

זיוף במשיכת שיק: מטרה ואמצעים בחלוקת הסיכון בין הבנק ללקוחו

מאת
אהרון ברק

א. הבעיה

שיק¹ ועליו חתימה מזויפת של הלקוח נפרע על-ידי הבנק לזייפן². הבנק חייב את השבון הלקוח בסכום השיק³. האם החיוב הוא כדין? לפתרון שאלה זו יש לבחון את הקריטריונים להסדר הרצוי – דהיינו, על מי רצוי להטיל את הסיכון של זיוף במשיכה⁴ – ואת המכשירים המשפטיים העומדים לרשות המשפט להגשמת ההסדר הרצוי. הבחינה הראשונה תקבע את מטרת ההסדר הרצוי. הבחינה השנייה תקבע את האמצעים להגשמתו. מטרת רשימה זו לבחון את שתי השאלות הנזכרות, ולבדוק את הגשמתן במשפט האנגלו-אמריקאי בכלל⁵, ובמשפט הישראלי בפרט⁶.

ב. שיקולים של מדיניות המשפט: "פיזור הנוק" ו"אשמה"

מבין המבחנים השונים הקובעים על מי רצוי להטיל את הסיכון של זיוף שיק⁷, נוגעים לעניינינו שנים, והם מבחן „פיזור הנוק" ומבחן „האשמה"⁸. נקודת המוצא של המבחן הראשון הינה, כי סיכונים מסויימים הינם חלק בלתי נפרד של

1. לשאלה אם מסמך שעליו משיכה מזויפת הוא שטר, ראה הי"ש 20 להלן.
2. נושא רשימה זו הוא חלוקת הסיכון של זיוף במקרה של פרעון לזייפן. שאלות נוספות מתעוררות כאשר הפרעון אינו לזייפן אלא לצד תמים. לניתוח בעיות אלה, ראה רשימתו The Uniform Commercial Code – Commercial Paper, An Outsiders View, 3 (1968) Isr. L.R. 7, 41, et seq.
3. שאלות דומות לאלו הנדונות ברשימה זו מתעוררנה אם הבנק טרם חשבן את חשבון הלקוח. להבחנה בין המקרה בו החשבון כבר חוייב, לבין המקרה בו החשבון טרם חוייב, ראה *Swan v. North British Australasian Co.* (1863) 2 H & C 175, 188.
4. בודאי שהזייפן עצמו ראוי לשאת בסיכון זה, שהרי הוא חתם על השטר, ועל כן אחראי על פיו: ראה *Cowen, op cit, p 132*. ההנחה העובדתית עליה אנו מתבססים הינה כי ברוב המקרים לא יוכל הזייפן להיטיב את הנוק.
5. לענין זה, ראה בעיקר, Arant, Forged Checks – The Duty of the Depositor to His Bank, 31 (1921) Yale L.J. 598.
6. לאור ע"א 550/66 שטאובר בע"מ נ. בנק המזרחי בע"מ, כ"ב סד"י (1), 240 (להלן – סרשת שטאובר).
7. ראה Comment, Allocation of Losses from Check Forgeries Under the Law of Negotiable Instruments and the Uniform Commercial Code, 62 (1953), Yale L.J. 417.
8. למבחנים נוספים, שאין להם תחולה כאשר הפרעון הוא לזייפן, ראה ההערה המצוטטת בה"ש ז לעיל.

המציאות הכלכלית-חברתית של ימינו. מסיכונים אלה ניתן להשתחרר על ידי החזרת מחוגי הציביליזציה. בתכונתה הגיעה החברה להכרה כי עדיף בעינה לשמור על רמת חיים מצדדנית על סיכונים, על פני רמת חיים נמוכה יותר המשוחזרת מסיכונים אלה. מכאן, שקיומם של הסיכונים הללו הינו אינטרס של החברה עצמה, ועל כן היא צריכה לשלם את מחיר הסיכון. על-פי השקפה זו, אין זה מתדבק להטיל את מלאו הסיכון על פרט, העשוי לעתים קרובות להתמוטט תחת העומס, אלא יש לפזר את הסיכון על החברה כולה, או חלקים נכבדים ממנה, באופן שכל פרט ישא רק בחלק זעיר ממנו. כדי להשיג מטרה זו ללא התערבות המחוקק, יש להטיל את הסיכון „הראש-שוני“ על אותו פרט במשק שהינו נושא סיכון (risk bearer) „טוב“, דהיינו, המסוגל שלא לספוג את הסיכון בעצמו, אלא לגלגלו ולפזרו על הציבור כולו.⁹ בסיכונים הנבועים מזיוף שטרות, נרשא הסיכון הטוב הינו הבנק,¹⁰ שכן הוא — ולא הלקוח שחתמתו זוייפה — מסוגל בדרך כלל לגלגל את הסיכון הסופי על כלל המשתמשים בשירותי הבנק, וזאת, בין השאר, באמצעות ביטוח בפני זיופים.¹¹

מבחן „האשמה“ רואה באשמתו של הפרט את המבחן הנכון להטלת הסיכון.¹² שורשיו של מבחן זה יונקים מתחרזת הצדק הגורסת כי זה אשר סטה מרמת הזהירות הסבירה צריך לשאת בסיכון,¹³ ומהרצון להבטיח כי הסטנדרטים הרצויים

9. לתיאורית פזיור הנוק-בדרך כלל, ראה Fleming James Jr., *Accident Liability Reconsidered: The Impact of Liability Insurance*, 57 (1947) *Yale L.J.* 549; Friedman, *Social Insurance and The Principle of Tort Liability*, 63 (1949), *H.L.R.* 241; Calabresi, *Some Thought on Risk Distribution and the Law of Torts*, 70 (1960) *Yale L.J.* 499; Morris Jr., *Enterprise Liability and the Actuarial Process—The Insignificance of Foresight*, 70 (1960), *Yale L.J.*, 554. בתחום האחריות השילוחית, ראה ספרי, אחריות שילוחית בדיני הנויקן, עמ' 31–33.
10. ראה Beutel, *The Proposed Uniform (?) Commercial Code Should Not be Adopted*, 61, (1952) *Yale L.J.* 334, 358, 361; Corker, *Risk of Loss from Forged Indorsements*, 4 (1951) *Stan. L.R.* 24, 30.
11. לביטוח בנקים בפני זיופים, ראה Farnsworth, *Insurance Against Check Forgery*, 60 (1960) *Col. L.R.* 284. אמת הדבר, הטלת הסיכון באופן חוזר תשנה על מערכת הבנקים עשויה להביא לעליית הפרמיות שמערכת זו תשלם לחברות הביטוח, ובמקביל לכך תיקר את המחיר אותו ישלמו הלקוחות עבור שירותי הבנק, אך עליה זו מנקודת מבטו של לקוח פוטנציאלי מבוטלת לעומת הסיכון כי בעתיד עשוי הסיכון של זיוף חתימתו ליסול כולו על שכמו. גם מנקודת מבט המשק כולו הסדר זה רצוי. עליה קלה בסרמיות נספגת במסגרת העליה הרגילה במחירים במשק כולו, ואינה גורמת לזעזוע מיוחד. לעומת זאת, הטלת הסיכון על לקוח שחתמתו זוייפה עשויה להביא להתמוטטות הכלכלית, ולפעולות שרשת בן אלה הקשורים עמו.
12. ראה ההערה הנזכרת בה-ש 7 לעיל, בעמ' 38 ואילך.
13. ראה *Donoghue v. Stevenson* [1932] A. C. 562, 580. פרומורציה זו אין אפשרות להוכיח באופן רציונלי, והיא קשורה בגשתו המוסרית-פילוסופית של כל אחד מאתנו. התומכים

לחברה, כאשר לניהול עסק או מסחר, יקויימו הלכה למעשה¹⁴. הפעלת מבחן זה במקרה של זיוף חתימת הלקוח על שיק תביא להטלת הסיכון על אותו צד מבין הצדדים אשר התנהגותו סטתה מרמת הזהירות הדרושה.

אף שנקודת המוצא של שני המבחנים כונה, יתכנו מצבים בהם עשויים שניהם להביא לתוצאה זהה. כך, למשל, אם הבנק הנמשך בלבד התרשל, יוטל הסיכון עליו לפי מבחן „האשמה“. לאותה תוצאה נגיע גם לפי מבחן „פיזור הנוק“. התנגשות „חזיתית“ בין שני המבחנים תבוא בעיקר בשני המצבים הבאים: ¹⁵ האחד, בו הלקוח בלבד התרשל, והאחר, בו שני הצדדים כאחד התרשלו. בהתאם למבחן „פיזור הנוק“ יש להטיל בשני המקרים את הסיכון על הבנק הנמשך. בהתאם למבחן „האשמה“ יש להטיל את מלוא הסיכון על הלקוח במקרה הראשון, ויש לחלק את הסיכון בין שני הצדדים כמידת אשמתם, במקרה השני.

ג. אמצעים להגשמת המבחן הראוי

משנקבע המבחן הראוי להטלת הסיכון, בא תורד של האמצעי הראוי להשגת המטרה אמצעי „ראוי“ משמעו אותו אמצעי המגשים את המטרה במלואה, לא „פחות“ ולא „יותר“ ממנה. מבין האמצעים הבאים בהשבו נעמוד בקצרה על הבאים ¹⁶:
 חווה, מגיעות, אשרור ונויקין.

- בעקרון – פיזור הנוק – מצייתים כי יש להעדיף את האשמה הציבורית – המתבטאת בנכונות לנהל אורח חיים הכרוך בסיכונים, על פני האשמה הפרטית. עם מי הצדק?
14. מקרים בתחום דיני הנויקין הוכיחו כי שחרור נהגים מאחריות אורחית בנך נהיגה רשלנית לא תביא לעליה במספר תאונות הדרכים. ראה: Harper and James, *The Law of Torts*, (1956) 2nd. ed., p. לשמירה על רמת הזהירות הנאותה. מה המצב בתחום השטרות? כלום שחרור הלקוח מאחריות לא יביא לזלזול ולא איכפתיות? נראה לנו שתוצאה זו אינה מחוייבת. עדיין קיים אינטרס חמרי ללקוח לשמור על אמצעי והירות סבירים, ואת כדי להבטיח אי הטלת אחריות עליו כאשר הבנק מסרב לפרוע את השטר. ואת בנוסף לנטיה הטבעית לשמור על הסטנדרטים המקובלים.
15. כאשר שני הצדדים לא התרשלו קיימת התנגשות מה בין שני המבחנים, שכן מבחן – פיזור הנוק – מבקש להטיל הסיכון על הבנק, ומבחן – האשמה – מבקש לשחרר את שני הצדדים מאחריות. יחד עם זאת, אין זו התנגשות – חזיתית – שכן אם הנחת היסוד היא שהסיכון – הראשוני – חייב ליפול על שכס אחד הצדדים, עשר מבחן – האשמה – שלא להתנדד להטלת הסיכון לפי מבחן – פיזור הנוק –.
16. רשימה זו אינה ממצה. ניתן להוסיף עליה את – האימוץ – (adoption) – וחשבוך שנערך – account stated. שניהם אמצעים חיים במהותם. הראשון דורש תמורה מיוחדת להיווצרותו. ראה: Greenwood v. Martin's Bank Ltd. [1933] A.C. 51,57. להפעלת האימוץ, ראה Paget, *op. cit.*, p. 473. *Law of Banking*, 7th ed. (1966), p. 102 et seq.

1. חוזר

בין הבנק לבין לקוחו קיים חוזה¹⁷. לפיו העמיד הלקוח לרשות הבנק סכום כסף מסויים בו רשאי הבנק לעשות כרצונו, תמורת התחייבות של הבנק לכבד הוראות תשלום שיינתנו על ידי הלקוח. חובתו החוזית של הבנק כלפי לקוחו היא לכבד את הוראותיו כדי סכום ההלוואה שקיבל. זכותו החוזית של הבנק כלפי הלקוח היא לחייב חיובון הלקוח בסכום הנזכר עם פרעונו לנפרע או לפקודתו. בנק המשלם על פי משיכה מזוייפת של הלקוח אינו פועל על פי הוראות הלקוח, ועל כן אינו זכאי לחייב חשבונו של הלקוח¹⁸. יש המבקשים להגיע לאותה תוצאה בדרך שונה במקצת. לדעתם, ניתן לומר כי התחייבותו החוזית של הבנק היא לפרוע שיק של הלקוח, ואילו „שיק אשר חתימת עושהו זוייפה, אינו אלא פיסת נייר בעלמא, ואין שם של שיק ראוי שייקרא עליו כלל; ובנק המשלם כסף על פי פיסת נייר שכזאת, פשיטא שאינו יכול לחזור ולהיפרע ממי שלא חתם עליה כל עיקר“¹⁹. עד כמה שמטרת הנמקה זו להצביע על כך, שהמסמך אינו מסמך של הלקוח, אין בה כל הוספת להנמקה הראשונה שניתנה לעיל. אם מטרתה של ההנמקה לציין כי המסמך כשלעצמו אינו שטר אלא „פיסת נייר בעלמא“²⁰, ומטעם זה בלבד אינה נתונה כל זכות לבנק, אין היא נקיה מספיקות: ראשית, יש מקום לסברה כי המסמך הוא שטר של הזייפן, האחראי על פיו²¹; שנית, יש מקום לסברה כי מבחינה צורנית המסמך הוא שטר²². אמת הדבר, פקודת השטרות קובעת כי חתימה מזוייפת „אין

17. ראה פרשת שטאובר, בעמ' 217. בדרך כלל, הבנק אינו נחשב כנציג של הלקוח. ראה ע-א 494/63 אדיר נ. עיריית חולון, י"ח פד"י (2), 463, 469. לא ברור, על כן, מה ראה בית המשפט המחוזי בפרשת שטאובר (ג-ג) (מ) 3. בעמ' 17) לציין כי הקשר בין הלקוח לבין הבנק הוא קשר של שליחות.

