

דיני בטוחות לפי פקודת המיסים (גביה)¹

מאת

ד"ר אוריאל פרוקצ'ה

1. מבוא. 2. מהו "מס" כמשמעותו בפקודה, א. החלת הפקודה למעט סעיף 12 על חוקי מס אחרים; ב. החלת הפקודה לרבות סעיף 12 על חוקי מס אחרים; ג. מהו "מס" כמשמעותו בפקודה – סיכום. 3. שעבוד מקרקעי החייב, א. כללי; ב. מהו "שעבוד ראשון"; ג. איזה מס "מגיע על מקרקעי הסרבן" ? (1) מס הכנסה; (2) מס שבח מקרקעין; ד. אילו ממקרקעי הסרבן כפופים לשעבוד הראשון ? ה. מועד רישום השעבוד במשרד ספרי האחוזה; ו. כפיפות השעבוד לשעבודים קודמים אחרים, (1) הערת אזהרה; (2) שעבוד צף. 4. שעבוד מיטלטלי החייב, א. כללי; ב. מועד רישום השעבוד אצל הממונה על הרישום; ג. מהם מיטלטלין; ד. סוגי מיטלטלין שהעברת הבעלות בהם חייבת רישום על פי דין, (1) כלי רכב מנועי; (2) כלי שיט; (3) כלי טיס; (4) ניירות ערך; (5) קניין רוחני; (6) זכויות במקרקעין; (7) זכויות חוזיות לרכישת מקרקעין; (8) זכויות במיטלטלין. 5. סעיפי הפקודה האחרים כמקור להבטחת החבות במס. 6. בטוחות להבטחת החבות במס מבחינת המשפט הרצוי, א. כללי; ב. בקורת מבחינת איכות הבטוחה, (1) הפתעה לא הוגנת לנושים האחרים של סרבן המס; (2) תוצאות כלכליות כלל משקיות בלתי צפויות; ג. בקורת מבחינת עצם קיום הבטוחות להבטחת החבות במס.

1. מבוא

ראובן הינו חייב חדל פרעון (אינסולבנטי). כנגד ראובן נפתחו הליכי פשיטת רגל (או אם הוא גוף מואגד: הליכי פירוק). לראובן שני נושים, שמעון ואוצר המדינה. שמעון נושה בראובן בשל אשראי שלא נפרע. אוצר המדינה נושה בראובן בשל חבות מס. ככל שירבה חלקו של שמעון בנכסי ראובן תחסר קופת הציבור. ככל שתתמלא קופת הציבור יכבד הנטל שעל שכמו של שמעון.

הדילמה של חלוקת נכסי החייב בין אוצר המדינה לבין נושיו האחרים התעורר בחיי המעשה במרבית מקרי האינסולבנטיות. קביעה זו היא פועל יוצא של ההנחה, שמרבית החייבים האינסולבנטיים נקלעו למצב בו טרם חיסלו את כל חבויותיהם במס.

אחד החיקוקים החשובים ביותר העוסקים בשאלה האלוקטיבית האמורה הוא פקודת המיסים (גביה), (להלן – "הפקודה"). פקודה זו הינה אחת מ"מערכות השיניים" החדות ביותר בדין הישראלי לאכיפת חבויות מס. מבחינה אנאליתית ניתן לחלק את הוראות הפקודה המקלות על האוצר בגביית מיסיו לשני חלקים עיקריים. החלק האחד מתיר לאוצר לנקוט בצעדי הוצאה לפועל חריפים ומהירים כנגד סרבן המס או רכושו². ייחודה

1 הא"י כרך ב' עמ' (ע) 1374, (א) 1399, כפי שתוקנה מעת לעת, ולאחרונה בפ"ח 679, תשל"ג (18.1.1973), עמ' 46.

2 ראה סעיפים 5, 7, 7א, 7ב, 8, 9, 10 ו-12 לפקודה.

של פרוצדורה זו הוא בעקיפת הצורך להודק למערכת בתי המשפט שתקבע את החבות במס, ובעקיפת הצורך לנקוט בהליכים הרגילים לפי חוק ההוצאה לפועל. משהחליט פקיד המס הנוגע בדבר שהסרבן אכן מפגר בתשלומי המס, הריהו יכול איפוא לאכוף את החבות בכוחות עצמו, על פי הוראות הפקודה. חלקה השני של הפקודה מעניק לאוצר המדינה בטוחה בנכסי החייב, להבטחת חביותיו במס.³

מאחר שענינה של רשימה זו הוא בהיבטים שנפתחו נגדם הליכי פשיטת רגל או פירוק יש לנו עניין רב בחקר מהות הבטוחות המוענקות על ידי הפקודה. כידוע, הנושה המובטח רשאי להתעלם מהליכי האינוסולבנטיות ולממש את בטוחתו כאילו לא קרה דבר.⁴ ככל שתתפוסנה הבטוחות כאמור נתח גדול יותר ברכושו של החייב, כן ייגרע חלקם של נושי החייב האחרים. עניינו בהוראות הפקודה המפשטות את הליכי ההוצאה לפועל איננו רב, הואיל והן עוסקות ביחסים "הפנימיים" שבין אוצר המדינה לבין הנישום,⁵ אך לא בשאלה האלוקטיבית המעמידה בתחרות את אוצר המדינה עם נושי הנישום האחרים. אכן, עם פתיחת הליכי פשיטת הרגל או הפירוק כנגד החייב, על הליכי ההוצאה לפועל שנעשו נגדו להיפסק, ואלה שהותחלו, אם אך לא נסתיימו, בטלים ומבוטלים.⁶ מטרתה של רשימה זו היא כפולה. ראשית, יהיה עלינו לבחון בחינה אנאליטית את הוראות הפקודה המשעבדות את נכסי סרבן המס להבטחת החבות במס. מבחינה זו, תהיה רשימתנו מעין קומנטאר להוראותיה הרלבנטיות של הפקודה. שנית, יהיה עלינו להציב את השאלה האם האלוקציה של נכסי החייב שהמוחקק רצה ביקרה, עומדת במבחן המשפט הרצוי.

2. מהו "מס" כמשמעותו בפקודה

לא כל מס ניתן לגביה לפי הוראות הפקודה. סעיף 2 לפקודה מגדיר "מס" כבא "לרבות מס הרכוש העירוני... כל מס, ארנונה, הלוואה ותשלום אחרים שעל גבייתם הוכרו או יוכרו ע"י הנציב העליון של ממשלת ארץ ישראל או על ידי שר האוצר כגביה הכפופה לחוק הדן בגביית מיסים". הגדרה זו נוקבת בשמו המפורש של מס הרכוש העירוני. היא אף מאפשרת לשר האוצר לקבוע באכרזה סוגי מיסים נוספים שמותר יהיה לגבותם לפי הוראות הפקודה. השר אמנם עשה שימוש בסמכות מרחיקת לכת זו והחיל את הוראות הפקודה על מספר רב של מיסים ותשלומים אחרים. בין החשובים שבהם ניתן למנות חביות לפי אכרזות גביית מיסים (בלו), תשט"ז–1956,⁷ אכרזות גביית מיסים (מכס), תשט"ז–1956,⁸ ואכרזות גביית מיסים (אגרות לפי פקודת החברות), תשי"א–1951.⁹ ואולם הפקודה אינה חלה רק על סוגי המס הנזכרים בהגדרה או באכרזותיו של שר האוצר. חשיבות יתירה נודעת להוראות מפירשות בחיקוקי מס אחדים, המאפשרות את

3 ראה סעיפים 111 ו-112 לפקודה.

4 ראה סעיף 8(2) לפקודת פשיטת הרגל וסעיף 220 לפקודת החברות.

5 ראה פרק 5 להלן.

6 ראה סעיף 8(1) לפקודת פשיטת הרגל וסעיפים 156 ו-221 לפקודת החברות.

7 ק"ת 605, תשט"ז (17.5.56), עמ' 787.

8 ק"ת 584, תשט"ז (23.2.56), עמ' 505.

9 ק"ת 205, תשי"א (20.9.51), עמ' 1621.

דיני הבטוחות לפי פקודת המיסים (גביה)

גביית המס הגדון בהם לפי הוראותיה של הפקודה. בפרקי משנה (א) ו-(ב) להלן נסקור הוראות אלה ונעמוד על משמעותן.

א. החלת הפקודה למעט סעיף 12 על חוקים אחרים

גבייתם של מיסים ותשלומי חובה רבים אפשרית בהתאם לפקודת המיסים (גביה) למעט סעיף 12 שבה. דוגמה להחלת סלקטיבית כזו של פקודת המיסים (גביה) ניתן למצוא בפקודת מס-הכנסה. סעיף 193 לפקודת מס-הכנסה קובע לאמור:

"כל סכום שאדם חייב לשלם לפי פקודה זו, רשאי פקיד השומה לאכוף תשלומו לפי ההוראות שלהלן, או לפי פקודת המיסים (גביה), והוראות אותה פקודה, חוץ מסעיף 12 שבה, יחולו על גביית כל סכום כאמור כאילו היה מס כמשמעותו באותה פקודה; ..."

בשעת חקיקתה היה סעיף 12 לפקודת המיסים (גביה) הסעיף היחיד שיצר בטוחה בנכסי סרבן המס, להבטחת תשלום הפיגורים. סעיף זה בנוסחו המקורי קבע: "נוסף על הוראות הסעיפים הקודמים יהא המס המגיע שעבוד ראשון על כל נכס מקרקעים השייך לסרבן, ושום פעולות העברה בקשר עם אותו נכס לא יירשמו בפנקסי הממשלה בלא הסכמת הממונה על המחזור, אלא אם כן הוברר כי שולם המס המגיע". משתקנה פקודת המיסים (גביה) באופן מקיף בשנת תשל"ג¹⁰ הוחלף סעיף 12 הנ"ל בסעיף 12 החדש שזו לשונו: "שום פעולות העברה במקרקעין השייכים לסרבן לא תירשם בפנקסי המקרקעין בטרם הוברר ששולם המס המגיע עליהם, אלא בהסכמת הממונה על הגביה". מאידך גיסא הוסיף המחוקק שני סעיפים חדשים לפקודה, הלוא הם סעיף 11א המבטיח את חוב המס על ידי יצירת שעבוד על חלק ממקרקעי הסרבן, וסעיף 12א המקדם אותה מטרה על ידי יצירת שעבוד על חלק ממיטלטליו¹¹.

לדעתנו, כשדאג מחוקק פקודת מס הכנסה לשים סייג לתחולת פקודת המיסים (גביה) על הליכי גביית מס הכנסה, מה שביקש למנוע היה החלת הסעיף היוצר בטוחה על נכסי החייב. ככל שסעיף זה עשוי להיות נוח לאוצר המדינה, הריהו מאוס על נושיו האחרים של החייב, והצעד של החלת סעיף זה על גביית מס הכנסה נראה למחוקק דראסטי מדי. מאחר שסעיף 12 בנוסחו החדש אינו מועיל ליצור בטוחה בנכסי החייב לסובת האוצר¹², אך הסעיפים 11א ו-12א עושים זאת במקומו, נראה שניתן היה להלום כוונתו המקורית של מחוקק סעיף 193 לפקודת מס הכנסה, אילו היינו קוראים את האיזכור של סעיף 12 כפי שהוא מופיע בסעיף 193, כמתייחס לא לסעיף 12 בנוסחו המתוקן של הפקודה כי אם אל הסעיפים 11א ו-12א בנוסח המתוקן, או אל איזו קומבינציה סבירה שלהם: רק בדרך זו ניתן היה להשיג את התוצאה שהחבות במס הכנסה לא היתה מטילה שעבוד בנכסי הנישום הסרבן.

אך לא כך גרס המחוקק. לפי סעיף 11 לחוק לתיקון פקודת המיסים (גביה), תשל"ג—1973¹³, (שכותרת השוליים שלו היא "פרשנות"), "כל איזכור של סעיף 12 לפקודה

10 חוק לתיקון פקודת המיסים (גביה), תשל"ג-1973, ס"ח 679, (18.1.1973), עמ' 46. הצעת חוק ודברי הסבר פורסמו בה"ח 1020, תשל"ג, עמ' 3 (להלן — הצעת החוק).

11 שני סעיפים אלה יידונו בהרחבה להלן. ראה פרקים 3 ו-4 להלן.

12 ראה פרק 5 להלן.

13 הצעת החוק הנוכחת בהצעה 10 לעיל, בעמ' 49.

בעת שהוקפאו עסקיהם, תשלומי מס רציניים לאוצר המדינה, וכן תשלומי חובה אחרים. פקודת המיסים (גביה) היא כלי נשק רב ערך בידי האוצר ובידי הזכאים האחרים לתשלומי החובה כאמור, בתהוותם עם נושי החייב האחרים. אין לכן, כל אפשרות להעריך את שוויו של חוב המגיע מאת חייב אינסולבנטי, מבלי שנלקחו תחילה בחשבון זכויות הקדימה לפי פקודת המיסים (גביה).

3. שעבוד מקרקעי החייב

א. כללי

סעיף 11א שהוסף בשנת תשל"ג קובע לאמור:

"11א (1) מס המגיע על מקרקעי הסרבן יהיה שעבוד ראשון על אותם מקרקעין.
(2) כל מס אחר המגיע מסרבן שהוא בעל מקרקעין יהיה שעבוד על המקרקעין אם נרשמה בפנקס המקרקעין הערה על כך על פי הדעת גובה המס; נרשמה הערה על שעבוד כאמור, תהא דרגתו נדחית בפני כל שעבוד של אותם מקרקעין שהיה רשום שעה שנרשמה ההערה.
(3) ..."

