

מאמרים

על פגיעותה של זכות הנמחה מצד הממחה והחייב

מאת

גד טודסקי

א. חידושי דין בארצות-הברית וחידושי הלכה בישראל; 1. החידושים האמריקניים; 2. חלוץ אנגלי לחידוש האמריקני; 3. הפסיקה הישראלית. 3. המחאת זכות קיימת; 1. אחריות הממחה בתור מוכר; 2. ביטול חוזה פגום שממנו נבעה הזכות המומחית; 3. השאלה בעסקות-המחאה אחרות; 4. ביטול מחמת פגם וקיומו מצד החייב. 3. השאלה בהמחאת זכות עתידה; 1. זכות עתידה; 2. חובת הממחה זכות מותנית או עתידה; 3. היבטים לחובת הממחה; 4. הסכם הממחה והחייב לביטול החוזה או לשינויו; 5. הנמחה בפני חוזה חדש בין הממחה לחייב; 6. פרישת ממחה חד-צדדית מחוזהו עם החייב; 7. שילוב; ביטול בשל הפרה; 8. טענות החייב שצמחו לאחר ההמחאה; 9. המחאת-זכות ו"המחאת חוזה". 1. המחאה לשם בטוחה; 1. ההמחאה לבטוחה ומקור הסדרה; 2. התוצאות מהחלת חוק המשכון. ה. החידושים במבחן דין הרצוי; 1. הווי והערכה.

א. חידושי דין בארצות-הברית וחידושי הלכה בישראל

1. החידושים האמריקניים

לאחרונה קנתה לה אחיזה בפסיקת בית-המשפט העליון לישראל ההשקפה שלפיה בנסיבות מסוימות החייב והממחה יכולים לשנות את תוכנו של החוזה שביניהם לאחר שהשלמה ההמחאה, וללא צורך בהסכמת הנמחה.¹

1 ע"א 30/75 גרבוז נ' רשות הנמלים בישראל, פ"ד לא(3) 146, 150-152 (להלן: פס"ד גרבוז); ע"א 64/80 בנק ארץ-ישראל ברימניה בע"מ (בפירוק) נ' מדינת ישראל - משרד השיכון, פ"ד לח(3) 589, 602-603 (להלן: פס"ד בנק אי-ברימניה); וכן ראה ע"א 393/73 אנודת הקתונאים בישראל נ' אי. אס. אל. חברה לשרותי תעשייה בע"מ ואח'; פ"ד כח(1) 470. אולם בפסק-דין אחרון זה לא היה בית-המשפט ער לבעייתיות של הגושא

השקפה זו היא בבחינת חידוש בשיטתנו המשפטית, ולכאורה איננה מתיישבת עם עקרונות מקובלים בדינים על המחאת החיובים; שכן, כתוצאה ממנה, לאחר העברת זכות, פוגע בה אדם שאינו עוד בעליה.

האפשרות לערוך שינויים בהוזה שהזכות בו הומחאה מעוררת שאלה רחבה יותר, בדבר פגיעותה של זכות הנמחה מצד הממחה והחייב.

הפסיקה הישראלית הנ"ל אימצה את הרשאת השינוי בהסתמכה על הלכות אמריקניות ובמיוחד על סעיף 9-318(2) ל-Uniform Commercial Code של ארצות-הברית (להלן: ה-UCC)², אף-על-פי שבמשפטנו אין חקיקה מפורשת דומה.

סעיף 9-318(2) מצוי בפרק שעניינו secured transactions, כלומר: הפרק הדן בעסקאות ליצירת בטוחה לחיוב. אמנם, מסעיף התחולה של פרק זה (סעיף 9-102) לכאורה ניתן להבין שהוראותיו יחולו גם על המחאה למכירת זכויות — ולא רק על המחאה לשם בטוחה — אולם סעיף 9-104(f) מוציא מגדר תחולתו של הפרק העברות שאין להן קשר לעסקאות מימון מסחריות³. המבחן לתחולת הפרק, וסעיף 9-318(2) בכלל זה, הוא אם העסקה נועדה ומכוונת ליצור שיעבוד של נכס כערובה לחיוב⁴. ואולם, ברסטייטמנט השני לדיני החוזים, בפרק העוסק בהמחאות, מעוגן כיום בסעיף 338(2) כלל דומה לזה המצוי בסעיף 9-318(2) ל-UCC, שתחולתו מקיפה

ולא נימק את קביעתו בקשר לקיום כוח לשינוי החוזה מצד הממחה והחייב. בית-המשפט קבע באופן סתמי שניתן לחייב ולממחה לשנות חוזה ביניהם כאשר הנמחה רוכש זכויות מקבילות בחוזה המתוקן (שם, בעמ' 474). באותה פרשה השינוי התבטא אך ורק במועדי הביצוע על-ידי הממחה ובטיב הנכסים שעליו לספק — שינויים שלא שינו למעשה את הזכויות של הנמחה והחובות כלפיו מצד החייב). נוסף על כך, בית-המשפט לא הכריע כלל אם מדובר בהמחאה, ערבות או בהסכם מסוג מיוחד (*sui generis*) — ראה שם בעמ' 472, מול האות ו. רמזים למגמת הפסיקה הישראלית ולגישתה של השופטת בן-פורת בעניין זכות הביטול והשינוי ניתן למצוא כבר בחיבורה על חוק המחאת חיובים, תשמ"ש—1969 (פירוש לחוקי החוזים בעריכת ג. טדסקי), תשל"ב, בעמ' 18; ובחוברת העידוכן לספרה הנ"ל, תשל"ז, בעמ' 19.

2 "So far as the right to payment or a part thereof under an assigned contract has not been fully earned by performance, and notwithstanding notification of the assignment, any modification of or substitution for the contract made in good faith and in accordance with reasonable commercial standards is effective against an assignee unless the account debtor has otherwise agreed, but the assignee acquires corresponding rights under the modified or substituted contract. The assignment may provide that such modification or substitution is a breach by the assignor."

את סעיף 9-318 אימצו כל המדינות בארצות-הברית, פרט ללוואיז'נה (שבה מבוסס המשפט הפרטי על הדין הצרפתי). ראה Anderson, *Uniform Commercial Code* (3rd ed., 1985) vol. 9, § 3-319:3.

3 ראה את דברי ההסבר הרשמיים ל-9-104(f) § הנ"ל. הסיבה לגקירת הטכניקה החקיקתית של יצירת סעיף תחולה רחב המלווה בסעיף מצמצם היא שלעתים קרובות ההבחנה בין עסקת-מכר לעסקה ליצירת בטוחה, בתחום של מימון מסחרי, היא קשה ומטושטשת. ראה דברי ההסבר הרשמיים לסעיף 9-105(1)(b) ל-UCC.

4 ראה R. D. Henson, *Secured Transactions under the Uniform Commercial Code* (2nd ed., 1979) 16-17.

את ההמחאות בכללן, ואינה מוגבלת להמחאות לשם בטוחה. בדברי ההסבר הרשמיים נאמר במפורש שכלל זה שואב את השראתו מסעיף 9-318(2).⁵

מנסחי סעיף 9-318(2) מעירים, בדברי ההסבר הרשמיים לסעיף זה, כי "This rule may do some violence to accepted doctrines of contract law", אולם הם מצדיקים את הכלל כהכרחי במציאות שבה קיימים חוזים ארוכי-טווח ובהיקף נרחב. כדוגמא הם מביאים חוזים ממשלתיים הנכרתים עם מאות אנשים ואף אלפים. נניח — נאמר שם — שמשדך ממשלתי מקים פרוייקט גדול ולשם כך מתקשר עם ספקים רבים מאוד. יש לצפות שהספקים ישיגו אשראי לביצוע התחייבויותיהם בהמתותם למוסדות מימון שונים את זכותם לתמורה מהממשלה. כאשר הממשלה מעוניינת לשנות את הקצב לביצוע הפרוייקט או את היקפו, מן הסתם יצריך הדבר הכנסת שינויים בחוזים שבין הממשלה לספקים. במצב זה השגת הסכמתם של מוסדות המימון (הנמחים) הרבים איננה מעשית. לדעתם, להגנת הנמחים די שהם ירכשו זכויות מקבילות בחוזה ששונה או הוחלף.⁶ יש להעיר שבלשון הסעיף אין דבר המגביל את כוח השינוי לחוזים ארוכי-טווח ובעלי היקף נרחב או לחוזים ממשלתיים דווקא. על-פי סעיף 9-318(2) הנ"ל, די בתוס'לב ובקיום טעם מסחרי סביר כדי להצדיק ולאפשר שינוי החוזה ללא הסכמת הנמחה.⁷ דרישות אלו אינן מוציאות מכלל אפשרות פגיעה או נזק לנמחה כתוצאה מהשינוי. דרוש רק שהשינוי לא יערך בכוונה לפגוע או להונות את הנמחה.⁸ עם זאת, יכולת השינוי מוגבלת לחוזה שעדיין לא בוצע במלואו.

מסקירת פסיקה אמריקנית שקדמה לסעיף ושבה לאחרי עולה שכמעט בכל המקרים בתי-המשפט בארצות-הברית הכירו בזכות הממחה והחייב לשנות חוזה לאחר ההמחאה רק כאשר לולא השינוי הממחה היה מפר את החוזה, ובנסיבות שבהן השינוי היה הכרחי כדי שהממחה יוכל לבצע את החוזה.⁹ המצב השכיח ביותר בפסיקה הוא

- 5 ראה, *Restatement of the Law of Contracts Second*, vol. 3 (St. Paul, 1981), § 338(2); וכן סעיף (f) לדברי ההסבר הרשמיים לסעיף זה.
 - 6 ראה סעיף 2 לדברי ההסבר הרשמיים כפי שפורסמו ב- *Uniform Laws Annotated* (St. Paul, 1981), vol. 3, p. 611. אף שהטקסט של סעיף 9-318(2) דן ב"שינויים" ובייחוד-פחות בחוזה, מדברי ההסבר הללו עולה שהסעיף מעניק כוח גם לשם סיום החוזה או ביטולו. ראה גם G. Gilmore, "The Assignee of Contract Rights and His Pre-carious Security" 74 *Y.L.J.* (1964) 217, 254.
 - 7 מעניין לציין כי, כאשר אימצה מדינת ניו-יורק את הסעיף הנ"ל, הוסיפה תנאי הדרוש לשם השינוי: "and without material adverse effect upon the assignee's rights to perform the contract" under or the assignor's ability to perform the contract". ראה New York, N.Y. UCC § 9-318(2). ייתכן שתנאי זה מיותר, שכן יש לראותו ככלול בדרישת תום-הלב.
 - 8 ראה Gilmore (לעיל, הערה 6), 257-255.
 - 9 ראה *Homer v. Shaw* (1912) 98 N.E. 697, 698; *Fricker v. Uddo and Taormina Co.* (1957) 312 P2d 1085, 1087; *Stansberg v. Medo-Land Dairy Inc.* (1940) 105 P2d 86, 91; *St. Mary's Bank v. Cianchette* (1951) 99 F.Supp. 994; *Peddin Iron and Steel Co. v. McKnight* (1910) 128 S.W. 156, 159. בפסק-דין *Homer*, הנזכר לעיל, אף דרשו שהנסיבות שגרמו לאי-יכולת לביצוע החוזה מצד הממחה תהיינה בלתי-צפויות לצדדים. ראה שם.
- ראה, אחרי חקיקת סעיף 9-318(2): *Madden Engineering Co. et al. v. Major Tube Co. et al.* (1977) 568 S.W. 2d 614, 618-619.

זה: א מתחייב לייצר נכס עבור ב (או למוכרו לו) תמורת מחיר. א ממחה ל-ג את זכותו לכסף. לאחר תחילת העבודה ולאחר ההמחאה מתברר כי ל-א יש קשיים כספיים, וללא קבלת מקדמות מ-ב על-חשבון העבודה, לא יוכל לבצע את החוזה. בתי-המשפט קבעו במקרים רבים שיא ו-ב רשאים לשנות את החוזה ביניהם כך ש-ב יעביר ל-א את הכסף הדרוש לו לביצוע החוזה, ואילו ג (הנמחה) יהיה זכאי אך ליתרה¹⁰.

הפסיקה האמריקנית, הן זו שקדמה לסעיף 9—318(2) והן המאוחרת יותר, לא צמצמה את יכולת השינוי למקרים של המחאה על דרך שיעבוד. עם זאת, בחינת פסקי-הדין מגלה שכולם התייחסו למצבים של המחאה כזו.

חסידיה של פסיקה זו מנמקים אותה בכך שכאשר השינוי הכרחי לשם ביצוע החוזה, למעשה הוא פועל לטובת הנמחה ולא לפגיעה בו. ואכן, כרגיל זכותו של הנמחה כלפי החייב תלויה בגמר הביצוע מצד הממחה כלפי החייב; ואם הממחה לא יבצע, בשל אי-שינוי החוזה, לא תצמח אף זכות לנמחה¹¹.

עם זאת, יש לציין כי, במצב השכיח שתואר לעיל, בשינוי החוזה, כך שניתן להעניק מקדמות כספיות לממחה, נפגעת זכותו של הנמחה — שכן זכותו לכסף מהחייב קטנה באופן מקביל — עד לאפס¹².

כשאר ישנה הפרה מצד הממחה, מעלים נימוק נוסף לתמיכה באפשרות השינוי בחוזה: כיוון שהחייב יכול לבטל את החוזה (בעקבות הפרת הממחה) ולכרות לאחר-מכן חוזה חדש, בעל תוכן שונה, אף עם הממחה עצמו — אזי ניתן להגיע לאותה תוצאה על-ידי שינוי במישור, בויתור על הליך דו-שלבי¹³.

הפסיקה המסתמכת על סעיף 9—318(2) ניתנה על רקע עובדתי שבו התקיימה הפרה מצד הממחה ולכן השינוי היה נחוץ לשם ביצוע החוזה. ואולם יצוין שהסעיף הנ"ל אינו מוגבל למצב עובדתי כזה: די בקיום טעם כלכלי-מסחרי סביר לשינוי ותום-לב. לפי הוראת החוק, השינוי אפשרי גם בנסיבות שבהן כל אחד מהצדדים לא היה יכול להתנער מהחוזה ומחויבו באופן חד-צדדי¹⁴.

10 ראה האסמכתאות לעיל, בהערה 9, שם. עם זאת, לפני חקיקת סעיף 9—318(2), ניתן גם למצוא אסמכתאות שבהן לא הכירו באפשרות לשנות את החוזה; ראה, למשל, *Galveston H.S.A.Ry. Co. v. Ginther et al.* (1903) 72 S.W. 166, 167.

11 ראה, למשל, פסק-דין *Peden Iron* (לעיל, הערה 9), שם. נימוק זה העלתה גם השופטת בן-פורת בפסק-דין גרבוז, בעמ' 150 ובעמ' 152—153; וראה להלן דיונונו בפסק-דין זה.

12 כך אכן קרה בפסק-דין *Peden Iron* (לעיל, הערה 9).