18. ראה פרשת שטאובר, בעמ' 217 (השוטט כהן), וכן *London Joint Stock Bank v. Macmillan* [1918] A.C. 777; Britton, *op. cit.*, p. 363; Cowen, *The Law of Negotiable Instruments in South Africa*, 4th ed. (1966) p. 373-374

19. דברי השופט כהן בפרשת שטאובר, עמ' 218. על הרעיון כי שטר ובו משיכה מזוייפת הינו כעפרא דארעא- כבר עמד השופט כהן בע"א 494/63 אדיר נ. עיריית חולון, י"ח פד"י (2), 463 בעמ' 469, אם כי הוא עצמו סטה מעקרון זה באותו פסק דין, בהפעילו על שטר זה את הלכות ה-Restatement החלות על שטר ולא על פיסת נייר שאינה שטר. נגמה דומה עולה מדברי השופט כהן בע"א 115 62 בנק מרכזי קנדה ישראל בע"מ נ. אלון, ט"ז פד"י 1365, 1366 הקובע כי מסמך הנמשך על ידי חסר כושר אינו שטר. לבקורת גישה אחרונה זו ראה בן-פורת, הכושר לחוב כצד לשטר, הפרקליטי, כרך כ"א, 313, 306 ואילך.

20. זו אף ההשקפה ב-421, 334, 321 *Bank of Paget, op. cit.*, pp. וסימוכין לה בפרשת *Bank of England v. Vagliano Bros.* [1891] A.C. 107, 114, 116, 123

21. ראה ה"ש 4 לעיל, וכן *Paget, op. cit.*, p. 422; Cowen, *op. cit.*, pp. 132, 147

22. להבחינה בין השאלה אם שטר הוא שטר לבין השאלה אם קיימת תכונת על פיו, ראה בן פורת, הכושר לחוב כצד לשטר, שם, בעמ' 314.

כוחה יפה כלשהו", אך נראה לנו שיש להבין קביעה זו כשוללת תוקף אופרטיבי מהחתימה²³, אך לא כשוללת את עצם קיומה הפיזי²⁴.

החווה הוא אמצעי יעיל להגשמת מבחן „פיזור הנזק“, שכן מכוחו מוטל הסיכון של הזיהוף על הבנק הנמשך. יעילות זו נובעת מנוקשותו של החוזה. יעילות זו תעלה אם ניתן יהיה להכניס לחווה גורמים גמישים, שיהיה בכוחם להטיל הסיכון על פי מידת האשמה. אכן, אין כל מגיעה עקרונית לכך. הטכניקה המשפטית היא באמצעות תניות מכללא²⁵. בצד התחייבותו של הבנק לחייב שיקים אוטנטיים של הלקוח, ניתן להכיר בהתחייבותו של הלקוח לנקוט באמצעי זהירות סבירים למנוע או לגלות זיופים בחתימתו ובכך להקטין את סיכונו של הבנק. משהפר הלקוח את חייבותו זו, עליו לפצות הבנק הנמשך על כל נזק שנגרם לו עקב ההפרה. אכן, במשפט האנגלי מטרת התחייבות כזו של הלקוח²⁶. על היקפה נעמד שעה שגדון במכשיר הנויקין²⁷, שכן הבעיה שם וכאן היא אחת. הקושי המיוחד העומד לכאורה למכשול בפני הכנסת גורמי גמישות אלה הוא זה הנעוץ בדיני הקיוון. כלום רשאים אנו לקזז כנגד זכותו החוזית של הלקוח כי חשבנו לא יהוייב אלא על פי הוראתו את זכותו החוזית של הבנק לפיצוי על הנזק שרשלנות הלקוח גרמה לו? נראה שעל קושי זה ניתן להתגבר באמצעות הגישה כי לצד התנאי מכללא בענין חובתו של הלקוח, קיימת תניה מכללא נוספת, המכירה בזכות הקיוון. די בתנייה מכללא זו כדי להתגבר על התלכות השוללות בדרך כלל זכות קיוון²⁸.

נראה, איפוא, כי המכשיר החוזי עשוי להיות יעיל להגשמת כל אחד משני המבחנים להסדר הרצוי. אם המבחן הראוי הוא „פיזור הנזק“, ניתן להשיגו באמצעות החווה, תוך הדגשת אופיו הנוקשה, ותוך דחיית קיומם של תניות מכללא באשר לחובת הזהירות של הלקוח. אם המבחן הראוי הוא „אשמה“, ניתן להשיג מטרתו

23. הן לענין חבות החותם, והן לענין העברת הבעלות כשטר: ראה Britton, *op. cit.*, p 341.
24. הקביעה כי חתימה מזויפת אין כחה יפה כלשהו תוספת גם לגבי חתימת מורשה החורג מסמכותו. היעלה על דעת איש לומר כי המסמך עליו חתם המורשה אינו שטר? לבחינתה של הפרופוזיציה כי מסמך ועליו משיכה מזויפת הינו שטר- לענין פקודת השטרות, אין לפנות להלכה כי מי שהסב מסמך כאמור אחראי על פיו, שכן אחריות זו נובעת מכללי הפניות הסטטוטוריים הקבועים בפקודה. ניתן לבחון פרופוזיציה זו בשאלה הבאה: בנק שפרע מסמך כאמור, האם הפרעתו הוא כשורה לענין סעיף 60 לפקודת השטרות? האם המסמך בטל כלפי אלו שהסבו אותו אם השקפתו נכונה, כי אז חתימת היסב מזויפת בשטר למוכז עשויה למנוע חוסר תקינות צורנית של ההסכים שבלעדיה עשויים היו לשלול אחיזה כשורה.
25. למהות תניות אלה, ראה צלטנר, חיים, כרך ב (1965), עמ' 322 ואילך.
26. ראה *London Joint Stock Bank v. Macmillan* [1918] A.C. 777.
27. ראה עמ' 148 להלן.
28. ראה ע"א 217/55 קניסהופר נ. ליגה להטבת השמיעה, תל-אביב, י"א פד"י, 171. בית המשפט מכיר בפסק דין זה בכוחו של הסכם מכללא לקבוע תנאי קיוון, ומדגים זאת, בין השאר באמצעות היחס החחי בין הבנק ללקוחו (בעמ' 177). העובדה שזכות הבנק היא לסיצורים בלתי-קצובים, אין בה, כשלעצמה, כדי לשלול אפשרות של קיוון: שם, בעמ' 180.

באמצעות החוזה, תוך הדגשת אופיו הגמיש, אשר באמצעות תניות מכללא מטיל את הסיכון על הצד האשם כמידת אשמתו.

2. מניעות

א. תנאי המניעות

על פי דיני המניעות הכלליים מנוע אדם מלטעון אי קיומה של עובדה פלונית, אם הוא ייצר מצג כלפי הניצג בדבר קיומה של העובדה, ועל יסוד מצג זה שינה הניצג את מצבו לרעה.²⁹ כאשר המצג נובע ממחדל, יש להראות כי על יוצר המצג הוטלה החובה לפעול, וכי הפרת חובה זו היא שגרמה לשינוי המצב לרעה.³⁰ בשל הדמיון בין צורת מניעות אחרונה זו לבין דיני הרשלנות הכלליים, יש המכנים אותה כ„מניעות על ידי רשלנות“ (estoppel by negligence).³¹

דיני המניעות הכלליים, דיני „המניעות על ידי רשלנות“ המהוים חלק מהם, החלו פעמים רבות ביחסים שבין הבנק לבין לקוחו.³² לשם בחינת פעולתם נבחן את המערכת העובדתית הבאה: עובד של הלקוח זייף חתימת הלקוח על סדרת שיקים (להלן – הסדרה הראשונה). הבנק הנמשך פרע שיקים אלה לידי הזייפן, חייב חשבון הלקוח, ושלת לו העתק החשבון. הלקוח לא עיין בחשבונות, למרות שעיון בהם היה מגלה את הזיוף. כעבור זמן מה זייף העובד את חתימת הלקוח על סדרת שיקים נוספת (להלן – הסדרה השנייה). שוב פרע הבנק את השיקים לזייפן, שלח חשבון ללקוח, שלא עיין בהם. העובד הזייפן השתמש בכספי שתי סדרות השיקים לצרכיו ונעלם. לאחר מכן גילה הלקוח את דבר הזיופים, והוא מבקש לבטל את חיוב חשבונות הבנק טוען שהלקוח מנוע מלטעון שחתימתו זוייפה. לשם בדיקת טענת המניעות

29. ראה *Greenwood v. Martins Bank* [1933] A.C. 51, 57.

30. ראה *Swan v. North British Australasian Co.* (1863) 2 H.& C. 176, 182 בהסכמה ב-*London Joint Stock Bank v. Macmillan* [1918] A.C. 777. ראה גם פרשת שטאובר, בעמ' 251.

31. ראה *Bower, Estoppel by Representation*, (1966), 2nd ed., p. 69 et seq. הדמיון מתבטא בכך כי בשני המקרים דרושה חובה, התנהגות רשלנית המפירה אותה, ושינוי מצב לרעה הנגרם כתוצאה מכך. זאת ועוד: על פי המשפט האנגלי החובה בשני המקרים נקבעת על פי אותם מבחנים עצמם. השוה *Mercantile Bank of India, Ltd. v. Central Bank of India, Ltd* [1938] 287; *Mercantile Credit Co., Ltd. v. Hamblin* [1965] 2 Q.B. 242 יחד עם זאת, הדמיון בין שני המוסדות אינו צריך להביא לזיהורים. כך, למשל, מצוין *Bower* כי לא הרשלנות היא היוצרת מניעות אלא המצג המשתמע ממנה. זאת ועוד: כדיני רשלנות יש צורך בנוק, ושיעור הפיצויים כשעור הנוק. במניעות יש צורך בשינוי מצב לרעה, המנוע מלטען טענה עובדתית יהיה הנוק שנגרם לניזק או ליוצר המצג, אשר יהיה. ראה: *Millner, Negligence in Modern Law*, (1967) קק 145-148

32. ראה, למשל, *Greenwood v. Martins Bank* [1933] A.C. 51 המשמש יסוד לפרשת שטאובר.

יש להבחין בין המניעות לענין הסדרה הראשונה לבין המניעות לענין הסדרה השנייה.³³ מחקרו של הלקוח, שהפר חובתו לעיין בחשבונית שנשלחו אליו,³⁴ בא לאחר שנפרעה הסדרה הראשונה, ועל כן אין לראות במחדל זה גורם לנזק שהוסב לבנק על ידי פרעון סדרה זו. יחד עם זאת, ללא מחדלו של הלקוח, היה הבנק עומד על זכויותיו מיד עם היוודע לו דבר הזיוף והיה מבקש השבת דמי הדיק מהזייפן.³⁵ מחדלו של הלקוח גרם, איפוא, לכך שלזייפן היתה שהות מספיקה להסתמך בכסף או להעלם, ובכך הסב הפסד לבנק. בשל הפסד זה שבאובדן זכות ההשבה מהזייפן מנוע הלקוח מלטעון שחתירתו זוייפה.³⁶ לענין זה יש להבחין בין שלושה מצבים אפשריים: האחד, בו בשל מחדלו של הלקוח אבדה לחלוטין לבנק זכות ההשבה, או שהיא בלתי אפקטיבית לחלוטין. במקרה זה תחול המניעות כאמור;³⁷ השני בו נעלם הזייפן מיד לאחר תשלום הסדרה הראשונה, באופן שהודעת הלקוח, אפילו באה מיד לאחר העיון בחשבונית, לא היתה מועילה לבנק. במקרה זה לא תחול המניעות, שכן מחדלו של הלקוח לא גרם לכל הפסד לבנק;³⁸ השלישי הוא מצב ביניים בו מחדלו של הלקוח גרם הפסד לבנק, אך אין לזהות הפסד זה עם מלוא דמי השטר, כגון, שהזייפן לא נמלט אך באופן אפקטיבי הוא יוכל להשיב רק חלק מדמי השטר, שכן את התלק האחר ביזבו. הולא מחדלו של הלקוח ניתן היה לתפוס את מלוא הסכום. התחול המניעות על מלוא הסכום שעה שההפסד של הבנק קטן מזה? הדעה המקובלת באנגליה³⁹ ובארצות הברית⁴⁰ הינה כי המניעות תחול גם במקרה ביניים זה. לשם תחולת

33. לחשיבות ההבחנה, ראה *Arant, Forged Checks — The Duty of the Depositor to His*

Bank, 31 (1921) *Yale L.J.* 598; *Britton, op. cit.*, 336 *et seq.*

34. לענין חובה זו, ראה עמ' 148 להלן.

