

אף בארצות הברית ידועה פעילות המדינה באמצעות התאגידים הציבוריים הן במישור הפדרלי, והן במדינות השונות עצמן.<sup>35</sup> במישור הפדרלי ידועה ביותר רשות עמק הטנסי (Tennessee Valley Authority) המתוארת כיעילה שבין התאגידים. במדינות השונות בארה"ב מתרבה השימוש בתאגידים מאז מלחמת העולם הראשונה, ובעיקר אחרי המשבר של שנות ה-30. נזכיר למשל את ה-Port of New York Authority וה-Port of New York Authority of the State of New York, שניהם תאגידים הפועלים בניו-יורק.

גם בארצות אחרות פועלים תאגידים סטטוטוריים ואף חברות ממשלתיות.<sup>36</sup> מה דין גופים אלה מבחינת הזהות עם המדינה? ניתן לומר, כי הן בישראל, הן באנגליה והן בארצות הברית, אשר בהן חל כלל הפרשנות בו אנו דנים<sup>37</sup> נתגבשה גישה בבתי המשפט, אשר בדרך כלל מסרבת לראות את התאגידים כנהנים מהסטטוס שיש למדינה, בהעדר הוראה מפורשת אחרת.

כך בישראל, נקבע כי אין רשות הפיתוח בגדר המדינה.<sup>38</sup> באנגליה בפסק הדין *B.B.C. v. Johns*<sup>39</sup> קבע בית המשפט כי אין שרות השידור הבריטי בעל סטטוס של הכתר לענין מיסים, ובפסק דין מפורסם קודם *Tamlin v. Hannaford*<sup>40</sup> קבע בית המשפט האנגלי ביחס לתאגיד בשם ועדת התחבורה הבריטית, כי אינו בעל סטטוס של הכתר ביחס לחוקי הגנת הדייר. זה הקו השולט בפסיקה האנגלית ביחס לתאגידים הציבוריים.<sup>41</sup> אף בארה"ב נוכל למצוא, כי בתי משפט מפרשים הוראות המעניקות לגוף כושר לתבוע ולהיתבע כהופכות אותו לבעל סטטוס אחר מזה שיש למדינה.<sup>42</sup> ניתן לציין שוני בין המישור הפדרלי ובין הנעשה במדינות השונות בנידון זה, ואף שוני בנידון זה בגישת המדינות עצמן בענין הקניית מעמד סוברייני לתאגידים. יש מדינות בהן נטיית המחוקק לפרוש על התאגידים הציבוריים את ההגנה של חסינות הריבון ברורה יותר.<sup>43</sup>

(המשך יבוא)

35 ראה S. Abel, "The Public Corporation in the United States", מחוך *Government Enterprise*, עמ' 181-199.

36 כך בצרפת פועלים תאגידים סטטוטוריים כ-ORIF (שרותי הרדיו והטלוויזיה); *Gas de France*; *Electricité de France*; *Charbonnage de France* ואחרים. כן מפותחת בצרפת, כבכל הקונטיננט, הפעילות מטעם המדינה באמצעות חברות מסחריות, דוגמת *National Renault Company*; *Air France*; *Banque de France*; *Compagnie Nationale du Rhone* ואחרות. ראה *Government Enterprise*, p. 107-123. ראה על התאגידים הציבוריים באיטליה, גרמניה, שוודיה, קנדה, ובמדינות אחרות ב-*Government Enterprise*, הנזכר לעיל.

37 ראה לגבי חלוח כלל הפרשנות בארצות-הברית, "American Jurisprudence," Vol. 54, *United States*, s. 8.

38 ע"פ 134/58 רשות הפיתוח נ. הוד"מ, פד"י י"ג, 722.

39 1965 Ch. 32.

40 1950 K.B. 18.

41 ראה אף הפסיקה המובאת להלן.

42 אך לא כך המצב תמיד. כך למשל למרות שרשות עמק הטנסי הינה, על-פי החוק הדין בה, בעלת כושר לתבוע ולהיתבע בשמה, לעיחים נוהגים בה כאילו לא היתה תאגיד אלא מתלקה ממשלתית. ראה *Government Enterprise*, p. 199.

43 על הסטטוס המשפטי של התאגידים בארה"ב ראה *Government Enterprise*, pp. 198-199; *Public Corporation*, pp. 361-362.

# א ג ב ה פ ס י ק ה

## אגרת חוב מלוה קצר מועד למוכ"ז: זכותו של קונה בתום לב ובעד ערך

(ת.א. ת"א 3019/71 בנק לאומי לישראל בע"מ נ.

בנק הלואה וחשבון לישראל בע"מ – טרם פורסם)

### א. מבוא

כאשר שטר חוב למוכ"ז נגנב מבעליו, ונמכר על-ידי הגנב לקונה בעד ערך ובתום לב לפני עבור מועד פרעונו<sup>1</sup>, רוכש הקונה זכות קנין טובה בשטר<sup>2</sup>. זכות זו מעניקה לו זכות בעלות בשטר כחפץ<sup>3</sup>, וזכות על-פי החיובים הצמודים לו<sup>4</sup>. מה דינה של איגרת חוב מלוה קצר מועד למוכ"ז<sup>5</sup>, אשר נגנבה מבעלה ונקנתה על-ידי קונה בעד ערך ובלא לדעת על דבר הגניבה: הרוכש הקונה זכות קנין טובה באגרת, באופן שהוא בעליה במישור הקניני, והוכאי על-פיה במישור האובליגטורי?

בת.א. 3019/71 בנק לאומי לישראל בע"מ נ. בנק הלואה וחשבון לישראל בע"מ<sup>6</sup> (להלן – פרישת בנק הלואה וחשבון) התעוררו שאלות אלה במלוא הריפותן. כאן נגנבו מספר אגרות חוב מלוה קצר מועד למוכ"ז מבעליהן, הוא בנק הלואה וחשבון לישראל. הגניבה בוצעה על-ידי מנהל סניף של הבנק. הגנב העביר את האגרות לאשתו<sup>7</sup>, אשר הפקידה אותן בתחילה בבנק לאומי לישראל, ולאחר מכן מכרה אותן לבנק. הבנק רכש את האגרות לפני הגיע מועד פרעונו<sup>8</sup>. בלא לדעת על היותן גנובות, ואף בלא לדעת או לברר כי המוכרת, אשת הגנב, אינה עוסקת במכירת אגרות. על יסוד עובדות אלה פסק בית המשפט המחוזי בתל-אביב, מפי השופט לובנברג, כי זכות הקנין באגרות

- 1 ובהתמלא שאר התנאים העושים את הקונה לאוחז כשורה: סעיף 28(א) לפקודת השטרות.
- 2 סעיף 37 לפקודת השטרות.
- 3 ראה ספרנו, מהותו של שטר, עמ' 75.
- 4 סעיף 27(2) לפקודת השטרות.
- 5 המוצאת מכוח חוק מלווה קצר מועד, תש"ד-1960 (ס"ח 310, תש"ד, עמ' 48) והתקנות הרבות שהותקנו על-פיו.
- 6 טרם פורסם.
- 7 אנו מגיחים כי האשה ידעה על דבר הגניבה ולא סמכה על סמכותו הנתוית של מנהל הסניף למכור אגרות. אילו המדובר היה בקונה תמים, ניתן היה אולי לעורר את הטענה כי כלפיו פעל מנהל הסניף במסגרת הרשאתו, באופן שהמכירה מחייבת את הבנק או להילפין מטילה עליו אחריות שילוחית בגין התרמית של עובד הבנק.
- 8 זאת הנתתנו, אם כי יש לנו ספיקות. האגרות הוצאו מכוח תקנות מלוה קצר מועד (סדרה 12/542), תשכ"ט-1969, אשר פורסמו בק"ת 2346, תשכ"ט, עמ' 875. תקנות אלה הוצאו ב"12 בפברואר, 1969. נקבע בהן, כי באותו יום תוצא הסדרה האמורה, אשר פדיונה לאחר שנה, כלומר, ב"12 בפברואר, 1970. האגרות נקנו על-ידי בנק לאומי ב"1971. נמצא, כי הן נרכשו לאחר עבור מועד פדיון. על כל פנים, נראה, שעובדה זו לא היתה חשובה

