

ריבונות עם אחריות ככלי הכרעה בצמתים של חיכוך לאורך חיי המשכון

אבי וינרוט*, אריק מגידוש**

משפון נכס יוצר זירות עימות משפטיות בין בעלי זכויות קניין שונים, ולעיתים גם בין צדדים נוספים שיש להם אינטרס בנכס הממושכן. הכלי הנורמטיבי ששימש עד כה להכרעה בעימותים אלו הוא עקרון תום הלב. אולם ברבים מן המקרים העומדים להכרעה שני הצדדים תמי לב ובעלי אינטרס לגיטימי. במאמר זה אנו מציעים כלי הכרעה חדש המבוסס על ראייה כללית של הקניין כריבונות שבצידה אחריות, שיש צורך לאזן ביניהן. גישה זו אינה כופרת בריבונותו של בעל זכות הקניין, אך מוסיפה לה מימד של אחריות, ומחייבת עריכת איזון בין שיקולי התועלת של בעל המקרקעין לבין הנזק שנגרם לגורמים אחרים. מאיזון זה נובע שבמקרה של עימות בין שני בעלי זכויות יש להכריע על בסיס מאזן של נוחות ונזקים המתקיים ביניהם. אין די בבעלות על קניין לצורך זכייה בדין, אלא יש לאזן בין התועלת שהבעלים מפיק מניצול זכות הקניין לבין הנזק שנגרם לזולת. כללים אלו מאפשרים להגיע להכרעות שאינן בינריות, תוך יצירה של מעין "חלוקת אחריות", אשר עד כה הייתה מקובלת רק בדיני הנזיקין, ולא בדיני הקניין. על בסיס כלי הכרעה מחודש זה אנו משרטטים "מפת דרכים" נורמטיבית ומגיעים למסקנות אופרטיביות.

מבוא

פרק א: ארבעה צמתים של חיכוך

1. תום לב ביצירת המשכון
2. תום לב בהמרת משכון
3. תום לב במימוש משכון
4. תום לב בפדיון משכון
5. סיכום ביניים – הצורך בכללי הכרעה

* פרופסור חבר ומרצה לדיני קניין בפקולטה למשפטים של המרכז האקדמי פרס.

** עורך דין במשרד פרופ' אבי וינרוט ושות', עורכי דין.

- פרק ב: תום לב ככלי קיבול
פרק ג: יישום התזה המוצעת
1. יצירת המשכון
 2. המרת משכון
 3. מימוש משכון
 - (א) השתהות במימוש
 - (ב) דרכי גבייה אחרות
 - (ג) התנגשות בין אינטרסים של הממשכן, בעל המשכון ונושים אחרים
- (1) תורת תיעדוף הבטוחות (Marshalling of Securities)
 - (2) התחשבות בצורכי החייב בעת מימוש משכון
 - (3) התחשבות בצורכיהם של נושים אחרים או של החייב על חשבון האינטרסים של בעל המשכון
 - (4) שיקולים סוציאליים
4. פדיון משכון
- סיכום

מבוא

עם משכוננו של נכס נמצא כי יש שני גורמים שיש להם זכויות קניין בו: הממשכן, שהוא בעל הנכס; ובעל המשכון, הרוכש זכות קניינית בנכס. בין שני בעלי זכות הקניין הללו נוצרים עימותים בכמה נקודות חיכוך. מלבד שני בעלי זכויות הקניין עשויים להיות גם צדדים שלישיים בעלי אינטרס בנכס הממושכן, כגון נושים אחרים שהממשכן חייב להם כספים. גם בין צדדים שלישיים אלו לבין בעל המשכון או בעל הנכס עלולים להתעורר עימותים. עד כה, הכלי הנורמטיבי ששימש להכרעה בעימותים אלו הוא עקרון תום הלב. אולם עקרון תום הלב אינו מספק מענה הולם, שכן ברבים מן המקרים העומדים להכרעה שני הצדדים בעלי אינטרס לגיטימי והצדקה עניינית למימוש זכותם הקניינית או האינטרס שלהם בנכס מושא המשכון. קשה לומר שהאחד חסר תום לב כאשר הוא עומד על זכותו, אף אם הנזק שייגרם לו מאי־מימוש זכותו קטן מהנזק שמיומש הזכות יגרם לאינטרס של הצד האחר. בהעדר כללי הכרעה ברורים, חלק מהשאלות שהתעוררו בפסיקה נותרו ב"צריך עיון", וחלקן עוררו מחלוקות עקרוניות בין שופטי בית המשפט העליון.

עושה רושם שבית המשפט צועד עקב בצד אגודל. ברם, צעידה כזו משולה למישוש בזמן שנחוצה ראייה כוללת, שכן דיני הקניין מצריכים כללי הכרעה ברורים, בעיקר במצבים של תחרות בין זכויות. במאמר זה נראה כי בית המשפט עשה שימוש בעקרון תום הלב בכמה קביעות עקרוניות שלו, אלא שבפועל הייתה זו מעטפת נורמטיבית

משפט ועסקים כז, תשפ"ב ריבונות עם אחריות ככלי הכרעה בצומתי חיכוך בחיי המשכון

לאיזון בין אינטרסים, הנובע מראיית הקניין כריבונות שבצידה אחריות. מאיזון זה נובע שההכרעה במקרה של עימות בין בעלי זכויות או אינטרסים תביא בחשבון מאזן של נזקים הנגרם לכל אחד מהם. נראה כי שימוש במבחן זה מאפשר לפתח כללי הכרעה ברורים יותר בדיני משכון, שכן גם אם בעל הזכות מגן על אינטרס לגיטימי ואין לראותו כחסר תום לב, יש מקום לאזן בין התועלת שהוא מפיק מניצול הזכות לבין הנזק שנגרם לזולת. בכך ניתנת לבית המשפט אמת מידה המאפשרת הכרעה גם במקרים של עימות בין שני צדדים תמי לב. כמו כן נראה כי כללי הכרעה אלו אינם מחייבים הכרעות בינריות, אף שעסקין בדיני קניין.

פרק א: ארבעה צמתים של חיכוך

בעל זכות המשכון נפגש עם בעל הנכס בארבעה צמתים: עם יצירת המשכון ורישומו, במקרה שבו החייב בעל הנכס מבקש להמיר את המשכון בנכס אחר, בעת מימוש המשכון או לחלופין במקרה של פדיון המשכון. בכל הצמתים הללו אחד הצדדים הוא בעל עמדת כוח כלפי זולתו, וממילא התעוררו קונפליקטים ושאלות משפטיות. נעמוד להלן על המצב הנורמטיבי הקיים ביחס לשאלות אלו ועל הקשיים שהתעוררו.

1. תום לב ביצירת המשכון

משכון הוא בטוחה. מטרתו ליצור ודאות שלבעל המשכון יהיה מהיכן להיפרע במקרה שהלווה לא יפרע את ההלוואה.¹ לעיתים ודאות זו מתערערת מכיוון שמתברר כי לצד ג יש זכויות בנכס הממושכן. כך קורה, למשל, כאשר הלווה משעבד את דירת המגורים, הרשומה על שמו בלבד, ולאחר מכן בן הזוג של הלווה טוען לזכויות בדירת המגורים מכוח הלכת השיתוף.

עניין זה נדון בבית המשפט העליון בעניין **בן-צבי**.² הנשיא ברק סבר כי ההכרעה בסכסוך המסוים מוצאת את פתרונה בדיני העסקאות הנוגדות, מכיוון שמצד אחד לפנינו התחייבות ליצור משכון שטרם נרשמה, ומצד אחר מצויה זכותו של בן זוג מכוח הלכת השיתוף לקבל מחצית מן הדירה. זכותו של בן הזוג קדמה בזמן למשכון, ולכן, בהעדר רישום של המשכון, היא גוברת לנוכח הוראת סעיף 9 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969. מדרך הפתרון של הנשיא ברק עולה כי אילו נרשם המשכון, היה בעל המשכון גובר

1 משכון מבטיח את הנושה גם במסגרת הליכי פשיטת רגל של החייב, ומקנה יתרונות דיוניים ומהותיים לנושה. כך, למשל, ניתן לממשו ללא פסק דין. נוסף על כך, הנושה מקבל שליטה ביכולתו של החייב לבצע עסקאות בנכס הממושכן. ראו יהושע ויסמן **חוק המשכון, תשכ"ז-1967** 97 (סדרת "פירוש לחוקי החוזים", גרסאות עורך 1974) (להלן: ויסמן **חוק המשכון**).

2 ע"א 3002/93 **בן-צבי נ' סיטין**, פ"ד מט(3) 5 (1995).

מכוח הסיפא של סעיף 9 לחוק המקרקעין. עם זאת, סעיף 9 לחוק המקרקעין מתנה את זכייתו של רוכש הזכויות המאוחר יותר אשר זכויותיו נרשמו בכך שהרישום נעשה בתום לב. אולם הנשיא (בדימ') שמגר קבע כי ביחס לדירת מגורים קיימת חזקה שלפיה לצד ג' ידועה אפשרות של שיתוף בין בני הזוג בדירת המשפחה, אף אם הדירה רשומה על שמו של הבעל בלבד. לפי קביעה זו של הנשיא (בדימ') שמגר נמצא כי רישום המשכנתא לא היה מסייע לנושה, שכן הוא היה נחשב כמי שרשם את זכותו על מלוא דירת המגורים לא בתום לב.

הנשיא (בדימ') שמגר מחיל סטנדרט **סובייקטיבי** של תום לב, שלפיו ייבדק אם הבנק ידע על זכויות בן הזוג או לא ידע עליהן. השופט שמגר קבע לצורך כך חזקה עובדתית הניתנת לסתירה, כלומר, רק במקרה שבעל המשכון יוכיח כי הוא לא ידע על זכויות בן הזוג, יגברו זכויותיו. אולם פסק דין זה שימש בסיס לפסיקה שקבעה חובת תום לב המטילה סטנדרט אחריות **אובייקטיבי** על בעל המשכון.

בעקבות פסק הדין בעניין **בן-צבי** החלו הבנקים להחתים גם את בן הזוג שאינו רשום כבעל זכויות במקרקעין על מסמך הסכמה לרישום משכנתא על דירת המגורים. כך עשה הבנק בעניין **שמחוני**,³ אולם החתימה לא הועילה לבנק, מכיוון שהוא לא הסביר לבת הזוג את תוכן המסמך ועל כן נמצא כי ההסכמה לא הייתה מדעת. בית המשפט קבע על כן כי נשלל תום הלב של הבנק, וממילא זכותה הראשונה בזמן של בת הזוג קודמת לזכותו הקניינית המאוחרת של הבנק. בהתאם לפסק דין זה נמצא כי על הממשכן מוטלת החובה לדרוש שבן הזוג שאינו רשום כבעל זכויות במקרקעין יחתום על הסכמה מדעת למשפון הנכס כולו או לחלופין לחקור ולבדוק שהרישום על שם בן זוג אחד משקף נכונה את זכויות הבעלות בנכס. כלומר, אין די בכך שבעל המשכון יוכיח כי לא ידע על זכויותיו של בן הזוג, אלא עליו להראות כי פעל לפי סטנדרטים **אובייקטיביים** לבידור הדברים או לקבלת הסכמה מדעת של בן הזוג למשפון.

לנוכח מחדלו של הבנק בקבלת הסכמה מדעת של בת הזוג, קבע בית המשפט בעניין **שמחוני** כי יש לחלק את האחריות בין הצדדים, והכיר בזכות האישה במחצית מתוך מחצית בית המגורים. ברם, כלל הכרעה זה אינו ברור, שכן בעוד בדיני הנזיקין קיימת דוקטרינה של "אשם תורם", במקרה דנא עסקינן בעימות בין זכויות קניין, וההכרעה אמורה להיות בינרית. נראה כי השימוש במונח "תום לב אובייקטיבי", הדומה במהותו להטלת חובת זהירות מושגית, הוביל לזליגה של עקרונות מדיני הנזיקין אל כללי ההכרעה בעימות בין בעלי זכויות קנייניות.⁴

3 ע"א 11120/07 **שמחוני נ' בנק הפועלים בע"מ** (אר"ש 28.12.2009). באותו עניין נפסק כי ההלכה שנקבעה בעניין **בן-צבי** נכונה גם ביחס לבני זוג שחל עליהם חוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973 (להלן: חוק יחסי ממון), וזאת לנוכח ההלכה שהכירה באפשרות של שיתוף ספציפי נוסף על איזון המשאבים, במיוחד ביחס לדירת מגורים משותפת של בני הזוג. פסיקה זו נובעת מן המגמה הסוציאלית להגן על "הנכס הגרעיני" של בני הזוג. ראו מיגל דויטש **קניין** כרך ג' 312 (2006).

4 ראו והשוו נילי כהן "שניים אוחדים: קניין, אחריות, חלוקה" **משפט ועסקים** יח 177, 204-212 (2014).

החלת חובת תום לב אובייקטיבית על הממשכן, המחייבת אותו לבדוק אם החייב הוא הבעלים של כל הנכס, יוצרת רף נורמטיבי של התנהגות שבית המשפט מחיל על בעל המשכון. יתר על כן, רף זה מוגבה עוד ועוד ממקרה למקרה. כך, למשל, בעניין הורש⁵ נדון מקרה של בת זוג לא נשואה שנעשתה לידועה בציבור של הלווה שנה אחת בלבד לפני רישום המשכנתה על דירת המגורים שהייתה רשומה על שמו בלבד. למרות זאת סבר השופט גובראן כי זכותה של בת הזוג גוברת על זכותו של הממשכן. לעומת זאת, השופטים נאור ורובינשטיין סברו כי יש להחזיר את הדיון לבית המשפט המחוזי כדי לבדוק את תום הלב של הבנק, שכן בעל המשכון צריך לוודא שהנכס נקי גם מזכויות של ידועים בציבור (עובדה שאין לה ביטוי במרשמים רשמיים). נראה כי עליית מדרגה נורמטיבית זו שאירעה בפסק דין הורש מתבקשת לכאורה, שהרי כאשר הבנק מברר עם הלוקח אם יש לו בת זוג, הוא יכול להרחיב את השאלה כך שתתייחס הן לבת זוג נשואה והן לידועה בציבור המתגוררת עימו בנכס הממושכן.

