

קיצוץ נגד נמחה 1

מאת

שלום לרנר

א. מבוא : מהותו של הקיצוץ. ב. קיצוץ מעסיקאות אחרות שבין החייב לממחה.
1. פרשנות סעיף 2(א) לחוק. 2. ההודעה על ההמחאה ויחסה לטענות ההגנה של החייב.
3. טענות ההגנה כאיתה עיסקה. 4. הנמחה ומסדות קרובים.
1. אוחז שטר. 2. מוטב. 3. הנגות החייב במשפט האנלוגי-אמריקני.
4. ביקורת קל כפיפות הנמחה לטענות ההגנה מעסיקאות אחרות. 5. סיכום ומסקנות.

א. מבוא : מהותו של הקיצוץ

באמצע שנות השישים החל בישראל תהליך חקיקה בשלבים של סוגיות שונות במשפט האזרחי, כאשר החוקים החדשים נועדו להחליף את הדין הקודם שהיה מבוסס בעיקר על המשפט העותמני והאנגלי. עד לכניסתם לתוקף של חוקים אלו, היתה בארץ תוראת חוק מפורשת לעניין קיצוץ רק בתקנות סדר-הדין האזרחי², ובסוגיא המיוחדת של פשיטת-רגל³.

בפסק-דין מנחה מאמצע שנות החמישים, בעניין קניגסהופר נ' הליגה להטבת הש-
מיצה⁴, פסק השופט אגרנט (כתוארו אז) שהקיצוץ הוא זכות מהותית⁵, ועל-כן אינו

1 מאמר זה עוסק בהמחאת-זכות ובעיסקה זו הנושה המקורי הוא הממחה; ומקבל הזכות, הנושה החדש, הוא הנמחה. המונח "נמחה" משמש בחוק המחאת-חייבים, תשכ"ט, ס"ח 250 (להלן: החוק או חוק המחאת-חייבים) הן להעברת זכות והן להעברת חבות. לביקורת על כך ראה ס' אוטולנגי, "חוק המחאת חייבים, תשכ"ט—1969" הפרקליט כו (תשל"ל) 285, 290.

2 כיום ראה סעיף 52 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד—1984. תוראה דומה היתה כבר בתקנות הפרוצדורה בבתי-משפט השלום, 1940, תקנה 72.

3 ראה סעיף 74 לפקודת פשיטת-הרגל (נוסח חדש), תשמ"מ—1980 (סעיף 31 בנוסח הישן). ההסדר החקיקתי המיוחד בנושא פשיטת-הרגל מקורו באנגליה. השווה, Bankruptcy Act, 1914, sec. 31. על היחס, כיום, בין ההוראה המיוחדת בפקודת פשיטת-הרגל, ובין סעיפי הקיצוץ בחקיקה האזרחית, ראה א' פרוקצ'יה, דיני פשיטת-רגל והחקיקה האזרחית בישראל (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הארי סאקר, ירושלים, תשמ"ד) 170—175.

4 ע"א 217/55 פ"ד יא 171 (להלן: קניגסהופר).

5 כפי שעולה מהשורות הבאות המצוטטות מתוך פסק-הדין, זכות מהותית כוונתה להבדיל מעניין של סדר-הדין גרידא. ברם, השופט אינו מתכוון שהקיצוץ הוא מהותי במובן המובא בהמשך הפרק, היינו: שהוא דרך של קיום חייבים.

יכול להיות מוענק מכוח הוראה של סדרי-הדין. הקיזוז הוא — לדעתו — זכות במובן רחב, במובן "כוח" 6, הואיל והכרה בו משנה את זכויות הצדדים. לדוגמא: כאשר טובע מתקשה לשלם את חובותיו, ואינו מצוי במצב של פשיטת-רגל, טענת הקיזוז מאפשרת לנתבע להשיג תוצאה שלא היה יכול להשיגה לו היו התביעות ההודיות נדונות בנפרד.

"בחקיקת חוקי הקיזוז למיניהם, לא היתה נעוצה המגמה שיסודה בנזחות בלבד ובעניין הנוגע אפוא לסדרי דיון גרידא... כאן כוללת אפוא לעין חשיבות ההבחנה בין הקניית הכוח להתגונן נגד תביעה בטענת קיזוז — אשר כמוה כזכות מהותית בת-ערך — לבין הקניית התרופה להגיש תביעה שכנגד, תרופה שאינה מוסיפה על הכוח להגיש תביעה בלתי-תלויה במשפט נפרד, הקיים בידי הנתבע בלאו-הכי — יותר מאשר הסדר פרוצסואלי, שהוא נוח לו" 7.

מסיבה זו קבע השופט אגרנט, שאין להכיר בטענת קיזוז אלא אם היא מעוגנת בחוק או בהסכם בין הצדדים.

החקיקה האזרחית החדשה שינתה מצב זה, וחוקים רבים קובעים כיום הסדר של קיזוז 8. ההוראה המרכזית התלה על כל דיני החיובים מצויה בחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג—1973, סעיף 53(א) כדלהלן:

"חיובים כספיים שצדדים הבנים זה לזה מתוך עיסקה אחת והגיע המועד לקיומם ניתנים לקיזוז בהודעה של צד אחד למשנהו; והוא-הדין בחיובים כספיים שלא מתוך עיסקה אחת, אם הם חיובים קצובים".

על-פי החוק הנוהג כיום, הקיזוז מוכר בשני מקרים:

- (1) בחיובים הדדיים הנובעים מתוך עיסקה אחת, אף כשאינם קצובים.
- (2) בחיובים הדדיים הנובעים מעסקאות שונות, אם הם קצובים.

דומה, שהלכה זו ממוגת את הקיזוז שבדין וביושר במשפט האנגלי. המשפט המקובל הכיר בטענת קיזוז כאשר החיובים ההדדיים היו קצובים, אף שנבעו מעסקאות שונות 9. דיני היושר הרחיבו את הקיזוז גם לטענה כל סכום לא-קצוב, אם הנוכח שלה טוען הנתבע קשורה לתביעה העיקרית, כך שאין זה מן הצדק לדון בה בלא לצרף אליה את התביעה הנגדית של הנתבע 11.

ברם, בנקודה זו מתמצה, למעשה, הדמיון בין הקיזוז הישראלי והאנגלי, והמפריד רב על המאחד. הקיזוז באנגליה, וביתר ארצות המשפט המקובל, הוא סעד דיוני המופעל

6 ראה את ניתוחו של השופט אגרנט (כתוארו אז) בע"פ 95/51; 99/51 פדמסקי ואח' נ' היתעין המשפטי, פ"ד ו 341.

7 קנינתהופר (לעיל, הערה 4), עמ' 199.

8 כגון חוק השליחות, תשכ"ה—1965, סעיף 13; חוק המכר, תשכ"ח—1968, ס"ח 98 (להלן: חוק המכר), סעיף 32; חוק השכירות והשאילה, תשל"א—1971, סעיף 25; חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א—1970, ס"ח 16 (להלן: חוק החוזים (תרופות)), סעיף 20 ועוד.

9 ס"ח 118 (להלן: חוק החוזים הכללי).

10 ראה I. C. F. Spry, *Equitable Remedies* (London, 2nd ed., 1980) 168–169.

11 ראה R. P. Meagher, W. M. C. Gummow, J. R. F. Lehane, *Equity — Doctrines and Remedies* (Sydney, 1975), para. 3708.

על-ידי בית-המשפט. בהעניקו קיוזו, בית-המשפט משחרר את החייב ממילוי החיוב, אך אינו מחשיבו כמי שקיים אותו.¹² בישראל אין חולק כיום על כך, שהקיוזו מופעל על-ידי הצדדים עצמם והוא אחד הדרכים לקיום חיובים. מסקנה זו עולה מתוך עיון בחוק¹³, ובית-המשפט אכן קבע ש"לגבי חיובים הקיוזו הוא דרך של קיום ולגבי חובות היא דרך של תשלום"¹⁴. כמו בשיטות המשפט הקונטיננטליות¹⁵ נתבע, המעלה הגנת קיוזו, טוען, למעשה, שהוא קיים כבר את החיוב המוטל עליו.

הדוגמא הבאה, המובאת על-ידי Goode¹⁶, עשויה להמחיש את ההבחנה בין הקיוזו האנגלי והקיוזו בישראל:

ראובן ושמעון ערכו הסכם-מכר שלפיו שמעון הקונה ישלם את מחיר הממכר בתשלום חודשיים שווים של 1000 שקל. עוד נקבע בהסכם, שפיגור כלשהו בתשלום יוכה את ראובן להעמיד את כל היתרה לפרעון מידי (סעיף אקסלרוציה). בעבר, שמעון הלוחה לראובן 500 שקל וזה לא פרע את ההלוואה. בחודש אחד שמעון שילם לראובן 500 שקל בלבד, בהסבירו שאת חמשה-מאות הנותרים הוא מקזו בגין ההלוואה. מעשה זה מהווה הפרת חוזה, וראובן רשאי לתבוע משמעון פרעון מידי של כל יתרת החוב. בתביעה זו, כאשר תוגש, בית-המשפט יהא רשאי לקזו מסכום התביעה את חמשה-מאות השקל האמורים.

המשפט הישראלי, באותה מערכת עובדות, היה מגיע לתוצאה שונה. כאמור, הקיוזו בארץ הוא דרך של תשלום ושמעון נחשב כמי ששילם את 1000 השקלים—מחצית במוזמן ומחצית בדרך של קיוזו. שמעון לא הפר אפוא את חוזה-המכר, וראובן אינו רשאי להעמיד את יתרת מחירו של הממכר לפרעון מידי.

הואיל והקיוזו הוא דרך של קיום חיוב שהפעלתו מחוץ לכותלי בית-המשפט, עולה השאלה האם הצד המעוניין לקזו צריך לנקוט צעדים מסוימים לשם כך, ואכן, סעיף 53 קובע, שעל הצד המעוניין בקיוזו להודיע על כך לצד השני. דא עקא, סעיף הקיוזו בחוקים הספציפיים¹⁷ אינם מזכירים מפורשות את עניין ההודעה. אף שמהלשון "גיתנים לקיוזו" משתמע שהפעלת הקיוזו אינה אוטומטית¹⁸, "קיימת מחלוקת פוסקים בשאלה אם דרושה כלל הודעת קיוזו"¹⁹, ויש הסבורים שפעולת הקיוזו בחוקים האמורים היא אוטומטית ובכל עת צד נושה ברעהו רק את היתרה העולה משני החיובים השונים.²⁰

12 ראה *Halsbury's Laws of England* (4th ed.), vol. 42, para. 410.

13 ראה חוק החוזים הכללי, סעיף 53(ג).

14 ע"א 664/76 רמט בע"מ נ' פיתיר קונקריט (ישראל) בע"מ, פ"ד לב(1) 188, 193 (להלן: פיתיר). ראה גם ע"א 604/81, 544 מנחם קהל בע"מ נ' פוכנת מכתיות לים התיכון בע"מ תרעור שכנגד, פ"ד לו(3) 518 (להלן: קהל).

15 ראה ז' צלטנר, דיני חוזים של מדינת ישראל (אבוקה, תשל"ד) כרך א 166.

16 ראה 101—102 R. M. Goode, *Legal Problems of Credit and Security* (London, 1982).

17 ראה לעיל, הערה 8.

18 ראה א' ידן, "חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה)", תשל"א—1970 פירוש לחוקי החוזים (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הארי סאקר, ג' טדסקי עורך, מהדורה 2, ירושלים, תשל"ט) 166; פסק-דין של השופט י' כהן בפרשת פיתיר.

19 פסק-הדין בעניין קהל (לעיל, הערה 14), עמ' 526.

20 השופט ח' כהן, בפרשת פיתיר.