35. זכותו של הבנק להשבה מהזייפן מוכרת על ידי דיני הכעין חיים, כחריג להלכת *Price v.*

Hill v. First Nat. Bank of Malvern, 1917, 129 *Ark.*; *Neal (1762) 3 Burr.* 1354

265, 195 *S.W.* 678

36. זהו הרציו של פרשת *Greenwood v. Martins Bank*, [1933] *A.C.* 51

37. ראה הי"ש 36, בו אבדה זכות ההשבה בשל פטירת הזייפן, וכתוצאה מכך גם אחריותו

השילונית של בן הזוג.

38. לרשימת אסמכתאות, ראה *Arant, Forged Checks — The Duty of the Depositor to*

his Bank, op. cit., p. 616, (n) 41; *Janin v. London & San Francisco Bank*,

320 1891, 92 *Cal* 14, 27 *P.* 1100, 14 *L.R.A.*

39. ראה דברי השופט סקרטון (*Scrutton L.J.*) בפרשת *Greenwood v. Martins Bank* [1932]

1. *K.B.* 371, 383: "... the authorities show that in a question of estoppel, where

the question is whether the customer is estopped from alleging that certain

bills are forgeries, if the bank has lost something, the value of that something is

not the measure of its claim, but, the customer being estopped from proving the

bills forgeries, the bank gains by the amount of the bills."

40. לרשימת אסמכתאות, ראה המאמר המצוטט בה-ש 38 לעיל. אמת הדבר, יש המותחים בקורת

על דין זה, ומבקשים להעניק לבנק זכות רק כדי הנזק שגרם לו הלקוח. ראה, למשל,

Critten v. Chemical National Bank of N.Y., 1902, 171 *N.Y.* 219, 63 *N.E.* 969, 57 *A.L.R.*

המניעות, די בהפסד „דבר מה“ לבנק, ואין לעמוד על זהות ההפסד לערך השטר. בדעה אחרת הוא השופט כהן, שופט המיעוט בפרשת שטאובר, הגורס כי המניעות אינה חלה, בין השאר, משום שהבנק במקרה זה יכול לחזור לזייפן. „העובדה שתביעה שכזאת לא היתה כנראה בעלת סיכויים מעשיים... אינה מעלה ואינה מזריחה לענין זה“⁴¹. נראה לנו שבכך נתפס השופט כהן לכלל טעות. כאמור, לשם קיום שינוי מצב לרעה לענין המניעות די בהפסד „דבר מה“, וערכו של זה אינו מעלה ואינו מזריחה. העובדה כי סיכויי התביעה נגד הזייפן „אינם מעשיים“ מקיימים, ללא ספק, דרישה צנועה זו של „דבר מה“.

הניתוח שנעשה עד כה לענין הסדרה הראשונה תופס גם לענין הסדרה השנייה, בתוספת הבאה: מחדלו של הלקוח קדם לפרעון הסדרה השנייה. אילו נקט הלקוח בכל אמצעי הזהירות הסבירים היה בכוחו למנוע את ביצוע התשלום של הסדרה השנייה. לגבי סדרה זו, הנזק של הבנק נובע מעצם התשלום, ועל כן יש מקום לכאורה להפעיל את דיני המניעות שהוסברו לעיל⁴². למרות זאת, התעוררו במשפט האנגלי מספר קשיים בכיוון זה, שחלקם⁴³ מבוססים על כללי הסיבתיות. באנגליה נטען כי מחדלו של הלקוח לא גרם לפרעון הסדרה השנייה. יחד עם זאת לולא מחדלו זה, יתכן שהסדרה השנייה לא היתה נפרעת. מכאן נטען באנגליה כי מחדלו של הלקוח היה „סיבה בלעדית אין“ לתשלום, אך לא סיבה „מכרעת“ לו. על יסוד הבחנה זו נפסק שם כי המניעות אינה פועלת נגד הלקוח לענין הסדרה השנייה⁴⁴. על גישה זו ניתן להשיב: ראשית, לענין הסדרה הראשונה המניעות פועלת, למרות שמחדלו של הלקוח גם הוא רק „סיבה בלעדית אין“ לאבד זכות והשבה של הבנק. מה היסוד להבחין בין שתי הסדרות לענין זה? שנית, הגישה המקובלת בארצות הברית היגה כי די בקשר הסיבתי שהתקיים במקרה השני כדי להחיל את דיני המניעות⁴⁵. נעמד על כך בדיונונו בנויקין כאמצעי להטלת סיכוני הזיוף⁴⁶.

עד כה הנחנו כי הרשלנות היחידה היא של הלקוח. נראה עתה את פעולת המניעות לאור ההנחה הנוספת כי לא רק הלקוח התרשל אלא גם הבנק והנמשך התרשל בביצוע התשלום, דהיינו, אילו נקט באמצעי הזהירות הסבירים היה מגלה כי חתימת הלקוח זוייפה, והיה נמנע מלשלם. כיצד יופעלו דיני המניעות במערכת עובדתית

525, אך מטרת בקורת זו אינה לשטת הדין במסגרת דיני המניעות, אלא להוציא את הסדרה מתחומיה, ולהעבירה לפסי החוזים או הנויקין. על כך, ראה עמ' 155 להלן.

41. סרשת שטאובר, בעמ' 252.

42. נראה לנו שזו היתה גם ההנחה של השופטים בבית המשפט לערעורים אורחיים ב-
Greenwood v. Martins Bank [1932] A.B.K. 371

43. לקשיים נוספים, ראה עמ' 154 להלן.

44. ראה, למשל, *Walker v. Manchester & Liverpool District Banking Co.* [1913] 29 T.L.R. 492

45. ראה *Israel v. State National Bank*, 1909, 124 La 885, 50 So 738 ואסמכתאות
נוספות המצוטטות במאמר הנזכר בה'ש 38, בעמ' 823, הערה 56.

46. ראה עמ' 154 להלן.

זו? אף כאן יש להבחין בין הסדרה הראשונה לבין הסדרה השנייה⁴⁷, ונתחיל בסדרה השנייה. לענין הסדרה השנייה, הנוק המיוחס לבנק הוא הנוק נובע מעצם ביצוע התשלום. לזו, לנוק זה עצמו תרם הבנק ברשלנותו. במקרה זה ההלכה בארצות הברית הינה, כי הבנק הנמשך אינו רשאי לטעון מניעות⁴⁸. הדין באנגליה אינו ברור, אך נראה לנו כי זהו גם הדין באנגליה⁴⁹. לענין הסדרה הראשונה, הנוק המיוחס לבנק נובע מאבוד זכות ההשבה מהזייפן. הפסד זה לא נגרם על ידי רשלנות הבנק, אלא על ידי רשלנות הלקוח בלבד. יחד עם זאת, הפסד זה לא היה קורה כלל אילו הבנק לא התרשל. היש בכך כדי להשפיע על זכותו של הבנק? בענין זה חלוקות הדעות בין המשפט האנגלי לבין המשפט האמריקאי. בפרשת *Greenwood v. Martins Bank* [1932] התעוררה שאלה זו, ונפסק, הן בבית המשפט לערעורים אורחיים הן בבית הלורד דים, כי רשלנות הבנק אינה משפיעה על טענת המניעות שבידו נגד הלקוח. התגבר מקה לכך היתה כי רשלנות הבנק בתשלום השיק אינה הסיבה הקרובה (Proximate Cause) לנוק שנגרם לבנק באבוד זכות ההשבה מהזייפן. בארצות הברית, לעומת זאת, נפסק כי רשלנות הבנק שוללת ממנו טענת המניעות⁵⁰. לשיטתם, רק אם הבנק לא התרשל הוא

47. כפי שמציין בצדק השופט ויתקן בפרשת שטאובר, בעמ' 246.

48. לרשימת אסמכתאות, ראה הי-ש 50 להלן.

49. בפרשת *Greenwood v. Martins Bank* [1932] K.B. 371 נדונה השאלה מנקודת מבט הסדרה הראשונה. יחד עם זאת נראה לנו כי ההנחה שם היתה כי המניעות של הלקוח לא תופעל אם הבנק התרשל, לענין הסדרה השנייה: אומר השופט סקרטון: *In the present case while the carelessness of the Bank was a proximate cause of the Bank's loss in paying the forged cheques, it was not the proximate cause of the Bank's losing its right of action against the forger.* האם לא משתמע מכאן, כי במקום שרשלנות הבנק מהווה סיבה קרובה לנוק, המניעות נגד הלקוח לא תפעל?

50. ראה האסמכתאות הבאות, שבכולן היו העובדות דומות לעובדות בפרשת שטאובר. בכולם נקבע כי הלקוח חב חובה כלפי הבנק והתרשל במילווה, רשלנות שהסבה את הפסד לבנק. למרות זאת, נשללה טענת המניעות, שכן הבנק עצמו התרשל בפרעון. במרבית האסמכתאות היתה רשלנות הבנק קלה בהשוואה לזו של הלקוח, שלעתים לא רק שלא בדק החשבונות, אלא מסר תפקיד משיכת השטרות לזייפן מועד, בעל עבר פלילי: ראה *Leather Manu- facturer's Bank v. Morgan* (1885) 117 U. S. 96, 112, 6 Sup. Ct. 657, 633; *First Nat. Bank v. Farrell* (1921) 272 F. 371, 16 A.L.R. 651; *Frankini v. Bank of America Nat. Trust, & Savings Ass'h*, 1939, 31 Cal. App. 2d 666, 88 p 2d 790; *Mc Cormick v. Rapid City Nat Bank* 204 Wis 467, 234 N.W. 720; *South West Nat. Bank v. Underwood*, 36 S.W. (2d) 141; *First Nat Bank v. Petty*, 62 S.W. 2d 629; Britton, *op. cit.*, 375; Aigler and Steinheimer, *Bills and Notes* (1962) p. 18; Michie, *Banks and Banking* (1950) Vol. 5B, p. 140 sec 284; *American Jurisprudence*, Vol. 7, sec 516, p. 371. *Commercial Code*. החדש: ראה סעיף 4-406.

רשאי לעורר טענת מגיעות⁵¹. מבין שתי גישות אלה נראית לנו הגישה האמריקאית, ומהטעמים הבאים: ראשית, כלל הוא בדיני המגיעות, כי זו אינה עומדת לניצג היודע כי נשוא המצג אינו קיים⁵². ידעית לענין זה. בין ידיעה בפועל ובין ידיעה מניחסת⁵³. ניתן לומר כי בנק שהתירשל בגילוי הזיוף, כמדורו כמי שידע על הזיוף, ועל כן לא מתקיימים כלפי תנאי המגיעות⁵⁴, שנית, הטענה באנגליה הינה כי רשלנות הבנק אינה „סיבה קרובה“ (Proximate Cause) לבזקו⁵⁵, אלא רק „סיבה בלעדית אין“, וקשר סיבתי מהסוג האחרון אינו מספיק. אם גישה זו נכונה — ולצורך טענה זו נניח כך⁵⁶ — נשמט לדעתנו הבסיס לעצם טענת המגיעות נגד הלקוח. מחדלו של הלקוח לא הביא לאבדן זכות הבנק להשבה מהזייפן. אבדן זה נגרם בשם כוח הזייפן, העלמו, וכחצא בהן סיבות שבינו לבין הלקוח אין הלא כלום. יחד עם זאת, אילו פעל הלקוח חושף הזיוף, היה הבנק שומר על זכותו. מכאן, שמחדלו של הלקוח היה „סיבה בלעדית אין“ בלבד לבזקו של הבנק, ולא „סיבה קרובה“, ולא היה מקום למגיעות. אם בכל זאת סבורים האנגלים כי קיימת מגיעות כלפי הלקוח, וכי מחדלו מהווה „סיבה קרובה“ לבזקו של הבנק, הרי שאותו דין צריך להוביל למסקנה כי גם מחדלו של הבנק בגילוי הזייפן הינו „סיבה קרובה“ ולא רק „סיבה בלעדית אין“. שלישית, במקרים מיוחדים ניתן לומר כי הלקוח הסתמך על כך שהבנק פעל בזהירות סבירה, וכי הסתמכות זו היא שגרמה, בין השאר, למחדלו ולבזקו⁵⁷. באותם מקרים מיוחדים בהם ניתן לעורר טענה זו מבחינה עובדתית, יש מקום

51 ראה *Union Tool Co. v. Farmer's and Merchant's National Bank* (1923) 192 Cal. 424, 28 A.L.R. 1417; *Herbel v. Peoples State Bank of Ellinwood*, (1951) 170 Kan 620, 228 P 2d 929.

52 ראה *Halsbury-Simonds*, Vol. 15, p. 229.

53 ראה *Bower, op. cit.*, p. 126.

