

תוקפו של משכון לא רשום

מאת

עו"ד פרופ' אבי וינרוט • עו"ד אריק מגידיש*

זכות בעלות במקרקעין שנמכרה ולא נרשמה במרשם המקרקעין גוברת על עיקול מאוחר יותר שהוטל על זכויות המוכר. האם דין זה חל אף ביחס למשכון או משכנתה שלא נרשמו, או שמא המחדל לרשום את המשכון מביא לכך שהעיקול יגבר עליו?

שאלה זו מתייחסת למקרה שבו לא נרשמה הערת אזהרה בדבר המשכון, ובפנינו נושה המבקש לעקל את הנכס, בטענה כי היה מוטל על הממשכן לרשום את המשכון או לכל הפחות לרשום הערת אזהרה בדבר קיומו של המשכון, ובהיעדר רישום כלשהו זכותו גוברת. בית המשפט העליון נתן לאחרונה פסק דין בעניין ורדי¹ וציין כי סוגיה זו נותרה "צריכה עיון". ברם, מהו הדין לאחר העיון? נדון להלן בסוגיה זו.

א. חוק המשכון מול פסק דין אהרונוב

סעיף 91 לחוק המקרקעין מחיל על משכון של זכויות במקרקעין את הוראות חוק המשכון, התשכ"ז-1697. סעיף 4(3) לחוק המשכון קובע, כי "כלפי נושים אחרים של החייב יהיה כוחו של מישכון יפה - בנכסים נדים ובניירות ערך שלא הופקדו כאמור ובכל מקרה אחר - עם רישום המישכון בהתאם לתקנות שהותקנו לפי חוק זה...".

כלומר, כדי שמשכון יהיה תקף כלפי נושים אחרים, עליו להשתכלל קניינית באמצעות הפקדה או רישום. מסעיף זה עולה לכאורה בבירור, כי אם המשכון אינו רשום - אין לו תוקף כלפי "נושים אחרים".

מצד שני, בהלכת אהרונוב² נקבע כי בנוסף לזכויות קניין רשומות, קיימות זכויות קניין שביושר, אשר יש להן תוקף גם כלפי צדדים שלישיים, אף בלא שיירשמו. משום כך קבע בית המשפט, כי התחייבות של בעל בהסכם גירושין להעביר נכס לבעלות רעייתו, גוברת על עיקול מאוחר יותר, שהטיל בנק במסגרת תביעה כנגד הבעל. הדברים נפסקו ביחס לזכות בעלות שביושר, אולם בית המשפט ציין כי "פרופוזיציה זו אינה מוגבלת אך להקנייתה של זכות הבעלות. היא חלה על הקניה של כל זכות

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

1. ע"א 3042/19 עו"ד אביחי ורדי, נאמן לנכסי ה יצחק יפה נ' אלימלך רייכמן (29.12.2020), פסקה 19, אתר מקרקעין: www.mekarkein.co.il (להלן: "אתר מקרקעין") (להלן: "עניין זועבי").

2. ע"א 189/95 בנק אוצר החייל נ' מזל אהרונוב, פ"ד נג(4) 199 ואתר מקרקעין (להלן: "הלכת אהרונוב").

אחרת במקרקעין או במיטלטלין". מכאן עולה לכאורה, כי כשם שיש זכות בעלות שביושר, יש גם זכות משכון שביושר. הווי אומר, כי גם אם המשכון לא נרשם, הוא גובר על עיקול מאוחר לו.

נראה על פני הדברים כי הרחבת הלכת **אהרונב** גם ביחס למשכון שאינו רשום תביא לכך שסעיף 34(3) לחוק המשכון יהפוך לאות מתה³. על כן, השאלה הנשאלת היא, האם יש מקום להחיל את הלכת **אהרונב** גם על משכון או משכנתה שלא נרשמו, מכוח הרציונלים של הלכת **אהרונב**, או שמא יש לקבוע כי לאור הוראת סעיף 34(3) לחוק המשכון אין ליתן תוקף למשכון או משכנתה שאינם רשומים ביחסים מול צד ג'?