לנו נראה, שלא רצוי להפקיע מידי הצדדים את השליטה על חובותיהם וזכויותיהם²¹. כמו שקיום מוקדם של חיוב²² עלול לפגוע בתכנונו הפיננסי של הנושה, בשל שערי ריבית משתנים, כך ביטולו האוטומטי עלול לפגוע בחייב. מסיבה זו, הפקעת חוב בדרך של פרעון מסורה לחייב, פורע החוב, ואין סיבה להבחין בין פרעון רגיל באמצעות מזומנים, שטרות ועוד, ובין פרעון באמצעות קיזוז. גם אם נגרוס, שסעיפי הקיזוז בחוקים הספציפיים הם דו-משמעיים, אנו מעדיפים לקרוא לתוכם את הפירוש ההגיוני יותר. אנו תומכים אפוא בדעה, שתנאי מוקדם להפעלת קיזוז בישראל הוא מתן הודעה על-ידי הצד המעוניין בקיזוז²³. על השפעותיה של השקפה זו בסוגיא של המחאת-חיובים, נעמוד בהמשך²⁴.

הקיזוז הוא דרך פרעון רק כאשר החיובים השונים הם בין אותם צדדים. סעיף 53(א) מדבר על חיובים ש"צדדים חבים זה לזה" וכך גם סעיפי הקיזוז בחוקים הספציפיים. דרישה זו אולי מובנת מאליה לאור הגיונו של מוסד הקיזוז²⁵, אלא שטרחנו להדגיש בשל החשיבות שיש לה בנושא שלנו, כפי שנראה לא-אחת בהמשך המאמר.

בפרק השלישי נראה, שלעניין קיזוז נגד נמחה יש חשיבות להבחנה בין הקיזוז לבין טענות הגנה אחרות (להלן: הגנה רגילה). בהגנה רגילה נתבע טוען, שזכותו של התובע לא נשתכללה ואילו בקיזוז הנתבע מודה שזכות התובע שוכללה, אלא שלטענתו החיוב המוטל עליו קיים בדרך של קיזוז. הדוגמאות הבאות יסייעו להבחין בין הגנה רגילה לבין קיזוז מאותה עיסקה.

כאשר א תובע מ-ב סכום-כסף שזה חייב לו על-פי חוזה, ב עשוי להתגונן בטענות הבאות:

(1) החוזה נגוע באי-חוקיות או בפגם כלשהו בכריתתו, ולכן הוא בטל מעיקרא²⁶ או ניתן לביטול על-ידי ב²⁷. ב המודיע על ביטול ההסכם²⁸ פטור מלקיים את חיוביו על-פי החוזה. כאשר במסגרת החוזה א העביר סכום כסף ל-ב, קמה ל-א זכות לדרוש השבה²⁹. אם מנגד א התנהג שלא בתום-לב בעת המשא-ומתן שקדם לכריתתו של אותו חוזה, וקמה ל-ב עילה לפיצויים³⁰, הרי ש-ב רשאי לקזז את המגיע לו כנגד המגיע ל-א על-פי עילת ההשבה³¹.

21 השוה: Michael E. Tigar, Comment, "Automatic Extinction of Cross Demands: Compensation from Rome to California" 53 *Calif. L. Rev.* (1965) 224, 270

22 ראה סעיף 42 לחוק החוזים הכללי.

23 לנימוק נוסף ראה פרוקציה (לעיל, הערה 3), בעמ' 173.

24 ראה להלן, ליד הערה 67.

25 ראה א' רוזן-צבי, "טענת קיזוז נגד זכות שטרית" עיני משפט ז (תשמ"ז) 653-654.

26 ראה סעיפים 13 ו-31 לחוק החוזים הכללי, לעניין חוזה למראית-עין וחווה לא-חוקי.

27 שם, סעיפים 14, 15, 17 ו-18.

28 סעיף 20 לחוק.

29 סעיפים 21, 31 לחוק החוזים הכללי.

30 שם, סעיף 12.

31 ראה ד' פרידמן, דיני עשיית ערשך ולא במשפט (ירושלים, תשמ"ב) 40-41.

(2) ב מתגונן בטענה ש-א הוא זה אשר הפר את ההסכם, הפרת החוזה על-ידי א עשויה לגרום לתוצאות הבאות³²:

(א) ב מודיע על ביטול החוזה בעקבות ההפרה³³, והביטול פוטר אותו מלקיים את חיוביו על-פי החוזה.

גם כאן, אם ב קיבל סכום כסף במסגרת החוזה, קמה ל-א תביעת ההשבה³⁴. ברם, ב רשאי להתגונן בטענה שהפרת החוזה על-ידי א גרמה לו נזק, והוא מקזו נזק זה כנגד חיוב ההשבה כלפי א³⁵.

(ב) ב לא הודיע על ביטול החוזה בגין ההפרה, ברם חיובו של ב כלפי א "מותנה" או "שלוב"³⁶ עם החיוב של א כלפי ב. היות ש-א הפר את ההתחייבות שלו, חיובו של ב לא התגבש^{37 38}.

(ג) ב לא הודיע על ביטול החוזה בגין ההפרה, וחיובו כלפי א הוא "עצמאי"³⁹, בלתי-מותנה⁴⁰ בקיום החיוב של א כלפיו. כאשר החיובים בחוזה עצמאיים, כל עוד ב לא ביטל את החוזה, עליו להמשיך ולקיים את חיובו⁴¹. במקרה זה זכותו של א השתכללה, אך ב הטוען שההפרה גרמה לו נזק רשאי לקזו סכום זה מהחוב המגיע ל-א.

להבחנה בין הקיוזו מאותה עיסקה ובין הגנה רגילה נשוב בפרק השלישי. קודם-לכן נדון בשימוש החייב בטענות שיש לו נגד הממחה מעיסקאות אחרות.

32 ראה עוד סעיף 18 לחוק החוזים (תרופות), לעניין סיכול.

33 סעיפים 7-8 לחוק החוזים (תרופות).

34 שם, סעיף 9.

35 אלה עובדות בפרשת קהיל (לעיל, הערה 14). ראה עוד בר"ע 125/80 לאופר ואח' נ' שטנמן, פ"ד לד(4) 527.

36 לביאור מושגים אלו וסעיף 43 לחוק החוזים הכללי, ראה לאחרונה ע"א 765/82 אלטר ואחרים נ' אלעני, פ"ד לח(2) 701.

37 השופט ברק שם, בעמ' 715, משאיר בצריך עיון את השאלה אם ב"חיובים שלובים" חוסרי-נכונותו של צד אחד לקיים את החיוב גורמת לאי-השתכללות חיובו של השני, או שזו רק טענת-הגנה טובה, להבדיל ממניעת השתכללות.

38 לשאלה אם קמה ל-א עילת ההשבה, במקרה ש-ב לא ביטל את החוזה בגין ההפרה, ראה D. Friedman and A. Maoz, "The Right of a Defaulting Party to Restitution When a Contract has not been Rescinded" 9 *Isr. L. Rev.* (1974) 352; ידין (לעיל, הערה 18), בעמ' 88-89.

39 ראה לדוגמא ע"א 556/83 מימון ואחרים נ' כסר אל ואחרים, פ"ד לח(2) 459.

40 לביאור מדויק יותר של החיובים הבלתי-מותנים ראה ד' פרידמן, "ביצוע חוזה נוכח חשש בדבר קבלת התמורה הנגדית" עיתון משפט י (תשמ"ד) 165, 167-168.

41 ההחלטה אם חיובים הדדיים הם עצמאיים, שלובים או מותנים היא בעיקרה שאלה של פרשנות חוזה. ראה פסקי-הדין אלטר (לעיל, הערה 36) ומימון (לעיל, הערה 39). לעניין "שילוב חיובים" לאחר מועד כריתת החוזה, מכוח הדוקטרינה של תוס-לב בחוזה, ראה פסקי-דינו של השופט ש' לויין בפרשת מימון, ומאמרו של פרידמן (לעיל, הערה 40).

ב. קיזוז מעיסקאות אחרות שבין החייב לממחה

1. פרשנות סעיף 2(א) לחוק

בעניין מדינת ישראל נ' כונסי הנכסים של חברת וולטקס צמרון, תשלוכת טקסטיל בע"מ (כפירוק ובכינוס נכסים)⁴² היו בין המדינה ובין חברת וולטקס צמרון שבפירוק (להלן: החברה) חובות הדדיים שונים. המשיבים מונו כונסי נכסים לשם מימוש איגרות-חוב שהכילו שיעבוד צף על כלל נכסי החברה, והשיעבוד התגבש גם על החובות שהחברה נושה במדינה. כונסי הנכסים טענו, בקליפת-אגוז, שהחל ממועד גיבושו של השיעבוד הצף, חובה של המדינה לחברה עבר לזכותם, ואילו החובות שהמדינה נושה בחברה אינם מעניינים וכדי לגבותם על המדינה להגיש תוכחת חוב בעת פירוק החברה. בית-המשפט העליון דחה פה אחד את טענת המשיבים, ואולם מבין שלושת השופטים שישבו בדין, פסק-דינו של השופט י' כהן (כתוארו אז) ראוי לעיון מיוחד בהקשר לסוגיא דידן. השופט כהן ראה את העניין שלפניו באספקלריה של דיני המחאת-חייבים⁴³. גיבושו של שיעבוד צף על זכות חוזית הוא – לדידו של השופט כהן – המחאת-זכות, כאשר החברה החייבת היא הממחה ובעל השיעבוד הצף הוא הנמחה⁴⁴. השאלה המשפטית שעמדה אפוא להכרעה היא, במינוח של חוק המחאת-חייבים: האם חייב הנתבע על-ידי נמחה יכול להתגונן בהסתמך על טענות שיש לחייב נגד הממחה מעיסקאות אחרות שביניהן⁴⁵.

השופט כהן ענה על שאלה זו בחיוב, בהסתמך על סעיף 2(א) לחוק. סעיף זה קובע כדלהלן:

"המחאת-זכות אין בה כדי לשנות את הזכות או תנאיה, ולחייב יעמדו כלפי הנמחה כל הטענות שעמדו לו כלפי הממחה, בעת שנודע לו על המחאה".

לדידו של השופט, "הביטוי 'כל הטענות' שבסעיף 2(א) לחוק הנ"ל אין לפרשו בדרך הצמצום אלא משמעותו היא, שעומדות לחייב כלפי הנמחה או כלפי בעל-השיעבוד כל הטענות שהוא יכול היה לעורר נגד הנושה בין בדרך של קיזוז ובין בדרך של תביעה שכנגד"⁴⁶. בסעיף האמור השופט רואה ביטוי "לכלל הידוע, שאין אדם יכול להעביר

42 ע"א 522/72, ס"ד כז(2) 393 (להלן: וולטקס-צמרון).

43 השופט ברנזון, שלא היה מוכן לראות בגיבוש השיעבוד הצף המחאת-זכות (ראה ההערה הבאה), הסכים, עם זאת, לפרשנותו של השופט כהן לסעיף 2(א) לחוק. ראה עמ' 399 בפסקי-הדין.

44 השופט ברנזון סבור מנגד, ש"גם כונס שנתמנה לפי בקשת נושה מובטח איננו סוכנו של הנושה. כל רכוש הבא לידי הכונס הוא מחזיק בו לא בשם הנושה כי אם בשם בית-המשפט" (עמ' 398). לגישתו של השופט כהן תימוכין בדין האנגלי. ראה *N. W. Robbie & Co. Ltd. v. Witney Warehouse Co. Ltd.* (1963) 3 All E.R. 613.

45 אם כי במקום אחד השופט כהן גורס, שגם אם אין להתיר לחייב להעלות טענות מעיסקאות אחרות, "במקרה דנא, כשאין לנו עניין בתביעה אישית וכשכל הנכסים של החברה שועבדו לבעלי איגרות-החוב, ולכן ניתן לראות בשיעבוד כל הנכסים 'חזוה אחד' שהומחה" (עמ' 403, מול האות א).

46 עמ' 402.

לאחר זכות יותר טובה משיש לו⁴⁷, וכן את המגמה "להגן על החייב שלא תיפגענה זכויותיו כתוצאה מהמחאת החוב המגיע ממנו"⁴⁸.

