

## מהותו של המכר המותנה

(ע"א 323/78 מקמל בע"מ כפירוק ג' בלק אנד דקר ז')

מאת

שלום לרנר \*

א. מבוא

### 1. רקע עובדתי

חברת "בלק אנד דקר" (להלן – המוכרת) מכרה ל"מקסל", חברה בעלת חנות פריטים מספר מתוצרתה. תנאי התשלום עבור הסחורה נקבעו במלים "30 60 שוטף" והצדדים הסכימו שמינוח זה מצביע על מכר באשראי<sup>2</sup>. "מקסל" העבירה למוכרת שק לפירעון המחיר, אך זה חולל. לאחר מכן נכנסה "מקסל" להליכי פירוק. המוכרת הגישה למפרק הוכחת חוב על סכום השק ושמרה לעצמה את הזכות לתבוע קודם לכן את החזרת הממכר. תביעה אחרונה זו היא נשוא הדין בפסק הדין.

תביעת ההשבה היתה מבוססת על תנאי שהיה מודפס בחשבונות שהגישה המוכרת ל"מקסל", ולפיו: "הסחורה הרשומה בחשבון מהווה רכוש החברה [= המוכרת] עד לתשלום המלא עבורה"<sup>3</sup>. כאמור, "מקסל" לא פרעה למוכרת את מחיר הסחורה והתנאי להעברת הבעלות לא התקיים. המוכרת תבעה את החזרת הממכר בתור בעלים, והשופט קמא נעתר לתביעתה.

פסק הדין בערעור, מפי השופט ח' כהן, כמו פסק הדין בערכאה הראשונה, נסב בעיקר על שאלות חוזיות. בית המשפט דן בשאלה אם התנאי האמור מחייב את "מקסל" שלא חתמה על החשבונית אף-על-פי שקיבלה את הסחורה ללא מחאה. כן נדונה השאלה אם התנאי מהווה חלק מעסקת המכר או שזו נשלמה עוד קודם לכן, בעת אישור ההזמנה. השופט ח' כהן דחה את טענות המפרק וקבע שהתנאי בדבר עיכוב הבעלות בידי המוכרת עד לתשלום מלוא המחיר מחייב את "מקסל". בכך אישר בית

\* מרצה, בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן, רמת-גן.

1 פ"ד לג(2) 57 (להלן – מקמל).

2 שם, עמ' 60.

3 שם, עמ' 58.

המשפט העליון את החלטתו של בית המשפט המחוזי שעל המפרק להתזיר למוכרת את אותו חלק מהממכר המצוי ברשותו.

חשוב לציין, שתביעת ההשבה התייחסה רק לאותו חלק מהממכר שנשאר עדיין ברשותה של "מקסל". עם זאת, בית המשפט חיווה דעתו, באמרת אגב, על זכויות המוכר בתמורה שנתקבלה כתוצאה ממכירת חלק אחר מהממכר. לעניין זה נקדיש את הפרק הרביעי של רשימתנו.

## 2. הצגת הבעיה

עסקות מכר יכולות להיערך בשני אופנים, כאשר התמורה משולמת במזומן או באשראי.<sup>4</sup> בשני המקרים המוכר מעביר לקונה באופן מידי את הבעלות והחזקה בממכר, ברם תשלום המחיר בעסקת אשראי מתבצע מאוחר יותר, לרוב באמצעות תשלומים אחדים במועדים קבועים מראש.

בעסקת מזומן המוכר ממלא פונקציה אחת בלבד של הספקת נכס. בעסקת אשראי המוכר ממלא פונקציה כפולה – מכירת נכס ומתן אשראי לקונה; הווי אומר – מוכר ומלווה גם יחד.<sup>5</sup> מתן ההלוואה כרוך בסיכון הנובע מחוסר רצונו או אי יכולתו של הקונה לפרוע את החוב, וטבעי על כן שהמוכר יתור אחר דרכים שונות שיקטיגו את הסיכון האמור.

אחת האפשרויות היא – וזו אמנם ננקטה בידי המוכרת בפרשת מקסל – לערוך את ההסכם בשיטה הידועה כ"מכר מותנה" (conditional sale). הצדדים מסכימים על תניה לפיה הבעלות תישאר בידי המוכר עד אשר הקונה ישלם את מלוא מחירו של הממכר.<sup>6</sup> בהבדל ממכר רגיל באשראי, המוכר מעביר מיד את החזקה בנכס אך לא את הבעלות.<sup>7</sup> הנחת המוכר היא, ולהלן נראה אם הדין עמו, שאם הקונה ייקלע לקשיים כספיים ולא ישלם את מחיר הממכר, הוא יוכל ליטול את הנכס מרשות הקונה היות ששלו הוא.

תוצאת פסק הדין בעניין מקסל מילאה אחר ציפיות המוכרת. כאשר "מקסל" נכנסה להליכי פירוק, התנאי בדבר עיכוב הבעלות שיפר את מעמדה של המוכרת. התביעה

4 על הסוגים השונים של עסקות מכר, ראה: R. A. Mann & M. J. Phillips, "Cash Seller: under the U. C. C.", 20 *Boston College L. Rev.* (1979) 370, 370–374.

5 יש עסקאות פיקטיביות שבהן מממן רוש נכס עבור אחר, ואחר כך מוכר או משכיר לו אותו. ל"מוכר" זה יש פונקציה אחת בלבד – של מימון, ברם המימון נעשה בעקיפין כדי למנוע את תחולת דיני ההלוואות והמשכון. בהערת פסיקה זו אנו דנים במוכר "אמיתי", דוגמת "בלק אנד דקר", שהיה גם קודם לכן בעליו של הממכר, כאשר עסקת המכר מתבצעת תוך מתן אשראי לקונה.

6 התנאי קרוי "reservation of ownership" או "retention of title". ברשימה זו אנו דנים בעיכוב העברת הבעלות עד תשלום מחיר הממכר בלבד, ולא בעיכובה עד תשלום חובות אחרים של הקונה למוכר או עד פירעון חובות הקונה לצד ג'. השווה G. Gilmore, *Security Interests in Personal Property*, 1 (Boston, 1965) 71–72.

7 בפסק הדין מקסל, בעמ' 60, אומר בית המשפט: "מקום שנמסרה סחורה באשראי, הדעת נותנת שהמוכר יתנה על עיכוב הבעלות בידו, עד אשר יסולק מחיר הסחורה". דומה שקביעה זו מתעלמת מן ההבחנה שבין עסקת אשראי רגילה ובין מכר מותנה.

