

דיני תחרות בפרק הנכסים בקודקס המוצע בידי ממונות האם לא ניתן להעז יותר?

יחיאל בהט*

- א. מבוא
- ב. תחרות זכויות במצבי חדלות פירעון וההתעלמות משאלת ההצדקה לתוצאותיה
1. משכון קבוע של מכלול נכסי אדם פרטי ונכסי חברה
 2. ההצעה תביא לשינוי סדר הנשייה בפירוק
 3. לא נבדקה ההצדקה להרחבת עדיפות הנושה המובטח
 4. הערות מסכמות: עיצוב הדין בעניין עדיפות המשכון
- ג. מכר מותנה, מכר מותלה, ליסינג, קונסיגנציה, מכר חוזר – האם בוטלה ההלכה בעניין קולומבו?
- ד. דיני תחרות על רקע הפער בין מרשם המקרקעין לבין המציאות
1. היעדר טיפול בבעיות המוסדיות היוצרות פער בין מרשם המקרקעין לבין המציאות
 2. קשיי ההתמודדות בחקיקה עקב הפער, דילוגים בפסיקה, אי־ודאות ושאלות פתוחות
 3. התמודדות הקודקס עם בעיית הפיגור במרשם והתאונות המשפטיות בעקבותיו
 4. משכון שביושר
 5. הערות מסכמות לעיצוב דיני תחרות לגבי מקרקעין בקודקס
- ה. סיכום

א. מבוא

הקודקס המוצע בידי ממונות¹ נועד להגשים כמה תכליות, ובהן שיפור הוודאות המשפטית באמצעות הבטחת קוהרנטיות; התאמת הדין למגמות התפתחות מודרניות; ביסוס תורת משפט כללית; "עיצובי" ההסדר החקיקתי ורביזיה כללית. מאמר זה ינסה לבחון את עומק התרומה של הקודקס בתחום דיני הקניין, וליתר דיוק את תרומת חלק "הנכסים" בקודקס. בחינת ההוראות המוצעות בקודקס בתחום זה מעלה שנעשה כאן טיפול מקיף המותאם להתפתחויות הפסיקה. במאמר זה לא

* דוקטור, מרצה בכיר, מכללת שערי משפט. המחבר מודה למערכת מאזני משפט ולבודק אלמוני מטעמה על הערותיהם החשובות.

1 הצעת תזכיר חוק דיני ממונות, התשס"ד–2004 (להלן: הקודקס), בסעיף 1.

אעסוק בכל הפרטים. אנסה להצביע דווקא על "חצי הכוס הריקה". אטען שלפחות בתחום דיני הקניין, בולטת ההימנעות מלבחון מחדש בצורה יסודית מוסדות משפטיים קיימים, מלבד ההתאמה להתפתחות הפסיקה.²

המאמר יתמקד בדיני התחרות³ במובן הרחב ביותר שלהם ויעסוק לא רק בעסקות נוגדות, קניינים נוגדים ומצבים של נאמנות וזכויות שביושר, אלא גם בתחרות בין רוכשים שונים ובין נושים אחרים בעת חדלות פירעון, לרבות בין רוכשים ונושים רגילים ובין בעלי משכון. המשותף לכל המקרים האלה הוא התחרות בין צדדים שונים, שנקלעו למצב בעייתי של "תאונה משפטית" או "תאונה כלכלית" משותפת: התקשרויות סותרות מצדו של צד מקשר; גנבה של צד מקשר מאחד הצדדים שהתקשרו עמו והעברת הנכס הגנוב לאחר; העברת נכסים וזכויות תוך מעילה באמון שנתן בו נהנה; תרמית או הטעיה שעשה כלפי מי מהם המביאה לידי טענה של המרומה להשבת נכס שבינתיים עבר לאחר מביניהם; היאבקות של רוכשים ונושים על שארית נכסיו של פושט רגל, הצד המקשר, שהתאונה הכלכלית שלו הפכה לזירת התמודדות ביניהם.

במקרים אלה ההתמודדות עם הצד המקשר, שגרם למפגש הבעייתי בין צדדים, שהיו זרים קודם לכן, אינה עניינה של התחרות (מכל מקום, אינה עניינה המרכזי). הצדדים המתחרים נאבקים על הנכסים, הזכויות, עצמם, ועל עדיפות זכויותיהם לעומת זכויות המתחרים האחרים. הצד המקשר אינו רלוונטי לתחרות הזו, מאחר שהבעלות בזכויות אינה אמורה להיות שלו, והתחרות היא בין הטוענים השונים לבעלות (או לתורתה, במקרה של פשיטת רגל). ברוב המקרים גם מבחינה מעשית לא תועיל התמודדות משפטית אתו, אפילו היא אפשרית, וזאת מאחר שלעתים הוא נעלם, ואולי אינו בר פירעון. מכל מקום, התמודדות זאת אינה רלוונטית להכרעה החשובה, מיהו בעל הזכויות בנכס. הכרעה זו ממקמת את הסוגיה כענף בתחום הרחב של דיני הקניין, העוסק בזכויות בנכסים, בהגנה עליהן וגם באבדן הזכויות ובחלוקתן.⁴

קרבתם של מקרי התחרות הללו לדיני הקניין גורמת לעתים קרובות לקביעות חדות, בינאריות ("הכול או לא כלום") של זכויות, למתחרה האחד או האחר. במאמר קודם⁵ הצעתי לרכך את "דין הקניין" בהליך יישוב ה"תאונה המשותפת",

2 צריך להיזהר מהכללות. בעניינים נקודתיים שונים בהחלט ניכרים העזה ושינוי בבחינת המוסכמות. ראו לדוגמה את טיפול ההצעה (בסעיף 670) במוסד העיכבון, ובייחוד את ביטולה של זכות העיכבון שמקורה בהסכם, ואת הפנייה בעניין זה להסדרי פרק המשכון. ראו גם את הניסיון המיוחד לטפל ברישיון במקרקעין לא כזכות קניין אלא כמעין זכות שביושר המוגנת באמצעות סעיף 9 לחוק המקרקעין (סעיף 312 המוצע בקודקס).

3 לביטוי זה ול"דין תחרויות מאוחד" ראו חנוך דגן "דיני קניין: דיני נטילה שלטונית ודיני תחרות – לקראת שיח קנייני חדש" ספר השנה של המשפט בישראל, תשנ"ו (אריאל רוזן צבי עורך, תשנ"ו) 673, 717 ואילך.

4 להדגמות ולדיון במאפיינים של מצבים כאלה, ראו יחיאל בהט "גבולות החלוקה הבינארית בדיני תחרות" ספר שמגר – מאמרים ג (תל-אביב, תשס"ג) 459, 459–465.

5 שם.

שקרתה לצדדים, באמצעות הסתמכות רבה יותר על כללי אחריות, שאינם נוקשים ככללי הקניין.⁶ כן הצעתי לצמצם את השימוש בפתרונות בינאריים בדיני התחרות. הצעתי פתרונות המסתייגים מהתוצאה האופיינית לדיני הקניין – תוצאה של "הכול או לא כלום", שבה אחד המתחרים מאבד את עולמו בשעה אחת. לא אחזור כאן על פירוט ההצעות.

אחת המסקנות העקרוניות, שהצעתי שם, הייתה שרוב מקרי התחרות הבעייתיים עוסקים במצבים של "תאונות" או מחסור. באותם מקרים מוצדק לפרוץ את החומה האוטונומית של הקניין. במקרים מיוחדים אלה אין די כלים צודקים ויעילים בדיני הקניין המסורתיים עצמם לפתרון הבעיות. הזעזוע שגרמה התאונה לא יפתר בכלים המוחלטים וה"שרירותיים" שבבסיסם ההיסטורי של דיני הקניין, אלא יש צורך בכלים עדינים יותר. אלו יכולים להימצא לעתים בדינים של השתק, תום לב, או בכלים של דיני תאונות או ניתוחי צדק, סבירות ויעילות.

נעסוק במאמר זה בעניינים אלה, המהווים חלק ניכר מדיני הקניין. לא נעסוק בהגנה המלאה על בעל הקניין, האופיינית לדין הקניין, אלא בהתמודדות עדינה יותר על הזכאות לקניין או על הזכאות לתמורת הנכסים. בעסקות נוגדות, למשל, יש צורך לקבוע מיהו בעל הקניין מבין המתמודדים, ולעתים לא דבק באיש מהם אשם כלשהו ולכאורה הם אף לא פגעו בקניינו של האחר ולא פלשו אליו. במקרה של פשיטת רגל של מי שהיה לכאורה בעל הקניין, מתעורר הצורך לקבוע אם כלל הנושים יוכלו להיפרע מן הנכס, אם הנושים יחלקו ביניהם את תמורת הנכס, או שמא תישמר עדיפות מלאה לאחד מהם, נושה מובטח ואולי רוכש, או אף תישמר בעלות מלאה למוכר הנכס לפושט הרגל, אם היתנה המוכר על שימור בעלותו בנכס עד סילוק מלא תמורתו.

מתן עדיפות מלאה והכרה בזכויות העקיבה הבלעדיות של אחד הצדדים כאן נגזרות לכאורה מהיות התחום "קנייני". טענתי הייתה, כי התוצאה לא בהכרח חייבת להיות מובהקת וחותכת כמו במישור ההגנה הקלאסית על הקניין. גם דיני הקניין עצמם נהפכו "יחסיים" ומתונים יותר, ואינם חסינים מפני עמידה בדרישות של נורמות תום הלב⁷ ואפילו הסבירות,⁸ אף שהחלה של הנורמות היא שונה, כמתחייב מההקשר. בתחום דיני התחרות החלה עשויה להיות עמוקה יותר.

במאמר הנוכחי אנסה לבדוק את מידת הפתיחות של הקודקס לשינוי דיני התחרות במתווה האמור. בתוך כך יעלה גם הצורך להתאים את דיני הקניין, ובייחוד את דיני התחרות, לתחומים משיקים: לדיני חדלות-הפירעון, למשל, או לדיני התאגידים,

6 Guido Calabresi & A. Douglas Melamed "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral" 85 *Harv. L. Rev.* (1972) 1089, 1106–1107

7 ראו, למשל, ע"א 810/82 זול בו בע"מ נ' זיידה, פ"ד לז(4) 737; רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199.

8 רע"א 7112/93 צודלר נ' יוסף, פ"ד מח(5) 550.

לדינים מנהליים, לדיני מסים ולתחומים אחרים. תחומים משיקים אלה קובעים במידה רבה את המשך הפער בין מרשם המקרקעין לבין המציאות, דבר המגביר את התאונות המשפטיות בשל אי-ודאות היוצרת כר מחיה לעסקות נוגדות רבות ואף מביאה לידי אבדן הקניין.

ניתן להמחיש את היעדר הפתרונות המקיפים בקודקס באמצעות הדוגמה של הליכי פשיטת רגל ופירוק. אראה כיצד התחמקו מנסחי הקודקס המוצע מלהתוות את גבולותיו הברורים באותם מקרים שבהם המפגש של דיני הקניין עם דיני חדלות הפירעון הוא עצם העניין. למעשה הוא עומד בבסיס היקף ההגנה הקניינית. הוא הדין בעניין "הזכויות שביושר תוצרת הארץ". מה הטעם לקבוע כללים להכרעה בתחרות בנוגע לזכויות אלה, אם לא קובעים את גורלן בהקשר המובהק שבו נבחנים דיני הקניין – שאלת עמידותן ועדיפותן בהליכי פשיטת רגל ופירוק? אכן, לדידם של שופטים ומלומדים אחדים, השאלה כלל אינה מתעוררת. לגרסתם, משהוכרה הזכות שביושר על ידי בית המשפט העליון,⁹ והועדף הרוכש על פני המעקל, הרי מאליה נקבעת גם עדיפותו של הרוכש על פני כלל הנושים בהליכי פשיטת רגל או פירוק.¹⁰ אני סבור כי דעה זאת מתעלמת בין השאר מכך, שלא מדובר בהכרעה קניינית קלאסית, אלא בהכרעה בין בעלי זכויות מתחרות. חסר כאן דיון ערכי בהתנגשות בין זכויות רוכש לבין זכויות כלל הנושים בהליך פשיטת רגל ובתוצאותיו. משנמנע הקודקס מלדון בעניין זה, בשל השתייכותו לתחום דיני חדלות הפירעון, לוקה הקודקס בהיעדר הכרעה בתחום מרכזי של דיני הקניין – המפגש ביניהם לבין

9 ראו, למשל, ע"א 189/95 בנק אוצר החייל נ' אהרונב, פ"ד נג(4) 199 (להלן: עניין בנק אוצר החייל), שביטל את ר"ע 178/70 בוקר נ' חברה אנגלו ישראלית לניהול ואחריות בע"מ, פ"ד כה(2) 121 (להלן: עניין בוקר).

10 ראו שלמה לויך ואשר גרוניס פשיטת רגל (מהדורה שנייה, ירושלים, תשס"א) 369–371. לדעתם, "נראה הדבר שההכרה המחודשת בזכויות שביושר צריכה להביא להכרה בעדיפותו של הקונה בתחרות עם הנאמן לנכסי המוכר. כפי שראינו, אין לנאמן אלא מה שהיה לחייב. משנתרה לחייב בעלות ערטילאית, נראה שזו בלבד תוקנה לנאמן ועל כן המקרקעין לא יהוו למעשה חלק מנכסי החייב". בפש"ר 1011/00 קירת יזום פרויקטים בע"מ נ' עו"ד נס, נאמן לביצוע הסדר נושים בדיור לעולה בע"מ (לא פורסם), החיל השופט ד"ר קלינג את ההלכה בעניין בנק אוצר החייל, בלא דיון בשאלת סולבנטיות החברה. בערעור לבית המשפט העליון אושרה החלה זו: ע"א 3911/01 כספי נ' נס, רו"ח ודיור לעולה בע"מ, פ"ד נו(6) 752 (בלא דיון של ממש בנושא זה). השופט שטרסברג-כהן רק הניחה שההלכה בעניין בנק אוצר החייל חלה על פירוק. לדעה מהעת האחרונה בסוגיית אי-ההבחנה לעניין זה בין פשיטת רגל לבין עיקול, ראו חנוך דגן קניין על פרשת דרכים (תל-אביב, תשס"ה) 234–235. לדעות אחרות בסוגיה זו, ראו יחיאל בהט "הזכויות שביושר בישראל: מה צופן העתיד? מקרקעין ד/3 (מאי 2005) 1, 8–14, וראו גם פרק ד(2) להלן; עופר גרוסקופף "סקירת ספרים: פשיטת רגל – אחרי (כמעט) עשרים שנה" המשפט ח (תשס"ג) 695. השוו מיגל דויטש "נפילתה (?) ועלייתה של הזכות שביושר במשפט הישראלי: המשפט בעקבות המציאות" עיוני משפט כד (התש"ס) 313, 340–343; בהט, לעיל הערה 4, בע' 488–504. לסקירת הדעות השונות ולדיון ראו שי שגב פרקים בדיני קניין (חלק ב, רמת-גן, תשס"ב) 234–254.

דיני פשיטת הרגל ומידת עדיפות הזכות הבוודת מבעד לאספקלריה של דינים אלה. במקום אחר עסקתי בשאלה הכללית יותר, עד כמה מהווה מגרש פשיטת הרגל מקום מתאים לשינוי של זכויות קניין המוכרות מחוץ לתחום פשיטת הרגל.¹¹ הוויכוח נובע לרוב מהבחירה בין התמקדות ביעדים של יעילות כלכלית בלבד ומקסום ההחזר לבעלי הזכויות (תוך הפחתת תמריצים שליליים) לבין חלוקה המתחשבת גם בערכים סוציאליים וערכיים.¹² ייתכן שניתן למצוא ריכוך של הדין הכללי, כאשר הוא עובר במסגרת המיוחדת של החלוקה בפשיטת רגל. בתי המשפט מבקשים לעתים להימנע מן התוצאות הקשות של החלוקה הקניינית הבינארית במקרים מסוימים של פשיטת רגל.¹³ ניתן להסתייע ב"אמתלה" שזכות הקניין המיוחדת, שמעצבות ההוראות בעניין עסקות נוגדות, נושאת אופי לא מושלם ועל כן אין צורך לכבד את זכות הרוכש זכות קניין מלאה (לפחות במקרה שבו לא נרשמו משכון או הערת אזהרה לטובתו), וניתן לחזור לנקודת המוצא של שוויון בין הנושים בדיני חדלות הפירעון. במקרה ספציפי זה ניתן לתת משקל רב לציפיות כלל הנושים¹⁴ לחלוקה שוויונית במצב המוגמר של פשיטת רגל ופירוק.

בעיה דומה של היעדר דיון מהותי במוסדות משותפים לדיני הקניין ולדיני חדלות

11 בהט, לעיל הערה 4, בע' 493–498.

12 לגישה הראשונה ראו, למשל: Thomas H. Jackson "Bankruptcy, Non-Bankruptcy Entitlements, and the Creditor's Bargain" 91 *Yale L. J.* (1982) 857; Douglas G. Baird & Thomas H. Jackson "Corporate Reorganizations and the Treatment of Diverse Ownership Interests: A Comment of Adequate Protection of Secured Creditors in Bankruptcy" 51 *U. Chi. L. Rev.* (1984) 97; Douglas G. Baird "A World Without Bankruptcy" 50 *Law & Contemp. Probs* (1987) 173; Douglas G. Baird "Loss Distribution, Forum Shopping, and Bankruptcy: A Replay to Warren" 54 *U. Chi. L. Rev.* (1987) 515; Thomas H. Jackson *The Logic and Limits of Bankruptcy Law* (Harvard Univ. Press, 1986) 20–33 Robert E. Scott "Through Bankruptcy with the Creditors' Bargain Heuristic" 53 *U. Chi. L. Rev.* (1986) 690; Elizabeth Warren "Bankruptcy Policy" 54 *U. Chi. L. Rev.* (1987) 775; Raymond T. Nimmer "Negotiated Bankruptcy Reorganization Plans: Absolute Priority and New Value Contributions" 36 *Emory L. J.* (1987) 1009; Donald R. Korobkin "Rehabilitating Values: A Jurisprudence of Bankruptcy" 91 *Colum. L. Rev.* (1991) 717; Donald R. Korobkin "Value and Rationality in Bankruptcy Decisionmaking" 33 *WM & Marry L. Rev.* (1992) 333 Thomas H. Jackson & Robert E. Scott "On the Nature of Bankruptcy: An Essay on Bankruptcy Sharing and the Creditors' Bargain" 75 *Va. L. Rev.* (1989) 155 של הנושים מעסקותיהם, מודל המביא בחשבון גם תוצאות של חלוקה מחדש, שלעתים יש לצפותה מראש, באמצעות תשלום מס או דמי ביטוח, להבטחת חלוקה שוויונית במקרה של תאונת פשיטת רגל. ראו גם: Mark J. Roe "Commentary on 'On the Nature of Bankruptcy': Bankruptcy, Priority and Economics" 75 *Va. L. Rev.* (1989) 219

13 ראו: Warren, *id.*; Jackson, *id.*; Scott, *id.*; יחיאל בהט "עכבון בזכויות בפקדון הבנקאי – בטוחה לא בטוחה" שערי משפט ב (תשנ"ט) 17, 23–25.

14 וייטען במאמר: לרבות הרוכשים שלא הושלמה רכישתם, ואולי גם המוכרים שלא דאגו לרישום משכון.

הפירעון מתעוררת בהקשר הכללי יותר של פרק המשכון בקודקס, והיא תידון בפרק ב להלן. חבל מאוד שתוחמץ ההזדמנות לדון בשאלת ההצדקה לתת עדיפות מלאה למשכון. ייתכן שיש להבדיל בין עדיפות בעל המשכון כלפי מעקלים ובין מידת עדיפותו כלפי כלל הנושים בפשיטת רגל ובפירוק, שיש להניח שלרוב לא יקבלו דבר בהליך בשל עדיפותו המלאה של בעל המשכון. לפנינו שוב הכרעה קניינית בינארית טיפוסית, המותירה את הכול לאחד המתחרים, ולכל היתר – לא כלום. לא זו בלבד, אלא שבלי דיון בשאלה החשובה של מידת ההצדקה לעדיפות המלאה של בעל המשכון, מתיימרים מציעי הקודקס אף להגביר עוד את עדיפותו. בפרק ב נדון בתוצאה זאת. אראה שם, כי גם כשהעזו המציעים להציע להסדיר תחומים סמוכים, כגון בתחום שעבודי החברות, לא התקדם הקודקס בנושאים המשותפים, ובייחוד לא נעצרו המציעים לחשוב על שאלות בסיסיות. לדוגמה, הם הציעו (בינתיים בטיטה לדברי ההסבר בלבד) שעבוד קבוע על מכלול נכסים משתנה (במקום השעבוד הצף בדיני החברות) – ואף הרחיבו אותו באופן שיחול גם על ממשכן שהוא אדם פרטי (שאינו יכול כיום למשכן מכלול נכסים משתנה). בעשותם כך, חיזקו למעשה את עדיפות הנושים המובטחים לעומת הנושים הכלליים. התוצאה העיקרית היא למעשה חיזוק הנושה המובטח במצבים של חדלות פירעון של הממשכן. האם ניתן להציע שינוי כזה בלי לבחון את שאלת ההצדקה לתת עדיפות מלאה לנושים המובטחים? לא ניתן כאן להפריד הפרדה מלאכותית, ולהסתפק בתשובה הפורמלית, כי דיני פשיטת הרגל ייבחנו כחלק מקודקס מסחרי מתוכנן. הדברים משולבים בדיני הקניין, ואין טעם לדון במשכון בלי לבחון את השלכתו על התחרות בין הנושים בפשיטת רגל ובפירוק.

