

## שטר-ביטחון וזיכוי חשבון בנק כמתן ערך בשטרות\*

(ע"א 665/83 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' אליהו בן עליזה)<sup>1</sup>

מאת

שלום לרנר\*\*

א. מבוא. 1. דגם עובדתי של הבעיה. 2. עובדות בן עליזה. ב. מהותו של שטרי-ביטחון. ג. התחייבות שטרם בוצעה כ"ערך" לצורך אחיזה בשורה. ד. חיוב חשבון-בנק כפרעון שטר. ה. סיחור לפני כשלון התמורה. ו. סיכום ומסקנות.

### א. מבוא

#### 1. דגם עובדתי של הבעיה

בפסקי-הדין בן עליזה נדונה תביעתו של בנק האוחז בשיק נגד מושך השיק. המושך לא ניהל חשבון עו"ש אצל הבנק התובע, אלא משך שיק לפקודת אחר, שהיה לקוחו של הבנק. הלה "הפקיד" את השיק בחשבונו אצל הבנק, וכאשר זה חולל, הבנק תבע מהמושך לכבד את חתימתו. הבנק יבחר, מבחינה פרקטית, לתבוע את המושך כאשר לקוחו נמצא ביתרת חובה ואין סיכוי לגבות ממנו את החוב. כאשר ישנה אפשרות לגבות את החוב עליירי חיוב חשבונו של הלקוח, לא סביר שהבנק ימיר סעד מהיר ועצמאי זה, בתביעה לערכאות נגד המושך.

סוגיא זו של מעמדו וחזיותיו של הבנק כלפי המושך עומדת במוקד מאמרנו. העובדות שפורטו עד הנה משותפות לבן עליזה ולפסקי-דין רבים נוספים. עליכן אנו מעדיפים לדון תחילה ברגם הכללי של העובדות, ואחר-כך, תוך פירוט נוסף, לעמוד על ייחודה של פרשת בן עליזה.

כאמור בפסקי-דין רבים שבהם בנק אחז שיק ותבע מהמושך את פרעונו, היה דגם עובדתי כדלהלן: לקוח של הבנק ומושך השיק נכנסו לעסקה כלשהי ובעקבותיה משך הלה שיק לפקודתו של הלקוח כנפרע. הלקוח הסב את השיק לבנק כדי שזה יגבה אותו עבורו באמצעות המסלקה הבינ-בנקאית. בפונקציה זו הבנק הוא שלוחו של הלקוח

\* חיבור זה נמסר לפרסום בחודש אפריל 1986 ולכן לא היתה למחבר הזדמנות להתייחס לרשימתו של ד"ר מ. מאוסנר "שטר הביטחון": חוזה הבטול לתנאי מתלה, בעם ממושכן ובעיית התמורה והערך, עמ"ש יב (תשמ"ז) 205.

1 פ"ד לה(4) 281 (להלן: בן עליזה).

\*\* מרצה בכיר בפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר אילן.

וההיסב נעשה לא לשם העברת זכויות לבנק אלא כדי שהוא יוכל להציג את השיק לפרעון<sup>2</sup>. מסקנה זו מקבלת חיזוק מהנוהג הנפוץ בבנקים בישראל להחתים את הלקוח בעת "הפקדת" שיק על מסמך שלפיו זיכוי חשבונו של הלקוח בסכום השיק הוא ארעי, ואל לו למשוך את תמורת השיק לפני שהבנק גובה אותו בפועל. כשלות גרידא הבנק אינו מוכן ליטול סיכונים, והוא אינו מעביר לשולחו את הכסף טרם שהשליחות עלתה יפה.

כאשר הנפרע מפר את ההסכם שבגיניו נמשך השיק, מזדרז המושך ומורה לבנק שלו, לבנק הנמשך, שלא לכבדו<sup>3</sup>. השיק מוחזר באמצעות המסלקה לבנק הגובה, תוך ציון הנימוק "נתקבלה הוראת ביטול". אכן, הפרת החוזה מהווה הגנה טובה בדיני שטרות כאשר היא עולה לכדי "כשלון תמורה מלא"<sup>4</sup>, כגון נפרע-מוכר שלא סיפק את הממכר או שסיפק ממכר פגום והמושך-קונה ביטל בשל כך את החוזה<sup>5</sup>. כאשר הבנק תובע את המושך, בבסיבות שתוארו לעיל, המושך מתגונן בטענה של כשלון התמורה. הבנק עשוי להיחלץ מטענה זו בשתי דרכים:

(1) הבנק יוכיח שמעמדו הוא של אוחו כשורה, ואשר עליכן טענת כישלון אינה עומדת כלפיו<sup>6</sup>.

(2) הבנק יוכיח שהסיחור אליו קדם לכשלון התמורה, ומעמדו שהתגבש בעת הסיחור אינו נפגע מאירוע מאוחר יותר<sup>7</sup>.

התנאים לרכישת מעמד של אוחו כשורה מנויים בסעיף 28 לפקודה. בדגם העובדות האמור מתמלאים בדרך-כלל אותם תנאים<sup>8</sup> והבעיה העיקרית היא לגבי גורם ה"ערך", קרי: האם הבנק נתן ערך בעד השטר.

דוגמא קלסית של "ערך" במישור הבנקאי היא תשלום במזומן בעד השטר<sup>9</sup> או זיכוי חשבון הלקוח ואפשרות למשיכה מיידית של סכום השיק. ככלל, "משנתן בנק זיכוי בעד מסמך סחיר, הרי נתן ערך, ואין בכך כלום, שיוכל לאחר-מכן לחזור בו מהזיכוי,

- 2 כנסב האוחז בשטר, הבנק יכול לגבות את השטר בעצמו. ראה פקודת השטרות (נוסח חדש) דמ"י, 12 (להלן: פקודת השטרות או הפקודה) סעיף 37 (1).
- 3 לפי סעיף (1)75 לפקודה, על הבנק הנמשך למלא את הוראות הביטול של המושך.
- 4 להבדיל מכשלון תמורה חלקי בלתי-קצוב, שאינו משמש טענת-הגנה כנגד תביעה שטרית, אף בין צדדים קרובים. ראה ע"א 82/81 דרעיץ בע"מ נ' יוסברג (כפ"ר), פ"ד (2) 355.
- 5 ראה ר"ע 22/85 ס.ט.ס. אלקטרוניקה בינ"ל בע"מ נ' סלון אמסיל בע"מ ואח, פ"ד (2) 565.
- 6 ראה סעיף 37 (2) לפקודה.
- 7 הלכה זו אמצה לראשונה בע"א 331/63 גויסקי נ' מאיר, פ"ד (1) 595 (להלן: גויסקי), ובעקבותיו – כשורה של פסקי-דין. לדיון בסוגיית זו ראה להלן, פרק ה.
- 8 אולם ראה ע"א 143/78 בנק הפועלים בע"מ סניף כפר שמריהו נ' רב, פ"ד (1) 288 (להלן: רס), שם הבנק הגובה והבנק הנמשך היו סניפים שונים של בנק הפועלים בע"מ, והשאלה המרכזית הייתה האם משמעות עובדה זו היא שלאוח יש ידעיה על פגם בקניינו של הנפרע – ידיעה המונעת ממנו להיות אוחו כשורה.
- 9 זו בעיקר העסקה הידועה כנכיון שטרות. ראה ר"א 389/67, בנק ס.ק.א. בע"מ נ' יוסף קיבוניץ ואח, פ"ד (1) 264, 266 (להלן: קיבוניץ). למחותה של עסקת-הנכיון ראה ע"א 373/66 מלר נ' שטיינשניידר, פ"ד (4) 93.

אם יתברר, כי השיקים לא נפרעו<sup>10</sup>. דא עקא, כאמור לעיל, הנוהג אצלנו הוא שהבנק מתנה בעת "הפקדת" השיק, שהלקוח לא יהא רשאי למשוך את תמורתו טרם שהבנק גבה אותו בפועל, ובכגון דא, הבנק לא נותן ערך עבורו<sup>11</sup>.

על אף האמור, במרבית המקרים, אם לא ככולם, הצליח הבנק להתגבר על מכשול זה ולהיחשב כמי שנתן "ערך" בשל קיום אחר או יותר מהגורמים הבאים:

(1) בעת סיחור השיק לבנק היה חשבונו של הלקוח במשיכת יתר, ועם הפקדת השיק הבנק הקטין, ולו זמנית, את יתרת החובה. פרעון חוב קודם עליידי מתן שטר מהווה ערך לפי הוראות הפקודה<sup>12</sup>.

(2) השטר משמש גם כביטחון לחובו של הלקוח לבנק, והחזקת שטר בגין ערבון או משכון מהווה ערך לפי הפקודה<sup>13</sup>.

לבנק יש אפוא כפל פונקציות בהליכי גבייתם של שיקים. מחד גיסא, הבנק משמש גובה עבור לקוחו, ומאידך גיסא, הוא משתמש בשיק גם כדי לפרוע את חובותיו של הלקוח כלפיו או כמשכון עבור חובות אלה. פונקציה אחרונה זו מהווה "ערך" ומאפשרת לבנק לזכות בסטטוס של אוזו כשורה<sup>14</sup>.

כאמור במרבית המקרים יצא הבנק וידו על העליונה, ברם בפרשת בן עליזה יצא הבנק וידיו על ראשו. לשם הבנת פסקהדין נרחיב יותר בתיאור עובדותיו.

## 2. עובדות בן עליזה

בן עליזה משך שיק "דחוי"<sup>15</sup> לפקודת פישר וכתמורה משך הלה לפקודת בן עליזה שיק על אותו הסכום, שתאריכו מוקדם בימים אחרים לשיק הראשון. עסקת-ההחליפין

- 10 ע"א 236/60 שז"ד נ. ברקלים בנק ד.ק.ר., פ"ד י"ד (4) 2122, 2124 (להלן: שז"ד).
- 11 ראה י' זוסמן, דיני שטרות (מהדורה שיטת, ירושלים, תשמ"ג) 137 (להלן: זוסמן).
- 12 ראה סעיף 26(א2). "ערך" זה מספיק גם למעמד של אוזו כשורה, ראה ע"א 569/70 סלמה נ' בנק הסועלים בע"מ, פ"ד כה(1) 525 (להלן: סלמה) ופסקהדין בעניין רב.
- 13 ראה סעיף 26(ג) לפקודה; זוסמן (לעיל, הערה 11), עמ' 137, הערה 57. הסעיף מוכיח אמנם רק עיכוב מבוזר דין או אוזו ולא משכון, אך לענין פקודת השטרות אין חשיבות להבדלים בין השניים, ראה ע"א 704/69 בנק מרכנתיל לישראל נ' ארמול בע"מ, פ"ד כד(1) 740, 737 (להלן: ארמול); והשווה Pagets' Law of Banking (London, 9th ed. by Maurice Megrah & F.R. Ryder, 1982) 405. החוקת שטר כעיקבון או כביטחון, משמשת ערך גם לעניין אחיזה כשורה. ראה פסקהדין קיבוץ וארמול.
- 14 כדי למנוע מהבנק אחיזה כשורה והתגברות על כשלון תמורה, יש להסב אליו את השיק ב"היסב מגביל". השווה ע"א 444/82 בנק קונטיננטל לישראל בע"מ נ' שייקברג, פ"ד לט(3) 113. היסב זה מונע מהבנק לרכוש מעמד עצמאי ביחס לשיק והוא משמש בעיקר שלוח של הלקוח לגבייתו.
- 15 זהו שיק "שהתאריך הנקוב בו יהיה מאוחר מיום הצאתו..." (והוא) לא יהיה ברי-פרעון ולא יהיה ניתן לקיבול אלא מהתאריך הנקוב בו" (סעיף 73 (ב) לפקודה). בארצות המשפט המקובל על שיק להיות ברי-פרעון עם דרישה. ראה למשל: Paget (לעיל, הערה 11) 183; Uniform Commercial Code, 1972, Sec. 3-104 (b) (2) (להלן: הקוד או ה-U.C.C.); למשמעות ענין זה בהקשר שלנו ראה להלן, ליד הערה 59.

