

נכסים הניתנים למישכון *

מאת

יהושע ויסמן

סעיף 1 לחוק המשכון, תשכ"ז-1967, אומר לנו כי "משכון הוא שעבוד נכס", אך אין החוק מספק לנו תשובה לשאלה מהו נכס. הגדרה ל"נכס" אינה מצויה גם בפקודת המרשנות. האם דין החוק רק בנכסים בעלי ישות מוחשית (tangibles), כפי שהיה הדבר עלי-פי המגילה בספר על "המשכון" ג, או שמא בדונים בחוק גם נכסים הנעדרים ישות מוחשית (intangibles), כמו פטנטים, מניות, חובות, וכד' ? האם כל "דבר" המביא תועלת כלכלית ייחשב כנכס לצורך חוק המשכון או שמא נדרשות מ"דבר" שכוה תכונות נוספות על מנת שייחשב ל"נכס" ? הגיתן לשעבד נכס שטרם הגיע לרשות החייב ? החייב הנכס המשוועבד להיות מסוים, או שמא ניתן לשעבד סוג מסוים של נכסים, כשהנכסים הספציפיים המרכיבים את הסוג אינם ידועים בעת השעבוד, הם עתידים להשתנות מעת לעת (כגון שעבוד מלאך, המתחלף מפעם לפעם) ? וכן: מה צריכות להיות זכויות המשוועבד ב"נכס", האם רק נכס שבבעלות החייב ניתן לשעבוד, או שמא יכול גם צד ג' לשעבד נכס שבבעלותו להבטחת חיובו של אחר ; ושמא יכול החייב עצמו לשעבד נכס שאינו שלו ? שאלות אלה ננסה ללבן להלן.

א. סוגי הנכסים

כל ל ל. שמו של חוק המשכון עלול להטעות קוראים אשר תורגלו עד חקיקת חוק זה לייחד את המונח "משכון" לציון בטוחה פוסטורית במטלטלין. אף כי חוק המשכון אינו מגדיר את תכונות הנכס אותו ניתן למשכן, הנה אין ספק שהנכס אינו חייב להיות בטלטל מוחשי, שמסירת ההחזקה בו אפשרית. דבר זה עולה מתוך הוראות חוק המשכון, המתייחסות במפורש למישכון "נכסים נדים" (בסעיפים 4, 5), "ניירות ערך" (בסעיפים 4, 24), ו"זכויות" (בסעיפים 9(ב), 17(4), 20).

בהגדירו את המישכון כשעבוד "נכס" היתה כפי הנראה כוונת המחוקק לנכס במש- מעות הרגילה המיוחסת למונח זה בדברי חקיקה אחרים, דהיינו, כלל הדברים שבעלות תיתכן בהם, בלא הבחנה בין סוגי הנכסים השונים, קורפורטיים או אינקורפורטיים,

* רשימה זו לקוחה מתוך חיבור על חוק המשכון, תשכ"ז-1967, הנמצא בשלבי כתיבתו, והעתיד להתפרסם בעריכת פרופ' ג. טדסקי. תודתי בתונה לפרופ' טדסקי על שנתן את הסכמתו לפרסום חלק זה.

1 מגילה, סעיף 709. ת.א. ת"א 1694/59 רבינוביץ נ. משלון, כ' פס"מ 365, 378. ראה גם ע.א. 380/61 חברת סמפר בע"מ נ. יורשי הארמ, ט"ז פד"י, 498, 501.

נכסים הניתנים למישכון

מקרקעין או מיטלטלין². חיווק להשקפה שהוק המשכון, תשכ"ז—1967, הוכשר לחול גם על מקרקעין ניתן למצוא בחוק המקרקעין, תשכ"ט—1969, סעיף 91, הקובע כי בכפוף להוראות בדבר משכנתה, המצויות בחוק המקרקעין, יהולו על המשכנתה הוראות חוק המשכון³. בדומה לכך, חיווק להשקפה שהוק המשכון נועד לחול גם על נכסים אינקורפורליים ניתן למצוא בחוק הפטנטים, תשכ"ז—1967, סעיף 89, הקובע כי בכפוף להוראות חוק הפטנטים יחול על שעבוד פטנט חוק המשכון.

מקרקעין. בשיעבוד זכויות המתייחסות למקרקעין יש להבחין בין שני סוגי שיעבוד:

- I. "משכנתה", המוסדרת הן על-פי חוק המקרקעין, תשכ"ט—1969, והן על-פי הוראותיו המשלימות של חוק המשכון;
- II. "משכון", הכפוף להוראות חוק המשכון אך לא להוראות בדבר משכנתה שבתוק המקרקעין, תשכ"ט—1969.

כאשר הנכס המשועבד הוא זכות בעלות במקרקעין, או שכירות רשומה במקרקעין, כי אז לפנינו "משכנתה"⁴, ואילו כאשר הנכס המשועבד הוא זכות אחרת בנוגע למקרקעין, כי אז יהא השיעבוד בגדר "משכון"⁵. דוגמא כוהקת למשכון מקרקעין, שאינו כפוף להוראות בדבר משכנתה שבהוק המקרקעין⁶, היא שיעבוד הזכות הנובעת מכוח התחייבות לביצוע עיסקה במקרקעין (כגון זכותו של קונה דירה בבית שטרם

2 ראה: חוק נכסי נפקדים, תש"י—1950, סה"ח 90, תשי"י, עמ' 86, סעיף 1; חוק נכסי המדינה, תשי"א—1951, סה"ח 19, תשי"א, עמ' 52, סעיף 1; חוק התוצאה לפועל, תשכ"ז—1967, סעיף 1; חוק המכר, תשכ"ח—1968, סה"ח 529, תשכ"ח, עמ' 98, סעיפים 1, 4; חוק המתנה, תשכ"ח—1968, סה"ח 529, תשכ"ח, עמ' 102, סעיף 1; ע.א. 200/69 הנאמן לנכסי ברר נ. כונס נכסי ברר, כ"ג פד"י (1), 763. ראה גם: ג. טדסקי, מחקרים במשפטנו הפרטי, תשי"ט—1958, עמ' 178—179.

3 עוד לפני חקיקת חוק המקרקעין, תשכ"ט—1969, הביע בית המשפט העליון את דעתו כי הוראות חוק המשכון, תשכ"ז—1967, חלות גם על מקרקעין. ראה: ע.א. 283/67 הנאמנים לנכסי רפיח נ. מדינת ישראל, כ"ב פד"י (1), 124, 131; ע.א. 200/69 הנאמן לנכסי ברר נ. כונס נכסי ברר, כ"ג פד"י (1), 763, 766. אף כי התוצאה אליה הגיע בית המשפט נראית בעינינו, ספק אם סעיפי חוק המשכון עליהם הסתמך בית המשפט (סעיפים 1(1), 11) אכן מחייבים את המסקנה האמורה. תכנם של סעיפים אלה מתיישב יפה גם עם ההנחה ההפוכה, דהיינו שאין חוק המשכון חל על מקרקעין.

4 ראה: חוק המקרקעין, תשכ"ט—1969, סעיפים 4, 81(א), 91. ההגדרה "משכנתה היא מישכון של מקרקעין", שבסעיף 4, נחכונה כפי הנראה לומר: משכנתה היא מישכון של זכות הבעלות במקרקעין. במקום לדבר בזכות המשועבדת דיבר המחוקק בנכס, נשוא הזכות המשועבדת. זיהוי זה של זכות הבעלות על נכס עם הנכס עצמו, המונח ביסוד ההבחנה בין נכסים קורפורליים לאינקורפורליים, מקובל למדי בדברי תזקיקה. חיווק לכך שבמלים "מישכון של מקרקעין" היתה הכוונה למישכון זכות הבעלות ניתן למצוא בסעיף 91 לחוק המקרקעין, האומר: "אין למשכון מקרקעין או שכירות רשומה במקרקעין אלא על-ידי משכנתה". רק על יסוד ההנחה שב"מקרקעין" נהכוון כאן המחוקק לזכות הבעלות במקרקעין יש משמעות לסעיף זה.

5 ראה: חוק המקרקעין, תשכ"ט—1969, סעיף 91, והאמור בהערה הקודמת.

6 אם כי אפשר שפקודת הבנקים לאשראי, משנת 1922, תחול על שעבוד כזה. פקודת הבנקים לאשראי דנה בבנקים העוסקים במתן הלוואות "on the security of immovable property" (סעיף 3 לפקודה). הפקודה נוסחה על רקע המצב בו הדרך היחידה לשעבד מקרקעין היתה

גרשם בפנקסי המקרקעין, וכד' ז. דוגמא אחרת תהא שיעבוד שכירות מקרקעין שאינה רשומה בפנקסי המקרקעין.⁵

אפשר כמובן לעקוף את הסיווג של שיעבוד מקרקעין ל"משכנתה" ול"משכון" על-ידי כך שנאמר כי שיעבוד "מקרקעין" פירושו אך ורק שיעבוד זכות הבעלות במקרקעין, וזכות שכירות רשומה במקרקעין, וגמאן להכיר בכך ששיעבוד זכויות אחרות המתייחסות למקרקעין הם בגדר שיעבוד "מקרקעין". ואולם גישה כזאת תהא בעינינו מלאכותית, ותנהג שרירות במונח "מקרקעין".⁶

מעמדם של מטלטלין שחוברו למקרקעין, כגון מכוונות בבית-חרושת, יוכרע על-פי פתרון השאלה אם תוצאת החיבור היתה הפיכת המטלטלין למקרקעין. המבחנים לפתרון שאלה זו נקבעו בחוק המקרקעין, תשכ"ט—1969.¹⁰

נכסים נדלים. אף כי חוק המשכון מתייחס במפורש למישכון נכסים נדלים אין למצוא בו הגדרה לביטוי זה. גם פקודת הפרשנות אינה מכילה הגדרה לנכסים נדלים.

על-ידי רישום משכנתה בפנקסי המקרקעין, על-פי חוק האיפיוני העותומני, 1913 (פקודת העברת מקרקעין, 1920, סעיף 10). על רקע זה מובן מדוע מתייחסת פקודת הבנקים לאשראי, בדונה בשיעבוד מקרקעין, רק למשכנתה הנרשמת בפנקסי המקרקעין. ואולם האם מוגבלת הפקודה בהכרח רק למשכנתאות הנרשמות בפנקסי המקרקעין גם כיום, כאשר בצד המשכנתה במקרקעין אפשרי גם מישכון מקרקעין (הנרשם אצל רשם המשכונות, על-פי תקנות המשכון (סדרי רישום ועיון), תשכ"ז—1967)? הפקודה דנה, כאמור, בשיעבוד "immovable property", מונח הכולל — על-פי ההגדרה שבפקודת הפרשנות — "כל זכות, טובת הנאה או שיעבוד הנאה בקרקע...". בעבר הוחלט כי זכותו של אדם שהתחייבו למכור לו מקרקעין נחשבת כ"טובת הנאה בקרקע" (ע.א. 309/54 נאמן נ. ראש העיר ת"א, י"פד"י, 1942. על כך שהחלטה זו לא איבדה מחשיבותה העקרונית גם לאחר חוק המקרקעין, השולל זכויות שביושר, ראה ויסמן, חוק המקרקעין, תשכ"ט—1969: כעמות והישיבים, תש"ל—1970, עמ' 14—15. והשווה: בר"ע 178/70 בוקר נ. חברה אנגלו-ישראלית לניהול ואחזקת, כ"ה פד"י (2), 121). האם אין החלטה זו מסייעת להשקפה כי שיעבוד זכות כזו ייחשב כשיעבוד "immovable property", הכפוף להוראות פקודת הבנקים לאשראי בדבר שיעבוד מקרקעין? מבחינה עניינית אין למצוא טעם מדוע הוראותיה השונות של פקודת הבנקים לאשראי החלות על שיעבוד בעלות במקרקעין ("משכנתה"), לא יחולו גם על שיעבוד זכות לקבלת בעלות במקרקעין ("מישכון מקרקעין"). ראה למשל סעיפים 15(1), 2(2), 6, 9, לפקודה.