סעיף זה הוא לדעתנו הגלגול הנוכחי של החלק הקנייני של סעיף 12 המקורי, והיהו מהווה את האיום הרציני ביותר על זכויותיהם של נושי החייב האחרים. סעיף זה מעורר שורה של קושיות פרשניות. ניתן את הדעת לאחדות מהן.

ב. מהו "שעבוד ראשון"

לא יהיה זה שיא של אמנות הניסוח אם נאמר ש"שעבוד ראשון" פירושו שעבוד ראשון. אך דומה שאין דרך טובה יותר לבטא את הרעיון ששעבוד זה המוטל על ידי הפקודה קודם לכל זכות אחרת, מובטחת או בלתי מובטחת, בנשוא השעבוד. ביתר פירוט, המקרקעין נשוא השעבוד "ערבים" לפרעון חוב המס המובטח על ידם, אפילו אם התקיימה אחת או כל אחת מההתרחשויות הבאות:

קיומו של חוב המס לא נרשם בלישכת רישום המקרקעין, בעוד שעבודים אחרים אמנם נרשמו.
בעלי השעבודים האחרים לא ידעו על קיום החבות במס ורכשו את זכויותיהם בתום לב ובתמורה.
חוב המס נוצר רק לאחר שהשעבודים המתחרים כבר גובשו וכבר נרשמו בלישכת רישום המקרקעין, כגון בצורת משכנתה ראשונה.²⁴

זכות עדיפות זו, החלה גם על תמורת המקרקעין אם נמכרו²⁵, עשויה לעשות פלסטר השקעות זהירות בסוג ההשקעה השמרני ביותר – משכנתה במקרקעין. בעל המשכנתה

24 ראה בעיקר: ע"א 437/66 מנהל מס רכוש וקרן פיצויים נ' בונם הנכסים של יונייטד סטייטס ניר איסט לבורטורים אינק. בפירוק, פד"י כ"א (1) 29.

25 High Court 75/43 A.G. v. President, District Court of Tel Aviv, 10, P.L.R. 503, 505.

בחיקוק שניתן לפני תחולתו של חוק זה ייראה מאותו יום ואילך כאיזכור סעיף 12 לפקודה כנוסחו (החדש)". בדברי החסבר לסעיף 11 זה הסביר המציע: "מספר חוקים קובעים שעל גביית תשלומי חובה לפיהם תחול פקודת המיסים (גביית) — למעט הסעיף 12 שבו — כאילו היו מס כמשמעותו באותה פקודה... מוצע שגם סעיף 12 בהיקפו המצומצם ימשיך שלא לחול לגבי תשלומי חובה אלה; אך מאידך יוכלו תשלומי חובה אלה ליהנות משעבוד אם תירשם הערה בדבר הפיגור בתשלומים בפנקסי המקרקעין"¹⁴.

דרכו של מחוקק סעיף 11 פסולה בעינינו מעיקרא, מארבעה טעמים מצטברים. ראשית, כפי שהוסבר למעלה, החריג לענין סעיף 12 לפקודה בנוסחה המקורי נקבע בחוקי מס שונים כדי לסייג את זכויות האוצר vis-à-vis נושיו האחרים של הנישום הסרבן. למשל, מחוקק פקודת מס הכנסה הפך להשתמש בפרוצידורה המקוצרת לגביית מס הכנסה לפי הוראותיה השונות של פקודת המיסים (גביית), אך גרע מלשעבר להבטחת תבואת המס את מקרקעי החייב, פן תהיה זו גזירה שאין ציבור נושיו הנישום האחרים יכול לעמוד בה. אך אם הסייג יחול מעתה ואילך אך ורק על סעיף 12 כנוסחו העכשווי, יהיו נכסי החייב ניתנים לשעבוד להבטחת תבואת מס הכנסה מכוח הסעיפים 11 ו-12. החריג יאבד, איפוא, את משמעותו העיקרית: זכויות נושיו האחרים של הסרבן תידחינה מעתה מפני החבות במס, שתהיה מעתה חבות מובטחת מכוח סעיפים 11 ו-12. תוצאה זו לא תבוא על תיקונה כתוצאה מן החריג הנוגע לסעיף 12 בנוסחו המתוקן. בעינינו זוהי חקיקה פיסקאלית בעלת אופי ציג, שהרי היא מתיימרת לנקוט בקו ליבראלי כלפי ציבור נושיו הנישום, בעוד במציאות אין היא נותנת להם ולא כלום.

שנית, הסעיף משיג בצנעה, כמעט אמרגו במחתרת, תוצאה שמן הראוי היה להכריז עליה ברש גלוי. תוצאתו של הסעיף היא שניתן יהיה מעתה ואילך להטיל שעבודים על נכסי הסרבן בשל חבויות מס לפי חיקוקיו רבים וחשובים. תוצאה זו מושגת על ידי סעיף שכותרת השוליים שלו היא "פרשנות", כאילו שלא נחקק אלא בכדי להטיל אור פרשני על הוראותיה המהותיות של החוק המתקן משנת תשל"ג. הקניית אופי ריאלי לחבויות מס היא בעינינו הוראה חשובה דיה כדי שהמחוקק לא יגניב אותה בדלת אחורית.

שלישית, המציע מפרט בדברי "החסבר" שלו דוגמאות לחיקוקים המטילים "תשלומי חובה" והמחילים את הוראות פקודת המיסים (גביית) למעט הסעיף 12 שבה — על "התשלום" שבו הם עוסקים. הדוגמאות הללו כוללות מספר תשלומי חובה שוליים, כמו, למשל, היובים לפי חוק רשות השידור. פקודת מס הכנסה, לעומת זאת, איננה נזכרת ברשימת הדוגמאות. שכחה זו, הנוגעת להשוב שבחוקי המס, הסיטה, אם בודעין ואם מחמת פיזור הנפש, את תשומת הלב מן המעיה העיקרית הנוגעת לסעיף זה, ועל ידי כך גרמה למניעת דיון ציבורי ופרלמנטרי בשאלה השובה הנוגעת לכולנו.

רביעית, המציע מסביר אמנם את האידך גיסא של הצעתו ה"ליברלית" כלומר ש"תשלומי החובה" בהם מדובר "יוכלו... להנות משעבוד אם תירשם הערה בדבר הפיגור בתשלומם בפנקסי המקרקעין". אך המציע אינו מזכיר שמעתה ואילך יוכלו לא רק מקרקעין של הסרבן, אלא גם קטגוריות חשובות ממטלטליו, לשמש כבטוחה לחבות במס.

האמור לגבי פקודת מס הכנסה וסעיף 193 שלה גכון גם לגבי שורת חיקוקים אחרים

14 הצעת החוק, עמ' 9.

דיני הבטוחות לפי פקודת המיסים (גביה)

המחילים את פקודת המיסים (גביה) למעט סעיף 12 על גביית המיסים או תשלומי החובה הנדונים בהם. בין הדייקים אלה ניתן למנות את חוק הביטוח הלאומי (נוסח משולב), תשכ"ח—1968¹⁵, חוק מס מקביל, תשל"ג—1973¹⁶, חוק מס קניה (סחורות ושירותים, תשי"ב—1952¹⁷ ובמידת מה חוק מיסים עקיפים (מס ששולם ביתר או בחסר), תשכ"ח—1968^{18,19}.

ב. החלת הפקודה לרבות סעיף 12 על חוקי מס אחרים

המחוקק החיל את הוראות פקודת המיסים (גביה) על גביית מיסים ותשלומי חובה לפי מספר חוקים אחרים, מבלי לשם סייג לענין סעיף 12. החשובים שבחוקים אלה הינם חוק מס שבת מקרקעין, תשכ"ג—1963²⁰, חוק מס גסיעות חוק, תשי"א—1950²¹, חוק מס רכוש וקרן פיצויים, תשכ"א—1961²², ובמידת מה — חוק מיסים עקיפים (מס ששולם ביתר או בחסר), תשכ"ח—1968²³.

ג. מהו "מס" כמשמעותו בפקודה — סיכום

עינינו הוראות, כמעט שאין מס של יותר ממה בכך בישראל, שגבייתו אינה אפשרית לפי פקודת המיסים (גביה). מותר להניח שמספר רב של חייבים איגסולבנטיים היו חייבים,

- 15 סעיף 183(א) לחוק הביטוח הלאומי קובע: "פקודת המיסים (גביה) להוציא סעיף 12 שבה, תחול על דמי ביטוח כאילו היו מס כמשמעותו בפקודה האמורה".
- 16 סעיף 3(א) לחוק מס מקביל קובע: "המוסד יגבה את המס המקביל בדרך שבה הוא גובה דמי ביטוח לאומי ולענין הגביה והתשלום של המס המקביל יחולו הוראות חוק הביטוח הלאומי בשינויים המחויבים לפי הענין, כאילו היו דמי ביטוח".
- 17 סעיף 13(א) לחוק זה קובע: "המס ניתן לגביה בדרך תביעה אורזית או לפי פקודת המיסים (גביה) והוראות אותה פקודה — להוציא סעיף 12 — יחולו על המס כאילו היה מס כמשמעותו באותה פקודה".
- 18 סעיף 7 לחוק קובע: "החיקוקים החלים על מס עקיף יחולו גם על יתר וחסר". "מס עקיף" מוגדר בסעיף 1 ככולל, בין היתר, מכס, בלו ומס קניה. לכן גם חסר במס קניה יהיה ניתן לגביה לפי פקודת המיסים (גביה) להוציא סעיף 12. גביית חסר במכס ובבלו תהיה אפשרית לפי הוראות הפקודה לרבות סעיף 12.
- 19 פקודת המיסים (גביה) הוחלה גם על גביית חובות כספיים שמקורם בסנקציה פלילית. כך, סעיף 33 לחוק דיני עונשין (דרכי ענישה) (נוסח משולב), תש"ל—1970, קובע לאמור: "קנס שלא שולם במועדו יחולו על גבייתו הוראות פקודת המיסים (גביה) — פרט לסעיף 12 שבה — כאילו היה מס כמשמעותו באותה פקודה". התוצאה התמוהה והאנטידמוקרטית של סעיף 11 לחוק תשל"ג הינה שנושיו של העבריין שיידתו מעתה ואילך מפני אוצר המדינה יאלצו — בסופו של החשבון — לשלם מכיסם את הקנסות שהוטלו עליו בהליך הפלילי.
- 20 סעיף 92 לחוק מס שבת קובע קצרות: "על גביית המס תחול פקודת המיסים (גביה)". סעיף 94 דן בתוספת פיצויים למס וסעיף 95 דן בקנס על גרעון. בסעיף 94(א) נקבע: "לענין גביית התוספת ולענין גביית קנס על גרעון לפי סעיף 95 — דיגם כדין המס".
- 21 סעיף 5(ג) לחוק קובע: "מס שלא שולם ניתן לגביה מאת החייב בו, ומס שנגבה ולא הועבר לאוצר המדינה במועדו ניתן לגביה מאת החייב בגבייתו, בהתאם להוראות פקודת המיסים (גביה)".
- 22 סעיף 32: "על גביית המס תחול פקודת המיסים (גביה)". סעיף 33 קובע שדין גביית קנס על פיצויים כדין גביית המס.
- 23 ראה הערה 18 לעיל.

בעת שהוקפאו עסקיהם, תשלומי מס רציניים לאוצר המדינה, וכן תשלומי חובה אחרים. פקודת המיסים (גביה) היא כלי נשק רב ערך בידי האוצר ובידי הזכאים האחרים לתשלומי החובה כאמור, בתזוורתם עם נושי החייב האחרים. אין לכן, כל אפשרות להעריך את שוויו של חוב המגיע מאת חייב אינסולבנטי, מבלי שנלקחו תחילה בחשבון זכויות הקדימה לפי פקודת המיסים (גביה).

3. שעבוד מקרקעי החייב

א. כללי

סעיף 11א שהוסף בשנת תשל"ג קובע לאמור:

"11א (1) מס המגיע על מקרקעי הסרבן יהיה שעבוד ראשון על אותם מקרקעין.
(2) כל מס אחר המגיע מסרבן שהוא בעל מקרקעין יהיה שעבוד על המקרקעין אם גרשמה בהגקס המקרקעין הערה על כך על פי הודעת גובה המס; גרשמה הערה על שעבוד כאמור, תהא דרגתו נדחית בפני כל שעבוד של אותם מקרקעין שהיה רשום שעה שנרשמה ההערה.
(3) ..."

סעיף זה הוא לדעתנו הגלגול הנוכחי של החלק הקנייני של סעיף 12 המקורי, והריהו מהווה את האיום הרציני ביותר על זכויותיהם של נושי החייב האחרים. סעיף זה מעורר שורה של קושיות פרשניות. ניתן את הדעת לאחדות מתן.

ב. מהו "שעבוד ראשון"

לא יהיה זה שיא של אמנות הניסוח אם נאמר ש"שעבוד ראשון" פירושו שעבוד ראשון. אך דומה שאין דרך טובה יותר לבטא את הרעיון ששעבוד זה המוטל על ידי הפקודה קודם לכל זכות אחרת, מובטחת או בלתי מובטחת, בנושא השעבוד. ביתר פירוט, המקרקעין נושא השעבוד "ערבים" לפרעון חוב המס המובטח על ידם, אפילו אם התקיימה אחת או כל אחת מההתרחשויות הבאות:

קיומו של חוב המס לא גרשם בלישכת רישום המקרקעין, בעוד שעבודים אחרים אמנם גרשמו.

בעלי השעבודים האחרים לא ידעו על קיום החבות במס ורכשו את זכויותיהם בתום לב ובתמורה.

