

ריבונות עם אחריות ככלי הכרעה בצמתים של חיכוך לאורך חיי המשכון

מאת

פרופ' אבי וינרוט, עו"ד

ומר אריק מגידיש, עו"ד*

א. מבוא

עם מישכון נכס נמצא כי ישנם שני גורמים שיש להם זכויות קניין בו. הממשכן - שהוא בעל הנכס, ובעל המשכון הרוכש זכות קניינית בנכס. בין שני בעלי זכות קניין אלו 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 אלה לבין בעל המשכון או בעל הנכס עלולים להתעורר עימותים. עד כה, הכלי הנורמטיבי שבו נעשה שימוש לשם הכרעה בעימותים אלה 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 נשוא המשכון. קשה לומר כי האחד חסר תום לב כשהוא עומד על זכותו, אף אם הנזק הנגרם לאינטרס של הצד האחר גדול מן הנזק הנגרם לו. בהיעדר כללי הכרעה ברורים, חלק מהשאלות שהתעוררו בפסיקה נותרו ב"צריך עיון" וחלקן עוררו מחלוקות עקרוניות בין שופטי בית המשפט העליון. עושה רושם כי בית המשפט צועד עקב בצד אגודל. ברם, שצעידה כזו משולה למישוש בעוד שנחוצה ראיית כוללת, שכן דיני הקניין מצריכים כלי הכרעה ברורים, בעיקר במצבים של תחרות בין זכויות. במאמר זה נראה כי בית המשפט עשה שימוש בעקרון תום הלב בכמה קביעות עקרוניות שלו, כאשר בפועל היתה זו מעטפת נורמטיבית לאיזון בין אינטרסים, הנובע מראיית הקניין כריבונות שבצידה אחריות. מאיזון זה נובע כי ההכרעה במקרה של עימות בין שני בעלי זכויות או אינטרסים, יביא 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 להגדירו כחסר תום-לב, עדיין יש מקום לאזן בין התועלת שהוא מפיק מניצול הזכות לבין הנזק שנגרם לזולת ובכך ניתנת לבית המשפט אמת מידה המאפשרת הכרעה גם במקרים של עימות בין שני צדדים תמי לב. כמו כן, נראה כי כללי הכרעה אלה אינם מחייבים הכרעות בינריות על אף שעסקינן בדיני קניין.

ב. 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 ולחילופין במקרה של פדיון המשכון. בכל הצמתים הללו נמצא כי אחד הצדדים הוא בעל עמדת כוח כלפי זולתו, וממילא התעוררו קונפליקטים ושאלות משפטיות. נעמוד להלן על המצב הנורמטיבי

הקיים ביחס לשאלות אלה ועל הקשיים שהתעוררו.

ב.1. יצירת המשכון

משכון הוא בטוחה. מטרתו ליצור וודאות כי לבעל המשכון יהיה מהיכן להיפרע במקרה שהלווה לא יפרע את ההלוואה¹. לעתים וודאות זו מתערערת, מכיוון שמתברר כי לצד ג' יש זכויות בנכס הממושכן. כך 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 נ' סיטין**². השופט ברק סבר כי ההכרעה בסכסוך מוצאת את פתרונה בדיני העסקאות הנוגדות, מכיוון שמצד אחד בפנינו התחייבות ליצור משכון שטרם נרשמה, ומצד שני זכות של בן זוג מכוח הלכת השיתוף לקבל מחצית מן הדירה. זכותו של בן הזוג קדמה בזמן למישכון ולכן בהיעדר רישום של המשכון, היא גוברת לנוכח הוראת סעיף 9 לחוק המקרקעין³. מדרך הפתרון של השופט ברק עולה, כי אילו המשכון היה נרשם, הרי שבהתאם לסיפא של סעיף 9 לחוק המקרקעין, בעל המשכון היה גובר. עם זאת, סעיף 9 לחוק המקרקעין מתנה את זכייתו של רוכש הזכויות המאוחר יותר אשר זכויותיו נרשמו, בכך שהרישום נעשה בתום-לב. מנגד, השופט שמגר קבע כי ביחס לדירת מגורים, קיימת חזקה לפיה לצד ג' ידועה אפשרות של שיתוף בין בני הזוג בדירת המשפחה, אף אם הדירה רשומה על שמו של הבעל בלבד. לפי קביעה זו של השופט שמגר נמצא כי רישום המשכנתא לא יסייע לנושה, שכן הוא יחשב כמי שרשם את זכותו על מלוא דירת המגורים שלא בתום-לב.

השופט שמגר מחיל סטנדרט **סובייקטיבי** של תום-לב, לפיו תבוצע בדיקה האם הבנק ידע או לא ידע על זכויות בן הזוג. השופט שמגר קבע לצורך כך חזקה עובדתית, הניתנת לסתירה. כלומר, רק במקרה שבעל המשכון יוכיח כי הוא לא ידע על זכויות בן הזוג זכויותיו יגברו. אולם, פסק דין זה שימש בסיס לפסיקה שקבעה חובת תום-לב המטילה סטנדרט אחריות **אובייקטיבי** על בעל המשכון.

בעקבות פסק הדין בעניין **בן-צבי נ' סיטין**, 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**⁴, אולם החתימה לא הועילה לבנק מכיוון שהבנק לא הסביר לבת הזוג את תוכן המסמך ועל כן נמצא כי ההסכמה לא הייתה מודעת. בית המשפט קבע על כן כי נשלל תום הלב

* פרופ' **אבי וינרוט** הוא פרופסור חבר ומרצה לדיני קניין בפקולטה למשפטים של המרכז האקדמי פרס. מר **אריק מגידוש** הוא עורך-דין במשרד פרופ' אבי וינרוט ושות', עורכי-דין.

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

² ע"א 3002/93 **יעקב בן-צבי נ' מיכל סיטין**, מט(3) 005 (1995) (להלן: "בן-צבי נ' סיטין").

³ חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 (להלן: **חוק המקרקעין**).

⁴ ע"א 11120/07 **שמחוני נ' בנק הפועלים בע"מ** (פורסם בנבו, 28.12.2009). באותו עניין נקבע כי ההלכה שנקבעה בעניין **בן-צבי נ' סיטין** נכונה גם ביחס לבני זוג שחל עליהם חוק יחסי ממון, התשל"ג-1973 וזאת לנוכח ההלכה שהכירה באפשרות של שיתוף ספציפי בנוסף לאיזון המשאבים, ובמיוחד ביחס לדירת מגורים משותפת של בני הזוג. פסיקה זו נובעת מן המגמה הסוציאלית להגן על ה"נכס הגרעיני" של בני הזוג. ראו מיגל דויטש, קניין כרז' ג' (2006) 312.

של הבנק וממילא קודמת זכותה הראשונה בזמן של בת הזוג על פני זכותו הקניינית המאוחרת של הבנק. בהתאם לפסק-דין זה נמצא, כי מוטלת על הממשכן החובה לדרוש כי בן הזוג שאינו רשום כבעל זכויות במקרקעין יחתום על הסכמה מדעת למישכון הנכס כולו, ולחילופין עליו לחקור ולבדוק שהרישום ע"ש בן זוג אחד משקף נכונה את זכויות הבעלות בנכס. כלומר, לא די בכך שבעל המשכון יוכיח שלא ידע על זכויות של בן הזוג, אלא עליו להראות כי פעל לפי סטנדרטים **אובייקטיביים** לבירור הדברים או לקבלת הסכמה מודעת של בן הזוג למשכון. לאור מחדלו של הבנק לקבל הסכמה מדעת של בת הזוג, קבע בית המשפט כי יש לחלק את האחריות בין הצדדים והכיר בזכות האישה במחצית מתוך מחצית בית המגורים. ברם, שכלל ההכרעה בעניין **שמחוני** אינו ברור, שכן בעוד שבדיני הנזיקין קיימת דוקטרינה של "אשם תורם", הרי שבמקרה דנא עסקינן בעימות בין זכויות קניין וההכרעה אמורה להיות בינארית. נראה כי השימוש במונח תום-לב אובייקטיבי, הדומה במהותו להטלת חובת זהירות מושגית, הביא לזליגה של עקרונות מדיני הנזיקין אל כללי ההכרעה בעימות בין בעלי זכויות קנייניות⁵.

החלת חובת תום-לב אובייקטיבית על הממשכן כדי לבדוק האם החייב הוא הבעלים של כל הנכס יוצרת רף נורמטיבי של התנהגות שבית המשפט מחיל על בעל המשכון. הרף מוגבה ממקרה למקרה עוד ועוד. כך למשל, בעניין **הורש**⁶ נדון מקרה של בת זוג לא נשואה שנעשתה לידועה בציבור של הלווה שנה אחת בלבד לפני רישום המשכנתא על דירת המגורים שהייתה רשומה על שמו בלבד. למרות זאת, סבר השופט ג'ובראן 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 כי הנכס נקי גם מזכויות של ידועים בציבור (עובדה שאין לה ביטוי במרשמים רשמיים). נראה כי עליית מדרגה נורמטיבית זו שאירעה בפסק דין **הורש** מתבקשת על פניה, שהרי כאשר הבנק מברר עם הלקוח האם יש לו בת-זוג, הוא יכול להרחיב את השאלה כך שתתייחס הן לבת זוג נשואה והן לידועה בציבור המתגוררת עמו בנכס הממושכן.

עליית מדרגה נורמטיבית נוספת אירעה בעניין **בן-גיאת נ' הכשרת היישוב**⁷. בעניין זה התעוררה שאלת זכויותיה של בת זוג אל מול זכויותיו של הממשכן. באותו מקרה מדובר היה במשכון דירה שהוצמדה אל דירת המגורים של הלווה. הלווה הצהיר בפני המלווה כי הוא הבעלים היחיד של הדירה וכי הדירה נקיייה מזכויות צד ג' כלשהו. על יחסי בני הזוג בן-גיאת לא חלה הלכת השיתוף אלא חוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג-1973. על אף זאת, קבע בית המשפט (השופטים עמית ופוגלמן), כי המלווה - בעל המשכון נהג בחוסר תום-לב, שכן מדובר בחברת ביטוח שהיא נושה מקצועית וחובת תום הלב האובייקטיבית המוטלת עליה מחייבת כי תשלח שמאי לבחון את הנכס הממושכן ותחתים את בת הזוג על הסכמה לרישום המשכנתא. אילו הייתה חברת הביטוח עושה כן, היא הייתה מגלה כי יש התחייבות ספציפית כלפי בת הזוג. ממילא, מכיוון שלא עשתה כן, היא מוגדרת כחסרת תום-לב. בפנינו אפוא החלה של חובת תום-לב אובייקטיבית שנקבעה

⁵ ראו והשוו: נילי כהן "שניים או חזים: קניין, אחריות, חלוקה" 177, 204-212 **משפט ועסקים** יח (תשע"ה).

⁶ ע"א 3352/07 **בנק הפועלים נ' הורש** [פורסם בנבו] (4.9.2008).

⁷ ע"א 7750/10 **מרים בן גיאת נ' הכשרת היישוב ביטוח בע"מ** [פורסם בנבו] (11.08.2011) (להלן: "**בן גיאת**").