על "מישכון מקרקעין" עשוי לחול גם חוק המחאת חיובים, תשכ"ט—1969. ראה על כך להלן בסמוך להערה 14.

7 ראה דברי שר המשפטים, ד. יוסף, בקריאה הראשונה של הצעת חוק המשכון, מהם עולה כי כוונת מציצי החוק היתה להחיל את חוק המשכון על מישכון זכות כזו. דברי הכנסת, תשכ"ו, כרך 44, עמ' 34. על מעמדן של זכויות כאלה לאחר שלילת הזכויות שביושר על-ידי חוק המקרקעין, תשכ"ט—1969, ראה ויסמן, לעיל, הערה 6, עמ' 10 ואילך, והשווה: בוקר נ. חברה אנגלו-ישראלית, לעיל, הערה 6.

8 שכירות בדירה או בבית עסק לתקופה שאינה עולה על עשר שנים עשויה להיות בעלת תוקף מלא אף ללא רישום. ראה: חוק הגנת הדייר (הוראות שונות), תשכ"ח—1968, סעיף 7.

9 במסגרת הנוכחית לא נדון בהוראות חוק המקרקעין המתייחסות למשכנתה, אלא בהוראות חוק המשכון בלבד. על הוראות חוק המקרקעין, תשכ"ט—1969, בדבר המשכנתה, ראה, ויסמן, לעיל (הערה 6), עמ' 63 ואילך.

10 ראה סעיפים 1, 13; י. ויסמן, שם, עמ' 41—42; ד. שניט, "מטלטלין ממושכנים שחוברו למקרקעין", משפטים, כרך ב', עמ' 345 ואילך.

נכסים הניתנים למישכון

פקודת הפרשנות נותנת לנו אמנם הגדרה ל"מטלטלין", אך האם זהים "מטלטלין" עם "נכסים נדים"? לשני מונחים אלה היתה משמעות שונה עד לחקיקת חוק המיטלטלין, תשל"א—1971, כפי שניתן להסיק מדברי החקיקה בהם הם הופיעו. בעוד שהגדרת "מטלטלין" לא היתה מוגבלת לנכסים מוחשיים, והיא כללה גם זכויות יי, הרי שב"נכסים נדים" היתה הכוונה, כנראה, אך ורק למטלטלין בעלי ישות מוחשית, שהתוקה קורפורלית תיתכן בהם. דבר זה עולה, למשל, מחוק המכר, תשכ"ח—1968, סעיף 34¹¹. גם בחוק המשכון, הדבק הדברים בו מופיע המונח "נכסים נדים" תומך בהנחה שהכוונה בכך אינה למטלטלין בדרך כלל, אלא אך ורק למטלטלין מוחשיים. ראה, למשל, סעיפים 4(2), 5(3), 5 במצב זה עתיד לחול שינוי בתאריך 1 בינואר 1972, משייכנס חוק המיטלטלין, תשל"א—1971, לתוקפו. בסעיף 15 מתקן חוק המיטלטלין את הגדרת "מיטלטלין" שבפקודת הפרשנות כדלקמן: "מיטלטלין... — נכסים מוחשיים, חוץ ממקרקעין...". מסתבר, איפוא, שלפי חוק המיטלטלין תהיה בעתיד חפיפה בין "מיטלטלין" ל"נכסים נדים", ודומה כי מוטב היה להימנע מכפילות זו.

מתוך ההוראות שבחוק המשכון עולה כי אין מניעה לכך שכסף (הנכלל בקטגוריה של "נכסים נדים") ישמש כמשכון (סעיפים 9(ב), 22)¹²; יחד עם זאת אין לצפות לכך, ומסיבות מובנות, שסוג זה של משכון יהא שכוח.

זכויות. הקטגוריה של "זכויות" הנזכרת בחוק המשכון כסוג של נכס אותו ניתן למשכן, היא בעצם נטולת משמעות בשל היקפה הרחב. כל מישכון הוא מישכון זכויות. כך, למשל, מישכון "מקרקעין" אינו אלא מישכון זכות הבעלות או זכות אחרת במקרקעין, מישכון "ניירות ערך" אינו אלא מישכון הזכות הגלומה בנייר הערך והמבטאת על ידו, וכדו'. ואולם, מהדבק הדברים בו מופיע המונח "זכויות" בחוק המשכון ניתן להסיק כי הכוונה במקרים אלה היתה לחיובים¹³. יחד עם זאת אין להניח כי לבד מסוגי הנכסים האחרים הנזכרים במפורש בחוק (ניירות ערך, נכסים נדים), נתכוון המחוקק לכלול בחוק המשכון רק שיעבוד זכויות שהן בגדר חיובים. כבר הצבענו לעיל על כך שהגדרת המישכון כ"שיעבוד נכס" כערוכה לחיוב" רחבה דיה כדי לכלול את כלל סוגי הנכסים, כולל זכויות אינקורפורליות (כמו זכות השכירות, הפטנט, או זכות היוצרים).

טיפולו של חוק המשכון במישכון זכויות שהן בגדר חיובים הוא מאוד לאקונוי, והפרוץ בו מרובה על העומד. זאת אף כי מציעי החוק ראו במישכון זכויות אחד מחידושי

11 פקודת הפרשנות, סעיף 1. השווה עם הגדרת "מקרקעין", כפי שהיתה לפני שתוקנה בחוק המקרקעין, תשכ"ט—1969, סעיף 164. ראה גם: הצעת חוק המיטלטלין (הוראות משלימות), תשל"א—1970, ה"ח 888, תש"ל, עמ' 164, דברי ההסבר לסעיף 14.

12 בחוק המכר, תשכ"ח—1968, השתמש המחוקק הן במונח מטלטלין והן במונח נכסים נדים (סעיפים 4(א), 34), כשהבחנה ביניהם מטושטשת. ראה סעיף 4(א), בו מדבר המחוקק במטלטלין, ובזכויות, כשהבחנה המשתמעת מכך היא שמטלטלין אינם כוללים זכויות. אף על-פיכך, בסעיף 34, מקום בו ביקש המחוקק לדבר במטלטלין מוחשיים בלבד, זנח את המונח "מטלטלין" והשתמש במונח "נכס גד".

13 ראה גם: חוק הספנות (כלי שיט), תש"ך—1960, סעיף 315, תש"ך, עמ' 70, סעיף 69; חוק המכר (תיקון), תשל"א—1971, סעיף 696, תשל"א, עמ' 186, סעיף 1.

14 ראה סעיפים 9(ב), 17(4), 20.

העיקריים של החוק¹⁵. כך, למשל, אין חוק המשכון אומר לנו דבר בשאלות כה יסודיות כגון: אם צריך להודיע על דבר המשכון לחייב, שהזכות כלפיו מושכנת, או, מה הדין אם חייב כזה פרע את חובו לנושה הישיר שלו במקום לנושה המובטח, ועוד. כשנתיים לאחר חקיקת חוק המשכון חוקקה הכנסת את חוק המחאת חיובים, תשכ"ט—1969, שנועד לדון ביטול אלה, ובסכוך לכך הוסיפה הכנסת וחוקקה את החוק לתיקון דיני פשיטת רגל ופירוק חברות, תשכ"ט—1969, שאף הוא נראה, לכאורה, כשייך לנושא שלנו. ואולם, בין החוקים השונים האלה נעדר התיאום הדרוש, והתוצאה מכך — מבוכה. חוק המחאת חיובים דן בהמחאת חיוב הנעשית על דרך שיעבוד¹⁶, אך נעדרת בחוק הוראה המסבירה מהו היחס שבין הוראותיו לאלו שבחוק המשכון. העדרה של הוראה כזאת בולט על רקע הדרך השונה שבה הלך המחוקק בשני מקרים אחרים. בחוק המקרי קעין, תשכ"ט—1969, סעיף 91, נקבע במפורש שעל המשכנתה הנדונה בחוק המקרקעין יחולו גם הוראות חוק המשכון, ובדומה לכך מוצאים אנו בחוק הפטנטים, תשכ"ז—1967, סעיף 89, כי בנוסף להוראות בדבר שיעבוד פטנטים שבחוק הפטנטים, יחולו על שיעבוד פטנט הוראות חוק המשכון. כלום יש להסיק מהעדרה של הוראה כזו בחוק המחאת חיובים כי המחוקק נתכוון לספק שתי דרכים נפרדות לשיעבוד חיובים, האחת על-פי חוק המשכון, והשנייה על-פי חוק המחאת חיובים, כשאין שני חוקים אלה שלובים זה בזה? שמא היתה כוונת המחוקק שחוק המחאת חיובים יסדיר שיעבוד חיוב הנעשה על דרך המחאת החיוב (כאשר השיעבוד לובש צורה של עיסקה הדומה ל"מכר החזר" או ל-mortgage), בעוד שעל שאר דרכי השיעבוד של חיובים יחול חוק המשכון? חיווק להנחתה זו נותן לנו החוק השלישי שבסוגייה זו — החוק לתיקון דיני פשיטת רגל ופירוק חברות, תשכ"ט—1969. חוק זה קובע כי כדי שהמחאת זכויות מסוימות תהא תקפה כלפי הנאמן בפשיטת רגל, או בפירוק חברה, יש לרשום את ההמחאה אצל רשם המשכונות¹⁷. החוק דן אמנם ב"המחאה" של זכויות, אך כוונתו קובע חוק המחאת חיובים כי: "ההמחאה יכול שתהיה... על דרך שיעבוד" (סעיף 1(ב)), משמע שלכאורה חלה ההוראה הנוכחת של החוק לתיקון דיני פשיטת רגל ופירוק חברות גם על שיעבוד חיובים, ולא רק על המחאה מוחלטת. הנחה אחרונה זו מתחזקת לאור דברי ההסבר לחוק זה, שניתנו על-ידי שר המשפטים בעת הקריאה הראשונה של הצעת החוק: "בעוד אשר לגבי חברה טעון שיעבוד של חובות, קיימים ועתידיים, רישום בפנקסי החברות, אין הסדר של רישום שיעבודים לגבי אדם פרטי. הוא יכול, איפוא, ליעבד בחשאי את כל החובות המגיעים לו ושיגיעו לו בעתיד ולהכשיל על-ידי כך מוסדות אשראי ונושים אחרים המוכנים לתת לו הלוואות על סמך הרישום בספרי עיסקו. אותה בעיה מתעוררת בקשר להעברה מוחלטת של חובות"¹⁸. הוזה אומר, אחת המטרות המרכזיות של חוק זה היתה להבטיח את דבר הרישום של שיעבוד חיובים, ולא רק את הרישום של המחאות

15 ראה דברי השר ד. יוסף, בקריאה הראשונה של הצעת חוק המשכון, דברי הכנסת, תשכ"ו, כרך 44, עמ' 33, 34.

16 סעיף 1(ב).

17 ראה גם: תקנות פשיטת הרגל (סדרי רישום של המחאת זכות), תש"ל—1970, ק"ח/ת 2509, תש"ל, עמ' 847; תקנות החברות (סדרי רישום של המחאת זכות), תש"ל—1970, ק"ח/ת 2509, תש"ל, עמ' 846.

18 דברי הכנסת, תשכ"ה, כרך 43, עמ' 2526, 2527.

