לא קמה כל נפקות להמחאת החוב, וזאת מכוח מה שקיבלו על עצמם בעלי הדין, ולא בשל מצוותו של המחוקק" (ההרגשה שלי – מ.ב.).<sup>6</sup> לגישתו, גם

3 שעל משמעותם נעמוד בגוף הרשימה.

4 בש"א 1317/00 בון מארט מילניום נ' יהושע TBWA (לא פורסם, עותק שמור במערכת) (להלן: "פסק הדין המחוזי").

5 שם, בפסקה 4 לפסק הדין.

6 שם, שם.

אם נתנה החייבת הסכמה בעל פה,<sup>7</sup> כפי שנטען בפניו, אין לה ערך כאשר הדרישה היא להסכמה בכתב;  
 ב. מאחר שהמחאת החוב ניתנה להבטחת תשלום השיקים הרחויים, וסילוק החיוב במסגרת ההמחאה הותנה בחילולם, הייתה זו המחאה על דרך השעבוד, הטעונה רישום בהתאם להוראות חוק המשכון, תשכ"ז-1967 (להלן: "חוק המשכון"). השעבוד לא נרשם, ובלעדיו אין לבעל המשכון מעמד של "נושה מובטח", ואין למשכון נפקות כלפי נושיה האחרים של החברה.

### 3. קביעותיו של בית המשפט העליון<sup>8</sup> בערעורה של יהושע

להבנת הגותינו חשוב שקביעות העליון והנמקתו תהיינה פרושות לעיני הקורא. ניצמד במידת האפשר לכתוב כלשונו.

א. בית המשפט העליון קבע כי ההמחאה בת תוקף, חרף אי-מילוי הדרישה שהחייבת תחתום על הפסקה הנוספת והבהיר את שיקוליו: ראשית, "על-פי הדין, המחאת זכות אינה טעונה הסכמת החייב (ס' 1א) לחוק המחאת חיובים, תשכ"ט-1969";<sup>9</sup> שנית, "ככלל, לצדדים לעיסקת המחאה אף אין עניין מסחרי לתלות את ההסכם ביניהם בהסכמת החייב" (ההדגשה שלי – מ.ב.);<sup>10</sup> שלישית, "לשון הכתב שבגדרו מורה החברה לחייבת לשלם את הכספים, שוללת פירוש בזה, ואילו הפסקה הנוספת, שעל-פיה נדרשה חתימת החייבת, נועדה אך להבטיח את ביצועה של ההוראה וולא להתנות את תוקפה" (ההדגשות שלי – מ.ב.);<sup>11</sup> רביעית, "כאמור, מעבר לדרוש, החייבת אף הסכימה לבצע את הוראת החברה".<sup>12</sup>

ב. כאשר למהותה של ההמחאה אמנם נאמר בפסק הדין (בהרצאת "העובדות, ההליכים והטענות") כי בכתב ההמחאה הודיעה בון מארט לחייבת על המחאת זכויותיה על פי ההסכם שביניהן "לשם הבטחת תשלום השיקים", אך נקבע שכוונתם האמיתית של הצדדים לא הייתה לבצע המחאה על דרך השעבוד, כמשתמע מהמילים שהדגשנו, אלא המחאה מוחלטת וללא זכות חזרה אל הממחה, אם הנמחית לא תיפרע מהחייבת. השיקולים ביסוד מסקנה זו יובאו גם הם כלשונם: "המאפיין המחאת שעבוד הוא הכוח שנותר בידי הממחה לחזור בו מן ההמחאה, ובמקביל הזכות הנותרת בידי הנמחה לחזור על הממחה אם החוב שחייב לו הלה לא ייפרע על-ידי החייב [...]. מאפיין זה, המלמד כאמור על מהותה של העיסקה, הוא פועל יוצא מכוונתם האמיתית של הצדדים, להבדילה מן הכינוי שהם כינו את העיסקה. כוונה זו ניתן

7 בהודעה שהגישה החייבת במסגרת הליכי הפירוק נאמר שהסכימה בזמנו לפעול לפי תנאי ההמחאה.

8 להוציא ההחלטה שלא לקיים דיון נוסף בה נדון בפרק ד'.

9 פרשת יהושע, לעיל הערה 1, בע' 957.

10 שם, שם.

11 שם, שם.

12 שם. בהסכמה (שלפי הנטען ניתנה בריבור פה, במסגרת הליכי הפירוק) נדון להלן בפרק 5ג בטקסט הנלווה להערה 77.

לדלות מן הנסיבות החיצוניות האופפות אותה, המלמדות אם לאחד ההמחאה נשארו זכויות וחובות לממחה ולנמחה" (ההדגשות שלי – מ.ב.).<sup>13</sup> "בענייננו עולה מן הנסיבות החיצוניות כי בעת עריכת כתב ההמחאה הייתה החברה נתונה בקשיי נזילות, ואכן, כאשר ביקשה לרכוש שירותי פרסום השאירה בידיה את האופציה לשלם עבורם על דרך המחאת זכותה לקבלת כספים מהחייבת. יהושע, בהסכימה לכך, לא השאירה בידיה את הברירה לחזור אל החברה אם החייבת לא תפרע את חובה, והחברה מצדה לא התירה בידיה את הכוח לבטל את ההמחאה. מכאן, שאין מדובר בהמחאת שעבוד" (ההדגשות שלי – מ.ב.).<sup>14</sup> על סמך שיקולים אלה נקבע שההמחאה היא מוחלטת וללא זכות חזרה אל הממחה.

- ג. בית המשפט ממשיך וקובע (אם כי, מבחינתו, מעבר לנדרש) כי "אף אם התכוונו הצדדים להמחאה על דרך השעבוד, הרי השעבוד מומש [...] השיקים שבחילולם הותנה התשלום, כבר נפרעו [...] ההמחאה הושלמה אפוא והמשכון חדל להתקיים" (ההדגשות שלי – מ.ב.).<sup>15</sup> במאמר מוסגר יצוין שבדקנו שמא ניתן לראות במילה "נפרעו" פליטת קולמוס, או טעות דפוס, אך הגענו למסקנה שלא ניתן לנתק אותה מהאמירה ש"המשכון חדל להתקיים". אילו נאמר שהמשכון הפך לבר מימוש, או נכנס לתוקפו, הייתה המסקנה שמדובר בטעות גרידא. לשון אחרת, תוקפה של ההמחאה היה כפוף לתנאי מתלה (חילול השיקים). לכן בהתמלא התנאי (השיקים חוללו), קיבלה ההמחאה תוקף; לעומת זאת, אילו התנאי המתלה לא היה מתקיים (אילו השיקים נפרעו), הייתה ההמחאה חסרת תוקף. כמו כן, נעיר כי לא השכלנו להבין כיצד מתיישבת הקביעה הנוספת ש"ההמחאה הושלמה" – במקום שבוטלה או כלל לא נכנסה לתוקף – עם הקביעה שהשיקים נפרעו והמשכון חדל להתקיים.
- ד. שוב מעבר לנדרש, מבחינתו, מביא בית המשפט את המחלוקת הנטושה בשאלה אם המחאה על דרך השעבוד היא משכון ולכן טעונה רישום לפי חוק המשכון. אחרי סקירת הדעות החולקות, כולל אמרות אגב בפסיקה, נאמר: "אכן, השאלה אינה פשוטה. מחד גיסא, חובת הרישום על-פי חוק המשכון נועדה להגן על נושים אחרים, ועל פני הדברים ראוי הוא להטיל את ההוראה המגנה על כל שעבוד. מנגד, עמדה זו מעוררת קושי לנוכח אופייה של המחאת הזכות, המעבירה את הבעלות לנמחה כך שהממחה אינו עוד בעליה" (ההדגשה שלי – מ.ב.).<sup>16</sup> השאלה הושארה ב"צריך עיון", אך לדידנו הצטרף בכך בית המשפט לגורסים שאין צורך, ואולי אף אפשרות, לרשום שעבוד כזה. זו התוצאה אם בהמחאה על דרך השעבוד עוברת הבעלות מיד לנמחה, ולכן הנכס כבר אינו שייך לממחה.<sup>17</sup>

13 שם, בע' 959 (ההערות במקור הוסרו).

14 שם, שם.

15 שם, שם.

16 שם, בע' 958.

17 הדעה המקובלת עלינו, וכנראה גם על פרופ' דויטש, היא שבהמחאה על דרך השעבוד עוברת לנמחה רק הרשות לממש את השעבוד כדי להיפרע מתוכו, "כשם שהחייב יכול לממשה" – ס' 20 לחוק המשכון.

ה. כזכור, נקבע שבקבות פירעון השיקים, מומש המשכון וחדל להתקיים. מהי אפוא התוצאה? אומר על כך בית המשפט: "לאחר שכאמור מומש המשכון, לא יכלו עוד נושיהם האחרים [...] להישמע בטענה כי איירישום המשכון, מלכתחילה, מקנה להם זכות להיפרע מן הנכס ביחד עם [יהושע]".<sup>18</sup> ולכן, קובע בית המשפט, ההמחאה תקפה "אף אם כתוצאה ממנה הועדף הנמחה על פני הנושים האחרים".<sup>19</sup> שוב נעיר במאמר מוסגר, כי לא השכלנו להבין כיצד יכול הנמחה להיפרע ממשכון שחדל להתקיים, ומדוע יש להעדיפו על פני נושיו האחרים של הממחה.

ו. התוצאה בערעור: כזכור, הוחלט לקבל את הערעור, לבטל את פסק דינו של בית המשפט המחוזי ולדחות את בקשת המפרק להצהיר שההמחאה בטלה. פירושו של דבר שההמחאה שרירה וקיימת, היא המחאה מוחלטת ומהווה את המקור היחיד שממנו רשאית הנמחית להיפרע את סכומי שני השטרות שחוללו (ואשר נקבע כאילו "נפרעו").

#### 4. ההחלטה לא להרשות קיום דיון נוסף

בבקשה לדיון נוסף החליט השופט מצא (כתוארו אז) לדחות את בקשת החברה לקיים דיון נוסף. טעמיו לכך היו כלהלן:

"בפסקה הדין של הערעור לא נקבעה הלכה המצדיקה קיומו של דיון נוסף. האדן המרכזי עליו נסמך פסקה הדין הינו הקביעה – העובדתית בעיקרה – כי המחאת הזכות בנסיבות המקרה לא נעשתה על דרך של שעבוד. טענת העותרת כנגד צדקת קביעה זו הינה טענה ערעורית באופיה, הנשענת על לשון ההמחאה ועל יתר נסיבות המקרה ומכוונת כנגד אופן יישומן של הלכות קודמות בפסקה הדין; אך, כידוע, טענה מעין זו אינה מקימה עילה לקיום דיון נוסף. יתר קביעות בית המשפט גאמרו, כאמור, בבחינת למעלה מן הצורך בלבד, וממילא אין בהן משום פסיקת הלכה העשויה להצדיק קיומו של דיון נוסף".<sup>20</sup>

מאחר שהשגותינו סבות על ההנמקה בלבד,<sup>21</sup> איננו רואים צורך לעסוק בטענות שהועלו במסגרת הבקשה לדיון נוסף. ענייננו בכללים שקבע בית המשפט ולאוו דווקא בטענות שהעלו בעלי הדין.