13 בפסק-דין *Homer* (לעיל, הערה 9, שם) נאמר במפורש שהחייב והממחה יכולים ליצור חוזה חדש ושונה כאשר ביצוע על-ידי הממחה בחוזה הקיים אינו אפשרי מפאת נסיבות בלתי-צפויות. ברוח זו ראה גם את דעת-המיעוט של השופט Brett בפסק-הדין האנגלי *Brice v. Bannister* (1878) 3 Q.B.D. 569; 38 L.T., 739, 741.

14 ראה *Gilmore* (לעיל, הערה 6) 255—256; וכן E. A. Farnsworth, *Contracts* (2nd ed. 1982), 780. לפני חקיקת סעיף 9—318(2), כדוגמה לפסק-דין חריג שבו בית-המשפט הכתפק ב"אי-נחיות" של הצדדים לחוזה בכדי לאפשר השתחררות ממנו בניגוד לרצון הנמחה, ראה *Babson v. Village of Ulysses* (1952) 52 N.W.2d 320, 323—324.

2. חלוץ אנגלי לחידוש האמריקני

פרט לפסיקה הישראלית, לדין האמריקני הנדון אין — לידיעתנו — אח ורע בעולם המשפט. ואולם, לפני למעלה ממאה שנה ניתן באנגליה פסק־דין של מיעוט שאפשר לראותו כחלוץ לחידוש הנ"ל. הכוונה לפסק־הדין בפרשת Brice¹⁵. דעת הרוב (השופט Cotton שאליו הצטרף השופט Bramwell) גרסה שאין החייב והממחה יכולים לשנות את החוזה ביניהם, לאחר ההמחאה, ללא הסכמת הנמחה¹⁶. לעומת זאת, דעת המיעוט (השופט Brett)¹⁷ היתה ברוח סעיף 9—318(2) ל-UCC, בנימוק שיש לתת לאנשי-העסקים לסדר את עניינם לפי שיקולים עסקיים¹⁸. גם הוא דרש תום-לב בשינוי, אך גם בעיניו "תום-לב" אין משמעו "חוסר-נוק לנמחה"; בפרשה הנדונה, אן, הממחה קיבל כמקדמות מהחייב את כל הכסף שהיה מגיע לו מקיום החוזה, ועל-כן הכרה ביכולת השינוי פירושה "חיסול" זכותו של הנמחה. מבחינה עובדתית, גם בפרשה אנגלית זו נדרשו המקדמות כדי לסייע לממחה לבצע את חיובו.

3. הפסיקה הישראלית

הבאנו לעיל את דברי המחדשים האמריקניים המציינים שחידושם נוגד את הדין הקודם. הערתם זו היתה עשויה להיות אזהרה לקליטת חידושם כאן, שכן אצלנו נוהג עוד דין כדינם הקודם הנ"ל. אך בישראל בית-המשפט העליון לא נבהל ולא נרתע מן האימוץ¹⁹. בפסק־דין נרכוב, רשות-הגמלים (להלן: החייב) וחברת רמטרום (להלן: הממחה) כרתו הסכם שלפיו היה על הממחה לבנות מבנים עבור החייב. הממחה המחה את זכויותיו בחוזה לגרוב (להלן: הנמחה). ההמחאה באותו מקרה לא היתה לשם בטוחה, אלא כדרך לקיום חיוב כספי שאותו הממחה חב לנמחה. הממחה לא עמד בהתחייבויותיו והחייב ביטל את החוזה בשל כך. לאחר זמן־מה, חודשו הקשרים בין החייב ובין הממחה ונערך חוזה השונה מקודמו בכך שניתנה ארכה לביצוע מצד הממחה, הוגדל הפיצוי לכל יום איחור (מ־100 ל"י ל־500 ל"י) וכן הוסכם על סכום 10,000 ל"י כפיצוי על נזקים שכבר נגרמו לחייב כתוצאה מהפרת החוזה הראשון. הממחה לא עמד גם בחוזה השני, והפר אף אותו. הנמחה טען שיש לקבוע את זכויותיו על-פי

15 לעיל, הערה 13. גם פסק־דין זה עסק במצב שבו נוקט הממחה במקדמות כספיות שיקווזו מזכותו של הנמחה לקבל כספים מהחייב. באותו מקרה לא היה מצב של המחאה לשם בטוחה.

16 (לעיל, הערה 13), 741—740; וראה גם R. M. Goode, *Legal Problems of Credit and Security* (Sweet & Maxwell, 1982), 90

17 שם, בעמ' 741.

18 ראה גם Gilmore (לעיל, הערה 6), 260—261. יש להעיר שהשופט Bramwell הצטרף לדעתו של השופט Cotton, שאין להרשות את השינוי, רק לאחר לבטים רבים. מעיון בדבריו עולה שהצטרף משום שהיה סבור כי בנסיבות הפרשה נעשו המקדמות הכספיות לממחה באופן וולונטרי, כלומר: שלא הוכח שהמקדמות היו הכרחיות לביצוע החוזה מצד הממחה. אילו עובדה זו היתה מוכחת, היה Bramwell גורס שהשינוי אפשרי ותקף. ראה שם, בעמ' 741—742.

19 פסק־דין נרכוב ופסק־דין בנק ארץ-ישראל בריסנה (לעיל, הערה 1), שם.

החוזה המקורי. כפי הנראה, בחוזה זה לממחה היה מגיע סכום מסוים עבור העבודה שביצע על-אף הפרתו, ולסכום זה הנמחה טען זכאות. לעומת זאת, טען החייב כי, לפי החוזה המתוקן, לא מגיע לממחה מאומה והוא אף חייב לו כסף; שכן, כתוצאה מההפרה, נגרמו לו נזקים והם ניתנים לקיווה. בית-המשפט, מפי השופטת בן-פורת, דחה את טענות הנמחה, על-סמך שני סוגי נימוקים. בנימוק ראשון נקבע שטענות ההגנה של החייב הנובעות מן החוזה נשוא ההמחאה, כוחן יפה כלפי הנמחה אפילו התגבשו לאחר ההמחאה וההודעה עליה לחייב.²⁰

למעשה נראה שדי היה בנימוק זה כדי לדחות את ערעור הנמחה: שכן, אפילו היה בית-המשפט כוחן את זכויות הנמחה על-פי החוזה המקורי (ומתעלם מן השינויים שנעשו בתנאיו), הרי שהממחה מעולם לא סיים לבצע את חיוביו כלפי החייב. כלפי זכותו של הנמחה לכספים מסוימים, החייב היה יכול להעלות טענת קיווה מאותו חוזה, וכתוצאה מכך לא היה מקבל דבר.²¹

אולם בית-המשפט לא הסתפק בהנמקה זו ובחן את השאלה אם החייב והממחה רשאים לשנות את החוזה ללא הסכמת הנמחה. בעניין זה קובעת השופטת בן-פורת:

[...] אין לדעתי להגביל את זכותו של החייב (וכתוצאה מזה — של הממחה) לשנות את תנאי החוזה על יסוד שיקול עסקי-מסחרי סביר, להבדיל משינוי שמטרתו לקפח את הנמחה או לנשל מזכותו. יש גם להבדיל בעניין זה בין זכות שהתגבשה — כגון כסף שכבר מגיע — לבין זכות מותנית שגיבושה צופה פני העתיד. במקרה הראשון עילת תביעתו של הנמחה כבר קמה ואין הממחה והחייב רשאים לעשות מעשה שיפגע בה, ואילו במקרה האחרון אין לראות בשינוי סביר מבחינה משקית או מסחרית משום מעשה אסור שהרי תכליתו היא כרגיל לאפשר לממחה לגרום לגיבושה של הזכות דבר שהוא לטובתו ולטובת הנמחה גם יחד.²²

מיד לאחר-מכן מצטטת השופטת, בהסכמה, את סעיף 318(2)–9 ל-UCC במלואו. קשה לקבוע בוודאות את ההיקף וההשלכות המדויקות של קביעות אלו מאת השופטת בן-פורת. אנו רואים כי מועלה נימוק "פרקטי": כאשר זכותו של הנמחה תלויה בביצוע מצד הממחה, הרי שינוי שתכליתו לאפשר לממחה לגרום לגיבושה של הזכות הוא לטובת הנמחה ואינו פוגע בו.

נשאלת השאלה אם כוונת השופטת היתה להתנות את אפשרות השינוי באי-גרימת נזק לנמחה. לכאורה, תשובה חיובית לשאלה זו נובעת מהבדיקה העובדתית שעורכת השופטת, אשר בסיומה היא מגיעה למסקנה שהשינוי שיפר דווקא את החוזה, ומכל-מקום לא הרע את תנאיו המקוריים, ועל-כן יש לתת לו תוקף.²³

20 שם, בעמ' 150.

21 מסקנה זו עולה מבחינת העובדות, ככל שהן מפורטות בפסק-הדין, ובמיוחד בעמ' 149, 152–153. לביקורת על אפשרות זו של העלאת טענת קיווה מאותה עסקה כנגד נמחה (לאחר ההמחאה וההודעה עליה לחייב), ראה ש' לרנר, "קיווה נגד נמחה", משפטים טו (תשמ"ה) 81, 92 ואילך.

22 ראה פסק-דין גרבוז (לעיל, הערה 1), 150.

23 ראה שם, בעמ' 152–153.

אולם בחינה מדוקדקת יותר של הנאמר בפסק-הדין גורמת להטלת ספק במסקנה זו. השופטת חוזרת כמה וכמה פעמים על הקביעה שדי בשיקול עסקי-מסחרי סביר (להבדיל משינוי שמטרתו לקפח ולגשל את הנמחה מזכותו) ובתום-לב כדי להכשיר את השינוי.²⁴

זאת ועוד: השופטת מצטטת בהסכמה את סעיף 9—318(2) ל-UCC וכמו-כן פסיקה וספרות אמריקנית נוספת כאשר, בנסיבות מסוימות, כל המקורות הללו מכירים באפשרות השינוי על-אף הנוק הנגרם לנמחה.²⁵ ייתכן אפוא שכוונתה של השופטת בנימוק "הפרקטי" שנתנה היתה כי, על-אף נזק מסוים לנמחה, הרי, כיוון שמטרת השינוי היא גיבוש זכותו של הנמחה כלפי החייב, הכרה בשינוי הינה בסופו של דבר לטובת הנמחה ועדיפה מבחינתו על-פני מצב שבו לא תגובש זכותו כלל.

ניתן לסכם ולומר כי, אף שבמקרה הנדון בפסק-דין גרבורג השינויים לא היו בגדר הרעה לתנאי המקוריים של החוזה, הרי שהשופטת בן-פורת אימצה כללים אמריקניים רחבים יותר, המאפשרים שינוי על-אף נזק לנמחה. יש להעיר שאימוץ סעיף 9—318(2) נעשה באופן כללי, לגבי המחאות בדרך-כלל ואין השופטת מגבילה אותו להמחאות לשם בטוחה. נוסף על כך, אימוץ סעיף 9—318(2) ל-UCC גורם לתוצאה שניתן לבצע שינוי גם במצב שבו אין השינוי נועד לאפשר את קיום החוזה ושאינו הוא הכרחי להשגת מטרה זו. עם זאת, מבחינה עובדתית, בפסק-דין גרבורג נועד השינוי לאפשר את הביצוע על-ידי הממחה שהפר החוזה ולא היה יכול לבצעו בתנאי המקוריים. ייתכן שהשלכות פסק-דין גרבורג אינן כה מרחיקות-לכת כפי שנדמה בתחילה, שכן, על-פי הנאמר לעיל, לא היה הדיון באפשרות שינוי החוזה הכרחי לצורך ההכרעה, ועל-כן אין בכך ratio decidendi. ואולם פסק-דין זה מהווה בהחלט ציון-דרך העשוי להשפיע על הפסיקה בעתיד.

פסק-דין נוסף שבו נדונה האפשרות לשינוי החוזה הוא פסק-דין פנק ארץ-ישראל—פריטניה. הפרשה היתה בהמחאה לשם בטוחה לנמחה (הבנק) שהעניק אשראי לממחה אשר התחייב לבצע בנייה עבור משרד-השיכון (החייב). לראשונה שילם החייב ישירות לנמחה (הבנק), אך, כאשר זה החל בהליכי פירוק, שילם החייב לממחה, כדי שיהיה לו מימון לביצוע העבודה. השאלה שעמדה לפני בית-המשפט היתה אם החייב רשאי להעביר כספים לממחה ולא לנמחה. השופטת בן-פורת, המשנה לנשיא, מאזכרת בפסק-דין את ההלכות האמריקניות שהכירו בזכות החייב להעביר מקדמות לממחה, על-חשבון העבודה, כאשר הדבר נעשה בתום-לב והיה נחוץ כדי לאפשר לממחה להשלים את ביצוע התחייבויותיו.²⁶

ההלכה האמריקנית, שאותה השופטת מאזכרת בפסק-דינה, אינה מוגבלת להמחאה לצורך בטוחה, ואינה דורשת אי-גרימת נזק לנמחה. נזק כזה הוא ודאי במובן שהקדמת

24 ראה שם, בעמ' 150, בין האותיות ו-ז; עמ' 151, בין האותיות ב-ג; ובעמ' 152, בין האותיות א-ב. תום-הלב אינו נשלל בהכרח על-ידי כל פגיעה שהיא בנמחה. ראה הפסיקה האמריקנית המאזכרת לעיל, בהערה 9. בכל המקרים הורשה השינוי, אף שעקב השינוי היתה הקטנה ניכרת בזכותו של הנמחה לכסף מהחייב ואף שגם הדין האמריקני דורש תום-לב כתנאי לשינוי.

25 שם, בעמ' 151—152.

26 שם, בעמ' 602—603.

כספים לממחה, במקום העברתם לנמחה, מקטינה ממילא את זכות הנמחה לכספים מהחייב. אבל אמרות אלו של השופטת הן בגדר אמרות-אגב, ולא הגיון ההחלטה. הנחת-המוצא באותו דיון היתה שלא מדובר בהמחאת זכויות וזאת בעקבות התניה מפורשת ברות זו בחוזה.²⁷ כמו-כן, בקשר לחובה להעביר את הכספים לנמחה, נאמר בחוזה במפורש כי "נשמרת בכל עת בידכם [כלומר: בידי החייב] הזכות לא לבצע הוראה זו כשאינטרס הממשלה מחייב זאת לפי שיקולכם הבלעדי". די היה בשימוש בתנייה זו כדי לדחות את הערעור של הבנק (הנמחה), ואכן בפועל נעשה בה שימוש.²⁸ נמצא כי גם פסק-דין זה אינו בגדר הלכה מחייבת לעניין יכולת השינוי של הממחה והחייב ללא הסכמת הנמחה. אך, שוב, אין להתעלם מן האפשרות שלאמרות אלו תהא השפעה על הפסיקה העתידית.²⁹

בפרשיות שנדונו בארצות-הברית ובישראל בעניין פגיעותה של זכות הנמחה מצד הממחה ומצד החייב, בולטות ברגיל שתי נסיבות. אחת היא שהזכות המומחית נובעת מחוזה הדדי שטרם קיים משני הצדדים, ומשום-כך היא זכות מותנית בתנאי. הנסיבה השנייה, העשויה להצטרף לקודמת, מתקיימת כאשר ההמחאה נערכת לשם בטוחה; ובישראל יש מחלוקת על מקור הסדרה החוקי ועל מהות ההסדר. לפי שתי הנסיבות האלה דנו בהיבטים אחדים לשאלה על פגיעות זכותו של הנמחה. לפיכך נעמוד להלן (פרקים ג ו-ד) על שאלה זו בהתייחס לשתי הנסיבות לעיל. אך נראה לנו שכדאי לעיין קודם (להלן, פרק ב) בשאלה הפשוטה יותר העומדת גם בהעדר הנסיבות הללו ומדובר בהמחאת זכות קיימת. לבסוף (פרק ה) נעמוד על הבעיה מבחינת ההווי הישראלי והדין הרצוי.