חשוב להדגיש, שתוצאת פסק-הדין לא הושפעה כלל ממהותו של הקיצוץ או אפילו מקיומו. במצב המשפטי שעל-פיו נדון העניין, טרם הוכר הקיצוץ בחקיקה האזרחית הרגילה⁴⁹. כזכור, לפי הלכת קניגסהופר, בין הסכם קיצוץ או חיקוק מפורש המעניק, נתבע אינו רשאי לקצוץ חייבים הדדיים⁵⁰. אף שהשופט כהן סבור היה, כי לפחות לגבי חוב אחד שהמדינה חבה לחברה לא היה הסכם קיצוץ מכללא, הוא איפשר למדינה להתגונן בחוב זה כנגד כונסי הנכסים. סעיף 2(א) לחוק מתיר — לדעתו — לחייב להתגונן כלפי הנמחה לא רק בטענות שהיה יכול לקצוץ נגד זכותו של הממחה, אלא גם בטענות שהיה יכול להעלות רק בדרך של תביעה-שכנגד⁵¹. כיום, על-פי סעיף 53(א) לחוק החוזים הכללי, ניתן לקצוץ חייבים כספיים שונים מאותה עיסקה וחייבים קצובים הנובעים מעיסקאות אחרות. ברם, בדרך של תביעה-שכנגד נתבע רשאי להעלות גם חיוב בלתי-קצוב שמקורו בעיסקה אחרת⁵². המשמעות המעשית לענייננו היא, שחייב יכול להעלות כלפי נמחה כל טענה שהיא שיש לו נגד הממחה.

דעתנו היא, שבית-המשפט אכן פירש נאמנה את סעיף 2(א) האמור. הפירוש הרחב של הביטוי "כל הטענות" מקבל חיוק לאור ההשוואה לסוגיא הקרובה של מוטב. המחוקק, שרצה להגביל את טענות ההגנה של החייב כלפי המוטב לאלו הנובעות מאותה עיסקה, נקט לשון "כל טענה שיש לחייב כלפי הנושה בקשר לחיוב תעמוד לו גם כלפי המוטב"⁵³.

כדי להבין את מלוא משמעותה של הוראת סעיף 2(א), יש לזכור שהנמחה אינו מעורב בעיסקאותיו השונות של החייב עם הממחה, וברור על-כן שהחייב אינו יכול לתבוע אותו במישרין על הפרות החוזיות של הממחה. סעיף 2(א) הג"ל קובע, שאותן הפרות שאינן יכולות לשמש חרב בידי החייב נגד הנמחה, עשויות עם זאת להיות מגן בידו בפני תביעתו של האחרון.

כדי להמחיש את מעמדו המעורער של נמחה על-פי ההלכה האמורה, ברצוננו להביא שתי דוגמאות:

(1) קבלן חתם עם המדינה על חוזה לבניית פרווייקט מסוים. לאחר-מכן הקבלן המחא את זכויותיו על-פי החוזה לבנק שהעניק לו מימון-ביניים. הפרוייקט הסתיים לשביעות-רצונה המלאה של המדינה, אף שהקבלן כבר נקלע לקשיים כספיים. הבנק הנמחה דרש מהמדינה להעביר לידיה את המגיע לקבלן ונתקל בסירוב בנימוק, שהקבלן חייב בתשלומי מסים שונים לאוצר המדינה. על-פי סעיף 2(א) האמור, טענתה של המדינה בדין יסודה.

47 ש.ם.

48 עמ' 403.

49 גם הקיצוץ המיוחד לפי פקודת פשיטת-הרגל לא חל בנסיבות המקרה. ראה על כך עמ' 396 בפסק-הדין. ראה עוד פרוקציה (לעיל, הערה 3), בעמ' 166.

50 ראה לעיל, בטקסט ליד הערה 7.

51 על הגישה הזוהי במשפט האנגלו-אמריקני ראה להלן, ליד הערה 116.

52 על-פי הלכת קניגסהופר, הרשות להגיש תביעה-שכנגד אינה צריכה להיות מעוגנת בחוק מהותי, ודי בהוראה של תקנות סדרי-הדין.

53 ראה להלן, בטקסט ליד הערה 95.

(2) כאשר עיסקה במקרקעין לא שוכללה ברישום, לרוכש אין בעלות במקרקעין אלא זכות חוזית כלפי המוכר לרישום המקרקעין על שמו⁵⁴. העברת הזכויות מהרוכש, א, לקונה נוסף, ב, היא — אליבא דבית-המשפט העליון — המחאת-זכות שחוק המחאת-חייבים חלה עליה⁵⁵. לכן, כאשר ב יתבע מהמוכר הראשון את רישום המקרקעין על שמו, זה יכול לטעון שבעיסקה אחרת, מכירת מכונית למשל, א הפר חוזה עמו, ולכן הוא פטור עתה מלהעביר את המקרקעין על שמו של ב⁵⁶.

לסיכום: על-פי סעיף 2(א) לחוק, חייב רשאי להעלות כנגד נמחה את כל הטענות שיש לו כלפי המחאה. תנאי לכך הוא, שטענות אלו "עמדו לו... בעת שנודע לו על המחאה". על עניין זה נעמוד בסעיף הבא.

2. ההודעה על המחאה ויחסה לטענות ההגנה של החייב

מפסקי-הדין גרוב ב' רשות הנמלים בישראל⁵⁷ עולה, שההגבלה בסיפא של סעיף 2(א) שלפיה חייב רשאי להעלות נגד נמחה טענות "שעמדו לו כלפי המחאה בעת שנודע לו על המחאה", מתייחסת רק לטענות מעיסקאות אחרות⁵⁸. כדי להבין חלק זה של הסעיף עלינו להקדיש תחילה דברים אחדים לטיבה של הודעה לחייב על המחאה. מבחינה פרקטית, פעולת המחאה נערכת בשני שלבים: הסכם בין הממחה לנמחה, והודעה עליו לחייב. לדעתנו, הבעלות בזכות עוברת לנמחה כבר בשלב הראשון, היינו: בכריתתו של הסכם-המחאה. לדעה זו תימוכין בפסיקה⁵⁹, אם כי — חייבים אנו להודות — העניין הוזכר אגב-אורחא, בלא שניתנה לו תשומת-לב מספיקה. לדעתנו, מסקנה זו עולה מקריאת סעיף 1(א) לחוק, הן באופן יצירת המחאה בלא להזכיר את עניין ההודעה, מסעיפים אחרים בחוק עולה שמתן ההודעה מחזק את מעמדו של הנמחה⁶⁰, אך לא מוטלת כל חובה על המחאה או הנמחה להודיע לחייב על המחאה. שתיקה זו, במיוחד לאור ההשוואה ללשון הפקודה המנדטורית⁶¹ שקדמה לחוק, מלמדת שההודעה אינה חלק מהאקט הקנייני⁶². גם סעיף 97 לפקודת פשיטת-הרגל (נוסח

54 סעיף 7(ב) לחוק המקרקעין, תשכ"ט—1969.

55 ראה ע"א 348/79 גולדמן נ' מיכאלי ואח', פ"ד לה (4) 31, 37—38; ע"א 842/79 נס ואח' נ' גולדה, פ"ד לו (1) 204, 218.

56 ראה נ' כהן, "ביטול חוזה והשפעתו על עיסקאות במקרקעין בלתי-רשומים", הפרקליט לה (תשמ"ד) 215, 221 (הערה 34), הטוענת שמוסד המחאה לא נועד לפתור סכסוך לגבי זכויות במקרקעין בלתי-רשומים, שהוא קנייני במהותו.

57 ע"א 330/75, פ"ד לא (3) 146 (להלן: גרובב).

58 לדעתנו, הגבלה זו חלה גם על טענות קיומו מאותה העיסקה. ראה להלן, בפרק השלישי.

59 ראה ע"א 471/73 מקבלי נכסים זמניים ומנהלים של אלקטרוניקס (ישראל) בע"מ נ' אלסינג בע"מ ואח', פ"ד כט (1) 121, 126; פסקי-הדין גרובב (לעיל, הערה 57), בעמ' 150.

60 לבד מסעיף 2(א), ההודעה לחייב מוזכרת בסעיפים 2(ב), 2(ג), ו-4 לחוק.

61 פקודת החוב (העברה), חא"י כרך א, 582(ע), 611(א), סעיף 2(1).

62 לכאורה, מסעיף 4 לחוק ניתן להסיק שהנמחה לא רכש "בעלות שלמה" עד למועד ההודעה על המחאה, וכך סברה גם מ' בן-פורת, "חוק המחאת חייבים, תשכ"ט—1969" פירוש לחוקי החוזים (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הארי סאקר, ג' טדסקי עורך, ירושלים, תשל"ב), עמ' 24. אולם בחוברת-עדכון שהוציאה המחברת בשנת תשל"ז היא

חדש), תש"ם—1980, הרן ביחס שבין הנמחה לבין הנושים האחרים של הממחה, אינו מונה את ההודעה לחייב כתנאי לעדיפות הנמחה.⁶³

אכן, לעניין מערכת היחסים שבין הממחה והבאים מכוחו ובין הנמחה, הבעלות עוברת כבר בעת הסכם ההמחאה. לאחר מועד זה נושיו של הממחה אינם יכולים לרדת אל הזכות מכיוון שהיא חדלה להיות נכס מנכסי הממחה. מבחינתם של אלו, אויביה העיקריים של ההמחאה⁶⁴, אין משמעות מרעית להודעה לחייב על ההמחאה⁶⁵. ואכן, לבד משאלת היחס בין שני נמחים של אותה הזכות, שדיון ממצה בה חורג ממסגרת המי אמר⁶⁶, ההודעה מוזכרת בחוק לעניין היקף זכויותיו של החייב. עד למועד שבו נודע לו על ההמחאה, זו אינה מחייבת אותו, ומבחינתו הממחה הוא כאילו עדיין בעל הזכות. על רקע זה יש להבין את סעיף 2(ב) לחוק, הקובע שאם חייב פרע את הזכות לממחה טרם שנודע לו על ההמחאה, הוא מופטר כלפי הנמחה, אם פעל בתום לב. לשון אחר: אף שהחייב קיים את החיוב לנושה הלא-נכון מבחינת דיני הקניין, הוא מופטר כל עוד פעל בתום לב בלא שידע על ההמחאה.

ההודעה באה אפוא להעמיד את החייב על חילופי הנושים כדי שמעתה יקיים את הזכות כלפי הנמחה, ויימנע מכל צעד אחר העלול לפגוע בקניינו של זה. ברם, דומה שגם בשלב זה, לאחר שהוא יודע שהזכות עברה לאחר, אסור לו להשתתף בפעולה יזומה העלולה לפגוע בנמחה, אך מותר לו להגיב באמצעים מקובלים על מעשה או מחדל של אחר, הממחה, אף שתגובה זו פוגעת בסופו של דבר בנמחה.

לאור האמור, נבחן עתה את המצבים השונים שבהם חייב עשוי לקוז כנגד חובו את חובותיו של הממחה כלפיו מעיסקאות אחרות:

(1) חייב השולח הודעת קיוז לפני כריתת הסכם ההמחאה בין הנושה (הממחה) ובין הנמחה פועל במסגרת הרגילה של סעיף 53(א) לחוק החוזים הכללי. הואיל והקיוז הוא דרך של פרעון חוב, ובהנחה שהחובות ההדדיים שווים בסומם, חובו של החייב לממחה נפרע ואיננו קיים יותר. אם הנושה התעלם מהקיוז והמחה את הזכות, אין לכך כל השפעה על זכויותיו של החייב, מכיוון שהנושה אינו יכול להעביר לאחר מה שאין לו⁶⁶. בסיטואציה זו אין משמעות למועד ההודעה לחייב על ההמחאה, וסעיף 2(א) לחוק לא חל בעניין.