להשבת הממכר נתקבלה, והנכס לא עמד לחלוקה בפני נושיה האחרים של "מקסל". המורכבות של עסקות מכר באשראי, ומכר מותנה בכלל, מעוררת בעיות שונות שאינן יכולות להיפתר בעזרת אותן ההוראות החלות על מכר במזומן. סבורים היינו אפוא, שהמחוקק יסדיר סוגיה זו כדרך שעשו מחוקקים אחרים בארצות שונות. ואכן, עוד לפני זמן רב הבטיח המחוקק הישראלי לייחד חקיקה למכר באשראי על צורותיו השונות<sup>8</sup>, ברם הבטחה זו עדיין לא קוימה. היות שחיי המסחר אינם יכולים להמתין לדברו של המחוקק, כפי שמוכיחה פרשת מקסל, שומה עלינו לקבוע אילו חוקים חלים עתה על המכר המותנה.

שתי מערכות חוק עשויות לפרוש את רשתן על המכר המותנה. חוק המכר, תשכ"ח—1968<sup>9</sup>, חל על העסקה היות שהיא "הקניית נכס תמורת מחיר"<sup>10</sup> סעיף 23 קובע אמנם, ש"חובת המוכר למסור את הממכר וחובת הקונה לשלם את מחירו הם חיובים מקבילים שיש לקיימם בד בבד", הוראה שאינה הולמת את המכר המותנה, ברם ההוראה ניתנת להתנאה בידי הצדדים<sup>11</sup>.

לענייננו חשובה ההוראה המצויה בסעיף 33, הקובע: "הבעלות בממכר עוברת לקונה במסירתו, אם לא הסכימו הצדדים על מועד אחר, או על דרך אחרת להעברת הבעלות". הצדדים רשאים אפוא לקבוע כרצונם את מועד העברת הבעלות, לרבות במועד תשלום מלוא מחירו של הממכר, וקביעה זו צריכה לחייב את כולי עלמא, ונושיו של הקונה בכלל זה<sup>12</sup>.

חוק המשכון, תשכ"ז—1967<sup>13</sup>, עשוי גם הוא, לצד חוק המכר<sup>14</sup>, לחול על המכר המותנה. הסברנו לעיל, שהמוכר שומר על הבעלות בממכר כדי לרכוש עדיפות על נושיו האחרים של הקונה. המוכר שערך הסכם למכירת הנכס מעוניין עתה בבעלות

8 ראה: הצעת חוק המכר, תשכ"ה—1965, ה"ח 281.

9 ס"ח 89 (להלן — חוק המכר).

10 הגדרת המכר בסעיף 1 לחוק.

11 סעיף 4(ב) לחוק.

12 ראה: ז' צלטנר, חוק המכר תשכ"ח—1968 (פירוש לחוק החוזים, בעריכת ג' טדסקי, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי סאקר, ירושלים, תשל"ב) 141: "מועד העברת הבעלות חשוב יותר לנושי הצדדים מאשר לצדדים עצמם".

13 ס"ח 48 (להלן — חוק המשכון).

14 כפי שכבר הדגשנו (לעיל, הערה 5) אנו עוסקים במוכר שהוא גם מממן. חוק המשכון עשוי לחול בסוגיות אחדות, אך ביתר הנושאים יחול חוק המכר, המאפשר לצדדים לקבוע את מועד העברת הבעלות כרצונם. דומה, שדוגמה אחת מן הפסיקה תסייע להבהיר את העניין. בע"א 568/77 רמיר חברה קבלנית בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(2) 85, נדון היטל על נכסים אחדים. בית המשפט נאלץ לדלות מתוך חוזה המכר את כוונת הצדדים לעניין מועד העברת הבעלות, כדי להחליט מי ישא בנטל. אם בעיה דומה תתעורר בהקשר של מכר מותנה, יחול חוק המכר, המאפשר לצדדים לקבוע את מועד העברת הבעלות. סוגיה זו אינה נדונה כלל בחוק המשכון.

לא כן עניין התביעה בפרשת מקסל. כאן נדון היחס בין המוכרת ובין הנושים האחרים של "מקסל", נושא שהוא מרכוז של חוק המשכון, ותחולה אפשרית של החוק שוללת מהצדדים את הבלעדיות לקביעתו של מועד העברת הבעלות.

רק כדי להבטיח את תשלום המחיר<sup>15</sup>, וזהו, למעשה, "שעבוד נכס כערובה לחיוב"<sup>16</sup>. קיומו של יסוד שעבוד בעסקה, אף אם אינו הגורם העיקרי בה<sup>17</sup>, מביא לתחולתו של חוק המשכון. כינויה של העסקה בפי הצדדים כמכר אינו מונע את תחולת חוק המשכון, החל "על כל עסקה שכוונתה שעבוד נכס כערובה לחיוב, היא כינויה של העסקה אשר היא"<sup>18</sup>. משמעות תחולתו של חוק המשכון על המכר המותנה היא, שלעניין חוק המשכון הבעלות כבר עברה לקונה. הקונה הוא אפוא בעליו של הנכס והמוכר הוא נושה מקבל משכון בלבד.

דומה, שבית המשפט בפרשת מקפל לא היה ער לזווית הראייה של דיני המשכון. תחולת חוק המשכון על העסקה היתה מביאה לשינוי התוצאה שהגיע אליה בית המשפט. אם התנאי של עיכוב הבעלות היה מתפרש כמשכון, הוא היה געדר תוקף כלפי מפרק החברה, בשל העדר רישום<sup>19</sup>.

מוקדה של הערת פסיקה זו הוא שאלת מעמדו של המוכר בהסכם מכר מותנה. האם המוכר הוא אכן בעליו של הממכר וממילא הנכס אינו עומד לחלוקה בפני נושיו של הקונה, או שמא הוא נושה גרידא, העשוי להיות עדיף על אחרים רק במסגרת דיני הבטחות. גישה פורמליסטית תעדיף את האפשרות הראשונה, ברם גישה ריאליסטית תבחן את מהותה של העסקה ותראה במוכר נושה רגיל<sup>20</sup>.

לדעתנו, שאלת טיבו של המכר המותנה היא חלק מבעיה כוללת יותר: האם רצוי להעדיף את המוכר שלא נפרע על נושיו האחרים של הקונה, ואם כן, כיצד ניתן להשיג עדיפות זו. לכן, רק לאחר דיון מקיף בקונפליקט של מוכר מול נושי הקונה נשוב לדון בשאלת מעמדו של המוכר בהסכם מכר מותנה.