18 פרשת יהושע, לעיל הערה 1, בע' 959-960. וראו את דברי השופט מצא בע"א 2328/97 כוכבי נ' ארנבלד, פ"ד נג(2) 353, 382-383 (להלן: פרשת כוכבי).

19 פרשת יהושע, לעיל הערה 1, בע' 959.

20 עניין בון מארט, לעיל הערה 2.

21 כמוסבר בדברי המבוא.

## ג. השגותינו על קביעות בית המשפט העליון

### 1. התנאת תוקפה של המחאה בהסכמת החייב

א. הקביעה, כי "ככלל" אין לצדדים לעסקת המחאה עניין מסחרי להתלות את תוקף ההסכם בקבלת הסכמתו בכתב של החייב אינה מקובלת עלינו. להלן נימוקינו: לפי הדין, המחאת זכות אינה טעונה הסכמת החייב.<sup>22</sup> בפסק הדין הכיר בית המשפט העליון, במשתמע, באפשרות להתנות על הדין, כלומר – לקבוע בהסכם ההמחאה שכניסתו לתוקף מותנית בהסכמתו של החייב, אך שלל את סבירותה של התנאה כזאת. בלשונו: "ככלל, לצדדים לעסקת המחאה אף אין עניין מסחרי לתלות את ההסכם ביניהם בהסכמת החייב".<sup>23</sup> לדעתנו יש להבדיל בין שני סוגי הסכמה. הסכמה כללית וסתמית של החייב לביצוע המחאה היא כרגיל חסרת משמעות ולכן מיותרת.<sup>24</sup> אולם אם זו הסכמה של החייב לפעול לפי הוראות הממחה, בהודעה שנמסרה לו – לעתים אף בהעתק לנמחה – נודעת לה לדעתנו חשיבות רבה. היא מקפלת בתוכה הוראה בעצם קיומו של החיוב, וכן ראייה לקבלת התנאים המפורטים בה.<sup>25</sup> בעיקר יש לנמחה עניין בכך, כאשר מצבו של הממחה מעיד על קשיי נזילות המעוררים חשש שמא לא יוכל לפרוע את המגיע מקופתו. בפרשת יהושע, למשל, חתמה הממחה, בד בבד עם המחאת הזכות, על שיקים שנשאו תאריכי הוצאה רחויים. היה חשש שמא השיקים לא יכובדו, והעתיד אכן "הוכיח" – בהשלכה אחורה – ששניים מהם חוללו. לענייננו, ראוי לציטוט, מתוך פסק הדין בפרשה זו, כי חתימת החייבת "נדרשה" כדי "להבטיח את ביצועה של ההוראה".<sup>26</sup> זו לדעתנו משאת נפשו של כל נמחה סביר שענינו בראשו: להבטיח את ביצועה של ההמחאה, כדי לא להסתבך בכפירתו האפשרית של החייב בעצם קיומו של החיוב, או עקב העלאת טענות הגנה נגד התביעה שאינן מתיישבות עם הסכמתו. העובדה שהסכמת החייב אינה מהווה רכיב ביצירת ההמחאה אינה גורעת כהוא זה ממשקלם של יתרונות אלה, הניתנים להשגה על ידי הסכמתו של החייב להמחאה, וביתר שאת – אם זו ניתנת בכתב עם העתק לנמחה. כדברי ד' פרידמן ונ' כהן: "חווה המועלה על הכתב יוצר חזקה וודאות: לגבי קיומו של רצון מצד המתקשרים; לגבי תניות החווה; לגבי תוקפה המשפטי של הפעולה".<sup>27</sup> גם הפסיקה עמדה על חשיבות הכתב,

22 ס' 1 (א) לחוק המחאת חיובים, תשכ"ט-1969 (להלן: "החוק").

23 פרשת יהושע, לעיל הערה 1, בע' 957.

24 בכפוף למקרים חריגים שעליהם לא נתעכב.

25 את הסכמתו של החייב אין לפרש כווייתור על טענות שהממחה הפר התחייבויות שבמילוין הייתה התגבשותה של הזכות מותנית. ראו ע"א 330/75 גרבוז נ' רשות הנמלים, פ"ד לא(3) 146, 150 (להלן: פרשת גרבוז); ע"א 357/00 יהושע נ' בוכהולט, פ"ד נ(4) 529; ש' דרנר המחאת חיובים (תשס"ב) 326-327.

26 פרשת יהושע, לעיל הערה 1, בע' 957.

27 ד' פרידמן ונ' כהן חוזים (תשנ"א, כרך א) 392.

לצורך הוכחת קיומה ומהותה של הזכות.<sup>28</sup> דברים אלה כוחם יפה גם לגבי הסכמה שנותן החייב בכתב לפעול לפי הוראות הממחה, שמוצאות ביטוי בהודעה הנמסרת לו. ההשקפה שלפיה יש לנמחה סביר עניין בהסכמת החייב תואמת את דרך מחשבתם של אנשי עסקים סבירים, ברוח ההלכה הפסוקה. "בקרבתנו עצמנו אל פירושו של חוזה על נושא עסקי, נשים בכליננו שכל ישר של אנשי עסק סבירים והגונים",<sup>29</sup> וכדברי פרופ' ברק: "אכן, הבנתו של האדם הסביר היא אותה הבנה המתחשבת בעקרונות של היגיון, יעילות ושכל ישר".<sup>30</sup> לעומת זאת, האמירה כי "לצדדים לעיסקת המחאה אף אין עניין מסחרי לתלות את ההסכם ביניהם בהסכמת החייב",<sup>31</sup> אינה מתיישבת עם גישה זו, כאשר מדובר בהסכמה מהסוג השני דלעיל. היא גם אינה מתיישבת עם הנאמר בע"א 464/75 פרומוטפין בע"מ נ' קלדרון<sup>32</sup> (המצוטט בפרשת יהושע), כי "על בית המשפט לתת לחוזה כזה תוקף מתקבל על הדעת, כפי שאנשי עסק היו עושים לפי נסיבות המקרה" (ההדגשה שלי – מ.ב.).<sup>33</sup> ככל שהתלות המשווערת של הנמחה להיפרע את המגיע לו במסגרת המחאת השעבוד גדולה יותר, כן גובר העניין העסקי שיש לו, לנמחה, בכירור מראש שהזכות הנמחית אכן קיימת ואינה מוכחשת. הדרך הטובה ביותר להשיג זאת היא, כאמור, קבלת הסכמתו בכתב של החייב לסלק את החיוב שהומחה, כתנאי לכניסת ההמחה לתוקפה. ניתן, כמובן, להסתפק בהסכמה בעל פה, חרף יתרונותיו של הכתב, או לוותר עליו במפורש או במשתמע.<sup>34</sup> בפרשת יהושע שם בית המשפט את הדגש על רצונה המשווער של הנמחה, על סמך קשיי הנזילות שמהם סבלה<sup>35</sup> וקבע את אומד הדעת של הצדדים בהתאם. בכך לדעתנו טעה בית המשפט. חזקה כי "תכלית החוזה היא להגשים את הציפיות הסבירות של הצד ה'נשלט', כגון המבוטח בחוזה ביטוח".<sup>36</sup> כלל זה מתאים גם כאן, חרף כל ההבדלים בין "נשלט" לבין נמחה. הנמחה הוא הנושה המעוניין

- 
- 28 ראו, למשל, ע"א 5578/93 נדב נ' סרגובי, פ"ד מט(2) 459, 472. שם – חרף היעדר דרישה בדיון שהמחאה תהיה בכתב – נקבע כי "היעדרו של הכתב יכול לעורר ספק רציני מאוד בדבר עצם קיום ההמחאה".
- 29 דברי השופט חשין בע"א 5795/90 סקלי נ' דורען, פ"ד מו(5) 811, 819.
- 30 א' ברק פרשנות תכליתית במשפט (תשס"ג) 391.
- 31 פרשת יהושע, לעיל הערה 1, בע' 957.
- 32 ע"א 464/75 פרומוטפין בע"מ נ' קלדרון, פ"ד ל(2) 191, 195: פרשת יהושע, לעיל הערה 1, בע' 956.
- 33 פסחנו על המילים הפותחות: "כלל ידוע הוא, שחווה מסחרי יש לפרש בדרך שתתאים לתכלית מסחרית של העסקה", ע"א 464/75, לעיל הערה 32, בע' 195. שכן בתכלית העסקה בפרשת יהושע נדון להלן בפרק ג' בטקסט הנלווה להערה 67.
- 34 ראו ע"א 371/85 פיליפ נ' רוזנברג, פ"ד מב(1) 584 – אף שהוסכם שההודעה לחייב תימסר בכתב, החליט בית המשפט שניתן להסתפק בהודעה שנמסרה בעל פה, משום שהנמחה לא גילה התנגדות לכך.
- 35 שכונו "נסיבות חיצוניות", ומהן גם הסיק – למיטב הבנתנו – שהממחה שמרה לעצמה את האופציה, שאם השיקים יחוללו, היא תפרע לנמחית את המגיע לה מהכספים המגיעים לה מהחייבת.
- 36 ברק, לעיל הערה 30, בע' 393: ראו גם להלן פרק ג' הטקסט הנלווה להערה 51, ופרק ג' הטקסט הנלווה להערות 70-71.

לקבל את המגיע לו. לכן בעת בחינת אומד הדעת המשוער של הצדדים, יש לשים את הדגש דווקא על הציפיות הסבירות שלו, וההנחה היא שבהיותן סבירות, הממחה הסכים להן. כלל נוסף שראוי להזכיר הוא שאת אומד הדעת יש לבדוק כפי שהיה ברגע הקריטי של כריתת הסכם ההמחאה. ניתן אמנם לדלות את אומד הדעת גם מנסיבות שקדמו לכריתת ההסכם או שבאו אחריו, ובלבד שישליכו אחורה על המצב בעת הכריתה.<sup>37</sup> למשל, ניתן להבין מדוע יהושע ערערה על החלטת בית המשפט המחוזי שהצהיר על ההמחאה כבטלה. לאחר צו הפירוק, וכנראה נוכח הסיכוי הנמוך לקבל את המגיע לה בהליכי הפירוק (על סמך השיקים שחוללו) היו לנמחית סיבות להיאחו בהמחאה כמפלט אחרון. ספק רב בלבנו אם ניתן להשליך מהתנהגותה זו אחורה לרגע כריתת הסכם ההמחאה. מכל מקום, לנו יש עניין בכלל ולא בשאלה אם במקרה זה או אחר היו נסיבות חיצוניות מאוחרות שאפשרו השלכה אחורה, אם לאו. לסיכום עמדתנו: הכלל שקבע בית המשפט בפרשת יהושע, שלפיו אין לצדדים לעסקת המחאה "עניין מסחרי לתלות את ההסכם ביניהם בהסכמת החייב",<sup>38</sup> אינו הולם את עולם הסוחרים.