ב. המחאת זכות קיימת

1. אחריות הממחה בתור מוכר

חוק המחאת חיובים, תשכ"ט—1969,³⁰ אינו המקור היחיד להסדר העסקות המכוונות להמחות זכות חיובים. הוא עוסק בהיבטים העיקריים המשותפים להן בתור עסקות דיספוזיציה ומתעלם לגמרי מן היבטיהן האובליגטוריים. העסקות השונות ראויות — לפי העילה שבבסיסן — לכינויים נוספים, מלבד כינוין כעסקות-המחאה (או כסתם עסקות-המחאה): מכר, העברת שכירות, סילוק חוב, בטוחה, מתנת, הלוואה ועוד.³¹

27 שם, בעמ' 599, בין אותיות ג-ה.

28 שם, בעמ' 592, 596—597, 601—602.

29 אנו מחדים לגבי דפנה לוינסון-זמיר על עזרתה הרבה בניתוח הדינים האמריקניים והפסיקה הישראלית.

30 להלן: חוק המחאה.

31 השופט צלטנר, בספרו על דיני חוזים של מדינת ישראל א (תשל"ד), 288, קובע שיש להבחין בין המחאה ובין עסקת-היסוד ששימשה לה בסיס. זהו הדין הגרמני הגורס ניתוק בין עסקת-היסוד ובין המחאה הנחשבת עסקה מופשטת. אך לא מסתבר שהחוק הישראלי אימץ אותו. במשפט הישראלי אנו רואים במכירת חיוב, למשל, את המחאה כמקבילה

כאשר ההמחאה באה לשם גוביינא, העסקה עשויה ללבוש צורת חוזה הנקרא factoring³¹ והוא מתפשט והולך בעולם. גם בישראל געשו נסיונות להקים מפעלים המחמחים בגביית חיובים מסחריים, אך עד כה נסיונות אלה לא הצליחו. על העסקות הללו יחולו חוקים נוספים ושונים מלבד החוק הנ"ל, כגון חוק המכר, חוק השכירות והשאילה, חוק המתנה ולפי ההצעה לחוק חוזה-עבודה³² — גם החוק ההוא לכשייחקק. בעניין זה או אחר החוקים האלה מוסיפים לחוק ההמחאה, או אפילו דוחקים את רגליו בפרט מפרטיו. זהו המקרה של סעיף 22 לחוק השכירות וכמו-כן יהיה זה המקרה בסעיף 8 לחוק המוצע על חוזה-העבודה הנ"ל. יש להתחשב עוד בתניות מכללא הראויות לחול לפי עקרונות השיטה המשפטית או לפי הנסיבות. בחוק על ההמחאה המונח מציין הן את העסקה המכוונת להעביר זכות או חבות והן את התוצאה שהיא מכוונת אליה³³. לפי המובן הראשון, המחאת זכות לובשת, כאמור, צורות שונות.

כאשר המחאת הזכות נעשית תמורת מחיר היא מכר והוראותיו של חוק המכר יחולו עליה, "בשינויים המחוייבים" (סעיף 4(א) לחוק המכר, תשכ"ח—1968)³⁴. לפיכך, החיוב "להעביר את הבעלות" יהיה כאן חיוב להעביר, לא את הבעלות במובן שיש לה (סעיף 7) בקשר לנכסים המוחשיים, אלא את בעלות החיוב; ויחול גם סעיף 18 בדבר פגם בזכות.

הממחה אחראי אפוא כשהזכות אינה קיימת כלל, משום שמעולם לא נוצרה או משום שפקעה או משום שהיא בטלה מעיקרא. והוא-הדין כאשר יש לפלוני היכולת לבטלה מחמת פגם בחוזה שממנו היא נובעת או שהיא ממושכנת לאדם אחר או שהיא מיושנת — בסיג שגשגלת אחריות הממחה אם הנמחה ידע על המצב (או שהיה צריך לדעת על כך)³⁵.

2. ביטול חוזה פגום שממנו נבעה הזכות המומחית

על-אחת-כמה-וכמה אסור לממחה למנוע קיום תנאי מתלה לזכות המומחית, לגרום לקיום תנאי מפסיק לה או לקעקע בעצמו באופן אחר את יסודה של הזכות הגדונה. אם רכש קודם זכות זו על-סמך חוזה בעל פגם ומשום-כך עומדת לו היכולת לבטל את החוזה, הפעלת יכולת זו נוגדת את חובתו החונית כלפי הנמחה. אפשר אולי להרחיק

להעברת הבעלות שבמכר נכסים חומריים — בהבדל שבמכר חיוב אין מקום לדחות את העברת הזכות עד לזמן מסירת הנכס.

³¹ במה דברים אמורים? בהנחה שהחוזה אינו חוזה-מכר, פשוטו כמשמעו.

³² ראה סעיף 8 להצעה לחוק חוזה עבודה, התשמ"ה—1985, ה"ת 1718, בעמ' 129, 130: "חל שינוי בבעלות על מקום העבודה, בין מחמת העברתו לאחר ובין מחמת פטירת הבעל, פירוק תאגיד או סיבת אחרת, יבוא המעביד החדש במקום המעביד הקודם בכל הנוגע לחוזה העבודה".

³³ לעומת זאת, בגרמנית נהוגים שני המונחים Uebertragung ו-Abtretung.

³⁴ להלן: חוק המכר.

³⁵ השוהה *Restatement of the Law of Contracts 1*, (St. Paul, 1932), § 175(b)(1).

לכת ולומר כי, אם בזמן ההמחאה ידע המכחה על הפגם, ייתכן לראות בעצם המחאתו ויתור על שימוש ביכולתו לבטל.

בספרות המשפט הישראלית עוררו את השאלה אם רוכש בתמורה ובתום-לב חשוף לביטול זכותו כאשר פלוני מבטל את החוזה שלפיו המעביר שלו רכש מצדו את הזכות הנדונה.³⁶ אף-על-פי שבדיון זה לא התייחסו להמחאת חיוב, אין לראות סיבה שלא להתיל גם עליה את הפתרון השלילי אשר הגיעו אליו בתמימות-דעים, אף אם על-סמך גימוקים שונים. אך השאלה הזאת בדבר ההגנה על רכישתו של אדם שלישי מפני ביטול בגין פגם מצד בעל הממכר המקורי (שאלה א) היא שונה משאלתנו דלעיל, אשר עניינה הוא בפגיעות זכותו של הגמחה מפני ביטול החוזה מצד הגמחה בשל פגם שהחייב גרם לו (שאלה ב). גם שאלה זו, בשינוי לשונה המתאים, עשויה לגנוע לנכס מוחשי או לא-מוחשי. ואכן, בשאלה א הרוכש האחרון חסין בפני הביטול בהיותו אדם שלישי לעומת המבטל. למבטל אין כל התחייבות כלפיו, אלא שליכות הביטול שלו מוצב גבול כלפי אדם שלישי הרוכש בתום-לב ובתמורה. לעומת זאת, בשאלה ב הרוכש האחרון והמבטל הם שני המתקשרים. העניין אינו אפוא בגבול היכולת כלפי אדם שלישי, אלא בחובה שאמרנו שלא לחתור תחת הזכות שהמעביר אתראי להקנייתה. לממחה-המעביר ישנה אמנם היכולת לבטל, אך לא הרשות לכך. גם הסייגים שקבעו בקשר לפתרון שאלה א אינם חופפים בקשר לשאלה ב. אחד הסייגים האלה הוא תום-הלב של הרוכש האחרון. אך, במסגרת שאלה ב, אף אם הוא ידע שלבעל-חוזהו עומד הכוח לבטל את החוזה הקודם שלפיו הלה רכש את זכותו, לא היינו אומרים שמשום-כך תחסר לו הזכות לדרוש כי כוח זה לא יופעל. אף כשמדובר במחנה, אין הדעת סובלת שתעמוד למעביר הרשות ליטול ביד אחת מן המקבל את אשר העניק לו בידו האחרת בסכלו את זכות הנותן בצורה זו או אחרת.

3. השאלה בעסקות-המחאה אחרות

על-ידי הערתנו האחרונה אנו עוברים מהדין שבהמחאה בגדר מכר להמחאה בגדר מתנה. האם גם עליה יחולו הכללים הגובעים מדיני המכר? ב"מתנה לאלתר" לא סביר להטיל על הנותן אחריות לכל פגם בזכות שהמחה לנמחה, בהיקש מדיני המכר. פתרון זה מקובל בכמה ספרי חוקים, ועל-סמך המסורת הרומאית מקובל גם בארצות אחדות שבהן אין הוראה מפורשת לכך בקודקס.³⁷ טעמו ברור: אין לדרוש מנותן מתנה יותר מאשר מתן זכותו כמות שהיא, ולא מן הראוי שיהיה חשוף להפסד כשכר לכוונתו הטובה. מסתבר שיש להגיע לכלל זה גם במשפטנו ושאינו לומר כי חוק החוזים (תרופות בטל הפרת חוזה), תשל"א—1970, כופה עלינו פתרון הפוך. והנה, אם במתנה לאלתר הנותן לא הבטיח דבר, כשנטרף דבר המתנה

36 ראה ד' פרידמן, "הערות בדבר זכויות הבעלים המקורי כלפי צד שלישי לאור החקיקה הישראלית החדשה" עיוני משפט ד (תשל"ה) 245; ג' שלו, פנמים בכריתת חוזה (פירוש לחוקי החוזים בעריכת ג. טדסקי) (תשמ"א) 270-274; א' ברק "עצמאותה של הקודי-פיקציה האזרחית החדשה — סיכונים וסיכויים" משפטים ז (תשל"ו) 15, 32.

37 כך בצרפת. ראה, III, no. 2581, (10th ed., 1927) *Planioi, Traité élém. droit civil*, p. 676.

מידי המקבל אין לראות הפרת חוזה מצדו אלא אם כן גניח שהדין מטיל על הנותן חובה להקנות למקבל את הבעלות. הטלת חובה זו היא מפורשת במכר, אך לא תבוא כאן כהטלת חובה מכללא או בהיקש מחוק המכר.

אחריות המעניק מתנה ראויה בשני מקרים. אחד הוא שהסתיר שלא בתום-לב פגם בזכותו שהיה ידוע לו³⁸. כלל זה אפשר לראותו כמבוסס על *culpa in contrahendo*. במשפטנו זה נחשב היסוד לסעיף 12 לחוק החוזים הכללי. אבל בהוראת סעיף 12(ב) המקבל לא ימצא כל סיפוק לעניינו הנדון כאן. המקרה השני הוא כשהמתנה מחייבת את המקבל, כצפוי בסעיף 4 לחוק המתנה, תשכ"ח—1968. כאן יהיה סביר לראות את הנותן אחראי עד כדי שווי החיוב שהטיל על המקבל³⁹.

השלייה העקרונית לאחריות הנותן כנ"ל אין פירושה שאף נותן מתנה יהיה רשאי להימנע מלעשות את האפשרי לו כדי שהזכות המותנית המומחית תהא למוחלטת, או יתירה מזאת: ליטול בעצמו ביד אחת את אשר נתן בידו האחרת. בנה אין אנו רואים הבדל בינו ובין מוכר. אי-פגיעות זו בזכות הנמחה מצד הממחה היא אפוא היבט משותף לשתי מערכות הדינים הללו — דיני המכר ודיני המתנה⁴⁰.

אשר להיבטים אחרים שלהן, הבחירה בין שתי המערכות האמורות תלויה בנה, אם לפנינו המחאה בתמורה או המחאת חינם. המחאת-חיוב לשם סילוק חוב של הממחה לגמחה היא מטיבה עסקה בתמורה. עסקות-ההמחאה האחרות שהזכרנו עשויות להיות מסוג זה או זה, לפי המקרים.

בנוגע להעברת השכירות⁴¹ נשאלת השאלה אם היא עסקה בתמורה או עסקת חינם, לפי המקרים, ועוד: אם עשויה להיות הן המחאת-זכות קיימת והן המחאת-זכות מותנית או עתידה. אך שאלה מוקדמת הינה מהי מהות העסקה לפי עניינה. בזמן תחולתו של סעיף 82 לחוק המקרקעין נתקבלה הדעה שמדובר בהעברת מעמדו השלם של השוכר, כלומר: העברת זכותו וחבותו גם יחד⁴², אף-על-פי שביטוי החוק כשלעצמו היה עשוי להתייחס גם להעברת הזכות לבדה.

38 ראה סעיף 523 ל-BGB; סעיף 797 לספר החוקים האיטלקי.

39 השווה סעיף 797 לספר החוקים האיטלקי.

40 השווה בארצות-הברית את הקביעה הכללית ב- *Restatement of the Law of Contracts* (לעיל, הערה 35):

§ 175. warranties of an assignor:

"(1) An assignor of a right by assignment under seal or for value warrants to the assignee, in the absence of circumstances showing a contrary intention,

(a) that he will do nothing to defeat or impair the value of the assignment; [...]"

השווה מ' בן-פורת, בהוברת העדכון לפירושה (לעיל, הערה 1), 16; ראה גם Corbin, *Contracts* (St. Paul, 1951) vol. 4, § 904.

41 לפי סעיף 22 לחוק השכירות והשאלה, תשל"א—1971 (להלן: חוק השכירות).

42 ראה בן-פורת (לעיל, הערה 1), 28—29; "ויסמן, חוק המקרקעין, תשכ"ט—1969, מנמות והישגים (ירושלים, תשל"ל) 58—59.

נראה לנו שיש להסכים כי, בכפיפות לסייגים שבסעיף 22, החוק מרשה לשוכר העברת זכות וחבות גם יחד על דעת עצמו, ללא אישור המשכיר.⁴³ כאשר, לפי הוראת סעיף 22 במשמעותה הנ"ל, השוכר ממחה הן את זכותו והן את חבותו, המחאתו היא תמיד המחאה בתמורה, אף אם הנמחה אינו משלם לו כל תמורה. הסיבה לכך היא כי, לעומת הזכות שהנמחה מקבל, הוא נוטל מן הממחה את החבות שרצצה על זה האחרון. ואולם קיימת האפשרות שהממחה שילם מראש את דמי-השכירות לכל תקופת החוזה. במקרה זה אין הממחה מעביר את חיובו העיקרי של השוכר, והמחאתו תהא בתמורה או חינם לפי הנסיבה, כלומר: אם הנמחה משלם אם לאו. ועוד: לא תהא זאת המחאת-זכות מותנית או עתידה, כי אם המחאת-זכות קיימת.