אגרת חוב מלווה קצר מועד למוכ"ז: זכותו של קונה בתום לב ובעד ערך

נתונה לבעליהן הראשוניים, דהיינו, בנק הלואה והסכון לישראל. השופט ביסס החלטתו על שלושה נימוקים עצמאיים, אשר החיוב שבהם לגביז היה הראשון, ואלה נימוקי השופט:

ראשית, קונה האגרות מאשת הגנב לא רכש בהן זכות קנין טובה על-פי תקנת השוק. יסוד הוא בסעיף 34 לחוק המכר, תשכ"ח-1968, כי הנכס נמכר "על-ידי מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר". יסוד זה לא התמלא כפרשת בנק הלואה והסכון, שכן אשת הגנב אינה עוסקת במכירת אגרות והבנק לא בירר ענין זה כלל. שנית, קונה האגרות מאשת הגנב לא רכש בהן זכות קנין טובה על-פי נוהג הסוחרים, שכן רכישתו לא היתה בתום לב.

שלישית, קונה האגרות מאשת הגנב לא רכש בהן זכות קנין טובה מכוח חוק מילווה קצר מועד, תש"ך-1960, שכן אין החוק מעניק לאגרות המוצאות על-פיו את תכונת הטהירות<sup>9</sup>.

נראה לנו, כי צדק השופט בקבעו כי לא נתמלאו היסודות של תקנת השוק, וכי החוק לפיהן הוצאו האגרות לא מעניק להן את תכונת הטהירות. עם זאת, נראה לנו, כי טעה השופט בקבעו כי קונה האגרות לא רכש בהן קנין מכוח נוהג הסוחרים. נעמוד בקצרה על ענינים אלה. בניתוחנו זה יוצאים אנו מתוך ההנחה — שהיתה כנראה גם הנחתו של השופט לובגברג, שכן אין הוא עומד על ענין זה בפסק-דינו — כי האגרות אינן "שטר-חוב" במשמעות ביטוי זה בפקודת השטרות<sup>10</sup>, וכי פקודת השטרות אינה חלה על הסחר באגרות אלה. הנחה אחרונה זו אינה נקיה מספיקות, וניתוחה חורג ממסגרת רשימתנו זו המיועדת לעיון בנימוקים שהובאו על-ידי השופט ולא בנימוקים שהוא לא דן בהם כלל, אם כי היה מקום נכבד לדון בהם<sup>11</sup>.

### ב. תקנת השוק

סעיף 34 לחוק המכר, תשכ"ח-1968, קובע: "נמכר נכס נד על-ידי מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר והמכירה היתה

לשופט, שכן הוא לא התייחס אליה. לדעתנו, יש לעובדה זו חשיבות רבה. לא הרי תום לבו של זה הקונה אגרת לאחר מועד פדיונה (והחייב לשאול עצמו מדוע טרם נפתחה) כהרי תום לבו של זה הרוכש אגרת לפני שעבר מועד פדיונה. זאת ועוד, לענין נוהג הסוחרים בו דן השופט, ספק בעיני אם התגבשה הזכות לענין אגרות שעבר מועד פדיון. בספרנו הנ"ל, עמ' 23, הצענו להשתמש במונח "היטהרות" כמונח העברי לרעיון כי השטר נרכש "free from equities" של צדדים קודמים. השטר טוהר בידי רוכשו. השופט זוסמן מבחין בין סחרות פורמלית (עבירות) לבין סחרות מטריאלית (היטהרות): ראה זוסמן, דיני שטרות, מהדורה רביעית, עמ' 250.

10 סעיף 84 לפקודת השטרות.

11 לגופו של ענין, דעתנו הינה, כי אגרות אלה הינן שטרי חוב. לפנינו הבטחה ללא תנאי לשלם סכום כסף ידוע למוכ"ז בזמן ידוע. איזכור החוק על האגרות אינו נראה לנו רלבנטי. אין איזכור זה עושה את האגרות למותנות, שכן לא נקבע באגרת, כי היא כפופה לתנאים הקבועים בחוק. זאת ועוד — בחוק עצמו אין תנאים; לבסוף, החוק ידוע לכל. אין הן גם מוגבלות לקרן מיוחדת. העובדה שהאגרות מוצאות מכוח חוק אינה מעלה ואינה מורידה. החוק נחוץ לשם מתן הסמכה לממשלה, בשם המדינה, לפעול במשפט הפרטי. משניתנה הסמכה זו, מוצאת האגרת על-ידי החתומים עליה.

במהלך הרגיל של עסקיו, עוברת הבעלות לקונה, נקיה מכל שעבוד, עיקול וזכות אחרת בממכר אף אם המוכר לא היה בעל הממכר או לא היה זכאי להעבירו כאמור, ובלבד שהקונה קנה וקיבל אותו לחזקתו בתום לב". מה הרלבנטיות של הוראה זו בענייננו? נראה לנו כי רלבנטיות זו היא כפולה: ראשית, מכוח הוראה זו עשוי הקונה לרכוש זכות בעלות באגרות. מכוהה שוב אין הוא כפוף לזכות הבעלות של הבעלים הראשון. נובע מכאן, למשל, כי אין הבעלים הראשון זכאי לתבוע את הקונה על גול האגרות<sup>12</sup>; שנית, בעלותו של הקונה שוללת מהחייב על-פי האגרות הגנה אפשרית של *ius tertii*<sup>13</sup>. בנפול ההגנה, עומדת זכותו של הקונה כמחזיק באגרות למוכ"ז.

היחול סעיף 34 לחוק המכר על מכר של אגרות חוב מילווה קצר מועד? שאלה זו ניתן לחלק לשניים. ראשית, היחול חוק המכר בכללו על מכר אגרות אלה? שנית, הנתמלאו היסודות הקבועים בסעיף 34 בפרישת בנק הלואה והסכון? אשר לשאלה הראשונה, נראה כי התשובה היא בחיוב<sup>14</sup>. הקושי האחד נובע לכאורה מהוראות סעיף 4 לחוק המכר. ס"ק (א) לסעיף זה קובע, כי "הוראות חוק זה יחולו על מכר של מטלטלין, ובשינויים המחוייבים—גם על מכר מקרקעין וזכויותיו". האם האגרות שלפנינו הן "מטלטלין" או "זכויות"? לדעתנו התשובה היא בחיוב. האגרות הן גם מטלטלין וגם זכויות. יש להן קיום פיסי ותתכן בהן תפיסה, החזקה ומסירה מיד ליד. הן איפוא מטלטלין. צמודות להן זכויות אובליגטוריות ערטי-לאיות. הן איפוא זכויות. כך או כך, חוק המכר הל. ס"ק (ב) לסעיף 4 קובע, כי "הוראות חוק זה יחולו כשאין בדין אחר הוראות מיוחדות לענין הנדון". האין לומר כי דין כזה אכן נוצר, אם בנוהג הסותרים ואם בחוק מילווה קצר מועד, תש"ך-1960? לדעתנו התשובה היא בשלילה. חוק מילווה קצר מועד אינו עוסק בתכונת הטהירות, ועל כן אינו קובע הוראה "לענין הנדון". נוהג הסותרים אינו "דין"<sup>15</sup> לענין חוק המכר<sup>16</sup>.