של השיקים בוצעה כדי שפישר יוכל "לגלגל כספים"<sup>16</sup> במסגרת חשבונו בבנק. ואכן, פישר הסב לבנק המערער את השיק שקיבל מכן עליוה. לאחר חודשים אחדים, בהגיע המועד הנקוב בשיק, הוא הוצג על-ידי הבנק לפרעון והוחזר מחולל. התברר שבן עליוה נתן הוראה לבנק הנמשך שלא לכבד את השיק היות שהשיק הנגרי שפישר מסר לו חולל קודם-לכן. לבן עליוה עומרת אפוא נגר פישר ההגנה של כשלון תמורה מלא, והשאלה שעמדה להכרעה היא אם כוחה יפה גם נגר הבנק.

כמו בדגם העובדתי שהוצג לעיל, כעת הסיחור לבנק, נחתם מסמך שלפיו זיכוי חשבונו של פישר הוא ארעי והוא אינו רשאי למשוך את תמורת השיק לפני גבייתו בפועל. הבנק ניסה להתגבר על מכשלה זו על-ידי הטענה, שהצליחה כאמור במקרים קודמים, שהוא מחזיק בשיק גם כשטר-ביטחון. בית-המשפט היה מוכן לקבל טענה זו, אף שלא היה לה בסיס עובדתי מלא<sup>17</sup>. ברם גם לאור הנחה זו, דחה בית-המשפט את תביעת הבנק.

דחייה זו על-שום מה? פרשת בן עליוה שונה ממקרים קודמים בכך שבשעה שהשיק שמשך בן עליוה הוחזר לבנק מחולל – וזה חייב את חשבונו של פישר בסכום השיק, ובכך ביטל למעשה את הזיכוי הזמני שהעניק לו – עמד חשבונו של פישר ביתרת זכות<sup>18</sup>. הווה אומר: באותה עת פישר לא היה חייב מאומה לבנק, והבנק לא היה יכול אפוא לטעון, כמו במקרים קודמים, שהשיק שימש לפרעון חובו של פישר לבנק. לעצם דחיית הערעור של הבנק ניתנו בבית-המשפט העליון שלושה נימוקים<sup>19</sup>:

(1) "מסירה של שטר ביטחון היא, מעצם טיבה וטבעה, מסירה על-תנאי וזכותו של המחזיק לממש אותו... קמה רק אם נתמלא התנאי והמסירה הופכת עקב כך שלימה"<sup>20</sup>. כאשר אוחו השטר, ולא המתגונן-נתבע, טוען שהשטר נועד לכיטחון, מוטל עליו להוכיח שבעת הגשת השטר לביצוע במשרד ההוצאה-לפועל, קיים החיוב שאותו השטר בא להבטיח<sup>21</sup>.

הבנק לא הוכיח עובדה זו לכן "עדיין אין השעה בשלה למימוש המשכון"<sup>22</sup>.

16 השופט זוסמן גינה בעבר תופעה זו של "גלגול כספים" כ"עסקת כספים מפוקפקת אשר למרבה הצער נפוצה למדי כהוגי מסודר מסויימים בארץ", ראה פרשת שזירץ, עמ' 2123.

17 כפי הנראה, הבנק שכח להתנים את פישר על טופס "שטר משכון" הנהוג בבנקים. בטופס זה הבנקים נדרגים להתנות שהלקוח ממשכן לבנק גם את השטרות שהוא מעביר להם לגבייה. כאן, כאמור, לא נחתם הסכם זה, אך השטר היה רשום בין שטרות אחרים בספר הבטחונות של הבנק, ובית-המשפט היה מוכן לראות בכך יסוד לטענתו של הבנק שהשיק נמסר לו גם כ"שטר-ביטחון" (עמ' 285, מול האות ו).

18 עמ' 284, בין האותיות ד-ה.

19 שני הנימוקים האחרונים משותפים לנשיא שמגר ולמ"מ הנשיא, הגב' כרפורת (השופט גולדברג הצטרף לדעת חבריו בלי לפרט). הנימוק הראשון ניתן על-ידי השופטת כרפורת בלבד, ומבחינה כמותית הוא מהווה את עיקר פסק-הדין.

20 עמ' 285.

21 עמ' 287.

22 עמ' 288.

(2) היות שהנתבע הוכיח כשלון תמורה, קרי: פגם בזכות הקניין, על הבנק האוחז להוכיח כי לאחר הפגם הוא רכש מעמד של אוחז כשורה<sup>23</sup>. ברם, לצורך אחיזה כשורה יש צורך בתמורה בפועל ולא די בהתחייבות לבצעה בעתיד... אך דבר זה לא הוכח על-ידי הבנק<sup>24</sup>.

(3) גם ללא אחיזה כשורה, אלא כאוחז בעד ערך גרידא, הבנק יוכל להתגבר על כשלון התמורה אם יוכיח שהסיחור אליו נעשה קודם-לכן. ברם, בשל העובדה שההיסב לבנק היה למטרת ביטחון, סיחורו של שטר ביטחון מסתיים שעה שהמסירה הופכת ל"שלימה" במובן סעיף 20 לפקודה, קרי: כאשר התמלא התנאי המצדיק את מימוש הביטחון. מועד זה, אם בכלל הגיע, מאוחר לכשלון התמורה. עד לאותו פרק-זמן, הבנק מחזיק אמנם בשטר, אך גם בהעדר סיחור הוא אינו אוחז בו<sup>25</sup>.

בנימוקים אלה ואחרים נדון בנוף המאמר.

### ב. מהותו של שטר-ביטחון

שטר-פרעון הוא אמצעי-תשלום ובהגיע מועד פרעונו של שטר, על החייב העיקרי לפורעו על-ידי תשלום סכום כסף לאוחז. בשטר-ביטחון, לעומתו, הצדדים מסכימים<sup>26</sup> שהאוחז לא ידרוש את פרעונו אלא בקרות אירוע מסויים, בעיקר, כאשר מוסר השטר יפר התחייבות כלשהי שהתחייב כלפי האוחז. על האוחז להחזיק אפוא את השטר ברשותו, ורק עם התקיים התנאי האמור, הוא רשאי לסחרו או לדרוש את פרעונו. המונח שטר-ביטחון משמש בפסיקה לתיאור שני מצבים שקיים ביניהם הברל ניכר. במקרה אחד נכרתה עסקת-יסוד בין א ובין ב, ורא עושה שטר לפקודת ב כנפרע<sup>27</sup>, כדי שהשטר "יבטיח" את קיום חיוביו של א על-פי עסקת-היסוד. "שטר-ביטחון" מסוג זה איננו משכון במובן חוק המשכון, תשכ"ז-1967<sup>28</sup>. סעיף 1(א) לחוק זה קובע: "מישכון

23 סעיף 29 (ב) לפקודה.

24 עמ' 291. לנימוק זה ברברי השופטת בדפודת ראה שם, מול האות ד.

25 עמ' 290 (השופטת בדפודת) ועמ' 291-292 (הגשיא שמגר).

26 הכוונה להסכם בעל-פה או במסמך נפרד נכתב. כאשר המלים "לביטחון בלבד" כתובות על השטר, "נפגם היסוד ההכרחי לשטר על-פי פקודת השטרות היינו כי החיוב לתשלום יהיה 'ללא תנאי'" (עמ"ה ת"א) 264/84 קסטל נ' סקיד השוממה רמת-גן, פ"מ תשמ"ה (ב) 308, 305. לגישה זו תימוכין במשפט המקובל, ראה: Arthur W. Rogers, 1969) 885. אולם ראה ע"א 478/75 אנגלנד נ' אשכנזי, פ"ד (3) 437. כאשר הסכם ה"ביטחון" אינו כתוב על המסמך, התנאי הוא במסירה בלבד ואינו פוסל את השטר. ראה E.A. Francis, *Mortgages and Securites* (Sydney, 1975) 264-265.

27 היות שלעסקה שני צדדים בלבד, המסמך המתאים לשמש "ביטחון" הוא שטר-חוב, ראה ע"א 174/66 פמית נ' רוטר, פ"ד (4) 576; ע"א 481, 485/67 "גילת" הברה לבנין ושיכון באזורי פיתוח בע"מ נ' קולנוע "אסתר" אשדוד בע"מ ואח, פ"ד (2) 802, ורבים אחרים. בארץ, כשל קיומם של שיקים רחויים א עשוי למשוך שיק כשטר-ביטחון לטובתו של ב ראה ע"א 358/80 קדש נפתלי מושב עובדים להתיישבות חקלאית נ' מושב שאר ישוב, פ"ד (3) 380 (להלן: קדש נפתלי).  
28 ס"ח, 48 (להלן: חוק המשכון).

הוא שעבוד נכס כערובה לחיוב; הוא מזכה את הנושה להיפרע מן המשכון אם לא סולק החיוב, ברם, כאן אין כל נכס שממנו הנושה יכול להיפרע. בפשיטת-רגלו של א, אין ל"ב הנפרע כל יתרון על-פני נושיו האחרים של א, ולרשותו לא עומד כל נכס שממנו הוא רשאי לגבות את חובו קודם להם.

מה מוסיף אפוא ל"ב שטריהביטחון שבירו? על-כורחנו כוונת הצדדים היא להעניק ל"ב את יתרונות העילה השטרית. פקודת השטרות מעמידה לרשות אוחז שטר חזקת מספר<sup>29</sup> והחשובה מהן לענייננו היא חזקת התמורה שבסעיף 29(א). במתן שטריביטחון התכוון אפוא א להקל על ב את נטל הראיות במקרה שיפרוץ סכסוך בין השניים אם א הפר את עסקת-היסוד.

בית-המשפט נתן תוקף מלא לכוונה זו של הצדדים, בקובעו:

אף "שטריביטחון" בכלל "שטרות" המה. חזקת התמורה לפי סעיף 29(א) פועלת במקרה מסוג זה באופן שנטל ההוכחה לעובדות המצדיקות את "מימוש הביטחון" על ידי אוחז השטר אינו מוטל עליו, אלא על חותם השטר מוטל נטל ההוכחה כי אוחז השטר אינו רשאי לתבוע על פיו. "המוציא מחברו עליו הראיה": שטר יוצר "חוקה" לטובת האוחז בו, וחותם השטר הוא בגדר "המוציא מחברו" לפי סעיף 29(א)<sup>30</sup>.

