

הערת אזהרה שלילית כמעין עיכבון

מאת

פרופ' אבי וינרוט, עו"ד

כוחו וחשיבותו של עיכבון במקרקעין

בשנת 1973 הוגשה לכנסת הצעת חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), התשל"ג-1973. בדברי המבוא להצעת חוק זו הובהרה תכליתו כדלהלן:

"לעתים נאלצים הדיירים לרכוש את דירותיהם עוד לפני הקמת הבניין שבו נמצאת הדירה. לפי חוזה הרכישה משלם הדייר אחוז מסוים ממחיר הדירה עם חתימת החוזה, והשאר בתשלומים קצובים לפי התקדמות בניית הבניין. במצב החוקי הקיים, אין הדייר רוכש כל זכות חפצית בדירה עד לרישומה על שמו במשרד ספרי האחוזה. במקרה של פשיטת רגל של הקבלן-הבונה לפני רישום הדירה, כאמור, אין זכותו של הדייר עדיפה על זכויותיהם של נושים אחרים של הקבלן, שהם בדרך כלל סוחרים, ספקים ומוסדות בנקאיים. התוצאה היא שהדייר משקיע סכומים ניכרים ביותר, לרוב מיטב כספו וסכומי הלוואות שהשיג ממקורות שונים, תמורת חיוב 'על הנייר' בלבד, שאין בו כל ערובה להשקעתו במקרה שהקבלן יפשוט את הרגל. זאת ועוד, במקרים רבים נקבע בחוזה הרכישה שעל הדייר לשלם את יתרת המחיר בעת מסירת החזקה בדירה לידיו, ואילו רישום הדירה על שמו נדחה לזמן מאוחר יותר, אחרי רישום הבניין כבית משותף. בנסיבות אלה צפוי הדייר - אם יפשוט הקבלן את הרגל - גם לפינויו מהדירה לאחר שנטל בה את החזקה."

על אף האמור בדברי ההסבר נראה כי הסיכון שדייר יפונה מהדירה שרכש לאחר שנמסרה לו החזקה בה ונרשמה הערת אזהרה לטובתו, אינו קיים, שכן רוכש הדירה יכול לטעון לזכות קניינית מכוח עיכבון, בהתאם להוראת סעיף 19 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 הקובע כי: "קיבל הנפגע עקב החוזה נכס של המפר שעליו להחזירו, תהא לנפגע זכות עיכבון באותו נכס כדי תשלום הסכומים המגיעים לו מן המפר עקב הפרה". כמו כן, קם עיכבון במקרה זה לנוכח הוראת סעיף 31(א) לחוק המכר, התשכ"ח-1968 הקובע כי "למוכר תהא זכות עכבון על הממכר כדי תשלום הסכומים המגיעים לו מן הקונה עקב עסקת המכר; וכן תהא זכות עכבון לקונה כדי תשלום הסכומים המגיעים לו מן המוכר, אם קיבל את הממכר ועליו להחזירו למוכר"¹.

1. עיכבון מוגדר בסעיף 11(א) לחוק המיטלטלין, התשל"א-1971 (להלן: "חוק המיטלטלין") כ"זכות על פי דין לעכב מיטלטלין כערובה לחיוב עד שישולק החוב". ברע"א 8702/19 אחמד זועבי ואח' נ' זהר אנגדלר חברה לנאמנויות בע"מ ואח' (13.2.2020) פסקה 16, אתר מקרקעין: www.mekarkein.co.il (להלן: "אתר מקרקעין") הובהר, כי חוק המיטלטלין לא יוצר זכות עיכבון, אלא מסדיר באופן כללי את הדין החל, לאחר שקמה הזכות מכוח מערכת נורמטיבית אחרת (וראו: ע"א 790/85 רשות שדות התעופה בישראל

עת שהחברה הקבלנית נקלעת לפירוק הכלל הוא, כי בעל עיכבון הוא בגדר "נושה מובטח". זאת, לאור סעיף 253 לחוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, תשע"ח-2018, הקובע כי: **"נושה שיש לו זכות עכבון לגבי נכס מנכסי קופת הנשיה... יראו אותו ממועד הצו לפתיחת הליכים כמי שהנכס משועבד לטובתו"**². ההלכה הפסוקה שנקבעה בעניין רשות שדות התעופה לעניין סדר העדיפות שזכות העיכבון בנשיה, קובעת כי זכות העיכבון אף קודמת לשעבוד רשום³.