נמצא, כי השאלה המרכזית שיש לתת הדעת עליה היא האם התמלאו היסודות של סעיף 34 לחוק המכר. יסודות אלה הם שבעה במספר: (1) מכירה; (2) של נכס נד; (3) על-ידי מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר; (4) במהלך הרגיל של עסקיו; (5) קניה; (6) קבלת הנכס הנד לחזקתו; (7) בתום לב. נראה כי אין ספק כי היסוד הראשון, החמישי והששי נתקיימו, שכן היתה זו עיסקה של מכירה-קניה אשר כתוצאה

12 ראה סעיף 53 לפקודת הנוזיקין. ודוק: אין זו רק הגנה טובה לקונה, אלא שזכות הבעלים הראשונים נשללת: ראה צלטנר, חוק המכר, תשמ"ח-1968, עמ' 147.

13 למהותה והיקפה של הגנה זו, ראה ספרנו, שם, עמ' 61 ואילך וכן בספח א', בעמ' 151.

14 בע"א 352/71 החברה המרכזית לניירות ערך בע"מ נ. אנגלר, פד"י כ"ו (1), 678, הניח השופט לגדוי כמובנת מאליה תחולתו של חוק המכר על מכירתן של אגרות חוב מילווה קצר מועד. בספרנו, שם, עמ' 122 הבענו דעתנו כי חוק המכר יחול על מכר שטרות. על-פי השקפה זו, פשיטא שהוא יחול על מכר אגרות.

15 ראה הגדרת "דין" בפקודת הפרענות. הכלל, כי נוהג או מנהג מחייבים, הוא "דין", לא כן נוהג ספציפי.

16 על כן פטורים אנו מלדון בשאלה אם נוהג הסותרים כולל הוראות "לענין הנדון". לדעתנו אין כל מניעה לתחולתן המקבילה של נוהג הסותרים ושל חוק המכר.

אגרת חוב מלווה קצר מועד למוכ"ז: זכותו של קונה בתוס לב ובעד ערך

ממנה קיבל הקונה חוקה בממכר. האם האגרות הן "נכס נד" (היסוד השני)? השופט לובנברג נתן דעתו לשאלה זו, אך לא דייק בה. הוא אומר: "תקנת השוק חלה על מטלטלין ולאור סעיף 2 לפקודת הנויקין המגדיר 'מטלטלין' 'דומם או חיה, לרבות כסף'... יש לראות אגרת חוב כמטלטלין". ההוראה בענין תקנת השוק אינה חלה על מכר "מטלטלין" <sup>17</sup> אלא על מכר "נכס נד". המחוקק מבדיל בחוק המכר בין שני אלה. נמצא שאין הם היינו הך. נראה כי "נכס נד" משמעותו "חפץ ריאלי" <sup>18</sup>. לדעתנו, אגרות חוב מלווה קצר מועד הן "נכס ריאלי" <sup>19</sup>. אמת הדבר, הן מגלמות בתוכן זכות אובליגטורית שהינה ערטילאית ולא ריאלי; ואכן, על עיסקה בזכות הערטילאית הזאת לא חל סעיף 34 לחוק המכר, ואין כוחו ל"טהר" פגם בזכות ערטילאית זו <sup>20</sup>. אך האגרת אינה רק גילום של זכות אובליגטורית. היא מהווה כשלעצמה חפץ <sup>21</sup>, שכן יש לה קיום פיס, ניתן לתפוס אותה ולהעביר החזקה מיד ליד כדרך שמעבירים כסף או שולחן. תתכן בה שליחת יד ועכוב שלא כדין. ב"כושרון" זה האגרות הן "נכס נד". לענין החפציות שבהן תחול הוראת סעיף 34 לחוק המכר, באופן שהרוכש אותן זוכה בבעלותן.

המתקיים היסוד השלישי, לפיו תחול תקנת השוק רק אם המכירה הינה על-ידי מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר? השופט לובנברג קבע כי תנאי זה אינו מתקיים, שכן אשת הגנב לא עסקה במכירת אגרות. אומר השופט: "גברת אמה לוי אינה סוחרת ניירות ערך. הבנק כלל לא בדק זאת. היא סתם לקוחה של הבנק שמכרה את אגרות החוב באופן חד פעמי ואין הבנק יכול להנות מתקנת השוק שעה שהוא קונה אגרות חוב למוכ"ז מאשה אלמונית שאינו מכיר. לו היה הבנק רוכש את אגרות החוב מבנק אחר, או מחברה העוסקת בניירות ערך היה המצב שונה". אכן, לדברים אלה מסכימים אנו, למעט הקטעים שהדגשנו, בהם מכניס השופט לתוך היסוד השלישי של תקנת השוק יסוד הנוגע לתום הלב. זהו ערובוב שלא לצורך, המביא את השופט לטעותו העיקרית בפסק הדין, כפי שנראה להלן. לענין היסוד השלישי, אין כל חשיבות לשאלה אם הבנק ידע או אם הוא בדק את העובדה שהמוכר עוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר. יסוד זה הוא יסוד אוביטיבי <sup>22</sup>, ומחשבתו של הקונה לגביו אינה מעלה ואינה מורידה. כך, למשל, אם

17 נמצא כי ההפניה לפקודת הנויקין אינה לענין, שכן זו מגדירה "מטלטלין" ולא "נכס נד". ההגדרה החדשה של מיטלטלין בפקודת הפרשנות, לפיה מיטלטלין הם "נכסים מוחשיים, חוץ ממקרקעין" מקרבת את המושג "מיטלטלין" למושג "נכס נד", אך הגדרה זו אינה חלה לענין חוק המכר (ראה חוק המטלטלין, תשל"א-1971, סעיף 15), ועל כל פנים אין בה הגדרה לביטוי "נכס נד".

18 ראה צלטנר, שם, עמ' 146.  
19 אחרת סובר כנראה צלטנר, שם, עמ' 29, הגורס כי ניירות ערך הם זכויות ולא חפץ ריאלי. (שם, עמ' 146).

20 על כן, אם החיוב פגום מטעם זה או אחר – כגון שיש בו טעות או כשלון תמורה או סיכול – אין מכירתו בתנאים הקבועים בסעיף 34 לחוק המכר מעניקה לקונה זכות נקיה מאותו פגם.

21 ערכו של חפץ זה אינו בערך הגייר ממנו הוא עשוי, אלא בערך החיוב הצמוד אליו, שכן המחזיק כדין באגרת זכאי על פיה.

22 ראה צלטנר, שם, עמ' 147.