### ב. מוכר נכס מול נושה של הקונה — עימות ודרכי פתרון

#### 1. היקף הבעיה

עמדנו לעיל על כך, שהמוכר בעסקת אשראי הוא גם מלווה ובפונקציה זו הוא חשוף לסיכונים של שוק המימון. אם הקונה ייקלע לקשיים כספיים ולא יפרע את מחיר הממכר, המוכר ושאר נושיו של הקונה יתחרו על גביית חובם מהממכר.

15 המוכר מצוי למעשה בסתירה פנימית: מחד גיסא הוא טוען לבעלות בנכס, ומאידך גיסא הוא תובע מהקונה תשלום כסף. בלבול מושגים זה בולט בפסק הדין ע"א 352/74 מ' דנקנר ובניו בע"מ נ' פפס את מטרני ואח', פ"ד ל(2) 796, 798, שבו טען המוכר שהנכס משועבד לו, אף-על-פי שלפי הסכם המכר המותנה הבעלות טרם עברה לידי קונה.

16 הגדרת "משכון", בסעיף 1(א) לחוק המשכון.

17 ראה: י' ויסמן, חוק המשכון תשכ"ז—1967 (פירוש לחוקי החושים, בעריכת ג' סדסקי, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי סאקר, ירושלים, תשל"ה) 63.

18 חוק המשכון, סעיף 2(ב).

19 שם, סעיף 4.

20 השוה: 1, R. M. Goode, "Reservation of Title: The EEC's Faulty Approach", *Company Lawyer* (1980) 185.

לכאורה, המוכר עשוי להבטיח את עדיפותו על-ידי רישום משכון על הממכר עובר לעסקת המכר. כנושה מובטח ראשון הוא יהיה עדיף על כל הנושים האחרים<sup>21</sup>. ברם, פתרון זה אינו יעיל אם לקונה יש נושה קודם בעל שעבוד על נכסים עתידיים. שעבוד זה יחול אוטומטית עם עבור הנכס לבעלות הקונה, והמשכון של המוכר יהיה בדרגת עדיפות שנייה<sup>22</sup>.

שיטה משפטית שאיננה מכירה במישכון נכסים שאינם עדיין בבעלות החייב אינה מתקשה אפוא בהבטחת עדיפותו של המוכר על יתר נושיו של הקונה. לעומת זאת, אין די ברישום משכון על-ידי המוכר בשיטת משפט המאפשרת שעבוד של נכסים עתידיים.

החוק בארץ מסדיר במפורש שעבוד נכסים עתידיים במסגרת השעבוד הצף על-פי פקודת החברות<sup>23</sup>. ככלל, שעבוד ספציפי מאוחר עדיף על השעבוד הצף. ברם, בארץ נהוג לכלול באגרת החוב של השעבוד הצף הגבלה על כוחה של החברה החייבת למשכן נכס ללא אישורו של בעל השעבוד הצף, ואז גובר השעבוד הצף על שעבוד קבוע שנוצר בניגוד לתנאי המגביל<sup>24</sup>.

חוק המשכון אינו דן בסוגיה של שעבוד נכסים עתידיים והנושא גם לא נדון בפסיקה שלאחר החוק. היות ששיקולים כבדי משקל מצדיקים את ההכרח במישכון נכסים עתידיים, סביר להניח שבתי המשפט ימצאו דרך משפטית להכיר בתוקפו של השעבוד<sup>25</sup>. דומה שההכרה במישכון נכסים עתידיים תהיה שלב נוסף בפיתוחו של המשכון הרשום<sup>26</sup>. ניתן לסכם אפוא ולומר, שהמשפט הישראלי מכיר בסיטואציות של שעבוד נכסים עתידיים, ומכאן שבדי להבטיח את עדיפות המוכר שלא נפרע על נושיו האחרים של הקונה יש ליצור מנגנון משפטי שיאפשר השגת תוצאה זו. על דרכים אפשריות בעמוד מיד לאחר הדיון הקצר במניעה של המגמה להעדפת המוכר.

## 2. התוצאה הרצויה — העדפת המוכר

שיטות המשפט השונות, כל שיטה ודרכה היא, נוטות להעדיף את המוכר על-פני הנושים האחרים של הקונה. העדפה זו מונעת יצירת מונופול של מימון לטובת הנושה הראשון שלזכותו שעבוד הכולל את הנכסים שהחייב ירכוש בעתיד. יש לאפשר לחייב, שנכסיו משועבדים, להמשיך ולרכוש נכסים חדשים הדרושים לו במהלך עסקיו, ולהבטיח למוכר עדיפות על אחרים<sup>27</sup>. עסקות מכר באשראי יפגעו קשות אם הספק יצטרך לחשוש מפני שעבדים קודמים.

21 חוק המשכון, סעיף 6.

22 בפרשת מקסל התמודדה המוכרת עם נושיה הרגילים של "מקסל" ודי היה ברישום משכון כדי להבטיח את עדיפותה.

23 ראה הגדרת "שעבוד שוטף" בסעיף 2 לפקודת החברות.

24 ראה: החוק לתיקון פקודת החברות (מס' 17), התשמ"א—1980, ס"ח 50.

25 ראה ויסמן (לעיל, הערה 17) 24—31.

26 על כך שהלחץ להכרה במשכון רשום בארצות הברית נבע מהרצון ליתן תוקף לשעבוד נכסים עתידיים ראה: P. E. Coogan, "Article 9 — An Agenda for the Next Decade", 87 *Yale L. J.* (1978) 1012, 1014—1015.

27 ראה: T. H. Jackson & A. T. Kronman, "Secured Financing and Priorities among Creditors", 88 *Yale L. J.* (1979) 1143, 1143—1145.

למעשה, הפגיעה בנושה המובטח הראשון כתוצאה מגישה זו היא מינימלית, ומצבו אינו שונה בהרבה מהמצב שלפני רכישת הנכס בידי החייב. עדיפות המוכר מוגבלת כמובן לעניין הממכר, ואילו בשאר נכסיו של החייב נשמרת עדיפותו של הנושה הראשון. לשון אחר, הספק תרם להגדלת נכסיו החייב והוא בעל זכות עדיפה בחלק המוגדל בלבד.

דרכים שונות עשויות להביא לעדיפות המוכר על יתר נושיו של הקונה. את האפשרויות השונות ניתן לחלק לשתיים: אלה המבוססות על בעלות המוכר בממכר ואלה הרואות במוכר נושה גרידא. בשתי אלה נדון בסעיף הבא.

### 3. הדרכים השונות להעדפת המוכר

#### (א) דרכים המבוססות על בעלות המוכר בנכס

(1) ביטול החוזה והשבה. כאשר הקונה אינו משלם עבור הממכר, המוכר רשאי לבטל את הסכם המכר ולדרוש את השבת הממכר<sup>28</sup>. עם ההשבה חוזרת למוכר הבעלות בנכס. השאלה היא מה מעמדן של זכויות צד שלישי שנרכשו בתקופה שבין כריתת החוזה למועד הביטול, ובענייננו — מה דינם של נושים שהקונה שעבד להם את הממכר<sup>29</sup>.