גורסת, ש"הודעה לחייב שהזכות הומחאה אינה עושה המחאה ואינה רכיב ביצירתה, אך יש בה ראייה שקיים הסכם המחאה בין הממחה לנמחה" (עמ' 9), ולסעיף 4 לחוק היא מציעה גם פירוש אחר (עמ' 20—21). ראה גם לאחרונה פסק-דינה של המשנה-לנשיא, השופטת בן-פורת, בע"א 64/80 בנק ארץ-ישראל כריטניה בע"מ (בפירוק) נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(3) 589, 599.

63 זאת גם במקרים שהסעיף אינו מתנה את עדיפות הנמחה ברישומה של הזכות. ראה ס"ק (ב) שם.

64 ראה מאמרי, "על ההבחנה בין המחאה גמורה להמחאה בדרך של שעבוד" משפטים יב (תשמ"ב) 281, 283.

65 אם כי הם יכולים לדלות מהחייב אינפורמציה אם הזכות הומחאה קודם-לכן, ומבחינה זו להודעה לחייב פונקציה זהה לרישום הזכות.

66 ראה את המקורות המצוינים לעיל, הערה 62.

*66 בזכויות אין תקנת שוק דומה לנו שבסעיף 34 לחוק המכר. ראה ע"א 165/75 לוינגר נ' המארק הזואולוגי ר"צ בע"מ ואח', פ"ד ל(2) 25.

כאן באה לידי ביטוי ההלכה, שקיוון חיובים שמקורם בעסקאות שונות⁶⁷ אינו אוטומטי אלא יש צורך בהודעת קיוון. אם קיוון היה אכן מתבצע, בלא פעולה כלשהי, שעה שחובות הרדיים עומדים זה מול זה, חרבו של החייב לממחה היה מתבטל בכל מקרה ולא היה לו מה להעביר לממחה.

(2) חייב המודיע על קיוון לאחר הסכס-ההמחאה, אך לפני שנודע לו עליה, אינו יכול, לכאורה, לפעול במסגרת הרגילה של דיני הקיוון. תנאי לקיוון הוא, שהחובות השונים הם בין אותם הצדדים, ואילו כאן — לפי השקפתנו שהבעלות בזכות עוברת כבר בעת הסכס-ההמחאה — הנמחה נושה בחייב וזה נושה בממחה⁶⁸.

ברם, לדעתנו, קיוון, כאמור, פוטר את החייב כלפי הנמחה מכוח הוראת סעיף 2(ב) לחוק. כזכור, הסעיף קובע, שאם "פרע החייב את הזכות לממחה לפני שהודיע לו על ההמחה... מופטר החייב, זולת אם פעל שלא בתום-לב".

לכאורה — ישאל השואל — הקיוון, כשהוא חל, אכן מהווה פרעון חוב על-ידי החייב, אלא שתנאי מוקדם לתחולתו הוא קיום חובות הרדיים בין אותם צדדים, וזה לא מתקיים כאן. ואכן מסקנתנו אינה נובעת מפירוש מילולי צר של הסעיף, אלא מהמדיניות שהיא מבטא. כפי שאמרנו לעיל, מההוראה עולה שהעברת הבעלות בזכות אינה משפיעה על זכויותיו של החייב כל עוד הוא פעל בתום-לב בלא שידע עליה. מבחינתו של החייב, הבעלות בשלב זה כאילו לא עברה, והוא יכול אפוא לקוון כנגד הזכות את חובו של הממחה כלפיו, על-פי דיני הקיוון הרגילים.

לסיכום: חייב המודיע על קיוון בתקופה שבין ההמחה למועד שנודע לו עליה, מוגן כלפי הנמחה מכוח שילובה של הוראת סעיף 2(ב) לחוק עם סעיף 53(א) לחוק החוזים הכללי ואינו נזקק להגנתו של סעיף 2(א).

(3) חייב המודיע לראשונה על כוונתו לקיוון חיובים, רק כאשר הוא נתבע על-ידי הנמחה, או בכל תאריך המאוחר למועד ההודעה על ההמחה, אינו יכול — על-פי האמור לעיל — לפעול במסגרת דיני הקיוון הרגילים אף בסיועו של סעיף 2(ב) לחוק. במקרה זה חל סעיף 2(א) לחוק, והחייב יכול להעלות טענות שהתגבשו טרם שנודע לו על ההמחה.

בניגוד למצבים הקודמים, הגנת סעיף 2(א) אינה נשענת על מהותו של הקיוון כפרעון ואף לא על קיומו. על-פי הסעיף, גם טענות שהחייב יכול היה להעלות נגד הממחה באמצעות תביעה שכנגד, עומדות לו כלפי הנמחה⁶⁹.

סעיף 2(א) חל אפוא רק כאשר החייב לא ביצע קיוון עד למועד ההודעה על ההמחה. אם היה מתבצע קיוון עד למועד זה, החייב היה מוגן כלפי הנמחה מכוח הכלל שאדם אינו מעביר לאחר יותר משיש לו, בשל אופיו של הקיוון כפרעון. משעבר מועד

67 לעיל (ליד הערה 17 ואילך) המכנו בדעה שגם קיוון מאותה עסקה, לפי סעיפי הקיוון בחוקים הספציפיים, אינו חל אוטומטית. ברם, קיוון חיובים מעסקאות שונות חל רק מכוח סעיף 53 (א) לחוק החוזים הכללי (אם כי ייתכנו ספיקות מסוימים בקשר לסעיף 20 לחוק החוזים [תרופות]), הדורש מפורשות הודעת-קיוון כתנאי לתחולתו.

68 כאשר החייב נושה בנמחה עצמו מעסקה ישירה ביניהם, הוא רשאי לקוון את החיובים השונים במסגרת הרגילה של דיני הקיוון. השווה גם S. Williston, *A Treatise of the Law of Contracts* (Mount Kisco, 3rd ed., Walter Jaeger (ed.), 1960) 141.

69 ראה לעיל, הקטע ליד הערה 51.

זה, חלפה גם שעתו של הקיצוץ כפרעון. כעת, על-פי סעיף 2(א), החייב אינו טוען שלממחה אין זכות מהותית כלפיו, אלא הוא מבקש להחיל על הנמחה אותם הליכים פרוצדורליים שהיו חלים אילו הממחה היה התובע. סעיף 2(א) אינו מבטא אפוא את הכלל, השייך לדין המהותי, שאדם אינו מעביר מה שאין לו⁷⁰, אלא רק את המגמה להגן על החייב שלא ייפגע כתוצאה מהמחאה שעשויה להתבצע גם בלא הסכמתו.

הבענו לעיל את הדעה, שחייב היודע על המחאה אל לו לפגוע בקניינו של הנמחה, אלא אם פגיעה זו היא תולדה של חולייה קודמת, תגובה על הפרת חוזה על-ידי הממחה. לפי השקפה זו, חייב אינו רשאי להעלות טענות מעיסקאות שכרת עם הממחה לאחר שידע על המחאה, אך יכול גם יכול להעלות טענות מעיסקאות קודמות שהתגבשו לאחר המועד האמור, כגון שהממחה הפר עתה חוזה ישן עם החייב⁷¹. דא עקא, על-פי לשון סעיף 2(א), מועד גיבושן של טענות ההגנה קובע, ולא תאריך כריתתו של ההסכם. למרות המגמה להגן על החייב בצורה רחבה, המחוקק איפשר פגיעה מסוימת בו בעקבות המחאה. כפי הנראה – אליבא דהמחוקק – זו תרומתו של החייב לקידום המוסד של המחאה-זכויות. לדידנו תרומה זו צנועה יתר-על-המידה, ועל כך בפרק השישי.

ג. טענות-הגנה מאותה עיסקה

כדי להבין את עניין הטענות שיש לחייב נגד הממחה מאותה עיסקה, יש להבהיר תחילה את העניין הבא. נמחה הרוכש זכות חוזית אינו מקבל על עצמו במעשה זה אחריות לחיוביו של הממחה כלפי החייב. היות שהגמחה אינו צד לחוזה המקורי וכאמור, גם לא קיבל עליו מאוחר יותר את ההתחייבויות הכלולות בו, החייב אינו יכול לתבוע אותו במישרין בגין הפרות החוזה שנעשו על-ידי הממחה⁷². המצב המשפטי הוא אפוא שהנמחה רשאי לתבוע מהחייב לקיים כלפיו את הזכות, ואילו החייב יכול להפנות את תביעותיו בקשר לחוזה אל הממחה בלבד.

70 השווה לעיל, הטקסט ליד הערה 47. גם הנשיא לנדוי בפרשת נפ' נולדה (לעיל, הערה 55), שם סיבר שסעיף 2(א) "מגלם אותו עיקרון שאין אדם יכול להעניק לזולתו יותר מאשר יש לו".

71 ראה את פסק-דינו של השופט קיסטר בפרשת וולטקס-צמרון (עמ' 408, מול האות א). והשווה Corbin, *On Contracts* (St. Paul, 1951) §897, p. 601, n. 30.

72 לאחרונה מתפתחת תיאוריה בארצות-הברית, שלפיה כאשר הנמחה מעורב בעסקיו של הממחה (The "Close Connection" Theory) החייב יוכל לתבוע אותו על הפרת החוזה. על גבולות הלכה זו ראה *Meyers v. Postal Finance Company* 287 N.W. 2d 614 (1979). לשאלה אם חייב רשאי לתבוע נמחה בעילה של עשיית עושר ולא במשפט בגין כספים ששולמו מתוך טעות, כאשר החייב לא ידע על הגנה העומדת לו, ראה ע"א 292/68 יעקב יפת ושות' בע"מ נ' הרולד אימטורד ואח', פ"ד (כג) 604. ראה עוד B. Geva, "Financing Assignee and the Contract for Sale in the United States and Canada" 23 *Boston College L. Rev.* (1982) 665, 681–688; F. R. Salinger, "Factoring – Are the True Benefits Still to Come" 2 *The Company Lawyer* (1981) 243, 246.

דברינו בפרק הקודם, לעניין קיוון שבוצע לפני הסכמתהמחאה או בפרק-הזמן שבין המחאה והודעה לחייב, יפים גם לקיוון מאותה עיסקה. חייב ששלח הודעת קיוון לפני הסכמתהמחאה, פועל במסגרת הרגילה של דיני הקיוון. משלוח הודעת הקיוון לפני שנודע לו על המחאה פוטר את החייב מכוח שילוב הוראת סעיף 2(ב) לחוק עם סעיף 53(א) לחוק החוזים הכללי. בשני המקרים האמורים זכותו של הממחה נפרעה, והחייב מופטר כלפי הנמחה מכוח הכלל שאדם אינו מעביר לאחר יותר משיש לו עצמו. השאלה העומדת לפנינו היא אפוא מה דינה של טענה המועלית לראשונה לאחר המועד שבו נודע לחייב על המחאה. כזכור, תנאי לתחולתם של דיני הקיוון הוא שהחובות ההדדיים הם בין אותם הצדדים ואילו כאן הנמחה נושה בחייב, וזה — על-פי האמור לעיל — נושה בממחה בלבד.

לכאורה, התשובה לבעיה שהצגנו מצויה בסעיף 2(א) לחוק, ואין הבדל לעניין זה בין קיוון מעסקאות אחרות שגדון בפרק הקודם ובין טענת קיוון מאותה עיסקה. ברם, לא כך עולה מפסק-הדין גרבו, שעל עובדותיו נעמד עתה בקצרה.

רשות-הנמלים בישראל (להלן: הרשות) וחברת רמטרופ (להלן: החברה) הגיעו להסכם שלפיו על החברה לבנות מבנים אחדים עבור הרשות. החברה המחתה את זכויותיה על-פי החוזה למר גרבו, והצדדים הודיעו לרשות על המחאה. מאוחר יותר לא עמדה החברה בהתחייבויותיה והרשות ביטלה בשל כך את החוזה. לאחר הפסקה מסוימת חודשו הקשרים בין השתיים ונערך חוזה חדש. החברה לא עמדה גם בחוזה השני, עסקיה הסתכנו, וגרבו, בצר לו, ניסה להיפרע מהרשות.