54 השווה *Lancashire and Yorkshire Railway v. MacNicol* (1919) 88 L.J. K.B. 601 וכן *Fridman, The Law of Agency*, 2nd ed. (1966) p. 65. אמת הדבר, הן ב-*Bower* והן בהלסבורי — סימנדס נקבע כי רשלנות באי ידיעה אינה שוללת המגיעות, חו גם הדעה שהובעה על ידי השופט רומר (Romer L. J.) בפרשת *Greenwood v. Martins Bank*, *Ltd.* [1932] 1 K.B. 371, 391 אך עיין באסמכתאות המשמשות יסוד לפרוספורה זו מלמד כי בהן נבע המצג מפעולה אקטיבית של המציג. ראה, למשל, *Bloomenthal v. Ford* [1897] A.C. 156. במקרה זה מצוין בית המשפט כי בשל המצג עצמו ומנע הניצג מלבדוק, ועל כן אין המגיעות זו יכולה לשלול טענת המגיעות. לא כן המצב, לדעתנו, כאשר המגיעות נבעת ממחדל רשלני. חוסר בדיקתו של הבנק נבע מרשלנותו הוא, ולא ממחדלו של הלקוח. לדעה אחרת, ראה *Arant, Forged Checks—The Duty of the Depositor to his Bank, op. cit.*, p. 618.

55 ראה *Greenwood v. Martins Bank Ltd.* [1932] 1 K.B. 371, 384.

56 אך ראה עמ' 142 לעיל.

57 ראה, למשל *Gutfreund v. East River National Bank*, 1929, 251 N.Y. 58, 167 N.E. 171.

לבסס טענת מניעות מצד הלקוח כלפי הבנק.⁵⁸ לפנינו אז מצב ענינים בו שתי טענות מניעות צומדות זו כנגד זו. במקרה זה הכלל הינו ששתי הטענות כאחת נופלות.⁵⁹

השפעת הגומלין של רשלנות הלקוח ושל רשלנות הבנק במסגרת כללי המניעות התעוררה גם בפרשת שטאובר. כאן זייף עובד הלקוח את חתימתו של האחרון על מספר רב של שיקים. הבנק שלח הלקוח חשבונות, שעיון בהם היה עשוי לגלות את דבר הזיוף, אך הלקוח נמנע מלעיון בחשבונות. מרבית השיקים שנפרעו היו „מהסדרה השנייה“, דהיינו, שיקים שנפרעו לאחר שהלקוח קיבל לידיו את החשבונות.⁶⁰ הבנק עצמו התרשף בביצוע הפרעון, שכן אילו נקט באמצעי זהירות סבירים היה עשוי לגלות את הזיוף. נראה מתוך עובדות המקרה והערות בית המשפט, כי רשלנות הלקוח היתה „גדולה“ מרשלנות הבנק.⁶¹ בית המשפט פסק כי הלקוח מנע מלטעון שחתימתו זויפה, ולרשלנות הבנק אין השפעה. עיון בפסק דינו של השופט ויתקון מלמד כי השופט הסתמך על שני נימוקים:⁶² האחד, שגם בפרשת *Greenwood v. Martins Bank Ltd.* הועלתה טענת הרשלנות מצד הבנק והיא נדחתה: השני, כי רשלנות הבנק רלבנטית רק לגבי הסדרה הראשונה, ואילו בפרשת שטאובר רוב רובם של השיקים היו מהסדרה השנייה, ועל כן „לא מן הדין יהיה להזקק עתה לטענה שרק לגבי מספר קטן של השיקים המזויפים עשויה להיות במקומה“.⁶³ נראה לנו כי בענין זה נתפס השופט ויתקון לכלל טעות. מהעובדה כי בפרשה האג' גלית נדחתה טענת רשלנות הבנק לגבי הסדרה הראשונה, לא נובע כי לטענה זו אין כלל מקום לענין הסדרה השנייה. נהפוך הוא: כפי שכבר ראינו,⁶⁴ נראה מתוך פסק הדין בפרשת *Greenwood v. Martins Bank Ltd.* כי רשלנות הבנק בביצוע התשלום הינה „סיבה קרובה“ לפרעון הסדרה השנייה — שהרי לגבי סדרה זו נזקו של הבנק הוא בעצם התשלום שהוסב בשל מטדלו הקודם של הלקוח — ועל כן נראה שכאן טענת הרשלנות מתעילה גם מעילה. זאת ועוד: לענין הסדרה הראשונה יש מקום להרהר אם ההחלטה בפרשת *Greenwood v. Martins Bank Ltd.* היא נכונה, לאור הש"גות שהובאו לעיל.⁶⁵ ולאור עמדתו השונה של המשפט האמריקאי.⁶⁶

נחת היסוד בניתוח שנעשה עד כה לענין שתי הסדרות כאחת היתה, כי מוטלות חובות הדדיות על הבנק ועל הלקוח לחשוף זיופים ולהודיע עליהם. בעוד שהכל מס-

- 58 שהרי הבנק חב חובת זהירות, בענין זה, כלפי הלקוח: ראה *Greenwood v. Martins Bank* [1932] 1 K.B. 371
- 59 ראה *Bower, op. cit.*, p. 142
- 60 ראה דברי השופט ויתקון בפרשת שטאובר, בעמ' 246.
- 61 ראה בפסק דינו של בית המשפט המחוזי, שפורסם בניג'ס (מ), 3, 23; ובבית המשפט העליון, בעמ' 243.
- 62 פרשת שטאובר, עמ' 246.
- 63 שם, שם.
- 64 ראה עמ' 143 לעיל.
- 65 ראה עמ' 143 לעיל.
- 66 ראה עמ' 142 לעיל.

כימים כי חובה כזו מוטלת על הבנק⁶⁷, קיימים חילוקי דעות בדבר חובתו של הלקוח. כפי שכבר ראינו קיום החובה והיקפה לענין המניעות נגזר מדיני החזוים⁶⁸, אשר מצדם דומים לדיני הגזיקין בסוגיה זו. נדחה, על כן, הדיון בסוגיה סבוכה זו לדיון בנזקין⁶⁹.

ב. המניעות כאמצעי יעיל להטלת הסיכון שביוף

ניתוח כללי המניעות מראה, כי המניעות אינה אמצעי יעיל, לא להגשמת מבחן „פוזר הנזק” ולא להגשמת מבחן „האשמה”⁷⁰. כאשר הלקוח בלבד התרשל, לא מתגשם מבחן „פוזר הנזק”, שכן המניעות פועלת לרעת הלקוח, והסיכון כהלו מטל עליו. כאשר גם הבנק מתרשל, ממשיך המשפט האנגלי⁷¹ והישראלי⁷² להטיל את הסיכון על הלקוח לענין סדרת השטרות הראשונה המשפט האמריקאי, לעומת זאת, מטל את הסיכון על הבנק הנמשך, הן לענין הסדרה הראשונה⁷³, והן לענין הסדרה השניה⁷⁴, ולענין סדרה אחרונה זו נראה שזו גם עמדת המשפט האנגלי⁷⁵, אך לא הישראלי⁷⁶. מבחן „האשמה” גם הוא אינו מתגשם באמצעות עקרון המניעות. כאשר הלקוח בלבד התרשל, הוא נושא במלוא הסיכון, גם את הנזק שנגרם לבנק קטן מסכום השיק. כאשר שני הצדדים התרשלו מוטל הסיכון רק על אחד מהם, בעוד שעל פי כללי „האשמה” היה מקום לחלקו בין השניים כמידת אשמתם. רואים אנו, איפוא, שהמניעות היא ברוב המקרים מכשיר בלתי יעיל להגשמת מבחן „פוזר הנזק” ובכל המקרים מכשיר בלתי יעיל להגשמת מבחן „האשמה”⁷⁷. חוסר יעילות זו, לענין מבחן „האשמה”, נובע ממאוזתה של המניעות, שהינה מכשיר בלתי גמיש. המניעות פועלת על מלוא הסכום או שאינה

67 ראה, למשל, *Greenwood v. Martins Bank, Ltd.* [1932] 1 K.B. 371, 381.
 68 ראה עמ' 139 לעיל.
 69 ראה עמ' 148 להלן.
 70 *Arant, Forged Checks—The Duty of the Depositor of his bank, op. cit.*, השוהה
 p. 624 ; Note, 60 (1946), *H.L.R.* 643.
 71 ראה עמ' 142 לעיל.
 72 ראה עמ' 144 לעיל.
 73 ראה עמ' 142 לעיל.
 74 ראה עמ' 142 לעיל.
 75 ראה עמ' 140 לעיל.
 76 ראה עמ' 144 לעיל.
 77 ראה, למשל, דברי בית המשפט בפרשת *First National Bank v. Allen* (1893) 100 Ala 476, 485, 145 So 335, 337: "It would be unjust, unfair to the depositor, not sanctioned by any correct principle of law, to permit the bank to invoke the doctrine of ratification or estoppel, which would exempt the bank from all liability incurred by its own neglect in the payment of the forged check, and in many cases inflict on the depositor a greater loss than that caused to the bank by his neglect of duty." וכן דברי בית המשפט בפרשת *Critten v. Chemical Nat. Bank* (1902) 171 N.Y. 219, 228, 63: N.E. 469: "we are not disposed to accept the doctrine asserted in some of the cases that by negligence in its discharge or by failure to discover and notify

פועלת כלל⁷⁶. אין להפעילה לשעורים. מבחינה זו דומה היא, במידת מה, לרשלנות בתקופה שבה טענת „רשלנות תורמת” היוותה כניעה מחלטת לזכות הניזוק. אך בעוד שדיני הרשלנות התקדמו מיני אז, נשארה המניעה במצבה הנוקשה מכאן ששיטת משפט הדיגלת במבחן „פיוור הגוק” יכולה לעשות במניעות שימוש חלקי בלבד, ואילו שיטה הדיגלת במבחן „האשמה” אינה צריכה להשתמש בו כלל⁷⁷.

3. אשרור

על פי הדוקטרינה הכללית של אשרור רשאי אדם, על יסוד מעשה חד צדדי מצדו, לאשרר פעולה שנעשתה בעבר ללא הסכמתו⁷⁸. משניתן האשרור, הוא פועל למפרע, וכמחאו כהרשאה מלכתחילה⁷⁹. המבקשים להפעיל דוקטרינה זו בסוגייתנו מדגישים כי במקום שהבנק שלח חשבונות ללקוח, אשר עיון סביר בהם היה מגלה את דבר הוויף, והלקוח נמנע מלעיון בחשבונות למרות שהבנק רשאי היה לצפות לעיון זה, רואים את הלקוח כמאשרר את התחייבות המזויפות. בעקבות אשרור זה, הפועל למפרע, הופך חיוב החשבון של הלקוח לחיוב כדון⁸⁰. הפעלת דוקטרינה זו בסוגייתנו מעוררת קשיים, מהם מלאכותיים⁸¹ ומהם ממשיים. מבין האחרונים נצביע

the bank, the depositor... estops himself from asserting that they are forgeries ... Nor... would we deem the rule of estoppel... a just one. If the depositor has by his negligence in failing to detect forgeries in his checks and give notice thereof caused loss to his bank, either by enabling the forger to repeat his fraud or by depriving the bank of an opportunity to obtain restitution, he should be responsible for the damage caused by his default, but beyond this his liability should not extend”

78 ראה Arant, Forged Checks—The Duty of the Depositor to his Bank, *op. cit.*, p. 617

79 ראה היש 77 לעיל, וכן Note, 60 (1946) *H.L.R.* 645

80 ראה *Halsbury-Simonds*, Vol. 1, p. 173

81- השוה סעיף 8(א) לחוק השליחות, תשכ"ד-1965, לפיו אישור בדיעבד – כהרשאה מלכתחילה.

82 ראה Arant, Forged Checks—The Duty of the Depositors to his Bank, *op. cit.*, p. 600,

Page, *op. cit.*, p. 473 et seq

83 נטען, למשל, כי בשל אוסיו הרטרואקטיבי של האשרור יש בו נסיון להפוך לחוקי מה שבל-עדיו היה עבירה פלילית, ועל כן מעין נסיון ליטול סמכויות חנינה. הפגם בדרך מחשבה זו היע כי אין בה הבחנה בין המישור האזרחי, בו עשוי האשרור לפעול, לבין המישור הפלילי, בו הוא אינו תופס. על הבחנה זו עמד השופט בלקבורן (Lord Blackburn) עוד בסוף המאה ה-19 בסדרת *M'Kenzie v. British Linen Co.* (1881) L.R. 6 H.L. 72, 99. כמו כן מקובל הנימוק כי אין לאשר פעולה שהיא בטילה ומבוטלת, ועל כן אין האשרור תופס בזיוף, שאין כוחו יספה כלשהו: ראה *Brook v. Hook* (1871) L.R. 6. Exch. 89, 99. על כך ניתן להשיב כי זו כשלעצמה אינה הנמקה אלא ניסוח הכללי. מדוע אין לאשרר פעולה בטילה ומבוטלת? זאת ועוד: פעולת הדוף אינה פעולה בטילה ומבוטלת, ולו מהטעם שהיטון עצמו אחראי על פי השטר (ראה היש 4 לעיל).