מוחלטות. והנה, לו היתה הכוונה שחוק המשכון יחול גם על שיעבוד חיובים הנדון בחוק המחאת חיובים, מה צורך היה בהוראה המיוחדת הזאת, שבחוק משנת 1969, בדבר חובת הרישום של שיעבוד חיובים? הרי חוק המשכון משנת 1967 מחייב בעצמו את הרישום של שיעבוד חיובים כתנאי לתקפו בפני הנאמן בפשיטת רגל¹⁹. האין ההוראה המאוחרת, משנת 1969, בדבר רישום שיעבוד הנעשה במסגרת חוק המחאת חיובים, מעידה שבסוגיית שיעבוד חיובים יש לנו שתי מערכות חוקים נפרדות – חוק המשכון מחד גיסא, וחוק המחאת חיובים ביד עם החוק לתיקון דיני פשיטת רגל ופירוק חברות, מאידך גיסא?

ברם, על אף הגימוקים המובאים לעיל, החומכים במסקנה זו, אין לדעתנו לקבלה. היחס בין שלושת החוקים הנוכחים הוא לדעתנו זה: חוק המשכון חל על השיעבודים הנדונים בחוק המחאת חיובים, ושני חוקים אלה משלימים זה את זה, ואילו החוק לתיקון דיני פשיטת רגל ופירוק חברות אינו גוגע כלל לשיעבוד חיובים.

מסקנתנו זו מבוססת על הגימוקים הבאים:

הגסיון ליחס לחוק המחאת חיובים את התחום של שיעבוד חיובים המתבצע על-ידי המחאת החיוב (מעין mortgage), שבו אין לחוק המשכון תחולה, אינו מביא בחשבון את ההוראה שבחוק המשכון לפיה יחולו הוראותיו "על כל עיסקה שכוונתה שיעבוד נכס בערובה לחיוב, יהא כינויה של העיסקה אשר יהא" (סעיף 2(ב)). מכוח הוראה זו יחול חוק המשכון גם על שיעבוד חיוב המתבצע על-ידי המחאת החיוב. בחוק המשכון נקבע אמנם כי הוראותיו חלות רק "כשאין בדין אחר הוראות מיוחדות לענין הנדון" (סעיף 2(א)), אך חוק המחאת חיובים משלים בהוראותיו את חוק המשכון, ואין בו הוראות מיוחדות העשויות לדחות את הוראות חוק המשכון. בחוק המחאת חיובים אכן נעדרת הוראה מפורשת (כגון זו שמצאנו בחוק המקרקעין ובחוק הפטנטים), בדבר הכוונה שהוראותיו ישולבו עם הוראות חוק המשכון, אך בעת הקריאה השניה וה- שלישית של חוק המחאת החיובים נאמרו דברים מפורשים על כך, על-ידי יושב-ראש ועדת החוקה חוק ומשפט²⁰.

גם מבחינה לשונית אין חוק המחאת חיובים, בדונו בשיעבוד חיוב, מצמצם עצמו לשיעבוד המתבצע על-ידי המחאת החיוב, (או להמחאת חיוב שמטרתה שיעבוד). החוק אומר "ההמחאה יכול שתהיה... על דרך שיעבוד" (סעיף 1(ב)). מכאן שכל שיעבוד חיוב, ותהא הצורה שיבחרו בה לביצוע השיעבוד אשר תהא, הוא בגדר "המחאה", לצורך חוק המחאת חיובים, ובגדר "משכון" לצורך חוק המשכון.

באופן כללי נכון לומר כי חלוקת הנושאים בין חוק המשכון לחוק המחאת חיובים היא כפי שאמר יו"ר ועדת החוקה חוק ומשפט בקריאה השנייה והשלישית של חוק

19 חוק המשכון, תשכ"ז-1967, סעיפים 4(3), 24.

20 מ. אונא, דברי הכנסת, תשכ"ט-תש"ל, כרך 55, עמ' 3831, 3832: "... חוק זה משלים את החוקים האחרים שכבר נתקבלו, ובלעדיהם היו הם לוקים בחסר"; "בינתיים נתקבלו חוקי המכר, המתנה והמימון, הדגים גם בזכויות, ובהם נקבעו במפורש דרכי מכירתן, נתינתן ומימוןן של זכויות. הוועדה סבורה שחוק זה, להבדיל מן החוקים האמורים, צריך להציג טמצם בעיקר ליחסים שבין החייב לבין הממחה והנמחה, ולא לדון ביחסים הישירים שבין הממחה והנמחה".

המחאת חיובים²¹, דהיינו: חוק המשכון דן ביחס שבין הגושה המובטח לבין החייב שלו, ואילו חוק המחאת חיובים דן ביחס שבין החייב בחיוב המשמש כבטוחה, לבין הגושה הישיר שלו או ליחס שבין החייב הנה לבין הגושה המובטח²².

אשר לחוק לתיקון דיני פשיטת רגל ופירוק חברות, תשכ"ט—1969, תחילה היתה אכן הכוונה שחוק זה, הכולל סדרי רישום להמחאת זכויות, יחול גם על שיעבוד חיובים. כך היה הדבר על-פי הצעת החוק, ולפני חקיקת חוק המשכון, הכולל סדרי רישום משלו לשיעבוד חיובים²³. ואולם, בינתיים חוקק חוק המשכון, שהפך את תחולת החוק לתיקון דיני פשיטת רגל על שיעבוד חיובים למיותרת. מסיבות בלתי מובנות לא הוכנס בעקבות התפתחות זו כל תיקון לנוסח הצעת החוק, והחוק מנוסח כיום, כפי שנוסח בעבר, בעת שהכוונה היתה להחילו גם על שיעבוד זכויות. בהבדל מנוסח החוק מגלים דברי ההסבר של יו"ר ועדת החוקה חוק ומשפט, בקריאה השנייה והשלישית של החוק²⁴, אם נשווה אותם לדברי שר המשפטים בקריאה הראשונה של החוק²⁵, כי הרגישו בשינוי שהתחולל עקב חקיקת חוק המשכון. נכון, איפוא, יותר, לדעת המחוקק, אם — על אף לשון החוק — לא נפרש את המונח "המחאה", שבחוק זה, על רקע חוק המחאת חיובים, ככולל גם "שיעבוד". לפי גישה זו מוגבלים סדרי הרישום שבחוק לתיקון דיני פשיטת רגל ופירוק חברות, תשכ"ט—1969, רק להמחאות מוהלטות.

לסיכום: הדיון המסובך והטכני הנה היה יכול להיות מיותר אילו נהג המחוקק בחוק המחאת חיובים כפי שנהג בחוק המקרקעין, ובחוק הפטנטים, והיה קובע במפורש כי חוק המשכון חל על השיעבוד הנדון בחוק המחאת חיובים, ואילו לא השאיר המחוקק את החוק לתיקון דיני פשיטת רגל ופירוק חברות בנוסח המקורי שהופיע בהצעת החוק, מקום בו נועד לחול גם על שיעבוד זכויות.

ניירות ערך. מבין סוגי הנכסים השונים המוזכרים במפורש בחוק המשכון ("נכסים נדים", "זכויות", "ניירות ערך") זכו להגדרה רק "ניירות ערך". ההגדרה מופיעה בסעיף 24, וזו לשונה: "תעודה, שטר או מסמך אחר המוצאים לפי דין או נוהג, לפקודה או למוכ"ז, ומקנים לאוחז את הזכות הנדונה בהם"²⁶. בשל התנאי שבסיפא, כי לאוחז תוקנה הזכות הנדונה במסמך, מסתבר כי במסמך שהוא "לפקודה" תיידרש הסבת המסמך, באופן שלגושה המובטח, האוחז במסמך, תוקנה הזכות הנדונה בו. ללא הסבה שכזאת לא ייחשב המסמך ל"נייר ערך", לצורך חוק המשכון. זכות שיצא עליה מסמך שלא הוסב כדרוש, או מסמך שהתיימרה הסבה עליו אינה מספקת כדי להפוך את האוחז בו לזכאי לזכות הנדונה במסמך (כפי שהדבר במגיה על-שם), תהא ניתנת

21 שם.

22 יוצאים מכלל זה: חוק המשכון, תשכ"ז—1967, סעיף 20, חוק המחאת חיובים, תשכ"ט—1969, סעיף 5.

23 הצעת חוק המשכון, תשכ"ה—1965, היתה אמנם מונחת כבר על שולחן הכנסת כאשר הוצעה הצעת החוק לתיקון דיני פשיטת רגל ופירוק חברות, תשכ"ה—1965. ברם, הצעת חוק המשכון, בהבדל מחוק המשכון גופו, לא כללה סדרי רישום לשיעבוד חיובים.

24 דברי הכנסת, תשכ"ט—תש"ל, כרך 55, עמ' 3833.

25 דברי הכנסת, תשכ"ה, כרך 43, עמ' 2527.

26 הגדרה זו שונה מהגדרת ניירות ערך שבחוק ניירות ערך, תשכ"ח—1968. ראה י. גרוס, "חוק ניירות ערך, תשכ"ח — מגמות ובעיות", הפרקליט, כרך כ"ה, עמ' 392, בעמ' 405—406.

נכסים הניתנים למישכון

למישכון על-פי הוראות חוק המישכון הדנות ב"זכויות", אך לא על-פי אלה הדנות בניירות ערך.

ב. נכסים שטרם באו לרשות הממשכון

כל ל.י. האם תנאי הוא לתקפו של המישכון שהנכס המשמש כמשכון יהיה כבר ברשות הממשכון, בעת עריכת הסכם המישכון, או שמא יכול אדם למשכון נכס אותו מצפה הוא לקבל בעתיד (כגון נכס שטרם בא לעולם, או נכס שבא לעולם אלא שהממשכון טרם רכשו), באופן שהמישכון יתגבש עם הגיע הנכס לרשות הממשכון? היכול, למשל, אדם למשכון יכול העתיד לצמוח בשדהו, או בית אותו מתכוון הוא לבנות, או חובות שלקח-תותיו יחובו לו בעתיד, או ציוד אותו מתכוון הוא לרכוש, או ירושה שהוא מצפה כי תיפול לו בעתיד?

מפתיעה העובדה ששאלה מרכזית זו בסוגיית דיני הבטוחות לא זכתה לכל תשומת לב בחוק המישכון. בעוד שלגבי החיוב המובטח על-ידי המישכון קובע החוק במפורש כי אפשר והוא יהיה קיים או עתיד לבוא (סעיף 1(ב)), הרי שלגבי הנכס הממשכון כל הנאמר לנו הוא כי "מישכון הוא שיעבוד נכס כערובה לחיוב" (בסעיף 1). היש להסיק מכאן שרק נכס הקיים ועומד ברשות הממשכון, בעת ביצוע עסקת המישכון, ניתן למשכון? אך כלום סביר להניח כי בחוק המישכון נתכוונו לבטל את התכרה שכבר ניתנה בעבר, על-ידי בית המשפט העליון, בתקפם של שיעבודים על נכסים עתידיים, שיעבודים שהם נחוצים ומקובלים בשוק האשראי?¹

לשונו הסתומה של חוק המישכון בנושא זה, בסעיף 1, תאפשר לבתי המשפט ליצוק למסגרת סעיף זה את התוכן שיראה להם כרצוי.

נביא להלן כמה מהשיקולים שיש להם שייכות לענין.

1. אף כי אין זה הכרחי שתהא חפיפה מלאה בין העמדה הנקוטה בנושא של מכירת נכס מסוג מסויים לעמדה הנקוטה בנושא של מישכון נכס מאותו סוג,² ברורה הקירבה הרבה שבין שני נושאים אלה, ומתבקשת בדרך כלל גזירה שווה ביניהם.³ יש להניח כי שיטת משפט אשר אינה מכירה בתקפו של חוזה מכר הנערך לגבי נכס שאיננו עדיין ברשות המוכר, תסרב להכיר גם בתקפו של מישכון נכס בנסיבות אלה.⁴ ולהיפך, סביר לצפות לכך כי בשיטת משפט המכירה בתקפו של חוזה מכר כזה, גם הסכם מישכון בנסיבות דומות, ייחשב כתקף. והנה, במשפטנו לא נדחתה הגישה המכירה בתקפו של חוזה מכר לגבי דבר שטרם בא לעולם. עוד לפני חוק המכר, תשכ"ח—1968, היה הדין כי יש תוקף לחוזה מכר אשר מכוחו עתידה הבעלות בנכסים מסוגים מסויימים לעבור אל הקונה, משיבואו הנכסים לעולם.⁵ גישה זו נתקבלה על-ידי המחוקק גם בחוק המכר,

1 ע.א. 447/59 נאמן לעובד המנה ליכשעין ג. "שקם" בע"מ, י"ד פד"י, 620.