אולם, לעיתים אין בידי הרוכש חזקה במקרקעין והוא נסמך רק על הערת האזהרה שנרשמה לטובתו. הסיכון האמור של רוכש הדירה אינו מתקיים גם אם הרוכש טרם קיבל חזקה בדירה, אך נרשמה לטובתו הערת אזהרה, שהרי הלכה פסוקה היא כי הערת אזהרה יוצרת זכות של "נושה מובטח"⁴. זאת ועוד, סעיף 127(ב) לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 קובע כי:

"נרשמה הערת אזהרה ולאחר מכן הוטל עיקול על המקרקעין או על הזכות במקרקעין נשוא ההערה, או שניתן צו לקבלת נכסים בפשיטת רגל או צו פירוק נגד בעל המקרקעין או בעל הזכות במקרקעין, או שנתמנה כונס נכסים על רכוש, הרי כל עוד לא נמחקה ההערה, לא יהיה בכל אלה כדי לפגוע בזכויות הזכאי הנובעות מההתחייבות נשוא ההערה, ובלבד שטענה לביטול העסקה מחמת פשיטת הרגל או הפירוק שהיתה עומדת אילו בוצעה העסקה במועדה, תעמוד גם נגד ההתחייבות האמורה."

בדרך כלל הערת האזהרה היא חיובית, כלומר הערה המלמדת כי נעשתה עסקה במקרקעין. אולם, לעיתים הערת האזהרה היא שלילית ומלמדת כי המוכר התחייב להימנע מלעשות

נ' דר' י' גרוס, עו"ד כונס נכסים ואח', פ"ד מד(3) 185 (1990) (להלן: "עניין רשות שדות התעופה"), זכות העיכבון יכולה להיווצר מכוח הדין, כדוגמת סעיף 5 לחוק חוזה קבלנות, התשל"ד-1974; סעיף 8(ג) לחוק הנאמנות, התשל"ט-1979; סעיף 12 לחוק השליחות, התשכ"ה-1965; סעיף 88 לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961. זכות העיכבון יכולה להיווצר גם מכוח הסכם בין הצדדים (ראו: נינה זלצמן **עיכבון** 60-65 (1999)), והיא יכולה לחול גם במקרקעין לפי סעיף 11(ה) לחוק המיטלטלין, כל אימת שיש בידי בעל הזכות שליטה פיזית בנכס (ע"א 79/89 **סולל בונה בע"מ נ' אחים גולדשטיין חברה לשיכון ופיתוח בע"מ** (בפירוק), פ"ד מו(3) 58, 65 (1992)).

2. כמו כן, סעיף 353 לפקודת החברות מחיל את דיני פשיטת הרגל על פירוק, ובכללם סעיף 1 לפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], התש"ס-1980, המגדיר "נושה מובטח" ככולל את "מי שבידו שעבוד או עיכבון על נכסי החייב או על חלק מהם, בחזקת ערובה לחוב המגיע לו מהחייב". כמו כן, מכוח סעיף 353 לפקודת החברות חל ביחס לפירוק סעיף 20(ב) לפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], הקובע כי צו כינוס אינו גורע מכוחו "של נושה מובטח לממש את ערובתו או לעשות בה בדרך אחרת". ההלכה הפסוקה שנקבעה בעניין **רשות שדות התעופה** קובעת, כי זכות העיכבון אף קודמת לשעבוד רשום.

3. לעניין זה ראו זלצמן **עיכבון** (הוצאת הפקולטה למשפטים של אוניברסיטת ת"א, 1998), בעמ' 199-208.