לפי מאפייניו הסובייקטיביים של בעל המשכון כנושה מקצועי. גישה זו של בית המשפט מעוררת קושי, שהרי אם נלך בתלם שסלל השופט ברק בעניין **בן-צבי נ' סיטין** ונבחן את המקרים הללו לפי דיני העסקאות הנוגדות, הרי שבאותה מידה שיש חוסר תום-לב מצד בעל המשכון - יש חוסר תום-לב מצדו של בעל הזכויות בכך שלא רשם את זכויותיו. באותה מידה שבעל המשכון יכול היה לשאול ולחקור, יכול היה בעל הזכויות לדאוג לביטוי פומבי כלשהו של זכויותיו, ומשלא עשה כן הרי שהוא השתתף בגרימת התאונה המשפטית. בעניין **גנז**⁸ 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. אכן, בעניין **גנז** קבע השופט ברק כי אין להטיל חובה על בני זוג לרשום הערת אזהרה בדבר זכויותיהם, שכן הדבר עלול לפגוע במרקם המשפחתי⁹. אולם, קשה לקבל תוצאה לפיה התחשבות זו ברגישות שקיימת בין בני זוג תביא להטלת מלוא האחריות לתאונה המשפטית על בעל המשכון, שעה שלמעשה בן הזוג רימה אותו והציג לו מצג שווא כאילו מלוא הזכויות בנכס המקרקעין הם שלו.

ואכן, גישה שונה מצינו בפסק דינו של השופט רובינשטיין בעניין **בן-גיא**, לפיו 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 אשר המדינה יוצרת במישור הקוגנטי. בנוסף, 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". השופט רובינשטיין סבר על כן, כי בני הזוג הם האחראים ל"תאונה המשפטית" שאירעה, בכך שלא נתנו ביטוי ברישום להסכמתם בדבר הקניית הזכויות לבת הזוג. מנגד, לאור טיבו של השיתוף הספציפי, בשונה מהשיתוף 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 מצדם מהנורמות הראויות, הרי שהסטנדרטים המוטלים על בעל המשכון יהיו נמוכים יותר. מגיעים הדברים לידי כך שהשופט רובינשטיין מציין בשולי דבריו, כי "אף אם הייתי מניח ואינני 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

⁸ ע"א 2643/97 **שלמה גנז נ' בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ**, נז(2) 385 (2003) (להלן: "**גנז**")

⁹ עניין **גנז**, ה"ש 8 לעיל, פסקה 22 לפסק דינו של השופט ברק.

תום-לב כלפי המערער. בוודאי כן נוכח הצהרות המשיב".

ברם, שדעת הרוב בעניין **בן-גיאת** לא קיבלה את גישתו של השופט רובינשטיין ויצאה מנקודת הנחה כי בעימות 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 צד שלישי לא הובאו בחשבון. מכל מקום, נראה כי הכרעה זו מתייחסת למקרים שבהם מדובר בקונפליקט בין ממשכן שהוא נושה מקצועי, לעומת זכויות בני זוג ובדירת 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 יש לחייב בת זוג הוא חסר תום לב, והאם האשם התלוי בו חמור מזה של בן הזוג שלא רשם את זכויותיו? כמו כן, לא ברור האם חלוקת האחריות שנקבעה בענין **שמחוני** תעשה גם במקרים אחרים? באלו מקרים חוסר תום-לב מצד שני הצדדים יביא לחלוקה של הנכס בין הצדדים בהתאם לשיעור חוסר תום הלב של כל אחד מהם, בדומה לקביעה בעניין **שמחוני**, ובאלו מקרים תיערך הכרעה בינרית בין הצדדים בדומה לעניין **בן גיאת**? נראה כי אין בפנינו כלל שלפיו יוכלו להנחות את עצמם בתי המשפט בהמשך טוויית הקו הראוי. בתי המשפט השאירו סוגיה זו לעת מצוא וכלשונה של השופטת שטרסברג-כהן בעניין **בן-צבי נ' סיטין** "הנושא הרחב שבין שבילי פרדסו צועדים אנו בזהירות עקב בצד אגודל, משאיר אחריו פרי שטרם נקטף".

2. תום לב בהמרת משכון

משכון הוא כאמור, בטוחה לפירעון חוב כספי. בדרך כלל המשכון עולה בערכו על ערך החוב, מכיוון שהנושה נוטל "מקדמי ביטחון" ורוצה לוודא כי יוכל להיפרע גם במקרה של צורך ב"מימוש מהיר" וכן מביא בחשבון עלויות מימוש, מיסים המוטלים בעת מימוש, כמו גם תנודות אפשריות בערכי השוק של הנכס עד לעת מימושו וכיו"ב¹⁰. המשכון אמור לשמש את בעל המשכון במשך כל תקופת ההלוואה. פרק זמן זה עשוי להיות ניכר ולעתים מתחוללים שינויים אשר מחמתם עשוי החייב לבקש להחליף את המשכון בבטוחה אחרת. כך למשל, כאשר עומדת על הפרק הזדמנות של הממשכן לעשות עסקה בנכס הממושכן ולהפיק רווח, או כאשר הממשכן זקוק לנכס הממושכן כדי לקבל אשראי נוסף. האם יכול הממשכן לדרוש להמיר את המשכון בבטוחה אחרת, שתהא מספקת להבטיח את פירעון החוב? השאלה מתעוררת ביתר שאת כאשר החייב פרע את הקרן והריבית, אך לטענת בעל המשכון מגיע לו סכום נוסף שלגביו התעוררה מחלוקת עם החייב, כגון טענה של בעל המשכון כי הוא זכאי לתשלום ריבית פיגורים, הפרשי שער וכיו"ב. החייב מציע חלופה אחרת למשכון, שתבטיח את הסכום השנוי במחלוקת, וממילא אין 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

¹⁰ אבי וינרוט ובעז אדלשטיין "אחריות בנק מלווה כלפי רוכשי דירות ובעלי קרקע", **הפרקליט** מח 68, 69 (2004); ר. נחמני

ו. בן ארי "מימון בשיטת הליווי הפיננסי", **ניהול נדל"ן** (דלברי עורך, תשנ"ז) 873-837.

המשכון?

לכאורה, לבעל משכון זכות קניינית בנכס הממושכן, וראוי להגן עליה מפני כל התערבות שאינה מוסכמת. זאת ועוד, חוק המשכון, התשכ"ז-1967 אינו מתייחס במפורש לסוגיית המרת המשכון, וייתכן כי בכך הוא קובע הסדר שלילי¹¹. עם זאת, הסוגיה עוררה חילוקי דעות בפסיקת בתי המשפט המחוזיים. גישה אחת סברה כי הנכס שמושכן משקף עסקה רצונית בין הצדדים, ומשכך לא יתערב בה בית המשפט ולא יכפה המרת המשכון מנכס לנכס¹². אף אם המרת המשכון אינה גורעת דבר מן הנושה מבחינה כלכלית, הרי שבבסיס המשכון עומד הסכם ובית משפט אינו יכול לשנות הסכמה של צדדים לחוזה. למסקנה שונה הגיע בית המשפט המחוזי בעניין **ביטון**¹³. באותו מקרה נקבע כי אין המדובר 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 המשכנתא במשכנתא חלופית¹⁴. ויסמן ביקר את פסק הדין בעניין **ביטון** וסבר כי לא ראוי לאפשר לממשכן לכפות על בעל המשכון להעתיק את המשכון לנכס אחר¹⁵.

סוגיה זו הגיעה להכרעה בבית המשפט העליון בעניין **אבן ישראל**¹⁶ במקרה קיצוני שבו החלופה למשכון שביקש הלווה להעמיד לרשות המלווה הייתה ערבות בנקאית אוטונומית¹⁷. 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 מסבה נזקים לחייב. השופט זילברטל

¹¹ לעניין זה ראו יהושע ויסמן "העתקת משכון לנכס חלופי שלא בהסכמת נושה" **מחקרי משפט** כד 427 (2008); פורסם אחר-כך בספרו, יהושע ויסמן **דיני קניין: זכויות קדימה ופרקי משכון** 175, 177 (2014); מיגל דויטש קניין, כרך ב 284 (1999).

¹² ראו בש"א (נצ') 2614/00 **בנק מרכנתיל דיסקונט בע"מ נ' עונאללה** [פורסם בנבו] (19.12.2000); ת"א (חי') 21505/02 **מנור נ' בונה הצפון - חברת קבלני בניין עכו בע"מ** [פורסם בנבו] (19.09.2004); בש"א (חי') 12063/05 **טיולי נהר הירדן בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ** [פורסם בנבו] (31.7.2005).

¹³ בש"א (י-ם) 2813/05 **חברת העובדים השיתופית הכללית בא"י בע"מ נ' ביטון** [פורסם בנבו] (27.7.2006) (להלן: "**ביטון**").

¹⁴ ראו ברכיהו ליפשיץ "זה נהנה וזה לא חסר" - זכיה שלא היתה כרוכה בחסרון המזכה? "**הפרקליט** לו 203 (התשמ"ז); אברהם וינרוט "שימוש לרעה בזכות במשפט העברי (כופין על מידת סדום)" **דיני ישראל** יח 53 (1997). על גישת המשפט העברי כמקור לריכוך של דיני הקניין באופן שלא יאפשר שימוש לרעה בזכות ראו חנוך דגן "דיני עשיית עושר: בין יהדות לליברליזם" **משפט והיסטוריה** 165 (דניאל גוטוויין ומנחם מאוטנר עורכים, 2000); Benjamin Porat, *Ownership and Exclusivity: Two Visions, Two Traditions*, 64 AM. J. COMP. L. 147 (2016).

¹⁵ יהושע ויסמן, "העתקת משכון לנכס חלופי", **מחקרי משפט**, כרך כד (תשס"ט) 427; יהושע ויסמן **דיני קניין – זכויות קדימה ופרקי משכון** ה"ש 11 בעמ' 175-187.

¹⁶ רע"א 1554/16 **י.ש אבן ישראל בע"מ נ. שולמן ואח'** (פורסם בנבו 5.6.2016). (להלן: "**ענין אבן ישראל**").

¹⁷ באותו עניין פרע החייב את מלוא החוב (קרן וריבית) אך הנושה טען כי יש לשלם סכום נוסף ונוצר צורך בהתדיינות. החייב הציע כי להבטחת הפסיקה שתניתן בהתדיינות זו הוא יפקיד ערבות בנקאית ובלבד שישוחרר המשכון שניתן, באשר נקרתה בדרכו אפשרות לבצע לגביו עסקה.