מכירת האגרות היתה געשית על-ידי שלוח נסתר<sup>23</sup>, אשר פעל בשם חברה העוסקת במסחר בניירות ערך מבלי לגלות זאת לקונה, היה מתקיים היסוד השלישי הנוכח. המתקיים היסוד הרביעי ("במהלך הרגיל של עסקיו")? השופט לובנברג הגיח כי תנאי זה אכן מתקיים. בכך טעה השופט. גישתו היתה כנראה שמהלך העסקים הרגיל בו מדובר הוא מהלך עסקיו של הקונה. לפי פירושו הנכון של סעיף 34 לחוק המכר, המהלך הרגיל של העסקים מתייחס למהלך עסקיו של המוכר ולא של הקונה<sup>24</sup>. משנקבע בפסק הדין כי אשת הגנב כלל לא עסקה במכירת נכסים מסוג האגרות, ממילא ברור כי המכירה אינה יכולה להיות במהלך הרגיל של עסקיה.

המתקיים כאן היסוד השביעי ("תום לב")? נראה שהשופט לובנברג אינו עוסק בשאלה זו בהקשר זה. הוא מרחיב הדיבור על תום הלב לענין נוהג הסוחרים, אך לא לענין תקנת השוק. בגישתו זו הוא צדק, שכן די בכך שהיסוד השלישי או הרביעי לא התקיים כדי לדהות תחולתו של סעיף 34 לחוק המכר. יהד עם זאת, לאור בדיקתו יסוד זה בהקשר לנוהג הסוחרים, מן הרצוי להבהיר משמעות ביטוי זה בהקשר לחוק המכר. מהו "תום לב" לענין סעיף 34 לחוק המכר? נראה לנו כי "תום לב" בהקשר זה משמעותו הגינות. תום הלב נשלל אם הקונה יודע על פגם בזכות קנינו של המוכר, או אם הנסיבות הן מחשידות והוא "עוצם את עיניו"<sup>25</sup>. רשלנות אינה שוללת תום לב. נראה לנו כי הקונה אינו חייב לבדוק את קנינו של המוכר<sup>26</sup>. בענין זה ניתן ללמוד ממושג "תום הלב" בפקודת השטרות<sup>27</sup>. בפקודה זו הגישה המקובלת הינה כי רוכש שטר אינו חייב לחקור ולדרוש אם למוכר השטר יש זכות קנין טובה בשטר<sup>28</sup>. השופט זוסמן מסביר טעמו של דין זה<sup>29</sup>: "אם תהא חובה על נוטל השטר לחקור ולדרוש בענין שאינו מתגלה על-פני המסמך עצמו, ישהה הדבר סיחור המסמך ויגרע מערכו של מסמך סחיר. דרכי הסחרות מחייבים פעולה מהירה. לפיכך, במסגרת דיני השטרות, ידיעת פגם פירושה – ידיעה ממש, ואין די באפשרות לדעת". טעמים אלה תופסים גם לענין תקנת השוק, שכן הסוגיות הן *in pari materia*. מכאן, שאם הקונה אינו בודק אם המוכר עוסק במכירת נכסים מסוגו של המוכר, אין בכך בלבד כדי לפגום בתום לבו של הקונה לענין סעיף 34 לחוק המכר. כמו כן תום הלב אינו

23 הפועל על-פי סעיף 7 לחוק השליחות, תשכ"ה-1965.

24 ראה צלטנר, שם, עמ' 147.

25 ראה צלטנר, שם, עמ' 147.

26 ראה ד"ר 15/70 קור ב"מ ג. תל-היג, חברה לאחסנה ובסחר בע"מ, פד"י כ"ו (1), 36.

27 ראה צלטנר, שם, עמ' 145: "נראה לנו, כי מבהינת הדין הרצוי שלנו, אין לדרוש מקונה אשר קנה מסוחר במהלך הרגיל של עסקיו של זה האחרון, שיבדוק את זכותו של המוכר, ועל כן די שיפעל בהגינות אפילו מתוך התרשלות". יש לציין כי בדברים אלה מניח פרוץ צלטנר כי המכירה היתה במהלך עסקיו של המוכר. לדעתנו, תום הלב אינו נשלל גם אם המוכר אינו עוסק במכירת נכסים מסוגו של המוכר.

28 סעיף 91 לפקודת השטרות: "כל שנעשה, למעשה, ביושר-לב, רואים כאילו נעשה בתום-לב כמשמעותו בפקודה זו, בין שנעשה ברשלנות ובין שלא ברשלנות".

29 ראה זוסמן, דיני שטרות, מהדורה רביעית, עמ' 277: "האם ייפסל כאותו כשורה מי שלא ידע כי זכות המסחר פגומה, אלא שאילו חקר ודרש, היה הדבר מתגלה לו? התשובה היא: לא. תום לב פירושו – יושר ואין רשלנות מעידה על חוסר יושר".

30 שם, עמ' 278.

אגרת חוב מלווה קצר מועד למוכ"ז: זכותו של קונה בתום לב ובעד ערך

נפגם אם הקונה בדק ומצא, כי המוכר אינו עוסק במכירת אגרות, אלא זו מהווה לגביו עיסקה הד-פעמית. תום הלב ייפגם רק אם הקונה יודע כי יש פגם בקנינו של המוכר, או שהוא "עוצם את עיניו" בנסיבות מחשידות. הד הפעמיות של העיסקה או האלמוניות של המוכר אינן עובדות מחשידות כשלעצמן.

### ג. חוק מלווה קצר מועד, תש"ך-1960

הטהירות (או הסחרות המטריאליות), דהיינו, התכונה המעניקה לקונה בתום לב ובעד ערך זכות טובה יותר מזכותו של המוכר, יש והיא נובעת מנוהג הסוחרים (בו ידובר להלן) ויש והיא נובעת מהחוק המקים את המסמך<sup>31</sup>. היש בחוק מלווה קצר מועד, תש"ך-1960 (להלן – החוק) או בתקנות שהוצאו על-פיו הוראות המעניקות טהירות לרוכש האגרות בפרשת בנק הלואה והסכון? השופט לובנברג נתן דעתו לשאלה זו והשיב עליה בשלילה. הוא מציין כי החוק קובע את תכונת העבירות (סחרות פורמלית) בלבד<sup>32</sup>. אין החוק כולל כל הוראה בענין הטהירות. השופט דוחה את הטענה, כי מקור הטהירות הוא בתקנה 6 לתקנות מלווה קצר מועד (סדרה 12/542), תשכ"ט-1969<sup>33</sup>, לפיה: "השווי הנקוב של כל איגרת חוב והריבית המשתלמת עליה ישולמו לכל מי שימסור למינהלה את איגרת החוב". לדעת השופט, תקנה זו מהווה אך ורק הוראה לבנק ישראל ולא מקור לטהירות. אילו רצה המחוקק לקבוע "טהירות" היה קובע זאת בחוק עצמו ולא בתקנות, והיה קובע זאת בלשון מפורשת, כפי שהדבר נעשה, למשל, בסעיף 7 לחוק בנק הדואר, תשי"א-1951<sup>34</sup>. למסקנות אלה אנו מסכימים. קיומה של הוראה בענין "עבירות" אינו גורר אחריה כל מסקנה לגבי "טהירות"<sup>35</sup>. העבירות היא תנאי הכרחי אך לא מספיק לטהירות. הטהירות חייבת להקבע במפורש<sup>36</sup>. תקנה 6 אינה מקור לטהירות, משני טעמים: ראשית,

31 ראה זוסמן, שם, עמ' 278.

32 סעיף 9(א) לחוק, הקובע: "איגרות חוב למוכ"ז ניתנות להעברה במסירה".