ב. הכלל השני, שעליו אנו חולקים, הוא כי "לשון הכתב שבגדרו מורה"<sup>39</sup> הממחה לחייב לשלם לנמחה, "שוללת" את האפשרות שתוקף ההמחאה יותנה בהסכמתו של החייב. כלל זה מרוקן מתוכן את עצם האפשרות להתנות שההמחאה תיכנס לתוקפה רק בהתקבל הסכמתו של החייב, שהרי בהודעה של הממחה החייב כרגיל נדרש לסלק לנמחה את החיוב שהומחה, ודרישה זו היא השוללת את ההתנאה. צוין לעיל שבפרשת יהושע שלל בית המשפט רק את סבירותה של ההתנאה, ובכך הכיר (במשתמע) באפשרות להתנות על הדין. אך הכלל השני, שבו אנו דנים, מוביל בפועל להיפוכו של דבר: לא-יכולת להתנות את תוקף ההמחאה בהסכמתו של החייב. לדעתנו ברור שהוראה לבצע את החיוב שהומחה אינה סותרת התנאת תוקף ההמחאה בהסכמת החייב. השתיים אף משלימות זו את זו. הצד האחד נותן הוראה – ואילו הצד השני מסכים לפעול על פיה. יצוין שמדובר בשני כללים משפטיים ולא בקביעות עובדתיות, אף לא חלקית.<sup>40</sup>

## 2. ההבדל בין הסכם המחאה לבין הודעה לחייב

בית המשפט התייחס בפסק דינו להודעה של הממחה לחייבת על ביצוע ההמחאה כאל "כתב המחאה" או "הסכם". בכך, לדעתנו, שגה. הדין אינו קובע מפורשות צורך בהסכם בין ממחה לנמחה לצורך ביצוע המחאה, אך בהלכה הפסוקה נקבע, כי המחאת זכות אכן נוצרת על ידי הסכם

37 ראו א' ברק פרשנות במשפט (תשס"א, כרך ד: פרשנות החוזה) 462; ניתן להסתמך על התפתחויות מאוחרות רק אם הן משליכות אחורה על הרגע הקריטי של כריתת ההסכם.

38 פרשת יהושע, לעיל הערה 1, בע' 957.

39 שם, שם.

40 ציון זה נועד לבסס את השגותינו על דחיית הבקשה לדיון נוסף, שיפורטו להלן בפרק ד'.

המחאה שנכרת בין השניים.<sup>41</sup> כך גם מתבקש כאשר ההמחאה מהווה מכר, או סילוק של חיוב קודם.<sup>42</sup> גם טיוטת הקודקס האזרחי – חוק דיני ממונות, המתגבשת בימים אלה במשרד המשפטים, קובעת בסעיף 130 במפורש כי "המחאה היא העברה מבוה חוזה של זכות או של חבות על פי חיוב מאדם אחד (בפרק זה – הממחה) לאדם אחר (בפרק זה – הנמחה)" (ההדגשה שלי – מ.ב.).<sup>43</sup> לעומת זאת, אין הדין מתנה יצירת המחאה בהסכמת החייב<sup>44</sup> וכנראה אף לא במשלוח הודעה עליה לחייב (אשר, לדעתנו, אך משכללת את העברת הקניין בזכות). יש להכריז בין הסכם המחאה, מזה, לבין הודעה מהממחה לחייב שהזכות הומחאה, מזה. ההודעה יכולה לשמש אך ראייה – לעתים חזקה, אפילו בלעדית – לקיומו של הסכם המחאה. להבהרת האמור, נביא את דבריו של השופט י' כהן בפרשת אלקטרוניקס:

"אמת הדבר, שהמכתב הנ"ל שנשלח על-ידי החברה לאלסינט איננו המחאה, אלא רק הודעה לחייב על ההמחאה. המחאת זכות נוצרת על-ידי הסכם ההמחאה בין הנושה הממחה ובין הנמחה [...] ברם המכתב הנ"ל, אף כי הוא כשלעצמו אינו המחאה, הרי הוא ראייה על קיום הסכם המחאה [...] במכתב הנ"ל נאמר, שההמחאה היא בלתי-חוזרת ושהעתק ממנו נשלח למשיבה. באין ראייה לסתור, עצם עריכת המכתב בנוסחו הנ"ל, ושליחת העתק ממנו למשיבה משמשים הוכחה מספיקה על קיום הסכם המחאה" (ההדגשות שלי – מ.ב.).<sup>45</sup>

41 ראו למשל ע"א 471/73 מקבלי נכסים זמניים ומנהלים של אלקטרוניקס (ישראל) בע"מ נ' אלסינט, פ"ד כט(1) 121 (להלן: פרשת אלקטרוניקס); וכן פרשת גרבוז, לעיל הערה 25, בע' 150.

42 איננו מביעים דעה בדבר הצורך בהסכם המחאה כאשר זו ניתנת כמתנה ואולי אף כשעבוד מרצון, שמעצם טבעו אינו גורע מזכויותיו של הנמחה, אלא אך מוסיף עליהן. ייתכן אפוא שחל עליהם הכלל ש"זכין לאדם גם שלא בפניו", אך הוא רשאי כמונן לדחות את המתנה (ס' 3 לחוק המתנה, תשכ"ח-1968). אשר להמחאה כמתנה ראו ע"א 348/79 גולדמן נ' מויבאלי, פ"ד (ה) 31, 38; כן ראו מ' בן-פורת "המחאת חיובים (בעקבות ע"א 471/73)" עיוני משפט ד (תשל"ה) 671, 676; השו"ע ס' 7 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, ועם ס' 3 לחוק הערבות, תשכ"ד-1967, שלפיהם כאשר מעשה בא אך לזכות את הנושה (כמו ערבות) די ב"התחייבותו של הערב שהודעה עליה ניתנה לנושה", וחזקה שהוא מקבל אותה, אלא אם כן הביע התנגדות.

43 ס' 130 לטיוטת הקודקס האזרחי – הצעת חוק דיני ממונות. ראו באתר משרד המשפטים: <http://www.justice.gov.il/MOJHeb/Codex/Codex1/partD/subA/chapB.htm#P130> (last visited on 28.9.05) (להלן: "טיוטת הקודקס האזרחי").

44 ראו ס' 1א) לחוק המחאת חיובים; וראו ס' 134 לטיוטת הקודקס האזרחי.

45 פרשת אלקטרוניקס, לעיל הערה 41, בע' 126; וראו גם ע"א 599/89 בנק המזרחי נ' פאר, פ"ד מה(4) 870, שם מסתמך בית המשפט, בהסבירו כיצד ניתן לכרות הסכם המחאה, על פרשת אלקטרוניקס. לדעתנו צדק בית המשפט בקובעו שהסכם המחאה יכול להיווצר בכל דרך שהיא, כמפורט שם (בדיבור פה, בהתנהגות וכו'). לדעתנו, ניתן להבין מכאן שגם הוראה לחייב, בתוספת עדויות או מסמכים יכולים במשולב להכיל את הסכם ההמחאה גופו ולא רק להעיד על קיומו. העובדה שבפסק הדין הוספה (כאמור) הפניה לפרשת אלקטרוניקס מעידה, לדעתנו, בכירור בכיוון מחשבתנו. כמו כן, ראו דברינו בהמשך הטקסט.

לענייננו חשוב, כי הודעה ששולח פלוני ("כ"ממחה") אל החייב שלו, שלפיה חובו של האחרון הומחה לפלמוני, איננה כשלעצמה "כתב המחאה", ולא תמיד היא אפילו ראייה מספקת לכריתתו של הסכם המחאה. חשיבות ההבחנה בין הודעת המחאה לחייב לבין הסכם המחאה היא לעתים אפילו מכרעת.<sup>46</sup> יתרה מזו, תניות הכלולות בהסכם המחאה אינן מוצאות בהכרח ביטוי – קל וחומר, מלא ומפורט – בהודעה לחייב.

ברור שחייב אינו יכול "להמחות" זכות שיש לו אצל פלוני, כפירעון חובו לנושהו (הנמחה), בלי הסכמתו של האחרון. לכן ההודעה גרידא – כאשר ה"נמחה" מכחיש שהסכים להמחאת הזכות – אינה הוכחה שבוצעה המחאה. כוחה הראייתי של הודעה מעין זו הופך משמעותי במקרים שבהם נשלח לנמחה העתק מן ההודעה ונתקבל על ידו, ובמקרים שבהם הודיע החייב לנמחה שהוא יפעל בהתאם להוראות אשר פורטו באותה הודעה.<sup>47</sup> כזכור, אנו מניחים שבפרשת יהושע עצם ביצוע המחאה לא היה שנוי במחלוקת כלל. ואולם גם אז ראוי היה להימנע מלהתייחס להודעה כאל "כתב המחאה", ואף כאל "הסכם".

לסיכום עמדתנו: יש להבדיל בין הודעת הממחה לחייב שלו כי בוצעה המחאה לפלוני לבין "הסכם המחאה" שנכרת בין הממחה לפלוני. ההודעה יכולה לשמש ראייה, או אחת הראיות, לכריתת ההסכם שיצר המחאה ולעתים אף להוות חלק ממסכת העובדות היוצרות את ההסכם על כל מרכיביו.

### 3. המאפיינים של המחאה על דרך השעבוד

המאפיינים של המחאה על דרך השעבוד, כפי שנקבעו בפרשת יהושע, אינם מקובלים עלינו. מפאת חשיבותם העקרונית של הדברים, נביא את הנאמר בפסק הדין כלשונו:

"המאפיין המחאת שעבוד הוא הכוח שנותר בידי הממחה לחזור בו מן המחאה, ובמקביל הזכות הנותרת בידי הנמחה לחזור על המחאה אם החוב שחייב לו הלה לא ייפרע עליידי החייב"<sup>48</sup>. (ההדגשות שלי – מ.ב.).

ועוד נאמר שם, כי:

"כאשר ביקשה [החברה] לרכוש שירותי פרסום השאירה בידיה את האופציה לשלם עבורם על דרך המחאת זכותה לקבלת כספים מהחייבת. יהושע, בהסכימה לכך, לא השאירה בידיה את הברירה לחזור אל החברה אם החייבת לא תפרע את חובה, והחברה מצדה

46 כגון כאשר הסכם המחאה נכרת לפני הליכי פירוק של החברה הממחה ואילו ההודעה לחייב נשלחה לאחר שהוצא כבר צו לפירוקה.