אף ראה בהחזקת המשכון כאמצעי לחץ, משום פגיעה בזכותו של החייב לפנות לערכאות, שהרי הותרת המשכון על הנכס תאלץ את החייב להיכנע לדרישת הנושה ותקשה עליו לנהל הליך משפטי בדבר יתרת חוב השנויה במחלוקת. לעומת זאת, השופט סולברג, בדעת מיעוט, סבר כי אין ספק שלבית המשפט נתונה עקרונית סמכות להורות על המרת בטוחה בבטוחה אחרת וזאת מכוח עקרון תום הלב המאפשר לבית המשפט למנוע שימוש בלתי לגיטימי במשכון¹⁸. אולם, שאלה גדולה היא מתי סירוב להמרת משכון בבטוחה אחרת אינו לגיטימי¹⁹. לא היה חולק כי הנושה רשאי להעלות טענות הנוגעות לטיב הבטוחה²⁰ ובנוסף לגיטימי לדעת השופט סולברג לראות בבטוחה אמצעי להפעלת לחץ על החייב לשלם את חובו, ולסרב לבקשתו להמרת הבטוחה רק בשל כך²¹. כלומר, הנושה רשאי לראות את הבטוחה לא רק כמנגנון עתידי לגביית החוב, אלא גם כמנגנון לחץ לפירעונו המהיר²². על כן, טענת נושה, לפיה המרת המשכון במשכון אחר תפגע באמצעי לחץ זה, עשויה להיות לגיטימית ואינה נחשבת כשלעצמה לחסרת תום לב²³. הנה כי כן, הגדרת סירובו של בעל משכון להמיר את המשכון בנכס אחר כחוסר תום-לב אינה פשוטה על פניה. נראה כי גם דעת הרוב בעניין זה אינה מספקת אמת מידה ברורה לשאלה מתי נראה בסירוב להמרת משכון משום חוסר תום-לב. במקרה שנדון בעניין **אבן ישראל** מדובר היה במקרה קיצוני שבו החלופה שהועמדה חלף המשכון היא ערבות בנקאית על מלוא הסכום השנוי במחלוקת. ביחס למקרה קיצוני זה סברה דעת הרוב בעניין **אבן ישראל**, כי חובת תום הלב של בעל המשכון הופרה ויש להיעתר לדרישתו של החייב להעתיק את המשכון לנכס חלופי שלא בהסכמת הנושה.

¹⁸ בית המשפט סבר כי יש למצוא מקור סמכות גם בהוראת סעיף 21(א) לחוק המשכון תשכ"ז-1967, 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". וראו יהושע ויסמן **חוק המשכון, תשכ"ז-1967** לעיל ה"ש 1 בעמ' 369.

¹⁹ 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.

²⁰ אין חולק כי הנושה רשאי לטעון כי הבטוחה החלופית נופלת מזו המקורית מבחינת שווי הבטוחה, אופן מימושה, ומאפיינים יחודיים אחרים שלה כאשר יש לאלו נפקות ליכולתו להיפרע את מלוא חובו מן הבטוחה. כך למשל, אם הבטוחה המקורית עלתה על גובה החוב בשיעור מסוים, זכאי בעל המשכון לדרוש כי גם המשכון החלופי יעמוד באותו יחס של עודף שווי הבטוחה על פני החוב.

²¹ לעמדת המשפט העברי בסוגיה זו ר': אברהם וינרוט "תום לב ותכלית המשכון" פרשת השבוע ברוח המשפט, פרשת ויצא 508 (תשפ"א).

²² השופט סולברג אימץ בעניין זה את גישתו של פרופ' ויסמן בספרו "דיני קניין - זכויות קדימה ופרקי משכון" ה"ש 11 לעיל, בעמ' 184, כי יש לקחת בחשבון גם את השאלה אם הנושה ידע מראש על אודות הנחיצות של הנכס לחייב, שאז יש מקום להתנגדותו של הנושה, או שזו התעוררה בשלב מאוחר.

²³ כלל מושרש הוא בדיני חוזים כי עמידה על זכות חוזית אינה עולה כשלעצמה כדי חוסר תום לב. ר' למשל: ע"א 158/80 **שלום נ' מוטה**, פ"ד לו(4) 793; ע"א 7194/13 **טובית דרור חברה לנכסים בע"מ נ' ב.ס.ר. המנדסים בע"מ** (פורסם בנבו, 22.7.2015). עם זאת, לא בכל מצב יכול צד לעמוד באופן דווקני על הוראות החוזה. כך למשל ברע"א 1233/91 **ג'רבי נ' בן דוד**, פ"ד מה(5) 661 נקבע כי יש משום חוסר תום לב בסירוב לקבל תשלום, 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 תחולת עקרון תום הלב לשימוש בזכויות ולא לשינויים בהן. ר' מיגל דויטש "תום לב בשימוש בזכויות – קווים אדומים" לתחולת העקרון, **עיוני משפט י"ח** (תשנ"ד) 261, 269-264.

אולם, מה יהיה הדין כאשר החייב מבקש להמיר משכון מנכס אחד לנכס אחר, והדבר כרוך בטרחה של שמאות לנכס האחר וכן בירור בדבר זכויות צד ג' בנכס המומר, כשברור כי מבחינתו של הנושה אין כל יתרון לנכס החלופי על פני הנכס המקורי. האם מוטל עליו לטרוח ולהיכנס להליך של בחינה חלופות למשכון המקורי כדי לסייע בידי החייב? האם יהיה בסירובו לכך יש משום חוסר תום-לב? ומה יהיה כאשר הנושה מסרב להמרת המשכון בטענה כי נוח לו יותר לממש את המשכון המקורי גם אם המשכון החלופי שווה יותר? האם יהא בכך משום חוסר תום-לב? והאם יוכל בעל המשכון לדבוק בעמדתו זו, שנובעת מטעמי נוחות גרידא, גם כשנוקו של החייב מהסירוב להמרת המשכון הם כבדים ועלולים למוטט אותו כלכלית? אם אמת המידה היא תום-לב, הרי שדי בקיומה של הצדקה להתנהגות בעל המשכון ואין כל רלוונטיות לשיעור הנזק שייגרם לצד אחר. על כן נראה כי השימוש במונח תום-לב אינו מספק עת שבית המשפט חותר לכלל הכרעה ברורה.

3.ב. תום לב במימוש משכון

מכיוון שבדרך כלל המשכון עולה בערכו על גובה החוב, אין המלווה מזדרז תמיד לממש את המשכון. אדרבה, כל עוד שיש לו מהיכן להיפרע, נח לו שהריבית ממשיכה להצטבר. לעתים נוח גם ללווה כי הקץ יידחה, אולם לעתים עלולים להיפגע הן הלווה והן נושים אחרים כתוצאה מהשתהות במימוש המשכון. הפגיעה בלווה ברורה על פניה. בהיעדר משאבים נזילים לפירעון ההלוואה, ברור שהמשכון ימומש בסופו של דבר, וממילא עדיף שהדבר יקרה מוקדם ככל שניתן, כדי שהחוב לא ילך ויטפח. בדרך זו עשויה להיוותר יתרת כספים בידי החייב לאחר מימוש המשכון ופירעון החוב. יתרה זו עשויה לשמש לפירעון הלוואות נוספות של החייב. כלומר, ייתכן שהשתהות בעל המשכון במימושו תגרום לחייב לצבור ריביות מיותרות הן ביחסיו עם בעל המשכון והן ביחס עם נושים אחרים. לעתים, נחוצה יתרה זו לחייב כדי למנוע "כדור שלג" כגון כאשר בהיעדר תזרים מזומנים עלול חשבונו להפוך למוגבל²⁴ באופן שיחמיר את מצוקת המזומנים שלו, ואף יביא בסופו של תהליך לחדלות פירעון.

כמו כן, מהשתהות הנושה במימוש המשכון עלולים להיפגע נושים אחרים של החייב, שכן עם הצטברות חובות ריבית לטובת בעל המשכון, נמצא כי לאחר מימוש המשכון תיוותר להם יתרה נמוכה יותר של כספים כדי לשרת את חובם. זאת ועוד, לעתים זקוקים נושיו האחרים של החייב 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, שעלולים להיות בעלי משמעות קריטית עבורם מבחינה תזרימית. נמצא כי בעל משכון המשתהה במימוש המשכון עלול להסב נזק רב לחייב ולצדדים שלישיים.

מצד שני, החייב ונושיו הם אלה שנטלו סיכון כלכלי ואילו בעל המשכון מחזיק בנכס קנייני שלו, שבו הוא רשאי לנהוג לפי שיקול דעתו. לכאורה, אין עילה משפטית שמחמתה ניתן להכתיב לבעל המשכון את העיתוי שבו יממש זכויות קנייניות שלו. ייתכן כי זה חוסר התחשבות מצדו בכך שאינו ממהר לממש, אך האם זה חוסר תום-לב כאשר הוא נוהג בזכות קניין שלו על פי צרכי

²⁴ חוק שיקים ללא כיסוי, תשמ"א-1981.

הנוחות ושיקול הדעת שלו?

זאת ועוד, סעיף 23 לחוק המשכון תשכ"ז-1967 קובע כי "אין במתן המשכון כדי לגרוע מזכותו של הנושה לגבות את החיוב שלא על ידי מימוש". לנוכח הוראת סעיף זה יכול לכאורה בעל המשכון להרחיק לכת בכך שלא זו בלבד שישתהה עם מימוש המשכון, אלא אף ינקוט באמצעי גבייה אחרים כלפי החייב, כגון עיקול חשבונות בנק וכיו"ב. ניתן לכאורה להסיק מסעיף 23 לחוק המשכון כי לא מוטל על הנושה לממש את המשכון והוא רשאי לנקוט בצעדים אחרים ולהמתין עם המימוש. זו לכאורה פרשנות מחויבת, שהרי החוק עוסק בגביית החיוב, ומכאן שהגיע המועד לקיומו. את הזכות לנקוט באמצעי גבייה כשהגיע מועד הפירעון, אין חוק המשכון צריך לחדש. מן ההכרח אפוא כי החוק מאפשר לבעל המשכון להשהות את מימוש המשכון ולנקוט בינתיים באמצעי גבייה אחרים, בבחינת (קהלת ז' י"ח) "תאחז בזה וגם מזה אל תנח את ידך"²⁵. במקרה שבעל המשכון אינו מממשו אלא מטיל עיקול, נמצא כי הוא מסב נזקים בארבעה מישורים: א. החוב ממשיך לתפוח. ב. אי מימוש המשכון מונע מהחייב יתרת מזומנים שהיתה יכולה לעמוד לרשותו לשם פירעון לנושים אחרים והחייב נושא בריביות גם לנושים אלו. ג. לנושים האחרים נגרם עיכוב בקבלת כספם. ד. בעל המשכון מצר את צעדי החייב ע"י עיקול נכסיו ומצמצם את יכולתו לתפקד כלכלית. ועם זאת, בעל המשכון העושה כן הוא לכאורה בבחינת "נבל ברשות התורה", שהרי חוק המשכון מתיר לו לנקוט באמצעים אלו.

