

## המחאת זכות: מכר מותנה או משכון?

### עוד על ההבחנה ומשמעויותיה

אגב ע"א 2328/97 כרכבי נ' ארנפלד

נטא

#### חיים זנדברג\*

חייב התחייב להמחזות זכות לנזשה. כניסת המחאה לתוקפה התנתה באי-החזרתה של הלואה שהעניק הנזשה הנמחה לממחה. והלואה לא החזרה. לאוד מועד זה הוטל עיקול על הזכות הנמחזת על ידי נושי המחאה, שחלקם לא ידעו על הסכם המחאה. דמזיקים טענו כי הסכם המחאה הוא הסכם משכון, ולפיכך אינו מחייב אותם בהיעדר רישום של המשכון.

השופטים מצא וטירקל סברו כי הסכם המחאה לא היה אלא הסכם שכונתו שעבוד הזכות הנמחזת כערוכה לחיוב, וכי יש להחיל עליה את דיני המשכון. הם פסקו כי על אף שלא נרשם משכון של הזכות הנמחזת, הייתה המחאת הזכות לנזשה הנמחה בגדר מימוש כשר של המשכון בזכות, והיא הקנתה לנזשה הנמחה זכות טובה ונקייה מכל שעבוד או עיקול. השופט אנגלרד, בדעת יחיד, סבר שיש להתייחס לעסקת המחאה כאל עסקת מכר שנשלמה לפני העיקול. לטענתו, החלת דיני המשכון על כל עסקה שטונתה שעבוד נכס כערוכה לחיוב פוגעת בחופש ההתקשרות, בחיי המסחר ובהסתמכותם של נושים. כל השופטים פסקו לסוּבַת הנזשה הנמחה והורו על מחיקת העיקולים.

רשימה זו נועדה לבקר את הנמקות השופטים ולברר הסברים חלופיים לתוצאת פסק הדין. בחלק הראשון של הרשימה אצביע על הקושי ליישב את דעת הרוב עם הוראותיו הכופות של חוק המשכון בדבר דרכי שכלול המשכון, שלכאורה אינן מקנות עדיפות להסכם משכון שלא נרשם על פני נושים תמי לב של החייב. אנסה להצדיק את תוצאת פסק הרוב בעניין זה, בין היתר באמצעות ההלכה שנפסקה לאודוניה בע"א 189/95 בנק אוצר החייל בע"מ נ' אדרתוב. בחלק השני של הרשימה אצביע על הקושי ליישב את פסק הרוב עם הוראותיו הכופות של חוק המשכון בדבר דרכי המימוש של משכון זכות הפרדיון של החייב ונושיו. בחלק השלישי של הרשימה אבקר את עמדת היחיד של השופט אנגלרד. אטען כי העדפת חזות המכר החיצונית על פני מהותה של עסקת השעבוד היא שפוגעת בחופש ההתקשרות, וכי אין מקום לקשור בין הקושי להבטיח לספקים דמי מכר באשראי לבין החלת דיני המשכון על עסקאות מכר מותנות, המהוות ערוכה לחיובו של המוכר.

\* דוקטור למשפטים, מרצה (דיני קניין), בית הספר למשפטים, המכלול האקדמי של המכללה למינהל.

א. מבוא. 1. הבעיה שהתעוררה בפרשת כוכבי; 2. פרשת כוכבי והלכת שוויגרי; 3. עמדות השופטים בפרשת כוכבי; 4. מטרתה של רשימה זו; ב. הלכת כוכבי והוראותיו הכופות של חוק המשכון בדבר דרכי שכלול משכון. 1. ביקורת עמדת הרוב; (א) שכלולו של משכון שלא נרשם כלפי נושים אחרים של החייב – הכיצד? (ב) מימוש משכון כאחת מדרכי השכלול?; 2. העדפת משכון שלא נרשם על פני נושים תמי לב של החייב – הנמקת חלופיות; (א) התיישנות זכותם של המעקלים; (ב) האם יש להעדיף את נושי הנושה הנמחה על פני נושי החייב?; (ג) האם ניתן להצדיק את העדפתו של הנושה הנמחה בשל היותו בעל "משכון מן היסוד תוצרת הארץ"?; (ד) חוסר הבחירות בנוגע למועד שכלולה של המחאת זכות; ג. הלכת כוכבי אינה מתיישבת עם הוראותיו הכופות של חוק המשכון בנוגע למימוש המשכון הזכויות החייב ונושיו. 1. כללי; 2. המחאת זכות לנושה כמימוש עצמי של משכון; 3. המחאת זכות לנושה כשליילת זכות הפדיון; 4. המחאת זכות לנושה אינה מימוש של הזכות הממושכת לו אלא מימוש עצמי שלא כדין של משכון בזכות; 5. "עצמאות" הסכם המכר – התבאה מראש על דרכי המימוש איגנה הופסת באופן אוטומטי להתקשרות "עצמאית" שנעשתה לאחר מועד המימוש; 6. הנמקה חלופית להכשרתו בדיעבד של מימוש עצמי הוגן; 7. הגות לגבי מחדד שוק אינן יכולות להוות בסיס מספיק לקביעה שמדובר במימוש הוגן; 8. האם זכויות המימוש והפדיון נתונות גם למעקלי זכות החייב?; ד. עמדת היחיד של השופט אנגלרד – האם אין להחיל את דיני המשכון על כל המחאה של זכות כשדובה לחיוב?; 1. היחס בין פסק הרוב לבין עמדת היחיד של השופט אנגלרד; 2. האם סיווג עסקת מכר כמשכון פוגע בחופש ההתקשרות? האם יש הבדל בין כוונת שעמד לבין כוונת משכון במובן הצר?; 3. האם המחאת זכות על דרך השעבוד איגנה משכון של זכות?; 4. האם סיווג עסקת מכר כמשכון פוגע בחיי המסחר?; ה. סיכום.

## א. מבוא

### 1. הבעיה שהתעוררה בפרשת כוכבי

בע"א 2328/97 כוכבי נ' ארנפלד<sup>1</sup> נדרש בית המשפט העליון להכריע בדבר סיווגה הנכון של עסקת המחאה של זכות אוכליגטורית לקבלת זכויות במקרקעין. העסקה כללה, לכאורה, שתי עסקאות נפרדות: עסקת הלוואה ועסקת מכר התלויה בתנאי מתלה. שתי העסקאות עוצבו בשני הסכמים נפרדים, שנחתמו בו זמנית באותו מועד (22.10.1981). בהסכם ההלוואה התחייב הממחה, כחייב, להחזיר הלוואה, שניתנה לו על ידי הנושה הנמחה לשם רכישת הזכות הנמחית, עד למועד פלוני (30.1.1982). כמו כן נקבע, כי אם החייב לא יחזיר את ההלוואה עד למועד שנקבע, ייכנס לתוקפו באותו מועד הסכם המכר בין הצדדים. נקבע, כי עם כניסת הסכם המכר לתוקפו, תסולקנה בכך כל

1 פ"ד נג(2) 353.

התחייבויות החייב על פי הסכם ההלוואה. בהסכם המכר, שנכרת כאמור ברוזמנית עם הסכם ההלוואה, התחייב החייב למכור לנושה הנמחה את מלוא זכויותיו בנכס (הזכות הנמחית) אם לא יפרע את ההלוואה במועד שסוכם בהסכם ההלוואה. בהסכם המכר נקבע כי הוא ייכנס לתוקפו רק ביום שנועד לפירעון ההלוואה (30.1.1982), וכי "המכר מאשר כי התמורה הנ"ל שולמה לו במלואה באמצעות הסכם ההלוואה", שצורף כחלק בלתי נפרד מהסכם המכר. השאלה שבית המשפט התחבט בה הייתה האם להתייחס לעסקת ההמחאה האמורה כאל עסקת מכר "אמיתית", או שמא לראותה כחלק מעסקה שכוונתה שעבוד נכס כערובה לחיוב – ואז להחיל על הנמחה את הוראותיו הכופות של חוק המשכון, תשכ"ז–1967, מכוח סעיף 2(ב) בו, הקובע:

הוראות חוק זה יחולו על כל עסקה שכוונתה שעבוד נכס כערובה לחיוב, היא כינויה של העסקה אשר יהא.

הדיון בסוגיה האמורה התעורר אגב הצורך להכריע בשאלת מעמדו של הנושה הנמחה נוכח שלושה עיקולים שהוטלו על הזכות הנמחית על ידי נושיו של החייב הממחה, לאחר כריתת הסכם ההמחאה ולאחר המועד שנקבע לכניסתו של הסכם המכר לתוקפו. אחד העיקולים הוטל כמה חודשים אחרי המועד שנקבע לכניסת הסכם המכר לתוקפו (2.5.1982); עיקול שני הוטל יותר משנה לאחר מכן (22.5.1983); והעיקול השלישי הוטל כעבור יותר מ-13 שנים לאחר מכן (22.8.1994). שלושת השופטים היו אחידי דעים בדעה שאם ההמחאה הייתה עסקת מכר "אמיתית" או "גמורה"<sup>2</sup>, הרי שהיא נשלמה לפני הטלת העיקולים – ולפיכך הקניין המלא בזכות עבר לנמחה, בלא שנותר למעקלים, נושיו הממחה, דבר מה לעקלו.<sup>3</sup> על פי הנחה זו, רק סיווגה של העסקה כעסקה שכוונתה שעבוד נכס כערובה לחיוב, וכפיפתה עקב כך לדיני המשכון, עשויים היו להותיר למעקלים דבר מה לעקלו. או אז יכלו לטעון – וכך אמנם טענו – שכנושיו של הממחה אין הם כפופים למשכון שלא נרשם ושלא ידעו או היו צריכים לדעת עליו.<sup>4</sup> כמו כן יכלו לטעון, כי הנושה הנמחה, כבעל משכון גרידא, לא הפך לבעלים של הזכות הנמחית וכל זכותו בנכס היא זכות של נושה.<sup>5</sup> כנושה אין הוא רשאי לממש את זכויותיו מימוש עצמי שלא בפני

- 2 מטבע הלשון "המחאה גמורה" נועד לציין עסקת מכר המקנה את הזכות הנמחית לנמחה ללא כל סייג, להבדיל מהמחאה על דרך השעבוד, המקנה לנושה שעבוד גרידא. ראו שלום לזר, "על ההבחנה בין המחאה גמורה להמחאה בדרך של שעבוד", משפטים יב 281, 282 (תשמ"ב) (להלן: לזר, המחאה גמורה).
- 3 סוכבי, הערה 1 לעיל, בעמ' 361 (השופט אנגלרד), בעמ' 380–381 (השופט סירקל), בעמ' 382–ד-ה (השופט מצא). כפי שנבחר להלן בפרק ב.2(ד), הנחה זו אינה נקיה מספקות.
- 4 סוכבי, הערה 1 לעיל, בעמ' 361–362 (השופט אנגלרד). הטענה נסמכה על הוראות סעיף 4 לחוק המשכון. ראו פרק ב.1(א) להלן.
- 5 טענה זו יכלו לסמוך על פרשנותו של הסכם ההמחאה ועל הוראות סעיף 2(ב) לחוק המשכון. ראו פרקים ג.3 וד.2 להלן.

רשות.<sup>6</sup> הנושה הנמחה אינו רשאי לחלט<sup>7</sup> את הנכס אף אם הסכים לכך החייב בהסכם ההמחאה.<sup>8</sup> עוד יכלו המעקלים לטעון כי רשאים הם לפדות את הזכות הנמחית מידי הנושה הנמחה על ידי פירעון ההלוואה, על אף הוראה סותרת בהסכם ההמחאה.<sup>9</sup> טענות אחרונות אלה עשויות היו לשייר למעקלים דבר מה לעקלו במקרה של פער בין סכום החיוב המובטח לנושה הנמחה לבין שווי הנכס והתשואה שניתן היה להפיק ממנו, אילו היה ממומש בידי רשות או נפדה על ידי החייב. ככל הנראה לא נטענו טענות אלה על ידי הנושים בפרשת כוכבי, אולם בית המשפט נדרש להתייחס אליהן כאשר עסק בסיווגה של ההמחאה.<sup>10</sup>

## 2. פרשת כוכבי והלכת שוייגר

התלבטות דומה לזו שבפניה ניצבו שופטי ההרכב בפרשת כוכבי הסרידה את בית המשפט העליון לפני שנים אחדות במסגרת ע"א 196/87 שוייגר נ' לוי.<sup>11</sup> בפרשת כוכבי בדק בית המשפט האם הסכם מכר הכולל תנאי המתלה את תוקפו באי החזרתה של הלוואה הוא

6 טענה זו יכלו לסמוך על סעיפים 17 ו-18 לחוק המשכון, הקובעים כי מימוש משכון בנכס ייעשה, בדרך כלל, על ידי רשות (הוצאה לפועל או בית משפט). ראו פרקים 2.ג ו-4.ג להלן.

7 במונח "חילוט" כוזבת לנטיית מלאה הזכויות בנכס, באופן חריצדי על ידי הנושה, באופן שאיננו מותיר לחייב זכות כלשהי בנכס ואיננו מותיר לנושה דבר לתובע מן החייב. לשימוש דומה במונח זה ראו שמעון וייס, שכלול המשכון 6 (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, תשמ"ד), וכן שלום לרנר, יסודות דיני המשכון במשפט העברי 269 (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, תשמ"ב). המונח "חילוט" מקביל למשמעותו האנגלית המקורית של המונח "foreclosure", שהגדיר את תביעתו של הנושה, בעל Mortgage בנכס, לקבלת הבעלות המחלטת בנכס המשועבד, תוך פקיעת זכות החייב לפדותו. משגפוצה שיטת המימוש על ידי מכירה ("foreclosure by sale") יחד לחילוט התואר "strict foreclosure". ראו George E. Osborne, *Mortgages* 20 (2nd ed., 1970).

8 טענה זו יכלו לסמוך על הוראות סעיף 16(ב) לחוק המשכון, הקובעות כי "אין הצדדים רשאים להתנות על דרכי המימוש לפי חוק זה כל עוד לא הגיע המועד לקיום החיוב". ראו פרקים 2.ג ו-5.ג להלן.

9 טענה זו יכלו לסמוך על הוראות סעיפים 2(ב) ו-13(א) לחוק המשכון. ראו פרק 3.ג להלן.  
10 אפשר שטענות אלה לא נטענו על ידי הנושים משום שממילא נבלעו בטענתם לבטלותו של הסכם ההמחאה בשל היעדר רישום. ראו פרק 7.ג להלן.

11 פ"ד מו(3) 2. בפרשת שוייגר התעוררה השאלה האם התחייבות לעשות עסקת מכר של זכות במקרקעין היא התחייבות למכר "אמיתי" או שמא רק התחייבות לעשות עסקת משכנתה. השאלה התעוררה שם נוכח קיומה של התחייבות סותרת מאוחרת למכירת הבעלות בנכס. סיווג ההתחייבות המוקדמת כמכר "אמיתי" לא היה מותיר דבר בידי בעלת ההתחייבות הסותרת המאוחרת. סיווג ההתחייבות המוקדמת כהתחייבות למשכון הותיר בידי בעלת ההתחייבות הסותרת המאוחרת את האפשרות לרכוש את הבעלות בנכס, בכפוף לזכותו של הנושה, בעל ההתחייבות למשכון. ראו שם, בעמ' 29.

הסכם משכון. בפרשת שוייגר נדרש בית המשפט לבחון את מהותו של הסכם מכר שהתברר כי הוא כפוף לתנאי המפסיק את תוקפו עם החזרתה של הלואאה.<sup>12</sup> שופטי הרוב בפרשת שוייגר פסקו אז, תוך הסתמכות על מכלול נסיבותיה של פרשת שוייגר, כי יש לראות בעסקת מכר מעין זו עסקה שכוונתה שעבוד נכס כערובה לחיוב, ולהחיל עליה את דיני המשכון.<sup>13</sup> ואכן, שלושת שופטי ההרכב בפרשת כוכבי (אנגלרד, סירקל ומצא) היו שותפים לדעה שעל פי הלכת שוייגר יש לסווג גם את העסקה שלפניהם כעסקה הכפופה לדיני המשכון. עם זאת, אף לא אחד מהם היה מוכן לקבל את המשמעויות המתחייבות ממסקנה זו לגבי זכותו של הנושה הנמחה. שלושת השופטים ניסו למצוא מוצא מן המצר שאליו נדחקו על ידי דיני המשכון, תוך מגמה ברורה להביא להעדפתו המוחלטת של הנושה הנמחה על פני המעקלים, נושי החייב הממחה.

### 3. עמדות השופטים בפרשת כוכבי

השופט אנגלרד, בדעת יחיד, בחר לתקוף את ההלכה שנפסקה בפרשת שוייגר. הוא ביקר את עמדת שופטי הרוב באותה פרשה, וסבר שבדרך כלל יש להתייחס להסכמי מכר מותנים מהסוג שנדון בשתי הפרשיות לפי צורתם, גם אם כוונתם שעבוד נכס כערובה לחיוב:

מבחינה עיונית, החלת הזוראות הכופות של חוק המשכון על הסכם שערכו הצדדים עשויה להיות פגיעה בלתי־מוצדקת בחופש ההתקשרות.<sup>14</sup>

12 בפרשת שוייגר נסדת הסכם מכר בין חייב, בעל זכות רשומה במקרקעין, לבין נושה, שהעניק לו קודם לכן הלואאה. הוסכם כי אם יחזיר המוכר־החייב את הלואאה לקונה־הנושה – יבוטל חוזה המכר, ואם לא יחזירה – יעמוד הסכם המכר בעינו. שם, בעמ' 14 מול ג. בפרשת שוייגר הוסק הקשר בין עסקת הלואאה לבין עסקת המכר מאמירות בעל פה ומתנהגות הצדדים. עובדה זאת יצרה קושי מיוחד בפרשת שוייגר, שכן דובר שם על עסקאות במקרקעין והיה צורך ליישב בין סעיף 2(ב) לחוק המשכון לבין דרישת הכתב לפי סעיף 8 לחוק המקרקעין, תשכ"ט–1969. קושי זה לא התעדר בפרשת כוכבי, שבה נדונו שתי עסקאות בזכויות אובליגטוריות הקשר ביניהן הוכח במפורש באמצעות חזים מפורשים נכתב.

13 שופטי הרוב סמכו בעיקר על הזדאאות של הנושה, במפורש ובהתנהגות, בדבר מרכזיותה של כוונת השעבוד היעדר כוונה ליישם את הסכם המכר. שם, במיוחד בעמ' 19 ובעמ' 21 (השופט שמגר), ובעמ' 31–32 (השופט גולדברג). השופט אור, בדעת מיעוט, סבר כי כוונת המכר הייתה "אמיתית", תוך שהוא מסתמך על תחילת ביצועו בפועל על ידי הנושה (כגון חתימה על יפוי כוח, הצהרה לשלטונות המס) ועל המוזר הריאלי שנגקב בחוזה המכר. שם, בעמ' 13.

14 כוכבי, הערה 1 לעיל, בעמ' 373. דברים דומים בדבר הפגיעה בחופש ההתקשרות של הצדדים כתב השופט אור בדעת המיעוט בפרשת שוייגר. עם זאת, דברי השופט אור כווננו למקרים בהם עסקת המכר היא עצמאית ו"אמיתית", ואיננה עסקת מכר המהווה סנקציה על אי תשלום חיוב. ראו פרשת שוייגר, הערה 11 לעיל, בעמ' 14–15א.