במאמר זה נסקור בקצרה בעיות דומות הנגזרות מאותו מפגש בין דיני הקניין ובין דיני חדלות הפירעון. נשאל אם יש להכיר, למשל, בעדיפות "משכון שביושר" (פרק 4 להלן). נבחן גם את השפעתם של מכר מותנה, מכר מותלה, מכר חוזר, ליסינג וקונסיגנציה על יתר המתחרים בפשיטת רגל ובפירוק. פרק ג יעסוק בשאלה אם בוטלה ההלכה הנודעת בעניין ע"א 455/89 קולומבו, מאכל ומשקה בע"מ נ' בנק למסחר בע"מ.¹⁵

כאמור, גישתי שלי במקרים אלה תומכת בהגמשת הנוקשות הדוקטרינרית, שבה נקודת המוצא מדגישה תמיד את עדיפות הזכות הנחזית לחזקה יותר. מכל מקום, תהא הגישה אשר תהיה, קודקס חדש המסדיר את דיני הנכסים מוטב שלא יצמצם בד' אמותיו, ושלא ישאיר דברים בסיסיים לפיתוח בדיני חדלות הפירעון. הרביזיה בדינים אלה מבוששת לבוא כבר שנים רבות מאוד. אין להחמיץ את שעת הכושר לבחון את מידת העמידות המעשית של הזכויות המתחרות גם במקרים של פשיטת רגל ופירוק. דווקא אלה הם המקרים המובהקים שבהם נבחנת זכות הקניין. אלה גם

15 פ"ד מ"ה(5) 490 (להלן: עניין קולומבו).

המקרים הקשים יותר. הקודקס אינו ממלא תפקידו בעניין זה. אנו נישאר חשופים גם אחריו לאי־ודאות ולפתרונות של טלאי על טלאי, ששוב תצטרך הפסיקה לספק. הפסיקה, המטפלת במקרים המגיעים להכרעה, אינה המקום הטבעי לבחינה כוללת של הסוגיה. בשנים האחרונות גם ראינו נטייה גוברת והולכת של הפסיקה, מצערת לטעמי, להימנע מלעשות את עבודתו של המחוקק במקרים קרובים.¹⁶

הבעיות שיועלו להלן מתעוררות בסוגיות שעניינן תחומים המשותפים לדיני הקניין ולדינים אחרים כגון דיני חדלות הפירעון, דיני תאגידים והסדרים מנהליים המשולבים בדיני הקניין. הסוגיות המושפעות מתחומי המפגש לא יפתרו באופן משביע רצון באמצעות טיפול בממד אחד בלבד. בפרק ד להלן נזכיר את הבעיה הרצינית של הפער בין רישום המקרקעין לבין המציאות. פער זה מפרנס שנים רבות את הפסיקה בדיני התחרות. על הפסיקה בשנים האחרונות עברו תהפוכות וגלגולים.¹⁷ על אף התייחסות המציעים לבעיות התחרות, דומה שגם אם יחוקק הקודקס, יישארו פתוחות שאלות רבות וחשובות; לא תפחת במידה רבה אי־הוודאות, ויהיה מקום לשקול גם שינויים בגישה הבסיסית. במידה רבה, נובע הדבר מהיעדר פתרונות תשתית יסודיים יותר, כמו, למשל, טיפול בבעיות הקשורות למינהל מקרקעי ישראל, זירוז הרישום של זכויות במקרקעין ובמיוחד בשיכונים ציבוריים וכדומה. כל עוד לא מתקנים את התשתית הקיימת (וחלק ממנה אציע לתקן בהודמנות זו של שינוי החקיקה), ייתכן שיש להכיר בכך שלא מדובר בעצם בסביבה קניינית נוקשה, ועל כן יש לרכך את תוצאות התחרות.

גם כאן יש מקום לשקול את מיתון הפתרונות הבינאריים. כשלא ניתן, למשל, לרשום הערת אזהרה, וכששני הרוכשים לא התרשלו, אציע לשקול חלוקה של הסיכון ביניהם (באמצעות שיתוף בנכס או בתמורתו, תשלומי איזון וכדומה). הדבר ימנע את התוצאה הקניינית הנוקשה של "הכול או לא כלום". ברוח דברים אלה, בשאלת עדיפות המשכון, אציע בפרק ד4 התייחסות שונה לבעל "משכון שביושר", שלא טרח כלל לרשום משכון. במאמר מוסגר אציין כי רישום משכון על זכויות חוזיות לקבלת נכס הוא פשוט ונטול הבעיות שפורטו לעיל בעניין השלמת רישום המקרקעין. באופן דומה, אציע בפרק ג למנוע את התוצאה של "הכול או לא כלום" כאשר בפשיטת רגל של רוכש, יימצא המוכר מועדף מכלל הנושים וזכאי להשלמת מחיר הממכר, אף שלא דאג לפומביות מתאימה של ההתניה שמכוחה הוא מתיימר לשמר את בעלותו עד לסילוק המחיר. התייחסות שונה תידרש גם כשיסכל הנושה הבראה של חברה,

16 ע"א 4548/91 משקי עמק הירדן אגודה מרכזית שיתופית בע"מ נ' הספקה חברה מרכזית לחקלאים בע"מ (כפירוק), פ"ד נג(4) 8. לביקורת על הפרשנות הצרה שניתנה שם בשל החשש לפריצת הגבולות בלי התערבות המחוקק, ראו בהט, לעיל הערה 4, בע' 524–525. פרשנות "נמנעת" דומה ניתנה על ידי בית המשפט העליון גם בשאלות אחרות העשויות להשפיע על היעדר שוויון הנושים: ראו ע"א 1689/03 כרטיסי אשראי לישראל בע"מ נ' כונס הנכסים הרשמי, תק-על 2004 (3) 184.

17 ראו, למשל, עניין בנק אוצר החייל, לעיל הערה 9; ע"א 2643/97 גנז נ' בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ, פ"ד נז(2) 385 (להלן: עניין גנז).

מאחר שידרוש להחזיר לו ציוד ומלאי הכפופים לשימור בעלות כזה או לעסקת ליסינג המחליפה למעשה מכירה ושעבוד.

ב. תחרות זכויות במצבי חדלות פירעון וההתעלמות משאלת ההצדקה לתוצאותיה

1. משכון קבוע של מכלול נכסי אדם פרטי ונכסי חברה

דוגמה לקוצר היד של הקודקס נמצאת בטיוטת פרק המשכון. פרק המשכון לא נכלל בנוסח המוצע אלא בדברי ההסבר בלבד, מאחר ששלב החקיקה שלו עדיין טרומי. אני קורא לוועדת הקודיפיקציה, לכשתשלים את הדיון בפרק זה, שלא להחמיץ את ההזדמנות לבחינה עקרונית יותר של הסוגיה.

לכאורה, דווקא כאן המציעים מבינים, כי הם אינם יכולים לבודד את תחום המשכון מתחומים סמוכים. בדברי ההסבר הכלליים נכתב: "גיבוש ההצעה ידרוש שינויים גם בסוגיות קשורות אך חיצוניות לחוק זה כמו שעבודים לגבי תאגידים וסדרי רישום של תאגידים". בהמשך דברי ההסבר הועלתה הצעה לשנות את סדר הנשייה בהליך פירוק, אולם לא נבדקו ההצדקות למתן עדיפות מלאה לנושה המובטח, אף שהקודקס מרחיב, כפי שנראה, את היקף העדיפות הקיים.

כבר ראינו כי דיני תחרות הזכויות אמורים לכלול למעשה גם סוג נוסף של תחרות זכויות, תחרות בין רוכשים לבין נושים בפשיטת רגל ובפירוק, ובדומה, תחרות בין נושים מסוגים שונים. בפרקים 2 ו-3 אראה כי לא הובהרה כראוי, לא בפסיקה ולא בקודקס, שאלת התחרות בין רוכשים לבין נושים במצב של חדלות פירעון. עתה אראה, כי קשה להציע פרק משכון חדש, בלי לתת את הדעת על דברים יסודיים בעניין עדיפות בעל המשכון לעומת נושים אחרים במצב כזה.

אכן, הקודקס (ופרק המשכון כטיוטה ראשונית) אינו נמנע מלטפל בתחומים סמוכים. מסתמן ניסיון להרחיב את תחולת הוראות חוק המשכון, תשכ"ז–1967 (להלן: חוק המשכון), ובעיות רבות שהתעוררו בעבר בשעבודי חברה, והוסדרו בפקודת החברות [נוסח חדש], תשמ"ג–1983 (להלן: פקודת החברות), המפגרת בהוראותיה אחר חוק המשכון, יטופלו לפי הקודקס על פי עקרונות חוק המשכון.¹⁸ הקודקס המוצע מבקש, למשל, לתקן את הבדלי החקיקה כיום בעניין שכלול משכון. דרכי מתן הפומביות בפקודת החברות שונות במידה רבה מהדרכים למתן פומביות בחוק המשכון. השוני הבולט הקיים כיום, בלא הצדקה עניינית, נוגע למועד היכנסו לתוקף של המשכון כלפי נושים אחרים. סעיף 4(3) לחוק המשכון קובע, בצורה הגיונית, כי המשכון תקף מעת יצירת הפומביות, כלומר "עם רישום המשכון". הפתרון בפקודת

18 ראו יחיאל בהט חברות: החוק החדש והדין (מהדורה שביעית, כרך ראשון, חיפה, תשס"ה) 631–645.

החברות הוא שונה. לפי סעיף 179 לפקודת החברות, יש לרשום שעבוד על נכסי חברה תוך 21 יום. שעבוד שלא נרשם תוך 21 יום יהיה בטל לפי סעיף 178. בית המשפט העליון קבע, כי שלא כבמקרה של יחיד, בחברה רק מועד אחד קובע לכל הצרכים: מועד יצירת השעבוד הוא מועד חתימת ההסכם. גם התוקף הקנייני מתחיל במועד חתימת ההסכם. סעיף 178 דורש מסירה לרשם תוך 21 יום, ואם הפרטים נמסרו בתוך 21 היום, יום ההסכם הוא הקובע ולא מועד המסירה לרישום וגם לא מועד הוצאת תעודת הרישום על ידי הרשם. התוקף הקנייני הוא רטרואקטיבי.¹⁹ בית המשפט אמנם מתח ביקורת על הדין הקיים, והציע להחיל באמצעות חקיקה את הדין שנקבע בחוק המשכון גם על חברות.²⁰ בפקודת החברות יש סיכון לפגיעה בצדדים שהסתמכו על היעדר הרישום. ייתכנו תקלות בשעבודי חברה. נותן אשראי עלול להיות מוטעה מהיעדר רישום. מי שמקבל שעבוד עלול להיות מופתע אם בתוך 21 יום יגלה בדיעבד שגורם נוסף קיבל שעבוד לפניו באותו נכס, והשעבוד האחר נרשם בתוך 21 יום. לצורך זהירות כדאי להימנע ממתן אשראי על סמך השעבוד בתקופת הביניים, ולבדוק שוב אצל הרשם אם לא נרשמו שעבודים קודמים. יתר על כן, אצל הרשם, בפנקס השעבודים, יופיע הרישום באיחור רב (אף שלצורך חישוב חלוף 21 הימים המסירה לרשם היא הקובעת ולא מועד הרישום בפועל). המצב כמובן אינו נוח ואינו יעיל. יש כאן פגיעה מסוימת בכלל הפומביות.

הבדל נוסף (לעומת משכון היחיד) בעניין שכלול השעבוד באמצעות רישום, נוגע לחובת הרישום הכפול של שעבוד מקרקעין. סעיף 179(א)(2) לפקודת החברות מחייב רישום שעבוד מקרקעין אצל רשם החברות תוך 21 יום מיום אישור רשם המקרקעין שהשעבוד נרשם בפנקסי רישום המקרקעין. הבדל אפשרי נוסף בין חוק המשכון ובין פקודת החברות נוגע לשאלה, אם גם בשעבודי חברות, אף שהדבר לא פורש בפקודה, נוצרת פומביות בנסיבות של ידיעה בפועל או שצריך היה לדעת. נראה שיש מקום להחיל את הוראת חוק המשכון בעניין זה גם על חברות.²¹ כאמור, איחוד הטיפול בשעבודי חברות עם הטיפול בשעבודי היחיד לפי הוראות המשכון בפרק המשכון (תוך תיקון העיוותים שנוצרו) הוא רצוי.

19 ע"א 315/89 ביאלוסטוצקי בע"מ נ' נייר גרף (תעשיות) בע"מ (בפירוק), פ"ד מה(1) 698 (להלן: עניין ביאלוסטוצקי).

20 לדעת פרופ' מיגל דויטש, מנימוקים של קוהרנטיות, גישה פרשנית של הרמוניה חקיקתית ועוד, התוצאה של פסק הדין אינה מתחייבת גם מהדין הקיים. ראו מיגל דויטש קניין (כרך א, תל-אביב, תשנ"ז) 155-159. גישה זו לא התקבלה על ידי השופט יוסף גולדברג בבית המשפט העליון ברע"א 1096/97 אבו ג'ובה נ' פימן, פ"ד נג(1) 481, שם נפסקה עדיפות בעל שעבוד בנכס חברה, שנרשם במועד, לאחר שכבר נמכר הנכס (שלא בתנאי תקנת השוק לפי חוק המכר). השופט יוסף גולדברג מזכיר כי בעניין ביאלוסטוצקי, שם, קרא השופט א' גולדברג למחוקק לתקן את פקודת החברות ולהשוות את הוראותיה להוראות חוק המשכון לעניין מועד תוקף הרישום. השופטים האחרים טיפלו בתחרות שנוצרה בכלים אחרים, בנסיבות המקרה, שבו הקונה המאוחר לא היה תם לב, ולכן הועדף המוכר הראשון, שהייתה לו זכות ביטול והשבה.

21 לדיון בהבדלים אלה ואחרים בין שני מעשי החקיקה, ראו בהט, לעיל הערה 18.

להלן אעלה שני נושאים שהקודקס ודברי ההסבר מתייחסים אליהם. מוצע לבטל את מוסד השעבוד הצף בדיני החברות, וכד בכד ליצור משכון קבוע של מכלול נכסי החברה (להבדיל ממשכון קבוע של נכס מסוים).²² כן מוצע להכיר במשכון דומה של מכלול נכסיו של אדם פרטי.²³ מעמדם של משכונות אלה לא יהיה נחות מניה וביה ממעמדו של משכון קבוע (ספציפי) רגיל. עד כאן יש לברך על עצם הנכונות העקרונית לשקול שינויים יסודיים מורכבים כאלה.²⁴

2. ההצעה תביא לשינוי סדר הנשייה בפירוק

השינויים המוצעים (הצודקים כשלעצמם) מעלים שאלות יסודיות לא פשוטות. כפי שקובעים דברי ההסבר, ביטול השעבוד הצף וקביעת משכון כללי מחייבים התמודדות עם מעמדם של חובות בדין קדימה שנקבעו בסעיף 354 לפקודת החברות. לאחר הפיכתו של השעבוד הצף לשעבוד קבוע, ספק אם ייוותרו נכסים לפירעון חובות בדין קדימה. "לפיכך, יש לבדוק במקביל לשינוי המוצע את סדר הנשייה בפירוק".²⁵ אולם בדיקה חשובה זו של סדר הנשייה בפירוק והצדקותיו, שעדיין לא נעשתה, היא מהותית וחשובה לא רק בהקשר המוצע של ביטול השעבוד הצף. ראשית יש לציין, שבלי קשר להפיכת השעבוד הצף לשעבוד כללי קבוע, ההצדקות לזכויות הקדימה, המצמצמות את הנכסים העומדים לפירעון חובות לנושים הרגילים (ולא רק לבעל השעבוד הצף) מוטלות בספק.²⁶ הנה, החקיקה החדשה באנגליה, למשל, לא היססה להיכנס לעומק סוגיית חדלות הפירעון בחוק מסחרי, ולבטל את זכות הקדימה של אוצר המדינה לעומת הנושים הרגילים. במקביל צומצמו זכויות בעלי השעבוד הצף, ונקבעו ששיעורים מסוימים (עשרות אחוזים) מתמורות מימוש הנכסים יועברו לכלל הנושים, כדי שבעלי השעבודים הצפים לא יהיו הנהנים היחידים מביטול זכות הקדימה של המדינה.²⁷

22 סעיף ג(1) למבוא לדברי ההסבר.

23 סעיף 5 להצעה – "נכסים עתידיים", במבוא לדברי ההסבר (חלק חמישי: נכסים, חלק משנה שני: זכויות בנכסים, פרק שלישי: משכון, סימן א, סעיף 5).

24 לצורך במשכון כזה של מכלול נכסים, במיוחד של גופים מסחריים שאינם חברות, ראו ע"א 4648/92 טריומף אינטרנשיונל בע"מ נ' הכונס הרשמי (טרם פורסם) תק"ע 95 (3) 820 (להלן: עניין טריומף אינטרנשיונל בע"מ). ראו התלבטויות בעבר בעניין השלכות הכלכליות והחברתיות של ההצעה על אדם פרטי אצל י' ויסמן "שעבוד נכסי חברה" הפרקליט כב (תשכ"ו) 420. להכרה מן העת האחרונה בשעבוד צף של נכסים עסקיים של אדם פרטי, ראו ע"א (י"ם) 6063/05 מנחם עצמון, עו"ד נ' עזובן המנוח דוד בר לבב ז"ל (טרם פורסם).

25 סעיף ג(1) למבוא לדברי ההסבר.

26 ראו שלום לרנר שעבוד נכסי חברה (תל-אביב, תשנ"ז) 242–243; צפורה כהן פירוק חברות (תש"ס) 604–633.

27 Enterprise Act 2002 (2002 Ch. 40), ss. 251–252. כאן נתקבלה, באיחור מסוים, הצעת ועדת קורק, לחיזוק הנושים הרגילים Report of the Committee on Insolvency Law and Practice — (London, 1982, Cmnd. 8558).

יתרה מזו, מנסחי ההצעה לא העלו שאלה בסיסית עוד יותר. השינוי המוצע מאפשר לשעבד מכלול נכסים בשעבוד קבוע (לרבות מכלול נכסים מתחלפים). האומנם מוצדק לחזק כך את הנושה המובטח לעומת הנושים הכלליים (ולאו דווקא בעלי זכויות קדימה), גם של היחיד וגם של חברה – גם במצבי פשיטת רגל ופירוק? שאלה זאת היא בסיסית ביותר בעיני, ולא נראה ראוי להכניס שינויים חשובים מהסוג האמור, בלי דיון יסודי בה. אכן, פורמלית ניתן לטעון, שדיני חדלות הפירעון הם נושא נפרד, ואינם קשורים במישרין לבטוחות. הם מניחים שהנכסים הממושכנים אינם עומדים לרשות הנושים הכלליים. אולם הבעיה היא בקו התפר שבין הדברים. ייתכן שיש צורך להקטין – ולא להגדיל כמוצע – את חלקו של הנושה המובטח בתחרות עם הנושים הכלליים. אכן, בתזכיר חוק שיקום חברות²⁸ דווקא נטה משרד המשפטים בניסוחיו להקטין את זכויותיו של בעל השעבוד הצף לעומת הנושים הלא-מובטחים.

