

"חכירה לדורות" למטרת מגורים באספקלריה של עיסקת משכנתה

מאת

פרופ' יהושע ויסמן

1. מבוא. 2. שווי החכירה לצרכי מישכון. 3. האפשרות למשכן חכירה; I. המצב להלכה, II. המצב למעשה. 4. השפעת המשכנתה על החכירה; I. נושאים שהוסדרו בדיון, II. נושאים שלא הוסדרו בדיון. 5. מימוש משכנתה על חכירה. 6. סיכום.

1. מבוא

שלא כמקובל במרבית ארצות תבל, בישראל, כאשר מדובר על משכנתה של מקרקעין, הכוונה, ברוב המקרים, אינה למשכנתה על זכות הבעלות במקרקעין אלא למישכון "חכירה לדורות"¹, או, למישכון זכות חוזית לקבלת חכירה לדורות. התופעה של מישכון "חכירה לדורות" נובעת מן העובדה שרוב שטח המדינה נתון בבעלות המדינה, וכאשר המדינה מעבירה מקרקעין לשימושם של התושבים היא עושה זאת, בדרך כלל, על-ידי הענקת חכירה לדורות, ולא על-ידי העברת הבעלות על המקרקעין². הזכות ש"רוכשי" מקרקעין יכולים על כן למשכן היא הזכות הנרכשת על-ידם, הווי אומר – "חכירה לדורות". התופעה של מישכון זכות חוזית לקבלת חכירה לדורות נובעת מכך שלגבי חלקים מסויימים משטח המדינה לא היכנו עדיין פנקסי המקרקעין המיועדים לרישום זכויות³, כנדרש על-פי חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969. בלא רישום בפנקסי המקרקעין אין ל"רוכשי" המקרקעין אלא זכות חוזית כלפי בעל המקרקעין, לקבלת הזכות נשוא העיסקה (שתהיה, ברוב המקרים, חכירה לדורות, בגלל הסיבה הנזכרת לעיל), לכשיתאפשר הרישום בפנקסי המקרקעין⁴. רוכשי מקרקעין שכאלה יכולים, איפוא, למשכן רק את זכותם החוזית, כי זה כל מה שיש להם במקרקעין שנרכשו על ידם.

* מר חזן שלח, טרח וסייע בידי בהשגת עותקים של החוזים שבהם משחמשים מינהל מקרקעי ישראל, חברות הבניה העיקריות, ומוסדות האשראי המרכזיים, בכל הנוגע לעיסקאות של מכירת דירות ומישכון, ועל כך נתונה לו תודתי. כן יעמדו על הכרכה כל אלה הרבים שנענו לבקשתנו וסיפקו לנו את החוזים שבשימושם.

1 סעיף 3 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, מגדיר "חכירה לדורות" כשכירות לתקופה שלמעלה מעשרים וחמש שנה.

2 י' ויסמן, חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969: ממזגת ורייטינג, 1970, עמ' 27-23.

3 שם, עמ' 88-89.

4 סעיף 7 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969.

מבין שתי התופעות האלה, לראשונה אופי של קבע בעוד שהשניה היא ארעית. העיקרון המונע בעלות מאת "רוכשי" מקרקעין, והמאפשר להם לקבל חכירה לדורות בלבד, הוא עיקרון של קבע במשפט הישראלי. אין הדבר כן לענין הנסיבות המונעות רישום עסקאות בפנקסי המקרקעין. לנסיבות אלה תחולה באזורים מוגבלים מתוך שטח המדינה, והן צפויות להיעלם עם הזמן.⁵ התופעה של מישכון חוזה לקבלת חכירה לדורות, במקום מישכון החכירה לדורות עצמה, היא, איפוא, תופעה חולפת. את הדברים שלהלן ניחד על כן למצב הקבע ונניח לחולף (אף כי נסיונו בארץ, בתחום דיני הקנין, לימדנו מה גכונה האימרה — rien n'est définitif comme le provisoire). בדוננו במשכנתה על חכירה לדורות נתרכו בחכירה לדורות למטרת מגורים, שכן משכנתאות על חכירות כאלה רווחות במיוחד במציאות הישראלית.

אף שהחכירה לדורות נפוצה מאוד בארצנו לא זכתה עד כה הזכות הזאת לתשומת לב ראויה מאת המחוקק. גם הרוכשים הרבים של החכירה לדורות אינם מודעים במידה מספקת למגבלות הזכות הזאת, בהשוואה לבעלות.

המחוקק מתייחס לחכירה לדורות לתקופה של ארבעים ותשע שנים, ולשכירות לחודש ימים, כמעט באותה דרך, והוא מחיל על שתיהן אותה מערכת דינים⁶ (בחריגים בודדים, כגון לענין הצורך ברישום בפנקסי המקרקעין⁷). אמנם, המחוקק טבע את המונח "חכירה לדורות", בפרק ההגדרות שבחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, דבר המעיד, לכאורה, על כוונה לקבוע הוראות מיוחדות לזכות זו, אך לאחר מכן, בגוף החוק, כמעט ולא עשה שימוש במונח זה, ומעטות מאוד הן הוראות החוק המתייחסות בנפרד לחכירה לדורות⁸. ואולם, התבדל שבין חכירה לארבעים ותשע שנה לבין שכירות לחודש ימים אינו כמותי בלבד. בכל אחת משתי השכירויות האלה, הנבדלות כל כך זו מזו מבחינה כלכלית, כרוכים אינטרסים שונים, וההסדר המשפטי שלהן אינו יכול, על כן, להיות זהה. ואכן, בשיטות משפט אחרות, כגון במשפט הצרפתי, נמצא כללים מיוחדים לענין ה-usufruit, או ה-bail emphyteotique. בדומה לכך, גם בשוודיה מסדירה חקיקה מיוחדת את הנושא של חכירה לתקופה ארוכה⁹.

בישראל, לעומת זאת, באין הסדר נאות בחוק לחכירה לדורות ניסו למלא את החסר בעזרת התנאות חוזיות בהסכמי החכירה, ובמסמכים האחרים הקשורים בחכירה לדורות, כגון בהסכמי המשכנתאות שעל החכירה לדורות. ברם, הנסיון להשאיר את ההסדר של

5 פעולה שנקטו בה לאחרונה לזירוז התהליך הזה היא חקיקת חוק רישום שיכונים ציבוריים (הוראת שעה) (תיקון), תשל"ה-1975. חוק זה נועד לאפשר רישום בפנקסי המקרקעין של שיכונים ציבוריים שהתחילו בבנייתם עד 1.4.75, גם אם לא נעשה תכנון ופרצלציה, כנדרש על-פי חוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965.

6 בעיקר: חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, סעיפים 78-84; חוק השכירות והשאלה, תשל"א-1971.

7 ראה סעיף 79 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969. ראה גם סעיפים 52 (הגדרת "בעל דירה"), 106, סעיף 1 לתוספת (הגדרת "בעל דירה"). ראה כמו כן: סעיף 33 לחוק הגנת הדייר [נוסח משולב], תשל"ב-1972; סעיף 11 (הגדרת "מוסד שיכון") לחוק החיליים המשוחררים (הוראת שעה), תשל"ד-1973. והשווה עם הגדרת "מכירה" שבחוק המכר (דירות), תשל"ג-1973, וחוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), תשל"ה-1974.

8 שם.

9 Mazeaud, *Leçons de droit civil*, 2nd ed., II, pp. 1312, 1313; Westerlind P., *Studier Över Tomträttsinstitutet*, Stockholm, 1965, p. 59 et seq.

תופעת חיים כה מרכזית בארצנו כמו החכירה לדורות ליוזמתם של נסחי ההסכמים בלבד, בלא שהמחוקק יתערב בדבר, אי-אפשר היה לו שיעלה יפה. הפתרונות החוזיים הביאו לתקלות שמטבע הדברים רק חקיקה יכולה למונעם. כאלה היו, למשל, התקלות שנבעו מהשוני הרב בכוח המיקוח של הצדדים להסכמים. מצד אחד הופיעה המדינה-המחכיר, שהיא הספק העיקרי של המצרף שאי-אפשר בלעדיו – המקרקעין, ומצד שני הופיע הצרכן הבודד, הבלתי מאורגן – "רוכש" הדירה למגורים. נקל לשער שלא בכל ההוראות שבחוזי החכירה, שנציגי המחכיר הכתיבו אותם, נתגלה האיוון הראוי בין האינטרסים הלגיטימיים של המחכיר לאלה של החוכר¹⁰. קשיים אחרים נגרמו במנותק מעמדות המיקוח של הצדדים. כך, למשל, שאלת ההשפעה של תנאי החכירה על מעמדו של אדם שלישי, כגון אדם שקיבל משכנתה על זכותו של החוכר, אינה ניתנת לפתרון מניח את הדעת כאשר משתמשים אך ורק בכלים השאובים מדיני החוזים. דוגמאות לקוצר היר של נסחי ההסכמים בעיסקאות של חכירה לדורות, בבואם להשלים את מלאכת המחוקק, יובאו בהמשך הדברים.

לבד מהמחוקק, אשר לא הקדיש תשומת לב ראויה לחכירה לדורות, גם צרכניו של מוסד משפטי זה – ציבור "רוכשי" הדירות, לא היו מודעים במידה מספקת למגבלותיו העיקריות של המוסד הזה. עדים אנו בענין זה ללקוי חמור בהיבט חשוב של נושא הגנת הצרכן. רוכש הדירה הטיפוסי בישראל אינו ער לכך שזכותו לדירה עתידה לפקוע כעבור מספר שנים, ואם מודע הוא לכך שזכותו לדירה היא חכירה ולא בעלות, רואה הוא בחכירה, בהקשר זה, ביטוי משפטי עדטילאי לעיקרון מופשט של "בעלות הלאום של הקרקע", כשהנחתו היא שלמעשה לעולם לא ינשלוחו מהנכס אותו רכש. המתוחכמים שמבין רוכשי הדירות יאמרו, כי אף אם מבחינה משפטית צפויה בתאריך מסויים בעתיד פקיעה של זכותם על דירתם, הרי מבחינה פוליטית, בהיות התופעה של חכירה לדורות כה נפוצה בישראל, לא יעלה על הדעת כי אכן תעמוד המדינה על זכותה, ותפנה את כל "בעלי" הדירות מדירותיהם, עם תום החכירה.

אי ידיעת העובדה שזכותו בביתו היא חכירה לדורות בלבד, שיש לה קץ, או התעלמות מהידיעה על כך, תוך השלכת יהבו על להצים פוליטיים שידחקו את הקץ, הם המאפיינים את רוכש הדירה הטיפוסי בישראל. ואולם, כאשר בסופו של דבר תיכפה עצמה המציאות על רוכשי הדירות, ויומחש ההבדל שבין בעלות לבין חכירה לדורות, יש לחשוש לתגובות קשות.

להערכתנו, לא עשתה המדינה את שהיה מוטל עליה לעשות כדי למנוע תקלה זו מן הרבים. לא זו בלבד שאין היא ביוזמתה מבליטה בצורה מספקת כלפי חוכריה, את ההבדל שבין רכישת בעלות לבין חכירה לדורות, כדי שהחוכרים יהיו מודעים למגבלות הזכות הנרכשת על ידם, אלא, גם חוכר "חטטן" שמיוזמתו יטרח ויבדוק את "האותיות הקטנות" שבחוזי החכירה, לא ישכיל הרבה. הדרך שבה נוסחו כמה מן הסעיפים שבחוזי החכירה מונעת את האפשרות להבין בבירור מהו טיבה וערכה של הזכות הנרכשת. כך, למשל, ה"רוכש" דירה מקבל, בדרך כלל, חכירה ל-49 שנה, עם אופציה להארכת החכירה ל-49 שנים נוספות. באילו תנאים ניתן יהיה להפעיל את

10 דוגמאות לכך נזכרות אצל ויסמן, ה"ש 2 לעיל, בעמ' 28, 29. דוגמאות נוספות יובאו בהמשך הדברים.

"חכירה לדורות" למטרת מגורים באספקלריה של עיסקת משכנתה

האופציה, מה יהיה התשלום שיידרש אגב כך, מה יהא שיעור דמי החכירה לאחר הפעלת האופציה – על כל אלה אין דבר בחוזה החכירה. כל מה שיש לחוזה החכירה לומר בענין זה הוא, שהתנאים להפעלת האופציה יהיו אלה, שייקבעו בכוא העת על-ידי המחיר!¹¹.

והי דוגמא קיצונית לניצול חולשתם של צרכנים על-ידי ספק שיש לו עמדה כמעט מונופוליסטית. דוגמא זו אינה מתייחסת לנושא שהשיבותו משנית, שהרי השאלה אם זכותו של "בעל" דירה על דירתו תהיה ל-49 שנה או שמה אפשר יהיה, וכדאי יהיה, להאריכה לתקופה נוספת של 49 שנה, היא מן השאלות המרכזיות עבור החוכר. לקווי ההסדר המשפטי שבישראל בנושא החכירה לדורות יתגלו במלואם לכשיבדקו התיבטים השונים של זכות החכירה. ואולם, אף אם נבחן את החכירה לדורות מהיבט אחד בלבד, מזווית הראייה של מישכון זכות החכירה, יתגלו, כפי שניזכר, רבות מן הבעיות הכלליות שבנושא זה. סגולתה של עיסקת המישכון שהיא פועלת כפריסמה, המפרקת את זכות החכירה לתכונות העיקריות המרכיבות אותה. בדיקת מישכון זכות החכירה תסייע לנו, על כן, לעמוד על תכונותיה הכלליות של החכירה לדורות, ולמטרה זו נועדו הדברים שלהלן.

2. שווי החכירה לצרכי מישכון

במערכת השיקולים שבנקאים מביאים בחשבון בבואם להחליט אם להיעתר לבקשה למתן הלוואה, ממלא תפקיד גם שוויו של הנכס המוצע כבטוחה להלוואה (אף כי אין להפריז בחשיבותו של גורם זה; בנקים מייחסים חשיבות ראשונה במעלה לתכונותיו האישיות של הלווה ולא דווקא לשווי הבטוחות שבידו להציע¹²). במשכנתה על זכות הבעלות במקרקעין נמדד שווי המשכנתה על-פי המחיר שצופים לקבלו לכשיימכרו המקרקעין הממשכנים בהליכים למימוש המשכנתה. בדומה לכך, גם במשכנתה על חכירה לדורות נקבע שווי המשכנתה על-פי המחיר שמניחים כי יושג בשלב המימוש,

11 וכך נאמר בחוזה החכירה שבו משתמש מינהל מקרקעי ישראל בעת כתיבת דברים אלה: "המחיר מחכיר בזה לחוכר והחוכר חוכר מאת המחכיר את הדירה לתקופה של 49 (ארבעים ותשע) שנה החל ...".
... זכאי החוכר להארכת תקופת החכירה לתקופה של ארבעים ותשע (49) שנים נוספות ...

תנאי החכירה בתקופה הנוספת יהיו תנאי חוזה זה בכפיפות לתנאים שיהיו מקובלים אצל המחכיר במועד תום תקופת החכירה לגבי דירות מסוג הדירה והחוכר יהיה חייב לתתם על חוזה חכירה חדש בהתאם לאותם תנאים לא יאוחר מתום תקופת החכירה ... בכל מקום בו נאמר כי ינהגו התנאים שיהיו מקובלים אצל המחכיר קביעתו של מנהל מינהל מקרקעי ישראל מה הם תנאים אלה, תהיה סופית ובלתי ניתנת לערעור."

הנוסח שהיה מקובל בחוזים שבשימוש המינהל עד לפני שנים אחדות היה:
"המינהל מחכיר לחוכר את הנכסים לתקופה של 49 (ארבעים ותשע) שנה החל ... בתום תקופת החכירה זכאי יהיה החוכר לבקש מהמינהל להתקשר איתו בחוזה חכירה חדש שיהיה נהוג אז לגבי חכירת אדמה עירונית מהמינהל ...".

12 Thomas S. E. and Megrah M., *Banker and Customer*, 5th ed., 1947, London, p. 366. בישראל נוטים מוסדות האשראי ליחס משקל רב לערכים אישיים שהלווה נדרש לספק, אך אין אלה באים במקום המשכנתה אלא בנוסף עליה. ראה על כך: י' ויסמן,

דהיינו, בשלב מכירת החכירה לדורות. ואולם, בהבדל ממשכנתה על זכות הבעלות, במשכנתה על זכות החכירה יש להתחשב בגורם מיוחד כאשר אומדים את שווי הנכס הממושכן. במשכנתה על חכירה הולך ופוחת ערכו של הנכס הממושכן עם כל יום שחולף; ככל שתקופת החכירה הולכת ומתקצרת כן הולך ופוחת שווייה (וזאת בנוסף על ההשפעה של הגורמים הפרעלים הן במשכנתה על בעלות והן במשכנתה על חכירה, כגון ירידת ערך המטבע עם הזמן, או תבליא הנגרם לנכס הממושכן).

לצורך הערכת שווי הנכס הממושכן, במשכנתה על חכירה, חייב הנושה להניח כי המשכנתה תמומש במועד המאוחר ביותר האפשרי, ולפי זה להעריך את החכירה שתעמוד למימוש. תנאי המשכנתה עשויים להורות כי ניתן יהיה לממש את המשכנתה בקרות אירוע מן האירועים המנויים בשטר המשכנתה (כגון, הטלת עיקול על נכס כלשהו מנכסי הממשכן, מנוי מקבל נכסים לנכסי הממשכן, וכד'). אירוע כזה אפשר שיתרחש זמן רב לפני מועד הפרעון הסופי שנקבע בשטר המשכנתה, כשהתוצאה מכך היא שבעת המימוש תיוותר בידי החוכר תקופת חכירה שתהא ארוכה יותר מתקופת החכירה שהיתה נשאת בידו אילו ביקשו לממש את המשכנתה במועד הפרעון הסופי שנקבע בשטר המשכנתה. ואולם, הנושה חייב להביא בחשבון את האפשרות שהמימוש ייעשה במועד המאוחר ביותר האפשרי, ועל כן מצווה הוא לאמוד את שווי החכירה על-פי התקופה הקצרה ביותר שתיוותר בידי החוכר בעת המימוש (על השיקולים המתבקשים כאשר חוב המשכנתה נפרע לשיעורין נעמד להלן).