47 השוו עם פרשת אלקטרוניקס, לעיל הערה 41.

48 פרשת יהושע, לעיל הערה 1, בע' 959 (ההערות במקור הוסרו).

לא הותירה בידיה את הכוח לבטל את ההמחאה. מכאן, שאין מדובר בהמחאת שעבוד" (ההדגשה שלי – מ.ב.).<sup>49</sup>

לדעתנו, אין לממחה, בהמחאה על דרך השעבוד, הכוח לחזור בו מן ההמחאה, ואף לא רצוי שיוכל לעשות כן. לא מצאנו בפרסומיו של לרנר, או של מלומדים אחרים, כלל כזה. במאמרו של לרנר, שאליו מפנה פסק הדין, נאמר: "בהמחאה על דרך השעבוד, הממחה רשאי לפרוע לנמחה את חובו וההמחאה פוקעת מאליה. הזכות לתבוע את החייב היא עתה של הממחה".<sup>50</sup> כלומר – בידי הממחה הכוח לגרום לפקיעת השעבוד על ידי פילוזף החוב שהמשכון בא להבטיח, או על ידי ויתור עליו. במקרה כזה ברור שהטפל (המשכון) הולך אחרי העיקר (החיוב המובטח על ידו), ואם חדל החיוב להתקיים, שוב אין למשכון זכות קיום, והוא פוקע.

מכאן גם עולה שבעל השעבוד (הנמחה) אינו חייב "להותיר בידו" (כלשון פסק הדין בפרשת יהושע) את זכותו לתבוע את החיוב (שהובטח) במקום לממש את המשכון, שכן זכות זו שמורה לו מכוח סעיף 23 לחוק המשכון, או – בהנחה שהמחאה על דרך השעבוד אינה בגדר משכון – לפחות מעצם מהותו של שעבוד כטפל לחיוב שלהבטחתו הוא ניתן. לכן אם בהסכם בין הממחה לבין הנמחה נשללת זכותו של הנמחה לתבוע את הממחה, שוב אין זו המחאה על דרך השעבוד. כבר הערנו לעיל,<sup>51</sup> שאת הדגש יש לשים על רצונו של הנמחה ולא על זה של הממחה. בנסיבות המקרה, דעתנו היא כי שום נמחה סביר לא היה מסכים לוותר על זכות החזרה. ויתור כזה מצד הנמחית אף עומד בסתירה להודעה ששלחה הממחה לחייבת (בפרשת יהושע), שם הסבירה שההמחאה נועדה להבטיח את תשלום השיקים הדחויים, לשון שלפי מובנה הפשוט והרגיל סותרת קיומו של ויתור. ממחה סביר לא היה מתבטא כך בהודעה, אילו היה קיים ויתור כזה מצד הנמחה. אכן, אילו הייתה תשתית ראייתית מספקת, שלפיה הנמחית בפרשת יהושע ויתרה על זכות החזרה, היה לו ויתור תוקף, חרף אי-הסבירות, על סמך עקרון חופש ההתקשרות בחוזה.<sup>52</sup> אולם "הנסיבות החיצוניות" שעליהן הסתמך בית המשפט התבטאו אך בקשיי נזילות שמהם סבלה הממחה בעת ביצוע ההמחאה, עובדה שאינה תומכת בו ויתור מצד הנמחית על זכות החזרה אל הממחה, אם לא תיפרע במסגרת ההמחאה.

לסיכום עמדתנו: ראשית, לא קיים כלל שלפיו, בהמחאה על דרך השעבוד, נשאר בידי הממחה (המשכון) הכוח "לחזור בו מן ההמחאה" (כלשון פסק הדין). הוא רשאי, כמובן, לפרוע את החוב המובטח או לוותר עליו, ואז המשכון יפקע מאליה, בהיותו טפל לעיקר.<sup>53</sup> שנית, אכן, ויתור על הבררה לחזור אל הממחה, אם החייב לא יפרע את החוב, הוא ראייה חותכת שההמחאה אינה על דרך השעבוד.

49 שם, שם.

50 ש' לרנר "על ההבחנה בין המחאה גמורה להמחאה בדרך של שעבוד" משפטים יב (תשמ"ב) 281, 285.

51 ראו לעיל פרק 11 הטקסט הנלווה להערה 36 וכן ראו ברק, לעיל הערה 30, בע' 393.

52 ראו להלן הערה 63 והטקסט הנלווה לה.

53 בענייננו, אילו נפרעו השיקים, לא היה המשכון נכנס בכלל לתוקפו.

לעומת זאת, אם אין ויתור כזה, שמורה לבעל המשכון, כאמור בחוק המשכון, בררה לחזור אל הממחה אם החייב לא יפרע לו את החוב. בררה זו היא גם מחויבת ההיגיון, בהיות השעבוד טפל לעיקר.<sup>54</sup>

#### 4. אימתי ממומש המשכון

זכור, קבע בית המשפט העליון בפרשת יהושע, כי בשונה מהלשון שנקטו הצדדים – שלפיה ניתנה ההמחה כבטוחה לפירעון סכומי השיקים הרחויים – הייתה זו המחאה מוחלטת (וללא זכות חזרה אל הממחה). אולם, אגב אורחא, נתן בית המשפט את דעתו גם לשאלה מה הייתה התוצאה אילו הייתה זו המחאה על דרך השעבוד. המסקנה שאליה הגיע היא שהתוצאה לא הייתה משתנה, מפני שהמשכון, לדבריו, "מומש". בהסבירו כיצד מומש, אמר בית המשפט: "השיקים שבחילולם הותנה התשלום, כבר נפרעו [...] ההמחה הושלמה אפוא, והמשכון חדל להתקיים לפני [...] צו הפירוק" (ההדגשות שלי – מ.ב.).<sup>55</sup> ובהמשך: "ההמחה תקפה אפוא, אף אם כתוצאה ממנה הועדף הנמחה על פני הנושים האחרים".<sup>56</sup> התקשינו לדרת לסוף דעתו של בית המשפט. ממה נפשך, אם האמירה שהשיקים "נפרעו" (במקום "חוללו") מקורה אך בטעות דפוס, מדוע נאמר כי "המשכון חדל להתקיים" ולא להפך: כי בהתקיים התנאי המתלה – חילול השיקים – קמה חובתה של החייבת לסלק את סכומי השיקים לנמחית (יהושע), כלומר – המשכון הפך לבר מימוש. לעומת זאת, אם אין זו טעות דפוס גרידא, משמע שהשופטים טעו לחשוב שהשיקים אכן נפרעו, ואז כמובן היה המשכון "חדל להתקיים", אך קשה להבין למה בכך (כנאמר שם) "ההמחה הושלמה", ולא התבטלה. זאת ועוד, מדוע משמומש המשכון, "לא יכלו עוד נושיהם האחרים [...] להישמע בטענה כי אי־ישום המשכון, מלכתחילה, מקנה להם זכות להיפרע מן הנכס ביחד עם [יהושע]"?<sup>57</sup> זהו ציטוט שבית המשפט מביא מדברי השופט מצא באסמכתא אחרת.<sup>58</sup> אולם הנדון אינו דומה לראיה. עיון בפרשת כוכבי מלמד ששם העובדות היו כלהלן: משלא הוחזרה הלוואה מסוימת, נכנס לתוקפו חוזה מכר של דירה ששימש כבטוחה להחזרתה. הוחלט שם, כי משלא הוחזרה הלוואה, המשכון מומש, והזכויות לאותה דירה עברו אל הנמחה.<sup>59</sup> על כך נאמר שם, כי

54 נעיר כי לרנר בספרו מציע מבחן נוסף, שלפיו בהמחאת שעבוד – בשונה מהמחאת מכר – גובה הנמחה רק את הסכום שחייב לו הממחה, ואם נותרה שארית, חייב הוא להחזירה לממחה. ראו לרנר, לעיל הערה 25, בע' 278. מבחן זה אינו מקובל עלינו, והבענו דעתנו עליו ברשימה אחרת פרי עטנו. ראו מ' בן־פורת "קיום חיוב על־דרך המחאה של חיוב אחר (או 'קיום על־תנאי') וחשיבות ההבחנה בין סוגי ההמחאות" משפט ועסקים ג (תשס"ה) 349.

55 פרשת יהושע, לעיל הערה 1, בע' 959.

56 שם, שם.

57 שם, בע' 959–960.

58 פרשת כוכבי, לעיל הערה 18, בע' 382–383.

59 המימוש קדם להטלת העיקולים. ביקורת על המימוש כחורג מדרכי המימוש לפי חוק המשכון מצויה במאמרו של ח' נדנברג "המחאת זכות: מכר מותנה או משכון; עוד על ההבחנה ומשמעותיה" (אגב ע"א 2328/97 כוכבי נ' ארנפלד) משפט ועסקים ג (תשס"א) 985, בעיקר בע' 1004.

במצב זה שוב אין הנושים יכולים להישמע בטענה כי "איירישום המשכון, מלכתחילה, מקנה להם זכות להיפרע מן הנכס ביחד עם [המערער] [יהושע]" (ההדגשה שלי – מ.ב.).<sup>60</sup> הנכס כבר עבר לבעלות אחרת ויצא מכלל נכסיו של הממחה. לעומת זאת, בפרשת יהושע חילול השיקים רק הפך את השעבוד לבר מימוש, שכן סילוק החיוב במסגרת ההמחאה היה מותנה בחילולם. אגב, אף אם "נניח" שהשיקים אכן נפרעו, גם אז – למיטב הבנתנו – לא היה מקום לדון בשאלה אם משכון ש"חדל להתקיים" מקנה לנושים האחרים של הממחה זכות להיפרע מתוכו. משפקע הוא שוב אינו קיים, ואם אין "נושה מובטח" אחר, עומד הנכס לרשות כל נושיו של הממחה.

לסיכום: בפרשת יהושע המשכון לא מומש. הוא הפך לבר מימוש עם חילול השיקים. מאז הייתה לנמחית הבררה להיפרע מתוכו – כלומר לדרוש את הכספים, בגובה סכומי השיקים, מאת החייבת – או לחזור אל הממחה; אם המימוש לא היה מכסה את כל המגיע לפי השיקים, הייתה לנמחית זכות חזרה אל הממחה לגבי העודף.<sup>61</sup>

אילו היו השיקים נפרעים, כנאמר בפסק הדין, היה דין הערעור להידחות (עקב בטלות ההמחאה) ולא להתקבל, בין שההמחאה הייתה על דרך השעבוד ובין שהייתה המחאה מוחלטת. אין מדובר ב"פליטת קולמוס", ולכן אין לשופטים שישבו בדין סמכות לתקן את התוצאה. פסק הדין מעורר אפוא שאלה משפטיות רבת-חשיבות והיא: האם יכול פסק דין לעמוד בתוקפו כאשר הוא לוקה בסתירות פנימיות, המובילות לתוצאה בלתי סבירה בעליל, או שמא – כאשר הפגמים נפלו בפסק דינה של הערכאה השיפוטית העליונה – ראוי להכיר בצורך לקיים דיון נוסף.