חוב המס נוצר רק לאחר שהשעבודים המתחרים כבר גובשו וכבר גרשמו בלישכת רישום המקרקעין, כגון בצורת משכנתה ראשונה.²⁴

זכות עדיפות זו, החלה גם על תמורת זמקרקעין אם נמכרו,²⁵ עשויה לעשות פלסתר השקעות והירות בסוג ההשקעה השמרני ביותר — משכנתה במקרקעין. בעל המשכנתה

24 ראה בעיקר: ע"א 437/66 מנהל מס רפואי וקרן פיצויים נ' כונס הנכסים של יונייטד סטייטס ניר איסט לבורטורים אינק. פטרוק, פד"י כ"א (1) 29.

25 High Court 75/43 A.G. v. President, District Court of Tel Aviv, 10, P.L.R. 503, 505.

דיני הבטחות למי פקודת המסים (גביה)

שדימה לרכוש לעצמו זכות קנין בנכס המקרקעין עשוי להידחק הצידה על ידי האוצר, אף כי החבות במס נולדה לאחר שהושלמה עסקת המשכנתה ברישומה בלישכת רישום המקרקעין. על כגון דא אמר כבר בית המשפט המנדטורי לפני למעלה מארבעים שנה:

"[T] he said Section... appears to us in its present form unreasonable and unconscionable and must necessarily lead to the creation of many injustices to purchasers of property who have no reason to suspect that they are obtaining anything but a perfectly good title free of incumbrances to property they are buying".²⁶

דעה דומה הובעה על ידי בתי משפט אחרים²⁷, עד לתיקון החוק בתשל"ג. התיקון בחוק נועד לתקן את המעוות, כיאה למחוקק שיש לו אוזן קשבת לדברי השופטים. וכך נאמר בהצעת החוק:

"סעיף זה [הכוונה לסעיף 12 המקורי – א.פ.] זכה לבקורת קשה מצד בתי המשפט מימי המנדט הבריטי ועד עתה... הבקורת היתה על אי הצדק הנגרם לבעל משכנתה שהלווה לאדם כספים ודאג להבטיח את החזרת חובו, והנה נמצא שהנחת כספו על קרן הצבי מפני שלמדינה זכות ראשונה לגבי כל גכסי הלווה בשל חבות המיסים שלו. נראה שהבקורת מוצדקת גם מחמת היקפו הרחב של הסעיף האמור, המטיל שעבוד ראשון לא רק על המקרקעין שעליהם יש חוב מיסים אלא על כל המקרקעין של הסרבן ובשל כל חוב מיסים אף אם אינו קשור במקרקעין. במצב כזה אכן קשה לו למלווה במשכנתה, אם לא בלתי אפשרי, לוודא, בשעת מתן ההלוואה, מהם הסכומים הנהנים משעבוד ראשון, ועוד יותר קשה – מה יהיו הסכומים העלולים לקבל עדיפות על פני תביעתו בעתיד".

וכתרופה לחוליים אלה:

"בסעיף 11א המוצע לפקודה ניתנות זכויות הנובעות משעבוד ראשון, בתביעת מס פלוני, רק לגבי אותם מקרקעין שעליהם קיים חוב בשל אותו מס. שעבוד ראשון במקרה כזה אינו יוצא דופן... והציבור יכול לעמוד בו – שכן אפשר לעקוב אחרי תשלום מיסים לגבי נכס מסוים וידוע...".

למרות מס השפתיים ששילם המציע לדברי השופטים, נראה לנו שהחטיא את מטרות. אמנם נכון הוא שנשוא השעבוד הראשון מצומצם בסעיף 11א מכפי שהיה בסעיף 12 במתכונתו המקורית²⁸. בכך מיעט המחוקק מהיקף הרעה שביקש לתקן. אך האם ביטל אותה לגמרי? איננו סבורים כך. גם היום עשוי מלווה ליתן מעותיו במשכנתה על נכס מקרקעין החופשי מכל שעבוד, ולצאת וידיו על ראשו עקב חוב מס שצמח לאחר מכן, ואפילו לא נרשם. ודאי שאין המשקיע יכול לעקוב בצורה אפקטיבית "אחרי תשלום מיסים", כלשון ההצעה, ואפילו לגבי "נכס מסוים וידוע", אם המדובר הוא במיסים

²⁶ High Court 88/32 Tokadlides v. The District Commissioner, 1 P.L.R. 826, 828.

²⁷ למשל, A.G. v. President, District Court, הערה 25 לעיל; מנהל מס רכוש וקרן פיצויים נ' כונס הנכסים של יונייטד סטייטס ניר איסט לבורטורים אינק., בפירוק, הערה 24 לעיל.

²⁸ ראה פרקי משנה (ג) ו-(ד) להלן.

שנוצרו לאחר עשיית המשכנתה, ובכך עדיין לא הוסר מה שנראה לבית המשפט כפגם החמור ביותר בסעיף 12 המקורי. כדבריו הקולעים של השופט ויתקון לגבי סעיף זה (כמתכונתו המקורית): "עדיין עשוי אדם לתת כספו במשכנתה ונמצא מניח מעותיו על קרן הצבי, על הרבה חוקים מנדטוריים באו לקרוא תגר (לעיתים ללא כל יסוד), והנה לך גזירה העלולה להפקיע זכויות מוקנות והמחוקק הישראלי מוסיף להפעילה בכל חומרתה, ואין פוצה פה ומצפצף". לאחר התיקון מוסיף המחוקק הישראלי להפעיל גזירה זו ממש באותה מידה של חומרה, אלא שהיא חלה על נכסים שהיקפם מצומצם יותר. תקלה חמורה עשויה לצמזם מ"ראשוניותו" של השעבוד עקב השינויים החשובים בדיני הקנין שהוכנסו על ידי חוק המקרקעין, תשכ"ט—1969. עד כניסתו לתוקף של חוק זה היה קונה מקרקעין ששילם את התמורה נעשה לבעלים שביושר של המקרקעין הנמכרים²⁹. בעלותו שבדין של המוכר היתה נעדרת ממשות כלכלית, ולכן לא היתה כפופה להליכי מימוש חוב בידי נושי המוכר³⁰. גם נושי המובטחים של המוכר שרכשו את שעבודיהם לאחר היווצר הזכות שביושר לא יכולים היו לטרוף את הממכר מידי הקונה, בכפוף להריג הידוע של קונה בתמורה ובתום לב³¹. בית המשפט העליון פסק שמצב זה חדל מלהתקיים אחרי חקיקת חוק המקרקעין: עקב הוראת החוק המתנה תוקפה של עיסקה במקרקעין ברישומה³², פסק בית המשפט, שזכותו הבלתי רשומה של הקונה קיימת רק במישור האובליגטורי שבינו לבין המוכר³³, וממילא עליה להידחות מפני נושיו האחרים של המוכר, אם זכויותיהם של אלה הינן מובטחות³⁴. התוצאה החמורה לעניננו היא, שקונה מקרקעין ואפילו שילם את מלוא המחיר, עשוי להידחות מפני "השעבוד הראשון" להבטחת חבויות המס של המוכר, ואפילו אם חבויות אלה נולדו לאחר תשלום המחיר, והעברת הזכות טרם נרשמה בגין עיכובים טכניים, כגון אי השלמת רישום הבית כבית משותף.

כדי להבטיח את זכויותיהם של רוכשי זכויות במקרקעין שלא הספיקו לרשום את

29 ע"א 528/66 שרון נ' חב' חלקה 36 בגוש 6124 בע"מ, פד"י כ"א (2) 342; ד"נ 30/67 שרון נ' שרון פד"י כ"ב (2) 36.

30 ראה הערה 29 לעיל. ראה גם: ע"א 307/64 חברת הלוואות בע"מ נ' קרר בע"מ, פד"י י"ח (4) 483; ע"א 382/65, 392, פינלוב נ' עזיון בע"מ, פד"י כ' (1) 442.

31 למשל, ע"א 62/50 גרונטר נ' פרידמן, פד"י ז' 746. מאידך גיסא, איש זולת הקונה בתמורה ובתום לב אינו מסוגל לרכוש מן הבעלים שבדין זכות ממורקת מזכויותיו של בעל הקנין שביושר: Hanbury, Modern Equity, 8th, (1962), 33.

32 חוק המקרקעין, סעיפים 7, 160, 161; אך ראה גם סעיף 9.

33 בר"ע 178/70 בוקר נ' חב' אנגלו-ישראלית לניהול ואחריות בע"מ, פד"י כ"ה (2) 121. אך ראה גם ע"א 181/73 שווקמן נ' ספיטאני, פד"י כ"ח (2) 182. אמרת אגב שהובעה במשפט זה מפי מ"מ הנשיא זוסמן עשויה אולי לפרוץ פרץ במשמעויותיה של הלכת בוקר. לפי אמרת אגב זו מכיר אף חוק המקרקעין במוסד הבעלות שביושר מ"תוצרת הארץ". דעות ברוח זו הובעו כבר מזמן על ידי פרופסור ויסמן בספרו חוק המקרקעין, תשכ"ט—1969, מנמות והשנים (1969). ראה במיוחד עמ' 13 ואילך. עם זאת, מוקדם עדיין, לדעתנו, להניח שבית המשפט העליון גמר אומר לסטות מהלכתו הקודמת כפי שנפסקה בפרשת בוקר.

34 בהליכי האינטולבנסיות רשאי הנושה המובטח לממש את בטוחתו כרגיל, בעוד הנושה הבלתי מובטח נאלץ להסתפק בדיבידנדה המשתלמת מתוך היתרה: פקודת פשיטת הרגל, סעיף 8; פקודת החברות, סעיף 220.

העיסקה במשרד ספרי האחוזה, תוקן בשנת תשל"ג סעיף 127 לחוק המקרקעין. סעיף 127 המתוקן קובע:

"(א) גרשמה הערת אזהרה וכל עוד לא נמחקה, לא תירשם עיסקה הסותרת את תוכן ההערה, אלא בהסכמת הזכאי או בצו בית המשפט.
(ב) גרשמה הערת אזהרה ולאחר מכן הוטל עיקול על המקרקעין... נשוא ההערה, או שניתן צו לקבלת נכסים בפשיטת רגל... נגד בעל המקרקעין... או שנחמנה כזנס נכסים על רכוסו, הרי כל עוד לא נמחקה ההערה, לא יהיה בכל אלה כדי לפגוע בזכויות הזכאי הנובעות מההתחייבות נשוא ההערה..."

רוצה לאמור: למרות אופיה האובליגטורי של זכותו הבלתי רשומה של הקונה, זכות זו תקדם לזכויות של נושים אחרים שפתחו בהליכי גביה נגד החייב לאחר רישום ההערה.³⁵ הליכי הגביה שהסעיף דוחה אותם מפני תביעתו של הזכאי שרשם את ההערה הם העיקול, צו קבלת הנכסים וכינוס הנכסים. ס"ק (ב) אינו דן ביחס שבין זכויות הקונה לזכויות בעל בטוחה שנוצרו לאחר רישום ההערה, שכן לפי ס"ק (א) רשאי הקונה להתנגד לרישום הבטוחה הסותרת את זכותו. יש רגליים לחשש שכל אלה לא יסייעו לקונה שרשם הערה כנגד אוצר המדינה המבקש לאכוף "שעבוד ראשון" לפי סעיף 11א. שעבוד ראשון זה אינו בבחינת "עיסקה"³⁶, ולכן תוקפו אינו מותנה ברישום.³⁷ אי לכך הוא יכול להיווצר אחרי רישום ההערה למרות ס"ק (א), ואין הוא מהליכי הגביה הנדחים מפני זכויות הקונה לפי ס"ק (ב). האם יש ישועה לקונה הזהיר שרשם הערת אזהרה בתחרותו עם חוב המס? איננו יכולים לקבוע בכך מסמרות, ויהיה עלינו לחכות להכרעה שיפוטית בעניין. אך קיימת לדעתנו אפשרות טיעון להצלת זכותו של הקונה והיא זו: בהזדמנות קודמת הבענו את דעתנו שהערת האזהרה נותנת בידי הקונה שרשם אותה מעין בטוחה בממכר, שכן עקב הרישום זכותו של הקונה עדיפה על זכויות נושיו הבלתי מובטחים של המוכר.³⁸ נדמה לנו עתה שלא דייקנו או בתיאור אופיה של הזכות הרשומה. לכאורה, באו דיני הערת האזהרה לשמש תחליף לדיני היושר שבוטלו, ולהעמיד את הקונה במצב כאילו היתה לו זכות הפצא בממכר. מאחר שכוננת הצדדים היתה להעביר לקונה בעלות, ולא לשעבד לו את המקרקעין, דומה הזכות הרשומה לבעלות יותר מאשר לבטוחה. אי לכך יש להתייחס ל"שעבוד הראשון", כאילו הוטל על נכס שכבר הועבר לאחר; הואיל ואין השעבוד מועיל, ואפילו הוא ראשון, לטרופן נכסים השייכים לצד שלישי, נראה שזכויות האוצר עשויות להידחות מפני זכויות קונה המקרקעין ששילם את התמורה ורשם הערת אזהרה. יודגש: אין אנו גורסים שכוונת הצדדים היא מקורה של הזכות הקניינית הזו; אנו גורסים שהמחוקק יצר את הזכות באמצעות סעיף 127; ואולם הרצון ליתן תוקף לכוונתם הלגיטימית של הצדדים כמוסבר

35 ראה: אוריאל פרוקצ'יה, "הערות להצעת חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), תשל"ג-1973", משפטים, ה', 452, בעיקר פרקים ב(1) ו-ג(2).

36 לפי סעיף 6 לחוק המקרקעין "עיסקה במקרקעין היא הקניה של בעלות או כל זכות אחרת במקרקעין לפי רצון המקנה, למעט הורשה על פי צוואה". (ההדגשה שלי – א.פ.).

37 חוק המקרקעין מתנה בסעיף 7 את תוקפן של עסקאות ברישום. מכאן שקנין שלא על דרך עיסקה אינו טעון רישום.