2 ראה להלן, הדיון על מישכון דיירות לפי החוק.

3 ראה סעיף 3(ב) לחוק המישכון.

4 Cf. G. Gilmore, *Security Interests in Personal Property*, Little, Brown & Co., Boston, 1965, Vol. 1, p. 33.

5 ג. טדסקי, "מימכר שלא בא לעולם והעברת הבעלות", הפרקליט (1964), כרך כ', עמ' 101, בעמ' 103. וראה גם: Gilmore, *op. cit.*, p. 34.

תשכ"ח—1968. לא יחא זה, איפוא, בניגוד למושגי היסוד המקובלים במשפטנו אם, עקרונית, נכיר גם באפשרות מישכון נכס עתידי, המתגבש עם הגיע הנכס לרשות הממשכן.

II. חיווק לכך שאין במשפטנו דחייה עקרונית של האפשרות למשכן נכסים העשויים לבוא לרשות החייב רק בעתיד ניתן למצוא במספר חוקים המזכירים במפורש מישכון כזה, למשל, השיעבוד הצף שעל-פי פקודת החברות מבוסס על ההכרה בתקפו של שיעבוד נכסים העשויים להגיע לידי החייב רק בעתיד.⁶ פקודת החברות מדברת בשיעבוד נכסים עתידיים אף מחוץ למסגרת של שיעבוד צף, כשיעבוד ספציפי.⁷ ראה בדומה לכך את השיעבוד של רכוש עתידי על-פי פקודת האגודות הכיתופיות, 1933, סעיף 26, על-פי פקודת המלוואות לזמנים קצרים על יבול (ערובה), 1935, סעיפים 4, 5, ועל-פי פקודת הבנקים לאיסראי, 1922, סעיף 4(2).

חוק המחאת חיובים, תשכ"ט—1969, קובע אף הוא במפורש כי זכות עתידה לבוא ניתנת להמחאה, וכי ההמחאה יכול שתהא על דרך השיעבוד (סעיף 1) או נצרך להוראה הזאת שבחוק המחאת חיובים את ההוראה שבסעיף 9 לאותו חוק, לפיה: "הוראות חוק זה יחולו גם על המחאת זכות או חבות שאינן גובעות מחיוב", הרי שלפנינו, לכאורה, הביסוס המשפטי לכך שזכות עתידית, לגבי נכס מכל סוג שהוא, ניתנת לשיעבוד. לשונו של סעיף 9 היא שלוחת רסן, אף אם כוונת מנסחיו לא היתה כזאת, והיא חובקת, לכאורה, כל זכות, ללא הגבלה. ואולם, סבורים אנו כי נחטא כאן לכוונת המחוקק אם נתייחס ברצינות יתרה למלים בהן בחר כדי להביע את כוונתו. את הביטוי "המחאת זכות או חבות שאינן גובעות מחיוב", שבסעיף 9, יש לפרש, ככל שניתן, מתוך הנחה שקיימת סמיכות פרשנית בין הנושא הנדון בסעיף זה לנושא העיקרי של החוק, שהוא "חיובים". לרקע הנחה זו, ובהתחשב בעבודות ההכנה שקדמו לחוק, מסתבר שהכוונה בביטוי הנזכר לא היתה לזכויות במובן הרחב של המלה אלא לזכויות אינקורפורליות בלבד (שאינן גובעות מחיוב), כמו זכות יוצרים וכדו'.⁸ גם פירוש

6 ראה סעיפים 2, 33. וראה גם: M. Aronovsky, "Comments on the New Law of Sales," 141, 143, 149 (1969), *Isr.L.R.*, 4. לגבי התחייבות למתנה של נכס עתידי, ראה: ג. טדסקי, "על חוק המתנה, תשכ"ח—1968", *משפטים*, כרך א', עמ' 639, בעמ' 645.

7 פקודת החברות, 1929, סעיף 2, 121.

8 ראה סעיף 21(1). וראה על כך: י. ויסמן, "שיעבוד נכסי חברה", *הפרקליט*, כרך כ"ב, עמ' 420, בעמ' 426.

9 בקריאה הראשונה של הצעת חוק העברת חיובים, תשכ"ה—1965 (זה היה השם של החוק, כפי שהוצע תחילה) עמד שר המשפטים במפורש על כך שכוונת החוק היא לאפשר שיעבוד זכויות עתידות לבוא, *דברי הכנסת*, תשכ"ה, כרך 43, עמ' 2525, 2526.

10 הצעת חוק העברת חיובים, תשכ"ה—1965, סעיף 11, דברה במפורש ב"העברת כל נכס ראוי שאינו חיוב", ובדברי ההסבר שנתלו להצעה הוסבר כי הכוונה בכך ל"chose in action" כמשמעותו במשפט האנגלי. בנוסף הסופי המופיע בחוק הושמט אמנם הביטוי "נכס ראוי", אך בדברי יו"ר ועדת החוקה חוק ומשפט, בקריאה השנייה והשלישית של החוק, הוסבר הביטוי "המחאת זכות", שבסעיף 9 לחוק, בעזרת הדוגמא של העברת זכות יוצרים. *דברי הכנסת*, תשכ"ט—תש"ל, כרך 55, עמ' 3833. ראה גם: ס. אוטולנגי, "חוק המחאת חיובים, תשכ"ט—1969", *הפרקליט*, כרך כ"ו, עמ' 285, 300. ד"ר אוטולנגי מביאה כדוגמא לסעיף 9 זכות שהינה בגדר ציפיה לירושה. נעלמה כפי הנראה מעיני הכותבת ההוראה שבחוק

ממצאם זה מעיד, על כל פנים, שהמחוקק הישראלי לא ראה מניעה עקרונית בקבלת הרעיון של שיעבוד נכסים עתידיים.

דוגמא לגסיבות מיוחדות בהן הביע המחוקק את התנגדותו המפורשת לשיעבוד נכסים עתידיים ניתן למצוא בחוק הירושה, תשכ"ה—1965, סעיף 8(א). נקבע בסעיף זה כי הסכם בדבר ירושתו של אדם, שנעשה בחייו של המוריש, הינו בטל.¹¹

III. נסיון של שיטות משפט אחרות מלמד כי על אף הנימוקים שהועלו נגד ההכרה במישכון נכסים שיגיעו לידי החייב רק בעתיד, גברו תנאי המסחר על ההסתייגות ממישכון כזה, והתוצאה היתה כי מישכון נכסים עתידיים זכה להכרה בשיטות משפט רבות, אף כי בכפוף להגבלות מסוימות.¹² הנימוקים העקריים שהועלו כנגד מישכון נכסים עתידיים היו: מישכון נכס שאינו קיים פוגע בדרישה שהנכס המשועבד יהא מסוים ושלציבור תהא ידיעה על כך שנכס פלוני כפוף למשכון; האפשרות למשכן נכסים שיגיעו לחייב בעתיד עלולה להביא לכך שהחייב ישעבד, שלא מתוך זהירות מספקת, נכסים שאח ערכם אף אין הוא יודע;¹³ יש להגן על החייב עצמו בפני האפשרות שהוא ישעבד את עתידו על-ידי שיעבוד כל נכסיו שבעתיד; האפשרות לשעבד נכסים עתידיים ללא הגבלה פוגעת בנושים הרגילים, ועלולה לכן לגרום לכך שמקור זה של אשראי בלתי מובטח יצומצם מאוד.¹⁴

נימוקים אלה לא הספיקו כדי לשלול כליל את האפשרות למשכון נכסים שיבואו לרשות החייב רק בעתיד, אך היה בהם, לעתים, כדי לקבוע סייגים מסוימים למישכון שכזה. כך, למשל, במדינת לואיזיאנה מכירים בשיעבוד נכס עתידי רק בתנאי שמדובר בנכס מסוים, בהבדל ממישכון נכסים בלתי מסוימים שהחייב ירכוש בעתיד;¹⁵ במדינות אחרות שבארה"ב מגבילים את תקפו של שיעבוד נכס עתידי לתקופה קצרה, כשהנכס הממושכן הוא יבול חקלאי או מוצרי צריכה.¹⁶ בצרפת, לעומת זאת, אף כי מקובל

הירושה, תשכ"ה—1965, כה"ח 446, תשכ"ה, עמ' 63, סעיף 8(א), לפיה אין תוקף להסכם בדבר ירושה עתידה.

11 "יש לראות כספקולציה בלתי רצויה, ואף בלתי מוסרית, הסכם בדבר ירושה עתידה". הצעת חוק הירושה, תשי"ב—1952, משרד המשפטים, עמ' 48.

12 C. H. M. Waldock, *The Law of Mortgages*, London, 1950, p. 86-7; *Uniform Commercial Code*, 1962 Official Text with Comments, The American Law Institute, sec. 9-204, n. 3; G. Gilmore, *Security Interests in Personal Property*, Boston, 1965, Vol. 1, pp. 33-35, 360-1; Planiol et Ripert, *Traité Pratique de Droit Civil Français*, Paris, 1953, Vol. 12, p. 472 et seq.; H. R. Sachse, "Report to the Louisiana Law Institute on Article Nine of the Uniform Commercial Code," (1967) 41 *Tulane L.R.*, 505, 812, et seq.; G. Wille, *The Law of Mortgages and Pledges in South Africa*, 2nd ed., 1961, Juta & Co. Ltd., Cape Town, pp. 33, 61-2; Cf. U. Drobnig, "Priority Conflicts in Inventory and Accounts Receivable Financing," appears in: J. S. Ziegel & W. F. Foster, *Aspects of Comparative Commercial Law*, 1969, McGill University, Montreal, p. 441, 442.

13 Planiol et Ripert, *op. cit.*, p. 471

14 Gilmore, *op. cit.*, p. 360

15 Sachse, *op. cit.*, p. 813

16 Uniform Commercial Code, *op. cit.*, sec. 204-9(4)

העקרון הרחב השולל את ההכרה במישכון נכסים עתידיים, הרי שהיוצאים מהכלל רוקנו, במידה רבה, את הכלל הרחב מתכנו.¹⁷

IV. על רקע המשפט הישראלי אין לייחס משקל רב לטענה הנוכרת לעיל כי מישכון נכס עתידי עלול לפגוע בעקרון פומביות המישכון. חוק המישכון קובע כי מישכון שלא הופקד בידי הנושה – ומישכון נכס עתידי יהא, כמובן, מישכון כזה – לא יהיה תקף כלפי נושה שלא ידע עליו אלא אם כן נרשם המישכון בדרך שנקבעה בתקנות (סעיף 4). אפשרות הרישום תיפתור, איפוא, את בעיית הפומביות לגבי אותם נכסים עתידיים שניתן לתאר אותם באופן שיש בו כדי להעמיד את הציבור על כך שנכסים אלה כפופים להסכם מישכון.