האם דורש החוק שהחכירה תהא לתקופה מינימלית כלשהי כתנאי לכך שניתן יהיה למשכנה? יש מדינות שבהן מטיל הדין הגבלות מעין אלה. כך, למשל, במדינת ניו-יורק נדרשת תקופה של לפחות 25 שנה כתנאי לאפשרות מישכון החכירה. במדינות אחרות שבארה"ב מעמידים את התקופה הנדרשת על 50 שנות חכירה¹³. אצלנו אין החוק מטיל בענין זה הגבלה שתחולתה כללית. רק מלווה שהוא בגדר "בנק אשראי", על-פי פקודת הבנקים לאשראי, 1929, כפוף להגבלה לפיה "יותר למשכן לבנק אשראי זכות חכירה

חוק הממשכן, תשמ"ז-1967, פירש לחוקי החוזים (בעריכת ג' טדסקי), עמ' 7-8. בין הנימוקים לנסייה הזאת של מוסדות האשראי מן הראוי להזכיר גם את פקודת המסים (גביה), המעניקה עדיפות על פני משכנתאות במקרקעין לחובות מסויימים בגין מסים. הסתמכות בלעדית של נושה על משכנתה במקרקעין עלולה על כן להיות מסוכנת, והערכים שהלווה נדרש לספקם עשויים להעניק הגנה בפני סכנה זו. על פקודת המסים (גביה) ראה: א' פרוקצ'יה, "דיני בטוחות לפי פקודת המסים (גביה)", *משפטים*, ו (1975), עמ' 195. קביעת היחס שבין גובה ההלוואה לשווי הנכס הממושכן לא תישאר להכרעה החפשית של הבנקים כאשר מדובר ב"אשראי מכוון". זהו אשראי שגופים ציבוריים מעמידים לרשות הבנקים בדרכים שונות. הגופים הציבוריים, המאפשרים את האשראי, מבתיבים את הייעוד של הכספים, ומתערבים גם בתנאי ההלוואה. התערבות זאת עשויה להתבטא גם בקביעת גובה ההלוואה ביחס לשווי הדירה הנרכשת בעזרת ההלוואה. ואולם, השיקולים של הגופים הציבוריים בקביעת היחס בין גובה ההלוואה לשווי הדירה לא יהיו מודרכים על-פי השאלה מה הם הבטחונות הראויים, אלא על-פי השאלה איזה רוכש דירה ראוי מבחינה חברתית לעזרה רבה יותר. על האשראי המכוון ראה גם: ויסמן, *שם*, עמ' 8.

13 "Long Term Leasing in Urban Renewal: An Alternative Method of Municipal Land Disposition", 68 (1959), *Yale L. J.* 1424, 1449-50; Anderson S. B., "The Mortgagee Looks at the Ground Lease", 10 (1957), *U. Fla. L. Rev.* 1, 5 n. 7

"חכירה לדורות" למטרת מגורים באספקלריה של עיסקת משכנתה

בנכסי מקרקעין לתקופה שהיא יתרה על חמש שנים¹⁴. לפי פשוטו של הסעיף תנאי הוא שבעת יצירת המשכנתה תהא החכירה לתקופה של לפחות חמש שנים. ואולם, לפי פירוש זה לא יהא כל ממש בהוראה הזאת שבחוק. טול, למשל, את המקרה שבו מבקשים למשכן חכירה שהיא לתקופה של חמש שנים, להבטחת חוב שזמן פרעונו הסופי הוא לאחר חמש שנים. היעלה על הדעת, שפקודת הבנקים לאשראי התכוונה בהוראה הנזכרת להתיר מישכון חכירה שכזאת, אף כי מימושה עשוי להידרש בעת שהחכירה כבר נסתיימה, וכשאין יותר מה לממש? על כרחך אתה אומר, שזמן הראוי לפרש את התקופה המינימלית שנקבעה בפקודה כמתייחסת לתקופת החכירה בעת מימוש המשכנתה (ובהתאם לאמור לעיל צריכה תקופה זו להימנות מזמן הפרעון המאוחר ביותר שנקבע בשטר המשכנתה, ושבינו ניתן יהיה לדרוש את מימוש המשכנתה)¹⁵.

יש מקום לספקות בדבר ההצדקה שבהתערבות המחוקק בקביעת תקופה מינימלית לחכירה כתנאי למישכונה. אם המניע להתערבות המחוקק הוא הרצון להבטיח שווי מינימלי של הנכס הממושכן לעת המימוש, כי אז המודד של תקופת החכירה, כשהוא מנותק משאלת שווי הנכס המוחזק, הוא פשטני ובלתי יעיל. ברם, אפילו גקבל שהתערבות בדרך זו יש בה כדי להועיל, דומה שהתקופה שנקבעה בפקודה, של חמש שנים, היא קצרה יתר על המידה. במדינות אחרות שגם בהן בחרו לקבוע מינימום לתקופת החכירה כתנאי למישכון, נקבעה תקופה שהיא ארוכה בהרבה (עשרים וחמש שנה, או חמישים שנה)¹⁶.

דרישה למינימום של תקופת חכירה, כתנאי למישכונה, עשויה לבוע בעקיפין מהוראה שתחייב יחס מסוים בין שווי הנכס הממושכן לגובה ההלוואה המובטחת על ידו. כזו עשויה, למשל, להיות ההשפעה של סעיף 3 לפקודת הבנקים לאשראי, המסמך את שר האוצר לקבוע כי הלוואה לא תעלה על שבעים וחמשה אחוז משווי הערובה, כשהלוואה ניתנת בקשר לבתים. גם לענין הוראה זו עשויה שתתעורר השאלה כיצד יש לאמוד את שווי הערובה, כאשר מדובר במשכנתה על חכירה. האם קובע שווי החכירה בעת יצירת המשכנתה, או שמא יש להתחשב בשווי החכירה כפי שהיא תהיה לכשיבואו לממש את המשכנתה, במועד הפרעון המאוחר ביותר שנקבע בשטר המשכנתה (וכאשר מתחשבים אז רק בתקופת החכירה שתיוותר במועד זה)? מן הטעם שהצבענו עליו לעיל, לענין הפירוש המתבקש לסעיף 7 לפקודה, נראית בעינינו יותר האפשרות השנייה.

אם נביא בחשבון את העובדה שהלוואות על משכנתאות נפרעות בדרך כלל לשיעורין¹⁷, מתבקש הסדר שיהיה מתוחכם יותר, ושעל פיו ייקבע היחס שבין שווי הנכס הממושכן לבין שווי ההלוואה לא באופן חד-פעמי (אם בעת יצירת המשכנתה, ואם במועד האחרון הבא בחשבון לצרכי מימוש), אלא למשך כל תקופת ההלוואה, כאשר מביאים בחשבון הן את קצב ההקטנה ההדרגתית של החוב, בעקבות הפרעון

14 סעיף 7 לפקודת הבנקים לאשראי.

Cf. Boshkoff D. G., "Financing Construction on Long Term Leasehold Estates", 15 (1955/6), *Buffalo L. R.* 257, 275, n. 66.

16 ראה ה"ש 13 לעיל.

17 לגבי "בנק אשראי" חייב הפרעון להיות לשיעורין. ראה: ס' 15(1) לפקודת הבנקים לאשראי.

לשיעורין, והן את ההפתחה המקבילה בשווי הערובה, בעקבות הצטמקות תקופת החכירה¹⁸.

לא ברור אם הניסוח הנוכחי של ההוראה שבפקודת הבנקים לאשראי, בדבר היחס הנדרש בין שווי הערובה לגודל ההלוואה, מאפשר להגיע לפתרון האחרון הזה. ההוראה הזאת שבפקודת הבנקים לאשראי היא דוגמא אופיינית לתופעה שעליה הצבענו במבוא, של אי-התחשבות מספקת מצד המחוקק בכדיאות חיינו, שבה הכירות לתקופות ארוכות נפוצות יותר מן הבעלות. בניסוח ההוראה הנדונה בפקודת הבנקים לאשראי בולט בעליל שהנסח ראה לנגד עיניו משכנתה על בעלות במקרקעין, אך לא משכנתה על חכירה, שערכה הולך ופוחת עם הזמן.

מכיוון שתקופת החכירה היא בין הגורמים המצפיעים על שוויה, ומאחר ששווי החכירה הוא שיקול המובא בחשבון לצרכי מייסכון החכירה, דרוש כי לא תהא אי-בהירות בשאלה מהי תקופת החכירה. ואולם, כפי שניזכר בסמוך, אין הדבר כן במציאות. בבואנו לבדוק את זכויותיו של רוכש דירה טיפוסי בישראל עלינו להביא בחשבון את הדרך שבה פועל ענף הבנייה הציבורית. בעל המקרקעין, שהוא מינהל מקרקעי ישראל, אינו עוסק בבנייה ובמכירה של דירות; המינהל רק מעמיד את הקרקע לרשות חברה לבנייה, ומתחייב להחכיר לאחר מכן את הקרקע לאלה שיערכו חוזים לרכישת דירות מאת החברה הבונה¹⁹. רוכש דירה עורך איפוא שני הסכמים: הסכם מוקדם עם חברת הבנייה, ממנה הוא "קונה את הדירה" (זהו התיאור הפופולרי של העסקה, שאינו מדויק, כמובן, מבחינה משפטית), ופרק זמן לאחר מכן עם מינהל מקרקעי ישראל, ממנו מקבל קונה הדירה חכירה לדורות על חלקו היחסי בקרקע שעליה בנויה הדירה. עלינו לבדוק, איפוא, את שני החוזים האלה, אם ברצוננו לעמוד על טיב זכותו של רוכש הדירה.

אם נבדוק, לדוגמא, את ההסכם שב"ימוש"רסקו", שהיא אחת מתכונות הבנייה המרכזיות בארץ, נמצא כי יש בו קביעה של מחיר הדירה, וכן קביעה מדויקת של מועדי תשלום המחיר, אך, לעומת זאת, תחת הכותרת "זכויות הקונה בנכס" נמצא הסעיף הבא:

"5. (א) רסקו מתחייבת לגרום לכך כי יירשם על שם הקונה בפקס בתים משו-תפים... חוזה חכירה או חכירת מדינה (להלן 'החכירה') לגבי הנכס.
(ב) תקופת ותנאי החכירה, וכן נוסח חוזה החכירה יהיו בהתאם לתקופה, לתנאים ולנוסח שיהיו מקובלים בעת תתימת חוזה החכירה אצל המינהל [דהיינו, מינהל מקרקעי ישראל]...".

בהסכם זה אין מעניקים, איפוא, לקונה דבר פרט לציפיה שמינהל מקרקעי ישראל לא יעשוק אותו. זהו מצב שאין הדעת סובלתו. אלמלא המונופולין הכמעט מוחלט שבידי מינהל מקרקעי ישראל על המקרקעין

18 האפשרות של האצת מועדי התשלום, למשל בעקבות הפרה עלידי הלווה, לא תשבש את ההסדר הזה, כי בכל שלב יובא בחשבון מלוא החוב שטרם נפרע.

19 אנו משתמשים כאן במונח "רכישה", שהוא המינוח הרווח לענין זה בחיי המעשה. יש לזכור, כמובן, שלא לרכישת זכות הבעלות הכוונה, אלא לרכישת חכירה לדורות.

"חכירה לדורות" למטרת מגורים באספקלריה של עיסקת משכנתה

שבמדינה אין להעלות על הדעת כי תנאי מעין זה היה מוצא את מקומו בהסכם לרכישת נכס כה חשוב כמו דירת מגורים. על תניות מסוג דומה כבר נזדמן לנו בעבר להעיר: "תניות מעין אלה שמצאנו, כאשר אין המחכיר מפעיל אותן בצורה בלתי סבירה, אינן מפריעות כמובן לחוכרים, אך האם נכונה השיטה המבססת את זכויותי הרכושיות של האדם על הציפיה בלבד שהמחכיר ינהג בצורה הוגנת?"²⁰. דברים אלה הולמים גם את ההוראה הנזכרת מתוך הסכם "רסקו".

ההוראה שבהסכם "רסקו" אינה מיוחדת לחברה זו. חברות הבנייה הגדולות האחרות, כגון "שיכון ופיתוח לישראל בע"מ", או "משהב" חברה לשיכון ופיתוח בע"מ, כוללות בהסכמיהן סעיפים דומים. מאלפת העובדה שהתנאי המקביל שבהסכם של "שיכון ופיתוח" (סעיף 25): "תנאי חוזה החכירה שיהתם בין בעל הקרקע לבין הרוכש בלשכת רישום הקרקעות יהיו בהתאם לתנאי חוזה החכירה הנהוג במינהל מקרקעי ישראל" זכה לאישור המועצה לענין חוק החוזים האחדים, תשכ"ד-1964. מפתיעה הגושפנקה הזאת שניתנה לתנייה חוזית לפיה, ברכישת נכס שהוא לגבי רוב בני האדם הנכס היקר ביותר הנרכש על ידם, מקבל הרוכש, בתמורה למחיר שהוא משלם, התחייבות להעניק לו חכירה שאין טורחים להבהיר לו מה יהיו תנאיה. יתירה מזו, אם התנאי שבהסכם "שיכון ופיתוח" יתפרש כמכוון לחוזה החכירה שיהיה נהוג במינהל בעתיד, בעת שהחכירה תוענק על-ידי המינהל, ותירשם בלשכת רישום המקרקעין, הרי שלא זו בלבד שאין טורחים לגלות לרוכש הדירה מה יהיו תנאי החכירה, כשתנאים אלה ניתנים לבירור, אלא שנוצר מצב שבו אין איש היכול לומר בבירור מהו טיב החכירה שעבורה משלם רוכש הדירה טבין ותקילין. מוזר הדבר שתנייה מעין זו אושרה בתהליך משפטי המחייב נוכחותו של היועץ המשפטי לממשלה או של נציגו, ושבנו ניתנת הזדמנות גם לגופים המייצגים את ציבור הצרכנים בישראל להציג את עמדתם.

ההסכם השני שרוכש דירה נדרש לחתום עליו הוא חוזה החכירה גופו, הנערך עם מינהל מקרקעי ישראל. בין ההסכם הראשון, עם חברת הבנייה, לבין ההסכם השני עשויה לחלוף תקופה ממושכת. בדברי המבוא שלנו כבר הצבענו על כך שלענין תקופת החכירה משאיר גם ההסכם השני הזה את החוכר באי-ודאות.²¹

הברירה הניתנת לחוכר בהסכם החכירה, להאריך את תקופת החכירה המקורית לתקופה נוספת של ארבעים ותשע שנה, כפופה לתנאים שאין החוכר יודע את טיבם, ושבקביעתם לא ניתן לו כל מעמד חוקי. עובדה זאת גורעת במידה רבה מן האפשרות להביא בחשבון את השווי של הברירה להארכת החכירה בקביעת שווייה של זכות החכירה.

לאחרונה חל שיפור מסוים במעמדם של חוכרי דירות כתוצאה מכך שמינהל מקרקעי ישראל גיבש כללים לענין הארכת חוזה החכירה. הכללים נקבעו בהחלטה של מועצת מקרקעי ישראל, מתאריך 3.2.75.²² בכללים אלה ניתנה תשובה לשאלה – שעד כה לא ידע איש להשיב עליה – אם כתנאי להארכת תקופת החכירה יידרש החוכר לשלם סכום הדומה לסכום שהיה עליו לשלמו כאשר קיבל את החכירה לתקופה הראשונה של ארבעים ותשע השנים. ההקדמה והסעיף הראשון להחלטות מועצת מקרקעי ישראל קובעים:

20 ויסמן, ה"ש 2 לעיל, בעמ' 29. ראה גם עמ' 27-28.

21 ראה ה"ש 11 לעיל.

22 מועצת מקרקעי ישראל מתמנה על-ידי הממשלה, ותפקידה לקבוע את המדיניות של מינהל

"חוזים בגין קרקע למגורים עירוניים אשר לגביהם תמה לראשונה תקופת חכירה של 49 שנה יוארכו לתקופת חכירה שניה של 49 שנה בלבד לפי הכללים דלקמן – החוכר לא ישלם דמי חכירה ראשוניים".

(דמי חכירה ראשוניים" הם החלק העיקרי בדמי החכירה שרוכש הדירה משלם מראש, עם רכישת זכותו. הסכום הוא, בדרך כלל, 80% משווי הקרקע המוכרת לרוכש הדירה.)

בעוד שכלל זה אכן סילק אי-בהירות בנושא מרכזי, מעידים כמה מן הכללים האחרים שגובשו באותה החלטת כי בגישה הבסיסית של המחכיר אל החוכרים לא חל שינוי. הגישה ממשיכה להיות פטרנליסטית, והמחכיר מתנהג כמי שאומר לחוכר: אל נא תטריד את מנוחתך בשאלות הנוגעות למקום מגוריך – השאר זאת בשבילי!

ביטוי לגישה זו מצוי, למשל, בכלל המתייחס לדמי החכירה השנתיים שעל החוכר לשלם בתקופת החכירה השניה של 49 השנים. הכלל אומר כי: "דמי-חכירה שנתיים... ייקבעו וישונו מפעם לפעם לפי הנוהלים במינהל בהתאם להחלטת המועצה"²³.

קביעה מעין זו שוב פוגעת קשה ביסוד הוודאות הנדרש בתחום של זכויות קנין. כיצד ניתן יהיה להעריך את שווייה של החכירה במקרה שהחוכר יבקש למכור את דירתו, או לשעבדה במשכנתא, אם אין איש יודע מהו הנטל הכספי הרובץ על החוכר? יתרה מזו, השיפור במעמד החוכרים יחל עקב קביעת כללים על-ידי מועצת מקרקעי ישראל לענין הארכת החכירה לתקופה נוספת של ארבעים ותשע שנה, הוא שיפור שערכו מוגבל. החלטת מועצת מקרקעי ישראל אינה חלק מחוזי החכירה, ועל כן אין המחכיר כבול על-ידה. כאשר יעלה הרצון מלפניה מוסמכת מועצת מקרקעי ישראל לשנות כללים אלה, ולחוכרים לא יהיה פתחון פה, שהרי נתקבלה בחוזי החכירה הסכמה מראש כי התנאים להארכת חוזי החכירה יהיו אלה שייחיו מקובלים על המינהל.