מיניה וביה צידד השופט אנגלרד בעמדה שאין להחיל את דיני המשכון על עסקת המכר המותנה שכפניו.<sup>15</sup> לחלופין תמך השופט אנגלרד בעמדה שלפיה דיני המשכון אינם חלים על הסכמים של המחאת זכות, אף אם מדובר בהמחאה על דרך השעבוד, וזאת אף אם היו חלים על הסכמי מכר דומים של נכסים אחרים (כגון מקרקעין או מיטלטלין).<sup>16</sup>

שני השופטים האחרים (סירקל ומצא) מיאנו להצטרף לביקורת החזיתית של השופט אנגלרד כנגד הלכת שוייגר, וביכרו – להלכה – לשמור לה אמונים.<sup>17</sup> אף על פי כן הסכימו לתוצאה שאליה הגיע השופט אנגלרד, לפיה יש להעדיף באופן מוחלט את הנמחה, בעל המשכון, על פני נושיו האחרים של הממחה (במקרה זה – המעקלים). זאת, על אף שלפחות חלק מהנושים לא ידעו ולא היו צריכים לדעת על ההמחאה. את ההנמקה לתוצאה זו מצאו לכאורה שופטי הרוב במסגרת דיני המשכון, ועל אף סיווגו של הסכם ההמחאה שלפניהם כהסכם משכון, וכך הסביר השופט סירקל:

משהועברו הזכויות למערער [הנושה הנמחה] לפי הסכם המכר, מומש בכך המשכון שהיה לו והזכויות בדירה הפכו לקנינו שלו... בכך פג מעמדו של הנכס כנכס ממושכן והוראות חוק המשכון חדלו לחול עליו... במצב דברים זה אינני רואה צורך לדון בשאלה האם ניתן לממש משכון שלא באחת מדרכי המימוש שנקבעו בסעיף 17 לחוק המשכון...<sup>18</sup>

השופט מצא הצטרף לעמדתו של השופט סירקל, לפיה ההמחאה היוותה מימוש של המשכון בזכות הנמחית,<sup>19</sup> אולם ראה צורך להסביר מדוע אין תוקפו של המימוש נפגם כתוצאה מכך שנעשה כמימוש עצמי על ידי הנושה הנמחה, ולא בפני רשות, כנדרש בחוק. וכך הסביר:

...ענינו במישכון של זכות, שמימושו בהסכמה אינו מותנה באישור בית המשפט (ראו סעיפים 417) ו-20 לחוק המשכון, תשכ"ז-1967...<sup>20</sup>

השופט אנגלרד לא חלק על עמדת חבריו בעניין זה,<sup>21</sup> אך, כאמור לעיל, ביכר להשתית את פסק דינו על שלילה מדעיקרא של תחולת דיני המשכון על ההמחאה דנן.

15 ראו בהרחבה פרקים ד.2 ו-ד.4 להלן.

16 ראו בהרחבה פרקים ד.3 להלן.

17 כוכבי, הערה 1 לעיל, בעמ' 381 (השופט סירקל), בעמ' 382-383 (השופט מצא).

18 שם, בעמ' 381.

19 שם, בעמ' 382.

20 שם, בעמ' 383.

21 השופטים סירקל (שם, בעמ' 382) ומצא (שם, בעמ' 383) הבינו כי השופט אנגלרד מקבל את עמדתם (שם, בעמ' 376-ב). בהמשך אצביע על כך שעל אף ההות בתוצאות, נימוקיו של אנגלרד שונים. ראו בהרחבה פרקים ב.2(א)-(ג) ו-ד.1 להלן.

**4. מטרתה של רשימה זו**

כל השופטים בפרשת כוכבי היו אפוא שותפים לדעה כי הסכם המחאה – שאף לשיטתם נעשה מלכתחילה כערובה לחיוב – הקנה לנושה הנמחה את הבעלות בזכות הנמחית באופן בלתי מטריג. לדידם של שופטי הרוב, המחאת הזכות לנושה הייתה בגדר מימוש עצמי "כשר" של משכון בזכות, ולפיכך לא ניתן היה לעקל את הזכות לאחר שהושלם מימוש המשכון בה. השופט אנגלרד הגיע לתוצאה דומה משום שסיווג את המחאה מלכתחילה כמכר שנשלם לפני הטלת העיקולים. התוצאה: בית המשפט הורה על מחיקת העיקולים.

בכל הכבוד אני סבור, כי הנמקות השופטים אינן יכולות להצדיק את תוצאת פסק הדין בהתחשב בהנחת המוצא המשותפת לשלושתם, שלפיה עסקת המחאה הייתה עסקה שכוונתה שעבוד נכס כערובה לחיוב. הנחת מוצא זו נראית לי נכונה לפי העובדות וההנחות ששמשו יסוד מפורש לפסק הדין, אם כי ייתכן שבירור עובדתי מעמיק יותר היה מסייע לבית המשפט להגיע למסקנה שונה. ככל שהנחת המוצא של השופטים בדבר טיבה האמיתי של העסקה שנבחנה בפרשת כוכבי הייתה נכונה, לדעתי ראוי היה להחיל על העסקה את הוראות חוק המשכון, כפי שסברו שופטי הרוב. אכיפתו של הסכם המחאה המותנה והעדפת הנושה הנמחה על פני המעקלים לא יכלה להתיישב עם הוראותיו הכופות של חוק המשכון.

רשימה זו תוקדש לביקורת הנמקות השופטים. בחלק הראשון של הרשימה אנסה, בלא הצלחה, ליישב בין דעת הרוב לבין הוראותיו הכופות של חוק המשכון בדבר דרכי שכלול המשכון. עם זאת, אציע כמה הנמקות חלופיות להצדקת העדפתו של משכון בלתי רשום על פני מעקל תם לב. בחלק השני של הרשימה אנסה – שוב בלא הצלחה – ליישב בין דעת הרוב לבין הוראותיו הכופות של חוק המשכון בדבר דרכי מימוש המשכון. אף כאן אנסה להצדיק את תוצאת הפסק באמצעות הנמקות שלא נזכרו בפסק הדין. בחלק השלישי של הרשימה אבקר את עמדת היחיד של השופט אנגלרד, שלפיה אין להחיל את דיני המשכון על כל עסקה שכוונתה שעבוד נכס כערובה לחיוב בשל חשש לפגיעה בחופש ההתקשרות.

**ב. הלכת כוכבי והוראותיו הכופות של חוק המשכון****בדבר דרכי שכלול משכון****1. ביקורת עמדת הרוב**

(א) שכלולו של משכון שלא נרשם כלפי נושים אחרים של החייב – הכיצד?

הפגם הראשון שמצאתי בדעת הרוב נעוץ בכך שלא ניתן בה טעם משכנע להעדפתו של נושה שבידיו הסכם משכון שלא נרשם על פני נושים אחרים של החייב, שלא ידעו ולא

צריכים היו לדעת על ההסכם בעת שהטילו עיקול על הזכות הנמחית (להלן: "הנושים תמי הלב").<sup>22</sup> העדפה זו אינה מתיישבת, לכאורה, עם הוראות סעיף 34(3) לחוק המשכון, הקובעות כי:

כלפי נושים אחרים של החייב יהיה כוחו של מישכון יפה –

...

(3) ... עם רישום המישכון בהתאם לתקנות שהותקנו לפי חוק זה, אולם כלפי נושה שידע או היה עליו לדעת על המישכון יהיה כוחו יפה אף ללא רישום.

מהוראות אלה משתמע, לכאורה, הסדר שלילי, שלפיו אין תוקפו של מישכון יפה כלפי נושים תמי לב של החייב בלא רישום כדן.<sup>23</sup> העדפת נושה נמחה שבידיו הסכם מישכון בלתי רשום על פני מעקלים שלא ידעו על ההסכם בעת הטלת העיקול אינה מתיישבת עם הסדר זה. זאת ועוד: גם העדפתו של הנושה הנמחה על פני נושי החייב – שידעו או שצריכים היו לדעת על הסכם המשכון בעת שהטילו עיקול<sup>24</sup> – אינה מתיישבת בהכרח עם הסדר השלילי האמור. כך, למשל, אם המועד שבו נודע לאותם נושים על הסכם המשכון היה לאחר שהתקשרו עם החייב בהתקשרות שהפכה אותם לנושים, יש הטוענים כי לא יאה זה צודק לכפוף אותם למשכון "כשהידיעה על דבר קיום המשכון לא היתה עשויה עוד לשנות את התנהגות הנושה, ולמנוע אותו מלהיות נושה של החייב".<sup>25</sup> מהו, אפוא, הסעם לכך שבית המשפט העדיף באופן נחרץ את הנושה הנמחה הבלתי רשום על פני כל נושיו האחרים של החייב?

### (ב) מימוש משכון כאחת מדרכי השכלול!!

השופטים סירקל ומצא ניסו ליישב את התמיהה שהוצגה לעיל, תוך שהם מבחינים בין תוקפו של הסכם המשכון לבין מעמדו של הסכם ההמחאה. לידדם, אף אם כוחו של המשכון לא היה יפה כלפי נושיו תמי הלב של החייב, הרי שהסכם ההמחאה היה בגדר מימוש המשכון בזכות, ופעולת מימוש המשכון היא שמירקה את הזכות הנמחית מכל

22 לגבי שניים מהמעקלים, שהטילו את העיקול בסמוך לאוד עסקת ההמואה, פסק השופט אנגלרד כי "אין כל בסיס ראיתי להנחה כי ידעו או היה עליהם לדעת על העסקה". כוכבי, הערה 1 לעיל, בעמ' 375א-ב.

23 ראו יהושע ויסמן, חוק המשכון, תשכ"ז-1967:82, הערה 5 הטקסט שליחה (בעריכת גר טדסקי, תשל"ה) (להלן: ויסמן, חוק המשכון).

24 לפחות לגבי אחד המעקלים – בנק שהטיל עיקול על הזכות הנמחית כעבור 13 שנה ממועד הסכם ההמחאה – קבע השופט אנגלרד כי "נראה כי... ידע או היה עליו לדעת, בעת הטלת עיקולו בסוף שנת 1994, על קיום הסכם המכר ואתו על קיום המשכון, וזאת לאור ההליכים הרבים שהתנהלו סביב העסקה". כוכבי, הערה 1 לעיל, בעמ' 374-375א.

25 ויסמן, חוק המשכון, הערה 23 לעיל, בעמ' 147, הערה 13 הטקסט שליחה.



זכות אחרת, לרבות זכותם של הנושים תמי הלב.<sup>26</sup> בחלק הבא של רשימה זו נחלוק על הקביעה שהסכם ההמחאה היווה מימוש של המשכון, ונטען כי היה בו משום התנאה אטורה על דרכי המימוש. עם זאת, גם אם נקבל את העמדה שלפיה מותר היה לנושה הנמחה לממש את הסכם המשכון מימוש עצמי, תוך פגיעה בזכויות החייב, מתעוררת השאלה, מה הטעם לכך שפעולת המימוש תקנה לנושה הנמחה עדיפות שלא הייתה לו קודם לכן על פני נושיו האחרים של החייב? כלום מימוש המשכון הוא דרך נוספת לשכלולו של משכון כלפי נושים תמי לב של החייב? מדוע לאחר המימוש מוצדק להעניק לנושה הנמחה את היתרון שלא ניתן לו טרם המימוש? מדוע "בשלב זה לא יכלו עוד נושיהם האחרים של שפירא [החייב] להישמע בטענה, כי אי־ישום המשכון, מלכתחילה, מקנה להם זכות להיפרע מן הנכס ביחד עם המערער [הנושה הנמחה]"<sup>27</sup>?

קשה למצוא תשובה לשאלה זו בפסק דינם של השופטים טירקל ומצא. העמדה שנקטו איננה כה מובנת עד שלא היה מקום להסבירה. אמנם, בעבר כבר עסקו בית המשפט העליון והמחוקק במצבים שבהם מימוש משכון הסתיים בהפקעתן של זכויות של נושי החייב בנכס הממומש: כך, למשל, נפסק בע"א 555/71 אמסטרדמר נ' מוסקוביץ<sup>28</sup> כי קביעתו הסופית של רוכש נכס בהליכי מימוש בהוצאה לפועל משריינת אותו מפני זכות הפדיון של החייב. הוראה דומה ניתן למצוא בסעיף 34 לחוק המכר, תשכ"ח-1968,<sup>29</sup> הקובע:

נמכר נכס על ידי בית משפט, לשכת הוצאה לפועל או רשות אחרת על פי דין, עוברת הבעלות לקונה נקיה מכל שעבוד, עיקול וזכות אחרת בנכס...

עם זאת, משרתן של הוראות אלה הייתה להיטיב עם החייב במסגרת הליכי מימוש בפני רשות. טעמן הוסבר על ידי השופט י' כהן בפרשת אמסטרדמר:

טובת החייבים שנכסיהם מוצעים למכירה פומבית דורשת, שמציעים רבים ישתתפו במכירה, כדי שיציעו מחירים שאינם נופלים מהשווי של הנכס. דבר זה לא יושג, אלא אם המציע יידע, שתוך זמן קצר יוברר, אם הוא זכה בנכס, והוא לא יהיה צפוי לאחר מכן לסכנה, שהמכירה תבוטל.<sup>30</sup>

הוראות הדין האמורות, כמו גם טעמן, אינן מתאימות לנסיבות פרשת כוכבי. המחאת הנכס הממושכן לנושה הנמחה לא הייתה בגדר מימוש על ידי מכירה בפני רשות; הנושה הנמחה לא היה רוכש תמים הזקוק להגנה שתתמרץ אותו להשתתף במכירה הפומבית;

- 26 ראו השרות 18 ו־19 לעיל והסקט שלידין.  
 27 כוכבי, הערה 1 לעיל, בעמ' 1382-1383 א (השופט מצא).  
 28 פ"ד טו (1) 793, בעמ' 797-7, 7800-ז.  
 29 שהוסף בחוק המכר (תיקון), תשל"א-1971, ס"ח 186.  
 30 אמסטרדמר, הערה 28 לעיל, בעמ' 800א.

וגישו האחרים של החייב לא יכלו ליהנות מתחולת זכויותיהם על פדיון המכירה.<sup>31</sup> יתר על כן: אף הרוכש נכס במימוש על ידי רשות ובמסגרת מכירה פומבית אינו זוכה באופן אוטומטי לחסינות מפני כל נושי החייב.<sup>32</sup> לדעתי, ההגנה הניתנת לרוכש במסגרת הליכי מימוש בפני רשות אינה יכולה להסביר את העדפת זכותו של הנושה הנמחה מכוח הסכם הנמחה נסתר על פני נושים תמי לב של החייב. בפסקאות הבאות אנסה לבדוק כמה הנמקות חלופיות שעשויות להצדיק – או לפחות להסביר – את רציחתה של העדפה מעין זו. אף אחת מההנמקות שנבדוק לא מצאה ביטוי מפורש בהנמקות השופטים.

## 2. העדפת משכון שלא נרשם על פני נושים תמי לב של החייב – הנמקות חלופיות

### (א) התיישנות זכותם של המעקלים

ניתן להצדיק את העדפתו של נושה נמחה שבידו הסכם משכון שלא נרשם על פני נושי תמי לב האחרים של החייב, בנימוק המתבסס על אולת ידם של הנושים תמי לב. הסבר מעין זה לא נזכר בפסק הרוב. הסבר מעין זה טוב אך ורק ככל הנוגע לנושים תמי לב של החייב, שלא ידעו על המשכון מלכתחילה, אך במשך הזמן נודע להם עליו מתוך ביטוי הפומביים של מימוש המשכון על ידי הנושה הנמחה. נושים אלה אינם יכולים לשקוט על שמריהם במשך "שנים וימים",<sup>33</sup> ולהתעורר רק כעבור שנים כדי לאכוף את זכותם. ההצדקה להעדפת הנושה הנמחה נעוצה במקרה זה בטענת התיישנות או השתק

31 סעיף 334 לחוק המטר, תשכ"ח-1968, קובע כי "שעבוד, עיקול חכות אחרת בנכס המשמש ערובה לחיוב כספי ולפי סעיפים 34 או 34א אין להחזיק להם נגד הקונה, יחולו על הפדיון מן המכירה". ראו גם דברי הסדר להצעת החוק שבה הוצע להוסיף סעיפים אלה לחוק המכר: הצעת חוק המיטלטלין (הוראות משלימות), תשל"ל-1970, ה"ח 165, 169 (דברי הסבר לסעיף 13).

32 כך, למשל, אין הרוכש בפני רשות משודיין מפני "זכות שאינה משמשת כערובה לחיוב כספי" (ראו הסיפא לסעיף 34 לחוק המכר). פרופ' איל זמיר טוען כי סעיף 34 לחוק המכר אינו קובע כלל של תקנת שוק ומטרתו העקרונית היא דווקא להסביר את זכויות נושי החייב במסגרת הליכי מכירה בפני רשות. ראו איל זמיר, חוק המכר, תשכ"ח-1968 727-728 (תשמ"ז) (להלן: זמיר, חוק המכר). המחשה נוספת לאופי המצומצם של שריון הרוכש בהליכי מימוש בפני רשות ניתן למצוא בהוראות 2 (Eng.) 1 P.G. Supp. 1 (Eng.) 2, Mortgage Law Amendment Ordinance 1920, שקבעו, בסעיף 6: "as against the Mortgagor, the purchaser's title shall be indefeasible". הדגשה חספה. בית המשפט לקרקעות בשם הבהיר, כבר בשנת 1930, כי הסעיף הנ"ל כחזן לכך שהזכויות תינתן רק כלפי החייב, ולכן: "...the rights of third parties are not prejudiced...". L. Na. (Nablus) 29/29, 2 C.O.J. 750, 751 (1930).

33 רמז דק לכיוון מחשבה מעין זה אפשר למצוא דווקא באחת מהנמקותיו של השופט אנגלרד לאי-החלתם של דיני המשכון, גאמור: "אין זה מתקבל על הדעת כי נושים שהיו זרים לעסקה ואשר לא הסתמכו על מציאות הנכס ברשות החייב שלהם, יוכלו לבוא לאחד שנים וימים ולתקוף עסקה שהשלמה מזמן בנימוק כי העסקה במקורה הינה עסקת בטוחה שלא נרשמה כמשכון", סכבי, הערה 1 לעיל, בעמ' 376-1 (ההדגשות הוספו).

מצידו של הנושה הנמחה. לדעתי, יש מקום לעמדה עקרונית שלפיה הזכות של חייב ושל נושיו להיפרע בערכאות מנכס של החייב המוחזק שלא כדין בידי של אחד הנושים – יכולה להתיישן, בכפוף לכך שהתמלאו התנאים לטענת התיישנות.<sup>34</sup> עם זאת, עמדתי זו אינה מתיישבת עם העמדה המסורתית, יצירת המשפט המקובל, המשתקפת בממרה: "Once a mortgage – always a mortgage". לפי עמדה זו, זכותם של החייב ושל נושיו לתבוע את זכותם בנכס של החייב מנושה המתיימר להחזיק בו מכות הסכם מכר – אינה מתיישנת לעולם.<sup>35</sup> עמדה זו נקלטה בארץ כבר בתקופת המנדט.<sup>36</sup> יתר על כן: ספק אם הנושה הנמחה בפרשת כוכבי טען טענת התיישנות, ולא ברור אם הוכחו העובדות המקימות טענת התיישנות. מכל מקום, אף אם הייתה נטענת כראוי, ההתיישנות במשפטנו עודנה דיונית ואין בה כדי להפקיע את הזכות אלא רק למנוע את תביעתה.<sup>37</sup> ספק אם טענת התיישנות יכלה לשמש כחרכ בידו של הנושה הנמחה ולהצדיק את ביטולם ומחיקתם של העיקולים שהוטלו בגין זכותם של הנושים תמי הלב.

### (ב) האם יש להעדיף את נושי הנושה הנמחה על פני נושי החייב?

ניתן לטעון כי העדפת הנושה הנמחה על פני נושיו תמי הלב של החייב, גם אם אינה מתיישבת עם הוראות חוק המשכון בדבר דרכי שכלול משכון, מובילה לתוצאה צודקת יותר. הנמקה מעין זו מבקרת את הדין הקיים כדין שיש לשנותו. דווקא השופט אנגלרד מצא בה תימוכין לעמדתו, שלפיה בשל הליקוי בדין הקיים יש להימנע מהחלתו על ההמחאה דנן. השופט אנגלרד טען כנגד החלת דיני המשכון, כי "החלת דיני המשכון עשויה לפגוע בנושיו של בעל הבטוחה, בשל העדפת נושי החייב".<sup>38</sup> אכן, נושה המתיימר לממש את המשכון באמצעות רכישת הנכס מהחייב עשוי ליצור, כלפי נושיו שלו (של הנושה), מצג שלפיו הוא בעל הנכס. השופט אנגלרד סבר, אפוא, כי הגנתם של נושי הנושה הנמחה מפני מצג כזה מצדיקה את העדפתו של הנושה הנמחה על פני נושיו של החייב, שלא ידעו על הסכם המשכון.