ב. פסיקת בתי המשפט

בתי המשפט המחוזיים החילו, בשורה של פסקי דין, את הלכת **אהרונב** גם על משכון שלא נרשם וקבעו, כי משכון זה יועדף על פני עיקול מאוחר שהוטל על זכויות הבעלים⁴. ניתוח מקיף של הסוגיה נערך בפסק הדין בעניין **פרץ גלוריה**. בעניין זה הבהיר בית המשפט כי הלכת **אהרונב**, אשר הכירה בקניין שביושר, חלה לא רק על התחייבות לעשות עסקת מכר במקרקעין, כי אם גם על רכישת זכויות אחרות במקרקעין, לרבות משכנתה, וזאת כחלק מהמשטר הכולל של "זכויות שביושר תוצרת הארץ".

בית המשפט ציין כי מתעורר לכאורה קושי, שכן לאחר הלכת **אהרונב** ניתן פסק הדין בעניין **גנז**⁵, בו נקבע כי מוטל על רוכש זכות במקרקעין לרשום הערת אזהרה, והימנעות מרישום תורמת ליצירת "תאונה משפטית" המובילה לעסקאות נוגדות. על כן, קבע בית המשפט בעניין **גנז** כי זכותו של רוכש שלא ביצע רישום של הערת אזהרה תיסוג מפני זכותו של רוכש מאוחר יותר. בהתאם להלכת **גנז** התוצאה צריכה לכאורה להיות, כי אם המלווה לא רשם משכנתה על הנכס, או לכל הפחות הערת אזהרה בדבר רישום משכנתה, הרי שזכותו תיסוג בעימות מול צד ג'. אולם, בית המשפט קבע בפסק הדין בעניין **פרץ גלוריה**, כי אין להסיק מסקנה זו ביחס לתחרות של משכון עם עיקול, וזאת לאור פסק הדין בעניין **גדי אברהם**⁶, שניתן לאחר הלכת **גנז**. בעניין זה נקבע, כי עיקול נדחה מפני זכות שאינה רשומה וזאת בהתבסס על

-
3. מיגל דויטש "נפילתה (?) ועלייתה של הזכות שביושר במשפט הישראלי - המשפט בעקבות המציאות", **עיוני משפט** כד (תש"ס-תשס"א) 313, 367.
 4. ראו למשל: ע"א (מחוזי תל אביב-יפו) 2188/03 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' פרץ גלוריה ואח'** (20.6.05), אתר מקרקעין (להלן: "עניין **פרץ גלוריה**"); הי"פ (מחוזי ירושלים) 2247/03 **אהרון רשף עו"ד - בתפקידו ככונס נכסים ואח' נ' לוי יוסף ואח'** (16.3.04), אתר מקרקעין; הי"פ (מחוזי ירושלים) 4225/05 **שמואל אמזלג נ' עו"ד אסף ניב - כונס נכסים ואח' (1.5.07)**, אתר מקרקעין; רע"צ (חי') 37060-03-10 **הפניקס חברה לביטוח בע"מ נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ** (25.10.11), אתר מקרקעין; פשי"ר (מחוזי ים-5) 5250/08 **שמואל פרנקל נ' עו"ד גונן קסטנבאום, בתפקידו כנאמן** (3.4.11), אתר מקרקעין; הי"פ (מחוזי ת"א) 7272-03-12 **שלמה נרקיס נ' בנק מזרחי טפחות בע"מ ואח'** (5.8.13), אתר מקרקעין; זו גם דעתו של מיגל דויטש, הי"ש 3 לעיל בעמ' 367.
 5. ע"א 97/2643 **גנז שלמה נ' בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ ואח'**, פ"ד נו(2) 385 (2003) ואתר מקרקעין.
 6. ע"א 790/97 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' אברהם גדי**, פ"ד נט(3) 697 (2004) ואתר מקרקעין.