על ארבעה: ראשית, הגישה המקובלת הינה כי לשם אשרור יש צורך בידיעת העוכר- דות⁸⁴. לא הרי אשרור כהרי „מניעות על ידי רשלנות“⁸⁵; שנית, הגישה המקובלת הינה, כי האשרור תופס רק אם הפעולה נשוא האשרור נעשתה לידיעת הצד השני- לישי עבור המאשרר על ידי נציג שחרג מסמכותו⁸⁶. מכאן הכלל, כי אין אשרור תופס כאשר פעולת השלוח נעשתה עבור שולח נסתר⁸⁷. על כן אין אשרור תופס במקרה של זיוף שנעשה למען המזויף בלבד. שלישית, יש הסבורים כי הכרה באשרור אינה רצויה ונוגדת את טובת הציבור, שכן היא מעודדת הסתרת עבירות ומחלישה את האינטרס הציבורי שבגילוי עבריינים והענשתם⁸⁸; רביעית, במספר חוקי שטרות נוסחו התוראות הסטטוטוריות בענין אשרור באופן השולל את האשרור של חתימה מזויפת⁸⁹. נראה שכן הוא הדבר בפקודת השטרות הישראלית הקובעת⁹⁰ כי ניתן לאשרר „חתימה שנחתמה שלא ברשות ושאינה מגיעה לכלל זיהוף“. הפירוש המקובל של הוראה כגון זו הינו שחתימה מזויפת אין לאשרר. אם נימוק אחרון זה נכון, אין להבין מה ראה השופט כהן בפרשת שטאובר להקדיש חלק ניכר מפסק דינו⁹¹ לניתוח סוגית האשרור.

- 84 לשון אחרת: אין האשרור תופס לגבי עוכדה שאין יודעים אותה, אף שכאדם סביר צריך היה לדעתה: ראה Halsbury-Simonds, *op. cit.*, p. 178, sec 417
- 85 יש להצטער על כך, שאצל מחברים שונים נידונה בעית האשרור בצמוד לבעית המניעות. אלה שני מוסדות שונים, הן בטעמיהם והן ביסודותיהם. כך, למשל, נראה לנו שהשופט כהן צודק בדחותו תחולת האשרור בפרשת שטאובר מהטעם שהלקוח לא ידע את העובדות, אף אינו צורך בהפעילו דין זה במניעות.
- 86 ראה Halsbury-Simonds, *op. cit.*, p 175, sec. 412 וכן Keighley, Maxsted and Co. v. Durant [1901] A.C. 240
- 87 ראה Fridman, *op. cit.*, pp. 45-46
- 88 והו הטעם האמיתי העומד ביסוד פרשת Brook v. Hook (1871) L.R. 6 Exch. 89 היקפה של רצינולה זו, ראה Arant, Forged Checks—The Duty of the Depositor to his Bank, *op. cit.*, pp. 606-612
- 89 ראה סעיף 24 לחוק השטרות האנגלי; סעיף 29 לחוק האוסטרלי; סעיף 22 לחוק השטרות הדרום אפריקאי; סעיף 49 לחוק השטרות הקנדי. זו גם הדעה המובאת בספרות המשפטית בארצות אלה: ראה, למשל, Falconbridge, *The Law of Banks and Banking*, 6th ed. (1956), p. 546; Chalmers, *Bills of Exchange*, 13th ed. (1964) p. 74. סעיף 23 ל-Negotiable Instrument Law האמריקאי נוסח בצורה שונה במקצת, וכתוצאה מכך נחלקו הדעות בפסיקה האמריקאית אם חתימה מזויפת ניתנת לאשרור, כאשר הדעה הרווחת היתה כי אשרור כזה אינו תופס: ראה Britton, *op. cit.*, p. 343 et seq. סעיף 3-404 ל-Uniform Commercial Code קובע עתה בניסורש כי חתימה מזויפת ניתנת לאשרור.
- 90 סעיף 23 (ב) לפקודה.
- 91 פרשת שטאובר, עמ' 248-250. השופט כהן מדבר בקטעים אלה על אשרור ואמוץ בצותא חדא, למרות שאלה הם שני מוסדות משפטיים שונים. לענין האימוץ, ראה הי-ש 16 לעיל.

שיטת משפט המכירה באופן עקרוני באשרור כאמצעי להטלת הסיכון על לקוח שהתירשל בגילוי הזיוף, חייבת לבדוק אם זהו אמצעי יעיל. בודאי שאין זה אמצעי יעיל להשגת „פיוזר הנזק“, שהרי מכוח כללי האשרור מוטל הסיכון על הלקוח. אף מנקודת מבחן האשמה אין זה אמצעי יעיל, שכן הסיכון כולו מוטל על הלקוח הגורט בו מעבר לאשמתו, הן כאשר הבנק הגמשך אינו מתירשל⁹² והן כאשר הבנק הגמשך מתירשל⁹³.

4. נזיקין

א. כללי

דיני הנזיקין מטילים חובת זהירות על כל אדם כלפי כל אדם שיש לצפות כי הוא עשוי להפגז אם לא יינקטו באמצעי זהירות סבירים⁹⁴. ויקף החובה, כלומר הפעולות שיש לעשותן כדי לצאת ידי החובה, משתנות ממקרה למקרה⁹⁵. מקורה של חובה זו הוא בדיני הנזיקין הכלליים. אך ניתן להשתמש בתנאים כיסוד לגיבוש תניה זכלא בתווה⁹⁶ או לגיבוש „החובה“ הנדרשת בכללי ה„כניעות על ידי רשׁ לנות“⁹⁷. משהוכרה התובה של הלקוח כלפי הבנק, ונקבע כי הפרתה גרמה נזק, קמה זכותו הנזיקית של הבנק לפיצוי מאת הלקוח על הנזק שנגרם לו. נבדוק תחילה אם תנאי הרשלנות הנזיקית מתקיימים בסוגייתנו, ולאחר מכן נבדוק את יעילותם של דיני הנזיקין כאמצעי להשגת המטרה הראויה בהטלת הסיכון של זיוף.

ב. תנאי הרשלנות

1. חובה

כמספר רב של פסקי דין הכירו בתי המשפט באנגליה בקיום חובת זהירות על הלקוח כלפי הבנק⁹⁸. יחד עם זאת, הבסיס לחובה זו נראה תמיד כבסיס חזוי — תניה זכלא בתווה שבין הלקוח לבין הבנק⁹⁹. נראה כי הקירבה החזוית שבין הבנק לבין לקוחו מנעה את הצורך בפיתוח כללי קירבה בנזיקין. יתכן גם שהפ-

92 השווה עמ' 145 לעיל בענין המניעות.

93 השווה עמ' 145 לעיל בענין המניעות.

94 סעיף 50(2) לסקודת הנזיקין.

95 אנו מבחינים בין קיום החובה לבין היקפה. השאלה אם הלקוח צריך לבדוק את החשבונות הנשלחים אליו על ידי הבנק, בה נדון להלן, אינה שאלה הנוגעת לקיום חובת זהירות בין הלקוח לבין הבנק, אלא להיקפה של חובה זו. בלשונו של Millner, *op. cit.*, p. 25 et seq. נוגעת ל- „negligence issue“ ולא ל- „duty issue“.

96 ראה השׁ 17 לעיל.

97 ראה השׁ 30 לעיל.

98 ראה, למשל, *Greenwood v. Martins Bank Ltd.* [1932] 1 K.B. 371; *London Joint*

Stock Bank v. MacMillan [1918] A.C. 777

99 ראה, בעיקר, *London Joint Stock Bank v. MacMillan* [1918] A.C. 777, 805, 814, 823

וכן *Scholfield v. Earl of Londesborough* [1898] 1 A.C. 516

זיוף במשיכת שיק

ריעה לכך הגישה הכללית של המשפט האנגלי במאה ה-19, אשר נמנע מלהכיר בחובת זהירות בנוזקין כאשר הנוק היה כספי ולא פיזי. לנימוקים אלה אין מקום כיום. קיום חובה בין הבנק לבין לקוחו אין בו כדי לשלול, לא את הצורך ולא את האפשרות, לקיום חובת זהירות בנוזקין בין השניים. ההתפתחות המודרנית בתחום עוללת הרשלנות באנגליה¹⁰⁰, וניסוחה הסטטורי של עוולה זו בישראל¹⁰¹, מכירים בקיום חובת הזהירות הן לענין נזק כספי והן לענין נזק פיזי. לגופו של ענין נראה לי כי הלקוח, „צריך“¹⁰² לקחת בחשבון כי הבנק עשוי להינזק אם הלקוח לא ינקוט באמצעי זהירות סבירים¹⁰³. שיקולים שמכוחם מכירים בתי המשפט בקיום חובה מכללא בחובה שבין הבנק לבין לקוחו בענין חובת הזהירות, מובילים למסקנה כי חובה כזו קיימת בנפרד מהחובה על פי דיני הנוזקין.

2. היקף החובה

זיון במשפט המקובל האנגלי מצביע כי בעוד שעל „פני השטח“ מצטיירת חובה בעלת היקף ידוע ומוכר, הרי לאמיתו של דבר ניתן להכיר בקיומם של שני זרמים בפסיקה באשר להיקף חובתו של הלקוח כלפי הבנק. בהתאם לזרם הפסיקה הראשון¹⁰⁴, חובתו של הלקוח היא שלא להתרשל, „בעצם העיסקה“ שבינו

- 100 ראה *Hedley Byrne and Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.* [1964] A.C. 465
- 101 סעיף 2(50) לפקודה, כפי שפורש, בין השאר בהימ 106:54 וינסטיין ג. קדימה, ח' סד"י, 1317.
- 102 בחינה זו נעשת, כידוע, מנקודת מבט ההסדר הרצוי, ויש בה תפקיד יוצר-השוקד בידוי בתי המשפט: ע-א 451/66 קורנסולד ג. שאולוב, כא סד"י, (1), 310. ראה בעיקר בעמ' 324, וכך *Millner, op. cit.*, p. 26 et seq.
- 103 פסק הדין האנגלי העיקרי העשוי לעמד למכשול בפני גישה זו הינו *Scholfield v. Earl of Lon-desborough* [1896] 1 A.C. 516 בו הוחלט כי הקבל אינו חב חובת זהירות לאוחז השטר לענין שינויים מהותיים שהוכנסו בשטר. ההנמקה לפסק הדין היתה, בין השאר, כי בין הקבל לבין האוחז אין קשר חוץ. נראה לנו כי על מכשול זה ניתן להתגבר בכמה דרכים: א. לא נקבע בסרשת *Scholfield* כי החובות היחידות הן חחיות. לכל היותר נקבע בו כי בהגדר חובה חחית אין אחריות. במקרה שלפנינו קיימת חובה חחית בין הבנק לבין לקוחו, והשאלה היא אם קיימת גם חובה בנוזקין; ב. נראה שביסוד פרשת *Scholfield* הונחו שיקולים של מדיניות משפטית שלא רצחה להרחיב את חובת הזהירות לעבר צדדים נוספים לשטר. מדיניות זו, איפלו נכונה היא, אינה חופסת כיהסים בין בנק לבין לקוחו; ג. פרשת *Scholfield* נוסקה בסוף המאה ה-18, שעה שדיני הרשלנות היו באיבם. יש מקום לסברה – שפיתוחה תורג ממסגרת דיועו – כי היא אינה תואמת את ההשקפות המודרניות בדיני הרשלנות.
- 104 שמקורותיו ההיסטוריים מגיעים כנראה עד פרשת *Bank of Ireland v. Trustees of Evans Charities* (1855) 5 H.L.C. 389, 410 שם נוסק כי חברה אינה מחויבת מכח חותמה, אף כי שמירה רשלנית על החותם היא שאפשרה להטביעו. רק „negligence in or immediately connected with the transfer itself“ מטילה אחריות על החברה.

לבין הנק 104. המושג „רשלנות בעצם העיסקה“ זכה לפירוש מצמצם. פירושו התנהגות הלקוח הקשורה במישור למשיכת השיק והוצאתו¹⁰⁸. אין היא כוללת בחובה את הרקע העסקי שבהלכו נמשך השטר¹⁰⁷. כך, למשל, הלקוח מתרשל „בעצם העיסקה“ אם הוא מושך שיק באופן שניתן להכניס בו שינוי מהותי¹⁰⁸. לעומת זאת, הלקוח אינו מתרשל „בעצם העיסקה“ אם הוא מעסיק עובדים במפעלו מבלי לבדוק את כוונותם, ואחד מהם, בשל עברו המפוקפק, מזויף את החתימה של הלקוח על שיקים¹⁰⁹. מכאן גם נובע הכלל, כי אינה מוטלת כל חובה על הלקוח לעיין בחשבונות הנשך לחים אליו על ידי הבנק¹¹⁰. עיון בחשבונות אלה אינו פעולה „בעצם העיסקה“, אלא חלק מהרקע העסקי שבמהלכו נמשך השיק, ולענין רקע זה אינה מוכרת חובת הלקוח כלפי הבנק.

105. ראה, בעיקר, *London Joint Stock Bank v. Macmillan* [1918] A.C. 777, 795. “the negligence must be in the transaction itself, that is, in the manner in which the cheque is drawn. It would be no defense to the banker, if the forgery had been that of a clerk of a customer, that the latter had taken the clerk into his service without sufficient inquiry as to his character.” *Bank of England v. Vagliano* [1891] A.C. 107, 115: “The carelessness of the customer, or neglect of the customer to take precautions, unconnected with the act itself, cannot be put forward by the banker as justifying his own default.” ראה גם היש 104 לעיל ו-110 להלן.