## 5. סבירות ההחלטה שההמחאה הייתה מוחלטת

בית המשפט העליון קבע בפרשת יהושע שההמחאה הייתה מוחלטת, קביעה שאינה מקובלת עלינו. נבהיר את שיקולינו:

זכור, הודיעה הממחה לחייבת, כי המחאתה את זכויותיה לנמחית "לשם הבטחת תשלום השיקים",<sup>62</sup> והורתה לחייבת לשלם לנמחית את סכומו של כל שיק שיחולל, בכפוף לתנאים שעליהם נעמוד להלן. הלכה פסוקה היא שהאובייקט לפרשנות הוא הטקסט וכי אומד הדעת של המתקשרים הוא אמת המידה הראשית (אם כי לא הבלעדית) שעל פיה מתבצעת הפרשנות. אומד הדעת הוא של הצדדים לחוזה ולא של הפרשן, גם אם הוא משוכנע "שכך מחייב השכל הישר וההגיון הצרוף".<sup>63</sup> לשם קביעת אומד הדעת יברר הפרשן מהי תכליתה של העסקה. בעשותו כן, יפעל על פי החזקה שהלשון כפשוטה היא המבטאת את

60 פרשת יהושע, לעיל הערה 1, בע' 959-960.

61 ס' 23 לחוק המשכון.

62 כפי שמוטל עליה לעשות, כדי שהחייב ידע את מהותה של ההמחאה. ראו לרנר, לעיל הערה 25, בע' 156.

63 דברי השופט עזיוני בע"א 224/76 חברת נופש ערד בע"מ נ' הסוכנות היהודית לארץ ישראל, פ"ד לא(1) 449, 454 (להלן: פרשת חברת נופש).

כוונת הצדדים לאמיתה, שהרי אך מובן הוא שזו מטרתם, וכי בחרו את הניסוח כדי לתת ביטוי לכוונתם. כמו כן, חזקה שאם יפעלו לפי הפירוש הטבעי והרגיל של הלשון שננקטה, תוגשם תכליתה של העסקה. יש מלומדים הסבורים שאין דיבור חד-משמעי, וכי עצם הקביעה שהכתוב הוא חד-משמעי, היא עצמה תוצאה של פרשנות.<sup>64</sup> לעומתם, יש הסבורים שאין מקום לפרשנות אם הטקסט הוא חד-משמעי.<sup>65</sup> מכל מקום, כאשר יש לטקסט יותר ממשמעות אחת, יחפש הפרשן במסגרת הלשון שננקטה את הפירוש הטוב ביותר מבחינת תכליתה של ההתקשרות, כדי לרדת לסוף דעתם של המתקשרים.<sup>66</sup> "אין דרכו של בית-המשפט להעמיד לצדדים הסדרים שלא בא זכרם בחוזה".<sup>67</sup> אכן, יש חוזים ש"נוסחו בצורה רשלנית ושהסדרים הקבועים בהם אינם ממצים דיים",<sup>68</sup> זו בעיה "מסובכת וקשה לפתרון".<sup>69</sup>

לדעתנו, הלשון שננקטה בהודעה לחייבת בפרשת יהושע – בעיקר על רקע ההודעה כולה – היא ברורה, ודי בה כדי לדלות מתוכה לפחות את כוונתם הלבאורית של המתקשרים. המשמעות כפשוטה היא שבהמחאה ניתנה לנמחית בטוחה לקבלת התמורה המגיעה לה עבור שירותי הפרסום שסיפקה לממחה. ההמחאה נועדה, כמתבקש, להגביר את סיכוייה של הנמחית להיפרע, פרט לשיקים (אם יחוללו) ולתביעה אפשרית על פי עסקת היסוד. היא לא נועדה, לדעתנו, להקל על הממחה. כפי שכבר נאמר לעיל, קיימת חזקה שתכליתה של עסקה מסחרית היא "להגשים את הציפיות הסבירות של הצד ה'נשלט', כגון המבוטח בחוזה ביטוח".<sup>70</sup> כלל זה יפה גם כאן, חרף ההבדלים בין נמחה לבין "נשלט", שכן הנמחית היא הנושה בממחה, והיא הזכאית לתמורה עבור שירותיה. לפיכך, בעת בחינת אומדן הדעת של הצדדים, יש לשים את הדגש על הציפיות הסבירות של הנמחה, ובהיותן סבירות – ניתן להניח שגם הממחה נתן הסכמתו לכך.

בית המשפט העליון לא נתן את דעתו על ציפיותיה הסבירות של הנמחית, אלא על אלה של הממחה, אשר עקב קשיי הנזילות, שמהם סבלה אותה עת, ביקשה – לדעת בית המשפט – להשתמש ב"אופציה" לשלם לנמחית בכספים המגיעים לה מהחייבת (אם השיקים יחוללו), וזאת ללא זכות חזרה אל הממחה. גישה זו אינה תואמת את הלך המחשבה של עולם הסוחרים. יפים לכאן דבריו של השופט מ' חשין בע"א 5795/90: "בקרבתנו עצמנו אל פירושו של חוזה על נושא עסקי, נשים בכליננו שכל ישר של אנשי עסק סבירים והגונים".<sup>71</sup> וכדבריו של

64 ראו דברי השופט ברק בע"א 4628/93 מ"י נ' אפרופים, פ"ד מט(2) 265, 298 (שם הוא חוזר על דברים שאמר בבג"ץ 47/83 תור אוזיר (ישראל) בע"מ נ' יזיר המועצה לפיקוח על הגבלים עסקיים, פ"ד לט(1) 169, 176).

65 ד' פרידמן ונ' כהן חוזים (תשס"ד, כרך ג) 245–246.

66 השו"ע דברי הנשיא שמגר בע"א 1915/91 יעקובי נ' יעקובי, פ"ד מט(3) 529, 555.

67 פרשת חברת נופש, לעיל הערה 63, בע' 454.

68 שם, שם.

69 שם, שם.

70 ראו לעיל פרק 11 הערות 35–36 והטקסט הנלווה להן.

71 ע"א 5795/90, לעיל הערה 29, בע' 819.

ברק: "אכן, הבנתו של האדם הסביר היא אותה הבנה המתחשבת בעקרונות של היגיון, יעילות ושכל ישר".<sup>72</sup>

בית המשפט לא נתן דעתו על כל תוכן ההודעה של הממחה לחייבת ועל הפסקה הנוספת (שעליה נדרשה, כזכור, החייבת לחתום), שהובאו במלואן בפסק דינו של בית המשפט המחוזי. עיון במסמך זה, שהמילים "לשם הבטחת תשלום השיקים" מהוות חלק הימנו, מלמד שההוראה שנתנה בו הממחה לחייבת לפרוע לנמחית את סכומו של כל שיק שיחולל הייתה כפופה לתניות, מהן מרחיקות לכת בחומרן. החייבת לא נדרשה לשלם את כל הסכום הרשום בשיק שחולל, אלא "עד" גובה הסכום, "במידה וככל שיוגיעו לנו" כספים וככפוף לכל זכות קיוזו (או עכבוז) "שיש ו/או שתהיה לכם" (לשון עתיד), כלומר גם זכות קיוזו שלירדה לאחר קבלת ההודעה על ההמחה. לפי סעיף 2(א) לחוק המחאת חיובים, מוגבל החייב לטענות הגנה שיש לו נגד הממחה "בעת שנודע לו על ההמחה". מכאן שהוא מנוע מלהעלות נגד תביעתו של הנמחה טענות הגנה שיש לו נגד הממחה אם לירתן לאחר ההודעה. מותר אמנם להתנות על החוק,<sup>73</sup> אך התנאה מרחיקת לכת כזאת מפחיתה לאין ערוך את סיכוייו של הנמחה להיפרע מהחייב,<sup>74</sup> ואת נכונותו של נמחה להסתפק ב"זכות" כזאת לסילוק סופי של המגיע לו.

קרובים אנו לחשוב, על סמך העיון במסמך זה, שהזכות שהומחחה כלל אינה "זכות" בת המחאה במובן החוק, אך זהו נושא בפני עצמו החורג ממסגרתה של רשימה זו. כאן נציין, כי פרשנות הפסוק "לשם הבטחת תשלום השיקים", ללא עיון במסמך כולו שאותו פסוק מהווה חלק הימנו, היא לדעתנו טעות משפטית קשה. אילו עיינו במסמך, היו נוכחים לדעת שמדובר בהמחאת זכות התלויה על בלימה, אשר שום נמחה סביר לא היה מסכים להסתפק בה, מקל וחומר – תוך ויתור על הזכות לחזור אל הממחה אם לא ייפרע. כידוע, שיק שחולל ניתן להוצאה לפועל כמו פסק דין, אלא אם כן המושך (בענייננו – הממחה) מבקש ומקבל רשות להתגונן בפני התביעה על פיו.<sup>75</sup> ראוי להזכיר שהשיקים הרחויים נמשכו, והסכם ההמחאה נכרת הרבה לפני תחילתם של הליכי הפירוק, כך שעל אף קשיי הנזילות שאליהם נקלעה הממחה, סביר היה לתת לשיקים – אף אם יחוללו – משקל רב כמקור להיפרע מתוכו. ייתכן שהנמחית הייתה מוכנה לוותר על העילה השטרית ועל עסקת היסוד, אילו הייתה החייבת חותמת לאות הסכמה על "הפסקה הנוספת" ואילו ברור היה שהזכות שהומחחה אכן מכסה את סכומי השיקים הרחויים במלואם, ללא התניות מרחיקות הלכת שצוינו לעיל. אך לא כזה הוא המקרה שבפנינו. אז גם מהות ההמחאה – שמחובת הממחה להודיע עליה לחייב<sup>76</sup> – הייתה משתנה: מהמחאה כשעבוד להמחאה לסילוק חיוב קודם, ללא זכות חזרה אל הממחה. גם ההודעה לחייבת הייתה משתנה בהתאם.

72 ברק, לעיל הערה 30, בע' 391.

73 ראו ע"א 4506/91 אהרוני נ' א.ש.ת. כספים בע"מ (לא פורסם), תקדין עליון 1994(2) 1623, פסקה 6.

74 די בכך שהממחה תרכוש מהחייבת טובין בגובה החוב, כדי לאיין את הזכות מתוכנה.

75 ראו ס' 81 לחוק ההוצאה לפועל, תשכ"ז-1967.

76 לרנר, לעיל הערה 25, בע' 156.