ואולם, קושי מסוים עלול להתעורר לגבי כמה סוגי נכסים, כתוצאה מהוראות רישום מיוחדות החלות עליהם. כך הדבר, למשל, לגבי מקרקעין, ספינות ופטנטים. החוקים המיוחדים הדנים בנכסים אלה מחייבים לרישום, בפנקסים המיוחדים לכך, שיעבודים המוטלים על אותם נכסים, כשהנכסים מצויים ברשות המשעבד.¹⁸ התוצאה היא שגם אם ניתן לשעבד נכסים אלה כשיעבוד נכס עתידי, מכוח האמור בסעיף 1 לחוק המישכון, ותוך מילוי סדרי הרישום הנהוגים לפי חוק המישכון, הרי משיגיעו הנכסים לרשות הממשל יהא צורך לשוב ולרשום את השיעבודים בהתאם להוראות החוק המיוחדות החלות עליהם. כל עוד לא יבוצע הרישום הנוסף לא יהא לשיעבוד תוקף מלא כלפי נושיו האחרים של החייב.¹⁹ מצב זה גורע, כמובן, הרבה מעילותו של שיעבוד נכס עתידי בנכסים מהסוגים הנזכרים.

שיקולים אחרים על רקע דיני המישכון הישראליים הם אלה: יכולתו של הממשכן לפדות את המישכון לפני זמן הפרעון המוסכם עשויה לסייע בהכרה בשיעבוד נכס עתידי, כי זכות הפדייה מחלישה את "יסוד ההשתעבדות" שבמישכון נכס עתידי. והנה, בעוד שבמשכנתה במקרקעין מובטחת לממשכן זכות הפדייה,²⁰ ניתן לשלול מכזו זכות זו במישכון נכסים אחרים.²¹ האפשרות לשלול מאת הממשכן את הזכות לפדות את המישכון, עלולה להכביד עליו במיוחד כאשר החיוב המובטח הוא חיוב מותנה לעתיד לבוא.²² יכולתו של הממשכן לבצע עיסקאות בנכס הממושכן, בכפיפות למשכון, משפיעה אף היא על מידת ההקפאה הכרוכה במישכון נכס עתידי. במה שנוגע למשכנתה במקרקעין ובספינות נקבע במפורש בחוקים הדנים בנכסים אלה, כי הסכם המשכנתה יכול לשלול מאת החייב את הזכות לבצע עיסקאות בנכס הממושכן.²³ בחוק המישכון עצמו אין למצוא הוראה כללית על זכותו של הממשכן לבצע עיסקאות בנכס הממושכן.²⁴

17. Planiol et Ripert, *op. cit.*, p. 472 et seq.

18. חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, סעיפים 91, 97; חוק הספנות (כלי שיט), תש"ך-1960, סעיפים 55, 2, 3, 4; חוק הפטנטים, תשכ"ו-1967, סעיפים 89, 1, 166.

19. ראה גם חוק המישכון, תשכ"ז-1967, סעיפים 2(א), 4, והשווה גם: סעיף 9(ג).

20. חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, סעיף 88.

21. חוק המישכון, תשכ"ז-1967, סעיף 13(ב), (ג).

22. דבר האפשרי עליפי חוק המישכון, ראה סעיף 1(ב).

23. חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, סעיף 85(א); חוק הספנות (כלי שיט), תש"ך-1960, סעיף 70.

24. חריג לכך: מישכון נוסף של הנכס עלידי הממשכן. סעיף 6 לחוק המישכון קובע, בהתאמה עם הגישה שבחוק המקרקעין ובחוק הספנות (כלי שיט), כי מישכון נוסף אפשרי אלא אם כן נשללה זכות זו בהסכם המישכון.

שיעבוד נכס עתידי עלול לעורר קושי כשהמדובר בנכס שהוא זכות הנובעת מחיוב. על-פי חוק המחאת חיובים, תשכ"ט—1969, סעיף 2(ב), יש צורך להודיע על דבר השיעבוד לחייב שבחייב המשועבד, בכדי שלשיעבוד יהא תוקף מלא. נוסה שמושכנו לו זכויות עתידות לבוא עשוי שלא לדעת מי הם החייבים שעל-פי זכויות אלה, באופן שלא יהא לאל ידו להבטיח את תקפו המלא של השיעבוד על-ידי מתן ההודעה הנדרשת. הכרה באפשרות למשכן נכס שיגיע לרשות החייב בעתיד מעוררת כדבר שבגררא את השאלה מהו היחס בין נושה שקיבל משכון על נכס עתידי, לבין נושה מאוחר יותר, שבהלוואה שניתנה על-ידו מימן את רכישת הנכס "העתיד", שמושכן גם לו? במציאות הכלכלית כרוכים שני מצבים אלה יחדיו לעתים קרובות²⁵, ולא קשה לראות מדוע מתבקש שהנושה המאוחר יותר, שמימן את רכישת הנכס, יהא עדיף על הנושא המוקדם יותר, שאותו נכס שועבד לו במישכון נכס עתידי²⁶. אין למצוא אצלנו כל הוראה בסוגייה זו.

נמצאו למדים מהשיקולים השונים שהובאו לעיל כי, אף אם ימצאו בתי המשפט דרך לפרש את המלה "נכס" שבחוק המשכון ככוללת גם נכס עתידי (ודבר זה כבר נעשה על-ידי בית המשפט לפחות במקרה אחד, אך מכללא וללא דיון ממשי בנושא זה)²⁷, לא יהיה בכך משום פתרון המגית את הדעת לסוגייה זו, אשר בהיותה כה מורכבת מחייבת היא הסדר על-ידי המחוקק. ואולם, כל עוד לא ישלים המחוקק את מלאכתו יש להביא בחשבון גם גישה אשר תגרום כי שאלת מישכון נכסים עתידיים היא בגדר לאקונה, אותה יש למלא על-ידי פניה אל המשפט האנגלי, בהתאם להוראות סימן 46 לדבר המלך במועצתו, 1922—1947²⁸. פניה למשפט האנגלי תעמידנו על כך שבעוד שה-Common Law נמנע מלהכיר בתקפם של שיעבודים על נכסים עתידיים, הרי שעל-פי ה-Equity נחשב שיעבוד כזה כשיעבוד שביושר, הרובץ על הנכסים עם הגיעם לרשות החייב. יוצאים מכלל זה "נכסים בכוח" (potential property) של החייב, כגון היבול ששדהו עתידה להניב, או הצמר שיצמיחו כבשיו. נכסים בכוח שכאלה, אשר שועבדו על-ידי החייב, ייחשבו כמשועבדים בשיעבוד שבדין עם בואם לעולם²⁹.

תוספות לנכס הממושכן. נבדלת מהשאלה הכללית של מישכון נכס עתידי, השאלה הקרובה לה, והיא — תחולת המשכון על תוספות שנתווספו לנכס הממושכן, כגון

25 Gilmore, *op. cit.*, *supra* note (12), at p. 746.
 26 Uniform Commercial Code, *op. cit.*, *supra* note (12), sec. 312-9(3)(4), n. 3; Cf. Ziegel & Foster, *op. cit.*, *supra* note (12), p. 431 et seq., 441-445. על העדיפות הנגינת בהליכי הוצאה לפועל לנושה אשר מימן רכישת נכס על-ידי החייב ראה: חוק ההוצאה לפועל, תשכ"ז—1967, סעיף 22(ב), ודברי ההסבר בדברי הכנסת, כרך 49, עמ' 2919.
 27 ע.א. 200/69 הנאמן לנכסי ברר ג. פונס נכסי ברר, כ"ג פד"י (1), 763. ראה במיוחד לרקע דעת המיעוט של השופט בנימין הלוי, בעמ' 770.
 28 כנגד גישה זו ראה: א. ידון, "כיצד יפורש חוק השומרים?", הפרקליט, כרך כ"ד, 493, 494; "ישוב על פירוש חוקי הכנסת", הפרקליט, כרך כ"ו, 190, 197. ראה לעומתו: מ. לנדוי, "הלכה ושיקול דעת בעשיית משפט", משפטים, כרך א', עמ' 292, בעמ' 298, וכן: י. שילה, "כיצד יפורש חוק השומרים?", הפרקליט, כרך כ"ה, עמ' 62.
 29 Metcalfe v. The Archbishop of York (1836), 1 My. and Cr. 547, 556; 40 E.R. 485; Grantham v. Hawley (1615) Hob. 132; 80 E.R. 281; Halsbury's Laws of England, 3rd ed., Vol. 11, p. 459, Vol. 34, p. 64-65.

מבנה שנתווסף לקרקע ממושכנת, פירות שהניב פרדס ממושכן, או חלקי חילוף שהוכנסו למכונה ממושכנת. כאשר החוק מונע את האפשרות שלזכויות בתוספת יהא קיום נפרד, והזכויות בנכס העיקרי סופגות לתוכן גם את התוספת, כי אז כאשר הנכס העיקרי היה ממושכן פירושו של דבר שהתוספת תהא אף היא כפופה למשכון. דוגמא למצב זה יכולים לשמש "מחוברים" (fixtures) למקרקעין, על-פי האמור בחוק המקרקעין, תשכ"ט—1969, סעיפים 12, 13. משכנתה שהוטלה על חלקת אדמה שאינה בנויה, תתפשט, מכוח סעיפים אלה, גם על מבנה שייבנה לאחר מכן על חלקת האדמה, ובכך יש לנו דוגמא למעין שיעבוד נכס עתידי. דיני ה-accessio עשויים להביא לתוצאה דומה באותם מקרים בהם הזכויות במטלטל העיקרי מתפשטות גם על המטלטל הטפל.²⁸ חוק המשכון דן במקרה מיוחד של accessio בסעיף 8, בו נאמר כי, באין קביעה אחרת בהסכם המשכון, וכשהמדובר במשכון שהופקד, יחול המישכון גם על פירות המשכון.²⁹ האין להסיק מקביעה מפורשת זו כי כוונת החוק היתה שפירות נכס ממושכן, במשכון שלא הופקד, אינם כפופים למשכון?³⁰

חילופי הנכס הממושכן. שאלה אחרת שאף לה קירבה מסוימת לנושא של שיעבוד נכס שאינו ברשות החייב היא השאלה של חילופי הנכס הממושכן. בחוק המשכון נדונים מספר מקרים בהם מועתק השיעבוד מן הנכס המקורי, לנכס חדש, מכוח החוק. כך, למשל, כאשר בעל משותף ממשכן את חלקו הבלתי מסוים בנכס המשותף, ולאחר מכן מחלקים השותפים את הנכס, מועתק השיעבוד מן החלק הבלתי מסוים אל מה שנופל בעקבות החלוקה בחלקו של השותף—המשכון (סעיף 11(ב)). החוק אינו קובע דבר בנוגע לתיקון רישום המשכון העשוי להתבקש במקרים כאלה, או בנוגע לשאר שינויים העשויים להידרש עקב השינוי שחל במשכון.³¹ החוק גם אינו קובע הוראות מיוחדות למקרה בו תחבצע חלוקת הנכס המשותף על-ידי מכירתו וחלוקת התמורה בין השותפים.³² יש לכן לשער כי במקרה כזה—אם אכן נתכוון סעיף 11 לחול גם על חלוקת נכס משותף על-ידי מכירתו—יועתי המשכון אל סכום הכסף שיפול בחלקו של השותף—המשכון. תוצאה זו אינה מתישבת יפה עם גיסתו הכללית של חוק המשכון, הנוטה למנוע את המצב בו הנכס הממושכן הוא כסף.³³

דוגמא אחרת להעתקת המשכון לנכס חדש מצויה במקרה בו המשכון המקורי הוא על זכות שיש לחייב כלפי אדם אחר. במקרה כזה יכול מקבל המשכון לממש את זכותו של החייב כלפי האדם האחר (סעיף 20), והמשכון יעבור אז מן הזכות אל מה שיתקבל

28 ראה: ע.א. 353/56 היה"מ נ. חברת אפשטיין, י"ב פד"י, 610; ע"פ 141/59 טרייביש נ. היה"מ, י"ג פד"י, 1793. חוק המיטלטלין, תשל"א—1971, סעיף 4(ב); Gilmore, *op. cit.*, p. 34 et seq.