ספק רב בעיני אם יש בטיעון האמור כדי להצדיק את העדפתו של הנושה הנמחה עצמו

34 לתיאור מפורט של עמדתי זאת ראו חיים זנדברג, "התיישנות שיעבדים", משפטים כב 641, 650-651, פסקה 2.7.5 (תשנ"ד).

35 ראו E. L. G. Tyler, *Fisher & Lightwood's Law of Mortgage* 549 (10th ed., 1988) (להלן: Fisher & Lightwood) וכן יסמן, חוק המשכון, הערה 23 לעיל, בעמ' 265-267.

36 ראו C.A. 70/38 Tenenbaum v. Mikati, 1 S.C.J. 280 (1938); C.A. 192/40 Abu Rukbeh v. el Awadaat, 2 S.C.J. 561 (1940).

37 סעיף 2 לחוק התיישנות, תשי"ח-1958. בפרשת כוכבי נדון מעמדם של זכויות, להבדיל מ"זכויות במקרקעין" או "תביעה לקיום זכות במקרקעין", ולכן לא חלו שם הוראות ההתיישנות המיוחדות למקרקעין. בתזכיר חוק ההתיישנות התשנ"ו-1995 (הופץ על ידי המשנה לידיע המשפטי לממשלה, ביטח 24.10.1995) הוצע אמנם לקבוע התיישנות רוכשת במיטלטלין (סעיף 23), אך הצעה זאת טרם התקבלה. אין להניח כי בית המשפט בפרשת כוכבי התכוון לתמוך בה בשתיקתו.

38 כוכבי, הערה 1 לעיל, בעמ' 373.

(להבדיל מנושיו) על פני נושי החייב. העדפה כזו כמוה כהענקת פרס לנושה החמקן, שביקש לרכוש בסתר יתרון על פני נושיו האחרים של החייב. אם הנחת המוצא המשתמעת מהסדר השלילי שקובע סעיף 4 לחוק המשכון, היא שהנושה המתחזה לבעל הזכות לא רכש מלכתחילה עדיפות על פני נושיו תמי הלב של החייב, הרי העדפתו של הנושה המתחזה עתה, לאחר המימוש, מאפשרת לו להעניק לנושיו יותר ממה שיש לו. העדפה כזו אינה אלא כלל של תקנת שוק המאפשר לגולן להעביר יותר ממה שיש לו. שריון מידי של זכותו של גולן לשם הגנה מוחלטת על מי שמסתמכים על מצג השווא שיצר הגולן הוא יוצא דופן בנוף המשפט הפרטי בארץ. כך, למשל, תקנות השוק במקרקעין או במיסלולין אינן מעניקות חסינות למוכר הנכס אלא רק למי שהשלים את רכישתו מן המוכר בתום לב ובתמורה.<sup>39</sup> זאת ועוד: הרצון להגן על נושים תמי לב של הנושה הנמחה אינו מצדיק את שריונם מפני נושי החייב בכל מחיר. כללים של תקנת שוק משתדלים לצמצם את ההיתכנות של ניצולם לרעה לשם הברחת נכסים. תקנת השוק במקרקעין מתבססת על קיומו של מרשם זכויות במקרקעין.<sup>40</sup> תקנת השוק במיסלולין מתבססת, בין היתר, על ההנחה שקל יהיה לבעלים המקורי לאתר את הנכס הגזול ב"שוק", אצל מי שעוסק במכירת הנכסים.<sup>41</sup> בהיעדר ערובה למניעת ניצול לרעה של תקנת שוק, מעדיפות שיטות משפט, עוד מקדמת דנא, את בעל הזכות המקורי על פני הרוכש בתום לב מגולן.<sup>42</sup> כך המצב גם במשפט הישראלי לגבי כל מי שקונה נכס בתום

39 ראו סעיף 10 לחוק המקרקעין, סעיף 34 לחוק המכר, וכן רע"א 2267/95 ביכ היעץ המשפטי לממשלה נ' היטפלד, פ"ד מט(3) 854, בעמ' 863. ראו בעניין זה גם יהושע ויסמן, דיני קניין – חלק כללי 310–315 (תשנ"ג), וכן חיים זנדברג, הסדר זכויות במקרקעין בארץ-ישראל ובמדינת ישראל 301 (תשס"א) (להלן: "זנדברג, הסדר זכויות במקרקעין").

40 סעיף 10 לחוק המקרקעין משריין רק את מי שרוכש בתום לב זכות במקרקעין מוסדרים. עקרונות גיהולו של מרשם הזכויות אמורים לצמצם את הסיכוי שהבעלים החדש איננו הבעלים האמיתי. המרשם נוצר לאחד תהליך של הסדר זכויות ומתנהל תוך הקפדה על הכלל (שחריגיו ספורים) שלפיו אין העברת זכות במקרקעין אלא על ידי רישום (סעיף 7 לחוק המקרקעין). תקנת השוק עצמה מפחיתה את הסיכוי לפגמים שמקורם בהעברת זכות שקדמו לרישומם של הבעלים במרשם. ראו זנדברג, הסדר זכויות במקרקעין, הערה 39 לעיל, בעמ' 90.

41 סעיף 34 לחוק המכר משריין רוכש בתום לב רק אם רכש מ"מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של המכר" ורק רכישה "במהלך הרגיל" של העסקים. ההנחה היא שהמציאת הרוכש הנגוב ל"שוק" תקל על הבעלים המקורי לאתר. ראו זמיר, חוק המכר, הערה 32 לעיל, בעמ' 700, וכן טל בנד ואסף פוזנר, "תקנת השוק במכר מכונות – האמנם?", משפטים יג 319, 322 (תשמ"ד). לאחרונה הוצע להרחיב את תחולתה של תקנת השוק סביב גם על עסקאות פרטיות, על ידי חיזוק מעמדו של רישום כלי הרכב במשרד התחבורה. ראו הצעת חוק המכר (תיקון מסעיף 2) (תקנת השוק ברכישת כלי רכב), התשנ"ח–1998, ה"ח 542.

42 העדפה זאת משתקפת בממרה הרומית *nemo dat quod non habet*, קרי: "אין אדם יכול להעביר יותר ממה שיש לו". על טעמיו של הכלל וחריגיו ראו זנדברג, הסדר זכויות במקרקעין, הערה 39 לעיל, שעד ראשון, פרק א. יצורן, כי גם דוקטרינת העקיסה, שפותחה על ידי דיני היחוד המשפט המקובל באנגליה, אינה מונעת מן הבעלים המקורי לעקוב אחר הנכס כלפי צד שלישי שרכש את

לב, שלא בתנאי תקנת השוק, ממי שמתחזה להיות בעל הנכס אך איננו הבעלים. כך נפסק לחובתם של קונים בתום לב של זכות במקרקעין לא-מוסדרים,<sup>43</sup> של זכות במקרקעין מוסדרים<sup>44</sup> ושל זכות במיטלטלין.<sup>45</sup> זה הדין לגבי מי שמקבל משכון בתום לב בנכס גנוב.<sup>46</sup> גם מי שרוכש בתום לב זכות, להבדיל מנכס מוחשי, אינו יכול ליהנות מהגנת תקנת השוק ככל שזו אינה מוענקת לו במפורש בשל טעם מהותי כלשהו.<sup>47</sup> החשש מפני ניצול לרעה של הגנה כזאת הוא חמור במיוחד כאשר מדובר בזכויות, שכן קל יותר להמחותן בסתר. אינני סבור, אפוא, שפרשת כוכבי הייתה הזירה המתאימה ליצירתה יש מאין של תקנת שוק חדשה בזכויות, שתשריין את נושיו של נושה נסתר, שמימש את הסכם המשכון שלו, מפני נושיו של החייב.

**(ג) האם ניתן להצדיק את העדפתו של הנושה הנמחה בשל היותו בעל "משכון מן היושר תוצרת הארץ"?**

את ההצדקה לקביעת שופטי הרוב כי ניתן להעדיף נושה נמחה, שבידיו הסכם משכון שלא נרשם, גם על פני נושים תמי לב של החייב, אני מוצא דווקא בהלכה שיצאה לאחרונה מבית מדרשו של בית המשפט העליון בע"א 189/95 בנק אוצר החייל בע"מ נ' אהרונוב.<sup>48</sup> הלכה זו, על אף שלא באה לידי ביטוי בפרשת כוכבי, עשויה לספק טעם מהותי לתוצאותיה. הסיטואציה שעמדה לדיון בפרשת אהרונוב הייתה דומה מאוד לזו שהתעוררה בפרשת כוכבי. גם בפרשת אהרונוב נדרש בית המשפט להכריע בדבר מעמדו של נושה, שבידו התחייבות לעשות עסקה במקרקעין, ביחס לעיקול מאוחר יותר שהוטל

- הנכס בתמורה ובתום לב, כאשר הנכס הגיע לאותו אדם שלא מידיו של הבעלים המקורי, במכוחו או מטעמו. ראו דניאל פרידמן, דיני עשיית עושר ולא במשפט ב 1131 (מהדורה שניה, תשנ"ח), וכן (1993) 94 *The Law of Restitution* (5th ed., Robert Goff & Gareth Jones).
- 43 ת"א (חי') 1018/64 טאובה נ' בישור בע"מ, פ"מ ע 91, 101-102 (השופט עציוני).
- 44 ראו פרשת היטפלד, הערה 39 לעיל, במיוחד בעמ' 860.
- 45 ע"א 634/79 קון נ' חסון, פ"ד לה' (3) 611, בעמ' 616. כן השוו רע"א 1096/97 אבו ג'ובה נ' פימן בע"מ, תקדין-עליון כרך (1) 99, 1452, פסק דינו של השופט ברק, במיוחד בסוף פסקה 3.
- 46 סעיף 5 לחוק המשכון מגן על מי שרכש משכון בתום לב, אם הנכס הממושכן בא לידי הממשכן על דעת הבעלים או על דעת מי שהיה זכאי להחזיקו. אין הוא משריין את הרוכש בתום לב מפני זכותו של הבעלים אם הנכס נגזל ממנו על ידי הממשכן. ראו ריסמן, חוק המשכון, הערה 23 לעיל, בעמ' 149. תקנת השוק במשכון לא חלה בפרשת כוכבי שכן המשכון ממילא לא שוכלל באמצעות רישום או הפקדה. אף על פי כן צריך להבחין בין הנסיבות שבהן חלה תקנת השוק במשכון לבין נסיבות פרשת כוכבי, גם משום שיש להניח כי לאחד שהוטל העיקול לא נתן החייב את הסכמתו – ומכל מקום לא היה רשאי לתת את הסכמתו – להמחאת הזכות.
- 47 טעם מעין זה קיים כאשר הזכות מסוחרת באמצעות שטר. אפיז של השטר כנכס סחיר וכאמצעי תשלום שנועד להחליף כסף מזומן מצדיק את "טהירותו" ואת השריין הניתן לאותו כשורה. ראו סעיף 37 לפקודת השטרות וכן שלום לדבר, דיני שטרות 130, 133 (תשנ"ט).
- 48 פ"ד נג' (4) 199.

בתום לב על ידי נושה רגיל של החייב על בעלותו הרשומה של החייב. תוך שהוא הופך את ההלכה אשר נפסקה ברע"א 178/70 בוקר נ' חברה אנגלו-ישראלית לניהול ואחריות בע"מ,<sup>49</sup> פסק בית המשפט העליון, בהרכב של שבעה שופטים ובהסכמתו של השופט אנגלרד, כי ההתחייבות הראשונה בזמן גוברת על עיקול מאוחר, על אף תום לבו של המעקל בעת הטלת העיקול. שני הסעמים שהובאו בפסק הדין להצדקת תוצאה זו עשויים לכאורה להצדיק – ולו באופן עקרוני – גם את תוצאת פסק הדין כוכבי.

הטעם הראשון עניינו מעמדו של נושה שבידו הסכם קודם בזמן למכירת נכס. על סמך ניתוח סעיפי חקיקה שונים, המקנים עדיפות לנושה כזה על פני בעל התחייבות מאוחרת שטרם השלים את רכישת הנכס בתום לב, פסק השופט ברק בפרשת אהרונוב כי "לקונה הראשון זכות שביושר בנכס נשוא ההתחייבות למכר".<sup>50</sup> כן הוסיף, בהערת אגב, כי "לדעתי, עם כריתתה של העסקה (במקרקעין או במיטלטלין) עבר הקניין שביושר לידי הקונה".<sup>51</sup> השופט אנגלרד הביע תמיכה מפורשת בהערה אחרונה זו.<sup>52</sup> הטעם השני להלכת אהרונוב משלים את הטעם הראשון והוא טמון באופייה של זכות המעקל. עיקול הוא אמצעי דיוני שאין בו כדי להקנות למעקל יתרון שלא הוקנה לו מכוח הזכות שבגינה הוטל העיקול. הטלת העיקול איננה מקנה למעקל את הנכס המעוקל, ולפיכך אין בה כדי למרק את הנכס מזכות ביושר שכבר נרכשה.<sup>53</sup>

עמדת בית המשפט בפרשת אהרונוב יכולה, לכאורה, להסביר גם את גישת בית המשפט בפרשת כוכבי. ניתן לטעון כי גם בידיו של הנושה הנמחה בפרשת כוכבי היה "משכון מן היושר" מרגע כריתתו של הסכם המשכון. העדפתו של בעל הסכם משכון מוקדם בזמן על פני עיקול מאוחר שהוטל על ידי נושי החייב, ולו גם בתום לב, מתיישבת, אפוא, עם העמדה העקרונית שהובעה בפרשת אהרונוב בדבר עדיפותו "מן היושר" של בעל התחייבות מוקדמת.

על אף הדמיון בין שתי הפרשות נכדלה פרשת כוכבי מפרשת אהרונוב בסוג הנכס (בפרשת כוכבי היה מדובר בזכות ולא במקרקעין) ובטיב הזכות (בפרשת כוכבי היה מדובר בהסכם משכון ולא בהתחייבות למכר). הבדלים אלה יוצרים, בראש ובראשונה, קושי פרשני ליישב את הרעיון של משכון מן היושר עם ההסדר השלילי המיוחד

49 פ"ד כה (2) 121.

50 אהרונוב, הערה 48 לעיל, בעמ' 245–246 (הנשיא ברק).

51 שם, בעמ' 247–248 (הנשיא ברק).

52 אהרונוב, הערה 48 לעיל, בעמ' 286ג.

53 אהרונוב, הערה 48 לעיל, בעמ' 246, 251–253 (הנשיא ברק); בעמ' 233–236 (השופט שטרסברג-כהן); בעמ' 268–270 (השופט חשין). השופט שטרסברג-כהן הוסיף הסבר נוסף, שלפיו יש להעדיף נושה שנשייתו נובעת מהתחייבות הקשורה לנכס על פני נושה שנשייתו אינה נובעת מהתחייבות הקשורה לנכס המעוקל. ראו שם, בעמ' 235. הנשיא ברק הסתייג מטעון זה. לדידו, נושה שלא דואג להבטיח עצמו נוטל על עצמו את הסיכון של שינוי מצבת נכסי החייב, בין אם נשייתו קשורה לנכס ובין אם לאו. ראו שם, בעמ' 251–253.

שמשמע מהוראות סעיף 4 לחוק המשכון, ושולל לכאורה את כוחו של הסכם משכון בלתי רשום כלפי נושים תמי לב. עם זאת נראה לי, שאם הדבר רצוי מבחינה מהותית, ניתן ליישב את הקושי הפרשני האמור בדרך הבאה: ניתן לטעון כי עניינו של סעיף 4 לחוק המשכון מתמקד אך ורק בקביעת מעמדו של הסכם משכון כלפי נושי החייב שאינם תמי לב ובקביעת האפשרות לרכוש עדיפות באמצעות רישום משכון. אין הוא שולל את האפשרות שהסכם משכון יהיה תקף גם כלפי נושים תמי לב של החייב. עדיפות כזו עשויה לנבוע מהדוקטרינה הכללית של המחוקק, המעדיפה בעל הסכם קודם בזמן. זו עשויה לחול על הסכמי משכון מכוח סעיפים 12 ו-13 לחוק המיסלטלין, תשל"א-1971. אמור מעתה: לפחות מבחינה פרשנית ניתן לטעון, שסעיף 4 לחוק המשכון אינו משמיע לנו הסדר שלילי בדבר תוקפו של הסכם משכון. נושה שבידו הסכם משכון עשוי להיות בעל "משכון מן היושר תוצרת הארץ", הגובר על נושים מאוחרים, לרבות נושים תמי לב, כל עוד אלה לא השלימו בתום לב את רכישתה של זכות קניין בנכס. מותר סעיף 4 לחוק המשכון, לפי גישה זו, הוא רק במתן האפשרות לנושה שבידו הסכם משכון – לרבות הסכם משכון מאוחר בזמן – לשכלל משכון על ידי רישום בתום לב. פרשנות כזו מיישבת את תוכנו של חוק המשכון עם עמדתו הכללית של המחוקק בדבר עדיפותו של ההסכם המוקדם, כפי שהתפרשה בפרשת אהרונוב.

כנגד פתרון פרשני זה ניתן לטעון כי אין הוא ראוי מבחינה מהותית. ראשית, ניתן לבקר באופן עקרוני את העמדה המכירה בעדיפותו של הסכם מוקדם בזמן;<sup>54</sup> שנית, ניתן לטעון שגם אם מתקבל העיקרון בדבר עדיפות מן היושר של נושה מוקדם, יש מקום להבחין בין נושה שבידו הסכם משכון לבין נושה שבידו הסכם מכר. ניתן לטעון, שכאשר מדובר במשכון יש אינטרס להמריץ את הנושה לרישום משכון ולעודד את הקונקלוסיביות של מרשם המשכונות, בעוד שלגבי עסקאות מכר של מיסלטלין או זכויות לא מתגהל מרשם. עוד ניתן לטעון, כי האינטרס שיש לנושה שבידו התחייבות למשכון נכס הוא אינטרס כספי בלבד, ובדרך כלל אינו בשיעור מלוא שוויו של הנכס. לעומת זאת, לנושה שבידו התחייבות למכר יש עניין בנכס כולו, ובדרך כלל גם בנכס המסוים גופו. על טענות אלה ניתן להשיב שמרשם המשכונות ממילא אינו מרשם זכויות המבטיח קונקלוסיביות למסתמך עליו.<sup>55</sup> העניין הציבורי בתמרוץ רישומם של משכוננים אינו חזק מהעניין ברישום עסקאות במרשם המקרקעין, שבצילו נפסקה הלכת אהרונוב.<sup>56</sup> זאת ועוד: בסעיפים השונים שבהם עוסק המחוקק בתחרות בין זכויות הוא לא הבחין בין עסקאות מכר לבין עסקאות משכון.

54 לא נעסק ברשימה זאת בדין בביקורת מעין זו, המצדיקה רשימה נפרדת. ניתן לתמצת את הביקורת בטיעון הכללי הבא: בנסיבות מסוימות העדפתו האוטומטית של הראשון בזמן אינה מתמצת אותו להשלים את העסקה או לתת לה פומבי גם כאשר פעולה זאת תמנע, באופן היעיל החול ביותר, את נזקיהם של מסתמכים מאוחרים ותמי לב. לביקורת זו ניתן ביטוי גם בפרשת אהרונוב: ראו שם, בפסק דינו של השופט חשין, בעמ' 278-280 וההפניות שם.

55 ויסמן, חוק המשכון, הערה 23 לעיל, בעמ' 130-131.