השאלה העיקרית שעלתה בפסק-הדין, האם החייב והממחה רשאים לערוך שינויים בהסכם ביניהם לאחר המחאה, אינה מענייננו כאן. על-כל-פנים, טענת גרבו היתה שזכויותיו כנמחה צריכות להיחתך לפי החוזה הראשון ולא על-פי החוזה החדש. כפי הנראה, על-פי ההסכם הראשון היה מגיע לחברה סכום מסוים בעד חלק העבודות שהיא ביצעה, אף שהיא עצמה הפרה את החוזה. הרשות טענה מנגד, שהפרת החוזה גרמה לה נזקים. מכאן עולה, שכנגד זכותה של החברה היתה לרשות טענת-קיוון מאותה עיסקה⁷³.

טענתו של גרבו היתה, שעל-פי האמור בסעיף 2(א) לחוק, זכותו התגבשה עם מתן ההודעה לרשות על המחאה, והפרת החוזה בידי החברה, שאירעה לאחר-מכן, אינה יכולה לפגוע בזכויותיו. על כך ענה בית-המשפט, מפי השופטת בן-פורת, כדברים הבאים:

"אין ספק שחלקה הראשון של הטענה בדין יסודו. טענות-ההגנה של החייב נגד הנמחה מתגבשות במועד שבו נודע לו דבר המחאה: סעיף 2(א) לחוק המחאה חיובים, תשכ"ט—1969. אולם יש להבדיל הבדל היטב בין טענות-ההגנה למיניהן, שבהן מדבר סעיף 2(א) הנ"ל, לבין הגנות הנובעות מתנאי החוזה גופו. למשל, ברור לכל בר-בירב, ולא ייתכן כלל אחרת, שהחייב יכול להתגונן בטענה שה-

73 ראה לעיל במבוא, הטקסט ליד הערה 33 ואילך. מהעובדות לא ברור אם מגיע לחברה סכום כסף על-פי החוזה הראשון, משום שהתשלום עבור העבודה שבוצעה אינו מותנה בסיום הפרוייקט כולו, או שזו תביעת-השבה בעקבות ביטול החוזה. לענייננו, אין נפקות בין השניים, ובכל מקרה טענתה הנגדית של הרשות היא, למעשה, קיוון מאותה עיסקה.

ממחה הפר את התחייבויותיו על-פי החוזה ועקב כך לא נתגבשה כלל הזכות שהומחיתה, אפילו מאוחרת ההפרה ממועד ההוראה על-דבר ההמחאה. כללו של דבר, באשר לקשר החוזי גופו ניצב הנמחה בנעלי הממחה, כך שטענות המבוססות על קשר זה אינן בגדר טענות-הגנה המתגבשות לפי סעיף 2(א) לחוק הנ"ל, בעת שנודע לו על ההמחאה".⁷⁴

בעיון ראשוני קשה להבחין היכן עובר קו-הגבול בין ההגנות השונות, שעליהן מדובר בקטע המצוטט. לכאורה נראה, שההבחנה היא בין טענות הגורמות לכך ש"לא נתגבשה כלל הזכות שהומחיתה" ובין הגנות אחרות, וזה לפי המינוח שלגו ההבדל בין טענות-הגנה רגילות לבין טענות-קיוזו למיניהן. ברם, לאור מסכת העובדות שתוארה לעיל, שממנה עולה שההגנה באירוע גשוא פסק-הדין היתה קיוזו מאותה עיסקה, ברור שההבחנה היא בין הגנות רגילות וקיוזו מאותה עיסקה, מחד גיסא, ובין קיוזו מעיסקה אחרת — מאידך גיסא. כך גם עולה מהקביעה, ש"באשר לקשר החוזי גופו ניצב הנמחה בנעלי הממחה".⁷⁵ על-פי פסק-הדין, הרי שטענות הקשורות לאותו החוזה עומדות לחייב גם אם התגבשותן מאוחרת למועד ההודעה על ההמחאה, ואילו טענות "הוק-חוזיות" עומדות לו רק כאשר נתגבשו לפני מועד זה. את הקושי שסעיף 2(א) הדן בנושא לא חילק בין סוגים שונים של טענות, וקבע שהן עומדות רק אם התגבשו לפני המועד האמור, פתר בית-המשפט בכך שההגנות הנובעות מהחוזה גופו אינן חסות בכנפיו של סעיף 2(א). להגנות אלו אין צורך כלל באסמכתא משפטית, הואיל ו"באשר לקשר החוזי גופו ניצב הנמחה בנעלי הממחה".

אף שאגו מסכימים — מנימוקים שיובהרו בהמשך — שכל הטענות הקשורות לאותו החוזה צריכות לעמוד לחייב בלא קשר עם מועד ההודעה על ההמחאה, סבורים אנו שאי-אפשר להגיע לתוצאה זו על-פי החקיקה הקיימת. לדעתנו, על-פי החוק המצוי, דין שונה לטענות רגילות ולקיוזו מאותה העיסקה.

כפי שראינו במבוא, בטענות-ההגנה רגילות החייב טוען שהחוזה נגוע בפגם בכריתתו או שהזכות לא התגבשה בשל הפרת החוזה על-ידי הממחה. לעניין פגם בכריתת, הזכות היתה פגומה כבר בזמן ההמחאה והיות שאדם אינו מעביר לאחר יותר משיש לו, אין בכוחה של ההעברה לכשעצמה לרפא את הפגם.⁷⁶ משום-כך אין גם חשיבות לעובדה, שהחייב מודיע על ביטול ההסכם לאחר שכבר ידע על ההמחאה.⁷⁷

74 עמ' 150.

75 כך עולה גם מספרה של בן-פורת (לעיל, הערה 62), עמ' 17, 19, ומחוברת-עידכון (שם), עמ' 17-18, שם נכתבו הדברים לפני פסק-הדין נרדוב. קרוב לזודאי, שהשופטת בן-פורת הושפעה גם מהמשפט האנגלו-אמריקני, המבחין גם הוא בין טענות הקשורות לאותו חוזה ובין טענות מעיסקאות אחרות. ראה להלן, בפרק החמישי.

76 אין לערב בין עניין זה לשאלת היחס בין א, בעלים של נכס שמכרו ל-ב, והחוזה ביניהם נגוע בפגם בכריתתו, ובין ג שרכש בתום-לב את הנכס מ-ב. גם הגורסים באותו עניין שבעלותו של א נדחית מפני זכותו של ג (כגון ג' סדסקי, "מכר מקרקעין והשבה בעין עקב ביטולו" משפטים יג (תשמ"ד) 265, 268) יסכימו, קרוב לזודאי, שאי-אפשר עדיין לבטל את ההסכם ולהיפטר מכאן ואילך מקיום חיוביו, אם נותרו כאלה, על-פי החוזה.

77 שאלה אחרת היא, למי יש לשלוח את הודעת-הביטול על-פי סעיף 20 לחוק החושים הכללי, או, במקרה של הפרת החוזה, ההודעה לפי סעיף 8 לחוק החושים (תרופות). בן-פורת (לעיל, הערה 62, עמ' 20) גורסת ש"הודעה היותר סבירה היא שלעניין זה עליו לפנות

תוצאה דומה תחול במקרה שהזכות לא השתכללה בשל הפרת החוזה על-ידי הממחה. בעת ההמחאה הנמחה רכש זכות לא-מגובשת תוך ידיעה, שהפרת ההסכם בידי הממחה עלולה לגרום לאי-גיבושה של הזכות. הנמחה רכש אפוא זכות מותנית וכשהתנאי לא התקיים, אף בשל מאורע שאירע לאחר ההמחאה, אין לו אלא להלין על עצמו. חייב המעלה נגד נמחה טענת-הגנה רגילה לא נשען אפוא על סעיף 2(א) לחוק אלא על אחד מהנחות-היסוד של דיני הקניין, על הכלל שאדם אינו יכול להעביר לאחר יותר משיש לו. לכלל זה אין, אולי, צורך באסמכתא מפורשת בחוק, כפי שלעניין מיטלטלין המחוקק לא הזכיר מפורשות.⁷⁸

לא כן במקרה שזכותו של הממחה התגבשה, אלא שהחייב מעוניין לקזז כנגדה טענה אחרת מאותה עיסקה. כאמור לעיל, העלאת הטענה בשלב זה, לאחר שהחייב יודע על ההמחאה, אינה במסגרת דיני הקיוון המהותי, ואינה פועלת כפרעון הזכות. החייב אינו טוען שלממחה, או לנמחה הבא מכוחו, אין זכות מגובשת, אלא הוא מעוניין להציב כנגדה את זכותו-שלו. המחוקק התיר אמנם לחייב להעלות נגד הנמחה טענה זו, אלא שהיתר זה שוברו בצדו, והוא עומד לחייב רק לגבי טענות שהתגבשו לפני ההודעה על ההמחאה.

לשון אחר: טענת קיוון מאותה עיסקה המועלית לראשונה לאחר שהחייב יודע על ההמחאה, צריכה גם צריכה אסמכתא משפטית לביטוסה. האסמכתא היחידה קיימת בסעיף 2(א) לחוק, ברם סעיף זה מכיר רק בטענות שהתגבשו לפני שנודע לחייב על ההמחאה.

טעותו של בית-המשפט נבעה מהסברה, שהנמחה ניצב בנעלי הממחה לכל ענייני החוזה. לדעתנו, נתחלפו לו לבית-המשפט הזכויות על-פי החוזה, בחוזה כולו. כפי שהסברנו לעיל, הנמחה לא קיבל על עצמו את התחייבויות הממחה, והחייב אינו יכול לתובעו במישרין בגין הפרת החוזה.⁷⁹ הנמחה אינו עומד אפוא במקום הממחה לכל ענייני החוזה אלא רק לחלק הזכויות שבו.

לגופו של עניין, אנו מסכימים שרצוי שהחייב יוכל להעלות נגד הנמחה את כל הטענות הנובעות מאותו חוזה, בלא קשר למועד ההודעה על ההמחאה. הבענו לעיל את הדעה, שההודעה באה להזהיר את החייב שלא ליטול חלק בפעולה הפוגעת בקניינו של הנמחה, אך לא למנוע ממנו להגיב באמצעים רגילים על הפרת ההסכם בידי הממחה. טענת-הקיוון נובעת מהפרת החוזה בידי הממחה, ויש אפוא להכיר בזכותו של החייב להתגונן בה גם כלפי הנמחה, גם אם ההפרה אירעה לאחר מועד ההודעה על ההמחאה.⁸⁰

למוכר (= הממחה) בלבד, שכן עברו לנמחה רק הזכויות בממון. מטעמי זהירות ייטיב החייב לעשות אם יודיע לשניהם.⁸¹

78 חוק המכר, או כל חוק אחר, אינם מזכירים את הכלל שאדם אינו מעביר לאחר יותר משיש לו, ועל קיומו אנו לומדים מהריגוי השונים, כמו סעיף 34 לחוק המכר. מעניין לציין, שבדיני המכר במג'לה הוקדש סעיף מיוחד לעיקרון זה (סעיף 365) וכך גם באנגליה, בחוק למכירת טובין משנת 1979. בסעיף (1) 21.

79 ראה לעיל, הקטע ליד הערה 72.

80 לעיל, בטקסט ליד הערה 71, הבענו את הדעה שמועד ההפרה אינו צריך להיות רלבנטי גם לגבי טענות-הגנה מעיסקאות אחרות; ברם, שם קיצץ המחוקק בזכויותיו של החייב כדי לעודד עבירותן של זכויות. נימוק זה אינו צריך לחול בעניין טענות-הגנה מאותה עיסקה.

תוצאה זו אינה מכבידה על הנמחה המכיר את החוזה ואת תנאיו השונים והוא ער אפוא להתחייבויות שהממחה נטל על עצמו. להשגת תוצאה זו יש לקבוע מפורשות בחוק, ש"כל טענה שיש לחייב נגד הממחה בקשר לחיוב תעמוד לו גם נגד הנמחה" תוך השמטת עניין ההודעה לחייב על ההמחאה.