3. לא נבדקה ההצדקה להרחבת עדיפות הנושה המובטח

כאמור, לא נבחנה בקודקס ההצדקה להצעה לחזק את הנושה המובטח. יתר על כן, גם לא נבחנה ההצדקה העקרונית לתת עדיפות לנושה מובטח, כשלא מדובר במשכונות מסוגים מיוחדים, שנודעת להם תרומה מיוחדת ליעילות והצדקה מיוחדת. תמוה בעיני לעסוק בחוק המשכון, ואף להציע חיזוק של הנושה המובטח – בלי לבחון שאלה זו לעומקה. עסקתי בסוגיית העדיפות המלאה של הנושה המובטח בפשיטת רגל ובפירוק במקום אחר, ולכן אסקור אותה כאן רק בקצרה.²⁹ אציין זאת שנית כשאדון בתחרות בין רוכש לבין נושה, בפרק 2 להלן: עצמת

²⁸ תזכיר חוק החברות (שיקום חברות) תשנ"ב–1995. ראו, למשל, סעיפים 1243–1244, 343, 243. ההצעות לתיקון דיני שיקום החברות לא קודמו בחקיקה (מלבד טיפול מינורי בעניין הקפאת ההליכים ובתקנות), והן נותרו על סדר היום של משרד המשפטים בלא התקדמות, למרות מחאותיו החוזרות ונשנות של בית המשפט העליון.

²⁹ לדיון בהרחבה ראו בהט, לעיל הערה 4, בע' 504–520; יחיאל בהט "תחולתו של עקרון השוויון בדיני שיקום חברות" מאזני משפט ב (תשס"א–תשס"ב) 281, 340–346. וראו המחקרים המצוטטים שם, לרבות סקירות בעברית. לדעות שונות בסוגיה ראו, למשל: Thomas H. Jackson & Anthony T. Kronman "Secured Financing and Priorities among Creditors" 88 *Yale L. J.* (1979) 1143; Saul Levmore "Monitors and Freeriders in Commercial and Corporate Settings" 92 *Yale L. J.* (1982) 49; Alan Schwartz "Priority Contracts and Priority in Bankruptcy" 82 *Cornell L. Rev.* (1997) 1396; Robert E. Scott "The Truth about Secured Financing" 82 *Cornell L. Rev.* (1997) 1436; Lucian A. Bebchuk & Jesse M. Fried "The Uneasy Case for the Priority of Secured Claims in Bankruptcy" 105 *Yale L. J.* (1996) 857; Lucian A. Bebchuk & Jesse M. Fried "The Uneasy Case for the Priority of Secured Claims in Bankruptcy: Further Thoughts and a Reply to Critics" 82 *Cornell L. Rev.* (1997) 1279; Elisabeth Warren "Making Policy with Imperfect Information: The Article 9 Full Priority Debates" 82 *Cornell L. Rev.* (1997) 1373; Alan Schwarz "Taking the .Analysis of Security Seriously" 80 *Va. L. Rev.* (1994) 2073

ההסתמכות של נושה-מעקל, גם על פי הפסיקה בשנים האחרונות, אינה רבה.³⁰ ייתכן שהמצב שונה בפשיטת רגל, פירוק ושיקום. אפשר להצדיק עדיפות של רוכש – לרבות רוכש זכות משכון – לעומת מעקל שאינו מסתמך על רכוש מסוים, אבל בסוף הדרך, בעת פירוק ובהליך פשיטת רגל, מודגשת החלוקה השוויונית כנקודת מוצא. אכן, במשפט הקיים מכובדת גם זכותו הקניינית של הנושה המובטח (אותו רוכש שגם שכלל את זכותו באמצעות מילוי דרישת הפומביות).³¹ מבחינת המשפט הראוי, במבט ראשון נראה לי, כי נקודת המוצא הראויה היא חלוקה שוויונית, ומתן עדיפות רק במקרים מיוחדים. זה מה שרובנו היינו רוצים לראות "מאחורי מסך הבערות" – אם ניקלע לתאונה פיננסית בלי לדעת מראש מי מאתנו יהיה נושה מובטח ומי לא. היינו מעדיפים לנהל גבייה קולקטיבית של חובות ולחלוק את התמורה בשוויוניות. במציאות, הנושה המובטח מקבל כמעט הכול אם דאג מראש לקבל שעבודים טובים. הנושה הרגיל אינו מקבל כמעט כלום, גם נושה בנוזיקין.

ההצדקה הראשונה הניתנת להעדפת הנושים המובטחים: כיבוד זכות הקניין של בעל נכס. אם בעל נכס יכול להעביר את זכותו בנכס באמצעות מכירה – מקל וחומר הוא יכול ליצור משכון. אכן, יכולת ההעברה והפקת התועלת מנכסים היא ממטרות הקניין הפרטי. עם זאת, לתכלית הרצויה של הבטחת שוויון הנושים, המחוקק יכול לצמצם את העדיפות. הצדקה נוספת, דומה, הניתנת לעתים להעדפת הנושים המובטחים היא חופש החוזים, אולם נושים אחרים – גם נושים שלא היו שותפים להסכמה ולעתים אף לא היו מודעים לה – נפגעים מכיבוד הרצון לפי עקרון חופש החוזים ולעתים נפגעים נושים שנהיו כאלה שלא מרצונם, כגון נושי נזיקין.

התופעה של שעבודים רווחת בכל העולם, ובכל זאת היא בעייתית לדעתי. מנקודת הראות של ערך הצדק הביקורת שלי ברורה: נושי נזיקין, למשל, נשארים בלי כלום, ובנקים עשויים להחזיר לעצמם את כל כספם. קיימות בעיות של צדק חלוקתי – בנקים חזקים לעומת נושים חלשים, שאינם מסוגלים להגן על עצמם מפני תוצאות פשיטת הרגל באמצעות העלאת מחיר שירותיהם. הנושים החלשים יתמוטטו גם הם.³² גם מנקודת מבט תועלתית, ההצדקה לעדיפות השעבודים אינה ברורה, ולראיה מאות כותבי

30 ראו, למשל, עניין בנק אוצר החייל, לעיל הערה 9.

31 בפרק 4 להלן נדון ברוכש זכות משכון שזכותו לא הושלמה באמצעות מתן פומביות כנדרש בסעיף 4 לחוק המשכון, תשכ"ז–1967 (להלן: חוק המשכון).

32 לתיאוריות שונות לעניין זה וגם לתשובות עליהן, ראו, למשל: Karen Gross *Failure and Forgiveness: Rebalancing the Bankruptcy System* (New Haven, 1997) Part III; James J. White "Failure and Forgiveness: A Review" 73 *Am. Bankr. L. J.* (1999) 449; Robert M. Lawless "Book Review: Failure and Forgiveness" 15 *Bankr. Dev. J.* (1999) 409; Marjorie I. Girth "Rethinking Fairness in Bankruptcy Proceedings" 73 *Am. Bankr. L. J.* (1999) 449; Karen Gross "On the Merits: A Response to Professors Girth and White" 73 *Am. Bankr. L. J.* (1999) 485; Robert E. Scott "Through Bankruptcy with the Creditors' Bargain Heuristic" 53 *U. Chi. L. Rev.* (1986) 690; Elizabeth Warren "Bankruptcy Policy" 54 *U. Chi. L. Rev.* (1987) 775.

מאמרים המציעים הצעות שונות להסבר, לעתים סותרות. תמצית הטיעונים המקובלים תובא להלן.³³

טיעון ראשון. טענת היעילות הראשונה היא שבאין בטוחה, הריבית תעלה בגלל הסיכון הגבוה, ולחלופין תיפגע זמינות האשראי. נימוק זה אינו משכנע כשהוא לעצמו. השאלה האמיתית היא העלות הכללית של האשראי לחייבים. אם הסיכון של הנושים המובטחים יגדל, אולי צריכה לרדת הריבית שחייבים משלמים לנושים האחרים, עקב ירידת הסיכון שלהם. בלא בדיקה, אין החשש מפני העלאת הריבית על ידי הנושה המובטח גדול מהחשש להעלאת הריבית על ידי הנושים הלא-מובטחים.³⁴ התשובה דומה גם על הטענה בדבר התועלת לכלל הנושים המופקת מהיכולת להשיג אשראי מהנושים המובטחים. אם הנכונות לתת אשראי נובעת מהקטנת הסיכון לנושים המובטחים אזי בלא מתן עדיפות לבנקים הנושים המובטחים, יהיה קל יותר להשיג אשראי לא מובטח, מאחר שבד בבד יורד סיכוננו של הנושה הלא-מובטח. נעשו אפוא ניסיונות למצוא הצדקות יעילות אחרות, ולפיהן המשכונות מפחיתים את העלות הכללית של האשראי לחייב, לתועלת כלל נושיו.

טיעון שני. המשכונות תורמים להקטנת עלויות הפיקוח של כלל הנושים: ההשגחה על החייב שמא יברח נכסים, הפיקוח על מדיניות ההשקעה והמימון שלו. לבנק בעל השעבוד יש כלים לאכוף את הפיקוח ומכאן צומחת התועלת. הנושה המובטח הוא גורם חיצוני שבוחן החלטות מימון של החייב, והשעבוד מקטין את הסיכון באמצעות פיקוח על התנהגות מסוכנת של החייב.³⁵

הניסיון המעשי מראה, כי הבנקים "נרדמים בשמירה" – אולי דווקא בגלל ההסתמכות על הבטוחה. הבנקים מפזרים סיכונים באמצעות גיוון עסקיהם עם סוגים שונים של חייבים, והם עלולים להסתפק בבטוחה. אין להם תמריץ לבדוק מה הלווה עושה עם האשראי שניתן לו. הבטוחה גורמת לאבדן תחושת האחריות. לכן אולי מוטב לקצץ לפחות חלק מעדיפותו של הנושה המובטח – כדי להחזיר אליו את הצורך בזהירות. כשאין ביטחונות, הבנק ידאג, למשל, לכך שעסק מסוכן יבטח את עצמו מפני הסיכונים. מביטוח כזה אכן תצמח תועלת לנושי הנזיקין וליתר הנושים. הביטוח מפזר סיכונים. חברת הביטוח משגיחה על ניהול הסיכונים.³⁶ הניסיון בארץ בעניין השגחתם של הבנקים על נכסי הלווים הגדולים אינו מעודד. ניכרת תופעה של הגברת הסיכון בשנים האחרונות באמצעות מימון רכישת השליטה בחברות בהסתמך על משכון המניות ובלא זכות חזרה לחייב.

ריבוי בטוחות מבטא ניסיון משותף של הבנקים ושל החייב להחזין את הסיכון

33 ראו המאמרים, לעיל הערה 29, והמחקרים המצוטטים בהם.

34 ראו: Jackson & Kronman, *supra* note 29; Frank H. Buckley "The Bankruptcy Priority Puzzle" 72 *Va. L. Rev.* (1986) 1393.

35 *Levmore, supra* note 29; Jackson & Kronman, *id.*

36 כהן, לעיל הערה 26, בע' 527.

ולהטילו על נושי נזיקין ועל נושים קטנים, שאינם יכולים להתגונן (או שמתגוננים באמצעות העלאת ריבית מיותרת). ריבוי הבטוחות גם גורם להיעדר גמישות של החברה, שמתקשה לגוון מקורות אשראי.³⁷

מסופקני אם ניתן לסמוך על הפיקוח של הנושה המובטח ולהניח שישרת גם אינטרסים של אחרים. בשביל לפקח לא צריך שעבוד דווקא. גם היום עומד לרשות הנושים "החזקים", כגון הבנקים, מנגנון חוזי של פיקוח, היינו דרישה לעמוד בקריטריונים פיננסיים, חובת דיווח וסנקציות של העמדה לפירעון מיידי. דווקא תנאי ההלוואות הלא-מובטחות ואופן ניהולן עשויים לאותת – גם לבעלי המניות – על מצב החברה ועל התנהגות הנהלתה.

אכן יש שעבודים מיוחדים המועילים לכלל. תועלת צומחת מבטוחה, כאשר היא מאפשרת פעילות שלא הייתה נעשית בלעדיה.³⁸ תועלת צומחת גם מפיקוח על נכסים מסוג מיוחד, כגון פרויקטים שמימנם נעשה בהדרגה בד בבד עם הקמתם, בהשגחה אמיתית של הנושה המובטח, ב"משק סגור" ובהפרדה מכלל הפעילות של החייב.³⁹ שעבודים אלה מועילים לכלל, ואפשר להצדיק את העדיפות הניתנת לנושים מובטחים אלה בטעמים הדומים במקצת להעדפת השסל"ן (שעבוד ספציפי לרכישת נכס) שבסעיף 169 לפקודת החברות.⁴⁰ אין בכך כדי להסביר את עדיפות כלל השעבודים.

טיעון שלישי. בבדיקה פשוטה ניתן לאתר את השעבודים של החייב, בעיקר במרשם רשם החברות (במקרה של חברה). דבר זה מאפשר להקפיד על יחסי מינוף: אפשר לוודא שהחברה כבר שעבדה את רוב רכושה, אין לה די נכסים פנויים, וצריך להיזהר מלהלוות לה עוד. הטיעון הוא אפוא שהפומביות מסייעת לשוק

37 ראו מאמריהם של: Bebhuck & Fried, *supra* note 29. פיקוח רב מדי עלול לעתים גם להביא לידי ייחוס אחריות לבנקים, ולכן הם עלולים לחשוש מהשימוש באפשרויות הפיקוח שהבטוחה מקנה.

38 Steven L. Harris & Charles W. Mooney Jr. "A Property-Based Theory of Security Interests: Taking Debtor's Choices Seriously" 80 *Va. L. Rev.* (1994) 2021, 2033, 2037; Rene M. Stulz & Herb Johnson "An Analysis of Secured Debt" 14 *J. Fin. Econ.* (1985) 501, 515–520; Scott, *supra* note 29, at pp. 1435, 1453, 1460–1461 בעת משבר פיננסי, המותנית בתנאים של "הגנה הולמת" על נושה מובטח תחילה ובדיקת נחיצות ותועלת לשאר הנושים היא דוגמה לכך. ראו בהט, לעיל הערה 18, כרך שלישי, בע' 1392, 1481. ראו יחיאל בהט "מימון בנייה ב'פרויקט סגור': בטוחות ואחריות הבנק" הפרקליט מה (תש"ס) 56. המאמר מתאר גם את הסיכון ליתר מחויבות בגלל הפיקוח שנוטל הבנק. ראו מהעת האחרונה ת"א (ת"א-יפו) 1794/95 חייק נ' בנק הפועלים בע"מ, תק-מח 2002(4), 820; ע"א (ת"א) 2539/01 יוסף עובדיה ובניו בע"מ נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ, תק-מח 2005(1), 5119. להערכה ביקורתית של פסקי הדין האמורים, ראו יחיאל בהט "אחריות הבנק מלווה – האם נפרצו כל הגבולות?" מקרקעין ה/3 (מאי 2006) 3.

40 אף לעומת בעל שעבוד צף שאסר יצירת שעבודים. להרחבת המגמה הזאת ראו ע"א 6400/99 מיראז' חברה לבנין והשקעות בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ, פ"ד נו(4) 830. לדיון בטעמים אלו ראו בהט, לעיל הערה 18, בע' 665–676.

האשראי,⁴¹ אולם יש כמה ליקויים בטיעון זה. פרטי הנכסים (שאינם משועבדים) אינם נרשמים אצל הרשם. רישום השעבודים כשהוא לעצמו אינו נותן תמונה מלאה. ייתכן שיש נכסים פנויים נוספים ופעילויות עם תזרים הכנסות גבוה. לכן, עצם איתור השעבודים אינו מייתר בדיקה רצינית. בנוסף, נושה בנזיקין אינו יכול להיעזר ברישום, באין אפשרות לבדיקה מוקדמת, וגם ספקים חלשים אינם יכולים להתמודד עם איתור השעבודים, ובעיקר, יש חשש רציני מפני יצירת שעבוד חדש, לאחר הבדיקה ולאחר מתן האשראי שניתן על סמך מצב השעבודים הפומבי. ספק או נותן אשראי יכול לבדוק ולמצוא שאין שעבודים, לתת אשראי לחברה, והנה למחרת החברה יוצרת שעבוד לטובת צד שלישי. כך נוצר חוזה לרעת נותן האשראי בלא צורך בהסכמתו. החוזה המאוחר לשלו נותן עדיפות לבעל השעבוד המאוחר. אין זכות מוקנית לנותן האשראי שלא ייווצר שעבוד מאוחר המסכן אותו. אמנם אלה כללי המשחק, וכל נותן אשראי אמור לדעת אותם – אבל השאלה שיש לבחון היא אם לא צריך לשנות אותם. האם יעיל וצודק להשאיר אותם בתוקף?

לסיכום סוגיה זו, לא מצאתי טעם יעילות משכנע לתת עדיפות מלאה וגורפת לנושה המובטח (שלא לדבר על בעיית הצדק החלוקתי). צמצום עדיפות הנושה המובטח מחייב שינויי חקיקה, שוודאי ייתקלו בהתנגדות הבנקים. אין מקום לוותר מראש על הניסיון לעשות זאת – ולבטח אין מקום להגביר את אי-השוויון עקב הקודקס.⁴²

טוב תעשה ועדת הקודיפיקציה אם תעכב את חקיקת פרק המשכון המוצע עד בירור הדברים הללו. גם במקומות אחרים בעולם מתלבטים בכך. אמנם השעבודים מועדפים בכל העולם, אך השאלה אינה רק תיאורטית. באנגליה, כאמור לעיל, העז המחוקק לנגוס בעדיפות בעל השעבוד הצף, כדי להסיט חלק רב יותר מתמורות המימוש לטובת הנושים הרגילים – לאחר ביטול מקביל של זכות הקדימה שהייתה נתונה לאוצר המדינה.⁴³

והנה, הצעת חוק המשכון מרחיקה לכת, כאמור, ואפילו מגבירה את יכולת נותני

41 אירית חביב-סגל "דיני השעבודים במימון הפירמה" עיוני משפט טו (תש"ן) 83, 109122. ראו גם: George G. Triantis "Secured Debt under Conditions of Imperfect Information" 21 *J. Leg. Stud.* (1992) 225, 235–236.

42 יש מקום לחשוב גם על פתרונות חלקיים בלא חקיקה. מטריד באמת את הנושים החשש שהחייב ישעבד את נכסיו לטובת אחרים ולא לטובתם. על החשש הזה מוצדק להגן. להצעת Schwartz (Schwartz, *supra* note 29) לחזק בחקיקה את ה"שעבוד השלילי" – את התחייבות חברה שלא ליצור שעבודים לטובת אחרים בלא הסכמה – במקום את השעבוד ולהצעתו להשיג זאת אף בלא חקיקה באמצעות רישום משכון להבטחת התחייבות שלא ליצור שעבודים זולת משכון שמבטיח התחייבות דומה שלא למשכן, ראו בהט, לעיל הערה 4, בע' 519–520.

43 לעיל הערה 27. בארצות הברית התעוררה השאלה בדיונים ברביזיה של *U. C. Art. 9*. ראו, למשל, Lisa M. Bossetti & Mette H. Kurth "Professor Elisabeth Warren's Article 9 Carve-Out Proposal: A Strategic Analysis" 30 *UCC L. J.* (1997) 3; William J. Woodward, Jr. "The Realist and Secured Credit: Grant Gilmore, Common-Law Courts, and the Article 9 Reform Process" 82 *Cornell L. Rev.* (1997) 1511, 1514–1520.

האשראי החזקים לקבל ביטחונות בעדיפות רבה יותר. יש צורך בבדיקה מעמיקה בטרם תיעשה רפורמה כזו.

4. הערות מסכמות: עיצוב הדין בעניין עדיפות המשכון

בתחילת פרק זה בירכתי על כך שמנסחי הקודקס נענו לקריאות חוזרות והציעו לקבוע דין אחד לשעבודי חברות ולמשכון היחיד. הצבעתי על כמה מהליקויים בתחום זה בפקודת החברות, שייפתרו אם יאומצו הוראות חוק המשכון או הוראות טיוטת פרק המשכון בקודקס. במאמר זה אין מקום להרחיב ולפרט את ההסדרים בטיטת פרק המשכון בקודקס.

עם זאת הצבעתי על כך שהקודקס נמנע מלהתמודד גם כאן עם השאלה המרכזית ביותר בהקשר של משכון – שאלת עדיפותו המלאה של המשכון בהליכי פשיטת רגל ופירוק (ובהליכי שיקום חברה) להבדיל מעדיפותו לעומת נושה רגיל, מעקל, במהלך הרגיל של חיי החייב (או החברה החייבת).