106. ראה היש 105 לעיל וכן *Falconbridge, op. cit.*, p. 553: “... the negligence must be in the immediate transaction itself, that is, in the drawing of the cheque ... the customer is not under an obligation towards his bank to exercise care in the general carrying on of his business”

107. ראה דברי השופט פיינלי (Lord Finlay L.C.) ב-*London Joint Stock Bank v. Macmillan* (1918) A.C. 777, 801 שבהתייחסו לפרשת *Kapitigalla Rubber Estates v. National Bank of India* [1909] 2 K.B. 1010, 1022 אומר: “... there is no obligation as between customer and banker that the person should take precautions in the general carrying on of his business”

108. ראה *London Joint Stock Bank v. Macmillan* [1918] A.C. 777

109. ראה: *Lewes Sanitary Laundry Co. v. Barclay & Co.* (1906) 95 L.T.R. 444, 448: “... it is not enough for the banker to show that the conduct of his customer ... enabled the fraud to be committed. He must show that the customer caused him to pay the money upon the forged cheque. It is not enough to show that the customer gave occasion for his so paying — that different conduct would have prevented the fraud and the payment by the banker ... It must be shown, ... that the conduct of the plaintiff company, in or immediately connected with the forging or uttering of the cheques, misled the defendant bank”

110. ראה *Kapitigalla Rubber Estates Ltd. v. National Bank of India* [1909] 2K. B. 1010 וכן *Walker v. Manchester and Liverpool District Banking Co.* (1913) 29 T.L.R. 492 וכן גם הדין בדרום אפריקה: *Standard Bank of S.A. Ltd. v. Kaplan*, 1922, C.P.D. 214.

זרם הפסיקה השני מקורו בפרשת *Greenwood v. Martins Bank, Ltd* [1932].¹¹¹ בפרשה זו זייפה אשת הלקוח את הלקוחות על מספר שטרות הבנק פרע השטרות, וחייב חשבונו של הלקוח. לאחר מכן נודע דבר הזיוף ללקוח, אך הלקוח שמר ידיעה זו באמתתו ולא הודיע עליה לבנק אלא לאחר מות אשתו.¹¹² תביעתו של הלקוח לביטול חיוב חשבונו נדחתה. בית המשפט פסק כי במסיבות אותה פרשה מוטלת על הלקוח החובה לגלות לבנק דבר הזיוף, ובכך לאפשר לו להטיב מצבו על ידי השבת הכספים ששולמו. הכלל העולה מפרשה זו, הינו, כי מוטלת על הלקוח החובה לנקוט באמצעי זהירות סבירים, לרבות עיון בחשבוניות הנשלחים אליו על ידי הבנק, כדי למנוע מהבנק נזק הקשור באבוד זכותו כלפי מקבל הפרעון.

השוואת שני זרמים אלה זה לזה מצביעה, לדעתנו, על סתירה עמוקה ביניהם.¹¹³ בהתאם לזרם הראשון, אינה מוטלת כל חובה על הלקוח לנקוט באמצעי זהירות סבירים כדי למנוע מהבנק נזק הנובע מעצם התשלום של השיק למקבל הפרעון. לעומת זאת, בהתאם לזרם השני, מוטלת החובה על הלקוח לנקוט באמצעי זהירות סבירים כדי למנוע מהבנק נזק הנובע מאבוד זכותו להשבת דמי השטר ממקבל הפרעון. מה היסוד ההגיוני להבחנה זו? אם אין חובה לחפש זיופים לפני ביצוע התשלום (הזרם הראשון), מדוע יש חובה לחפש זיופים לאחר ביצוע התשלום (הזרם השני)? נחזור לדוגמת העובד המזויף שתי סדרות של שיקים.¹¹⁴ לענין הסידרה השניה קובע זרם הפסיקה הראשון כי אינה מוטלת כל חובה על הלקוח לבדוק את החשבוניות שנשלחו אליו, הנוגעים לשטרות מהסדרה הראשונה, ובכך למנוע מהבנק נזק הנובע מעצם התשלום. לעומת זאת, לענין סידרה שניה זו עצמה קובע הזרם השני כי מוטלת חובה על הלקוח לבדוק את החשבוניות שנשלחו אליו, כדי למנוע מהבנק נזק הנובע מאיבוד זכותו כלפי מקבל הפרעון. מה היסוד להבחנה? אמת הדבר הסתירה בין שני הזרמים לא התקיימה בעובדות ששימשו בסיס לפרשת *Greenwood Ltd v. Martins Bank Ltd*, שכן בפרשה זו היו כל השטרות מהסדרה הראשונה בלבד, ולא היה בסיס עובדתי לתחילת הזרם השני. אך הגישה של פרשת *Greenwood* עומדת בסתירה להגיון הזרם הראשון. ההנחה העומדת ביסוד פרשת *Greenwood* הינה שחובתו של הלקוח אינה חד פעמית, אלא חובה מתמשכת כל עוד החשבון של הלקוח קיים בבנק.¹¹⁵ לעומת זאת ההנחה העומדת ביסוד הזרם הראשון הינה

111. *Brown v. Westminster Bank, Ltd.* [1932] 1 K.B. 37; [1933] A.C. 51. ראה גם [1964] *Lloyde's Rep.* 187 שצוטט בהרחבה בפרשת שטאובר.

112. על פי הדין ששרר באותה עת באנגליה הביא מות האשה לביטול כל זכות כלפי עוכנה, וכלפי בעלה שבאותה עת היה אחראי לחובותיה. ראה פרשת שטאובר, בעמ' 252.

113. נראה לנו, כי השופט יורן, שפסק את הדין בבית המשפט המחוזי בפרשת שטאובר (ניגמ"מ, 3) עמד על קיומם של זרמים נוגדים אלה ועשה מאמץ לנשר ביניהם. לדעתנו לא עלה בידו מאמץ זה, והפער נשאר כשהיה.

114. ראה עמ' 139 לעיל.

115. ראה פסק דינו של השופט סקרטון בבית המשפט לערעורים אורחיים, האומר: "But the relation does not merely refer to one cheque; it is a continuing relation in which the customer may draw cheques from time to time... this, in my view,

שחובת הלקוח הינה חד-פעמית ונוגעת למשיכת השיק בלבד.¹¹⁶ ניתן להביא את הטענות הבאות, בניסיון ליישב את הסתירה בין שני הזרמים הנוכחים שבפסיקה האנגלית.¹¹⁷ ראשית, ניתן לומר כי הזרם הראשון עוסק בחובות החוזיות שבין הבנק לבין לקוחו, ואילו הזרם השני עוסק במניעות, ולא הרי אחריות חוזית כהרי אחריות מכוח מניעות. טענה זו ניתן לדחות משני טעמים: האחד, במספר פסקי דין במסגרת הזרם הראשון נידונה טענת המניעות דוקא.¹¹⁸ השני, כבר ראינו כי הן לענין התניה מכללא בחוזה והן לענין המניעות, חייבת להתקיים בין הבנק ללקוח החובה לגרע באמצעי זהירות סבירים.¹¹⁹ היקפה של חובה זו זהה בשני המקרים.¹²⁰ על כן, ניתוח החובה לענין הזרם הראשון רלבנטי בגיתוח החובה לענין הזרם השני.¹²¹

involves a continuing duty on either side to act with reasonable care to ensure the proper working of account... This, I think, would involve a... duty on the customer, if he became aware that forged cheques were being presented to his banker, to inform his banker in order that the banker might avoid loss in the future. (p. 380-380). אך זה עומד בסתירה ברורה לזרם השני השולל חובה ממין זה. אילו זו היתה החובה, האם היא לא היתה כוללת בחובה, כדבר מובן מאליו, את החובה לבדוק חשבוניות הנשלחים על ידי הבנק. האם זה אינו נכלל בחובה - להבטיח את פעולתו התקינה של החשבון?

116. השוה דברי השופט בריי (Bray J.) בפרשת *Kapitigalla Rubber Estates Ltd. v. National Bank of India Ltd.* [1909] 2 K.B. 1010, 1025: "The defendants go further and say that there is a duty 'to use reasonable care in the carrying out of their business relating to the issuing of mandates'. This is a very vague statement of the duty. What is meant, I suppose, is that, beyond the care which must be taken in the transaction itself, a customer must, in the course of carrying on his business, take reasonable precautions to prevent his servants from forging his signature, ... Now is there any authority for this proposition? I can find none."

117. עובדה מעניינת היא שאבי הזרם השני בפסיקה האנגלית הנו הטיפוס סקרטן, שנתן את פסק הדין העיקרי בפרשת *Greenwood* בבית המשפט לערעורים אורחיים, ושעמר על קיומה של חובת הזהירות הנוכרת בין הבנק לבין לקוחו. בבית הלורדים הניחו כמוכן מאליו קיום חובה זו. והנה, היה זה סקרטן בעורך דין שטען להרחבת החובה במסגרת הזרם הראשון בפרשת *Kapitigalla Rubber Estate* וטענתו נדחתה. נראה שסקרטן הטיפוס הצליח להשיג את סקרטן עורך הדין לא הצליח.

118. *Lewes Sanitary Steam Laundry Co. v. Barclay and Co.* (1906) 95 C.T.R. 444.

119. ראה עמ' 139 לעיל.

120. מבחינה הסטורית מבוססות שתי העילות על פרשת *Young v. Grote* (1827) 4 Bing 253 לענין פסק דין זה לא ברורה כלל עילת התביעה שבו, האם היא אחת בלבד, או שמקורה במניעות.

121. אכן, עיין ב-*Bower, op. cit.*, pp. 69, 70, מראה כי בנתחו את יסוד החובה- שב-מניעות על ידי רשלנות הוא משנה ישירות לאסמכתאות רעוסקות בתנועת מכללא.

שני ת, ניתן לומר – וזאת היתה גישתו של השופט לנדוי בפרשת שטאובר¹²² – כי, גם שליחת העתקי החשבון ללקוח והעיון בהם על ידי הלקוח גם הם הינם בגדר מהלך העסקים הקובע את הנהוג המסחרי בינו לבין הבנק ככל הנגוע לכיבוד שיקים הנמשכים על הבנק, ועל כן יש לראות התרשלות בהם כמתייחסת „לעצם העיסקה” שבין הבנק לבין לקוחו. אכן, עיון בהעתקי החשבוטת הינו חלק „מהמהלך העסקים הקובע את הנהוג המסחרי” בין הבנק לבין לקוחו, אך אין הוא חלק „מהעיסקה גופה”, המצומצם לעצם משיכת השטר והוצאתו. השופט לנדוי מבסס השקפתו על פסק הדין הידוע בפרשת *Bank of England v. Vagliano* (1891), בו ניתן למצוא מספר אימרות התומכות בהשקפה זו, אך דא עקא שאימרות אלה פורשו בפסיקה מאוחרת פירוש מצומצם והגבלו לעובדות המיוחדות של פרשת וליאנו, מהן ניתן למצוא סימנים לרשלנות בהוצאת השטרות עצמם¹²³. רשלנות באי גילוי הזיוף, או בשמירה על השיק¹²⁴, אינם רשלנות „בעצם העיסקה”, ועל כן נשארת בעינה הסתירה בין שני הזרמים.

שלישית, ניתן אולי ליישב בין שני הזרמים הללו לאור ההבחנה הבאה: הזרם הראשון שולל קיום החובה במקרה של התנהגות רשלנית של הלקוח, דהיינו באי נקיטת אמצעי זהירות במקום שצריך לצפות כי נקיטה בהם תגרום נזק אך במקום שאין ידיעה בפועל על כך. לעומת זאת, הזרם השני מכיר בקיום החובה במקרים בהם הלקוח יודע את דבר הזיוף ונמנע מלהודיע עליו. מכאן, שבמקרה והלקוח אינו יודע את העובדות לאשורן, אין סתירה בין שני הזרמים. אכן, פירוש ברוח זו לזרם הפסיקה השני נתן השופט כהן בפרשת שטאובר. לדעתו¹²⁵, „מוטלת חובה על לקוח

122. פרשת שטאובר, בעמ' 247.

123. [1891] A.C. 107

124. ראה בעיקר פרשת *Kapitigalla Rubber Estates v. National Bank of India* [1909] 2 K.B. 1010, 1023 המסתמך בעיקר על שתי עובדות: האחת, שכפרשת וליאנו היה קיבול של הלקוח; השניה, שכפרשה זו לוי השטרות במכתב אוטנטי של הלקוח אל הבנק המבקש פרעונו. שתי עובדות נוגעות לעסקה עצמה. פרשת *Kapitigalla* צוטטה ברחבה ותוך הסכמה בפרשת *London Joint Stock Bank v. Macmillan* [1918] A.C. 777 והשוטט הולדיין (Viscount Haldane) אומר כי פסק דיעו של השופט ברין: “States the principle with conspicuous lucidity”.