שטריביטחון, אף שאינם אמצעי-שלום ואינם משמשים בפונקציה הקלסית של השטר, הם שטרות שהוראות הפקודה חלות עליהם.

הקביעה שעל הנתבע להוכיח כי לא התקיימו התנאים למימוש הביטחון, אינה עולה מהפקודה והיא יציר הפסיקה<sup>31</sup>. ברם, הלכת הפסיקה מעוגנת, כאמור, בכוונת הצדדים שהרי לו מקבל שטר הביטחון היה יכול לממש את זכותו לפרוע את השטר רק אם הוכיח את זכותו מכוח החוזה, כי אז התועלת שאותה התכוונו הצדדים להשיג על-ידי נתינת שטריהביטחון היתה מסוכלת<sup>32</sup>.

דומה שלעניין זה אין טעם להבחין בין מקרה שהאוחז מודה כי בידו שטריביטחון לבין מקרה שהנתבע מעלה טענה זו<sup>33</sup>. בשני המקרים כוונת הצדדים היתה כי נטל ההוכחה שלא התקיימו התנאים לפרעון השטר יהיה על הנתבע.

שטריהביטחון טפל לעסקת-היסוד שאותה הוא בא לשרת. הדבר בא לידי ביטוי כאשר תאריך השטר שונה ממועד התגבשותו של החיוב לפי עסקת-היסוד. כאשר החיוב נותן לנושה שטר-פרעון שתאריכו שונה מהמועד המקורי, אות הוא שהצדדים הסכימו, עם מתן השטר, להקדים או לאחר את מועד החיוב על-פי עסקת-היסוד. שטריהפרעון הוא

29 ראה סעיפים 19(ב) ו-20(ב) לפקודה.

30 ע"א 333/63 שמולוביץ נ' "סיקו" חברת דרום אפריקה לקונסטרקציה שותפות מוגבלת, פ"ד יח(1) 553, 550 (להלן: שמולוביץ). להלכה דומה ראה William E. Britton, *Bills and Notes* (Minneapolis, 2nd ed., 1961) 131.

31 ראה בן עליזה, עמ' 286, מול האותיות ו-1.

32 ע"א 421/74 שגן נ' מזר, פ"ד כט(1) 445, 446.

33 בעניין שמולוביץ, האוחז לא חלק על כך שבירו שטריהביטחון, והפלוגתא היתה אם מולא התנאים למימוש השטר.

עסקה שנייה המשנה את תנאי העסקה הראשונה<sup>34</sup>. שטר-ביטחון, לעומתו, טפל לעסקת-היסוד ואינו משנה את תנאיה. לכן, אם המועד הנקוב בשטר קודם לתאריך החיוב על-פי העסקה, אי-אפשר לתבוע על-פיו לפני שהגיע המועד החוזי<sup>35</sup>. מנגד, כאשר מועד פרעונו של השטר מאוחר לעסקת-היסוד, אין לראות בכך הסכמה לרחיית המועד על-פי אותה עסקה<sup>36</sup>.

המונה שטר-ביטחון משמש בפסקי-דין רבים<sup>37</sup>, ופסקי-הדין נשוא עיונו בכללם, במונח אחר. גם כאן קיימת עסקת-יסוד שבמסגרתה א מוסר ל-יב שטר למקרה שיא יפר את חיוביו. ברם, שטר זה נמשך או נעשה על-ידי ג, לפקודתו של א כנפרע. זהו אפוא שטר-ביטחון בחוליית ההיסך ולא בחוליית הראשונה ליצירת השטר. שטר-ביטחון כזה הוא משכון לכל דבר ורא משעבד ל-יב נכס ממנו הוא יוכל להיפרע אם א לא יסלק את החיוב. הנכס המשועבד הוא זכותו השטרית של א כלפי ג. שטר-ביטחון זה לא נועד להקל על נטל הראיות על ב, אלא ככל משכון תפקידו העיקרי הוא להכטיח את הנושה במקרה שהחייב ייקלע לקשיים כספיים<sup>38</sup>, "וכדרך שבעל משכון רשאי לממש משכון שקיבל אם לא נפרע החיוב שנותן המשכון חב לו, כך רשאי גם אוחז השטר לאכוף שטר ששועבד לו"<sup>39</sup>.

על שטר-ביטחון מסוג זה חלות, זו בצד זו, שתי מערכות-חוק – פקודת השטרות וחוק המשכון<sup>40</sup>. להלן נראה שמועד המימוש של השטר נקבע על-פי חוק המשכון, ופקודת השטרות מאפשרת לנושה, בנסיבות מסוימות, להתגבר על טענות ההגנה של המושך.

לפי הגדרת חוק המשכון השטר הוא "נייר ערך"<sup>41</sup>, אך אין ספק שהשטר הוא גם

- 34 כך הדין בכל עסקה שנייה המשנה את תנאיו של החוזה הראשון, ראה חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, סעיף 48.
- 35 ראה קדש נפתלי, עמ' 835-836.
- 36 ראה Paget (לעיל, הערה 13), 416.
- 37 ראה לרוגמא, פסקי הדין: ארמול, קיבוץ ופלמה.
- 38 השווה ל' ויסמן, "חוק המשכון תשכ"ז-1967" (פירוש לחוקי החוזים, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הארי סאקר, ג' טרסקי עורך, תשל"ח) 14.
- 39 קיבוץ, עמ' 266.
- 40 כאשר קיימת סתירה בין הפקודה ובין חוק המשכון, יש להעדיף בתמיד את החוק הספציפי. כך למשל, לפי סעיף 23 לחוק המשכון "אין נמתן המשכון כדי לגרוע מזכותו של הנושה לגבות את החיוב שלא על ידי מימוש... ומכאן, לכאורה, נושה שנטל שטר כמשכון רשאי להתעלם ממנו להלוטין ולתבוע את חובו בדרכים אחרות (השווה ת"א (ת"א) 659/85, המ' 2971/85 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' אריאן, פ"מ תשמ"ו(א) 353, 365). ברם, הוראות אחרות בפקודת השטרות מטילות חובות שונות על אוחז השטר, וכשהוא אינו ממלאן, המושך פטור מתשלום (ראה סעיפים 44(א) ר' 47), ובמשפט האנגלי נקבע שגם האוחז בשטר כמשכון אינו פטור מהן ראה: Byles, On Bills of Exchange (London, 25th ed., Francis Frank R. Ryder, 1983) by Maurice Megrah; Frank R. Ryder, 1983) 160(לעיל הערה 26), שם. במקרה זה קשה אכן לקבוע, איזו הוראה היא ספציפית ואיזו הוראה נחשבת כללית.
- 41 ראה סעיף 24 לחוק.

זכות חוזית רגילה<sup>42</sup> וההוראות החלות על משכון זכות חלות גם עליי<sup>43</sup>. משכון השטר משתכלל לפי הוראות חוק המשכון, עם הסבתו ל"ב הנושה. ההיסב, לפי הפקודה, מלווה בהעברה של החזקה בשטר לידי הנסב<sup>44</sup> וזו מביאה ממילא לשכלול המשכון לפי סעיף 24(2) לחוק<sup>45</sup>. עם השכלול, ב עדיף על הנושים הרגילים של א, שעה שהם מתחרים על הפירות שמקורן במימוש הזכות כלפי ג. כבכל משכון אחר<sup>46</sup>, ב רוכש זכות קניינית בשטר<sup>47</sup>. א המיסב נשאר בעליו של השטר<sup>48</sup>, אך ל"ב הנסב יש זכות קניינית בו.

האוחז בשטר פרעון רשאי לממשו במועד הפרעון, ברם שטר ביטחון הוא משכון, טפל לעסקה אחרת, ולשם קביעת מועד מימושו יש לפנות להוראות חוק המשכון. עקרון יסודי בדיני המשכון הוא שנושה רשאי לממש משכון רק כאשר לא קיים החיוב במועדו<sup>49</sup>. ברם, חוק המשכון גופו קובע חריג כאשר הנכס הממושכן הוא זכות חוזית<sup>50</sup>. לעניין זה קובע סעיף 20: "מושכנה זכות שיש לחייב כלפי אדם אחר, רשאי הנושה לממשה כשם שהחייב היה יכול לממשה; הוא רשאי לעשות כן אף אם חל המועד לקיום הזכות לפני המועד לקיום החיוב המובטח..."<sup>51</sup>, וכאמור לעיל, הוראה זו חלה גם לגבי שטרות. הווה אומר: ב רשאי לממש את השטר ולתבוע את ג המושך במועד שא רשאי לתבועו, קרי: במועד פרעונו של השטר, אף שטרם התגבש החיוב של א כלפי ב<sup>52</sup>. מסיבה זו אין אנו מסכימים לקביעת בית המשפט שהשעה טרם היתה כשירה למימוש השטר היות שהבנק לא הוכיח כי פושר, לקוחו, חייב לו סכום כסף. כפי שאמרנו, מכוח סעיף 20 די שהגיע מועד פרעונו של השטר.

אידידוק זה של בית המשפט נע מההשוואה בין שטר הביטחון בפרשת בן עליזה ובין שטר הביטחון בעניין קרש נפתלי. באותו עניין תאריך שטר הביטחון קדם למועד החיוב בעסקת היסוד, ובית המשפט קבע שבתקופת הביניים האוחז מחזיק בשטר למשמרת

- 42 לעניין זה ראה א' ברק, מהותו של שטר (הדפוס האקרמי, ירושלים, תשל"ב) 30-34.
- 43 ראה ויסמן (לעיל, הערה 38), 359-360.
- 44 ראה הגדרות "הסב" ו"מסירה" בסעיף 1 לפקודה.
- 45 עקרונית, לפי סעיף 314 לחוק אפשר למשכון שטר גם עליי רישום, ברם, אפשרות זו אינה מעשית היות שהשארית הנכס בירי החייב חושפת את הנושה לסכנה שהחייב יסוּר אותו לאוחז בשורה, שבפניו תיכשל זכותו של מקבל המשכון (ויסמן, לעיל הערה 38, בעמ' 142). לדיון מקיף בנושא זה ראה: שמעון ויס, שכלול המשכון (חיבור לשם קבלת תואר ד"ר למשפטים, ירושלים, תשמ"ד) 38-45, 97-104, 146-147.
- 46 ויסמן, שם, עמ' 15.
- 47 ראה ע"א 345/78 בנק הפועלים בע"מ ב' סרדס, פ"ד לג(1) 684, 690 (להלן: סרדס).
- 48 ראה ברק (לעיל, הערה 42), עמ' 70 הערה 94. ראה גם ע"א 630/72 בנק המזרחי המאוחד בע"מ ב' המפרקים של אמבקבל נין בע"מ, פ"ד כז(2) 274, 278.
- 49 חוק המשכון, סעיף 16(א).
- 50 ראה סעיף 17(4) לחוק.
- 51 לפי זה, יהא מקבל משכון בשטר רשאי לתבוע את החייבים על פי השטר הן לפני הגיע המועד לקיום החיוב המובטח והן לאחריו (ובלבד שהגיע מועד הפרעון של סטר החוב עצמו), כאמור בסעיף 20, ויסמן (לעיל, הערה 38), 360, והשווה: Michael H. Rubin, "Securcity Devices" Louisiana L. Rev. (1982) 413, 416.