השאלה הזו דווקא מתעצמת על רקע שני שינויים חשובים המוצעים בטיטת פרק המשכון: ההצעה לבטל את מוסד השעבוד הצף בדיני החברות, ובד בבד ליצור משכון קבוע של מכלול נכסי החברה (להבדיל ממשכון קבוע של נכס מסוים), וההצעה להכיר במשכון דומה של מכלול נכסיו של אדם פרטי. מציעי הקודקס תהו על השפעת השינויים על בעלי זכויות קדימה, השפעה שאותה השאירו לעיון לעת מצוא, כאשר יידונו מחדש דיני חדלות-הפירעון. שוב אותה דיכוטומיה בין דיני הקניין ובין דיני הפירוק ופשיטת הרגל, שלא כחידוש האנגלי, שהצבעתי עליו, המחליש בצדק את זכויות הקדימה של האוצר – לטובת הנושים הרגילים דווקא ולא לטובת הנושים המובטחים. הצבעתי גם על כך, שהשינוי החשוב יותר הוא חיזוק נוסף של היקף הרכוש המובטח במלואו וחיזוק מעמד הנושים המובטחים לעומת החלשתם הנוספת של הנושים הרגילים. הבנק יוכל, למשל, לקבל עדיפות על פני כלל הנושים גם בנוגע למכלול נכסים שהרכבו משתנה, שעד כה לא היה יכול לקבל בנוגע לנכסי אדם פרטי. השאלה המסתמנת היא גדולה וחשובה מכל אלה: האם מוצדקת העדיפות המלאה הניתנת לנושים המובטחים בדרך כלל? הצעתי להבחין לעניין זה בין מצבים של תחרות בין נושים רגילים, מעקלים, במהלך חיי החייב או החברה החייבת, ובין תחרות בפשיטת-רגל ובפירוק (ובדומה אציע בפרק ד' להלן, להבחין בין עדיפותם המלאה של רוכשים על פני מעקלים לבין מצבם של הרוכשים בחדלות-פירעון בין יתר הנושים). שאלת העדיפות המלאה של הנושים המובטחים במצבים של חדלות פירעון (לפחות ברוב המצבים של משכון) אינה מובנת מאליה.⁴⁴ הצבעתי גם על ההשלכות החלוקתיות

44 ראוי אולי לצמצם את עקרון העדיפות המוחלטת בנוגע לשעבודים באופן כללי, אך להימנע מכך במקרה של בנק שקיבל בטוחות מיוחדות להבטחת אשראי שתורם להשבת נכס, בשיטת מימון בנייה מסוג ליווי בנקאי לפרויקט – שאז עדיפותו המוחלטת מוצדקת. ראו לעיל הערה 39.

הקשות והבלתי צודקות הנודעות לעדיפות כזו. משלא מצאתי הצדקה לתת עדיפות מלאה, יכולתי להציע את ביטול העדיפות כליל. כדי להיות מציאותי יותר, ולאפשר חקיקה שתעבור את משוכת ההתנגדות של שתדלני הבנקים בכנסת, אני מציע לבטל רק חלק מסוים מן העדיפות, נאמר 30%–50%, וליצור מנגנון של העברת החלק הנגרע מהנושים המובטחים לנושים הרגילים (לרבות הנושים המובטחים, כאשר לחלק חובם שישאר לא מובטח). פתרון חלקי זה יפגע פחות ביציבות הדין, ולפי ניתוחי לא יביא לידי שינוי במחיר האשראי הכולל לחייב, אולם יביא לידי יתר זהירות של הבנקים בעת בדיקת החייבים הראויים, שיהיו מסוגלים להחזיר את חובם (ולא רק מהבטוחות). הצעתי אפוא הצעה כללית ראשונית להפריד בין המקרים האלה לבין תחרות עם נושים-מעקלים. המעקלים מלכתחילה אינם מסתמכים על הרכוש המעוקל, ויודעים שהוא עשוי להימכר או להיות כפוף לשעבוד מאוחר. הם מסתמכים על מצבו הכללי של החייב או המתקשר אתם ועל הרקורד שלו בפירעון חיוביו, וגם מסתכנים, בדרך כלל לזמן לא ארוך. מכל מקום, אם לא יצליחו לעקל נכס מסוים, ייתכן ששימו ידם בהמשך על נכס אחר, ואולי יצטרפו לבסוף למימוש הכללי בפשיטת רגל, אם לא יהיה מנוס מהליך זה. נותני אשראי מובטח הסתמכו מלכתחילה על נכסים מוגדרים, הם שונאי סיכון, ויש מקום לכבד את הסתמכותם על נכסים מסוימים. לעומת זאת הצבעתי על כך, שהליך פשיטת הרגל או הפירוק הוא סופי וקיצוני יותר. הוא מנוהל כהליך קולקטיבי של מימוש, ואין בו מקום להתנחם באפשרות שיימצא פירעון מאוחר יותר.⁴⁵ העדיפות המלאה של הנושים המובטחים בהליך זה מותרת את יתר הנושים חסרי כל סיכוי להיפרע. לפנינו מצב של "הכול או לא כלום", שבפרק א הצעתי לרכך אותו. בפרק הנוכחי ניתחתי את טעמי היעילות שהועלו בזכות שימור עדיפותו המלאה של הנושה המובטח, והפרכתי אותם אחד-אחד. אני מציע אפוא שבמצבים של פשיטת רגל ופירוק, ישמש בדרך כלל אחוז מסוים מהרכוש המובטח לפירעון החובות לנושים הלא-מובטחים,⁴⁶ היינו תהיה חזרה מסוימת לנקודת המוצא השוויונית בפשיטת רגל ובפירוק. מכוח קל וחומר, אני מציע לעשות כן בעניין המשכון החדש (גם כאשר ליחיד) שמוצע להחיל על מכלול נכסים שהרכבו משתנה.

ג. מכר מותנה, מכר מותלה, ליסינג, קונסיגנציה, מכר חוזר – האם בוטלה ההלכה בעניין קולומבו?

היציבות, אומרים, היא ממאפייני דיני הקניין. החלטות בית המשפט העליון בשנים האחרונות מעמידות התבטאויות כאלה בספק.⁴⁷ כמו עניין בנק אוצר החייל, שביטל את

45 לניתוח מורחב יותר של ההבדלים בין הסיטואציות, ראו בהט, לעיל הערה 4, בע' 493–498.

46 ראו לעיל הערות 27–28, 43.

47 הנטייה שלא לסטות מתקדים הוכרה כשיקול דומיננטי בחלקים מסוימים של דיני הקניין: "לעתים

הלכה הישנה בעניין בוקר, שמשלה שנים רבות בכיפה, קרה שינוי – כך נהוג לומר⁴⁸ גם בעניין אחר. במשך שנים רבות, שימשה ההלכה הוותיקה בעניין קולומבו⁴⁹ אבן דרך לראיית עסקות מסוימות – עסקות קונסיגנציה, מכר מותנה, מכר חוזר וליסינג (עסקות שהוערכו כ"לא אמיתיות" או כמסוות משכון) – כעסקות שכוונתן לשעבד נכסים כערוכה לחיוב, ושיש אפוא להחיל עליהן את הוראות חוק המשכון, כמתחייב מהוראת סעיף 2(ב) לאותו חוק. היחס כלפי הלכה זו וכלפי פרשנות סעיף 2(ב) לחוק המשכון לא היה אחיד.⁵⁰ בעניין קידוחי הצפון בע"מ שונתה באחרונה ההלכה. בטיוטת פרק המשכון בקודקס⁵¹ הוראה דומה מאוד להוראת סעיף 2(ב) לחוק

הציבור רוכש זכויות קניין על בסיס הלכה פסוקה. שינוי בהלכה זו עשוי לשבש את אחד היסודות החשובים של חיי חברה תקינים – הבטחון בקניין. ראו אהרן ברק שיקול דעת שיפוטני (תל-אביב, תשמ"ז) 412.

48 לטענה שההלכה בעניין קולומבו בוטלה ברע"א 1690/00 מ. ש. קידוחי הצפון בע"מ נ' א. אבגל טכנולוגיה בע"מ, פ"ד נו(4) 385 (להלן: עניין קידוחי הצפון בע"מ), ראו, למשל, נינה זלצמן ועופר גרוסקופף מישכון זכויות (תשס"ה) 80–83, 279 (לדיון מקיף בשינוי ההלכה, ובפרשנותו של סעיף 2(ב) לחוק המשכון לאחריה, ראו בע' 76–97); מיגל דויטש "שובה של תניית שימור בעלות" גלובס – הערב 27–28 במאי 2003; דוד האן "ממקדחות בלק אנד דקר ועד קידוחי הצפון: שובה של תניית שימור הבעלות" עיוני משפט כח (תשס"ד) 97. להלן אנסה להטיל ספק במחשבה שההלכה בעניין קולומבו, לעיל הערה 15, בוטלה.

49 עניין קולומבו, לעיל הערה 15. הלכה זו, ובעקבותיה אחרות, התייחסו, באופן כללי, למקרה של ספק שמסר סחורה לחנות/לרוכש, על פי הסכם שקבע שהסחורה תישאר בבעלות הספק, אם לא תשולם יתרת המחיר (אף שהיו סימנים שהצביעו על היפרדות הספק מהסחורה). הספק נחשב כמי שלמעשה כבר העביר את הבעלות לרוכש, ובד בבד התנה עם הרוכש שהסחורה תשמש כבטוחה למילוי החיוב הכספי. משכון זה, מאחר שלא נרשם כנדרש אצל רשם המשכון או אצל רשם החברות, לא הוכר כתקף כלפי נושים אחרים. גם לא היה ניתן לממש אותו באמצעות תפיסת הממכר, אלא באמצעות מערכת ההוצאה לפועל ובתי המשפט.

50 ראו, למשל, יהושע ויסמן חוק המשכון, תשכ"ז–1967 (ג' טדסקי עורך, ירושלים, תשל"ה) 69–75; ע"א 196/87 שוייגר נ' לוי, פ"ד מו(3) 2; עניין טריומף אינטרנשיונל בע"מ, לעיל הערה 24; ע"א 3911/01 כספי נ' נס, ר"ח ודיוור לעולה בע"מ, פ"ד נו(6) 752; עניין קידוחי הצפון בע"מ, לעיל הערה 48; שלום לרנר "מהותו של המכר המותנה" משפטים יג (תשמ"ג) 305; דויטש, לעיל הערה 20, בע' 127; בהט, לעיל הערה 13; חיים זנדברג "המחאת זכות: מכר מותנה או משכון? עוד על ההבחנה ומשמעותיה אגב ע"א 2328/97 כוכבי נ' ארנפלד" משפטים לא (תשס"א) 985; שלום לרנר "עשור להלכת קולומבו: הלכה, מציאות והרהורי 'חזרה בתשובה'" ספר ויסמן (שלום לרנר ודפנה לוינסון-זמיר עורכים, ירושלים, תשס"ב) 407; נינה זלצמן ועופר גרוסקופף "הסוואת משכון" – הצעה לעיון חוזר בהלכת קולומבו" עיוני משפט כו (2002) 79; יהושע ויסמן "עיונים בנושא השכירות" משפטים לג (תשס"ג) 329, 340–350 (לגבי ליסינג); האן, לעיל הערה 48; נינה זלצמן ועופר גרוסקופף "המחאה על דרך שעבוד ומשכון זכות" עיוני משפט כ"ח (2004) 43, 75 ואילך. להגדרה הרחבה של "שעבוד" בפקודת החברות, ראו, למשל, ע"א 558/98 בנק המזרחי המאוחד נ' רוזובסקי, איטונג בע"מ נ' לוי דוד ובניו בע"מ (בפירוק), פ"ד מח (2) 102. בעקבות פסק דין זה היה צורך לתקן בחופזה את חוק המקרקעין, כדי למנוע את הצורך לרשום מאות אלפי הערות האזהרה לטובת רוכשי דירות ונכסים כשעבודים של נכסי החברה בעלת הקרקע, בפנקס השעבודים אצל רשם החברות (בנוסף לרישום ההערות אצל רשם המקרקעין).

51 בסעיף 3(א).

המשכון: "הוראות חוק זה יחולו על כל עסקה שכוונתה מישכון כאמור בסעיף 2(א), היא כינויה של העסקה אשר היא". הוראה זאת מתעלמת מההלכה החדשה ולמען הדיוק, אף נוסחה לפני קבלתה.⁵² יש מקום לבחון את גורלה של ההוראה לאחר שינוי ההלכה. עניין זה הוא מרכזי ובעל השלכות מעשיות רבות, כפי שניתן ללמוד מהפסיקה הענפה שניתנה לאחר עניין קולומבו.

קצרה כאן היריעה מלדון בהרחבה בעניין זה. הספרות רק החלה לדון בו מחדש לאחר עניין קידוחי הצפון בע"מ,⁵³ אולם ברצוני להפנות את תשומת הלב לכך, שהקווים המנחים את מאמרי חלים גם על עניין זה.

גם כאן עולה במלוא עוזה שאלת המפגש בין דיני הבעלות והמשכון הקנייניים לבין התחרות של רוכש הבעלות (או שמא מקבל המשכון?) עם יתר הנושים. האם נפרש את סעיף 2(ב) לחוק המשכון (או את הסעיף המקביל בקודקס) בצמצום או בהרחבה – ואיזה משקל ניתן לעומתו לסיפא לסעיף 33 לחוק המכר, תשכ"ח–1968 (להלן: חוק המכר), המכיר באפשרות להתנות את מועד העברת הבעלות בתשלום מלוא המחיר? האם יכולת ההתניה הזו אינה מאפשרת לכפור בנקודת המוצא שהחזקה מעידה על בעלות?⁵⁴ ושוב, האם התוצאה תהא בהכרח שווה בעולם המסחר השוטף ובשיאה הדרמטי ביותר של התחרות – המפגש בין מוכרים לנושים בזירה של פשיטת הרגל והפירוק?⁵⁵

כאמור, בתחילה סברו רבים, כי ההלכה בעניין קידוחי הצפון בע"מ סתמה את הגולל על ההלכה בעניין קולומבו. עיון מדוקדק בדברי השופטים השונים בעניין קידוחי הצפון בע"מ, מצביע על הבדלים בגישות השופטים השונים. להבדיל מהגישה המבטלת כביכול את קולומבו (למשל בדברי השופט שלמה לוין, שנתן את חוות הדעת העיקרית), ניתן למצוא התנסחויות אחרות, בעיקר בדברי השופט מצא, ואולי גם בדברי השופטים חשין, שטרסברג-כהן ואור. עדיין ניתן לגבש עמדה, המשקפת את דברי רוב השופטים לפחות, כי עניין קולומבו נותר על כנו בכל הנוגע למשכון שהוסווה, למשל, כעסקת קונסיגנציה, ואינו מהווה קונסיגנציה אמיתית (היינו, הבעלות בממכר לא הושארה בידי החנות, שלא חפצה ברכישתו באין קונה ממשי, אלא הושארה בידיה רק כביכול, כדי להבטיח את הספק מפני איבוד הממכר בעת חדלות פירעון של החנות).⁵⁶ אכן, הודגש הפעם יותר מבעבר, כי אין לראות כל עסקת מכר באשראי תוך

52 החוקר הראשי של ועדת הקודיפיקציה, פרופ' מיגל דויטש, בספרו: מיגל דויטש פרשנות הקודקס האזרחי (כרך א, תל-אביב, תשס"ה) 24, מתייחס בקצרה ל"ביטול קולומבו" בעניין קידוחי הצפון, בעקבות הצעת מאמר קודם שלו, ומציין שבשל כך הוחלט לבטל בעת ובעונה אחת גם את סעיף 5 (תקנת השוק) לחוק המשכון.

53 ראו האן, לעיל הערה 48, וגם זלצמן וגרוסקופף, לעיל הערה 48.

54 השוו דויטש, לעיל הערה 20.

55 והשוו לשאלה דומה, העולה בהקשרים אחרים, של עדיפות המשכון ושל עדיפות הקונה שבישור, לעיל בפרק 33 ולהלן בפרקים 31, 37, 41.

56 וזהו אכן עניין קולומבו, לעיל הערה 15.

שיור הבעלות בידי המוכר כעסקת משכון, והתוצאה תלויה בשאלה אם גלוותה לעסקה כוונת שעבוד.⁵⁷ צריך גם לזכור, שהמקרה העיקרי, שנדון בעניין קידוחי הצפון בע"מ, היה מסירת ציוד לצורך העמדתו למכירה פומבית, תוך שמירת הבעלות בידי המוסר. במקרה מעין זה אכן לא צריכה להיות בעיה לראות במכר מכר מותנה, שצריך להידון לפי דיני המכר, בלי "להדביק" לו קונסטרוקציה מסוככת של משכון.

דומני, שאלכא דרוב השופטים בעניין קידוחי הצפון בע"מ עדיין יוחל חוק המשכון אם יופיע תנאי בחוזה או בחשבונית, שהסחורה לא תעבור לבעלות הרוכש כל עוד לא שולם מלוא המחיר, והתנהגות הצדדים מעידה שהבעלות כבר עברה למעשה עם המסירה, ואלה רק מלים סתמיות בדבר "שימור בעלות למוכר", כהסוואה למשכון.⁵⁸ אמנם דומה ששופטים אחדים, בעיקר השופט שלמה לוי, מרחיקים לכת יותר מכך. נראה שבעיניהם לא ייחשב למשכון כל מקרה שבו הנכס היה מלכתחילה בידי המוכר, וזה התנה, באופן טבעי, את העברת הבעלות בו בקבלת מלוא התמורה. ניכר בדבריהם הרצון להקל את מהלכי הסוחרים, ולראות בהתניה זו צורה מקובלת של מכר (גם לפי הסיפא לסעיף 33 לחוק המכר וחופש הרצון). הנושים אמורים להיות

57 ההנמקות של השופטים השונים בעניין קידוחי הצפון בע"מ, לעיל הערה 48, אינן זהות לחלוטין. רובם מסכימים, שעניין קולומבו, לעיל הערה 15, גזר על ציבור הסוחרים גזרה שהניסיון מעיד שאינם עומדים בה, ויש שאינם מודעים לה כלל. דרישת הרישום אינה נוחה למסחר ועלויותיה גבוהות. החוק אינו מאפשר כלל שעבוד של סחורה מתחלפת, כשמדובר ברוכשים שאינם חברה או אגודה שיתופית – עניין טריומף אינטרנשיונל בע"מ, לעיל הערה 24. אין הצדקה עניינית לפסול את רצון הצדדים להעביר את הבעלות בנכס רק עם התשלום. לכן אין מקום להלביש על הכוונה הטבעית של המוכר שלא להיפרד מבעלותו עד קבלת התשלום מחלוצת של שעבוד, ובד בבד לקרוא לחייב "בעלים" (ואולי אף להטיל עליו סיכון של בעלים).

58 לפירוש מצמצם של שינוי ההלכה שנעשה בעניין קידוחי הצפון בע"מ, לעיל הערה 48, ראו ע"א 2625/02 סילביו נ' דורנבאום, פ"ד נח(3) 385 (לעניין השאלה השנויה במחלוקת של "הסכם מכר מותלה"); לפרשנות המסתייגת ממשמעות ההלכה בעניין קידוחי הצפון בע"מ, כמבטלת את ההלכה בעניין קולומבו, לעיל הערה 15, ראו יהושע ויסמן דיני קניין: החזקה ושימוש (ירושלים, תשס"ו) 272 (ראו בטקסט הנלווה להערה 1); בש"א (ת"א) 1348/05 בתיק פש"ר 1842/04 אימפולייט בע"מ נ' עו"ד שמעוני אילן כונס הנכסים של ג. א. צומן בע"מ (טרם פורסם) (לעניין עסקת נכיון שיקים כמשכון מוסווה); ת"א (ת"א-יפו) 1727/02 מאסי נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ (טרם פורסם) תק"מח 2005(4), 1 (לעניין טענה שעל אופציית פוט שניתנה לבנק לא חל חוק המשכון). לפסקי דין מחוזיים המנסים לצמצם את ההלכה בעניין קידוחי הצפון בע"מ בהקשר של חדלות פירעון, ראו פש"ר (ת"א) 1331/03, בש"א 13878/03 מעגלים לפיקוח ובקרה מיטב בע"מ נ' און (1973) הנדסת מיזוג אויר בע"מ, תק"מח 2004(1), 2446; בש"א (ב"ש) 3328/04 פרת תעשיות אנרגיה בע"מ נ' אריה את עופר בניה והשקעות (97) בע"מ (טרם פורסם) תק"מח 2004(2), 6648; בש"א (חי) 844/04 מגדלי קירור ירושלמי בע"מ נ' תעשיות אלקטרוכימיות (1952) בע"מ, תק"מח 2004(1) 6396; בש"א (חי) פש"ר 453/03 תרמועוז אחזקות בע"מ נ' שף הים (1994) בע"מ (בכינוס נכסים), תק"מח 2004(3), 4328; בש"א (חי) פש"ר 16298/02 אורדעקד תעשיות היי-טק (1995) בע"מ נ' לביא, תק"מח 2005(1), 1336. להשלכות במקרי חדלות פירעון, ראו גם האן, לעיל הערה 48.