מאפייני מוסד העיקול, שהינו מכשיר דיוני שאינו מקנה זכות מהותית בנכס מסוים. כמו כן, התבססה קביעה זו על העובדה, כי מי שמטיל עיקול לא הסתמך מלכתחילה על הנכס המעוקל בעת שנוצר כלפיו החוב נשוא העיקול. על כן, בהתאם לאותו היגיון נקבע, כי יש להעדיף את בעל המשכון הבלתי רשום שנתן אשראי בהסתמך על המשכון כבטוחה לפירעון האשראי.

בעניין **פּרָץ גלוריה** הוסיף בית המשפט והבהיר, כי גם אם נצא מנקודת הנחה, כפי שציין פרופ' מיגל דויטש, שהלכת **אהרונוב** הופכת את הסיפא של הוראת סעיף 34(3) לחוק המשכון לאות מתה, אין בכך כדי לגרוע מכוחה של הלכה זו. בית המשפט ציין לשם ההשוואה, כי כפועל יוצא של הלכת **אהרונוב**, התייתרה הוראת סעיף 127(ב) לחוק המקרקעין הקובעת כי עסקה שנרשמה לגביה הערת אזהרה גוברת על עיקול, ולא היה בכך כדי למנוע את החלתה של הלכת **אהרונוב**.

ברם, בבית המשפט העליון לא הוכרעה הסוגיה והושארה ב"צריך עיון". בפסק הדין שניתן על ידי המשנה לנשיאה, השופט מלצר, בעניין **דיבון**⁷, דן בית המשפט בשאלה האם יש להעניק מעמד של נושה מובטח לבעל התחייבות לרישום משכנתה שלא נרשמה לגביה הערת אזהרה? כלומר, השאלה הייתה - האם יש לתת עדיפות למשכון בלתי רשום בהליך קולקטיבי של חדלות פירעון. בית המשפט ציין כי מחד גיסא, לפני הלכת **אהרונוב** ההלכה הפסוקה הייתה כי "אין בכוחה של התחייבות לרישום משכנתה, כשלעצמה, כדי להפוך את המלווה ל"נושה מובטח" של הלווה (בבחינת מי שהוא בעל "משכנתה שביושר")", ולהבטיח בכך את סילוקו של החוב למלווה, בעת חדלות פירעון של הלווה"⁸. ברם, בית המשפט ציין כי ספק הוא אם אין לשנות הלכה זו בעקבות הלכת **אהרונוב** והעניין הושאר ב"צריך עיון"⁹. בפסק דין **ורדי**¹⁰, שניתן לפני ימים אחדים שב בית המשפט (השופט מינץ) וציין את הנושא כסוגיה בלתי מוכרעת.

ג. הקושי המתעורר בהחלת הלכת אהרונוב על משכון לא רשום

הלכת **אהרונוב** מהווה חידוש פסיקתי נועז, שכן חוק המקרקעין קבע בסעיף 161 כי אין עוד זכויות שביושר והגיונו של החוק הוא, כי זכויות קניין החלות כלפי כולי עלמא מותנות ברישום פומבי. על אף זאת, בית המשפט יצר בעניין **אהרונוב** מעין

7. ע"א 2627/11 עו"ד א. דיבון חברה לנאמנות בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל ואח' (פורסם בנבו, 3.7.18), פסקה 36. מקרקעין
8. ע"א 654/82 סוכנות מכוניות לים התיכון נ' עו"ד ח דוד חיותה, נאמן בפשיטת רגל, ה"ה אדמונד ושנמית יוריסט בע"מ, פ"ד לט(3) 803 (1985) ואתר מקרקעין; ע"א 8011/07 עזבון המנוחה דיפני רומיה ז"ל ואח' נ' בנק מזרחי טפחות בע"מ ואח', פסקה כ"ח (פורסם בנבו, 19.9.12) ואתר מקרקעין; נינה זלצמן ועופר גרוסקופף, "משכון זכותו החוזית של רוכש מקרקעין", ספר ויסמן - מחקרי משפט לכבודו של יהושע ויסמן 133, 165 (שי' לרנר, ד' לוינסון-זמיר - עורכים, תשס"ב).
9. הדבר לא הוכרע בפסיקת בית המשפט העליון גם בפסיקה מוקדמת יותר. ראו: ע"א 5649/08 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' עו"ד ירון רבינוביץ מפרק חברת א.ג.י. בניה ופיתוח בע"מ ואח' (22.9.11), פסקה 15, אתר מקרקעין.
10. הי"ש 1 לעיל.