ערפול נוסף בהערכת שווי זכותו של החוכר מקורו בשאלה מה יהא על דירת המגורים של החוכר (או של יורשיו) בתום תקופת החכירה השניה – הידרש או לפנות את הנכס? אפשר היה אולי להניח כי השאלה לא תהיה מאוד מעשית מכיון שספק אם הבית ימשיך לעמוד על תילו, ולהיות מתאים למגורים, לאחר 98 שנות חכירה, ואולם, דבר זה אינו ברור כלל ועיקר. אדרבא, בחוזי החכירה נכללת הוראה העשויה לגרום לכך שבתום תקופת החכירה עוד יעמוד על תילו בית הראוי לשמש למגורים. חוזה החכירה שבשימוש מינהל מקרקעי ישראל בעת כתיבת דברים אלה קובע כי: "אם הדירה נהרסה או ניווקה באופן שאינה ראויה יותר לשימוש למטרתה לפי חוזה זה, חייב החוכר לבנותה או לתקנה באופן שתהיה מתאימה לשימוש לאותה מטרה, תוך שלוש שנים מיום שנהרסה או ניווקה כאמור"²⁴. סעיף זה עשוי לגרום להארכת מסך הקיום של הבית מעבר לתקופה של 98 שנה. ניתן, אמנם, לצמצם את תחולת הסעיף על-ידי פירוש הביטוי "הדירה נהרסה או ניווקה" באופן, שהוא לא יכלול גם את המקרה של נזק המצטבר כתוצאה מבלאי

מקרקעי ישראל. חוק מינהל מקרקעי ישראל, תש"ד-1960, סעיף 3. את הכללים שנקבעו על-ידי המועצה ניתן למצוא בדיון וחשיבות על פקודות מינהל מקרקעי ישראל לשנת 1974/5, עמ' 13 ואילך.

23 סעיף 2.6.

24 ההוראה מופיעה בסעיף 18 א' לחוזה.

"חכירה לדורות" למטרת מגורים באספקלריה של עיסקת משכנתה

הנגרם עקב שימוש ממושך בנכס, אך בין כך ובין כך סביר להניח כי דירת מגורים שאדם גר בה אינה נמוגה בפתאום, רק משום שיום אחד מצביע הלוח על כך שתמה תקופת החכירה. דרכו של אדם לטפח את מקום מגוריו, ולשומרו במצב המתאים למגורים. סביר, על כן, להניח שגם בתום תקופת החכירה השניה יימצא במקום נכס בעל ערך. ואכן, אפשרות זאת הובאה בחשבון על-ידי מינהל מקרקעי ישראל, ושוב בדרך הטיפוסית שכבר עמדנו עליה, כשהחוכר מועמד במצב שאין הוא יכול לדעת אילו הן זכויותיו. הסכם החכירה שבשימוש מינהל מקרקעי ישראל בעת כתיבת דברים אלה קובע: "בכל מקרה בו פג תוקפה של זכות החכירה מפאת תום התקופה הנוספת, הרי אם המחכיר יהיה מוכן להמשיך בהחכרת הדירה, תהיה לחוכר הזכות לקבל חכירה חדשה בדירה לתקופה, בתשלומים ובשאר תנאים שיהיו מקובלים באותה עת לגבי החכרות כאלה אצל המחכיר"²⁵.

מענין להשוות גישה זו עם הגישה הנקוטה, דרך משל, במשפט האנגלי, בנושא של חכירות לתקופה ארוכה למטרת מגורים. במשפט האנגלי מצא המחוקק לנכון לקבוע, שבתום תקופת החכירה (שהיא בדרך כלל לתקופה של 99 שנה, דהיינו תקופה הדומה לזו המקובלת בישראל, אם מביאים בחשבון את שתי תקופות החכירה) זכאי החוכר לתבוע חכירה נוספת, לתקופה של חמישים שנה, כשבחוק נקבעים, ובפירוט רב, התנאים של חכירה כזו. בין השאר מובהר שם, הבהר היטב, כי דמי החכירה ייגבו עבור הקרקע בלבד, ולא עבור המבנה (שהחוכר שילם עבורו עם קבלת תקופת החכירה הראשונה)²⁶. בכפופות לקשיים בהערכת שווי החכירה שעליהם הצבענו לעיל, ניצבת השאלה הבסיסית במה מתבטא שווי החכירה, מבחינתו של מקבל המשכנתה. מקורות שווי שונים באים בחשבון.

לגבי חכירה שהחוכר אינו משלם בה דמי חכירה לתקופה ארוכה מראש, באה בחשבון האפשרות שערך המקרקעין יעלה בתוך תקופת החכירה, דבר שיגרום לכך שמי שירכוש את זכותו של החוכר בהליכי מימוש המשכנתה ירכוש יתרון כלכלי, אשר יתבטא בהפרש שבין דמי החכירה שיהא עליו לשלם בהתאם להסכם החכירה, לבין דמי החכירה הגבוהים יותר, שרוכש החכירה היה צריך לשלם — בהתחשב בעליית ערך המקרקעין — אילו ביקש לקבל מאת הבעלים חכירה חדשה במועד מימוש המשכנתה. הפרש זה הוא שיקבע את המחיר שניתן יהיה להשיגו בעת מימוש המשכנתה על החכירה, והוא הקובע את שווי המשכנתה.

מלווים אינם נוטים לסמוך על מקור זה של שווי החכירה, בשוקלם אם לקבל משכנתה על חכירה²⁷.

מקור שווי אחר של משכנתה על חכירה בא לידי ביטוי במקרים שהחוכר שילם בהם, מראש, דמי חכירה לתקופה ארוכה. שווייה של חכירה שכזאת עבור מי שירכוש אותה בהליכי מימוש משכנתה הוא כמידת השקעתו של החוכר בדמי החכירה (בנוסף על המקור הראשון הנ"ל, המשקף את העלייה בדמי החכירה הראויים).

על שני מקורות השווי הנזכרים עשוי להתווסף עוד מקור אחד — שוויין של התוספות

25 סעיף 20 א' לחחה.

26 Leasehold Reform Act, 1967; Poole, E., *English Property Law*, 1973, pp. 225-27
McMichael S., and O'Keefe P., *Leases: Percentage, Short and Long Term*, 27
6th ed., 1974, N.J., U.S.A., p. 130

שהוסיף החוכר לנכס, ושל השיפורים שהוא עשה בו. מקור זה רווח למדי בארה"ב, במסגרת חכירה המכונה Ground Lease. בחכירה מסוג זה, שהיא על-פי רוב לתקופה של 99 שנה, מקבל החוכר חלקת אדמה כדי לבנות עליה, או כדי לשפר שיפור ניכר מבנה שכבר ניצב עליה. בקביעת דמי החכירה מביאים או בחשבון את שווי הקרקע בלבד.²⁸ שווי התוספות שהוסיף החוכר לקרקע (כאשר מביאים בחשבון את האפשרות לנצלן למשך תקופת החכירה) יובא בחשבון על-ידי מי שעשוי לרכוש את זכות החכירה בהליכים למימוש המשכנתה, ועל כן ייוסף שווי זה על מקורות השווי האחרים שהוכרנום לעיל, בבוא מקבל המשכנתה להעריך את שווי הנכס הממושכן.

גיוון מסויים של מקור השווי האחרון יימצא בהסדר – המקובל באנגליה, והמכונה building lease – לפיו הבונה על הקרקע אינו זה שמתכוון להחזיק ולהשתמש בנכס למשך תקופת החכירה (שהיא בדרך כלל ל-99 שנה). חברת בניה חוכרת את הקרקע מאת הבעלים, ולאחר שהיא בונה על הקרקע היא מעבירה את זכות החכירה למי ש"רוכש" ממנה את המבנה שבנתה. הרוכש משלם יוני סכומים, הסכום האחד משקף את שווי המבנה (כולל רווחיו של הבונה), והסכום האחר הוא דמי החכירה הנקבעים על-פי שווי הקרקע בלבד.²⁹

ההסדר המקובל בישראל מורכב קצת יותר, אף כי בעיקרו דומה הוא לדוגמא האחרונה. עד העת האחרונה מקובל היה שהחוכר ישלם במועד קבלת החכירה תשלום חד-פעמי גדול, אשר היה מורכב משני יסודות. האחד – תשלום עבור הבונה לכסוי הוצאותיו, והשני – "דמי חכירה ראשוניים" עבור מינהל מקרקעי ישראל, בסכום של 80% משווי הקרקע. בנוסף על התשלום החד-פעמי הזה נקבע בהסכמי החכירה כי על החוכר לשלם למינהל דמי חכירה מדי שנה בשנה ("דמי חכירה שנתיים") בשיעור של 5% מיתרת ערך הקרקע, כלומר חמישת האחוזים חושבו מתוך 20% של שווי הקרקע.³⁰

החל מ-1.4.74 אומץ הסדר שונה. על פיו ישלם החוכר לחברה הבונה עבור הוצאות הבנייה, כבעבר, אך בנוסף לכך ישלם החוכר מראש את דמי החכירה עבור הקרקע לכל תקופת החכירה הראשונה (דהיינו ל-49 שנה). לפי חישובי החיוון שנעשו במינהל מקרקעי ישראל הועמדו דמי החכירה שיש לשלם מראש על סך של 91% מערך הקרקע. לשון אחרת, מבחינתו של החוכר, החיסכון בשל העובדה שהוא מקבל חכירה בלבד ולא בעלות, הוא בשיעור 9% משווי הקרקע.³¹ השאלה אם הפרש כזה שבין מחיר הבעלות על דירה לבין מחיר חכירה לדורות הוא סביר חורגת מן הנושא שלפנינו, ולא נעסוק בה כאן.

בסיכום, על הקשיים הרגילים הכרוכים באומדן שווי זכות החכירה למטרת משכנתה מתווספים בישראל קשיים מיוחדים, כתוצאה מאי הבהירות האופפת כמה מתנאי החכירה, ובראש וראשונה התנאים לענין הפעלת האופציה להארכת תקופת החכירה. בין מרכיבי

28 Anderson, *supra* n. 13, p. 2, n. 1.

29 Poole, *supra* n. 26, pp. 220, 225.

30 דין וחשבון על פעולות מינהל מקרקעי ישראל לשנת 1972/3, עמ' 25.

31 דין וחשבון על פעולות מינהל מקרקעי ישראל לשנת 1974/5, עמ' 73. יש להביא בחשבון גם את העובדה שעל-ידי תשלום 91% משווי הקרקע (בנוסף על תשלום מחיר הדירה), מקבל החוכר אופציה להארכת תקופת החכירה לתקופה נוספת של 49 שנה, וכן זכות לקבלת שווי הדירה בתום תקופת החכירה השנייה. על זכות אחרונה זו נעמוד ביתר הרחבה להלן.

"חכירה לדורות" למטרת מגורים באספקלריה של עיסקת משכנתה

שווי החכירה יובאו בחשבון המחיר ששולם עבור הדירה, ודמי החכירה הראשוניים, ששולמו מראש (בשיעור 80%, או 91% משווי הקרקע). לעומת זאת, רוכש החכירה לא יוכל ליהנות מן ההפרש שבין דמי החכירה השנתיים שנקבעו בהסכם החכירה, לבין דמי החכירה הראויים בעת מימוש המשכנתה, וזאת מכיוון שבהסכמי החכירה נקבע הסדר של שיערוך הקרקע אחת לשבע שנים, והתאמת דמי החכירה השנתיים לעלייה בשווי הקרקע. לא יהיה איפוא הבדל ניכר בין דמי החכירה השנתיים שעל-פי הסכם החכירה, לבין דמי החכירה השנתיים הראויים בעת מימוש המשכנתה.³¹

3. האפשרות למשכן חכירה

(I) המצב להלכה

בהבדל מהמקרה של מישכון זכות הבעלות, שבו הנכס הממושכן אינו תלוי באדם אחר וזולת הממשכן, במקרה של מישכון חיוב, או חכירה, קשור בנכס הממושכן צד נוסף מלבד הממשכן (במקרה של מישכון חיוב – חייבו של הממשכן, ובמקרה של מישכון חכירה – המחכיר), ובאופן טבעי מתעוררת אז השאלה אם חפשי בעל הזכות למשכן את זכותו כרצונו, או שמא יש לצד הנוסף השפעה על יכולת המישכון.

לגבי מישכון חיוב תשובת חוק המחאת חיובים, תשכ"ט-1969, היא כי רשאי נושה למשכן זכותו וזולת אם הוסכם אחרת בינו לבין חייבו.³² לשון אחרת, בבוא נושה למשכן את זכותו אין הוא צריך להסכמת "הצד הנוסף" – חייבו, ואולם, אם התחייב הנושה שלא למשכן את זכותו מעניק הדין תוקף מלא להתחייבות כזאת. בכך מחיל המשפט הישראלי על מישכון חיוב אותו דין שהוא מחיל על העברת חיוב. אף המחאת חיוב מותרת וזולת אם נשללה העבירות בהסכם שבין הצדדים לחיוב.³³

השוואה זו של דין המישכון לדין ההעברה עולה הן מן האמור בחוק המחאת חיובים, בסעיף 1, והן מן העמדה הכללית שבחוק הממשכן, לפיה – "הגבלה או תנאי החלים, לפי דין או הסכם, על העברת בעלות בנכס יחולו גם על מישכונו" (סעיף 3(ב)).

האם גם לגבי חכירה מקובלת אותה מידה של הגבלה על העבירות (restraint on alienation) כפי שהדבר לגבי חיוב, ובמקביל לכך הגבלה גם על היכולת למשכן את זכות החכירה? מבחינה אחת נראה כי החמירו עם החוכר, בהשוואה למעמדו של נושה רגיל, ומבחינה אחרת נראה כי הקלו עמו. ההתמרה נעוצה בכך שבעוד שבחיוב חפשי בעל הזכות להעביר את זכותו, וזולת אם התחייב להימנע מלעשות כן, הרי שעל-פי חוק השכירות והשאילה, תשל"א-1971, אם בהסכם החכירה לא נקבע דבר בשאלת העבירות יש צורך בהסכמת המחכיר כדי שהחוכר יהא רשאי להעביר את זכותו.³⁴ ההקלה עם החוכר (בהשוואה למעמדו של נושה, על-פי חוק המחאת חיובים) היא

³¹ בין כך ובין כך, בארץ, בהיות דמי החכירה השנתיים סכומים נמוכים יחסית לסכומים האחרים שמדובר בהם, אין להניח שהם היו יכולים למלא תפקיד חשוב בהערכת שווי המשכנתה.

³² סעיף 1 לחוק המחאת חיובים.

³³ לבד מן ההסכם שבין הצדדים אפשר שהעבירות, ויכולת המישכון, יוגבלו על-פי הוראת דין או בגלל מהות הזכות. סעיף 1 לחוק המחאת חיובים.

³⁴ סעיף 22. על הסייגים שנקבעו לכלל זה ראה בסמוך.

בכך שאין הדין נותן תוקף מוחלט לסירוב של המחכיר להסכים להעברת החכירה ואף לא להתחייבות של החוכר להימנע מלהעביר את זכותו. החוכר יהיה מנוע מלהעביר את זכותו רק אם נימוקי ההתנגדות של המחכיר יהיו סבירים. היו הנימוקים בלתי סבירים יוכל החוכר, לאחר קבלת אישור מבית-משפט, להעביר את זכותו, ואפילו התחייב בהסכם החכירה שלא להעביר את זכותו בלא הסכמת המחכיר.³⁵

אם נשקול את ההקלה עם החוכר לעובדת ההתמירה עמו נראת לנו כי מכריעה את הכף ההקלה, וכי נכון יהיה לומר שהוק השכירות והשאילה חיוק את העבירות של החכירה בהשוואה לעבירות של הזכויות האחרות, המוסדרות על-פי חוק המחאת חובים. אמנם נעדרת מחוק השכירות והשאילה ההוראה שבחוק המחאת חובים המכירה בעבירות הזכויות וזולת אם הותנה אחרת, אך יש להניח כי במציאות לא יורגש חסרון זה במיוחד. אפילו היתה הוראה כזאת בחוק השכירות והשאילה – במקום התוראה הנוכחית בדבר הצורך בהסכמת המחכיר כתנאי להעברת החכירה – לא היה מצב החוכר טוב יותר מבחינה מעשית. אילו היתה הוראה כזאת, חוקה על המחכירים שהיו עומדים על כך שהסכמי החכירה יכללו התחייבות מצדו של החוכר שלא להעביר את החכירה שלא בהסכמתם. לעומת זאת, ההקלה שבחוק השכירות והשאילה (המאפשרת לחוכר להעביר את החכירה אפילו התחייב שלא לעשות כן, באם נימוקי המחכיר, המתנגד להעברה, אינם סבירים) מחזקת, אכן, במידה ניכרת את מעמדו של החוכר, בהשוואה למעמדן של הזכויות האחרות, שעבירותן מוסדרת על-פי חוק המחאת חובים.³⁶

המחוקק היה, איפוא, סבור שלגבי חכירה במקרקעין אין להניח את שאלת העבירות להסכם שבין הצדדים, וכי יש להתערב בנושא זה כדי להבטיח שהעבירות לא תישלל מטעמים שאינם סבירים. עמדה זו של המחוקק נבעה כפי הנראה מן ההשקפה המקובלת, שלגבי מקרקעין, יותר מאשר לגבי נכסים מסוגים אחרים, חשוב לצמצם את תקפן המשפטי של הגבלות על העבירות. כמות המצרף הזה בשוק מצומצמת, ויש על כן למנוע, ככל האפשר, את הוצאתו מן המחזור.³⁷ נימוק אחר ביסוס עמדת המחוקק מקורו, כפי הנראה, בסברה שבשכירות מקרקעין אישיות השוכר אינה גורם בעל חשיבות כה מרובה כפי שעשוי הדבר להיות בנכסים אחרים, ואין על כן להתיר למשכיר, במקרה הרגיל של חכירת מקרקעין, להתנגד להעברת החכירה.³⁸

היה מקום לצפות לכך שכוחם של נימוקים אלה יהא יפה גם לגבי מישכון חכירה במקרקעין, וכי לא ינתן תוקף מוחלט להוראה שבהסכם חכירה המגבילה את האפשרות של חוכר למשכן את זכותו. משכנתה על חכירה, בחוצאתה הקיצונית ביותר, אינה עלולה לגרום ליותר מאשר העברת החכירה, בעקבות הליכים למימוש המשכנתה. סביר על כן

35 סעיף 22 לחוק השכירות והשאילה.

36 במקרים שבהם התחייב נושה שלא להעביר את זכותו אלא בהסכמת החייב, היכול הנושה להתגבר על סירובו של החייב, הנובע מטעמים שאינם סבירים, בהתבסס על סעיף 39 לחוק החובים (חלק כללי), תשל"ג-1973, הקובע כי בשימוש בזכות הנובעת מחוזה יש לנהוג בדרך מקובלת ובחום לב?