ד. הנמחה ומוסדות קרובים

1. אוחד-שטר

דומה שהשוואה מיוחדת מתבקשת בין נמחה ובין אוחד-שטר. הנמחה והאוחד רכשו זכות שמקורה בחולייה קודמת. הנמחה רכש זכות חוזית רגילה, והאוחד — זכות מגור' למת במסמך סחיר. דיני השטרות מכירים בחריג לדיני הקניין הרגילים, לכלל שאדם אינו מעביר לאחר יותר משיש לו, כאשר מדובר באוחד כשורה⁸¹. ברם, מעמדו של אוחד שלא-כשורה צריך, לכאורה, להיות כשל נמחה רגיל⁸².

כמו לגבי נמחה, אנו דנים בסיטואציה שהודעת-הקיצוז לא נשלחה לפני סיחורו של השטר. במקרה זה, החייב על-פי השטר לא יוכל להסתייע בדיני הקיצוז הרגילים הואיל והחייבים השונים אינם בין אותם הצדדים: האוחד נושה בחייב (עושה-השטר) וזה נושה בצד הקרוב לו (הנפרע). החייב התגונן כנגד הנמחה על-פי סעיף מיוחד, סעיף 2(א) לחוק המחאת חייבים, אולם הוראה זו אינה חלה על מסמכים סחירים⁸³.

לעניין זה אין אפוא כל הוראת חוק, לא בפקודת השטרות ולא בדיני השטרות "במובן הרחב"⁸⁴. השאלה לא נדונה במישרין בפסיקה המקומית, ואילו בספרות המשפטית הובעה דעה שטענת-קיצוז אינה מועילה נגד צד רחוק אף שאינו אוחד כשורה⁸⁵.

דומה, שאם למוסד הקיצוז יש דריסת-רגל בדיני השטרות, בין שני צדדים קרובים, אין כל היגיון להבחין בין קיצוז כנגד נמחה וקיצוז נגד צד רחוק בשטרות⁸⁶. ברם, יש הסוברים שבמסמכים סחירים טענת-קיצוז אינה מתקבלת גם בין צדדים קרובים⁸⁷. עושה-שטר הנחבע על-ידי הנפרע אינו רשאי לקוז כנגד החייב השטרי, חוב שהנפרע חייב לו, אפילו הוא נובע מאותה עיסקה. טענת-קיצוז, כמו כשלון תמורה בלתי-קצוב,

81 פקודת השטרות (נוסח חדש), סעיף 37(2).

82 השווה *Cowen, On the Law of Negotiable Instruments in South Africa* (Cape Town, 4th ed., Denis V. Cowen and Leonard Gering [eds.], 1966) 271.

83 ראה סעיף 10 לחוק המחאת חייבים.

84 כביטוי של א' ברק, מהותו של שטר (הדפוס האקדמי, ירושלים, תשל"ב), עמ' 38—39.

85 שם, עמ' 52—53.

86 B. Geva, "Equities as to Liability on Bills and Notes — Rights of a Holder not in Due Course" 5 *Canadian Bus. L. J.* (1981) 53, 69—71.

שההלכה השונה באנגליה לעניין נמחה ואוחד רגיל היא אנומליה, ויש להשוות את המצב המשפטי בשתי הסוגיות.

87 ראה *Cowen* (לעיל, הערה 82), עמ' 273—274. דוגמא קיצונית לאי-קבילותו של הקיצוז בסוגיית השטרות מצויה בקליפורניה, שם קיצוז חייבים חל באופן אוטומטי ועם זאת נקבע שהלכה זו אינה פוגעת במסמכים סחירים. ראה *Tigar* (לעיל, הערה 21), בעמ' 267.

היא הגנה טובה בפני תביעה חוזית רגילה אך לא כנגד זכות שטרית. הסוגיא טרם הוכרעה בבית-המשפט העליון, אך בערכאה נמוכה יותר יש תימוכין לדעה, ש"זכויות קיזוז נגד מסמך סחיר היא דבר והיפוכו"⁸⁸. זו גם דעתו של א' רוזן-צבי במאמר רחב שיוחד לנושא. הכרה בקיזוז עלולה — לדעתו — לפגוע במעמדו האוטונומי של הסטר ולהמעיט את השימוש בו, שעה שהמגמה היא להשוות ככל הניתן תשלום באמצעות שטר לתשלום כסף מזומן⁸⁹. נימוק נוסף, המקובל עלינו, הוא שהשטר הוא חיוב מסוג מיוחד, מהווה פקודה לשלם "סכום מסוים בכסף"⁹⁰, ודרכי פרעונו הם רק אלה המ" קובלים באמצעות-תשלום על-פי נוהגי הסוחרים⁹¹.

לפי שיטה זו, אין מקום להשוואה בין נמחה ואוחז-שטר מכיוון שבהמחאה, שהיא בשלבה הראשון חיוב חוזי רגיל, הקיזוז אפשרי בין הצדדים לחוזה המקורי.

2. מוטב

כאשר צד לחוזה מתחייב בחיוב כלשהו כלפי מי שאינו צד לחוזה, זה האחרון, המוטב, זכאי לדרוש מהחייב את קיום החיוב, אם כוונה כזו משתמעת מן החוזה⁹². כמו הנמחה, המוטב קשור לחוזה לעניין הזכויות בלבד ואינו אחראי לביצוע חבויות כלשהן הנוביעות מהחוזה⁹³. הווה אומר: הופר החוזה על-ידי הנושה, החייב רשאי לתבוע אותו בלבד ולא את המוטב.

להבדיל מנמחה, החייב מתחייב במישרין, בחוזה עם הנושה, כלפי המוטב⁹⁴. המוטב נושה אפוא בחייב רק מכוח הסכמתו של זה, ואילו הנמחה נושה בחייב גם אם לא הסכים להמחאה.

מהו היקף הגנותיו של החייב כלפי המוטב? ברור שאם לחייב יש טענות כלפי הנושה, בין מחוזה זה ובין מעסקאות אחרות, הוא אינו יכול לקזז חיובים אלו כנגד זכותו של המוטב במסגרת דיני הקיזוז הרגילים. כזכור, תנאי לתחולת הקיזוז הוא שהחיובים השונים הם בין אותם צדדים ואילו כאן המוטב נושה בחייב וזה נושה בנושה. ברם, כמו בנמחה, הוראת חוק מיוחדת דגה בהגנות החייב. סעיף 37 לחוק החוזים הכללי קובע, ש"כל טענה שיש לחייב כלפי הנושה בקשר לחיוב, תעמוד לו גם כלפי המוטב". החייב אינו רשאי אפוא להעלות את "כל הטענות"⁹⁵ אלא את אלו ש"בקשר

88 ת"א (ת"א) *Onda Machinery Trading Co. Limited, Japan 1303/81* נ' ידע נליל ואה', פ"מ תשמ"ג (ב) 230, 232.

89 רוזן-צבי (לעיל, הערה 25), בעמ' 658—659.

90 פקודת השטרות, סעיף 3(א).

91 רוזן-צבי (לעיל, הערה 25), בעמ' 666.

92 סעיף 34 לחוק החוזים הכללי.

93 השווה *A. Farnsworth, Contracts (Boston, 1982) 741—743*.

94 זכותו של המוטב היא אפוא זכות עצמאית ומקורית, לעומת זכותו של הנמחה שהיא נגזרת מזו של הממחה. ראה ג' שלו, "חוזה לטובת צד שלישי", פירוש לחוקי החוזים (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הארי סאקר, ג' טדסקי עורך, ירושלים תשל"ז), עמ' 25.

95 ראה לעיל, ליד הערות 46 ו-53.

לחייב" 96 בלבד. להבדיל מהמצב לגבי נמחה, חייב אינו רשאי להעלות נגד המוטב טענות שיש לו נגד הנושה מעיסקאות אחרות שביניהם.⁹⁷

כפי הנראה, הבדלי ההלכה משקפים את רצונו של המחוקק לפרוש הגנה רחבה על החייב כלפי הנמחה, היות שהמחאה נעשתה שלא בהסכמתו. לעומת זאת, כלפי מוטב אין אינטרס דומה היות שהקנאת הזכות למוטב נעשתה על דעת החייב.

הפונקציה הכלכלית של שני המוסדות קרובה. במקרים רבים קיימת מערכת-יחסים כפולה, כאשר א נושה כ"ב ו"כ נושה ב"ג. ב מעוניין ש"ג יהא חייב במישורין כלפי א ועם התשלום מ"ג ל"א ייפרעו שני החובות — של ג ל"ב, ושל ב ל"א. לכאורה, כאשר החוזה בין ב ו"ג קדם בזמן לחוזה שבין א ו"ב, ב יכול להשיג את התוצאה האמורה באמצעות המחאה בלבד. לעומת זאת, כאשר החוזה בין א ו"ב קדם לחוזה בין ב ו"ג, או כאשר המשא-ומתן החווי בשתי החוליות מתקיים בו-זמנית,⁹⁸ אפשר לבנות את זכותו של א כמוטב, על-ידי כך שבתווה עם ב, ג ייקנה ל"א זכות תביעה כלפיו.

ברם, קיימת אפשרות לבנות את העיסקה המשולשת באמצעות חוזה לטובת צד שלישי, גם אם א "נכנס לתמונה" רק לאחר שנכרת החוזה בין ב ו"ג. זאת, אם נסבור שכדי להיות מוטב די בתיאור כללי של א ואין צורך בפרטים המזהים אותו ספציפית.⁹⁹ אם כך הוא, ב, היודע שהוא יודקק בעתיד למימון, יכול לדרוש מ"ג שזה יתחייב עתה ישירות כלפי חברת-מימון או בנק, שבעתיד ב יעביר לו מידע מדויק אודותיו. אף שדרך זו אינה הולמת, אולי, את לשונו של סעיף 34 לחוק החוזים הכללי, מבחינת המדיניות של מוסד המוטב די ש"ג מסכים מפורשות להתחייב לטובת מי שאינו צד לחוזה, ולהקנות לו זכות תביעה כלפיו.

נמחה עשוי אפוא ללבוש אדרת של מוטב וכך להשתחרר מעולו של טענות שיש לחייב נגד הנושה מעיסקאות אחרות.¹⁰⁰ שיקול זה צריך — לדעתנו, כפי שנפרש

96 ראה גם את דברי-ההסבר להצעת חוק החוזים (חלק כללי), תש"ל—1970, סעיף 39, ה"ח 129, 137. על הגיטוח "כל הטענות" ו"בקשר לחייב", ראה עוד סעיף 7 לחוק המחאת חייבים, תשכ"ט—1969; סעיף ד(א) לחוק הערבות, תשכ"ו—1967. הדיון בנמחה בהמחאה-חבנות וכערב חורג ממסגרת המאמר.

97 השווה Farnsworth (לעיל, הערה 93), עמ' 744.

98 כך היו העובדות בע"א 573/73 שמון תעשיות בע"מ נ' אי.א.א.אל, חברה לשירותי תעשייה בע"מ, פ"ד כח(2) 737 (להלן: שמון). ברם, הצדדים לעיסקה המשולשת לא בנו את ההסכם כחוזה לטובת צד שלישי, אלא החייב התחייב כלפי המממן בהסכם ישיר עמו.

99 ראה Note, "Contracts Rights as Commercial Security — Present and Future Intangibles" 67 Yale L. J. (1958) 847, 892. ראה עוד ע"א 68/76 אטיאס נ' הממנה על המרשם לפי חוק המקרקעין, פ"ד ל(3) 527, שם קבע בית-המשפט, שאם בחוזה בין בעל-קרקע ובין קבלן, התחייב הראשון לרשום הערת-אזהרה לטובת רוכשי דירות מהקבלן, רוכש דירה נחשב "מוטב" במובן סעיפים 34—38 לחוק החוזים הכללי ורשאי אפוא לתבוע ישירות מבעל-הקרקע את רישום הערת-האזהרה. זכות זו עומדת גם לקונה שרכש דירה מהקבלן. לאחר תתימת החוזה בין הקבלן ובעל-הקרקע, וזה המקרה הרגיל בעיסקאות אלו. מפסקי-הדין עולה אפוא, שדי בתיאור כללי של מוטב, כמו "רוכש דירה מהקבלן", ואין צורך בנתונים ספציפיים.