125. בפרשת שטאובר מביא השופט לנדוי (בעמ' 246) את הכלל כי רשלנות הלקוח צריכה להת-ייחס לעצם העסקה ביע לבין הבנק, ומוסיף: דוגמא לכך היא שמירה רשלנית... של מסמך סתיר המוגש לאחר מכן לבנק לגביה. כסימוכין להשקפה זו הוא מביא את הלסבורי-סימונד כרך 15, עמ' 246. עיינתי בקטע הנזכר, ולא מצאתי בו כי שמירה רשלנית של מסמך סתיר הינה רשלנות בעצם העסקה. בתחילת הקטע מובאות מספר אסמכתאות הקובעות כי שמירה רשלנית של מסמך שטרם הושלם אינה משמשת בסיס למניעות. בסוף הקטע נקבע אמנם כי שמירה רשלנית של מסמך שלם עשרה לשמש בסיס למניעות, אך נקבע שם במפורש כי פסיקה זו מכוססת על שיקולים שונים מאלה שהובאו ברישא. שיקולים אלה מקורם בדיני הנזיחה ובמצג שבין שולח לבין צד שלישי, ואין להם ולא כלום לרשלנות בעסקה טפה.

להעמיד בנק על העובדה, הידועה לו ושאינה ידועה עוד לבנק, ששיקים מזוייפים המתיימרים להיות שלו, מצאים ומצגים לפרעון. זו חובה פשוטה היא, והיא חלה על הלקוח כל אימת שהוא ידע, או שיש לו יסוד סביר להניח, כאמור, שחתימתו על שיקים זוייפת... מה שאין כן כשהלקוח לא ידע כלל שעלול הבנק להיתקל בשיקים מזוייפים; ולא זו בלבד שלא ידע, אלא שאף לא חשד מלא היה לו יסוד להניח – ואין נפקא מינה גם לענין זה, מה זכה סיבת אי-ידיעתו ולמה לא היתה לו סיבה סבירה לחששות". לעומתו גרס השופט ויתקין בפרשת שטאובר¹²⁶, כי אין לצמצם את הורם השני ברחו זו, וכי „אין לפקפק בכך שלא רק שתיקה תוך ידיעה ממשית בדבר הזיוף מונעת מהלקוח מלטעון שהשיקים היו מזוייפים, אלא גם ידיעה מיוחסת, דהיינו, ידיעה אשר אלמלא רשלנותו של הלקוח היה בידו להשיגה". אכן, נראה לנו שהצדק עם השופט ויתקין, וכי הבחנה זו בין „ידיעה בפועל”¹²⁷ לבין „ידיעה מיוחסת” אינה עומדת במבחן כללי הרשלנות, ואין היא יכולה לשמש יסוד להבחנה בין שני הורם מים הגזכרים. אמת הדבר, בשני פסקי הדין החשובים בהם הופעל זרם הפסיקה השני¹²⁸ ידע הלקוח על דבר הזיוף, אך עובדה זו אינה נראית לנו כמכרעת. התובה לענין „המניעות על ידי רשלנות” מוסקת מהחובה לענין הרשלנות (אם כתניה בחוזה ואם מכוח דיני הנויקין), ולענין חובה זו אין יסוד להגבילה רק למקרים של ידיעה בפועל. חובה זו משתרעת גם, ובעיקר, על מקרים בהם אדם אינו ידע, אך היה ידע אילו נקט באמצעי זהירות סבירים. אכן, לגרשה אחרונה זו יש סימוכין במשפט האנגלי עצמו¹²⁹, והיא ההשקפה המקובלת במשפט האמריקאי¹³⁰.

3. גרס נוק

בהתאם לדיני הנויקין הכלליים, אין די בכך שהתנהגותו הרשלנית של הלקוח הפרה חובתו כלפי הבנק. תנאי הוא לאהריות שיתקיים קשר סיבתי „משפטי”¹³¹ בין

126. פרשת שטאובר, בעמ' 251.

127. שם, בעמ' 245.

128. השופט כהן עצמו מכיר בקיום חובה לא רק כאשר יש ידיעה בפועל, אלא גם כאשר יש יסוד סביר להאמין, דהיינו כאשר קיימת ידיעה כלשהי של עובדות שאינה מניעה כדי ידיעה מלאה, אך שיש בה כדי לעורר חשד. (פרשת שטאובר, בעמ' 249). מה היסוד להבחנה זו? אם אינה מוטלת עלי בדרך כלל, החובה לחפש, מדוע תוטל עלי החובה לחפש כאשר יש חשד?

129. ראה *Greenwood v. Martins Bank Ltd.* [1933] A.C. 51; *Brown v. Westminster Bank Ltd.* [1964] 2 Lloyd's Rep. 187.

130. ראה, בין השאר, *Freeman v. Cooke* (1848) 2 Ex 654; *Orr and Barber v. Union Bank of Scotland* (1854) 1 Macq, at p. 513; *Carr v. London and North Western Railway Co.* (1875) L.R. 10 C.P. 307; *Seton v. Lafone* (1887) 19 Q.B.D. 63, 70; *Bank of England v. Vagliano Brothers* [1891] A.C. 107, 123; *Scholfield v. Earl of Londesborough* [1896] A.C. 514, 573; *Bell v. Marsh* [1903] 1 Ch. 528, 541; *London Joint Stock Bank v. Paget*, *op. cit.*, p. 456 *Macmillan* [1918] A.C. 777, 818;

131. להבחנה בין קשר סיבתי עובדתי לבין קשר סיבתי משפטי, ראה *Fleming, The Law of Torts*, 3rd ed. (1965), p. 176.

ההפרה לבין הנוק¹³². בהתאם לזרם הפסיקה הראשון שנוכר לעיל, אפילו תוכר חובתו של הלקוח לבדוק החשבונות שנשלחו אליו על ידי הבנק, אין בהפרת חובה זו כדי לגרום נזק לבנק. הנוק לבנק נגרם בעצם התשלום. התשלום לא נגרם בשל מחזקו של הלקוח. מהדלו של הלקוח הוא „סיבה בלעדית אין“ (Cause sine qua non). אך הוא אינו סיבה ישירה (direct) או אפקטיבית (effective) או מידית (immediate) לנוק, ורק קשר סיבתי מהסוג האחרון מספיק¹³³. גישה זו בוקרה בספרות האמריקאית, שראתה במחזקו של הלקוח קשר סיבתי מספיק לגרם נזקו של הבנק¹³⁴. אפילו נכונה העמדה האנגלית הזו, אין היא מתיישבת עם גישת הזרם השני לכללי הסיבתיות. על פי זרם זה שתיקת הלקוח „גורמת“ נזק לבנק באבדן זכותו להישבה כלפי מקבל הפרעון¹³⁵. במה שונה קשר סיבתי זה מהקשר הסיבתי לענין הזרם הראשון? אם שתיקת הלקוח אינה קשורה בקשר הסיבתי הדרוש לנוק הנובע מביצוע התשלום (הזרם הראשון, לענין סידרת השיקים השניה), מדוע שתיקתו של הלקוח קשורה בקשר הסיבתי הדרוש לנוק הנובע מאבדן זכות ההשבה ממקבל הפרעון (הזרם השני)?

ג. הרשלנות כאמצעי יעיל להטלת הסיכון שביוף

מנקודת מבטו של מבחן „פיוור הנוק“, הרשלנות היא אמצעי פסול להטלת הסיכונים הנובעים מזיוף במשיכה, שהרי אמצעי זה עשוי להטיל את הסיכון כולו או מקצתו, על הלקוח. מנקודת מבט זו יש לשאוף לדחיקת רגליה של הרשלנות מסוגייתנו. כרע במיעוט, יש לשאוף לצמצום תחולת דיני הרשלנות. זאת, בין השאר, הן על ידי זרם הפסיקה הראשון מבין שני הזרמים שנותחו לעיל, והן על ידי עידוד ההבחנה בין „דריעה בפועל“ לבין „דריעה מיוחסת“. לא כן מנקודת מבטו של מבחן „האשמה“. בהתאם למבחן זה ניתן להשיג את התוצאה הרצויה של הטלת הסיכון על צד האיש באופן השלם ביותר באמצעות דיני הרשלנות¹³⁶. כאשר הלקוח מתרשל הוא נושא באחריות כלפי הבנק הנמשך. אחריות זו אינה תמיד על סכום השטר, אלא שיעורה כשיעור הנוק שנגרם לבנק. אם הבנק היטיב מצבו בחלק מהסכום, ישא הלקוח באחריות רק על היתרה. אם הנוק נגרם הן בשל רשלנות הלקוח והן בשל רשלנות הבנק, לא יוטל הסיכון כולו על אחד מהם — כפי שהדבר קורה במגיעות¹³⁷ — אלא יחולק בין השניים כמידת אשמתם. מנקודת מבט זו יש להעדיף

132. ראה, בין השאר, 132 Mass. 156, 159 (1882) *Dana v. National Bank of the Republic*; 36 S.W. (2d) 141, 153; *Critten v. Chemical Nat. Bank* (1902) 171 N.Y. 219.

133. ראה *Walker v. Manchester and Liverpool District Banking Co.* (1913) 29 T.L.R. 492, 493.

134. ראה *Arant, Forged Checks--The Duty of the Depositor to his Bank* *op. cit.*, p. 615.

135. המסתמך, בין השאר, על 124 La. 885, 887 (1909) *Israel v. State National Bank*; 50 So 783, 784.

136. ראה עמ' 141 לעיל.

137. ראה *Critten v. Chemical National Bank* (1902) 171 N.Y. 219, 63 N.E. 969; Note, ראה 60 (1946) *H.L.R.* 643.

137. ראה עמ' 145 לעיל.

את זרם הפסיקה השני על פני הראשון, שהן רק זרם זה נתון תוקף מלא לעקרוז „האשמה“, ומתיישב יפה עם הדיניות המודרנית בתחום דיני הרשלנות. מנקודת מבטם של דיני הרשלנות הכלליים אין כל הצדקה להבחין בין רשלנות בניהול הכללי של העסק, לבין רשלנות „בעצם העיסקה“. נראה שהזרם הראשון נולד בתקופת הינקות של דיני הרשלנות, והוא מתבסס על הנחות שאין להן תוקף כיום. מדוע עלי לנקוט באמצעי זהירות סבירים כדי שלא למשוך שיק באופן שניתן להכניס בו שינוי מהותי, אך איני חייב לנקוט באמצעי זהירות סבירים כדי לגלות זיוף שכבר נפל בשיק? מדוע עלי לנקוט באמצעי זהירות סבירים כדי למנוע מהבנק נזק שבאבדן זכותו כלפי מקבל הפרעון, אך אינה מוטלת עלי החובה לנקוט באמצעי זהירות סבירים כדי למנוע מהבנק נזק הגובע מעצם התשלום? אכן, במשפט האמריקאי הנתון תוקף למבחן „האשמה“ בסוגיה זו אין למצוא עוד את ההבחנה הנזכרת בין שני זרמי פסקי הדין. הדין שם הוא שתובתו של הלקוח מוכרת הן לענין „עצם העיסקה“ הן לענין הניהול הכללי של העסק, לרבות העסקת עובדים מהימנים ובריקת החשבונות הגשליחים על ידי הבנק.¹³⁸

אף כאן, כמו במקרה התווה¹³⁹, מתעוררת שאלת הקיזוז. כנגד זכותו החוית של הלקוח כי חשבונו לא יחוייב אלא אם כן ישנה הוראה אוטנטית מצדו, עומדת זכותו של הבנק לפיצויים כדי הנזק שהלקוח גרם ברשלנותו לבנק. שתי זכויות אלה מוגדרות זו לזו, אך על פי הדין הרגיל אין לקוון. האם גובע מכאן ששימוש בניזוקין כמכשיר לפתרון בעיתנו יגרוור אחריו את הצורך בהגשת שתי תביעות: האחת של הלקוח לביטול חיוב חשבונו, והשניה של הבנק לחיוב הלקוח בשיעור הנזק שנגרם לבנק? נראה לנו כי תוצאה זו אינה מתבקשת כלל¹⁴⁰. דוקא האפשרות כי ייוצר מצב של כפל תביעות חייב להוביל את השיטה המשפטית – המצוייה בשלב התהוות הדינים באשר להוכחות הלקוח כלפי הבנק – ליצירת דין סובסטנטיבי לפיו הפרת תובת הלקוח מזכה את הבנק לחיוב את חשבונו הלקוח כדי הנזק שנגרם לבנק. סימוכין לגישה זו בעניני שיקים ניתן למצוא במשפט האנגלי עצמו¹⁴¹.

138. לאוסף הפסיקה האמריקאי בסוגיה זו ראה את ההערות הבאות ב-A.L.R. 64-1108; 15-159; *Corpus Juris Secundum*, Vol. 9, pp. 730, 743; 67-1121; 103-1147 ראה גם; *American Jurisprudence*, Vol. 7, p. 413

139. ראה עמ' 138 לעיל.

140. אשר לשימוש בתניה מכללא בסוגיה זו, ראה הש' 28 לעיל.