37 ביטויים אחרים לאותה גישה מצויים בהוראות שבסעיפים 34(ב), 88, 89 לחוק המקרקעין, שאין להן הקבלה בנכסים שאינם מקרקעין. ראה גם: *American Law of Property*, 1952, VI, pp. 409-10.

38 ראה: דב"ח 59, עמ' 267, 285.

"חכירה לדורות" למטרת מגורים באספקלריה של עיסקת משכנתה

שלא יטילו על אפשרות המימון של חכירה הגבלות יותר קפדניות מאלה המוטלות על אפשרות העברתה. גם ההוראה שבסעיף 3(ב) לחוק המימון יוצאת מן ההשקפה כי גדרת השוואה של דין המימון של זכות לדין החל על העברת אותה זכות.³⁹ ואולם, לא כן נהג המחוקק. בסעיף 81(א) לחוק המקרקעין נקבע: "שכירות שנרשמה, רשאי השוכר, בכפוף למוסכם בתנאי השכירות, לשעבדה במשכנתה בלי הסכמת המשכיר...". לפי זה, אם ייקבע בהסכם החכירה כי החוכר אינו רשאי למשכן את זכותו, תהיה לקביעה זו תוקף מלא.

התוקף המלא הניתן בסעיף 81 לחוק המקרקעין להתחייבות מטעם החוכר שלא למשכן את זכותו פועל כלפי עצם יכולתו של החוכר. הסעיף מדבר, אמנם, על כך שהחוכר אינו "רשאי" למשכן את זכותו, אם התחייב שלא לעשות כן, אך אין להסיק מלשון זאת כי אם החוכר בכל זאת ימשכן את זכותו יהא המימון תקף ותהיה רק תביעה בגין הפרת חוזה כנגד החוכר. המחוקק משתמש לעיתים קרובות במלה "רשאי", מקום שהוא רוצה בעצם לומר "יכול", ונראה לנו כי כן נהג גם בסעיף 81 לחוק המקרקעין.⁴⁰

העמדה הזאת של המחוקק, בדבר תקפה המלא של התחייבות שלא למשכן חכירה, אינה בגדר תפנית מהמצב ששרר קודם לכן בסוגייה זו. אף לפני חוק המקרקעין שררה ההלכה כי חוכר מקרקעין רשאי למשכן את זכותו, זולת אם נקבע אחרת בהסכם החכירה.⁴¹ ברם, לפי חוק המקרקעין היתה העבירות של חכירה כפופה לכלל שהחוכר אינו רשאי להעביר את זכותו אלא אם כן הותרה העבירות במפורש.⁴² בהשוואה לכך, הכלל שחוכר רשאי למשכן את זכותו זולת אם נאסר עליו הדבר בהסכם החכירה היה חריג שחיוק את אפשרות המימון בהשוואה לאפשרות ההעברה. כיום התהפכו היוצרות. לאור חוק המקרקעין וחוק השכירות והשאלה חוזקה העבירות של זכות החכירה, ובהשוואה אליה צומצמה יכולתו של החוכר למשכן את זכותו.

מבין שתי הגישות נראית בעינינו יותר הגישה ששררה בעבר, ולא זו הנוהגת כיום. לדעתנו, בלתי סביר הוא שהאפשרויות שהחוק מעמיד לרשות חוכר למימון זכותו יהיו מצומצמות מאלה שהוא מעמיד לרשות חוכר המבקש להעביר את זכותו. המימון אינו אלא העברה אפשרית, ועל כן דין הוא שאפשרויות המימון לא יהיו מצומצמות מאפשרויות ההעברה.⁴³

כאשר הסכם חכירה כולל תנייה האוסרת על החוכר להעביר את זכותו, אך אין בו התייחסות לשאלת המימון – היוכל החוכר למשכן את זכותו, והאם ניתן יהיה למכור את החכירה בהליכי מימוש המימון?

האם סעיף 3(ב) לחוק המימון המחיל הגבלות בדבר העברת נכסים גם על מימוןם,

39 ראה נוסח הסעיף לעיל, בטקסט שבסמוך לה"ש 33.

40 ראה: ויסמן, ה"ש 12 לעיל, עמ' 169–170.

41 סעיף 7 לפקודת הבנקים לאשראי; סעיף 9 לפקודת חוק הקרקעות (תיקון), 1937.

42 ע"א 208/51 הקר נ' ברש, פד"י ח' 566. עוד על נושא זה: ויסמן, ה"ש 2 לעיל, עמ' 58, הע' 178.

43 דעתנו הקודמת בענין זה היתה שונה, ראה: ויסמן, ה"ש 2 לעיל, עמ' 59. את האינטרס הלגיטימי של החוכר למנוע את האפשרות שהחכירה תעבור למי שאינו ראוי ניתן להבטיח בשלב של מימוש המשכנתה. דבר זה עשוי, אמנם, להכביד במידה מסויימת על הליכי המימוש, אבל כמדומה שזהו מחיר שכדאי לשלם, כדי להשיג את התוצאה, שחוכרים לדורות יוכלו למשכן את זכותם, אף אם נקבע ההיפך מזה בהסכם החכירה.

יגרומם במקרה כזה לצמצום יכולתו של החוכר למשכן את זכותו, אף שיכולתו לא להגבלה כאמור בסעיף 81 לחוק המקרקעין? תשובתנו לשאלה זו חיובית. בסעיף 81 לחוק המקרקעין לא היתווה המחוקק את הדרך היחידה שבאמצעותה עשויה להיות מוגבלת יכולתו של חוכר למשכן את זכותו, על-ידי קביעה מתאימה בהסכם השכירות, חלות על מישכון חכירה כל ההגבלות בדבר עבירות החכירה, מכוח סעיף 3(ב). לפי זה, הסכם חכירה שנקבע בו כי המוכר לא יהא רשאי להעביר את זכותו, יראוהו, מכוח סעיף 3(ב) לחוק המשכון, כאילו נאמר בו שהחוכר לא יהא רשאי גם למשכן את זכותו.⁴⁴ כאן שוב מן הראוי לחזור ולציין כי כשם שהגבלת העבירות לא תהיה בעלת תוקף מלא, לאור הוראות סעיף 22 לחוק השכירות והשאלה, כך גם הגבלת המישכון, הנובעת מהגבלת העבירות, לא תהיה כוחלטת ויחילו עליה הוראות סעיף 22, ובכלל זה גם שיקול הדעת הנתון לבית-המשפט להתיר מישכון, ותעברת החכירה בעקבות המימוש, בתנאים שייראו לו.

אם אכן אלה המסקנות הנדרשות מסעיפי החוק הנזכרים, הרי שכולט בעליל כי ההסדר המשפטי בשאלת זכותו של חוכר למשכן את החכירה הוא לקוי. לפי הסדר זה, אם ההגבלה על יכולת המישכון של החוכר נובעת מהתחייבות החוכר שלא למשכן את זכותו, הרי שלהגבלה זו תוקף מלא, ואילו אם הגבלת זכותו של החוכר למשכן את זכות החכירה נובעת מקביעה שבהסכם החכירה כי אין החוכר רשאי להעביר את החכירה, כי אז אין להגבלה תוקף מלא, ובית-המשפט מוסמך להתיר לו את המישכון בתנאים שייראו בעיניו. כלום סבירה תוצאה זו, המעניקה שיקול דעת לבית-המשפט במקרה האחד, אך לא במקרה האחר?

(II) המצב למעשה

כיצד מסדירים למעשה את שאלת יכולתו של חוכר למשכן את זכותו? אילו הוראות נקבעות לענין זה בהסכמי החכירה, ומהי ההשפעה של הוראות החוק, שעמדנו עליהן לעיל, על התניות שבהסכמי החכירה?

בדיקת חוזי החכירה שהיו בשימוש מינהל מקרקעי ישראל בשנים האחרונות מגלה כי על אף חוסר האחידות שבעמדת המחכיר, מכתבנות הגישות הבאות בשאלת זכותו של החוכר למשכן את החכירה:

(א) החוכר הראשון של דירה רשאי למשכן את החכירה להבטחת ההלוואה שבעזרתה "קנה" את הדירה. הסכמתו של המחכיר אינה נדרשת לשם כך. בהסכמי החכירה שבשימוש המינהל בעת כתיבת דברים אלה הוסף סייג לפיו אין החוכר חפשי בבחירת הבנק שלטובתו תמושכן החכירה. בחירת הבנק טעונה אישור של צד שלישי (של החברה שבנתה את הבית).

44 והשווה: מ' דוכן, דיני קרקעות במדינת ישראל, מהד' 2, תשי"ג, עמ' 228. דוכן מביע את הסברה כי התחייבות שלא להעביר אינה כוונעת העברה בעקבות מימוש משכנתה. דברים אלה נאמרו כאשר לא היתה במשפטנו הוראה מעין זו שבסעיף 3(ב) לחוק המשכון. ראה עוד בקשר להשפעה של התחייבות שלא להעביר על אפשרות המישכון אצל:

"חכירה לדורות" למטרת מגורים באספקלריה של עסקת משכנתה

(ב) אין החוכר רשאי למשכן את החכירה להבטחת חיוב שאינו נובע ממימון הרכישה של זכות החכירה אלא אם כן נתקבלה הסכמתו של המחכיר. בהסכמי חכירה שהיו בשימוש לפני שנים אחדות יש והבחינו לענין זה בין נושה שהוא בנק לבין נושה אחר, כששעבוד לטובת בנק לא היה טעון אישור של המחכיר. בהסכמי חכירה אחרים נקבע כי חוכר רשאי למשכן את זכותו לכל מטרה שהיא (בנוסף על הבטחת מימון רכישת החכירה), ובלבד שהחוב המובטח לא יעלה על סכום נקוב (בשנת 1965 היתה ההגבלה לסכום של 3,000 ל"י). בהסכם החכירה שבשימוש המינהל כיום נקבע, כי כאשר המישכון טעון הסכמת המינהל, יתן המינהל את הסכמתו, אם יובטחו הזכויות המגיעות לו בקשר עם העברת החכירה כתוצאה מהליכים למימוש המשכנתה.

בהסכמי החכירה של המינהל נקבע, בדרך כלל, כי חוכר המבקש להעביר את זכותו חייב לשלם למינהל "דמי הסכמה" בשיעור מסוים.⁴⁵ נשאלת השאלה אם לאור סעיף 3(ב) לחוק המשכון (המחיל על מישכון נכס את ההגבלות וההנאים החלים "לפי דין או הסכם" על העברת בעלות בנכס) חייב חוכר לשלם "דמי הסכמה" בשלב של מישכון החכירה (או בשלב המאוחר יותר, של העברת החכירה בעקבות מימוש המשכנתה)?⁴⁶ ניתן לטעון כי הקביעה שבהסכם החכירה (שעליה עמדנו לעיל), שהחוכר רשאי למשכן את זכותו לצורך מימון רכישת החכירה, בלא שנדרשת לשם כך הסכמת המחכיר, מקפלת בתוכה, מכללא, ויתור מצדו של המחכיר על דרישה כלשהי כתנאי למישכון, או כתנאי להעברת החכירה כתוצאה ממימוש המשכנתה. ואולם, אין מסקנה זו חפשית מספקות, וטוב היה אילו הבהיר המינהל את כוונתו בענין זה, על-ידי ניסוח מתאים של הסכמי החכירה. לדבר חשיבות לא רק בקשר ל"דמי ההסכמה". השאלה מתעוררת לגבי כל ההגבלות שנקבעו בהסכמי החכירה לענין העברת החכירה; סעיף 3(ב) לחוק המשכון מחייב התייחסות לשאלה אם להגבלות האלה תחולה גם בקשר למישכון החכירה או בקשר להעברתה בעת מימוש המישכון. תשובה חיובית לשאלה זו תהא, על-כף-פנים, כפופה לבדיקת סבירות ההגבלות שנקבעו להעברת החכירה, כנדרש על-פי סעיף 22 לחוק השכירות והשאלה, כשלבית-המשפט סמכות להתיר את העברת החכירה בתנאים שייראו בעיניו, אם ההגבלות לא ייחשבו כסבירות.⁴⁷ לעומת זאת, לגבי משכנתאות שאינן למימון רכישת החכירה, כאשר נקבע בחוזה החכירה כי החוכר לא יוכל למשכן את זכותו אלא בהסכמת המחכיר, לא יוכל בית-

Mark, H. A., "Leaseholds Mortgages — Some Practical Considerations", 14 (1959), *Bus. Law* 609, 612.

45 על ביטול הדרישה לדמי הסכמה בחכירות שבהן ישלם החוכר את דמי החכירה מראש, למלוא תקופת החכירה, ראה: ד"ח פעולות מינהל מקרקעי ישראל לשנת 1973/74, עמ' 19. על הדרכים לקביעת דמי ההסכמה, ועל אופן החישוב שלהם עמד בית-המשפט בבג"צ 160/63 ארנמן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פד"י י"ז 2613; ע"א 585/68 וייראון נ' מינהל מקרקעי ישראל, פד"י כ"ג (1) 491.

46 ראה: ויסמן, ה"ש 12 לעיל, בעמ' 89.

47 סעיף 22 לחוק השכירות והשאלה גורע מזכותו של משכיר למנוע את השוכר מלהעביר את זכותו לאחר. לאור הוראת סעיף 42 לפקודת הפרשנות ("אין חיקוק בא לגרוע מכל זכות של הבדינה, או להטיל עליה חובה, אלא אם נאמר בו במפורש") עשויה להשאל השאלה,

המשפט להעביר תחת שבט ביקורתו את עמדתו של המחכיר. סעיף 81 לחוק המקרקעין מעניק תוקף בלתי מסוייג להגבלה שכזאת.⁴³

התוצאה מכך עשויה להיות, שלא ניתן יהיה לערער על התוקף של הוראה מרחיקת לכת – מעין זו המצויה בהסכמי החכירה שהם כיום בשימוש מינהל מקרקעי ישראל – לפיה יהא המחכיר רשאי להעלות את דמי החכירה "בהתאם למה שיהיה מקובל אצל המחכיר", כתנאי למתן הסכמתו להעברת החכירה (ועל כן גם כתנאי למיטתה, כפי שעולה מהוראות ההסכם). דוגמא זו ממחישה את הלקוי במצב המשפטי הנוכחי שעל-פיו חל על החוכר סעיף 81 לחוק המקרקעין, בלא הסעד שמציע סעיף 22 לחוק השכירות והשאילה. דוגמא זו מצביעה גם על כך שבנוסף להכבדה על החוכר, הנובעת מעצם הצורך בקבלת הסכמתו של המחכיר כתנאי למיטתו החכירה, קיימת ההכבדה שמקורה בכך, שהדרישות של המחכיר כתנאי למתן ההסכמה מעמידות את החכירה במצב של אי-ודאות מבחינת התנאים החלים עליה. מצב זה עלול לגרוע מנוגותם של מלווים לקבל משכנתה על חכירה כבטוחה להלוואה זמינה למימון רכישת החכירה.

בכך יש פגיעה בציבור הרחב של החוכרים לדורות, שהמציאות כופה עליהם להסתפק בחכירה במקום בעלות. מבחינת היכולת לנצל את דירותיהם כערובה לאשראי מצויים חוכרים לדורות במצב נחות בהשוואה למצבם של בעלי דירות. זהו מחיר שרוכשי הדירות בארץ משלמים בקבלת חכירה לדורות על דירותיהם ולא בעלות, וספק אם הם בדרך כלל מודעים לכך.⁴⁹

4. השפעת המשכנתה על החכירה

הצדדים ליצירת משכנתה על חכירה הם החוכר (– הממשכן) ומקבל המשכנתה (– הנושה), אף-על-פי-כן נודעת למשכנתה השפעה גם על הסכם החכירה, דהיינו, על היחסים שבין החוכר למחכיר. השפעה זו עשויה שתבצע משני מקורות, מכוח הסכם ומכוח הדין. כדי שחכירה תהיה ניתנת למיטתו צריך שתנאיה יהיו כאלה שיעשוה ראויה למיטתו בעיני מקבל המשכנתה. החוכר ישתדל, איפוא, להשיג מאת המחכיר הסכמה להכליל בחוזה החכירה את התנאים הנדרשים על-ידי מקבלי משכנתאות כתנאי לקבלת

אם סעיף 22 לחוק השכירות והשאילה פועל גם כלפי מינהל מקרקעי ישראל – בהתחשב בכך שחוק השכירות והשאילה לא הוחל במסירה גם על המדינה. ההשקפה המקובלת היא שסעיף 42 לפקודת הפרשנות אינו מוגע את התחולה של חוקים מעין חוק השכירות והשאילה על המדינה, בהיות חוקים אלה דנים בתוצאות המשפטיות של התקשרויות חוזיות בתחום המשפט הפרטי. ראה: בג"צ 194/56 ח' מירוש' נ' מנהל אנף השיכון, פד"י י"א 659, 665; מרים מזרחי, "הפריבילגיה הנתונה למדינה בסעיף 42 לפקודת הפרשנות", משפטיה, ה' (1973), עמ' 135, 143–145, הערה 148; J. Potchebutzky, "Is the State Subject to the Rule of Law", 9 (1974), *Is. L. Rev.* 369. (מינהל מקרקעי ישראל עשוי היה ל"החשב כמדינה, לצורך סעיף 42 לפקודת הפרשנות. ראה: מזרחי, שם, עמ' 156, וכן רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל, מהד' 2, עמ' 194, הערה 113).

48 אך אין בדברים אלה כדי למנוע בדיקת התוקף של ההגבלות על-פי סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג–1973, או על-פי דוק החוזים דאחידים, תשכ"ב–1964.

49 לפירוש סעיף 91 לחוק המקרקעין הקובע, כי מיטתו שכירות רשומה במקרקעין ייעשה על-ידי משכנתה, ראה: ויסמן ה"ש 12 לעיל, עמ' 65–69.