פתרון אפשרי לבעיה זו עשוי להימצא ע"י כך שתינתן לחייב זכות לתבוע מימוש של הנכס הממושכן בדרך של מכירת הנכס על ידו ושימוש בכספי התמורה לפירעון החוב, מכח סעיף 21 לחוק המשכון²⁶. אכן, סעיף 21 עוסק ביחסים שבין בעל המשכון לממשכו, ואינו מעניק זכות לנושים אחרים לדרוש מבעל המשכון לממש את המשכון. אולם, בפסק-דין **בן-פורת**²⁷ 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 מימוש של נכס, והדברים חורגים מגבולות סבירים ומשליכים על תום-הלב, יוכל בית-המשפט - הוא ולא אחר - להתערב בכך"²⁸. בפסקי דין מאוחרים יותר הועצמה חובת תום הלב של בעל המשכון

²⁵ ראו יהושע ויסמן **חוק המשכון, התשכ"ז-1967** 381-380 (1974).

²⁶ יהושע ויסמן **חוק המשכון, תשכ"ז-1967** לעיל הי"ש 1, עמ' 258-259.

²⁷ רע"א 9025/03 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' עו"ד אלברט בן פורת**, פ"ד נט(3) 919.

²⁸ בע"א 8044/13 **ששון לוי נ' שיכון ובינוי נדל"ן השקעות בע"מ** [פורסם בנבו] (13.02.2014) (להלן: "לוי") הסיק בית המשפט מפסק הדין בעניין **בן פורת** כי הימנעות הנושה המובטח מלנקוט בהליכי מימוש או שיהוי ניכר מצדו בפעולותיו במסגרת הליכי המימוש, יוביל לפיקוחו של בית המשפט על הליכי המימוש והפיקוח צפוי להיות הדוק יותר, ואף להגיע לכדי התערבות בית המשפט בהליכי המימוש, ככל שבית המשפט יתרשם שהנושה המובטח פועל בחוסר תום לב ובדרך בלתי מקובלת בהליכי המימוש. במקרים אלו בית המשפט רשאי לקבוע כי לא 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.

כלפי הנושים האחרים והוגדרה כמעין 'חובת אמון' של הנושה המובטח כלפי יתר הנושים.²⁹ בית המשפט החיל נורמה זו גם ביחסים שבין בעל המשכון לבין החייב. כך למשל, בעניין אלף ג'ני³⁰ נדון מקרה שבו החייב משכן שני נכסים לטובת הנושה ובהגיע מועד המימוש ביקש כי המימוש יעשה בנכס מסוים ולא במשנהו. בית המשפט קבע כי על אף שזכות הבחירה לגבי סדר מימוש השעבודים במצב של ריבוי בטוחות נתונה לנושה-בעל המשכון, הרי שאם אין לנושה נפקות איזה מהנכסים לממש, הרי שעקרון תום הלב מחייב אותו להיעתר לבקשת החייב.

חובת תום הלב כלפי החייב עשויה להגיע לידי עימות עם חובת תום הלב של הנושה כלפי נושים אחרים. כך למשל, כאשר לחייב יש נושה נוסף, שגם לו אינטרס בנכסים המשועבדים, והוא דורש מן הממשכן כי בעת מימוש הנכסים יתחשב באינטרס שלו, העומד בניגוד לרצונו של החייב-הממשכן. אם יש חובה של בעל המשכון להתחשב באינטרסים של נושים אחרים, הרי שאינטרס זה יגבר על דרישותיו של החייב. זאת מכיוון שהחייב עצמו מחויב להעדיף את האינטרסים של הנושים האחרים על פני האינטרס שלו עצמו. אילו היה החייב מחזיק בנכסים, פשיטא כי הנושים האחרים היו רשאים לממש אותם לצורך פירעון החוב כלפיהם, לפי האינטרסים שלהם. ידם של הנושים על העליונה, שהרי כאשר יש נפקות לנושה איזה מהשעבודים הוא יממש תחילה, כוח הבחירה מסור בידו. ממילא גם כאשר הנכס משועבד לבעל המשכון, עליו להעדיף את האינטרס של הנושים האחרים על פני האינטרס של החייב. עם זאת, בית המשפט לא הכריע בעניין זה. בית המשפט ציין כי בעקרון נראה היה לו נכון לאמץ בישראל את דוקטרינת ה-marshalling securities (תעדוף בטוחות) הנוהגת באנגליה.³¹ דוקטרינה זו מתייחסת למצב דברים שבו יש נושה מובטח המחזיק בשעבוד ספציפי על שני נכסים, ונושה נוסף המחזיק בשעבוד מדרגה פחותה על אחד מהנכסים הללו. אם ימומש הנכס המשועבד לשני הנושים, התוצאה תהיה כי כספי

²⁹ בפסה"ד בעניין לוי, ה"ש 28 לעיל, ציטט בית המשפט בהסכמה את דבריה של השופטת ו' אלשיך בפש"ר (ת"א) 1941/02 טחנת קמח אשדוד בע"מ נ' חברת פיתות מעדן בע"מ [פורסם בנבו] (13.11.2002), כי "משמעותה של חובת אמון זו היא כי נושה מובטח בשעבוד ספציפי (קל וחומר נושה מובטח בשעבוד 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. סיכומם של דברים: 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". בפש"ר (ת"א) 50808-02-11 עו"ד יניב אינסל בתפקידו כמנהל מיוחד לנכסי החייבים רון ואורלי הרבט נ' כונס הנכסים הרשמי [פורסם בנבו, 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 חובת אמון של בעל המשכון. ראו והשוו גם: ע"א 6765/93 בנק ברקליס דיסקונט בע"מ נ' משה ברושי [פורסם בנבו] (19.03.1997).

³⁰ ע"א 64/09 אלף ג'ני נכסים והשקעות בע"מ נ' בנק דיסקונט למשכנתאות בע"מ [פורסם בנבו] (7.4.2011)

³¹ על דוקטרינת marshalling ראו: PAUL A.U. ALI, MARSHALLING OF SECURITIES (Oxford, 1999); GOODE ON LEGAL PROBLEMS OF CREDIT AND SECURITY 191 (Louise Gullifer ed., ; chapter 6 4th ed., 2008); P.V. BAKER & P.ST.J. LANGAN SNELL'S EQUITY 421 (29th ed., Sweet & Maxwell, 1990).

ראו עוד: יהושע ויסמן חוק המשכון, תשכ"ז-1967 לעיל ה"ש 1 בעמ' עמ' 187-190.

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 השני, יותר בידי החייב נכס שלגביו יש לנושה האחר מעמד של נושה מובטח. דוקטרינת ה-Marshalling 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 אחר³². על אף שבית המשפט בישראל נטה לאמץ את דוקטרינת ה-Marshalling, הוא לא הכריע סופית בסוגיה זו, ואף העלה שאלה האם נכון יהא להחיל דוקטרינה זאת גם לגבי יחסי בעל המשכון עם נושים לא מובטחים?³³

אם יסודה של החלת דוקטרינת ה-Marshalling בהגשמת ציפיות לגיטימיות של נושים, הרי שאכן אין מקום להחיל דוקטרינה זו ביחס לנושים לא מובטחים, שהרי מלכתחילה לא היתה להם כל ציפייה לגיטימית לשים ידיהם על הנכסים המשועבדים³⁴. ברם, מכיוון שהמקור הנורמטיבי להחלת חובות של בעל משכון כלפי נושים אחרים בישראל, הינו החלת נורמה של תום לב, הרי שמתבקש מכך להחיל, כעיקרון, את דוקטרינת ה-Marshalling הן ביחס לנושה מובטחים והן ביחס לנושים לא מובטחים וייתכן שאף כלפי תובעים שהחוב כלפיהם טרם נפסק. כך למשל, במקרה שבו יש תובע שהטיל עיקול על אחד משני נכסים משועבדים והוא מבקש מהנושה המובטח להיפרע מהנכס שעליו לא הוטל עיקול. אם יש בנכס הראשון כדי לפרוע את החוב לנושה המובטח ואין זולתו נושים מובטחים, הרי ששרירות הלב של בעל המשכון ליטול דווקא את הנכס המעוקל, פוגעת פגיעה לשמה בנושה בבעל העיקול. הדברים קל וחומר אם

³² ויסמן, ה"ש 1 לעיל, עמ' 188-190 מצייין, כי יש מחלוקת במשפט האמריקאי ביחס למקרה שבו יש שלושה נושים. נושה א' מחזיק בשני נכסים, כאשר נכס אחד משועבד גם בשעבוד שני לנושה ב' ונכס נוסף המשועבד לנושה ג'. האם יש חובה על בעל המשכון להתחשב בשני הנושים ולהיפרע מחצית מהנכס הראשון ומחצית מן הנכס השני? לפי גישה אחת, הנושה השלישי נכנס אמנם לסיטואציה שבה כבר יש שעבוד לשני נושים על הנכס הראשון, אבל ביחד עם ידיעה זו הוא יודע גם על דוקטרינת ה-Marshalling ועל כן יש לו ציפייה כי יתחשבו 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 מצייין כי ביחס למשפט הישראלי אין מקום לגישה זו, מכיוון שעקרון ה-Marshalling טרם קנה לו שביטה, וממילא אין מקום להניח כי נוצרה ציפייה שכזו. ברם, נראה כי בתי המשפט בישראל מתייחסים לאימוץ של דוקטרינת ה-Marshalling מכוח עקרון תום הלב. עקרון זה יוצר נורמה אובייקטיבית שיש בה מענה לציפיות לגיטימיות של הנושים. אם כך, הרי שיתכן כי גם בישראל ניתן יהיה לומר שגם לנושה השלישי יש ציפייה לגיטימית שבית המשפט יבקש להגשים אותה. מכל מקום, החלת חובה על בעל משכון לממש שני נכסים ולגבות מחצית מכל אחד מהם, חלף מימוש נכס אחד, יוצרת טרחה רבה מצדו ושאלה גדולה היא האם במקרה כזה מחייב עקרון תום הלב את בעל המשכון לעשות כן. בת"א (מחוזי ת"א) 17-01-19658 אילנה יפה נ' בנק דיסקונט לישראל [פורסם בנבו] (18.05.2020). קבע בית המשפט כי אין חוסר תום לב בהחלטה של בעל משכון להיפרע מדירה, חלף הליכי גבייה בהוצאה לפועל של עשרות שיקים שבידיו.

³³ בע"א 9060/11 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' ארנברג [פורסם בנבו] (22.9.2014) גרסה דעת הרוב (השופטות דפנה ברק ארז וארבל) כי דוקטרינת ה-Marshalling חלה רק ביחס שבין שני נושים מובטחים ואילו לדעת המיעוט (של השופט מלצר) ניתן, מכוח דוקטרינה זו להקנות זכויות לנאמן בפשיטת רגל הדואג לאינטרס של נושים לא מובטחים.

³⁴ Paul A.U. Ali MARSHALLING OF SECURITIES 174-175 (Oxford, 1999)

מקורה של הנורמה בחובת אמון שחב בעל המשכון כלפי נושים בלתי מובטחים³⁵. ברורה לנו אפוא התוצאה והנפקות עת שבוחרים בחלופה של החלת דוקטרינה ה-Marshalling מכוח ציפיות לגיטימיות של נושים לעומת חלופה של החלת דוקטרינת ה-Marshalling מכוח עקרון תום הלב או חובות אמון.

