

מישכון שטרות

פרופ' שלום לרנר*

1. שטרי בטחון ומישכון שטרות
2. מישכון שטר ומישכון זכות חוזית
3. מישכון שטר: בין חוק המשכון לפקודת השטרות
4. מישכון שטרות ונכיון שטרות
5. מישכון שטרות במערכת הבנקאית
6. עדיפויות

1. שטרי בטחון ומישכון שטרות

יסודו של השטר בחוזה שנערך בין שני צדדים, בדרך כלל, בין המושך לבין הנפרע. הנפרע רשאי לסחר את השטר, לפני מועד פירעונו או לאחר מכן, והמושך או העושה מתחייבים לפורעו למי שאוחז בו. ככל חוזה, שטר יכול להיעשות על תנאי, במובן סעיף 27 לחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג - 1973¹. ואמנם, לעיתים המושך או העושה מעבירים את השטר לנפרע, אך מתנים את סיחורו או את הזכות להגיש תביעה על פיו, בהתרחשותו של אירוע מסוים (תנאי מתלה) או מסכימים כי זכותו של הנפרע לסחר את השטר או לתבוע את פירעונו תחדל אם יתקיים אירוע מסוים (תנאי מפסיק)². שטר כזה קרוי "שטר בטחון" לעומת השטר הרגיל הקרוי "שטר פירעון". שטר בטחון הוא אפוא שטר בו החייב השטרי מתנה את חיובו בהתקיים תנאי מסוים. למסמך חוזי רגיל יש בעיקר ערך ראייתי, וכאשר תנאי מתלה אינו מתקיים ופלוני פטור ממילוי התחייבותו, אין לו אינטרס של ממש לתבוע מהצד השני את החזרתו של המסמך הכתוב. העובדה שהצד השני מחזיק בעותק של ההסכם, אינה עלולה לגרום לו נזק. שונה הדבר ביחס לשטרות. כאמור, הנפרע מקבל מיידית את שטר הבטחון, ואם התנאי אינו מתקיים, למושך יש אינטרס לקבל את השטר חזרה לידו. אם הנפרע ימשיך להחזיק בשטר, הוא עלול להסב אותו לאוחז כשורה, ולאחרון תהא עילה טובה כלפי המושך. מזווית הראיה הקניינית, אם התנאי לא קיים, החזקתו של הנפרע בשטר אינה כדין, ועליו להחזירו למושך או לעושה. הללו, כבעלים של השטר, זכאים לתבוע את השבתו בעילה קניינית או נזיקית³. קודם לקיום התנאי, הנפרע אוחז בשטר. לפי הגדרת המונח בדיני השטרות, אוחז הוא נפרע או נסב של שטר, המחזיק בו בעצמו או באמצעות אחר⁴. ואולם, עד למועד קיומו של התנאי, ההחזקה בשטר איננה מכוח בעלות. הנפרע אוחז אפוא בשטר לפי דיני השטרות, ומחזיק בו כדין מכוח דיני הקניין הכלליים. כמי שמחזיק כדין שלא מכוח בעלות, ייחשב הנפרע לשומר השטר⁵, ויהא

* הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן. המאמר הוא חלק מספר מקיף על דיני שטרות, העמד לראות אור בקרוב.

- 1 התנאי אינו כתוב על המסמך, אלא הוא חלק מעסקת היסוד. תנאי שנכתב במסמך גופו, עלול לפגוע באופיו השטרי, ראה סעיף 3א לפקודת השטרות [נוסח חדש] תשי"ז - 1957 (להלן - הפקודה או פקודת השטרות).
- 2 אי קיום התנאי משמש כטענת הגנה לחייב השטרי, ראה סעיף 20 לפקודה.
- 3 לעילה הקניינית, ראה סעיף 8 לחוק המיטלטלין תשל"א - 1971, המחיל על מיטלטלין את ההוראה בסעיף 16 לחוק המקרקעין. לעילה הנזיקית של גזל, ראה פקודת הנזיקין [נוסח חדש], סעיף 52.
- 4 למשמעותו של "אוחז" ראה את ההגדרה בסעיף 1 לפקודה.
- 5 ראה סעיף 1א לחוק השומרים תשכ"ז - 1967. על ראייתו של האוחז בשטר כשומר, לפני המועד בו התקיים התנאי, ראה: ע"א 623/88 מ' גולדנברג ואח' נ' המשביר המרכזי בע"מ, פ"ד מד(2) 801, 803.

אחראי כלפי בעליו, המושך, לנזקים שונים שאירעו למסמך ברשלנותו. לאחר קיום התנאי, עוברת לנפרע הבעלות המליאה בשטר, והוא רשאי לסחרו או לתבוע את פירעונו.

המונח "שטר בטחון" משמש בפסיקה לתיאור שני מצבים שונים. לעתים שטר בטחון הוא חוזה על תנאי במובן שעמדנו עליו בשורות הקודמות, ובמקרים אחרים הוא מישכון נכס כמובנו בסעיף 1(א) לחוק המשכון תשכ"ז - 1967 (להלן - חוק המשכון).

כאמור לעיל, כאשר שני צדדים כורתים עסקה כלשהי, עשוי אחד מהם לדרוש שהצד השני ימושך או יעשה לפקודתו "שטר בטחון", להבטיח את קיום חיוביו על פי העסקה. שטר מסוג זה איננו משכון כמובנו של המונח בדיני השעבודים. לפי סעיף 1(א) לחוק המשכון, "מישכון הוא שעבוד נכס כערובה לחיוב; הוא מזכה את הנושה להיפרע מן המשכון אם לא סולק החיוב". מישכון נכס מבטיח את קיומו של חיוב מסוים, באמצעות יחוד נכס של הממשכן, או של אחר, להבטחת החיוב. המשמעות של ייחוד הנכס היא, שאם החוב לא ייפרע, יימכר הנכס הממושכן ופירות המימוש ישמשו לפירעון החוב המובטח. ככלל, כל נכס בעל ערך אובייקטיבי, שניתן למוכרו ולייחד את תמורת המכירה לנושה המובטח, עשוי לשמש כמשכון. מימוש המשכון אינו תלוי ביכולת הפירעון של החייב, וגם אם החייב ייעלם או ייהפך לחדל פירעון, יוכל הנושה המובטח לממש את הנכס הממושכן ולהיפרע את חובו. במצב של חדלות פירעון, מצבו של הנושה המובטח נוח משל הנושים הרגילים, משום שבירו נכס בעל ערך שניתן למוכרו, והתמורה שתקבל תיחוד לפירעון חובו קודם שתעמוד לרשות אחרים.