גרידא, והוא רשאי לממשו רק כאשר הופר החיוב בעסקת-היסוד<sup>52</sup>. ואכן, קביעה זו נכונה בעובדות קדש נפתלי היות ששטר-הביטחון ניתן עליידי המושך לנפרע, וכאמור לעיל, חוק המשכון, ובכללו סעיף 20, אינו חל במקרה זה. לעומת זאת, בענייננו, שטר-הביטחון היה בחוליית ההיסב, וזהו המקרה השכיח במערכת הבנקאית; וכאן, מכוח סעיף 20, הבנק רשאי לתבוע את המושך, אף שלקוח-הנפרע טרם חייב לו מאומה.

סעיף 20 האמור מטשטש את אופיו הנלווה של שטר המשמש משכון, ושטר-ביטחון מסוג זה, כמו שטר-פרעון גמור, ניתן להפעלה בהגיע מועד פרעונו<sup>53</sup>. טשטוש זה מחריף כאשר בנק גובה מחזיק בשיק גם לביטחון. במקרה זה יש לבנק כפל תפקידים כלפי השטר: השטר משמש לו משכון והבנק גם שלוחו של הלקוח לגבייתו. הבנק רשאי אפוא לפנות אל המושך בדרישת תשלום בהגיע מועד הפרעון מכוח תפקידו כגובה בלא קשר לפונקציה השנייה ביחס לשיק.

כפל תפקידים זה, אף שכבר הופיע בפסיקה במקרים קודמים<sup>54</sup>, לא נשא חן בעיני הערכאות השונות בעניין בן עליוה. "בית המשפט קמא וכן שופטי הרוב של בית המשפט המחוזי קבעו שהשיק ת/2 נמסר על ידי פישר לבנק באפריל 1979 ככטוחה לאשראי, רק עד לתאריך ההוצאה הדחוי, 30.8.79. משלב זה אחז הבנק בשיק רק לצורכי גוביינא בהתאם למסמך נ/1 שצוטט לעיל, והוא חדל לשמש בטוחה למשיכות יתר"<sup>55</sup>. גם השופטת בדפורת סברה שהאיסור למשוך את תמורת השיק לפני גבייתו בפועל "עומד בסתירה לרעיון ההפקדה של 'שיק-ביטחון'<sup>56</sup>."

האם אכן קיימת סתירה בין התפקידים השונים של הבנק? לפני מתן התשובה כדאי לתאר בשורות אחרות את הפרקטיקה הנהוגה בארץ. כפי שהבאנו לעיל, בארץ רווחת התופעה של שיקים דחויים וסביר להניח שברשותו של כל קמעונאי, יצרן או יבואן, מצויים שיקים כאלה שהוא מקבל מלקוחותיו. לאותו סוחר יש חשבון חח"ד (חשבון חוזר דביטורי) בבנק ובמסגרתו הוא זכאי<sup>57</sup> למשיכת-יתר, וכנגד הוא ממשכן לבנק, בין השאר, את השיקים שהוא מוסר לגוביינא. השיקים הדחויים נמסרים לבנק לפני מועד פרעונם והבנק סומך עליהם במתן אשראי ללקוח. בבנקים אחרים, כאשר הלקוח "מפקיד" את השיק, הוא חותם על מסמך האוסר עליו למשוך את תמורת השיק עד לגבייתו בפועל, ברם, קודם-לכן נחתם הסכם בדבר משכון כל השיקים שהלקוח ימסור בעתיד לבנק אף לשם גבייה גרידא<sup>58</sup>. משכון שיקים נוח במיוחד לבנק היות שפעולה

52 עמ' 835-836 לפסקה ר"ד. לקביעה שבתקופת-הביניים השטר מחזק עליידי האוחז למשמרת בלבד עשויות להיות השלכות שונות. ראה, למשל, ע"א 615/68 באופק בע"מ נ' בנק לפחד הו"ן בע"מ, פ"ד כג(1) 566.

53 כעיה זו מקשה גם על ההבחנה בין מכר זכות ובין משכונה, ראה ש' לרנר, "על ההבחנה בין המתאה גמורה להמתאה כדרך של שעבוד", משפטים יב (תשמ"ב) 281, 282.

54 ראה פסקה ר"ד בעניין ארמול וסלמה, שם השיקים שימשו גם לביטחון אף שבעת הפקדתם הוסכם שהלקוח אינו רשאי למשוך את התמורה עד לגבייה בפועל, והזיכוי בספרי-החשבונות של הבנק הינו "ארעי" בלבד.

55 עמ' 284.

56 עמ' 287.

57 לטיבה של "זכות" זו ראה ע"א 323/80 אלתיית בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פ"ד לז(2) 673.

58 ראה לעיל, הערה 17. נוהג זה מעורר את הבעיה של משכון נכסים עתידיים, שאלה שחוק המשכון

זו אינה חייבת ברישום: השיקים מוחזקים בין כך ובין כך ברשותו לצורכי גבייה, ואין לו אפוא כל עלות במשכונם. קיומם של שיקים רחויים גרם לכך שהתופעה של משכון שטרות נפוצה בישראל, כפי הנראה, יותר מבארצות מערביות אחרות<sup>59</sup>.

הלקוח מקבל אפוא זכות למשיכת יתר עד לסכום מוסכם ללא קשר לשיק מסוים שאותו היסב לבנק. כאשר, דרך משל, הלקוח מפקיד בבנק שיק שסכומו כפול מהאשראי המוסכם, כפי שאכן קרה בפרשת בן עליזה, עם ההפקדה, טרם שהשיק נגבה, לא משתנה גובה האשראי המוסכם שאותו הלקוח רשאי למשוך. ברם, כאשר הבנק מקבל בפועל את תמורת השיק, והלקוח נמצא עקב כך ביתרת זכות, הוא רשאי למשוך כספים בסכום העולה על המוסכם היות שעתה הלקוח הוא הנושה בבנק סכום כלשהו.

אין אפוא סתירה בין התפקידים השונים של הבנק, והשיק אינו חדל לשמש בטוחה שעה שמועד הפרעון מגיע והבנק משמש גם גובה. דווקא כאשר השיק "חוזר" והלקוח נקלע לקשיים כספיים, מזדקרת חשיבותה של הבטוחה, ואז לבנק יש עניין מיוחד לממש את המשכון, קרי: לדרוש ממושך השטר את פרעונו.

לסיכום: בפסקהדין נשוא הדיון מושכנה זכותו השטרית של פישר, הנפרע, כלפי בן עליזה, המושך, לטובת הבנק האוחז. במקרה זה, לפי סעיף 20 לחוק המשכון, הבנק רשאי לממש את המשכון במועד פרעונו של השיק, אף אם טרם התגבש החיוב לטובתו. הנימוק הראשון לדחיית תביעתו של הבנק אינו עולה אפוא בקנה אחד עם הוראות חוק המשכון.

ברם, הבעיה העיקרית בפסקהדין אינה מועד מימושו של המשכון אלא טענות ההגנה שהמושך מעלה כלפי החיוב. ואכן, סעיף 20 האמור קובע שהנושה רשאי לממש את המשכון "כשם שהחייב היה יכול לממשה", וזה אינו יכול לתבוע את זכותו בשל כשלון התמורה<sup>60</sup>. הבנק יוכל להינצל מטענה זו לפי דיני השטרות אם יוכיח שהוא אוחז כשורה, ובעיקר אם נתן "ערך" עבור השטר. לעניין זה התאריך הקובע הוא מועד חילולו של השיק ולא המועד שבו הוא הוגש לביצוע במשרדי ההוצאה לפועל, כפי שמשמע מדברי השופטת כרפורת. על עניין זה נעמוד בפרק הבא.

59 לא נתן עליה את הדעת; וראה ריסמן (לעיל, הערה 38), 24-31. מנגד כראי לשים לב לעובדה שהבנק אינו סוּעָן לתקפות המשכון מעת פתיחתו של החשבון, אלא ממועד הפקדתו של השיק בלבד.  
 60 זה שיקים שנמסרו לבנק לגביינא. לסעיף הנהוג אצל Chase Manhattan Bank ראה Albert J. Rosenthal, "Negotiability - Who Needs it?" 71 Colum. L. Rev. (1971) 375, 392. במשפט המקובל נוצר גם עיכובן מבח הדין ("Banker Lien") לטובת בנק, על כל הנכסים שזה מחזיק עבור לקוח במסגרת תפקידו כבנקאי, ובכלל זה על שטרות שנמסרו לבנק לגביינא. ראה Halsbury's "Laws of England", (4th ed.) vol. 3, paras. 78-80.  
 60 ראה ריסמן (לעיל, הערה 38), 364-365, ואת פסקדינו של השופט קיסטר בע"א 522/72 מדינת ישראל נ' בוגש נבטים של החברה וולטקס צמרון תשלובת פנסטיל בע"מ (כפירוק ובכינוס נכסים), פ"ד כז(2) 393.

### ג. התחייבות שטרם בוצעה כ"ערך" לצורך אחיזה כשורה

כאמור, לדעתנו שאלת המפתח להצלחתו של הבנק לרכוש מעמד של אוחו כשורה הוא גורם הערך. ברם, קודם לדיון בשאלה זו יש להסיר מכשול אחר העולה מבין שיטת של פרשת בן עליזה. בפסקדין משמע שעד למועד שבו הבנק זכאי לממש את שטרהביטחון, הוא איננו אוחו בו במובן הפקודה. הסיחור – אליבא דבית-המשפט – "כרוך לא רק בהעברת החזקה במובן הפיסי אלא גם בקיום כוונה להעביר את הקניין בו במסירה שלימה... הסיחור תלוי כאמור, בעשיית התקשרות בת פועל, ובהעברת חזקה גרידא לא סגי"<sup>61</sup>. בית-המשפט מוסיף ואומר, ש"אחיזה בשטר והחזקה בו אינן בהכרח היינו הך", וכוונת הדברים לפי ההקשר היא שהבנק אמנם מחזיק בשטר אך איננו אוחו בו.

דומה שהכול מודים שאחיזה וחזקה אינן היינו הך, אך הקביעה שהבנק מחזיק גרידא ואיננו אוחו מעוררת תמיהה. כדאי לזכור, לדוגמא, שגנב של שטר למוכ"ז<sup>62</sup> או נסב שקיבל את השטר לגוביינא בלכר<sup>63</sup> הינם אוחזים, הוזה אומר: המושג אוחו בפקודה אינו קשור לרכישת זכויות קנייניות בשטר. "פלוגי אוחו בשטר אם נתקיימו בו שני אלה: ראשית לשון השטר (או ההיסב) מצביעים על כך שהחיוב מופנה כלפי פלוגי...שנית, החזקה בשטר"<sup>64</sup>. ואין כל ספק ששני אלה התקיימו בבנק במקרה דנא. בית-המשפט לא הבחין בין הזכות לתבוע על-פי השטר ובין האפשרות לתבוע בהצלחה<sup>65</sup>. אחיזה סוללת את דרכו של האוחז לתבוע בשמרהוא<sup>66</sup>, אך לחייב על-פי השטר עשויות להיות טענות-הגנה שונות, כגון שהמסירה היתה על-תנאי והיא טרם הושלמה. כדי לקבוע, בהקשר שלנו, אם טענות-הגנה שונות עומדות נגד הבנק, יש לבדוק אם הלה אוחו כשורה בשטר. תנאי האחיזה אינו עומד – לדעתנו – בדרכו של הבנק, ואנו עוברים אפוא לדון בגורם "הערך".