29 ראה להלן ההערות לסעיף זה.

30 וראה חוק המיטלטלין, תשל"א—1971, סעיף 5, הדן בדברים שנתחברו לנכס ממושכן, והקובע את הכלל שהטפל הולך אחר העיקר. ואולם שאלת המחברים שונה משאלת הפירות.

31 וראו בהבדל במקרה דומה אתר הגדון בחוק, בו נקבעו הוראות לענין זה. ראה סעיף 9(ג). ראה גם חוק הערבות, תשכ"ז—1967, סעיף 12, וחוק המכר (תיקון), תשל"א—1971.

32 והשווה עם סעיפים 9(ב), 22.

33 ראה סעיפים 9(ב), 22.

כתוצאה ממימוש הזכות (סעיף 9(ב)). לגבי מקרה זה נקבע במפורש בחוק כי, אם הדבר המתקבל כתוצאה ממימוש הזכות הוא כסף, לא ישמש הכסף כמשכון אלא ייוקף על חשבון החיוב המובטח, אלא אם כן הוסכם אחרת בין הצדדים (סעיף 9(ב)). כן נקבע בחוק כי, אם הדבר שנתקבל במימוש הזכות היה נכס שאינו כסף, רשאי הנושה המובטח לדרוש מהחייב לבצע את הפעולות הדרושות כדי שכוונו של המשכון יהא יפה כלפי נושיו האחרים של החייב (כגון רישום המשכון לגבי הנכס החדש).

דוגמא נוספת לחילופי הנכס הממושכן מכוח החוק מצויה בסעיף 9(א), הדן בחילופי משכון בעקבות אבדן המשכון, הינוקו או הפקעתו, כאשר לחייב זכות לפיצוי או שפוי בשל כך, כלפי צד ג'. המשכון מועתק אז מן הנכס המקורי אל הזכות שבידי החייב לפיצוי או שפוי. גם לגבי מקרה זה נקבע בחוק כי לפי דרישת הנושה מצווה החייב לעשות את הפעולות הדרושות כדי שכוונו של המשכון יהא יפה כלפי נושיו האחרים של החייב.

ללקט המקרים המיוחדים של חילופי משכון אליהם התייחס המחוקק במפורש לא נתלוותה קביעת עיקרון כללי בדבר חילופי המשכון, והעדרו של עיקרון כללי שכזה עלול לשמש בעתיד קרקע פוריה להתדייגויות. לאחרונה צורפו ללקט זה שני מקרים, האחד, כאשר המשכון נמכר על-ידי החייב בתנאים הנתפשים על-ידי "תקנת השוק", והשני, כאשר המכירה בוצעה על-ידי רשות שהוקמה על-פי דין. במקרים אלה מועתק המשכון אל פדיון המכירה.^{34, 35}

שיעבוד צף. המציאות הכלכלית גורמת לכך שלעיתים קרובות אין החייב יכול להציע כבטוחה נכס ספציפי אלא מסגרת של נכסים, כאשר התוכן הממלא את המסגרת מתחלף מפעם לפעם. הדוגמא הטיפוסית לכך היא מלאי בבית עסק, או חומרי גלם בבית-חרושת. עובדה זו, שהלק חשוב מן האשראי המוענק על-ידי בנקים מובטח על-ידי מלאי של החייב, עמדה לבגד עיני מנסחי חוק המשכון³⁶, ואולם אף על-פי-כן אין בחוק כל הוראה ברורה לענין זה. יכולתם של תאגידים לשעבד את נכסיהם בשיעבוד צף, על-פי הוראות חוק מיוחדות³⁷, לא נפגעה על-ידי חוק המשכון³⁸, אולם שאלה היא אם חוק המשכון פתח אפשרויות חדשות, שלא עמדו עד כה לרשות שוק האשראי. היכול אדם, בהבדל מחברה, לשעבד נכסיו בשיעבוד צף?

שאלה זו מורכבת בעצם משתי שאלות מסנה, האחת – היכול אדם לשעבד נכסים שיגיעו לרשותו רק בעתיד (המלאי החדש אשר יכנס); השנייה – היכול אדם למכור נכסים ששועבדו (או לבצע בהם עסקאות קניניות אחרות), שלא בכפיפות לשיעבוד

34 חוק המכר (תיקון), תשל"א–1971.

35 על המצב בארה"ב ראה: Uniform Commercial Code, *op. cit.*, *supra* note (12), sec. 9-306. אפשר שדיני העקיבה הכלליים (tracing) ימלאו את החסר, במקרים שלא נדונו במפורש על-ידי המחוקק. ראה: R. M. Goode and L. C. B. Gower, "Is Article 9 of the Uniform Commercial Code Exportable? An English Reaction," appears in: Ziegel and Foster, *op. cit.*, *supra* note (12), at p. 298, 321, n. 83.

36 ראה דברי שר המשפטים ד. יוסף, בקריאה הראשונה של חוק המשכון, רבני הכנסת, תשכ"ו, כרך 44, עמ' 33.

37 פקודת החברות, 1929, סעיפים 2, 120, 121; פקודת האגודות השיתופיות, 1933, סעיף 28.

38 חוק המשכון, תשכ"ז–1967, סעיפים 2(א), 26(ב).

(מכירת המלאי הקיים) ? אשר לשאלת המשנה הראשונה, כל הנאמר בנושא זה לעיל יחול אף כאן. אשר לשאלת השנייה, פתרונה החלקי עשוי להימצא בתקנת השוק שבחוק המכר³⁹. מכוח תקנה זו עשוי קונה תם לב לרכוש נכסי מלאי ששועבד, שלא בכפיפות לשיעבוד. ואולם פתרון זה הוא חלקי, כי מה על קונה היודע שהממכר הוא חלק ממלאי ששועבד ? היעלה על הדעת כי קונה כזה ירכוש את הממכר כשהוא כפוף לשיעבוד, על אף שמטבע הדברים הכוונה המתלווה בדרך כלל לשיעבוד צף היא שהחייב יוכל למכור את הנכס המשועבד כשהוא ממורק מהשיעבוד ?⁴⁰ התשובה לכך עשויה להיות שאכן בהתבסס על כוונת הצדדים ייחשב השיעבוד על נכסי מלאי ספציפיים כבא לקיצו עם ביצוע עסקא קנינית באותם נכסים⁴¹. העובדה שחוק המסכון, בדונו בנושא של פקיעת המשכון (סעיף 15), אינו מונה את הסכמת הצדדים כדרך להבאת המשכון לקיצו, אינה צריכה לשמש מכשול על דרכנו, הואיל ואין סעיף זה מתיימר, כנראה, למצות את כל הדרכים העשויים להביא משכון לקיצו⁴².

כשעלתה השאלה בעבר, לפני חוק המסכון, אם יכול אדם, בהבדל מתאגיד, לשעבד את נכסיו בשיעבוד צף, ניתנה לשאלה זו תשובה שלילית על-ידי בית המשפט העליון. הנימוק המרכזי שבהתבסס עליו נדחה הרעיון של מתן שיעבוד צף על-ידי אדם היה כי בהבדל מהמצב לגבי חברה, או אגודה שיתופית, נעדרת שיטת רישום לשיעבודים מעין אלה כשהחייב הוא אישיות טבעית⁴³. כתוצאה מכך עלולים נושיו הרגילים של החייב, שלא ידעו על קיום השיעבוד, להיפגע. נימוק זה איבד ממשקלו לאחר חוק המסכון, המספק לגבי שיטת של רישום שיעבודים גם לגבי חייבים שאינם תאגידים. ואכן רמז לאפשרות כי מסקנה אחרת מתבקשת בנושא זה לאחר חוק המסכון מצוי באותו פסק-דין שדחה את רעיון השיעבוד הצף על-פי הדין שקדם לחוק המסכון⁴⁴. תמיכה בהשקפה שלאור חוק המסכון עומדת גם לרשותו של חייב שהוא אדם (בהבדל מתאגיד) האפשרות לשעבד נכסים בשיעבוד צף ניתן למצוא בסעיף 26(ב) לחוק, האומר כי אין בהוראות חוק המסכון כדי לגרוע מכל דין הנוגע לשיעבוד צף על נכסי תאגיד. בהוראה זו לא היה כל צורך אילו נכונה היתה ההנחה שחוק המסכון דן אך ורק בשיעבוד נכסים ספציפיים⁴⁵.

39 חוק המכר, תשכ"ח-1968, סעיף 34.

40 בארה"ב נקבע כי הרכוש נכס ממלאי ששועבד רוכש את הנכס כשהוא נקי מהשיעבוד, אף אם ידע הקונה על קיום השיעבוד. חריג לכך הוא המקרה בו נאסר על החייב בהסכם השיעבוד למכור את נכסי המלאי שלא באישור מקבל השיעבוד, והקונה רכש את הנכס ביודעו שאישור כזה לא ניתן. Uniform Commercial Code, *op. cit.*, *supra* note (12), sec. 9-307 n. 2.

41 על ההתבססות על טענה מעין זו, בארה"ב, ראה: Gilmore, *op. cit.*, *supra* note (12), p. 29.

42 כך, למשל, לא נזכר המיזוג (merger) כגורם העשוי לגרום לפקיעת המשכון.

43 ע.א. 689/68 חברת מנדלי פרייזר בע"מ נ. האמ"ן על נכסי פאול ישראלים בעשימת רגל, כ"ג פד"י (1), 715, 723 ואילך.

44 שם, עמ' 725-726.

45 במשפט האנגלי מוכר אמנם השיעבוד הצף רק לגבי חייב שהוא תאגיד, ואולם מקובלת, כמדימה, ההשקפה כי אין מניעה עקרונית בהעמדת שיעבוד זה גם לרשותו של חייב שאינו תאגיד. L. C. B. Gower, *The Principles of Modern Company Law* (1969), 3rd ed., p. 79; A. S. Abel, "Has Article 9 Scuttled the Floating Charge," Ziegel and

נכסים הניתנים למישכון

ההכרה בתקפו של שיעבוד צף הניתן על-ידי חייב שאינו תאגיד, על-פי הוראות חוק המישכון, תצריך התערבות על-ידי המחוקק כדי להשיג התאמה בין השיעבוד הצף שעל-פי חוק המישכון לבין השיעבוד הצף המוסדר בפקודת החברות. בהעדר התאמה שכזאת ניתן לצפות לכך שהמערכת הכפולה של "שיעבודים צפים" תגרום לקשיים לעוסקים בשוק האשראי הלכה למעשה.⁴⁶

מישכון נכסים שאינם בבעלות החייב. זכותו של הממשכן בנכס הממושכן אינה חייבת להיות בעלות יחידית. חוק המישכון יוצא מן ההנחה שאין מגיעה לכך שבעל משותף ימשכן את חלקו הבלתי מסוים שבנכס המשותף (סעיף 11). יתרה מזאת, אין זה הכרחי שלחייב יהיו זכויות כלשהן בנכס הממושכן (אף כי הנכס נמצא בעין). החוק קובע בשני מקרים כי יתא למשכון תוקף מלא גם אם לחייב אין כל זכויות בנכס הממושכן. המקרה האחד: צד ג' הממשכן נכס השייך לו, להבטחת חיובו של החייב⁴⁷; המקרה השני: חייב שהחזיק בנכס שאינו שלו, על דעת בעל הנכס, והוא מישכן את הנכס בלא שהורשה לעשות כן, והנושה קיבל את המישכון בתום לב⁴⁸.