שטר בטחון במובן המתואר לעיל, איננו נכס שהנפרע, ב', יוכל למוכרו, אם מסיבות שונות לא ניתן להיפרע מא' המושך. השטר הוא התחייבות נוספת של א' לשלם לב' סכום כסף מסוים, ואם א' הוא חדל פירעון, אין ערך מעשי לשטר עליו הוא חתום. לעניין זה אין חשיבות אם א' עשה שטר חוב או משך שיק לפקודת ב'.

ערכו של שטר הבטחון שמסר א' לב', מצוי מחוץ לתחומם של דיני המשכון. משיכת שטר הבטחון נועדה להעמיד לב' עילה שטרית נגד א', לצד העילה חוזית. העילה השטרית מקנה לב' יתרונות שונים, שבאים לידי ביטוי מעשי כאשר א' איננו חדל פירעון. העילה השטרית מאפשרת לב' נגישות ישירה לרשות ההוצאה לפועל, בלא צורך לפנות תחילה לבית משפט מוסמך. כמו כן, השטר מעמיד לרשותו של ב' האוחז בו, חזקות ראייתיות שונות.⁶

במקרים אחרים "שטר בטחון" הוא אכן משכון כמובנו בדיני השעבודים. במקרים אלה, ב' הנפרע אוחז בשטר שנמשך או נעשה לפקודתו על ידי א', במסגרת עסקת יסוד כלשהי ביניהם. לאחר מכן ב' זקוק למזומנים, ולווה סכום כסף מג' וממשכן לו את השטר שברשותו. שטר הבטחון בנסיבות אלה הוא בחוליית ההיסב, הנפרע מסב אותו לנסב כבטחון, ולא בחוליה השטרית הראשונה.

שטר בטחון מסוג זה, הוא משכון כמובנו בחוק המשכון, והוראות החוק יחולו על מישכונו.⁷ בנסיבות אלה ב' ממשכן לג' נכס בעל ערך, את הזכות שיש לו לקבל כסף מא' במועד הקבוע בשטר. אם ב' ייקלע לחדלות פירעון ויתקשה להחזיר לג' את חובו, יוכל האחרון לממש את המשכון ולהיפרע מדמיו. מימוש המשכון יהיה בדרך של הגשת תביעה נגד א' החייב השטרי. הכספים שיתקבלו מא', ישמשו לפירעון חובו של ב' לג'. לנכס הממושכן, הזכות השטרית לקבל כסף מא', יש אפוא ערך, אפילו אם ב' הלווה-הממשכן הוא במצב של חדלות פירעון, משום שג'

6 לפי הסיווג של חוק השומרים, אוחז השטר הוא שומר שכר "שיש לו בשמירתו טובת הנאה אחרת לעצמו" במובן סעיף 1(ג) לחוק. שומר זה פטור מאחריות לאובדן השטר או נזקו, אם יוכיח כי אירועים אלה נגרמו שלא ברשלנותו (סעיף 2(ב) שם).

7 חוק ההוצאה לפועל, תשכ"ז - 1967, סעיף 81א.

8 ראה למשל את חזקת התמורה בסעיף 29(א) לפקודה, ואת חזקת המסירה בסעיף 20(ג), שם.

9 ישנו שטר בטחון במובן שלישי, כאשר ערב חותם על שטר להבטחת חיוב חוזי רגיל. דרך משל, כאשר שמעון הלווה סכום כסף לראובן, ולוי מושך שיק לפקודת שמעון המלווה להבטיח את ההלוואה שניתנה לראובן. שטר זה איננו מעניק למלווה תביעה שטרית נגד הלווה אלא כלפי אחר, מושך השטר, וכאשר הלווה ייקלע לחדלות פירעון, יהיה המלווה זכאי לגבות את חובו מהמושך. במקרה זה המושך ערב למעשה לחובו של הלווה המלווה, ויתרונה של ערבות זו על פני ערבות רגילה הוא שהמלווה זכאי ליהנות בתביעתו נגד הערב מכל היתרונות של העילה השטרית. לעובדות אלה, ראה למשל: ע"א 364/83 מורחי נ' יעקבי, פ"ד מא(3) 402; ע"א 9/88 עלי יוסף אהמד נ' Ilio Trading, דינים עליון, כרך ט, 727.

יוכל להיפרע מא' הסולבנטי. שטר בטחון מסוג זה לא נועד להקל על ג' את דרכי הגביה ואת נטל הראיות בלבד, אלא ככל משכון, תפקידו העיקרי הוא להבטיח את ג' מפני חדלות פירעון של חייבו¹⁰. "בדרך שבעל משכון רשאי לממש משכון שקיבל אם לא נפרע החיוב שבעל המשכון חב לו, כך רשאי גם אוחו השטר לאכוף שטר ששועבד לו"¹¹.

לא כל השטרות ראויים לשמש משכון. נפרע של שיק שנשללה עבירותו, אינו יכול להעביר בעלות לאחר, ולא ליצור זכויות קניין אחרות, דוגמת משכון. לפי סעיף 3(ב) לחוק המשכון, "הגבלה או תנאי החלים, לפי דין או הסכם, על העברת בעלות בנכס, יחולו גם על מישכונו". מי שהעניק הלוואה לפלוני, ונטל כבטוחה שיק לא עביר שנמשך לפקודתו של הלווה, קיבל משכון חסר תוקף¹². אם הנפרע מישכן לבנק שיק כאמור, ולאחר מכן הפך הנפרע לחדל פירעון, הנאמן בפשיטת רגל של הנפרע או מפרק החברה הנפרעת יוכלו לשים יד על הכספים המגיעים מן המושך לטובת כלל הנושים.