שאלה אחרת — אשר לא מצינו לגביה מודעות מספקת — היא זאת, אם יש לראות את המחאת-הזכות לבדה כאפשרית גם במצב שעליו חלים הסייגים שבסעיף 22 — לפי ההנחה שהוראה זו נוגעת אך ורק להעברתה הכוללת של זכות וחבות יחדיו. נראה לנו שכאן הפתרון שלילי. גם במקרה של העברת הזכות לבדה קיים הטעם להתחשבות סעיף 22 בעניינו של המשכיר באישיות האדם המחזיק במושכר ומשתמש בו — כפי שהתחשבות זו מתבטאת בתחולת ההוראה לא רק על העברת השכירות, אלא גם על השכרת-משנה שישכיר השוכר.

כללו של דבר: מצד אחד, במקרים מסוימים, סעיף 22 מאפשר לשוכר את אשר חוק ההמחאה לא היה מאפשר לו, דהיינו: את העברת חבותו יחד עם העברת זכותו, ללא הסכמת המשכיר. מצד אחר, סעיף 22 מחמיר עליו, בצמצמו, לעומת חוק ההמחאה, את עבירות הזכות עצמה; או, לשון אחרת: הוא קובע סמכותית מהי במקרה הנדון המגבלה לעבירות הזכות לפי הסייג שבסעיף 1(א) לחוק ההמחאה.

4. ביטול מחמת פגם וקיזוז מצד החייב

בעניין הביטול בשל פגם, שונה מעמדו של החייב ממעמדו של הממחה. לראשון עומדות גם רשות וגם יכולת לבטל בשל פגם, אחרי ההמחאה כמו לפנייה. נעיר רק כי, אם הסכים להמחאה, עשויה הסכמתו זו להתפרש, לפי הנסיבות, כוויתור על זכותו לבטל, כלומר: כאישור החוזה הפגום — בהתאם לדעה המקובלת בישראל⁴⁴ ובעולם⁴⁵ על אישור מכללא של חוזה פגום.

43 בדיון בכנסת, בקריאה הראשונה השתמשו בלשון המאפשרת פירוש מצמצם זה (ד"כ, 59, תשל"א, 527—528); ואילו בקריאה השנייה והשלישית ברורה הכוונה להעברת הכוללת זכות וחבות (שם, 61 תשל"א, 3614). בדברי ההסבר לחוק (ה"ח 901 תשל"ל, 288, 293) נאמר: "נהוג לכלול בחוזה שכירות איסור על העברת המושכר או השכרתו כשכירות משנה ללא הסכמת המשכיר", וכאן "העברת המושכר" באה בוודאי במונח הכולל הנ"ל.

44 ראה ג' שלו, פנמים בכריתת חוזה (לעיל, הערה 36), 141, 151; צלטנר, דיני חושים (חלק בללי) (תשכ"ב) א 526, 527.

45 ראה, למשל, באנגליה (11th ed., 1983), §§ 453—454; Cheshire, Fifoot and Furmston, *Law of Contract* (25th ed., 1985), §§ 275, 279—280; Chitty, *Contracts* (25th ed., 1985), §§ 275, 279—280.

אשר לקיומו, לאחר המחאת-הזכות, לא ניתן לחייב לקזו כנגד הזכות המומחית זכות שלו כלפי הממחה, אלא זכות אשר תהא לו כלפי הנמחה, כי רק כלפיו עשויה להתקיים עכשיו הדדיות בנוגע לחיוב הנדון.

ג. השאלה בהמחאת זכות עתידה

1. זכות עתידה

זכות עתידה מהי? זכות שחסרים בה אחד או אחדים מן היסודות הדרושים להיווצרותה. בין היסודות האלה אין למנות את המועד לקיום הזכות; היא עשויה להיות קיימת אף כאשר לא הגיע עדיין מועד זה — להבדיל מן המקרה שלא הגיע המועד הנקבע ללידתה. זכות המוחנית בתנאי מתלה היא גם כן זכות עתידה כל עוד לא התקיים התנאי⁴⁶. לעומת זאת, בהיותה מוחנית בתנאי מפסיק אין מניעה להיותה זכות קיימת, אם יש להגית כי במשפטנו התנאי אינו פועל למפרע.

המחאת-זכות הנובעת מחוזה הדדי שטרם קיים משני הצדדים היא ברגיל המחאת-זכות עתידה — להבדיל מהמחאת-זכות הנובעת ממקור לא-חוזי, מחוזה חד-צדדי או מחוזה הדדי שהממחה קיים כבר מצדו. לאמיתו של דבר, במקרה הראשון לא ידובר בהכרח על זכות עתידה, ולהיפך במקרה השני. אם ההמחה נוגעת לחיוב הנכלל אמנם בחוזה הדדי, אלא שאינו חיוב מקביל⁴⁷, עשויה ההמחה להיות המחאת-זכות אקטואלית. ואולם גדיר המקרה שחיוב כזה יהיה עביר לבדו. מצוי הרבה יותר כי ביתר המקרים שהזכרנו הזכות המומחית תהיה זכות על-תנאי מתלה או עתידה מסיבה אחרת.

אפשר למיין את הזכויות העתידות לסוגים שונים, לפי מידת התגשמותן. חוק ההמחה עצמו וכמו-כן חוקים אחרים מציינים במיוחד את הזכויות המותנות בתנאי, ואלה תהיינה קבוצה אחת מן הזכויות הנדונות. מלבד זאת, מצד אחד ישנן אלה הנובעות מיחס משפטי שכבר קיים; ומצד אחר, אלה הנובעות מיחס משפטי שטרם נוצר. אם מדובר בזכויות חוזיות, שייכת לסוג הראשון זכות הנובעת מחוזה שכבר נכרת אף-על-פי שהזכות הנדונה עדיין לא קמה, כגון זכות המוכר לקבל את תשלום המחיר לכשימסור את הסחורה, הזכות של המשכיר או של עובד לקבל את השכר בבוא המועד הנקבע לכך, ובינתיים המשכיר והעובד עשו את שלהם לפי החוזה. לעומת זאת, שייכת הזכות לסוג השני אם לא נכרת עדיין כל חוזה. נשאלת השאלה אם הוראת סעיף 1(א) לחוק ההמחה נוגעת למקרה הראשון בלבד⁴⁸. ברי לנו כי,

46 ראה von Tuhr, "Verfügung über künftige Forderungen", *Deutsche Juristen-Zeitung* (1904) 426, 428

47 על-פי סעיף 43(א)(3) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים הכללי) וסעיף 23 לחוק המכר.

48 השווה הדיון בשאלה זו לפי המשפט הגרמני ולפי המשפט האיטלקי, שבהם חסרה הוראת חוק על המחאת חיובים עתידיים: K. Hahnzog, *Die Rechtsstellung des Zessionars künftiger Forderungen* (München, 1962), 22 sqq.; T. Mancini, *La cessione dei crediti futuri a scopo di garanzia* (Milano, 1968), 19 sqq., 75 sqq.

במקרה שעדיין לא קיים היחס שממנו תנבע הזכות הנדונה, נמצאים אנו מחוץ למסגרתו של חוק ההמחאה. ואכן, החוק מגיח שקיים חייב שאליו אפשר להודיע על ההמחאה. יש לפרש את דברי החוק כמתייחסים גם לחייב-בכוח — יותר נכון: לספק-חייב — בחיוב מותנה או עתידי מסיבה אחרת, מתוך יחס כבר קיים, אך לא נוכל לוותר על יסוד מוצרי זה. אין זאת אומרת כי, במקרה הנדון, לא תהא נפקות אובליגטורית לעסקה שבה מבטיחים לזולת העברת זכות שמקורה בעתיד.

כאשר החוק מרשה המחאת-זכות מותנית או עתידה, במה דברים אמורים? בהנחה כי, לכשתקום הזכות, היא תהא ניתנת לזיהוי בתור הזכות הנדונה בעסקת-ההמחאה — במקביל לדרישה המקובלת בנוגע לחוזים על נכסים חומריים. למשל: ראובן מבטיח לשמעון להעביר לו את הזכות לדמי-השכירות מהשכרת בית מסוים או את הזכות למחיר ממכירת סחורה מסוימת — ויהיו השוכר והקונה אשר יהיו. ההתחייבות כאן היא לעשות את הדרוש ליצירת הזכות הנדונה ולהמחאתה לצד השני.

2. חובת הממחה זכות מותנית או עתידה

בעסקה להמחאת-זכות מותנית או עתידה, חובת הממחה להשיג את הזכות הנדונה למען הנמחה נובעת מכללי המכר ומכללי המתנה כאחת. לפי דיני המכר, אם ההמחאה נוגעת לזכות שטרם נרכשה לממחה, הוא חייב להשיגה, או לפחות לעשות את האפשר לשם כך⁴⁹. במקרה שמדובר בזכות מותנית וקיום התנאי תלוי בממחה או שיש לו השפעה עליו, אם אין כל גילוי להתנאות תנאי להבטחת הממחה, מן הסתם על הממחה לעשות את האפשרי לו לשם התקיימות תנאי מתלה ואי-קיום תנאי מפסיק. כאן אין מקום ל"נטל", כמו במקרה הנדון בסעיף 28(א) ו-28(ב) לחוק החוזים הכללי, כי אם לחובה. זהו — נראה לנו — ההבדל בין מכר מותנה בתנאי (שעליו חל סעיף 28 הנ"ל באופן ישיר) ובין מכירת זכות מותנית בתנאי. במקרה אחרון זה אין גם תחולה לסייג הנדון בסעיף 28(ג) הנ"ל; אם המחה הממחה זכות על תנאי התלוי בו, מן הסתם ויתר כלפי הנמחה על החופש שהיה לו לקיימו או לא לקיימו.

כאשר מדובר בהתחייבות למתנה אשר לפיה הנותן מבטיח זכות חיובית למקבל, אין ספק שתרכיב עליו החובה להשיג את אשר הבטיח — כמוהו כמוכר שאין ברשותו הנכס — ואחריותו תהא האחריות החוזית הרגילה. בארצות אחרות יש הממתנים את האחריות הזאת בהיבט זה או אחר. אך ההגבלה נובעת שם מהוראות מפורשות⁵⁰ הנעדרות במשפטנו. באין כאן הבדל בין דין המכר לדין המתנה, יחולו הדינים הכלליים הללו גם ביתר עסקת-ההמחאה על זכות עתידה, ותהיינה אלה עסקות בתמורה או עסקות-חינם.

כשמדובר בהעברת זכות שתנבע מחוזה שטרם נכרת, האם מוטלת תמיד על המעביר החובה לכרות את החוזה הנדון? אין ספק כי, אם לשונו של החוזה להעברה ברור

49 בביררה בין שתי האפשרויות יכריעו לשון החוזה וכוונת הצדדים.
50 ראה, בספר החוקים הגרמני, סעיף 521 (אחריות רק בשל זדון ואשם חמור) וסעיף 522 (שלילה לריבית פיגור למקבל); ובספר החוקים האיטלקי, סעיף 797. השוואה, Rabello, "The Responsibility of the Donor for Breach" 18 *Is.L.R.* (1983) 118, 124.

או שניתן לנו לעמוד על כוונת הצדדים באופן אחר, אין כל בעיה. אך, בתור דין דיספוזיטיבי, כאשר אין לפנינו פתרון חוץ, נראה לנו שהחובה קיימת. חובה זו, המוטלת על המעביר להתקשר בחוזה עם אדם שלישי, אינה שונה בהרבה מן החובה המוטלת על המוכר שמכר נכס-לא-ברשותו. אמנם אין הוא חייב דווקא לקנות נכס כנכס הנדון, ודי לו להשיגו איכשהו. אך ברוב-רובם של המקרים האפשרות היחידה הפתוחה לפניו היא בכריתת חוזה לקנייתו.

3. היבטים לחובת הממחה

לפי הנאמר, הממחה מחויב כלפי הנמחה שהזכות שהמחה לו תהיה ביצועית והחייב לא יוכל לדחותה בהסתמכו על דין השילוב (סעיף 43(א)(3) לחוק החוזים הכללי וסעיף 23 לחוק המכר). האם נאמר לפיכך כי לחובת הממחה כלפי החייב ולחובתו הנ"ל כלפי הנמחה יש תוכן שווה? לא בדיוק. כלפי החייב, בחוזה הדדי הוא מחויב לקיים מצדו את החוזה, כלומר: לא להפרו. כלפי הנמחה — שלא לגרום שבגין הפרה כזאת תישלל הזכות המועברת לו כזכות ביצועית (להלן: סעיף ג(8)). הפרת החובה הראשונה אינה עולה עדיין עד כדי ההפרה השנייה, כל עוד החייב לא יבטל את הזכות המומחית. כמו-כן הממחה מחויב לא לגרום שמאי-קיומו את חוזהו עם החייב במועד ידחה קיום חיובו של החייב לנמחה.

לחובה זו של הממחה ישנם גם היבטים שליליים. נגיח שפלוגי המחזה את זכותו לשכר⁵¹, ושבחווה-העבודה יש איסור לעובד לגלות את סודות המפעל, פן יאבד את זכותו. פלוגי יהיה מחויב גם כלפי הנמחה להימנע מגילוי. אפשר כי אלמוני יגרום להפרת האיסור (ולכן יהיה אחראי בנוזיקין לנמחה) וגם כי בין פלוגי לאלמוני יהיה "חוזה להפרת חוזה" הראוי להיחשב בטל משום תקנת הציבור (סעיף 30 לחוק החוזים הכללי)⁵².

51 במידה שהדבר מותר לפי חוק הגנת השכר, תשי"ח-1958, סעיף 8.
52 בפסיקה ובספרות בישראל אין הכרה ברורה כי, בהעדר כלל תחיקה ספציפי בעניין זה או אחר, בטלות החוזה להפרת חוזה מחויבת על-פי תקנת הציבור, לפחות כאשר שני הצדדים מודעים לכך. בפסיקה, אשר בה לא היה אמנם דיון מפורש בעניין הכללי הנ"ל, ראה ד"ג 21/80 ורטהיימבר ג' הררי, פ"ד לה(3) 253, 264; ע"א 147/80, 141 נמני ג' מאירוב, פ"ד לה(3) 813, 821; ע"א 181/73 שטוקמן ג' ספיטני, פ"ד כח(2) 182, 187; ובספרות: צלטנר, דיני חוזים — חלק כללי, ב (תשכ"ו) 112, 114; בנד, "אי חוקיות החוזה הממשלתי" משפטים יד (תשמ"ה) 295, 302. נראה שיש לייחס את ההסתנות הזאת להשפעת המסורת האנגלית. אמנם במשפט האנגלי המודרני, כנגד הדעה ההפוכה שבה דוגל עוד סמונד (Salmond, *Principles of the Law of Contracts* [2nd ed., 1945] § 118), רבים וטובים הם חסידי הבטלות הנחרצים (ראה Lauterpacht, "Contracts to Break Contract" 52 *L.Q.R.* (1936) 494; Pollock, *Principles of Contract* [13th ed., 1950] 264; Chitty [*supra* note 45], § 1047; Treitel, *The Law of Contract* [4th ed., 1975] 280-281) אשר פיתחו את האמרה לכך הנמצאת כבר ב-*Lumley v. Gye* (1853) 2 E.R. 479, 501 & B. 216, 118 E.R. החלוץ ליגרום הפרת חוזה.