56 כנגד טיעון זה עומדת גישתו של המחוקק בכל הנוגע לרישומם של משכוננים על נכסי חברה. סעיף

הנה כי כן, גם מבחינה מהותית ניתן היה לתמוך את העדפתו של הנושה הנמחה בפרשת כוכבי בטעמה של הלכת אהרונוב בדבר עדיפותו "מן היושר" של ההסכם המוקדם. עם זאת, להנמקה מעין זו לא נמצא ביטוי של ממש בפרשת כוכבי.<sup>57</sup>

#### (ד) חוסר הבהירות בנוגע למועד שכלולה של המחאת זכות

טעם נוסף ואחרון שיכול היה להסביר את העדפתו של הנושה הנמחה בפרשת כוכבי על פני נושיו תמי הלב של החייב, גם מתוך שמירת אמונים לפרשנות המצמצמת של סעיף 4 לחוק המשכון, נעוץ בטיבו של הנכס הממושכן כזכות בלתי־מוחשית, ובהכדל הקיים לכאורה בין הדרכים לשכלולה של עסקה בזכות (המחאה) לבין דרכי שכלולה של עסקה בנכס מוחשי. בניגוד למצב השורר בתחום עסקאות במקרקעין ומיסלטלין, קל יותר להשלים עסקת מכר של זכות מאשר עסקת משכון של זכות. כאשר מדובר בעסקאות במקרקעין אין הבדל בין דרכי השכלול של מכר ומשכנתא: שכלולם כלפי צדדים שלישיים ושריונם מפני עסקאות נוגדות או פגמים מהעבר מותנים ברישום.<sup>58</sup> השלמת מכר של מיסלטלין מותנית, בדרך כלל ובהתאם לאינטרס הטבעי של הצדדים, בהעברת ההחזקה או הזכות להחזיק לקונה,<sup>59</sup> בעוד שאת המשכון במיסלטלין ניתן להשלים בקלות יחסית ובלא העברת ההחזקה – על ידי רישום. שונה המצב כאשר משווים עסקאות

- 178 לפקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג-1983 קובע כי שעבוד נכס חברה שלא נרשם בסל "כלפי המפרק וכל נושה של החברה". עם זאת, ממילא הסדר זה אינו מתיישב עם הסדר שקובע חוק המשכון, ובית המשפט העליון כבר המליץ בעבר לתקנו ברוח חוק המשכון. ראו ע"א 315/89 ביאלוטטצקי בע"מ נ' גיד גוף (תעשיות) בע"מ, פ"ד מה(1) 698, 705 (השופט גולדברג).
- 57 אם כי ניתן לייחס את הדעין האמור צאמצעות פרשנות "יצירתית" – לעמדת השופט אנגלרד, שלפיה "אין זה מתקבל על הדעת כי נושים... יוכלו לבוא לאחד שנים ומים ולתקוף עסקה שהושלמה מזמן בנימוק כי העסקה במקורה הייתה עסקת בטוחה שלא נרשמה כמשכון". כוכבי, הערה 1 לעיל, בעמ' 376-ג (ההדגשות הוספו). לפרשנות נוספת ראו הערה 33 לעיל.
- 58 דרישת הרישום נובעת מסעיפים 7, 9 ו-10 לחוק המקרקעין. זוהי דרישה הכרחית אך לא ממצה: כדי להתגבר על עסקה נוגדת קודמת (סעיף 9) או כדי ליהנות מתקנת השוק (סעיף 10) נדרש גם תום לב במועד הרישום.
- 59 אמנם, בניגוד למקרקעין, אין החוק מחייב העברת בעלות במיסלטלין במועד מסירת ההחזקה. עם זאת, כל עוד לא קיבל הקונה את ההחזקה הוא עלול לאבד את זכותו לבעל התחייבות סותרת מאוחרת (לפי סעיף 12 לחוק המיסלטלין, תשל"א-1971) או לקונה סתנאי תקנת השוק (לפי סעיף 34 לחוק המכר). זאת ועוד: יש להגות, שבדרך כלל קונה סביד לא יסכים להחזיר את ההחזקה או את זכות ההחזקה של הבעלים (אם המוכר מבקש להמשיך להחזיק בנכס כשוכר) בידי המוכר לאחר השלמת הרכישה ותשלום התמורה. המוכר מצידו לא יסכים להעביר את זכות ההחזקה לקונה בטרם יקבל את רוב התמורה (למעט כאשר הוא נותן אשראי לרכישת הנכס). הנחה מסתברת זאת באה לידי ביטוי גם בהוראתו הדיספוזיטיבית של סעיף 33 לחוק המכר. הצדדים אמנם יכולים להתנות על כך (וראו, למשל, ע"א 1367/93 דסקו מוצרי עץ (1987) בע"מ נ' דיון, פ"ד מט(4) 215), אך התנאים אינם תופסת כאשר יש בה לפגוע בזכויות צדדים שלישיים. ראו, למשל, ע"א 455/89 קולומבו, מאכל ומשקה בע"מ נ' בנק למסחר בע"מ, פ"ד מה(5) 490, 498.



בזכויות. אם מניחים, מצד אחד, כי שכלולו של משכון בזכות סעון רישום ומצד שני מצדדים בדעה לפיה המחאה גמורה משתכללת כבר במועד כריתתו של הסכם המחאה,<sup>60</sup> התוצאה השדרותית המשתמעת היא שקל יותר לשכלל מכר של זכות (די בהסכם) מאשר משכון של זכות (סעון רישום). נראה, כי שלושת השופטים בפרשת כוכבי היו שותפים להנחות יסוד אלה.<sup>61</sup> עובדה זאת היא שהפכה את שאלת סיווג הנכון של המחאה בפרשת כוכבי לשאלה שתכריע את גורלם של הנושים תמי הלב. ייתכן שרצונם של השופטים להימנע מתוצאה סותרת ושרירותית רק בשל סיווג העסקה מסביר את ניסיונם להשוות את מעמדו של המשכון שלא נרשם למעמדו של המכר שלא נרשם.

לדעתי, אכן אין זה ראוי שקל יהיה למכור זכות בחשאי מאשר למשכנה. עם זאת, הפתרון הראוי אינו בהכרח הקלה בדרכי שכלולו של המשכון, אלא הכבדה על דרכי שכלולו של המכר. כנגד הרצון להקל על עבירות של זכויות עומד האינטרס של הגנת נושי החייב מפני חוזים נסתרים, 'הא אשר יהא סיווגם. הגנתו של אינטרס זה מצדיקה התנאת שכלולה של כל המחאה כלפי צדדים שלישיים במתן פומביות לדבר המחאה. אכן, אפשר שישנן זכויות מסוימות, שאין להן כל ביטוי פומבי זולת ההסכם הממחה אותן.<sup>62</sup> ספק אם כך המצב כאשר מדובר בזכויות אובליגטוריות לרישום עתידי של זכות במקרקעין מהסוג שהומחה בפרשת כוכבי. זהות הבעלים של זכות כזאת עשויה לקבל ביטוי פומבי לא רק בהסכם שיצר את זכותו אלא גם בהחזקת המקרקעין נשוא הזכות או

60 הטעם לעמדה זאת הוסבר על ידי פרופ' לרנר: "דומה שלעניין זכויות והעמדה לרשות הנמחה שלמה בעת כריתת הסכם המחאה". ראו שלום לרנר, "המחאת חיובים", דיני חיובים – חלק כללי 21, 62 (בעריכת דניאל פרידמן, תשנ"ד) (להלן: לרנר, המחאת חיובים). לדעתי, עמדה זו אינה בגדר תיאור ההלכה. ראו הערה 64 להלן.

61 השופטים בפרשת כוכבי קבעו שהמכר נשלם לפני הטלת העיקולים, אך בה במידה קבעו כי לפחות חלק מהמעקלים לא ידעו ולא היו צריכים לדעת על המחאה. קביעה אחרונה זאת שוללת, במידה רבה, את האפשרות שקודם להטלת העיקול דוחח לחייב המקורי על הסכם המחאה או שנמסרה החזקה במקרקעין נשוא הזכות לנושה הנמחה (שכן במקרים אלה היו הנושים יודעים על המחאה). מכאן ניתן להסיק שהשופטים סברו כי המחאת הזכות שוכללה כבר במועד כריתת ההסכם. יצוין, כי מתוך פסק הדין כלל לא נראה כי בית המשפט עסק בבירור השאלה העובדתית מתי הודיע הנושה לחייב המקורי על המחאה. השופט טירקל מפנה (פרשת כוכבי, הערה 1 לעיל, בעמ' 381א) להחלטתו בע"א 6529/96 טקסטיל ריינס בע"מ נ' רייך, פ"ד נג(2) 218, 231-233, שבה הוא מצטט בהסכמה את עמדתו של פרופ' לרנר ואת פסקי הדין שעליה היא סומכת (ראו הערות 60 ו-64).

62 נראה לנו כי זכויות כאלה הן נדירות ביותר. אפילו כאשר הזכות הנמחית היא טוב כספי עלולים נושי הממחה ללמוד עליה פרטים מוטעים ממידע מוטעה שמספק להם החייב המקורי, ולו גם בתום לב. פרופ' דויטש ציין גם את הקושי הטמון בהיעדר ממד של פומביות לזכויות קניין רוחני, כגון זכות יוצרים, זכות מבצעים, סודות מסוד ומוניטין. ראו מיגל דויטש, קניין א 190-191 (תשנ"ז).

ברישום המתנה אצל החייב המקורי (כגון מינהל מקרקעי ישראל או חברה קבלנית)<sup>63</sup>. ההסתמכות על ביטוייה הפורמביים של הבעלות בזכות עשויה להטעות את נושי הממחה ולהצניע מעיניהם הסכמי המחאה נסתרים. משום כך ראוי בעיני דין המתנה את שכלולה של המחאת זכות – יהא אשר יהא סיווגה – בפומביות ההמחאה. השאלה מהי הדרך הראויה למתן פומביות להמחאה איננה פשוטה. הדין הישראלי כולל הוראות חקיקה שונות שעשויות להשפיע על כך. כך, למשל, הכלל המשתמע מסעיף 4 לחוק המחאת חיובים, התשכ"ט-1969 הוא ששכלולה של ההמחאה יושלם, לפחות כלפי המחאה סותרת, עם מתן הודעה על ההמחאה לחייב המקורי ובלא קשר לתום לבו של הנמחה. פרופ' לרנר מתח ביקורת על עמדה זו, בטענה שהחייב איננו הגורם הראוי לניהול מרשם פרטי של המחאות זכות.<sup>64</sup> לדידו, ראוי לחייב רישום מכר של זכויות בדומה לרישום של משכון זכויות.<sup>65</sup> גם בית המשפט העליון המליץ למחוקק להתקין רישום של המחאות זכות,<sup>66</sup> אם כי הסתייג לא אחת מההכרה ברישומי החייב כ"תחליף מרשם".<sup>67</sup> שני מקורות סטטוטוריים נוספים עשויים להוות מקור לדרישת פומביות כתנאי לשכלולה של המחאה. המקור האחד הוא סעיף 12 לחוק המיסלסלין, תשל"א-1971, שהוראותיו חלות, בשינויים המחויבים, גם על זכויות.<sup>68</sup> בית המשפט העליון פסק, לפי סעיף זה, כי מועד שכלולה של המחאת זכות חכירה בלתי רשומה

63 על הטעמים להיווצרותם של מרשמים בלתי-רשמיים של זכויות אובליגטוריות במקרקעין במינהל מקרקעי ישראל, בהברות קבלניות ובאתרים נוספים ראו זנדברג, הסדר זכויות במקרקעין, הערה 39 לעיל, בשער רביעי, פרק ב.

64 ראו לרנר, המחאת חיובים, הערה 60 לעיל, בעמ' 105-106. הטעמים לכך: העדרה של מסגרת חוקית שתחייב חייבים לתת פומביות למידע שברשותם היעדר פיקוח ציבורי על פי דין על דרכי שמירתו וניהולו. נראה לנו, שפסקי הדין שעליהם סומכת גישתו של לרנר, שלפיה ההמחאה נשלמת עם כריתת החסם (שם, בעמ' 62, הערה 202), אינם מיתרים גם הודעה לחייב, שכן בעובדותיהם כללה ההמחאה גם הודעה לחייב בגוף החסם ההמחאה. ראו ע"א 471/73 מקבלי נכסים זמניים ומנהלים של אלקטרוניקס (ישראל) בע"מ נ' אלסינט בע"מ, פ"ד כס(1) 121, 124; ע"א 330/75 גרבוז נ' רשות הנמלים בישראל פ"ד לא(3) 146, 148. לכן, קשה לדאוג בפסקי דין אלה משום חריצת הלכה. הסתייג בין העמדה שלפיה שכלול המחאה בחסם גופי לבין הוראות סעיף 4 לחוק המחאת חיובים טרם יושמה. ראו גם לרנר, המחאת חיובים, הערה 60 לעיל, בעמ' 62.

65 לרנר, המחאת חיובים, הערה 60 לעיל, בעמ' 106, במיחזור הערה 383.

66 בע"א 954/93 חגיבי נ' בן יונה, פ"ד ג(1) 417, בעמ' 420-421 ממליץ השופט טל למחוקק לשקול "שמן מן הראוי להתקין שרישום במינהל כמחוז כרישום בלשכת רישום המקרקעין האת כאשר לא ניתן לרשום את הזכויות בלשכת רישום המקרקעין".

67 ע"א 505/70 בנק למלאכה בערבו מוגבל נ' תנאמן על נכסי הרשקו ציליק, פ"ד כה(1) 423, 426; ע"א 842/79 גם נ' גולדה, פ"ד לו(1) 204, 218; טקסטיל ריינג, הערה 61 לעיל, בעמ' 1229-1230.

68 לפי סעיף 13 לחוק המיסלסלין.

במקרקעי ישראל הוא מועד קבלת הסכמת המינהל להמחאה<sup>69</sup>. המקור האחר הוא סעיף 1(א) לחוק המחאת חיובים, תשכ"ט-1969, המאפשר לקבוע את מועד שכלולה של ההמחאה לפי פרשנות הסכם ההמחאה או "טיבה" של הזכות הנמחית. בית המשפט העליון קבע, לאחרונה, תוך שהוא מפרש הסכם חכירה הרשומה במינהל מקרקעי ישראל, כי אף כאשר נדרשת הסכמת המחזיר להעברת החכירה, הרי שמועד שכלולה של המחאת הזכות הוא המועד שבו משלים הנמחה את תשלום התמורה בגין ההמחאה ונמסרת לו ההחזקה במקרקעין נשוא הזכות הנמחית, וזאת אף אם הנמחה לא הודיע על כך למחזיר.<sup>70</sup> ספק נוסף בנוגע למועד הראוי להשלמתה של המחאה מתעורר כאשר הזכות הנמחית היא זכות שנרשמה בגינה הערת אזהרה. או אז, הכרה בהמחאת הזכות, מבלי שיינתן לכך ביטוי ברישום ההערה, עלולה להטעות את נושיו של הממחה.<sup>71</sup>

אין ספק שהדין בנוגע למועד שכלולה של המחאת זכות טעון הבהרה של המחוקק ושל בתי המשפט. שלושת השופטים בפרשת כוכבי נמנעו מדיון בסוגיה זו. אמנם, את עמדתו כי יש להעדיף את הנושה הנמחה על פני המעקלים, לרבות מעקלים תמי לב,<sup>72</sup> תמך השופט אנגלרד גם בכך שהמעקלים "לא הסתמכו על מציאות הנכס ברשות החייב שלהם".<sup>73</sup> עם זאת, לא הובהר מהי העובדה שממנה ראוי כי נושיו של חייב ילמדו על מצבת זכויותיו האובליגטוריות ומה הטעם לכך. כלום עליהם להתרשם מהחזקת הנכס נשוא ההתחייבות האובליגטורית, מפרטי רישומה של הזכות אצל החייב המקורי? מפרטי הרישום של הערת אזהרה לזכות החייב המקורי במרשם המקרקעי? נראה לי, כי פרשת כוכבי הצדיקה דיון רחב יותר בסוגיית מועד שכלולה של המחאת הזכות. דיון מעין זה היה תורם להבהרתה של עמימות הדין בסוגיה. בה במידה עשוי היה לחלץ את בית המשפט מן המצר שנקלע אליו נוכח הסתירה בין דיני המשכון לבין מסקנתו בדבר שכלול ההמחאה. אפשר שהעובדה שלא נתקיים דיון כזה מצביעה על כך שהמחוקק ולא בית המשפט הוא הכתובת המתאימה יותר לעורכו; פרשת כוכבי מדגימה את הדחיפות שבה עליו לעשות כן.

69 ע"א 328/94 מילר נ' יוסף, פ"ד נ(3) 378, 382.

70 טקסטיל ריינס, הערה 61 לעיל, בעמ' 236-239.

71 סעיף 34 לחוק הוצאה לפועל, תשכ"ז-1967 מאפשר לעקל זכויות הנובעות מהערת אזהרה. לא אחת לומדים הנושים על קיומן של זכויות כאלה מתוך עיון ברישום ההערה בלשכת רישום המקרקעין ומסתפקים ברישום העיקול במרשם. אם ניתן להמחאת את הזכות נשוא הערה בלא רישום ההמחאה במרשם, עלול להיחזק מצב שכית שבו רישום הערה אינו משקף את המצב המשפטי האמיתי. מצב זה אינו רצוי בעינינו. לאחרונה נפסק, כי נמחה של זכות שנרשמה בגינה הערת אזהרה, רשאי לרשום הערת אזהרה נוספת בגין הזכות שהנמחיתה. ראו ע"א 886/97 בורגשטיין נ' חודאד, פ"ד נב(4) 68. אפשר שנוכח הלכה זאת יש מקום להתנות את שכלולה של המחאת זכות שניתן לרשום בגינה הערת אזהרה, ברישום הערת האזהרה לטובת הנמחה.

72 ראו הערה 22 לעיל.

73 כוכבי, הערה 1 לעיל, בעמ' 376-377 ג (ההדגשה הוספה).

## ג. הלכת כוכבי אינה מתיישבת עם הוראותיו הכופות של חוק המשכון בנוגע למימוש המשכון וזכויות החייב ונושיו

### 1. כללי

עד כה הסברתי מדוע, לדעתי, קשה מאוד ליישב את פסק הרוב בפרשת כוכבי עם הוראותיו הכופות של חוק המשכון בדבר דרכי שכלול המשכון. טענתי זאת כוונה נגד העדפתו של הנושה הנמחה על פני מעקלים תמי לב, שכלל לא ידעו על הסכם ההמחאה. בחלק זה של הרשימה אסביר מדוע, לדעתי, קשה ליישב את פסק הרוב בדבר בטלות העיקולים והעדפתו של הסכם ההמחאה לנושה הנמחה, גם ככל הנוגע למעקלים שידעו על הסכם ההמחאה, ושכוחו כהסכם משכון היה יפה כלפיהם מלכתחילה. אסביר מדוע, לדעתי, לא ניתן ליישב את פסק הרוב עם הוראותיו הכופות של חוק המשכון לגבי דרכי המימוש של המשכון ולגבי זכויות החייב ונושיו ביחס לנושה הנמחה. אבהיר את עמדתי שהסכם ההמחאה לא היה אלא מימוש משכון בניגוד לדרכי המימוש החוקיות, תוך התנאה אסורה על דרכי המימוש וזכות הפדיון של החייב. אסיים בביקורת על הערת אגב של השופט אנגלרד, שעשויה להסביר את פסק הרוב, ולפיה נושיו החייב – להבדיל מהחייב עצמו – אינם זכאים לתבוע את קיומן של הוראותיו הכופות של חוק המשכון בנוגע לדרכי מימוש המשכון, ולחילופין אין זה ראוי כי יהיו זכאים לכך.

### 2. המחאת זכות לנושה כמימוש עצמי של משכון

הנחתם של השופטים סירקל ומצא כי המחאת הזכות שמושכנה הייתה בגדר מימוש ראוי של משכון בזכות אינה מתיישבת עם הוראות סעיף 17 לחוק המשכון, שלפיהן אין לממש משכון אלא באחת הדרכים המנויות בחוק המשכון. חוק המשכון אינו מאפשר לנושה לממש את הזכות הממושכנת בדרך של מימוש עצמי. עליו לעשות זאת תחת עינה הבוחנת של רשות שיפוטית, האמורה לדאוג לכך שהמימוש יעשה בצורה הוגנת, תוך שמירה ראויה על זכויות החייב. הנחת המחוקק ישראלי הייתה שהרשות המממשת תיטיב לשמור על האינטרסים של החייב יותר משיעשה כן הנושה.<sup>74</sup> כך, למשל, יש להניח, כי מימוש תחת פיקוח הרשות לא יתמקד רק בפירעון החיוב המובטח: הרשות תקדיש תשומת לב ראויה למיצוי מרבי של הפוטנציאל הכלכלי של הנכס, לשם הותרת מרב היתרה לחייב.<sup>75</sup> יש להניח כי הרשות לא תפתה, כנושה, לחלט את מלוא הנכס או

74 לא כל שיטות המשפט שותפות להנחה זו. יש שיטות המכירות במימוש עצמי תגן בידי הנושה. ראו יסגן, חוק המשכון, הערה 23 לעיל, בעמ' 329, הערת שוליים 2 הסקסט שלידה.