מודעים לצורת המכירה המקובלת הזו (וכך יש לכאורה גם מענה לדרישת הפומביות, למי שרואה בעסקה עסקת משכון).

דין ה"מכר החוזר" נשאר בספק בפסק הדין. אני תוהה אם בעת פשיטת רגל של מוכר דירה, יש להכיר בהעברת הבעלות בדירה למלווה, אשר הלווה למוכר סכום כסף קטן יחסית, והצדדים הסכימו, שאם תיפרע ההלוואה, תוחזר הדירה לבעלות הלווה. דומני, שבנסיבות כאלה יסכימו רוב השופטים שיש לראות בעסקה משכון מוסווה. החלת חוק המשכון תאפשר הגנה על כלל הנושים ועל החייב מפני מתן עדיפות מלאה למלווה והסתרת נכס החייב מעיני כלל הנושים.

עסקה שלא נדונה בפסק הדין היא עסקת הליסינג.⁵⁹ אמנם אפשר לקבוע במקרים רבים, שעסקת הליסינג מקובלת וידועה לכל השחקנים בשוק, ואין להפוך אותה, בקונסטרוקציה מסובכת, למכר באשראי בלוויית שעבוד. אולי אין פסול לקבוע, שמשכיר הטרקטור רשאי לתופסו ולהוציאו מידי השוכר, שלא שילם דמי שכירות, ולהשכירו לאחר,⁶⁰ אולם מה הדין כאשר כבר שולמו רוב דמי השכירות? ואם מדובר בציוד מחשב שהושכר לתקופה שאורכה כמשך חייו של מחשב, ודמי השכירות שקולים למחיר הציוד והריבית שהוא נושא? ואם הוצאת המחשב מידי רוכש הנמצא בפשיטת רגל מנחיתה מכה קשה על כלל הנושים?⁶¹

המקרים האלה ממחישים שוב את הטענה המרכזית במאמר זה – הצורך בריכוך התוצאה הבינארית, התוצאה של "הכול או לא כלום". ההלכה החדשה, אם אמנם תצמצם את תחולת סעיף 2(ב) לחוק המשכון או את תחולת מחליפו העתידי, כדעת חלק מהפרשנים, תפטור מדרישת הפומביות לפחות מוכר נכס היוצר בטוחה להבטחת מכירתו באמצעות סעיף שימור הבעלות בידיו וכדומה. ככל שתוכר עדיפותו בלא רישום משכון, המשמעות המעשית היא עדיפותו לעומת נושים אחרים. שוב, כפי שראינו בעניינים דומים, ייתכן שחיי המסחר השוטפים והיעילים אכן מחייבים עדיפות כזאת לעומת נושים מעקלים, שכאמור הסתמכותם על הממכר לא הייתה רבה, אולם מוצע לחשוב מחדש על הדין הראוי במקרה של פשיטת רגל או פירוק. לדעתי, כפי שהבעתי אותה גם בהקשרים אחרים,⁶² יש מקום להבחין בין תחרות בין מוכר למעקל כאמור ובין תחרות בין מוכר לכלל הנושים בפשיטת רגל ובפירוק, העלולים

59 לראיית הליסינג הלא-אמיתי", הלא-תפעולי, כמכר ולצדו שעבוד, ראו ת"א (ת"א) 280/81 דיסקונט ליסינג (1979) בע"מ נ' בן ברק בע"מ, תק"מ 92(2), 1466 (להלן: עניין בן ברק); ע"א 2462/92 הפועלים ליסינג נ' טיפול שורש, פ"ד נד(1) 529.

60 עניין בן ברק, שם.

61 ניתן להעלות התלבטות דומה בעניין "סעיפי קיזוז ועיכובין" בטופסי הבנקים, כתחליף לרישום שעבוד. האם יש להכיר בתנאי סעיפים אלה כעסקה מוכרת וידועה בשוק, או לפסול אותה, לא כלפי מעקלים אלא בסיטואציה של פשיטת רגל? ראו עניין קידוחי הצפון בע"מ, לעיל הערה 48; בהט, לעיל הערה 13, לרבות דיון בע"א 1226/90 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' הסתדרות הרבנים דאמריקה, פ"ד מט(1) 177.

62 ראו לעיל ולהלן פרקים א, ב, ד; בהט, לעיל הערה 4; וגם בהט, לעיל הערה 10.

לאבד את הרכוש הרב של החייב הכפוף לסעיפי שימור בעלות ותניות שונות. בוודאי יש לצמצם את התוצאה האמורה, כאשר מדובר בהסוואת משכון ממש (כגון קונסיגנציה או נאמנות או מכר חוזר שעיקר מטרתם להבטיח את עדיפות אחד הנושים). אם לא כן תסוכל התכלית הצודקת של סעיף 2(ב) לחוק המשכון, למנוע הסתרת רכוש מהנושים באמצעות עסקות מסוות בין החייב לאחד הנושים. הדבר נובע גם מהעיקרון הכללי להבטיח שוויון בין הנושים בדיני חדלות פירעון. לדעתי, יש לצמצם את תחולת ההלכה בסיטואציה של פשיטת רגל גם על מוכרים באשראי. אף שניתן לטעון שנושים ערים לציפיית המוכר הלגיטימית לקבל את התמורה (היינו שאין בעיית פומביות אמיתית), אני סבור שהציפיות הלגיטימיות יותר, והגוברות, הן הציפיות של כלל הנושים ליהנות מחלוקה שוויונית בהליכים סופיים אלה.⁶³ בלא רישום משכון, אין לתת עדיפות מלאה לספק־הנושה כאמור (וזאת עדיין בלי להתייחס כאן לשאלה, שנדונה בפרק הקודם, בדבר עצם ההצדקה לתת עדיפות מלאה לנושה מובטח). מאחר שהדין אינו ברור כרגע, יש צורך להבהירו בקודקס. כאמור, אף שהקודקס אינו עוסק בדיני פשיטת הרגל והפירוק, כדי להסדיר את הסוגיות שעל הפרק אין מנוס מלהיכנס גם לתחומיהם של דינים אלה.

בעיה מיוחדת עלולה להיווצר במקרים של עסקים הנתונים בקשיים והמנסים להשתקם. החשש הוא שמוכרים בעסקת מכר מותנה יוציאו מידיהם של העסקים הללו, בתקופה הקשה ביותר, נכסים שהועברו אליהם תוך שימור הבעלות בידי המוכר עד תשלום מלוא התמורה – ואולי אף באמצעות חוזי ליסינג "לא אמיתי".⁶⁴ רכושן של חברות הנתונות בקשיים והמבקשות הקפאת הליכים לצורך הסדר הבראה על פי סעיף 350 לחוק החברות, תשנ"ט–1999, מורכב במידה רבה מזכויות בנכסים כאלה. מכל מקום, ייווצר להן קושי עצום, וגם יוטל עליהן לחץ קשה מהצד האחר לחוזה מסוג זה, לשלם תשלומים לא שוויוניים, מחשש שמא לא יוכלו להמשיך ולהשתמש בציוד המשמש לפעילותן (וגם במפעל המושכר להן וגם במלאי). בשלב הכניסה להקפאת הליכים ודאי אין החברה, המקרטעת בבעיות נזילות קשות, יכולה לרכוש או לשכור נכסים חליפיים. על כן יש צורך לעצור את הוצאת הנכסים מידיה, שאם לא כן ייכשל לחלוטין ניסיון השיקום – לעתים קרובות לרעת רוב הנושים. תהא אשר תהא הדעה הכללית על התוצאה בעניין קידוחי הצפון בע"מ, אין ספק שהאיזון הראוי מחייב מיתון התוצאה הקיצונית הזו, הנגרמת כביכול מכוח מימוש זכות קניינית נוקשה של המוכר או המשכיר.

ההלכה החדשה גרמה אפוא לחיזוק היכולת של ספקים, שסיפקו לחברה נכסים לפני תחילת הליכי הפירוק, לטעון לעדיפות בנכסים שסיפקו, גם בלא משכון שלהם, וזאת מכוח "שימור הבעלות" למוכרים. פסיקה מחוזית כבר הצביעה על החשש

63 לבחינה של זכויות באספקלריה המיוחדת של דיני פשיטת רגל, ראו לעיל פרק א, טקסט נלווה להערות 11–14.

64 השוו לפסיקה הקודמת, לעיל הערה 59.

מפגיעה בשוויון הנושים ובאפשרות הקפאת ההליכים, אם יינתן פירוש רחב להלכה בעניין קידוחי הצפון בע"מ.⁶⁵ אכן, ייתכן שיש מקום לפירוש מצמצם של ההלכה החדשה. עם זאת, פירוש מצמצם אינו יכול להתבסס רק על החשש לסיכון הקפאת ההליכים. ניתן להוסיף הנמקה מהותית יותר להעדפת שיקום החברה מזכויות המוכרים לה. הנמקה אפשרית היא ראיית הספק שלא נפרע כאחד הנושים בהקפאת ההליכים ובשיקום החברה, למרות הפסיקה החדשה.⁶⁶

עניין בנק אוצר החייל מהווה מקור אפשרי נוסף להסברת עדיפותו של המוכר, שכן גם מי שרואה בו נושה, עשוי לראותו כמי שבאמצעות הסכם שימור הבעלות רכש זכות שביושר, שיש לה בדרך כלל עדיפות לעומת נושים אחרים. בעניין זה אדון בפרק 4 להלן. אנסה לשכנע שם, כפי שכבר ציינתי במקום אחר,⁶⁷ כי אין מקום להרחיב את המושג "זכויות שביושר" מעבר לרקע שבו צמח מחדש בעניין בנק אוצר החייל, והנובע מהפער בין מרשם המקרקעין לבין המציאות ומצוקת רוכשי דירות.⁶⁸ מכל מקום, אין להכיר בעדיפותו של מוכר-נושה שלא טרח לשכלל את המשכון שרכש, בהליכי פירוק ופשיטת – רגל, שכן המשמעות היא מתן עדיפות מלאה לאחד הנושים, מכובדת ציפיותו ככל שתהיה, על אף הציפיות של כלל הנושים לחלוקה שוויונית בהליכים סופיים אלה.

מכל מקום, צריך כאמור לפחות להתאים את הקודקס לשינוי ההלכה, ולא אותה בלבד. גם כאן יש צורך בהתאמה בין מערכות דינים מקבילות. לאחר שינוי ההלכה בעניין "מכר מותנה", יש מקום לבטל את הוראת "הבעלות הנחזית" בסעיף 85 לפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], תש"ם–1980. אי-התאמת דיני פשיטת הרגל לדיני הקניין גורמת גם כאן לקיומן של תוצאות סותרות בדינים אלה, במקרה שבו מוכר העביר את החזקה לעסקו של פושט הרגל, אך התנה את העברת הבעלות בהשלמת המחיר, בלא רישום משכון: לפי הוראת "הבעלות הנחזית" גובר השוויון בין כלל נושי פושט רגל על מוכר ועל בעלים, בעוד שההלכה בעניין קידוחי הצפון בע"מ קובעת עדיפות למוכר.

דומני, שההלכה בעניין עדיפות המוכר במכר מותנה מחייבת מכל מקום בדיקה

⁶⁵ לעיל הערה 58, פסקי הדין המחוזיים בחלק השני של ההערה.

⁶⁶ גם אם לא תתקבל ההצעה לבטל את עדיפותו בשלב החלוקה בהסדר. לדעה שיש לתת לספק עדיפות גם בלא רישום משכון, ראו האן, לעיל הערה 50. השוו לאפשרויות השונות לפרש את סעיף 169(ד) לפקודת החברות, בעניין שעבוד ספציפי לרכישת נכס, אצל בהט, לעיל הערה 18, בע' 646 ואילך, לרבות בדבר הערת השופט ש' לזין בעניין קידוחי הצפון בע"מ, בפסקה 16 לפסק דינו. השוו להקפאת ההליכים באנגליה, בהליך המנוהל על ידי administrator, לא רק בעניין שעבוד אלא גם בעניין עסקת שכר-מכר (היעדר אפשרות מימוש בלא הסכמת בעל התפקיד או אישור בית המשפט), בסעיף 43(3) ל-Insolvency Act, כפי שתוקן ב-Enterprise Act, sec. 248. הגדרת hire-purchase בסעיף 111(1) המתוקן שם, כוללת מכר מותנה ושימור בעלות למוכר. ראו גם בהט, לעיל הערה 18, כרך שלישי, בע' 1480.

⁶⁷ בהט, לעיל הערה 10 (המאמר במקרקעין), בע' 14–17.

⁶⁸ וראו להלן פרק 4.

מקיפה של המחוקק, ולא רק התקדמות ממקרה למקרה (לעתים בקפיצות), בפסיקת בתי המשפט. גם כאן כאמור יש למתן את ההלכה החדשה. בין השאר נחוץ לבחון את השלכותיה של ההלכה על עסקים בקשיים. כן לא ברור כיצד ניתן ליישב את ההלכה בעניין קידוחי הצפון בע"מ עם התנאי של שכלול משכון לטובתו של המוכר, כמוצע בסעיף 16 לטיוטת ההצעה לפרק המשכון בקודקס, העוסק ב"עדיפות של מממן נכס".⁶⁹ גם בעניינים אלה מתעוררות שאלות הנוגעות להחלשתו של כלל הפומביות ולחלוקה השוויונית במצב של חדלות פירעון.

ד. דיני תחרות על רקע הפער בין מרשם המקרקעין לבין המציאות

1. היעדר טיפול בבעיות המוסדיות היוצרות פער בין מרשם המקרקעין לבין המציאות

בעיה ידועה ומרכזית בדיני המקרקעין שלנו היא הפיגור ברישום. לאחר חקיקת חוק המקרקעין, תשכ"ט–1969 (להלן: חוק המקרקעין) חלה התפכחות מהיומרה שמרשם המקרקעין ישקף נאמנה את מצב הזכויות במקרקעין.⁷⁰ סעיפים שונים בחוק המקרקעין משקפים את האמונה במרשם.⁷¹ בתי המשפט השתדלו במשך שנים רבות לחזק את מעמד המרשם, כפי שסברו שמתחייב מתכלית החוק, על אף אירועים קשים שהמחישו את קוצר ידו של המרשם. בין השאר התמודדו בתי המשפט עם איחור של שנים ויובלות ברישום שיכונים ציבוריים ובתים משותפים, תוך השארת רוכשי דירות במצב של אי-ודאות באשר לניקיון הזכויות שרכשו, וחשיפתם במקרים רבים לסיכון שירמו אותם וכן לסיכון שיוצרים נושים של הבעלים הרשום. בכל זאת נשמרה במידה רבה הגישה של "קידוש המרשם"⁷² עד שהמציאות בשטח לא אפשרה עוד להתעלם מקוצר היד הזה, וחל מהפך בפסיקה, שהחלה להכיר בזכויות שביושר באין רישום,

69 בעניין קידוחי הצפון בע"מ, לעיל הערה 48, סבר השופט שלמה לוין, בפסקה 16 לפסק דינו, כי יש לסייג את הצורך לרשום שעבוד לטובת מוכר על פי סעיף 169(ד) לפקודת החברות (בעניין השסל"ן) למקרה של שעבוד של ממש ולא למקרה שבו הבעלות בנכס המשועבד טרם עברה, ורק הוסכם לשמר את בעלות המוכר עד ההעברה. לא ברור אם סברתו של השופט אינה מרוקנת את סעיף 169(ד) מתוכנו, לפחות בנוגע למוכר – להבדיל מנותן אשראי אחר: מתי למוכר יש שעבוד של ממש?

70 לתקוות שתלו ב"שיטת טורנס" (Torrens) לרישום הזכויות במקרקעין בפעולות רישום פשוטות, ולפער בין רישום המקרקעין לבין המציאות, ראו חיים זנדברג "הסתמכות על מרשם זכויות – חזון לעומת מציאות" עלי משפט ב (תשס"ב) 273.

71 ראו, למשל, סעיפים 7, 10, 125, 161 לחוק המקרקעין.

72 עניין בוקר, לעיל הערה 9. במשך תקופה ארוכה גרם הדבר לתחושת אי-ודאות בקרב רוכשי מקרקעין שלא הושלם רישום זכויותיהם, לרבות בדירות בבית משותף, ואף הסב בעיות לבן הזוג הלא רשום. ראו, למשל, ע"א 29/86 אי. תי. ס. נהיגה עצמית בע"מ נ' קרול, פ"ד מד(1) 864. לריכוך הלכה זו ראו ע"א 3002/93 בן-צבי נ' סיטין, פ"ד מט(3) 5.

ובהתגברות זכויות הבעלים שביושר לפחות על זכויות הנושה-מעקל.⁷³ מהפך זה לא סימן את סוף הדרך, והפסיקה המשיכה "להתנדנד" בדילוגים פרועים לנוכח המצופה בתחום קניין המקרקעין, המצריך יציבות. דומה, שאי-הוודאות עדיין גדולה.⁷⁴ הפער בין המרשם לבין המציאות אינו נובע מכשלים בניסוח החקיקה בלבד, ועל כן שינויי ניסוח גרידא לא יפתרו את הבעיה. השאלה היא, אם מציעי הקודקס אינם צריכים להעז יותר, לחרוג מד' האמות של הניסוח המשפטי, ולרתום את הרביזיה בחקיקה לשינויי תשתית בענף המקרקעין, שיצמצמו את הפער האמור. עליהם להתמודד עם המנהל הציבורי, עם שלטונות המס וכדומה. הדבר חשוב יותר משינויי ניסוח, המפגרים תמיד אחר המציאות ואחר הפסיקה, ואשר לא יפתרו את הבעיות האמיתיות והגדולות שנתרו, כל עוד לא ישתנו נתוני היסוד.⁷⁵

ד"ר זנדברג מזהיר, כי מרשם שאינו זריז דיו, סופו שייזנח על ידי הציבור.⁷⁶ "צוואר הבקבוק", לדעתו, נוצר משום שעיקר הנטל של רישום השינויים ביחידת המקרקעין במרשם הוטל על מינהל מקרקעי ישראל, שנדרש להתמודד עם קצב השינויים המהיר בארץ. באזורים נרחבים שהוסדרו נוצרה עקב כך נורמה של חלוקת משנה של יחידות מקרקעין, שלא באה לידי ביטוי במרשם. העברות של זכויות במקרקעין באזורים אלה נעשות בטרם עודכן המרשם. זירת הרישום נדדה למרשמים בלתי רשמיים, כגון הרישום במינהל מקרקעי ישראל,⁷⁷ בחברות משכנות וקבלניות, בסוכנות היהודית, ביישובים שיתופיים ואף במקרקעין פרטיים, ברישום המתנהל אצל נציגי הבעלים הרשום או הקבלן המורשה על ידיו.⁷⁸ הרישום במאגרי מידע אלה איננו מקנה לבעל הזכות הלא-רשומה

את כל יתרונותיו של הרישום במרשם הזכויות ואיננו משריין את המסתמך עליו.⁷⁹ אכן, לא בהינף יד יפתרו בעיות אלו, והן גם אינן עשויות מעור אחד, אולם ניתן לאתר את הבעיות העיקריות ולהתמודד אתן. קיים, למשל, הצורך לפשט את הליכי התכנון, החלוקה ורישום הבתים המשותפים. אכן, בעיות רבות עלולות לצוץ בהליכים אלה, ולא רק באשמת הרשויות אלא אף באשמת הצדדים לעסקה, בגין אי-תשלום מסים, עיכובי בנייה וכדומה. לכן גם הפתרונות יהיו מגוונים. יש לכפות את הזירוז של רישום שיכונים ציבוריים. יש "לכופף" גופים בירוקרטיים, כגון מינהל מקרקעי ישראל, ולפקח על ביצוע מהיר ויעיל של הרפורמות הדרושות. יש ליזום חקיקה

73 ראו עניין בנק אוצר החייל, לעיל הערה 9. לתיאור המתח שיצר הפער בין ההלכה לבין המציאות (לרבות סדקים בפסיקת בית המשפט) עד הכרת בית המשפט העליון בצורך בשינוי, ראו בהט, לעיל הערה 4, בע' 483-493.

74 להלן פרק ד2.

75 להלן פרק ד3.

76 זנדברג, לעיל הערה 70, בע' 290.

77 שאין לו מעמד בחוק. יהושע ויסמן דיני קנין – חלק כללי (ירושלים, תשנ"ג) 242.

78 זנדברג, לעיל הערה 70, בע' 290-291.