לא נעלם מעינינו שהנמחית היא זו שערערה לבית המשפט העליון על פסק דינו של בית המשפט המחוזי, שבו הוכרו על בטלות ההמחאה. היא גם זו שטענה בשלב זה כי החייבת נתנה בעל פה את הסכמתה לפעול לפי תנאי ההמחאה, כנובע מהודעה שהגישה בהליכי הפירוק. אולם מה שקובע הוא, כאמור, אומד דעתה של הנמחית וציפיותיה הסבירות ברגע הקריטי – זמן כריתתו של הסכם ההמחאה ומשיכתם של השיקים הרחויים – ולא אומד דעתה לאחר שהוצא צו פירוק נגד הממחה ולאחר שהשיקים חוללו וסיכוייה להיפרע מקופת הממחה פחתו לאין ערוך. כדבריה של פרופ' ג' שלו:

“פירוש החוזה אינו אלא הבנת החוזה, והבנת החוזה משמעה התחקות אחר כוונת הצדדים. זהו עיקר העיקרים בפירוש חוזה: ברור כוונת הצדדים, באמצעות שחזור מחשבותיהם בעת הכריתה”<sup>77</sup>. (ההדגשה שלי – מ.ב.).

לדעתנו, לא ניתן לשחזר את מחשבות הצדדים ללא עיון במסמך כולו, שהביטוי הטעון פרשנות הוא חלק הימנו, וללא דיון בתוכנו. ניתן להיעזר בנסיבות החיצוניות – בשעת הכריתה, לפניה ולאחריה – אולם רק במידה שיש בהן כדי לעזור בגילוי כוונת הצדדים בשעת הכריתה. “עלינו לפרש את התנהגות הצדדים לאחר כריתת החוזה, עד כמה שהיא משליכה לאחור על הבנת החוזה עצמו”<sup>78</sup>, ו”לשם קביעתה של הנקודה הקריטית [...] יש להבין את מכלול הנסיבות בולן” (ההדגשה שלי – מ.ב.).<sup>79</sup>

טעות נוספת מתבטאת בסטייה מלשון הטקסט. למשמעות הרחבה שבית המשפט העליון העניק למילים “לשם בטחון תשלום השיקים” אין לדעתנו עיגון בלשון שננקטה, על רקע תוכן ההודעה כולה. ראויים לציטוט בהקשר זה דבריו של הלורד Mustill בפרשת *Charter Reinsurance Co. Ltd. v. Fagen*<sup>80</sup>:

“There comes a point at which the court should remind itself [...] that to force upon the words a meaning which they cannot fairly bear is to substitute for the bargain actually made one which the court believes could better have been made. *This is an illegitimate role for a court*”  
(ההדגשה שלי – מ.ב.).

77 ג' שלו דיני חוזים (מהדורה שנייה, תשנ"ה) 298; וראו לעיל פרק ג הטקסט הנלווה להערה 37.

78 ברק, לעיל הערה 37, בע' 52.

79 שם, שם.

80 *Charter Reinsurance Co. Ltd. v. Fagen*, [1997] A.C. 313, 388

וכבריה של ג' שלו:<sup>81</sup>

"בתחום דיני החוזים מוגבל, לדעתי, כוחו של בית המשפט לפירוש חוזה, ואין להפקיד בידיו כוח ליצור חוזה ואף לא לשנות חוזה שהצדדים עשו. גישתי משקפת תפיסה הדוגלת בעקרון חופש החוזים" (ההדגשה שלי – מ.ב.).<sup>82</sup>

מותר לסטות ממשמעויות הלשון כדי למלא חסר שנתגלה בחוזה, או לתקן טעות שנפלה בו, או כאשר פירושה של הלשון כפשוטה מוביל לתוצאה בלתי סבירה באופן קיצוני, המכונה אבסורד.<sup>83</sup> בפרשת יהושע לא נתגלו חסר או טעות או משמעויות המובילה לתוצאה שהיא אבסורד. אדרבה, הטקסט שהיה טעון פרשנות מתיישב היטב, לפי מובנו כפשוטו, עם תכליתה של ההמחאה, שהייתה – לדעתנו – להגביר את סיכוייה של הנמחית, שהחזיקה בשיקים שנשאו תאריכי הוצאה דחויים, לקבל את המגיע לה עבור שירותי הפרסום שסיפקה לממחה (ולא, כמצוין בפסק הדין, לאפשר לממחה לפרוע את החוב מהכספים שהגיעו לה מהחייבת – אם השיקים יחוללו). הכלל הרגיל הוא שהלשון קובעת את גבולות הפרשנות. "כל כוחה של הפרשנות הוא במתן משמעויות לטקסט [...] גבול הפרשנות הוא גבול הלשון".<sup>84</sup> בפרשת יהושע לא הייתה עילה שאפשרה לסטות מכלל זה. פסק הדין לא פירש הסכם קיים, אלא יצר הסכם חדש. זו לדעתנו פעולה ללא "סמכות". כדברי ג' שלו, שצוטטו לעיל, כוח כזה אין להפקיד בידיו של בית המשפט, וכדבריו של ברק: "השופט־הפרשן 'מוסמך' לפרש חוזה שכרתו הצדדים; הוא אינו 'מוסמך' לכרות עבורם חוזה שלא כרתו [...] יוצר הטקסט הוא 'המוסמך' לשנותו. 'סמכות' זו אינה נתונה למפרש הטקסט" (ההדגשה שלי – מ.ב.).<sup>85</sup>

שקלנו שמה המשמעויות היחידה של המילים "לשם הבטחת תשלום השיקים" היא שההמחאה היא על דרך השעבוד. הגענו למסקנה שזה הפירוש הפשוט והטבעי, וכי הוא אף מוביל לתוצאה סבירה, שכל זכויותיה של הנמחית נשמרות, תוך תוספת שעבוד הטפל לחיוב העיקרי. קיימת אפשרות דחוקה למשמעות אחרת, עדיין בגבולות הלשון, והיא שהכוונה הייתה להמחאה לסילוק חיוב קודם (התמורה לפי עסקת היסוד והעילה השטרית). על המחאה כזאת חל סעיף 48 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג–1973, הקובע "חזקה", שלפיה לא התכוונו הצדדים להפקיע את החיוב הקודם, כל עוד הזכות שהומחאה לשם סילוקו לא קוימה.<sup>86</sup>

81 ג' שלו "פרשנות החוזה – תורת ברק: על 'פרשנות במשפט כרך ד: פרשנות החוזה' מאת אהרן ברק" המשפט ח (תשס"ג) 675, 691.

82 ברק, לעיל הערה 30, בע' 52, מביע הסכמה לדבריה אלה.

83 על סטייה מהלשון הוחלט בע"א 4628/93, לעיל הערה 64, בע' 317, שם נקבע מפי המשנה לנשיא (כתוארו אז) ברק כי: "השופט [...] רשאי, באותם מצבים מיוחדים, להוסיף מלים לטקסט או לגרוע ממנו, או לתת לו משמעויות שלשונו המקורית אינה יכולה לשאת. כך, למשל, רשאי שופט לתקן טעות [...] השופט רשאי גם להוסיף או לגרוע ללשונו של הטקסט [...] כדי למנוע אבסורד או הבשלת התכלית המונחת ביסוד הטקסט" (ההדגשה שלי – מ.ב.).

84 ע"א 1900/96 טלמציני נ' האפורופוס הכללי, פ"ד נגד(2) 817, 827.

85 ברק, לעיל הערה 30, בע' 52.

86 גם אם היה בית המשפט בוחר במסלול זה, הנטל לסתור את החזקה היה רובץ על הטוען אחרת.

לדעתנו, ההבדלים בין המחאה כשעבוד לבין המחאה לסילוק חיוב קודם הם בעיקרם שניים:

א. בשעבוד, החיוב המובטח הוא עיקר, ואילו השעבוד הוא טפל לחיוב זה. מכאן, שזכות תביעה נגד הממחה בהכרח קיימת כל עוד המשכון לא נפרע. לעומת זאת, לגבי המחאה לסילוק חיוב קודם, יכולים הצדדים להסכים שלא תהיה לנמחה זכות חזרה אל הממחה (שכן ה"חוקה" האמורה ניתנת לסתירה). אם הייתה הסכמה כזאת, הופכת ההמחאה לקיום החיוב הקודם למעין מכר או לסילוק סופי.

ב. המחאה על דרך השעבוד טעונה (לדעתנו) רישום אצל רשם המשכונות,<sup>87</sup> אולם אין לכאורה חובה כזאת כאשר ההמחאה ניתנת לסילוק חיוב קודם. המחאה כזאת – בדומה לשטר – מהווה לדעתנו סילוק החיוב הקודם על תנאי שהזכות הנמחית אכן תסולק, אלא אם כן הוכח שהכוונה הייתה לראות בו סילוק סופי.<sup>88</sup> כלומר – אם התנאי הופר, מותר כרגיל לתבוע את המגיע מהממחה.

בשני המקרים – בין שהייתה זו המחאה על דרך השעבוד ובין שהייתה זו המחאה לסילוק חיוב קודם – המסקנה הסבירה היחידה היא שהחיוב המקורי נותר על כנו, כלומר – זכותה של הנמחית לחזור אל הממחה נשמרה. מסקנה אחרת היא בלתי סבירה בעינינו, לאור הקשר הרברים, ההסכם בכללותו ותכליתה המסחרית של העסקה, אך (כאמור) אילו הייתה קיימת תשתית ראייתית לכוונה בלתי סבירה זו, ניתן היה להעניק לה תוקף, חרף אי-הסבירות.

לסיכום דעתנו בשתי השאלות שהצגנו בפרק זה: ראשית, קביעתו של בית המשפט העליון שההמחאה הייתה מוחלטת, וממילא ללא זכות חזרה אל הממחה, אכן מובילה לתוצאה שבעינינו היא בלתי סבירה באופן קיצוני; שנית, הפירוש שניתן למילים "לשם הבטחת תשלום השיקים" מהווה סטייה אסורה מגבולות הלשון, ללא עילה העשויה להצדיקה, ויוצר הסכם המחאה במקום לפרשו, דבר שהשופט הפרשן אינו "מוסמך" לעשותו.

## 6. תחולת חוק המשכון על המחאה על דרך השעבוד

בצאתו, אגב אורחא, מן ההנחה שמדובר בהמחאה על דרך השעבוד, נתן בית המשפט את דעתו גם לשאלה אם מעמדו של נמחה כ"נושה מובטח" כלפי נושיה האחרים של החייבת, מותנה ברישום השעבוד אצל רשם המשכונות, כנדרש בחוק המשכון. בפסק הדין הובאו חילוקי הדעות בשאלה זו:

87 ראו להלן פרק 6ג.