75 הדרך המקובלת לכך היא באמצעות מכירה פומבית של הנכס והקפדה על זכות הפדיון לחייב. הניסיון מלמד כי הרשות לא תמיד מצליחה במשימתה זאת. כך, למשל, נמתזה ביקורת חריפה על

תמורתו, ותדאג להשיב לחייב את היתרה שתיוותר לאחר המימוש.<sup>76</sup> הרשות אמורה גם להקפיד על שמירת אינטרסים משוריינים של החייב, כגון זכותו למדור ודיור חלוף.<sup>77</sup> המחאת הזכות לנושה הנמחה בפרשת כוכבי זרעה מהאיסור על מימוש עצמי של הנכס הממושכן, שכן היא אפשרה לו לרכוש בעלות בזכות הנמחית ופטרה אותו מהצורך לממש את הזכות באמצעות רשות. הנושה הנמחה לא היה רשאי להתנות על דרכי המימוש בטרם הגיע המועד לקיום החיוב, וזאת לפי הוראות סעיף 16(ב) לחוק המשכון. ההתנאה על איסור זה, בהסכם המחאה שנכרת עם מתן ההלוואה, לא יכלה אפוא לסייע בידו.

### 3. המחאת זכות לנושה כשלילת זכות הפדיון

הסכם המחאה שנבחן בפרשת כוכבי פגע גם בהוראותיו הכופות של סעיף 13 לחוק המשכון, המקנות לחייב ולכל אדם שזכותו עלולה להיפגע ממימוש המשכון את האפשרות לפדות את הנכס הממושכן על ידי קיום החיוב לאחר שהגיע המועד לקיומו. זכות הפדיון מקנה לחייב דרך נוספת למנוע את הנושה מלהותיר בידיו נכס ששווייו עולה על החיוב המובטח, במיוחד כאשר הליכי המימוש אינם מבטיחים זאת.<sup>78</sup> היא עשויה לאפשר לחייב להפיק מהנכס יתרונות שלא ישתקפו בשווי השוק של הנכס.<sup>79</sup> הזכות לפדיון נובעת גם מהוראות סעיף 2(ב) לחוק המשכון, המאפשרות לקבוע כי עסקה שחזותה החיצונית היא כשל "מכר", איננה אלא עסקה שכוונתה שעבוד נכס כערוכה לחיוב. משמעותה של קביעה מעין זו היא שלאמיתו של דבר, ועל אף החזות החיצונית,

כך ששיטת המימוש באמצעות מכירה פומבית אינה מצליחה למכור נכסים ממושכנים במחירים ראויים. ראו Lawrence Berger, "Solving the Problem of Abusive Mortgage Foreclosure Sales," 66 *Neb. L. Rev.* 373 (1987); Ronald Goldstein, "Reforming the Residential Mortgage Foreclosure," 97 *Com. L.J.* 255 (1992).

76 הוראה מפורשת ברוח זו קיימת בסעיף 77 לחוק ההוצאה לפועל, תשכ"ז-1967. גם כאשר הנושה רשאי לממש את הנכס מימוש עצמי אין הוא רשאי לחלט יותר מן הנחוץ לפירעון החיוב ועליו להשיב לחייב את הסכומים העודפים על החוב. ראו ויסמן, חוק המשכון, הערה 23 לעיל, בעמ' 353, הערת שוליים 28 והטקסט שלידה, וכן לרנר, המחאה גמורה, הערה 2 לעיל, בעמ' 285, הערת שוליים 35 והטקסט שלידה.

77 ראו, למשל, סעיפים 38-39 לחוק ההוצאה לפועל, תשכ"ז-1967. לדיון בהצדקות הכלכליות והאחרות לקיומם של דינים המשוריינים לחייב זכויות בנכס הממומש, ראו Michael H. Schill, "An Economic Analysis of Mortgagor Protection Law," 77 *Va. L. Rev.* 489 (1991); Robert M. Washburn, "The Judicial and Legislative Response to Price Inadaquancy in Mortgage Foreclosure Sales," 53 *S. Cal. L. Rev.* 843 (1980).

78 ויסמן, חוק המשכון, הערה 23 לעיל, בעמ' 257-259. על זכות הפדיון כתמריץ ליעול המימוש ראו במיוחד שם, בעמ' 259, הערה 13.

79 כגון הקשר הייחודי בין אדם לנכס או לקרקע. ויסמן, חוק המשכון, הערה 23 לעיל, בעמ' 261, הערת שוליים 18, וכן Margaret J. Radin, *Reinterpreting Property* 36-38, 56-59 (1993). לסקירת התפתחותה ההיסטורית של זכות הפדיון בשיטות משפט אחרות ראו פרק ד.2 להלן.

הצדדים ביקשו להותיר בידי החייב את הבעלות ועמה את הזכות לפדות את הנכס. זאת, בניגוד מוחלט לעסקת מכר "אמיתית", שבה המוכר מסכים להתפרק לחלוטין מכל זכויותיו וחובותיו כבעלים בעוד הנושה מקבל על עצמו, בהתאמה, את הסיכון של שינויים בערכו של הנכס.<sup>80</sup> על פי הנחת המוצא של השופטים טירקל ומצא בנוגע לסיווגה הראשוני של העסקה בפרשת כוכבי, המחאת הזכות לנושה הנמחה לא הייתה אלא מכירה של הזכות לנושה הנמחה תוך שלילת זכותו לפדות את הנכס. כפי שעולה מהוראות סעיף 13 לחוק המשכון, קביעה אחרת בהסכם ההמחאה אינה יכולה לפגוע בזכות זו.

אכן, לעתים קיימים נימוקים המצדיקים פגיעה בזכות הפדיון. כך, למשל, ייתכן שאין מקום להקנותה לחייב לעולמי עד, ומן הראוי שהזכות תתיישן אם התמהמה במימושה במשך תקופה ארוכה.<sup>81</sup> אולם טענת התיישנות של זכות הפדיון לא התבררה כדבעי בפרשת כוכבי ולא עמדה ביסוד הנמקות השופטים, זולת רמז בפסק דינו של השופט אנגלרד.<sup>82</sup> טעם נוסף שעשוי להצדיק פגיעה בזכות הפדיון מתייחס למצב שבו ממומש נכס ממושכן במכירה פומבית בידי רשות. במקרה כזה עלולה הסכנה, שהנכס ייפדה ממי שירכוש אותו במסגרת הליכי המימוש, להרתיע משתתפים פוטנציאליים מהליך המימוש ולפגוע, בסופו של דבר, בחייב.<sup>83</sup> בסייג זה של זכות הפדיון אין כדי להצדיק מתן תוקף מוחלט וסופי להמחאה של זכות ממושכנת לנושה שלא במסגרת הליכי מימוש בפני רשות, משום שיש בכך כדי לשלול מהחייב את האפשרות לפדות את הנכס.

#### 4. המחאת זכות לנושה אינה מימוש של הזכות הממושכנת לו אלא מימוש עצמי שלא כדין של משכון בזכות

השופט מצא סמך את עמדתו בפרשת כוכבי גם על סעיפים 17(4) ו-20 לחוק המשכון, המאפשרים לנושה הנמחה, שלזכותו משכון בזכות, לממש את המשכון בזכות מימוש עצמי, שלא באמצעות הליכי מימוש משכון בפני רשות – אלא באמצעות מימושה של הזכות הממושכנת.<sup>84</sup> דא עקא, שהמחאת הזכות הממושכנת לנושה הנמחה לא היוותה מימוש של הזכות הנמחית. רק כאשר הזכות הנמחית היא זכות לכסף, והנושה הנמחה תבע וקיבל את הסכום מן החייב המקורי, הוא רשאי להשתמש בו ישירות לשם פירעון

80 ראו לרנר, המחאה גמורה, הערה 2 לעיל, בעמ' 287. כן השוו ע"א 1986/92 מדינת ישראל נ' קנג' אבו סאלה, פ"ד נ(1) 499, 512. עוד על ההבחנה בין כוונת מכר "אמיתית" לכוונת משכון ראו פרק ד.2 להלן.

81 ראו הטקסט שליד להערת 34 ו-35 לעיל וההפניות שם.

82 ראו פרק ב.2(א) לעיל והערות שם.

83 ראו פרק ב.1(ב) לעיל וההפניות שם.

84 ראו הערה 20 לעיל והטקסט שלידה.

החוב, <sup>85</sup> ואף זאת בכפוף לחובתו להשיב לחייב סכומים העולים על שיעור החוב. <sup>86</sup> לעומת זאת, כאשר הזכות הנמחית היא זכות להירשם בעתיד כבעל זכות במקרקעין, כפי שהיה בפרשת כוכבי, מדובר בדרך כלל בזכות שמימושה הוא עניין לעתיד הרחוק. זאת ועוד: מימוש הזכות על ידי הנושה הנמחה לא יקנה לו סכום כסף שממנו יהיה רשאי לנכות את חובו, אלא יוביל לחילופי המשכון מהזכות ואל המקרקעין שיפלו בחלקו של החייב. <sup>87</sup> במקרה כזה יחולו המגבלות שמטיל חוק המשכון על מימוש משכון בנכס כלשהוא גם על מימוש משכון בזכות. <sup>88</sup> המחאת הזכות לנושה הנמחה בפרשת כוכבי לא הייתה אפוא בגדר מימוש הזכות שמושכנה, ולפיכך היה בה משום מימוש משכון בניגוד לדרכי המימוש המותרות.

### 5. "עצמאות" הסכם המכר – התנאה מראש על דרכי המימוש איננה הופכת באופן אוטומטי להתקשרות "עצמאית" שנעשתה לאחר מועד המימוש

הסבר אפשרי נוסף לקביעת השופטים כי המחאת הזכות הייתה מימוש ראוי של המשכון יכול להימצא בטענה שהצדדים התנו, בהסכמה, על דרכי המימוש של המשכון. אמנם, הסכמתו של החייב למימוש עצמי של המשכון בידי הנושה, כאשר היא (להבדיל ממימושה של ההסכמה) ניתנת לפני המועד למימוש המשכון – בטלה לפי הוראות סעיפים 13 ו-16 לחוק המשכון. הטעם לכך הוסבר בזמנו על ידי פרופ' ויסמן, לאמור:

עמדת המיקוח של הנושה היא על פי רוב חזקה יותר מזו של החייב ובידו להכתיב לחייב, בעת הסכם המשכון, דרכי מימוש שיבטיחו את האינטרס שלו, גם אם יש בהם קיפוח האינטרס של החייב ושל נושיו האחרים. <sup>89</sup>

עם זאת, הוראות חוק המשכון אינן שוללות את תוקפה של הסכמה בדבר שינוי דרכי המימוש, שהושגה בין החייב לבין הנושה לאחר המועד לקיום החיוב. אכן, יכול שהחייב יסכים למכירת הנכס לנושה גם לאחר שהגיע המועד לקיום החיוב. אולם במועד זה עמדת המיקוח של החייב חזקה יותר, שכן החייב קיבל כבר מן הנושה את התמורה שבגינה נוצר החיוב המובטח. בשלב זה, חייב סביר לא יוותר על זכויותיו לפי חוק המשכון בלא שתניתן לו – עתה, לאחר שהחיוב חולל – תמורה מושכת והוגנת כלשהי. תמורה מעין זו אמורה לשפר את מצבו ביחס למה שיזכה בו אם ימומש הנכס לפי דרכי המימוש המקובלות. תמורה כזו יכולה לבוא לידי ביטוי, דרך משל, במחיקת חלק מהחוב או ברכישת הנכס על ידי הנושה תמורת תשלום דמי מכר הוגנים ומעודכנים. הנושה מצדו

85 ויסמן, חוק המשכון, הערה 23 לעיל, בעמ' 357–358.

86 לדנר, המחאה גמורה, הערה 2 לעיל, בעמ' 285, הערת שוליים 35 הסקסט שלידה.

87 ויסמן, חוק המשכון, הערה 23 לעיל, בעמ' 357–358.

88 שם, במיוחד בעמ' 358, בסקסט שליד הערת שוליים 2 ובן בעמודים 365–366.

89 ויסמן, חוק המשכון, הערה 23 לעיל, בעמ' 311 (ההדגשה הוספה).

יאות לשלם תמורה זאת אם יש לו אינטרס אמיתי וייחודי ברכישת הנכס, או אם הוא סובר שיש בה כדי לצמצם את העלויות הכרוכות במימוש כדין. ניתן היה, אפוא, להצדיק את קביעת השופטים בפרשת כוכבי בדבר "כשרותו" של הסכם ההמחאה בשענה שהסכמת החייב להמחאה הייתה עצמאית, ושהיא ניתנה לאחר שהגיע המועד לפירעון ההלוואה. עם זאת, לא ניתן להגיע למסקנה זו רק על בסיס הסכם ההמחאה כפשוטו. ההסכמה על המחאת הזכות לנושה לפי הסכם זה כבלה את החייב כבר ממועד כריתת ההסכם המותנה, שרוב השופטים הסכימו כי היה הסכם משכון, ובטרם התממש התנאי המתלה. במועד זה נאלץ החייב, עקב מצוקה כספית, להזדקק להסדי הנושה הנמחה. החייב לא היה יכול להימלך בדעתו לאחר מכן, כל עוד לא החזיר את ההלוואה. כדי להגיע למסקנה בדבר עצמאות המכר היה צורך בממצא נוסף, שיצביע על כך שלאחר שהתברר שההלוואה לא תיפרע במועד התגבשה הסכמה חדשה של שני הצדדים בדבר המחאת הזכות והפרדה בין עסקת ההלוואה לבין עסקת המכר.<sup>90</sup> המסקנה בדבר "עצמאותו" של הסכם ההמחאה המותנה אינה יכולה לנבוע במקרה דנן מתוכו ובו. עליה להזדקק מתוך הוכחת מה שהתרחש לאחר כריתת הסכם ההמחאה. קשה, אפוא, להצדיק את פסק הדין ככל שמשתמע ממנו שהסכם הלוואה המותנה בתנאי מתלה הוא מאליו הסכם "עצמאי".

עיון בעובדות פרשת כוכבי, כפי שהובאו בגלגול קודם שלה – ע"א 318/85 כוכבי נ' גזית קונסוליום השקעות ופיתוח בע"מ<sup>91</sup> – מגלה כמה פרטים שיכלו לתמוך ממצא בדבר התגבשות הסכמה חדשה ועצמאית לאחר הסכם ההלוואה. מסתבר, שהחייב פנה לנושה הנמחה חמישה ימים בלבד לאחר מועד כריתת הסכם ההלוואה והודיע כי לא יוכל לעמוד בפירעונה. עקב כך "סוכם" מחדש על המחאה מיידית של הזכות לנושה הנמחה.<sup>92</sup> ייתכן כי תוכנו של סיכום זה, שלא דווח בבירור בפרשת כוכבי, יכול היה להעיד על "עצמאותו"; ייתכן שבמסגרתו נטל הנושה הנמחה על עצמו את האחריות לכל התחייבויותיו הנתרות של החייב כלפי החברה הקבלנית. על אפשרות זו ניתן ללמוד

90 הפרדה כזאת הייתה ניכרת אם, למשל, היה הנושה נפרע את ההלוואה באמצעות ביטחונות אחרים שבידיו (כגון שמונה ההמחאות בסך כולל של 800,000 שקל ישן שהפקיד בידיו החייב. ראו כוכבי, הערה 1 לעיל, בעמ' 363–364), ובמקביל משלם לחייב את תמורת הנכס. לא ברור מתוך העובדות שהתפרסמו האם הנושה פטר את החייב מהחזר ההלוואה עקב כניסת הסכם המכר לתוקפו או שמא הוסכם לאוד מועד הפירעון כי חיובי הצדדים יקוזזו. נטל החוכמה להוכחת הפרדה כזו מוטל על הנושה, ועליו להניח לשם כך תשתית ראיתית מינימלית. ראו פרשת קנ' אבו סאלח, הערה 80 לעיל, בעמ' 512.

91 פ"ד מב(3) 265 (להלן בקיצור: גזית). באותו עניין נדונה מערכת היחסים שבין החייב המקורי (החברה הקבלנית) לבין הנמחה (החייב – בפרשת כוכבי בה עסקינן). בית המשפט פסק שם כי זכותו של הנמחה לא בוטלה והיא שרירה וקיימת ולכן ניתן היה להמחאה לנושה. בפרשת כוכבי שבה עסקינן נדונה שאלת זכויותיו של הנושה הנמחה בזכות הנמחית, נוכח טענות נושיו האחרים של החייב הנמחה.

92 שם, בעמ' 1-1268.



מכמה עובדות שתוארו בפרשת כוכבי כעובדות רקע ולא הובלטו כעובדות שעליהן סומך פסק הדין. כך, למשל, התברר כי הנושה הנמחה הוא שניהל ומימן את המאבק שהתפתח בין החייב לבין החברה הקבלנית על תוקפה של הזכות הנמחית.<sup>93</sup> עם תום ההתדיינות היה זה הנושה הנמחה שנשא בתשלומים נוספים שחב החייב לחברה הקבלנית.<sup>94</sup> ייתכן שהנושה הנמחה גם מחל לחייב על חיוביו לפי ההלוואה. על מחילה מעין זו ניתן ללמוד מהעובדה שעל אף הטלטלות הרבות שעבר הנושה הנמחה בגין תקיפת הסכם ההמחאה, אין כל אזכור של תביעה או טענה שהפנה כלפי החייב הממחה, ונראה כי זה יצא באמת מן התמונה. על פני הדברים נראה, כי סיכוני הבעלים עברו באמת אל הנושה הנמחה מכוח אותו "סיכום" שסוכם חמישה ימים בלבד לאחר כריתת ההסכם המתלה.<sup>95</sup> אם הנושה הנמחה העניק לחייב את כל ההטבות האלה לאחר שנתן לו את ההלוואה, יש בכך כדי להסביר את הסכמתו של החייב להתנאה על דרכי המימוש ולווייתור על הפדיון. אפשר שלכך כיוון השופט אנגלרד כאשר ציין כי "כוונת הצדדים הייתה לעסקת מכר בנוסף לעסקת הבטוחה. נמצא, כי לעסקת המכר היה קיום עצמאי...".<sup>96</sup>

ייתכן, אפוא, כי עובדות פרשת כוכבי יכלו להצדיק את הקביעה כי הסכם המכר הפך לעצמאי עוד בטרם הוטלו העיקולים, תוך שהמכר מנותק מן ההלוואה. ברם, לא נמצא הד מפורש לטענות העובדתיות הנ"ל בפסק דינו של מי מהשופטים.<sup>97</sup> בנסיבות אלה קשה שלא להתרשם כי בית המשפט ביסס את מסקנותיו על הסכם ההמחאה גופו. בכך אין כדי לשלול את האפשרות שהזכות הממושכנת אכן הומחאה לנושה הנמחה בהסכם חדש ועצמאי: אפשרות זו, שלא מצאה את הסברה המפורש בפסק הדין, יכולה הייתה להצדיק את תוצאת פסק הדין, אך איננה יכולה להתפרש כטעם הפסק.

## 6. הנמקה חלופית להכשרתו בדיעבד של מימוש עצמי הוגן

האם המחאת זכות ממושכנת לנושה במחיר הוגן מותרת על פי דיני המשכון? כפי שהוסבר לעיל, הוראות חוק המשכון פוסלות כל התנאה על דרכי המימוש שקדמה למועד שנועד לקיום החיוב, מבלי להבחין בין התנאה הוגנת לבין התנאה אחרת. עם זאת, ניתן לטעון שכאשר מתברר לבית משפט, לאחר המחאת הזכות לנושה, כי הסכם ההמחאה היה מלכתחילה הוגן, הוא יכול להניח – בהסתמך על ממצאיו בדבר הגינות ההסכם – כי הוא שיקף את רצון הצדדים גם לאחר המועד שנקבע לקיום החיוב, אף אם ההסכמים נכרתו

93 מכבי, הערה 1 לעיל, בעמ' 358; גזית, השה 91 לעיל, בעמ' 269 ואילך.