תביעה דומה להשבת ממכר נדונה בפרשת בנק הפועלים בע"מ נ' גרבורג בע"מ ואח'ם<sup>30</sup>. באותו מקרה ביטל המוכר את הסכם המכר בגין תרמית, היות שהוכח שבעת כריתת החוזה הקונה ידע שלא יוכל לעמוד בתשלום המחיר. מול המוכר עמד בנק שלזכותו שעבוד צף על כל נכסיו הקונה, וזה טען לתחולת השעבוד על הממכר שעבר לבעלות הקונה. בית המשפט העדיף את המוכר בנימוק שביטול חוזה עוקר אותו למפרע. הנכס נחשב אפוא כאילו לא היה כלל בבעלותו של הקונה, וממילא שעבודו של הבנק אינו חל עליו<sup>31</sup>.

לאחרונה פירש בית המשפט באופן אחר את מהותה של ההשבה החוזית. בית המשפט פסק, שביטול חוזה אינו פועל רטרואקטיבית ואינו עוקר את החוזה כאילו לא היה<sup>32</sup>. הביטול אינו יכול לפגוע בזכויות צד שלישי שנרכשו או גובשו בתקופת הביניים בין הכריתה לביטול<sup>33</sup>.

28 חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א—1970, ס"ח 16 (להלן — חוק החוזים (תרופות)) סעיפים 2 ו-9.

29 הכוונה היא לא רק לשעבוד שנעשה לאחר רכישת הנכס, אלא גם לשעבוד קודם של נכסים עתידיים, שהתגבש עתה על הממכר.

30 ע"א 248/77, פ"ד לב(1) 253 (להלן — גרבורג).

31 בעמ' 261 הסתמך השופט עציוני על הלכת בנק א"י בריסניה (ראה להלן הסקסט ליד הערה 50 ואילך). ברם עירוב הנימוקים אינו ברור, ודי בתפיסתו של עציוני לגבי מהות ההשבה החוזית כדי להכריע את הכף לטובת המוכר.

32 ראה: ע"א 741/79 כלנית השרון השקעות ובנין (1978) בע"מ נ' הורכין ואח', פ"ד לה (3) 533.

33 השוה: ע"א 459/78 חברת כני פיפסקוביץ בע"מ נ' חברת אכני יצחק ושות' בע"מ ואח', פ"ד לה (3) 169.

על-פי הפסיקה האחרונה, לכל הפחות במקרה שחווה המכר בוטל בשל הפרתו ולא בשל פגם בכריתתו<sup>34</sup>, לא יוכל מוכר שלא נפרע להתגבר על נושיו האחרים של הקונה, באמצעות תביעת ביטול והשבה.

(2) תנאי שמירת הבעלות. כפי שראינו, בהסכם מכר מותנה, המוכר משאיר בידי את הבעלות בנכס עד למועד תשלום מלוא המחיר. אם הקונה אינו יכול או אינו רוצה לשלם את המחיר, המוכר תובע את השבת הממכר. תביעה זו מבוססת על בעלותו המתמשכת של המוכר בנכס ולא על סעיף ההשבה בחוק החוזים (תרופות). התנאי להעברת הבעלות לקונה לא התמלא ולמוכר יש תביעה קניינית גמורה להשבת הנכס<sup>35</sup>. ואכן, בפרשת מקפל נתן בית המשפט תוקף מלא לתנאי, וציווה על השבת הממכר למוכר, ברם, כפי שכבר הערנו, בית המשפט לא התמודד עם השפעתם של דיני המשכון בסוגיה.

העדפת המוכר על נושים אחרים באמצעות מכר מותנה מקובלת במשפט הקונטיננטלי. התנאי בדבר עיכוב הבעלות נפוץ במיוחד בגרמניה, שם יש לו תוקף מלא בפשיטת רגל, אף ללא רישום או כל פעולה פורמלית אחרת<sup>36</sup>. הנכס נחשב כנתון בבעלותו של המוכר ודיני המשכון אינם חלים על העסקה<sup>37</sup>.

גם באנגליה סעיף שימור הבעלות מביא להעדפת המוכר על הנושים של הקונה<sup>38</sup>. עמדה זו של ה-Common Law קיבלה מאוחר יותר גושפנקא סטוטורית. כיום קובע חוק המכר האנגלי משנת 1979, בסעיף 19(C), שמוכר רשאי לשמור לעצמו את הבעלות בממכר עד לפירעון מלוא מחירו, ואזי אם הקונה לא עומד בהתחייבויותיו, המוכר זכאי להחזיר את הנכס לרשותו<sup>39</sup>. על אף התסדר החוקי המפורש, לא געשה באנגליה שימוש רב בדרך זו. במאה ה-19 הגבילו הוראות שונות בדיני פשיטת הרגל את

34 ראה: ד' פרידמן, דיני עשיית עושר ולא במשפט (בורסי את פרץ, תשמ"ב) 633-636.

35 בתי המשפט בארצות הברית התמודדו בעבר עם סעיפים חוזיים לפיהם אם שוכר, קונה ונעבר אחר פושטים את הרגל, העסקה בטלה והנכס חוזר למעביר. הגישה המקובלת סירבה להעדיף את המעביר על נושיו האחרים של הנעבר. ראה: Ex: V. Countryman, "ecutory Contracts in Bankruptcy: Part II", 58 *Minnesota L. Rev.* (1973) 479, 521-529. הבעיה במכר מותנה שונה היות שהבעלות נשארה כל הזמן אצל המוכר ולא עברה כלל לקונה. לדיון נוסף מזווית הראייה של דיני פשיטת הרגל ראה: A. Namdar, *Contracts in Bankruptcy* (Tel-Aviv, 1977) 126-140.

36 ראה: J. G. Sauveplanne (ed.), *Security Over Corporal Moveables* (Leiden, 1974) 126-140.

37 גם במשפט השוודי תנאי שמירת הבעלות תקף בפשיטת רגל גם ללא רישום. ראה: Sauveplanne, שם, עמ' 260. בצרפת, לעומת זאת, התנאי תקף רק בהגבלות מסוימות. ראה שם, עמ' 129. לביקורת על הגישה הפורמלית של מדינות הקונטיננטל ראה גוד (לעיל הערה 20).