79 לדוגמה ראו ע"א 842/79 נס נ' גולדה, פ"ד לו(1) 204, 218 (להלן: עניין נס). וראו זנדברג, שם, בע' 292.

מיוחדת שתכיר בזמן הביניים במרשמים מסודרים של המינהל ושל חברות שיכון גדולות לפחות. הכול צריך להיעשות תוך הטלת חובות על אותם גופים,⁸⁰ פיקוח מתאים⁸¹ ורישוי על פי החוק, כולל איסור בחוק על שיווק קרקעות המדינה לחברות משכנות שאינן עומדות ביעדים של רישום דירות על שם בעליהן בזמן. בד בבד יש להטיל חובות על הנזקקים למרשמים אלה לערוך בדיקות מתאימות ולדווח על עסקות. מצד אחד יש אפוא לזרז את השלמת הרישום, ומצד אחר יש להכיר במצב של רישומים זמניים ולפעול למיצובו ולעיגונו בחוק.

בכך לא די. הליכים בירוקרטיים שונים, ובעיקר התנהלותה האטית של מערכת המס, מעכבים את האפשרות של רוכשים, לרבות רוכשי דירות בעסקה פשוטה ביותר, להשיג ודאות מהירה. הרוכשים נאלצים להמתין חודשים רבים לשומת מס פשוטה, לרבות להכרה בפטור ממס. דבר זה ממחיש את הצורך לערב את משרד האוצר בהסדר החקיקה. לשלטונות המס נתונים כלי גבייה ואכיפה מספיקים לצורך טיפול מהיר יותר בעסקה, ובדרך כלל יוכלו לתקן את השומה מאוחר יותר. אין מקום להקל על שלטונות המס על חשבון עיכוב השלמת העסקות ועיכוב המרשם.

הצורך במימון העסקה הוא גורם שכיח לעיכוב השלמת הרישום, ועד השלמתו כרוכה העסקה באי-ודאות וסיכון בנוגע לזכויות.⁸² דומה שיש מקום לחזק בתקופת הדמדומים את מוסד הערת האזהרה, ולא לאפשר להתנער ממנו בנקל, גם לא לגופים כגון מנהל מקרקעי ישראל, ובוודאי לא לגורמים פרטיים. מוצע לשקול לשלול בחוק (או לפחות להגביל) את יכולת המוכרים – ולעתים גם של בעלי נכסים – למנוע רישום הערת אזהרה.⁸³ אני מודע לאינטרסים הלגיטימיים שעליהם מבקשת מניעת הרישום להגן, אך גם להם ניתן למצוא פתרונות אחרים. המוכר עשוי לחשוש, למשל, מרישום הערת אזהרה, כל עוד לא קיבל סכום ניכר מהרוכש, אך הוא יוכל להבטיח את עצמו גם באמצעים אחרים, כגון בקבלת ייפוי כוח מהרוכש להסרת ההערה בתנאים מסוימים, בשימוש במנגנון של נאמנות וכדומה. שימוש מוגבר בהערת האזהרה, יביא באופן טבעי, או מוטב בחקיקה, גם לידי הרחבת החובה לרשום הערות בשל צמצום אפשרות ההתניה. כך ירבו המקרים המתאימים לקביעת אחריותו של הרוכש המוקדם, שלא רשם הערת אזהרה, אף שיכול היה לעשות כן. הסדר כזה יעודד אפוא את הרוכשים לרשום הערת אזהרה, יביא לידי צמצום אי-הוודאות ויפחית חשיפה של רוכשים נוספים לסיכון שהתקיימו עסקות קודמות. הנזק לרוכשים המאוחרים יימנע באמצעות הערת האזהרה.

80 בע"א 2299/99 שפיר נ' דיור לעולה בע"מ, פ"ד נה(4) 213, קבע בית המשפט העליון, כי חברה משכנת חייבת לנהל את המרשם כהלכה, והיא ממלאת תפקיד ציבורי (דואליות נורמטיבית). לכן, למשל, היא אינה רשאית להתנות את הסכמתה לרישום ההעברה בדרישת כתב ויתור.

81 נוסף על הגבלת מחיר השירות המרבי בצווי פיקוח על פי חוק הפיקוח על מחירי מצרכים ושירותים, שכנראה גם אינו נאכף דיו.

82 זנדברג, לעיל הערה 70, בע' 284.

83 איסור כזה עלול גם להיחשב לתנאי מקפח, אם הוא מעוגן בחוזה אחיד. ע"א 449/85 היועץ המשפטי לממשלה נ' גד חברה לבנין בע"מ, פ"ד מג(1) 183, 192–193.

כך יקטן חריג רחב מאוד להלכה בעניין גנו,⁸⁴ שצמצם את חובת הרוכש המוקדם לרשום הערת אזהרה למקרים שבהם לא הייתה התחייבות כלפי המוכר להימנע מרישום ההערה. (כך יבוטל גם החריג שהתיר את אי-הרישום בגלל מגבלה בדין, כגון מצב המרשם, כאשר יש, למשל, צורך לקבל את הסכמת הבעלים הרשום, והוא צד זר לרוכש, ואינו מסכים לרישום).

2. קשיי ההתמודדות בחקיקה עקב הפער, דילוגים בפסיקה, אי-ודאות ושאלות פתוחות

דיני הקניין מחייבים יציבות וודאות, יותר מתחומים אחרים. הנטייה שלא לסטות מתקדים הוכרה כשיקול דומיננטי בחלקים מסוימים של דיני הקניין: "לעתים הציבור רוכש זכויות קניין על בסיס הלכה פסוקה. שינוי בהלכה זו עשוי לשבש את אחד היסודות החשובים של חיי חברה תקינים – הבטחון בקניין".⁸⁵ ובכל זאת, הפער שתואר לעיל בין מרשם המקרקעין לבין המציאות גרם למהפכים גדולים בפסיקה, ואי-הוודאות ממשיך עד היום.⁸⁶

במשך שנים משלה בכיפה ההלכה בעניין בוקר. הלכה זו רואה ברישום את חזות הכול, ומנסה לבצר את חובת הרישום באמצעות אי-הכרה בזכויות לא רשומות. שנים רבות הלכה רוב הפסיקה, למעט חריגים בודדים, בעקבות פסק דין זה. הפער בין המרשם למציאות, וההתעלמות של המחוקק ושל הפסיקה מהצורך בהכרה בפער זה ומהצורך בריכוך ההלכה הקניינית הנוקשה, הביאה לידי בעיות כבירות. לרוכשי דירות, למשל, שמטעמים טכניים לא נרשמה זכותם בדירה שרכשו, שילמו את כל תמורתה וגרו בה שנים, לא הייתה ודאות כי לא שמו כספם לעתים על קרן הצבי. הפער בין המרשם לבין המציאות הביא לידי פער נוראי בין הדין לבין הצדק, וגם להיעדר יעילות כלכלית בשל חוסר הוודאות.⁸⁷ בסופו של דבר לא ניתן היה עוד להתעלם מהפגיעה בצדק, ולסכן רוכשי דירות לעומת מעקלים מקריים, ובית המשפט העליון,

84 עניין גנו, לעיל הערה 17, החריג בפסקה 21 לפסק דינו של הנשיא ברק.

85 ברק, לעיל הערה 47.

86 לרשימה חלקית של מאמרים – רק מהשנים האחרונות – שתיארו את המהפכים וגם העלו השערות שונות ומנוגדות באשר להמשך הפסיקה, ראו דויטש, לעיל הערה 10; בהט, לעיל הערה 4; מיגל דויטש "נטל הרישום של הערת אזהרה במקרקעין – הלכת גנו והשלכותיה (בעקבות ע"א 2643/97 גנו נ' בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ)" הפרקליט מז (תשס"ד) 181; אסף הראל "סייגים לזכות הראשונים בעסקאות נוגדות (בעקבות ע"א 2643/97 גנו שלמה נ' בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ ואח")" מקרקעין ג/4 (2004) 3; שי שגב "נגנוה' הלכת בנק אוצר החייל (בעקבות ע"א 2643/97 גנו נ' בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ)" מקרקעין ב/3 (2003) 30; יחיאל בהט "הזכויות שביושר בישראל – מה צופן העתיד?" מקרקעין ד/3 (2005) 3.

87 לסקירת ההלכה הקניינית הזו ולניסיונות בודדים לפריצתה, עד ההלכה בעניין בנק אוצר החייל, לעיל הערה 9, ראו בהט, לעיל הערה 4, בע' 484–498. נדונה שם גם הקריאה שלא להחליף כלל קנייני נוקשה אחד בכלל נוקשה חדש.

בהלכה בעניין בנק אוצר החייל, מצא את הדרך לחזק את זכויותיהם של רוכשי דירות שלא נרשמו, וזאת באמצעות פיתוח כללים מעין-קנייניים, "זכויות שבייחוד תוצרת הארץ". הפיתוח נעשה באמצעות הרחבת סעיף 9 לחוק המקרקעין בעזרת היקש. זמן קצר לאחר מכן חל מהפך חדש בפסיקה. לאחר התלבטות של שנים בסוגיה, הכיר בית המשפט, על אף ניסוח בעייתי בחוק המקרקעין, בכך שיש לרכך את התוצאה הנוקשה של סעיף 9 לחוק המקרקעין. בעניין גנז הוחלט שאין להקנות עדיפות מניה וביה לרוכש הראשון, משלא הושלם רישום זכות רוכש מאוחר בתום לב ובתמורה, אך הרוכש הראשון נמנע במשך שבע עשרה שנים מלרשום הערת אזהרה (ויכול היה לרשום אותה) – הערה שהייתה מונעת נזק לרוכשים מאוחרים יותר. הלכה זאת הוסברה בחובת תום הלב של הרוכש הראשון (ויש אומרים, בחובתו שלא להתרשל). מכל מקום, אם באותו מקרה היה איחור לא מוסבר של שבע עשרה שנה, יש מקום להנחה, כי גם איחור של שבועות מספר ברישום הערה יביא לידי אותה תוצאה (פרט למקרים מוצדקים מסוימים, כגון אי-הסכמה של המוכר לרישום ההערה, לפחות בנסיבות לגיטימיות, יחסים משפחתיים בין המוכר לרוכש הראשון וכדומה).⁸⁸ במשקפיים ריאליסטיות, רוקנה הפסיקה החדשה במידה רבה את הוראת סעיף 9 לחוק המקרקעין מתוכן, אף שניתן להסביר אותה בצורה אחרת (באמצעות שימוש בעקרונות העל של תום הלב) ולסייגה למקרים מסוימים.

בתוך כך סטו בתי המשפט לא רק מהחקיקה, אלא גם מהלכות קודמות של בית המשפט העליון. ממחישה סטייה זו כברת הדרך שעשתה ההלכה החדשה בע"א 9245/99 ויינברג נ' אריאן,⁸⁹ מאז ההלכה בע"א 839/90 רז חברה לבנין בע"מ נ' אירנשטיין,⁹⁰ כאשר בית המשפט מוכן עתה לבדוק התרשלות יחסית בין רוכש מוקדם לרוכש מאוחר.⁹¹

88 ראו עניין גנז, לעיל הערה 17, ובמיוחד לעיל הערה 84, וכן המאמרים לעיל בהערה 86.

89 פ"ד נח(4) 769 (להלן: עניין ויינברג).

90 פ"ד מה(5) 739 (להלן: עניין רז), וראו גם ע"א 1235/90 הרבסט נ' חברת מ. אריאן קבלן לעבודות חשמל בע"מ, פ"ד מו(4) 661 (להלן: עניין הרבסט), שהוא גלגול קודם של ההלכה בעניין ויינברג.

91 פסק הדין בעניין ויינברג, לעיל הערה 89, הוא גלגול של פרשה ישנה (עניין הרבסט, שם). באותה פרשה העדיף בית המשפט העליון את זכותו של מי שבהסכם הלוואה התחייב לרשום משכנתא על פני התחייבות מאוחרת יותר כלפי רוכש דירה. בית המשפט הורה אז על רישום המשכנתא, אף שהביע דעתו שייחכן שהעיכוב ברישום הערת אזהרה על ידי הזכאי לרישום משכנתא מגיע כדי התרשלות כלפי הרוכש המאוחר יותר. פסיקתו נבעה מהוראת סעיף 9 לחוק המקרקעין, לפיה בדרך כלל עדיף בעל ההתחייבות הראשונה, כל עוד זכותו של הרוכש המאוחר בדירה לא נרשמה במרשם המקרקעין בעודו בתום לב ובתמורה. על פי רמז שקיבלו אז מבית המשפט, ניסו הנפגעים מפסק הדין לתבוע בנוזיקין את נתן האשראי, בין השאר בטענה שהעיכוב ברישום הערת אזהרה גרם להם נזק, מאחר שהדירה שרכשו במיטב כספם כפופה כעת למשכנתא לטובת נתן האשראי. בערעור החדש לבית המשפט העליון אמנם נדחתה בנסיבות העניין, הטענה של התרשלות נתן האשראי, גם משום שבחזוה הרכישה הוזהרו הרוכשים מפני קיומה של משכנתא. הוזהרה זו חייבה אותם לנהוג בזהירות, ולא כך עשו. האיחור הקל ברישום הערת האזהרה בגין המשכנתא

הפסיקה המשיכה לקבוע את הדין. באחרונה סויגה, למשל, ההלכה בעניין גנז, בע"א 790/97 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' אברהם גדי.⁹² נקבע שההלכה בעניין גנז אינה חלה על "התנגשות כלכלית" – להבדיל מ"התנגשות קניינית" – היינו היא אינה חלה על מקרה שבו הרוכש הראשון מתעמת עם מעקל מאוחר, כמו בעניין בנק אוצר החייל, להבדיל מעימות עם רוכש זכויות אחר. נקבע, כי עצמת הציפיות הנמוכה של נושה-מעקל אינה דורשת התחשבות מיוחדת, וכי אין להטיל על הרוכש הראשון אחריות כלפיו (להבדיל מאחריותו כלפי רוכש אחר). ממילא לא כלכל המעקל את מעשיו עם בעל הנכס הרשום על סמך בדיקת הנכס, האשראי שנתן אינו קשור לנכס שבמחלוקת, ואין מקום להתעשרותו בדיעבד על חשבון מי שרכש את הנכס ואף שילם עבורו. בית המשפט השאיר לעת מצוא את השאלה אם יהיה מקום בעתיד לאפשר חריגה מכלל זה.⁹³

שאלה קשה היא, אם תחול ההלכה בעניין בנק אוצר החייל, המעדיפה את זכויות הרוכש, גם במצב של פשיטת רגל או פירוק של הבעלים הרשום. האם יש הצדקה להבחין במקרה קשה זה בין הרוכש ובין נושים אחרים ולתת לו עדיפות, ואולי להחיל את ההלכה גם על רוכש שלא דאג לרשום הערת אזהרה, אף שהרישום היה

אינו שקול כנגד מחדליהם ולא הוא שהביא לידי נזקם. עם זאת פסק בית המשפט העליון, מפי השופטת פרוקצ'יה, כי ייתכנו מקרים שבהם מי שנמנע מרישום הערת אזהרה יחויב בתשלום פיצוי לרוכש מאוחר יותר, אף אם מבחינה קניינית זכותו של הנמנע תועדף. זאת, מאחר שבעל העסקה הראשונה נהג בחוסר תום לב משלא רשם הערה, וגרם נזק לרוכש מאוחר יותר שלא ידע על העסקה הראשונה. בית המשפט ראה בכך השלמה מכוח דיני הנוזיקין של הדין הקנייני הנוקשה יותר, תוך מתן אפשרות לאזן בעזרת הפיצוי הנוזיקי את הפגיעה הקניינית שנגרמה לרוכש המאוחר, שהפסיד את העדיפות בנכס. האיזון המסתמן עשוי להיות נפרד, באמצעות תביעת נוזיקין של בעל העסקה המאוחרת. נדמה לי שיש כאן פיצול לא רצוי. יסודות של תום לב ונוזיקין אמורים אכן לרכך את הנוקשות הקניינית במעמד ההכרעה בשאלה, למי הקניין (בין באמצעות שיתוף בנכס ובין באמצעות תשלומי איזון). מוטב שבתי המשפט יתמודדו במישרין עם הלכות כגון עניין רוז, לעיל הערה 90 (לפיו הרוכש המוקדם אינו חייב לרשום הערת אזהרה), וימנעו תוצאה קניינית המתנגשת בצדק. אולם יש להיזהר מפיצול אותו אירוע עצמו ומתן החלטות נפרדות: קנייניות, נוזיקיות ומתחום "עשיית עושר". פיצול דומה מעיב גם על תחומים קרובים: הקניין הרוחני הבלתי מוגן, זכויות שידור ועוד. אין ספק שתוצאות פסק הדין בעניין ויינברג הן מוצדקות. בנסיבות המקרה, ההפרדה בין הדינים גם נובעת משינוי ההלכה הדרמטי מאז שהמקרה נדון בראשונה בבית המשפט, אולם המודל הרצוי הוא התמודדות ישירה עם דין הקניין לצורך ריכוזו, באמצעות סיוג עדיפות הרוכש הראשון במקרה שבו יכול היה לרשום הערת אזהרה ונמנע מלעשות פעולה פשוטה זו. בכך אכן עדיפה התשובה שנותן הקודקס לבעיה.

⁹² טרם פורסם (להלן: עניין גדי).

⁹³ לחיזוק ההלכה בעניין גדי, שם, תוך הדגשת הקושי הראייתי המוטל על מעקלים הטוענים לחוזה רכישה פיקטיבי, ראו ע"א 521/03 חברת יואב קין בע"מ (בפירוק) נ' עזובן המנוחה קושניר ז"ל (טרם פורסם) (להלן: עניין המנוחה קושניר). בית המשפט המחוזי העדיף מעקל על פני מקבלי מתנה, בלא תמורה וכשמקבלי המתנה לא פעלו להשלמת עסקת המתנה ברישום או להגנה על זכותם לפחות באמצעות רישום הערת אזהרה. ראו ה"פ 322/04 (ת"א) הולנד ישראל בע"מ נ' לניאדו (טרם פורסם).

בר ביצוע, או שמא יש להעדיף את שוויון הנושים במצבי אינסולבנטיות?⁹⁴ ואולי תחול ההלכה בעניין גנז, שצמצמה את הלכת בנק אוצר החייל, גם במצב של פשיטת רגל (אף שהלכה זו אינה מגבילה את עדיפות הרוכש המוקדם, שהתירשול ברישום הערה לזכותו, כלפי מעקל)? פשיטת רגל היא סיטואציה של "סוף הדרך" מבחינת כלל הנושים והרוכשים הנצים, כולם בבחינת נושים, ואין די נכסים לחייב כדי לסלק את כל החובות. האם אין להעדיף חלוקה שוויונית לעומת מצב של "הכול (לרוכשים) או לא כלום" (ליתר הנושים)?

שאלה קשה נוספת היא אם ההלכה בעניין בנק אוצר החייל תורחב עוד יותר. האם הסתמכות רוכש משכון (להבדיל מרוכש בעלות במקרקעין), למשל, תביא לידי התגברותו על נושים אחרים, גם בהיעדר רישום המשכון, לרבות במצבים של פשיטת רגל ופירוק? ומה בדבר משכון זכויות במקרקעין או אף משכון מיטלטלין שאינם מוחזקים בידי בעל המשכון או בידי שומר מטעמו? האם זכויותיהם יגברו, על אף היעדר הרישום, שוב, בשל הציפיות החלשות של נושים לא מובטחים ובאין הסתמכות ישירה שלהם על הנכס הספציפי? או שמא יש לסייג את עדיפות הנושה (המקצועי לרוב), שלא רשם משכון, לנוכח החתירה לחלוקה שוויונית במצבים של חדלות-פירעון?⁹⁵

3. התמודדות הקודקס עם בעיית הפיגור במרשם והתאונות המשפטיות בעקבותיו

דרישת הרישום מופיעה כמובן גם בקודקס.⁹⁶ ההוראות בעניין תחרות הזכויות רוכזו ונוסחו מחדש, בצורה מסודרת יותר.⁹⁷ דומה, שיש שיפורים מסוימים. בסוגיית המחאת זכויות, למשל, לעומת נוסח סעיף 4 לחוק המחאת חיובים, תשכ"ט–1969, נוסף עתה התנאי הרגיל בתחרות זכויות, המתנה את עדיפות רוכש הקניין בכך שהרכישה נעשתה

94 לניתוח מפורט ראו בהט, לעיל הערה 4, בע' 493–504 (נכתב לפני עניין גנז); השוו דויטש, לעיל הערה 10, בע' 340–345. לדעות שונות שכבר הועלו בעניין זה, בפסיקה ובספרות, ראו לעיל הערה 10; בהט, לעיל הערה 10 (המאמר במקרקעין), בע' 8–14. העדפת שוויון הנושים תושג בין בשל אי-תחולת ההלכה בעניין בנק אוצר החייל במקרה כזה והחלת הכללים הרגילים בפשיטת-רגל בגלל עצמת המחלוקת והיות ההליך "סוף הדרך" לכלל הנושים והרוכשים הנצים, ובין באמצעות החלת ההלכה בעניין גנז. ייתכנו הבדלים בתוצאות. דעה שונה נוספת הובעה באחרונה, ולפיה אין מקום להבחין בין פשיטת רגל ובין עיקול. ראו דגן, לעיל הערה 10, בע' 234–235.