33 ק"ת 2346, תשכ"ט, עמ' 875. האגרות נשוא פרשת בנק הלואה והסכון הוצאו מכוח תקנות אלה.

34 "אולם רשאי שר הדואר להורות ברשומות שסוג מסויים של מסמכים כאמור הוא סחיר ומשהורה כן יהא דין מסמכים אלה כדין שיקים כמשמעותם בפקודת השטרות".

35 ראה דברי השופט לנדוי בע"א 352/51 הנ"ל: "בסעיף 9(א) של חוק מלווה קצר מועד, המדבר על אופן העברת האגרת מיד ליד, אין לגלות כוונה של המחוקק לצייד אגרות אלה בתכונה יוצאת-דופן לגמרי, שכאילו גם המחזיק באגרת "שלא-כשורה" זכותו עדיפה על זכות הבעל האמיתי. שום צורך מצרכי המסחר ההוגן באגרות אלה אינו מחייב הענקת זכות מפליגה כזו למחזיק הבלתי-ישר".

36 המחוקק הישראלי הבדיל, באופן עקרוני, בין שלושה סוגים של אגרות: (א) אגרות שנקבע לגביהן כי ניתן לעשותן סחירות (ראה חוק מלווה קליטה, תשכ"ב-1961, הקובע בסעיף 5(א): "שר האוצר יקבע את ההוראות והתנאים שיחולו על התעודות, לרבות אלה שיחולו על הוצאתן, סחירותן, ופדיונן". ראה גם חוק מלווה קליטה וחסכון חובה, תשכ"ג-1963). המונח "סחירות" בהקשר זה משמעותו, לדעתנו, סחירות וטהירות כאחת. בפועל לא נקבעה לגבי אגרות אלה עד כה כל הוראה בענין סחירות, אם כי נקבעו הוראות בענין עבירות;

כל שנקבע בה הוא כי סכום האגרת ישולם למחזיק בה<sup>37</sup>. כבר ראינו כי זכות זו של המחזיק כפופה לטענת פגם בזכות הקנין<sup>38</sup>. כפיפות זו אינה קבועה בחוק אלא נובעת מעקרונות כלליים. בדוגמא שלנו, אין זה מתקבל על הדעת שהחוק יחייב את החתום על האגרות לפדותן, אך בד בבד יטיל על הפודה אחריות בנויקין על גזל כלפי בעל האגרת; שנית, אפילו התיימר מתקין התקנה 6 לקבוע טהירות, הוא היה חורג בכך מהרשאת החוק. סעיף 5 לחוק קובע, כי שר האוצר רשאי להתקין תקנות, בין השאר, בכל הנוגע לדרכי תשלום ודרכי פדיון. אין בהסמכה זו כדי לשמש מקור לקביעת הטהירות<sup>39</sup>.

(ב) אגרות שהן עבירות אך לא טהירות. העבירות, יש והיא נקבעת במפורש (ראה פקודת המלווה העממי, תש"ט-1948, סעיף 8: "אגרות ההוב ניתנות להעברה בדרך מסירה"; חוק מילווה הפיתוח, תש"ך-1960, §8(א): "אגרות חוב למוכ"ז ניתנות להעברה במסירה"; חוק מילווה לבטחון המדינה, תשכ"ח-1968, סעיף 8(א)), ויש והחוק אינו קובע דבר לגביה. במקרה זה נובעת העבירות מעצם העובדה שהאגרת היא למוכ"ז (ראה למשל חוק המילווה (פרטים), תשכ"ז-1966. אין בחוק זה כל הוראה בענין העבירות, אך נקבע בסעיף 8 לחוק כי האגרת שעלתה בגורל תפדה למוכ"ז. משמע, שהאגרת היא עבירה). לענין אגרות עבירות, יש והן על שם, והעברתן בדרך הקבועה לכך בחוק, ויש והן למוכ"ז, והעברתן במסירה, אשר לטהירות, יש ונקבע במפורש שהאגרת אינה סחירה (ראה חוק מילווה חסכוני, תש"ל-1970, סעיף 12: "תעודות המילווה לא יהיו סחירות". לדעתנו, "סחירות" כאן משמעותה טהירות. האגרות ניתנות להעברה). ברוב המקרים אין כל הוראה בענין הטהירות, ועל-פי העקרון הכללי, בהעדר הוראה מפורשת בענין טהירות, הדין הוא שהאגרות אינן טהירות; (ג) אגרות שנקבע לגביהן במפורש שהן לא עבירות. אף כאן מבדיל המחוקק בין חוסר עבירות מוחלט (ראה חוק מילווה בטחון, תשל"א-1971, סעיף 4(א): "התעודות לא יהיו סחירות ולא יהיו ניתנות לשעבוד או להעברה פרט להעברה מכת הדין") לבין חוסר עבירות מוגבל הדינו, בלתי עבירות תקופת זמן פלונית, ולאחריה עבירות. כאן מבדיל המחוקק בין אגרות שבהיותן עבירות הן יועברו בדרך הרגילה (ראה חוק מילווה עממי מיוחד, תשי"ד-1954, סעיף 2), לבין אגרות שבהיותן עבירות הן יועברו כאגרות למוכ"ז, למרות שבמקורן הן היו אגרות על שם (ראה האגרות שהוצאו מכוח חוק מילווה קליטה, תשכ"ב-1961; חוק מילווה קליטה (הארכה), תשכ"ב-1962; חוק מילווה קליטה וחסכון חובה, תשכ"ג-1963). במקום שהחוק קובע שהאגרת היא בלתי עבירה, פשיטא שהיא בלתי טהירה, שכן לא תתכן טהירות ללא עבירות. על כן נראה לנו כי בהוראת סעיף 4(ג) לחוק מילווה בטחון, תשל"א-1971, לפיה האגרות הן בלתי סחירות ובלתי עבירות, ההוראה בענין הסחירות מיותרת. אם נסכם נוכח לומר כך לענין אגרות למוכ"ז: (1) שתיקת המחוקק לענין העבירות והטהירות משמעותה שהאגרת עבירה אך לא טהירה; (2) קביעה שהאגרת אינה עבירה משמעותה גם שהאגרת אינה טהירה; (3) קביעה שהאגרת היא "עבירה" משמעותה שהאגרת אינה טהירה מכוח החוק. כמובן, היא עשויה להיות טהירה מכוח נהג הסוחרים; (4) כאשר המחוקק משהמש במונח "סחיר" בחוקים אלה כוונתו לרעיון הטהירות ולא לרעיון העבירות.

37 ענין זה נובע מלשון האגרת עצמה.

38 ראה ספרנו, שם, עמ' 61 ואילך.

39 השווה חוק מילווה קליטה, תשכ"ב-1961, אשר מסמיך בסעיף 15(א) את שר האוצר לקבוע בתקנות "את התוראות והתנאים שיחולו על התעודות, לרבות אלה שיחולו על הוצאתן, סחירותן, ופדיונן". ראה גם חוק מילווה קליטה וחסכון חובה, תשכ"ג-1963, סעיף 7(ב). כאשר המחוקק רצה להסמיך את מחוקק המשנה לקבוע הוראות בענין סחירות הוא עשה זאת במפורש.