"חכירה לדורות" למטרת מגורים באספקלריה של עיסקת משכנתה

משכנתה על זכות החכירה. שיטת משפט, הרואה את האפשרות למשכן חכירה כדבר רצוי, לא תשאיר את קביעת התנאים שבהסכם החכירה המכשירים אותה למישכון אך ורק ליכולת המיקוח של החוכר כלפי המחכיר. שיטת משפט שכזאת תקבע, מכוח החוק, את התנאים הנדרשים באופן סביר כדי שמשכנתה על חכירה תתקבל על-ידי מוסדות האשראי. על אחת כמה וכמה שכזאת צריכה להיות העמדה של שיטת משפט כאשר משכנתה על חכירה לא זו בלבד שהיא נחשבת כרצויה, אלא היא אף הכרחית – וכוהו המצב בישראל. בהתחשב בעובדה שעליה עמדנו בפתח דברינו, לפיה רוב רוכשי הדירות בארץ הם חוכרים לדורות בלבד, הרי שהאפשרות למשכן חכירה הופכת מדבר רצוי לדבר הכרחי.⁵⁰

נשאלת השאלה אם אכן הסדיר המחוקק את הבעיות המיוחדות הטעונות הסדר כדי להכשיר את החכירה למשכון? התשובה לשאלה זו היא כי המחוקק הקדיש לענין זה תשומת לב מועטה בלבד, וכי הנושא הזה, החיוני כל כך בישראל, מוסדר בעיקרו של דבר בהסכמים, שתוכנם נקבע על-פי האינטרסים של אלה שכות המיקוח שלהם חזק יותר. מן המותר לציין, שביחס המשולש חוכר–מחכיר–מקבל משכנתה לא החוכר הוא המכתיב את תנאי החכירה והמשכנתה.

אילו הם הנושאים הטעונים הסדר כדי להכשיר את החכירה למישכון, וכיצד מוסדרים נושאים אלה על-פי ההסכמים המקובלים במציאות חיינו? על כך נעמוד להלן, אך תחילה נצביע על אותם נושאים, מעטים יחסית, שהוסדרו בדיון.

(I) נושאים שהוסדרו בדיון:

א. האפשרות העקרונית למשכן חכירה נקבעה בחוק, אך יחד עם זאת נקבע שתנאי החכירה עשויים לשלול יכולת זו מן החוכר.⁵¹ עמדנו על הוראה זו לעיל, הצבענו על השימוש שנעשה בה במציאות, וכבר הבענו את דעתנו על ההסדר הזה.⁵² ב. במישכון חכירה לטובת "בנק לאשראי", נקבעה בחוק חובה לתת למחכיר הודעה מוקדמת של 15 יום לפני יצירת המשכנתה.⁵³ מכיוון שבהסכם החכירה ניתן להתנות על יכולתו של החוכר למשכן את זכותו, ולהגביל אותה בדרכים שונות, יש אינטרס למקבל המשכנתה שהמחכיר ידע על הכוונה לשעבד את החכירה במשכנתה בעוד מועד, כך שיוכל להגיב על כך. לא יביע המחכיר התנגדות, לאחר שקיבל את ההודעה, עשוי הוא לעמוד בפני טענת השתק, אם יבקש מאוחר יותר לערער על תקפה של המשכנתה.⁵⁴ ההוראה הזאת שבחוק, בדבר החובה לתת למחכיר הודעה מוקדמת על המישכון, חלה רק במקרה של מישכון לטובת "בנק אשראי". תועלתה הברורה של ההודעה המוקדמת הביאה לכך שמוסדות האשראי בארץ, ככלל, נוקטים בצעדים כדי להביא את דבר יצירת המשכנתה לידיעת המחכיר, ואף אין מסתפקים בכך אלא דורשים

50 בראש וראשונה לצורך מימון רכישת החכירה, אך בשלבים שלאחר רכישת החכירה גם למטרות אחרות, כגון לצורך השגת אשראי למימון הרחבה ושיפוצים של דירת המגורים.

51 סעיף 81 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969.

52 ראה פרק 3 לעיל, "האפשרות למשכן חכירה".

53 סעיף 7(2) לפקודת הבנקים לאשראי.

54 תגובתו של המחכיר לשאלות מקבל המשכנתה מכונה בארה"ב: "an estoppel certificate".

ראה על כך: Friedmann, M. R., *On Leases*, New York, 1974, p. 263.

מהחוכר כתנאי מוקדם שישגי את הסכמתו המפורשת של המחכיר למישכון החכירה.⁵⁵ ג. מחכיר המתכוון להגיש תביעה כנגד החוכר לביטול החכירה, בגלל הפרת תנאי על-ידי החוכר, חייב לצרף כנתבע גם את מקבל המשכנתה על החכירה, באותם מקרים שבהם מושכנת החכירה על-ידי החוכר. אין המחכיר יכול להתעלם ממקבל המשכנתה בטענה "לאו בעל דברים ידידי את" – אין לי שית ושיג עמך כי לא אתך ערכתי את הסכם החכירה שבגין הפרתו אני מגיש את תביעתי.

אמת כי זכותו של מקבל המשכנתה נובעת מזכותו של החוכר, ותלויה בהמשך קיומה, וכי אי-אפשר שלמקבל המשכנתה יהיו בחכירה יותר זכויות משיש לחוכר, אף-על-פי-כן, בתביעתו של המחכיר כנגד החוכר יש לעיזות את מקבל המשכנתה צד להליכים. הזכות הזאת עומדת למקבל המשכנתה מכיוון שהיענות לתביעה כנגד החוכר תפגע במישרין גם בזכותו של מקבל המשכנתה. אם יהיה מקבל המשכנתה צד להליכים ידע אילו הפרות מייחסים לחוכר, ותינתן לו בכך הודמנות לרפא הפרות אלה, במידה שהדין מתיר לו לעשות כן. וכן, אם יהיה צד להליכים יכול מקבל המשכנתה לעקוב מקרוב אחר הדיון, במטרה למנוע את האפשרות שעל-ידי קנוניה יגיעו המחכיר והחוכר לכלל "הבנה", על חשבוננו.

זכות זו של מקבל המשכנתה, להיות צד בתביעתו של המחכיר כנגד החוכר לביטול החכירה, נתבררה לאחרונה בפסק-הדין ועד הר הכרמל ג' בנק ישראלי למשכנתאות.⁵⁶ בית-המשפט פסק כי למקבל המשכנתה זכות כזאת, וכי פסק-דין לביטול חכירה שניתן בלא שמקבל המשכנתה צורף כצד בהליכים, יבוטל אם בכוחו של מקבל המשכנתה להראות כי, לפחות לכאורה, יש בפיו טענות של ממש כנגד התביעה.⁵⁷

האם מותנית בטלות ההליכים שבין המחכיר לחוכר בידיעתו של המחכיר על קיום המשכנתה? היכול מקבל משכנתה, שלא טרח להודיע למחכיר על מישכון החכירה, לדרוש את ביטול פסק-הדין ששם קץ לחכירה, שניתן בהעדרו? התהא זו תשובה לדרישת הביטול שהמחכיר לא ידע שהחכירה מושכנתה? בפרשת ועד הר הכרמל ג' בנק ישראלי למשכנתאות נגע בית-המשפט, אגב אורחא, בשאלה זו ופטר אותה מלפניו באומרו כי המחכיר יכול בנקל לדעת על קיום המשכנתה אם יעיין במרשם המקרקעין. כלום התכוון בכך בית-המשפט לומר שהובה על מחכיר, המגיש תביעה נגד חוכר, לבדוק את פנקסי המקרקעין תחילה, שמא מישכון החוכר את זכותו, ושם לא יעשה כן, חשוף הוא לאפשרות ביטול ההליכים על-ידי מקבל משכנתה שלא צורף כצד להליכים?

דומה כי שאלה זו עודנה פתוחה גם לאחר פסק-הדין בועד הר הכרמל, מכיוון שצדדיה השונים לא נבדקו על-ידי בית-המשפט, והדברים שנאמרו היו בבחינת אימרת אגב. לעומת האפשרות לחייב מחכירים, כל אימת שהם מגישים תביעה כנגד חוכרים, לבדוק את מרשם המקרקעין ולברר שמא מישכון בינתיים החוכר את זכותו, ניתן להעלות את האפשרות – מבחינת הדין הרצוי – לחייב מקבל משכנתה על זכות חכירה להודיע על המישכון למחכיר, כדי שידע שמכאן ואילך זכותו של אדם שלישי תלויה בחכירה.

55 על התועלת הנוספת שניתן להפיק ממכן הודעה למחכיר על המישכון של החכירה ראה בפסקה ג' הסמוכה.

56 ע"א 263/73, פד"י כ"ט (1) 263. ראה גם פסק-הדין בבית-המשפט המחוזי: ת"א ח' 800/69 בנק ישראלי למשכנתאות ג' ועד הר הכרמל, פ"מ תשל"ד (1) 237.

57 שם, עמ' 270.

"חכירה לדורות" למטרת מגורים באספקלריה של עיסקת משכנתה

הפתרון השני יעלה בקנה אחד עם ההסדר שעל-פי פקודת הבנקים לאשראי. במשכנתאות לטובת "בנק לאשראי" מטילה הפקודה חובה לתת למחכיר הודעה מוקדמת של 15 יום לפני מישכון החכירה.⁵⁸ גם שיקולי יעילות תומכים בדרך של מתן הודעה. פשוט יותר ויעיל יותר להבטיח את ידיעתו של הבעל על דבר קיום משכנתה, על-ידי משלוח הודעה, מאשר בדרך של בדיקת פנקסי המקרקעין בטאבו.⁵⁹

ד. מושכנה זכות חכירה, לא יוכל החוכר לבצע בחכירה עיסקאות שיחא בהן כדי לגרוע מזכותו של מקבל המשכנתה לממש את המשכנתה.⁶⁰ לפי זה, עיסקה שבה מעביר החוכר את זכותו למחכיר לא תביא בעקבותיה מיזוג של זכות החכירה בזכות הבעלות, כי מיזוג כזה יביא לכך שהזכות הכפופה למשכנתה תימזג ותיעלם, ומקבל המשכנתה יעמוד אז בפני שוקת ריקה.⁶¹

דברים אלה מתייחסים להגבלה על יכולתו של חוכר לבצע "עיסקאות" בזכותו, שיש בהן כדי לפגוע במקבל המשכנתה. ואכן, סעיף 85(ב) לחוק המקרקעין, המטיל הגבלה זו על הממשכן, מדבר במפורש ב"עיסקאות".⁶² נשאלת השאלה מה על שינויים בזכות החכירה שאינם בגדר עיסקאות, אך יש בהם כדי לפגוע במעמדו של מקבל המשכון – כלום רשאי החוכר לגרום לשינויים כאלה? היכול, דרך משל, חוכר להסכים עם המחכיר על הכנסת שינויים בתנאי החכירה, המחזקים את מעמדו של המחכיר, כגון על-ידי קביעת שהפרות מסויימות ייחשבו כהפרות יסודיות, אף שלא היו נחשבות ככאלה על-פי הסכם החכירה המקורי?⁶³

בפרשת בנק ישראלי למשכנתאות נ' ועד הר הכרמל הביע בית-המשפט המחוזי את הדעה כי חוכר אינו בן חורין לשנות את תנאי החכירה בצורה שתפגע במקבל משכנתה.⁶⁴ בערעור גמגע בית-המשפט העליון מלהכריע בענין זה, כי על-פי גישתו לא היה צורך בכך, אך בית-המשפט ציין כי "יש משקל לטענה" שחוכר ומחכיר אינם רשאים לשנות את תנאי החכירה באופן שעלול לפגוע בזכויות בעל המשכנתה.⁶⁵ השקפה זו עולה

58 סעיף 2(2) לפקודת הפקודה אינה מפרטת אם חובה זו חלה על החוכר או על מקבל המשכנתה, אך סביר להניח כי מקבל המשכנתה יודא אם אכן בוצעו הפעולות הדרושות כדי שהמשכנתה שהוא מקבל תהא ללא פגם.

58א בנוסף על המקרה של משכנתה לטובת "בנק לאשראי" לא תתעורר, כמובן, שאלת הידיעה בכל אותם מקרים שמישכון החכירה מותנה – על-פי תנאי החכירה – בהסכמת המחכיר. מסתבר, איפוא, כי שאלת הידיעה לא תתעורר במציאות לעיתים קרובות.

59 סעיף 85(ב) לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969; ועד הר הכרמל נ' בנק ישראלי למשכנתאות, ה"ש 56 לעיל; ע"א 522/72 מרינת ישראל נ' בונמי נכסים של וולטקס צמרון בע"מ, פד"י כ"ז (2) 393, 402; ויסמן, ה"ש 12 לעיל, עמ' 220.

60 ראה: ז' צלטנר, דיני חוזים של מדינת ישראל, 1974, עמ' 273. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Edited by W. C. Jones, 1915, I, p. 952, n. 10; Friedmann, *supra* n. 54, at p. 275; Wayte, "Drafting a Lease which is Mortgageable", 42 (1966), *L. A. Bar Bull.* 62, 65; Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, 1953, XII, pp. 395-96.

61 סעיף 6 לחוק מגדיר "עיסקה" כ"הקניה של בעלות או של זכות אחרת במקרקעין לפי רצון המקנה, למעט הורשה על-פי צוואה".

62 ראה סעיף 6 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970.

63 ראה: ה"ש 56 לעיל, בעמ' 247, 250.

64 ראה: ה"ש 56 לעיל, בעמ' 270 (מול האות ה'). כוהנו גם המצב במשפט השוודי, המסדיר

בקנה אחד עם פסה"ד בפרשת מדינת ישראל נ/ פניסי נככים של וולטקס צמרון בע"מ⁶⁵, המשווה שעבוד זכות חוזית להמחאה, מבחינת יכולתו של המשעבד לגרום לשינויים בזכות. כשם שממחה אינו יכול לשנות את הנאי החיוב לאחר ההמחאה, כך גם משולל המשעבד יכולת זו.

ואולם, לאור לשון סעיף 85 לחוק המקרקעין, המדבר דווקא ב"עסקאות", ומאחר שפסקי-הדין שניתנו עד כה בענין זה לא דנו במיישרין בשאלה של יכולת החוכר להסכים עם המחכיר על שינויים בתנאי החכירה שאינם בגדר עסקאות, ייטיבו מקבלי משכנתאות לעשות אם ישלימו את החסר בדין על-ידי חוראה מתאימה בהסכם עם החוכר, ואם אפשר – גם עם המחכיר, שלא להביא לשינויים בהסכם החכירה שלא בירעתם.

(II) נרשאים שלא הוסדרו בדין:

התנאים העיקריים הנדרשים כדי שהכירה תוכל לשמש זכות הראויה למישכון לא הוסדרו בדין הישראלי. את החסר ניסו להשלים, במידה מסוימת, בעזרת חוראות שהוכ"נסו להסכמי החכירה והמישכון. על המגבלות שבאפשרות להשלים בנושא זה את החסר בדין בעזרת חוראות הסכמיות כבר הצבענו לעיל⁶⁶. להלן נבחן את הנרשאים הטעונים הסדר לצורך מישכון חכירה, ואת הדרך שטיפולו בנושאים אלה בהסכמים המקובלים בארץ.

א. קבלת מידע על מצב החכירה: בטרם יסכים נושא לקבל משכנתה על חכירה יבקש לוודא אילו הם תנאיה, האם חלו שינויים כלשהם בנוסח ההסכם המקורי, האם היו הפרות כלשהן על-ידי החוכר, והאם יש למחכיר תביעות כלשהן כלפי החוכר. מידע זה יהיה חיוני במיוחד במשכנתה המוטלת על חכירה שכבר נתמשכה פרק זמן מסוים. הדין אינו מחייב את המחכיר לספק מידע כזה לכל מעוניין. היענות לבקשה למסור הצהרה על מצב החכירה כרוכה בטירחה למחכיר, ובנקיטת עמדה מצדו כלפי התנהגות החוכר עד למועד מתן ההצהרה, ויש על כן לצפות שנטיותו של מחכיר תהיה שלא להיעתר לפגית שכזאת.

כדי לוודא שהמחכיר יאות למסור הצהרה כזאת (המכונה בארה"ב: Estoppel Certificate⁶⁷), נחוץ שבהסכם החכירה יטול על עצמו המחכיר התחייבות לעשות כן. בנוסחים של הסכמי חכירה שבשימוש בינהל מקרקעי ישראל לא מצאנו נטילת התחייבות מעין זו על-ידי המחכיר.

ב. מיזוג: אין בדין הישראלי הסדר שיטתי של סוגיית המיזוג (merger) כדרך לפקיעת זכויות⁶⁸. ההנחה כי אין אדם יכול להיות בעל זכות כנגד עצמו נראית כהכרחית

את סוגיית החכירה לדורות הסדר מפורט. ראה: Westerlind, *supra* n. 9, at pp. 66–67.

65 ראה ה"ש 59 לעיל, בעמ' 402.

66 לעיל, בסמוך לה"ש 10, 50.

67 Cf. Friedmann, *supra* n. 54, at p. 263; Wayte, *supra* n. 60, at p. 65.

68 בדונגו לעיל בהגבלות על יכולתו של חוכר לבצע עסקאות בזכותו, לאחר שהוא מישכון אותה, נגענו אגב אורחא גם בענין המיזוג. ראה לעיל, בסמוך לה"ש 60. בהקשר הנוכחי מתייחסים אנו לשאלת המיזוג בדרך כלל, ולא דווקא למקרה שבו גובע המיזוג מעסקה אשר בוצעה על-ידי החוכר. כך, למשל, עשוי המיזוג שיוצא כתוצאה מכך שהחוכר יורש את הבעל, או להיפך.