דעה זו מקובלת כדעה כללית בארצות-הברית: *Restatement of the Law of Contracts* second § 194; *Corbin*, *supra* note 40, vol. 6A § 1470; Williston, *Contracts* § 1738 (3rd ed., 1972). אך המשפט האנגלי הוא "ארך הזיכרון" ולא נעלמו

שאלת השאלה אם החובה הנ"ל נוגעת גם לפעולות משפטיות המכוונות לביטול החוזה הנדון של הממחה עם החייב או לשינויו, על-ידי הסכם גדי בינו ובין החייב, ולביטול חוזה זה בשל הפרת החייב. על שאלה זו נייחד עכשיו את הדיבור.

4. הסכם הממחה והחייב לביטול החוזה או לשינויו

עקב המחאתו, ניטל מן הממחה הכוח לערוך כל מעשה דיספוזיציה נוסף על החיוב שהמחה; ובכלל, כל פעולה משפטית אשר לה נפקות על הזכות המומחית שאינה כבר זכות שלו. דין זה נובע ממויג ההמחאה עצמו, ולכן אין הוא טעון ביטוי, כי אם יהיה ביטוי רק לחריגים ממנו ולדרכים למיתון תוצאותיו שהמחוקק יבקש להכניס בחוקים⁵³. לאור העיקרון הנ"ל אין אף מקום להטיל על הממחה חיוב — וכמו-כן על המוכר כל נכס אחר או על הנותן אותו במתנה — איסור לעשות את אשר הם כבר חסרי-אונים לעשותו. המונח הלטיני להעברה, alienatio (ניכור, התנכרות)⁵⁴, מבליט יפה שהעברה הופכת את הזכות המועברת לזכותו של הזולת, ולכן געשה המעביר זר לזכות שהעביר, כמוהו ככל אדם שמעולם לא היה זכאי.

השופט מ' בן-פורת סבורה כי בעניין הנדון יש להבדיל בין זכות שהתגבשה ובין זכות עתידית או מותנית שגיבושה צופה את פני העתיד. "במקרה הראשון — היא כותבת — עילת תביעתו של הנמחה כבר קמה ואין הממחה והחייב רשאים לעשות מעשה שיפגע בה, ואילו במקרה האחרון אין לראות בשינוי סביר מבחינה משקית או מסחרית, משום מעשה אסור [...]".⁵⁵ מצד אחר, בפרשה את סעיף 1 לחוק המחאת חיובים, כתבה היא בשעתה: "המחאה של 'זכות מותנית' או 'זכות עתידה לזכאי' תופסת מיד ונצמדת לזכות עד להתגבשותה והיא עוברת אל הנמחה ללא צורך בשום פעולה נוספת"⁵⁶. קשה ליישב את שתי הקביעות האלה. אשר לראשונה מביניהן (לפי זמן כתיבתן),

ממנו רישומי היחס לתקנת הציבור שמצא ביטוי בוטה בדברי השופט Burrough הנודע-עם במשפט 252, 2 Bing, 229 (1824). Richardson v. Mellish. אמנם בפסקי-דין ישראלים מרובים נתגלתה מודעות גמורה לגישה השונה לתקנת הציבור המד-חויבת לפי החוק הנהוג. אך אי-אאדה לדין זה עלולה עוד לבצבץ בפסקי-דין אחרים, למשל בע"א 625/76, 614 סלמונית ג' אלמיני, פ"ד לא(3) 85, 98-99; בע"א 793/76 (המ' 506/78) לוקמן ג' שיף, פ"ד לג(2) 523, 565; בע"א 148/77 רוט ג' יושפה, פ"ד לג(1) 617, 628; ראה גם מאמרו של השופט עציוני, "טובת הציבור והאדם הסביר" ספר חסמן (תשמ"ד) 125. במקביל יש להניח שהמסורת האנגלית אחראית להסתייגות שהמשפטאות הישראלית מגלה בהיבטים אחרים לאי-החוקיות כפי הסדרם בחוק החוזים הכללי. נגענו בעניין זה במקום אחר: "פגם, פסול בחוזה או אי-כריתתו (ועוד)" משפטים טו (תשמ"ו) 411, 414-418.

53 ראה, למשל, סעיף 9 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969; סעיף 12 לחוק המיטלטלין, תשל"א-1971.

54 מתחום המשפט העתיקו מונח זה גם לתחומים אחרים (הפסיכיאטריה; התורה המרקסיסטית), אשר בהם קיבל גוני משמעות שונים. על גלגולים אלה עמד ג' רוטנשטרייך בהוצאתו "על גילגוליו של המושג 'התנכרות'" דברי האקדמיה הלאומית הישראלית למדעים, א (ירושלים, תשכ"ו).

55 במשפט גרבוך (לעיל, הערה 1), 150.

56 מ' בן-פורת (לעיל, הערה 1), 10.

נראה לנו כי, אם מבקשים לדייק, אין לומר שההמחאה מעבירה כבר עכשיו לנמחה זכות שטרם התגבשה, כיוון שהנמחה אינו יכול לקבל דבר שטרם נוצר. לעת-עתה מעבירים לו צפייה והיא תהפוך ממילא לזכות ביצועית עם התגבשותה בתור שכזאת⁵⁷. אך עלינו להחשיב את לשון ההוק — שעה שהיא גורסת ש"זכות מותנית או עתידה ניתנת להמחאה". משום-כך אסור לנו להעמיד את ההוראה על הכרה בעסקה הנדונה בה בתור הבטחה להמחאה בלבד — דבר שלא היה מצריך ביטוי כלשהו בחוק. ועוד פחות היינו מכבדים את החוק אילו ראינו את הממחה בן-הורין לשנות בינתיים את החוזה ולפיכך — את זכות הנמחה — כלשון השופטת. לפי שיקולים אלו, עלינו לראות אף המחאה של זכות מותנית או עתידה כנעשית כבר, לא רק במובן שהממחה קשור בה ולא ניתן לו לחזור בו ממנה, אלא גם במובן שהוא מנותק מזכותו הנדונה לחלוטין — כמובן, בתנאי שבסופו של דבר הזכות הנדונה קום תקום — ולא ניתן לו ולכל אדם אחר לפגוע בה. הסכם בין ממחה ובין חייב לשינוי הסכמם המקורי או לביטולו, אף אם כוחו יפה בינם לבין עצמם, יהיה כאין וכאפס בפני הנמחה. הזכות שנרכשה לו לא תפגע במאומה. לסיכום: אף אם מדובר בזכות עתידה, החוק מאפשר את המחאה בתור מעשה דיספוזיציה שכמוהו כהמחאת-זכות שכבר קיימת.

מבין תולדות המסקנה הנ"ל: יכולת הדיספוזיציה על הזכות העתידה עוברת מן הממחה לנמחה; לנמחה עוברות גם הזכויות הנלוות על-פי סעיף 5 לחוק ההמחאה; לנמחה יש עכשיו מעמד לתהליכים כלפי החייב למניעת הפרתו (סעיף 27ג) לחוק החוזים הכללי; בעניין פשיטת-הרגל, הזכות המומחית תיכלל בשמיטת-הכספים של הנמחה⁵⁸, ולא בזו של הממחה⁵⁹.

57 לפיכך אין אנו רואים מקום במשפטנו להשקפה המלאכותית שהזכות תירכש קודם לרצו קט לממחה וממנו תעבור או לנמחה. במשפט הגרמני קיימת מתלוקת בין חסידי ה" Unmittelbarkeitstheorie (כלומר: תורת הרכישה הבלתי-אמצעית לנמחה) ובין חסידי ה" Durchgangstheorie (תורת המעבר). ראה סקירה אצל Hahnzog (לעיל, הערה 48), 58—59.

58 אישור לכך נמצא בדינים על פשיטת-רגל לפי סעיף 1 לפקודת פשיטת הרגל (נוסח משולב), תש"ם—1980, דיני מדינת ישראל נ"ח, 34, הש"ם (9.9.80), עמ' 639; המונח "נכסים" מוגדר ככולל חיובים עתידיים או מותניים. כמו-כן, לפי סעיף 85 לפקודה הנ"ל, נכסי פושטת-הרגל כוללים גם נכס שיוקנה לו לפני הפטרו ואף הכוח לנקוט הליכים לשם הפעלת זכות. הזכות לפנות לחייב כדי לממש את הזכות שהומתחה לנמחה, וכן הזכות לפנות לממחה לכשיפר החוזה כלפי הנמחה (למשל, על-ידי אי-ביצוע מצדו שיגרום לאי-השתכללות זכותו של הנמחה) עוברת לנאמן, על-פי סעיף 107 לפקודה הנ"ל הקובע: "היו בין נכסי פושט הרגל תביעות, יראו אותן כאילו הומחו כדין לנאמן" (ראה גם סעיף 125).

59 במה דברים אמורים? כמובן, בהמחאה שלא תבוטל לפי הדינים הנוגעים לה. לפי סעיף 84 לפקודת פשיטת הרגל, רואים את פשיטת-הרגל כחלה למפרע לזמן שבו נעשה מעשה פשיטת-הרגל שבגללו ניתן צו הכינוס נגד הממחה. לתוצאה הנ"ל נקבע חריג בסעיף 99(3) ותוגן המחאה בתמורה בת-ערך שנעשתה בתום-לב לפני צו-הכינוס וללא ידיעה של הנמחה שהממחה עשה מעשה שבגיניו ניתן להגיש בקשה להכריזו פושטת-רגל. מצב נוסף, וקיצוני יותר, הגורם לביטול הוא זה שבו ניתן לפסול המתאה שנעשתה אף לפני התקופה שבה רואים את פשיטת-הרגל כחלה למפרע. אפשרות פסילה במצב זה הוספה ב-1969 בחוק לתיקון דיני פשיטת רגל ופירוק חברות, תשכ"ט—1969 — כיום סעיף 97 לנוסח החדש של פקודת פשיטת הרגל. המחוקק רצה למנוע אפשרות קלה להכרחת נכסים

מקרה מקביל למקרה הנדון כאן נמצא בחוזה הדדי לטובת אדם שלישי. גם כאן, לפי דין השילוב, כל עוד הנושה לא קיים מצדו או שהוא אינו מוכן לקיים, זכותו של האדם השלישי לא תהא זכות ביצועית. אך לא ניתן להסיק מכך כי, לאחר הודעת החוזה למוטב, באותו שלב, יוכלו הנושה והחייב לשנות או לבטל את החוזה שביניהם: סעיף 36(א) לחוק החוזים הכללי. וכאן, כמו גם במקרה שלנו, אין מקום להבדיל בין שינוי לשינוי, כלומר: לדחות אך ורק שינוי שיפגע במוטב פגיעה של ממש, ולעומת זאת להרשות שינוי שיטענו כי אינו מזיק לו או אפילו כי הוא דווקא לטובתו. על טובתו יחליט המוטב עצמו, ואם יראה שאכן הדבר הוא כזה, חזקה עליו כי יסכים לשינוי.

מכל מקום, אף אילו צדקה הדיעה שדחינו, וכשמדובר בהמחאת-זכות עתידית או מותנית היתה עומדת לממחה ולחייב היכולת לשנות את החוזה שביניהם או לבטלו, מהי התוצאה? לא רשות לממחה לעשות את הפעולות הללו. היתה חלה חובתו שלא לעשות מאומה למניעת התגשמותה של הזכות המוחתית לממחה, אשר עליה עמדנו לעיל (ג(2)). כל הברירה בעינינו היא בין אי-יכולת ובין איסור.

5. הנמחה בפני חוזה חדש בין הממחה לחייב

אם, אחרי ההמחאה, נתיימרים הממחה והחייב לשנות את החוזה שלהם, תתעורר שאלה מורכבת: מהו גורלם של החוזה המקורי ושל ההמחאה שנערכה לפיו? ואם, כנגד דעתנו הנ"ל, אכן רואים את החוזה הזה כמבוטל, על ההמחאה התלויה בו, היחשב הנמחה כמקבל ממילא המחאת זכותו של הממחה לפי החוזה החדש? מדברינו דלעיל נובע כי לא תיתכן החלפת החוזה הישן ללא הסכמת הנמחה. דרוש שהנמחה יסכים לוותר על הזכות המגיעה לו לפי ההמחאה המקורית; ועוד: אם החוזה החדש לא ילבש צורת חוזה לטובת הנמחה בתור אדם שלישי והוא לא ידחהו על-פי סעיף 35 לחוק החוזים הכללי — שיסכים להמחאה החדשה. אפשר כי הסכמת הנמחה לממחה לשנות את החוזה הישן הנדון ניתנה לו מראש, בחוזה שהיה ביניהם, או לחוד; ואפשר שהיא ניתנת בדיעבד. אך הסכמה זו אינה נובעת מכלל

ופגיעה בנושים על-ידי המחאה כללית של כל החייבים העתידיים. סעיף 97 קובע כי, אם אדם המחאה זכויות קיימות או עתידיות ולאחר-מכן הוכרז פושט-רגל, לא תהיה להמחאה תוקף כלפי הנאמן לעניין הזכויות שלא נפרעו לפני תחילת פשיטת הרגל. לכלל זה שני חריגים: (א) רישום ההמחאה בדרך שנקבעה בתקנות (תקנות כאלו פורסמו ב-1970; ראה תקנות פשיטת הרגל (סדרי רישום של המחאת זכות), תשל"ג-1970 (ק"ת 2503, תשל"ג, 1.1.70, עמ' 847), הקובעות, בעיקרן, רישום ההמחאה אצל רשם המשכונות); (ב) המחאת זכויות כלפי חייבים שפורטו בהמחאה ושומן פרעונן חל עד לשעת ההמחאה, זכויות קיימות או עתידיות לפי חוזים שפורטו בהמחאה והמחאת זכויות הכלולה בהעברת עסק בתום-לב ובתמורה. נראה שמטרת סעיף 97 היתה, בעיקר, מניעת המחאה "סיטונית" של זכויות הממחה בכללן במטרה להבריחן מפני נושים; ועליכן ישנה אפשרות ל"הכשיר" המחאות ספציפיות והמחאות הנרשמות כך שנושים ידעו עליהן. לביקורת על סעיף 97 הנ"ל, שניתן לעקיפה בקלות — עקב חריגיו הרחבים — ובכך מסוכלת מטרתו, ראה א' פרוקצ'יה, דיני פשיטת רגל והחזיקה האזרחית בישראל (התשמ"ד), 130-134. אפשרות נוספת לפסול המחאת-זכות נקבעת בסעיף 96 לפקודת פשיטת הרגל.

מההסכמה לקבל את ההמחאה המקורית.⁶⁰ דברים אלו ראויים לסייג-מה כשמדובר בהמ-
חאה לשם גוביינא. כאן הסכמת הנמחה הנדונה טבעית למדי, ולפי הנסיבות אפשר שיש
לראותה כתנייה משתמעת בעסקת-ההמחאה. רצון הממחה להמחות את זכותו לפי החוזה
החדש גם כן אינה נובעת ממילא מעריכת השינוי, אף אם נניח לצורכי הדיון שניתן
לממחה ולחייב לחולל שינוי שכוחו יפה לגבי הנמחה ללא הסכמתו.