לעניין זה יש תחילה להדגיש נקודה שלא הובהרה די הצורך בפסק-הדין. כדי לזכות בסטטוס האמור על הבנק היה לתת ערך עד לתאריך 30.8.79, או, ליתר דיוק, עד יומיים לאחר-מכן, בעת שנודע לו על ביטול השיק בידי המושך. ערך שניתן לאחר-מכן לא יושיע את הבנק היות שאז כבר "היתה לו ידיעה שהשטר חולל לפני כן"<sup>67</sup>. התאריך החשוב להצלחת התביעה אינו אפוא מועד הגשת השטר לביצוע בהוצאה-לפועל<sup>68</sup>, וגם לו הבנק הוכיח שבאותו זמן חשכונו של פישר היה ביתרת חובה, הוא לא היה זוכה במעמד הנכסף של אוחו כשורה.

61 עמ' 290 לפסק-הדין.

62 ראה זוסמן (לעיל, הערה 11), 324, הערה 27; ברק (לעיל, הערה 42) עמ' 46.

63 ברק, שם, עמ' 49.

64 ברק, שם, עמ' 45.

65 ראה Cowen, *On the Law of Negotiable Instruments* (4th ed., by Denis V. Cowen and Leonard Gering, Cape Town, 1966) 252.

66 סעיף (1)37 לפקודה.

67 סעיף 28(1א) לפקודה, והשווה ע"א 249/68 עוזרי נ' בנק אלון בע"מ, פ"ד כב(2) 622.

68 ראה בן עליזה, עמ' 288, בין האותיות ו-ז.

האם נתן אפוא הבנק ערך לפני מועד "חזרתו" של השיק מהבנק הנמשך? בית-המשפט, בנימוק השני, השיב על כך בשלילה הואיל "ולצורך אחיזה כשורה יש צורך בתמורה בפועל ולא די בהתחייבות לבצעה בעתיד"<sup>69</sup>, ומכיוון שבאותה עת חשבונו של פישר עמד ביתרת זכות, התחייבות הבנק להעניק לו אשראי טרם בוצעה בפועל.

הפקודה אינה מפרשת מהו ערך לצורך אחיזה כשורה<sup>70</sup>, אלא מגדירה כללית, ללא ציון המטרה<sup>71</sup>, מהי "תמורה בת ערך לשטר". לפי סעיף זה, התחייבות שטרם בוצעה מהווה תמורה, שהרי "תמורה בת ערך לשטר יכול שתהא – כל תמורה המספקת להעמיד התקשרות פשוטה"<sup>72</sup>. המחוקק לא קבע אפוא הוראה ברורה, וההלכה השוללת אחיזה כשורה ממי שטרם ביצע בפועל את התחייבותו היא יציר הפסיקה<sup>73</sup> ונובעת למעשה משיקולי מדיניות.

ביסודו של דבר, האוחז כשורה הוא אותו רוכש בתמורה ובתום-לב המוכר לנו מדיני הקניין הכלליים<sup>74</sup>. השאלה העומדת במרכזה של הסוגייה המקבילה בדיני הקניין היא על מי משני תמיה-לב, בדרך-כלל הבעלים המקורי והרוכש, לישא בהפסד הנובע ממעשהו של שלישי. במינוח של דיני השטרות השאלה היא, האם לאפשר למושך להעלות את הגנותיו גם כלפי האוחז ולהטיל על האחרון את ההפסד על המושך. כללית,

69 עמ' 291 לפסקה דין.

70 השווה לסעיף 303-3 בקוד האמריקאי המגדיר "value" במיוחד לצורך אחיזה כשורה, תוך הפרדתו מהמושג הכולל: "Consideration".

In this article value is divorced from consideration... The latter is important only on the question of whether the obligation of party can be enforced against him; while value is important only on the question whether the holder who has acquired that obligation qualifies as a particular kind of holder (official comments, n. 2).

71 הפקודה גם אינה קובעת חריג-משמעותי שחייב שטרי תקף רק אם ניתנה נגדו תמורה, אלא מגדירה סתמית תמורה בת-ערך מהי. בהסתמך, בין השאר, על עובדה זו, טען השופט ברק שאין צורך בתמורה ליצירת חיוב שטרי כשם שאין צורך בה ליצירת חיוב חוץ רגיל, ראה Aharon Barak, "The Requirement of Consideration for Bills and note Israel" 2 *Isr. L. Rev.* (1967) 499.

72 סעיף 26(1)(א) לפקודה.

73 רמזים לגישה זו בפסיקה הישראלית ניתן למצוא כבר בפרשת שוויץ (עמ' 2124), ששם אמר השופט זוסמן, לעניין זיכוי חשבון בנק שהלקוח טרם משך את הסכום: "איננו מביעים דיעה על כך, אם מתן ערך בדרך זו היה גם תופך את האוחז לאוחז כשורה". וראה גם פסקה דין קיבוץ, בעמ' 266-267. זוסמן המחבר היה יותר חריג-משמע. ראה זוסמן (לעיל, הערה 11), 283, וכך גם בית-המשפט בפרשת בן עליה. אולם ראה Aharon Barak, "The Uniform Commercial Code-Commercial Paper An Outsiders View, Part I" 3 *Is. L. Rev.* (1968) 7, 28-29. להלכה דומה במשפט האנגל-אמריקני ראה: Britton (לעיל, הערה 30), 236-235. הלכה זו מפורשת כיום בקוד האמריקני, ראה סעיף 303(a)-3. ברם, לגבי בנק האוחז בשיק, ההוראות שונות במקצת. ראה: Grant Gilmore, "The Uniform Commercial Code – A reply to Professor Beutel" 61 *Yale. L.* (1952) 364, 368-369.

74 תוק השטרות האנגלי משנת 1882 יצר את המונח הטכני holder in due course כתחליף למונח bona fide indorsee for value בפסיקה שקדמה לו. לכלבול בפסיקה הישראלית שנבע מחילוף המונחים ראה ע"א 742/68 זילברשץ נ' ברבן, פ"ד כג(1) 557.

דיני השטרות נוטים לטובתו של הרוכש תמדהלב, האוחז. ברם, כאשר הוא טרם ביצע בפועל את התחייבותו לנפרע, הכף נוטה לזכותו של המושך. במקרה זה, גם אם נאפשר למושך להתגונן, האוחז לא יפסיד הואיל ובשל הפרת ההסכם בינו לבין הנפרע הוא יוכל לחזור מההתחייבות כלפיו<sup>75</sup>. מניעת מעמד של אוחז כשורה ממי שטרם ביצע את ההתחייבות מביאה לתוצאה הצודקת שהמושך יוכל להתגונן כראוי ולא ישלם על-פי השטר בלא קבלת תמורה, האוחז יבטל את התחייבותו כלפי הנפרע על-פי עסקת-היסוד, והנפרע בלבד ישא בתוצאות הנובעות מהתנהגותו.

מדיניות דומה יש להחיל לגבי תקנות השוק השונות בדיני הקניין. ברם, כמו בדיני השטרות, גם במקומות אחרים המחוקק לא התייחס במישרין לבעיה. מעניין לציין שלעניין תקנת השוק שבסעיף 34 לחוק המכר, תשכ"ח-1968, יש תימוכין בפסיקה לדעה שרק מי ששילם בפועל עבור הממכר יזכה להגנתה של התקנה<sup>76</sup>.

הדוגמא הקלסית להתחייבות שטרם בוצעה במישור הבנקאי היא זיכוי חשבוני-בנק כאשר הלקוח טרם הספיק למשוך בפועל את סכום הזיכוי. לדוגמא, לקוח שיתרת חשבונו בבנק עומדת על 1,000 שקל בזכות, והוא מפקיד שיק על סכום דומה, גם אם הבנק מתיר לו למשוך מיידית סכום של 2,000 שקל, הוא אינו נחשב אוחז כשורה טרם משיכת הכסף בפועל<sup>77</sup>.

הרעיון העומד בבסיסה של ההלכה הוא, שרק הסתמכות בפועל על השיק והפסד שנגרם בגין קבלתו, מזכים את האוחז "לגלגל" את ההפסד על המושך. ברם, עיקרון זה אינו מיושם לכאורה כאשר הלקוח נמצא במצב של משיכת-יתר<sup>78</sup>. ניטול לדוגמא מקרה שבו חשבונו של הלקוח מורה על יתרת חובה בסך 1,000 שקל, והוא מפקיד בחשבון שיק לזכותו על סכום דומה. עם ההפקדה הבנק משנה, ולו זמנית, את היתרה לאפס. יומיים לאחר-מכן השיק "חוזר", והבנק משנה בהתאם את היתרה בחשבון ל-1,000 בחובה. בפעולות אלו של זיכוי החשבון וחיובו החוזר הבנק לא הפסיד מאומה, ומצבו לאחר חילול השיק אינו גרוע ממצבו טרם קבלתו. ברם, הפסיקה אצלנו חדימשמעית<sup>79</sup>, וזו גם הגישה הרומינגנטית בשיטות משפט אחרות<sup>80</sup>, שהבנק נחשב

75 ראה זוסמן (לעיל), הערה 11 x, *Handbook on the Uniform Commercial Code* (St. Paul 2nd ed., 1980) 556-557. אם האוחז אינו יכול לחזור בו מההתחייבות, כגון שהיתה זו התחייבות בלתי-חוזרת לטובת צד ג, זהו ערך לעניין אחיזה כשורה. ראה פסק-הדין עזרי (לעיל), הערה 67 והשווה U.C.C. sec. 3-303 (c).

76 ראה ד' פרידמן, דיני עשיית עושר ולא במשפט (כורסי, תשמ"ב), עמ' 674, הערה 203.

77 אם הלקוח משך בפועל 1,000 שקל בלבד, מתעורר ספק אם זהו הסכום שעמד לרשות הלקוח קודם להפקדת השיק או תמורת השיק. בתי-המשפט בארצות-הברית השתמשו לפתרון הבעיה בכלל first in first out (ראה Britton, לעיל, הערה 30, בעמ' 236) וכלל זה אומץ לאחר-מכן גם על-ידי הקוד (סעיף 208(2)-4).

78 ראה Robert H. Hillman, Julian B. McDonell & Steve H. Nickles, *Common Law and Equity under the U.C.C.* (Boston, 1985) ch. 11, pp. 20-21.

79 ראה לעיל, הערה 12.