עליית מדרגה נורמטיבית נוספת אירעה בעניין בן גיאת.⁶ בעניין זה התעוררה שאלת זכויותיה של בת זוג אל מול זכויותיו של הממשכן. באותו מקרה דובר במשפון דירה שהייתה רשומה על שמו של הלווה בלבד ואוחדה עם דירת מגורים משותפת שלו ושל אשתו. הלווה הצהיר לפני המלווה כי הוא הבעלים היחיד של הדירה וכי הדירה נקייה מזכויות צד ג כלשהו. על יחסי בני הזוג בן גיאת לא חלה הלכת השיתוף, אלא חוק יחסי ממון. חרף זאת קבע בית המשפט (השופטים עמית ופוגלמן) כי המלווה בעל המשכון נהג בחוסר תום לב, שכן מדובר בחברת ביטוח, שהיא נושה מקצועית, ומכוח חובת תום הלב האובייקטיבית היה עליה לשלוח שמאי לבחינת הנכס הממושכן ולהחתים את בת הזוג על הסכמה לרישום המשכנתה. אילו עשתה כן חברת הביטוח, היא הייתה מגלה כי יש התחייבות ספציפית כלפי בת הזוג. לפנינו אפוא החלה של חובת תום לב אובייקטיבית שנקבעה לפי מאפייניו הסובייקטיביים של בעל המשכון כנושה מקצועי.

גישה זו של בית המשפט מעוררת קושי, שהרי אם נלך בתלם שסלל הנשיא ברק בעניין בן-צבי ונבחן את המקרים הללו לפי דיני העסקאות הנוגדות, ניווכח כי באותה מידה שיש חוסר תום לב מצד בעל המשכון, יש גם חוסר תום לב מצידו של בעל הזכויות, בכך שלא רשם את זכויותיו. כשם שבעל המשכון היה יכול לשאול ולחקור, כך היה בעל הזכויות יכול לדאוג לביטוי פומבי כלשהו של זכויותיו, ומשלא עשה כן, הוא השתתף בגרימת התאונה המשפטית. בעניין גנז⁷ נקבע כי על אף הוראת סעיף 9 לחוק המקרקעין, המעדיפה את בעל העסקה הראשונה בזמן, תגבר ידו של בעל העסקה המאוחרת יותר אם בעל העסקה הראשונה גרם את התאונה המשפטית בכך שלא רשם הערת אזהרה. בהתאם להלכת גנז, יש לומר, באותה מידה, כי צד ג הטוען לזכויות בנכס מכוח התחייבות ספציפית גרם את התאונה המשפטית בכך שלא נתן ביטוי פומבי להתחייבות האמורה. אומנם, בעניין גנז קבע הנשיא ברק כי אין להטיל חובה על בני זוג

5 ע"א 3352/07 בנק הפועלים בע"מ נ' הורש, פ"ד סג (3) 248 (2009).

6 ע"א 7750/10 בן גיאת נ' הכשרת היישוב ביטוח בע"מ (אר"ש 11.8.2011).

7 ע"א 2643/97 גנז נ' בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ, פ"ד נז (2) 385 (2003).

לרשום הערת אזהרה בדבר זכויותיהם, שכן הדבר עלול לפגוע במרקם המשפחתי.⁸ אולם קשה לקבל תוצאה שלפיה התחשבות זו ברגישות הקיימת בין בני זוג תביא לידי הטלת מלוא האחריות לתאונה המשפטית על בעל המשכון, בשעה שלמעשה בן הזוג רימה אותו והציג לו מצג שווא כאילו מלוא הזכויות בנכס המקרקעין הן שלו.

אכן, גישה שונה מצינו בפסק דינו של השופט רובינשטיין בעניין **בן גיאת**, שלפיו כאשר חל חוק יחסי ממון, במובחן מחזקת השיתוף, איננו מצפים מהנושה שיניח כי הצדדים הסכימו ביניהם על שיתוף ספציפי בנכס הממושכן. השופט רובינשטיין ביקש ללמוד אנלוגיה מסוימת משותפים עסקיים החולקים נכס, אשר לא בנקל יישמעו בטענה כלפי צד שלישי, המחזיק בשעבוד רשום, כי יש בין השותפים הסכמה על שיתוף ספציפי שלא ניתן לה כל ביטוי חיצוני. הסטנדרט האובייקטיבי, לדידו של השופט רובינשטיין, הוא ברף נמוך יותר, שכן ההגנה ששיטת משפט נותנת לשיתוף מכוח הסכמה הינה פחותה מזו המוענקת לשיתוף שהמדינה יוצרת במישור הקוגנטי. נוסף על כך ציין השופט רובינשטיין כי כאשר מדובר בשיתוף ספציפי החורג משיתוף הנוצר מכוח הדין, "**גדלה** החובה המוטלת על בני הזוג, וכנגדה **פוחתת** החובה המוטלת על צדדים שלישיים".⁹ השופט רובינשטיין סבר על כן כי בני הזוג הם האחראים ל"תאונה המשפטית" שאירעה, בכך שלא נתנו ביטוי ברשום להסכמתם בדבר הקניית הזכויות לבת הזוג. לנוכח טיבו של השיתוף הספציפי, אשר שונה משיתוף שמקורו בדין, אין לייחס חוסר תום לב אובייקטיבי לבעל המשכון. כלומר, גם השופט רובינשטיין הסכים כי יש להחיל סטנדרט אובייקטיבי של תום לב על בעל המשכון, אך לדידו יש להביא בחשבון גם את מידת תום הלב של החייב והצד השלישי. ככל שהחייב והצד השלישי חרגו מהנורמות הראויות, הסטנדרטים המוטלים על בעל המשכון יהיו נמוכים יותר. הדברים מגיעים לידי כך שהשופט רובינשטיין מציין בשולי דבריו כי "אף אם הייתי מוכן להניח, ואיני בטוח בכך, כי 'מלווה מקצועי' דוגמת המשיבה היה אמור בנסיבות שכאלה לבחון את מצבה הפיסי של הדירה, ספק אם מחדל זה עולה בנסיבות כדי חוסר תום לב כלפי המערערת. בודאי כך, נוכח הצהרות המשיב".¹⁰

ברם, דעת הרוב בעניין **בן גיאת** לא קיבלה את גישתו של השופט רובינשטיין, ויצאה מנקודת הנחה שבעימות בין נושה מקצועי לבין בני זוג ביחס לדירת מגורים ידו של בעל המשכון תהיה על התחזונה אם לא ביצע את כל הבדיקות האפשריות. חוסר תום הלב של החייב ושל הצד השלישי לא הובאו בחשבון. מכל מקום, נראה כי הכרעה זו מתייחסת למקרים שבהם מדובר בקונפליקט בין ממשכן שהוא נושה מקצועי לבין בני זוג בדירת מגורים. "תום לב" הוא מונח שסתום כולל, ואין לנו אמת מידה שתבהיר מהם הסטנדרטים שלפיהם יש להכריע במקרים של תחרות בין נושה שאינו מקצועי לבין בני זוג. האם נושה לא מקצועי שלא בדק אם לחייב יש בן זוג הוא חסר תום לב, והאם האשם שיש לתלות בו חמור מזה של בן הזוג שלא רשם את זכויותיו? כמו כן לא ברור אם

8 שם, בפס' 22 לפסק הדין של הנשיא ברק.

9 עניין **בן גיאת**, לעיל ה"ש 6, בפס' ט לפסק הדין של השופט רובינשטיין (ההדגשות במקור).

10 שם, בפס' יג לפסק הדין של השופט רובינשטיין.

משפט ועסקים כז, תשפ"ב ריבונות עם אחריות ככלי הכרעה בצומתי חיכוך בחיי המשכון

חלוקת האחריות שנקבעה בעניין **שמחוני** תיעשה גם במקרים אחרים. באילו מקרים חוסר תום לב מצד שני הצדדים יוביל לחלוקה של הנכס בין הצדדים בהתאם לשיעור חוסר תום הלב של כל אחד מהם, בדומה לקביעה בעניין **שמחוני**, ובאילו מקרים תיערך הכרעה בינרית בין הצדדים, בדומה לעניין **בן גיאת**? נראה כי אין לפנינו כלל שלפיו יוכלו בתי המשפט להנחות את עצמם בהמשך טוויית הקו הראוי. בתי המשפט השאירו סוגיה זו לעת מצוא, וכלשונה של השופטת שטרסברג-כהן בעניין **בן-צבי**, "הנושא הרחב שבין שבילי פרדסו צועדים אנו בזהירות עקב בצד אגודל, משאיר אחריו פרי שטרם נקטף".¹¹

2. תום לב בהמרת משכון

משכון הוא כאמור בטוחה לפירעון של חוב כספי. בדרך כלל המשכון עולה בערכו על ערך החוב, מכיוון שהנושה נוטל "מקדמי ביטחון" ורוצה לוודא שהוא יוכל להיפרע גם במקרה של צורך ב"מימוש מהיר", וכן מביא בחשבון עלויות מימוש, מיסים המוטלים בעת מימוש, תנודות אפשריות בערכי השוק של הנכס עד למימושו וכיוצא בהם.¹² המשכון אמור לשמש את בעל המשכון במשך כל תקופת ההלוואה. פרק זמן זה עשוי להיות ניכר, ולעיתים מתחוללים שינויים שבעטיים החייב עשוי לבקש להחליף את המשכון בבטוחה אחרת. כך הדבר, למשל, כאשר עומדת על הפרק הזדמנות של הממשכן לעשות עסקה בנכס הממושכן ולהפיק רווח או כאשר הוא זקוק לנכס הממושכן כדי לקבל אשראי נוסף. האם הממשכן יכול לדרוש המרה של המשכון בבטוחה אחרת שתהא מספקת להבטחת פירעון החוב? השאלה מתעוררת ביתר שאת כאשר החייב כבר פרע את הקרן והריבית אך בעל המשכון טוען כי מגיע לו סכום נוסף שלגביו התעוררה מחלוקת עם החייב, כגון תשלום ריבית פיגורים, הפרשי שער וכיוצא בהם. נניח כי במצב זה החייב מציע חלופה אחרת למשכון שתבטיח את הסכום השנוי במחלוקת, כך שאין לבעל המשכון סיבה כלכלית להתנגד להמרת המשכון, אולם בעל המשכון עומד על כך שהמשכון יישאר בעינו ובמלואו על הנכס הממושכן הזה דווקא, כדי שהדבר יהווה אמצעי לחץ על החייב לפרוע גם את החוב השנוי במחלוקת. האם יש בסיס משפטי לדרישת החייב להמרת המשכון?

לכאורה, לבעל המשכון יש זכות קניינית בנכס הממושכן, וראוי להגן עליה מפני כל התערבות שאינה מוסכמת. זאת ועוד, חוק המשכון, התשכ"ז-1967, אינו מתייחס במפורש לסוגיה של המרת המשכון, וייתכן כי בכך הוא קובע הסדר שלילי.¹³ עם זאת,

11 עניין **בן-צבי**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 27.

12 אבי וינרוט ובוני אדלשטיין "אחריות בנק מלווה כלפי רוכשי דירות ובעלי קרקע" **הפרקליט** מח 68, 69 (2004); דורון נחמני ונדב בן-ארי "מימון בשיטת הליווי הפיננסי" **ניהול נדל"ן** 837, 837-873 (מאיר דלברי עורך 1997).

13 לעניין זה ראו יהושע ויסמן "העתקת משכון לנכס חלופי שלא בהסכמת הנושה" **מחקרי משפט** כד 427 (להלן: ויסמן "העתקת משכון"), אשר פורסם אחר כך בספרו **דיני קניין: זכויות קדימה**

הסוגיה עוררה חילוקי דעות בפסיקתם של בתי המשפט המחוזיים. גישה אחת סברה כי הנכס שמושכן משקף עסקה רצונית בין הצדדים, ומשכך בית המשפט לא יתערב בה ולא יכפה המרה של המשכון מנכס לנכס.¹⁴ אף אם המרת המשכון אינה גורעת דבר מן הנושה מבחינה כלכלית, בבסיס המשכון עומד הסכם, ובית משפט אינו יכול לשנות הסכמה של צדדים לחוזה. למסקנה שונה הגיע בית המשפט המחוזי בעניין **ביטון**.¹⁵ באותו מקרה נקבע כי אין מדובר ביצירת חוזה משכון חדש, אלא ביישום של עקרון תום הלב על חוזה המשכון הקיים. בית המשפט נדרש לעקרונות המשפט העברי של "כופין על מידת סדום" ושל "זה נהנה וזה לא חסר", והסיק מהם כי ניתן לכפות על הנושה את המרת המשכנתה במשכנתה חלופית.¹⁶ ויסמן ביקר את פסק הדין בעניין **ביטון**, וסבר כי אין זה ראוי לאפשר לממשכן לכפות על בעל המשכון את העתקת המשכון לנכס אחר.¹⁷ סוגיה זו הגיעה להכרעה בבית המשפט העליון בעניין **אבן ישראל**,¹⁸ שעסק במקרה קיצוני שבו החלופה למשכון שביקש הלווה להעמיד לרשות המלווה הייתה ערבות בנקאית אוטונומית, שהיא בטוחה אולטימטיבית.¹⁹ שניתן לממשה בהודעה פשוטה לבנק ולגבות את מלוא הסכום בלא כל צורך בהתדיינות כלשהי ובלא צורך בהליכי גבייה.²⁰ אף במקרה זה נחלקו הדעות בבית המשפט העליון, דבר המלמד כי עסקינן במחלוקת נורמטיבית עמוקה. השופט עמית, בדעת הרוב, סבר כי כאשר חייב מעמיד בטוחה ראויה וטובה שתבטיח את פירעון החוב, אין להותיר בעינה את הבטוחה המקורית שהותרה מסיבה נזקים לחייב. השופט זילברטל אף ראה בהחזקת המשכון כאמצעי לחץ משום פגיעה בזכותו של החייב לפנות לערכאות, שהרי הותרת המשכון על הנכס תאלץ את

14 **ופרקי משכון** 175, 177 (2014) (להלן: ויסמן **דיני קניין**). ראו גם מיגל דויטש **קניין** כרך ב 284 (1999).

14 ראו בש"א (מחוזי נצ') 2614/00 **בנק מרכנתיל דיסקונט בע"מ נ' עונאללה** (נבו 19.12.2000); ת"א (שלום חי') 21505/02 **מנור נ' בונה הצפון – חברת קבלני בניין עכו בע"מ** (נבו 19.9.2004); בש"א (שלום חי') 12063/05 **טיולי נהר הירדן בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ** (נבו 31.7.2005).