אגרת חוב מלווה קצר מועד למוכ"ז: זכותו של קונה בתום לב ובעד ערך

#### ד. נוהג הסוחרים

##### (1) נוהג הסוחרים כמקור למהירות

דומה, כי הכל מסכימים כי נוהג הסוחרים בישראל עשוי להקים סחרות מטריאלית, טהירות<sup>40</sup>. לא זה המקום לנתח מקורו של עיקרון זה, אם הוא נובע מהוראות המגילה<sup>41</sup> או מהמשפט האנגלי<sup>42</sup>. כמו כן מוסכם הוא כנראה<sup>43</sup>, כי השאלה אם אגרת פלוניא או סוג אגרות פלוניא נהנית מתכונת הטהירות חייבת להקבע על-פי נוהג הסוחרים בישראל. לאור עמדה עקרונית זו מתעוררות שתי שאלות: ראשית, המכיר נוהג הסוחרים בישראל בסחירותן המטריאלית, טהירותן, של אגרות מילווה קצר מועד למוכ"ז? שנית, מהם היסודות שקונה אגרות כאלה צריך למלא כדי לרכוש בהן זכות עדיפה מזכותו של המוכר?

##### (2) המכיר נוהג הסוחרים בישראל כטהירותן המטריאלית של אגרות

מילווה קצר מועד למוכ"ז?

השופט לובנברג נתן דעתו לשאלה זו, והגיע למסקנה, לאור העדות ששמע, כי אכן קיים נוהג סוחרים בישראל המעניק סחרות מטריאלית (טהירות) לאגרות אלה. למסקנה זו הגיע השופט על יסוד עדותם של שני עדים, מנהלים של מחלקת ניירות הערך בבנקים הקונים. לדעתנו, עדות זו היא מצומצמת מדי, ואין לבסס עליה נוהג סוחרים. היא קשורה יותר מדי עם צד "הקונים" בפרשה שלפנינו. לדעתנו, כדי להוכיח נוהג סוחרים יש לערוך בדיקות נוספות. יש להביא עדות מצד "המוכרים". היה מעניין לדעת השקפתם של אנשי בנק ישראל. כמובן, אין לבוא בענין זה בטרוניה עם השופט, שכן הוא ראה בדיון כולו ענין בלתי רלבנטי, שכן לשיטתו, אפילו קיים נוהג סוחרים, הרכישה של הקונה לא היתה בתום לב.

40 ראה זוסמן, שם, עמ' 9: "מיצוות המחוקק היא, שאין מסמך סחיר אלא אם נקבע כך בחוק או אם נוהג הסוחרים מכיר בכחותיו". השווה גם ע"א 197/47 לויצין נ. סלובבסקי, פד"י ב', 268.

41 המכירות בחוקפו של הנוהג: ראה סעיפים 36-45 למגילה.

42 כדעתו של השופט לובנברג, האומר: "בפקודת השטרות או בכל חוק אחר אין אנו מוצאים כל הוראה הקובעת שנוהג סוחרים יכול ליצור מסמך סחיר מכיוון שפקודת השטרות אינה מתיימרת להיות קודקס לגבי כל דיני השטרות במובנה הרחב, הרי במקרה של שתיקה באחד מהנושאים בעניני שטרות שאין להם הסדר אחר בחקיקה המקומית, ניתן לפנות ל- Common Law דרך סימן 46 לדבר המלך במועצתו, ולשאוב ממנו את ההלכה שאם מוכח נוהג הסוחרים לגבי סחירותם של מסמכים, כי אז יש לראותם כמסמכים סחירים". דעתנו אינה כדעת השופט. נראה לנו כי הוראות המגילה לענין הנוהג עשויות לשמש מקור מספיק להכרה בסחירותם של האגרות, ואין צורך בענין זה לפנות למשפט האנגלי.

43 הספק עולה מע"א 197/47 הנ"ל, בו נפסק כי מכיוון שבאנגליה תעודות מניות למוכ"ז של תאגיד מסחרי הם מסמכים סחירים, זהו גם הדין בישראל. לדעתנו, גם אם העקרון לפיו נוהג יוצר סחרות נקלט מהמשפט האנגלי, אין להרחיק בקליטה זו ולקלוט את הדינים הספצי- פיים בענין סחרותם של ניירות ערך שונים. סחרותם של אלה יש לקבוע בישראל על-פי נוהג הסוחרים בישראל. אמת הדבר, משנפסק על-ידי בית-משפט מוסמך באנגליה, כי נייר ערך פלוני הוא סחיר, הופכת סחרותו להיות חלק מהמשפט המקובל, אך משפט זה אינו תואם את תנאי הארץ ואין לקלטו דרך סימן 46 לדבר המלך במועצתו.

(3) יסודות נהג הסוחרים בענין סחירותן של האגרות

הדיון הקצר בפסק הדין בנוהג הסוחרים לא מאפשר לקבוע את יסודותיו. הקטע הנוגע בדבר בפסק הדין הוא זה: "עולה מדבריהם של מר גרינברג, מנהל מחלקת ניירות ערך של המבקש, ומדברי מר מרסל לוי, מנהל מחלקת ניירות ערך של משיב מס' 4, כי הבנקים רוכשים אגרות חוב מאנשים שונים בלי לבדוק בציציות המוכרים ולתהות על קנקנם. הלקוח לא מתבקש מעולם על-ידי הבנק להוכיח את בעלותו באגרות, אפילו במקרה בו האגרות מופקדות בידי הבנק לבטחון, כבעלים. לכן נראה לי כי לכאורה הוכח נוהג סוחרים". מקטע זה ניתן, בכל זאת, להוציא מספר מסקנות: ראשית, כי זכות עדיפה נתונה לרוכש אם הרכישה נעשת בדרך של קניה ומכירה; שנית, כי לענין ידיעתו של הקונה, אין כל דרישה כי הוא יבדוק את הגינותו של המוכר או אף את זהותו. קניה ללא בדיקת ציציות המוכר מתיישבת עם נוהג הסוחרים. שלישית, כי אין כל דרישה אוביקטיבית, לפיה המוכר צריך להיות אדם העוסק במכירת נכסים מסוגו של המוכר, וכי המכירה תהיה במהלך עסקיו הרגיל. נראה, איפוא, כי על יסוד העדות המועטה שהובאה בפסק הדין ניתן לומר כי רכישה בעד ערך וללא ידיעה על פגם בזכות קנינו של המוכר מהווים את כל שנדרש להוכיח לשם גיבושה של הסחירות. כל זה הוכח לענין רכישת האגרות בפרשת שלפנינו.

שונה היתה דעתו של השופט לובנברג. הוא קובע, בראש ובראשונה, כי יסוד חיוני בנוהג הסוחרים הוא שהקונה רכש את האגרת בתום לב. הוא ממשיך וקובע, כי "השאלה היחידה שיש לברר היא אם פעלו הבנקים האוחזים באגרות בתום לב". עד כאן אנו מסכימים עם קו מחשבתו של השופט. על פי הדברים שצויינו לעיל ניתן היה לצפות כי מסקנתו הפשוטה תהיה שאכן נתקיים יסוד זה, שכן השופט ציין מספר פעמים בפסק-דינו שהקונים לא ידעו על פגם בזכות קנינו של המוכר, ואין השופט מביא כל רמז לעובדות מחשידות. והנה, השופט נוקט בקו אחר לחלוטין. הוא קובע, כי "תום לב זה יש לבדוק לאור סעיף 34 לחוק המכר הדין בתקנת השוק". הוא מציין כי המוכרת אינה עוסקת בסחר ניירות ערך וכי הבנק לא בדק זאת כלל. השופט מציין כי המוכרת היא סתם לקוחה של הבנק, שמכרה את אגרות החוב באופן חד פעמי ואין הבנק יכול להנות מתקנת השוק שעה שהוא קונה אגרות חוב למוכ"ז מאשה אלמונית שאינו מכיר, והשופט מסיים:

"מכיון שכך, נראה לי כי אין כל צורך להכריע בשאלה האם אגרת חוב היא מסמך סחיר אם לאו. כי גם אם תשובתי לכך תהיה חיובית, הרי במקרה דנן לא יוכלו האוחזים באגרות להנות מיתרון הסחרות כל עוד לא פעלו בתום לב ולא בדקו בציציות המוכר בנסיבות שתארתי קודם לכן".