38 ראה: R. M. Goode & L. C. B. Gower, "Is Article 9 of the UCC Exportable; An English Reaction", in: *Aspects of Comparative Commercial Law* (J. S. Ziegel & W. F. Foster, editors, Montreal, 1969) 303, 303-308.

39 ראה: Chalmers' *Sale of Goods Act, 1979* (M. Mark, editor, London, 1981) 152-155. ברוב ארצות המשפט המקובל הלכו אחר השיטה האנגלית. ראה גוד ונואר, שם, עמ' 307.

השימוש בעסקה<sup>40</sup>, ומאוחר יותר תפסה עסקת השכר-מכר (hire-purchase) את מקום המכר המותנה, מסיבות שהדיון בהן חורג ממסגרת סקירה זו<sup>41</sup>. גישה שונה מצויה במשפט האמריקני. דיני המכר והמשכון מוסדרים כיום ב-"Uniform Commercial Code"<sup>42</sup> ובהם הוראה חד משמעית, שמן הראוי לדעתנו להביאה כלשונה:

"Any retention or reservation by the seller of the title in goods shipped or delivered to the buyer, is limited in effect to a reservation of a security agreement...".<sup>43</sup>

המוכר אינו נחשב לבעליו של הנכס אלא למקבל משכון ובתור שכזה עליו למלא אחר דיני המשכון. חשוב עם זאת לציין, שלמשפט האמריקני יש דרך אחרת להעדפת המוכר שלא נפרע, כפי שנראה להלן<sup>44</sup>.

די בסקירה השוואתית קצרה זו כדי להראות, שבית המשפט אימץ בפרשת מקפל, אולי בלא יודעין, את הגישה הקונטיננטלית. להלן נראה אם אימוץ זה עולה בקנה אחד עם יסודות דיני המשכון כפי שבאו לידי בטוי בחקיקה.

#### (ב) עדיפות המוכר כנושה

(1) עיכבון. מוכר שלא נפרע רשאי לעכב את העברת הנכס לקונה, אם הנכס מצוי עדיין ברשותו או בידיו של מוביל בדרך אל הקונה<sup>45</sup>. זכות העיכבון אינה נובעת מבעלות המוכר בנכס והיא קיימת גם אם זו עברה לקונה<sup>46</sup>. הנושה בעל העיכבון עדיף בפשיטת רגל על נושיו הרגילים של הקונה<sup>47</sup>, ואולי גם על נושה מובטח קודם<sup>48</sup>, בעל שעבוד על נכסיו העתידיים של הקונה.

דא עקא, העיכבון עומד לזכות המוכר רק אם הנכס טרם הגיע לרשות הקונה<sup>49</sup>, ובעסקות אשראי בדרך כלל הנכס מצוי בחזקת הקונה. לפני שהוא אינו רוצה, או אינו יכול, לפרוע את מחירו.

(2) עדיפות אוטומטית מכוח הדין. בפרשת בנק לאומי ואח' ג' בנק א"י ברישניה ואח' 50 פסק בית המשפט, שמוכר שלא נפרע גובר, לעניין הגבייה מהממכר, על נושה מוקדם שלזכותו שעבוד צף על כלל נכסי החברה הלווה, אף-על-פי

40 ראה: R. R. Pennington, "Retention of Title to the Sale of Goods", 27 *International and Comparative L. Quarterly* (1978) 277, 277—280.

41 ראה בקצרה: Benjamin's *Sale of Goods* (London, 2nd ed. 1981) 37—38.

42 Official Text, 1972 (להלן — הקוד או UCC). הקוד התקבל בכל מדינות ארצות הברית, פרט ללואיזיאנה, שלא קיבלה את Art. 9, החלק העוסק במשכון.

43 sec. 2—401. ראה גם את הגדרת "security interest" בסעיף (37) 201—1.

44 ראה להלן הטקסט ליד הערה 58.

45 חוק המכר, סעיף 31.

46 ראה צלטנר (לעיל, הערה 12) בעמ' 139.

47 ראה פקודת פשיטת הרגל, סעיפים: 1 (הגדרת "נושה מובטח") ו-20.

48 ראה ויסמן (לעיל, הערה 17) בעמ' 100, הערה 8.

49 ראה: חוק המיטלטלין, תשל"א—1971, סעיף 11(ד).

50 ע"א 603/71, פ"ד כו(2) 468 (להלן — בנק א"י ברישניה).



שהיתה כלולה בו הגבלה על כוחה של החברה למשכן נכס בלא אישור הנושה. פסק הדין מבוסס על הנימוק ש"אם המחיר לא שולם, הנכס אינו כלפי בעל החוב; נכס של החברה" <sup>51</sup>. הנמקה זו מלמדת לכאורה, שעדיפות המוכר מבוססת על בעלותו בנכס, ברם בית המשפט העדיף, מכוח אותו נימוק, גם נושה שמימן את רכישת הנכס נשוא הדיון. אשר על כן נראה, שבית המשפט ראה במוכר נושה ולא בעלים, ואולם החברה החייבת נחשבת כמי שרכשה נכס משועבד <sup>52</sup>, ולכן גם לפי דיני השעבודים הנושה הראשון עדיף על השעבוד הצף המאוחר לו.

הלכת בנק איי בריטניה עשויה לכאורה לסלול את הדרך לעדיפות המוכר על נושי האחרים של הקונה, אבל לדעתנו זו תשובה חלקית בלבד.

בעניין מננס הנכסים הרשמי ג' בפחות בע"מ ואח' <sup>53</sup> סירב בית המשפט העליון להעדיף בעל משכנתא שביושר על נושיו הרגילים של החייב, אף-על-פי שזה מימן את רכישת הנכס נשוא הדיון. על אף הניסוח המעורפל קמעא <sup>54</sup>, דומה שפסק הדין הגביל את תחולתה של הלכת בנק איי בריטניה למקרה שמול המוכר או מממן הרכישה עומד בעל שעבוד צף. הטעם לכך הוא, כפי הנראה, שפקודת החברות קלטה את השעבוד הצף מדיני היושר באנגליה, ו"בעל השעבוד הצף חייב לקבל זכות זו על דבשה ועל עוקצה" <sup>55</sup>, ובכלל זה את כפיפותו לשעבוד שביושר לטובת מוכר שלא נפרע. לכשיוכר אפוא שעבוד נכסים עתידיים מכוח חוק המשכון <sup>56</sup>, ולא על-פי פקודת החברות, לא יוכל עוד המוכר להישען על הלכת בנק איי בריטניה.