ג. נכסים שאין למשכנם

— מכוח קביעה מפורשת בחוק שאין למשכנם. מן ההשקפה שהובעה לעיל, לפיה במלים "מישכון הוא שיעבוד נכס" התכוון המחוקק לכלל הדברים שבעלות תיתכן בהם, בהתעלם מההבחנה בין סוגי הנכסים השונים, אין להסיק כי כל דבר שבעלות תיתכן בו ניתן גם למישכון. הגבלה אחת על נכסים הראויים לשמש כמשכון מקורה בהוראות חוק מפורשות השוללות או מגבילות במישרין את האפשרות למשכן נכסים מסויימים. חוק המישכון מפנה את תשומת לבנו לצורך להתחשב בהוראות מעין אלה בסעיף 2(א) שבו, שם נאמר לנו כי הוראות חוק המישכון יחולו כשאין בדין אחר הוראות מיוחדות לענין הגדון. את החוקים השוללים או מגבילים את האפשרות למשכן נכסים כלשהם ניתן למיין כדלהלן:

I. חוקים השוללים באופן מוחלט את היכולת למשכן נכסים מסויימים. למשל: חוק הנכים (תגמולים ושיקום) [נוסח משולב], תשי"ט—1959, סעיף 14, שולל את זכותו של נכה לשעבד את זכותו לתגמול.

Foster, *op. cit.*, *supra* note (12), p. 410, 413; Goode and Gower, *op. cit.*, *supra* note (36), at p. 324, n. 92. Gower, הנחיות" שבדיני פשיטת רגל, החל על אדם ולא על חברה, עשוי להגביל מאוד את הערך של שיעבוד צף הניתן על-ידי אדם. ניתן לטעון כנגד זה כי כשם שעקרון הבעלות הנחיות לא יחול על חייב המחזיק בנכסים מכוח שכירות-מכר, כיון שבמציאות חיינו אין לומר שיצא לאדם שם של בעלים על כל הנכסים שבהחזקתו (ראה: Goode and Gower, *ibid.*, p. 316), כך לא יחול עקרון הבעלות הנחיות על המלאי המשועבד שבהחזקת פושט הרגל, ומאותו הטעם. אין הציבור רשאי לצאת מההנחה כי מלאי הנמצא ברשותו של אדם אינו כפוף לשיעבוד.

46 Goode and Gower, *op. cit.*, at p. 324, n. 92.

47 סעיף 12.

48 סעיף 5.

II. הוקים השוללים את היכולת למשכן נכסים מסויימים כל עוד לא מולא תגאי כלשהו. למשל: חוק הירושה, תשכ"ח—1966, סעיף 7(ד) קובע כי זכותו של יורש בנכס מסויים מנכסי העזבון אינה ניתנת לשיעבוד כל עוד לא חולק העזבון. וכן, חוק פיצויי פטורים, תשכ"ג—1963, סעיף 26, שולל את היכולת למשכן פיצויים שהופקדו, כל עוד לא סולקו תביעות העובדים לפי חוק פיצויי פטורים.

III. הוקים השוללים את היכולת למשכן נכסים מסויימים, תוך קביעת חריגים לטובת חובות מיוחדים, שלהבטחתם מותר למשכן אותם נכסים. למשל: חוק הגנת השכר, תשי"ח—1958, סעיף 8, שולל את היכולת לשיעבוד חלק מסויים מתוך שכר העבודה, כשהחריג לכך הוא שיעבוד להבטחת חוב בגין מזונות. וכן, חוק לתיקון דיני משפחה (מזונות), תשי"ט—1959, סעיף 14, השולל את היכולת לשיעבוד זכות למזונות, כשהחריג לכך הוא חוב לזכותו של מי שסיפק אמצעי מחיה. בדומה לכך: חוק שירות המדינה (גימלאות) [נוסח משולב], תשל"ל—1970, סעיף 58, השולל את היכולת לשיעבוד חלק מקיצבה, והחריג — חוב למזונות.

— מכוח קביעת שאין להעבירם. הגבלה אחרת על התאמתם של נכסים לשמש כמשכון גובעת מהצורך שהמשכון יהא ניתן להמרה בכסף, דהיינו שיהא אפשר למוכרו. הגבלה זו משתמעת מהגדרת המשכון, מהנאמר בסיפא: "הוא מזכה את הנושה להיפרע מן המשכון, אם לא סולק החוב", ומהוראות החוק בדבר מימוש המשכון (סעיפים 17—19). כיון שתכלית המשכון להבטיח את היכולת להיפרע מתוך הנכס הממושכן הרי שנכס שאי אפשר להמירו בכסף על-ידי מכירתו אינו עשוי להיות מתאים כמשכון¹. תנאי זה נקבע בצורה מפורשת יותר בסעיף 3(ב) לחוק, האומר כי הגבלה על העברת בעלות בנכס חלה גם על מי שכוונתו הווה אומר, נכס שאין אתה יכול למוכרו אינך יכול אף למשכנו. כך, למשל, מנייתו של חבר באגודה שיתופית אינה ניתנת להעברה, כאמור בפקודת האגודות השיתופיות, 1933, סעיף 17, כשהתוצאה מכך היא שמנייה כזאת אינה ניתנת גם למי שכוונתו². בדומה לכך, זכות לתרופה בשל עוולת נזיקין אינה ניתנת להעברה בהסכם, כפי שנקבע בפקודת הנזיקין [נוסח חדש], סעיף 22, ומכאן שאף המי שכוונתו של זכות זו (שגם הוא עיסקה שבהסכם)³ אינו אפשרי. וכן, חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], תשכ"ח—1968, סעיף 135 קובע כי "זכות לגימלת בסף אינה ניתנת להעברה", ולכן גם לא ניתן יהיה למשכנה⁴. דוגמא אחרת: חוק המחאת חיובים, תשכ"ט—1969, סעיף 1, קובע כי זכותו של נושה ניתנת להמחאה ללא הסכמת החייב, זולת אם נשללה עבירותה לפי הסכם שבין החייב לנושה. מכאן שחיוב בו נשללה מהנושה היכולת להעבירו לא יהא ניתן גם למי שכוונתו.

דיירות לפי החוק: פרובלמטית יותר השאלה אם ניתן למשכן את זכותו של דייר

- 1 ראה: ע.א. 200/69 הנאמן לנכסי ברח נ. מוס נכסי ברח, כ"ג פד"י (1), 763, 768. שונה הדבר בזכות עכבון. כיון שהיכולת להיפרע מן הנכס אינה מתכוננת היסוד של העכבון אין דבר המונע אותנו מלהכיר בעכבון גם לגבי נכס שאינו ניתן למכירה. סעיף 5 לחוק המשכון מהווה חריג לכלל שנכס שאין אתה יכול למוכרו אין אתה יכול גם למשכנו.
- 2 ראה גם סעיפים 24, 25 לפקודת האגודות השיתופיות, 1934.
- 3 ראה סעיף 3(א) לחוק המשכון.
- 4 ראה גם, לגבי קיצבה לעובדי עיריה, את פקודת העיריות, 1934 [נוסח חדש], סעיף 185.

לפי החוק. "השכירות [לפי החוק] גופה אינה ניתנת להעברה והנאתו האישית של הדייר אינה נכס, לא לענין חוק המשכון ולא לענין פקודת פשיטת הרגל", כך פסק הרוב בפרשת הנאמן לנכסי ברר נ. כונס נכסי ברר⁵. ואולם, מקביעה זו, ששותף היה לה גם שופט המיעוט, הסיק רק שופט המיעוט כי אי אפשר למשכן שכירות לפי החוק⁶. דעת הרוב היתה שעל אף הקביעה הנזכרת אפשר למשכן שכירות לפי החוק, והמימוש של המשכון יהיה מתוך ההכנסות הכספיות השונות שהשוכר עשוי להפיק מוכותו. דוגמאות להכנסות כאלה, המובאות בפסק הדין: פיצויים, במקרה שהמושכר יופקע; הכנסות שכונס נכסים, אם יתמנה, עשוי להפיק מהמושכר, עד למועד בו ימונה נאמן בפשיטת הרגל של השוכר; זכותו של הדייר בדמי מפתח, באם יהפוך ל"דייר יוצא" הוכאי לדמי מפתח (כשהמדובר הוא בדייר של "בית עסק")⁷.

חוששים אנו שאין השקפת הרוב שבפסק הדין מדויקת כל צרכה. מבחינה אנליטית מציע, למעשה, בית המשפט להבחין בין הנכס הממושכן (השכירות לפי החוק), לבין הנכס ממנו ייפרע הנושה בעת מימוש המשכון (פיצויים, הכנסות, דמי מפתח). לגירסת בית המשפט לא צריכה להפריע לנו העובדה שהנכס הממושכן אינו ניתן להעברה, כל עוד עשוי הנכס הממושכן להגיב פירות מהם יוכל הנושה להיפרע. ואולם, הבחנה מקורית זו אינה מתיישבת עם הוראות החוק ואף אין היא משרתת כל תכלית. על-פי האמור בחוק, הנכס הממושכן והנכס הממושכן חד הם, ומימוש של המשכון הוא על-ידי מכירת הנכס הממושכן⁸. במקום לומר — כפי שהדבר בפסק הדין — "אני ממשכן לך את נכס א', אף כי אי אפשר למוכרו, אך להיפרע תוכל מההכנסות שיפיק נכס א'", מדויק יותר, ופשוט יותר, לומר — "אני ממשכן לך את פירות נכס א'". לשון אחרת, נשוא המשכון בפרשת ברר, אליבא דדעת הרוב, לא היתה השכירות לפי החוק, אף כי כך גאמר בפסק הדין, אלא ההכנסות המותנות, לעתיד לבוא, מזכות השכירות.

לא דקדקנות אנליטית גרידא היא המחייבת להבחין בין שתי הגירסאות האמורות. להבחנה שתוארה נודעת חשיבות רבה בסוגייה של מישכון נכס עתידי⁹. בפרשת ברר היתה השכירות לפי החוק קיימת בעין בעת המישכון, מה שאין כן ההכנסות המותנות, לעתיד לבוא, מזכות השכירות. תיאור מדויק של הנכס הממושכן היה מאלץ את בית המשפט לנקוט עמדה ברורה בשאלה אם ניתן למשכן נכס עתידי. העובדה שלא נמצא בפסק הדין של הרוב כל דיון בשאלה מרכזית זו נובעת במידה מכרעת מכך שהנכס הממושכן תואר שלא כהלכה. במה שנוגע למישכון עצם זכותו של דייר לפי החוק — בהבדל מהכנסות שזכות זו עשויה להגיב — עמדת המשפט הישראלי לכשמדויקים בה

- 5 ע.א. 200/69, כ"ג פד"י (1), 763, 768 מול הזאת ג', דברי השופט זוסמן, אליו הצטרף השופט ברנזון.
- 6 שם, עמ' 769, השופט הלוי.
- 7 רק לגבי בית עסק נקבע בחוק דמי מפתח, תשי"ח—1958, סעיף 60, כי יראו את זכותו של "דייר יוצא" לדמי מפתח כאילו היתה זכות זו נכס בנכסיו של הדייר, פושט הרגל. וראה: ע.א. 60/64 הנאמן על נכסי עיזבון שפבלס נ. שפבלס, י"ח פד"י (4), 783.
- 8 חוק המשכון, תשכ"ו—1967, סעיפים 1, 18, 19. ראה גם סעיף 8, המדבר על כך שגם פירות המשכון ממושכנים, כשהתוצאה מכך היא שניתן לממש הן את המשכון והן את פירותיו.
- 9 שאלה בה עסקנו לעיל.