2. מישכון שטר ומישכון זכות חוזית

שטר הבטחון בחוליית ההסב, הוא למעשה מישכון זכות. בהבדל ממישכון זכות חוזית רגילה, הנפרע ממשכון לנושהו זכות שטרית שיש לו כלפי המושך. בין מישכון זכות חוזית רגילה לבין מישכון זכות שטרית, קיימים שני הבדלים עיקריים: לעניין שכלול המשכון ולגבי טענות ההגנה של החייב.

כוחו של משכון יפה כלפי הנושים האחרים של החייב, אם הנושה המובטח שכלל את משכונו באמצעות הפקדה או באמצעות רישומו אצל רשם המשכונות¹³. זכות חוזית ניתנת לשכלול באמצעות רישום בלבד, היות שלא תיתכן החזקה בנכס אינקורפורלי. לעומת זאת, ניתן לשכלל שטרות, הן באמצעות רישום והן בדרך של הפקדה¹⁴. באפשרות למשכון שטרות באמצעות הפקדה, באה לידי ביטוי מהותו של השטר כמיטלטל, כחפץ קורפורלי שניתן להחזיק בו.

דרכו של המחוקק הישראלי שונה מהדין בארצות הברית, שלפיו מישכון של מסמכים סחירים משתכלל באמצעות הפקדה בלבד¹⁵. ואמנם, מישכון מסמכים סחירים נעשה בפועל באמצעות הפקדה בלבד, והדין האמריקני הלך בעקבות הנהג המסחרי¹⁶. הכרה בשכלול שטרות באמצעות רישום, הייתה מאלצת מלווים פוטנציאלים לבדוק את המרשם, ונטל זה עלול, לפי הגישה האמריקנית, לפגוע במסחר השוטף¹⁷. דומה כי גם אצלנו מישכון שטרות, ובעיקר מישכון שיקים לטובת בנק, נעשה באמצעות הפקדה בלבד¹⁸. ואולם, בהמשך המאמר נראה כי האפשרות לשכלול המישכון באמצעות מרשם, יוצרת בעיות שונות ומצריכה אכן מלווים שונים לבדוק את מרשמי השעבודים בטרם יסתמכו על שטר כבטוחה.

- 10 על פונקציה עיקרית זו של המשכון, ראה י' ויסמן חוק המשכון, תשכ"ז-1967 (פירוש לחוקי החוזים, בעריכת ג' טדסקי, תשל"ה) 14.
- 11 ע"א 389/67 בנק פ.ק.או בע"מ נ' קיבוניץ, פ"ד כב(1) 264, 266.
- 12 ע"א 1560/90 ציטיאט נ' הבנק הבינלאומי הראשון בע"מ, פ"ד מח(4) 498. ראה גם: William Hedley Bills of Exchange and Banker's Documentary Credits (2nd ed., 1994) 189.
- 13 חוק המשכון, סעיף 4. הוראה דומה ביחס למישכון נכסי חברה, מצויה בסעיף 178 לפקודת החברות.
- 14 השטרות השונים הם "ניירות ערך" במובנו של סעיף 24 לחוק המשכון. לפי סעיף 4 לחוק, ניירות ערך ניתנים לשכלול באמצעות הפקדה או רישום. הלכה דומה חלה גם על מישכון שטרות על ידי חברה, ראה: ש' לרנר שעבוד נכסי חברה (תשנ"ז) 310 - 311. להלכה דומה באנגליה, השווה Roy M. Goode Commercial Law (2nd ed., 1995) 577.
- 15 סעיף 9-304(1) לקוד המסחרי האחד.
- 16 ראה הערה 1 לדברי ההסבר הרשמיים, שם, המסבירים כי היתר לשכלל את המישכון גם באמצעות רישום, לא ישרת כל צורך פרקטי. לדיון מקיף בשאלת שכלולם של מסמכים סחירים, ראה: ש' וויס שכלול המשכון (חיבור לשם קבלת תואר ד"ר למשפטים, האוניברסיטה העברית, תשמ"ד) 38 - 45, 97 - 104, 147.
- 17 ראה: James J. White & Robert S. Summers Uniform Commercial Code (4th ed., vol.4 1995) 154.
- 18 מישכון שטר באמצעות רישום, היות ש"השארת הנכס בידי החייב חושפת את הנושה לסכנה שהחייב יחסר אותו לאוח כשורה, שבפניו תיכשל זכותו של מקבל המשכון" (ויסמן, לעיל הערה 10, בע' 142).

מישכון וזכויות חוזיות אינו מניב למקבל המשכון את התוצאה הרצויה, אם מתברר כי חייבו של החייב מסרב לשלם, בשל טענות שונות שיש לו כלפי החייב – הנושה המקורי שלו. לפי הדין, חייבו של החייב רשאי להעלות כלפי הנושה המובטח, את כל טענות ההגנה שהיו לו כלפי הממשכן, אפילו טענות מעסקאות אחרות ביניהם. תוצאה זו עולה מסעיף 2(א) לחוק המחאת חיובים, תשכ"ט-1969¹⁹, החל על מערכת היחסים בין החייב לבין הנושה המובטח-הנמחה²⁰. לעומת זאת, אם נפרע מישכון לנסב את זכותו השטרית כלפי המושך, והנסב מממש את המשכון, קרי – תובע את המושך, במקרים רבים האחרון לא יהיה רשאי להעלות כלפי הנושה המובטח את הטענות שיש לו כלפי הנפרע. נסב המחזיק בשטר כבטוחה, נחשב כמי שנתן ערך בעד השטר²¹, ולא יתקשה להגיע למעמד של אוחו כשורה, ולהתגבר על מרבית טענות ההגנה של המושך.

3. מישכון שטר: בין חוק המשכון לפקודת השטרות

על מישכון זכות חלים שני חוקים: חוק המשכון וחוק המחאת חיובים. "הגישה המקובלת לעניין היחס שבין שני החוקים האמורים היא, כי חוק המשכון דן ביחס שבין הנושה המובטח לבין החייב שלו ... ואילו חוק המחאת חיובים דן ביחס שבין החייב בחיוב המשמש כבטוחה לבין הנושה הישיר וביחס שבין חייב זה לבין הנושה המובטח"²². במינוח של דיני המחאת חיובים, חוק המחאת חיובים עוסק בעיקר במערכת היחסים בין החייב לבין הנמחה, ואילו חוק המשכון דן בעסקת המישכון שבין הממחה-הממשכן לבין הנמחה-הנושה המובטח²³.