15 בש"א (מחוזי י-ם) 2813/05 **חברת העובדים השיתופית הכללית בא"י בע"מ נ' ביטון** (נבו 27.7.2006).

16 שם. ראו גם ברכיהו ליפשיץ "זה נהנה וזה לא חסר" – זכיה שלא היתה כרוכה בחסרון המזכה? **הפרקליט** לו 203 (1986); אברהם וינרוט "שימוש לרעה בזכות במשפט העברי (כופין על מידת סדום)" **דיני ישראל** יח 53 (התשנ"ה-התשנ"ו) (להלן: וינרוט "שימוש לרעה בזכות במשפט העברי"). על גישת המשפט העברי כמקור לריכוך של דיני הקניין כך שלא יאפשרו שימוש לרעה בזכות ראו חנוך דגן "דיני עשיית עושר: בין יהדות לליברליזם" **משפט והיסטוריה** 165 (דניאל גוטוויין ומנחם מאוטנר עורכים התשנ"ט); Benjamin Porat, *Ownership and Exclusivity: Two Visions, Two Traditions*, 64 AM. J. COMP. L. 147 (2016).

17 ויסמן "העתקת משכון", לעיל ה"ש 13.

18 רע"א 1554/16 **י.ש. אבן ישראל בע"מ נ' שולמן** (אר"ש 5.6.2016).

19 לעניין זה ראו אבי וינרוט **ערבות בנקאית** 83 (2010).

20 באותו עניין פרע החייב את מלוא החוב (קין וריבית), אך הנושה טען כי יש לשלם סכום נוסף, ונוצר צורך בהתדיינות. החייב הציע כי להבטחת הפסיקה שתינתן בהתדיינות זו הוא יפקיד ערבות בנקאית, ובלבד שישוחרר המשכון שניתן, כאשר נקרתה בדרכו אפשרות לבצע לגביו עסקה.

משפט ועסקים כז, תשפ"ב ריבונות עם אחריות ככלי הכרעה בצומתי חיכוך בחיי המשכון

החייב להיכנע לדרישת הנושה, ותקשה עליו לנהל הליך משפטי בדבר יתרת חוב אשר שנויה במחלוקת. לעומת זאת, השופט סולברג, בדעת מיעוט, סבר כי אין אומנם ספק שלבית המשפט נתונה באופן עקרוני הסמכות להורות על המרת בטוחה בבטוחה אחרת – וזאת מכוח עקרון תום הלב, המאפשר לבית המשפט למנוע שימוש לא לגיטימי במשכון²¹ – אולם שאלה גדולה היא מתי סירוב להמרת משכון בבטוחה אחרת אינו לגיטימי.²² לא היה חולק שהנושה רשאי להעלות טענות בנוגע לטיב הבטוחה,²³ ולדעת השופט סולברג, אף לגיטימי לראות בבטוחה אמצעי להפעלת לחץ על החייב לשלם את חובו, ולסרב לבקשתו להמרת הבטוחה רק בשל כך.²⁴ כלומר, הנושה רשאי לראות את הבטוחה לא רק כמנגנון עתידי לגביית החוב, אלא גם כמנגנון לחץ לפירעונו המהיר.²⁵ על כן טענת נושה כי המרת המשכון במשכון אחר תפגע באמצעי לחץ זה עשויה להיות לגיטימית, ואינה נחשבת כשלעצמה חסרת תום לב.²⁶

הנה כי כן, הגדרת סירובו של בעל משכון להמיר את המשכון בנכס אחר כחוסר תום לב אינה פשוטה. נראה כי גם דעת הרוב בעניין **אבן ישראל** אינה מספקת אמת מידה ברורה לשאלה מתי נראה בסירוב להמרת משכון משום חוסר תום לב. בעניין זה דובר

21 בית המשפט סבר כי יש לראות מקור סמכות לכך גם בהוראת ס' 21(א) לחוק המשכון, הקובע כי "בית המשפט רשאי, על פי בקשת החייב, הנושה או המחזיק במשכון, לצוות על מימוש המשכון לפני שהגיע המועד לקיום החיוב או לתת הוראות אחרות **שימצא לנכון**, אם נוכח שהנכס הממושכן עלול להתקלקל או לאבד שיעור ניכר מערכו או שזכויות הצדדים עלולות להיפגע מסיבה אחרת" (ההדגשה הוספה). ראו ויסמן **חוק המשכון**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 369.

22 השופט סולברג ציין כי אין חולק שעמידה דווקנית על זכות קניינית היא בבחינת מידת סדום, אלא שלגיטימי לעמוד על הזכות במקרה שעומדים בבסיסה אינטרסים לגיטימיים.

23 אין חולק שהנושה רשאי לטעון כי הבטוחה החלופית נופלת מזו המקורית מבחינת שווי הבטוחה, אופן מימושה ומאפיינים ייחודיים אחרים שלה המשפיעים על יכולתו להיפרע את מלוא חובו מן הבטוחה. כך, למשל, אם הבטוחה המקורית עלתה על גובה החוב בשיעור מסוים, בעל המשכון זכאי לדרוש שגם המשכון החלופי יעמוד באותו יחס של עודף שווי על החוב.

24 לעמדת המשפט העברי בסוגיה זו ראו אברהם וינרוט "תום לב ותכלית המשכון" **פרשת השבוע** 508 (פרשת ויצא התשפ"א).

25 השופט סולברג אימץ בעניין זה את גישתו של פרופ' ויסמן בספרו **דיני קניין**, לעיל ה"ש 13, בעמ' 184, כי יש להביא בחשבון גם את השאלה אם הנושה ידע מראש על נחיצותו של הנכס לחייב, שאז יש מקום להתנגדותו להמרה, או שנחיצות זו התעוררה רק בשלב מאוחר.

26 כלל מושרש הוא בדיני חוזים כי עמידה על זכות חוזית אינה עולה כשלעצמה כדי חוסר תום לב. ראו, למשל, ע"א 158/80 **שלום נ' מוטה**, פ"ד לו(4) 793, 812 (1982); ע"א 7194/13 **טובית דרור חברה לנכסים בע"מ נ' ב.ס.ר. המנדסים בע"מ**, פס' 29 לפסק הדין של השופט עמית (אר"ש 22.7.2015). עם זאת, לא בכל מצב יכול צד לעמוד באופן דווקני על הוראות החוזה. כך, למשל, ברע"א 1233/91 **גירבי נ' בן דוד**, פ"ד מה(5) 661, 664–666 (1991), נקבע כי יש משום חוסר תום לב בסירוב לקבל תשלום הניתן באיחור בשל טעות בתום לב של המשלם כאשר מדובר באיחור של **יום אחד בלבד**. פרופ' מיגל דויטש ביקר הלכה זו, וסבר כי זו סטייה מן הכלל המסייג את תחולתו של עקרון תום הלב לשימוש בזכויות, ולא לשינויים בהן. ראו מיגל דויטש "תום-לב בשימוש בזכויות – 'קווים אדומים' לתחולת העיקרון?" **עיוני משפט** יח 261, 264–269 (1993).

במקרה קיצוני שבו החלופה שהועמדה חלף המשכון היא ערבות בנקאית על מלוא הסכום השנוי במחלוקת. ביחס למקרה קיצוני זה סברה דעת הרוב כי חובת תום הלב של בעל המשכון הופרה, וכי יש להיעתר לדרישתו של החייב להעתיק את המשכון לנכס חלופי גם בלא הסכמת הנושה. אולם מה יהיה הדין כאשר החייב מבקש להמיר משכון מנכס אחד לנכס אחר אך הדבר כרוך בטרחה של שמאות לנכס האחר וכן בבירור בדבר זכויות צד ג בנכס המומר, וברור כי מבחינתו של הנושה אין כל יתרון לנכס החלופי על הנכס המקורי? האם מוטל עליו לטרוח ולהיכנס להליך של בחינת חלופות למשכון המקורי כדי לסייע בידי החייב? האם יהיה בסירובו לכך משום חוסר תום לב? ומה יהיה כאשר הנושה מסרב להמרת המשכון במשכון חלופי שווה יותר בטענה כי נוח לו יותר לממש את המשכון המקורי? האם יהא בכך משום חוסר תום לב? והאם יוכל בעל המשכון לדבוק בעמדתו זו, שנובעת מטעמי נוחות גרידא, גם כאשר נזקיו של החייב מהסירוב להמרת המשכון הם כבדים ועלולים למוטט אותו מבחינה כלכלית? אם אמת המידה היא תום לב, אזי די בקיומה של הצדקה להתנהגותו של בעל המשכון, ואין כל רלוונטיות לשיעור הנזק שייגרם לצד האחר. על כן נראה כי השימוש במונח "תום לב" אינו מספק כאשר בית המשפט חותר לכלל הכרעה ברורה.

3. תום לב במימוש משכון

מכיוון שבדרך כלל המשכון עולה בערכו על גובה החוב, אין המלווה מזדרז תמיד לממש את המשכון. אדרבה, כל עוד יש לו מהיכן להיפרע, נוח לו שהריבית ממשיכה להצטבר. לעיתים נוח גם ללווה שהקץ יידחה. אולם לעיתים הן הלווה והן נושים אחרים עלולים להיפגע כתוצאה מהשתהות במימוש המשכון. הפגיעה בלווה ברורה לכאורה. בהעדר משאבים נזילים לפרעון ההלוואה, ברור שהמשכון ימומש בסופו של דבר, וממילא עדיף שהדבר יקרה מוקדם ככל האפשר, כדי שהחוב לא ילך ויטפח. בדרך זו עשויה להיוותר יתרת כספים בידי החייב לאחר מימוש המשכון ופרעון החוב, ויתרה זו אף עשויה לשמש לפרעון הלוואות נוספות של החייב. כלומר, ייתכן שהשתהות בעל המשכון במימושו תגרום לחייב נזק בדמות צבירת ריביות מיותרות הן ביחסיו עם בעל המשכון והן ביחסיו עם נושים אחרים. לעיתים יתרה זו נחוצה לחייב כדי למנוע "כדור שלג" – למשל, כאשר בהעדר תזרים מזומנים חשבונו עלול ליהפך למוגבל,²⁷ באופן שיחמיר את מצוקת המזומנים שלו ואף יוביל בסופו של תהליך לחדלות פירעון.

כמו כן, מהשתהות הנושה במימוש המשכון עלולים להיפגע נושים אחרים של החייב, שכן הצטברות של חובות ריבית לטובת בעל המשכון תקטין בסופו של דבר, לאחר מימוש המשכון, את יתרת הכספים שתעמוד לשירות חובם. זאת ועוד, לעיתים נושיו האחרים של החייב זקוקים לכספים בדחיפות. מימוש הנכס הממושכן על ידי בעל המשכון עשוי להניב להם את הכספים שהם זקוקים להם. השתהות במימוש המשכון על ידי בעל המשכון, השולט בהליך, מונעת מהם כספים אלו, שעשויים להיות בעלי

27 חוק שיקים ללא כיסוי, התשמ"א-1981.

משפט ועסקים כז, תשפ"ב ריבונות עם אחריות ככלי הכרעה בצומתי חיכוך בחיי המשכון

משמעות קריטית לגביהם מבחינה תזרימית. נמצא כי בעל משכון המשתהה במימוש המשכון עלול להסב נזק רב לחייב ולצדדים שלישיים.

מצד אחר, החייב ונושיו הם שנטלו סיכון כלכלי, ואילו בעל המשכון מחזיק בנכס קנייני שלו, שהוא רשאי לנהוג בו לפי שיקול דעתו. לכאורה, אין עילה משפטית שמחמתה ניתן להכתיב לבעל המשכון את העיתוי שבו הוא יממש זכויות קנייניות שלו. ייתכן שהוא מפגין חוסר התחשבות בכך שהוא אינו ממהר לממש, אך האם הוא מגלה חוסר תום לב כאשר הוא נוהג בזכות קניין שלו על פי צורכי הנוחות ושיקול הדעת שלו? זאת ועוד, סעיף 23 לחוק המשכון קובע כי "אין במתן המשכון כדי לגרוע מזכותו של הנושה לגבות את החיוב שלא על ידי מימוש". לנוכח הוראת סעיף זה, בעל המשכון יכול לכאורה להרחיק לכת ולא רק להשתהות במימוש המשכון, אלא אף לנקוט אמצעי גבייה אחרים כלפי החייב, כגון עיקול חשבונות בנק. פרשנות זו מחויבת לכאורה, שהרי החוק עוסק בגביית החיוב, ומכאן שהגיע המועד לקיומו. את הזכות לנקוט אמצעי גבייה כאשר הגיע מועד הפירעון אין חוק המשכון צריך לחדש. מן ההכרח הוא אפוא שהחוק מאפשר לבעל המשכון להשהות את מימוש המשכון ולנקוט בינתיים אמצעי גבייה אחרים, בבחינת "תאחז בזה וגם מזה אל תנח את ידך".²⁸

במקרה שבעל המשכון אינו מממש, אלא מטיל עיקול, נמצא כי הוא מסב נזקים בארבעה מישורים: (א) החוב ממשיך לתפוח; (ב) אי-מימוש המשכון מונע מהחייב יתרת מזומנים שהייתה יכולה לעמוד לרשותו לשם פירעון חובותיו לנושים אחרים, וכתוצאה מכך החייב נושא בריביות גם לנושים אלו; (ג) לנושים האחרים נגרם עיכוב בקבלת כספם; (ד) בעל המשכון מצר את צעדי החייב על ידי עיקול נכסיו, ומצמצם את יכולתו לתפקד כלכלית. עם זאת, בעל משכון העושה כן הוא לכאורה בבחינת "נבל ברשות התורה", שהרי חוק המשכון מתיר לו לנקוט אמצעים אלו.

פתרון אפשרי לבעיה זו עשוי להימצא במתן זכות לחייב לתבוע מימוש של הנכס הממושכן בדרך של מכירת הנכס על ידי ושימוש בכספי התמורה לפירעון החוב, מכוח סעיף 21 לחוק המשכון.²⁹ אכן, סעיף 21 עוסק ביחסים שבין בעל המשכון לממשכן, ואינו מעניק זכות לנושים אחרים לדרוש מבעל המשכון לממש את המשכון. אולם בפסק דין **בן פורת**³⁰ קבע בית המשפט העליון כי לנוכח עקרון תום הלב, החופה על המשפט הישראלי, אין בעל המשכון יכול להתעלם מזכויותיהם של נושים אחרים. השופט רובינשטיין הדגיש כי אין לפגוע בזכות הקניין של בעל המשכון, אך "עם זאת גם לנושים האחרים מקום תחת השמש, וככל שמשתהה מימושו של נכס, והדברים חורגים מגבולות סבירים ומשליכים על תום הלב, יוכל בית המשפט – הוא ולא אחר – להתערב בכך".³¹

28 קהלת 18. ראו גם ויסמן **חוק המשכון**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 380–381.