38 ראה המאמר הנוכח בהערה 35 לעיל, עמ' 459.

למעלה הוא ששימש כמוטיב לתיקון בחוק, והוא המאציל אור פרשני על הכתוב בסעיף, משתוקן.

אגב: אם אמנם קודמת הזכות שנרשמה בהערה לשעבוד הראשון, הרי שאם בעת רישום ההערה היתה כבר רשומה משכנתה במקרקעין (כפי הנוהג שבעולם), עשויים אנו לעמוד בפני מעגל כוונה: השעבוד הראשון קודם למשכנתה, המשכנתה קודמת לזכות נשוא ההערה, אך זו האחרונה קודמת לשעבוד הראשון!

ג. איזה מס "מגיע על מקרקעי הסרבן"?

לפי סעיף 11א (1) לפקודה, "מס המגיע על מקרקעי הסרבן יהיה שעבוד ראשון על אותם מקרקעין". השאלה הנשאלת היא איזה מס "מגיע על מקרקעי הסרבן". מאחר שהמס לעולם אינו מוטל על המקרקעין עצמם כי אם על האישיות המשפטית הנישומה, פשיטא שיש לפרש את הסעיף כאילו נאמר בו "מס המגיע מן הסרבן בקשר למקרקעין השייכים לו יהיה שעבוד ראשון על אותם מקרקעין". השאלה היא אפוא איזו זיקה דורש החוק בין המס לבין בעלותו של הסרבן במקרקעין. לפי סעיף 2(א) לחוק מס רכוש וקרן פיצויים, תשכ"א—1961, "מס רכוש יושלם על ידי בעלי נכסים, לכל שנת מס על נכסים שהיו להם באותה שנה". לפי סעיף 274ב(א) לפקודת העיריות (נוסח חדש), תשכ"ד—1964: "המועצה רשאית להטיל בתחום העיריה, לכל שנת מס, ארנונה כללית על נכסים, שאינם אדמת בנין, שתשולם על ידי המחזיקים...". ברי לנו ששני סעיפים אלה מטילים (או מתירים הטלת) מיסים "על מקרקעי הסרבן" כמשמעות הביטוי בסעיף 11א (1) לפקודה, החבות במס נוצרת עקב הבעלות (או החזקה) בנכס המקרקעין; למס אופי "קרקעי"; שני הסעיפים כאחד משתמשים בלשון מס המוטל "על נכסים", שהוא הביטוי המופיע גם בסעיף 11א(1) לפקודה. עם זאת נשאלת השאלה, האם אין מיסים אחרים, להוציא מס רכוש וארנונה כללית, שניתן לאמר עליהם שהם מגיעים "על מקרקעי הסרבן". שתי האפשרויות המשמעותיות בכיוון זה הן מס הכנסה ומס שבח מקרקעין.

(1) מס הכנסה

כידוע, התמורה בעד מכירת מקרקעין עשויה להיות תקבול החייב במס הכנסה, כאשר המקרקעין היו מלאי עסקי בידי המוכר או שמכל טעם אחר פעולת המכירה נחשבת לפעולה מסחרית³⁹. הניתן לאמר על מס הכנסה המגיע עקב פעולת מכר המקרקעין שהוא מס המגיע "על מקרקעי הסרבן"? במאמר מוסגר נציין שדילמה זו עשויה להתעורר אך ורק משנת תשל"ג ואילך. לפני החוק המתקן מאותה שנה היה אמנם השעבוד הראשון מוטל בגין כל מס המגיע מן החייב, ולא דווקא מס המגיע "על מקרקעין". מאידך גיסא, השעבוד הראשון היה מוטל מכוח סעיף 12, ולסעיף זה לא היתה תחולה לענין גביית מס הכנסה⁴⁰. סוגיה זו מדגימה יפה שבעוד שהמחוקק התיימר להנהיג ליברליזציה בפקודה (בכך שצמצם את חלות השעבוד הראשון רק לגבי מסים המגיעים "על מקרקעי החייב") הרי שלמעשה השיג את התוצאה ההפוכה (בכך

39 למשל, ע"א 137/56 שזר נ' פקיד השימור, פד"י י"א 436.

40 ראה פרק 2(א) לעיל.

שמיסים שבעבר לא נהגו מבטוחה ריאלית, כגון מס הכנסה, עשויים היום להנות מבטוחה (כזו).

לגופו של ענין, אנו מציעים לפרש שמס הכנסה איננו "מגיע על מקרקעי הסרבן". החבות במס נוצרת עקב פעולה אקטיבית במקרקעין ולא עקב בעלות או חזקה פסיבית בהם⁴¹. לכן נדמה שהמס מגיע "על הפעולה", (או על הרווח שהופק ממנה) ולא "על המקרקעין" עצמם. זה גם דין מס הכנסה המגיע בעד החזרת מקרקעין, הלא הוא מקור ההכנסה הכפוף למיסוי שבסעיף 2(6) לפקודת מס הכנסה. יצויין כאן במאמר מוסגר שלא עלה בידנו למצוא טעמים להבחנה, מבחינת המשפט הרצוי, בין מס המוטל על פעולה לבין מס המוטל על בעלות או חזקה. לפי הפירוש שהצענו יהיו נושיו של סוחר מקרקעין מסוגלים לממש את בטחונותיהם במקרקעין לפני הסדרת החבות במס, אך לא כן נושיו של בעל מקרקעין שאינו סוחר בהם.

(2) מס שבח מקרקעין

מאחר שמס שבח, כמוהו כמס הכנסה, מוטל אף הוא על הרווח מפעולה במקרקעין, להבדיל מאשר על הבעלות או החזקה בהם, שוב נראה לנו שאין זה מס המגיע "על מקרקעי הסרבן" כמשמעות הביטוי בסעיף 11א(1). ואולם ייתכן שמס שבח מהווה בכל זאת שעבוד, ובנסיבות מסוימות – אפילו ראשון, על מקרקעי הסרבן מכוח הוראות מיוחדות בחוק מס שבח, ואלה הן: לפי סעיף 16 לחוק מס שבח תוקפה של מכירת זכות במקרקעין, למעט מכירה שסעיף 93 דן בה, מותנה בתשלום המס, ובלבד שלא תיפגע "זכות שביושר או... זכות שנרכשה בתמורה ובתום לב על ידי צד שלישי". סעיף 93 קובע: "במכירת זכות במקרקעין או זכות באיגוד שלא על ידי המוכר לשם פרעון משכנתה, שעבוד אחר או לפי פסק דין וכן במכירה בהליכי הוצאה לפועל, ישולם המס מתוך תמורת המכירה, לפני העברתה לשימוש לכל מטרה שהיא, לרבות המטרה שלשמה נמכרה אותה זכות, אך לא לפני פרעון תשלומים לעובדים במידה שהם מסוג התשלומים שיש להם דין קדימה על פי סעיף 220א(1) לפקודת החברות או סעיף 33(2) לפקודת פשיטת הרגל, 1936".

אם מכירת הזכות במקרקעין נעשתה מרצון על ידי בעליה יחול סעיף 16, אך לא סעיף 93 לחוק מס שבח. לכן, בכפוף לחריג של בעלות שביושר או זכות שנרכשה בתמורה ובתום לב על ידי צד שלישי, ברור שחוב המס יקדם לזכויותיו של קונה הזכות במקרקעין, שכן סעיף 16 קובע במפורש שלזכות זו לא יהיה קיום בלתי אם שולם המס. עם זאת, תביעתו של הרוכש כנגד מוכר הזכות במקרקעין בעילת כשלון התמורה⁴² לא תסופק רק אחרי תשלום המס, הואיל ואם התמורה נכשלה ורואים את העסקה כאילו לא בוצעה, רואים אף את החבות במס כאילו לא נוצרה. כמו כן אין סעיף 16 ממעיט מערכן של בטוחות וזכויות אחרות שכבר היו קיימות במקרקעין עובר לעשיית העסקה. סעיף 16 עשוי אפוא להביא לדחיית זכויות שהיו קיימות במקרקעין בלעדיו, אך אין הוא יוצר

41 אך מה היה דין מס הכנסה שהוטל – לפני שתוקן החוק – על ה"שווי השנתי הנקי" של דירת מגורים? המס לא הוטל על פעולה בדירה, כי אם על עצם ההנאה שבהחזקה ללא תשלום שכר דירה. ראה באופן כללי: ויתקון ונאמן, "דיני מיסים", מהדורה רביעית, תשכ"ט, עמ' 104.

42 כגון לפי סעיף 9 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970.

הפירוק⁵¹, ונכסיה אינם מוקנים למפרק⁵². אי לכך, רישום ההערה בפנקס המקרקעין על שעבוד מקרקעי החברה יתפוס אף לאחר הגשת בקשת הפירוק. רק עם מתן צו הפירוק חלה הקפאה על כוחם של הגושים לאחוז בצעדים משפטיים כנגד רכוש החברה המתפרקת⁵³. אמנם תאריך הגשת הבקשה לפירוק נחשב לתאריך תחילת הפירוק⁵⁴, ופעולות שהתמירו להקנות לאחר מכן של החברה לאחר תחילת פירוקה נחשבות לבטלות ומבוטלות⁵⁵; אולם הטלת השעבוד על ידי גובה המס, בהיותו אקט אוניטראלי המעוגן בחקוק, אינו יכול להחשב, לדעתנו, ל"פעולה המקנה לאחר מכן של החברה"⁵⁶.

ו. כפיפות השעבוד לרשומים קודמים

נרשמה הערה בפנקס המקרקעין על חוב המס, יידחה השעבוד להבטחת החבות במס מפני "כל שעבוד של אותם מקרקעין שהיה רשום שעה שגרשמה ההערה". פשיטא, שאם היתה משכנתה רשומה על המקרקעין בזמן רישום ההערה, בעל המשכנתה יוכל להיפרע מן המקרקעין בדין קדימה לאוצר המדינה. אולם ספק מה דין שתי זכויות רשומות אחרות ביחס לשעבוד האמור. שתי זכויות אלה הן הערת האזהרה והשעבוד הצף.

(1) הערת אזהרה

הערת האזהרה איננה בטוחה במובן הקלאסי של מילה זו. ואולם כבר השוונו אותה לבטוחה מבחינת תוצאותיה, ומבחינת המטרה שהמחוקק ביקש להשיג באמצעותה⁵⁷. לכן נראה לנו שיש לפרש את סעיף 11א(2) הכופף את השעבוד לטובת אוצר המדינה לשעבודים רשומים קודמים, כאילו התייחס גם להערת אזהרה. תוצאה זו תהיה צודקת יותר. הקונה שרשם את ההערה עדיין איננו יכול, לעיתים קרובות, לרשום את זכות בעלותו במקרקעין, וזאת מטעמים טכניים⁵⁸. לא יהיה זה מתקבל על הדעת שקונה זה,

51 רק לאחר גמר הליכי הפירוק רשאי בית המשפט, לבקשת המפרק לצוות על פירוקה הסופי של החברה, וצו זה מפקיע את אישיותה המשפטית של החברה. ראה באופן כללי: Pennington, *Company Law*, 3rd ed., (1973), pp. 764 et seq.

52 *Re a Debtor* (41 of 1951), [1952]. Ch. 192.

53 פקודת החברות, סעיף 156.

54 פקודת החברות, סעיף 153(1).

55 פקודת החברות, סעיף 218(2).

56 הטעמים לביטול תוקפן של עסקאות שעשתה החברה לאחר תחילת פירוקה אינם חלים כשנפילת ערך האקטיב של החברה הושג ללא שיתוף פעולה מצידה. ראה באופן כללי: *Re Wiltshire Iron Co.* (1868), 3 Ch. App. 443.

57 ראה פרק 3(ג) לעיל. אמנם אמרנו שם שקונה נכס המקרקעין שרשם הערת אזהרה דומה בעינינו לבעלים יותר מאשר לנושה מיבטח. גם כאן אין אנו אומרים את ההיפך. אנו גורסים שבעל הערת האזהרה הינו לפחות במעמדו של הנושה המובטח, לאמור במעמדו של מי שזכויותיו אינן חשופות לסיכון אם בעל דברו (המוכר) ייקלע למצב של אי-סולבנטיות.

58 למשל, קונה דירה בבית העתיד להירשם כבית משותף, חייב להמתין, לצורך רישום זכותו, לחלוקת החלקה שהבית המשותף הוקם עליה לתת-חלקות. ראה סעיפים 12, 13 ו-54 לחוק המקרקעין.

דיני הבטוחות לפי פקודת חמסים (גביה)

שאף טרח לנהוג בוהירות המירבית ולרשום הערת אזהרה, יהיה במצב פחות טוב מאשר מלווה שנתן מעותיו במשכנתה.

התיבה העברית "שעבוד" הינה ככל הנראה תרגום המילה האנגלית "charge" שהופיעה בנוסח המקורי לסעיף 12 לפקודה. מונח אנגלי זה מבטא כל זכות במקרקעין המשמשת ערובה לקיום חוב של בעל המקרקעין, והמאפשר נקיטת הליכים למכירת המקרקעין, לשם סיפוק החוב⁵⁹. מכל מקום אין זו בהכרח מילה נרדפת לבטוחה, אן, לפי הטרימינולוגיה החדשה, למיטת דווקא; למשל, בסעיף 5 לחוק המקרקעין, תשכ"ט—1969, מגדיר המחוקק זיקת הנאה כ"שעבוד מקרקעין להנאה שאין עמה זכות להחזיק בהם", ולית מאן דפליג שזיקת ההנאה איננה בטוחה. נדמה שהערת האזהרה כפי דיניה היום עונה על תנאים הגדרתיים אלה, ולפיכך אף אם אינה בטוחה ואין להחיל דיני בטוחה עליה, הריהי בחינת שעבוד, ולכן אם נרשמה בפנקס המקרקעין לפני רישום שעבוד המס, יידחה חוב המס מפני הזכות נשוא ההערה.