באופן דומה, על שטר בטחון שהוא למעשה מישכון שטר, יחולו שתי מערכות: חוק המשכון ופקודת השטרות. כמו לעניין מישכון וזכויות, חוק המשכון יחול על היחס בין הנושה המובטח לבין חייבו, קרי – בין הנסב לבין הנפרע, ופקודת השטרות תחול על מערכת היחסים בין המושך לבין הנסב²⁴.

מדברים אלה עולה לכאורה כי חוק המשכון ופקודת השטרות עוסקים בהיבטים שונים, ולא צפויה לכן להיות סתירה בין הוראותיהם. ואולם, לא תמיד נשמר התיחום האמור, ואז לא קל להחליט איזו מערכת חוקים יש להעדיף, מה נחשב לדין כללי ומה הוא הדין הספציפי²⁵. להלן דוגמאות למתח אפשרי בין שתי מערכות הדינים, ולתחולת דיני המשכון על שטרי בטחון.

לפי דיני השעבודים, "אין במתן המשכון כדי לגרוע מזכותו של הנושה לגבות את החיוב שלא על ידי מימוש ..."²⁶. הווי אומר, נושה מובטח זכאי להגיש תביעה רגילה לקיום החיוב, ואין עליו להיפרע תחילה באמצעות מימוש המשכון. המשמעות של הלכה זו בהקשר השטרי היא, כי מי שמחזיק בשטר כמשכון, זכאי לתבוע את המגיע לו מכוח עסקת היסוד, בלא לדרוש קודם לכן את פירעונו השטר. הלכה זו אינה תואמת לכאורה את דיני השטרות, לפיהם העילה על פי עסקת היסוד "רדומה" ולא ניתן לתבוע על פיה, קודם להצגתו של השטר לפירעון וחילולו²⁷. לעניין זה

19 (להלן – חוק המחאת חיובים) לפרשנות סעיף 2(א) בפסיקה, ראה: ש' לרנר, המחאת חיובים, דיני חיובים – חלק כללי (העורך ד' פרידמן (1994), 127 - 128).

20 ניתן להגיע לתוצאה דומה על פי הוראות חוק המשכון גופו. לפי סעיף 20 לחוק, "מושכנה זכות שיש לחייב כלפי אדם אחר, רשאי הנושה לממש, כשם שהחייב היה יכול לממשה". הווי אומר, אם החייב לא היה מצליח לממש את הזכות בשל טענות הגנה שעומדות נגדו, תעמודנה טענות אלה גם נגד הנושה המובטח. לפרשנות זו של הסעיף, ראה את פסק דינו של השופט קיסטר בע"א 522/72 מדינת ישראל נ' יונסי הנכסים של החברה וולטקס צמרון בע"מ (בפירוק ובכינוס נכסים), פ"ד (2) 393.

21 פקודת השטרות, סעיף 26(א).

22 ע"א 66/91 בירדמן חברה לביטוח בע"מ נ' י.ד. מטר בע"מ ואח', פ"ד מו(5) 397, 405 - 406.

23 ראה: לרנר, לעיל הערה 19, בע' 32 - 33.

24 פקודת השטרות תחול גם על היחסים בין הנפרע לבין הנסב, משום שהנפרע חתם כמסב על השטר ולכן חב על פיו. ואולם לנסב קיימת תביעה נגד הנפרע גם על פי עסקת היסוד שביניהם, הסכם ההלוואה, ואם הנפרע חדל פירעון, אין ערך גם לעילה השטרית.

25 בפרובינציית אונטריו שבקנדה נקבע במפורש כי במקרה של סתירה בין דיני המשכון לבין דיני השטרות, יחול הדין האחרון, ראה Ontario Personal Property Security Act, sec. 29.

26 חוק המשכון, סעיף 23.

27 ראה למשל: ע"א 44/81 ולירו נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים, פ"ד (1) 732.

יש לדעתנו להעדיף את גישתו של חוק המשכון, ולאפשר לנסב המחזיק בשטר כמשכון, לתבוע את קיום החיוב מכוח עסקת היסוד, אפילו לא הגיע מועד פירעונו של השטר. זמן פירעונו של שטר הטפל לעסקת היסוד, אינו צריך להשפיע על דחיית מועדו של החיוב החוזי. ההלכה בדיני המשכון, לפיה נושה מובטח אינו חייב תחילה לממש את משכונו, עלולה לגרום לקשיים נוספים בהקשר השטרי. הנושה המובטח אוחז בשטר הממושכן, וכאוחז עליו להציג את השטר לפירעון לפני הנמשך תוך פרק זמן מוגדר, ואם הלה מסרב לפורעו, לשלוח למושך הודעת חילול. מושך שלא קיבל הודעה על חילול השטר, אינו חייב לפורעו²⁸, ובמקרים מסוימים פוקעת גם חבותו החוזית²⁹. הימנעותו של הנושה המובטח ממימוש השטר הממושכן, עלולה אפוא לפגוע בערכו של המשכון שבידו. פגיעה זו עלולה גם לגרום תביעה מצד חייבור-המסב, שבשל מחדלו של האוחז-הנושה המובטח, עלול לאבד את זכותו השטרית נגד המושך. נראה אפוא כי כשומר יהא על הנושה המובטח לנקוט אמצעים שונים למניעת נזק מהמשכון שברשותו. בהקשר זה נראה לנו כי נושה מובטח האוחז בשטר כמשכון, יהיה חייב להציגו לפירעון, ולשלוח, במידת הצורך, הודעות חילול למושך³⁰.