זכות שביושר פרי המשפט הישראלי. פרופ' מיגל דויטש גרס כי פסק הדין משקף מהלך מרחיק לכת ביחסי חקיקה-שפיטה, שכן קשה למצוא נקודת אחיזה פרשנית מספקת ב"כלים שמרניים" לתוצאתו.¹¹

מתיחת תוצאת פסק הדין, כך שתחול לא רק על בעלות אלא גם על משכון, היא התנגשות עוצמתית עוד יותר של הפסיקה בהוראות החקיקה. זאת מכיוון שכאמור קביעה שכזו סותרת לכאורה להוראת חקיקה נוספת של סעיף 4(3) לחוק המשכון.

לאחרונה קיימת מגמה חדשה בפסיקה, לפרש דברי חקיקה בהתאם לכוונתו המקורית של המחוקק כפי שהובעה בתהליך החקיקה.¹² עיון בדברי ההסבר לחוק המשכון מלמד, כי כוונת המחוקק בחקיקת סעיף 4(3) הייתה, ליצור מרשם קונקלוסיבי לגבי משכונות, ובסיפא של דברי ההסבר צוין במפורש כי במקרה ש"לא נרשם המישכון ברישום כאמור, לא יהיה לו תוקף נגד נושים אחרים של הממשכן".¹³

יתירה מכך, אילו הייתה הלכת אהרונוב דבר חקיקה, הרי שהיא הייתה נסוגה מפני הוראת סעיף 4(3) לחוק המשכון שהיא בגדר הוראת חוק ספציפית.¹⁴ קל וחומר אפוא שעה שעסקינן בפסיקה ולא בדבר חקיקה, שהרי הפסיקה קבעה עיקרון כללי של "זכות שביושר", אך אין בפנינו קביעה המתייחסת למשכון ואילו הוראת סעיף 4(3) לחוק המשכון - היא הוראה ספציפית.

יש גם היגיון רב בקביעה לפיה משכון שאינו רשום לא יגבר על זכויות של נושים אחרים, כפי שציין פרופ' דויטש:

"רכישת משכון נבדלת מרכישת בעלות בכך שכל תכליתה של העסקה הוא רכישת הגנה כלפי צדדים שלישיים, ואם אלה הם פני הדברים, ראוי להטיל על רוכש המשכון נטל גבוה יותר בסוגיית הפומביות מאשר הנטל המוטל על רוכש של זכות אחרת בנכס, שתכלית רכישתו אינה רק הדיפה של צדדים שלישיים".¹⁵

על אף זאת נראה להלן כי התוצאה שאליה הגיעו בתי המשפט המחוזיים נכונה, אלא שיש לסייגה כך שתחול אך ורק ביחס למקרה של סתירה בין משכון בלתי רשום לבין עיקול ואף זאת תוך סיוג ההטעמה שהובאה בפסיקה. מצד שני, נראה כי יש להגיע

-
11. שם, בעמ' 329
 12. ראו רפי רוזניק "תחילתה של ירידת הפרשנות התכליתית ועליית המְקוֹרְנוּת - לקראת ויכוח פרשני במשפט הישראלי:", משפטים על אתר יב (תשע"ח) 67, העומד על גישה פרשנית חדשה בבית המשפט העליון לפיה, יש לפרש חוק בהתאם למקורותיו החקיקתיים, כגון דברי ההסבר בהצעת החוק. הי"ח תשכ"ה מס' 669, עמ' 364.
 13. ראו למשל: ע"א 455/89 קולומבו מאכל ומשקה בע"מ נ' בנק למסחר בע"מ ואח', פ"ד מה(5) 490, 497; 1991; ע"פ 4391/03 יוסף אבו ריא ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד ס(3) 520; ע"א 2070/06 תשתית ציוד ובינוי בע"מ ואח' נ' עו"ד יעקב גרינוולד - כונס נכסים ואח', פסקה 31 (פורסם בנבו, 9.9.08).
 15. דויטש, הי"ש 3, בעמ' 367.