כדאי להוסיף, שמלבד עניין היקפה של הלכת בנק איי בריטניה, יש שהטילו ספק בעצם תחולתה כיום. הספק גובע מכך שהתיקון לסעיף 123 לפקודת החברות עיגן מפורשות את עדיפות השעבוד הצף הכולל הגבלה על כוחה של החברה החייבת לשעבד נכס בשעבוד קבוע, בלא שציין את קיומו של חריג כאשר הנושה המאוחר הוא שמימן את רכישת הנכס <sup>57</sup>.

(3) עדיפות מכוח רישום. לעיל הצבענו על כך, שהמשפט האמריקני רואה במוכר שלא נפרע, אף אם עיכב את העברת הבעלות, נושה גרידא ולא בעלים. ברם, את עדיפותו של המוכר הבטיח המשפט האמריקני בדרך אחרת. בקוד מצויה הוראה מפורשת, לפיה נושה שמימן רכישת נכס פלוני (purchase money security "interest") עדיף, לעניין הגבייה מאותו הנכס, על הנושים האחרים. כדי להבטיח עדיפות זו עליו לרשום את זכותו ולהודיע עליה לנושה המוקדם <sup>58</sup>. מטעמי מדיניות

51 עמ' 477.

52 ראה: י' ויסמן, "דין שעבוד צף המגביל עסקאות", משפטים יא (תשמ"א) 554, 560.

53 ע"א 277/73, המ' 373/74, פ"ד כט(1) 85.

54 עמ' 88, מול האות ר'.

55 ראה: י' רוזה, "השתקפות חוק המקרקעין בפסיקה (כללי) ורכישת זכויות בתום לב לפי חוק המקרקעין", עיוני משפט ג (תשל"ג) 93, 100. ראה גם ויסמן (לעיל, הערה 17) עמ' 174 הערה 7.

56 ראה לעיל, הקטע ליד הערה 23 ואילך.

57 ראה: ג' ביטרמן, "שעבוד קבוע שנוצר בניגוד לאיסור שבשעבוד שוטף", הפרקליט לד (תשמ"א) 100, 110-111 לדעה שונה ראה ויסמן (לעיל, הערה 52) שם.

58 sec. 9-312 (3) (4).

שעמדנו עליהם לעיל הכיר הקוד בהריג להלכת היסוד בדיני הבטוחות, לפיה הנושה הראשון שרשם את זכותו עדיף על כל הבאים אחריו. מעניין לציין, שבפרשת בנק אימי בריטניה, הנושה שמימן את רכישת המקרקעין נשוא הדין רשם את המשכנתא שלטובתו. ברם, בית המשפט בחר שלא להצטמצם בעובדות המקרה שלפניו וקבע שהנושה המאוחר היה עדיף אף אילו לא רשם את זכותו. הרחבה זו היא פועל יוצא מהחלת דיני הישר האנגליים, כפי שהסברנו לעיל.

### ג. מכר מותנה : מכר גרידא או גם משכון

לאחר שעמדנו על האפשרויות השונות, והמכר המותנה בכללן, להעדפת המוכר על נושיו האחרים של הקונה, נוכל עתה לבחון את יחסו של המשפט הישראלי אל המכר המותנה.

בפרשת מקפל היה על בית המשפט להחליט אם תביעת ההשבה של המוכר היא בקשה להכרזת בטלותה של עסקה בשל אי קיומו של תנאי או לתתייחס אל המוכר בקטגוריות של נושה התובע מילוי של חוב פלוני<sup>60</sup>. כפי שהסברנו במבוא, השאלה היא אם לתת נפקות מלאה לעיקרון של חופש החוזים המצוי בסעיף 33 לחוק המכר או שמא להעדיף עליו את הרעיון העומד ביסודו של חוק המשכון והוא הגנה על צדדים שלישיים מפני מישכונים נסתרים.

דומה, שעיון מקיף בחוקי המכר והמשכון עשוי ללמד על ההבדל הבא. חוק המכר הוא חוק דיספוזיטיבי והצדדים רשאים להתנות על הוראותיו<sup>61</sup>. החוק המתמקד ביחס שבין שני הצדדים להסכם המכר מאפשר להם לקבוע ביניהם הסדרים אחרים. לעומת זאת, מרבית הוראותיו של חוק המשכון הן קוגנטיות והצדדים אינם יכולים להתנות עליהם<sup>62</sup>. עניין זה נובע ממטרתו העיקרית של חוק המשכון, שהיא ההגנה על צדדים זרים להסכם המישכון<sup>63</sup>. המשכון מביא להעדפת הנושה מקבל המשכון על אחרים, ומגמת המחוקק, שמצאה את ביטויה בסעיף 4 לחוק, היא להכיר בעדיפות זו רק אם לאחרים ניתנת אפשרות לעמוד על זכותו של מקבל המשכון. ברשימה זו אנו דנים בטיב היתוסים שבין המוכר לנושיו האחרים של הקונה, ולא ביחסים שבין המוכר והקונה גופם, ולכן שומה עלינו לחפש את הפתרון לבעיה שהצגנו לעיל במסגרת חוק המשכון.

במבוא הצגנו את בעיית הגדרתו של המכר המותנה כבחירה בין בחינה ריאלית של העסקה ובין גישה פורמליסטית. עיון בסעיף 2(ב) לחוק המשכון מלמד, שהמחוקק העדיף את הגישה הריאליסטית-כלכלית, והוא החיל את הוראות חוק המשכון כל

59 השוה T. H. Jackson & E. A. Petters, "Quest for Uncertainty: A Proposal for Flexible Resolution of Inherent Conflicts between Art. 2 and Art. 9 of the U. C. C.", 87 Yale. L. J. (1978) 907, 926—930.

60 סעיף 4(ב) לחוק.

61 ראה ויסמן (לעיל, הערה 17) בעמ' 64—65.

62 מטרה נוספת של החוק היא הגנה על החייב עצמו, וגם כאן החיל החוק על הצדדים הוראות כופות. ראה שם, עמ' 65.

אימת שמצוי בעסקה יסוד של שעבוד. הכרעתו החד-משמעית של המחוקק מחייבת אותנו לבחון את המכר המותנה בחינה פונקציונלית, וזו מובילה למסקנה שהשארית הבעלות בידי המוכר היא למעשה עסקת שעבוד.

ממסקנה זו נובע, שהמוכר עשוי להיות עדיף על נושים אחרים רק במסגרת הוראות חוק המשכון, קרי — אם רשם את זכותו, ואין לפנינו נושה מובטח אחר.