אוחז שטר רשאי לתבוע את פירעונו בהגיע מועד הפירעון הנקוב בשטר. מועד מימושו של שטר המשמש כמשכון, תלוי גם בהוראות חוק המשכון. עקרון יסוד בדיני המשכון קובע כי נושה רשאי לממש משכון, רק אם לא קיים החיוב המובטח במועדו³¹. לפי זה, לכאורה, הנושה המובטח לא יהא רשאי לתבוע את פירעון השטר, אפילו הגיע מועד פירעונו, אלא אם כן חייבור-הנפרע, לא פרע את ההלוואה במועד. עם זאת, חוק המשכון קובע חריג מיוחד לעניין מועד מימושו של משכון בזכות חוזית, וחריג זה יחול גם על זכות שטרית. לפי סעיף 20 לחוק, "מושכנה זכות שיש לחייב כלפי אחר, רשאי הנושה לממשה כשם שהחייב יכול היה לממשה; הוא רשאי לעשות כן אף אם חל המועד לקיום הזכות לפני המועד לקיום החיוב המובטח ...". לפי זה, הנסב יהא רשאי לממש את השטר ולתבוע את המושך, במועד פירעונו של השטר, אפילו טרם התגבש חיובו של הנפרע לנסב³².

נושים מובטחים נוהגים ליטול משכון ששוויו עולה על שיעורו של החיוב המובטח. לחוב המובטח מתווספת ריבית, וערכו של הנכס הממושכן עלול לרדת בשל שינויי מחירים או מסיבות אחרות, והנושה אינו מעוניין להישאר במצב של חוסר בטחונות. תופעה דומה קיימת גם כאשר שטר משמש כבטוחה. כאשר חייב מציע לנושה שטר כבטוחה, הלה לא יהא נכון, בדרך כלל, להלוות על השטר את מלוא הסכום הנקוב בו, אלא סכום נמוך מהקרן השטרית. במקרים אלו, האוחז זכאי לקבל מהמושך את מלוא הסכום הנקוב בשטר, אפילו זה עולה על היקף החוב שחב לו הנפרע. עם זאת, אם במימוש השטר מתקבל סכום הגבוה מחובו של הנפרע לנסב, שייכת היתרה לנפרע, או למפרק והנאמן שלו בפשיטת רגל³³, ולא לנסב, כשם שבמימוש משכון אחר, שייך העודף המתקבל ממימוש המשכון לחייב ולא לנושה³⁴.

לפי דיני המשכון, "חדל החיוב, יפקע המישכון"³⁵, המשכון פוקע עם פקיעתו של החיוב המובטח. לפי זה, אם הנפרע יקיים את חיובו וישלם לנסב את המגיע לו, יפקע לכאורה השטר, והנפרע יהא זכאי לקבלו לרשותו. עם זאת, לפי דיני השטרות, דומה שהשטר פוקע רק באחת מדרכי הפקיעה המנויים בסעיפים 60 - 64 לפקודת השטרות, ואין פקיעתה של עסקת היסוד נכללת ביניהם. התוצאה היא שהשטר לא פקע, אלא שעל הנסב יהיה להחזירו לנפרע. אם הנסב מסחר את השטר לאחר, והנעבר אוחז כשורה בשטר, תהא לו תביעה טובה כנגד המושך או הנפרע.

28 פקודת השטרות, סעיף 55(א).

29 שם, סעיף 52.

30 השווה: 439 *Byles on Bills of Exchange* (26th ed., by Frank R. Ryder and Antonio Bueno, 1988).

31 חוק המשכון, סעיף 16(א).

32 השווה ויסמן, לעיל הערה 10, בע' 360. ראה עוד: Michael H. Rubin "Security Devices" *Louisiana L. Rev.*

413, 416 (1982).

33 *Paget's Law of Banking* (11th ed., by Mark Hapgood, 1996) 573.

34 ויסמן, לעיל הערה 10, בע' 341.

35 חוק המשכון, סעיף 15(א).

4. מישכון שטרות ונכיון שטרות

לצד מישכון שטרות, קיימת עסקה שונה הידועה כ"נכיון שטרות". במקרה הטיפוסי של העסקה, לקוח מוכר לבנק שיק שהוא מחזיק כנפרע או כנסב, והבנק הרוכש משלם למוכר את הסכום הנקוב בשיק, בניכוי מראש של ריבית בשיעור מוסכם. המחיר המופחת משקף את העובדה שהבנק משלם בהווה ואמור לקבל מהמושך כסף בעתיד, ואת אלמנט הסיכון בעסקה, אם הבנק לא יצליח להיפרע מהמושך.

בעסקת נכיון, אם גבה הבנק הנסב ממושך השיק את מלוא הסכום הנקוב בשטר, עומד כל הסכום לזכותו. לעומת זאת, כפי שהסברנו לעיל, נושה שקיבל שיק כמשכון, מותיר לעצמו את שיעור חובו של הנפרע כלפיו, ומחזיר את היתרה, אם זו קיימת, לנפרע-הלווה³⁶. נוסף לכך, אם נפרע מישכן שיק לנסב, הוא רשאי לפרוע את ההלוואה ממקורות אחרים, ולקבל לידו חזרה את השיק, ואילו "משבוצע הנכיון, שוב אין בעל השיק יכול לחזור בו ולדרוש את תמורתו"³⁷.

נפקות אחרת באה לידי ביטוי מעניין בפסיקה. במקרה אחד הסבה חברה ישראלית לבנק בארץ, שיקים במטבע חוץ שקיבלה מלקוחותיה בחו"ל. אם מסירת השיקים לבנק הייתה למטרת גבייה או להבטחת חובה של החברה לבנק, תינה החברה מפיחות שאירע בתקופת הביניים, מעת ההיסב לבנק ועד לגבייה בפועל של השיקים מהנמשכים בחו"ל. ואולם, אם נמכר השיק לבנק, החברה מקבלת את שער החליפין של שעת המכירה, והבנק הרוכש נהנה מפיחות שאירע לאחר מכן³⁸.

הנפקויות בין נכיון שטרות לבין מישכונם, מצריכים לקבוע את דרכי ההבחנה בין השתיים. ההבחנה בהקשר זה איננה קלה³⁹. בשאלה הקרובה של ההבחנה בין מכר זכות לבין מישכונה, ניתן להסתייע, במידת מה, בשאלה, אם לנמחה שלא נפרע מהחייב קיימת זכות חזרה (recourse) אל הנמחה⁴⁰. ואולם, בנכיון שטרות מסב הנפרע את השטר לרוכש, וכמסב החתום על השטר הוא חייב בכל מקרה לפרועו לאוחז.