80 לסקירת ההלכה בארצות-הברית ובאנגליה ראה Note, "Bank Credit as Value in Article 4 of the Uniform Commercial Code", 1981 *University of Illinois L. Rev.* (1981), 395. המחבר מביא פסקי-דין אחרים בארצות-הברית שנמנעו מלהעניק לבנק מעמד של אוחז כשורה, על-אף הוראה

במקרה זה כמי שנתן ערך לצורך אחיזה כשורה. לעניין זה של זיכוי חשבון בנק המצוי ביתרת חובה נחזור בהמשך לאחר שנעמוד על מלוא משמעותו של פסקהדין בעניין בן עליזה.

להלכה שהתחייבות שטרם בוצעה אינה מהווה ערך לצורך אחיזה כשורה, היו, כאמור, רמזים עוד לפני פרשת בן עליזה<sup>81</sup>. חידושו של פסקהדין הוא בקביעה שגם כאשר השטר מהווה משכון, נכונות הבנק לאפשר משיכות-יתר כנגד המשכון, אינה מהווה ערך, אף שהמשכון שוכלל לפי חוק המשכון והוא ממשיך לעמוד בתוקפו בעת שחשבונו של הלקוח מצוי ביתרת זכות<sup>82</sup>. בנקודה זו, הלכת בן עליזה סוטה מהלכות קודמות, ששם ראו ב"המשך נכונותו של הבנק להוסיף ולאפשר משיכות יתר"<sup>83</sup> או בעצם "יצירת זכות הקנין בשיקים"<sup>84</sup>, נימוק שדי בו לכרו כדי להוות ערך לביסוס מעמד של אוחו כשורה<sup>85</sup>. לעומת זאת, הלכת בן עליזה אינה רואה בעצם המישיכון, קרי: ברכישת זכות קניינית על-ידי הבנק, בצירוף הסכמתו העקרונית להעניק אשראי, משום ערך, אלא אם נתלוותה אליה בפועל משיכת-יתר מצד הלקוח.

לפי הלכת בן עליזה, התמורה שבסעיף 26(ג) לפקודה לעניין "אוחו שיש לו עיכובן על השטר", כשלעצמה, אינה מספיקה להקנות לאוחו מעמד של "אוחו כשורה" ורק חובו של הלקוח לבנק באותה שעה, מקנה לאחרון מעמד זה. התמורה שבסעיף 26(א)(2) לענין חוב קודם עדיפה אפוא על התמורה הנובעת מהחזקת השטר כמשכון. פרשנות זו מדגישה ביתר-שאת את הצורך ברביזיה של סעיף 26, תוך התייחסות מפורשת לשאלה, מהו ערך לצורך אחיזה כשורה.

האם שיקולים של מדיניות משפטית תומכים בתוצאת פסקהדין? ההלכה מצמצמת את האפשרויות שלפיהן בנק עשוי לרכוש מעמד עצמאי ביחס לשיק ומדגישה את תפקידו כגובה. במאמר ידוע שפורסם בארצות-הברית על-ידי הפרופסור רוזנטל לפני כ-15 שנה<sup>86</sup>, קרא המחבר לבטל חלקית את רעיון ה"סחירות", במיוחד לעניין שיקים. רוזנטל גרס שבמתן אשראי ללקוח, בנק אינו סומך על שיקים שזה מיסב לו כדי לגבותם.

מפורשת בקוד שחוב קודם מהווה ערך לעניין זה, היות שזיכוי החשבון בבנק הוא ארעי ("provisional") כלכד.

- 81 ראה לעיל, הערה 73.
- 82 ראה חוק המשכון, סעיף 15(ג), ופסקהדין בעניין בן עליזה, עמ' 287-288.
- 83 פסקהדין שלמה, עמ' 527-528. הבנק החזיק בשיק גם כמשכון.
- 84 פסקהדין בעניין טרדס, עמ' 690. לדברי הסופט ברק, "נכיון השטרות, מתן אשראי למזרחי על ידי זיכוי יתרת החובה שבחשבונו של מזרחי ויצירת זכות הקנין בשיקים - כל אחד מאלה עשה את המערער לאוחו בעד ערך. על ידי כך הוכיח המערער את מעמדו כאוחו כשורה" (ההדגשה שלי - ש"י). עולה שיצירת זכות הקנין בשיקים פירושה נטילתם כמשכון).
- 85 בארצות-הברית נפסק, שרכישת משכון בשטר מהווה ערך לצורך אחיזה כשורה גם כאשר חשבונו של הלקוח מצוי ביתרת זכות. ראה *Bowling Green Inc. v. State Street Bank and Trust Comp.* 475 F 2d 81 (1970). ההלכה שטרם קנתה שביתה בפסיקה אינה מושתתת על שיקולי מדיניות אלא מבוססת על פרשנותו של סעיף 4-208 לקוד. לתמיכה בפסקהדין ראה: Note, "Bowling Green: - The Bank as a Holder in Due Course" 71 *Columbia L. Rev.* (1971) 302. ברם, גם המאמר מתרכז בפרשנות המבוססת על ההיסטוריה החקיקתית של הקוד ואינו מביא שיקולים ענייניים להצדקת ההלכה.
- 86 ראה לעיל, הערה 59.

הבנק אינו מכיר את המושך ואת מצבו הפיננסי והוא סומך אפוא על היכולת הכספית של לקוחו בלבד. מניעת האפשרות מהמושך להעלות את טענות ההגנה שלו מקנה לבנק רווח בלתי-צפוי, windfall, שאין לו כל הצדקה. ביטול עדיפותו של הבנק לא יפגע במוסד השיקים בכלל, ובמרבית המקרים נפרע אינו מסחר אותם אלא מפקידם בבנק שבו מתנהל חשבונו.

קריאה זו ואחרות<sup>87</sup> הניבו פירות בארצות-הברית, והמעמד של אוהו כשורה בוטל בכל הנוגע לשטרות צרכניים. ברם, יש רגליים לסברה, אם כי אין בידינו סקר מדויק, שבארץ השימוש בשיקים מרובה-יחסית, ופגיעה משמעותית באפשרות של בנקים לרכוש אחיזה כשורה תפגע בסופו של דבר בשוק האשראי. מסיבה זו אנו תומכים בהלכה שזיכוי חשבון בבנק במצב של יתרת חובה מהווה ערך לצורך אחיזה כשורה. דומה שבארץ, בנק המעניק אשראי ללקוחו סומך בין השאר גם על שיקים שהלקוח יכניס בעתיד לחשבונו, ויותר מכך – על שיקים "רחויים" שכבר מוחזקים ברשותו. מניעת מעמד של אוהו כשורה מבנק כאשר שיקים הוסבו אליו לפרעון חוב קודם או להבטחתו תפגע בשימוש הנעשה בשיקים כבסיס למתן אשראי.

בארץ "נטילת שטר להבטחת חוב בחשבון עובר ושכ הוא מעשה יום יום בבנקים"<sup>88</sup> ושיקים מהווים אחת הבטוחות החשובות במסגרת חשבונות חח"ד. הלכה שחוב קודם אינו מהווה ערך לעניין אוהו כשורה תפגע – לדעתנו – קשות באפשרות הבנק להעניק אשראי ללא נטילת סיכון גבוה.

לעומת זאת, תוצאת פסקהדין בן עליזה, דהיינו: שלילת המעמד של אוהו כשורה מבנק, על-אף המשכון, כאשר הלקוח טרם ניצל את זכותו למשיכת-יתר, לא תפגע פגיעה של ממש בשוק האשראי, היות שעובדות המקרה אינן שכיחות. בדרך-כלל, כאשר שיק בסכום גבוה יחסית "חוזר" נדלקת במוחות של הבנק נורת אזהרה לגבי מצבו הכספי של לקוחו. בעובדות שלנו הבנק לא נזהר והמשיך לתת לפישר אשראי, למרות ששיק סכומו כפול ממסגרת האשראי המוסכם לא כובד על-ידי המושך. הבעיה נוצרה אפוא כתוצאה מרשלנות "מקומית" ובדרך כלל בנק לא יאפשר ללקוח במצב דומה לממש את האשראי המובטח, ולא יהיה צריך אפוא לפנות אל המושך בדרישת תשלום.

טעמים פרקטיים אינם מכתיבים אפוא הליכה לקראת הבנק, ואנו תומכים בקביעה שהבנק לא נתן ערך כדי להיחשב אוהו כשורה, ויש אפוא לאפשר למושך להתגונן בטענה של כשלון התמורה. על טעם נוסף שבגיננו יש לתמוך בתוצאת פסקהדין נעמוד בפרק הבא.

#### ד. חיוב חשבון-בנק כפרעון שטר

זכור, כאשר הבנק העביר באמצעות המסלקה את השיק לבנק הנמשך, זוכה זמנית

87 ראה בעיקר Vern Countryman, "The Holder in Due Course and other Anachorisms in Credit" 52 Tex L. Rev. (1973) 1.

88 פסקהדין קיבוץ, עמ' 266.

חשבונו של פישר, ועם "חזרת" השיק, חויב החשבון. במועדים אלה היה החשבון ביתרת זכות. השאלה העולה למקרא עובדה זו היא, האם חויב החשבון בנסיבות אלה נחשב לפרעונו של השיק.

בפרשת פרדס הבחין בית-המשפט לעניין זה בין מצב שחשבון העו"ש מצוי ביתרת זכות לבין מצב שהחשבון עומד ביתרת חובה. שטר הוא הוראה או הבטחה לשלם כסף וככזה פרעונו צריך אף הוא להיות בכסף<sup>89</sup>. ברם, הצדדים יכולים להסכים, מפורשות או מכללא, על דרכי פרעון נוספות ובכללן, חיוב חשבון בנק<sup>90</sup>. ברם, "חיוב חשבונו של חייב העומד בין כה וכה ביתרת חובה, לא יתפרש כפרעון, אלא אם הוכח כי הצדדים הסכימו אחרת. חיוב כזה אינו אלא פעולה חשבונית ואין בו יותר מאשר מתן התחייבות נוספת על-ידי החייב לבצע את התשלום"<sup>91</sup>.

על-סמך הלכה זו, קבעו שופטי הרוב בבית-המשפט המחוזי שהשיק נפרע על-ידי פישר, ודי בכך כדי לדחות את תביעתו של הבנק נגד המושך<sup>92</sup>. אולם השופטת בן-פורת הבחינה בין המקרה שלנו ובין הלכת פרדס, כדלהלן:

למעלה מן הצורך אוסיף, כי החיוב של חשבון החח"ד בעקבות החילול לא היווה פרעון השיק על ידי פישר כי אם ביטול הזיכוי הזמני (שממילא לא נתלווה לו, כזכור, היתר משיכה), הא ותו לא. אין בין חיוב כזה לבין מה שנקבע (מפי השופט ברק) בע"א 345/78, בע"מ 690 ולא כלום<sup>93</sup> (ההדגשות במקור).

כפי הנראה, השופטת בן-פורת רומזת על ההבחנה הבאה. העסקה בפרדס היתה נכיון שטרות והזיכוי במקרה כזה אינו פעולה טכנית גרידא, והוא הקטין ממשיית את חובו של הנפרע לבנק. היה כאן אפוא זיכוי של ממש, והחיוב החוזר שבעקבותיו מהווה פרעון השטר כאשר החשבון הוא ביתרת זכות. בעניין בן עליוזה היה תנאי שלפיו השיקים ייוקפו לזכות הנפרע באופן ארעי והזיכוי והחיוב הן פעולות טכניות הנעשות לנחיות הבנק, אך חסרות משמעות מבחינה משפטית.