88 ראו בעניין זה ז' צלטנר דיני חוזים של מדינת ישראל (תשל"ד, כרך א) 241: בן-פורת, לעיל הערה 42, בע' 678–681; לרנר, לעיל הערה 25, בע' 317; אך ראו ש' לרנר דיני שטרות (תשנ"ט) 117, וכן הפסיקה הנוגעת לעניין, כגון פרשת אלקטרוניקס, לעיל הערה 41, שלפיה יכול הנמחה לחזור אל הממחה כל עוד החייב לא סילק את החיוב שהומחה. לענייננו, אין חשיבות להבדלים בין גישה זו לבין עמדתנו.

יש הגורסים שכבר בעת כריתת הסכם ההמחאה על דרך השעבוד עוברת הבעלות על הזכות לנמחה, כך שהזכות יוצאת מכלל נכסיו של הממחה. כפועל יוצא, אין הנושים האחרים של הממחה יכולים להיפרע מזכות זו אשר כבר אינה של חייבם. כדברי זוסמן:

"אם עברה זכותו של פלוני אל אלמוני, ממילא אינה נמנית עוד עם רכושו של פלוני, ומה עניין הציבור לדעת אם הגיעה לידי אלמוני על דרך שעבוד או בדרך אחרת?".<sup>89</sup>

בד בבד, נמוג לדעתו גם הטעם לתת פומבי לקיומו של השעבוד, כדי "להזהיר את הציבור כל ילוה לממשכן מתוך אמונה שרכושו אינו משועבד".<sup>90</sup> למסקנה דומה מגיע גם פרופ' טרסקי.<sup>91</sup> לדעתו, ניתן לשעבד זכויות בשתי דרכים: האחת – כמשכון לפי חוק המשכון, ואז הממשכן שומר על בעלותו בזכות; השנייה – כהמחאה על דרך השעבוד, לפי סעיף 1(ב) לחוק המחאת חיובים, ואז לדעתו עוברת הבעלות אל הנמחה מיד, כך שההמחאה (מהטעמים שתוארו לעיל) אינה טעונה רישום לפי סעיף 4(3) לחוק המשכון.

בפסק הדין הובאו גם אמרות שופטים במסגרת הפסיקה. חילוקי הדעות משתקפים גם באמרות אלה. השופט אנגלרד<sup>92</sup> שותף לדעתם של השופט זוסמן ושל פרופ' טרסקי, ומדגיש את השוני המתבטא בכך שלפי חוק המשכון, הנכס הממושכן נותר בבעלותו של הממשכן, ובעל המשכון רשאי לממשו רק כדי להיפרע מתוכו כאשר החיוב המובטח על ידו לא סולק (סעיף 1(א) לחוק המשכון). לעומת זאת, ההמחאה על דרך השעבוד מתאפיינת בכך שהזכות המשועבדת עוברת מיד ובמלואה לנמחה, ועל כן שוב אינה נכס שנושיו האחרים של הממחה יכולים להיבנות ממנו.

המשותף לכל הדוגלים בדעה שהמחאה על דרך השעבוד אינה טעונה רישום כמשכון, לפי חוק המשכון, מתבטא – בין היתר – בכך שלדעתם הבעלות המלאה בזכות המשועבדת עוברת בעת כריתת הסכם ההמחאה מהממחה לנמחה, וכבר מטעם זה היא מחוץ להישג ידם של נושיו האחרים של הממחה. "מנגד יש הסבורים כי חוק המשכון חל על כל עיסקה, שבמהותה הינה שעבוד, כי חובת הרישום נועדה להגן על הנושים האחרים, וכי ההוראות השונות בחוק המשכון מזה ובחוק המחאת חיובים מזה, לא יצרו שעבודים מסוגים שונים".<sup>93</sup> בין הגורסים כך

89 י' זוסמן "חוק המשכון, תשכ"ז-1967 – מאת יהושע ויסמן" הפרקליט ל (תשל"ו) 169, 170.

90 שם, שם.

91 ג' טרסקי "על פגיעותה של זכות הנמחה מצד הממחה והחייב" משפטים יח (תשמ"ח) 5, 28-31.

92 בדעת המיעוט בפרשת כוכבי, לעיל הערה 18. דעה הפוכה הביע, למשל, הנשיא שמגר בע"א 91/66 בירדמן חברה לביטוח בע"מ נ' י.ד. מטר בע"מ, פ"ד מו(5) 397.

93 פרשת יהושע, לעיל הערה 1, בע' 958.

מוזכיר בית המשפט את פרופ' ויסמן,<sup>94</sup> מ' בן-פורת<sup>95</sup> וד"ר לרנר (כתוארו אז).<sup>96</sup> לרשימה זו של בית המשפט, ניתן להוסיף את פרופ' דויטש.<sup>97</sup> גם בטיוטת הקודקס האזרחי, התקבלה גישה זו, ונקבע בסעיף 132 כי "על המחאה על דרך השעבוד יחולו הוראות פרק המשכון". יצוין, לצורך ענייננו, כי משותפת לכל הגורסים כך היא (בין היתר) העמדה שההמחאה על דרך השעבוד אינה מעבירה את הבעלות על הזכות מהממחה אל הנמחה.

בית המשפט התלבט בין שתי הרעות, ואלה דבריו:

"אכן, השאלה אינה פשוטה. מחד גיסא, חובת הרישום על-פי חוק המשכון נועדה להגן על נושים אחרים, ועל פני הדיברים ראוי הוא להטיל את ההוראה המגנה על כל שעבוד. מנגד, עמדה זו מעוררת קושי לנוכח אופייה של המחאת הזכות, המעבירה את הבעלות לנמחה כך שהממחה אינו עוד בעליה" (ההדגשות שלי – מ.ב.).<sup>98</sup>

השאלה אם המחאה כשעבוד טעונה רישום כמשכון היא כמובן נכבדה ובגדר נושא בפני עצמו החורג ממסגרתה של רשימה זו. הפנינו את הזרקור רק לנקודה אחת: האם בהמחאה כזאת עוברת הבעלות על הזכות לנמחה כבר בעת כריתת הסכם ההמחאה. קביעתו של בית המשפט<sup>99</sup> שהמחאת זכות על דרך השעבוד (כמו המחאה מוחלטת) מעבירה את הבעלות לנמחה "כך שהממחה אינו עוד בעליה", כמוה אפוא כצירוף דעתו לאלה הגורסים שאין לחוק המשכון תחולה על המחאה על דרך השעבוד. עם זאת, ניתן לראות בדברים אלה אך אמרת אגב, שהרי הקביעה הייתה שההמחאה הייתה מוחלטת (ולא על דרך השעבוד).

לגוף השאלה, אם חוק המשכון חל על המחאה כשעבוד, ראוי, כאמור, לייחד חיבור נפרד. כאן רק נציין כי עמדתנו מאז ומתמיד הייתה כי בהמחאה על דרך השעבוד עוברת לנמחה מיד רק הזכות לממש את השעבוד (אם החיוב המובטח לא יסולק). הואיל ואין בחוק המחאת חיובים הוראות מיוחדות לעניין זה, חייב המימוש להתבצע לפי הוראות חוק המשכון.<sup>100</sup> בעקבות המימוש (אם יבוצע) הפוך כמובן הנמחה לבעלים של הזכות שמומשה.

94 י' ויסמן חוק המשכון, תשכ"ז-1967 (ג' טרסקי עורך, תשל"ה) 20-23.

95 מ' בן-פורת "חוק המחאת חיובים, תשכ"ט-1969" קובץ הרצאות בימי העיון לשופטים תשל"ה: החקיקה האזרחית החדשה (ש' שטרית עורך, תשל"ו) 117, 122.

96 לרנר, לעיל הערה 50, בע' 288.

97 מ' דויטש קניין (תשנ"ט, כרך ב) 75.

98 פרשת יהושע, לעיל הערה 1, בע' 958.

99 שם, שם.

100 השו"ע עם ס' 20 לחוק המשכון; דויטש, לעיל הערה 97, בע' 74; ראו גם דעתו של צלטנר, לעיל הערה 88, בע' 286: "נראה כי הדין שלנו אינו מכיר בהעברת בעלות (גם בחיובים) לשם ערובה מחוץ להוראות חוק המשכון, תשכ"ז-1967". היה בדעתו להרחיב בעניין זה, אך עבודתו נקטעה עקב פטירתו; כמו כן, ראו נ' זלצמן וע' גרוסקופף "המחאה על דרך השעבוד ומשכון זכות" עיוני משפט כח (תשס"ד) 43, בעיקר בע' 90-92; עמדה זו אף התקבלה בס' 132 לטיוטת הקודקס האזרחי.

נוסיף הערה: האם רצוי שיעמדו זו ליד זו שתי בררות שמטרתן אחת: לספק לנושה בטוחה? הבררה האחת – משכון הטעון רישום להענקת מעמד של "נושה מובטח" לנושה (הנמחה) ולהזהרת הנושים האחרים, תוך השארת הבעלות עד למימוש (בכפוף לזכות מימוש) בידי הממשכן; השנייה – העברת הבעלות לנמחה (הנושה) לאלתר ללא רישום או אזהרה לשאר נושיו של הנמחה. נקל לשער שירבו כאלה שיעדיפו את הדרך האחרונה, אך האם היא רצויה מבחינת ההגיינות כלפי שאר הנושים של הנמחה? בבחינת "סוף מעשה במחשבה תחילה", חשוב לדעתנו לשקול לאילו תוצאות מובילה תפיסה, לפני שמחליטים אם לתמוך בה.

### ד. האם ראוי היה לקיים דיון נוסף<sup>101</sup>

נחזור כאן על הנמקתו של השופט א' מצא, בהחלטה שלא לקיים דיון נוסף, מדוע איז, לדעתו, להתיר קיום דיון נוסף:

"בפסקה הדין שלערעור לא נקבעה הלכה המצדיקה קיומו של דיון נוסף. הארן המרכזי עליו נסמך פסק הדין הנו הקביעה – העוברתית בעיקרה – כי המחאת הזכות בנסיבות המקרה לא נעשתה על דרך השעבוד. טענת העותרת כנגד קביעה זו הנה טענה ערעורית באופיה הנשענת על לשון ההמחאה ועל יתר נסיבות המקרה ומכוונת כנגד אופן יישומן של הלכות קודמות בפסק הדין; אך, כידוע, טענה מעין זו אינה מקימה עילה לקיום דיון נוסף. יתר קביעות בית המשפט נאמרו, כאמור, בבחינת למעלה מן הצורך בלבד, וממילא אין בהן משום פסיקת הלכה העשויה להצדיק קיומו של דיון נוסף".<sup>102</sup>

נראה לנו שהקביעה בערעור כי המחאת הזכות לא נעשתה על דרך של שעבוד הייתה – כולה או לפחות בעיקרה – משפטית. בהסתמכו על פרי עטו של לרנר, קבע פסק הדין שלהמחאה חסרו שני מאפיינים. בית המשפט ראה בהיעדרם של מאפיינים אלה<sup>103</sup> – וככל הנראה בהיעדרו של כל אחד מהם – הוכחה שאין מדובר בהמחאה על דרך השעבוד. השאלה אם מאפייני מסוים מצביע על מהותה של המחאה, שאלה משפטית חשובה היא בעינינו, ולמיטב ידיעתנו טרם נקבעה לגביה הלכה פסוקה.