4. ע"א 3042/19 **עו"ד אביחי ורדי, נאמן לנכסי החייב יצחק יפה נ' אלימלך רייכמן ואח'** (29.12.2020), אתר מקרקעין (להלן: "עניין ורדי"); ע"א 261/88 **בנק המזרחי המאוחד ואח' נ' רוזובסקי ואח'**, פ"ד מח(2) 102 (1994) ואתר מקרקעין (להלן: "עניין רוזובסקי"); ע"א 2659/96 **הנרי רוזן נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ מקרקעין**, פ"ד נה(2) 529, 537 (2001); פ"ק (מחוזי י-ם) 26400-08-13 **עו"ד יאיר גרין, שאול ברגזון, כונסי הנכסים ואח' נ' אפריקה ישראל מגורים בע"מ ואח'** (21.5.2014), אתר מקרקעין; פש"ר (מחוזי מרכז-לוד) 17018-01-12 **עמר אליהו נ' כונס נכסים רשמי תל אביב ואח'** (30.8.2013), אתר מקרקעין; פש"ר (מחוזי מרכז-לוד) 32430-05-16 **משה שרבני נ' דוק השקעות 1988 בע"מ ואח'** (5.4.2020), אתר מקרקעין וראו גם: שלמה לוין ואשר גרוניס **פשיטת רגל**, 263-262 (מהדורה שלישית, 2010).

עסקה במקרקעין ללא הסכמת בעל ההערה⁵. בהקשר זה נבקש לדון בשאלה, האם גם במקרה של הערת אזהרה שלילית יש בידי בעל ההערה בטוחה מסוג של עיכבון?

הערת אזהרה שלילית

בית המשפט העליון קבע בפסק הדין בעניין **ורדי**, כי סעיף 127(ב) לחוק המקרקעין אינו מבחין בין הערת אזהרה "שלילית" ובין הערת אזהרה "חיובית". מכאן כי גם לבעל הערת אזהרה שלילית יש מעמד של נושה מובטח. ברם, שהבטחה מבטיחה לעולם רק את מה שנקבע במסגרתה. סעיף 127 לחוק המקרקעין קובע, כי "**כל עוד לא נמחקת ההערה, לא יהיה בכל אלה כדי לפגוע בזכויות הזכאי הנובעות מההתחייבות נשוא ההערה**", ובהערה עצמה לא נכללה זכות למימוש הנכס או לתפיסת חזקה בו. כל מה שיש בהערת אזהרה שלילית היא התחייבות שלא לרשום כל טרנסקציה סותרת בנכס, אך אין בה זכות חיובית לקבל את הנכס עצמו או לכפות מימוש של הנכס. על כן, העובדה שהערת האזהרה מגדירה את בעל ההערה כנושה מובטח אינה מזכה אותו בזכות לכפות את מימוש הנכס ואין בה כדי להבטיח כי הנאמן בהליך חדלות הפירעון ייתן לרוכש הדירה את החזקה בדירה. ייתכן כי הנאמן אף יכול לטעון כי אין מניעה כי הוא יפיק מהדירה פירות לטובת קופת הנושים, למשל על ידי כך שישכיר את הדירה, השכרה עד 10 שנים שאינה טרנסקציה המתבטאת ברישום וממילא אינה סותרת להערת האזהרה השלילית⁶.

השופט מינץ קבע על כן בעניין **ורדי** כי "יש רגליים מוצקות לסברה כי בידי בעל הערת האזהרה השלילית יש גם מעין 'עיכבון' על המקרקעין"⁷. יש אפוא לבחון האם המונח של "מעין עיכבון" יסייע בידי רוכש הדירה במעמדו מול הנאמן כדי לקבל את הדירה שרכש?

עיכבון כזכות קניינית המקנה זכויות של נושה מובטח

כללי החלוקה של מסת הנכסים בדיני פשיטת רגל מושתתים על שני עקרונות השלובים זה בזה: עקרון השוויון ועקרון העדיפות המוחלטת.

עמדה על כך ד"ר אירית חביב-סגל במאמרה "דיני השעבודים במימון הפירמה"⁸:

"אירוע פשיטת הרגל מפסיק בשלב מסוים את הליכי האכיפה של כל נושה בנפרד ומכניס את כולם תחת כיפה אחת של הליכי פשיטת הרגל או הפירוק. במסגרת

5. בדרך כלל רוכש של דירה רושם הערת אזהרה חיובית. אולם, יש והנסיבות מביאות לרישום הערת אזהרה שלילית. כמו כן, אם מדובר בהלוואה המובטחת באמצעות הדירה האמורה ועדיין לא נרשמה משכנתה, עסקינן בהערת אזהרה שלילית כפי שאירע בעניין **ורדי**.