לתוצאה שונה במקרה של עימות עם נושים מובטחים. ננסה לנתח את הדברים ולהביא אותם לידי הכרעה, כך שהשאלה שהושארה בפסיקת בית המשפט העליון ב"צריך עיון" תקבל מענה לאחר העיון.

ד. פרשנות סעיף 34(3) לחוק המשכון

מבחינה מהותית, נכון להגיע למסקנה לפיה בהיעדר הסתמכות של התובע על הנכס, אשר לגביו קיים משכון בלתי רשום, תינתן עדיפות למשכון על פני עיקול. זאת מן הטעם הפרוזאי, שהביאה השופטת טובה שטרסברג-כהן בעניין **אהרונוב**, כי כאשר בא המעקל ומטיל עיקול על המקרקעין, אין הוא יכול "לתפוס" יותר ממה שיש לחייב בנכס.

זכותו הרשומה של החייב בנכס כפופה להתחייבות שקיבל על עצמו המוכר כלפי הרוכש. על אף שזכות זו לא נרשמה, ברור כי היא קיימת ולא ניתן להתעלם ממנה. אין בכוחו של עיקול למרק את זכויותיו של החייב בנכס המעוקל, ואם קודם לעיקול נעשתה עסקה תקפה בנכס, הרי שהעיקול אינו יכול לבטל את תוצאותיה של העסקה. הקושי שהעלינו נבע מפרשנות של סעיף 34(3) לחוק המשכון העומד לכאורה בסתירה למסקנה זו. ברם, להלן נראה כי ניתוח של הוראת סעיף זה מביא למסקנה כי אין סתירה בין הדברים.

הרציונל העומד בבסיסו של סעיף 34(3) לחוק המשכון מובהר בדברי ההסבר¹⁶, כי כשם שנוהג מרשם לגבי בעלות במקרקעין, ומחמתו הזכויות הקנייניות החלות כלפי כולי עלמא הן פומביות, כך יתקיים מרשם פומבי, שבו יירשמו משכונות של נכסים. המטרה הייתה להביא לכך, שנושים המבקשים לתת אשראי לחייב, ידעו אודות שעבודים קודמים של נכסיו. בדרך זו, יתאפשר מתן אשראי ושעבוד נכסים באופן המאפשר לוודא כי הנכסים המשועבדים נקיים משעבוד קודם. בהתאם להיגיון זה נמצא, כי המטרה של המרשם היא להבטיח זכויותיו של נושה אשר הסתמך על עליו. מתכלית חקיקתית זו עולה אפוא, כי כאשר משתמע מסעיף 34(3) לחוק המשכון כי אם לא נרשם המשכון לא יהיה לו תוקף נגד נושים אחרים של הממשכן, הדברים מתייחסים לנושים שהסתמכו על המרשם.

הפועל היוצא מרציונל זה הוא, כי במקרה של עיקול, שבו עסקינן בתובע שלא קיבל את הנכס המעוקל כבטוחה ולא הסתמך עליו במהלך עסקיו עם הנתבע, אין מקום להחלת סעיף 34(3) לחוק המשכון. ואכן, מכוח טעם זה ציין בית המשפט בעניין **גדי אברהם**¹⁷, כי לא תחול ביחס לעיקול הלכת **גנז** לפיה, מי שלא רשם הערת אזהרה אינו גובר על בעל זכות אובליגטורית מאוחרת. בית המשפט הבהיר, כי אי רישום הערת

16. הי"ש 12 לעיל.