ברם, אם זו ההבחנה, דומה שיש ליישבה עם הפסיקה שראתה בזיכוי זמני, אף אם לא התלווה אליו "היתר משיכה", ערך בנסיבות מסוימות<sup>94</sup>. אם זיכוי "זמני" באופיו עשוי להיחשב כערך, מה טעם ברבר שחיוב חוזר בעקבות זיכוי כזה לא ייחשב בנסיבות מסוימות כפרעון השטר.

89 לעניין פרעון שטר בדרך של קיוון, השווה א' רוזנצ'בי, "טענת הקיוון נגד זכות שטרית" עיוני משפט ז (תשל"ט) 653, 666-667.

90 אף שעל-ידי חיוב חשבון-בנק האוחז הוא הפורע לעצמו מתוך כספי החייב, והשווה: *Jenkins v. Tongue* לעניין שטר-ביטחון שהמעבידהאוחז פרעו על-ידי ניכוי ממשכורתו של העובד-החייב. פסקהדין מובא אצל Paget (לעיל, הערה 13), 416.

91 פרדס, עמ' 691. ראה עוד ע"א 678/78 נהלת מושבי הגליל, אנודה שיתופית הקלאית בע"מ נ' יקר, פ"ד לר(1) 640.

92 זהו אינו "פרעון כשורה" במובן סעיף 60 לפקודה, היות שהפורע הוא המיסב ולא החייב העיקרי. להשפעת עובדה זו על זכויותיו של האוחז כלפי המושך ראה דבריו של השופט ברק בפסקהדין פרדס, עמ' 690.

93 בן עליוזה, עמ' 291, מול האותיות ג-ד.

94 ראה פסקהדין בענין ארמול וסלמה.



במקרה שלפנינו, הבנק לא מנסה להיפרע פעמיים בגין אותה הלוואה, באמצעות חיוב חשבונו של הנפרע, ופעם נוספת – עליידי תביעה שטרית נגד המושך<sup>95</sup>. הסכום שהבנק תובע כעת מכן עליוה נועד לפרעון חוב אחר, קרי: לכיסוי משיכת היתר של פיישר. לעניין הלוואה הראשונה, הוזה אומר: זיכוי החשבון עם הפקדת השיק, הבנק הגן על עצמו באמצעות חיוב חשבונו של פיישר, וכבר אמרנו בפתיחה שהבנק יעדיף תמיד עשיית דין עצמית נוחה זו על פנייה לערכאות בתביעה נגד המושך<sup>96</sup>. דרישת התשלום מהמושך באה אפוא בגין פעולות שהבנק נקט לאחר שהוא ידע שהשיק שמשך בן עליזה חולל. במקרה כזה אין לאפשר לבנק לגלגל את ההפסד על המושך ואין לו להלין אלא על עצמו.

### ה. סיחור לפני כשלון התמורה

כמבוא הזכרנו, שבית-המשפט ניסה לאשש את זכותו של הבנק על הלכת גויסקי, שלפיה, אוחו בעד ערך שאינו אוחו כשורה גובר על כשלון התמורה שאירע לאחר הסיחור אליו. שלושה שלבים בדרך הילוכו של בית-המשפט:

(1) ככלל, כשלון תמורה שאירע לאחר הסיחור אינו פוגע בזכויותיו של האוחז.  
(2) הלכה זו היה ניתן להחיל במקרה שלנו לטובת הבנק, אם ההיסב אליו היה נעשה למטרת פרעון.

(3) הסיחור לבנק כעובדות דגן היה לכיטחון גרידא. זהו אפוא סיחור על-תנאי המושלם רק עם גיבוש העובדות המצדיקות את מימוש השטר. דא עקא, שמועד זה, אם בכלל הגיע, מאוחר לכשלון התמורה.

עיקר עיוננו בפרק זה מוקדש לבחינתה של הלכת גויסקי, ברם, ברצוננו להתייחס בשורות אחדות לשני השלבים האחרונים. עמרתנו לעניין מועד סיחורו של שטר המשמש משכון הוכרה בתחילת הפרק השלישי, וראה שם. עוד הסברנו בפרק ג, שבית-המשפט שלל מהבנק מעמד של אוחו כשורה היות שהוא טרם ביצע את ההתחייבות לנפרע, ומן הראוי לפיכך לאפשר למושך להתגונן כלפיו, כדי שאף צד לא ייזק כתוצאה מהתנהגותו של הנפרע. נימוק זה אינו מאבד מחוסנו שעה שמול המושך ניצב אוחו "בעד ערך" גרידא שטרם ביצע בפועל את ההתחייבות. החלטה של הלכת גויסקי כנסיבות האמורות מטילה את ההפסד על שכמו של המושך, אף שמעשית קיימת אפשרות לגלגלו אל הנפרע – תוצאה העומדת בניגוד למדיניות שעמדנו עליה לעיל. דומה שבית-המשפט יישם את ההלכה בלא תשומת-לב הראויה לנימוק העומד מאחוריה. לשון אחר: גם אם נסכים להלכה שאוחז בעד ערך אינו מושפע מכשלון תמורה שאירע לאחר הסיחור, יש להחילה לטובת מי שאינו אוחו כשורה בשל סיבות אחרות,

95 כזה יהא המקרה כאשר גם בשעת התביעה נגד המושך, חשבונו של הנפרע בבנק אינו עומד ביתרת טובה, והו, מובן מאליו, מקרה נדיר ביותר שהרי אז אין לבנק אינטרס לתבוע את המושך, אך ראה *General Motors Acceptance Corp. v. Bank of Carroll County* 226 S.E.2d 815 (1976).

96 ראה Hillman (לעיל, הערה 478), פרק 11, עמ' 22, הערה 77.

כגון אם רכש את השטר לאחר שעבר זמנו<sup>97</sup>, אך לא לטובת אוחז שטרם ביצע את ההתחייבות כלפי הנפרע.

כאמור, עיקר הדיון בפרק זה מוקדש להלכת גויסקי, שלפיה, אוחז "רגיל" גובר על כשלון תמורה, אם זה אירע לאחר הסיחור אליו. לדעתנו, לידתה של ההלכה בטעות וקיומה נוגד את יסודות דיני השטרות במשפט המקובל – עקרונות שהתקבלו גם אצלנו. בפרשת גויסקי ניתן שיק בדמייקדימה על-חשבון סחורה שטרם סופקה, והמוכר סיחר את השיק לנעבר שידע עובדה זו. לאחר סיחור השיק, המוכר הפר את החוזה עם הקונה ולא סיפק את הממכר. השופט זוסמן פסק שזכותו של הנעבר אינה פגומה, כדלקמן:

טענת ההגנה שעלתה לקונה, עקב כשלון התמורה, רק לאחר הסיחור, אינה משמשת לו במקרה זה מענה לתביעת הנעבר. כאשר הוא, הנעבר התובע, נטל את השטר מיד המוכר, ופגם נולד לאחר מכן, אין מייחסים את הפגימה למפרע, כי הרי המועד בו נטל התובע-האוחז את השטר קובע, ובאותו זמן – כאשר החוזה עוד היה "פתוח" לביצוע וזמן ביצועו לא הגיע – לא היתה מניעה לסיחור השטר ולנטילתו.<sup>98</sup>

מאז אותה פרשה, ההלכה קנתה שכיחה בפסיקה, ונקבע שגם אוחז בעד ערך, אף שאינו אוחז כשורה, גובר על כשלון תמורה שאירע לאחר הסיחור אליו.<sup>99</sup> בפרשת גויסקי מסתמך בית-המשפט על פסק-דין אמריקני, *Markowitz v. Swartz*,<sup>100</sup> כרם, באותו עניין האוחז ביקש להתגבר על כשלון התמורה עליידי אחיזה כשורה. ואכן, האלמנטים הדרושים ליצירת מעמד זה התקיימו, והספק שנותר היה אם לאוחז לא היתה ידיעה על פגם, אף שידע שעל-פי החוזה שבין המושך ובין הנפרע טרם הגיע זמנה של התמורה להתבצע. בית-המשפט לא ראה בכך ידיעה על פגם, היות שזה טרם היה קיים, והנעבר רכש אפוא מעמד של אוחז כשורה.<sup>101</sup>

ואכן, עיון בספרות על דיני השטרות בארצות המשפט המקובל מגלה שאין למצוא שם מקבילה להלכת גויסקי<sup>102</sup>, ובארצות-הברית אף נקבע מפורשות שמי שאינו אוחז

97 ראה סעיף 28(א)(1) לפקודה.

98 עמ' 599 לפסק-הדין.

99 ראה למשל ע"א 576/61 בראון נ' רוגוינסקי, פ"ד טז(2): 1460; ע"א 407/62 שטרן נ' יגר, פ"ד יז(2): 1108. בשני מקרים אלו האוחז היה יכול, לפי העובדות, להיות אוחז כשורה, כרם, בית-המשפט סבר, בעקבות הלכת גויסקי, שאין צורך לבדוק אם מולאו התנאים הדרושים לשם כך. ראה עוד לאחרונה את פרשת שייקביץ (לעיל, הערה 14), ששם השאיר השופט ברק בצריך עיון את השאלה אם הלכת גויסקי עשויה לחול לטובתו של האוחז בהיסב מגביל (עמ' 120-121 לפסק-הדין).

100 59 A.L.R. 1022 (1928).

101 כך סעיף 3-304(4)(b) לקוד קובע כיום מפורשות וראה גם Benjamin Geva, "The Financing Assignee and the Contract for Sale in the United States and Canada" 23 *Boston College L. Rev.* (1982) 665, 691.

102 יוצא מן הכלל הוא David A. L. Chalmers, *On Bills Of Exchange* (London, 13th ed., by David A. L. Smout, 1964) 104 כולהלן.

כשורה כפוף לכל ההגנות היפות כנגד תביעה חוזית ובכללן כשלון תמורה<sup>103</sup>. בפסיקה או בספרות אין הבחנה בין מקרה שכשלון התמורה קדם לסיחור או אירע אחריו. הגישה הרומיננטית בספרות המשפטית היא, שדיני השטרות חורגים מדיני החוזים רק לטובת אוחז כשורה. לעומת זאת, אוחז רגיל דינו כנמחה של זכות חוזית<sup>104</sup>, והאחרון – כפי שנראה מיר – כפוף להפרת חוזה שאירע לאחר ההמחאה.

בקביעה שלידתה של הלכה בטעות אין די כדי לסתום עליה את הגולל. לא היינו קוראים תיגר על הלכה שקנתה שביתה במקומנו בשל כך בלבד שאין לה אחריות בשטרות משפט קרובות. שאלת-המפתח היא אם ההלכה עולה בקנה אחד עם עקרונות דיני השטרות "כמובן הרחב" ו"כמובן המצומצם". לשם כך נפנה לשתי אחיותיה בדיני החיובים ובדיני הקניין.