6. סעיף 79(א) לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 וסעיף 152 לחוק הגנת הדייר [נוסח משולב], תשל"ב-1972. לניתוח הדברים, ראו אבי וינרוט **דיני קניין - פרקי יסוד**, עמ' 87-90 (מהדורה שנייה 2020).

7. ראו עניין **רוזבסקי**, 124; נינה זלצמן ועופר גרוסקופף "הסוואת משכון" - הצעה לעיון חוזר בהלכת קולומבו", **עיוני משפט** כו(1) 79, 85 (2002).

8. אירית חביב סגל "דיני שיעבודים במימון הפירמה", **עיוני משפט** טו 83, 84 (1990).

הליכים אלה, אוספים את כל נכסי החייב/החברה באותה עת, ומחלקים אותם בין הנושים באופן פרופורציוני. מאידך גיסא, מגבילים הדינים את עקרון השוויון על ידי חלוקת הנושים לקבוצות. כלל השוויון חל בתוך כל קבוצה, אלא שבין הקבוצות שולט כלל העדיפות המוחלטת, וכל קבוצה מועדפת זכאית להיפרע את מלוא חובותיה לפני כל קבוצה נדחית."

הגדרת בעל זכות העיכבון כנושה מובטח פוגעת כמובן בעקרון השוויון, שהרי היא מעניקה לו עדיפות על נושים אחרים. לפי הקנייני של העיכבון יש אפוא השלכות החורגות ממישור היחסים שבין הנושה לחייב, שכן הוא משליך על יכולת הנשייה של צדדים שלישיים - רוכשי זכויות בנכס המעוכב או נושים אחרים של החייב שהיקף הנכסים העומד לרשותם קטן⁹. ההנחה היא כי נושים לא יסתמכו (לא במובן המשפטי ולא במובן המעשי) - על בעלות של החייב בנכס נד, אלא אם הנכס בהחזקתו. אולם, האם ההחזקה בנכס מצדיקה כשלעצמה סטייה מעקרון השוויון בהליכי פירוק? דהיינו, האם יש לייחס נפקות קניינית אחידה לכל הוראות החוק המצמיחות את העיכבון?

בעניין **סדיטק**¹⁰, חידשה על כן השופטת אלשיך כי יש להבחין בין "עיכבון כללי", שאינו טומן בחובו קשר מיוחד בין החייב לנכס, לבין "עיכבון מיוחד" - המעניק זכות קניין עדיפה לנושה מכיוון שהוא זה שהשביח את הנכס. עיכבון מיוחד אינו פוגע בעקרון השוויון, שהרי אלמלא הנושה בעל זכות העיכבון המיוחד והשבחת הנכס על ידו - ממילא לא היה הנכס מושבח (כלומר, הנושים האחרים ממילא לא היו נהנים מהשבחתו כך או כך). בהתאם לכך, נקבע כי מקום שבו החזקת הנושה בנכס אינה כרוכה בהשבחתו, בפנינו "עיכבון כללי" שאינו מעניק לבעליו מעמד של נושה מובטח ואין בו כדי להעדיף את מעמדו על פני נושים אחרים¹¹. רק עיכבון מיוחד, הנובע מכך שבעל העיכבון השביח את הנכס, יעניק למחזיק מעמד של "נושה מובטח"¹².

בעניין **אמיר נ' קרגו**¹³, עיגנה השופטת אלשיך את עמדתה התומכת בצמצום הזכות לעיכבון ובהתנייתה בהשבחת הנכס בשני שיקולים עיקריים:

"א. הכרה במעמד בטוחתי של זכות עיכבון לפי סעיף 19 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) תיצור פגיעה חריפה בעקרון השוויון; מן המפורסמות הוא כי נשיית חלק ניכר מנושי חייב פושט רגל או חברה בפירוק נוצרה, כולה או מקצתה, בשל הפרת חוזים מסוגים שונים עליהם חתמו החייב או החברה חדלי הפירעון. אין מקום ליצירת אפליה בין נושים אלו אך ורק בשל השאלה המקרית האם הגיע