"חכירה לדורות" למטרת מגורים באספקלריה של עיסקת משכנתה

מבחינה לוגית. במבט ראשון נראה לנו, למשל, שלא יתכן כי אדם יחוב חוב לעצמו, או שאדם ישכור נכס מעצמו, כבעלים, וכדו'. ההנחה היא על כן, שהתוצאה מכך שהחייב יורש את נושאו היא פקיעת החיוב, או ששוכר הרוכש את הבעלות בנכס המושכר גורם בכך לפקיעת השכירות. אך, לעיתים, מוצא המשפט להגיוני לקבוע כי יתכנו מצבים "בלתי הגיוניים" שכאלה, ולהניח לשתי זכויות, כשהאחת נובעת מהשניה, לדור בכפיפה אחת בנפרד, אף שהן שייכות לאדם אחד. דוגמא למצב מעין זה, שהוסדר במפורש בחוק, נוכל למצוא בסעיף 98 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969. על-פי סעיף זה אפשר שתהיה לאדם בעלות על חלקת אדמה המושעבדת לטובתו בזיקת הנאה. דוגמא אחרת למניעת פעולת המיזוג, המקובלת בשיטות משפט שונות, מתייחסת במישרין לנושא החכירה הממושכנת. אם הבעלות וזכות החכירה (שמושכנת) מתאחדות בידי אדם אחד (כגון שהמחכיר ירש את החוכר), לא תתמוג החכירה בבעלות ותימנע התוצאה שהמשכנתה על החכירה תישאר בלא חכירה⁶⁹. ואולם, מכיון שלפי שעה אין דוגמא אחרונה זו מוסדרת בבירור בדין הישראלי מוטב להסיר ספק ולהיעזר – במידת האפשר – בהסכמים, כדי למנוע פגיעה במקבל המשכנתה כתוצאה ממיזוג⁷⁰. בהסכמי החכירה שבשימוש מינהל מקרקעי ישראל אין כל התייחסות לנושא המיזוג, ומותר לנו, כנראה, להסיק מכך שמוסדות האשראי, המקבלים משכנתאות על חכירות לדורות, לא ביקשו הכנסת הוראה בענין זה בתוך הסכמי החכירה. מסקנה זו מתבקשת מכיוון שלמחכיר עצמו אין ענין מיוחד לא בהכללת הוראה בדבר המיזוג בתוך הסכמי החכירה, ולא במניעת ההכללה של הוראה שכזאת. מכאן שאם הוראה בענין זה אינה מופיעה בהסכמי החכירה, קרוב לוודאי שלא נמצא צד אחר שגילה ענין בהכללת הנושא הזה.

בדקנו גם את הסכמי המשכנתה שמוסדות האשראי העיקריים משתמשים בהם, ובחלק נכבד מהם לא מצאנו התייחסות לשאלת המיזוג. בקרב הבנקים המעטים שנתנו את דעתם לנושא הזה מסתמנות שתי דרכי טיפול. בבנקים אחדים גקבע בהסכמי המשכנתה שהם צד להם כי:

"הממשכנים מצהירים בזה כי במקרה שהם או אחד מהם ייהפכו לבעלים של הנכס הממושכן, תעבור מיד משכנתה זו ותהיה רובצת גם על זכות הבעלות"⁷¹. בנוסח זה לא נעשה ניסיון למנוע את המיזוג של השכירות בבעלות. הנסח יצא מן ההנחה שרכישת הבעלות על-ידי החוכר לא תפגע בקיום הנפרד של החכירה, ובמשכנתה הרובצת עליה. כל שביקש הנסח להשיג היה להרחיב את תחולת המשכנתה "גם" על הבעלות. נשאלת השאלה מה צורך יש לנושא גם בשעבוד הבעלות, אם המשכנתה על החכירה, שהוא הסתפק בה בעבר, ממשיכה להתקיים כמקודם? נראה הדבר בעינינו

69 ראה ה"ש 60 לעיל.

70 על כך שכוונת הצדדים עשויה למנוע את פעולת המיזוג, ושמיוזג לא יחול כשהדבר עשוי להתנגש עם התחייבות שרוכש הנכס נטל על עצמו, ראה אצל: *Cheshire's Modern Law of Real Property*, 11th ed., 1972, pp. 899-900; *Halsbury's Laws of England*, 3rd ed., XXIII, p. 690.

71 נוסח זה מופיע בהסכמי המשכנתה שנוסחו על-ידי בנק אפוטיקאי כללי בע"מ, ועל-ידי בנק משכנתאות לדירור של אוניקו בע"מ.

כי על אף הנוסח שלעיל קינן בכל זאת השם בלב הנוסח שמש יאונה רע למשכנתה על החכירה, אם החוכר ירכוש את הבעלות, ועל כן קבע את אשר קבע. ואולם, אם אכן עלולה החכירה להיעלם בעקבות רכישת הבעלות, ועמה גם המשכנתה שרבצה על החכירה, הימצא הנושה מזור בקביעה כי לכשירכוש החוכר את הבעלות תחול המשכנתה גם על הבעלות? מה חוקף יש לקביעה שכזאת? היכול אדם ליצור משכנתה תקפה בטרם היה לבעל של הנכס הממושכן? הסוגייה של מישכון נכסים שטרם באו לרשות הממשכן נדונה על-ידנו בהקשר אחר, והצבענו שם על כך שבנוסף לספקות המתעוררים בשאלה זו לגבי כלל סוגי הנכסים, מתעורר קושי מיוחד לגבי מקרקעין, בשל הוראות הרישום של עיסקאות במקרקעין. על-פי דינים אלה מסתבר שמשכנתה במקרקעין אינה ניתנת לרישום על-ידי מי שאינו הבעל של המקרקעין הממושכנים⁷². לפי זה, לקביעה הנזכרת המוכנסת בהסכמי המשכנתה על זכות החכירה יהא לכל היותר ערך של התחייבות מצד החוכר ליצור משכנתה על הבעלות, אם יהיה ביום מן הימים לבעל הנכס. כהתחייבות גרידא, בתבדל מעסקת משכנתה שהושלמה, יש לקביעה זו חולשות⁷³ שמוסדות האשראי, כך יש להניח, מודעים להן. ואולם, אם אכן היו הם מודעים לחולשות אלה נראה הדבר כי בהסכמי המשכנתה הנדונים לא נעשה נסיון מספיק לצמצם את גוקן האפשרי. כפי שנראה בסמוך, כשנביא את התנייה המקובלת על כמה ממוסדות האשראי האחרים, ניתן להשיג הסדר יעיל יותר של נושא זה, בעזרת הסכמים משוכללים יותר.

ההוראה הנזכרת, המופיעה בכמה מהסכמי המשכנתה, לוקה גם בכך שניתנה בה הדעת לבעיית המיזוג בכיוון אחד בלבד, דהיינו למיזוג העשוי להיגרם כתוצאה מכך שהחוכר רוכש את הבעלות. לא הוקדשה כל הוראה למקרה ההפוך שבו נגרם המיזוג כתוצאה מכך שהבעל רוכש את זכות החכירה. מקומה של הוראה כזו אינו בהסכם המשכנתה על החכירה, הסכם שהבעל אינו צד לו, אלא בהסכם החכירה גופו. כבר ציינו לעיל כי בהסכמי החכירה שבשימוש מינהל מקרקעי ישראל נפקד מקומה של הוראה כלשהי בנושא המיזוג.

דרך אחרת שבה מטפלים מוסדות אשראי אחדים⁷⁴ בנושא המיזוג באה לידי ביטוי בהוראה הבאה, המוכנסת על ידם בהסכמי משכנתה על חכירה:

"במקרה שהמשכנתה הניתנת בזה הינה על זכויות חכירה... יחולו... גם תנאים אלה:

א-ג. ...

ד. (1) הממשכן מתחייב שלא לקבל בעלות בנכסים הממושכנים ללא קבלת הסכמת הבנק לכך בכתב ומראש...

(2) במקרה שהממשכן (החוכר) יתפוך להיות בעלים בנכסים הממושכנים מכוח ירושה עפ"י צוואה או עפ"י דין – מתחייב בזה הממשכן להודיע לבנק מיד על כל שינוי שחל כנ"ל בזכויותיו בנכסים הממושכנים ולפי דרישת הבנק, למשכן לטובת הבנק, במשכנתה בדרגה שווה למשכנתה

72 ויסמן, ה"ש 12 לעיל, עמ' 24 ואילך, ראה במיוחד עמ' 28–29.

73 ראה ויסמן, ה"ש 2 לעיל, עמ' 13–15.

74 כגון: בנק משכנתאות לשיכון בע"מ; בנק תל-אביב למשכנתאות ולפיתוח בע"מ.

"חכירה לדורות" למטרת מגורים באספקלריה של עיסקת משכנתה

שלפי שטר זה, את זכויותיו החדשות בנכסים הממושכנים וכן להתום על כל מסמך בנוסח שיקבע הבנק, הנוגע לשינוי ברישום זכויותיו כג"ל ו/או לשינויים כלשהם בגין רישום ו/או תיקון שטר משכנתה זה, הכל לפי דרישתו הראשונה של הבנק.

(3) בכל מקרה של שינוי זכויות הממשכן בנכסים הממושכנים, כאמור בפסקה זו לעיל, מיפה בזה הממשכן את כוחו של הבנק או את מי שיבוא מכוחו, באופן בלתי חוזר, להופיע בשם הממשכן במשרד רישום המקרקעין ו/או בכל מקום אחר ולערוך ולחתום בשם הממשכן כל שטר וכל מסמך אחר הדרושים לשם רישום שינוי זכויות הממשכן, כאמור לעיל, לרבות מישכון זכויות הבעלות בנכסים הממושכנים. הכל לפי שיקול דעתו הבלעדי של הבנק.

בנוסח זה, בהבדל מהנוסח שאותו הבאנו לעיל, אין מבססים את הפתרון על התנחה המוקשית בדבר תקפה של משכנתה על נכס עתידי. ואולם, יפוי-הכוח הניתן לנושה לשעבד את הבעלות במקרקעין, לכשירכוש החוכר את הבעלות, אף שהוא כלי חשוב ביד הנושה, אין להפריז בערכו. אף הוא פועל במישור הזכויות החוזיות בלבד, וסובל על כן מהחולשות האופייניות לזכויות אלה בהבדל מזכויות הקניין⁷⁵. הפעלתו של יפוי-הכוח מותנית בידיעת הנושה כי החוכר רכש את הבעלות, וגם דבר זה מגביל את יעילות ההסדר המבוסס על יפוי-הכוח. גם הנוסח האחרון, אף שהוא משופר מהנוסח הראשון, אין בו מענה לאפשרות המיווג בכיוון ההפוך – במקרה של רכישת החכירה על-ידי הבעל.

נושא המיווג מדגים את שנאמר לעיל בדבר הצורך בהתערבות המחוקק להסדרת התופעה השכיחה של חכירה לדורות, ובדבר קוצר ידם של הסכמים למלא את שהחסיר המחוקק בענין זה⁷⁶. אם אין מוציאים מכלל חישוב את האפשרות כי מיווג עשוי שיתול בין חכירה שמושכנה לבין הבעלות, ניתן בעזרת הסכמים לצמצם במידה ידועה את ניזוקו האפשרי של המיווג, אך סכנתו העיקרית עודנה קיימת – כפי שנוכחנו לדעת מבדיקת ההוראות וההסכמיות שבנושא הזה.

ג. שינוי תנאי החכירה: כדי למנוע את החוכר והמחכיר מלהכניס להסכם החכירה שינויים העלולים לפגוע במעמדו של מקבל המשכנתה רצוי שמקבל המשכנתה ישיג התחייבות שדבר כזה לא ייעשה בלא הסכמתו⁷⁷. כדי שיעילותה של התחייבות כזאת תהא רבה יותר, מן הראוי שיתנו הן החוכר והן המחכיר⁷⁸.

בבדיקת ההסכמים המקובלים בארץ בנושא זה מצאנו כי בעוד שמקבלי משכנתאות עומדים בדרך כלל על כך שהחוכר – הממשכן יתן התחייבות כזאת, אין הם מקבלים מן המחכיר התחייבות דומה.

75 כך, למשל, על אף שיפוי הכוח הוא בלתי חוזר, לא יתא החוכר עצמו משולל יכולת לבצע עיסקאות שאינן מתיישבות עם יפוי-הכוח.

76 ראה לעיל, בסמוך לה"ש 10.

77 על המצב המשפטי באין התחייבות כזאת עמדנו לעיל, בסמוך לה"ש 64.

78 Cf. Wayte, *supra* n. 60, at p. 66; Kelly, J. G., "Some Aspects of Leasehold Financing", 33 (1957), *Notre Dame Law*, 34, 40-41; Jacob Hoffman Brewing Co. v. Wuttge, 234 N.Y. 469, 138 N.E. 411 (1923).

כמגמה כללית, מן הראוי שהסכם החכירה יכלול ככל האפשר פחות הוראות הפותחות פתח למשא ומתן בין המחכיר לחוכר, שתוצאתו עשויה להיות הכנסת שינויים בתנאי החכירה (כגון הערכה מחדש של דמי החכירה, וכדו'). הנסיון במדינות אחרות מלמד כי הוראות כאלה ירתיעו מקבלי המשכנתאות מלקבל משכנתה על חכירה.⁷⁹

ד. מעמדו של מקבל המשכנתה במקרה של הפרת תנאי החכירה על-ידי החוכר: עקב אכילס במשכנתה על חכירה היא האפשרות שהחוכר יפר את תנאי החכירה, ושבתגובה לכך תבוטל החכירה על-ידי המחכיר. דבר זה יביא לכך שהמשכנתה שרבעה על החכירה תישאר תלויה על בלימה. באילו דרכים ניתן למנוע סכנה זו?

הגנה יעילה למקבל המשכנתה בפני הסכנה של ביטול החכירה היא במניעת הסכנה, דהיינו ביצירת מצב שבו ביטול חכירה בגין הפרתה על-ידי החוכר לא יהיה אפשרי. ואכן במספר מדינות נקבע כי חכירה לתקופה ממושכת לא תובא לקיצה בשל הפרת תנאיה.⁸⁰ התוצאה של הפרה תהיה תביעה לכעד אישי כנגד החוכר,⁸¹ או העברת החכירה לאחר בכפוף למשכנתה (דהיינו הליך הדומה למימוש המשכנתה)⁸², אך לא פקיעת החכירה.⁸³

טיפול אחר, פחות יעיל, בסכנה הנדונה מבחין בין שני סוגי הוראות שבהסכמי חכירה, הוראות שמלווין איגו חייב להיות על-ידי החוכר עצמו, והוראות שביחס אליהן אין אדם אחר יכול לבוא במקום החוכר. לגבי הוראות מהסוג השני – כגון הוראה שהחכירה תבוא לקיצה אם החוכר יפשוט את רגלו – יעמדו מקבלי המשכנתאות על כך שבחכירות המוצעות להם למטרת משכנתה לא ייכללו הוראות מעין אלה.⁸⁴ לגבי הוראות מהסוג הראשון – כגון חיוב לתשלום דמי חכירה, דמי ביטוח, או מסים – שאותן יכול למלא גם מקבל המשכנתה, ידרוש מקבל המשכנתה שביטול החכירה עקב אי-מלויין יהא אפשרי רק לאחר שתינתן לו הודעה מוקדמת על הפרתו, ושבהודעה תינתן לו הזדמנות לתיקון ההפרה. הסדר זה יצטרך להיקבע בהסכם החכירה גופו.⁸⁵

כיצד מטפלים בבעיה זו בישראל? התרופות שהשתמשו בהן עד כה עוסקות בסימ-פטומים של הבעיה, אך לא בשרכייה. אפשרות הביטול של חכירה לדורות, בגין הפרת תנאיה, לא נשללה בדין, וגם בהסכמי החכירה לא ניסו למונעה.⁸⁶ אדרבא, בהסכם החכירה שבשימוש מינהל מקרקעי ישראל בעת כתיבת דברים אלה הרבו לקבוע הוראות שהפרתן תיחשב כהפרה יסודית, המעניקה למחכיר את הזכות לבטל את החכירה (כגון: אי-קיום הוראת כל דין המטילה חיוב כלשהו על בעל מקרקעין; אי-תשלום דמי חכירה שנתיים, וכו'). יתר על כן, הסכם החכירה איגו נותן לחוכר שהפר "הפרה יסודית"

79. Wayte, *op. cit.*, 66

80. Westerling, *supra* n. 9, at 59

81. Planiol et Ripert, *supra* n. 60, at p. 396

82. Cf. Mark, *supra* n. 44, at p. 615

83. Anderson, *supra* n. 13, at p. 23

84. Anderson, *supra* n. 13, at p. 5; Kelly, *supra* n. 78, at p. 45; Friedman, *supra* n. 54 at p. 267-68

85. Mark, *supra* n. 44, at p. 614; Anderson, *supra* n. 13, at p. 23; Wayte, *supra* n. 60, at p. 64; Friedmann, *supra* n. 54, at p. 267

86. האפשר לקבוע בהסכם החכירה שתורפת הביטול לא תעמד למחכיר? ראה על כך: א' ידון, חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970 (בעריכת ג' טוסקי), עמ' 15 ואילך.

"חכירה לדורות" למטרת מגורים באספקלריה של עיסקת משכנתה

הזדמנות לתקן את ההפרה⁸⁷. אין צורך לומר שההסכם אינו נותן לאדם שלישי (כגון למקבל המשכנתה) הזדמנות לרפא הפרה יסודית. בהסכם החכירה אין התחייבות מצד המחכיר לתת הודעה למאן דהוא (פרט לחוכר) על הפרת ההסכם, ועל הכוונה לבטל. אם בדרך כלשהי יודע מקבל המשכנתה על הפרת של הסכם החכירה על-ידי החוכר, יוכל מקבל המשכנתה למלא במקום החוכר חייבים מסויימים שהופרו, בהסתמך על סעיף 40 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, הקובע כי חייב יכול שיקויים שלא על-ידי החייב, זולת אם לפי מהות החיוב, או לפי המוסכם בין הצדדים, על החייב למלאו אישית. בסיס נוסף שבהסתמך עליו יוכל מקבל משכנתה למלא חייבים מסויימים של החוכר כלפי המחכיר הוא ביפוי-הכוח שהחוכר נותן, בדרך-כלל, למקבל המשכנתה, כחלק מהסכם המשכנתה. הסכמי המשכנתה כוללים, בדרך כלל, הרשאה למקבל המשכנתה לעשות בשם הממשכן את הפעולות המנויות בהסכם המשכנתה, שהממשכן חייב בעשייתן כלפי צד ג'. בהסכמי משכנתה על זכות חכירה מופיעים בדרך כלל התחייבויותיו של החוכר כלפי המחכיר כחלק מאותם חייבים שמקבל המשכנתה מוסמך למלאם במקום החוכר⁸⁸. ואולם, אם למקבל המשכנתה לא יודע בעוד מועד על הפרה שבוצעה על-ידי החוכר, או כשההפרה היתה כזאת שאין בידי מקבל המשכנתה לרפאה, מה יש לאל ידו לעשות כדי לשמור על האינטרס שלו כמקבל משכנתה?

על זכותו של מקבל המשכנתה להיות מוזמן כצד, בתביעתו של המחכיר כנגד החוכר לביטול זכות החכירה עמדנו כבר לעיל⁸⁹. ואולם, הנוכחות בתביעה, כשהיא לעצמה, אין בה תועלת רבה אם אין למקבל המשכנתה גם טענות לגופו של ענין.