29 שם, בעמ' 258–259.

30 רע"א 9025/03 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' בן פורת**, פ"ד נט(3) 919 (2004).

31 שם, בעמ' 928. רע"א 8044/13 **לוי נ' שיכון ובינוי נדל"ן השקעות בע"מ** (אר"ש 13.2.2014) הסיק בית המשפט מפסק הדין בעניין **בן פורת** כי הימנעות הנושה המובטח מלנקוט הליכי מימוש או שיהוי ניכר מצידו בפעולותיו במסגרת הליכי המימוש יובילו לפיקוחו של בית המשפט על הליכי המימוש,

בפסקי דין מאוחרים יותר הועצמה חובת תום הלב של בעל המשכון כלפי הנושים האחרים, והוגדרה כמעין "חובת אמון" של הנושה המובטח כלפי יתר הנושים.³² בית המשפט החיל נורמה זו גם ביחסים שבין בעל המשכון לבין החייב. כך, למשל, בעניין אלף ג'ני נכסים³³ נדון מקרה שבו משכן החייב שני נכסים לטובת הנושה, ובהגיע מועד המימוש ביקש כי המימוש ייעשה בנכס מסוים, ולא בַּאחר. בית המשפט קבע כי אף שזכות הבחירה לגבי סדר מימוש השעבודים במצב של ריבוי בטוחות נתונה לנושה בעל המשכון, אם מבחינת הנושה אין נפקות לבחירה איזה מהנכסים לממש, עקרון תום הלב מחייב אותו להיעתר לבקשת החייב.

חובת תום הלב של הנושה כלפי החייב עשויה להגיע לידי עימות עם חובת תום הלב שלו כלפי נושים אחרים. כך קורה, למשל, כאשר לחייב יש נושה נוסף, שגם לו יש אינטרס בנכסים המשועבדים, והוא דורש מן הנושה בעל המשכון כי בעת מימוש הנכסים יתחשב באינטרס שלו, העומד בניגוד לרצונו של החייב – הממשכן. אם יש חובה של בעל המשכון להתחשב באינטרסים של נושים אחרים, אזי אינטרס זה יגבר על דרישותיו של החייב. זאת, מכיוון שהחייב עצמו מחויב להעדיף את האינטרסים של הנושים האחרים על האינטרס שלו עצמו. אילו החזיק החייב עצמו בנכסים, פשיטא שהנושים האחרים היו רשאים לממשם לצורך פירעון החוב כלפיהם לפי האינטרסים שלהם. ידם של הנושים על העליונה, שהרי אם מבחינת נושה יש נפקות לבחירה איזה מהשעבודים לממש תחילה, כוח הבחירה מסור בידיו. ממילא גם כאשר הנכס משועבד לבעל המשכון, עליו להעדיף את האינטרס של הנושים האחרים על האינטרס של החייב.

והפיקוח צפוי להיות הדוק יותר, ואף להגיע לכדי התערבות בהליכי המימוש, ככל שבית המשפט יתרשם שהנושה המובטח פועל בחוסר תום לב ובדרך בלתי מקובלת בהליכי המימוש. במקרים אלו בית המשפט רשאי לקבוע כי אין די בפיקוח של בעל התפקיד בהליך חדלות הפירעון, וכי קיימת הצדקה למינוי בעל התפקיד בהליכי חדלות הפירעון כבעל תפקיד נוסף לצד כונס הנכסים מטעם הנושה המובטח.

32 בעניין לוי, שם, בפס' 31 לפסק הדין של השופט דנציגר, ציטט בית המשפט בהסכמה את דבריה של השופטת אלשיך בפש"ר (מחוזי ת"א) 1941/02 טחנת קמח אשדוד בע"מ נ' חברת פיתוח מעון בע"מ (נבו 13.11.2002), כי "משמעותה של חובת אמון זו... היא כי נושה מובטח בשיעבוד ספציפי (קל וחומר נושה מובטח בשיעבוד צף), אינם רשאים לעשות ככל העולה על רוחם ללא הגבלה בנכסים המשועבדים, 'אחרינו המבול', כאילו אין לחברה נושים אחרים אשר עשויים להיפגע מפעולות הנושה המובטח... נושה מובטח זכאי לקדימות מהותית בחלוקת הכספים, וזכאי לכלי עזר פרוצדורליים ומנהליים אשר יבטיחו את קדימותו זו. הוא איננו זכאי לנהוג בשרירות וחובה עליו למזער ככל הניתן את הפגיעה בנושים הבלתי מובטחים, אגב גביית חובו הוא" (ההדגשות במקור). בפש"ר (מחוזי ת"א) 50808-02-11 בנק לאומי לישראל בע"מ סניף החשמונאים נ' הרבט, פס' 4 (נבו 29.1.2013), קבעה השופטת אלשיך כי ריבית פיגורים היא למעשה סוג של פיצוי מוסכם, וממילא זכותו של בית המשפט להתערב בשיעורה. על כן, אם הנושה המובטח נתן לחוב לתפוח ולא פעל למימוש הבטוחות, קמה זכות לבית המשפט להורות כי הבנק יישא בנזק שיצר. בית המשפט ביסס את קביעתו על חובות אמון של בעל המשכון. ראו והשוו גם ע"א 6765/93 בנק ברקליס דיסקונט בע"מ נ' ברושי (נבו 19.3.1997).

33 ע"א 64/09 אלף ג'ני נכסים והשקעות בע"מ נ' בנק דיסקונט למשכנתאות בע"מ (אר"ש 7.4.2011).

משפט ועסקים כז, תשפ"ב ריבונות עם אחריות ככלי הכרעה בצומתי חיכוך בחיי המשכון

עם זאת, בית המשפט לא הכריע בעניין זה. בית המשפט ציין כי בעיקרון נראה לו נכון לאמץ בישראל את תורת תיעדוף הבטוחות (doctrine of marshalling of securities) הנוהגת באנגליה.³⁴ תורה זו מתייחסת למצב דברים שבו יש נושה מובטח המחזיק בשעבוד ספציפי על שני נכסים, ולצידו נושה נוסף המחזיק בשעבוד מדרגה פחותה על אחד מהנכסים הללו. אם ימומש הנכס המשועבד לשני הנושים, התוצאה תהיה שכספי התמורה יועברו כולם לנושה בעל דרגת הנשייה הגבוהה יותר, ואילו הנושה בעל הדרגה הנמוכה יותר לא יקבל דבר, שהרי ביחס לנכס השני אין לו שעבוד והוא נושה בלתי מובטח. לעומת זאת, אם בעל המשכון בדרגה הראשונה יממש את הנכס האחר, המשועבד רק לו, ייוותר בידי החייב נכס שלגביו יש לנושה האחר מעמד של נושה מובטח. תורת תיעדוף הבטוחות קובעת כי במקרה זה מוטל על בעל המשכון להתחשב באינטרס של הנושים האחרים, וזאת לנוכח ציפיותם הלגיטימיות להיפרע מנכסי החייב ולא להיוותר בלא כלום בשל התנהלות שרירותית של נושה אחר.³⁵ אף שבית המשפט בישראל נטה לאמץ את תורת תיעדוף הבטוחות, הוא לא הכריע סופית בסוגיה זו, ואף העלה שאלה אם נכון להחיל תורה זו גם על יחסיו של בעל המשכון עם נושים לא מובטחים.³⁶

34 על תורת תיעדוף הבטוחות ראו PAUL A.U. ALI, MARSHALLING OF SECURITIES: EQUITY AND THE PRIORITY-RANKING OF SECURED DEBT ch. 6 (1999); GOODE ON LEGAL PROBLEMS OF CREDIT AND SECURITY 191 (Louise Gullifer ed., 4th ed. 2008); P.V. BAKER & P. ST. J. LANGAN, SNELL'S EQUITY 421 (29th ed. 1990). ראו גם ויסמן **חוק המשכון**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 187–190.

35 שם, בעמ' 188–190, מציין ויסמן כי יש מחלוקת במשפט האמריקני ביחס למקרה שבו יש שלושה נושים: נושה א מחזיק בשני נכסים, שאחד מהם משועבד גם לנושה ב בשעבוד שני והאחר משועבד גם לנושה ג. האם על בעל המשכון להתחשב בשני הנושים ולהיפרע מחצית מהנכס הראשון ומחצית מן הנכס השני? לפי גישה אחת, הנושה השלישי נכנס אומנם לסיטואציה שבה כבר יש שעבוד לשני נושים על הנכס הראשון, אבל יחד עם ידיעה זו הוא יודע גם על תורת תיעדוף הבטוחות, ועל כן יש לו ציפייה שיתחשבו בו ויממשו את הנכסים באופן שיותר אף לו מהיכן להיפרע. גם הנושה השני יודע כי אם יבוא נושה שלישי שאליו ישועבד הנכס השני, תהיה לו ציפייה לגיטימית כאמור. ויסמן מציין כי במשפט הישראלי אין מקום לגישה זו, מכיוון שעקרון תיעדוף הבטוחות טרם קנה לו שביתה, וממילא אין מקום להניח כי נוצרה ציפייה כזו. ברם, נראה כי בתי המשפט בישראל שוקלים את אימוצה של תורת תיעדוף הבטוחות מכוח עקרון תום הלב. עיקרון זה יוצר נורמה אובייקטיבית שיש בה מענה לציפיות לגיטימיות של הנושים. אם כך ייעשה, אזי ייתכן שגם בישראל יהיה אפשר לומר שגם לנושה השלישי יש ציפייה לגיטימית שבית המשפט יבקש להגשימה. מכל מקום, החלת חובה על בעל משכון לממש שני נכסים ולגבות מחצית מכל אחד מהם, חלף מימוש נכס אחד, מעמיסה עליו טרחה רבה, ושאלה גדולה היא אם במקרה כזה עקרון תום הלב אכן מחייב את בעל המשכון לעשות כן. בת"א (מחוזי ת"א) 17-01-19658 יפה נ' **בנק דיסקונט לישראל** (נבו 18.5.2020) קבע בית המשפט כי אין חוסר תום לב בהחלטה של בעל משכון להיפרע מדירה חלף הליכי גבייה בהוצאה לפועל של עשרות צ'קים שבידיו.

36 בע"א 9060/11 **בנק לאומי לישראל בע"מ נ' הנאמן על נכסי החייב וייס** (אר"ש 22.9.2014) קבעה דעת הרוב (השופטת ברק-ארוז והשופטת (בדימ') ארבל) כי תורת תיעדוף הבטוחות חלה רק ביחס

אם החלטה של תורת תיעדוף הבטוחות יסודה בהגשמת ציפיות לגיטימיות של נושים, אזי אכן אין מקום להחיל תורה זו ביחס לנושים לא מובטחים, שהרי מלכתחילה לא הייתה להם כל ציפייה לגיטימית לשים ידיהם על הנכסים המשועבדים.³⁷ ברם, מכיוון שהמקור הנורמטיבי להחלת חובות על בעל משכון כלפי נושים אחרים בישראל הוא החלת נורמה של תום לב, מתבקש להחיל, כעיקרון, את תורת תיעדוף הבטוחות הן ביחס לנושים מובטחים והן ביחס לנושים לא מובטחים, ואולי אף כלפי תובעים שהחוב כלפיהם טרם נפסק. כך, למשל, במקרה שבו יש תובע שהטיל עיקול על אחד משני נכסים משועבדים והוא מבקש מהנושה המובטח שייפרע מהנכס שעליו לא הוטל עיקול: אם יש בנכס הראשון כדי לפרוע את החוב לנושה המובטח ואין זולתו נושים מובטחים, אזי בחירה בשרירות לב של בעל המשכון ליטול דווקא את הנכס המעוקל פוגעת פגיעה לשמה בנושה בעל העיקול. הדברים נכונים קל וחומר אם מקורה של הנורמה בחובת אמון שבעל המשכון חב כלפי נושים בלתי מובטחים.³⁸ ברורות לנו אפוא התוצאה והנפקות של בחירה בחלופה של החלת תורת תיעדוף הבטוחות מכוח ציפיות לגיטימיות של נושים לעומת החלופה של החלת תורת תיעדוף הבטוחות מכוח עקרון תום הלב או חובות אמון.

מצד אחר, אין לכאורה אמת מידה שמכוחה נוכל להכריע בשאלה מה יהא הדין במקרה שבו מימושו של נכס אחד נוח יותר לבעל המשכון ממימושו של הנכס האחר. האם מכוח חובת תום הלב יש לערוך איזון בין שיקולי הנוחות של בעל המשכון לבין היקף הפגיעה בנושה האחר, ועל בעל המשכון לוותר על מקצת משלו כדי למנוע הפסד גדול מנושים אחרים? בית המשפט לא קבע כלל נורמטיבי רחב אשר מתוכו נוכל לשאוב מענה לשאלה זו.

בעניין **עברון**³⁹ דן בית המשפט העליון בהתנגשות שבין חובת תום הלב של בעל המשכון כלפי החייב לבין חובת תום הלב שלו כלפי נושים בלתי מובטחים. באותו מקרה היו לבעל המשכון שני נכסים מובטחים: האחד, כספי תגמולים, שהם "כספים מוגנים", שאין לנאמן בפשיטת רגל יכולת להיפרע מהם;⁴⁰ והאחר, כספי פיצויים, המהווים נכס בר חלוקה בפשיטת רגל. בהתאם לכך, אם בעל המשכון יממש את כספי התגמולים, הנושים הבלתי-מובטחים יקבלו את כספי הפיצויים, ואילו החייב ייוותר ללא כלום. לעומת זאת, אם בעל המשכון יממש את כספי הפיצויים, החייב ייוותר עם כספים אך הנושים הבלתי-מובטחים לא יקבלו דבר. השופט עמית קבע כי תכלית החקיקה מקרינה על חובת תום הלב של בעל המשכון כלפי החייב, ולנוכח ההגנה המיוחדת שהעניק

שבין שני נושים מובטחים, ואילו דעת המיעוט (השופט מלצר) גרסה כי ניתן מכוח תורה זו להקנות זכויות לנאמן בפשיטת רגל הדואג לאינטרס של נושים לא מובטחים.