-
9. זלצמן **עיכבון**, בעמ' 58-59 (1998); שלום לרנר **שעבוד נכסי חברה** 218 (1997).
 10. פש"ר (מחוזי ת"א) 1001/00 ר"ח **אפרים שמשי - כונס הנכסים של חברת סדיטק נ' אגודה שיתופית בארות יצחק אורה** (3.2.2002), אתר מקרקעין.
 11. לגישה חולקת על ביקורת זו, ראו איל זמיר **חוק חוזה קבלנות, תשל"ד-1974**, 571 (1994). ראו גם ציפורה כהן **פירוק חברות**, 596-597 (תש"ס), המביעה את הדעה, כי הכרה בזכות קבלן לעיכבון אינה מותנית בהשבחת הנכס ויפה כוחה גם אם לא הושבח.
 12. להשוואה עם מקורות המשפט העברי, ראו טור חושן משפט סימן ש"ו; "קצות החושן" חושן משפט סימן ש"ו סעיף ד'; אנציקלופדיה תלמודית, כרך ט"ו, ערך "אומן קונה בשבח כללי" והאסמכתאות שם.
 13. פש"ר (ת"א) 11448/02 **רונדופלס בע"מ (בהקפאת הליכים) ואח' נ' קרגו אמרפורד אינטרנשיונל** (1980) בע"מ (3.7.2002), אתר מקרקעין.

נכס של החייב לידיהם. זאת כיון שתוצאה כזו הינה בלתי רצויה, וחותרת תחת אושיות דיני פשיטת הרגל והפירוק.

ב. הכרה כזו תרוקן מתוכן במידה רבה את ההלכה, כי אין זכות עיכבון כללית בשיטת המשפט הישראלית. כך, למשל, מן המפורסמות הוא כי אין זכות עיכבון לטובת משכיר, אלא שחובו של משכיר, אשר נובע בדרך הטבע מהפרה שהפר השוכר את הסכם השכירות, יזכה בזכות עיכבון קניינית מניה וביה על דרך של הפעלת זכות עיכבון לפי סעיף 19 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) עלול להיווצר מצב, בו שאלות כבדות משקל של קדימות בדיני פירוק ופשיטת רגל יופקרו ליד המקרה, והלבוש המשפטי בו יציגו הצדדים את עמדתם.¹⁴

בעניין לוגיסטיקה¹⁵, דחה בית המשפט העליון (השופט רובינשטיין) את העמדה לפיה בעל זכות עיכבון ייהנה ממעמד של נושה מובטח רק אם השביח את הנכס, וקבע כי עיכבון מקנה מעמד של נושה מובטח אף אם בעל הזכות לא השביח את הנכס במאום. דרך הילוכו של בית המשפט הייתה כדלהלן:

”א) על אף שאפשר למצוא בעמדת השופטת אלשיך הצדק במישור הערכי (העדפת האינטרס של כלל הנושים לעומת מצב של ”כל הקודם זכה”), הרי שבמישור המשפטי, הפן הקנייני של זכות העיכבון מעוגן בלשון הברורה שבה נקט המחוקק בסעיף 1 לפקודת פשיטת הרגל, וקשה למצוא בלשון החוק עיגון להבחנה בין עיכבון כללי לעיכבון מיוחד. עלינו לזכור, כי בבסיסה של כל פרשנות מצוי דבר המחוקק, וככל שלשונו ברורה, מצטמצמים גדרי הפרשנות.

ב) בנוסף, זכותו של בעל העיכבון היא זכות קניינית, ולא ניתן לבטל באמצעות פסיקה זכות קניין, שהוכרה כזכות חוקתית על פי סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו¹⁶.

ג) זאת ועוד, אין להקל ראש במצג הפומביות שנוצר על ידי החזקה בנכס של בעל זכות העיכבון. נקודת המוצא היא כי מי שמחזיק בנכס הוא בעליו או לפחות בעל אינטרס לגיטימי בו, וההנחה היא כי הנושים האחרים מודעים לכך.