מאידך גיסא, אם יסכים הנמחה לשינוי החוזה, טבעי הוא לפרש את הסכמתו זו
כמותנית בתנאי שתומחה לו הזכות הנובעת לממחה מהחוזה החדש, וכהסכמה מצדו
לקבל את המחאת-הזכות החדשה. כמו-כן פנייה מהממחה לנמחה לשם קבלת הסכמת
הנמחה לשינוי החוזה עשויה להתפרש כנכונות הממחה להמחות לו את הזכות הצומחת
מהחוזה החדש במקום הזכות שהמחה לו לראשונה.

6. פרישת ממחה חד-צדדית מחוזהו עם החייב

מהשיקולים הנ"ל נובע כי אחרי ההמחאה נשלל מן הממחה לפרוש מחוזהו עם החייב
לפי הכלל שבסעיף 19(א) לחוק השכירות והשאלה, תשל"א—1971. המסקנה תחול
גם על מקרים דומים אם יש להקיש לגבם מהוראה זו — כגון חוזה-קבלנות או חוזה-
מכר (למשל, הספקת סחורה מדי חודש) שלא הוסכם על תקופתם או שהצדדים המשיכו
לקיימם לאחר תום התקופה שהוסכם עליה בלי לקבוע תקופה חדשה.⁶⁰

האם יש לאמץ דעה זו גם בעניינים אחרים שבהם מכירים ברשות הפרישה של
צד אחד או של כל צד, לפי טיב היחס? הכוונה היא לפרישת השולח והשלוח.⁶¹
לפרישת השותף⁶² ולהתפטרות הנאמן על-פי כתב-הקדש⁶³. השגה אפשרית על
גזירה שווה כזאת עשויה לנבוע מן השיקול שזכות הפרישה ניתנת כאן לפי טיבו
הפידוציארי של היחס, אשר אינו טובל את המשיכו על-כורחו של הנוגע בדבר.⁶⁴
מצטיינת אפוא התנגשות בין דרישה זו ובין הדרישה הנובעת מדיני ההמחאה. אם
נצדד בזכות השיקול הראשון, גם במקרה של המחאה לא נכפור ביכולת המתקשר
לפרוש לפי רצונו. אך הממחה המפעיל את יכולתו זאת מפר בזה את חובתו לנמחה —
לפי דברינו לעיל — ויהיה אחראי כלפיו.

60 ואכן, בישראל אין דין מפורש דוגמת סעיף 318(2)—9 ל-UCC האמריקני המקנה
לנמחה באופן אוטומטי זכויות בחוזה החדש לאחר השינוי.

60* השווה סעיף 2—309 ל-UCC ודברי ההסבר הרשמיים להוראה זו.

61 סעיף 14 לחוק השליחות, תשכ"ה—1965.

62 סעיף 36 לפקודת השותפויות (נוסח חדש), תשל"ה—1975.

63 סעיף 22 לחוק הנאמנות, תשל"ט—1979. ש' כרם, "חוק הנאמנות, תשל"ט—1979", פירוש
לחוקי החוזים בעריכת ג. טדסקי (התשמ"ג) 8488—86, קובץ שקיימת יכולת זו (אף אם לא
בהכרח הזכות) גם ליוצר הנאמנות, לנאמן על חוזה, ושלמוטב ניתן לוותר על זכותו.
עשוי לבוא בחשבון אף הסייג הכללי שבסעיף 1(א) לחוק ההמחאה.

64 במה דברים אמורים? בהמחאות האפשריות בגבולות עבירותן של הזכויות הללו. על
גבולות אלו בנאמנות ראה סעיף 20 וסעיף 8(א) לחוק; וכרם, שם, 798. בעניין השותפות
ראה סעיף 40 לפקודה.

65 על טיב היחס בנאמנות ראה כרם, שם; בשליחות, ראה כרם, "חוק השליחות, תשכ"ה—
1965", פירוש לחוקי החוזים בעריכת ג. טדסקי (תשל"ה), 44588, 454, 459.

7. שילוב; ביטול בשל הפרה

כתוצאה מההמחאה מתחולל שינוי במיהותו של אחד המתקשרים. מול החייב, במקום הממחה בתוארו הכפול, נושה וחייב, יעמדו שניים: הממחה עצמו בתור חייב, והנמחה בתור נושה. אין הפרדה סובייקטיבית זו מהווה הרעה לחייב. הוא יהנה כבעבר מדין השילוב ומדין הביטול בשל הפרה. רק שהעילה להפעלת הדינים האלה תהא אצל הממחה, חייבו; ואילו תוצאותיה תחולגנה על הנמחה, הנושה שלו.

גם לממחה יעמוד עוד דין השילוב⁶⁶. אם החייב אינו מוכן לקיים לנמחה על-פי סעיף 43(א)(3) לחוק החוזים הכללי וסעיף 23 לחוק המכר, נדחה חיובו — בתור חייב לחייב.

ההמחאה לא תשפיע לפטור החייב, דהיינו: לא תשפיע לטובתו, כשם שאינה משפיעה לרעתו.

אמנם, בסעיף 43(א)(3) מדובר על חיוביהם של הצדדים, כלומר: החיובים שהם חבים זה לזה, ואילו במקרה הנדון החיוב כלפי הממחה נעשה לחיוב כלפי הנמחה. אך ההמחאה מטילה עלינו להכניס בנוסח החוק את השינוי המחויב כאשר מתקיים, בצורה שונה, הטעם ל"ביצוע נגדי".

במקביל, יחול דין השילוב בחוזה לטובת אדם שלישי, כשהנושה יסתמך על אי-קיום החייב לאדם השלישי המזוכה. בין מקרה זה ובין המקרה הנדון כאן קיים ההבדל, שבחווה לטובת אדם שלישי החייב יודע מלכתחילה כי עליו לבצע לטובת האדם השלישי, ואילו כאן באה ההמחאה אחרי כריתת החוזה. אך ידוע לחייב כי ניתן לנושה להמחות את זכותו ועליו להשלים עם אפשרות זו.

לולא ההתאמה הנ"ל בנוסח החוק, השילוב לא היה ישים במקרים שאמרנו, נגד כל היגיון ונגד האינטרסים הלגיטימיים של הצדדים. דין השילוב נוח לממחה (ולנושה — לפי סעיף 34 לחוק החוזים הכללי) וכמו-כן הוא ועצם האיום הנובע מהיותו קיים מהווים לחץ לקיום מצד החייב ולכן מועילים לנמחה (ולמוטב, בחוזה למען אדם שלישי). עניין זה של הנמחה (ושל האדם השלישי) עשוי להיות גם עניינו של הממחה (ושל הנושה הנ"ל). ואכן, ברור שמן הסתם מעוניין הנושה שהמוטב ישיג את המגיע לו לפי החוזה הנכרת לטובתו, וגם סביר למדי שהממחה יחפוץ כי המחאתו תצליח למעשה. אינטרס סתמי זה שלהם יהיה לאינטרס כלכלי מובהק כאשר, לפי ההסדר שיחול במקרה זה או אחר, שומה על הממחה לספק לנמחה (וכמו-כן על הנושה לספק לאדם השלישי) את אשר החסיר החייב (ערבות שנטלו על עצמם ממחה ונושה שהחייב יקיים; המחאה לשם סילוק חוב של הממחה לנמחה⁶⁷; חוזה לטובת אדם שלישי לסילוק חוב של הנושה למוטב).

קיום נכונות מצד הממחה (או הנושה הנ"ל) על-פי סעיף 43(א)(3), בהבשילה את זכותו של הנמחה (או המוטב), מאפשרת להם לגשת לבית-המשפט בתביעת אכיפה כלפי החייב.

קשה יותר עניין הביטול. יש לשלול מן הממחה את הביטול-בשל-הפרה. אילו עמדה

66 מטקנה דומה מקובלת במשפט הגרמני בנוגע ל"הגנת החוזה הבלתי-מקיים" הנוהגת שם. ראה *Staudingers Kommentar z. BGB II*, 1d, 10—11 Aufl., 1978, 538

67 ראה סעיף 48 לחוק החוזים הכללי.

לו היכולת הזאת, השימוש בה היה מהווה הפרת חובתו שלא לסכל את הזכות שהמחה לנמחה. אבל, כיוון שהזכות הנדונה יצאה כבר מרשותו, סבורים אנו שחסרה לו עצם היכולת לפגוע בזכות הזולת בדרך זו. ולא עוד אלא שיש מקום להערה כי חסר כאן כל טעם הגיוני לביטול מצדו: הפרת החייב שוב אינה הפרה כלפיו כי אם הפרה כלפי הנמחה; והביטול, אילו היה אפשרי, לא היה מועיל לו. לעומת זאת, יעמוד הביטול לנמחה אם החייב לא קיים.

נשאלת השאלה מהו הדין אם הממחה המתה לנמחה רק חלק מזכותו, למשל, בהיותו זכאי לקבל 100 כנגד חובתו לספק סחורה, העביר לנמחה זכות ל-50. אם החוזה ניתן לחלוקה על-פי סעיף 19 לחוק החוזים הכללי, אין בעיה כיוון שניתן לכל אחד — הממחה והנמחה — להפעיל את זכותו כלפי החייב לפי רצונו. אך דבר זה אינו אפשרי אם אין החוזה בר-חלוקה. במקרה שהשניים ישתפו פעולה ויפנו ביחד לחייב, שוב אין בעיה. אך האינטרסים שלהם אינם זהים. הנמחה אינו מעוניין בביטול כיוון שעל-ידי כך הוא רק מפסיד. אם נאמר כי לממחה, העשוי להיות מעוניין בביטול, עומדת היכולת לבטל, עלינו להוסיף כי השימוש ביכולתו הנ"ל יחולל הפרת חובתו כלפי הנמחה שלא לפגוע בזכות שהמחה לו. הפתרון המעשי הסביר יהיה אפוא בהסכם בין הממחה ובין הנמחה אשר לפיו יקבל הנמחה פיצוי בעד השתתפותו בביטול.

8. טענות החייב שצמחו לאחר ההמחאה

אם, אחרי ההמחאה, הממחה אינו מקיים את חובתו לחייב, הניתן לזה האחרון להסתמך על דין השילוב כדי לדחות את הקיום מצדו (לנמחה) או לבטל את החוזה בשל הפרת הממחה? וכמו-כן, האם יוכל לפרוש מן החוזה על-פי דין הפרישה החד-צדדית במקרים שהיא ניתנת למתקשר (לעיל, ג(6))?

בעניינים אלה קובע לכאורה סעיף 2(א) לחוק ההמחאה, באומרו ש"לחייב יעמדו כלפי הנמחה כל הטענות שעמדו לו כלפי הממחה בעת שנודע לו על ההמחאה". שמה עלינו לומר כי מכלל הן נשמע לאו, כלומר: כי לשם התוצאות הנ"ל מכריע הדבר אם עילת הטענה קיימת כבר בזמן הנדון, אם לאו; ולכן לא יוכל החייב להסתמך על הפרה מצד הממחה המאוחרת מן ההמחאה והודעתה לו? וכמו-כן כי דין הפרישה ישלל שוב ממנו? מסקנות אלו נראות חמורות ביותר. קשה להניח שהחוק רצה להפר את שיווי-המשקל בין המתקשרים שעליו מבוססים דין השילוב ודין הביטול בשל הפרה. וכמו-כן — לשלול מן החייב את דין הפרישה שהמחוקק רואה כאינהרנטי ליחסי חוזה מסוימים. מועד ההודעה הנ"ל נראה לא-מתאים לחסימת הטענות הנדונות. והמצב לא היה משביע רצון אף אם, במקום מועד ההודעה, נקבע המועד שבו תיווצר הזכות העתידה. מצד אחר, לשון סעיף 2(א) אינה מרשה להיזקק למועד היווצרות זה, ואמרנו כבר לעיל ג(4) כי, לפי השקפת החוק, לא במועד זה מומחית הזכות העתידה, כיוון שההמחאה נחשבת להיות מבוצעת כבר בשעת העסקה.

אך, כנגד דברינו מלעיל על התוצאות הנובעות לכאורה מסעיף 2(א), ניתן להעלות הערות אחדות. לאמיתו של דבר, בדונה על הטענות שעמדו לחייב לפני ההמחאה, אין הוראה זו אומרת מאומה על הטענות שלאחריה. מסתבר כי השופטת בן-פורת מסכימה לדעה זו בקובעה שהוראה זו "להיטיב עם החייב [ההדגשה במקור] באה", ובהעירה

שהחוק מאפשר המחאת-זכות ללא הסכמת החייב כיוון שאינה פוגעת בו⁶⁸. ואכן, המסקנה כי, בחייבה את כוח הטענות שמלפני ההמחאה כלפי הנמחה, ההוראה שוללת מכללא את כוח הטענות שלאחריה, אינה מחייבת כלל. יש להניח כי, בכתיבת ההוראה על טענות החייב הנכללת בסעיף 2(א), התחשבו אך ורק בהמחאת זכות הווה⁶⁹ אשר בה הממחה "יוצא מן המחזה" עם ההמחאה, ואחריה אין עוד לפנינו כל יחס חוזי בינו ובין החייב.

לעומת זאת, גם בהמחאת זכות עתידה קובעות מלות הרישא בסעיף 2(א): "המחאת זכות אין בה כדי לשנות את הזכות או תנאיה". כפי שאין ההמחאה גורעת מכוח הזכות המומחית, כן אינה מוסיפה על כוחה. וכך היה קורה אילו נעשתה הזכות חסינה בפני טענותיו הנ"ל של חייב שהיא חשופה להן מטיבה⁷⁰. רק במקרה שישנה קנוניה בין הממחה ובין החייב נוכל לומר שהביטול או הפרישה אינם שימוש בזכות בתום-לב. אם לחייב עומדת היכולת לבטל את חוזהו עם הממחה, בשל הפרת הממחה (חייבו), ביטול זה יגרום לאחריות הממחה כלפי הנמחה — לפי שיקולנו דלעיל (ג3)). אך לא נאמר משום-כך שלפי הנחה זו החייב יהיה אחראי לגרם הפרת חוזה, כיוון שהוא הפעיל רשות שהיתה לו ולפיכך מעשהו אינו "בלי צידוק" — לפי הסייג שבסעיף 62 לפקודת הנויקין.

9. המחאת-זכות ו"המחאת-חוזה"

לעיל נוכחנו לדעת כי, אחרי המחאת-זכות הגובעת מחוזה הדדי שטרם קיים, אין לממחה ולחייב היכולת, הניתנת בדרך-כלל לשני המתקשרים, לחזור בהם מן החוזה או להכניס בו שינויים כרצונם. כמובן, לגביהם זוהי תקלה אם לפי הנסיבות ביטול או שינוי יהיה מתאים לעניינם. כיוון שאחד מהם (הממחה) הכניס לבית אדם זר, הממחה והחייב חדלו להיות האדונים היחידים לביתם, ואם ברצונם לחדש בו חידושים, או להפילו, זקוקים הם להסכמת הנמחה.