לכינוי העסקה בפי הצדדים, אין משקל מכריע. נראה שההבחנה בין מישכון שטרות לבין נכיונם, מעומעמת בפרקטיקה, ובכלל זה במערכת הבנקאית. כך למשל מצאנו מקרה בו בנק החתים את הלקוח על עסקאות נכיון ובטחון גם יחד, בלא להבחין ששתי אלה אינן עולות בקנה אחד⁴¹. במקרה אחר מישכן לקוח לבנק שיק מסוים ולאחר מכן מכר לו אותו בנכיון, ואין אנו בטוחים כי הצדדים היו ערים לכך שהמכירה מבטלת את המישכון הקודם⁴².

הקושי לתור אחר כוונת הצדדים, נובע מכך שהסכם הנכיון מתבצע בפועל כמו מישכון. בדרך כלל הבנק אינו משלם במזומן עבור רכישתו של שיק מסוים, אלא מזכה את חשבונו של הלקוח - המסב. כאשר החשבון מצוי ביתרת חובה, יש קושי לוודא אם הבנק שילם ללקוח כרוכש של השיק או שהעניק לו אשראי באמצעות הגדלת יתרת החובה⁴³. בנסיבות אלו יש להתחשב גם בכותרתו של הטופס עליו חתם הלקוח, אף שכאמור לא השתכנענו כי הבנק ער די הצורך להבחנה בין נכיון לבין מישכון.

36 להבדל דומה בין מכר זכות חוזית לבין מישכונה, ראה: לרנר, לעיל הערה 19, בע' 109. בזכויות קיימת נפקות חשובה נוספת בין מכר לבין מישכון לעניין הרישום, ואולם עניין זה אינו רלבנטי לגבי שטרות, משום שמישכון שטר נעשה בדרך כלל באמצעות הפקדה ולכן פטור מעולו של המרשם.

37 ע"פ 232/93 מדינת ישראל נ' הרנוי, פ"ד מז(5) 797, 806.

38 ראה ע"א 132/69 ברקליס בנק ד.ק.או נ' אופנהיים אמנות ומתכת בע"מ, פ"ד כג(2) 360.

39 על הקרבה בין נכיון שטרות לבין מישכונם, ראה גם W.J. Gough *Company Charges* (2nd ed., 1996) 531 - 532.

40 ראה לרנר, לעיל הערה 19, בע' 111 - 113.

41 ע"א 345/78 בנק הפועלים בע"מ נ' סרדס, פ"ד לג(1) 685.

42 ע"א 630/72 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' המפרקים של אמבק לבניין בע"מ (בפירוק), פ"ד כז(2) 274. בפרשה זו שטרות היו משועבדים לבנק ולאחר מכן נערכה לגביהם עסקת נכיון. בית המשפט פסק כאמור כי הסכם הנכיון מבטל את השעבוד שקדם לו. ואולם באותן נסיבות הסכם הנכיון נערך לאחר הגשתה של בקשת פירוק נגד החברה הנפרעת, והוא בוטל מכוח סעיף 355 לפקודת החברות לעניין העדפת נושה במירמה. בנסיבות אלה, חזר הבנק למעמדו כבעל משכון.

43 השווה ע"א (ב"ש) 89/94 גילס נ' בנק דיסקונט ישראל בע"מ, תקדין מחוזי, כרך (3) 95 ע' 55.

5. מישכון שטרות במערכת הבנקאית

מישכון שטר על ידי נפרע להבטחת חובו לנסב, נפוץ ביותר במערכת הבנקאית. בכלל החשבונות העסקיים בבנק, או לפחות ברובם המכריע, משעבד הלקוח לבנק כבטוחה לקבלת אשראי, את השיקים שהוא גובה באמצעותו. סוחרים רבים מקבלים מלקוחותיהם שיקים דחויים, בהם מועד הפירעון בהם הוא עתידי, וממשכנים שיקים אלה, עובר לקבלתם, לבנק המעניק להם אשראי. הבנקים מעריכים שאם לקוחם הנפרע, ייקלע לקשיים כספיים ויתקשה לפרוע את חובותיו, הם יצליחו להיפרע ממושכי השיקים. תביעה של הבנק הגובה נגד המושך, השכיחה מאד במציאות הישראלית, היא למעשה מימוש משכון במובנו של חוק המשכון.

בפרקטיקה הנהוגה בבנקים, מתנה הבנק עם לקוחו שתי פעמים, בפרקי זמן שונים, על מישכון השיקים. בהסכם הנערך בעת פתיחת החשבון, מסכימים הצדדים כי כל השיקים שהלקוח ימסור לבנק, אפילו לשם גביה, יהיו ממושכנים להבטחת חובותיו של הלקוח לבנק. הסכם מישכון זה נעשה כאמור לפני הפקדתם של השיקים בפועל. לאחר מכן, כאשר הלקוח מעביר לבנק שיקים שונים, נושא טופס ההפקדה את הכותרת "שיקים לבטחון", ובו מפורט כי השיקים הנדונים ממושכנים לבנק. בשלב זה מתקיים משכון מופקד, משום שהבנק מחזיק ברשותו את הנכס הממושכן. המישכון הראשון מתייחס כאמור לשיקים עתידיים ולא מוגדרים, והוא עשוי להתפרש כשעבוד צף.⁴⁴