מצד שני, אין לכאורה אמת מידה שמכוחה נוכל להכריע בשאלה מה יהא הדין במקרה שבו נוח יותר לבעל המשכון לממש נכס אחד על פני משנהו. 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**³⁶ 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 מהם³⁷; השני, כספי פיצויים, המהווים נכס בר חלוקה בפשיטת רגל. בהתאם לכך, אם בעל המשכון מממש את כספי התגמולים, הרי שהנושים הבלתי מובטחים יקבלו את כספי הפיצויים ואילו החייב יוותר ללא כלום. לעומת זאת, אם בעל המשכון מממש את כספי הפיצויים, הרי שהנושים הבלתי מובטחים לא יקבלו דבר והחייב יוותר עם כספים. השופט עמית קבע כי תכלית החקיקה מקרינה על חובת תום הלב של בעל המשכון כלפי החייב, ולנוכח ההגנה המיוחדת שהעניק 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 זאת 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 הייתה מוחלת במקרה זה דוקטרינת ה-Marshalling, כגון במקרה שבו הנושים המבקשים להיפרע מכספי הפיצויים הם נושים מובטחים, ייתכן כי הנושה 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 הייתה מוחלת דוקטרינת ה-Marshalling בישראל לא היה מקום להגיע לתוצאה שונה מזו שנקבעה בעניין **עברון**. זאת מכיוון שאף אם דוקטרינת ה-Marshalling מתבססת על חובת תום הלב, לא ניתן לומר כי נושה נוהג בחוסר תום-לב כאשר הוא מממש נכס

³⁵ בפש"ר (מחוזי ת"א) 466/93 **גרמש נ' שלף** [פורסם בנבו] (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**, ה"ש 28 לעיל.

³⁶ ע"א 1057/18 **ע"ד אייל עברון נ' דוד ורדי** [פורסם בנבו] (23.1.2019).

³⁷ סעיף 85(א) לפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], התש"מ-1980.

של חייב באופן שיתחשב באינטרסים שלו ויאפשר לו לחיות בכבוד. נושא הדיון הוגדר על-ידי השופטת וילנר בעניין **עברון**: איזו מחובות תום הלב של בעל המשכון תגבר, האם חובת תום הלב שלו כנושה מובטח כלפי הנושים שאינם מובטחים, או חובת תום הלב שלו כלפי החייב? במאזן חובות תום הלב הללו גוברת חובת בעל המשכון כלפי החייב, מכיוון שהיא מבוססת על אדנים סוציאליים וכלכליים כאחד.

נמצא כי מצד אחד אין ספק כי הוחלה חובת תום-לב של בעל משכון כלפי חייב וכלפי נושים אחרים, מובטחים ובלתי-מובטחים. עם זאת, בית המשפט השאיר ב"צריך עיון" את שאלת החלת דוקטרינת ה-Marshalling. מן הראוי להכריע בעניין זה וכן לקבוע מכוח איזה עקרון משפטי יש להחילה. כמו כן, לא נקבעו אמות מידה ברורות, שעל בסיסן ניתן יהיה להכריע בשאלה האם בעל המשכון צריך להתחשב בנושים אחרים. כך למשל לא ברור מה חובתו של בעל המשכון בבחירת הנכס שימומש, או בעיתוי המימוש, שעה שלנושים אחרים נגרם נזק רב כתוצאה מבחירה בחלופה מסוימת, ואילו לבעל המשכון נגרם נזק אם לא יבחר בחלופה זו, אך במידה פחותה.

ב.4. תום לב בפדיון משכון

צומת נוסף שבו נפגש עקרון תום הלב עם דיני המשכון מצוי במקרים שבהם הלווה מעוניין לפדות את הנכס הממושכן - באמצעות גורם אחר. פשיטא כי כל עוד שלא חלף מועד הפירעון, רשאי הלווה 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. אבל, אם 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 המשכון³⁸. 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 לטובת החייב עצמו או גורם אחר שעלול להיפגע ממתן המשכון או מימושו, כגון: מי שמתגורר בנכס הממושכן או הערב לחוב המובטח במשכון וכיו"ב³⁹. מצד שני, האינטרס של בעל המשכון הוא בפירעון החוב ואינטרס זה מתקיים במלואו. מה לו אפוא כי ילין על כך שבעל הנכס מסתייע בצד ג' עת שהוא פורע את חובו, ומה לו כי ילין על כך שבעל הנכס מכר את הנכס לצד ג' ואינו מאפשר לבעל המשכון לממש אותו? אכן, נראה כי לאור אדישותו של בעל המשכון לזהות פורע החוב ורוכש הנכס, לא יימנע מהחייב לפדות את המשכון באמצעות אחר⁴⁰. השאלה מתעוררת שעה שהנכס מוצע למכירה במסגרת הליכי כינוס נכסים (בהוצאה לפועל או בבית המשפט). פשיטא כי אם צד ג' י

³⁸ סעיף 13 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".

³⁹ פשר (ת"א) 58026-07-17 **עזיבון המנוח איציק אפרים ז"ל נ' עו"ד אפרים פדר (נאמן)**, פסקאות 12-15 (פורסם בנבו, 8.8.2018); ת.פ. (י-ם) 9386/03 **קרויזר גרשון נ' בנק מרכנתיל דיסקונט בע"מ** (פורסם בנבו, 12.8.2006).

⁴⁰ בע"א 555/71 **אמסטרדמר נ' מוסקוביץ'**, פ"ד כו(1) 793 (להלן: **הלכת אמסטרדמר**) ציין השופט ח. כהן מקורות מן המשפט העברי שמהם הסיק כי זכות פירעון חוב המשכנתא עומדת לחייב עד אשר צד ג' (שאינו הנושה עצמו) רוכש קנין חוקי במקרקעין הממושכנים.

זכה בהתמחרות ואף ניתן צו סופי בדבר אישור המכר, הרי שקמה 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 ועמו חדלה זכות הפדיון שלו. ברם, יכול להתעורר קושי במקרה שבו רוכש פוטנציאלי זכה בהתמחרות, אך בטרם שהמכירה אושרה על ידי ההוצאה לפועל או בית המשפט, מבקש החייב לפדות את הנכס באמצעות מכירתו לגורם שלישי. במקרה זה, החייב טוען כי הנכס עדיין בבעלותו ומכך 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 משכונו, כן הוא רשאי למכור 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 כי אדם שלא השתתף בהתמחרות יגבר עליו רק מכיוון שהבעלים רוצה ביקרו.

בסוגיה זו דנו בתי המשפט המחוזיים וגישתם הייתה כי חייב המבקש לפדות את המשכון ע"י מכירתו לצד ג' לוקה בחוסר תום לב. הוא רשאי אמנם לפדות את המשכון מכספו שלו, או אף למשכן את הנכס לצד ג' שיסייע לו בכך, אך אם הוא מבקש למכור את הנכס לצד ג', הרי שיש בכך עקיפה של תוצאות ההתמחרות בהוצאה לפועל, והדבר לא יתאפשר⁴¹. בית המשפט סבר כי אם נאפשר לחייב למכור את הנכס בעצמו, יהא זה 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 אלה.

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 משום מימוש של זכות העומדת לו על פי דין⁴². הרי אין חולק כי לחייב יש זכות לפדות את הנכס בעצמו וביחס למקרה זה אין ציפיות לגיטימיות לרוכש כי יזכה בנכס גם אם החייב יפדה אותו. אין מניעה כי לאחר פדיון המשכנתא ימכור הבעלים את הנכס למי שירצה. כמו כן, ברור כי לחייב יש זכות ליטול משכנתא מצד ג' כדי שיהיה לו מקור מימון לפדיון המשכנתא וגם אין מניעה כי בעקבות מישכון זה יעבור הנכס לבעלותו של צד ג' הממשכן. מדוע אם כן, יש להגביל את זכות הקניין של בעל הנכס באופן שיהא אסור לו

⁴¹ לעניין זה ראו בר"ע 1118/08 שאול לוי נ' עו"ד דורון אלקיים [פורסם בנבו] (ניתן ביום 3.8.2009); בר"ע (ת"א) 1617/04 מלמד נעם נ' גיל הירשמן-כונס נכסים, [פורסם בנבו] ניתן ביום 8.6.2006; פש"ר (חי) 1008-06-14 רגב חי מיכאל נ' עדינה וויל, עו"ד [פורסם בנבו] (ניתן ביום 17.9.2015); רצ"פ (ת"א) 1382-09 אריה מקייטן נ' בנק לאומי לישראל בע"מ [פורסם בנבו] (ניתן ביום 20.7.2010); רע"א (ת"א) 10968-03-10 יהודה לנקרי נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ [פורסם בנבו] (ניתן ביום 3.10.2010); ת.א (ב"ש) 42644-06-17 עדי גולן נ' עו"ד אילן שמעוני כונס נכסים (פורסם בנבו, 3.8.2018) (להלן: עניין עדי גולן).

⁴² במקרה דנא מדובר בעמידה על זכות קניין ונראה כי תחול מקל וחומר ההלכה שנקבעה בדיני חוזים לפיה עמידה על זכות חוזית אינה עולה, כשלעצמה, כדי חוסר תום לב. ר' למשל: ע"א 158/80 שלום נ' מוטה, פ"ד לו(4) 793; ע"א 7194/13 טובית דרור חברה לנכסים בע"מ נ' ב.ס.ר. המנדסים בע"מ (פורסם בנבו, 22.7.2015).

להביא לפדיון על דרך של מכירה לצד ג'?

סוגיה זו נדונה לאחרונה בבית המשפט העליון בעניין **זליבנסקי**⁴³. השופטת ברק-ארז סברה כי יש לבחון את הסוגיה מזווית ראייה של התנגשות בין שתי התחייבויות⁴⁴, שכן מצד אחד יש התחייבות כלפי הזוכה בהתמחרות על הנכס ומצד שני יש את ההתחייבות של בעל הנכס וזכות הפדיון להעביר את הנכס לצד ג' שהוא בחר למכור לו. בית המשפט סבר כי ההתחייבות כלפי הזוכה בהתמחרות תגבר. אכן, כל עוד לא אושרה המכירה על ידי רשם הוצאה 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, שבהיותו צד לעסקה לא יוכל לטעון כי לא התקיים התנאי המתלה⁴⁵. ברם, שהדברים מעוררים קושי, שהרי חלק מהתנאי המתלה הוא כי החייב לא יממש את זכות הפדיון ואין חולק כי מימוש זכות הפדיון אינה בגדר של 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 קביעה לפיה צד ג' שרכש מבעל הנכס הוא חסר תום לב, שהרי הוא ידע על קיומה של ההתמחרות בהוצאה לפועל. ברם, שלכאורה 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 זהה, אך בהנמקה שונה. לדידה, יש להביא בחשבון את האינטרסים של המשתתפים בהליך המכר בהוצאה לפועל ואת האינטרס החברתי בשימורה ובעידודה של פעילות מכירת נכסים בהוצאה לפועל, תוך מקסום התמורה⁴⁶. הליכי מימוש המשכון נועדו לשרת הן את האינטרס של הנושים והחייב לקבל את מירב התמורה עבור הנכס והן את האינטרסים של רוכשים פוטנציאליים, המשתתפים בהליך המכר. זאת מכיוון שללא הגנה על אינטרסים של רוכשים פוטנציאליים יירתעו מציעים מלקחת חלק בהליכי מכירת נכס משועבד⁴⁷. על כן, קבעה השופטת וילנר כי משעה שהחל הליך ההתמחרות⁴⁸, לא ניתן להכיר במכירה לצד ג' במישרין על ידי בעל הנכס. אכן, ככל שמדובר בפדיון הנכס ע"י החייב עצמו, נסוגה זכותם של המשתתפים בהליך ההתמחרות מפני זכותו של החייב, שכן זכות הפדיון מבטאת את זיקתו המיוחדת לנכס ואת ההגנה על קניינו. אולם, כשמדובר במכירה ע"י החייב לצד שלישי, סברה השופטת וילנר, כי יש להעדיף את זכותו של הזוכה בהתמחרות, כדי שלא

⁴³ ע"א 7706/18 אייל זליבנסקי נ' עדי גולן (פורסם בנבו, 9.11.2020).