פתרון חלקי למצוקתו הקשה הזאת של מקבל משכנתה על זכות חכירה הושג בישראל בעזרת מערכת הסכמים שעליה נעמד להלן:

(א) בהסכמי החכירה שבשימוש מינהל מקרקעי ישראל נקבע כי במקרים של ביטול החכירה, אם המחכיר ישוב וימכור את הדירה או יחכיר אותה, יהא החוכר (שההסכם עמו בוטל) זכאי לקבל מתוך הסכום ששיג המינהל תשלום כדי שווי הדירה בעת ביטול החוזה⁹⁰, לאחר ניכוי הסכומים שהחוכר חייב למינהל.

(ב) להוראה הנזכרת שבהסכם החכירה באה השלמה במסמך נוסף המופנה אל המחכיר, והחתום על-ידי החוכר, ושבנו נותן החוכר "הוראה בלתי חוזרת" למחכיר לשלם את הסכום שיגיע לו מאת המחכיר עם ביטול החכירה, באמצעות הבנק שקיבל משכנתה על זכות החכירה. כן נאמר במסמך כי לבנק תהיה זכות לנכות מן הסכום הזה את המגיע לו מאת החוכר על-פי הסכם המשכנתה.

87 ראה סעיף 7 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, המעניק למפר חוזה הזדמנות לתקן את שעיוות, בטרם יוכל הנפגע לבטל את החוזה, אך זאת רק לענין הפרות שאינן יסודיות. בהסכמי החכירה שבשימוש המינהל נקבע רק זאת שיש לתת לחוכר הודעה מוקדמת של 30 יום על החלטתו של המחכיר לבטל את ההסכם בגלל הפרה יסודית.

88 כן נקבע בהסכמי המשכנתה כי סכומים שמקבל המשכנתה שילם במקום הממשכן יתווספו על החיוב המובטח על-ידי המשכנתה.

89 בסמך לה"ש 56.

90 אך לא תשלום עבור השווי של החלק היחסי של הקרקע, שהחוכר ביחד עם הדירה עצמה. הרקע להבחנה זו מוסבר, כנראה, בהפרדה המעשית (אך לא משפטית) שבין "מכירת הדירה" לבין החכרת הקרקע. עמדנו על כך לעיל, בסמך לה"ש 19.

(ג) המינהל מתחייב כלפי מקבל המשכנתה, במסמך נפרד, כי אכן יפעל על-פי "ההוראה הבלתי חוזרת" שקיבל מאת החוכר.

(ד) לבסוף, יש והסכמי המשכנתה מתארים את הנכס הממושכן ככולל כל טובת הנאה שתהיה לממשכן בגין הנכס הממושכן. תיאור זה עשוי להתפרש כמקיף גם את הסכום שאפשר שהממשכן יקבל מאת המחכיר עם ביטול החכירה. קביעה מפורשת בהסכם המשכנתה שהמשכנתה תחול גם על הסכום שהחוכר יהא זכאי לו עם ביטול החכירה אינה מופיעה, בדרך כלל, בשטרי המשכנתאות שבשימוש מוסדות האשראי בישראל.

התוצאה המצטברת מצירוף המסמכים האלה מעניקה למקבל המשכנתה בטחון מסוים למקרה של ביטול החכירה בגין הפרת תנאיה על-ידי החוכר. אמנם, הבטחון מושג לא על-ידי מניעת ביטול החכירה, אלא על-ידי גיבול זכויות ההשבה של החוכר, אך למעשה, כך ניתן לטעון, אין הפתרון הישראלי שונה, מבחינה מהותית, מהפתרון של מניעת ביטול חכירה שהופרה. על-פי הגישה המונעת את ביטול החכירה תמשיך המשכנתה לרבוץ על זכות החכירה על אף הפרתה של תנאיה על-ידי החוכר, ומקבל המשכנתה יוכל לממש את זכותו על-ידי מכירת החכירה בהליכי הוצאה לפועל רגילים של מימוש משכנתאות. בהשוואה לכך, על-פי ההסכמים הנוהגים בישראל יוכל מקבל משכנתה, שזכותו פקעה עקב ביטול החכירה, להיפרע מתוך הסכום ששייג מינהל מקרעי ישראל, בהוציאו את הנכס בחזרה למחזור.

האם לפנינו הבדל בטכניקה בלבד, או שמא נבדלים הפתרונות גם בתוצאתם הסופית? לדעתנו ההבדל אינו בטכניקה בלבד, והפתרון ההסכמי שהגיעו אליו בארץ אינו מניח את הדעת לגופו. על-פי הפתרון ההסכמי מוהנים סכויי של מקבל המשכנתה להיפרע את חובו ברצונו של המחכיר להוציא את הנכס בחזרה למחזור. מקבל המשכנתה ייפרע רק אם יחליט המחכיר למכור (או להחכיר) את הנכס, במועד שייבחר על-ידי המחכיר, ובתנאי שהמחכיר ישתדל להשיג בעת מכירת הנכס סכום שיהא בו כדי לכסות את חוב המשכנתה. למקבל המשכנתה אין שליטה על כל האירועים האלה שבהם מותנית זכותו. הסכם החכירה (הסכם (א)) קובע, שאם יימכר הנכס מחדש, הרי שמתוך הסכומים שיתקבלו יש לשלם לחוכר סכום מסוים. אין הסכמי החכירה מחייבים את בעל המקרקעין למכור או להחכיר את הנכס מחדש, ואין כל הסדרים לפיקוח על אופן המכירה או ההחכירה של הנכס. בהבדל ניכר, על-פי הפתרון המשאיר את החכירה בתוקף, על אף הפרתה על-ידי החוכר, יכול מקבל המשכנתה לממש את זכותו, כשהחכירה נמכרת על-ידי לשכת ההוצאה לפועל, על-פי ההליכים המבוקרים למימוש משכנתאות, שנקבעו בחוק.

ועוד, אין לדעת בבירור אם אכן יש בהסדרים ההסכמיים שתוארו לעיל כדי לשמור על המעמד של מקבלי המשכנתאות כ"נרצים מובטחים", במקרה של פשיטת רגל על-ידי החוכר. החוכר נותן, כזכור, "הוראה בלתי חוזרת" (מסמך (ב')) למחכיר להעביר את הסכומים שיגיעו לו מאת המחכיר עם ביטול החכירה, באמצעות הבנק שהחכירה מושכנת לטובתו, ולבנק ניתנת הזכות לנכות מן הסכומים האלה את חוב המשכנתה. מהו טיבה המשפטי של "הוראה בלתי חוזרת" זו? זוהי המתארת חוב (חוב מותנה) מאת החוכר אל מקבל המשכנתה, שמטרתה לשמש ערובה לקיום חיובו של החוכר כלפי מקבל

"חכירה לדורות" למטרת מגורים באספקלריה של עיסקת משכנתה

המשכנתה⁹¹. על המחאה שמטרתה לשמש ערובה לקיום חוב חלות ההוראות שבחוק המשכון, תשכ"ז-1967, בהתאם לאמור בסעיף 2(ב) לחוק זה: "הוראות חוק זה יחולו על כל עיסקה שכוונתה שעבוד נכס כערובה לחיוב, יהא כינויה של העיסקה אשר יתא"⁹². על-פי חוק המשכון יהא לעיסקה זאת תוקף כלפי נאמן בפשיטת רגל רק אם היא תירשם אצל רשם המשכונות⁹³. בלא רישום כזה אין בהוראה הבלתי חוזרת, ובהתחייבותו של המחכיר לנהוג על פיה, כדי לשריין את מעמדו של מקבל המשכנתה למקרה של פשיטת רגל על-ידי החוכר.

שמה ניתן לטעון, כי בהסכמי משכנתה, שנאמר בהם כי המשכנתה חלה על כל טובת הנאה שתהיה לממשכן בגין הנכס הממושכן, יהיה אכן למקבל המשכנתה מעמד של נושה מובטח לגבי הסכומים המגיעים לחוכרים מאת המחכיר, עם ביטול חכירתם?⁹⁴ שהרי למשכנתה על זכות החכירה תוקף מלא לאחר שהיא נרשמת בלשכת רישום המקרקעין, כדרוש על-פי חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969⁹⁵; האין רישום זה נותן למשכנתה, על כל ההוראות שבה, תוקף מלא בעת פשיטת רגלו של הממשכן?

טענה זו ספק אם ניתן לקבלה. נכון הדבר שלמשכנתה על זכות חכירה במקרקעין תוקף מלא עם רישומה בפנקסי המקרקעין, ואולם, שאלתנו היא אם די ברישום שבפנקסי המקרקעין כדי לתת תוקף מלא לשעבוד על זכות לקבלת כסף, שתקום לחוכר עם היעלם זכות החכירה?

כדי שלמישכון זכות לקבלת כסף יהא תוקף מלא נדרש בדרך כלל רישום אצל רשם המשכונות ולא אצל רשם המקרקעין. האפשר לטעון כי משנוצר שעבוד תקף על נכס כלשהו, ממשיך השעבוד לחול גם על הנכסים הבאים במקום הנכס המקורי ששועבד, בלא שיהא צורך בנקיטת פעולות כלשהן להשלמת תוקפו של השעבוד על הנכס שהתחלף? משנוצרה משכנתה תקפה על זכות החכירה, האם תיחשב המשכנתה כבעלת תוקף מלא גם על הזכות שנוצרה בעקבות ביטול החכירה, לקבלת סכום כסף מסוים מאת המחכיר?

תשובתו של המחוקק לשאלה זו היתה כי במקרים מסויימים של חילופי הנכס הממושכן בנכס אחר, שפורטו בחוק, אכן ממשיך המשכון לחול על הנכס החדש. מקרים אלה פורטו בסעיף 9(א) לחוק המשכון, ולפיו: "אבד המשכון או ניוק או הופקע ויש

91 עדות ברורה לכך שהכוונה שביסוד ההמתאה הנדונה היא ערובה לחובו של החוכר מצויה בנוסח ההמתאה המקובל, למשל, בבנק יעסור, שבו נאמר: "הוראה זו באה להבטיח את זכויות הבנק ולהבטיח את פרעון ההלוואה הניתנת לי על-ידי הבנק...". ראה גם: *Uniform Commercial Code, 1972, Official Text with Comments, sec. 9-102, p. 584*, המצביע על כך, שבנושא של המתאה חייבים לעיתים קרובות אין זה קל להבחין בין המתאה רגילה לבין המתאה המשמשת כערובה לחיוב, והנטייה היא להרחיב את התחולה של דיני המשכון על המתאה חייבים.

92 מ' בן-פורת, "המתאה חייבים", עיני מדע, ד (1976), עמ' 671, 677-678. והשווה: י' ווסמן, הפרקליט, ל' (1975), 169, 170. וכנגד זה ראה: ויסמן, קובץ ההרצאות בימי העיון לשופטים 1975, דיני מישכון (עתה בדפוס).

93 סעיפים 4(3), 24.

94 ולמעשה נוסח מעין זה רווח בארץ, בהסכמי המשכנתה של מוסדות האשראי.

95 סעיפים 6, 7, 91.

96 סעיפים 1(4), 24 לחוק המשכון, תשכ"ז-1967.

לחייב בשל כך זכות לפיצוי או לשיפוי כלפי צד שלישי, יחול המיטת על הזכות האמורה.⁹⁷ קשה לומר כי המקרה שאנו דנים בו נופל בבירור לתוך אחד המקרים שנמנו בחוק. ואולם, אף אם יינתן פירוש מרחיב למקרים אלה (ולדעתנו מן הראוי לעשות כן⁹⁸), ונגזר כי המקרה שאנו דנים בו הוא מקרה שבו "הופקע" המיטת ויש לחזק בשל כך זכות לשיפוי כלפי המהכיר (כאמור בסעיף 9), גם אז לא תהא התוצאה שלמיטת תוקף מלא על הזכות לקבלת סכום כסף מאת המהכיר. את סעיף 9(א) הנ"ל משלים סעיף 9(ג) בקובעו: "נתחלף המיטת מכוח סעיף זה, על החייב לעשות, לפי דרישת הגוש, את הפעולות הדרושות כדי שכוונו של המיטת יהא יפה כלפי גושים אחרים של החייב". לפי זה, כל עוד לא נרשם המיטת על הזכות לכסף אצל רשם המיטת לא יהא למיטת תוקף מלא, והוא ייחשב כמיטת בהסכם גרידא, שאינו מחייב נאמן בפשיטת רגל⁹⁹.

אם נצא מן ההנחה שהמקרה שאנו דנים בו אינו נימנה על המקרים הנדונים בסעיף 9 לחוק המיטת, הרי שיידרש רישום המיטת אצל רשם המיטת בבחינת על אחת כמה וכמה, בהעדר הנחה של חילופי המיטת מכוח הוראה שבחוק.

אין לקרוא אל תוך התיאור הזה של המצב המשפטי גם תמיכה בו. לא נראה לנו כסביר שמקבל משכנתה על חכירה במקרקעין יאלץ לרשום את הבטוחה שלו רישום כפול, פעם אצל רשם המקרקעין – לגבי החכירה עצמה, ופעם נוספת אצל רשם המשכונות – לגבי הזכות לכסף העשויה לבוא במקום החכירה. לדעתנו נדרשת הרחבה של סעיף 9 של חוק המיטת כדי שיקיף כל מקרה שבו הומר הנכס המקורי בנכס אחר. כן ראוי לבחון מחדש את ההוראה שבסעיף 9(ג), המחייבת נקיטת פעולות להשלמת תקפו של מיטת שנתחלף. כאשר המקור של הנכס החדש ניתן לגלוי בנקל, כפי שהדבר במקרה של זכות לכסף הבאה במקום חכירה שבוטלה, עשוי אדם שלישי, ללא קושי מיוחד, לאתר את הרישום של הנכס המקורי (החכירה), ולוודא בדרך זו אם הזכות שבאה במקום החכירה כפופה למיטת. ואפילו נניח כי תהליך זה כרוך בטירחה שיש בה הכבדה, הרי שבהשוותנו טירחה זו לנטל העצום שייגרם אם נדרוש שכל משכנתה במקרקעין תירשם גם אצל רשם המיטת, דומה כי עדיפה הגישה הגורסת שבבסיסיות כאלה ניתן להסתפק ברישום המיטת על הנכס המקורי¹⁰⁰.

בחולשות שמנינו בהסדר ההסכמי המקובל בישראל, של מיטת זכות החכירה, חלה תפנית מסוימת לטובה, כתוצאה מחקיקת חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970. סעיף 9(א) לחוק זה קובע, בחלקו הנוגע לנו: "משבוטל החוזה... הנפגע חייב להשיב למפר מה שקיבל על-פי החוזה, או לשלם לו את שוויו של מה שקיבל אם ההשבה היתה בלתי אפשרית או בלתי סבירה...". על-פי הוראה זו חייב המהכיר להשיב לחוכר "מה שקיבל על-פי החוזה", עם ביטול החכירה. מהו הדבר

97 על מקרים נוספים של חילופי מיטת שהוסדרו בחוק ראה: ויסמן, ה"ש 12 לעיל, בעמ' 208 ואילך.

98 מן הטעמים שעמדנו עליהם שם, בעמ' 209.

99 שם, עמ' 218.

100 Cf. Uniform Commercial Code, 1972, sec. 9-306. מקבלי משכנתאות לא יסתכנו בדחיית הרישום אצל רשם המיטת עד למועד ביטול החכירה, שהרי אפשר שלא יוודע להם בעוד מועד על ביטול החכירה.

"חכירה לדורות" למטרת מגורים באספקלריה של עיסקת משכנתח

שקיבל המחכיר על-פי חוזה החכירה? זוכרים אנו את הדרך הטיפוסית שבאמצעותה רוכש אדם בישראל את דירתו. מינהל מקרקעי ישראל מוסר קרקע לקבלן, הבונה על הקרקע בית דירות. קונה הדירה מתקשר בשני הסכמים – בהסכם אחד עם הקבלן, לו הוא משלם עבור הדירה שהקבלן בנה על הקרקע, ובהסכם שני עם מינהל מקרקעי ישראל, ממנו חוכר הוא את המקרקעין. מינהל מקרקעי ישראל מקבל, איפוא, בעקבות הסכם החכירה שני דברים: (א) דמי חכירה עבור השימוש בקרקע, (ב) בעלות על הדירה שנבנתה על הקרקע בכספי החוכר¹⁰¹. משבוטל הסכם החכירה חייב, על כן, מינהל מקרקעי ישראל להשיב הן את דמי החכירה ששולמו מראש עבור תקופת החכירה שטרם חלפה, והן את שווי הדירה (בהתחשב עם הזמן שנותר לחוכר לגור בה, אלמלא בוטלה החכירה).

אף אם מבחינה לשונית נראית ההוראה שבסעיף 9, כי על הנפגע להשיב למפר מה שקיבל על-פי החוזה, כהולמת יותר את דמי החכירה מאשר את שווי הדירה שנבנתה על הקרקע מכספי המפר, מן הראוי שניזקק לפרשנות מרחיבה כדי להכליל במסגרת סעיף זה גם את שווי הדירה. אין זה מתקבל על הדעת שהמינהל, אשר החכיר את הקרקע בלבד, יגרוף אגב ביטול החכירה את רכושו של הדייר, ויתעשר על חשבוננו, בלא שהדבר יהא מותנה כלל בשאלה אם נגרמו למינהל הפסדים כלשהם עקב הפרת תנאי החכירה על-ידי החוכר¹⁰². על-ידי מתן פירוש מרחיב לסעיף 9, אשר קבע הסדר לענין חובת ההשבה במקרה של הפרת חוזה, נימנע מן התוצאה הבלתי רצויה של הצורך להשלים סוגיה זו בעזרת דיני מעין חוזים שבמשפט האנגלי¹⁰³, כששתי שיטות משפט – הישראלית והאנגלית – משמשות בערבוביה באותו נושא.

תחולתו של סעיף 9 על חכירה שבוטלה תחזק את מעמדו של החוכר ושל מקבל המשכנתה, כי על-פי סעיף זה לא תהא עוד חובת ההשבה מותנית בכך שהמחכיר יחזיר את הנכס למחזור, על-ידי מכירה או החכרה מחדש, כפי שהדבר על-פי ההסדר ההסכמי שעליו עמדנו לעיל. וכן, על-פי סעיף 9, מכיוון שהשבת הדירה לחוכר אינה אפשרית, יצטרך המחכיר לשלם לו את שווייה. שווי זה יהא, כנראה, על-פי ערך הדירה במועד ביטול החכירה (כאשר מביאים בחשבון את התקופה שבה עשוי היה החוכר לגור בה, אלמלא בוטלה החכירה)¹⁰⁴.