(2) שעבוד צף

אם חברה שיעבדה את נכסיה בשעבוד צף, ולפני כזה התגבש חזרה ושיעבדה נכס מנכסיה בשעבוד ספציפי, אותו נכס יעמוד לפרעון החוב שביסוד השעבוד הספציפי, לפני שיעמוד לפרעון החוב שביסוד השעבוד הצף⁶⁰. השאלה היא אם דין זה הוא בר תחולה גם כאשר השעבוד הספציפי הוא זה שנרשם מכוח הוראת גובה המס לפי סעיף 11א(2) לפקודה. לכאורה, השעבוד הנרשם לפי הוראת גובה המס כאמור, הוא שעבוד ספציפי לכל דבר וענין ולפיכך סדר העדיפויות שבין שעבודים ספציפיים לצפים צריך לחול גם בענינו. ואולם יש גם נימוקים לסתור.

כזכור, קובע סעיף 11א(2) שדרגתו של שעבוד המס תהיה נדחית "בפני כל שעבוד של אותן מקרקעין שהיה רשום טעה שנרשמה ההערה". הנחתנו היא, שהשעבוד הצף אמנם היה רשום ככזה בשעה שנרשמה ההערה. השאלה היא, אם הזכות שהיתה רשומה כאמור הינה כבר בגדר שעבוד, למרות שטרם הגיע מועד הגיבוש (קריסטליזציה), או

59 ראה הגדרת המונח Charge במילונים המשפטיים המקובלים. למשל, Jowitt, *The Dictionary of English Law*, vol. 1, p. 350; Stroud's *Judicial Dictionary*, 4th ed., vol. 1, pp. 424-425; U.S.: *Black's Law Dictionary*, 4th ed., 294 ענין להיות משועבדים לפרעון חוב אף בהבל פה, ללא צורך ברישום. תכונותיו של שעבוד (charge) אקוויבילי זה מתבטאות במתן עדיפות ל-chargee על פני נושיו הרגילים של המשעבד. ראה למשל, Cheshire and Butterworth, *Real Property*, 9th ed., (1962), 560, et. seq. מאליו מובן שסוג שעבוד זה אינו מותר לפי חוק המקרקעין. אך משהותר מוסד הערת האזהרה אין סיבה מדוע לשלול מרושם ההערה את הסטטוס שהיה מקבל באנגליה כ-chargee אילו היה עושה אותן פעולות שעשאן ברישום ההערה. אמנם האינטרס הרגיל של קונה המקרקעין יהיה לשבת בהם ולא למכרם לצורך סיפוק החוב; ואולם הקובע הוא, שאין הוא נהפך לנושה רגיל של המוכר, הנאלץ להסתפק בדיבידנדה על חובו. באשר לפרופוזיציה הרואה בקונה הנכס את בעל חובו של המוכר, ראה הסעיפים 18(א) לחוק המכר, תשכ"ח-1968, ו-2 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, כפי שפורשו בע"א 181/73 שמוקמן נ' ספיטאני, פד"י כ"ח (2) 182.

60 לדין בסוגייה זו ראה: Gower, *Modern Company Law*, 3rd ed., (1969), p. 421. גם בישראל נפסקה הלכה ברוח זו.

שמה הזכות הרשומה איננה אלא בחינת שעבוד בכוח, ועד למועד הגיבוש לפנינו זכות רשומה, אך לא שעבוד רשום. לדעתנו השעבוד הצף הינו שעבוד רשום מד עם רישומו, ואף לפני שנתגבש. שעבוד זה מורכב למעשה משני אלמנטים. ראשית, זהו שעבוד נכסי החייב. שנית, זוהי הרשאה לחייב, שלמרות קיום השעבוד, יהיה החייב חופשי להמשיך לעשות דיספוזיציות בנכסיו, ובכללן שעבודם לאחרים. דין הקדימה של השעבוד הספציפי אינו נובע אפוא מכך שלפני הגיבוש אין השעבוד הצף אלא שעבוד בכוח, אלא מכך שלמרות היותו שעבוד בפועל, הרשה בעל השעבוד לחייב לשעבד את נכסיו לזולת בדין קדימה⁶¹. אמנם, קיימת גם אסכולה המסתייגת מהקונסטרוקציה של הרשאה לעסקאות אחרות, ומעדיפה את הקונסטרוקציה שהשעבוד לא גורע מראשיתו לתפוס את נכסי החברה לפני הגיבוש באופן שימנע העברתם לזולת⁶². אך גם בעלי תפיסה זו מודים בכך שגם לפני הגיבוש השעבוד הצף הוא שעבוד שבהווה, ולא רק שעבוד שבכוח⁶³.

השעבוד הצף נבדל מן השעבוד הספציפי בכך, שלמקרא אגרת החוב היוצרת אותו, ניתן להבחין בכוונת הצדדים שבעל הנכסים המשועבדים יוכל להמשיך ולעשות בהם דיספוזיציות למרות קיום השעבוד⁶⁴. הטעם לליברליות זו באפשרויות הדיספוזיציה הוא השמירה על עצמתה הכלכלית של החברה על ידי הגנה על כוחה לסחור בנכסיה⁶⁵. יכולת זו אמנם עשויה לפגוע בבעל אגרת החוב, על ידי צמצום היקף השעבוד, אך היא יכולה גם להיטיב עמו, על ידי הקטנת סכנת האינסולבנטיות של החברה החייבת. היתרונות שבכוחה של החברה לעשות דיספוזיציות בנכסיה נעלמים ואינם, כאשר המדובר הוא בשעבוד המוטל באופן אוניטראלי על ידי גובה המס, שלא כנגד תמורה שבהווה המעשירה את אקטיב החברה, שעבוד זה גורע מנכסיה מבלי להעניק לחברה, או לנושה האוחז באגרת החוב, כל יתרון, ואין להניח שהאחרון התכוון, בעת יצירת האגרת, לאפשר לבעל שעבוד שכזה לטרוף מנכסי החברה בדין קדימה לחיוב המובטח בשעבוד הצף⁶⁶. האנלוגיה הקרובה ביותר לעניינו מן המשפט האנגלי היא מתחום הבטוחות האוניטראליות מכות פסק דין. כידוע, נושה אנגלי שזכה בפסק דין נגד החייב יכול ליצור בטוחה אוניטראלית על רכושו באמצעות נקיטה בהליכי הוצאה לפועל מסוימים. בטוחה זו היא לדעתנו אנלוגית לשעבוד הנרשם לפי הודעת גובה המס, הואיל והיא משתכללת ללא

61 שם. ראה גם Pennington, *Company Law*, 3rd ed., (1973), pp. 367 et seq. בפסק דין חשוב אחר נאמר: "A floating security is not a future security; it is a present security, which presently affects all the assets of the company expressed to be included in it. On the other hand, it is not a specific security..." *Evans v. Rival Granite Quarries, Ltd.* [1910], 2 K.B. 979

62 ראה Pennington, שם. ואולם בספר חשוב אחר נאמר: "A floating charge is a present charge, not a future one, but it does not specifically affect any item... that is to say, the debenture holder has under his floating charge an immediate equity or charge on the property, but the company has the benefit of a licence or right to deal with the property..." : *Gore—Browne, On Companies*, 42nd ed., (1972), p. 423

63 למשל, הלכת *Evans*, הערה 60 לעיל.

64 ראה למשל, *Re Yorkshire Woolcombers Association Ltd.* [1903] 2 Ch. 284, 295

65 E.g. *Gower, op. cit.*, 421

66 השווה למשל, *Davey and Co. v. Williamson and Sons Ltd.*, [1898], 2 Q.B. 194

דיני הבטוחות לפי פקודת המסים (גביה)

צורך בשיתוף פעולה מצד החייב, ואף שלא כנגד תמורה יבהווה. ההלכה המקובלת באנגליה היא שזכויות בעל בטוחה שכוזו נדחות מפני זכויות האוחז באגרת החוב המובטחת בשעבוד הצף.⁶⁷ אמנם, לאור כוחה של החברה לשלם מרצונה את חובותיה לנושים בדרך העסקים הרגילה מבלי שהנושים יהיו כפופים לזכויות בעל אגרת החוב,⁶⁸ עשויה הלכה זו ליצור פרדוקס של העדפת נושים שקבלו תשלום מרצון⁶⁹ על פני נושים שנאלצו לנקוט בהליכי הוצאה לפועל.⁷⁰ לדעתנו, פרדוקס זה ניתן ליישוב בכך, שהבטוחה האוניטרלית הנוצרת על ידי הדין, אינה צריכה להיות לרועץ לנושה, ומשקיבל את התשלום יהיה דינו כדין מי שהחברה שילמה לו מרצונה. אך כל עוד התשלום לא נעשה בפועל, לא יוכל לטעון לדין קדימה לגבי בעל אגרת החוב, מכוח השעבוד האוניטרללי יציר הדין.⁷¹

מסקנתנו היא איפוא שהשעבוד הנרשם לפי הודעת גובה המס לפי סעיף 11א(2) לפקודה, נדחה מפני שעבוד צף שהיה רשום על המקרקעין באותה שעה.

4. שעבוד מיטלטלי החייב

א. כללי

לפי סעיף 12א לפקודה "היו המעוקלים לפי פקודה זו מיטלטלין שהעברת הבעלות בהם חייבת רישום לפי כל דין, ירשום הממונה על הרישום, במסמכים המתאימים או בפנקסים שבניהולו, הערה בדבר העיקול כשתומצא לו הודעה על כך מאת גובה המס; הממונה על הרישום לא ירשום שום פעולה במיטלטלין האמורים בלי אישורו של הממונה על הגביה; דין עיקול מיטלטלין שגרשם מטעם הממונה על הרישום, כדין מישכון שנירשם לפי חוק המישכון, תשכ"ו–1967, ולענין זכות קדימה הוא כפוף לסדר שבו גרשמו המישכונים שלפניו". סעיף זה הוא תוספת חדשה משנת תשל"ג מבחינת נשוא השעבוד, שכן לפי סעיף 12 לפקודה המקורית רק מקרקעי הסרבן שמשו כבטוחה לחבות המס. עם

67 ש.ב.

68 ראה אסמכתאות המקובלות ב: *Halsbury's (Lord Hailsham of Marylebone) Laws of England*, vol. 7 §§825 et seq.

69 נושה שקיבל תשלום חוב המגיע לו יכול להיתשב כמי שקיבל תשלום מרצון גם אם זכה בפסק דין נגד החברה ופתח נגדה בהליכי הוצאה לפועל. ראה למשל, *Robinson v. Burnell's Vienna Bakery Co.*, [1904], 2 K.B. 624.

70 *Pennington, op. cit.*, 375

71 בכך מסתייגים אנו מדברי *Pennington* הרואה פרדוקס זה כבלתי ניתן ליישוב, והמציע במרומו שההלכות שאינן תואמות לדעתו אינן נכונות. ראה למשל, *Norton v. Yates*, [1906], 1 K. B. 112, שם צוטטו בהסכמה, בעמ' 124, דברי בית המשפט בפרשת *Davey*, הערה 65 לעיל, כדלקמן: "We cannot assent to the view... that a seizure under an execution on a judgment against the company is a dealing by the company in the ordinary course of business... so as to be within the authority given to the company by the terms of the debentures. It is not in the ordinary course of business that the debts of a going business firm or company should be liquidated by seizure of their assets under legal process. Nor can the transaction be properly described as a dealing by the company at all. It is a compulsory legal process directed against the company — not dealing by them"

זאת, ניתן אולי לראות גם בסעיף זה חלק מן המערכת הנורמטיבית שירשה את סעיף 12 המקורי, שכן אין הוא מסתפק בהוראות להקלת הגביה אלא יוצר זכות קניין בנכסי הסרבן.⁷² גם סעיף זה יוצר שורה של בעיות פרשניות.

ב. מועד רישום השעבוד אצל הממונה על הרישום

כשהסרבן הוא אדם פיסי שפשט את הרגל או חברה שנתפרקה – עד אימתי רשאי גובה המס לרשום את שעבודו על מיטלטלין, ובכך לגרוע מזכויות נושיו האחרים? אין אנו סבורים שבסוגיה זו צריך לחול דין שונה במקרקעין ובמיטלטלין, וגם כאן סבורים אנו שהתאריך האחרון לרישום השעבוד לגבי אדם פושט רגל הוא היום שלפני ביצוע מעשה פשיטת הרגל, ולגבי חברה התאריך האחרון הוא זה העובר ליום מתן צו הפירוק.⁷³

ג. מהם מיטלטלין

למרות שבחוק המיטלטלין, תשל"א–1971, מוגדרים מיטלטלין כ"נכסים מוחשיים חוץ ממקרקעין"⁷⁴, קובעת הפקודה במפורש, בסעיף 2(2) ש"הוראות פקודה זו בדבר עיקולם של מיטלטלין ומכירתם, לרבות סעיף 12א, יחולו על זכויות וטובות הנאה אחרות כאילו היו מיטלטלין...". לכן בתורנו אחר קטגוריות של מיטלטלין שהעברת הבעלות בהם טעונה רישום על פי דין⁷⁵, עלינו להביא בחשבון גם זכויות ערילאיות, כגון, למשל, מניות בחברה, או הזכות הנובעת מחוזה מכר מקרקעין.