94 מכבי, הערה 1 לעיל, בעמ' 359, 360.

95 השוו לדנר, המחאה גמורה, הערה 2 לעיל, בעמ' 287, השקט שליד הערות שוליים 45-46.

96 מכבי, הערה 1 לעיל, בעמ' 374 (ההדגשה הוספה).

97 השופט אנגלרד אמנם מפנה באריכות לפרשת גזית ואף מציין כי עולה ממנה שהנושה נטל על עצמו לשלם לחברה הקבלנית את יתרת חובו של החייב (שם, בעמ' 359), אך הוא אינו מציב עובדת רקע זאת ביסוד פסק דינו, שעיקר נפחו מוקדש לעניינים אחרים. זאת ועוד: כלל לא ברור האם עובדות הרקע האמורות בדבר ה"סיכום" האמור הוסחו כרבעי.

לפני כן, בעת יצירת המשכון. טענה מעין זו לא נזכרה אמנם בפסק הרוב אך היא עשויה להסביר אותו; רמו לטענה כזו ניתן למצוא דווקא בפסק דינו של השופט אנגלרד. ביסוד מסקנתו בדבר "עצמאותו" של הסכם ההמחאה בולט הממצא העובדתי שלפיו "בנסיבות המקרה, ההלוואה, בתוספת הריבית, היוו את המחיר של המכר, ואין טענה כי זה לא התאים למחיר השוק של הדירה...".<sup>98</sup> אפשר שהשופט אנגלרד ראה בממצא זה ראייה נסיבתית נוספת לתוכנו של אותו סיכום מאוחר ועצמאי בין הגושה הנמחה לבין החייב, אך אפשר גם לתמוך בו טענה בדבר הגינותו של הליך המימוש.

אכן, ניתן לטעון כי הנחתו של המחוקק, שלפיה התנאה מראש על דרכי המימוש עשויה להביא לקיפוחו של החייב, איננה חייבת תמיד להתממש. אפשר להניח מצבים שבהם חייב פלוני איננו נחות מן הגושה במועד יצירת החיוב, או שהוא מצליח להתגבר על נחיתותו ומגיע עם הגושה מראש להסכמה בדבר מכירת הנכס, כעבור זמן, תמורת שווי השוק העדכני שלו. או אז ניתן לומר שכוננת המכר האמיתית וההוגנת משתקפת כבר בהסכם המכר המותנה. במקרה כזה ניתן לטעון שאין זה יעיל לחייב את הגושה להיזדקק למימוש כחוק על ידי רשות כדי להגיע לאותה תוצאה הוגנת, שעליה הוסכם מלכתחילה בין הצדדים.<sup>99</sup> אכן, לא תמיד מכירה פומבית בידי רשות היא שיטת המימוש האופטימלית.<sup>100</sup> ניתן לקבל את העמדה כי קביעתו של בית משפט, לאחר המועד למימוש המשכון, כי הסכם המכר לגושה מהווה מימוש הוגן של משכון, היא ערובה מספקת להבטחת זכויות החייב. קביעה כזאת אינה חייבת לעמוד בסתירה להוראותיו הכופות של המחוקק בנוגע לדרכי מימוש המשכון, במיוחד אם החייב ונושיו אינם עומדים על מימוש כהלכתו בדרך אחרת. סעיף 18 לחוק המשכון מותיר לרשות המממשת שיקול דעת נרחב באשר לדרך המימוש שתהא "יעילה וצודקת יותר בנסיבות הענין".<sup>101</sup>

עם זאת, אילו זה היה טעם הפסק, ראוי היה להדגיש כי "הכשרת" הסכם ההמחאה על ידי בית המשפט במקרה זה לא נבעה מכוונתם המקורית של הצדדים להסכם ההמחאה, אלא מעינו הבותנת של בית המשפט, שאינו אלא מיישם את הליך המימוש בפני רשות, במועד המימוש. במימוש המשכון לפי הכרעת בית המשפט אין כדי לשנות את אופיה הכולל של העסקה כעסקת שעבוד הכפופה לדיני המשכון, ואת אופייה של ההמחאה כהתנאה בטלה על דיני המימוש והפדיון. הגושה אינו זכאי לקבל את הנכס מכוח ההמחאה, אלא מכוח קביעתו של בית המשפט כי ההמחאה הגמורה היא דרך המימוש הראויה. ניתן היה אפוא להצדיק את תוצאת פסק הדין כוכבי אם הכוונה שעמדה מאחוריה הייתה שנחה דעתו של בית המשפט כי מימוש המשכון בדרך של מכירה פומבית לא יביא

98 שם, בעמ' 374.

99 לטעון מעין זה, המבקר מטעמי יעילות את השיטה של מימוש במכירה על ידי רשות, ותמוך בהנהגת מימוש על ידי חילוט הנכס על ידי הגושה (strict foreclosure) בכפוף לזכות הפדיון, ראו James G. Durham, "In Defence of Strict Foreclosure: A Legal and Economic Analysis of Mortgage Foreclosure," 36 S.C. L. Rev. 461 (1985).

100 ראו הערה 75 לעיל.

101 ראו גם ויסמן, חוק המשכון, הערה 23 לעיל, בעמ' 329-331.

לתוצאה טובה יותר מזו של מימושו באמצעות המחאה לנושה הנמחה. אין ודאות כי לכך כיוון בית המשפט, שכן הדיון בבית המשפט לא התעורר, לפחות מבחינה פורמלית, במסגרת הליכי מימוש משכון.

עם זאת, אם זו הייתה כוונתו של בית המשפט, יש להתריע מפני הסכנה הטמונה בנטייה של בתי המשפט להכשיר בדיעבד, כעבור שנים רבות ושלא במסגרת הליך מימוש, הסכמים המתנים על דרכי המימוש. נטייה כזו עלולה להוות "כרטיס פתוח" לנושים לוותר על הצורך לפנות לרשויות המוטמכות כדי לבצע מימוש כחוק: הם ייסו "להמר" על מימוש עצמי שיוכשר בדיעבד. לי נראה, כי בהוראות הכופות של חוק המשכון בדבר מימוש משכון יש גם היבט דקלרטיבי הרתעתי, המחייב נושים, מראש, לפנות למימוש בדרכי המימוש המקובלות. הסיכוי להכשרתם בדיעבד של הסכמי מימוש עצמיים עלול להפוך את עשיית הדין העצמית לכלל, בעוד שרצוי שהיא תהיה יוצאת מן הכלל.<sup>102</sup> לי נראה שראוי כי השלמה בדיעבד עם מימוש עצמי תתקבל רק בנסיבות יוצאות דופן, שבהן ניתן הסבר מניח את הדעת ליציאותו ולהגיונותו היתרה של הליך המימוש העצמי על פני הליך המימוש בפני רשות. ספק בעיני אם פרשת כוכבי הייתה המקרה המתאים לכך.

#### 7. הנחות לגבי מחיר שוק אינן יכולות להוות בסיס מספיק לקביעה שמדובר במימוש הוגן

גם אם ניתן היה לראות בתוצאת פסק הדין כוכבי החלטה של בית משפט על דרך המימוש ההוגנת של משכון, אינני בטוח שניתן היה לבסס את ההחלטה בדבר "הגיונות המימוש" רק על הנחות בית המשפט לגבי מחיר הנכס, ועל כך ש"אין טענה" כי סכום החיוב המובטח לא התאים למחיר השוק של הדירה.<sup>103</sup> אכן, בדרך כלל, העובדה שהחייב ונושיו אינם עומדים על דרכי המימוש ואינם טוענים לפער בין החיוב המובטח לבין מחיר השוק יכולה להצביע על העדרו של פער כזה; עם זאת, אין זו מסקנה הכרחית. כך, למשל, במקרה כוכבי טענו נושי החייב ממילא לבטלות המחאה מדעיקרא בשל אי רישומו של משכון, ותביעתם למימוש כחוק גבלעה, מן הסתם, בטענת הבטלות הגורפת.

ההסתמכות על הנחות בדבר הגיונותו של המחיר החוזי המקורי שקבעו הצדדים, בלא בדיקה מקצועית מאוחרת של שווי השוק על ידי בית המשפט, היא בעייתית. אמדנו של מחיר השוק של נכס במועד המימוש, וכן אמדן הפער בין שווי החיוב לבין מחיר השוק, לעולם אינם ידועים לצדדים בוודאות במועד כריתת ההסכם. בדרך כלל צפויים נתונים

102 בעיה דומה מעוררות הוראות הסיפא של סעיף 19 לחוק המקרקעין בדבר הכשרתה של עשיית דין עצמית אסורה כנגד מחזיק. פסק הדין המנחה בסוגיה זאת הוא ע"א 756/80 רחגשטיין נ' סולומון, פ"ד לח(2) 113. ש"ופ' ויסמן סובר כי השלמה עם עשיית דין עצמית צריכה לעמוד ביחס הפוך ליציאותה של החלופה שמציע הדין. ראו יושע ויסמן, "החוקה", מחקרי משפט טו 5, 51 (תשנ"ט).

103 ראו הערה 98 לעיל.

אלה להשתנות בין מועד כריתת ההסכם לבין מועד המימוש. אפילו אמדנו של מחיר השוק בידי שמאי במועד המימוש אינו נותן תמיד ביטוי למלוא ערכו של הנכס עבור החייב או נושיו. לא תמיד הוא משכלל את כל השינויים הצפויים בערך הנכס בעתיד או את היתרונות הייחודיים שגלומים בו עבור החייב או עבור נושיו. גם אם הצדדים מסכימים מראש שהנושה ירכוש את הנכס במה שנראה כשווי השוק במועד קבלת ההלוואה, אין לייחס לחייב את הכוונה להתיר לנושה לחלט את מלוא הנכס כאשר חלו שינויים בנתונים.<sup>104</sup> כך גם אין לייחס לחייב את הכוונה לוותר כליל על ביצוע בדיקה כלשהי של הגינות המימוש על ידי רשות שיפוטית.<sup>105</sup>

כמה עובדות מהותיות הנוגעות להסכם ההמחאה המותנה, שגדון בפרשת כוכבי, מעוררות סימני שאלה בדבר נכונות ההנחה בדבר הזהות בין סכום ההלוואה והריבית לבין "מחיר השוק" של הזכות הנמחית. העובדה שהחייב לא מכר את הנכס מיידית והסכים רק להתליית המכר באי החזרת ההלוואה מצביעה על כך שהוא ראה ערך מוסף כלשהו בשמירת הבעלות על פני מכירה מיידית במחיר שסוכם. בכך תומכת גם העובדה שהחייב הפקיד בידי הנושה הנמחה ביטחונות נוספים להבטחת החיוב המובטח.<sup>106</sup> העובדה שהנושה הנמחה, שלכאורה חפץ בנכס כבר מלכתחילה, היה מוכן להעביר לחייב לאלתר את חלק הארי של דמי המכר, כהלוואה, מבלי להבטיחם במשכון ואף מבלי שייקבע בחוזה כי הוא רוכש את הנכס באופן מידי, ותוך שהוא מסכן את השקעתו עד להתממשות התנאי המתלה – מעוררת חשד כי צפה לתשואה הגונה ומיידית על השקעתו עתירת הסיכון בנכס.<sup>107</sup> על כך יש להוסיף את העובדה שבדרך כלל אין נושה נוטה להסתפק בבטחה

104 באנגליה נפסק כי הסכם המקנה לטושה זכות לרכוש את הנכס במחיר נקוב ("fixed price") ייחשב לעולם כמתנאה על זדכי המימוש ולא יאכף. ראו Fisher & Lightwood, הערה 35 לעיל, בעמ' 549.

105 דוגמא לבדיקה מעין זו שנעשתה על אף ניסיון הנושה לבצע מימוש עצמי התפרסמה בת"א (ת"א) 280/81 דיסקונט לסינג (1979) בע"מ נ' שמואל בן דק בע"מ, תקדין-מחוי 92(2) 1466. באותה פרשה השתכנע בית המשפט כי מימוש עצמי של מחרטה על ידי חברת לסינג נעשה בניגוד לדרכי המימוש של חוק המשכון, וכי "לו היה נציג מטעם ביהמ"ש, או כל נציג אובייקטיבי אחר מעורב בדרך המימוש – היה מושג מחיר גבוה יותר". הוגשו כמה תזות דעת ולבסוף התקבלה דעתו המקצועית של מנהל החברה המייבאת את המחרטות. בית המשפט שם דורה לחשב את ערכה הריאלי של המחרטה, למרות ש"חוק המשכון לא מצביע על סנקציה נגד מי שסטה מהדאמותיו בקשר למימוש המשכון". שם, בעמ' 1469.

106 החייב – "המוכר" הפקיד בידי הנושה – "הקונה" שמונה שיקים על סך 100,000 שקל ישן כל אחד. כוכבי, הערה 1 לעיל, בעמ' 363–364. אין זה נהוג שמוכר מפקיד ביטחונות בידיו של הקונה, והשוו לרנר, המחאה גמורה, הערה 2 לעיל, בעמ' 288, הערות שוליים 51 ו-52 והסקסט שלידן.

107 חיווק להשעיה זאת נמצא בהשתלשלות פרשית כוכבי. מסתבר כי הכספים שהנושה היה מוכן "להמר" עליהם לא היו כספים שלו אלא כספים של אדם אחר, שאותו הצליח "לשכנע" שמדובר בעסקה כדאית. אותו אדם קיבל מהנושה שיקים אישיים של הנושה כביטחון. הערכתו של הנושה, שהיה עורך דין במקצועו, התנתה. הוא הודיע על מהלך זה בעבירה של קבלת דבר במרמה. ראו ע"פ 31/89 כוכבי נ' מדינת ישראל, תקדין-עליון (3) 92 2285.

ששווייה זהה לשווי החיוב המובטת, בשל החשש לתנודות בשווי הבטוחה או בערך הכסף. קשה, אפוא, להצדיק את תוצאת פרשת כוכבי רק בטיעון שהיה מתאם בין החיוב המובטח (כולל הריבית) לבין שווי השוק של הזכות הנמחית. אין כל ודאות כי היה מתאם כזה, ובכל מקרה אין זה ראוי לבסס את המסקנה שהמתאה הייתה מימוש ראוי של המשכון רק על הנחות בדבר קיומו של מתאם כזה.

#### 8. האם זכויות המימוש והפדיון נתונות גם למעקלי זכות החייבו

טענה נוספת ואחרונה שעשויה להצדיק את עמדתם של שופטי הרוב לגבי כשרותו של מימוש המשכון על ידי הנושה הנמחה, היא הטענה כי נושי החייב – להבדיל מן החייב עצמו – אינם זכאים לתבוע את קיומן של הוראותיו הכופות של חוק המשכון בנוגע לדרכי מימוש המשכון, ולחלופין אין זה ראוי כי יהיו זכאים לכך. הטענה הראשונה נתמכת בהוראות דיני המשכון, ואילו השנייה יכולה להוות טעם לעמדה פרשנית שלפיה אין להחיל את דיני המשכון במקרים שבהם מי שמבקש להפעילם הוא נושה אחר של החייב ולא החייב עצמו. שתי הטענות עשויות היו להועיל לנושה הנמחה בפרשת כוכבי, שכן נראה כי באותה פרשה איבד החייב כל עניין במימוש זכויותיו, ורק נושי המעקלים נותרו בעלי דבר של הנושה הנמחה. טענה זאת מושכת את הלב במיוחד במקרים שבהם ידוע לנושיו האחרים של החייב על הסכם המתאה לנושה. כאשר הסכם השעבוד או הסכם המכר הם נסתרים, עשויים הנושים לטעון כי העדר הפומביות הטעה אותם לחשוב שהנכס כלול במצבת נכסיו של החייב. כאשר הסכם המכר הוא פומבי, ממילא אין נושי החייב יכולים לטעון כי חשבו שלחייב נותרה יתרת זכות כלשהי בנכס. מה להם, אפוא, שהם מלינים על כך כי הנושה הנמחה נטל מן החייב יותר ממה שזה האחרון חייב לתת לו? הנמחה נהנה והם אינם חסרים. הד לטענה כזו ניתן למצוא בדבריו של השופט אנגלרד בפרשת כוכבי, לאמור:

הרצון למנוע את מימוש המשכון בניגוד לדרכי המימוש הקוגנטיות שבחוק המשכון אינו רלוונטי למישור היחסים שבין המלווה [הנושה הנמחה, במקרה דנן]... לבין הצד השלישי [המעקל, נושה נוסף של החייב, במקרה דנן]... עניין זה אינו נוגע אלא למישור היחסים הפנימיים שבין הלווה לבין המלווה...<sup>108</sup>

בשל כך ממליץ השופט אנגלרד שלא להחיל את דיני המשכון על הסכמי מכר מהסוג שנדון בפרשת כוכבי.

בסרם תנותח הטענה לגופה, יש להבחין בין טענת הנושה הנמחה כי זכות הפדיון אינה מעניינם של נושי החייב לבין הטענה שהסכם המתאה היה הסכם מכר "אמיתי". כאשר הסכם מכר הוא "אמיתי", ברי כי אין מקום להקנות לנושי החייב את מה שכבר יצא

108 כוכבי, השרה 1 לעיל, בעמ' 7372-ה.

"באמת" מרשותו של החייב. לכך היו שותפים כל השופטים בפרשת כוכבי.<sup>109</sup> אם הסכם המכר בפרשת כוכבי היה אמנם מכר "אמיתי", אזי לא היה לנושי החייב יד ורגל בנכס לאחר שמכירתו הושלמה.<sup>110</sup> עם זאת, פסק הרוב הניח שהסכם ההמחאה המותנה היה הסכם משכון. דברי השופט אנגלרד נאמרו כהנמקה לעמדתו שלפיה אין להחיל את הוראותיו הכופות של חוק המשכון אף על הסכם שמסרתו שעבוד נכס כערובה לחיוב. נראה, אפוא, שהשופט אנגלרד ביקש להרחיק לכת ולטעון כי אין זה ראוי להחיל את הוראות המימוש הכופות, על הסכמי מכר מותנים מהסוג שנדון בפרשת כוכבי, אף כאשר מדובר בהסכמים שכוונתם האמיתית והברורה של הצדדים הייתה שלא להעביר את הבעלות הגמורה לנושה הנמחה אלא רק לשעבד לו את הנכס כערובה לחיוב. האם בנסיבות אלה ניתן לומר כי נושים רגילים של החייב, שהטילו עיקול על זכויותיו בנכס ביודעם על הסכם ההמחאה, אינם רשאים להיכנס לנעליו של החייב ולמחות על חילוט עצמי של נכס ממושכן לנושה הנמחה, שלא לפי דרכי המימוש הרגילות? האם אינם רשאים לפדות את הנכס? האם אינם זכאים לתבוע את חלקם בירתק שתיוותר מהנכס לאחר המימוש? האם אינם זכאים לתבוע את הפער שבין שווי הנכס לשיעור החיוב המובטח? האם זכויות אלה הן זכויות אישיות של החייב, שאינן ניתנות להעברה לנושיו?

נראה לי, בכל הכבוד, כי התשובה הראויה על שאלות אלה היא שזכויותיו של החייב נתונות גם לנושיו האחרים. העדפת זכותו של נושה הנמחה, שלא רכש את הנכס אלא רק ביקש לשעבדו להבטחת חיוב, ככל הנוגע ליתרה שיכולה להיזוותר בידי החייב או נושיו כתוצאה ממימוש הנכס כדין או מפדיונו על ידי קיום החיוב המובטח – העדפה כזאת פוגעת במכלול הנושים, מבלי שיהיה טעם מהותי להעדפתו של הנושה הנמחה, הוא בעל המשכון. אין אנו עוסקים במי שקנה באמת את הנכס אלא במי שהתיימר לקנותו "בניזד עדשים", קרי: תמורת החיוב. במישור היתסים בין החייב לבין הנושה הנמחה אין מקנים לנושה זכות בזכות הנמחית, אלא רק כדי אינטרס הנשייה (lien interest, security) לפירעון החיוב.<sup>111</sup> ההוראות המתנות על דיני המימוש והפדיון בטלות. מדוע,

109 ראו הערה 3 לעיל.