ד) נימוק נוסף, הוא שהתניית העיכבון בהשבחה ספציפית של הנכס עלולה לגרור התדייניות משפטיות באשר לעובדות הפרטניות של פעולות המעכב בנכס המעוכב, והאם עולות הן כדי השבחה. השאלות שבעובדה בעניין השבחה הטובין עלולות לעורר לא אחת גם שאלות משפטיות סבוכות באשר למהות

14. כמו כן ראו ורדה אלשיך וגדעון אורבך **הקפאת הליכים** 313-319 (מהדורה שנייה, 2010) המצביעים על השלכות לא רצויות העולות להתרחש אם יינתן מעמד של נושה מובטח לכל סוג של עיכבון, שכן הדבר עלול לעודד 'מרזף לתפיסת נכסים' בקרב נושים, מרגע בו הם חשים כי החברה מצויה בקשיים משמעותיים או שהיא מתנוודת על סף חדלות פירעון

15. ע"א 5789/04 **המשביר הישן בע"מ, גאלרי - רשת בתי אופנה בע"מ ואח' נ' לוגיסטיקה בע"מ ואח'** (10.6.2007). דינים עליון 2007 (0030) 0256.

16. לפן הקנייני אף ניתן חיזוק בהצעת חוק דיני ממונות, התשס"ו-2006. אמנם, פרופ' דויטש הביע אי נחת מכך שהחלטת מכיני הקודקס, בניגוד לדעתו שלו, הייתה "להימנע מהבחנה בין סוגי יחסים משפטיים שונים, לצורך ייחוס אופי קנייני לעיכבון", אולם כף הצעת החוק נטתה בעליל לכיוון אחר ולא הוצעה הבחנה בין עיכבון כללי לעיכבון מיוחד המבוססת על השבחה.

ההשבה, ולעב את קצבם של הליכי הקפאת הליכים (שיש חשיבות לכך שיהיה מהיר).

ה) כמו כן, העדיפות המוחלטת פוגעת בקבוצות נושים שבשל סיבה זו או אחרת, אין בידם להתאים את תנאי האשראי הניתן על ידיהם לחייב באופן שישקף את מידת הסיכון שבו, נוכח היחס בין חובותיו השונים של החייב ובין הנכסים המוחזקים על ידיו. על קבוצה זו ניתן למנות נושים כדוגמת נותני שירותים וספקים, אשר לרוב אין בכוחם לקבוע (בהיעדר ידע מספיק), את שער הריבית של האשראי הניתן על ידם לחייב, וכפועל יוצא גובים הם שיעור ריבית אחיד לכלל הלקוחות, ללא תלות במאפייניהם הכלכליים. ללא העיכוב, נותני השירותים והספקים הללו עלולים לגלגל את הסיכון שהם נוטלים, בהיותם נושים לא מובטחים, על כלל הצרכנים.

ו) מקום בו נותני שירותים וספקים עלולים להימנע מעשיית עסקאות בלא שיובטחו זכויותיהם מול החייב, מייצל הסדר העיכוב את הליך כריתתה של העסקה ומפחית את ההוצאות הכרוכות בו.

ז) לבסוף, במקרים רבים גודל העסקה אינו מצדיק את הליכי רישום השעבוד. בכך, עשוי העיכוב לענות על צרכי המסחר ולקדמם - שעה שהנכס, בעודו בידי החייב, משמש משכון מן הדין בלי להצריך את רישומו.

הנה כי כן, בעקבות פסק הדין של השופט רובינשטיין בעניין **לוגיסטיק** נמצא כי בעל עיכוב נהנה ממעמד של נושה מובטח, גם אם לא השביח את הנכס כלל¹⁷, אך זאת רק מכיוון שזו "גזירת הכתוב" שקבע המחוקק, למשל בסעיף 19 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה). על פי סעיף זה, החיוב המובטח על ידי העיכוב הוא כל סכום המגיע לנפגע עקב הפרת החוזה, אך זכות העיכוב לנפגע מהפרת חוזה אינה מכילה דרישה לזיקה ספציפית בין הנכס מושא העיכוב לבין החיוב המובטח. על כן, במקרה זה יחול עיכוב המקנה לבעליו עדיפות על פני נושים בלתי מובטחים.