⁴⁴ נראה כי גם השופטת ברון בחנה את הדברים מאותה זווית ראייה של עסקאות נוגדות ועל כן פנתה לבחון את תום הלב של מי שרכש במישרין מבעל הנכס.

⁴⁵ סעיף 28(א) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973.

⁴⁶ עניין **זליבנסקי**, ה"ש 43 לעיל, בפסקה 3 לחוות דעתה של השופטת וילנר. כמו כן ר' פסק דינה של השופטת וילנר ברע"א 2822/21 **עמותת מעלות התורה נ' יוסף רייכמן**, פסקה 14 (פורסם בנבו, 26.4.2021).

⁴⁷ רע"א 4891/04 **וינקלר נ' בנק הפועלים**, פ"ד נח(6) 721 (2004); ע"א 8851/14 **יהודית כהן נ' מיכה צמיר, עו"ד - כונס נכסים** (פורסם בנבו, 5.5.2015).

⁴⁸ לפי גישה זו, בעל הנכס מפסי 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.

להרתיע קונים מלקנות נכסים בהליכי מימוש משכונות. בקביעתו שהחייב אינו יכול למכור את הנכס הממושכן עם תחילת הליכי ההתמחרות, העדיף בית המשפט אינטרסים ציבוריים של יעילות הליכי כינוס נכסים על פני זכות הקניין של החייב. אולם, בית המשפט לא החיל את אותה נורמה ביחס לפדיון הנכס על ידי החייב עצמו, שהיא מותרת בכל עת. ברם, כשם שהבעלות מתבטאת בזכות לפדות את המשכון, כך היא מתבטאת גם בזכות למכור את הנכס לצד ג'⁴⁹. 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 משכנתא 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 אינה מרתיעה מהשתתפות בהתמחרות ואילו פדיון על ידי אחר מרתיעה מהשתתפות כאמור. מה עוד, שסביר להניח כי האינטרס של מתמחרים להשיג נכס הנמכר מחמת מצוקה כלכלית של בעליו גוברת על כל הרתיעות הללו.

דעת הרוב בעניין **זליבנסקי** התייחסה כחוסר תום-לב למימוש זכות הפדיון בדרך של מכירה על ידי החייב לצד ג'. ברם, שהחלת עקרון תום הלב במקרה זה אינה מקדמת אותנו בהבחנה בין שימוש מותר בזכות הפדיון (על ידי החייב עצמו תוך מכירת הזכות לצד ג' לאחר מכון), 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 הדורשות הכרעה בין זכויות ואינטרסים שונים.

א. 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 בדינו, כשלעצמו, כדי להכריע מי מהצדדים יגבר. כמו כן, לא ברור האם במקרה של חוסר תום-לב מצד שני הצדדים תשרור הכרעה בינארית, או שמא תערך חלוקה של הנכס בין הצדדים בהתאם לשיעור חוסר תום הלב של כל אחד מהם, בדומה לקביעת בית המשפט בעניין **שמחוני**.

ב. בשלב שבו טרם הגיע מועד מימוש המשכון, נותרה השאלה מה יהא הדין ביחס לעימות בין בעל משכון לבין הממשכן במקרה שבו מבקש הממשכן להמיר את המשכון בנכס אחר שמספק בטוחה ראויה לחוב. אין ספק כי יש להחיל חובת תום-לב על בעל המשכון, אבל

⁴⁹ כך ציין למשל כב' השופט זוסמן עוד בבג"ץ 262/62 פרץ נ' כפר-שמריהו, פ"ד טו 2101, 2115: "אזרח פרטי שולט בכיפה שלו והוא בן חורין לקבוע, עם מי יתקשר בחוזה פלוני ועם מי ימאן"; וכך גם נקבע בע"א 5502/16 **לשכת עורכי הדין נ' תשומה שיקום ושיחזור חובות בע"מ** (פורסם בנבו, 31.12.2017) "חלק מזכות הבעלות היא הזכות לכלות את הנכס והזכות להעבירו לאחר ולבצע בנכס עסקאות".

- 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".
- ג. בשלב מימוש המשכון ראינו כי הוחלה חובת תום-לב של בעל משכון כלפי חייב 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 בשאלה האם תחול בישראל תורת תיעדוף הבטוחות (marshaling). בית המשפט לא הכריע בסוגיה זו, ואף העלה שאלה האם נכון יהא להחיל דוקטרינה זאת גם לגבי יחסי בעל המשכון עם נושים לא מובטחים? כמו כן נותרנו בשאלה האם על בעל המשכון להיעתר לבקשות החייב להעדיף לממש נכס שפגיעתו בחייב פחותה יותר? וכיצד יכריע בעל המשכון כאשר הוא מקבל בקשות סותרות של החייב ושל נושים אחרים של החייב?
- ד. משהוחל בהליכי מימוש המשכון ומכירתו לצד ג', נשאלה השאלה האם 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. ברם, שהעיקרון 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 בידנו דרך ברורה להכריע. נותרנו ללא כללי הכרעה ספציפיים על אף שעסקינן בסוגיות שבהן העימותים צפויים וידועים מראש. אין אלו מקרי קצה יוצאי דופן ומתבקש כי תהיינה בפנינו אמות מידה ברורות.

ג. תום-לב ככלי קיבול

לעיתים בית המשפט משתמש במונח "תום-לב" ובפועל מיישם דוקטרינה אחרת. כך למשל בעניין **גנז**⁵⁰ קבע בית המשפט כי בעת מתקל בין שני רוכשים יועדף הרוכש השני בזמן אם הרוכש הראשון יכול היה לרשום הערת אזהרה ולא עשה כן. הרוכש הראשון בזמן איבד את זכותו מכיוון שאי רישום הערת האזהרה גרם את התאונה המשפטית ועולה כדי חוסר תום-לב אובייקטיבי. נמצא כי במסגרת דיני הקניין החילה הפסיקה חובות המשליכות על יישום ומימוש הזכות הקניינית. לכאורה, זו תפיסה מעין נזיקית⁵¹ ולא אמור היה להיות לה מקום בדיני הקניין, שכן דיני הקניין ודיני החוזים מסייעים לנו להקצות זכויות, בעוד דיני נזיקין מסייעים בחלוקת

⁵⁰ ע"א 2643/97 גנז נ' **בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ**, פ"ד נז(2) 385 (2003).

⁵¹ בגישה זו נקטה השופטת פרוקצ'יה בע"א 189/00 **וינברג נ' אריאן**, פ"ד נח(4) 769, 800 עת שקבעה כי "שיקולי מדיניות משפטית-חברתית מצדיקים קיומה של חובת זהירות מושגית אשר תחייב כעניין נורמטיבי את בעל העסקה 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 רישום הערת אזהרה עשוי, בנסיבות קונקרטיות שבהן מוכחת גם הפרה של חובת זהירות קונקרטית, לעלות כדי רשלנות ולהקים עילה נזיקית לפי סעי' 35 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש].

האחריות בנוגע לזכויות אלה⁵². ברם, נראה כי ניתן יהיה להבין את פס"ד גנז, אם נעשה שימוש בעקרון ספציפי יותר מאשר תום-לב, אשר נכנה אותו בשם כ"ריבונות עם אחריות"⁵³.

העיקרון המוצע של "ריבונות עם אחריות" יוצא מנקודת הנחה כי זכות הקניין אינה מאפשרת לבעל הזכות לנהוג בשרירות ולנצל את זכותו באופן הגורם נזק לזולת בשיעור העולה באופן משמעותי על התועלת שהוא מפיק משימוש בזכותו הקניינית. זכות הקניין תידחה במקרה זה מפני זכותם של צדדי ג' שנפגעים מהשימוש בזכות או מהיעדר השימוש בזכות, גם אם אין להגדיר את בעל זכות הקניין כחסר תום-לב, במובן של מי שיש לו מניעים 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 בהתאם לפרשנותו של השופט אנגלרד לסעיף 14 לחוק המקרעין בעניין **רוקר נ' סלומון**⁵⁴. על פניו מכיל סעיף 14 לחוק המקרעין מבחן סובייקטיבי שבמסגרתו נבדקים מניעיו של בעל הזכות ואם כל תכליתו היא לפגוע בזולת, הרי שזכותו נשללת⁵⁵. אולם, בעניין **רוקר נ' סלומון** 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 לעומת הנזק שייגרם לצד ג', ניתן יהיה להפעיל את סעיף 14 "כנגד" בעל הזכות ולקבוע כי התנהגותו היא שימוש לרעה בזכות. השופט אנגלרד אימץ בעניין זה עיקרון שנמצא לו ביטוי בפסק דין קנטונאלי בשווייץ: בעל דירה בבית משותף קיבל רישיון בנייה מרשויות הציבור להקמת ביתן בגינת הבית. הוא בנה את הביתן בלי לקבל את הסכמתה של אספת הדיירים. בית המשפט קבע כי אין די ברישיון הבנייה, משום שמבחינת המשפט הפרטי, השימוש ברכוש המשותף טעון הסכמת 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

⁵² חנוך דגן ואביחי דורפמן "צדק ביחסים" 307, 308 **עיוני משפט** מא (2019). ראו והשוו: נילי כהן "שניים אוזנים: קניין, אחריות, חלוקה" 209-212 **משפט ועסקים** יח (תשע"ה); דניאל פרידמן "דין הקניין ודין האשם (בעקבות ברנט נ' ברנט)" ספר זוסמן 249-253 (אהרון ברק עורך, 1984).

⁵³ דוגמא נוספת הינה ע"א 207/79 **בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ**, פ"ד לו 533 (1982); ד"נ 22/82 **בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ**, פ"ד מג(1) 441 בו קבע השופט ברק כי גם גוף פרטי המפרסם מכרז מחויב לנהוג בשוויון, וזאת מכוח עקרון תום הלב. השופטים אלון, ש' לוי ומלץ חלקו על הדברים וסברו כי זוהי קפיצת דרך לוגית ויכול שיקיים פלוני את חיוביו בתום-לב אף כי 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 כי מי שעורך מכרז חב חובת אמון הנובעת כתוצאה 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 (בורסי, 1995).