37 ALI, לעיל ה"ש 34, בעמ' 174–175.

38 בפש"ר (מחוזי ת"א) 466/93 **גרמש נ' הנאמן על ענייני פושט הרגל גרמש** (נבו 24.12.2000) קבעה השופטת אלשיך כי קיימת חובת אמון של נושים מובטחים כלפי נושים בלתי מובטחים בעת מימוש הבטוחות. פסיקה זו אומצה על ידי בית המשפט העליון בעניין **לוי**, לעיל ה"ש 31.

39 ע"א 1057/18 **עברון נ' ורדי** (אר"ש 23.1.2019).

40 ס' 85(א1) לפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], התש"ס-1980.

משפט ועסקים כז, תשפ"ב ריבונות עם אחריות ככלי הכרעה בצומתי חיכוך בחיי המשכון

המחוקק לכספי התגמולים והתכלית הסוציאלית העומדת בבסיסה, מוטל על בעל המשכון למצות תחילה את האפיקים האחרים העומדים לרשותו לצורך היפרעות מהחייב, ולממש את כספי התגמולים רק כמוצא אחרון. חובתו הראשונית של בעל המשכון היא כלפי החייב, וחובתו זו מחייבת אותו לפנות תחילה לכספי הפיצויים, בטרם יפנה לקיזוז החוב מכספי התגמולים. חובת תום הלב של בעל המשכון כלפי החייב גוברת אפוא על חובת תום הלב של בעל המשכון כלפי יתר הנושים. בית המשפט הבהיר כי אילו הוחלה במקרה זה תורת תיעדוף הבטוחות, כגון במקרה שבו הנושים המבקשים להיפרע מכספי הפיצויים הם נושים מובטחים, ייתכן שהנושה שכספי הפיצויים שועבדו לו במשכון שני יוכל לדרוש מבעל המשכון הראשון להיפרע דווקא מכספי התגמולים, כדי להותיר בידו את האפשרות להיפרע מכספי הפיצויים.

ברם, נראה לנו כי גם אילו הוחלה בישראל תורת תיעדוף הבטוחות, לא היה מקום להגיע לתוצאה שונה מזו שנקבעה בעניין **עברון**. זאת, מכיוון שאף אם תורת תיעדוף הבטוחות מתבססת על חובת תום הלב, אי-אפשר לומר כי נושה נוהג בחוסר תום לב כאשר הוא מממש נכס של חייב באופן שמתחשב באינטרסים של החייב ומאפשר לו לחיות בכבוד. מושא הדיון הוגדר על ידי השופטת וילנר בעניין **עברון**: איזו מחובות תום הלב של בעל המשכון תגבר – האם תהא זו חובת תום הלב שלו כנושה מובטח כלפי הנושים שאינם מובטחים או חובת תום הלב שלו כלפי החייב? במאזן של חובות תום הלב הללו גוברת חובת בעל המשכון כלפי החייב, מכיוון שהיא מבוססת על אדנים סוציאליים וכלכליים כאחד.

נמצא כי מצד אחד אין ספק שהוחלה חובת תום לב על בעל משכון כלפי החייב וכלפי נושים אחרים, מובטחים ובלתי מובטחים. עם זאת, בית המשפט השאיר ב"צריך עיון" את שאלת החלתה של תורת תיעדוף הבטוחות. מן הראוי להכריע בעניין זה וכן לקבוע מכוח איזה עקרון משפטי יש להחילה. כמו כן לא נקבעו אמות מידה ברורות שעל בסיסן יהיה אפשר להכריע בשאלה אם בעל המשכון צריך להתחשב בנושים אחרים. כך, למשל, לא ברור מה חובתו של בעל המשכון בבחירת הנכס שימומש או בעיתוי המימוש במצב שבו בחירה בחלופה מסוימת תגרום נזק רב לנושים אחרים ואילו בחירה בחלופה אחרת תגרום נזק לו עצמו אך במידה פחותה.

4. תום לב בפדיון משכון

צומת נוסף שבו עקרון תום הלב נפגש עם דיני המשכון מצוי במקרים שבהם הלווה מעוניין לפדות את הנכס הממושכן באמצעות גורם אחר. פשיטא שכל עוד לא חלף מועד הפירעון, הלווה רשאי לפרוע את החוב ולהותיר את הנכס בידיו, וזאת גם כאשר הוא נעזר בצד ג, אשר מסייע לו לפרוע את החוב ובתמורה רוכש ממנו את הנכס. ברם, אם כבר חלף מועד הפירעון, מתעוררת שאלה בדבר זכותו של בעל המשכון לממש את הנכס. אכן, גם במקרה זה שמורה לחייב הזכות לפדות את המשכון באמצעות תשלום

החוב, לנוכח הוראת סעיף 13(א) לחוק המשכון.⁴¹ ברם, במקרה זה יתעורר קושי אם הלווה ינסה לממש את זכות הפדיון שלו באמצעות צד ג, שרוכש ממנו את הנכס. לכאורה, לשונו של סעיף 13(א) לחוק המשכון מגבילה את זכות הפדיון לחייב עצמו או לגורם אחר שעלול להיפגע ממתן המשכון או ממימושו, כגון מי שמתגורר בנכס הממושכן או מי שערב לחוב המובטח במשכון.⁴² מצד אחר, האינטרס של בעל המשכון הוא בפרעון החוב, ואינטרס זה מתקיים במלואו. מה לו אפוא כי ילין על כך שבעל הנכס מסתייע בצד ג כאשר הוא פורע את חובו, ומה לו כי ילין על כך שבעל הנכס מכר את הנכס לצד ג ואינו מאפשר לבעל המשכון לממשו? אכן, נראה כי לנוכח אדישותו של בעל המשכון לזהותו של פורע החוב ורוכש הנכס, לא תימנע מהחייב האפשרות לפדות את המשכון באמצעות אחר.⁴³ השאלה מתעוררת בשעה שהנכס מוצע למכירה במסגרת הליכי כינוס נכסים (בהוצאה לפועל או בבית המשפט). פשיטא שאם צד ג זכה בהתמחרות ואף ניתן צו סופי בדבר אישור המכר, קמה לו זכות קניין ופקעה זכות הפדיון של החייב. זכות זו של החייב נלווית לזכות הבעלות שלו, ומשעבר הנכס לקניינו של הרוכש, חדל קניינו של הלווה ועימו חדלה זכות הפדיון שלו. ברם, יכול להתעורר קושי במקרה שבו רוכש פוטנציאלי זכה בהתמחרות אך בטרם אושרה המכירה על ידי ההוצאה לפועל או בית המשפט, החייב מבקש לפדות את הנכס באמצעות מכירתו לגורם שלישי. במקרה זה החייב טוען כי הנכס עודנו בבעלותו, וכי מכך נגזרת זכותו למכור את הנכס לצד ג לפי רצונו. כלומר, כשם שהחייב רשאי לפדות את הנכס בעצמו ולאחר מכן למכור אותו, וכשם שהוא רשאי לפדות את הנכס באמצעות משכונן, כך הוא רשאי למכרו לצד שלישי ובכספי התמורה לפרוע את החוב. לעומת זאת, הרוכש טוען כי הוא פיתח ציפייה לגיטימית לרכוש את הנכס על ידי השתתפותו בהתמחרות, ולא ייתכן שאדם אשר לא השתתף בהתמחרות יגבר עליו רק מכיוון שהבעלים רוצה ביקרו.

בסוגיה זו דנו בתי המשפט המחוזיים, וגישתם הייתה כי חייב המבקש לפדות את המשכון על ידי מכירתו לצד ג לוקה בחוסר תום לב. הוא רשאי אומנם לפדות את המשכון מכספו שלו, או אף למשכן את הנכס לצד ג שיסייע לו בכך, אך אם הוא מבקש למכור את הנכס לצד ג, יש בכך עקיפה של תוצאות ההתמחרות בהוצאה לפועל, והדבר לא יתאפשר.⁴⁴ בית המשפט סבר כי אם נאפשר לחייב למכור את הנכס בעצמו, יהא זה

41 ס' 13(א) לחוק המשכון קובע כי "החייב וכל אדם שזכותו עלולה להיפגע ממתן המשכון או ממימושו, רשאים לפדות את המשכון על ידי קיום החיוב לאחר המועד לקיומו".

42 פש"ר (מחוזי ת"א) 58026-07-17 **עזבון אפרים נ' פדר**, פס" 12-15 (נבו 8.8.2018); ת"פ (הוצל"פ י-ם) 9386/03 **קריוזר נ' בנק מרכנתיל דיסקונט בע"מ** (נבו 12.7.2006).

43 בע"א 555/71 **אמסטורדמר נ' מוסקוביץ**, פ"ד כו(1) 793 (1972), ציין השופט ח' כהן מקורות מן המשפט העברי שמהם הסיק כי זכות הפירעון של חוב המשכנתה עומדת לחייב עד אשר צד ג (שאינו הנושה עצמו) רוכש קניין חוקי במקרקעין הממושכנים.

44 לעניין זה ראו בר"ע (מחוזי ת"א) 1118/08 **לוי נ' אלקיים** (נבו 3.8.2009); בר"ע (מחוזי ת"א) 1617/04 **מלמד נ' הירשמן** (נבו 8.6.2006); פש"ר (מחוזי חי') 1008-06-14 **רגב נ' וויל** (נבו 17.9.2015); רצ"פ (מחוזי ת"א) 1382-09 **מקייטן נ' בנק לאומי לישראל בע"מ** (נבו 20.7.2010);

משפט ועסקים כז, תשפ"ב ריבונות עם אחריות ככלי הכרעה בצומתי חיכוך בחיי המשכון

חוסר תום לב כלפי צד ג שהשתתף ברכישה בהוצאה לפועל והסתמך עליה. כמו כן ציין בית המשפט כי אם נאפשר לחייב לעקוף את הליכי המכירה בהוצאה לפועל, הדבר יניא אנשים מלרכוש נכסים במסגרת הליכים אלו.

נראה כי פסיקה זו מגבילה את זכות הקניין של בעל הנכס הממושכן, וקשה לראות מדוע יש במעשיו של בעל הנכס משום חוסר תום לב, ולא מימוש של זכות העומדת לו על פי דין.⁴⁵ הרי אין חולק שלחייב יש זכות לפדות את הנכס בעצמו, ובמקרה זה אין ציפייה לגיטימית לרוכש שהוא יזכה בנכס גם אם החייב יפדה אותו. אין גם מניעה שלאחר פדיון המשכנתה ימכור הבעלים את הנכס למי שירצה. כמו כן ברור כי לחייב יש זכות ליטול משכנתה מצד ג כדי שיהיה לו מקור מימון לפדיון המשכנתה, וגם אין מניעה שבעקבות משפון זה יעבור הנכס לבעלותו של צד ג הממושכן. מדוע, אם כן, יש להגביל את זכות הקניין של בעל הנכס באופן שיהא אסור לו לפדות את הנכס על דרך מכירתו לצד ג?

סוגיה זו נדונה לאחרונה בבית המשפט העליון בעניין **זליבנסקי**.⁴⁶ השופטת ברק-ארז סברה כי יש לבחון את הסוגיה מזווית ראייה של התנגשות בין שתי התחייבויות,⁴⁷ שכן מצד אחד יש התחייבות כלפי הזוכה בהתמחרות על הנכס, ומצד אחר יש התחייבות של בעל הנכס וזכות הפדיון להעביר את הנכס לצד ג שהוא בחר למכור לו. בית המשפט סבר כי ההתחייבות כלפי הזוכה בהתמחרות גוברת. אכן, כל עוד לא אושרה המכירה על ידי רשם ההוצאה לפועל או בית המשפט, העסקה לא נכנסה לתוקף. אולם בית המשפט סבר כי הדבר משול לחוזה עם תנאי מתלה ועל כן יש לתת לו תוקף מחייב ביחסים עם בעל המקרקעין, אשר בהיותו צד לעסקה לא יוכל לטעון כי לא התקיים התנאי המתלה.⁴⁸ ברם, הדברים מעוררים קושי, שהרי חלק מהתנאי המתלה הוא שהחייב לא יממש את זכות הפדיון, ואין חולק שמיוש זכות הפדיון אינו בגדר סיכול תנאי מתלה. אדרבה, כל מהותה של זכות זו היא מניעת המכר לצד ג, והיא מעוגנת בחוק. השופטת ברק-ארז השתיתה על כן את חוות דעתה גם על הקביעה כי אותו צד ג שרכש מבעל הנכס הוא חסר תום לב, שהרי הוא ידע על קיומה של ההתמחרות בהוצאה לפועל. אולם הגדרת הפעולה כחוסר תום לב מניחה את המבוקש, שהרי אם יש לחייב זכות פדיון גם בדרך של מכירה לאדם אחר, אין בכך משום חוסר תום לב.

השופטת וילנר הגיעה לתוצאה זוהי, אך בהנמקה שונה. לדידה, יש להביא בחשבון את האינטרסים של המשתתפים בהליך המכר בהוצאה לפועל ואת האינטרס החברתי

רע"א (מחוזי ת"א) 10968-03-10 **לנקרי נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ** (נבו 3.10.2010); ת"א (מחוזי ב"ש) 42644-06-17 **גולן נ' שמעוני** (נבו 3.8.2018).

45 במקרה דנא מדובר בעמידה על זכות קניין, ונראה כי מקל וחומר תחול ההלכה שנקבעה בדיני חוזים כי עמידה על זכות חוזית אינה עולה, כשלעצמה, כדי חוסר תום לב. ראו, למשל, עניין **שלום**, לעיל ה"ש 26; עניין **טובית דרור**, לעיל ה"ש 26.

46 ע"א 7706/18 **זליבנסקי נ' גולן** (אר"ש 9.11.2020).

47 נראה כי גם השופטת ברון, בפסק דינה שם, בחנה את הדברים מאותה זווית ראייה של עסקאות נוגדות, ועל כן פנתה לבחון את תום הלב של מי שרכש במישרין מבעל הנכס.

48 ס' 28 (א) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973.