תוצאה זו, כפי שראינו לעיל, עולה בקנה אחד עם גישת המשפט האמריקני ומנוגדת לעמדה הרווחת בקונטיננט, ובמשפט הגרמני בפרט<sup>63</sup>. ואכן, עקרונות היסוד בידינו הבטוחות שלנו זהים לאלה של המשפט האמריקני, וגם הדרישה להחלת דיני המשכון על כל עסקה שכוונתה שעבוד נכס בערובה לחיוב מקורה במשפט זה<sup>64</sup>. הרעיון המרכזי בידינו המשכון בקוד האמריקני הוא, האחדת המוסדות השונים המאפשרים עדיפות לאחד מנושיו של החייב. שיטה זו אינה יכולה להכיר בעדיפות "מוכר" מכות דיני המכר<sup>65</sup>. המשפט הגרמני, לעומת זאת, מכיר בשעבודים נוספים הפטורים מעולו של הרישום ומכל פורמליות שהיא<sup>66</sup>, והוא מאפשר אפוא יצירת שעבודים סודיים שאין אפשרות לצד שלישי לעמוד עליהם. עניין הרישום אינו בעל חשיבות עליונה בשיטת המשפט הגרמנית.

מרכזיותו של הרישום בחוק המשכון אצלנו מובילה למסקנה, שמוכר בהסכם מכר מותנה חייב לרשום את זכותו בלשכת רשם המשכונות ורק כך יוכל להבטיח את עדיפותו על נושיו של הקונה. פסק הדין בעניין מקפל התעלם, לדעתנו, שלא בצדק, מהוראותיו של חוק המשכון.

בפרק הקודם תמכנו בגישה, שיש להעדיף את המוכר שלא נפרע, לעניין הגבייה מהממכר, על הנושים האחרים של הקונה. הראינו, שתביעת ביטול והשבה בגין הפרת החוזה אינה יעילה, היות שהביטול אינו עוקר את החוזה למפרע ואינו פוגע בזכויות צד שלישי. אם נכונה מסקנתנו בפרק זה, שהוראות חוק המשכון חלות על המכר המותנה, הרי שגם תנאי שימור הבעלות לא יסייע למוכר להתגבר על נושה קודם שלזכותו שעבוד של נכסים עתידיים. הדרך האחת שנותרת היא הלכת בנק איז בריטניה וגם בה אין פתרון מלא לבעיה.

לדעתנו, על המחוקק לעגן בחוק המשכון את עדיפותו של מוכר על נושים אחרים. הדבר צריך להיעשות על-ידי הוספת סייג לסעיף 6(א) לחוק המשכון, ולפיו מוכר נכס או ממזן הרכישה שרשמו את זכותם יהיו עדיפים על נושה מובטח קודם של החייב. הדרך החליפית שנקט בית המשפט בפרשת מקפל להגנה על זכויותיו של המוכר אינה

63 אנו מתעלמים לצורך הדיון מהמשפט האנגלי, שהלכות המכר המותנה בו הן פרי התפתחות היסטורית ללא בסיס הגיוני איתן. ראה גוד וגואר (לעיל, הערה 38) בעמ' 303—304.

64 ראה ויסמן (לעיל, הערה 17) עמ' 62.

65 E. E. Mooney, "Old Contract Principles and Karl's New Kode — An Essay: on the Jurisprudence of our New Commercial Law, 11 Villanova L. Rev. (1966) 213, 242, לפיו הרעיון היסודי של דיני המשכון בקוד הוא החלפת הבטוחות המיוסדות על title באלה המיוסדות על רישום.

66 P. L. Murray, "Priority Problems in Recievables Financing: The German: Experience and UCC Compared", 11 Boston College Industrial and Commercial L. Rev. (1970) 355, 356—366.

רצויה, היות שהיא תותרת תחת אשיות שיטת הרישום שהונהגה בחוק המשכון. הצעתנו עדיפה על הסכם של מכר מותנה מסיבה נוספת. סעיף שמירת בעלות לא יעמד למוכר אם הקונה מישכן את הממכר לאחר, בתנאי תקנת השוק שבסעיף 5 לחוק המשכון<sup>67</sup>, ומנגד, רישום זכותו של המוכר כנושה, ימנע את החולתה של תקנת השוק לטובת כל נושה אחר<sup>68</sup>.

#### ד. מכר מותנה במישור העסקי

בדיונו עד כה התעלמנו למעשה מן הבעיות המיוחדות המתעוררות במכר מותנה במישור העסקי. צרכן רוכש נכס לשימושו האישי ואילו קמעונאי קונה מוצר על מנת למכרו לאחר, והוא מעוניין שהקונה ירכוש את הנכס נקי מזכויות כלשהן של צד שלישי. גם הספק רוצה שהקמעונאי ימכור את הנכס כדי שיהיה לו כסף לפרוע את חובו, יחד עם זאת הוא מעוניין שזכותו תעבור מן הנכס אל הפדיון מן המכירה, והשאלה היא, אם סעיף שמירת הבעלות עשוי להשיג מטרה זו. הצדדים בפרשת מקפל חשו בבעיות המיוחדות של הסוגיה. מפרק החברה טען שאין כל משמעות לסעיף שמירת הבעלות היות שהמוכרת ידעה ש"מקסל" מתכוונת למכור את הסחורה, "ומה בצע בעיכוב הבעלות שאינו מועיל בסחורה העוברת לסוחר ז"<sup>69</sup>. על טיעון זה ענה השופט ח' כהן כדלקמן:

"ואולם גם אם תניית העיכוב אינה מועילה באותן סחורות שכבר נמכרו לקונים, עדיין היא תופסת בסחורות שטרם נמכרו — והעובדות שבפרשה הנוכחית יוכיחו; ויצרן המוכר תוצרתו לקמעונאי באשראי עשוי באופן סביר להניח שפדיון תוצרתו שלו ישמש בידי הקמעונאי קודם כל לסילוק חובו או להפחתתו (אם כי הנחה סבירה זו לא תועיל לו ולא כלום בהליכי פשיטת רגל)"<sup>70</sup>.

בית המשפט סבר אפוא, שסעיף עיכוב הבעלות לא יועיל אם הקמעונאי מכר את הנכס בתנאי תקנת השוק. הבעלות עוברת לקונה, ואילו זכותו של המוכר אינה עוברת לפדיון מן המכירה.

מעניין לציין, שבמשפט הגרמני זכותו של המוכר, בהסכם מכר מותנה, עוברת במקרה של מכירה נוספת אל הפדיון מן המכירה. תיאוריה זו ידועה במשפט הגרמני

67 ראה פסק הדין בעניין דנקנר (לעיל, הערה 15). ראה עוד: "י" בהט, "כוחם של סעיפי 'שימור בעלות' למוכרים כנגד שעבודים קבועים ושוטפים", הרבעון לבנקאות, כ (תשמ"א) 97, 103-107.