היא, איפוא, כי אין היא ניתנת למישכון¹⁰. נשאלת השאלה אם גישה זו סבירה. כלום רצוי בעינינו המצב בו יכולים דיירים-לפי-החוק להמיר את זכותם בכסף, על-ידי קבלת דמי מפתח, אך מונעים מהם את האפשרות למשכן את זכותם בטענה שזכותם היא אישית? הנימוק לעמדה זו היה, מסתמא, הרצון להגן על הדיירים כנגד עצמם. לו היינו מאפשרים לדיירים לפי החוק למשכן את זכותם, כי אז היו מתרבים המקרים בהם היו דיירי דירות ובתי עסק מאבדים את קורת הגג שמעל ראשם, או את מקור פרנסתם, כתוצאה ממימוש המשכונות כנגדם. אמנם החוק מתיר לדיירים להמיר מרצון את זכותם בכסף, על-ידי יציאה מהנכס וקבלת דמי מפתח, אך אינה דומה הסכמתו של דייר לפנות את הנכס כדי לקבל דמי מפתח ל"הסכמתו" של דייר לפנות את הנכס בעקבות הליכים למימוש משכון שהוטל על הנכס. דייר עשוי ליטול על עצמו את הסיכון שבמישכון זכותו, שלא מתוך זהירות מספקת, כי בדרך כלל לא ינח שסופו שלא יפרע את חובו, וסיכוי צריך לממש את המשכון כנגדו. בפני אי זהירות מעין זו ביקש המחוקק להגן כאשר שלל את יכולתו של דייר לפי החוק למשכן את זכותו.

על גישתו זו של המחוקק מבקשים אנו להעיר את ההערות הבאות:

I. כאשר תנאי שוק הדירות ובתי העסק הם כאלה שדייר המאבד את זכותו במושכר יכול למצוא לעצמו מקום חדש רק על-ידי קניה או שכירות בדמי מפתח, כי אז אכן נודע משקל כבד יותר למצוקתו האפשרית של דייר אשר ימשכן את זכותו. אם, לעומת זאת, תנאי השוק הם כאלה שדייר לפי החוק איבד את זכותו יוכל למצוא מקום חדש בשכירות הוותיקה רגילה, שאינה כרוכה בתשלום דמי מפתח, כי אז קטן הצורך להגן על דייר כזה בפני עצמו, ולמנוע ממנו את היכולת למשכן את זכותו.

II. כאשר אדם נתון במצוקה והוא צריך למזומנים, ובידו רכוש שאין הוא יכול להשיג באמצעותו אשראי, על-ידי מישכון, כי אז עשויה התוצאה להיות שהוא יאלץ למכור את הרכושו. המחוקק רצה להגן על זכות הדיירות, על-ידי שלילת היכולת למשכנה, אך האמצעי בו נקט עלול בדרך אירונית להשיג, במקרים מסויימים, תוצאה הפוכה.

III. העמדה שביסוד גישתו של המחוקק, אשר שלל את יכולתו של דייר לפי החוק למשכן את זכותו, היתה – כך יד להניח – כי יש לשריין לאדם את מקום מגוריו ואת בית העסק שלו, בהיות אלה מספקים את צרכיו החיוניים. ברם, עמדה זו של המחוקק לא באה לידי ביטוי דומה בנסיבות אחרות, פרט לדיירות לפי החוק, אף שגם בהן מתבקשת תהולתה של אותה עמדה. כך, למשל, אין החוק שולל את תקפו של משכון

10 ע.א. 60/64 הנאמן על נכסי עובדון שפסלם ג. שפסלם, י"ח פד"י (4), 783; והערותינו לפסה"ד ברר, לעיל. מישכון דיירות לפי החוק טומן בחובו התחייבות מכללא מאת הדייר לפנות את הנכס מרצון, באם לא יפרע את חובו, וליהפך בכך ל"דייר יוצא" הנכאי לדמי מפתח. דאין התחייבות כזאת בגדר התנאה על חוק הגנת הדייר, ובחור שכזאת בטלה? בפרשת ברר השאיר בית המשפט ב"צריך עיון" את השאלה אם אין מקום להבחין בין התנאה על חוק הגנת הדייר בהסכם שבין בעל הבית והדייר, שאז היא נעדרת תוקף, לבין התנאה על חוק הגנת הדייר בהסכם שבין הדייר לנושה שלו, שאז אולי יש לה תוקף. שאלה זו התעוררה, על-כילופנים, רק לגבי דיירות בבית עסק, כי רק לגבי דיירות כזאת גילה המחוקק את דעתו שנכותו של דייר יוצא לדמי מפתח נחשבת כנכס העומד לחלוקה בין נושי הדייר (חוק דמי מפתח, תשי"ח-1958, סעיף 60).

על דירת מגורים שבבעלות החייב, או על בית העסק השייך לו¹¹. כלום הצורך של בעל דירה במקום מגורים חיוני פחות מהצורך של דייר אשר שילם דמי מפתח עבור דירתו?

תהא עמדתנו בדבר הדין הרצוי אשר תהא, כל עוד נוהג הכלל השולל מדייר לפי החוק את היכולת למשכן את זכותו, נודעת לכלל זה השפעה על השיקולים אם לרכוש (או לחכור לתקופה ארוכה) דירת מגורים או בית עסק, או שמא עדיף לשכור נכסים אלה בדמי מפתח. ברכישת הבעלות (או חכירה לתקופה ארוכה) מושקע הון בנכס שניתן לנצלו לשם השגת אשראי, בעוד שבשכירות בדמי מפתח מושקע הון בנכס שאינו ניתן לגיצול לצורך השגת אשראי.

באומרו לעיל כי תנאי לכך שנכס יהא ראוי לשמש כמשכון הוא שהנכס יהא ניתן להעברה, התכוונו להעברה בהסכם. נכס שרק העברתו מכוח הדין מוגבלת, אינו בהכרח בלתי ראוי לשמש כמשכון. כך, למשל, חוק ההוצאה לפועל, תשכ"ז—1967, סעיף 22, קובע סוגים מסויימים של נכסים אותם אין לעקל (כגון: מכונות הדרושות לאדם למשלח ידו, עד לשווי מסויים; דברים המשמשים כתשמישי קדושה, ועוד. ראה גם סעיף 50). לא נובע, לדעתנו, מההגבלה הזאת על העברות מכוח הדין שאין גם אפשרות למשכן אותם נכסים. יש מקום להבחנה בין נושיו הרגילים של החייב, שלא הסתמכו על יכולתם להיפרע דווקא מאותם נכסים שהחוק מונע את האפשרות לעקלם, לבין נושה מובטח, אשר סמך במפורש על יכולתו להיפרע מהנכס המסויים ששועבד לו. בהעדר הוראה מפורשת בחוק, אין, על כן, להסיק כי נכס שאין לעקלו — אך אפשר להעבירו בהסכם — אין גם למשכנו¹².

— מכוח הגבלה על מימוש המשכון. הגבלה על שיעבוד נכסים מסויימים עשויה לעתים לנבוע בעקיפין, כתוצאה מכך שהחוק מגביל את האפשרויות למימוש שיעבוד המוטל באותם נכסים. דוגמא להגבלה עקיפה שכזאת ניתן למצוא בחוק ההוצאה לפועל, תשכ"ז—1967, סעיף 38, הקובע כי ראש ההוצאה לפועל מוסמך למנוע מימוש שיעבוד הרובץ על בית מגוריו של החייב, כל עוד לא הובטח שלחייב ולבני משפחתו הגרים עמו יהיה מקום מגורים סביר. בדומה לכך קובע סעיף 39 לאותו חוק כי לראש ההוצאה לפועל סמכות למנוע מימוש שיעבוד הרובץ על אדמה חקלאית המשמשת כמקור פרנסה לחייב, במידה שאותה אדמה דרושה למחייתו של החייב ובני משפחתו הגרים עמו. וכן, חוק הגנת הדייר, תשט"ו—1955, סעיף 30, קובע כי בעל או חוכר

11 ראה: חוק ההוצאה לפועל, תשכ"ז—1967, סה"ח 507, תשכ"ז, עמ' 116, סעיפים 38, 39 (החוק אינו מוגבל בהוראותיו אלה ל"חכירה לדורות" דווקא. ראה סעיף 33); חוק הגנת הדייר, תשט"ו—1955, סה"ח 520, תשט"ו, עמ' 152, סעיף 30, והתקון לסעיף זה בחוק הגנת הדייר (הוראות שונות), תשכ"ח—1968, סה"ח 539, תשכ"ח, עמ' 910. והשווה: פקודת פשיטת רגל, 1936, סעיף 37.

12 כאשר רצה המחוקק להגביל הן את אפשרויות ההעברה שמכוח הדין, והן את אפשרויות השיעבוד (על-ידי הגבלת המימוש של השיעבוד) עשה זאת במפורש. ראה חוק ההוצאה לפועל, תשכ"ז—1967, סעיפים 38(1), 39(ב). ראה גם: American Law of Property, 1952, Vol. 1, p. 842. דוגמא אחרת של נכסים שעבירותם מכוח הדין הוגבלה, בלא שדבר זה יפגע ביכולת למשכנם, ניתן למצוא בפקודת פשיטת רגל, 1936, סעיף 37(2)(3), המורה אילו נכסים מנכסי פושט הרגל לא יימכרו לכיסוי חובותיו של פושט הרגל.

לדורות של נכס, שמישכן את זכותו, ובעת שבאים לממש את המשכנתה מחזיק החייב בנכס, יהפוך החייב, מכוח החוק, לדיירו של מי שירכוש את הנכס בעקבות מימוש השיעבוד. לשון אחרת, הנכס ימומש כנכס תפוש ולא כנכס פגוי.¹³

בכל המקרים הנזכרים מאפשר החוק להתגבר על ההגבלה במימוש השיעבוד על ידי התנאה בשטר המשכנתה כי החייב לא יהיה מוגן. התוצאה מאפשרות זו היא הפיכת ההגנה על בית המגורים של החייב, או על משקו החקלאי, למלכודת גרידא עבור מלווים תמימים.¹⁴ מלווים מקצועיים, כמו הבנקים למיניהם, מכלילים בשטרי המשכנתה סעיף שגרתי השולל מהחייב את ההגנה שבחוק התוצאה לפועל ובחוק הגנת הדייר.¹⁵ החייב יהנה, איפוא, מהגנת חוקים אלה רק כאשר הנושה שלו הוא מלווה תמים, אשר הנית בתום לב כי יוכל לממש את זכותו כהנכס אותו שיעבד לו החייב, בלא לדעת שכדי להשיג תוצאה זו היה עליו לאמץ לעצמו פורמולות משפטיות מיוחדות אותן קבע המחוקק. מדיניות מוקשית זו של המחוקק, המתנה את ההגנה על חייבים בטכסיסי ניסוח, נובעת כנראה מהרצון לגשר בין השאיפה להגן על הצד החלש שבסיסקת שיעבוד כזו — החייב, הנאלץ למשכן את ביתו, לבין ההתחשבות במשאלותיהם של מוסדות ה־אשראי — מקבלי הבטחות. ברם, התוצאה הסופית אינה מגיחה את הדעת. אם סבור המחוקק כי יש לאפשר לחייב לשעבד את בית מגוריו, או את משקו החקלאי, (ונראה הדבר שאכן כך סבור היה המחוקק), כי אז יש כמדומה להסתפק בעובדה שהחייב גילה רצונו לשעבד נכסים אלה, ולא לדרוש בנוסף על כך שימוש בפורמולות טכניות, שעיקר תוצאתן הכשלת כוונתם האמיתית של המתקשרים.

- 13 על תחולתו של סעיף 30 לחוק הגנת הדייר, תשט"ו—1955, לטובת בעל משותף, ראה: ע.א. 64/65 עובדן משיח נ. משיח, כ' פד"י (1), 126.
- 14 השווה עם האמור לגבי התראה נוטריונית בדברי ההסבר להצעת חוק דיני חכים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשכ"ט—1969, ה"ח, תשכ"ט, 396, 399.
- 15 שמא ניתן להקוף את תקפה של תניה שכזאת בהסתמך על חוק החוזים האחרים, תשכ"ד—1964? ראה סעיפים 1, 14, 15 לחוק, וכן: המר' 545/67 אורגן ג. מינהל מקרקעי ישראל, ס"ז פס"מ, 284.