דברים אלה אינם ברורים כל צרכם. ברור כי השופט ניסה לגבש מבחן של "תום לב" לענין נוהג הסוחרים, אך מהו המבחן המוצע על ידו קשה לקבוע. לכאורה ניתן להביא שני פירושים אפשריים לדבריו, פירושים הנראים לנו כמוטעים מבחינה משפטית. הפירוש הראשון שניתן לייחס לשופט הוא, כי תום לב לענין נוהג הסוחרים קיים רק אם מתקיימים כל היסודות — אוביקטיביים וסוביקטיביים — של תקנת השוק. אם זהו

אגרת חוב מלווה קצר מועד למוכ"ז: זכותו של קונה בתום לב ובעד ערך

הפירוש, אין לקבלו, וממספר טעמים: ראשית, מהו תום הלב הנדרש על-פי נוהג הסוחרים יש לבדוק אצל הסוחרים ולא בתקנת השוק; שנית, אין לראות כיצד ניתן להפוך את היסוד האובייקטיבי, כי המוכר עוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר, ליסוד סובייקטיבי של "תום לב"; שלישית, גם אם נראה בדרישה, כי המוכר עוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר, יסוד אובייקטיבי עצמאי, אין לראות את הצורך בו לאור העדות שניתנה על דבר תוכנו של נוהג הסוחרים.

פירוש שני שניתן לייחס לדבריו האמורים של השופט לובנברג הוא, שתום לב לענין נוהג הסוחרים משמעותו לא רק חוסר ידיעה על פגם בזכות הקנין של המוכר, אלא גם מחשבה סובייקטיבית, הבאה בעקבות בירורים, כי המוכר עוסק במכירתם של נכסים מסוג הממכר. אף פירוש זה אין לקבלו, מהטעם כי נוהג הסוחרים כפי שהוכח בפני השופט אינו מצדיק דרישה זו. מבחינה עקרונית אין כל התנגדות לדרישה כזו אם היא מתגבשת אצל הסוחרים. אך בהעדר יסוד זה בנוהג הסוחרים, אין זה ברור מדוע יש להכיר בו מכוח סעיף 34 לחוק המכר. זאת ועוד: עקרון תום הלב בשוק הפתוח עצמו אינו דורש תנאי זה, וקשה לראות מדוע יש לדרוש בענין זה על-פי נוהג הסוחרים דרישות של "תום לב" שאינן נדרשות על-פי תקנת השוק, או על-פי דין השטרות.

#### (4) השנות אשוריות

כנגד דעתנו ניתן להעלות, בין השאר, שתי טענות. ראשית, גיתן לומר, כי בסעיף 34 לחוק המכר גילה המחוקק את כוונתו, כי רק במקום שמתקיימים כל התנאים — האובייקטיביים והסובייקטיביים — הקבועים בסעיף 34 ניתן לקונה לרכוש זכות טובה מזכותו של המוכר. לאור כוונה זו יש לשלול את חוקיותו של נוהג סוחרים המבקש להכיר בזכותו העדיפה של קונה ללא קיום התנאים הקבועים בסעיף 34 לחוק המכר. מכאן, שאם מתגבש נוהג סוחרים "חוקי", הרי זה הנוהג התואם את הדרישות של חוק המכר. לטענה זו, איננו מסכימים. אין לייחס לסעיף 34 כוונה מרחיקת לכת זו. הדין בישראל מכיר בנוהג סוחרים, ונוהג זה עשוי להעניק קנין טוב לקונה גם אם קנין כזה לא ניתן היה להעניק לו על-פי סעיף 34 לחוק המכר. בכך חשיבותו של נוהג הסוחרים, שאם לא כן מה בא הוא להוסיף? אכן, בתי המשפט הכירו בסחרותם המטריאלית של גיירות ערך בתקופה שהוראה הסטוטורית רק העניקה הגנה לקונה בנסיבות של שוק פתוח, ובכך הרחיבו את המסגרת האמורה<sup>44</sup>. הוא הדין במקרה שלפנינו. כל עוד נוהג הסוחרים אינו פוגע בתקנת הכלל — ואין לראות באי-קיום תנאיו האובייקטיביים של סעיף 34 פגיעה כזו — יש להכיר בו, גם אם תוכנו אינו תואם את סעיף 34 לחוק המכר. יש להדגיש את המהות השונה של תקנת השוק הקבועה בסעיף 34 לחוק המכר ואת נוהג הסוחרים ואת חוסר ההצדקה של מיוזג בין השניים. תקנת השוק הוא עקרון שבדין. משנתקיימו מספר תנאים אובייקטיביים וסובייקטיביים רוכש הקונה זכות קנין טובה. מחשבותיהם של הצדדים לענין קיום של התנאים הקבועים בתקנת השוק אינה רלבנטית. לא כן נוהג סוחרים. הנוהג מתחיל כמחשבה סובייקטיבית של הצדדים בענין תחושת חוקיות פעולתם ותוצאותיה. לענין תחושה סובייקטיבית זו, יסודותיה נקבעים על-פי המקובל בין הסוחרים, ולא על-פי הדין הנוהג במדינה, שכן כל מהותו של נוהג הסוחרים

44 ע"א 197/47 הנ"ל.

הוא להרחיב מעבר למה שמוכר — אך לא נאסר — על-ידי הדין. במשך הזמן מקבלת מחשבה סוביקטיבית זו של הסוחרים תוקף מחייב, ושוב — לא משום שהם נוהגים כפי שנקבע בחוק המכר, אלא משום שהם נוהגים כפי שהם חושבים שחובה עליהם לנהוג, והתנהגות זו עשויה להיות שונה מזו הקבועה בחוק המכר. כאמור, כל חשיבותה היא דווקא בהרחבת המסגרת ובתחולת נוהג הסוחרים במקום שחוק המכר אינו חל.

טענה אפשרית שניה עשויה להתבסס על פס"ד של השופט לנדוי בע"א 352/71 החברה המרכזית לניירות ערך בע"מ נ. אנגלר<sup>45</sup>. בפסק-דין זה אומר השופט לנדוי<sup>46</sup>:

"גם אם יש לראות את האגרות הנדונות כמסמכים סחירים — ובשאלה נכבדה זו אין לנו צורך להתעמק בערעור זה — עדיין יוכל המחזיק באגרות לזכות ביתרון הסחרות, המעניק לו זכות קנין טובה למרות פגם במקורות המסמך — ובמקרה דנן הפגם הנובע מגזילתו מבעליו — רק אם הוא קיבל את המסמך לידי בתום לב. תנאי הכרחי זה לא הוכח על-ידי המערערת, מאותם טעמים שבגללם נמצא שאין היא יכולה לסמוך על תקנת השוק, כמוסבר לעיל". (ההדגשה שלנו).