בשימורה ובעידודה של פעילות מכירת נכסים בהוצאה לפועל, תוך מרוב התמורה.⁴⁹ הליכי מימוש המשכון נועדו לשרת הן את האינטרס של הנושים והחייב לקבל את מרב התמורה בעבור הנכס והן את האינטרסים של רוכשים פוטנציאליים המשתתפים בהליך המכר. זאת, מכיוון שללא הגנה על האינטרסים של רוכשים פוטנציאליים יירתעו מציעים מליטול חלק בהליכי המכירה של נכס משועבד.⁵⁰ על כן קבעה השופטת וילנר כי משעה שהחל הליך ההתמחרות, אי-אפשר להכיר במכירה לצד ג במישרין על ידי בעל הנכס.⁵¹ אכן, ככל שמדובר בפדיון הנכס על ידי החייב עצמו, זכותם של המשתתפים בהליך ההתמחרות נסוגה מפני זכותו של החייב, שכן זכות הפדיון מבטאת את זיקתו המיוחדת לנכס ואת ההגנה על קניינו. אולם כאשר מדובר במכירה על ידי החייב לצד שלישי, יש להעדיף, לדעת השופטת וילנר, את זכותו של הזוכה בהתמחרות, כדי לא להרתיע קונים מלקנות נכסים בהליכי מימוש משכונות.

בקובעו כי החייב אינו יכול למכור את הנכס הממושכן עם תחילת הליכי ההתמחרות, העדיף בית המשפט אינטרסים ציבוריים של יעילות הליכי כינוס נכסים על זכות הקניין של החייב. אולם בית המשפט לא החיל אותה נורמה ביחס לפדיון הנכס על ידי החייב עצמו, אשר מותרת בכל עת. ברם, כשם שהבעלות מתבטאת בזכות לפדות את המשכון, כך היא מתבטאת גם בזכות למכור את הנכס לצד ג.⁵² נראה גם כי קו התפר בין שני המקרים הוא "דק מן הדק עד אין נבדק", שהרי קשה מאוד להבחין בין חייב המוכר את הנכס מלכתחילה לצד ג לבין חייב הפודה משכון ומוכר אותו למחרת היום או חייב הפודה את המשכון באמצעות נטילת משכנתה מצד ג שיממש את הנכס למחרת היום. מה הסיבה להבחין בין המקרים? זאת ועוד, במבחן המעשי של ציפיות הרוכשים בהתמחרות במסגרת כינוס נכסים, קשה לראות כיצד ביטול המכירה בשל פדיון על ידי החייב בעזרת ממשכן אחר לאותו נכס אינו מרתיע מהשתתפות בהתמחרות, ואילו פדיון על ידי אחר מרתיע מהשתתפות כאמור, מה גם שסביר להניח כי האינטרס של מתמחרים להשיג נכס הנמכר מחמת מצוקה כלכלית של בעליו גובר על כל הרתיעות הללו. דעת הרוב בעניין **זליבנסקי** התייחסה למימוש זכות הפדיון בדרך של מכירה על ידי החייב לצד ג כאל חוסר תום לב. ברם, החלת עקרון תום הלב במקרה זה אינה מקדמת

49 עניין **זליבנסקי**, לעיל ה"ש 46, בפס' 3 לפסק הדין של השופטת וילנר. כן ראו רע"א 2822/21 **עמותת מעלות התורה נ' רייכמאן**, פס' 14 (אר"ש 26.4.2021).

50 רע"א 4891/04 **וינקלר נ' בנק הפועלים בע"מ**, פ"ד נח(6) 721 (2004); ע"א 8851/14 **כהן נ' צמיר** (אר"ש 5.5.2015).

51 לפי גישה זו, בעל הנכס מפסיד את זכותו למכור את הנכס כבר משהחל הליך ההתמחרות. קביעה זו מרחיקת לכת יותר מאשר פסיקת בית המשפט המחוזי שביטלה את זכות החייב למכור את הנכס רק משעה שצד ג זכה בהליך ההתמחרות.

52 כך, למשל, ציין השופט זוסמן עוד בבג"ץ 262/62 **פרץ נ' יושב-ראש, חברי המועצה המקומית ותושבי כפר-שמריהו**, פ"ד טז 2101, 2114 (1962): "אזרח פרטי שולט בכיפה שלו והוא בן-חורין לקבוצה, עם מי יתקשר בחוזה פלוני ועם מי ימאן." וכך נקבע גם בע"א 5502/16 **לשכת עורכי הדין נ' תשומה שיקום ושיחזור חובות בע"מ**, פס' 13 (אר"ש 31.12.2017): "חלק מזכות הבעלות היא הזכות לכלות את הנכס... והזכות להעבירו לאחר ולבצע בנכס עסקאות." (ההדגשה הוספה).

משפט ועסקים כז, תשפ"ב ריבונות עם אחריות ככלי הכרעה בצומתי חיכוך בחיי המשכון

אותנו בהבחנה בין שימוש מותר בזכות הפדיון (על ידי החייב עצמו תוך מכירת הזכות לצד ג לאחר מכן) לבין שימוש אסור בזכות הפדיון על ידי מכירה לצד ג במישרין.

5. סיכום ביניים – הצורך בכללי הכרעה

עמדנו על ארבע תחנות בחיי משכון, וראינו כי בכולן מתעוררות סוגיות קשות המחייבות הכרעה בין זכויות ואינטרסים שונים.

בשלב יצירת המשכון נותרנו בספק ביחס לעימות בין בעל משכון שאינו נושה מקצועי לבין בן זוג שטוען לזכויות בנכס הממושכן מכוח שיתוף ספציפי שלא נרשם. ספק דומה קיים ביחס לנושה מקצועי הנתקל בעימות כאמור כאשר הנכס הממושכן אינו דירת המגורים של בני הזוג. עקרון תום הלב אינו מסייע בידינו, כשלעצמו, להכריע מי מהצדדים יגבר. כמו כן לא ברור אם במקרה של חוסר תום לב מצד שני הצדדים תשרור הכרעה בינרית או שמא תיערך חלוקה של הנכס בין הצדדים בהתאם לשיעור חוסר תום הלב של כל אחד מהם, בדומה לקביעת בית המשפט בעניין שמחוני.⁵³

בשלב שבו טרם הגיע מועד מימושו של המשכון נותרה השאלה מה יהא הדין ביחס לעימות בין בעל המשכון לבין הממשכן במקרה שבו הממשכן מבקש להמיר את המשכון בנכס אחר שמספק בטוחה ראויה לחוב. אין ספק שיש להחיל חובת תום לב על בעל המשכון, אבל נותרנו ללא כלל הכרעה ביחס למקרים שהם בבחינת "זה [בעל המשכון] חסר קצת וזה [הממשכן] חסר הרבה" או "זה אינו חסר כלל וזה חסר קצת".

בשלב מימוש המשכון ראינו כי הוחלה חובת תום לב על בעל משכון כלפי החייב וכלפי נושים אחרים, מובטחים ובלתי מובטחים. עם זאת, נותרה השאלה מה יהא הדין בשורה של מקרים שבהם יש עימות בין בעל המשכון לבין נושים אחרים של החייב. כך, למשל, נותרנו עם השאלה אם תחול בישראל תורת תיעדוף הבטוחות. בית המשפט לא הכריע בסוגיה זו, ואף העלה שאלה אם נכון להחיל תורה זו גם על יחסיו של בעל המשכון עם נושים לא מובטחים. כמו כן נותרנו עם השאלה אם על בעל המשכון להיעתר לבקשתו של החייב לממש נכס שפגיעתו בחייב פחותה, וכיצד יכריע בעל המשכון כאשר הוא מקבל בקשות סותרות מן החייב ומנושים אחרים של החייב.

באשר לשלב שבו כבר הוחל בהליכי מימוש המשכון ומכירתו לצד ג נשאלה השאלה אם זכות הפדיון של החייב מאפשרת לו גם למכור את הנכס למי שיחפוץ. בעניין זליבנסקי סברה דעת הרוב כי הדבר אסור, וביקשה לשאוב פתרון זה מכוח עקרון תום הלב.⁵⁴ ברם, העיקרון האמור אינו יוצר הבחנה בין פדיון החוב על ידי החייב עצמו לבין מכירתו לצד ג.

בכל המקרים הללו הנחנו כנתון את חובת תום הלב, ועם זאת אין בידינו דרך ברורה להכריע. נותרנו ללא כללי הכרעה ספציפיים אף שעסקינן בסוגיות שבהן העימותים

53 עניין שמחוני, לעיל ה"ש 3.

54 עניין זליבנסקי, לעיל ה"ש 46.

צפויים וידועים מראש. אין אלה מקרי קצה יוצאי דופן, ומתבקש שנהיה מצוידים באמות מידה ברורות.

פרק ב: תום לב ככלי קיבול

לעיתים בית המשפט משתמש במונח "תום לב" אך בפועל מיישם דוקטרינה אחרת. כך, למשל, בעניין גנז⁵⁵ קבע בית המשפט כי בעת מתקל בין שני רוכשים יועדף הרוכש השני בזמן אם הרוכש הראשון היה יכול לרשום הערת אזהרה ולא עשה כן. הרוכש הראשון בזמן איבד את זכותו מכיוון שאי־רשום הערת האזהרה הוא שגרם את התאונה המשפטית, והוא עולה כדי חוסר תום לב אובייקטיבי. נמצא כי במסגרת דיני הקניין החילה הפסיקה חובות המשליכות על יישומה ומימושה של הזכות הקניינית. לכאורה זו תפיסה מעין־נזיקית,⁵⁶ ולא היה אמור להיות לה מקום בדיני הקניין, שכן דיני הקניין ודיני החוזים מסייעים לנו להקצות זכויות, בעוד דיני הנזיקין מסייעים בחלוקת האחריות בנוגע לזכויות אלו.⁵⁷ ברם, נראה כי יהיה אפשר להבין את פסק דין גנז אם נעשה שימוש בעיקרון ספציפי יותר מאשר תום לב, שנכנה אותו "ריבונות עם אחריות".⁵⁸

55 עניין גנז, לעיל ה"ש 7, בעמ' 407–408.

56 את הגישה הזו נקטה השופטת פרוקצ'יה בע"א 189/00 ויינברג נ' אריאן, פ"ד נח(4) 769, 800 (2004), כאשר קבעה כי "שיקולי מדיניות משפטית חברתית מצדיקים קיומה של חובת זהירות מושגית, אשר תחייב, כעניין נורמטיבי, את בעל העיסקה הראשונה לנקוט פעולת רישום כדי להגן בכך לא רק על עצמו, אלא גם על אינטרסים של אחרים העלולים להיפגע בהיעדר רישום כזה". על כן אי־רשום הערת אזהרה עשוי, בנסיבות קונקרטיות שבהן מוכחת גם הפרה של חובת זהירות קונקרטית, לעלות כדי רשלנות ולהקים עילה נזיקית לפי ס' 35 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש].

57 חנוך דגן ואביחי דורפמן "צדק ביחסים" עיוני משפט מא 307, 308 (2019). ראו והשוו כהן, לעיל ה"ש 4, בעמ' 209–212; דניאל פרידמן "דין הקניין ודין האשם (בעקבות ברנט נ' ברנט)" ספר זוסמן 241, 249–253 (אהרן ברק ואח' עורכים 1984).

58 דוגמה נוספת לשימוש במונח "תום לב" חלף שימוש בעיקרון ספציפי יותר היא ע"א 207/79 רביב משה ושות' בע"מ נ' בית יולס בע"מ, פ"ד לז(1) 533 (1982); ד"נ 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ, פ"ד מג(1) 441 (1989), שם קבע השופט ברק כי גם גוף פרטי המפרסם מכרז מחויב לנהוג בשוויון, וזאת מכוח עקרון תום הלב. השופטים אלוין, לוין ומליך חלקו על הדברים, וסברו כי זוהי קפיצת דרך לוגית, וכי יכול שפלוני יקיים את חיוביו בתום לב אף אם לא נהג בשוויון בין המציעים השונים. תחרות הוגנת אינה בהכרח תחרות שוויונית, וכלל הצדדים המשתתפים במכרז שהוצא על ידי גוף פרטי אינם מצפים להחלתו של עקרון השוויון. ברם, נראה כי עמדתו של השופט ברק מחויבת אם יוצאים מנקודת הנחה שמי שעורך מכרז חב חובת אמון הנובעת ממעמדו כשופט בתחרות בין הצעות. חובת השוויון היא נגזרת ישירה מהחלת חובת האמון. נמצא כי השימוש במונח "תום לב" נטל כלי קיבול החורג ממידותיו של העיקרון הספציפי שבאמצעותו יש להכריע בעניין. לעניין זה ראו אברהם וינרוט חברות ממשלתיות: תחולת המשפט המינהלי 129–134 (1995).

משפט ועסקים כז, תשפ"ב ריבונות עם אחריות ככלי הכרעה בצומתי חיכוך בחיי המשכון

העיקרון המוצע של "ריבונות עם אחריות" יוצא מנקודת הנחה שזכות הקניין אינה מאפשרת לבעל הזכות לנהוג בשרירות ולנצל את זכותו באופן שגורם נזק לזולת בשיעור העולה באופן משמעותי על התועלת שהוא מפיק מהשימוש בזכותו הקניינית. זכות הקניין תידחה במקרה זה מפני זכותם של צדדים שלישיים שנפגעים מהשימוש בזכות (או מאי-השימוש בזכות), גם אם אין להגדיר את בעל זכות הקניין כחסר תום לב, במובן זה שהוא פועל (או נמנע מפעולה) ממניעים זרים ולא ענייניים. נמצא כי העובדה שהגענו למסקנה שיש זכות קניין לפלוני אינה מסיימת את הדיון, ויש לערוך בחינה נוספת המאזנת בין התועלת שבהפעלת הזכות הקניינית לבין הנזק שנגרם כתוצאה מהפעלתה. נוכל לעמוד באחת על גישה זו אם נתבונן על פרשנותו של השופט אנגלרד לסעיף 14 לחוק המקרקעין בעניין רוקר.⁵⁹ על פני הדברים, סעיף 14 לחוק המקרקעין מכיל מבחן סובייקטיבי שבמסגרתו נבדקים מניעיו של בעל הזכות, ואם כל תכליתו היא לפגוע בזולת, אזי זכותו נשללת.⁶⁰ אולם בעניין רוקר הוסיף השופט אנגלרד גם מבחן אובייקטיבי, היוצר איזון בין התועלת של בעל הזכות לבין הנזק שנגרם לזולת. לפי מבחן זה, ככל שקיים פער גדול בין התועלת שתצמח לבעל הזכות לבין הנזק שייגרם לצד ג, יהיה אפשר להפעיל את סעיף 14 "נגד" בעל הזכות ולקבוע כי התנהגותו היא שימוש לרעה בזכות.