ד. סוגי מיטלטלין שהעברת הבעלות בהם חייבת רישום על פי דין

(1) כלי רכב מנועי

לפי סעיף 9(70) לפקודת התעבורה (נוסח חדש)⁷⁶ שר התחבורה מוסמך להתקין תקנות בדבר "מתן הודעה על שינוי שחל בבעלות של רכב מנועי ורישומו של שינוי כזה". מכוח סעיף זה הותקנה תקנה 283 לתקנות התעבורה, תשכ"א–1961, הקובעת לאמור: "נמכר רכב הרשום בהתאם לפקודה זו או חל כל שינוי בבעלותו, יחולו הוראות אלה: (1) האדם הרשום ברשיון רכב כבעל הרכב חייב להודיע בכתב לרשות הרישוי שאצלה רשום הרכב על השינוי שחל בבעלותו וכן את השם, מספר הזהות והמען של האדם אשר לטובתו נעשה השינוי בבעלות; ...". למקרא הסעיף והתקנה ברור כשמש שהיבת הרישום איננה קונסטטיטויבית; הבעלות ברכב עוברת לפי הדינים הכלליים אף ללא הרישום. בכל זאת אנו מציעים לפרש את סעיף 12א לפקודה כחל גם על סוג זה של מיטלטלין, שהרי אין הוא דן במיטלטלין שהעברת הבעלות בהם טעונה רישום, אלא במיטלטלין שהעברת הבעלות בהם חייבת רישום. תקנה 283 הנ"ל מטילה חובת רישום כאמור, גם כי קיום החובה איננו הנאי להעברת הקניין. פירוש זה של סעיף 12א ינחה אותנו גם בדיונו בסוגי מיטלטלין אחרים.

72 ראה דיון בפרק 2(א) לעיל.

73 ראה דיון בפרק 3(ה) לעיל.

74 חוק המיטלטלין, סעיף 1. אולם ראה סעיף 13(א) לחוק, המחיל את הוראותיו, ככל שהדבר מתאים לענין ובשינויים המחויבים, גם על זכויות.

75 ראה פרק 4(ד) להלן.

76 דיני מדינת ישראל מס' 7, תשכ"א, עמ' 173.

(2) כלי שיט

תקנות הספנות (כלי שיט) (רישום וסימון), תשכ"ב-1962, קובעות רשימה של כלי שיט "זכות הבעלות בהם חייבת רישום" וכן אף העברת הבעלות לזולת.⁷⁷ פשיטא, שכלי שיט כאמור הינם מיטלטלין כמשמעות הביטוי בסעיף 12א לפקודה.

(3) כלי טיס

גם זכות הבעלות והעברת הבעלות בכלי טיס חייבת ברישום.⁷⁸ ועל כן כשיר גם כלי טיס לשמש ערובה לקיום החבות במס, אם עוקל ונרשמה הודעה על העיקול בהתאם להוראות הפקודה.

(4) ניירות ערך

העברת הבעלות בניירות ערך על שם טעונה רישום. הדרישה היא קונסטטיטויבית. בכך נבדלים ניירות הערך על שם ממיטלטלין או מזכויות אחרות, שהעברת הבעלות בהם מתבצעת על פי הדינים הכלליים.⁷⁹ אמנם, הבעלות בזכות הראויה המיוצגת על ידי נייר הערך, עשויה לעבור ביחסים בין המעביר לנעבר, אף ללא הרישום, והאחרון עשוי להיחשב לבעליה שביוסר של אותה זכות; ואולם החברה אינה חייבת להכיר במצב החדש שנוצר, ולגבי דידה נותר המעביר הבעלים היחיד של נייר הערך על שם.⁸⁰ חובת הרישום נקבעת בפקודת החברות עצמה.⁸¹ לרגעים סברנו שמאחר ומכירת נייר הערך מועילה להעביר קנין אף ללא רישום ביחסים שבין המעביר לנעבר, ומאחר שסרובה של החברה להכיר בהעברה עשוי להתבטא אך ורק לענין מספר זכויות גברה המגולמות בנייר והמחייבות את החברה לעשייה פוזיטיבית כלפי בעל הנייר, ניתן היה לאמר, שההעברה הושלמה אף ללא רישום, באשר לזכויות אחרות, שאינן זכויות גברה המחייבות לעשייה פוזיטיבית. למשל, סירובה של החברה להכיר בהעברה הוא משמעי לענין זכויות כגון דיבידנדה וזכות הצבעה מכוח מגיה, או הזכות לפירות עתיים מכוח אגרת החוב. אך אם החברה באה לידי פירוק, אין עוד צורך בשיתוף פעולתה לענין

77 ראה תקנת 3 לתקנות הספנות (כלי שיט) (רישום וסימון), תשכ"ב-1962.

78 שם, תקנות 9 ו-19.

79 שם, תקנות 20, 20א ו-21.

80 ראה תקנות הטיס (רישום כלי טיס וסימון), תשל"ד-1973.

81 "[S]hares are not like goods and the property in them does not pass as a result of the contract. In this respect they more closely resemble land; just as the contract of sale of land, requires to be completed by a conveyance, so a contract for the sale of shares requires to be completed by transfer." Gower, *op. cit.*, 395.

באשר לאגרות חוב על שם, ראה שם, 416.

82 שם, 401.

83 ראה, למשל, סעיפים 26(2), 29 ו-31 לפקודת החברות. לאור סעיפים אלה דומה שתקנת 17 ללוח א' לתוספת השלישית לפקודת החברות הינה תקנה קוגנטית. וזה לשון התקנה: "תעודת העברת מגיה בחברה תחתם על ידי המעביר ומקבל ההעברה, והמעביר יחשב כאילו נשאר בעל המניה עד הירשם שמו של מקבל ההעברה בפנקס החברים ביחס למניה המועברת". סעיף 122(2) לפקודה הדן באגרות חוב קובע: "למרות כל הכתוב בתקנות החברה לא יורשה לשום חברה לרשום העברה של אגרות חוב שלה אלא אם נמסר לחברה כתב העברה מסודר כדבעי".

מימוש שעבודים נגדה מכוח אגרת החוב, ואולי אף לענין השתתפות ביתר נכסיה מכוח המניה. ייתכן, כך סברנו, שהעברת הבעלות בזכויות אחרונות אלה איננה, על כן, "חייבת ברישום", ומכאן שהללו אינן יכולות לשמש מושא לשעבוד לפי הודעת גובה המס מכוח סעיף 12א לפקודה. בהרהור שני נראה לנו שאטומיזציה זו של מושג נייר הערך היתה וזה למחוקק הפקודה. הוא ביקש לאפשר הטלת שעבוד על נייר הערך כעל קומפלקס של זכויות, ולא רק על כמה מהזכויות המיוצגות על ידי הנייר. ואמנם, אין ספק, שבין המטרות שביקש המחוקק להשיג בשנת תשל"ג כשתיקן את הפקודה, היתה גם המטרה שהשעבוד על נכסי הסרבן ישתרע גם על ניירות ערך סתם, כאילו קורצו מעור אחד⁸⁴, ובכך ביקש המחוקק "לתפוס" את מה שעשוי להוות חלק נכבד מרכושו של הסרבן. אין צריך לאמר שניירות ערך למוכ"ו ניתנים להעברה, מעצם הגדרתם, אף ללא רישום, ושאינן מוטלת על הצדדים חובת רישום. מכאן שאין אפשרות לרשום שעבוד להבטחת חבות במס על ניירות ערך למוכ"ו.

(5) קנין רוחני

קנין רוחני עשוי להיות נכס רב ערך, והשאיפה להטיל אף עליו את שעבוד המס היתה בין המוטיבים לתיקון הפקודה בשנת תשל"ג⁸⁵. סבורים אנו ששאיפה זו לא מצאה ביטוי מוצלח בלשון סעיף 12א לפקודה. לפי סעיף 36 לחוק הפטנטים, תשכ"ז-1967, "מתן הפטנט יירשם בפנקס ולבעליו הינתן תעודת על כך". אך בעוד הזכות האורייגנלית בפטנט חייבת רישום כאמור, קובע סעיף 82 ש"זכויות באמצאה ובפטנט ניתנות להעברה בכתב ועוברות מכוח דין", קרי, ללא צורך ברישום. אמנם, לפי סעיף 83, "העברת פטנט על פי הסכם אין לה תוקף כלפי שום אדם וזולת הצדדים להסכם, אלא אם נרשמה לפי חוק זה". מאידך גיסא, ההחלטה האם לרשום את העברת הפטנט או לא מושארת בלעדית לשיקול דעתו של הנעבר, כאמור בסעיף 169(א) לחוק⁸⁶. כזכור, קובע סעיף 12א לפקודה ששעבוד המס ידבק במיטלטלין ש"העברת הבעלות בהם חייבת רישום לפי כל דין". לכן נשאלת השאלה האם פטנט, שהעברת הבעלות בו אינה חייבת רישום כלל וכלל, אלא שהיא נעדרת תוקף כלפי צדדים שלישיים אם לא נעשה רישום, הינו "מיטלטל" כמשמעות הביטוי בסעיף 12א לפקודה. למרות אי הדיוק בניסוח סעיף 12א נראה לנו שאמנם פטנט הינו מיטלטל כאמור. בעל הפטנט זקוק להגנה על הפטנט כלפי כולי עלמא, ופטנט שאין לו תוקף אלא כלפי בעליו הקודם in personam, שוויו פוחת באופן ניכר⁸⁷. לשונו הליברלית, כביכול, של המחוקק, המותירה את רישומה או אי רישומה של ההעברה לשיקול דעתו של הבעלים הרוכש, אך הפוגמת בזכות קנינו אם נמנע מלרשום את ההעברה, אוצרת בחובה הוראה מחמירה הרבה יותר מהוראה המחייבת רישום בלשון מפורשת, אך אינה מתנה את תוקף הזכות בביצוע הרישום (כמו, למשל, בענין כלי רכב,

84 ראה הצעת החוק, בעיקר במבוא ובדברי ההסבר לסעיף 9.

85 שם.

86 חוק הפטנטים, תשכ"ז-1967, סעיף 169(א): "מי שהועברו לו זכויות בפטנט... רשאי לבקש מהרשם לרשמו כבעל אותן זכויות...".

87 אך אין לאמר ששוויו של פטנט כזה הוא כקליפת השום, הואיל וגם אם אין הזכות לפטנט מוגנת כלפי כל העולם, עדיין יכול הבעלים החדש, אף שלא נרשם, להשתמש בפטנט, מבלי שיצטרך לתת את הדין על הפרה.

כלי שיט וכלי טיס) ⁸⁸, כזכור ⁸⁹, גם להעברת גיירות ערך על שם יש תוקף *in personam* אף ללא רישום ההעברה, אך לא סברנו שדי בכך כדי להוציא גיירות ערך אלה מכלל המיטלטלין שסעיף 12א לפקודה דן בהם.

בעיה פרשנית זו אינה מתעוררת לגבי מדגמים, שכן סעיף 43(1) לפקודת הפטנטים והמדגמים ⁹⁰ מחייב את כל מי שנעשה זכאי למדגם רשום בדרך של העברה, "לפנות אל הרשם בבקשה לרשום את זכותו". זה גם הדין בעניין העברת סימני מסחר ⁹¹.

(6) זכויות במקרקעין

כזכור ⁹², סעיף 2(2) לפקודה, אשר הוסף בשנת תשל"ג, מחיל את הוראות הפקודה הנוגעות לעיקול מיטלטלין, לרבות תוצאות העיקול לפי סעיף 12א, גם "על זכויות וטובות הנאה אחרות כאילו היו מיטלטלין". לפי חוק המקרקעין החדש, "מקרקעין" מוגדרים כ"קרקע, כל הבנוי ונטוע עליה, וכל דבר אחר המחובר אליה חיבור של קבע..." ⁹³, כלומר אך ורק הנכס בעל היישות הפיסית נחשב למקרקעין, אך לא הזכויות הערטילאיות בנכס. שוכר מקרקעין, בעל משכנתה או בעל זיקת הנאה, אין להם אלא זכויות בנכס, אך אין להם נכס המקרקעין עצמו. מכאן נובע, שלכאורה, דין מיטלטלין צריך היה לחול על זכויות אלה; שעבודן של זכויות אלה להבטחת החבות במס צריך היה להתאפשר אפוא לפי סעיף 12א דוקא, הדין במישכון מיטלטלין שעוקל, ולא לפי סעיף 11א שענינו שעבוד מקרקעין. כנגד תוצאה מזוהה זו ניתן להעלות שני גימוקים אנאליטיים. ראשית, לפי הפירוש הנ"ל, גם הבעלות במקרקעין איננה אלא "זכות" ⁹⁴, ועל כן צריכה היתה אף היא לשמש מושא אפשרי למישכונה על דרך המיטלטלין. תוצאה אבסורדית זו אינה מחישבת עם חלוקת מושאי השעבוד למקרקעין ולמיטלטלין, המתבקשת משתי המערכות השונות שיצר המחוקק בסעיפים 11א ו-12א בהתאמה. אכן, מקיומה של המערכת המורכבת והמשוכללת לשעבוד מקרקעין, עולה בבירור שכונת המחוקק היתה שזכויות במקרקעין תהיינה נתונות לשעבוד לפי הוראות סעיף 11א, בעוד שתחולתו של סעיף 12א היתה אמורה להיות רזידואלית. הנימוק השני לדחיית הפירוש הנ"ל הינו, שבעת היכנסה של הפקודה לתוקף נכללו גם הזכויות הנ"ל במקרקעין בדימויות הגדרת המקרקעין ⁹⁵, ולכן חוקה על מחוקק הפקודה שהתכוון לייחס למונחי הפקודה אותה משמעות טרמינולוגית שהיתה ידועה להם באותה שעה. אמנם נכון הדבר שסעיף 2(2) הינו הוספה שהוספה על ידי המחוקק הישראלי בתשל"ג, כלומר אחרי השלמת המהפכה הטרמינולוגית בדיני הקניין הכלליים; ואולם קשה לייחס למחוקק תשל"ג כוונה להשתמש במונחים המופיעים אף בפקודה המקורית במשמעות שונה מזו שנודעה להם

88 ראה פסקאות (1), (2) ו-(3) לעיל.