110 נדמה לי שלכך כיוון גם פרופ' דויטש בביקורת שמתח בספרו על הלכת שייגר, בקטע שעליו הסתמך השופט אנגלרד (כוכבי, הערה 1 לעיל, אנגלרד – פסקה 36): "אין די בנימוק בדבר החשש מפני עקיפה פסולה של הצורך במימוש משכון בין כותלי בית המשפט, על מנת לגבור על תבנית העסקה שנודנה שם, אשר היו בה אלמנטים של מכר אמיתי". דויטש, הערה 62 לעיל, בעמ' 148 (ההדגשה הוספה). הפרפרזה של אנגלרד על עמדתו של דויטש היא מחזיכה ביותר. ראשית, נראה כי ביקורתו של דויטש אינה מכוונת לכל עסקה שצורתה הוציגה איננה של משכון, אלא רק לעסקה שיש בה "אלמנטים של מכר אמיתי". הוא מונה אותם בהמשך הקטע בספרו: "העסקה כללה הוספת תשלום לא סמלי, מעבר לסכום החוב, אם א' לא יעמוד בפרעון" (שם, בעמ' 148). אין לדעת, אפוא, האם דויטש התכוון לשלול את זכות נושי החייב לתבוע מימוש כדין כאשר מדובר בעסקת מישכון מובהקת, שאין בה אלמנטים של מכר אמיתי. שנית, ביקורתו של דויטש מתייחסת רק לשאלת הדין העצמי, ואין היא מתייחסת לשלילת זכות הפדיון מנושי החייב.

111 תפתחותה של ה" Lien Theory" בארצות הברית נבעה ממצאות שבה רוב החייבים התירו

אפוא, להעדיף נושה נמחה, המבקש להתעשר על חשבוננו של החייב, על פני נושים אמיתיים, שיש להם חוב אמיתי של החייב? הטיעונים הכלליים המצדיקים את העדפתו של נושה מובטח לגבי החיוב המובטח אינם מצדיקים את העדפתו של הנושה הנמחה לגבי מתת השמיים שהוא מבקש לזכות בה מכוח הוראות בטלות בהסכם השעבוד.<sup>112</sup> כך, למשל, נטען, כי העדפתו של הנושה המובטח מועילה לכלל הנושים, שכן היא מובילה להוזלת האשראי שמעניק הנושה המובטח לחייב. מלומדים שונים הביעו ספק באשר לאמיתותה של ההנחה בדבר הוזלת האשראי על ידי הנושה המובטח.<sup>113</sup> כלום נותר ספק כאשר עניין לנו בהבטחת זכותו של הנושה הנמחה לחלט נתח של הנכס שלא נתן עבורו כל אשראי? גם הספקות שהועלו, לגבי מידת התועלת שמפיקים הנושים הרגילים מפיקוחו של הנושה המובטח על הנכס המשועבד לו,<sup>114</sup> מתעוררים ביתר שאת כאשר ניצב בפנינו נושה נמחה המחלט נכס ששוויו עולה על החיוב המובטח. אין אפוא הצדקה להעדיף נושה פלוני על פני אחרים רק משום שהצליח לשוות להסכם עם החייב צורה חיצונית של מכר (ודוק: הנחת המוצא של הדיון היא שמדובר בשעבוד), או משום שכלל בחוזה עמו התנאה בטלה על דרכי המימוש וזכות הפדיון.

זאת ועוד: האפשרות להעדיף נושה פלוני רק באמצעות הסכם עם החייב עשויה להוות פרצה לקבנויות. הרצון למלט נכסים מנושי החייב באמצעות חזות של מכר הוא טעם שכיח ביותר להסוואתו של הסכם משכון בלבוש של מכר.<sup>115</sup> בנסיבות אלה, העובדה שחייב חדל פירעון (או כזה שצפוי להפוך לכהן בקרוב) מאבד כל עניין בזכויותיו בנכסיו, משום שממילא יפלו נכסיו בידי נושיו הרבים, איננה מצביעה על כך שבאמת מכר את הנכס לנושה הנמחה אלא על כך ש"הפקיר" (מתוך אדישות) או "מכר" (בקבנויה) את נושיו האחרים...

אני סבור כי עמדתי בדבר הדין הראוי מתיישבת עם הוראות חוק המשכון. ראשית, סיווג עסקת מכר מותנה כמשכון משמעו קביעה כי הבעלות נותרה אצל החייב. הותרת הבעלות אצל החייב מאפשרת לנושיו, שעיקלו את זכויותיו, לממש אותן כפי שהבעלים

בידיהם את המרכיב המשמעותי ביותר בבעלות – זכות ההחזקה. ראו Osborne, הערה 7 לעיל, בעמ' 13, 25.

112 לסקירת הצדקות לטעיה מכלל השוויון בין נושים לטובתו של הנושה המובטח ראו אירית חביבי-סגל, "דיני השעבודים במימון הפירמה", עיוני משפט טו 83 (תש"ן).

113 הטיעון בדבר הוזלת עלויות האשראי לחייב התפרסם במאמרם הידוע של Thomas H. Jackson & Anthony T. Kronman, "Secured Financing and Priorities among Creditors," 88 Yale L.J. 1143 (1979). לתיאור הביקורת על הטיעון ראו חביבי-סגל, הערה 112 לעיל, בעמ' 89 ואילך.

114 לתיאור תמציתי של טענתו של לבמור (Levmore), כי הנושה המובטח הוא מפקח יעיל יותר על נכסי חייב שהוא חברה, ולספקות שהובעו על ידי שורץ (Schwartz) בנוגע לנכונותה ראו חביבי-סגל, הערה 112 לעיל, בעמ' 96 ואילך.

115 ריסמן, חוק המשכון, הערה 23 לעיל, בעמ' 71.

זכאי לכך. שנית, עמדתו מתיישבת גם עם הוראות סעיף 13(א) לחוק המשכון, המעניקות את זכות הפדיון לא רק לחייב אלא גם "לכל אדם שזכותו עלולה להיפגע ממתן המשכון או מימושו". פרופ' ויסמן הביע ספק בדבר זכותו של נושה רגיל לפדות את המשכון, משום שאין לו כל זכות בנכס, אלא רק ציפייה שהליכי מימוש כדין לא יובילו למחיר שוק.<sup>116</sup> עמדה זו, שהובעה בקשר להליכי מימוש כדין, אינה עומדת בסתירה לזכותו של נושה רגיל, שהטיל עיקול על נכסי החייב, לממש את זכויותיו, כפי שהחייב היה זכאי לכך. העובדה שהוטל עיקול לטובת הנושה מצביעה על כך שאין לנו עניין רק בציפייה לגבי גורל הנכס אלא בסכנה כלשהי להברחת נכסים, שכן הטלת עיקול מצביעה בדרך כלל על כך שהחייב אינו משתף פעולה עם נושיו. אזלת ידו של החייב במימוש זכויותיו הקוגנטיות לפי חוק המשכון מצביעה על התממשות הסכנה.

נראה לנו כי גם השופט אנגלרד, בסופו של דבר, אינו תומך בשלילת זכותם של נושי החייב ליטול מהנושה הנמחה את יתרת ערכו של הנכס. בפסק דינו הוא מאשר כי:

ניטול את המקרה של עסקת בטוחה בצורה של מכר מותנה בתנאי מפסיק או בצורה של המחאה על דרך השעבוד. נניח כי גובה ההלוואה, לה משמשת העסקה כערובה, נופל משווי הנכס הנמכר או הנכס שהומחה. נניח עוד כי שני הצדדים הם חדלי פרעון. התוצאה צריכה להיות כי נושי המוכר-הלווה יוכלו לרדת ליתרת השווי של הממכר או של הזכות המומחית. מכאן, כי על אף המכר או המחאה, עדיין נשארו זכויות מהותיות בנכס אצל המוכר או המחאה. אין כל ספק כי עדיף ששאלות אלה של יחסי נושים יוסדרו, בשל מורכבותן, על ידי המחוקק.<sup>117</sup>

ומאוחר יותר הוא מציין כי:

כמוכן, כאשר יש בהמחאה משום מעשה תרמית כלפי נושים או כוונה להבריה נכסים, אין כל מניעה כי הנושים יתקפו את תוקפה מסיבה זו. אך תקיפה מעין זו אינה קשורה לתחולתו של חוק המשכון.<sup>118</sup>

בכל הכבוד, נראה כי המחוקק כבר אמר את דברו, כפי שהוסבר לעיל. עם זאת, דבריו האמורים של השופט אנגלרד מחזקים את הטענה שקשה ליישב את פסק הדין עם ההנחה שהסכם המחאה היה הסכם משכון שחלים עליו דיני המשכון.

116 בין היתר מתוך השוואה לסעיף 40 לחוק החוזים. ויסמן, חוק המשכון, הערה 23 לעיל, בעמ' 267-275, במיוחד עמ' 273-274.

117 כוכבי, הערה 1 לעיל, בעמ' 373-374א.

118 שם, בעמ' 379ד.



## ד. עמדת היחיד של השופט אנגלרד – האם אין להחיל את דיני המשכון על כל המחאה של זכות כערוכה לחיוב?

### 1. היחס בין פסק הרוב לבין עמדת היחיד של השופט אנגלרד

הניתוח עד כה מצביע על כך שקשה מאוד ליישב את פסק הרוב בפרשת כוכבי עם הוראותיו הכופות של חוק המשכון ועם הנחת המוצא שעסקת ההמחאה הייתה עסקת משכון. כדי להצדיק את תוצאת הפסק יש לזנוח את ההנחה שהסכם ההמחאה המותנה היווה הסכם המהווה עסקה שכוונתה שעבוד נכס כערוכה לחיוב, ולחלופין יש להגיע למסקנה כי ישנן עסקאות שעבוד שדיני המשכון אינם חלים עליהן ואין זה ראוי כי יחולו עליהן. דרך זו הייתה עמוד השדרה בפסק דינו של השופט אנגלרד. שלושת השופטים היו תמימי דעים כי יש בה כדי להפוך את ההלכה הקיימת – הלכת שוייגר. שופטי הרוב הסתייגו לכאורה מניסיון זה; ועם זאת, ייתכן כי תוצאת פסק הדין – שקשה לתמוך אותה בנימוקיהם של שופטי הרוב – מעידה על תמיכתם המשתמעת בדרכו של השופט אנגלרד ואולי אף בחלק מנימוקיו. האם ניתן אפוא לומר שהלכת כוכבי הפכה את הלכת שוייגר, בניגוד לרצונם המוצהר של רוב שופטי ההרכב, אך בהתאם לעמדתו המפורשת של השופט אנגלרד? פירוש מעין זה של טעם הפסק הוא מרחיק לכת. כדי ללכת בו יש לברר האם יש בהנמקותיו של השופט אנגלרד – שלפחות לכאורה נדחו גם על ידי חבריו להרכב – כדי להצדיק סטייה מהלכת שוייגר – באופן כללי או לפחות בעובדות פרשת כוכבי. התשובה על כך היא, לדעתי, שלילית. אבחן זאת בפסקאות הבאות.

### 2. האם סיווג עסקת מכר כמשכון פוגע בחופש ההתקשרות?

#### האם יש הבדל בין כוונת שעבוד לבין כוונת משכון במונח הצר?

כמה אמירות של השופט אנגלרד בפרשת כוכבי חושפות גישה שלפיה עסקה, שצורתה החיצונית היא כשל עסקת מכר והיא נעדרת סממנים חיצוניים מפורשים של כוונת משכון, איננה בגדר משכון אף אם כוונתה האמיתית והמפורשת היא שעבוד הנכס כערוכה לחיוב. השופט אנגלרד טען כי

עיסקאות ערוכה לחיוב, הלוברשות צורה של מכר מותנה, מכר תוך שמירת הבעלות או אף 'מכר חוזר', אינן כפופות לחוק המשכון, כל עוד לא יוכח כי הצורה אינה תואמת את הכוונה האמיתית של הצדדים, שהיא עריכת עיסקת משכון.<sup>119</sup>

השופט אנגלרד הדגיש כי "משכון" הוא עסקה של שעבוד נכס השייך לחייב,<sup>120</sup> וקבע, לגבי ההמחאה בפרשת כוכבי, את הדברים הבאים:

אין לחוק המשכון תחולה, מן הטעם הפשוט שהצדדים לא התכוונו ליצור משכון במובן הצר של המושג.<sup>121</sup>

התמונה העולה מהתבטאויות אלה היא, שלגישתו של השופט אנגלרד – בדרך כלל וגם בפרשת כוכבי – הצורה משקפת את המהות, וקיים יצור כלאיים של עסקאות שהן עסקאות מכר המשמשות כשעבוד אך אינן כפופות לדיני המשכון. נראה לנו כי בעמדתו זו של השופט אנגלרד יש משום סתירה פנימית. ההנחה שעסקת המכר נועדה לשמש כערובה לחיוב – או, כפי שהשופט אנגלרד מעדיף לכנותה, כ"בטוחה" – מגלמת את ההנחה שהמוכר, החייב בחיוב, לא ביקש להיפרד מהבעלות כפי שמוכר רגיל מבקש להיפרד ממנה. אם היה מבקש להיפרד ממנה היה עושה כן מיד. החשד בדבר "אמיתותו" של המכר מתעורר נוכח רצונו של המוכר לשמור לעצמו את הזכות להיות בעלים, למרות הסכם המכר. הוא יכול התעורר גם נוכח גילוי רצונו של החייב לשמור לעצמו את הזכות לפדות את הנכס תמורת קיום החיוב. בית המשפט איננו חייב לקבל את החשד, וביכולתו לקבל הסברים אחרים לעובדות המצביעות עליו. ברם, אם בית המשפט מאמת את החשד וקובע כממצא כי מטרת העסקה היא שעבוד נכס כערובה לחיוב (וזה הייתה הנחת המוצא של בית המשפט בפרשת כוכבי), הרי שאם ינתן תוקף מוחלט ומיידי לצורה החיצונית, שאינה תואמת את הממצאים שנתגלו, ייפגע רצונו האמיתי של החייב. חייב כזה לא ביקש באמת למכור את הבעלות: הוא לא באמת הסכים לוותר בלא תמורה על ה־equity שלו בנכס. אכן, חוק המשכון מתייחס להסכמתו זאת כהסכמת רש, הבטלה מאליה. זאת ועוד: ההכרה בצורה תשלול מנושיו האחרים של החייב את האפשרות ליהנות מנכס שהחייב ביקש לשייר בידי ואלא הסכים למכרו לנושה. העובדות שעליהן סומכים את החשד כי עסקת המכר נעשתה כערובה לחיוב, ככל שיש בהן ממש, שוללות מיניה וביה את ההנחה שהצורה מעידה על הכוונה. הן מצביעות על קיומה של כוונת שעבוד, השונה במהותה מכוונת מכר. אין לקבל אפוא את קביעתו של השופט אנגלרד, שלפיה

מבחינה עיונית, החלת ההוראות הכופות של חוק המשכון על הסכם שערכו הצדדים עשויה להוות פגיעה בלתי־מוצדקת בחופש ההתקשרות.<sup>122</sup>

המשקל הרב שמייחס השופט אנגלרד לצורה הוא שעלול להוביל במקרה מעין זה לפגיעה בכוונה האמיתית.

120 שם, בעמ' 365 ד.

121 שם, בעמ' 374 ב.

122 שם, בעמ' 373 ג.

השופט אנגלרד תמך את עמדתו בטענה כי "הרעיון כי יש להפוך כל בטוחה למשכון אין לו, למיטב ידיעתי, אח ורע בעולם".<sup>123</sup> ככל שדבריו מתייחסים לרעיון שיש לראות בהסכמי מכר שמטרתם שעבוד משום משכון,<sup>124</sup> נראה לנו שקביעתו אינה עומדת במבחן היסטורי. ההתפתחות ההיסטורית של דיני המשכון בשיטות משפט שונות מצביעה על כך שמאז ומעולם לא הייתה הצורה החיצונית עיקר בזהויו של עסקאות שעבוד. עד להתפתחותן של שיטות לרישום משכון בנכסים, במאות האחרונות, הדרך הטבעית למשכון הייתה באמצעות עסקאות שצורתן החיצונית הייתה כשל עסקת מכר.<sup>125</sup> משכון באמצעות נטילת הנכס או רכישתו משקף את הדחף הטבעי של הנושה – לקחת את הנכס ואת הבעלות ולהחזיקם אצלו, כדי להבטיח את יתרונו במועד המימוש.<sup>126</sup> עובדה זו לא מנעה משיטות משפט שונות להבדיל בין מכר אמיתי לבין מכר שמטרתו שעבוד. דיני השעבודים התפתחו סביב אותן עסקאות מכר. כך, למשל, במשך מאות שנים דרך המלך באנגליה למשכון מקרקעין הייתה הסכם מכר, שכלל תנאי בדבר החזרת הממכר לחייב עם קיומו של החיוב (ה־Mortgage). זכות הפדיון, ה־Equity of Redemption, פותחה על ידי בתי המשפט באנגליה בשל הפיתוי שהקרתה שיטה זאת לנושה להישאר בעל הנכס כולו גם כאשר ערכו עלה על שווי החיוב המובטח או כאשר החייב ביכר לפדותו.<sup>127</sup> משכון באמצעות הסכם מכר וזכות פדיון לחייב ניתן למצוא גם במשפט הרומי<sup>128</sup> ובמשפט העברי.<sup>129</sup> גם לפי הדין העות'מאני, שהיה בתוקף בארץ עד תקופת המנדט,<sup>130</sup>

- 123 שם, בעמ' 370-ג.
- 124 לא זה המקום לבחון את תחולת חוק המשכון על שעבודים אחרים. בהקשר זה יצוין, כי סעיף 2(א) לחוק המשכון מסייג את תחולתו לגבי שעבודים שלגביהם ישנן הוראות דין מיוחדות לענין הנדון. לדעות שונות באשר לתחולתו של חוק המשכון על עיכבון (השונה ממשכון בכך שלא תמיד יש עמו זכות להיפרע מן הנכס) ראו יסמן, חוק המשכון, הערה 23 לעיל, בעמ' 2, הערת שוליים 6, ועמ' 14, הערת שוליים 2. הערת שוליים 14, הערה 62 לעיל, ועיכבון 12, הערה 78 הערה 4, 271 הערה 5 (תשנ"ט).
- 125 התפתחות שיטות למשכון באמצעות חילוט או הפקדה קדמה להתפתחות שיטות למשכון באמצעות רישום. ראו וייס, שכלול המשכון, הערה 7 לעיל, בעמ' 6. בגרמניה הונתג מרשם משכנתאות ארצי במאה ה-18. ראו יסמן, הערה 39 לעיל, בעמ' 290 והערה 5.
- 126 דהף טבעי זה של הנושה מודגם היטב בצורת השעבוד הקדומה של נטילת אדם כעבד או כבן ערובה (ראו, למשל, והותרת של שמעון כבן ערובה אצל יוסף עד לקיום התחייבותם של אחיו להביא את בנימין מצרימה. בראשית מב, יט-כד).
- 127 יסמן, חוק המשכון, הערה 23 לעיל, בעמ' 71, 253 הערה 6 וההפניות שם. כן ראו Fisher & Lightwood, הערה 35 לעיל, בעמ' 3, 8-6, וכן Osborne, הערה 7 לעיל, בעמ' 12.
- 128 *fiducia cum creditore*. ראו יסמן, חוק המשכון, הערה 23 לעיל, בעמ' 253.
- 129 ראו שלום לרנר, יסודות דיני המשכון במשפט העברי, הערה 7 לעיל, בעמ' 168 ואילך; כן ראו אמסטרדמר, הערה 28 לעיל, בעמ' 805 (השופט ח' כהן).
- 130 חוק האיפותיקי העות'מאני משנת 1913 היה אמור להנהיג ברחבי האמפריה העות'מאנית אפשרות למשכון באמצעות רישום, אך הוא לא נכנס לתוקפו בשל מלחמת העולם הראשונה, והבריטים הם שאימצו את החוק. לסקירת שינוי הגישה שהביא עמו ראו Note on the Law of Mortgage,

דרך המלך למשכון מקרקעין הייתה הסכם מכר והעברת הבעלות לנושה (ביע באלופאא).<sup>131</sup> בראשית תקופת המנדט ניתנה הזדמנות לחייבים לדרוש את רישומם כבעלים במקום הנושים.<sup>132</sup> הצורך להבחין בין הסכמי מכר אמיתיים לבין הסכמי מכר-חוזר, שהם שעבוד, איננו חדש בנוף המשפטי בארץ ובעולם. גם בית המשפט העליון התמודד עמו לא אחת.<sup>133</sup>

ההתפתחות ההיסטורית מגלה, אם כן, שגם אם לא כל מכר הוא שעבוד, הרי כל מכר שווהה כשעבוד היה כפוף לדיני השעבודים. כאשר מדובר בהסכמי מכר, אין יצור כלאיים של עסקת שעבוד שאינה כפופה לדיני המשכון. על בית המשפט להכריע האם לפניו מכר "אמיתי" או שמא לפניו משכון. השאלה האמיתית היא לא איזה סוג של שעבוד לפנינו, אלא האם לפנינו שעבוד. אכן, דומה שגם השופט אנגלרד התחבט, בסופו של דבר, בשאלה הנכונה. על כך ניתן ללמוד מקביעותיו שכוונת הצדדים הייתה לעסקת מכר נוסף על עסקת הבטוחה, וכי למכר היה קיום "עצמאי". אכן, התשובה על השאלה אינה תמיד קלה, אך לעניות דעתי היא אינה קשה עד כדי כך שיש הצדקה לגלגלה לפתחו של המחוקק לשם "הסדרה מפורטת יותר".<sup>134</sup>

### 3. האם המחאת זכות על דרך השעבוד איננה משכון של זכות?

נאמן לגישתו בדבר ההבדל בין משכון במובן הצר לבין מכר המשמש כשעבוד הוסיף השופט אנגלרד והביע תמיכה בעמדה שהובעה בזמנו על ידי השופט זוסמן<sup>135</sup> ופרופ' טדסקי,<sup>136</sup> ולפיה המחאה על דרך השעבוד איננה כפופה לדיני המשכון ואיננה טעונה רישום. השופט אנגלרד מצא בעמדה זאת תמיכה בגישתו, שלפיה

15.10.1920 ע"ר (א) 2. הבריטים תיקנו את החוק העות'מאני כך שרישום המשכנתה על פני יתבצע בהתאם להוראות פקודת העברת הקרקעות 1920. ראו Mortgage Law Amendment Ordinance, 1920.