68 פסק הדין בעניין גרבורג קבע, שבעל שעבוד צף אינו יכול ליהנות מתקנת השוק שבחוק המשכון. נראה, שגם שעבוד נכסים עתידיים מכוח חוק המשכון לא יוכל ליהנות מחסות ההגנה, החלה רק אם נכסים "מושכנו כשהיו בהחזקתו של הממשכן".

69 ראה ויסמן (לעיל, הערה 17) בעמ' 154-155.

70 עמ' 61 של פסק הדין.

71 ש.פ.

בשם "verlangerte Eigentumsvorbehalt" (ובתרגום לאנגלית: "extended reservation of ownership"). באנגליה תפסה סוגיה זו מקום מרכזי בשנים האחרונות בתחום המשפט המסחרי. בתי המשפט הרחיבו את ההלכות הקודמות והשיגו תוצאה דומה לדין הגרמני בעזרת דיני הנאמנות, בכך שראו את הקמעונאי כמחזיק במעות בנאמנות עבור המוכר<sup>72</sup>, תיאוריה זו זכתה לביקורת בנימוק שהחלת עדיפותו של המוכר גם על הפדיון מן המכירה היא מישכון גמור, היכול להיעשות במסגרת דיני המשכון בלבד<sup>73</sup>.

כפי שהדגשנו במבוא, בפסק הדין בעניין מקפל נדונה עדיפותה של המוכרת רק לגבי חלק הסחורה שנותר בידי "מקסל". ייתכן שניתן היה להעביר את עדיפות המוכרת גם על פירות המכירה מכוח סעיף 34 ב' לחוק המכר<sup>74</sup>. ברם, בעקבות פסק הדין בחרנו גם אנו שלא להרחיב בסוגיה זו, אלא לעמוד על הבעיות בלבד.

#### ה. סיכום

הערת פסיקה זו יחדיה לפרשת מקפל, שבה התמודדו מוכר שהתנה על עיכוב הבעלות בנכס שבדיו והמפרק של החברה הקונה. ברם, הרחבנו את היריעה היות שסברנו שאין אפשרות לדון במהותו של המכר המותנה בלי להתייחס למכלול הרחב יותר של העימות בין מוכר ובין גושיו האחרים של הקונה. לדעתנו, שיקולים כבדי משקל מחייבים להעדיף את המוכר על האחרים, והמכר המותנה — בצד דרכים נוספות — עשוי להשיג תוצאה זו.

השאלה העיקרית שהיתה צריכה לעלות בפסק הדין, ולא עלתה, היא מהותו של התנאי בדבר עיכוב הבעלות. ראינו, ששתי הוראות חוק עשויות לחול על המכר המותנה. מחד גיסא, אפשר לראות את התנאי כחלק מעסקת המכר, כאשר חוק המכר מאפשר לצדדים לקבוע כרצונם את מועד הבעלות. מאידך גיסא, לפי סעיף 2(ב) לחוק המשכון יש לבדוק את המשמעות הכלכלית של העסקה, ובדיקה זו מעלה שהמוכר הוא למעשה נושה ולא בעליו של הנכס.

72 ראה: מורי (לעיל, הערה 66) בעמ' 363. ראה עוד: J. P. Dawson, "Unconscionable coercion: The German Version", 89 *Harvard L. Rev.* (1976) 1041, 1079—1086  
73 ראה פסק הדין: 2 *Aluminium Industrie Vassen BV v. Romalpa Aluminium Ltd.*, All. E. R. (1976) 552.  
"פירות" שקיבל הקונה מן המכירה. סלל למעשה דרך למישכון ספציפי במלאי של סוחר.  
ראה: W. J. Gough, *Company Charges* (London, 1978) 185—186.  
74 המשפט האמריקני, הרואה במכר מותנה משכון גרידא, פתר את הבעיה בעזרת התיאוריה הידועה בשם "floating lien". הדין בכך חורג ממסגרת הרשימה.  
75 ראה: W. Goodhart & G. Jones, "The Infiltration of Equitable Doctrines into English Commercial Law", 43 *Modern L. Rev.* (1980) 489, 508—510  
הסעיף קובע כדלהלן:

76 "שעבוד, עיקול וזכות אחרת בנכס המשמשים ערובה לחיוב כספי, ולפי סעיף 34 או 34 א' אין להיזקק להם נגד הקונה, יחולו על הפדיון מן המכירה".  
ייתכן שבית המשפט היה נאמן לשיטתו, שזכות המוכר בנכס אינה "משמשת ערובה לחיוב כספי", אלא שהוא עדיין בעליו של הנכס.

הנושא חושף אי התאמה בין הוקי המשכון והמכר כאשר חסרה הוראת קישור כזו הקיימת בקוד האמריקני. אפשר להסתכל על הבעיה מזווית ראייה שונה. המחוקק, בחוק המכר, ראה לנגד עיניו עסקה של מכר במוזמן<sup>77</sup>, התופסת מקום שולי בלבד בעולם המסחר, ואין בו כל התייחסות לעסקות אשראי ובכללן למכר המותנה. מצב זה חושף גם את הליקויים של שיטת החקיקה בשלבים שבמשפט המקומי. מקורו של סעיף 2(ב) לחוק המשכון הוא במשפט האמריקני, ומגמתו היא להקיף כל עסקה שכוונתה שעבוד, ולהחיל עליה את חוק המשכון. לעומת זאת, חוק המכר נוסד על אדני חוק המכר הבינלאומי וזה הושפע בעיקר מן המשפט הגרמני והסקנדינבי<sup>78</sup>. ואכן, בשיטות משפט אלה יש לתנאי בדבר עיכוב הבעלות תוקף מלא בפשיטת רגל. גישות היסוד של המשפט האמריקני והמשפט הגרמני בדיני הבטוחות שונות זו מזו ואימוץ הוראות משתיהן גם יחד גרם קשיים אצלנו.

הפתרון צריך לבוא בדרך של התערבות המחוקק. על המחוקק לאמץ הוראה מפורשת שתקנה עדיפות למוכר נכס או לנושה שמימן את רכישתו, שרשמו את זכותם, על-פני נושים אחרים. דרך זו תפתור את שאלת מעמדו של מוכר שלא נפרע, ותשתלב עם גישות היסוד של המחוקק בסוגיית השעבודים, כפי שבאו לידי ביטוי בסעיפים 2(ב) ו-4 לחוק המשכון.

77 השוה: G. Gilmore, "On the Difficulties of Codifying Commercial Law", 57 *Yale L. J.* (1948) 1341, 1347—1348.  
78 ראה צלטנר (לעיל, הערה 12) בעמ' 9.