89 ראה פסקה (4) לעיל.

90 חא"י, כרך ב', עמ' 1053 (א) 1076.

91 לפי סעיף 49(א) לפקודת סימני המסחר [נוסח חדש], תשל"ב-1972: "זכה אדם בסימן מסחר רשום מכוח העברה או מכוח הדין, יגיש לרשם בקשה לרשום את זכותו..."

92 ראה פרק 4 משנה ג' לעיל.

93 סעיף 2 לחוק המקרקעין: "הבעלות במקרקעין היא הזכות להחזיק במקרקעין..."

94 סוג "זכויות בקרקע" (interest in land) כמקרקעין הינו מורשה מן המשפט האנגלי; ראה באופן כללי: Halsbury's (Simonds) Laws of England, vol. 32, p. 205.

בפקודה המקורית⁹⁵, ועקב כך ליצור מערכת טרמינולוגית דו־שכבתית באותו דבר הקיקה עצמו.

הזכויות במקרקעין אינן איפוא מיטלטלין (למרות סעיף 2(2) לפקודה), כי אם מקרקעין (למרות הגדרת מקרקעין בחוק המקרקעין). מכאן נובע ששעבודו להבטחת חבויות המס אפשרי לפי סעיף 11א לפקודה. מאחר שקשה לתאר סיטואציה שהמס הרלבנטי יהיה מוטל "על" הזכות במקרקעין, כמשמעות הביטוי בסעיף 11א(1) לפקודה, יהיה השעבוד מותנה בהודעת גובה המס כאמור בסעיף 11א(2) לפקודה. כך, אם הסרבן הוא בנק למשכנתאות, ניתן לשעבד את זכויות המשכנתה שלו על ידי הודעות מתאימות, לגבי כל יחידת רישום בנפרד, שתשלחנה ללשכות רישום המקרקעין.

(ד) זכויות חוזיות לרישום במקרקעין

ראובן עשה הסכם למכירת מקרקעין לשמעון. האם, בטרם רישומו של שמעון כבעלים במשרד ספרי האחוזה, ניתן לשעבד את זכותו החוזית של שמעון לצורך הבטחת חבותו במס? במבט שטחי נראה שאכן כן הוא הדבר. זכותו החוזית של שמעון לקבלת המקרקעין הינה "זכות" כמשמעות הביטוי בסעיף 2(2) לפקודה, ולכן דיני עיקול מיטלטלין, לרבות תוצאות העיקול לפי סעיף 12א, צריכים לחול עליה⁹⁶. כזכור⁹⁷, רשאי גובה המס להטיל שעבוד רק על מיטלטלין שהעברתם חייבת רישום על פי דין. העברתה של זכות זו אמנם חייבת ברישום לפי חוק מס שבח במקרקעין⁹⁸, שכן מכירתה לאחר, גם כי אינה שקולה כנגד העברת המקרקעין עצמם⁹⁹, הינה מכירת חייבת במס לכל דבר וענין¹⁰⁰.

אנו מציעים לדחות מסקנה שטחית זו. אנו סבורים שחובת ההצהרה על מכירת הזכות במקרקעין איננה "הרישום" שסעיף 12א דן בו. אמנם, ודאי שמנהל המס רושם בפנקסיו את האינפורמציה שנמסרה לו. אך רישום זה נועד לצרכי הפנימיים של מינהל המס, ולא לשם יצירת פנקס הפתוח לעיונו של הציבור, המשקף את מצב הזכויות בנכסים הרשומים. לכאורה, נראה שכונתו של סעיף 12א היא דווקא לפנקס כזה.

(8) זכויות במיטלטלין

זכויות במיטלטלין אינן מיטלטלין, אך לפי הוראת סעיף 2(2) לפקודה דין מיטלטלין חל עליהן. הקושי הוא למצוא קטגוריות של זכויות במיטלטלין שהעברתן חייבת רישום על פי דין. קטגוריה אפשרית אחת היא מישכון. שנרשם לפי חוק המשכון, תשכ"ז—1967.

95 סעיף 40 לפקודת הפרשנות (נוסח חדש): "חיקוק המתקן חיקוק אחר יתפרש כאחד עם החיקוק המתוקן, ככל שהדבר מתיישב עם תוכנו של החיקוק המתקן ובאין כוונה אחרת משתמעת...".

96 ראה פסקה 6 לעיל.

97 ראה פרק 4(א) לעיל.

98 ראה הפרק השביעי לחוק מס שבח במקרקעין, המחייב עשיית הצהרה מפורטת בענין מכירת כל זכות במקרקעין (או פעולה באיגוד מקרקעין) שתמסר למנהל מס שבח במקרקעין.

99 לפי סעיף 7 לחוק המקרקעין אין הקנין במקרקעין עובר בלתי אם נרשמה ההעברה בלשכת רישום המקרקעין.

100 "מכירה" מוגדרת בסעיף 1 לחוק מס שבח במקרקעין כבאה לרבות הענקתה של "זכות לקבל

השאלה הקריטית היא, האם ניתן לאמר על מישכון מיטלטלין שהעברתו חייבת רישום. סעיף 25 לחוק המשכון מסמך את שר המשפטים לקבוע בתקנות הוראות בדבר "סדרי הרישום של מישכונים... לרבות סדרי הרישום של העברת מישכונים", והשר אמנם פעל במסגרת הסמכה זו.¹⁰¹ דא עקא, שאין החוק מחייב את בעל המשכון לרשום את זכותו. תחת זאת, קובע החוק הסדר, לפיו תוקפו של המישכון יהיה יפה כלפי נושים אחרים של החייב בנכסים נדים ובניירות ערך – עם הפקדתם בידי הנושה, ובנכסים נדים ובניירות ערך שלא הופקדו, וכן בכל מקרה אחר – משגרשם המישכון.¹⁰²

לדעתנו, אין תשובה אחידה לשאלה האם העברת המישכון "חייבת רישום", כמשמעות צמד המילים הללו בסעיף 12א לפקודה. כדי להשיב על השאלה יש לבדוק מה נעשה מלכתחילה כדי לתת תוקף למישכון. כך, למשל, אם המדובר הוא בנכסים נדים ובניירות ערך שהופקדו בידי הנושה, ברי שהעברת המשכון אפשרית על ידי העברת החזקה. במקרה זה, לא זו בלבד שאין החוק מחייב את רישום ההעברה, אלא אף אינו מייחס לאי הרישום תוצאות של בטלות המישכון כלפי נושים אחרים של החייב. גם אם המישכון האורגינאלי נעשה בהסכם בלבד, מבלי שגרשם ומבלי שהועברה החזקה במשכון לידי הנושה, אין ספק שמסירת הנכסים הנדים או ניירות הערך לידי הנעבר די בהם כדי להעניק למישכון תוקף in rem כלפי כל העולם, ולפיכך אין צורך ברישום לשיכלולה האפקטיבי של ההעברה. אם, לעומת זאת, המדובר במישכון שלווה מלכתחילה ברישום, יש להבחין בין נכסים נדים וניירות ערך לבין נכסים אחרים.¹⁰³ במקרה הראשון, אין סיבה לחשוב שתוקף המישכון כלפי נושים אחרים מותנה ברישום ההעברה, שכן ניתן גם לבטל את הרישום המקורי וליתן תוקף למישכון בידי הנעבר באמצעות תפיסת חזקה. במקרה השני, הואיל והרישום הוא האמצעי היחיד למתן תוקף למישכון כלפי הנושים האחרים של החייב, אף ההעברה טעונה, לדעתנו, רישום. מסקנתנו היא שמישכונים שתוקפם כלפי נושים אחרים של החייב מותנה ברישומם, הינם זכויות שדין מיטלטלין הוחל עליהם מכוח הסעיפים 2(2) ו-12א לפקודה, ולכן הם משמשים מושא אפשרי להבטחת חבות המס.

5. סעיפי הפקודה האחרים כמקור להבטחת החבות במס

רק הסעיפים 11 ו-12א מאפשרים שעבוד נכסי הסרבן להבטחת חבוייתו במס. כל יתר הסעיפים ענינם איננו אלא הקלת הגביה ביחסים שבין אוצר המדינה לנישום. סעיף 12 כמתכונתו הנוכחית¹⁰⁴ נועד אף הוא לשמש אמצעי לחץ על הנישום עצמו, אך גרשיו האחרים של הנישום יכולים לכפות פעולות העברה לטובתם, כאשר ההעברה המבוקשת

זכות במקרקעין". ואמנם, בעל הזכות החוזית רשאי לאכוף את המוכר, להעביר לו את הזכות עצמה, דהיינו בעלות או חכירה במקרקעין.

101 תקנות המשכון (סדרי רישום ועיון), תשכ"ז-1967, תקנה 8.

102 חוק המשכון, סעיף 4.

103 ראה באופן כללי: Weisman, "Registration of Security Interests: Some Flaws in the System," 8 (1973), *Isr. L. Rev.* 391.

104 "שום פעולת העברה במקרקעין השייכים לסרבן לא תירשם בפנקסי המקרקעין בטרם הוברר ששולם המס המגיע עליהם, אלא בהסכמת הממונה על הגביה".

היא תוצר של פעולת כפיה שנקטו הנרצים נגד החייב¹⁰⁵, כגון פסק דין שקיבלו נגדו לביצוע בעין. גם סעיפי הפקדה האחרים אינם יוצרים בטוחה לטובת אוצר המדינה¹⁰⁶.

6. בטוחות להבטחת החבות במס מבחינת המשפט הרצוי

א. כללי

לדעתנו, דיני הבטוחות לפי פקודת המיסים (גביה) אינם עומדים במבחן הביקורת מבחינת המשפט הרצוי. חלק מהניחות הכלול בפרק זה כבר נרמזו בפרקים הקודמים, והוא מובא כאן שנית, בין ההרהורים החדשים, למען שלמות התמונה. דיני הבטוחות לפי הפקודה לקויים לדעתנו הן מבחינת איכות הבטוחה הנקבעת בהם, בעיקר השעבוד הראשון לפי סעיף 11א(1), והן מבחינת עצם קיומן של הבטוחות להבטחת החבות במס.

ב. ביקורת מבחינת איכות הבטוחה

(1) הפתקה לא הוגנת לנרשים האחרים של סרבן המס

כזכור, מטיל סעיף 11א(1) שעבוד ראשון על מקרקעי הסרבן להבטחת מיסים המגיעים ממנו על אותם מקרקעין. כבר הסיבוגו את תשומת הלב לתרעומתם של בתי המשפט על התוצאה הנובעת מדיון זה¹⁰⁷. תוצאה זו היא, שנושאי האחרים של הסרבן היו עשויים להעניק לו אשראי מתוך הנחה שמקרקעיו פנויים כבטוחה, ונמצאו מניחים את מעותיהם על קרן הצבי. במצב זה יש משום הפתעה בלתי הוגנת לנושים אלה, הואיל והשעבוד הראשון עשוי היה להוצר להבטחת חוב מס שנוצר אחרי מתן האשראי. גם אם ניתן היה לשער מראש את אפשרות הופעתו, הנושים תמיד נמצאים במצב של אין אונים לענין מגיעתה של אפשרות זאת¹⁰⁸.

2. תוצאות כלכליות כלל משקיות בלתי צפויות *

בגלל תכונתו זו של השעבוד הראשון, לקפוץ בראש סדר העדיפות בחינת *deus ex machina*, עשוי, ולדעתנו — מחויב — המשקיע המתוחכם, לחסוך מעצמו את ההפתעה, ולתכנן את השקעתו בהתחשב בהופעתו האפשרית של השעבוד הראשון. מתן העדיפות לחוב המס מקטין את ערכם של המקרקעין כבטוחה, ואם מושכנו המקרקעין לגותן האשראי, על גותן האשראי להבין שהחבות במס תיפרע מתוך המקרקעין לפני החבות המובטחת במישכונם. שיקול זה חייב להביא לצמצום האשראי הניתן כנגד ערובות

105 ראה, למשל, בג"צ 42/64 בנק הפועלים בע"מ נ' יח"ר משרד ההוצ"ל, פד"י י"ח (3) 116.

106 בר"ע 35/69 מדינת ישראל נ' ליבל, פד"י כ"ג (1) 514.

107 ראה פרק 3(ב) לעיל.

108 גם בארצות הברית חבותו של סרבן המס יוצרת שיעבוד בנכסיו: *The Federal Tax Lien Act, 1966*. שיעבוד זה דוחה רק בטוחות שטרם שוכללו, אך נדחה מפני בטוחות מוגמרות. על הדחקותן הצידה של הבטוחות הלא מוגמרות יצא קצתם של רבים וטובים. ראה באופן כללי: *Accommodation or Abduction*, 10 (1969), *Santa Clara Law* 30.

* תודתי נתונה לד"ר איתן ששינסקי מן החוג לכלכלה באוניברסיטה העברית, על שהפריך כמה ממה שהיו השערותי הכלכליות המונחות ביסוד פסקה זו, והנחני אל דרך הישר.