בהתאם לכך נראה כי כאשר עסקינן בעיכוב שאינו נובע מ"גזירת הכתוב" של סעיף בחוק ובעל העיכוב אינו מתגורר בדירה, וכל זכותו נובעת מכוח אנלוגיה שעורך בית המשפט העליון בין הערת אזהרה שלילית לבין עיכוב, אין מקום להעניק עדיפות לבעל העיכוב על פני נושים מובטחים אחרים.

מעין עיכוב ולא עיכוב

אכן, יושם אל לב היטב, כי השופט מינץ הבהיר בפסק הדין בעניין **ורדי** (בפסקה 34 לפסק הדין) כי עסקינן ב"מעין עיכוב" ולא בעיכוב של ממש. הוא הדגיש והבהיר "מעין עיכוב" נאמר ולא עיכוב מלא על פי דין". ההבחנה בין "מעין עיכוב" לבין "עיכוב מלא על פי דין"

17. ראו גם רע"א 6649/04 ארגון הקניות של מושבי הדרום והמרכז בע"מ (בפירוק) נ' גדעון אליאב עו"ד (11.2.2007), אתר מקרקעין; לביקורת על ההלכה, ראו מיגל דויטש דיני חוזים מיוחדים כרך ראשון, 504-497 (2008).

היא לכאורה בדיוק בנקודה זו, שעכבון שאין לגביו הוראת דין אינו מקנה זכות לממש את הנכס או להחזיק בו תוך עדיפות על נושים מובטחים אחרים. מעין עיכבון זה מקנה רק זכות שלילית שלא תבוצע טרנסקציה בנכס, אך בניגוד לעיכבון מלא - אין הוא מקנה זכות להחזיק בנכס. ודוק, השופט מינץ הוסיף והדגיש שם, כי הערת אזהרה שלילית מקנה עדיפות נשייתית, אך לא מקנה את הפן הפוססורי המאפשר לבעל עיכבון מלא לתפוס את הנכס ולהחזיק בו¹⁸.

סיכום

נמצא אם כן, כי הגדרת הערת אזהרה שלילית כמי שמקנה זכות של מעין עיכבון אינה מקנה לבעליה את הזכות לממש את זכותו ולתפוס חזקה במקרקעין. הגדרת בעל הערת אזהרה שלילית כבעל "מעין עיכבון" אינה מקדמת אותנו מעבר להגדרתו כנושה מובטח, ויש בה רק זכות למנוע רישום סותר לזה שנקבע בהערת האזהרה. אם מבקשים להגן על בעל הזכות יש לוודא אפוא כי יקבל גם חזקה במקרקעין ויהפוך לבעל עיכבון מלא על פי דין.

18. לזכות העיכבון שני פנים: הראשון, הפן "הפוססורי", קרי הזכות להחזיק בנכס עד שיקוים החיוב; השני, הפן "הבטוחתי", לפיו בעל עיכבון הוא נושה מובטח בפירוק ובפשיטת רגל (סעיפים 1 ו-20) לפקודת פשיטת הרגל; סעיף 253 לחוק חדל"פ; עניין **רשות שדות התעופה**, 192; עניין **לוגיסטיקה**, פסקה י'. גם כאן אפוא, ממלאת הערת האזהרה, לכל הפחות, תפקיד אחד מבין שני תפקידי העיכבון - הפן הבטוחתי המעניק לבעל הזכות כאמור עדיפות על פני נושיו של החייב, במובן זה שבידי בעל הערת האזהרה הכוח לעכב את מכירת המקרקעין עד אשר יסולק החוב כלפיו. או בלשון אחרת, מדובר ב"נורמה מהותית, המשריינת את זכותו של בעל ההערה מפני פגיעה על ידי אחרים, שגם להם זכויות כנגד המוכר-בעל-המקרקעין" וראו גם רע"א 1554/16 י.ש. **אבן ישראל בע"מ נ' ראובן שולמן ואח'** (5.6.2016) פסקה 38, אתר מקרקעין; אוריאל רייכמן "יצירה והגנה כנגד עסקאות נוגדות", **עיוני משפט** י' 297, 320 (תשמ"ד).