100 השווה G. Gilmore, *Security Interests in Personal Property* (Boston, 1965) vol. II, pp. 1084—1088.

בהמשך — להשפיע על אחדות הדינים בשתי הסוגיות, ועל המחוקק למנוע מהחייב את האפשרות להעלות כנגד נמחה טענות מעיסקאות אחרות שבין החייב לממחה.¹⁰¹

ה. קיזוז נגד נמחה במשפט האנגלו-אמריקני

ההלכה באנגליה, בארצות-הברית ובארצות אחרות היונקות מהמשפט המקובל¹⁰², זהה להלכה בישראל שעמדנו עליה בפרקים הקודמים. באופן כללי, הגנות הנובעות מהחווה שזכויותיו הומחו עומדות לחייב בכל מקרה, וטענות שמקורן בעיסקאות אחרות עומדות לו רק אם התגבשו לפני מועד ההודעה על המחאה.

הסוגיא באנגליה אינה מוסדרת באופן מלא בחקיקה. ה-"Law of Property Act, 1925, sec. 136 קובע באופן כללי, שזכויות הנמחה הן "Subject to equities having priority over the right of the assignee..." אך אין כל התייחסות בחוק להיקף ה-"equities" הנ"ל. מחברים אחרים נטו תחילה לדעה, שחייב אינו יכול להעלות טענות מעיסקאות אחרות שבינו לבין הממחה¹⁰³, אך לאחרונה, לאחר פסק-הדין המנחה בעניין¹⁰⁴ *Business Computer Ltd. v. Anglo-African Leasing Ltd.* אין עוד מקום לספק זה. בית-המשפט סיכם שם את ההלכה בוז הלשון:

"The result of the relevant authorities is that a debt which accrues due before notice of an assignment is received, whether or not it is payable before that date, or a debt which arises out of the same contract as that which gives rise to the assigned debt, or is closely connected with that contract, may be set off against the assignee. But a debt which is neither accrued nor connected may not be set off even though it arises from a contract made before the assignment"¹⁰⁵.

הבעיה העיקרית העולה למקרא שורות אלו היא הקביעה, שטענות מ"עיסקאות קרו-בות" עומדות לחייב גם אם התגבשו לאחר מועד ההודעה על המחאה. הכנסתו של מושג לא-מוגדר כמו "closely connected" לדיני המחאה, לא התקבלה באנגליה בעין יפה¹⁰⁶.

101 ראה להלן, בקטע לאחר הערה 127.

102 להבחנה דומה בקנדה, ראה *B. Geva, Financing Consumer Sales and Product De-fenses* (Toronto, 1984) 50—54.

103 ראה לדוגמא *Chitty, On Contracts* (London, 23rd ed., 1968) 491—492. ברם, במתדורה ה-24 משנת 1977, עמ' 562—563, מובא, שהחייב יכול להתגונן בטענות מעיסקאות אחרות.

104 2 All E.R. 741 (1977).

105 עמ' 748.

106 *Salinger* (לעיל, הערה 72), שם.

ההבחנה בין טענות מאותה עיסקה לטענות שמקורן בעסקאות אחרות, באה לידי ביטוי מפורש ב"Uniform Commercial Code"¹⁰⁷, שאומץ בכל מדינות ארצות-הברית פרט ללואיזיאנה. ברם, הקוד לא חידש בסוגיא זו והלכה דומה קיימת גם ב-"Res-tatement"¹⁰⁸.

במבוא ראינו, שהקיוז במשפט האנגלו-אמריקני אינו זכות מהותית אלא הליך של סדרי-הדין. ברם, הקיוז בהמחאת-חייבים רחוק מרחק רב מסעד דיוני גרידא. טענת-הקיוז של הנתבע "רצה", כביכול, עם זכותו של הנושה וגורעת ממנה באשר היא שם. הקיוז הוא אפוא בעל נפקות לא רק במישור ההיסים עם הממחה, אלא הוא פגם כעין-קנייני הנצמד לזכות גם כסוז מועברת לידי צד שלישי. אילו היה הקיוז דיוני גרידא, במישור הסעד בלבד, העברת הזכות לידי צד שלישי היתה סותרת עליו את הגולל. כסעד דיוני, שאלת הענקתו צריכה היתה להיחתך לפי המצב בעת קיומו של התהליך המשפטי. ברור למדי שעל-פי קריטריון זה, החייב אינו זכאי לסעד של קיוז היות שהוא נתבע על-ידי הנמחה ותביעתו הנגדית מופנית כלפי הממחה. למעשה, דברים בכיוון זה נאמרו בצורה ברורה בארצות-הברית, בפסק-דין ישן שלפני 150 שנה, מפי השופט Story, ומן הראוי — לדעתנו — להביא ציטטה מדבריו:

"It cannot be that any equity of set off attaches to the debt itself ... An assignment of a chose in action conveys merely the rights, which the assignor then possesses to that thing. But such an assignment does not necessarily draw after it all other equities of an independent nature. Then again what is the right of set-off? By our law it is not a compensation, balancing debts *pro tanto* as in the civil law, but mere matter of defence ... It is a privilege or right attaching to the remedy only ..."¹⁰⁹.

אכן, הספרות המשפטית בארצות-הברית התקשתה להסביר את כפיפות הנמחה לטענות שיש לחייב נגד הממחה מעסקאות אחרות. Williston¹¹⁰ טען בשעתו, בהתייחסו למצב המשפטי בארצות-הברית לפני הקוד, ששורש ההלכה נעוץ בעובדה שעבירות הזכויות

107 סעיף (1) 318—9 לקוד, קובע:

"Unless an account debtor has made an enforceable agreement not to assert defenses or claims ... the rights of an assignee are subject to

- (a) all the terms of the contract between the account debtor and the assignor and any defense or claim therefrom; and
- (b) any other defense or claim of the account debtor against the assignor which accrues before the account debtor receives notification of the assignment."

108 ראה Gilmore (לעיל, הערה 100), עמ' 1088—1091.
109 1144, 1149 10 Fed. Cases (1824) *Greene v. Darling*.

110 (לעיל, הערה 68), כרך 100, סעיף 447, עמ' 335. ראה גם מאותו המחבר "Is the Right of an Assignee of a Chose of Action Legal or Equitable?" 30 *Harv. L. Rev.* (1916) 97, 101.

מקורה בדיני היושר, והממהה מעביר רק בעלות שביושר וממשיך להיות בעלים שבדין של הזכות. הקיוון הוא אפוא בין אותם צדדים — החייב נושה בממחה מעיסקה אחרת וזה נושה בו כבעלים-שבדין של הזכות המומחית. עם זאת, לאחר שנודע לחייב על ההמחאה אין זה הוגן מצדו לטעון קיוון בהסתמך על טענות חדשות, והלכה היא שביט-משפט אינו מורה על קיוון מקום שרגש הצדק אינו מחייב אותו.¹¹¹

דומה שאף אם ההסבר היה נכון בשעתו, הוא אינו יכול להתקבל כבסיס להלכה המקבילה בקוד. מחברי הקוד לא הושפעו ממקורה האקוויטבילי של ההמחאה, ולא היססו לסטות מהמשפט המקובל כאשר סברו שהוא אינו מתאים יותר למציאות הדי-נמית.¹¹² מפתיע אפוא שהקוד שחיוק את סחירות הזכויות¹¹³ ואת מעמדו של הנמחה, הותיר בעינו את כפיפותו לטענות שיש לחייב נגד הממחה מעיסקאות אחרות.

יש שהסבירו כי הבעלות בזכות עוברת רק עם ההודעה לחייב על ההמחאה, ולכן החייב רשאי לקוון טענות שהתגבשו עד למועד זה.¹¹⁴ דומה, שגם אם נסכים להנחה זו אין בכך הסבר להלכה לעניין עיסקאות אחרות. כזכור, הקיוון במשפט האנגלי-אמריקני הוא סעד דיוני המופעל על-ידי בית-המשפט ולעניין זה יש חשיבות למועד הדיון ולא למועד ההודעה על ההמחאה. על בית-המשפט לשקול את מתן הסעד בעת הדיון המשפטי ואו הנמחה הוא בעליה של הזכות. הקביעה שהבעלות בזכות עוברת בעת ההודעה על ההמחאה ולא עובר לכריתתו של הסכם-ההמחאה, אינה רלבנטית אפוא לעניין הקיוון נגד הנמחה.

כיום, לפי הקוד, מועד ההודעה לחייב אינו רלבנטי אף לעניין היחס בין נמחים שונים של אותה הזכות. הקוד החיל את הכלל של "First to File Rule", שלפיו נמחה שרשם את זכותו גובר על כל אחר שבא מכוחו של הממחה, אף בלא שהיתה כלל הודעה לחייב.¹¹⁵

ברם, כפי שראינו לעניין סעיף 2(א) לחוק — ההוראה המקבילה במשפט הישראלי — ההלכה איננה נובעת מדיני הקיוון הרגילים. כפיפות הנמחה לטענות שיש לחייב נגד הממחה אינה תולדה מאופיו של קיוון כפרעון או מקיומו בין הצדדים המקוריים. ההלכה מבטאת את המגמה להגן ככל האפשר על חייב, שלא יוזק כתוצאה מהמחאה המתבצעת גם ללא הסכמתו. משום-כך, היקף ההגנות של חייב כלפי נמחה זהה בישראל ובארצות המשפט המקובל, על-אף ההבדל המשמעותי ביניהם לעניין אופיו של הקיוון. ואכן, באנגליה חייב מוגן כלפי נמחה גם במקום שלא חל קיוון בין הצדדים המקוריים. חייב יכול להעלות טענה לסכום לא-קצוב הנובעת מאותה עיסקה, גם אם דיני היושר לא

111 ראה לעיל, בטקסט ליד הערה 11.

112 ראה בהרחבה — Eugene E. Mooney, "Old Contracts Principles and Karl's New Code—An Essay on the Jurisprudence of our New Commercial Law" 11 *Villanova L. Rev.* (1966) 213

113 ראה סעיף (4) 318—9 לקוד.

114 ראה Walter W. Cook, "The Alienability of Choses in Action—A Reply to Professor Williston" 30 *Harv. L. Rev.* (1917) 449, 474—475. עם זאת, המחבר מודה, שאין דמיון גמור בין ההודעה בהמחאה והרישום במקרקעין. על עמדתנו לעניין הישראלי, ראה לעיל, בטקסט ליד הערה 59 ואילך.

115 סעיף (5) 312—9 לקוד.

היו מאפשרים קיוזו בין הצדדים המקוריים.¹¹⁶ Spry¹¹⁷ טוען, שפסקי-דין אחדים שישו את ההבחנה האמורה וכאשר עסקו בקיוזו בין צדדים מקוריים, הסתמכו על תקדימי-מים שעסקו בהמחאות, בלא להבחין שחייב רשאי להעלות נגד נמחה טענות, שבין הצדדים המקוריים לא ניתן היה להעלותם כקיוזו אלא כתביעה-שכנגד. בלבול מושגים זה גרם באנגליה לסטייה מן הגישה האורתודוקסית, המכירה בקיוזו מדיני היושר רק כאשר החיובים ההדדיים כה קשורים עד שאין זה מן הצדק לדון באחד בנפרד מחברו; ולקביעה שניתן לקזז כל-אימת שהחיובים השונים, אף בלתי-קצובים, נובעים מאותה עיסקה.

1. ביקורת על כפיפות הנמחה לטענות-הגנה מעיסקאות אחרות

החלפת פקודת החוב (העברה) המנדטורית בחוק המחאת חיובים, תשכ"ט—1969, ביטאה את רצונו של המחוקק "להנהיג שיטה רחבה יותר של העברת זכויות מנושה לנושה"¹¹⁸. בכך הלך החוק בעקבות שיטות משפט מודרניות אחרות הרואות בזכות חוזית, נכס נשוא זכויות קנייניות¹¹⁹. חיוזק מעמדו של הנמחה מבטא את המגמה הקניינית בסוגיא של המחאת חיובים.