ניתן לומר, כי ההלכה העולה מדברי השופט לנדוי הינה, כי אם לא נתקיימו היסודות של תקנת השוק — או לפחות מחשבה סוביקטיבית על קיומם האוביקטיבי, אינו מתקיים אף יסוד "תום הלב" לענין נוהג הסוחרים. איננו מסכימים לטענה זו, שכן יש בה טעות בפירוש דבריו של השופט לנדוי. בהתייחסו לתום הלב הנדרש על-פי נוהג הסוחרים הפנה השופט לנדוי בנדון לאותן עובדות השוללות "תום לב" במקרה שלפניו על-פי סעיף 34 לחוק המכר. עובדות אלה אינן קשורות כלל בכך אם המוכר עוסק במכירתם של נכסים מסוגו של המכר, או בכך שהקונה לא בירר ענין זה. תום הלב נשלל בפרשת אנגלר משום שהיו בו נסיבות מחשידות שהיו צריכות להביא את הקונה לידי בירור.

אומר השופט לנדוי<sup>47</sup>:

"באשר לתום-לבה של המערערת עצמה שעליה היה להוכיחו, די לומר שהיה לשופט המלומד יסוד מספיק למסקנתו, כי אף לפי גירסתה היו נסיבות הענין חייבות להעלות חשד בליבה שהעסק המוצע לה אינו עסק טהור. היא לא חקרה במקור האגרות המוצעות לה לקניה או על-כל-פנים לא חקרה במידה מספקת, ומכאן שלא הוכיחה את תום-לבה. כבר הזכרנו נסיבות חשודות אלה: העובדה שזמן הפרעון של האגרות עבר, של רובן מזמן, שמנהל החברה לא קיבל תשובה מספקת על שאלתו מי מסר את האגרות לשמשון, ונוסף על כך העובדה המתמיהה שהמערערת, שעיסוקה בניירות ערך, עשתה לבעל בית-קפה זה משום מה טובה וקנתה את האגרות ממנו ללא שום ריווח לעצמה".

45 פד"י כ"ו (1), 678.

46 בעמ' 681.

47 שם, עמ' 680.

אגרת חוב מלווה קצר מועד למוכ"ז: זכותו של קונה בתום לב ובעד ערך

ברור מקטע זה, כי חובת החקירה שהשופט מטיל על הקונה אינה חובת המוטלת על כל קונה של אגרות, אלא היא חובה המתקיימת בנסיבות המיוחדות והמחשידות של אותה פרשה. העקרון המשפטי העולה מפסק-דין זה הינו העקרון הידוע והישן, כי במקום שיש נסיבות מחשידות אסורה "עצימת עיניים"<sup>48</sup>. על הקונה לברר את קנינו של המוכר, ומשהוא אינו עושה כן נפגם תום לבו. אך אין להסיק כלל מפסק הדין כי בכל מקרה של קניית אגרות חייב הקונה לברר זהותו וקנינו של המוכר.

#### ה. הרהורים על המשפט הרצוי

במקום שאגרת חוב מלווה קצר מועד אוכדת ונקנית מהגנב בתמורה ובתום לב, מטיל נהוג הסוחרים את הסיכון כל האבדן על בעל האגרת. הקניה על-פי נהוג הסוחרים מעניקה לקונה בעלות טובה באגרת, ובמקביל לכך אוכדת בעלותו של זה שאבדה לו האגרת. אמת הדבר, הגנב עצמו אחראי בנוזיקין כלפי זה שאבד האגרת, אך את הגנב קשה לזהות וספק אם יש לו מספיק אמצעים כספיים לפצות את הגנב. לעומת זאת, על-פי סעיף 34 לחוק המכר, מוטל הסיכון של האבדן על הנוטל מהגנב. אף כאן מאבד הגנב את בעלותו באגרת, וזו מוענקת לקונה בתמורה ובתום לב על-פי תנאי השוק הפתוח. על-פי תנאים אלה, המוכר צריך לעסוק במכירת נכסים מסוגו של הממכר. הגנב עצמו לרוב אינו מקיים תנאי זה. נמצא, כי לרוב הנוטל מהגנב הוא המוכר על-פי השוק הפתוח, ועליו אין הוראת סעיף 34 מגינה. המוגן הוא הקונה מהנוטל מהגנב.

מבחינת מדיניות המשפט נראה לנו, כי הפתרון של סעיף 34 לחוק המכר עדיף על הפתרון של נהוג הסוחרים, שכן הסיכון מן הדין שיהיה מוטל על הנוטל מהגנב. בעניני מסמכים סחירים יש לנהוג על-פי הכלל, כי אין לקנות מסמך סחיר ממי שזהותו אינה ידועה. צודק הוא להטיל הסיכון על הנוטל מהגנב שכן בגין אשמתו סוחר המסמך. אילו כל אחד מאתנו היה קונה רק מאנשים הידועים לו, לא יכל היה הגנב למצוא שוק לדבר הגניבה, דבר שהיה מחליש את רצון הגניבה עצמו<sup>49</sup>.

מה המסקנה המתבקשת מכך? נראה לנו, כי המסקנה המתבקשת היא בהכנת דבר חקיקה על-ידי הכנסת. המספר הרב של אגרות המונפקות<sup>50</sup> – בין קצרות מועד ובין ארוכות מועד, בין מלווה מרצון ובין מלווה חובה – והמספר הניכר של אגרות אבדות<sup>51</sup> מחייב, לדעתנו, טיפול סטטוטורי, אשר יקבע כללים ברורים וידועים לכל, ויטיל הסיכון על הראוי לשאת בו. בדבר חקיקה כזה ניתן להסדיר בצורה מוסמכת בעיות שונות, המתעוררות אגב פסק הדין, כגון, זכותו של אדם שאיבד אגרתו לכפל

48 ראה דברי השופט לנדוי, החוזר על עקרון זה, בד"צ 15/70 קיר בע"מ נ. תליחנן, חברה לאחסנה ומסחר בע"מ, פד"י כ"ו (1), 36, בעמ' 41: "הסברתי כי בדרך כלל אין חובה זאת (להקור בנסיבות שבהן הועבר השטר...). מוטלת על מי שמקבל שטר חוב, אך במקרה זה היו נסיבות מיוחדות...".

49 ראה רשימתנו, "זיוף בהיטב שטר", מצפנים, כרך ג', עמ' 451.

50 מספרן מתקרב למיליארד.

51 מספרם של אלה הוא בעשרות רבות של אלפים.

אגב הפסיקה

אגרת 52, חובתו של בנק ישראל – וזכותו – לשלם גם למי שקנינו פגום 53, הגברת סחרותן של האגרות ועוד. אך כל זאת תורג מדיוגנו בפסק הדין, ועל כן נסתפק במעט שאמרנו.

פרופ' אהרן ברק

52 השווה בענין זה סימן 8 של ה-Uniform Commercial Code המוקדש כולו ל- Investment securities, והמחיל על אגרות הדומות לאלו שדנו בהם דינים דומים לאלה המוחלים על שטרות רגילים.

53 דומה, כי הרצון לעודד סחרותן של האגרות מחייב לשחרר את בנק ישראל מתובת הבדיקה של זהות הפודה. באגרת למוכ"ז חייב הבנק לפדות למחזיק, וזה זכאי לפדיון גם אם זכות קנינו פגומה. טענת ius tertii אסור לה שתעמוד לבנק ישראל.