השופט אנגלרד אימץ בעניין זה עיקרון שנמצא לו ביטוי בפסק דין קנטונילי בשווייץ:⁶¹ בעל דירה בבית משותף קיבל רשיון בנייה מרשויות הציבור להקמת ביתן בגינת הבית. הוא בנה את הביתן מבלי לקבל את הסכמתה של אספת הדיירים. בית המשפט קבע כי אין די ברשיון הבנייה, משום שמבחינת המשפט הפרטי השימוש ברכוש המשותף טעון הסכמה של כל הדיירים. הנתבע טען נגד התביעה להריסת הביתן כי יש בכך משום שימוש לרעה בזכות. במסגרת טענה זו שקל בית המשפט את נסיבות המקרה, כדי להיווכח לאן מאזן האינטרסים בין בעלי הדין נוטה. הוא מצא כי הביתן הנדון חסם במידה ניכרת את מראה הנוף מדירתו של התובע. לעומת זאת, לנתבע לא היה עניין מהותי בקיום הביתן, שכן זה שימש בעיקר לאחסון שקי זבל, ורק לעיתים רחוקות בקיץ ישבה משפחת הנתבע על יד הביתן. יתרה מזו, לנתבע יש מרפסת, לכל אורך דירתו, שפונה לאותה רוח כמו הביתן, והיה אפשר להשתמש בה למטרה דומה, אם כי תוך השקעה קטנה. לכן עניינו של התובע בסילוק הביתן עלה בהרבה על זה של הנתבע בקיומו. לנוכח מצב דברים זה קבע בית המשפט כי לא היה בתביעה להריסת הביתן משום שימוש לרעה בזכות. בהתאם לגישה זו נמצא כי הקניין אינו מוחלט, אלא יחסי, ומחייב עריכת איזון בין זכויותיו של בעל הקניין לבין הנזק שייגרם לאחרים כתוצאה משימוש בזכויות אלו.

59 רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199 (1999).

60 ראו והשוו וינרוט "שימוש לרעה בזכות במשפט העברי", לעיל ה"ש 16, שם הובהר כי הכפייה על מידת סדום במשפט העברי נועדה לשרש תופעות של שרירות לשמה גם בתחום הקניין הפרטי.

61 Die Praxis des Kantonsgerichts von Graubünden 1994-5, ZF 73/94 (Switz.)

שימוש במבחן של השופט אנגלרד בעניין **רוקר** מאפשר להבין את התוצאה שהתקבלה בעניין **גנז**, שהרי בעניין זה נערך איזון בין העלות והטרחת שנדרשת מצידו של הרוכש לצורך רישום הערת אזהרה לבין גובה הנזק שעלול להיגרם לצדדים שלישיים המסתמכים על המרשם. אכן, מי שרוכש זכות יכול לנהוג "מנהג הפקר" ולסכן את זכויותיו בכך שהוא אינו רושם הערת אזהרה להבטחתן, אבל בכך הוא גורם תאונה משפטית במקרה של עסקה נוגדת, ולהתנהגותו אין כל הצדקה אובייקטיבית, שהרי הטרחת והעלות הכרוכות ברישום הערת אזהרה הן מינימליות.⁶² בית המשפט כינה את הדברים "חוסר תום לב", אך בפועל החיל מעין חובת זהירות על אדם שבירד זכות משפטית. למעשה, לפנינו הגדרה של הזכות המשפטית באופן שמחייב עריכת איזון בין תועלתו של בעליה לבין הנזקים שהוא מסב לזולת.

נראה אפוא כי בפסיקה הקיימת שורר רובד תת־מודע של "ריבונות עם אחריות", המכונה בשם הכולל "חוסר תום לב". החידוש של השופט אנגלרד בעניין **רוקר** בדבר איזון אובייקטיבי בין תועלתו של בעל הזכות לבין נזקי הזולת עשוי לשמש אמת מידה כללית להגדרת מתחם הזכויות והחובות בדיני הקניין בכללותם. עיקרון זה חורג מהוראותיו של סעיף 14 לחוק המקרקעין: בעוד סעיף 14 האמור אינו חל על מיטלטלין ומתייחס רק למעשים, ולא למחדלים (כגון אי־רישום הערת אזהרה), העיקרון האמור חל גם על מיטלטלין וגם על מחדלים, שכן הוא נובע מראייה כללית של דיני הקניין כמתחם שבו אין מאפשרים שרירות לב בשעה שנגרם נזק לזולת.

בהתאם לתזה המוצעת, נראה כי לא נכון לעשות שימוש בשם הכולל "תום לב", וחלף זאת יש "לקרוא לילד בשמו" – עריכת מאזן אינטרסים ספציפי בין בעל זכות לבין צד ג הנפגע משימוש הזכות. הנפקות היא גדולה במקרה שבו בעל הזכות פועל באופן לגיטימי ואין להלין על פעולתו מכיוון שיש לו אינטרס שהוא מממשו. במקרה זה קשה לומר שהוא חסר תום לב, אבל יהיה אפשר להגביל את זכותו לנוכח הפגיעה בזולת והחובה לאזן בין התועלת המופקת על ידי בעל הזכות לבין הנזק הנגרם לזולת. בהתאם לראייה מחודשת זו נבקש כעת לפתור את השאלות שהתעוררו בצמתים השונים לאורך חיי המשכון.

62 עניין זה הודגש ביתר שאת בע"א 7113/11 **עזבון ביאר נ' עזבון לחאם**, פס' 12 לפסק הדין של השופט עמית (אר"ש 27.2.2014), שם צוין כי "רישום הערת אזהרה הוא אקט פשוט וזול. במחיר של 159 ש"ח נכון ליום פסק דין זה, ותוך דקות ספורות, ניתן לרשום הערת אזהרה ולמנוע תאונות משפטיות קשות, אשר עלולות להוריד לטמיון סכומי עתק ולבזבז משאבי שיפוט. במונחים השאולים מדיני הנזיקין, עלות מניעת הנזק היא **אפסית** מול תוחלת נזק גבוהה ביותר" (ההדגשה במקור).

פרק ג: יישום התזה המוצעת

1. יצירת המשכון

בהתאם לתזה המוצעת של קניין כ"ריבונות עם אחריות", יש לערוך איזון בין התועלת של בעל זכות הקניין לבין הנזק שנגרם לזולת כתוצאה מהתנהגותו של בעל הקניין. בהתאם לכך, נראה כי ניתן להכריע בתחרות שבין זכות המשכון של נושה לא מקצועי לבין זוג הטוען לזכויות קניין שביושר בנכס הממושכן מכוח הלכת השיתוף הכללית או מכוח שיתוף ספציפי. מצד אחד, הנושה הלא-מקצועי אינו מיומן בביצוע בדיקות וחקירות. יש לו אינטרס לגיטימי שלא יוטל עליו נטל לצאת מגדרו ולבצע פעולות שהוא אינו מיומן ורגיל בהן. זהו גם אינטרס ציבורי "לא לנעול דלת בפני לווים" ולא להרתיע נושה לא מקצועי ממתן הלוואות.⁶³ מצד אחר, הנזק הנגרם לבן הזוג שזכותו לא נרשמה הוא עצום, אך היה אפשר למנוע נזק זה באמצעות טרחה מינימלית של רישום הערת אזהרה בדבר זכויותיו. אומנם, לעיתים העמידה על רישום פורמלי של זכויות עלולה לפגוע בלכידות התא המשפחתי,⁶⁴ אולם בהקשר זה נראה כי נכון להבחין בין נושה מקצועי לבין נושה לא מקצועי.

הנושה המקצועי הוא "שחקן חוזר" הממשכן זכויות באופן סדרתי, ולכן אפשר לראות בו חלק מן הממסד⁶⁵ שמוטלות עליו חובות ציבוריות במסגרת הכלל של "ריבונות עם אחריות". חובות כלפי האינטרס הציבורי המוטלות על גוף ממוסד עשויות לכלול גם שמירה על האינטרס הציבורי של לכידות התא המשפחתי. על כך יש להוסיף גם טעם מעשי, שהרי נושה מקצועי מיומן ומורגל בביצוע הבדיקות הדרושות לגילוי זכויות של צד שלישי בנכס, וממילא לא תהא זו מעמסה כבדה מדי עבורו לבדוק אם יש לבעל הנכס בת זוג שהינה שותפה לנכס. מכיוון שמעמסה זו אינה כבדה לנושה מקצועי, נכון להטיל עליו אחריות זו.

לעומת זאת, נושה לא מקצועי אינו חלק מן הממסד שמוטלות עליו חובות ציבוריות כגון לכידות התא המשפחתי. גם במישור המעשי, הטלת נטל של בדיקה מעבר לרשום במרשם הפומבי קשה לגביו, ואם תוטל עליו, היא עלולה להוציאו ממעגל נותני האשראי, שכן הסיכון יהיה חמור מדי מבחינתו. על כן האינטרס הציבורי מחייב במקרה זה את הטלת הנטל דווקא על בן הזוג. במסגרת הכלל של "ריבונות עם אחריות" יוטל

63 כך, למשל, ס' 15 (א) לחוק אשראי הוגן, התשנ"ג-1993, קובע כי אין להחיל חובות שונות החלות על מי שעיסוקו במתן הלוואות, כגון עריכת חוזה בכתב וגילוי פרטים שונים ביחס להלוואה ופרעונה, על מי שאינו עוסק במתן הלוואות. המחוקק ביקש "לא לנעול דלת בפני לווים" ולאפשר זרימת אשראי שוטפת גם מנושים לא מקצועיים.

64 עניין גנז, לעיל ה"ש 7, בעמ' 407.

65 מיכל רובינשטיין ובעז אוקון "הבנק כסוכנות חברתית" ספר שמגר – מאמרים חלק ג 819 (אהרן ברק ואח' עורכים 2003); אבי וינרוט "הבנק כסוכנות ממשלתית: על ההשלכות האזרחיות של חוק איסור הלבנת הון" רבעון לבנקאות 35, 179 (2016).

עליו לדאוג לרישום זכויותיו, ואם לא עשה כן, יש לראותו כמי שנטל סיכון של אובדן חלקו בנכס במקרה שבן זוגו ירמה את הנושה ואותו וימשכן גם את חלקו שלו בנכס. יצוין כי שימוש בעיקרון של "ריבונות עם אחריות" עשוי בהחלט להניח בסיס נורמטיבי הולם לתוצאת פסק הדין בעניין **שמחוני**.⁶⁶ באותו עניין נקבע כאמור כי הבנק לא הסביר כהלכה לבת זוגו של החייב את תוכן המסמך שעליו חתמה כהסכמה לרישום משכנתה. בית המשפט חילק על כן את האחריות בין הצדדים, והכיר בזכות האישה במחצית מתוך מחצית זכויותיה בבית המגורים. תמהנו על כך לעיל, שכן אנו מכירים את המונח "אשם תורם" בדיני נזיקין אך לא בהכרעות בין זכויות קנייניות, האמורות להיות בינריות. ברם, אם מאמצים תזה של "ריבונות עם אחריות", שלפיה מוטלת חובה לערוך איזון בין הזכות המשפטית לנזקי הזולת, תוצאה זו היא דבר נאה ומתקבל. כך, למשל, במקרה של חוסר תום לב מצד שני הצדדים לא תינתן הכרעה בינרית, ובית המשפט יתחם את זכות הקניין באופן שיביא לידי כך שהנזק של צד אחד לא יהיה חריף מזה של האחר. במקרה זה לפנינו כלי נורמטיבי המאפשר לערוך חלוקה של זכויות הקניין בין הצדדים בדומה לקביעה בעניין **שמחוני**.⁶⁷

2. המרת משכון

התזה המוצעת עשויה להקנות כללים להכרעה גם בסוגיה של המרת משכון. הכלל הוא כאמור שזכות הקניין אינה מתחם של שרירות בלבד, אלא כוללת גם נשיאה באחריות לנזקי הזולת. בהתאם לכך נמצא כדלהלן:

- אם אין שום תועלת לבעל המשכון מסירובו להמיר את המשכון לנכס אחר, ומאידך גיסא ייגרם לממשכן נזק כתוצאה מהותרת המשכון על כנו, אזי הדין יהא עם הממשכן. אי-אפשר לפעול בשרירות ולפגוע בזולת "רק כי אני יכול". הזכות כשלעצמה אינה מאפשרת לנהוג בשרירות כאשר מישהו אחר סובל מנזק כתוצאה מכך.
- אם אין לממשכן תועלת משמעותית מהמרת המשכון לנכס אחר, אזי ברור כי אין מקום לחייב את בעל המשכון להסכים להמרת המשכון.
- במקרים שהם בבחינת "זה [בעל המשכון] חסר קצת וזה [הממשכן] חסר הרבה" או "זה אינו חסר כלל וזה חסר קצת", ההכרעה תיעשה בהתאם למבחן נזק-תועלת, כפי

66 עניין **שמחוני**, לעיל ה"ש 3.

67 דוגמה נוספת לשימוש בעיקרון של ריבונות עם אחריות כדי להגיע לתוצאה שאינה בינרית ניתן לראות בפסק הדין שניתן בה"פ (מחוזי י-ם) 2247/03 **רשף נ' יוסף** (נבו 16.3.2004). בעניין זה דן בית המשפט בעדיפות של התחייבות לרישום משכנתה על עיקול מאוחר במצב של מחדל ברישום הערת אזהרה בדבר ההתחייבות. בית המשפט קבע כי מכיוון שמדובר בבנק, שהוא נושה מקצועי החב חובת אמון מוגברת לציבור עקב תפקידו כ"סוכנות חברתית", תינתן עדיפות למשכנתה על העיקול בשיעור של 85% בלבד. לכאורה זו מסקנה שקשה להלוות אותה עם דיני הקניין, שאין בהם מקום לחלוקת אחריות נזיקית. ברם, נראה כי התזה המוצעת בדבר הכרה בקניין כמסגרת הכוללת בחובה גם אחריות כלפי הזולת יוצרת מסגרת נורמטיבית המאפשרת חלוקה מסוג זה.