נוכחנו גם כי בהמחאה הנדונה, דהיינו: בהמחאת-זכות לבדה — ללא המחאת חבותו של הממחה לאותו חליף — מופרע תפקודו של חוזה הדדי. ואכן, תפקודו התקין של

68 במשפט גרבוז (לעיל, הערה 1), 150.

69 הערה זו העירו גם על מקורה של ההוראה הישראלית הנדונה שהוא סעיף 404 לספר- החוקים הגרמני. ראה Hahnzog (לעיל, הערה 48), 50—52. ולמעשה גם במערב-גרמניה מקובלת הדעה שניתן לחייב לבטל את החוזה אף בשל הפרת הממחה המאוחרת מזמן תהמחאה הודעתה אליו. ראה *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen* vol. 84, 279 et seq.; *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen* vol. 25, 27, 29; Bundesgerichtshof, in: *Neue Juristische Wochenschrift* (1986) 919, 920; Zweigert/Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, vol. 2 (1977), 109 et seq., 114.

70 הסכמה למסקנה הנ"ל מקובלת בדברי השופטת בן-פורת במשפט גרבוז, בעמ' 150, וכמו כן בפירושה לחוק ההמחאה (לעיל, הערה 1), 17—20, ובחוברת העדכון לו, בעמ' 17—18, Treitel, *The Law of Contract*, למשל, ראה, Chitty (*supra* no. 45) § 1308; 6 *Am. Jur. tract* (6th ed., 1983) 509—511; "Assignments" §§ 102—104. בישראל ראה גם ש' לרנר (לעיל, הערה 21), 91—94.

חווה הדדי מבוסס על תוארו הכפול של כל אחד מהצדדים, בתור נושה וחייב כאחד. הרשות להמחאת-הזכות לבדה היא הכרחית בשיטת משפט שאינה מרשה המחאת-חבות — אם אין ברצונה לאסור כליל המחאת-זכות הנובעת מחווה הדדי. אף בשיטות המשפט המכירות בעבירות החבות גם כן, כגון השיטה הישראלית, אין נועלים דלת בפני המחאת-הזכות בלבד, כיוון שאפשר כי רק זאת היא המתאימה לאינטרסים של הצד-דים⁷⁰. אך עליהם להיות מודעים לתקלות הנובעות מן הפרדה הנ"ל במעמדו של הממחה.

אפשר שהמשפט יאפשר במפורש בהוראה כללית את "המחאת-החווה", כלומר: את העברת מעמדו השלם של מתקשר⁷¹. ואפשר שקיימות רק הוראות לשם כך בנוגע למקרה זה או אחר, כגון ההוראה על העברת השכירות ולפי הצעת החוק, הוראה על העברת מעמדו של מעביד בנסיבות מסוימות — כפי שהזכרנו כבר לעיל (ב(3))⁷². כשמדובר בהסדר כללי, דרושה הסכמת שני המתקשרים בחווה ההדדי, מלבד הסכמת החליף. במקרה של הוראות מיוחדות ייתכן שלא דרושה לפיהן הסכמת הצד השני לחווה ההדדי (לעיל, ב(3)). במשפטנו אין הסדר כללי כנ"ל, אך אין לראות מניעה שהממחה יעביר בבת-אחת ובמסמך אחד את זכותו וחבותו גם יחד, בהסכמת הצד השני לחווה ההדדי ובהסכמת החליף⁷³.

ישאל השואל אם כל עניין זה אינו חורג ממסגרת הנושא שלנו. הסיבה שאנו עומדים גם עליו היא שיש לדון בשאלה מה יהיה גורלה של יכולת הביטול בשל הפרה, של

⁷⁰ מסתבר שגם בארצות אחרות אין נמצאים תומכים בדעה שלא ניתן להפריד בין זכות לחובה הנובעת מחווה הדדי אחד על-ידי המחאה של הזכות לבדה או של החובה לבדה. מלומד פורטוגלי אחד אשר תמך בדעה הנ"ל חזר בו ממנה: I. Galvão Teles, "La cession de contrat" 3 *Rev. internat. de droit comparé* (1951) 217, 233.

⁷¹ ראה סעיף 1406 ואילך לספר החוקים האיטלקי.

⁷² סעיף 8 להצעה לחוק חוזה-עבודה, הנ"ל, בתחום תחולתו, בא לשנות את הדין הנהוג תכלית שינוי, לפי הסברה שבמשפט הקיים אין להעביר זכות לשירותיו של עובד (ראה בן-פורת [לעיל, הערה 1], 58, בעמ' 14, באזכור פסיקה אנגלית). אמנם, על הדעה הזאת אפשר להעיר כי בדרך-כלל אישיותו של המעביד אינה משפיעה על קיום העבודה ולכן מבחינה אובייקטיבית אינה יסוד בלתי-חליף (infungibile) ביחסי-העבודה (ראה Kaskel-Dersch, *Arbeitsrecht* [Berlin, 1932] 168), אלא שהעובד עשוי לראות אי-כבוד לעצמו בהעברתו ממעביד למעביד ללא הסכמתו. מבחינה זו נראה שהכלל המוצע הנ"ל ראוי לסייג זה, שבמקרה הגדון בו יינתן לעובד לפרוש מן החווה. נגיד, למשל, שמדובר בעיתון שבעלותו משתנית ולפיכך משנה את מגמתו הפוליטית; אין לכפות כאן על עובדי העיתון להמשיך ולקיים את חוזה-עבודתם. מצד אחר, על התערה הנ"ל בדבר ניגוד ההצעה לדין הנהוג, יש להוסיף כי, למעשה, גם ללא הריפורמה המוצעת, כשמעבידים בית-עסק, נהוג בדרך-כלל שעובדיו ממשיכים לעבוד למעביד החדש ואין מתעוררת כל בעיה, ואף בדינים הנוהגים מצטיינת כבר בכמה היבטים המגמה לראות את העובד כקשור למקום-העבודה ולא למעבידו המקורי. ראה, למשל, סעיף 18 לחוק הסכמים קיבוציים, תשי"ז—1957; סעיף 1 לחוק פיצויי פיטורים, תשכ"ג—1963; סעיף 3 לחוק חופשה שנתית, תשי"א—1951; סעיף 30 לחוק הגנת השכר, תשי"ח—1958.

⁷³ השווה ע"א 445/80 ג'ברה נ' המועצה האזורית בקעת בית שאן, פ"ד לו(1) 421, 432; מ' בן-פורת [לעיל, הערה 1], 208; צלטנר, דיני תוים של מדינת ישראל (לעיל, הערה 31), 305.

הדחייה למועד הקיום הנובעת מדין השילוב ושל יכולת הביטול מחמת פגם בכריתת החוזה. בתחילה נדון על שני הראשונים.

המעביר זכות וחבות אינו מתיימר ברגיל להעביר גם את שני אלה. יתירה מזו: אין עבירות לגבם, לא בנפרד ואף לא כ"זכויות גלוות". לא לכך מכוונת הוראת סעיף 5 לחוק ההמחאה. האם נאמר, לפיכך, שלא יקבל אותם החליף? לא ולא. לנו נראה שאלה יצמחו לו כתוצאות-על-פי-דין ממעמדו כנושה וחייב בחוזה הדדי.

שונה לפי מהותו הוא עניין הביטול בשל פגם בכריתת החוזה. אין זה נוגע לביצוע החוזה, אלא לשורש הזכות והחבות שאנו דנים כאן על העברתן לחליף. יש המעירים כי הרקע להתקשרות אשר ממנו נובעת יכולת הביטול הוא זר לחליף וכי החליף, בקבלו את ההעברה, לא סמך על יכולת שתצמח לו לביטול⁷⁴. וכיוון שקשה לראות את המעביר כמוסמך לבטל אחרי ההמחאה, שעה שכל עניין החוזה הנדון יצא מתחמומו, יכולת הביטול היתה הולכת לאיבוד. אשר לנסיבות שלפיהן החוק גותן את כוח הביטול, מן הסתם אינן ידועות ליורש חוזה מן המוריש ובכל-זאת אין ספק שליוורש עומדת יכולת הביטול. מצד אחר, במקרה שלנו אפשר שגם המתקשר הנוגע בדבר לא ידע עליהן אלא אחרי זמן. ולעומת זאת, אפשר כי לחליף הן נודעו בשעת ההעברה, מפי הממחה או בדרך אחרת. מכל-מקום, נראה שמדובר בסיכוי אשר טבעי הוא שיינתן לאדם המחליף את המתקשר המקורי החלפה גמורה, כמוהו כיוורש אשר בוודאי מקבל כוח ביטול בתור אחד מיסודות העיזבון.

ד. המחאה לשם בטוחה

1. ההמחאה לבטוחה ומקור הסדרה

גם המחאת חיוב קיים וגם המחאת חיוב עתידי עשויות להיערך לשם בטוחה. על-פי-רוב, המחאת חיובים עתידיים נועדה לתפקיד זה. המניע להמחאת חיובים לבטוחה הוא הבולמוס של בני זמננו לאשראי המאפשר להם פעילות כלכלית מעבר ליכולתם לפי המשאבים שברשותם⁷⁴. כיוון שנכסיהם החומריים אינם מספיקים בתור בטוחה, נזקקים לחיובים, הקיימים והמצופים כאחד, התופשים כיום חלק נכבד ברכושם. מבחינה משפטית נשאלת השאלה: האם עלינו להתזקק במסקנות שאליהן הגענו לעיל גם כאשר נערכת ההמחאה לשם בטוחה, כמו במקרים שנדונו בחקיקה האמריקנית ובפסיקה הישראלית? או שמא ראויות הן לשינוי, להוספה עליהן או לגריעה מהן? מתן התשובה דורש בירור תחילה לשאלה אחרת: אם על המחאה כנ"ל יחול חוק

74 ראה Cicala, "Cessione del contratto", *Encicl. del diritto* VI, 878, 897; Id., *Il negozio di cessione del contratto* (Napoli, 1962), 111; Lapp, *Essai sur la Cession de Contrat Synallagmatique à Titre Particulier* (Strasbourg, 1951), 121
*74 לסקירה גם על דינים אחרים, מלבד זה הנדון כאן, שבהם מאפשר המשפט הישראלי מתן בטוחה על נכסים עתידיים, ראה J. Weisman, "Floating Charges on Assets of Individuals" 21 *Is.L.R.* (1986) 129. במאמר זה המחבר דן בשאלה אם כדאי לאפשר גם ליהידים (מלבד חברות) שיעבוד צף.

המשכון, לפי הוראת סעיף 2(ב) לחוק זה הקובעת: "הוראות חוק זה יחולו על כל עיסקה שכוונתה שעבוד נכס כערוכה לחיוב, יהא כינויה של העיסקה אשר יהא". על-סמך הוראה זו, השופטת בן-פורת, בפרשה את חוק ההמחאה⁷⁶, פרו' ויסמן⁷⁷, השופט צלטנר⁷⁶ וד"ר לרנר⁷⁶ חייבו את תחולתו של חוק המשכון בענייננו. הפתיג מדעה זו השופט זוסמן⁷⁷.

סעיף 1(ב) לחוק ההמחאה, בדחתו את הדין הקודם, המנדטורי, בעניין המחאה על-דרך שעבוד, וכמו-כן בענייני המחאה מותנית והמחאה לגבי חלק מזכות הממחה, קובע בעליל שגם אלה נחשבות המחאות. על-ידי כך הוא מבהיר שעליהן יחולו הוראות החוק, וביניהן הוראת סעיף 2(א) הקובעת לאמור: "המחאת זכות אין בה כדי לשנות את הזכות או תנאיה [...]". השופטת בן-פורת קובעת כי הוראה זו "להיטיב עם החייב באה, ולא דווקא עם הנמחה"⁷⁷. לנו נראה שההוראה לא קבעה דין מיוחד לטובת החייב, או לטובת אחד משלושת הנוגעים בדבר, או לרעתו של אחד או שניים מהם. לגבי סעיף 2(א) כולו, ולגבי חלקו הנ"ל במיוחד, יש לומר שההוראה מאשרת תולדה הנובעת ממושג ההמחאה עצמו.

חסידיה של תחולת המישכון הנ"ל אינם שוללים במפורש את תחולת ההוראות הללו בענייננו; אדרבא, יש המרמזים על דו-קיומם של שני החוקים גם יחד⁷⁸. אך דחייתם הכרחית אצלם משום החלתם את דיני המשכון אשר לפיהם אין זכות המקבל שווה לזכות שהיתה לממשכן בנכס הממושכן.

אמנם, חסידי המישכון הנ"ל אינם אף מבהירים לנו מהו בעיניהם טיבו של מישכון חיוב. הבהרה זו דרושה, מה גם שמהות זו אינה נובעת ממילא ממהותו של המשכון במקרה הטיפוסי – משכון נכס חומרי שלממשכן יש בעלות עליו.

גניח שגם לפי חוק המשכון שלנו יש לקבל את השקפת המשכון הרומאית שבמקרה הטיפוסי (מישכון נכס חומרי) רואה את זכות המקבל כזכות הפצית על נכס הזולת, כלומר: על נכס שהממשכן שומר את בעלותו עליו. השקפה זו מתאימה לנכסים שעליהם

75 מ' בן-פורת (לעיל, הערה 1), 85, עמ' 16.

76 ויסמן, "חוק המשכון תשכ"ו-1967" פירוש לחוקי החוזים בעריכת ג. טדסקי (תשל"ה) 20-22; "מישכון חיובים", קובץ ההרצאות בימי העיון לשופטים תשל"ה (ירושלים, תשל"ו) 21, 22-24.

76 צלטנר, דיני חוזים של מדינת ישראל (לעיל, הערה 31), 286-287.

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

77 זוסמן, ברשימת ביקורת על ספרו הנ"ל של ויסמן הפרקליט ל (תשל"ו) 169, 170.

77 במשפט גרבור (לעיל, הערה 1), 150.

78 השופטת בן-פורת, שם, קובעת כי "ההמחאה על דרך שעבוד צריכה להתבצע על פי הוראותיו של חוק המשכון"; וראה גם דבריה לאחרונה ברע"א 9/87 כונס הנכסים הרשמי ואח"י ב' פנק הפועלים בע"מ, פ"ד מא(2) 275, 277: "אם כי המישכון בענייננו לא בוצע כהמחאה על דרך השיעבוד, דעתי מאז ומתמיד היא שהתוצאה לא היתה משתנה כהוא זה, אילו היתה זו המחאה כזאת". וכן ראה דבריה בעמ' 278. פרו' ויסמן בספרו הנ"ל, בעמ' 22, כותב כי "חוק המחאת חיובים משלים בהוראותיו את חוק המשכון"; במאמרו הנ"ל, בעמ' 23: "סיכומו של דבר, שיעבוד של חיוב [...] הוא בגדר המחאה לצורך חוק המחאת חיובים, ובגדר משכון לצורך חוק המשכון"; לרנר (לעיל, הערה 76), 286: "חוק המחאת חיובים חל על שתי ההמחאות [המחאת מכר והמחאת שעבוד]".