בההרנו לעיל כי תביעת הבנק ממושך השיק, היא למעשה מימוש המשכון במטרה להביא לפירעון החיוב המובטח. מימוש משכון מופקד יכול להיעשות במישרין בידי הבנק הנושה, ואין הוא נזקק לפניה לרשות ההוצאה לפועל⁴⁵. הבנק רשאי אפוא לגבות את הכסף מהמושך במישרין, ללא קיום הליכים משפטיים. ואולם, על הבנק המבצע מימוש בדרך זו, להקפיד על ביצועו "בדרך מסחרית סבירה"⁴⁶. מכירת נכס משועבד איננה אינטרס של הנושה המובטח בלבד, אלא גם של החייב. לחייב יש אינטרס שהמחיר המתקבל במימוש המשכון, יהא סביר וקרוב למחיר השוק של הנכס, משום שהתמורה העולה על גובה החוב לנושה המובטח, שייכת לחייב. המגמה של דיני השעבודים היא למנוע מכירה חפוזה ולא הוגנת של המשכון על ידי הנושה המובטח, העלול לדאוג לאינטרסים שלו בלבד, ולמכור את המשכון במחיר נמוך מערכו הריאלי.⁴⁷

להלכה זו עשויה להיות השלכה מעניינת כאשר בנק הנושה בלקוחו סכום מסוים, מחזיק כמשכון בשיקים שסכומם עולה באופן משמעותי על גובה החוב. כדי להקל על גביית השיקים ולקבל מהמושכים כספים במהירות, ללא קיום הליכים משפטיים ממושכים, עשוי הבנק לוותר למושכים על חלק מחובם. כאמור, ההסכם עם המושכים הוא למעשה מימוש משכון, ועל הבנק להביא בחשבון גם את האינטרסים של חייבו הנפרע. משום כך, הבנק לא יהא רשאי להגיע עם המושך לפשרה לא סבירה מבחינה מסחרית, שנועדה להקל עליו בגביית החוב. לדעתנו, פשרה לא תיחשב סבירה, אם לבנק קיימת זכות משפטית טובה כנגד המושך, לאחרון אין טענת הגנה נאותה, ואמצעיו הכספיים מצביעים על סיכויי גבייה טובים.

6. עדיפויות

כאמור לעיל, נוהגים בנקים ליטול משכון על שיקים המועברים אליהם לשם גביה. שיקים אלה מוחזקים על ידי הבנקים, והמשכון משוכלל אפוא באמצעות הפקדה, וכוחו יפה כלפי נושיו האחרים של החייב. מסיבה זו, כאשר לקוח הפקיד בחשבונו שיקים, ולאחר מכן נקלע להליכי פירוק או פשיטת רגל, לא קיימים כמעט עימותים בין הבנק הנושה המובטח לבין המפרק או

44 על דרכי ההבחנה בין שעבוד קבוע לבין שעבוד צף, ראה: לרנר, לעיל הערה 14, בע' 71 - 92. ראה עוד שם, בע' 424, את ההמלצה לבנקים לא להסתפק במישכון שנעשה בעת ההפקדה בבנק. הקדמת מועד המישכון משפרת את מצבו של הבנק בהתמודדות עם בטלות אפשרית של מישכון השיקים, בנימוק של העדפת נושים במירמה, בסמוך למועד חדלות הפירעון.

45 חוק המשכון, סעיף 17(3).

46 שם, סעיף 19(א).

47 ראה ויסמן, לעיל הערה 10, בע' 311.

הנאמן בפשיטת רגל. האחרונים אינם טוענים לזכות בכספים המתקבלים ממושכי השיקים, היות שהבנק כאמור הוא נושה מובטח בעל משכון משוכלל כדין⁴⁸.

בהקשר השטרי שכיחים בפסיקה עימותים בין הנושה המובטח-הנסב לבין המושכים המסרבים לשלם לו, בטענה שהנפרע הפר את החוזה שכרת עמם. בתביעות אלה זוכה בדרך כלל הבנק התובע, משום שכבעל שעבוד, הוא ממלא אחר התנאים של אחיזה כשורה. אחד התנאים המרכזיים לצורך אחיזה כשורה, הוא מתן ערך על ידי האוחז, ונושה המחזיק בשטר כמשכון או עכבון, נחשב כמי שנתן בעדו ערך⁴⁹. הסכם המישכון בין הנפרע לבין הבנק מוזכר אפוא בפסיקה בדרך כלל, במסגרת העימות בין הבנק הנסב לבין מושך השיק.

במקרה אחד דנה הפסיקה בעימות בין שני נושים מובטחים, שכל אחד מהם טען לעדיפות ביחס לכספים העתידיים להתקבל ממושכי שיקים, על רקע עובדות שכיחות למדי. חברות רבות נוהגות לנהל חשבונות עסקיים בבנקים שונים. לא פעם, עם פתיחת חשבון בבנק אחד, משעבדת לו החברה את כלל נכסיה בשעבוד צף, כנגד הסכמה להענקת קו אשראי. איגרת החוב הקלאסית הנהוגה בבנקים, אוסרת על החברה הממשכנת, לשעבד נכס כלשהו מנכסיה ללא הסכמה מוקדמת של בעל השעבוד הצף. לאחר מכן פותחת החברה חשבון בבנק שני, ובמסגרת הניהול השוטף היא מפקידה בו שיקים שונים. הבנק השני גובה עבורה את השיקים מהבנק הנמשך, ומזכה את חשבונה בסכום שנתקבל. כאמור לעיל, בהסכם עם הבנק השני מצוי לרוב התנאי, שהשיקים שהלקוח יגבה באמצעות הבנק ישמשו גם להבטחת חובותיו לבנק. השיקים ששועבדו לבנק השני הם חלק מהנכסים הכפופים לשעבוד הצף שנערך לטובת הבנק הראשון, ולכן המישכון לטובת הבנק השני נעשה בניגוד להגבלה הכלולה באיגרת החוב של השעבוד הצף. לפי דיני החברות, רישום ההגבלה מביא לעדיפותו של שעבוד צף על שעבוד ספציפי המאוחר לו⁵⁰.

טענה זו עלתה בפסיקה בת"א (ת"א) 1854/91 מרכזי תעשיות (מ.ש) בע"מ נ' ע.ק מתכות בע"מ ואח'⁵¹, שנדון לפני שנים אחדות בבית המשפט המחוזי בתל אביב. במקרה זה, שועבדו נכסיה של חברה בשעבוד צף לטובת בנק אחד, והשעבוד וההגבלה הכלולה בו נרשמו כדין אצל רשם החברות. לאחר מכן הופקדו שיקים שונים בחשבונה של החברה בבנק אחר, והלה טען לקיומו של משכון לזכותו. בית המשפט פסק כי המישכון האמור נוגד את ההגבלה שנכללה בשעבוד הקודם ועל כן העדיף את הבנק הראשון. בית המשפט הוסיף כי תקנת השוק בסעיף 5 לחוק המשכון אינה עומדת לטובת הבנק השני. התקנה אינה חלה, משום שקיומו של השעבוד הצף בא לידי ביטוי בספרי המרשם, והרישום הנוגד פוגם בתום ליבו של הבנק השני⁵².