17. בעניין **גדי אברהם**, הי"ש 6 לעיל, בית המשפט הדגיש כי הרציונל המונח בבסיסה של הלכת **אהרונוב** הוא שהמעקל לא הסתמך על מרשם המקרקעין לשם עשיית העסקה שיצרה את החיוב כלפיו, ושהעיקול הוא זכות חלשה במדרג הזכויות - מכשיר למימוש הזכות המהותית, לא ליצירתה. ראו גם: מיגל דויטש "נטל הרישום של הערת אזהרה במקרקעין - הלכת גנז והשלכותיה", **הפרקליט** מז 181, 205 (2003).

אזהרה לא גרם ל"תאונה משפטית" מול מעקל, שמלכתחילה לא הסתמך על הנכס המעוקל כבטוחה להתקשרותו העסקית. דברים אלו נכונים כהווייתם גם ביחסים שבין נושה בלתי רשום לבין מעקל, שהרי גם בעימות זה ניתן לומר כי המעקל לא הסתמך דווקא על הנכס המעוקל ולא רכש ציפיות לגביו.

מסקנה זו עולה לא רק מתכלית החקיקה אלא גם מלשונו של סעיף 34(3) לחוק המשכון, שכן הסיפא של סעיף 34(3) מתייחסת ל"נושה" ואילו מי שהגיש תביעה והטיל עיקול עדיין איננו בגדר של נושה. מטיל העיקול הוא בסך הכול תובע הטוען לקיומו של חוב ומציג ראיה לכאורה לדבריו, וזאת עוד בטרם הוכרע ההליך לגופו¹⁸. אין אפוא מקום להסיק מסעיף 34(3) כי זכותו של מעקל, שאינו נושה, תגבר על משכון שלא נרשם.

נראה על כן, כי המשכון הבלתי רשום יגבר על זכויות נושה בלתי מובטח, שלא הסתמך עליו, אך לא יגבר על זכויות נושה מובטח, שהסתמך עליו. בהתאם להבחנה זו נמצא, כי גם לא נכון לומר שהחלת הלכת **אהרונוב** על משכון בלתי רשום גורמת לכך שהסיפא של סעיף 34(3) לחוק המשכון הופכת ל"אות מתה", שהרי יש לה תחולה ביחס לנושים מובטחים. אלו יגברו על בעל משכון בלתי רשום, גם אם המשכון הבלתי רשום קדם בזמן¹⁹. לעומת זאת, הלכת **אהרונוב** תיתן תוקף למשכון בלתי רשום, כך שיגבר על עיקול ואף על משכון בלתי רשום אחר שהיה מאוחר לו.

ה. מסקנת הדברים

העולה מן האמור הוא אפוא, כי פרשנות תכליתית, כמו גם לשון המחוקק, מובילות במקרה דנא לאותה תוצאה, לפיה יש להחיל את הלכת **אהרונוב** גם על משכון לא רשום. מכוח מסקנה זו יש עדיפות למשכון בלתי רשום על פני עיקול ועל פני נושים לא מובטחים בעסקאות שעבוד המאוחרות ליצירת המשכון הבלתי רשום. לעומת זאת, הוראת הסיפא של סעיף 34(3) לחוק המשכון תחול ביחס לנושים מובטחים, אשר הסתמכו בנשייתם על הנכס הממושכן. אלו יגברו על משכון בלתי רשום. בכך נפתר גם הקושי שהתעורר בפסיקת בתי המשפט המחוזיים, שכן סעיף 34(3) לחוק המשכון אינו אות מתה ויש לו תחולה ביחס לנושים מובטחים.

המסקנות הנראות לנו נכונות הן אפוא כדלהלן:

- א. משכון לא רשום גובר על זכויות נושה רגיל שאינו מובטח ועל עיקול;
- ב. משכון לא רשום אינו גובר על זכויות של נושה מובטח שהסתמך על הנכס הממושכן לשם הבטחת חובו.

18. ראו תקנה 362(א) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 וכן תקנה 95(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ח-2018.

19. הוראה זו נחוצה, שכן סעיף 34(3) לחוק המשכון חל גם על מיטלטלין ולא רק על מקרקעין שבהם קובע ממילא סעיף 9 לחוק המקרקעין, כי מי שנרשם בתום-לב ובתמורה עדיף על עסקה קודמת שלא נרשמה.