יש בעלות לממשכן והיא ניתנת להתאמה אף לזכויות שונות מן הבעלות, כגון זכויות הקניין הרוחני, ובעלות מניות. אך לא דווקא לזכות חיובים. בשיטות משפט אחרות רבו תורות הסופרים על טיבו של משכון זה. יש הסבורים שמישכון זה לאמיתו של דבר הוא המחאה מותנית או מוגבלת.⁷⁹ אחרים גורסים שזכות המקבל היא זכות חיוב כלפי הממשכן⁸⁰, ואחרים — שהיא זכות חפצית.⁸¹ מסתבר שאכן אין לשלול את שייכותו של מישכון חיוב למוסד המשכון לפי יסודו החפצי, אף אם לא לפי התבנית שיש לו במקרה הטיפוסי הנ"ל. יסוד זה מתבטא בעדיפות המובטחת למקבל לעומת נושי הממשכן האחרים. גם בספרות הישראלית הסמכותית מאמצים השקפה זו.⁸² ובכן, מכל-מקום, זכות המקבל היא זכות שונה מזכותו האובליגטורית גרידא של ממשכן התיוב.

נמצא שהזכות העוברת לגמתה לפי חוק ההמחאה היא שונה, הן לפי גשואה והן לפי טיבה, מהזכות המוקנית למקבל משכון לפי חוק המשכון. ההסדר במישכון חיובים הנובע מחוק המשכון הוא שונה מהסדר ההמחאה תכלית שינוי. אין להחיל את שניהם גם יחד. אילו ביקשנו להחיל את הסדר המישכון על ההמחאה לבטוחה, כי אז היינו מפריים את הסדר ההמחאה. ואם נקיים את הסדר ההמחאה הנובע מההוראות לחוק ההמחאה שהזכרנו לעיל, בהכרח נדחה את הסדר המישכון. בבחירה זו לטובת חוק ההמחאה אין אנו מפריים את הוראת סעיף 2(ב) לחוק המשכון, כי אין להניח שהיא מכוונת להוציא ממרות חוק אחר מקרים שאותו חוק מטילה עליהם. ואכן, לסעיף 2(ב) הנ"ל קודם סעיף 2(א) הקובע במפורש: "הוראות חוק זה יחולו כשאין בדין אחר הוראות מיוחדות לענין הגדון". אמנם בחוק ההמחאה הוראת סעיף 2(א), רישא, אינה הוראה מיוחדת ואשר להוראת סעיף 1(ב) בדבר המחאה על-דרך שיעבוד, ספק אם היא ראויה לכינוי זה.

ואולם מיוחד הוא הדין הרואה זכות עתידה כניתנת להמחאה — לרבות המחאה לשם בטוחה — כאילו היתה זכות שכבר בשלה. יתירה מזו: מבחינתו של חוק המשכון, צירוף שתי ההוראות הנ"ל מהווה הסדר מיוחד, כיוון שהוא נוגע לחלק בלבד מן התחום שסעיף 2(ב) לחוק זה מתייחס אליו. שמא תמצא לומר כי, מלבד ההתנגשות בין הוראותיהם המהותיות של שני החוקים בנדון, גם כנגד הסייג הנ"ל שבחוק המשכון עומד סייג שווה ומקביל בחוק ההמחאה, סעיף 10, ולכן נוצר מעגל-קסמים ו נצא מן התיקו בבכרנו, מבין הוראותיהם המהותיות של שני החוקים, את אלה שבחוק ההמחאה, שהוא מאוחר מחוק המשכון.

משום העברת הזכות לגמחה, בהמחאה לשם בטוחה לא ניתן אף להקיש מרוב-רובם של כללי המשכון.

79 בעד המחאה מותנית ראה Mühlenbruch, *Die Lehre von der Zession der For-*
Dernburg, *Das Pfandrecht* (3. Aufl., 1836), 519, sqq.

Pfandrecht (Leipzig, 1860) I, § 60

80 ראה Von Tuhr, *Allg. Teil d. deutschen bürg. Rechts* (Leipzig, 1914) II, 1, 63; Ferrara, in *Riv. ital. scienze giur.*, XXXVIII (1904), 400 sqq.

81 ראה Wolff-Raisan, *Sachenrecht* (1957) § 175; Rubino, *La responsabilità patri-*
moniale — Il pegno, 2. ed. (Torino, 1949), 210

82 י' ויסמן (לעיל, הערה 76), 15; וראה את הביקורת שמבחינה זו הוא מותת על ע"א 393/73 (לעיל, הערה 1), שם, בעמ' 365, הערה 20.

אין לכחד כי, לפי ההסדר שחוק ההמחאה מחייב לפי ראות-עינינו, מצטיין פער בין בטוחה על חיוב ובין בטוחה בנכסים חומריים, לפי המדיניות המשפטית הגלומה בסעיף 2(ב) לחוק המשכון לגבי הנכסים החומריים. מדיניות זו מכוונת לצמצם את זכות הגושה לפי המידה הדרושה לצורכי הבטוחה ותו לא, אף כאשר התכוונו הצדדים להעברה פידוציארית לנושה. במקרה שלנו אין מדיניות זו תופסת. מתן בטוחה על חיוב אפשרי בשתי צורות: בתור מישכון הזכות, לפי חוק המשכון, או בתור העברתה לפי חוק ההמחאה. כשבותרים בחלופה שנייה זו, בין יתר התוצאות השונות, אין כאן הקבלה לאפשרות הניתנת לממשכן לערוך אחר-כך מישכון חדש באותו נכס. אין זאת אומרת כי, אם לשם בטוחה הומחה חיוב שסכמו עולה על חובו של הממחה לנמחה ואם הנמחה גובה אותו, הוא יהיה רשאי לשמור את הכול ולא להשיב את העודף לממחה כאשר זה האחרון לא פרע את חיובו. לחיוב ההשבה אין אפילו צורך להזיק לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט—1979. די בשיקול שההמחאה נעשתה לשם בטוחה⁸³. ואפילו הסכימו הצדדים על פתרון הפוך, הסכמם זה נתון לביקורת בית-המשפט בהיקף מסעיף 15 לחוק התרופות⁸⁴.

2. התוצאות מהחלת חוק המשכון

לפי השיקולים האלה, תעמודנה בעינן, גם בעניין ההמחאה לבטוחה, המסקנות שאליהן הגענו קודם-לכן בדרך אחרת. ואולם כדאי שנעיין בתוצאות מתורת המישכון הנ"ל בעניינינו ונשווה אותן עם המסקנות הנ"ל.

בנוגע לביטול החוזה או לשינויו בהסכם נגדי של הממחה והחייב, תורת הקנייניות של המישכון מביאה לשלילת יכולת זו מהם⁸⁴ — כפי שגם אנו גורסים. בזה מצטיינת אפוא חזית משותפת כנגד שתי סברות אפשריות אחרות: זו שתראה את השינוי כמותר ויעיל וזו שתראה אותו כיעיל אך מהווה הפרת חובתו של הממחה. חסידיה של תורת המישכון המסכימים אתנו על אי-היכולת הנ"ל יראו בהודעות זו חיוק לדעתם. ואלה המסתייגים מדעתנו בנוגע לביסוסה, יסכימו בכל-זאת למסקנתה. נעיר אפוא כי, לפי שורת ההיגיון, השופטת בן-פורת, על-אף שיקוליה בנוגע לאי-התגבשות הזכות המומחית כשהיא מותנית או עתידה, כנ"ל, היתה צריכה להגיע למסקנה הפוכה לזאת שהיא מאמצת למעשה במשפט גרבוז, על-סמך תורת המישכון שהיא מצדדת בזכותה⁸⁴.

83 דין ההשבה מקובל הן ב" *fiducia cum creditore* לפי המשפט הרומאי (ראה Bonfante, *Istituzioni di diritto romano* [10th ed., 1946] 446), הן ב" mortgage האנגלי לפי דיני האקוטי (ראה Keeton and Sheridan, *Equity* [1969] 261—262).

84 לא מצינו דיון בשאלה המיוחדת הזאת. בעד פרשנות מרחיבה לסעיף 15 ראה ידן, *יחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה)*, תשל"א—1971 "פירוש לחוקי החוזים בעריכת ג. טדסקי (מהדורה שנייה, תשל"ט) 658, בעמ' 129. על גבול תחולתה של ההוראה הנ"ל ראה דעותיהם השונות של ידן, שם; ושל צלטנר (לעיל, הערה 31), 458.

84 ראה דברי פרופ' ויסמן (לעיל, הערה 82), 365, הערה 20, לביקורת ע"א 393/73 (לעיל, הערה 1).

84 והנה, השופטת בן-פורת ברע"א 9/87 (לעיל, הערה 78), מציינת במפורש בעמ' 278: "[...] לעניינינו יודגש, שבין שמדובר במישכון זכויות (כפי שנעשה) ובין — בהמחאה על דרך שיעבוד, הזכות היא קניינית באופייה".

מטיבו החפצי של המשכון היה אפשר להעלות תוצאות שונות לחלוטין, לעומת דברינו הקודמים בשאלה אם ניתן לחייב לבטל את החוזה בשל הפרת הממחה. אך סעיף 20 לחוק המשכון מתנגד לכך בהורו: "מושכנה זכות שיש לחייב [כלומר, הממחה שלגו] כלפי אדם אחר, רשאי הנושה [כלומר, הנמחה שלגו] לממשה כשם שהחייב היה יכול לממשה [...]".

ה. החידושים במבחן הדין הרצוי

1. הווי והערכה

אם הצידוק לחידוש האמריקני הוא זה שהביאו יוזמיו⁸⁵, כי אז עלינו לומר שלא היה מקום ליוזמה מקבילה בישראל. בשיחות עם סקדי המנהל הממשלתי הקובעים את כללי ההתקשרות או מפקחים על החוזים הנערכים במשרדים השונים החברר שאין המצב בישראל דומה לזה המתואר בהערות היוזמים האמריקניים הנ"ל. לפי נסיונם של הפקידים הישראליים, אין כאן דוגמאות להתקשרות המונית עם "מאות או אלפים" בחוזים ארוכי-טווח ובהיקף רחב — כדברי מגסחי החוק האמריקניים. לא זכור להם שהתעוררה בעיה לשינוי חוזה קיים. העירו גם כי, לגבי החוזים הנערכים על-סמך מכרו, על-פי העיקרון המקובל שינוי לחוזה היה מפר את דיני המכרו בהעניקו לזוכה במכרו תנאים שונים מאלה שלפיהם הוא זכה בו לעומת משתתפים אחרים בפועל או בכוח. יצוין שגם בארצות-הברית, על-אף ההדגמה הנ"ל, בתי-המשפט לא הפעילו את כלל השינוי לטובת רשות מנהלית אלא לטובת פרטים בלבד⁸⁶.

מצד אחר, יש מקום להערה כי, בחווי המנהל בעלי אופי שלטוני, לטובת המינהל מכירים בישראל — אך גם בארצות-הברית — ב"רשות השתחררות". בשעת הצורך עשויה רשות ציבורית, בתור ממחה או בתור חייב (מקרה זה הוא המצוי), להסתמך על העיקרון הנ"ל⁸⁷.

ואולם במציאות הישראלית הנדונה אין בעינינו משום נימוק מכריע לדחיית החידוש הנדון; ולעומת זאת, אילו היתה המציאות שונה, לא היינו רואים בכך נימוק מכריע לאימוצו.

סעיף 318(2)–9 ל-UCC אינו מוגבל לחווי הממשל, כהגמתו, ובפסיקה הישראלית אין אף הנמקה כזאת. הדין האמריקני יחול גם לטובת ממחים ותייבים אחרים, והפסיקה הישראלית הרחיבה אותו מעבר לתחום ההמחאות לשם בטוחה (כאמרת-אגב שבפסיקה

85 ראה לעיל, א(1).

86 על הדין האמריקני ראה השופט זוסמן בבג"צ 311/60 מילר נ' שר התחבורה, פ"ד טו 1989, 2005; שלו, חווי הרשות בישראל (תשמ"ה) 110.

87 השווה ע"א 64/80 בנק ארץ ישראל—בריטניה (לעיל, הערה 1). שם החילו את דין ההש-תחרות לטובת הממשל (החייב) לשינוי החוזה ללא הסכמת הצד השני ולהעברת כספים לממחה במקום להעבירם לנמחה. בפסק-דין זה השופטת בן-פורת דנה בהלכה האמריקנית הנדונה (בעמ' 602–603), אולם היו אלה אמרות-אגב שעה שפסקי-הדין הכריעו על-סמך דין ההשתחררות.

האמריקנית). אין ספק אפוא כי גם בהווי הישראלי לא יחסרו המעוניינים להסתמך עליו. מכל-מקום, העיקר אינו בשאלה אם קיימים אינטרסים להידוש הנדון, ולכן אם השימוש הצפוי לו הוא תדיר או נדיר, אלא בשאלה אם אינטרסים אלה ראויים להגנת המשפט.

סעיף 9—318(2) ל-UCC בא "לפגוע" ("[to] do some violence") לעיקרון המקור-בל, שהוא סביר וצודק. הממחה ויתר מראש על זכותו ואינו יכול אפוא לתבוע שיינתן לו לבטלו או לשנותו, כשם שלא ניתן גם לנמחה להכניס כל שינוי בזכות שהומחחה לו. אפשר שהטענה תועלה לא על-סמך האינטרס הפרטי שלו, אלא על-סמך השיקול כי, בנסיבות מסוימות, שינוי החוזה הוא הדרך המעשית היחידה המרשה את קיום החוזה, גם לטובת הנמחה, או על-סמך האינטרס הציבורי לצמיחה הכלכלית. אשר לנימוק הראשון, יש לשמור לנמחה עצמו לפסוק מהו פתרון לטובתו. אם הממחה והחייב ישכנעו אותו, יסכים לשינוי. כמו בעניינים אחרים, גם כאן תום-לב של הפוגע וסבירותה הטכנית של הפעולה הפוגעת אינם תחליף מתקבל על הדעת להיתר הנפגע. ואשר לאינטרס הציבורי, כשמדובר בהפקעת זכות פרטית לטובתו, מקובל להתנות אותה בדיון סמכותי, אם התועלת הציבורית אכן קיימת, ובמתן שיפוי מתאים לבעל-הזכות. ספק אם דרך זו מעשית בענייננו. מכל-מקום, מדובר כאן בפתרון שונה מהפתרון הנדון.

מלבד עניינם של אלה אשר הצליחו כבר לקבל אשראי על-סמך חיוביהם העתידיים או לממש אותם, יש להתחשב בעניינם של המבקשים לעשות עסקות כאלה. וגם לאינטרס זה השלכות על הכלכלה הלאומית לא פחות מאשר לאינטרס האחר הנ"ל. בהמחאת זכות החוק שלנו — לפי פירושו המקובל עלינו — מוציא אף את הזכות העתידה בלבד מרשות הממחה ולכן אינו נותן לו לבטלה או לשנותה. לפי הסדר זה, מגבירים את סיכויי הנושים האלה למצוא קונה או מלווה. אם התלכה החדשה שנתקבלה בפסיקה שלנו תעמוד גם להבא והציבור יהיה מודע לה, יקשה על הנושים לערוך כל עסקה כנ"ל, שהיא רבת-סיכון בלאו הכי לנותן תמורה על-סמך צפייה גרידא. יש לחשוש כי בעלי חיובים עתידיים הזקוקים למימוש או לאשראי לשווא ידפקו על דלתי השוק.