מקרקעין¹⁰⁹. התוצאה הכלכלית של צמצום אשראי זה תהיה "צינון" המשק והעדר אמצעים נזילים, באותם סקטורים המרבים ללוות כנגד ערובות מקרקעין. אין אנו ערוכים, במסגרת רשימה זו, לבדוק בדיקה עובדתית, אלו הם אותם הסקטורים. בדיקה עובדתית כזו, אילו נעשתה, היתה יכולה לחשוף תוצאות כלכליות שאינן עולות בקנה אחד עם מדיניות הממשלה. למשל, אם יסתבר שערובות מקרקעין ניתנות בעיקר על ידי מפעלים שהממשלה מעוניינת בהגברת הייצור שלהם¹¹⁰, צמצום נפח האשראי במפעלים אלה היה עשוי להביא לסטגנציה בלתי רצויה וצמצום הייצור, ועקב צמצום הייצור להקטנת ההיצע, ולפיכך להאמרת מחירים. אם, לעומת זאת, הקטנת האשראי תפגע פגיעה יחסית גדולה יותר במציעי מצרכים ושירותים בשווקים שהממשלה מעוניינת "לצננם", תהיינה להקטנת האשראי כאמור תוצאות לוואי העולות בקנה אחד עם הנורמות הכלכליות שהממשלה הגדירה כרצויות. במצב הדברים הקיים, דחינו כשאין אנו יודעים אלו סקטורים ייפגעו בפגיעה היחסית הגדולה יותר, אין לנו אלא להתריע על הצורך בבדיקה, כדי שנדע אילו פעילות משקית מחוללת הנורמה המשפטית.

לאחר שהוחרגו את עצמנו שאין אנו מסוגלים לאתר בבטחון את העסקים שייפגעו ממחן העדיפות לשעבוד המס, נראה שאפשר היה להצביע טנטיבית על תכונה אחת של עסקים אלה: סביר להניח שעסקים שנקלעו למצב פיננסי קשה ייפגעו יותר מעסקים פורחים; עקב מצבם הקשה סביר להניח שהבוזותיהם במס גדולות יותר ושערך נכסיהם הלא-משועבדים קטן יותר. לפיכך נכונותו של המשקיע הפוטנציאלי להזרים כספים להבראתם צריכה להיות צוננת למדי¹¹¹.

אפשרות נוספת שיש להביאה בחשבון היא, שהאשראי הניתן כנגד ערובות מקרקעין, ניתן ברוב המקרים כנגד בטוחות ששוויין עולה בהרבה על גובה האשראי, ושליפכך הנגישה בערך המקרקעין כתוצאה מכפיפותם לשעבוד הראשון, אינה צריכה להשפיע על שיעור האשראי כלל ועיקר: גם לאחר תשלום חוב המס מתוך פדיון המקרקעין, עדיין יישאר סכום מספיק להחזרת ההלוואה. נראה לנו שאפשרות זו היא ריאלי ללמד, אם השעבוד הראשון המוטל על מקרקעי הסרבן יפורש באופן מצמצם, כלומר כבא להבטיח רק חביונות מיסים "קרקעיים", כגון מס רכוש או ארנונה עירונית. אם, לעומת זאת, המילים הרלבנטיות בפקודה תפורשנה כמטילות את שעבוד המס גם להבטחת מיסים חשובים יותר, כגון מיסי הכנסה ורשומה, עשוי הדבר להשפיע באופן בולט על צמצום האשראי.

109 כללי ניהול תקין של מתן אשראי בערובת מקרקעין מחייבים, ששווי הערובה יעלה על סכום האשראי במידה ניכרת. לכללים אלה ניתן ביטוי ברשינותיהם של הבנקים השונים. גם ללא קשר לשאלת הרשיון, תיחשב השקעה כנגד ערובת מקרקעין ששוויים קרוב לסכום האשראי להשקעה ספקולטיבית ומסוכנת.

110 למשל, מפעלים תעשייתיים רבים נוהגים לממן את פעולותיהם באמצעות אמיתיות של אגרות חוב המובטחות בשעבודי מקרקעין שונים, כגון משכנתא או שעבוד צף.

111 Comment, "Future Advance Security Systems and the Federal Tax Lien," 65 111 (1970), *N.W.U.L. Rev.* 820. See also: Coogan, "The Effect of the Federal Tax Lien Act of 1966 Upon Security Interests Created Under the Uniform Commercial Code," 81 (1968) *Harv. L. Rev.* 1369.

ג. ביקורת מבחינת עצם קיום הכוונות להבטחת החבות במס

קיום הבטחות להבטחת החבות במס מעמיד את אוצר המדינה בעדיפות ביחס לנושיו הלא מובטחים של הסרבן, וכן כלפי נושיו המובטחים שבטוחותיהם נופלות, מבחינת סדר העדיפות, משעבודי המס לפי הפקודה. לשיטה זו שני חסרונות עקרוניים, הקשורים זה בזה: ראשית, הריהי מעמידה את נושיו של החייב חדל הפרעון בחזקת ערבים לחיוביו במס. מה שנבצר ממנו לשלם ייגרע מכיסם.¹¹² שנית, שיטה זו מביאה את סיכון האינסולבנטיות לפיתחו של הנושה האינדיבידואלי: השארת הנטל על שכם הציבור היתה מביאה לפיזור הסיכון על בסיס רחב, המסוגל בנקל לשאת בו. העברת הסיכון אל הנושה, כלומר ריכוזו על זוג כתפיים אחד, עשויה להביא לכך שהנושה יכרע תחת נטל המשא. לפי דעתנו, השיקולים התומכים בפיזור נזקי תאונות על פני הציבור הרחב או חלקים גדולים ממנו והסתבתם מעל שכם גורמיהם, שיקולים הקונים להם תמיכה כלל-עולמית,¹¹³ יפים במידה רבה גם בסוגיית פיזור נזקי אינסולבנטיות. כשם גם כאן, ניתן לטעון שירידה דראסטית לנכסיו של פרט אחד, מועדת הרבה יותר לגרימת זעזועים כלכליים, ולפיכך לנזקים משניים¹¹⁴ נוספים, מאשר מספר רב של גביות סכומי כסף קטנים מפרטים רבים.¹¹⁵ כשם גם כאן, ניתן לטעון, שאף אילו סך הכל הזעזוע הכלכלי היה שווה בשני המקרים, עדיפה הדרך השניה, הואיל והיא מלווה בפחות עוגמת נפש, אם פרטים רבים נדרשים להרים את תרומתם להצלחת המבצע.¹¹⁶

טעמים אלה מבוססים על חוק התועלת השולית הפוחתת של הכסף, לפיו ההגאה המופקת מן הלירה האחרונה בהכנסתו של מי שהכנסתו קטנה יותר, היא רבה יותר מן ההגאה המופקת מן הלירה האחרונה של מי שהכנסתו רבה יותר: הראשון עשוי להזדקק לה לצורך מידי וחיוני יותר מאשר האחרון. מאחר וכך, ראוי לנו "לגלח" לירות בודדות ממקורות ההכנסה של הרבים, ובכך לפגוע רק בשולי ההכנסה הפחות חשובים, יחסית, ולא לקצץ עמוק בהכנסתם של מעטים, ובכך לפגוע בשוליים התחתונים, החיוניים יותר.¹¹⁷

פרופסור קלברוי, המפתח גישה זו בהקשר של תאונות במובן הצר, בכל זאת נמנע מלהציע שיטה של פיזור נזק מוחלט, לאמור, כיסוי כל נזקי התאונות על פני כל בסיס-

112 ראה, באופן כללי: U. Chi. (1967), 34 "Priority of the Federal Tax Lien," L. Rev. 723

113 ראה, למשל, עבודתם הקלאסית של Keeton and O'Connell, *Basic Protection for the Traffic Victim*, (1965). גם בישראל נעשו ונעשים צעדים משמעיניים לפיזור נזקי תאונות בקרב הציבור הרחב. ראה בתחום הסוציאלי: פרק ו' 2 לחוק הביטוח הלאומי, שהוסף בשנת תשל"ג. בתחום המסחרי: הצעת חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ג-1973, ה"ח 1079, מיום 12 ביולי 1973.

114 מושג "הנזק המשני", שפותח על ידי פרופסור קלברוי מאוניברסיטה ייל משמעו נזק שלא נגרם בתאונה גופה, אלא הנזק לחברה שבא אחרי התאונה ועקב התאונה.

115 המאמר המנחה בסוגייה זו הינו: Feezer, "Capacity to Bear Loss as a Factor in the Decision of Certain Types of Tort Cases," 78 (1930), U.Pa.L.Rev. 805

116 Calabresi, *The Cost of Accidents, A Legal and Economic Analysis*, (1970), p. 39

117 למשל, קלברוי, שם, עמ' 40. אך ראה: Blum and Kalven, "The Uneasy Case for Progressive Taxation," 19 (1952), U.Chi.L.Rev. 417

הפיזור (אשר יהיה או הציבור בכללו – בצורת מיסוי – או חלק מן הציבור שלפי קוי מדיניותם של יוצרי הבסיס צודק יותר שישא בנטל). קלברוי מסביר את התאפקותו בכך, שפיזור מוחלט של נטל התאונות יסיר לחלוטין את אמצעי ההרתעה האזרחיים, ובכך יגביר את מספר ומחיר התאונות.¹¹⁸ נדמה לנו שהשש זה, שהוא לגיטימי בהקשרו, אינו צריך לפעול בסוגייתנו, שהרי "תאונות" האינסולבנטיות של החייב, להבדיל מתאונות הדרכים, איננה מסוג האירועים שיש לנושה שליטה עליהם, או שהוא יכול למנעם על ידי התנהגות זהירה. בעובדה זו, שאין ביכולתו ליצור מערכת נורמטיבית לאלוקציה של נזקי האינסולבנטיות, שתהיה לה השפעה על הנזק עצמו (להבדיל מאשר על ה"נזקים המשניים") יש כנראה בכדי להרחיק את קלברוי מלהציע מערכת כזו, שהרי לדעתו מערכת העוסקת באלוקציה של נזקי תאונות צריכה להיות משמעותית גם במישור הנזקים הראשוניים.¹¹⁹ כשלעצמנו, לא היינו פוסלים מטעם זה את הצורך בקביעת מערכת אלוטטיבית מתאימה, מה עוד, שגם בלעדיו הצעותינו אין התחום של פיזור נזקי האינסולבנטיות תלוי בחלל הריק, אלא מוסדר במערכת נורמות משפטיות, ולכן יש לשאול את השאלה האם מערכת זו הינה האופטימאלית.

גם איננו סבורים שמערכת נורמטיבית כפייתית המביאה לפיזור נזקים על פני בסיס רחב, ניתנת להצדקה רק כשהמדובר הוא בתאונות המסבות נזקי גוף באמצעי אלימות, כגון תאונות דרכים או עבודה. דוגמאות לשיטות נורמטיביות הכופות פיזור נזקי רכוש ניתן למצוא, למשל, בכמה חוקים זרים העוסקים בביטוח נפגעי תאונות דרכים בשל נזקי הרכוש שנגרמו להם שלא על בסיס של אשם (no fault).¹²⁰ כמו כן לא עלה בדנו לחשוף טעמים משכנעים להבחנה בין נזקים כלכליים שנגרמו בתאונות דרכים לבין נזקים כלכליים שנגרמו עקב כל אירוע אחר, מבחינת הנזקים המשניים הנגרמים לקורבן כתוצאה מן האירוע, מבחינת האינטרס הלגיטימי שלו להשתתפות על נזקו, ומבחינת המדיניות החברתית הכללית להסיר את נטל התאונה מעל שכמו¹²¹. אם יש הבדל מה בין שני סוגי הנזקים, הרי שהבדל זה הוא כמותי בלבד, כלומר במידת האקוטיות של צורך הפיזור, שכן בתאונות המסבות נזקי גוף, עשויה התאונה להעמיד את הקורבן ככלי ריק מבחינה כלכלית, בעוד ב"תאונות" פיננסיות הסיכוי שכך יקרה הוא קטן יותר¹²²; ואולם, כאמור, מדיניות הפיזור נהגת הלכה למעשה גם במספר שיטות המסדירות

118 קלברוי, שם, עמ' 64 ואילך.

119 שם, עמ' 43 ואילך.

120 ראה, למשל, סקירתו המקיפה של Irvin Schermer, *Automobile Liability Insurance*, 2-11, et seq. (1974).

121 בדונם במעמדו של קורבן תאונת דרכים שנפגע שלא כתוצאה מאשמו של צד אחר, קובעים שני מלומדים חשובים: "We find that his case for recovery is no more (and no less) appealing than that of the victims of other misfortunes, including being born badly handicapped, or having a heart attack or being struck by lightning." Blum and Kalven, "The Empty Cabinet of Dr. Calabresi, Auto Accidents and General Deterrence," 34, (1967), *U.Chi.L.Rev.* 239, 271.

122 Jeffrey O'Connell, "The Future Mix of No Fault Insurance, Other Private and Public Health and Wage Loss Coverages, and the Casualty Insurance Industry," January, 1972, *Insurance L.J.* 30, 37 et seq.

אלוקציה של נזקי רכוש, ומכל מקום, הראציונאל של התועלת השולית הפותחת של הכסף הוא בר תחולה גם בסיטואציה של נזקים פיננסיים. אם לא תתנו די חרפות במדיניות "האנטי-פיזור" של הפקודה, הרינו להוסיף מספר משפטים לסיום. מדיניות ה"אנטי פיזור" של הפקודה יוצרת מערכת אלוקטיבית עוותת. שלא כמו מערכת נורמטיבית המפזרת נזקים, והמגלה עקב כך את מדיניות יוצריה מי צריך לשאת בנטל הסיכון, מדיניות ה"אנטי פיזור" איננה אלא מבטיחה את זכויות המדינה, דהיינו הציבור, כנושה. בכך אינה מגלה, ואינה יכולה לגלות, מיהם הצדדים, שלדעת יוצרי השיטה צריכים לשאת בנטל. יכולים אלה להיות עובדים הנושים בגין שכר עבודתם; נותני אשראי בגין הלוואתם, קרן ופירות; קבלנים עצמאיים בעד שכר שירותיהם, וכיוצא באלה, גלריה ארוכה ומקריית של נושים אפשריים. בכך שהמחוקק הבטיח מראש זכויות הציבור, איבד את היכולת לקבוע מי ישא בנטל, והנזק נופל באשר ייפול (The loss lies where it falls).