משפט ועסקים כז, תשפ"ב ריבונות עם אחריות ככלי הכרעה בצומתי חיכוך בחיי המשכון

שנעשתה בעניין **רוקר**.⁶⁸ כלומר, אם נזקו של בעל המשכון שולי ואילו תועלתו של הממשכן רבה, אזי בעל המשכון יחויב לאפשר את המרתו. לעומת זאת, אם הנזק לבעל המשכון משמעותי, אזי סירובו להמרת המשכון מוצדק, גם אם הממשכן עשוי להפיק תועלת מהמרת המשכון. גם אם הנזק הכלכלי הנגרם לממשכן משמעותי הרבה יותר, תועדף זכותו של בעל המשכון. יש להביא בחשבון את העובדה שבעל המשכון הוא בעל זכות משפטית, ועל כן אם הוא נפגע באופן משמעותי, זכותו מטה את כף המאזניים.

3. מימוש משכון

התזה המוצעת של "ריבונות עם אחריות", שבמסגרתה נערך איזון בין האינטרס של בעל הזכות לבין נזקי הזולת, עשויה להתוות את הנתיב המשפטי בסוגיות השונות שנדונו ביחס למימוש משכון. נבקש לבחון לאורה את המקרים הבאים:

(א) השתהות של בעל המשכון במימוש המשכון, תוך גרימת נזק לחייב או לנושים אחרים;

(ב) שימוש של בעל המשכון בדרכי גבייה אחרות מבלי לממש את המשכון;

(ג) התנגשות בין אינטרסים של הממשכן, בעל המשכון ונושים אחרים.

(א) השתהות במימוש

בעל משכון המשתהה במימוש המשכון מסב לחייב נזק ברור, ולעיתים גם חמור, שכן החוב תופח וצובר ריביות, ועלול אף להביא את החייב לידי חדלות פירעון. לעומת זאת, לבעל המשכון לא ייגרם נזק אם הוא לא ישתהה במימוש. האינטרס שלו במשכון, קרי החזר ההלוואה, יתקיים במלואו. גם מבחינת תועלת, הוא יכול להלוות למישהו אחר ולהרוויח ריביות ממנו, ולא להכריח את הממשכן להשתמש באשראי שהוא אינו יכול לפרוע. לכן נראה כי במקרה זה זכות הקניין אינה כוללת גם זכות להשתהות במימוש המשכון.

לעומת זאת, אם המבקשים לפעול למימוש הם נושים אחרים של החייב, ואילו החייב עצמו אינו מעוניין בכך, אזי לפנינו משולש אינטרסים, ועלינו לבחון את הנזק והתועלת בכל אחת מצלעות המשולש כדלהלן:

ייתכן שייגרם לממשכן נזק כתוצאה ממימוש נכס שלו, שהרי מימוש כפוי של נכס גורם נזקים, לרבות הצורך לשלם את שכרו של כונס הנכסים, ובדרך כלל התמורה המתקבלת במימוש מהיר ואף כפוי נמוכה מזו שתתקבל במכירה רגילה. זאת ועוד, אם לחייב יש יסוד סביר להניח כי יהא בידו בהמשך הדרך לפרוע את החוב מבלי להידרש למימוש נכס שבבעלותו, אזי מימוש המשכון יגרום לו נזק בלתי הפיך בלא טעם. ודוק, נזק זה מתקיים רק במצב שבו הממשכן מציג תוכנית כלכלית שיש לה היתכנות, ולא אם מדובר באופטימיות גרידא. אולם, אם "הכתובת על הקיר", וההשתהות אינה מסיבה

68 עניין **רוקר**, לעיל ה"ש 59.

לחייב תועלת, אלא רק נזק בדמות הצטברות ריביות ותפיחת החוב, אזי יש להיעתר לבקשת הנושים הנוספים ולפעול למימוש המשכון. אם לממשכון אין אינטרס לגיטימי לדחות את המימוש, אזי הנזק של הנושים האחרים גובר על התועלת של הממשכון בהשתתפות. לעומת זאת, אם לממשכון יש סיכוי ריאלי לפדות את המשכון אם יינתן לו זמן לכך, אזי מימושו יגרום לו נזק של אובדן הבעלות בנכס שלו. זהו נזק הגובר על התועלת של הנושים האחרים. מצד אחר, אם התוכנית בעלת ההיתכנות הכלכלית אינה כוללת פירעון של החובות גם לנושים האחרים, אזי הממשכון צפוי ממילא לאבד את הנכס, שכן לאחר הסרת המשכון ינקטו הנושים האחרים הליכי גבייה ויפרעו מהנכס. נמצא כי הממשכון יאבד את הנכס, ולנושים האחרים לא יהיה כדי להיפרע. במקרה זה יש להעדיף את האינטרס של הנושים האחרים. נמצא אפוא כי הממשכון יוכל להביא לידי השתתפות במימוש הנכס בהסכמת בעל המשכון אך בניגוד לרצונם של הנושים האחרים רק אם יש היתכנות כלכלית לפריעת הנשייה הן של בעל המשכון והן של הנושים האחרים.

(ב) דרכי גבייה אחרות

סעיף 23 לחוק המשכון קובע כי המשכון אינו מונע את בעליו מלנקוט הליכי גבייה אחרים. נמצא כי לבעל המשכון יש זכות חוקית לנקוט הליכי גבייה אלו ולא לממש את המשכון תחילה. אבל קיומה של זכות אינו סופו של המבחן. הגדרת הקניין כריבונות עם אחריות מחייבת מימוש של זכות הקניין באופן שלא יסב נזק לאחרים. על כן יש לבחון הליכים אלו בראי התועלת לבעל המשכון אל מול הנזק שעלול להיגרם לממשכון. ככלל, אין סיבה לנקוט הליכי גבייה אחרים כאשר אפשר להיפרע מן המשכון. מדובר בהליכים שגורמים נזק לחייב, ואין בהם צורך מבחינת הממשכון. אולם, אם הליכי מימוש המשכון כרוכים בהוצאות מרובות יותר מאשר הליכי גבייה אחרים, אזי תועדף הזכות של בעל המשכון לא לממש את המשכון. עם זאת, בהקשר זה יש להביא בחשבון לא רק שיקולים כלכליים, אלא גם שיקולים אנושיים. כך, למשל, אם בנכס הממושכון מתגורר שוכר אשר מטעמים הומניים עדיף לא לפנותו, יש מקום להעדפת הליכי גבייה אחרים. בעניין **עברון** קבע בית המשפט כי שיקולים סוציאליים הם בגדר אינטרס שיש להביאו בחשבון,⁶⁹ ובהתאם לתזה המוצעת הדברים משתלבים באחריות המוטלת על בעל זכות הקניין.

(ג) התנגשות בין אינטרסים של הממשכון, בעל המשכון ונושים אחרים

בעזרת התזה המוצעת ננסה כעת להשיב על סדרת השאלות שנותרה ב"צריך עיון" כאשר נעשה שימוש בעיקרון הכללי של תום לב.

69 עניין **עברון**, לעיל ה"ש 39.

משפט ועסקים כז, תשפ"ב ריבונות עם אחריות ככלי הכרעה בצומתי חיכוך בחיי המשכון

(1) תורת תיעדוף הבטוחות (Marshalling of Securities)

נראה כי אם מבחינת בעל המשכון אין כל נפקות לבחירה מאיזה נכס להיפרע ואילו נושים אחרים עלולים להיפגע מהחלטה זו, אזי עליו להיפרע מהנכס שיגרום לנושים אלו את הנזק הקטן ביותר. כלל זה נכון מאותו טעם גם לגבי יחסיו של בעל המשכון עם נושים לא מובטחים. כלומר, אם בעל המשכון אדיש לשאלה איזה נכס ימומש לטובת פרעון החוב כלפיו, אל לו לפעול באופן שיסב נזק לנושים לא מובטחים. אומנם, לנושים אלו אין זכות קנויה להכתיב לבעל המשכון מהיכן להיפרע, וגם אין לראות את בעל המשכון כחסר תום לב אם הוא בוחר במימוש נכס מסוים, ולא אחר, אולם עליו להתחשב בנושים אלו מכיוון שבית המשפט עורך מאזן אינטרסים בין מימוש זכות קניין לבין זכות של צד ג הנפגע מכך.

(2) התחשבות בצורכי החייב בעת מימוש המשכון

נראה כי אם מבחינת הנושה לא נגרם נזק כתוצאה מממתן ארכה סבירה למימוש, שכן מצבת הבטחונות מאפשרת ארכה זו מבלי להציב בסיכון ממשי את פרעון החוב, ומצד אחר מימוש המשכון באופן מיידי עלול לגרום לחייב נזק קשה, אזי יש בהחלט מקום לחייב את בעל המשכון לגלות אחריות כלפי החייב. כמו כן נראה כי על בעל המשכון להיעתר לבקשת החייב להעדיף מימוש נכס שפגיעתו בחייב פחותה.

(3) התחשבות בצורכיהם של נושים אחרים או של החייב על חשבון האינטרסים של בעל המשכון

אם המבחן נעוץ בתורת תום הלב, אזי מרגע שיש נזק מסוים לבעל המשכון אי-אפשר עוד לומר כי הוא חסר תום לב כאשר הוא מעדיף מימוש של נכס מסוים או עיתוי מסוים מטעמי נוחות שלו. אבל אם המבחן נובע מן התזה המוצעת, אזי יש לבדוק מה הנזק הספציפי של החייב ומה הנזק הספציפי של הנושים הבלתי-מובטחים, וכן מה התועלת של כל צד, ולערוך איזון אינטרסים.

(4) שיקולים סוציאליים

התזה המוצעת אינה מתמצית בשיקולים כלכליים. היא מגלמת אחריות כלפי כל מי שעלול להיפגע מהפעלתה של זכות הקניין, ובכלל זה יבואו בחשבון גם שיקולים סוציאליים, כפי שאירע בעניין עברון.⁷⁰

4. פדיון משכון

יישום העיקרון שנקבע בעניין רוקר⁷¹ ביחס לזכות לפדיון משכון מוביל לקביעת אמת מידה ברורה להכרעה בשאלה הנורמטיבית אם זכות הפדיון של בעל הנכס כוללת אפשרות למכור את הנכס לצד ג גם לאחר שהחלה התמחרות במסגרת הליך כינוס נכסים.

70 שם.

71 עניין רוקר, לעיל ה"ש 59.

במקרה זה מונחים על כפות המאזניים, מצד אחד, זכות הקניין של בעל הנכס, ומן הצד האחר, הנזק שייגרם לזוכה או למשתתף בהתמחרות וכן הנזק שייגרם לציבור בכללותו אם יפחת האמון באפשרות לרכוש נכס באופן ודאי במסגרת הליכי כינוס נכסים. מזווית ראייה זו נראה כי כאשר אדם מבקש לפדות את המשכון כדי להמשיך להחזיק בנכס בעצמו, זכותו תגבר על הנזקים למשתתפים בהתמחרות ואף על הנזק לאינטרס הציבורי הנובע מהפגיעה באטרקטיביות של הליכי כינוס נכסים. לעומת זאת, כאשר מדובר בפדיון המשכון כדי למכור אותו לצד ג, ממילא בעל הנכס לא ימשיך להחזיק בו, ולכן אין אינטרס משמעותי לאפשר לו לפגוע בהליכי כינוס הנכסים. אכן, התמורה במכירה על ידי כונס נכסים עלולה להיות פחותה מהתמורה בעת מכירה על ידי בעל הנכס עצמו, ולו מכיוון שכאשר בעל הנכס מוכר בעצמו, נחסכות עלויותיו של כונס הנכסים. אולם אם המחיר הנגבה על ידי בעל הנכס עצמו אינו מגלם יתרון זה והמכירה על ידי כונס הנכסים היא במחיר גבוה יותר, נמצא כי הוא מפעיל את זכויותיו הקנייניות "רק כי הוא יכול", וזכויות הקניין אינן מאפשרות לפגוע באינטרס ציבורי באופן שרירותי. במקרה זה האינטרס שלו נסוג מפני שיקולים ציבוריים של יעילות המכירה בכינוס נכסים.⁷²

סיכום

עקרון תום הלב אינו מספק כלים שבאמצעותם ניתן להכריע בעימותים שבהם לכל צד יש אינטרס לגיטימי. על כן שאלות רבות בתחום דיני המשכון נותרו ללא הכרעה כאשר נעשה שימוש בעקרון תום הלב. גם דיני המשכון כשלעצמם לא סיפקו מענה לשאלות אלו. נראה כי חלף השימוש בעיקרון הכולל של תום לב נכון יותר לעשות שימוש בכלי הממוקד יותר שנמצא בפסק דינו של השופט אנגלרד בעניין **רוקר**.⁷³ בפסק דין זה נקבע כי יש לאזן בין התועלת של בעל הזכות הקניינית לבין הנזק שנגרם לזולת ממימוש הזכות. גישה זו אינה כופרת בריבונותו של בעל זכות הקניין, אך מוסיפה לה מימד של אחריות, ומחייבת עריכת איזון בין שיקולי התועלת של בעל המקרקעין לבין הנזק שנגרם לגורמים אחרים. הראינו כי בפסיקה הקיימת שורר רובד תת-מודע של "ריבונות עם אחריות", וממילא כל אשר נדרש הוא להעלות את הדברים אל פני השטח ולשאוב מהם כללי הכרעה. עשינו אפוא שימוש בעיקרון זה כדי לנסות לפתור עימותים בין בעלי הזכויות השונים בעת יצירת משכון ובעת מימושו. שרטטנו "מפת דרכים" נורמטיבית והגענו למסקנות אופרטיביות בכל אחת מן השאלות המתעוררות בארבעת צומתי העימות בין חייב הממשכון נכס לבין הנושה בעל המשכון וכן בין בעל המשכון לבין צדדים שלישיים אחרים בעלי אינטרס בנכס הממושכן. ראינו כי אף שיש אינטרסים

72 נראה כי לכך כיוונה השופט וילנר בעניין **זליבנסקי**, לעיל ה"ש 46.

73 עניין **רוקר**, לעיל ה"ש 59.

משפט ועסקים כז, תשפ"ב ריבונות עם אחריות ככלי הכרעה בצומתי חיכוך בחיי המשכון

לגיטימיים לשני הצדדים, וממילא אין להגדיר מי מהם כחסר תום לב, הגדרת הקניין כריבונות עם אחריות מאפשרת לשקול שיקולי נזק-תועלת ולהגיע לאיזון בין האינטרסים, שלפיו יוכרעו עימותים אלו. איזון זה מאפשר גם להגיע להכרעות שאינן בינריות, תוך יצירה של מעין "חלוקת אחריות", אשר עד כה הייתה מקובלת רק בדיני הנזיקין, ולא בדיני הקניין.