בהתנגשות שבין ההסדר ההסכמי (שעל-פיו מותנית זכות החוכר להשבה בפעולות שהיוזמה לנקיטתן צריכה לבוא מאת המחכיר) לבין ההסדר שעל-פי סעיף 9 לחוק החוזים (שעל-פיו עומדת לחוכר זכות ההשבה בלא שמימושה יהא מותנה ברצונו של המחכיר) תהיה, כפי הנראה, ידו של ההסדר שבחוק על העליונה. דעת הפרשנים היא כי

101 חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, סעיף 12.

102 על פירוש מרחיב מעין זה לסעיף 9, ממליץ גם פרופ' א' ידון, ה"ש 85 לעיל, עמ' 70-71.

103 על חובת ההשבה במקרה מעין זה, על-פי המשפט האנגלי, ראה: ד' פרידמן, דיני עשיית עושה ולא במשפט, 1970, עמ' 120.

104 ידון, ה"ש 85 לעיל, בעמ' 72. והשווה: צלטנר, ה"ש 60 לעיל, עמ' 430. ואולם, אפשר שגם אליבא דצלטנר יהא מקום להתחשב, במקרה שלנו, בשווי כפי שהוא במועד הביטול, לאור העובדה שבהסכמי החכירה של המינהל נקבע שזה יהא קנה-המידה לחובת ההשבה המוסדרת בהסכם החכירה. על האפשרות להתנות על סכום ההשבה, כשהשבה בעין אינה אפשרית, ראה: ידון, שם, עמ' 69.

אין להתנות על חובת ההשבה שעל-פי סעיף 9, בהיותה מוסדרת על-ידי הוראות חוק כופות (בדומה להוראות האחרות שבחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה)¹⁰⁵). סעיף 9 מחזק, איפוא, בעקיפין את ערכן של משכנתאות על זכויות חכירה. ואולם, אין בסעיף זה מענה לחולשה האחרת שמנינו בהסדר ההסכמי הנוהג בארץ, הנובע מבעיית רישום המשכון על זכות ההשבה, ומן הספק אם הרישום של המשכנתה על זכות החכירה בלשכת רישום המקרקעין די בו גם לצורך המישכון של זכות ההשבה.

ה. ביטוח: נושא אחר שהמחוקק לא נתן עליו עד כה את דעתו, ושהסדרו בהסכמים אינו מניח את הדעת, הוא ביטוח הנכס המוחכר. בהסכמי החכירה לא נדרש החוכר לבטח את הנכס. ואולם, בהסכמים אלה נקבע כי אם יינזק הנכס באופן רציני, חייב החוכר לתקנו תוך שלוש שנים. לא יתקן החוכר את הנכס, רשאי המחכיר לבטל את החכירה, והחוכר יהא זכאי אז להשבת הערך היחסי של הקרקע המוחכרת, בהתחשב בתקופת החכירה שגותרה. לעומת זאת, בהסכמי המשכנתה נקבע, בדרך כלל, כי על החוכר לבטח את הנכס על מלוא ערכו. ואולם, אם יינזק הנכס אין זה כלל ברור שהחוכר יוכל להשתמש בכספים שיקבל מחברת הביטוח כדי לשקם את הנכס. ברוב המקרים קובעים הסכמי המשכנתה כי הבנק (מקבל המשכנתה) יהא המוטב על-פי פוליסת הביטוח, וכי הבנק יהא רשאי להחליט, על-פי שיקול דעתו, אם להשתמש בכספי הביטוח לפרעון ההלוואה שהוא נתן להוכר, ואפילו טרם הגיע מועד פרעונה, או שמא להניח לחוכר להשתמש בכסף כדי לתקן את הנכס שנפגע. התוצאה היא, איפוא, שהחוכר תלוי ברצונו של מקבל המשכנתה בשאלה אם יוכל לעמוד בהתחייבותו כלפי המחכיר לתקן את הנכס אם יינזק, או שמא ידאג ללא בית, וללא אמצעים לשיקום הבית, כשהוא נתון לסכנה של אבדן זכות החכירה.

לבנק אינטרס לגיטימי שאם יחול שינוי בנכס שמושכן לו, ובמקום הנכס המקורי (הדירה הממושכנת) יבוא נכס חדש (דמי הביטוח), יועתק המשכון אל הנכס החדש¹⁰⁶. ואולם, אם ניתן להשתמש בנכס החדש (דמי הביטוח), כדי "להחזיר" את הנכס המקורי (הדירה שתיבנה בעזרת דמי הביטוח), מה אינטרס יש לבנק למנוע זאת? מדוע להשאיר להכרעתו של הבנק את השאלה אם לאפשר לחוכר להשתמש בדמי הביטוח לשיקום הנכס? הבנק זכאי, כמובן, לוודא כי דמי הביטוח שיימסרו לחוכר אכן ינוצלו על-ידו לצורך שיקום הנכס, ושלא ייעשה בכסף שימוש שלא למטרה זו. את זאת ניתן להשיג, למשל, על-ידי כך שדמי הביטוח יימסרו לנאמן אשר יכוון את הכסף רק למטרה של שיקום הבית. זהו פתרון שנוסה כבר מחוץ לישראל, ונמצא מניח את הדעת¹⁰⁷. המצב אצלנו בנושא זה אינו מניח את הדעת, והוא משקף את עמדת המיקוח החלשה של רוכש הדירה, הניצב מול המחכיר מצד אחד, ומול מקבל המשכנתה מצד שני.

105 ידיו, שם, עמ' 69.

106 ואת זאת מבטיח לו סעיף 9 לחוק המשכון.

107 Mark, *supra* n. 44, at p. 617; Wayte, *supra* n. 60, at p. 66; Friedmann, *supra* n. 54, at p. 276.

"חכירה לדורות" למטרת מגורים באספקלריה של עיסקת משכנתה

5. מימוש משכנתה על חכירה

מימוש משכנתה על חכירה חייב להיעשות על-פי פסק-דין של בית-משפט או על-פי צו ראש ההוצאה לפועל. דבר זה עולה מסעיף 90 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969¹⁰⁸. בעוד שעל-פי הדין הכללי רשאי הממשכן להסכים עם נושהו על דרכי מימוש מיוחדות, ובלבד שההסכם על דרך המימוש נערך לאחר הגיע המועד לקיום החיוב המובטח¹⁰⁹, שולל לכאורה סעיף 90 יכולת זו כשמדובר במשכנתה במקרקעין. בהסתמך על הוראה זו יוכל לכאורה החוכר לעמוד על כך שהמימוש ייעשה על-פי צו בית-המשפט, או צו ראש ההוצאה לפועל.

ואולם, הימנע סעיף 90 את האפשרות שבעת המימוש יתן החוכר את הסכמתו לדרך מימוש מיוחדת, למשל על-ידי כך שהוא יסכים להעביר בעצמו את זכות החכירה אל מקבל המשכנתה, או אל אדם שלישי כלשהו, תמורת סכום מוסכם? חוכר ומקבל משכנתה, שיהיו מעוניינים יחדיו לממש את המשכנתה בדרכים "פרטיות", יוכלו לבצע את זממם אף בלא שהדבר ייראה כלפי חוץ כמימוש משכנתה. כך, למשל, יוכלו להסכים על ביטול המשכנתה ועל מכירת החכירה לאחר מכן לידי אדם שלישי. היעלה על הדעת שבנסיבות שכאלה יוכל החוכר, בהסתמך על סעיף 90, לערער על תוקף המימוש, ולהוציא את החכירה מידי האדם השלישי שרכש אותה, אף שלרכש לא היתה דרך לגלות שהעברת החכירה אליו היתה במסגרת הליכים "פרטיים" למימוש משכנתה?

דומה, בעינינו, כי את סעיף 90 לחוק המקרקעין יש לפרש כך שהוא שולל תקפה של הסכמים על דרכי מימוש מיוחדות, אם הסכמים אלה נערכו לפני הגיע המועד למימוש המשכנתה. לעומת זאת, אם נערך הסכם על דרך מימוש מיוחדת, בהגיע המועד למימוש לא ניתן יהיה לערער על תקפו של ההסכם.

פירושנו זה לסעיף 90 דוחה את ההשערה כי בסעיף זה ביקש המחוקק למנוע, לגבי מקרקעין, את תחולת סעיף 16(ב) של חוק המשכון (המאפשר לצדדים להתנות על דרכי המימוש שנקבעו בחוק, ובלבד שההתנאה נעשתה לאחר המועד שנקבע לקיום החיוב)¹¹⁰. תפקידו של סעיף 90 לחוק המקרקעין להבהיר כי אף שמימוש משכון בנכס שאינו מקרקעין, חייב, בדרך כלל, להיעשות על-פי צו בית-משפט, כאמור בסעיף 17 לחוק המשכון, יכול מימוש משכנתה במקרקעין להיעשות גם על-פי צו ראש ההוצאה לפועל, ואין זה הכרחי לפנות תחילה לבית-המשפט.

6. סיכום

עד כה ביקש המחוקק להסדיר את החכירה לדורות – הרווחת מאוד בישראל – בשתי דרכים עיקריות: (א) על-ידי החלת מערכת הדינים המסדירה שכירות לתקופה קצרה גם על החכירה לדורות; (ב) על-ידי החלת מערכת הדינים המסדירה את זכות הבעלות גם על היבטים מסויימים של החכירה לדורות. גישה זו מובנת מכיוון שלחכירה לדורות

108 ראה גם סעיף 81(א) לחוק המקרקעין.

109 סעיף 16(ב) לחוק המשכון.

110 זו היתה השערה שהעלינו בעבר. ראה ויסמן, ה"ש 12 לעיל, בעמ' 316–317.

אכן שתי פנים, אחד גיסא היא בגדר "שכירות", ובחור שכזאת טבעי הרבר שדיני השכירות הכלליים יחולו עליה, וכאידך גיסא היא שכירות לתקופה של שנים רבות, דבר המקרב אותה למעמד של "בעלות". ואולם, חולשתה של גישת המחוקק בנטייה להקיף את נושא החכירה לדורות, על כל היבטיו, תוך שימוש בשתי מערכות דינים אלה בלבד – דיני השכירות ודיני הבעלות. בנוסף על שתי הפנים שניתן לגלות בחכירה לדורות, פן השכירות ופן הבעלות, יש בה פן שלישי שתכונותיו מיוחדות. תכונות מיוחדות אלה של החכירה לדורות, המבדילות אותה הן מהשכירות הקצרה והן מן הבעלות, לא זכו עד כה לתשומת לב ראויה מאת המחוקק, כשהתוצאה היא שהיבטים שונים של החכירה לדורות אינם מוסדרים כהלכה במשפטנו.

דבר זה מודגם יפה בנושא של מישכון החכירה לדורות. בדיני השכירות הכלליים לא נוכל להיעזר לענין זה כי אין בהם טיפול מיוחד בנושא מישכון השכירות, ואילו בדיני המשכנתה על בעלות לא נמצא מענה הולם לשאלות המיוחדות למשכנתה על זכות החכירה. כך, למשל, ההסדר שבחוק בדבר הצורך בשמירה על יחס מסויים בין שווי הנכס הממושכן לבין סכום ההלוואה המובטחת על-ידי המשכון, אינו מותאם למקרה של מישכון חכירה כיון שאין הוא מביא בחשבון את העובדה שבמשכנתה על חכירה הולך ופוחת עם הזמן שוויו של הנכס הממושכן, כתוצאה מכך שתקופת החכירה הולכת ופוחתת מיום ליום.

ההוראות המעטות שנקבעו בחוק לענין משכנתה על חכירה אינן מניחות תמיד את הדעת, או שהן טעונות השלמה. כך, למשל, מעניק החוק תוקף מלא לתנייה שבהסכם חכירה האוסרת על החוכר למשכן את זכותו. השליטה הבלתי מסוייגת שמחכירים משיגים על-ידי כך, על יכולתם של חוכרים להשיג אשראי על-ידי מישכון זכותם, היא בלתי רצויה. היא אף אינה עולה בקנה אחד עם גישתו העקרונית של המחוקק, אשר מצא לנכון שלא להעניק תוקף מלא לתנייה שבהסכם חכירה האוסרת על החוכר להעביר את זכותו, או להשכירה בשכירות משנה.

וכן, ההוראה שבחוק השוללת את זכותו של משיכון לעשות בנכס הממושכן – לאחר המישכון – "עיסקות" שיש בהן כדי לפגוע במקבל המשכנתה, טעונה השלמה. כאשר מדובר במשכנתה על חכירה יש למנוע את הממשכן מלהסכים עם המחכיר לכל שינוי בהסכם החכירה העלול לפגוע במקבל המשכנתה, אף אם השינוי אינו בגדר "עיסקה".

גם הקביעה שבחוק בדבר התקופה המינימלית של החכירה, כתנאי למישכונה, טעונה תיקון. תקופת המינימום שנקבעה – חמש שנים, אינה סבירה. או שניתן לוותר כליל על הדרישה לתקופת מינימום כלשהי – וזהו הפתרון העדיף בעינינו, או שעל התקופה להיות ארוכה הרבה יותר, כדי לעשות את החכירה ראויה למישכון.

על השאלות שלא הוסדרו כלל בחוק נמנית השאלה המכרעת כיצד להבטיח את המשכנתה בפני הסכנה, שהחכירה (הממושכנת) תובא לקיצה על-ידי המחכיר, בגלל הפרת תנאיה על-ידי החוכר. עמדנו על הפתרון היסודי האפשרי לכך – מגיעת התרופה של ביטול חכירה לדורות שמושכנה, בגין הפרת תנאיה. הצבענו גם על תרופות פחות יסודיות (ופחות יעילות), שניתן להיזקק להן בנסיבות אלה, כגון: מתן הזדמנות נאותה למקבל המשכנתה למלא חיובים שהופרו על-ידי החוכר, בטרם יוכל המחכיר לבטל את החכירה.

גם מגיעת האפשרות של מיזוג (merger) חכירה ממושכנת בזכות הבעלות כדאי

"חכירה לדורות" למטרת מגורים באספקלריה של עיסקת משכנתה

שתיקבע על-ידי המחוקק, כדי להפיג חששות בדבר גורל המשכנתה במקרה של מיזוג שכוח.

כן נדרשת התערבות המחוקק להסדרת האינטרסים המנוגדים בשאלה של ביטוח החכירה, כשבדמי הביטוח מעונינים שלושה צדדים – החוכר, המחכיר (שני אלה מעדיפים, בדרך כלל, כי דמי הביטוח ישמשו לשיקום הנכס שניזוק), ולעומתם מקבל המשכנתה (המעדיף, בדרך כלל, להיפרע את חובו מדמי הביטוח).

על הליקויים שבהוראות החוק ניסו להתגבר לפי שעה בעזרת הסכמים – הסכמי החכירה מחד גיסא, והסכמי המשכנתאות שעל החכירה, מאידך גיסא. התרומה של הפתרונות ההסכמיים לשיפור המצב היתה רבה, ועצם העובדה שבעזרתם הפכה המשכנתה על חכירה לדורות לתופעה שכיחה בארץ מצביעה על מידת ההצלחה של פתרונות אלה. ואולם, אם נתעלם בהקשר זה מהגורמים הכלכליים שסייעו בהתפשטות התופעה של משכנתאות על זכות החכירה, ונתרכזו בהיבטים המשפטיים שבהסדרים ההסכמיים, נגלה בהם נקודות תורפה מדאיגות.

הבעיה המכרעת, של גורל המשכנתה במקרה שהחכירה תבוטל על-ידי המחכיר, בגין הפרתה על-ידי החוכר, לא זכתה לפתרון הסכמי המניח את הדעת. מקבלי המשכנתה סומכים בענין זה על העתקת זכותם מן המשכנתה שרצוה על החכירה, אל זכותו של החוכר כלפי המחכיר להשבה, אם יימכר או יוחכר הנכס מחדש. הצבענו על הליקויים שבהסדר ההסכמי בנושא זה, על כך שלאחרונה שופר ההסדר על-ידי חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א–1970, ועל הספק שעדיין נותר אם להסדר הזה תוקף במקרה של פשיטת רגל על-ידי החוכר.

ההסדרים ההסכמיים המקובלים בארץ, אשר נבדקו על-ידינו, משקפים את עמדת המיקוח החלשה של החוכר ביחס למחכיר ולמקבל המשכנתה, ולא תמיד קל להצדיק את הניצול של עמדת המיקוח החזקה יותר על-ידי אלה שעל החוכר לשאת ולתת אתם (בגוף המקר לא השארנו ביקורת זו ללא ציון מדויק של המען שאליו היא מכוונת). חוכרי דירות נאלצים לרכוש את דירותיהם בלא שמאפשרים להם להיוודע בדרך נאותה אילו הם תנאי החכירה, מה תהא תקופתה, באילו תנאים יהא עליהם לעמוד אם יבקשו להאריכה, וכדו'. יכולתו של החוכר למשכן את זכותו, במשכנתה שאינה מיועדת לממן את קבלת החכירה, מותנית בהסכמת המחכיר, והתנאים לקבלת הסכמה זו לא נקבעו בבירור בהסכם החכירה.

אי הוודאות האופפת את טיב זכותו של החוכר לדורות למטרת מגורים מתגלית רק לאחר שטורחים ובודקים את תנאי ההסכמים שהחוכר צד להם. ואולם, מדאיגה עוד יותר התופעה, שלא מעטים מבין החוכרים לדורות אינם מגיעים כלל לשלב של בדיקה מדוקדקת של הסכמיהם מכיוון שאין הם מודעים לכך שזכותם היא חכירה לדורות בלבד ולא בעלות, או שאין הם מודעים למגבלות של זכות החכירה לדורות בהשוואה לבעלות. אין בידינו עדויות לכך שאי-מודעות זו מקורה ב"הרדמה" מכוונת של ערנות החוכרים לנושא הזה, אך אין גם בידינו עדויות מספיקות לכך שנעשה מה שצריך להיעשות כדי להסב תשומת לב חוכרים – בבואם לרכוש לעצמם דירה למגורים – כי חכירה לדורות אינה בעלות, וכי קיימים הבדלים חשובים בין שתי זכויות אלה.