141. ראה *London Joint Stock Bank v. Macmillan* [1918] A.C. 777, 818: "... the banker may alternatively say that even if the customer could otherwise prima facie be entitled to recover from him the amount paid on such a cheque as I have referred to, on the footing that the latter had no voucher which justified the payment, he, the banker, must be entitled in such a case to recover against the customer for the loss sustained by a negligent act, and that, to prevent circuity of action, he must be allowed to set up a defense based on his immunity from the loss so occasioned: see the judgment of Cockburn, C.J. in the case of *Swan v. North British Australasian Co.* 2 H. & C. 175, 190". ישלצייך כי בפרשת *Macmillan* הודה שיעור הנזק של הבנק עם סכום השיק. שאלות

ד. מטרה ואמצעים במשפט האנגלי, האמריקאי והישראלי

המשפט האנגלי מבקש להטיל את הסיכון של זיוף במשיכה בהתאם למבחן „האשמה“¹⁴². אופינית אימרתו של השופט מנספילד (Lord Mansfield)¹⁴³ כי: Each party is innocent (of the forgery crime): the question is on whom the loss must fall? — it should be on him who is most in fault.”

לשם הגשמת מבחן זה נקט המשפט האנגלי בעיקר בשני אמצעים: החזים ומגיעות. שני האמצעים כאחד לא היה בהם כדי להשיג את המטרה. האמצעי התחזי לא השיג את מטרתו, שכן בתי המשפט באנגליה הכירו בשני זרמים של פסקי דין באשר למצות חובתו של הלקוח כלפי הבנק, ובכל הנוגע לזרם הראשון נתנו פירוש מצומצם לחובה זו, ובכך הטילו את הסיכון על הבנק¹⁴⁴. המגיעות לא השיגה את המטרה המבוקשת, שכן במדותה אין היא מסוגלת להטיל סיכון בהתאם למידת האשמה בלבד¹⁴⁵. השימוש בה במשפט האנגלי הטיל במקרים רבים (הזרם השני) את הסיכון כולו על הלקוח. גראה, איפוא, שהמשפט האנגלי נוקט בעמדה כפולה: מחד גיסא הוא מצמצם את המקרים בהם מוטלת אשמה על הלקוח (הזרם הראשון של הפסיקה), ומאידך גיסא, בחלקם של המקרים בהם מזכרת חובה, מוטל הסיכון כולו על הלקוח, מבלי שרשלנות הבנק תעביר חלק מהסיכון עליו (הזרם השני, לענף השטרות מהסוג הראשון). מה גמיון יש בעמדה זו?

קשות עשויות להתעורר אם שיעור הנוק נמוך מסכום השיק. במקרה זה, על פי הצעתנו, יחייב הבנק חשבון הלקוח בסכום שגראה לבנק כשיעור נוק, ואם הלקוח לא יהיה מרוצה, הזכות בידו לפנות לכית המשפט. הסדר זה מטיל את הנטל על הלקוח, למרות שהידיעות בענין היקף הנוק שנגרם לבנק מצויות אצל הבנק ולא אצל הלקוח.

142. ראה, למשל, *London Joint Stock Bank v. Macmillan* [1918] A.C. 777, 793: As the negligence of the customer caused the loss, he must bear it.” במשפט האנגלי היא זו, לפיה משני צדדים תמיכה צריך לשאת בסיכון זה שאפשר את גרימת הנוק. ראה דברי השופט Ashurst J. בפרשת *Lickbarrow v. Mason* (1787) 2 T.R. 63, 70. פסיקה מאוחרת יותר צמצמה אמרה רחבה זו בקבעה כי לא גרם הנוק הוא הקובע הטלת הסיכון, אלא ההתרשלות במילוי חובה: ראה *Swan v. North British Australasian Co.*, 2 H. & C. 175, 182. יחד עם זאת ניתן למצוא גם רמזים למבחן פיוור הנוק. ראה, למשל, דברי השופט בריי בפרשת *Kapitigalla Rubber Estates Ltd. v. National Bank of India Ltd.*, [1909] 2K.B. 1010, 1025: “The truth is that the number of cases where banker sustain losses of this kind are infinitesimal in comparison with the large business they do, and the profits of banking are sufficient to compensate them for this very small risk. To the individual customer the loss would often be very serious; to the banker it is negligible.”

143. ראה *Smith v. Sheppard* (1776), Hil. Term 16 Geo III Comment, Allo- cation of Losses from Check Forgeries etc., *op. cit.*, at p. 434

144. גראה גם שבעשותם כך, ראו חלק מהשופטים לגד עיניהם דוקא את מבחן פיוור הנוק. ראה ה-ש 142 לעיל.

145. ראה עמ' 145 לעיל.

המשפט האמריקאי גורס גם הוא, בדרך כלל, את מבחן „האשמה” כמבחן הראוי להטלת הסיכון של זיוף במשיכה.¹⁴⁶ לשם השגת מטרה זו נוקט הוא בכל אחד מהאמצעים שהוזכרו ברשימה זו. במסגרתם נרא מכיר ביד רחבה בחובת הזהירות של הלקוח כלפי הבנק.¹⁴⁷ ההבחנה האנגלית בין שני הזרמים בפסיקה אינה מקובלת במשפט האמריקאי.¹⁴⁸ כללי הסיבתיות נוסחו באופן רחב, כך שהם תופסים במסגרתם גם מקרה של שתיקת הלקוח שבלעדיה לא היה נגרם הנזק.¹⁴⁹ לעומת זאת, בתי המשפט האמריקאיים קיצוניים הרבה יותר מעמיתיהם האנגליים באשר לרלבנטיות של רשלנות הבנק. הגישה המקובלת בארצות הברית הינה, כי כל רשלנות של הבנק, ותהיה גם קלה ביחס לרשלנות הלקוח, שוללת מהבנק את הטענה כי הלקוח התרשל, ומטילה על כן את הסיכון על הבנק.¹⁵⁰ נראה אפוא, שהמגמה במשפט האמריקאי אינה אחידה. בעוד שמחד גיסא הם מכירים ביד רחבה בחובתו של הלקוח כלפי הבנק, הרי מאידך גיסא הם שוללים את האפקטיביות של חובה זו בכל מקרה בו התרשל הבנק.¹⁵¹

על עמדתו של המשפט הישראלי ניתן לשפוט בינתיים רק על פי גישת בית המשפט העליון בפרשת שטאובר. זהו, כמובן, „מדגם” קטן מדי, והמסקנות המרסקות הן מטבע הדברים בלתי מדויקות. עיון בפסק הדין בפרשת שטאובר אינו מגלה התייחסות מפורשת של השופטים למטרת ההסדר הרצוי. בית המשפט פונה מיד לאמצעים המשפטיים, מבלי שייקבע על פני הפסק את המטרה אליה הוא שואף. יחד עם זאת, נראה לנו כי מטרה זו לא נעלמה מעיני בית המשפט, ואם כי אין למצוא אותה מפורשת על פני הפסק, היא מבצבצת בין השורות. נראה לנו כי שופטי הרוב¹⁵² גרסו את מבחן „האשמה” כמבחן הראוי להטלת הסיכון, ואילו שופט המיעוט, השופט כהן, גרס את מבחן „פיזור הנזק” כמבחן הראוי להטלת הסיכון. על יסוד

146. לרשימת אסמכתאות, ראה Comment, Allocation of Losses from Check Forgeries, etc.,

147. ראה ה"ש 138 לעיל. *op. cit.*, p. 434 (n) 76 Uniform Commercial Code—ראה סעיף 4-406.

148. ראה סעיף 406(1) ל-U.C.C. הקובע: "When a bank sends to its customer a statement of account accompanied by items, paid in good faith is support of the debit entries

or holds the statement and items pursuant to a request or instructions of its customer or otherwise in a reasonable manner makes the statement and items available to the customer the customer must exercise reasonable care and promptness to examine the statement and items to discover his unauthorized signature . . . and must notify the bank promptly after discovery thereof

149. ראה ה"ש 138 לעיל.

148. ראה ה"ש 134 לעיל.

149. ראה ה"ש 50 לעיל, וכן סעיף 4-406(3) ל-U.C.C. הקובע: (3) The preclusion under subsection (2) does not apply if the customer establishes lack of ordinary care on the part of the bank in paying the item(s)."

150. נראה שהמשפט האמריקאי נוקט בדיני השטרות באותם דינים בהם נקט בעבר בדיני הנויקן, לפיהם רשלנות תורמת של הנזק שוללת מעיקרה את עילת התביעה; השאלה היא, מה טעם יש להפעיל גישה זו בתחום השטרות, שעה שהיא כבר נוטלה בתחום הנויקן?

151. השופטים ויתקן, לנדוי, ווסמן וברנון.

שוני זה בהשקפות ניתן להבין את הדגשת היתר שהדגישו שופטי הרוב את רשלנותו של הלקוח לעומת רשלנות הבנק, ואת המאמצים שנעשות על ידי שופט המיעוט לדחיית תחולתם של כללי המניעות במקרה שלפניה. אם אמנם השערה זו, באשר להשקפות היסוד של השופטים בפרשת שטאובר, נכונה היא, נראה לנו שהם לא נקטו באמץ צעים הראויים להגשמת השקפתם. השופט ויתקון פנה למניעות כאמצעי להשגת מטרתו. כבר ראינו, כי המניעות אינה אמצעי יעיל להגשמת מבחן „האשמה“¹⁵². המניעות היא אמצעי נוקשה, המטיל את הסיכון כולו על צד אחד בלבד, בחינת „הכל או לא כלום“. אכן, התוצאה אליה הגיע השופט ויתקון מוכיחה את חוסר ההתאמה של המניעות כאמצעי להשגת מבחן „האשמה“: בפרשת שטאובר התרשל בעיקר הלקוח, אך ברור מתוך פסק הדין¹⁵³, כי גם הבנק התרשל, אף כי בהשוואה לרשלנות הלקוח, „אשם“ הבנק פחות. ההסדר הרצוי, מנקודת מבט „האשמה“, היה בהטלת הסיכון על שני הצדדים כמידת אשמתם. להסדר זה ניתן היה להגיע באמצעות החוזים והגד זיקון. במקום זאת הטיל השופט ויתקון את מלוא הסיכון על זה שאשם במרביתו. אמת הדבר, מנקודת מבט מבחן „האשמה“ צודקת תוצאה זו „יותר“ מהתוצאה המושגת במשפט האמריקאי, המטיל את מלוא הסיכון על הבנק גם אם זה אשם רק במקצתו, אך תוצאה זו עדיין רחוקה מהתוצאה הרצויה לפי מבחן „האשמה“. השופט לגדוי הגיע גם הוא לתוצאה זוהי על יסוד אותם כללי המניעות, אך שלא כשופט ויתקון, נקודת המוצא שלו היתה דוקא זרם הפסיקה הראשון מבין שני הזרמים שתוארו לעיל. בעשותו כך הוא נתקל בקרשי, שאין זרם זה מטיל תובת זהירות על הלקוח במסיבות כמו אלה שהיו בפרשת שטאובר. כדי להתגבר על הקושי נזקק השופט לגדוי לקונסטרוקציה משפטית שנדחתה במפורש על ידי המשפט האנגלי עצמו¹⁵⁴. גם השופט לגדוי, כמו השופט ויתקון, לא נתן כל משקל לרשלנות הבנק¹⁵⁵. שופט המיעוט, השופט כהן, נזקק לאשרור ולמניעות כדי להגיע לתוצאה אליה שאף. כבר ראינו, כי ההזדקקות לאמצעי הראשון אינה פתוחה בישראל, שכן נראה כי על פי הוראת פקודת השטרות, אין לאשרר בישראל חתימה מזוייפת¹⁵⁶. אשר למניעות, זו כמובן מוכרת כאמצעי להטלת הסיכון בישראל, והיא אף עשויה להיות אמצעי יעיל להשגת מבחן „פיזור הנזק“ — מבחן שעל פי השערותנו בקש השופט כהן להגיע אליו — אך לשם כך נקט השופט כהן בקו הנמקה בלתי נכון. לשם השגת מטרתו היה השופט כהן מטיב לעשות אילו עמד על רשלנות הבנק כשוללת ממנו את האפשרות להעלות הטענה כי הלקוח התרשל. סימוכין לעמדתו זו היה יכול להביא בשפע מהמשפט האמריקאי. לא כן עשה השופט כהן. הוא ביקש למנוע תחולת המניעות תוך הוכחה כי תנאי המניעות עצמם אינם מתקיימים בפרשת

152. ראה עמ' 145 לעיל.

153. ראה ה-ש 61 לעיל.

154. ראה ה-ש 128 לעיל.

155. השופט לגדוי לא דן כלל בשאלה זו.

156. ראה עמ' 147 לעיל.

מאמרים

שטאובר. בכך נכשל, שכן ההבחנה שביקש לעשות בין „ידיעה בפועל“¹⁵⁷ לבין חוסר ידיעה השקול כנגד רשלנות, אינה עולה בקנה אחד עם הגישות המודרניות באשר לחובת הזהירות המוטל על אדם.

157. לרבות ייסוד סביר להאמין, המיוסד אף הוא על ידיעה כלשהי של עובדות שיש בהן כדי לעורר חשד. סרשת שטאובר, בעמ' 249.