95 לתשובות שונות בעניין זה, ראו דויטש, לעיל הערה 10, בע' 366–367 (גישה מרחיבה); זנדרברג, לעיל הערה 50, בע' 997–1000 (מעלה את השאלה); בהט, לעיל הערה 10 (המאמר במקרקעין), בע' 14–17; זלצמן וגרוסקופף, לעיל הערה 48, בע' 116–117 (לנושים הלא-מובטחים אין אינטרס לגיטימי). השוו למצבים שאינם של חדלות פירעון אלא כלפי מעקלים: ה"פ 2247/03 (י"ם) רשף נ' יוסף (טרם פורסם); עניין גדי, לעיל הערה 92.

96 סעיף 712 לקודקס.

97 סעיפים 584–588 לקודקס. וראו דויטש, לעיל הערה 52, בע' 129–131.

בתום לב ובתמורה.⁹⁸ עדיין לא ברור לגמרי, מתי ייחשב הסכם רכישה להסכם המקנה זכות גמורה במקרקעין לא רשומים, ומתי מדובר רק בהקניית התחייבות נוגדת בנוגע לנכס מקרקעין.⁹⁹ בעקבות עניין גנז, הקודקס מציע ריכוך דומה של סעיף 9 לחוק המקרקעין, כאשר הזכאי הראשון "התרשל באי רישום הערת אזהרה". עם זאת יישארו שאלות פתוחות, בעיקר משום שלא הובהרו השאלות העקרוניות שהעליתי לעיל, בעניין התחרות של רוכשים קודמים עם נושים – בין מעקלים (עניין שכבר הוכרע) ובין כלל הנושים בפשיטת רגל ובפירוק (עניין שטרם הוכרע). אין מקום להסיק את התשובות לשאלות כה עקרוניות, שכבר התעוררו, משתיקת הקודקס. אכן, ועדת הקודיפיקציה החליטה להימנע מלנקוט עמדה בשאלה האמורה, של תחרות בעת פשיטת רגל, ולראותה כמשתייכת לדיני פשיטת הרגל. לכן נמנעה מלדון בכל הסוגיה של "זכויות שביושר" לעומת זכויות הנושים, ואף בעניין שכבר הוכרע בהלכה בעניין בנק אוצר החייל בדבר תוקפן לעומת זכויות מעקלים ושהוועדה הסכימה לראותו כמוכרע.¹⁰⁰ ההחלטה להימנע מלהסדיר במפורש את כל הסוגיה, משום דבקות במיון לענף משפטי זה או אחר, הנה מלאכותית ופוגעת ביעילות. לא הייתי מציע להסתפק בעקרונות כלליים של תום לב לאחר שהנושא זכה להסדר מפורט.

הקודקס גם אינו קובע את הסייג שהוזכר בהלכה בעניין גנז ובהלכה בעניין גדי. מדובר בסייג להלכה בעניין גנז, ולפיו כאשר הטענה כלפי הרוכש המוקדם, בדבר אי-רישום הערת אזהרה על ידיו, נטענת על ידי רוכש מאוחר, שנמנע בעצמו מלרשום הערת אזהרה, מושקת הרוכש המאוחר מלטעון זאת או מוחזק כנגוע בחוסר תום לב נגדי. בעניין גדי העיר על כך השופט ריבלין.¹⁰¹ חברי ועדת הקודיפיקציה נחלקו בדעותיהם, ועל כן השאירו בלא הכרעה את עניין הסייג הזה.¹⁰²

לדעתי, תהליך הקודיפיקציה מהווה הזדמנות לבחון מחדש את הדין הראוי. בית המשפט כבר עשה את "המהפכה" כשהתנער מפרשנויות כובלות בעניין "ביטול הזכויות שביושר" שנקבע בסעיף 161 לחוק המקרקעין, ובעניין היחס בין הוראת סעיף 9 לחוק המקרקעין לבין האפשרות לרשום הערת אזהרה לפי סעיף 126 לחוק המקרקעין. כעת ניתן היה לעדן את ההלכה עוד יותר, ברוח העקרונות הכלליים של

98 סעיף 585(3) לקודקס.

99 לגישות שונות בעבר ראו, למשל, עניין נס, לעיל הערה 79; ע"א טקסטיל ריינס בע"מ נ' רייך, פ"ד נג(2) 218; ע"א 2328/97 כוכבי נ' ארנפלד, פ"ד נג(2) 353 (להלן: עניין כוכבי); עניין גנז, לעיל הערה 17.

100 דויטש, לעיל הערה 52, בע' 132.

101 עניין גדי, לעיל הערה 92. בעניין גנז סבר השופט ברק (אגב אורחא), שנטל רישום כזה אינו הכרחי. באחרונה, בעניין המנוחה קושניר, לעיל הערה 93, נטתה השופטת ביניש לדעה, שבנסיבות המקרה (שבו הרוכש המאוחר רכש זכויות משכון) יש לייחס משקל להיעדר רישום הערה על ההתחייבות למשכנתא ולראות את היעדר הרישום כאחד הגורמים המצדיקים את השתקת הרוכש המאוחר מטענתו כלפי הרוכש המוקדם בעניין אי-רישום הערה.

102 בסעיף 588(ב) לקודקס הוצעו שתי אופציות.

תום לב, מניעת תאונות משפטיות ויחסיות הקניין. סעיף 9 לחוק המקרקעין ראוי לבחינה מחודשת. ייתכן שיש מקום לחלק באופן אחר במקרים בעייתיים את הסיכון בין רוכש מוקדם לרוכש מאוחר. עניין גנז השאיר את העדיפות של הרוכש הראשון רחבה מדי (לאור החריגים הרבים לנטל רישום ההערה). גם המחוקק וגם הפסיקה צריכים להימנע מנוקשות חדשה, שתחליף את הכללים הנוקשים הישנים של ההלכה בעניין בוקר. כשלא ניתן לרשום הערת אזהרה, למשל, וכששני הרוכשים לא התרשלו, יש מקום לשקול חלוקה של הסיכוי ביניהם (באמצעות שיתוף בנכס או בתמורתו, תשלומי איזון וכדומה). הדבר ימנע את התוצאה הקניינית הנוקשה של "הכול או לא כלום".¹⁰³

הקושי הגדול האחר נעוץ בעיני בכך שהקודקס מסכם, פחות או יותר, את הפסיקה האחרונה, ואינו מנסה לצמצם את מספר בעיות התחרות שיצוצו בעתיד. האמצעים לצמצום הבעיות שעלולות להתעורר בעתיד נסקרו בפרק 17 לעיל, ועיקרם האצת המרשם, רישומים זמניים, שיפור מבני בפעולת מינהל מקרקעי ישראל, שינוי שיטת המיסוי, המעכבת עסקות שניתן לסיים, שקילת הגבלת האפשרות להתנות על רישום הערת אזהרה וכדומה.

הקודקס גם אינו פותר כאמור את בעיית היחס בין רכישת זכות משכון שלא נרשמה לבין מעמד כלל הנושים בפשיטת רגל ובפירוק. שאלה זו ערכית בעיני, ואין להסתפק לצורך פתרון בהיקשים מההלכות בעניין בנק אוצר החייל, בעניין גדי ובעניין גנז.¹⁰⁴ יש לבחון אותה לאור שיקולים ערכיים ושיקולי יעילות, ולהכריע אם ראוי לתת עדיפות מלאה ואפילו מוגברת לנושה המובטח, גם כשנמנע מרישום משכון אצל רשם המשכונות או רשם החברות, תהליך קל מרישום אצל רשם המקרקעין) – ולהותיר את כלל הנושים האחרים חסרי סיכויי גבייה. בהכרעה זו דנתי גם בהקשרים אחרים בפרקים אחרים (בייחוד בפרקים ב ו-ג לעיל). עוד נפרט בעניין זה בפסקה 4 להלן.

4. משכון שביושר

אני מבקש להתייחס לדוגמה של משכון זכויות במקרקעין לטובת נותן אשראי (ובוודאי למשכון זכויות לקבלת נכסים אחרים). אני חושש שההלכה בעניין בנק אוצר החייל (כפי שנראה, היא הוזכרה גם בעניין זה) מתרחבת לשטחים רחבים מדי. לעתים יישומה יהיה מורכב ויוביל אותה אל מעבר לגבולותיה הרצויים. מן הראוי שהקודקס יסדיר ויבהיר גם את העניין הזה.

¹⁰³ ראו בהט, לעיל הערה 4, בע' 479–482, 490–492; הראל, לעיל הערה 86, בע' 12–13; בהט, לעיל הערה 86, בע' 7–8. יתר על כן, ייתכנו מצבים בהם יש לייחס לרוכש הראשון נטל נוסף, נניח סימון דירתו בשילוט, במיוחד בעת העדרו מהארץ.

¹⁰⁴ לשאלה זאת ראו להלן פרק 4ד.

כאשר רוכש קרקע עדיין אינו יכול לרשום את הנכס על שמו בטאבו ולרשום משכנתא לטובת הבנק, מקובל לרשום משכון על הזכויות החוזיות בצירוף הערות אזהרה לטובת הרוכש ולטובת הבנק. פסיקה קודמת שללה את האפשרות לקיומה של "משכנתא שביושר" בלא רישום משכון.¹⁰⁵ בנייתו נניח מקרה שבו לא ניתן לרשום הערות אזהרה.

לפי ההלכה בעניין בנק אוצר החייל, לכאורה לא צריך לרשום את המשכון כדי להשיג עדיפות על פני הנושים הרגילים, המעקלים. די בעצם ההסתמכות של הנושה על הזכויות החוזיות בנכס. רישום המשכון נחוץ רק כלפי הנושים המובטחים.¹⁰⁶ לכאורה אפשר להרחיב את תחולת זכויות היושר הללו ולהחילן על כל משכון, לא רק במקרקעין, כהרחבה של ההלכה המקורית של בנק אוצר החייל, אולם הרחבת התחולה אינה עולה בקנה אחד עם סעיף 4(3) לחוק המשכון, לפיו יש תוקף למשכון שלא נרשם (ושלא הופקד) רק כלפי נושה שידע או היה עליו לדעת עליו. אכן, בעבר עלתה הצעה להתאים את חוק המשכון להלכה בעניין בנק אוצר החייל, ולבטל את דרישת הרישום כשמדובר בתחרות בין נושים רגילים (שאינם מסתמכים במישרין על הנכס כמו רוכש זכויות משכון).¹⁰⁷

לדעתי, בחינה ערכית של הדברים מחייבת הבחנה בין רכישת נכס ובין משכון. כנגד הציפיות וההסתמכות של בעל משכון, שהוא לרוב נושה מקצועי, יש מקום להחיל עליו חובה למנוע תאונה משפטית באמצעות פעולה פשוטה של רישום משכון. אין צורך להרחיב את ההלכה בעניין בנק אוצר החייל לצורך הגנה על בנק שהתעצל לרשום משכון (גם כאשר לא ניתן היה לרשום משכנתא או לפחות הערת אזהרה), או שהתרשל, או שביקש לחסוך את עלות הרישום. ייתכן שאין מקום להרחיב את ההלכה אפילו במקרי תחרות עם מעקלים, ובוודאי במצבי פשיטת רגל או פירוק, כפי שהוזכר קודם לכן. אמנם נושים רגילים לרוב אינם בודקים את מצב הנכס במרשם שעבודים, אך לעתים הם עושים זאת. הנושים הרגילים נמנעים מלרשום משכון לטובתם, לא רק משום שאינם מסתמכים על נכסי החייב אלא גם בשל כוח המיקוח החלש שלהם. הם אכן חשופים למשכון מאוחר יותר וגם לדילול הסתמכותם על רכוש החייב בשל

105 ע"א 277/73 כונס הנכסים הרשמי נ' "טפחות" בנק משכנתאות לישראל בע"מ, פ"ד כט(1) 83.

106 השו"ה"פ (י"ם) 2247/03 רשף נ' לוי (טרם פורסם) (פסק דינו של השופט בעז אוקון). לפי פסק דין זה לכאורה בנק, שהתחייבו לרשום משכנתא לטובתו, גובר על מעקל מאוחר, אלא אם כן הבנק לא רשם הערת אזהרה והשתהה ברישום המשכנתא. להלכה השונה בבית המשפט העליון, ההלכה בעניין גדי, בעניין אי-תחולת ההלכה בעניין גנו על תחרות עם נושים-מעקלים, ראו לעיל פרק ד. אולי יש להבחין בין מקרה של תחרות בין נושים בלבד כפסק דינו של השופט אוקון (בעל משכנתא כנגד מעקל) ובין תחרות בין רוכש לבין נושים וליישב בכך את הסתירה בין שתי הפסיקות?

107 דויטש, לעיל הערה 10, בע' 367–368. מאוחר יותר היה פרופ' דויטש פסקני פחות בעניין סוגיית ההגנה על המשכנתא האובליגטורית: ראו מיגל דויטש "ביצור ההגנה על הרוכשים", גלובס, דין וחשבון 20.12.04. שם הוא סיכם שיש צורך בעיון נפרד בסוגיה זו. השוו זנדברג, לעיל הערה 50, שם; בהט, לעיל הערה 10 (המאמר במקרקעין), בע' 14–17.

חבויות נוספות שיקבל החייב עליו. לעתים הם מוכנים בכל זאת להסתמך, מחוסר ברירה, על בדיקת השעבודים. כאשר האשראי שהם נותנים אינו ניתן לתקופה ארוכה מאוד, הם מוכנים, למשל, להסתכן שלא יהיה שינוי גדול בזמן הקרוב, אולם אין צורך לבטל כליל את הסתמכותם על הרכוש ולחשוף אותם לסיכון שיתגלו שעבודים שנוצרו בעבר אך לא נרשמו.

לדעתי, יש למתן את ההגנה על רוכשי משכון, כאשר הוא לא נרשם, על פי העקרונות אשר אומצו בהלכה בעניין גנז. חובת תום הלב או חובת הזהירות, כמו גם האחריות החברתית של הבנק, מחייבים לרשום את המשכון כתנאי למתן עדיפות לבנק. רישום משכון זכויות הוא פעולה פשוטה, שאינה כרוכה בקשיים המבניים המאפיינים את מרשם המקרקעין.

סוגיה זו מתקשרת גם לשאלת מדיניות רחבה יותר, עד כמה מוצדקת העדיפות המוחלטת של נושים מובטחים – אפילו משרשמו משכון – בפירוק ובפשיטת רגל. בפרק 3 לעיל הראיתי שאין הצדקה עניינית לתת עדיפות מלאה כזאת. עקרון העדיפות המוחלטת ראוי שיצומצם בעניין שעבודים באופן כללי, אך ייוותר על כנו בעניין בנק שקיבל ביטחונות מיוחדים להבטחת אשראי התורם להשבחת נכס, בשיטת מימון בנייה מסוג ליווי בנקאי לפרויקט – שאז עדיפותו המוחלטת מוצדקת.¹⁰⁸

מכל מקום, לא מתקבל על דעתי, שהלכה שנועדה לפתור מצוקה של רוכשי דירות נהפכת למגן לנושים מובטחים שלא נזהרו מספיק. אין להחיל הלכה זו על מקרי אי-רישום משכון, שאינו נוגע למקרקעין, רישום פשוט וחסר עיכובים (שלא כמו במרשם המקרקעין).

קיימת באחרונה נטייה לגרוע מכלל הפומביות: מצד אחד, ביטל כביכול בית המשפט העליון¹⁰⁹ או – להערכתי – צמצם את ההלכה בעניין קולומבו ונתן בפשיטת רגל ובפירוק עדיפות למוכר נכס שלא קיבל את מלוא התמורה, אף שלא רשם משכון. בו בזמן, ההלכה בעניין בנק אוצר החייל מקנה עדיפות לקונה שלא רשם את זכותו בטאבו. ואני שואל: האם "יושר" בדיני היושר אין פירושו גם שוויון? ואם עסקינן בדיני היושר – גם דיני פשיטת רגל ופירוק הם דינים של יושר, ובדינים אלה יש מקום חשוב ביותר לחלוקה השוויונית. בדינים אלה רוכשים, שעדיין לא הושלם ביצוע החוזה אתם, נחשבים לרוב כנושים רגילים.

יש אפשרויות שונות לפיתוח ההלכה. כיוון שמדובר לא בזכות קניינית של ממש, אלא בזכות חוזית מעין-קניינית, בית המשפט יכול לקבוע את גבולות עדיפותה לעומת זכויות נושים אחרים לפי מדיניות ערכית. מחוקק הקודקס חייב בוודאי לעשות זאת. בדיני פשיטת רגל ופירוק ידועה המחלוקת, עד כמה מתאים מגרש פשיטת הרגל לשינוי של זכויות קניין המוכרות מחוץ לתחום פשיטת הרגל. הוויכוח

108 בהט, לעיל הערה 4, בע' 515–516. וראו בהט, לעיל הערה 39.

109 עניין קידוחי הצפון בע"מ, לעיל הערה 48.

נובע, לרוב, מהצורך לבחור בין התמקדות ביעדים של יעילות כלכלית ומקסום ההחזר לבעלי הזכויות (תוך הפחתת תמריצים שליליים) לבין חלוקה המתחשבת גם בערכים סוציאליים וערכיים.¹¹⁰ עמדתנו נובעת מההשקפה הריאליסטית, שניתן לעדן את הדין הכללי, כאשר הוא עובר בפריזמה המיוחדת של החלוקה בפשיטת רגל. בתי המשפט יכולים לתקן את התוצאות הקשות של החלוקה הקניינית הבינארית, אשר תוצאותיה בעייתיות במקרים מסוימים של פשיטת רגל.¹¹¹ גישתי מבוססת גם על האופי הלא-מושלם של זכות הקניין המיוחדת שמקנים סעיף 9 וסעיף 12 לחוק המקרקעין.¹¹² על כן זהו מקרה מיוחד המצדיק חזרה לעקרון השוויון.

אני מציע לזכור, שאחד מעקרונות דיני היושר באנגליה היה: equality is equity, ואכן דיני פשיטת הרגל והפירוק מעוגנים בדיני היושר. השאיפה להבטיח את שוויון הנושים היא עיקרון בסיסי ויסודי בהליכי פשיטת רגל ופירוק, בכפוף לחריגים מפורשים בחוק. גם חריגים אלה מפורשים בצמצום, ופעמים רבות עקרון שוויון הנושים מטה את זכויותיו של הנושה המועדף אל נקודת המוצא של החלוקה השוויונית. כאמור, ניתן לראות בהקפדה על מילוי כל הדרישות כשמדובר בנושים מובטחים מעין "תיקון חלוקתי" בידי בתי המשפט, שמחזיר חלק מהרכוש לרשותם של כלל הנושים.¹¹³

יהא אשר יהא הפירוש המשפטי הנכון, אין להשאיר סוגיה כזו לפרשנות בתי המשפט, והקודקס חייב להתייחס אליה. יש לבחון אותה לאור כללים של אחריות חברתית, של הכוונת התנהגות באופן המעודד את הגברת הפומביות, ובעיקר לאור שיקולי ערכיות ושיקולי יעילות, ולהכריע אם לתת עדיפות מלאה ואפילו מוגברת לנושה המובטח (גם אם נמנע מרישום משכון אצל רשם המקרקעין, תהליך קל מרישום אצל רשם החברות) – ולהשאיר את יתר הנושים חסרי סיכויי גבייה. בשאלה העקרונית של עדיפות הנושה המובטח עסקנו בפרק ב לעיל. גם בעניין זה אני מבקש לציין את סלידתנו מחלוקה בינארית ומכללים נוקשים.

110 ראו לעיל הערה 12.

111 ראו: Warren, *supra* note 12; Jackson, *supra* note 12; Scott, *supra* note 12; בהט, לעיל הערה 13, שם.