בעובדות המקרה, הוסבו השטרות לבנק השני בהיסב מגביל, שמנע ממנו להיות אוחז כשורה⁵³. בית המשפט לא נזקק אפוא לדון בשאלה, אם בהיסב רגיל היה הבנק השני זוכה לעדיפות על השעבוד הצף מכוח דיני האחיזה כשורה. ניתן לכאורה לומר כי הבנק השני שלא בדק את הרישום אצל ספרי רשם החברות לא ייחשב לתם לב, ולא יהא לכן אוחז כשורה. ואולם, קביעה זו אינה פשוטה כלל ועיקר. לפתרון השאלה יש לקבוע את המדיניות המשפטית הרצויה, ולא ליישם באופן טכני את גורם תום הלב. לשם השוואה, לעניין תקנת השוק שבסעיף 34 לחוק המכר, תשכ"ח-1968 נקבע, כי תום הלב הוא סובייקטיבי, יושר לב, ורוכש שלא עיין ברישומים של רשם

48 לשם השוואה, לגבי זכויות קיימת פסיקה רבה בשני המישורים. פסקי דין שונים עוסקים ביחסים בין החייב לבין הנמחה, ואחרים דנים בעימות בין הנמחה לבין אחרים הנכאים מכוחו של הנמחה, ראה לדוג, לעיל הערה 19, בע' 141 - 142.

49 פקודת השטרות, סעיף 26(ג). ראה למשל: ע"א 704/69 בנק מרכנתיל לישראל בע"מ נ' ארמול בע"מ, פ"ד כד(1) 737; ע"א 389/67 בנק פ.ק.או. בע"מ נ' קיבוניץ, פ"ד כב(1) 264; ע"א 775/85 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' ברוש מסחר בברזל (אשרור) בע"מ, פ"ד מב(1) 294; ע"א 590/82 גיברשטיין נ' בנק הפועלים בע"מ, פ"ד מג(1) 654.

50 פקודת החברות, סעיף 169(ב).

51 פ"מ תשנ"ג(3) 59.

52 לדעתנו, גם ללא נימוק זה, סעיף 5 לחוק המשכון אינו חל על שטרות. חוק המשכון בכללותו חל אמנם על מישכון שטרות, ואולם תחולתה של תקנת השוק מוגבלת ל"נכס נד", ואילו שטרות הם "ניירות ערך" במובן חוק המשכון ולא נכסים נדים, ראה סעיף 24 לחוק. ואולם, ראה ע"א 1286/90 בנק הפועלים בע"מ נ' ורד הלבוש ואח', פ"ד מח(5) 799, 818.

החברות או רשם המשכונות, עשוי להיחשב לתם לב⁵⁴. לגבי מיטלטלין נהוג להבחין בין רוכש נכס לבין מקבל משכון, ו"לא הרי מקבל משכון כהרי קונה, מבחינת תקנת השוק. הצורך להקל על מהירות העסקאות אינו שווה בשני המקרים"⁵⁵. עם זאת, ייתכן שיש מקום להבחין בין שטרות לבין מיטלטלין אחרים, וכדי להבטיח את סחרותם המהירה של שטרות, לא נדרוש מרוכש שטר או מי שנוטלו כמשכון לעיין במרשמים שונים⁵⁶.

שיטת משפט הגורסת שניתן לשכלל משכון בשטרות באמצעות הפקדה בלבד, נמנעת מבעיות דומות, היות שאוחז הנוטל חזקה בשטר אינו צפוי למצוא רישומים נוגדים. ואולם, לפי הדין בישראל ניתן כאמור לעיל, לשכלל משכון במסמכים סחירים גם בדרך של רישום השעבוד בלשכת מרשם מתאימה. לפי גישה זו, שעבוד צף על כלל נכסי החברה החייבת, חל גם על שטרות שהיא מחזיקה כנפרעת או נסבה. ואולם, למרות תחולתו של השעבוד הצף, ניתן לומר כי מי שרוכש זכות ספציפית בשטר, בעלות או שעבוד ספציפי, יהיה פטור מבדיקה של המרשם ועשוי להיות אוחז כשורה. לפי הצעה זו, כוחו של נושה מובטח בעל שעבוד צף יהא יפה נגד נושים רגילים או כלפי מי שאינו אוחז כשורה בשטר, אך לא כלפי בעל זכות ספציפית, שלבד משאלת הרישום הנוגד, עומד בכל התנאים הנדרשים לאחיזה כשורה⁵⁷.

53 ראה: סעיף 34 לפקודה; ע"א 444/82 בנק קונטיננטל בע"מ נ' שייקיביץ, פ"ד לט(3) 113.

54 ראה למשל: ע"א 716/72 רוזנשטרייך נ' חברה א"י לאוטומובילים בע"מ, פ"ד כז(2) 709; ע"א 81/73 יוסף נ' חברה א"י לאוטומובילים בע"מ, פ"ד כז(2) 726.

55 ויסמן, לעיל הערה 10, בע' 155, ה"ש 3. בית המשפט המחוזי בעניין מרכזי תעשיות, אימץ גישה דומה בהסתמך על פסק דינו של בית המשפט העליון בע"א 790/85 רשות שדות התעופה נ' ד"ר גרוס ואח', פ"ד מד(3) 185, שם נקבע שנושה אינו יכול ליהנות מתקנת השוק שבסעיף 5, אם נרשם שעבוד קודם על הנכס.

56 על המצב המשפטי בקנדה, ראה: Jacob S. Ziegel & David L. Denomme *Ontario Personal Property Security Act* (1994) 224 - 225.

57 שם, בע' 173 - 174.