101 ס' 30 לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), תשמ"ד-1984 קובע:  
 (א) עניין שפסק בו בית המשפט העליון בשלושה, רשאי הוא להחליט, עם מתן פסק דינו, שבית המשפט העליון ידון בו דיון נוסף בחמישה או יותר;  
 (ב) לא החליט בית המשפט העליון כאמור בסעיף קטן (א), רשאי כל בעל דין לבקש דיון נוסף כאמור; נשיא בית המשפט העליון או שופט אחר או שופטים שיקבע לכך, רשאים להיענות לבקשה אם ההלכה שנפסקה בבית המשפט העליון עומדת בסתירה להלכה קודמת של בית המשפט העליון, או שמפאת חשיבותה, קשיותה או חידושה של הלכה שנפסקה בעניין יש, לדעתם, מקום לדיון נוסף;  
 (ג) בהחלטה שניתנה לפי סעיף קטן (א) או (ב) רשאי בית המשפט או השופט לקבוע את הבעיה שתעמוד לדיון נוסף, ומשעשה כן, לא יקויים הדיון הנוסף אלא באותה בעיה.  
 102 עניין בון מארט, לעיל הערה 2.  
 103 על המאפיינים ראו לעיל פרק 3.

גם הכלל שקבע בית המשפט העליון שלסוחר סביר אין עניין להתנות את תוקף ההמחאה בקבלת הסכמה בכתב מהחייבת, שאלה משפטית – ולא עובדתית – היא, שכן פירושו של בית המשפט העליון הופכים, כידוע, מכוח התקדים המחייב, לחלק מהדין, ועל כן על בתי המשפט בערכאות הדיוניות לפעול על פיהם. כזכור, נדחתה תביעת המפרק בבית המשפט המחוזי, בין היתר, מן הטעם שתוקף ההמחאה הותנה בהסכמתה בכתב של החייבת. אילו קדמה קביעת הכלל האמור בבית המשפט העליון לדיון באותה שאלה בבית המשפט המחוזי, הייתה התוצאה הפוכה.

בית המשפט העליון קבע כי בפרשת יהושע הייתה ההמחאה מוחלטת וללא זכות חזרה אל הממחה. ואולם על רקע כל נסיבות המקרה, מסקנה זו בטעות יסודה, ואין לה עיגון בלשון הטקסט (ללא עילה מוכרת המאפשרת סטייה). שאלה חשובה היא אם יש לבית המשפט את ה"כוח" או את ה"סמכות" לעשות כן. מלומדים הביעו דעתם בשלילה מוחלטת.<sup>104</sup> ייתכן אפוא שבית המשפט חרג בכך מגבולות ה"לגיטימיות" או מ"סמכותו", עילה אשר לדעתנו ראויה בהחלט לדיון נוסף.

בית המשפט העליון קבע לא רק שלסוחר סביר אין עניין לקבל את הסכמתו של החייב – מקל וחומר להתלות את תוקף ההמחאה בקבלת הסכמתו בכתב (וכי גם הסכמה בעל פה היא "מעבר לדרוש") – אלא גם שההוראה שנותן ממחה לחייב לשלם לנמחה "שוללת" התנאה כזאת.<sup>105</sup> זהו כלל משפטי, שהוא בגדר חידוש, אם כי לכאורה בטעות יסודו. לכן ראוי הוא, לדעתנו, לדיון נוסף, ולו אך כדי למנוע את ההסתמכות עליו בערכאות המשפט האחרות.

הבהרנו לעיל כי בחיפושיו אחר אומד דעתם של הצדדים להסכם ההמחאה, לא נתן בית המשפט דעתו על תוכן המסמך שבו מופיעות המילים הטעונות פרשנות. בפסק הדין, וגם בהחלטה הרוחה את הבקשה לקיים דיון נוסף, נאמר כעובדה קיימת כי ההודעה לחייבת כוללת הוראה לחייבת לשלם לנמחית את סכומו של כל שיק שיחולל, אך עיון בהודעה שהובאה כחלק מפסק דינו של בית המשפט המחוזי, מלמד שאין זה כך. ההוראה הייתה קודם כול לשלם כספים שיגיעו, אם יגיעו, לממחה ובכפוף, בין היתר, לטענות קיזוז שהיו או שיהיו לחייבת נגד הממחה, וכי התשלום יהיה "עד" גובה השיק שחולל, בכפוף לכל התנאים שפורטו שם. בפירוש המילים "לשם הבטחת תשלומם של השיקים" בלי לתת את הדעת על תוכן ההודעה, רואים אנו טעות קשה בתחום הפרשנות, המצדיקה היא עצמה קיומו של דיון נוסף.

אגב, אילו היה נקבע בדיון הנוסף שכוונת הצדדים הייתה להמחאה על דרך השעבוד, היו הופכים גם דבריו של בית המשפט העליון על מימושו של המשכון לחלק מההלכה, והסתירות שעליהן הצבענו לעיל<sup>106</sup> היו מקבלות משמעות שונה. אילו הייתה זו "פליטת קולמוס", שבית המשפט מוסמך לתקן – שאני, אך

104 ראו את דבריה של שלו, לעיל הערה 81, בע' 87; כן ראו את דבריו של הלורד Mustill, *Charter Reinsurance Co. Ltd. v. Fagen, supra* note 80, at p. 388 ודעתו של ברק, לעיל הערה 37, בע' 52.

105 ראו לעיל פרק 3.

106 ראו לעיל פרק 41.

בהיעדר אפשרות כזאת, ראוי היה, לדעתנו, לערוך דיון נוסף. רצוי אף לשקול<sup>107</sup> התרת דיון נוסף כל אימת שהערכאה השיפוטית העליונה נתפסת לטעות המובילה לתוצאה בלתי סבירה בעליל.

## ה. סיכום

מבחינת התוצאה שאליה הגיע בית המשפט העליון שהמחאה בעינה עומדת, ניתן להתרשם שנעשה צדק עם חברת יהושע, ולו אך חלקית.<sup>108</sup> אולם לא פחות מהנמחית ראויים, מן הסתם, גם שאר נושיה של הממחה להתחשבות: ביטול ההמחאה היה מגדיל בהתאם את הסכום שעומד לרשותם. יתר על כן, חוק וצדק אינם מושגים זהים או חופפים, אם כי במסגרת החוק נוטה השופט תמיד לפרוש המתיישב עם הצדק, וכל אימת שהשניים נפגשים יש כמובן לברך על כך.

ברשימה זו הבהרנו את דעתנו בכמה סוגיות משפטיות בתחום המחאת חיובים. נתנו את הדעת גם על בעיות כלליות, שהן מחוץ לנחלתו של תחום זה או אחר. לא הקפדנו להתמקד רק בקביעות שהשפיעו על התוצאה הסופית במשפט. למשל, העובדה שההודעה לחייב כונתה "כתב המחאה" – ואף "ההסכם" – לא הייתה בעלת משמעות מעשית ותכליתית בדיון זה, שכן לא הייתה הכחשה שהממחה אכן בוצעה, ולא נודעה חשיבות למועד כריתת ההסכם בין הממחה לנמחית ליצירתה של ההמחאה. כמו כן, לא הקפדנו להתמקד רק בטענות שהועלו בדיון, כגון הספק שהתעורר בנו באשר להיותה של הזכות שהומחאה "זכות" בת המחאה במובן חוק המחאת חיובים.

הדגשנו את חשיבותו המיוחדת של הכלל המושרש היטב, שהשופט הוא הפרשן המוסמך של הטקסט שערכו הצדדים, אך שאין להפקיד בידיו את הכוח ליצור טקסט חדש עבורם. פירטנו את הטעויות הנוספות שנפלו בפסק הדין. הקשה מכולן נראית לנו העובדה שבעת פירושו של הביטוי, לא נתנו את הדעת על תוכן המסמך כולו, אשר אותו ביטוי היווה חלק הימנו. טעות נוספת, קשה אף היא, התבטאה בכך שבמסגרת החיפוש אחר תכלית העסקה, ניתן משקל לרצונה המשווער של הממחה ולא לזה של הנמחית, שהייתה זכאית לקבל מהממחה את המגיע לה עבור שירותיה. עוד טעות משפטית הראויה לאזכור היא הקביעה כי אם הממחה מורה לחייב (בהודעה על המחאת הזכות) לשלם לנמחה, נשללת בזה מהצדדים (הממחה והנמחה) האפשרות להתנות את תוקף ההמחאה בהסכמתו בכתב של החייב. הצבענו על טעויות נוספות, שלא נפרטן כאן.

בשאלה אם המחאה על דרך השעבוד כפופה להוראות חוק המשכון נגענו רק בנקודה אחת, העשויה להשפיע על גיבושה של הלכה בנושא זה, והיא: האם בעת כריתת הסכם ההמחאה על דרך השעבוד עוברת הבעלות על הזכות מהממחה לנמחה מיד, כך שנושיו של הממחה כלל אינם יכולים להיפרע מנכס של מי ששוב אינו החייב שלהם. בהיעדר הוראות מיוחדות בחוק המחאת חיובים בשאלה כיצד ימומש השעבוד, הבענו דעתנו שהמימוש מתבצע לפי הוראות חוק המשכון,

107 כפי שהצענו לעיל בסוף פרק 4ג.

108 תלוי בכספים שהגיעו אותה עת לממחה מאת החייבת ובהיעדר טענות הגנה שהיא יכולה להעלות נגד תביעתה של הנמחית.

ומשבוצע, הופך כמובן בעל השעבוד לבעליה של הזכות. לא דנו בכל הנושא לעומקו ולפרטיו, שכן ראוי הוא למאמר נפרד בפני עצמו. כחומר למחשבה הוספנו, כי ראוי לשקול אם רצוי שיתקיימו זו בצד זו שתי בררות: המחאה על דרך שעבוד ומשכון, כאשר המטרה היא אחת – לספק לנושה ערובה לסילוק חיוב. נקל להבין שירבו כאלה – בעיקר כאשר הממחה מצוי במצב עסקי קשה – שיעדיפו לבצע המחאה המעבירה לאלתר את הזכות לנמחה, וזאת בלי לרשום את ההמחאה ובלי להזהיר את הנושים. לדעתנו, עדיף פירוש שימנע מפלט כזה. עוד הבענו דעתנו שעל סמך השיקולים שפירטנו, ראוי היה לקיים דיון נוסף.