131 ראו משה דוכן, דיני קרקעות במדינת ישראל 222, הערה 10: הסקסט שליה (מהחזרה שנייה, תשי"ג). סעיף 26 לחוק הטאבו העות'מאני משנת 1275 להיג'רה (1858) קבע, כי תוקפה של משכנתא על זכות התצרוף במקרקעי מירי מותנה (החובה נובעת מסעיף 30 לאותו חוק) במסירת הקישאן המעידי על הבעלות מהחייב למשמרתו הנאמנה של הנושה ("פראע' באלופאא") וכן בחתימת שטר משכנתא ורישומה בפנקס מיוחד. ראו The Ottoman Land Code 82 (F. Ongley trans., Horace E. Miller ed., 1892). חוק המולכ העות'מאני משנת 1874 (ראו שם, בעמ' 237) קבע מנגנון דומה למשכנתה של בעלות במולכ והורה (בסעיף 16) על רישום הענקת השטרות בפנקס המקומי.

132 סעיפים 1-3 לפקודת תיקון ספרי האחוזה, 1920, ע"ר (א) 6. ראו גם דוכן, הערה 131 לעיל, בעמ' 376.

133 לאחזונה - בפרשת שוייגר, הערה 11 לעיל, ובפרשת קנג' אבו סאלח, הערה 80 לעיל.

134 כוכבי, הערה 1 לעיל, בעמ' 373.

135 זאל זוסמן, "הושע ויסמן: חוק המשכון, תשכ"ז-1967", הפרקליט ל 169, 170 (תשל"ה).

136 גר טדסקי, "על פגיעותה של זכות הנמחה מצד הממחה החייב", משפטים יח 5, 28-31 (תשמ"ח).

במקרה של המחאת הזכות, הממחה החייב אינו עוד בעל הזכות, המצויה כעת כולה בידי הנמחה. ממילא אין כאן עסקת משכון המניחה, כאמור, שיעבוד לשובת הנושה בנכס השייך לחייב.<sup>137</sup>

תוך תמיכה במבקריה של עמדה זאת,<sup>138</sup> נראה לי שיש בה ביטוי נוסף להעדפת הצורה על המהות. הטעמים לכך שעל כל עסקת מכר המשמשת כערובה לחיוב צריכות לחול הוראותיו הכופות של חוק המשכון – בדבר מימוש המשכון ובדבר דרכי שכלולו כלפי צדדים שלישיים – תקפים גם לגבי עסקאות מכר של זכויות. אם החייב אינו מתכוון למכור זכות אלא רק למכרה כערובה לחיוב, אין כל סיבה להעניק לנושה הנמחה כמתת שמיים זכות ששווייה עולה על שווי החיוב המובטח. אם הנושה הנמחה אינו רוכש באמת את הנכס אלא רק גותן תמורתו הלוואה, אין הצדקה לאפשר לו לחסות, תחת מסווה ההמחאה, מפניהם של נושיו האחרים של החייב. אם הנושה הנמחה אינו גותן פומבי להמחאה, מדוע שנעדיפו על פני נושיו האחרים של החייב? כפי שלגבי עסקה הנחזית כמכר של מקרקעין יש לוודא האם אכן מדובר במכר או בשעבוד, כך גם יש לשאול האם ההמחאה היא "גמורה" או שמא היא שעבוד בלבד. הצורה או הכותרת ("המחאה") איננה מכריעה, אלא המהות (מכר "אמיתי" או שעבוד). אם מוכח כי ההמחאה היא על דרך השעבוד, מה לנו כי נקפח את החייב ונושיו? הנה כי כן, גם כאשר מדובר בזכויות אין מקום ליצור כלאיים של מכר שהוא שעבוד אך איננו משכון.

#### 4. האם סיווג עסקת מכר כמשכון פוגע בחיי המסחר?

השופט אנגלרד תומך את גישתו השוללת את תחולת דיני המשכון על עסקאות מכר שכוונתן שעבוד בטעם נוסף. לדעתו, סיווג מעין זה עלול להקשות על "חיי המסחר המעשיים" משום ש"הדרישה לקיים את ההוראות הספציפיות של חוק המשכון נתקלת בקשיים ניכרים בעסקאות אשראי בין ספקים ללקוחותיהם...".<sup>139</sup> השופט אנגלרד מבקש לגזור גזירה שווה מהקשיים שהתעוררו עקב החלת דיני המשכון על תניות שימור בעלות בהסכמי מכר באשראי, לעניין הסכמי מכר-חוזר מן הסוג שגדון בפרשת כוכבי. הוא מציע, בכפיפה אחת, "לשוב ולעיין בהלכות שנפסקו בפרשות קולומבו,<sup>140</sup>

137 כוכבי, הערה 1 לעיל, בעמ' 379ד-ה.

138 ראו יהושע ויסמן, "מישכון חיובים", קובץ הוצאות בימי עיון לשופטים 21 (תשל"ה). לניסיונות לצמצם את הפער בין גישת ויסמן לגישת ראה לדג, המחאת חיובים, הערה 60 לעיל, בעמ' 103 ואילך.

139 כוכבי, הערה 1 לעיל, בעמ' 373ב.

140 כוונתו לפרשת קולומבו, הערה 59 לעיל, שבה נפסק כי הסכם שבו תניה המתמרת להיות את העברת הבעלות בסחורה מספק ללקוח עד לפירעון האשראי שנתן הספק ללקוח לשם רכישת הסחורה אינו אלא הסכם שכוונתו שעבוד נכס כערובה לחיוב: סוגתם האמיתית של הצדדים להסכם היא להעביר לאלתר את הבעלות בסחורה ללקוח ולהתיר לנושה רק משכון בסחורה.

טריומף] 141 [ושוייגר] 142...", בין היתר, בשל "התכבדה הרבה הנגרמת לחברות מסחריות, המתקשרות בעסקת מכר באשראי, בעקבות הלכת קולומבו".<sup>143</sup> אני סבור כי קיים שוני מהותי בין הסכמי מכר דחוי באשראי לבין הסכמי מכר-חוזר. אכן, בשני המקרים מדובר בהסכמים שמטרתם "האמיתית" היא שעבוד נכס כערוכה לחיוב, ובשני המקרים יש להזיל על הצדדים את דיני המשכון, כפי שנקבע בצדק בשורה של פסק דין; עם זאת, בסיטואציה שבה הנושה הוא ספק המבקש לשעבד את הסחורה שהוא מספק לשם הבטחת דמיה, מהווה הדרישה לשכלל את השעבוד על ידי רישום משכון, המשתמעת מסיווג העסקה כמשכון, גזירה שציבור הספקים מתקשה לעמוד בה. קושי זה נובע בראש ובראשונה מכך שדיני המשכון מאפשרים לשעבד נכס מסוים ואינם מאפשרים לשעבד מכלול בלתי מסוים ומשתנה של נכסים. על ספק המבקש לשעבד את הסחורה לרשום משכון על כל פריט או על כל חבילת פריטים, ודרישה מעין זו היא שמכבידה על הספקים. גם כאשר הלקוח הוא חברה, וניתן לכאורה לשעבד את כל נכסיה בשעבוד צף,<sup>144</sup> מוענק השעבוד הצף בדרך כלל לספקי האשראי הגדולים והעיקריים של החברה ולא לכל אחד מספקי הסחורה. המחוקק אמנם דאג להעדיף את מי שעבד נכס של חברה להבטחת אשראי שאפשר את רכישתו על פני בעל שעבוד צף, אך עדיפות זו אינה יכולה לסייע לספק שכלל אינו יכול לשכלל את השעבוד על ידי רישום.<sup>145</sup> התוצאה של החלת דיני המשכון על סיטואציה כזו היא שספקים יהיו תמיד נושים רגילים משום שאין הם יכולים להבטיח את עצמם. הם נותרים, אפוא, בפני ברירות לא רצויות: עליהם להימנע ממתן אשראי, לייקר את האשראי או להסתכן באופן בלתי סביר וחלילה לספוג הפסדים. הנה כי כן, דווקא נושה שהמחוקק ביקש להעדיפו מהותית<sup>146</sup> אינו יכול להבטיח את עצמו. זהו קושי יומיומי ושכיח, המכביד על מכר באשראי. זוהי התוצאה המכבידה של הלכות טריומף וקולומבו: היא איננה נובעת מהקושי בויהויה של עסקת השעבוד, אלא מליקוי בדיני שכלול המשכון, הפוגע בנושים מועדפים בסיטואציה שכיתה ביותר. המזורז לבעיה זאת טמון בתיקון דיני המשכון ולא דווקא בשינוי סיווגן של העסקאות. על כך עמד בית המשפט העליון כבר בפרשת טריומף,<sup>147</sup> והשופט מצא חזר על כך

- 141 כוזנתו לע"א 4648/92 טריומף אינטרנשיונל בע"מ נ' כונס הנכסים הישמי, תקדין-עליון (3)95-820. באותו עניין חזר בית המשפט העליון על הלכת קולומבו במסיבות דומות.
- 142 ראו דיון בפרשת שוייגר בפרק א.2 לעיל.
- 143 סוכבי, הערה 1 לעיל, בעמ' 372-373.
- 144 ראו הגדרת שעבוד צף בסעיף 1 לפקודת החברות. סעיף זה הסעיפים שיוחברו להלן בהערות 145 ו-146 נותרו בתוקפם לפי סעיפים 1 ו-367(א)(1) לתוק החברות, התשנ"ט-1999.
- 145 ראו סעיפים 169(ד) ו-178 לפקודת החברות.
- 146 כפי שעולה מסעיף 169(ד) לפקודת החברות. לדיון בהצדקות להעדרת שעבוד נכס להבטחת אשראי רכישתו ראו גם חביבי-סגל, הערה 112 לעיל, בעמ' 139 ואילך.
- 147 טריומף, הערה 141 לעיל, בפסקה 12 לפסק דינו של השופט גולדברג.

בפרשת כוכבי.<sup>148</sup> נציין, כי במשרד המשפטים שוקדים על הצעה לתיקון החוק שיאפשר לספקים לרשום שעבוד מכלול.

האם הקשיים שתוארו לעיל לגבי עסקאות מכר באשראי תקפים גם לגבי עסקת שעבוד באמצעות מכר-מותנה מהסוג שנדון בפרשת כוכבי? מצבו של נושה בעסקה מעין זאת שונה בתכלית ממצבו של ספק. לנושה כזה אין כל קושי לשכלל באמצעות רישום משכון בגין הנכס המסוים שהוא מבקש לשעבד. יתר על כן: בפעולת רישום המשכון אין משום הודאה בסיווגה של העסקה, כך שבמקרים של ספק יכול הנושה להמשיך ולעמוד על עמדתו בדבר סיווג העסקה כמכר, על אף רישום המשכון.<sup>149</sup> זאת ועוד: אין כל הצדקה מהותית להעדיף נושה מעין זה על פני נושים אחרים של החייב. אין מדובר במי שסיפק את הנכס אלא במי ששם עינו, כאחד הנושים, בנכס שהיה שייך לחייב, כדי להיפצע ממנו את חובו. הדרישה לרישום משכון לא תפגע כאן בצורה כוללת במגזר שלם של עסקאות במשק שראוי לעודדו דווקא. עסקאות מכר-חוזר מעין אלה אינן תופעה שכיתה כעסקאות מכר באשראי. בתי המשפט בארץ דנו בעשרות מקרים שבהם ניסו ספקים לטעון לעדיפותם על אף שלא רשמו משכון, ורק במקרים ספורים התעוררה בעיית סיווגה של עסקת מכר-חוזר. יתרה מזאת: באף אחד מהמקרים שבהם נופף הנושה, כקונה, בהסכם מכר מותנה, הוא לא ביקש לטעון כי מוצדק להעדיפו כנושה. הוא ביקש לשכנע את בית המשפט כי כלל איננו נושה, אלא קונה "אמיתי". מטרתה העיקרית של עסקת המכר החוזר איננה להקנות עדיפות לנושה שמוצדק להעדיפו על פני אחרים, אלא להסוות את מהותה האמיתית של העסקה. תפקידו של בית המשפט הוא לגלות את האמת. משתשף את ההסוואה וגילה כי אין מדובר בקונה "אמיתי" אלא בנושה המבקש להבטיח חיוב, מדוע עליו להעדיף את הנושה המסויה? איזו תועלת תביא העדפתו ל"חיי המסחר"? בכל הכבוד, אני סבור, אפוא, כי יש להצטרף להערתו של השופט מצא בפרשת כוכבי כי "ביקורתו של השופט אנגלרד על הלכת קולומבו ובנותיה חורגת מצרכי ההכרעה בפרשתנו".<sup>150</sup>

## ה. סיכום

ניתוח העמדות השונות שהובעו בפרשת כוכבי הוביל אותי למסקנה כי אין מקום לראות בהלכת כוכבי משום שינוי מהפכני בדיני המשכון בכלל ובהלכות שוייגר, קולומבו או

148 כוכבי, הערה 1 לעיל, בעמ' 384: "תקנתו של מצב זה אינה תלויה בסטייה מהלכותיו של בית משפט זה, אלא בהשלמת החכר בהסדרים הסטטוטוריים הקיימים".

149 תקנה 5(ד) לתקנות המשכון (סדרי רישום ועיון), התשנ"ד-1994 קובעת כי "רישום משכון לפי הסכם מכר או שכירות ניתן להוסיף הערה בהודעת הרישום המיטען כי אין הרישום כשלעצמו מעיד על כוונת הצדדים שהנכס המשועבד ישמש ערובה לחיוב כאמור בסעיף 2(ב) לחוק". התקנה התקנה נוכח דרישתן של חברות לסינג. ראו יהושע ויסמן, "הסכמי לסינג", דיני בנקאות 13 (עמותת מסיימי הפקולטה למשפטים בירושלים, מרץ 90).

150 כוכבי, הערה 1 לעיל, בעמ' 383-ג.

טריומף בפרט. גם אם קשה ליישב באופן משביע רצון את תוצאת פסק הדין עם ההוראות הכופות של חוק המשכון, אין לראות בכך משום ניסיון משתמע לשנות את הוראותיו הכופות של חוק המשכון, או להוציא מגדרן שעבודים מסוימים. פרשנות מרחיקת לכת מעין זו משקפת את עמדת היחיד של השופט אנגלרד, אך היא אינה מתיישבת עם הסתייגויותיהם המפורשות של שופטי הרוב. בהתחשב בכיקורת שנמתחה על דעת היחיד, אינני סבור כי יש הצדקה מהותית לפרשנות כזאת.

מן הניתוח שלעיל עולות שתי הערות כלליות. האחת עניינה הדרך שבה בתי המשפט צריכים להתמודד עם מקרים דומים של הסכמי המחאה החשודים כהסכמי שעבוד. פרשת כוכבי הדגימה את חשיבותו של הבירור העובדתי המדוקדק של השאלה האם מדובר בהסכם שכוונתו שעבוד, עם או בלי התנאה אסורה על דיני המשכון, או שמא מדובר בהסכם שכוונתו מכר "אמיתי". זוהי שאלה עובדתית-ראייתית. לי נראה, כי את חוסר הבהירות של טעם הפסק בפרשת כוכבי יש לזקוף, בין היתר, לעמימות התשתית העובדתית שלו. אפשר שראוי לקבוע רשימה של שאלות עזר שיש לבדוק, כגון מהי התמורה ששילם הקונה למוכר, מתי היא שולמה, האם היא שולמה, מה היחס בינה לבין שווי הנכס, מה היה המניע של החייב להימנע ממכר גמור ומה היה הטעם לנכונות הנושה לדחות או להתלות את המכר. אין מקום להשליך לפתחו של המחוקק את מלאכת זיהוי הכוונה האמיתית של הצדדים. מלאכה זו היא מתחומי המומחיות המובהקים של בית המשפט.

הערת האחרת נוגעת לצורך להבהיר את הדין המהותי בנוגע לשאלה שעמדה ביסודה של פרשת כוכבי, אך לא נדונה בה בהרחבה. הכוונה לשאלה מהו המועד שבו נשלמת המחאה זכות, ומיניה וביה – מהו המועד שבו הנמחה משוריינ מפני נושים אחרים של הממחה, מעקלים או בעלי התחייבויות סותרות קודמות. האם המועד הראוי הוא המועד שננקב בהסכם ההמחאה, לרבות מועד כריתתו של הסכם ההמחאה – או שמא מועד "אובייקטיבי" שעשוי להיות מאוחר יותר, כגון מועד ההודעה לחייב המקורי או מועד קבלת ההחזקה על ידי הנמחה? האם ראוי לייסד מרשם של המחאות זכות? לעמימות הדין בסוגיה זו יש השפעה על מאות אלפי בעלי "דירות" שאין להם אלא זכות. פתרונה השלם של בעיה זאת הוא משימה מובהקת של המחוקק. הדרך שבה התמודד בית המשפט בפרשת כוכבי עם חוסר הבהירות בעניין זה מצביעה על המוגבלות של פתרונה השיפוטי. מעמדו של נמחה כלפי נושיו תמי הלב של הממחה אינו צריך להיחרץ לפי סיווגה של עסקת ההמחאה, אלא לפי מידת הפומביות של ההמחאה. פתרונה של בעיה זו אמנם לא יפטור את בית המשפט מהצורך לסווג את טיב ההמחאה לעניין הוראותיו הכופות של חוק המשכון בעניין מימוש המשכון; אך עם זאת יהיה בו כדי לעקר את אחד התמריצים להסוואת משכון באצטלה של מכר.