⁵⁴ רע"א 6339/97 **רוקר נ' סלומון**, פ"ד נה(1) 199 (1999).

⁵⁵ ראו והשוו: אברהם וינרוט "שימוש לרעה בזכות במשפט העברי" ("כופין על מידת סדום"), **דיני ישראל** יח, נ"ג, שם הובהר כי הכפייה על מידת סדום במשפט העברי נועדה לשרש תופעות של שרירות לשמה, גם בתחום הקניין הפרטי.

לאן נוטה מאזן האינטרסים בין בעלי-הדין. הוא מצא כי הביתן הנדון חסם במידה ניכרת את מראה הנוף מדירתו של התובע. לעומת זאת, לנתבע לא היה עניין מהותי בקיום הביתן. זה האחרון שימש בעיקר לאחסון שקי זבל, ורק לעתים רחוקות בקיץ ישבה משפחת הנתבע על יד הביתן. יתרה מזו, לנתבע מרפסת, אשר פנתה לאותה רוח כמו הביתן, לכל אורך דירתו, וניתן היה להשתמש בה למטרה דומה, אם כי תוך השקעה קטנה. לכן, עניינו של התובע בסילוק הביתן עלה בהרבה על זה של הנתבע בקיומו. לאור 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 והוא מחייב לעשות איזון בין זכויותיו של בעל הקניין לבין הנזק שייגרם לאחרים כתוצאה משימוש בזכויות אלה.

שימוש במבחן של השופט אנגלרד בעניין **רוקר נ' סלומון** מאפשר להבין את התוצאה שהתקבלה בעניין **גנז**, שהרי בעניין זה נערך איזון בין אי רישום הערת אזהרה, אל מול הנזק שנגרם לצדדים שלישיים המסתמכים על המרשם. אכן, מי שרוכש זכות יכול לנהוג "מנהג הפקר" ולסכן את זכויותיו בכך שאינו רושם הערת אזהרה להבטחתו, אבל בכך הוא גורם תאונה משפטית במקרה של עסקה נוגדת, ולהתנהגותו אין כל הצדקה אובייקטיבית, שהרי הטרחה והעלות של רישום הערת אזהרה הם מינימאליים⁵⁶. בית המשפט כינה את הדברים כ"חוסר תום-לב" אך בפועל החיל מעין חובת זהירות על אדם שבידו זכות משפטית. למעשה, בפנינו הגדרה של הזכות המשפטית באופן שמחייב לאזן בין תועלתו של בעליה לבין הנזקים שהוא מסב לזולת.

נראה אפוא כי בתוך הפסיקה הקיימת שורר רובד תת-מודע של "ריבונות עם אחריות" המכונה בשם הכולל "חוסר תום לב". החידוש של השופט אנגלרד בעניין **רוקר נ' סלומון** בדבר איזון אובייקטיבי בין תועלתו של בעל הזכות לבין נזקי הזולת, עשוי לשמש אמת מידה כללית להגדרת מתחם הזכויות והחובות בדיני הקניין בכללותם. עקרון זה חורג מהוראותיו של סעיף 14 לחוק המקרקעין. בעוד שסעיף 14 האמור אינו חל על מיטלטלין ומתייחס רק למעשים ולא למחדלים (כגון אי רישום הערת אזהרה), הרי שהעיקרון האמור חל גם על מיטלטלין וגם על מחדלים, שכן הוא נובע מראיה כללית של דיני הקניין כמתחם שבו לא מתאפשרת שרירות לב שעה שנגרם נזק לזולת.

בהתאם לתזה המוצעת נראה כי לא נכון לעשות שימוש בשם הכולל "תום-לב", וחלף זאת יש "לקרוא לילד בשמו" כעריכת מאזן אינטרסים ספציפי בין בעל זכות לבין צד ג' הנפגע ממימוש הזכות. הנפקות היא גדולה, במקרה שבו בעל הזכות פועל באופן לגיטימי ואין להלין על פעולתו מכיוון שיש לו אינטרס שהוא מממש אותו. במקרה זה קשה לומר שהוא חסר תום-לב, אבל ניתן

⁵⁶ עניין זה הודגש ביתר שאת בע"א 7113/11 **ביאד נ' עזבון המנוח חוסני אחמד לחאם ז"ל** (27.2.2014), בו ציין השופט עמית כי "רישום הערת אזהרה הוא אקט פשוט וזול. במחיר של 159 ₪ 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".

יהיה להגביל את הזכות לנוכח הפגיעה בזולת, והחובה לאזן בין התועלת המופקת על ידי בעל הזכות לבין הנזק הנגרם לזולת. בהתאם לראיה מחודשת זו, נבקש לפתור את השאלות שהתעוררו בצמתים השונים לאורך חיי המשכון.

ד. יישום התיזה המוצעת

ד(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 בלתי מקצועי לבין בן-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 כי לא יוטל עליו נטל לצאת מגדרו ולבצע פעולות שאינן מיומן ורגיל בהן. זהו גם אינטרס ציבורי שלא לנעול דלת בפני לוויים ולא להרתיע נושה לא מקצועי ממתן הלוואות⁵⁷. מצד שני, הנזק הנגרם לבן הזוג שזכותו לא נרשמה הוא עצום, אך ניתן היה למנוע נזק זה באמצעות טרחה מינימאלית של רישום הערת אזהרה בדבר זכויותיו. אמנם לעיתים העמידה על רישום פורמאלי של זכויות עלולה לפגוע בלכידות התא המשפחתית⁵⁸, 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 כחלק מן הממסד⁵⁹ שמוטלות עליו חובות ציבוריות במסגרת הכלל של "ריבונות עם אחריות". חובות כלפי האינטרס הציבורי המוטלות על גוף ממוסד עשויות לכלול גם את השמירה על האינטרס הציבורי של לכידות התא המשפחתי. לכך 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 מידי עבורו לבדוק האם יש לבעל הנכס בת זוג שהינה שותפה לנכס. מכיוון שהמעמסה אינה כבדה, הרי שנכון יהיה להטיל אחריות זו על נושה מקצועי. 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 עבורו ואם תוטל עליו עלולה להוציא אותו ממעגל נותני האשראי, שכן הסיכון יהיה חמור מידי עבורו. על כן, האינטרס הציבורי מחייב דווקא להטיל את הנטל על בן הזוג, ובמסגרת הכלל של "ריבונות עם

⁵⁷ כך למשל סעיף 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 ופירעונה, על מי שאינו עוסק במתן הלוואות. המחוקק ביקש "שלא לנעול דלת בפני לוויים" ולאפשר זרימת אשראי שוטפת גם מנושים בלתי מקצועיים.

⁵⁸ עניין גנז, ה"ש 9 לעיל, עמ' 407.

⁵⁹ מיכל רובינשטיין ובעז אוקון, הבנק כסוכנות חברתית, ספר שמגר חלק ג' - מאמרים ספר שמגר (אהרן ברק), מישאל חשין, עדנה ארבל, נילי כהן, מנחם מאוטנר, מיכל רובינשטיין, בעז אוקון, ארנה לין, יובל שני, יגאל מרזל, טובה אולשטיין, אדם מירון ואסף פורת עורכים, 1993) 819; הבנק כסוכנות ממשלתית - על ההשלכות האזרחיות של חוק איסור הלבנת הון, רבעון לבנקאות 179 (מאי 2016), 35.

אחריות", יוטל עליו לדאוג לרישום זכויותיו ולחילופין יש לראות בו כמי שנטל סיכון לפיו אם בן הזוג שלו ירמה את הנושה ואותו וימשכן גם את חלקו שלו בנכס – הרי שהוא יאבד את חלקו כתוצאה מהעוולה שעוול בן הזוג.

יצוין כי שימוש בעקרון של "ריבונות עם אחריות" עשוי בהחלט להניח בסיס נורמטיבי הולם לתוצאת פסק הדין בעניין **שמחוני**. באותו עניין נקבע כי הבנק לא הסביר כהלכה לבת זוגו של החייב את תוכן המסמך שעליו חתמה כהסכמה לרישום משכנתא. בית המשפט חילק על כן את האחריות בין הצדדים והכיר בזכות האישה במחצית מתוך מחצית זכויותיה בבית המגורים. תמהנו על כך, שכן אנו מכירים את המונח "אשם תורם" בדיני נזיקין אך לא בהכרעות בין זכויות קנייניות האמורות להיות בינאריות. ברם, אם מאמצים תזה של "ריבונות עם אחריות", לפיה מוטלת חובה לערוך איזון בין הזכות המשפטית לנזקי הזולת. הרי שתוצאה זו היא דבר נאה ומתקבל. כך למשל, במקרה שיש חוסר תום-לב מצד שני הצדדים, לא תשרור הכרעה בינארית, ובית המשפט יתחום את זכות הקניין באופן שיביא לכך שהנזק של צד אחד לא יהיה חריף יותר מזה של משנהו. במקרה זה בפנינו כלי נורמטיבי שלפיו ניתן לערוך חלוקה של זכויות הקניין בין הצדדים בדומה לקביעה בעניין **שמחוני**⁶⁰.

ד(2) המרת משכון

התזה המוצעת עשויה להקנות כללים להכרעה גם בסוגיית המרת המשכון. הכלל הוא כאמור כי זכות הקניין אינה מתחם של שרירות בלבד, אלא היא כוללת גם נשיאה באחריות לנזקי הזולת. בהתאם לכך, נמצא כדלהלן:

- אם אין שום תועלת לבעל המשכון בסירובו להמיר את המשכון לנכס אחר, ומאידך גיסא ייגרם לממשכן נזק כתוצאה מהותרת המשכון על כנו, הרי שהדין יהא עם הממשכן. לא ניתן לפעול בשרירות ולפגוע בזולת "רק כי אני יכול". הזכות כשלעצמה אינה מאפשרת לנהוג בשרירות גם כאשר מישהו אחר סובל מנזק כתוצאה מכך.
- אם אין לממשכן תועלת משמעותית בהמרת המשכון לנכס אחר, 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", הרי שההכרעה תעשה בהתאם למבחן של נזק-תועלת, כפי שנעשתה בעניין **רוקר נ' סלומון**. כלומר, אם מצד בעל המשכון הנזק הוא שולי ואילו התועלת אצל הממשכן היא רבה, הרי שבעל המשכון יחויב לאפשר את המרתו. לעומת זאת, אם הנזק

⁶⁰ דוגמא נוספת לשימוש בעיקרון של ריבונות עם אחריות כדי להגיע לתוצאה שאינה בינרית ניתן לראות בפסה"ד שניתן בה"פ (מחוזי ירושלים) 2247/03 **אהרון רשף - בתפקידו ככונס נכסים נ' לוי יוסף** (פורסם בנבו, 16.03.2004). בעניין זה דן בית המשפט בעדיפות התחייבות לרישום משכנתא על פני עיקול מאוחר, עקב מחדל לרשום הערת אזהרה אודות ההתחייבות. בית המשפט קבע כי מכיוון שמדובר בבנק שהוא נושה מקצועי, החב חובת אמון מוגברת לציבור עקב תפקידו כ"סוכנות חברתית", הרי שתניתן עדיפות למשכנתא על פני העיקול בשיעור של 85% בלבד. לכאורה, זו מסקנה שקשה להלום אותה עם דיני הקניין, שאין בהם מקום לחלוקת אחריות נזיקית. ברם, נראה כי על פי התזה המוצעת בדבר ההכרה בקניין כמסגרת הכוללת בחובה גם אחריות כלפי הזולת, הרי שבפנינו מסגרת נורמטיבית המאפשרת חלוקה מסוג זה.