לעניין המחאת חיובים נאמרו בפסיקה דברים חריגים שמעיינים:

ברור לכל בר בי רב, ולא יתכן כלל אחרת, שהחייב יכול להתגונן בטענה שהממחה הפר את התחייבויותיו על פי החוזה ועקב כך לא נתגבשה הזכות שהומחאה, אפילו מאותרת ההפרה ממועד ההודעה על ההמחאה. כללו של דבר באשר לקשר החוזי גופו ניצב הנמחה בנעלי הממחה<sup>105</sup>.

הנמחה יונק אפוא את כוחו מהממחה וטענה של הפרת החוזה יפה גם כלפי הנמחה, אף אם היא מבוססת על עובדות שאירעו לאחר שהזכות עברה אליו.

לא כן ההלכה לעניין מכירת טובין. בפסקהדין פיפסקווייץ<sup>106</sup> נקבע, שאם א אינו יכול להוציא את הנכס מירי ג שרכשו בתמורה ובתום-לב, אף אם ב הפר את החוזה עם א, וזה ביטלו כדין. הנימוק להלכה זהה לטעם שצוטט לעיל מפסקהדין גויסקי, וכית-המשפט אמר: "הרי מכרה החברה (ב) את הטובין למדינה (ג), עוד לפני שהגיע זמן פרעונו של החוב; בנסיבות אלו לא היה בעת ההעברה כל פגם בזכות קניינה של החברה, וזכותה של המדינה, שעל תום ליבה לא חלקו, עדיפה על זכותו של המערער

Failure of consideration, it seems, is a defence against a remote holder for value with notice. The reason probably is that it is in the nature of a fraud to negotiate a bill when the holder knows that the consideration on which he received it failed.

103 ראה סעיף 3-306 (b) (c) לקוד. גם סעיף 3-408 קובע שהגנת כשלון תמורה יפה כנגד שאינו אוחז בשורה. גם בדין שקדם לקוד, בסעיף 58 של ה-Negotiable Instruments Act, נאמר מפורשות:

In the hands of any holder other than holder in due course, a negotiable instrument is subject to the same defences as if it is non-negotiable.

104 להשוואה בין אוחז רגיל ונמחה ראה במיוחד Cowen (לעיל, הערה 65), 271. ראה גם Falconbridge (לעיל, הערה 26), 670-669 Hillman (לעיל, הערה 78), פרק 11 עמ' 35-36.

105 ע"א 330/75 ג'רבוט נ' רשות הנמלים בישראל, פ"ד לא(3) 146, 150. להלכה דומה באנגליה, ראה פסקהדין *Business Computer Ltd. v. Anglo-African Leasing Ltd.* (1977) 2 All E.R. 741.

106 ע"א 459/78 חברת בני פיפסקווייץ בע"מ נ' חברת אבני יצחק רשות בע"מ ואח, פ"ד לה(3) 169.

(א)<sup>107</sup>. בית-המשפט אף הדגיש מפורשות, ש"זוהי אף הלכת דיני השטרות, כפי שנתקבלה בישראל"<sup>108</sup>, תוך הסתמכות על הלכת גויסקי.

מקובל שהשטר הוא גם חיוב וגם חפץ וכיצד נחליט אם להשוותו לדיני החיובים או לדיני הקניין? אמת שראיית השטר כחפץ נועד בזמנו להשיג תוצאות מסוימות שלא היה ניתן להשיגן בדיני החיובים, בעיקר – עבירות הזכות, ועתה עם ההכרה המלאה בעבירותן של זכויות חוזיות משקלו של הגורם החפצי בשטר מועטיחסיית<sup>109</sup>. ברם, לא היינו רוצים להסתפק בנימוק זה כדי לבסס את הפנייה לדיני החיובים. ברצוננו לעמוד על מקורה של ההבחנה בין חיוב לבין קניין, ועליפי זה לקבוע למי משניהם יש לפנות בעניין שלנו.

כדי להבין מה בין חיוב ובין קניין יש לחזור לעקרונות הסוגיא של ביטול חוזה בשל הפרתו. "אכן, כל עוד החוזה לא בוטל בשל הפרתו, הרי הוא עומד בתוקפו. ביטול החוזה משמעותו שחרור הצדדים לבצע חיוביהם בעתיד, אך אין פירושו עקירת החוזה מהמציאות המשפטית שבין הצדדים"<sup>110</sup>. בעקבות הביטול, הנפגע זכאי להשבה. ברם, כאשר הממכר עבר לבעלותו של ג, כנגד ההשבה עומדת זכותו של ג הרוכש תמידית להשבה. ברם, כאשר א לא הספיק לבצע את חיובו קודם הביטול, והביטול משחררו מכאן ואילך מקיום החוזה, לא סביר לכופו לקיים רק משום שהזכות החוזית עברה לאחר. לשון אחר: יש להבחין בין אי-החזרת מצב לקדמותו, בין שלילתה של תרופת ההשבה כאשר נשוא החוזה עבר לצד שלישי, לבין כפיית הנפגע לקיים חיובים בחוזה שבוטל על-ידו כדין<sup>112</sup>.

אם זה טעמה של ההלכה, דין השטר צריך להיות כדין כל חיוב חוזי אחר. המשמעות של הלכת גויסקי, שלפיה המושך אינו רשאי להעלות כלפי האוחז את הטענה של כשלון התמורה היא, שהדין אוכף על המושך ביצוע חיובים בחוזה שבוטל כדין רק משום שהנושה אינו הנפרע אלא נסב שרכש את הזכות השטרית, ולכך, כאמור, אין אנו מסכימים. בשיטות המשפט המקובל, שמהם ינקנו את דיני השטרות שלנו, זכותו של

107 עמ' 184 לפסקהדין. לדיון רחב בפסקהדין ראה מאמרי "Voidable Title" 20 *Isr. L. Rev.* (1985) עמ' 462.

108 שם. להשוואה בין שטר ומיטלטלין ראה עוד פרידמן (לעיל, הערה 176), עמ' 639, הערה 57.

109 ראה ברק (לעיל, הערה 42), 28–29.

110 ע"א 741/79 כלנית השרון השקעות ובנין (1978) בע"מ ואח' נ' רבקה וירובין ואח', פ"ד לה(3) 533, 540, והשווה 483 *Ansons' Law of Contract* (Oxford, 1984 26th ed., by A.G Guest).

111 מפסקהדין פיששקוביץ עולה, אף שהדבר לא נאמר בו מפורשות, שיג עדיף על א רק כאשר הבעלות בממכר עברה אליו לפני ביטול החוזה בידי א. משום כך ברק בית-המשפט אם במסגרת היחסים בין ב רג הבעלות עברה לאחרת. להשקפה דומה במשפט האנגלי ראה *Benjamins' Sale of Goods* (London, 2nd ed., 1981), Para. 487.

112 הברל דומה בין חיוב וקניין קיים במשפט האנגלי, גם לעניין פגם בכריתתה. כך, למשל, אם א מכר ל"ב נכס, רא רשאי לבטל את החוזה בשל פגם בכריתתו, ברם, קודם הביטול ב מכר את הנכס ל"ג, א אינו יכול להוציא את הנכס מירי האחרון. לעומת זאת, אם א המחה ל"ג את זכותו לקבלת המחיר, והקנה זכאי לבטל את חוזה המכר בגין פגם בכריתתה, כוחו של הביטול יפה גם כלפי ג. לעניין זה, ראה G.H. Treitel, *The Law of Contract* (London, 6th ed., 1983) 282-283. המצב המשפטי בארץ לעניין פגם בכריתתה אינו תרמשמעי. ראה מאמרי (לעיל, הערה 107).

נסכ היא מסורית, ושואבת את כוחה מזו של הנפרע. כמו לעניין נמחה, גם אוחו "רגיל" שאינו אוחו כשורה עומד בנעליו של הנפרע ותו לא. ההגנה של כשלון תמורה צריכה אפוא לעמוד נגדו אלא אם הוא זכה להיכנס לתחום החריג המפורש בחקיקה – המעמד של אוחו כשורה.

לסיכום: להלכה שכשלון תמורה שאירע לאחר הסיחור אינו פוגע באוחו אין מקבילה במשפט המקובל. יצירתה בטעות וקיומה נוגד את עקרונות דיני החוזים והשטרות. לדעתנו, אוחו בעד ערך גרידא, כגון אם רכש את השטר לאחר שעבר זמנו, יהיה כפוף לטענת כשלון תמורה שיש למושך נגד הנפרע.

### ו. סיכום ומסקנות

פקודת השטרות שלנו היא העתקה מילולית כמעט של חוק השטרות האנגלי, וזה קיים ללא שינויים של ממש למעלה ממאה שנים. את מרכזה כובד בפקודה תופשים שטרייהחליפין שלמעשה לא מצויים כלל בארץ<sup>113</sup>. ההוראות המיוחדות לשיקים, ובעיקר למקרים שבהם בנק אוחו בשיקים, מועטות ביותר. ברם, בפועל, בפרקטיקה, רובם המכריע של השטרות בארץ הם שיקים, ויש להניח שאת חלקם הגדול הנפרע אינו מסחר לצד שלישי אלא מעביר לבנק שלו לגוביינא. פסקהדין בן עליזה מעלה אפוא שאלות של יומיום, ולא מקרים חריגים, אך לשווא נחפש להן פתרון ישיר בפקודה. הנושאים הקלסיים שהפקודה נתנה עליהם את הדעת, ובמיוחד התמורה, חייבים לעבור רביזיה לאור המציאות החדשה. נושאים כמו חוב קודם, וביטחון כמתן ערך, צריכים להיבחן לאור העובדה שבדרך-כלל בנק הוא האוחו בשטר. אנו ממליצים למחוקק לייחד הוראות למקרים שבהם התפקיד העיקרי של בנק ביחס לשיק הוא גבייתו עבור לקוחו, ולהפרידם מהדין לגבי אוחים אחרים<sup>114</sup>.

במסגרת זו יש לנקוט מדיניות ברורה ביחס לתוקפם המשפטי של הרישומים בספרי הבנק – רישומים הארעיים כאופיים. בגוף המאמר רמזנו שיש לבטל את דרישת התמורה, כמו בדיני החוזים הכלליים, ולקבוע "ערך" לצורך אחיזה כשורה בלבד, תוך תיאום עם דיני הקניין הכלליים. כמו פסקהדין, גם אנו סבורים שאין די בהתחייבות שטרם בוצעה כדי לשלול מהמושך את טענות ההגנה שיש לו כלפי החיוב. במקרה זה על האוחו לסגת מההתחייבות ולגלגל את ההפסד על נפרע.

113 זה זמן רב לא הגיע לבית המשפט העליון מקרה שעניינו שטרייהחליפין, ודף מפרשה אות, ששטרייהחליפין שם נוצר במזרח ירושלים בשנת 1966, ראה ע"א 434/79 גרין נ' דביאני, פ"ד לה (2) 351.

114 בדרך זו הלך Article 4 של הקוד בארצות-הברית. לעניין המצב המשפטי בקנדה ראה Stephen A. Scott, "The Bank is Always Right: – Section 165(3) of the Bills of Exchange Act and its Curious Parliamentary History", 19 McGill L.J. (1973) 78.