החוק המאפשר להמחות זכות ללא הסכמת החייב מעוגנין כמשקל-נגד להבטיח, שהחייב לא יפגע כתוצאה מההמחאה. מניעת פגיעה בחייב כתוצאה מההמחאה אינה משאירה בידי נימוק סביר להתנגד לה.

למעשה, גם המחוקק איפשר הרעה מסוימת במצבו של החייב בעקבות ההמחאה.¹²⁰ עמדנו לעיל על כך שלפי סעיף 2(א) לחוק, חייב אינו רשאי להתגונן בטענות מעיסקאות אחרות שהתגבשו לאחר ההודעה על ההמחאה, אף שאותה עיסקה נכרתה לפני מועד זה, היינו: טרם שהחייב צריך היה לקחת בחשבון את זכויותיו של הנמחה.¹²¹ כפי הנראה, המחוקק רצה לאזן בדרך זו בין האינטרסים הנוגדים של החייב והנמחה. אנו סבורים, שלשם השגת איוון הולם היה על המחוקק ללכת צעד נוסף ולקבוע שהחייב לא יוכל להעלות כלל טענות שמקורן בעיסקאות אחרות שבין החייב והנמחה, ובמקרה

116 ראה *Halsbury's Laws of England* (London, 4th ed., 1974), vol. VI, para. 64; *Cheshire and Fifoot Law of Contracts* (London, 10th ed. by M. P. Funnston, 1981) 466.

117 (לעיל, הערה 10), עמ' 172—173. ראה עוד מאתו המחבר "Equitable Set-Offs" 43 *Australian L. J.* (1969) 265, 269.

118 הצעת חוק העברת חיובים, תשכ"ה—1965, ה"ח, 246, 247.

119 "ההתייחסות של דיני הקניין אל הזכות האישית כנכס היא התייחסות שהיא 'חיצונית' לזכות, דהיינו: מניחים כי הזכות קיימת ודנים במעמדה מבחינת זכויות הקניין האפשריות (כגון האפשרות לשעבדה במשכון, למכרה על-ידי המחאה, וכדו')", (י' ויסמן, "מושגי יסוד בדיני הקניין — סקירה ביקורתית" משפטים יא (תשמ"א) 41, 67).

120 על פגיעות אפשריות בחייב בעקבות ההמחאה, ראה גם מאמרי, "הסכם האוסר המחאת זכות" מחקרי משפט ג (תשמ"ד) 156, 157—160.

121 ראה לעיל, בקטע ליד הערה 71.

זה יהא עליו להגיש תביעה נפרדת נגד הממחה. ההתנגדות להעלאת טענות מעיסקאות אחרות נובעת ממשקלם המצטבר של הנימוקים הבאים:

(1) ההלכה של סעיף 2(א) מטילה נטל כבד מדי על הנמחה. על נמחה פוטנציאלית לבדוק את כל מערכת היחסים בין החייב לממחה, אם הממחה עומד בהתחייבויותיו השונות כלפי החייב. בדיקה זו אורכת זמן רב ומסרבלת את ההליך של המחאת זכויות, תחת לפשטו ולייעלו.

אמנם ניתן להשיג מידע ישירות מהחייב בלי לערוך חקירה עצמאית, ומצג-שווא של החייב עשוי להעניק לנמחה עילה נזיקית נגדו¹²². ברם, לבד מכך שהעילה הנזיקית אינה יעילה כזו שלפי החוק¹²³, פתרון זה מחייב שיתוף-פעולה עם החייב, בניגוד למגמתו הכללית של החוק.

(2) כפי שנאמר לעיל, מטרתו של חוק המחאת-חיוכים היתה ליצור תנאים שיאפשרו העברה נוחה של זכות מגושה לרעהו. הגושפנקה המשפטית לעבירות זכויות מרחיבה את מעגל הנכסים העסקיים ומסייעת לפיתוחו של שוק האשראי. ברם, כדי שאנשים ירכשו זכויות או יעניקו אשראי כנגדם יש להסוות ככל האפשר את מעמדן של הזכויות לזה של נכסים אחרים.

ברם, בשל ההלכה בסעיף 2(א) הנ"ל – כפי שגם עולה מהדוגמאות שהובאו לעיל¹²⁴ – הסיכונים של נמחה גדולים לאין-ערוך מזה של רוכש מיטלטלין או מלווה שנטלם כבטוחה¹²⁵. ואכן, מסיבה זו נקים בארץ אינם מחשיבים המחאת-זכות כבטוחה טובה, והיא משמשת בעיקר בטוחת-לוואי, בנוסף על משכון קורפורטי.

(3) מהפסיקה הדלה-יחסית אצלנו בסוגיא של המחאת-חיוכים, ומנסיון העשיר יותר של אומות אחרות, עולה שההגנה הרחבה על החייב מחטיאה בסופו-של-דבר את מטרתה. נמחים מנסים להשתחרר מכבליה של הגנה זו באחת מן הדרכים הבאות:

(א) כאשר מדובר במספר קטן של זכויות שנמחה רוכש מממחה, הנמחה יכול ליצור קשר ישיר עם החייב ולדרוש ממנו ויתור חלקי או מלא על טענות-ההגנה העומדות לו. עובדות דומות אירעו בפרשת שמן, כאשר אי.אס.אל. הנמחה, החתים את "שמן" על תנאי, שלפיו התחייב "שמן" לפרוע את החשבונות לנמחה "התחייבות מוחלטת ובלתי חוזרת"¹²⁶. סעיף זה פורש בפסק-הדין כוויתור על כל הטענות שיש לחייב כלפי הממחה, גם על טענות-הגנה רגילות. בית-המשפט פסק שגם אם "שמן" קיבלה מהמוכר מוצר פגום, היא חייבת להעביר לנמחה את מלוא המחיר.

122 מכוח סעיפים 35 ו-36 לפקודת הנזיקין. על החובה שלא ליתן מידע רשלני לאדם הסומך על מידע זה, ראה ע"א 230/80 פנידור, הברה להשקעות פיתוח ובניין בנימי אחי נ' קספר, פ"ד לה(2) 713, 727.

123 הנמחה רוכש גם את כל הזכויות הנלוות לזכות שהומחחה. ראה סעיף 5 לחוק.

124 ראה לעיל, בקטעים שלאחר הערה 53.

125 נוסף לכך, בזכויות אין תקנת שוק כמו במיטלטלין, ונמחה שרכש זכות שקודם-לכן עוקלה על-ידי אחד מגושיו של הממחה, כפוף לעיקול גם אם לא ידע עליו. ראה לעיל, הערה 66.

126 לעתים החייב אינו יכול לסרב להתחייבות כזו, בשל מערכת-יחסיו עם הממחה.

(ב) כאשר נמחה רוכש זכויות רבות של הממחה כלפי לקוחותיו (Book Debts), התחייבות ישירה מצד החייב כלפיו איננה מעשית. מקרים אלו שכיחים בארצות-הברית כאשר קמעונאי מוכר לצרכנים באשראי מוצרים בני-קיימא, ואת החווים עם הלקוחות הוא מעביר למממן שלו. כדי להשתחרר מטענות-הגנה שונות הנמחה דורש מסמך סחיר בחתימת הלקוחות, או שבהסכם-המכר החייב יותר על טענות-ההגנה שיש לו, במקרה שהמוכר ימחה את הזכות¹²⁷.

מבין הדרכים המשפטיות השונות שאפטר לבנות על-פיהן עיסקת-מימון, כגון משכון מיטלטלין, שטר, מוטב, ועוד, מצבו של נמחה הוא הגרוע ביותר, וסביר אפוא להניח שמממן יימנע כליל מרכישת זכויות או שהוא יתנה על סעיף 2(א) לחוק, ואז עלול להיות שהחייב לא יוכל להעלות גם טענות הנובעות מאותה עיסקה. כל אחת מהאפשרויות הנ"ל פוגעת בסופו-של-דבר בחייב שעליו באנו להגן. עדיף אפוא — לדעתנו — לקבוע הלכה שלחייב יעמדו כלפי הנמחה רק טענות הקשורות לאותה עיסקה, ועל-ידי כך יושווה מעמדו של נמחה למוטב, ולא ייווצר פער רחב מדי בינו לבין אוחז כשורה של מסמך סחיר.

ז. סיכום ומסקנות

במאמר עסקנו בסוגיא של הגנות החייב כלפי הנמחה, נושא המוסדר בסעיף 2(א) לחוק המחאת חיובים. סוגיא זו, כמו נושאים נוספים בדיני המחאת חיובים, משקפת את המתח בין חיוב וקניין. מחד גיסא, הזכות החוזית, בעיני המשפט המודרני, היא נכס לכל דבר — נכס שניתן לבצע בו דיספוזיציות שונות, ומכאן הרצון להגן על זכותו הקניינית של הנמחה. מנגד, הדין מעוניין להבטיח שהחייב לא ייפגע בגין ההמחאה, שמצבו לא ישתנה, כאילו הזכות מצויה עדיין בידי הממחה.

בית-המשפט העליון, בעוסקו בביאור הסעיף, הבחין בין שני סוגים של הגנות: טענות הנובעות מהחווה גופו, העומדות לחייב גם אם נתגבשו לאחר שנודע לו על ההמחאה; וטענות מעיסקאות אחרות שבין החייב והממחה, העומדות לחייב רק אם התגבשו לפני המועד האמור.

הבענו את הדעה, שהגנת המחוקק על החייב מרחיקת-לכת ומוטב להגבילה לטענות או להגנות הנובעות מהחווה שזכויותיו הומחו. לדעתנו, אחריותו העקיפה של הנמחה לכל שרשרת עסקיו של הממחה עם החייב חותרת תחת אושיותיו של חוק המחאת-חיובים. מטרתו של החוק היתה לעודד את השימוש במכשיר הפיננסי של המחאת-זכויות, וכפיפותו של הנמחה לטענות שיש לחייב מעיסקאות אחרות עלולה — לדעתנו — לסכל מטרה זו.

מנגד, על המחוקק לומר מפורשות שהחייב רשאי להתגונן כלפי הנמחה בטענות הנובעות מאותה עיסקה, גם אם התגבשותן מאוחרת למועד ההודעה על ההמחאה.

127 על היחס בארצות-הברית להתנאה על זכויותיו של החייב, ראה בהרחבה אצל גבע (לעיל), הערה 72), בעמ' 689—700.

לדעתנו, נימוקיו של בית-המשפט, שהגיע לתוצאה זו על-פי החוק הקיים, לא היו מבוססים די הצורך.

במקום סעיף 2(א) לחוק, אנו מציעים אפוא את הנוסח הבא: "המחאת-זכות אין בה כדי לשנות את הזכות או את תנאיה, וכל טענה שיש לחייב כלפי הממחה בקשר לחיוב העמוד לו גם כלפי המוטב".

כותרת המאמר היא "קיוזו נגד נמחה", אף שעסקנו במכלול טענות ההגנה שיש לחייב כלפי הנמחה. הדגשת הקיוזו באה להעמיד את הקורא על כפל המשמעות של מונח זה. בחקיקה האזרחית, הקיוזו הוא אחד הדרכים לקיום חיובים. ברם, בנושא דיוננו, כאשר הפסיקה קובעת שחייב יכול לקזז נגד הנמחה תביעות שיש לו על הממחה, אין הכוונה לקיוזו במובן האמור היות שהחיובים השונים אינם בין אותם הצדדים. הקיוזו נגד הנמחה קרוב, למעשה, לתביעה-שכנגד הפרוצדורלית, ומובנו הוא שאותן טענות משמשות הגנה טובה נגד נמחה. משום-כך, על-אף השוני המהותי בין הקיוזו בישראל לבין המשפט המקובל בעניין הצדדים המקוריים, הלכת הקיוזו נגד הנמחה זהה בשתי שיטות המשפט.