112 להבדיל ממקרים מובהקים יותר, של זכויות נושים מובטחים בפשיטת רגל ופירוק, שגם בהן מנסים לעתים לקצץ. על הצעות לחקיקה בעיקר בעניין זה ראו לעיל פרקים 33 ו-34. לצורך ההבחנה בין זכות הקניין לפי סעיפים 9 ו-12 לחוק המקרקעין ובין זכויות קניין מלאות, אפשר היה לקבוע, כי מדובר ב"תחנת-ביניים" בין חיוב לקניין (ראו דויטש, לעיל הערה 20, בע' 61), אולם ניתן ליישב זאת גם בעזרת ה"מעין זכות קניין", כלשונו של הנשיא ברק בעניין בנק אוצר החייל (פסקה 24). הנשיא אמנם קבע שם, שהזכות "פועלת כלפי כל אדם, למעט קונה בשוק הפתוח או קונה (שני) מהמוכר שרכש בעלות בהיותו בתום לב", אולם באותו מקרה לא נצרך בית המשפט לדון במקרה המיוחד של פשיטת רגל, וייתכן שבעתיד יורחבו החריגים. ממילא עולה מפסק הדין, שהזכות המיוחדת הזו אינה זהה בתכונותיה לזכות שביושר המקורית, האנגלית, ולעדיפויותיה (ועל כן אין להזדקק דווקא לדין האנגלי לעניין העדיפות בפשיטת רגל).

113 ראו בהט, לעיל הערה 13, בע' 23–25.

משקלה של רכישת זכויות משכון לא בהכרח שווה למשקל רכישת בעלות (כפי שגם למתנה ניתן להתייחס באופן אחר).¹¹⁴ המשכון שביושר מהווה מקור אפשרי נוסף להסברת עדיפותו של המוכר, שכן גם מי שרואה בו נושה, עשוי לראותו כמי שבאמצעות הסכם שימור הבעלות רכש זכות שביושר, שיש לה בדרך כלל עדיפות כלפי נושים אחרים. בעניין זה דנתי בפרק ג לעיל. ניסיתי לשכנע שם, כפי שכבר ציינתי במקום אחר,¹¹⁵ כי אין מקום להרחיב את המושג "זכויות שביושר" מעבר לרקע שבו צמח מחדש בעניין בנק אוצר החייל, הנובע מהפער בין מרשם המקרקעין לבין המציאות. מכל מקום, אין להכיר בעדיפותו של מוכר-נושה, שלא טרח לשכלל את המשכון שרכש, בהליכי פירוק ופשיטת רגל. הרחבה כזו משמעותה, כאמור, היא מתן עדיפות מלאה לאחד הנושים, מכובדת ציפיותו ככל שתהיה, למרות הציפיות של כלל הנושים לחלוקה שוויונית בהליכים סופיים אלה.

5. הערות מסכמות לעיצוב דיני תחרות לגבי מקרקעין בקודקס

בפרק זה הצבעתי על ליקויים רבים בהתמודדות הקודקס עם התחרות במקרקעין. מרבית דיני התחרות דנים בתחום זה, משום שמקרקעין הם נכס הנתון במחסור, נכס יקר יחסית, הנחשב מוערך ונחשק. תרומה חשובה לא פחות למורכבות דיני התחרות במקרקעין מספקים הקשיים הנובעים ממגוון סוגי הסטטוס של רוכשי מקרקעין כלפי אדמתם או דירתם. סוגים אלה נוצרו עקב תהליכים מיוחדים של רכישת קניין שהתפתחו במרוצת הזמן. ראינו כי למרות ההתלהבות הראשונית עם כניסת חוק המקרקעין לתוקפו, ולמרות ניסיונות להדבקת הפער, לא הצליחה המציאות המנהלית להשליט מרשם מקרקעין אמין ומקיף.

התוצאה הותירה אי-ודאות גדולה בנוגע לעסקות במקרקעין. עורכי דין המתמחים בנושא טוענים לעתים שעקב הפסיקה הענפה והלא יציבה בשנים האחרונות, שכביכול נועדה לצמצם את הפער בין מגמות החקיקה למציאות, אף גברה אי-הודאות.

114 את יכולת בית המשפט לרכך את ההלכה בעניין בנק אוצר החייל, ממחיש פסק דינה של השופטת אילה פרוקצ'יה בדעת מיעוט בע"א 1516/99 לוי נ' חיג'אזי, פ"ד נה(4) 730 (השופטים ברק וזמיר השאירו את הדיון בעניין זה בצריך עיון). באותו מקרה מצאה השופטת פרוקצ'יה לנכון שלא להחיל את העדיפות בשל הזכות ה"מעין-קניינית" בנסיבות העניין. השופטת העלתה את השאלה אם "הרציונל האמור בפרשת בנק אוצר החייל, שהביא לייחוס זכות 'מעין קניינית' לקונה בעסקת מכר מקרקעין, פועל באותה מידה גם מקום שמדובר בעסקת מתנה למקבל מתנה, והאם גם בעסקה כזאת עשויה זכותו של הנהנה מהסכם המתנה לגבור על זכות נושהו של נתן המתנה, אשר הטיל עיקול על הנכס, נשוא המתנה". השופטת פרוקצ'יה העדיפה לשקול את הציפיות הלגיטימיות, המולידות את הזכות הראויה להגנה, של שני הצדדים ולשקול את עצמתן היחסית. בחינה של נסיבות המקרה הקונקרטי הביאה אותה, מסיבות שונות, לידי ייחוס משקל רב לנושים, מעקלים אחרים, של החייב חדל הפירעון, לעומת משקל הבנים מקבלי המתנה, שגם לא מיהרו להשלים את זכויותיהם באמצעות רישום (שהיה אפשרי בנסיבות המקרה).

115 בהט, לעיל הערה 10 (המאמר במקרקעין), בע' 14–17.

מה תהיה תרומת הקודקס בעניין זה? לאחר הדיון בפרק זה, הגעתי לכלל מסקנה, כי היא לא תהיה רבה. הקודקס ממייץ במיומנות את הפסיקה האחרונה, שחלקה נדון לעיל, כמעט אינו סוטה ממנה. בנקודות מסוימות אף משאיר שאלות פתוחות. דעתי היא, כי טיפול כזה הוא אולי מלומד ומעשיר, אך לא יוכל להתגבר על הכשלים שהצבעתי עליהם, על הפער המתמשך בין מפת הזכויות במקרקעין, כפי שהיא משתקפת במרשם, לבין העסקות הנעשות בשטח, שאינן מצליחות להיות מושלמות ולקבל ביטוי מדויק במרשם. ראינו כל עוד זה המצב, יהיו בעלי הקניין, הרוכשים, המממנים, עורכי הדין שלהם וחברות הביטוח המבטחות אותם נתונים בסיכונים רבים.

אִי־היכולת לשקף את המציאות, בשל היעדר מרשם אמין ומהיר, יוצר גם את הפער בין ההסדר הנורמטיבי שנקבע בקודקס בתחום דיני התחרות לבין המציאות המנהלית. קיום מרשם אמין ומקיף הונח בקודקס כבסיס לעיצוב דיני התחרות. הבסיס הזה לא השתנה מאז כניסתו לתוקף של חוק המקרקעין. הדרישה להשלמת עסקה ברישום לא שונתה, אלא שבעקבות הפסיקה, שהתגמשה לבסוף, גם הקודקס מוכן להכיר ב"זכויות שביושר תוצרת הארץ", וחוזר על הכללים שפותחו בפסיקה בעניין התחרות בתאונות משפטיות (בעיקר עסקות נוגדות) ובתאונות כלכליות (תחרות עם נושים-מעקלים). זה מעט ומאוחר מדי לדעתי.

טענתי היא, שיש לבחור באחד משני כיוונים. כיוון אחד מחייב מלחמה רצינית בבעיה המנהלית: בהמשך קיומן של מאות אלפי יחידות דיור שטרם עברו הליך של פרצלציה ורישום נפרד, בעיקר מקרקעי המדינה; באִטיות הליכי הפרצלציה; באי־ההכרה המשפטית במרשמים זמניים של החברות המשכנות או של מינהל מקרקעי ישראל; באִטיות שומת מיסוי המקרקעין המעכבת גם רישום עסקות שניתן לרשום אותן מהר יותר (גם של נכסים שכבר עברו רישום נפרד); בהשלמה עם היעדר האפשרות או היעדר הנכונות לאפשר רישום של הערות אזהרה במקרים רבים וכדומה. הכיוון האחר הוא השלמה עם היעדר היכולת של המחוקק להילחם בתופעות אלו. במקרה כזה, הדין צריך להתאים עצמו למציאות שנוצרה. אולי יש מקום להפריד בין סוגים שונים של דיני מקרקעין, לפי מצב רישומם של הנכסים. נורמות משפטיות יכולות להיות מוצלחות מבחינה תיאורטית, אך נפער פער בינן לבין המציאות הבעייתית. התאמתן המלאכותית המאוחרת באמצעות סייגים וכללי משנה רבים, בקודקס ובפסיקה שתפרש אותו, הופכת אותן מהר מאוד לסבוכות מדי ומסוכנות לציבור.

באופן מעשי, בחירה באפשרות הנלחמת פחות, הטובה פחות, מחייבת בכל זאת כמה התאמות למציאות. באותם מקרים שבהם אין מדובר, למשל, במקרקעין ממש אלא בזכות לגבי מקרקעין,¹¹⁶ למעשה נרכשות זכויות בנכסים בלי שיתאפשר בשנים

116 לאפשרויות השונות בפסיקה, ראו לעיל הערה 99.

הקרובות רישום נפרד של היחידות על שם בעליהן. דומה שיש לראות בעסקות אלה רכישת זכויות, לעתים באמצעות המחאת זכויות, ולא דווקא רכישת מקרקעין. כל עוד אין כופים על מינהל מקרקעי ישראל ועל אחרים לנהל מרשמים בני פיקוח, שגם יוכרו כדין, וגם לאפשר רישום הערות אזהרה ולא לאפשר התנאה על כך, אין טעם להתייחס לעסקות הכפופות למשטר כזה כאל חיובים נוגדים בקשר למקרקעין, ואין טעם לסבך את הדין באמצעות הטלת נטלים להשלמת הרישום או לעתים אף לרישום הערת אזהרה.¹¹⁷ כבר עתה מסתמן שנחוץ פירוט רב יותר של הסעיפים הכלליים, כגון סיוגם למקרים שבהם לא ניתן היה לרשום הערת אזהרה, שבהם זכאי מאוחר אף הוא לא רשם הערה וכדומה.¹¹⁸ הסיכוך נראה מיותר. הכרה בכך, שלמעשה אין מדובר במקרקעין אלא בזכויות, תמריץ אולי את המחוקק ואת המינהל למצוא פתרונות תשתית טובים יותר לרישום (כדי שהמקרקעין יהיו ראויים להיות מוערכים כמקרקעין).

בנוסף, אני חוזר על הצעתי לפשט את הכללים באמצעות התנערות מהנוקשות הבינארית של "הכול או לא כלום" (ולהיזהר מפני נוקשות חדשה במקום זאת הישנה בעניין בוקר). כשלא ניתן לרשום הערת אזהרה, למשל, וכששני הרוכשים לא התרשלו, יש מקום לשקול חלוקה של הסיכוי ביניהם. אין להירתע גם משיתוף בנכס או בתמורתו, מפסיקת תשלומי איזון וכדומה. צדק בנסיבות העניין עדיף מחתירה ליציבות שאינה בת השגה ממילא.

שוב אני חוזר לסיטואציה של חדלות פירעון, שהקודקס מתעלם ממנה. גם בעניין זה הצעתי חלוקה שוויונית יותר. סביר בעיני שהרוכשים עדיפים מהמעקלים, אולם הייתי מחלק את הסיכון חלוקה אחרת במקרה של פשיטת רגל ופירוק. אכן, הפסיקה והקודקס מחשיבים מאוד את ההסתמכות של הרוכש על נכס ספציפי. לדעתי, כל עוד לא ישונה הדין בעניין דרישת הרישום (למרות קשיי הרישום), אין מקום לייחס לרוכש ציפייה שאכן יקבל עדיפות מלאה בנכס, גם אם לא הושלמה הזכות ברישום (למעט עדיפות רוכש בתום לב ובתמורה). יש גבול לציפייה הלגיטימית. גם לנושים הכלליים יש ציפיות משלהם. אכן, אין הם יכולים לטעון להסתמכות על נכס ספציפי שלא שועבד להם, כל עוד מנהל החייב עסקים כרגיל, ולכן לא יעמוד העיקול כלפי הרוכש; אולם בעת פשיטת רגל, משלא יעמדו להם לפירעון נכסים אחרים, גם הם מצפים לחלקם ב"עוגה הכללית". מכל מקום, לפחות אין להעדיף על פניהם רוכש ספציפי, כאשר הרוכש היה יכול לעשות פעולות מסוימות לקידום השלמת הרישום, או לפחות לרשום הערת אזהרה, ולא עשה כן.¹¹⁹

שוב יש כאן אפוא הסתייגות ממצב שבו הרוכש, שלא השלים את רכישתו, מקבל הכול, ויתר הנושים אינם מקבלים דבר. בעיני, בפשיטת רגל ובפירוק גם הרוכש הוא

117 השוו סעיף 588(ב) לקודקס.

118 ראו לעיל פרק ד3.

119 היינו בניגוד להלכה בעניין גדי, אני מציע להחיל את עניין גנז גם על "תאונות כלכליות" ולא רק על "תאונות משפטיות", בסיטואציה של חדלות פירעון.

נושה, ונקודת המוצא אמורה להיות חלוקה צודקת – לפחות כל עוד הרוכש לא קידם את מצבו המשפטי ועמד בדרישת הפומביות. בדיני חדלות פירעון לא נוטים בהכרח לדקדק בטיב זכותו החוזית של המתחרה: כל עוד הזכות לא גובשה לכדי קניין, מיטשטש ההבדל בין זכות נושה לקבלת כספים ובין זכות חוזית לקבלת נכס (שאינו סכום כסף). כך הכיר בית המשפט העליון זה מכבר, שבהסדר פשרה של חברה כושלת, ההבחנה בין השניים היא "הבחנה מלאכותית".¹²⁰ כן נקבע, במקום אחר: "בהליך הפירוק נמנים הדיירים עם הנושים הלא מובטחים של החברה, וכל העניין שיש להם בשלב הליכי הפירוק הוא השבת כספם. זה, לכאורה, האינטרס המקביל של הנושים הלא מובטחים".¹²¹ אינני רואה מדוע יהיו הם עדיפים מנושי נזיקין, למשל. ההיגיון הנעוץ בהשוואת הזכויות הוא שממילא אין לבעלי הזכויות החוזיות אלא זכות להשבה ולפיצויים.

ייתכן שהוראה מעין זו אף תמריץ את המחוקק, החפץ בהגנה על רוכשים, לזרז את מציאת הפתרונות המנהליים לקידום הרישום הנפרד של הנכסים. בדומה, בפסקה 4 לפרק זה, הסתייגתי מהפיתוח הפרשני של "משכון שביושר", המקנה העדפה למסתמך על זכויות, לא רק במקרים הנגזרים בהכרח מבעיות המרשם במקרקעין בייחוד בנוגע לרוכשי דירות – הרחבה לטובת מי שקיבל משכון ולא רשם אותו אצל רשם המשכונות, רישום שאין כל בעיה לעשותו. שוב יש להחליט: אם הקודקס מותיר על כנו את מרשם המשכונות ואת דרישת הפומביות, מה הטעם להקנות זכויות מפליגות לנותן אשראי – בדרך כלל בנק – שלא עשה את המינימום הדרוש? כך במיוחד בפשיטת רגל ובפירוק.¹²² אינני רואה מקום להשאיר את המרשם וכללי הפומביות בעינם, ומצד אחר, לפתח דיני יושר החורגים מהם, גם ללא הצדקה מיוחדת. בוודאי לא מוצדק להגן כך על נותני אשראי מקצועיים כמו בנקים, שלמרות אחריותם החברתית לא מילאו את תנאי פומביות הקניין.

ה. סיכום

הבאתי כאן כמה דוגמאות מתחום דיני הקניין, כדי להוכיח שיש מקום להעז יותר ברביזיה של הדין הקיים. כל הדוגמאות נוגעות לסוגים שונים של דיני תחרות, במובנם הרחב. כולן נוגעות לעתים בקו התפר של דיני פשיטת הרגל והפירוק. קראתי להיאבק בתחום זה ברשויות נוספות: באוצר המדינה, למשל, בעניין איטיות שומת

120 ע"א 327/88 שקד קצף, אדריכלים בע"מ נ' נופים, מפעלים כלכליים בע"מ, פ"ד מה(1) 76.
 121 ע"א 359/88 סולל בונה בע"מ נ' ד"ר נאמן כונס נכסים ומנהל של כוכב השומרון עמנואל בע"מ ואח', פ"ד מה(3) 862.
 122 לדעה המסתייגת כליל מהגנה על מעקל, בשל חולשת זכותו, ראו זלצמן וגרוסקופף, לעיל הערה 48, בע' 112–117.

מיסוי המקרקעין, המעכבת השלמת עסקות, וכן בעניין זכויות קדימה לחובות מס. קראתי למאבק בעיכובים הקיימים בתהליך רישום הקרקעות במינהל, ולצורך בהכרה במרשמים זמניים וכדומה. קראתי גם להכרעה כללית חדשה בעניין עדיפות המשכון ואי-השוויון.

דוגמאות אלה באו להראות שבהכנת פרק הנכסים בקודקס ניתן להועיל יותר, באמצעות העזה ובחינת שאלות יסוד ובאמצעות ניסיון לשנות סדרי משפט ואף סדרי מנהל רלוונטיים – ולא להסתפק בתחום המשפטי של דיני הקניין בלבד.

בתחום דיני הקניין יש מקום לבחון מחדש סוגיות הנובעות מהנוקשות המסורתית של "הכול או לא כלום" בדינים אלה. כך, למשל, במקרה שבו רוכש ראשון לא היה יכול לרשום הערת אזהרה, והרוכש השני לא התרשל בבדיקה – הצעתי לחלק את הסיכון בין שניהם. הקודקס אינו צריך להיות רק ניסוח מעודכן של "מהפכה" קודמת, שכבר עברה על הפסיקה, ויש מקום להשתחררות נוספת ומקיפה יותר מכבלים מסורתיים.

הצבעתי בייחוד על הצורך, בכל אותם מקרים שהועלו, בכך שדיני הקניין יעומתו עם דיני חדלות הפירעון. לא ניתן להשלים עם חקיקה בטלאים, שתמשיך לגרום למהפכים בפסיקה (כמו בעבר, בפסקי הדין בעניין בנק אוצר החייל ובעניין קידוחי הצפון בע"מ). התחומים האלה משוועים ליציבות, ומשסוף-סוף התפנה המחוקק להסדיר תחומים מרכזיים של המשפט האזרחי, לא סביר להשאיר עניינים רלוונטיים בלי טיפול, בתואנה שעדיין לא הגיעה שעת הטיפול בדיני חדלות הפירעון.

בפרקים השונים הצעתי הצעות ראשוניות לפתרונות המשולבים הנדרשים, בייחוד במפגש בין דיני הקניין ובין סיטואציות של חדלות פירעון, בעניינים המרכזיים האלה: בחינה יסודית של שאלת עדיפותו המלאה של המשכון; שאלת עדיפותו של המוכר שהבטיח עצמו ב"סעיף שימור בעלות" (או בעסקת ליסינג, במכר חוזר וכדומה); שאלת עדיפות הרוכש שביושר כלפי כלל הנושים; השאלה אם גם רוכש משכון יכול להיות מוגן כבעל זכות שביושר. יש לשים לב להשפעת הפסיקה החדשה על היעדר יכולת הנושים להיזקק לטענה של היעדר פומביות בשני צדי המתנס – כלפי מוכר וכלפי רוכש. לרוב הפרדתי בהצעותי בין נושים ומוכרים בהליכי חדלות פירעון ובין נושים מעקלים. ההצעות הן ראשוניות בלבד, ואינן מתיימרות להציע קודקס חליפי, שכן עדיין נותרה עבודה רבה בצורך לשכנע בבחירת הפתרונות הבסיסיים לשאלות המרכזיות האמורות. לרוב הלכתי בדרכי, המסתייגת מפתרונות של "הכול או לא כלום".

תקוותי היא שמאמר זה יסייע לבחינת המוסדות האמורים. מכל מקום, גם אם הפתרונות יהיו שונים מאלה שהצגתי, צריך להיות ברור, שהיצירה הקודיפיקטיבית המקיפה וההרמונית לכאורה לוקה בהיעדר התייחסות לדינים סמוכים, בעיקר דיני חדלות הפירעון. חשיבות רבה נודעת להשלמתה.