למשכן הוא משמעותי, הרי שהסירוב להמיר את המשכון מוצדק, גם אם בעל המשכון עשוי להפיק תועלת מהמרת המשכון. גם אם נגרם נזק כלכלי משמעותי הרבה יותר לממשכן, תועדף זכותו של בעל המשכון. יש להביא בחשבון את העובדה כי בעל המשכון הוא בעל זכות משפטית וממילא אם הוא נפגע באופן משמעותי זכותו מטה את כף המאזניים.

ד(3) מימוש משכון

התזה המוצעת של "ריבונות עם אחריות" אשר במסגרתה נערך איזון בין האינטרס של בעל הזכות לבין נזקי הזולת, עשויה להתוות את התיב המשפטי בסוגיות השונות שנדונו ביחס למימוש משכון. נבקש לבחון לאורו 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 בעל המשכון, הממשכן ונושים אחרים.

א. השתהות במימוש

בעל משכון המשתהה במימוש המשכון מסב נזק ברור ולעיתים גם חמור לחייב, שכן החוב תופח וצובר ריביות ואף עלול להוביל את החייב לחדלות פירעון. לעומת זאת, לבעל המשכון לא ייגרם נזק אם 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 שאינו יכול לפרוע. לכן, נראה כי במקרה זה זכות הקניין אינה כוללת גם זכות השתהות במימוש המשכון.

לעומת זאת, במקרה שהמבקשים לפעול למימוש הם נושים אחרים של החייב ואילו החייב עצמו לא מעוניין בכך, הרי שבפנינו משולש אינטרסים ועלינו לבחון את הנזק והתועלת בכל אחת מצלעות המשולש כדלהלן:

ייתכן וייגרם לממשכן נזק כתוצאה ממימוש נכס שלו, שהרי מימוש כפוי של נכס גורם נזקים לרבות צורך לשלם את שכר כונס הנכסים ובדרך-כלל התמורה המתקבלת במימוש מהיר ואף כפוי נמוכה יותר מאשר זו שתתקבל במכירה רגילה. מה עוד, שאם לחייב יש יסוד סביר להניח כי יהא בידו, בהמשך הדרך, להביא לפירעון החוב בלא להידרש למימוש נכס שבבעלותו, הרי שמימוש המשכון יגרום לו נזק בלתי הפיך בלא טעם. ודוק, הנזק הזה קיים אם לא מדובר באופטימיות גרידא, אלא במצב שבו הממשכן מציג תכנית כלכלית שיש בה היתכנות. אולם, אם "הכתובת על הקיר" וההשתהות לא מסבה לחייב תועלת אלא נזק של הצטברות ריביות ותפיחת החוב, הרי שיש להיעתר לבקשת הנושים הנוספים ולפעול למימוש המשכון. אם לממשכן אין אינטרס לגיטימי לדחות את המימוש – הרי שהנזק של הנושים האחרים גובר על התועלת של הממשכן בהשתהות. לעומת זאת, אם לממשכן יש סיכוי ריאלי לפדות את המשכון אם יינתן לו זמן לכך, הרי שגורמים לו נזק של אובדן הבעלות בנכס שלו. זהו נזק הגובר על התועלת של הנושים האחרים. מצד שני, אם ההיתכנות הכלכלית אינה כוללת פירעון החובות גם לנושים האחרים, הרי שהממשכן צפוי ממילא לאבד את הנכס, שכן לאחר הסרת המשכון ינקטו הנושים האחרים בהליכי גבייה ויפרעו מהנכס. נמצא כי הממשכן יאבד את הנכס ולנושים האחרים לא

יהיה כדי להיפרע. במקרה זה יש להעדיף את האינטרס של הנושים האחרים. נמצא אפוא כי הממשכן יוכל להביא להשתהות במימוש הנכס, בהסכמת בעל המשכון גם אם הנושים האחרים יתנגדו לכך, רק אם יש היתכנות כלכלית לפרוע את הנשייה של בעל המשכון ושל הנושים האחרים.

ב. דרכי גבייה אחרות

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

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

בהתאם לתזה המוצעת, ננסה להשיב על סדרת השאלות שנתרה ב"צריך עיון" עת שנעשה שימוש בעקרון הכללי של תום-לב.

(1) תורת תעדוף הבטוחות (marshaling) – נראה כי אם לבעל המשכון אין כל נפקות מאיזה נכס הוא ייפרע ואילו נושים אחרים עלולים להיפגע מהחלטה זו, הרי שעליו להיפרע מהנכס שיגרום לנושים אלה את הנזק הפחות ביותר. כלל זה נכון מאותו טעם גם לגבי יחסי בעל המשכון עם נושים לא מובטחים. כלומר, אם בעל המשכון אדיש לשאלה איזה נכס ימומש לטובת פירעון החוב כלפיו, אל לו לפעול באופן שישב נזק לנושים לא מובטחים. אכן, לנושים אלה אין זכות קנויה להכתיב לבעל המשכון מהיכן להיפרע וגם אין לראות בבעל המשכון כחסר תום-לב אם הוא בוחר במימוש נכס אחד על פני האחר, הרי שעליו להתחשב בנושים אלה, מכיוון שבית המשפט עורך מאזן אינטרסים בין מימוש זכות קניין לבין זכות של צד ג' הנפגע מכך.

(2) התחשבות בצרכי החייב בעת מימוש המשכון - נראה כי אם מבחינת הנושה לא נגרם נזק כתוצאה ממתן ארכה סבירה למימוש, שכן מצבת הבטחונות מאפשרת ארכה זו בלא לקחת סיכון ממשי לפירעון החוב, ומצד שני מימוש המשכון באופן מידי עלול לגרום לחייב נזק קשה, הרי שבהחלט יש מקום לחייב את בעל המשכון לגלות אחריות כלפי מצבו של החייב. כמו כן, נראה כי על בעל המשכון להיעתר לבקשת החייב להעדיף לממש נכס שפגיעתו בחייב

פחותה יותר.

(3) התחשבות בצרכי נושים אחרים או החייב על חשבון האינטרסים של בעל המשכון - אילו המבחן היה נעוץ בתורת תום הלב, הרי שאם יש נזק מסוים לבעל המשכון לא ניתן לומר עוד כי הוא חסר תום-לב כשהוא מעדיף מימוש של נכס מסוים או עיתוי מסוים מטעמי נוחות שלו. אבל, אם המבחן נובע מן התזה המוצעת, הרי שיש לבדוק מה הנזק הספציפי של החייב ומה הנזק הספציפי של הנושים הבלתי מובטחים וכן מה התועלת בכל צד, ולבצע איזון אינטרסים.

(4) שיקולים סוציאליים – התזה המוצעת אינה מתמצת בשיקולים כלכליים ומגלמת אחריות כלפי כל מי שעלול להיפגע מהפעלתה של זכות הקניין, ובכלל זה יבואו בחשבון גם שיקולים סוציאליים כפי שאירע בעניין **עברון**.

ד(4) פדיון משכון

יישום העיקרון שנקבע בעניין **רוקר נ' סלומון** ביחס לזכות לפדיון משכון מביא לקביעת קריטריון ברור להכרעה בשאלה הנורמטיבית האם זכות הפדיון של בעל הנכס כוללת אפשרות למכור את הנכס לצד ג' גם לאחר שהחלה התמחרות במסגרת הליך כינוס נכסים. במקרה זה, מונחים על כפות המאזניים: מצד אחד, זכות הקניין של בעל הנכס, ומצד שני הנזק שייגרם לזוכה או למשתתף בהתמחרות וכן אף 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 ולהחזיק בנכס בעצמו, הרי שזכותו תגבר על הנזקים למשתתפים בהתמחרות ואף על האינטרס הציבורי שנובע מפגיעה באטרקטיביות של הליכי כינוס נכסים. לעומת זאת, כאשר מדובר בפדיון המשכון כדי למכור אותו לצד ג', הרי שממילא בעל הנכס לא ימשיך להחזיק בו ואם כן אין אינטרס משמעותי לאפשר לו לפגוע בהליכי כינוס הנכסים. אכן, מכירה על ידי כונס נכסים עלולה להביא לתמורה פחותה מאשר בעת מכירה על ידי בעל הנכס עצמו, ולו מכיוון שכאשר הוא מוכר בעצמו נחסכות עלויות כונס הנכסים. אולם, אם המחיר הנגבה על ידי בעל הנכס עצמו אינו מגלם יתרון זה, 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 נכסים⁶¹.

ד. 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 עת שנעשה שימוש בעיקרון תום הלב. גם דיני המשכון, כשלעצמם, לא סיפקו מענה לשאלות אלה. נראה כי חלף שימוש בעיקרון הכולל של תום-לב, נכון יותר לעשות שימוש בכלי ממוקד יותר שנמצא בפסק דינו של השופט אנגלרד בעניין **רוקר נ' סלומון**. בפסק-דין זה נקבע כי יש לאזן בין התועלת של בעל הזכות הקניינית לבין הנזק שנגרם לזולת ממימוש הזכות. גישה זו אינה כופרת בריבונות של

⁶¹ נראה כי לכך כיוונה השופטת וילנר בעניין **זליבנסקי** (ה"ש 43 לעיל).

בעל זכות הקניין אך היא מוסיפה לה ממד של אחריות ומחייבת לבצע איזון בין שיקולי התועלת של בעל המקרקעין לבין הנזק שנגרם לגורמים אחרים. הראינו כי בתוך הפסיקה 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 בעקרון זה כדי לנסות ולפתור עימותים בעלי הזכויות השונים בעת יצירת משכון ובעת מימושו. שרטטנו "מפת דרכים" נורמטיבית והגענו למסקנות אופרטיביות בכל אחת מן השאלות המתעוררות בארבעת צמתי העימות בין חייב הממשכן נכס לבין נושה בעל משכון, ובין בעל המשכון וצדדי ג' אחרים בעלי אינטרס בנכס הממושכן. ראינו כי על אף שיש אינטרסים לגיטימיים לשני הצדדים וממילא אין להגדיר מי מהם כחסר תום-לב, הרי שהגדרת הקניין כריבונות עם אחריות, מאפשרת לשקול שיקולי נזק-תועלת ולהגיע לאיזון בין האינטרסים אשר לפיו יוכרעו עימותים אלה. איזון זה מאפשר גם להגיע להכרעות שאינן בינאריות תוך יצירת מעין "חלוקת אחריות", שעד כה הייתה מקובלת רק בדיני הנזיקין ולא בדיני הקניין.