



בבית המשפט העליון

רע"א 1554/16

לפני : כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט צ' זילברטל
כבוד השופט נ' סולברג

המבקשת : י.ש. אבן ישראל בע"מ

נגד

המשיבים :
1. ראובן שולמן
2. אייל אושדי
3. אשר איצ'ר
4. איתמר זר
5. רשם המקרקעין ירושלים
6. א.ב.נ.ר אבל ישראל רזידנס
7. מרדכי קוגל
8. עופר מחלב

בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי
בירושלים בת"א 22897-05-15 מיום 22.2.2016 שניתנה על-
ידי השופט ע' שחם

בשם המבקשת : עו"ד ארנון בן עמרם

בשם המשיב 1 : עו"ד דורון אדירי

בשם המשיבים 2 ו-4 : עו"ד גיא לוסקי

בשם המשיב 3 : עו"ד גלעד ברבי

בשם המשיב 5 : עו"ד זיוה שמחה

בשם המשיבה 6 : עו"ד יורם הכהן

פסק דין

השופט נ' סולברג :

1. האם רשאי בית המשפט להורות על המרת בטוחה בבטוחה אחרת ללא הסכמת הנושה? מהם השיקולים שעליו לשקול בכואו לעשות כן, והאם יש להבחין בין בטוחות מסוגים שונים?

2. בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בירושלים (השופט ע' שחם) בת"א 22897-05-15 מיום 22.2.2016, שבגדרה נדחתה בקשת המבקשת להמיר את הערת האזהרה הרשומה על נכס שבבעלותה, בערכות בנקאית.

רקע

3. בין כלל הצדדים להליך קיימות מחלוקות עובדתיות הנוגעות להערת אזהרה הרשומה על נכס מקרקעין (להלן: המקרקעין) המצוי בבעלות המבקשת, חברת י.ש. אבן ישראל בע"מ (להלן: חברת אבן ישראל). לפי תיאורה של המבקשת, זהו האופן שבו התגלגלו הדברים: המשיב 3, אשר איצ'ר, הלווה בעבר כספים בסכומים גדולים למשיב 1, ראובן שולמן. בשלב מסוים דרש איצ'ר משולמן בטוחה כנגד חוב בסך של \$300,000; לבקשתו של שולמן, נאותה המבקשת, חברת אבן ישראל, לרשום הערת אזהרה על המקרקעין שבבעלותה. ההערה נרשמה כהערה על צורך בהסכמה לפי סעיף 128 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, ומנימוקים שונים שאינם מענייננו כעת, לא נרשם בה צורך בהסכמתו של איצ'ר לעשיית עסקה במקרקעין, אלא בהסכמתו של המשיב 2, אייל אושדי. שולמן סבר כי החובות שהובטחו בהערת האזהרה נפרעו, ולכן יש למחוק את הערת האזהרה; אולם אושדי סרב לעשות כן. משכך, הגיש שולמן כתב תביעה למחיקת הערת האזהרה. אציין, כי במסגרת ההליכים צורפה חברת אבן ישראל כתובעת עיקרית בתיק. כפי שעולה מן הבקשה שלפני, כתב התביעה הוגש מאחר וחברת אבן ישראל היתה בעיצומו של משא ומתן לעריכת עסקה במקרקעין, אשר בחלוף הזמן הבשיל לכדי הסכם חתום (להלן: הסכם המכר).

4. לעומת זאת, לפי תיאורם של אושדי ואוצ'ר, כעולה מכתבי הטענות, הערת האזהרה כלל לא נרשמה כבטוחה לחובו של שולמן לאוצ'ר, אלא כבטוחה לחובו של שולמן למשיב 4, איתמר זר, כאשר ההערה נרשמה על שמו של אושדי בדרך של המחאת זכות, משום שזר היה חייב סכום זה לאושדי. חוב זה לא נפרע עד היום, ועל כן, לטענתם, אין מקום להורות על מחיקת הערת האזהרה.

5. אושדי ואוצ'ר הגישו אפוא כתב הגנה, וכמו כן הגישו כתב תביעה שכנגד, לאחר שחברת אבן ישראל חתמה על הסכם המכר, ובו עתרו לקבלת צו המצהיר על ביטול ההסכם, וכן למחיקת הערת האזהרה שנרשמה לזכותה של החברה שרכשה את המקרקעין במסגרת הסכם זה; לחלופין, התבקש בית המשפט לחייב את הנתבעים שכנגד לשלם לאושדי סכום של 1,158,000 ₪, המשקף את החוב של \$300,000 שחייב שולמן לאושדי, שבגינו נרשמה הערת האזהרה.

הבקשה לסעד זמני והבקשה להמרת ערובה

6. במסגרת ההליך, ולאחר שנחתם הסכם המכר, הגישה חברת אבן ישראל בקשה לסעד זמני למחיקת הערת האזהרה, וזאת לנוכח הנזקים החמורים הנגרמים לחברה מחמת קיומה של ההערה, בשל החתימה על הסכם המכר. אושדי, אוצר' וזר (להלן ביחד: המשיבים) התנגדו לבקשה, מפאת היותה חופפת לסעד העיקרי בתיק והיותה בלתי הפיכה. בדיון שהתקיים בבקשה המליץ בית המשפט למבקשת, מטעם זה, למחוק את הבקשה; וכך עשתה.

7. בסמוך לכך, הגישה חברת אבן ישראל בקשה חלופית, שכותרתה "בקשה להמרת הערת האזהרה בערבות בנקאית". הבקשה התבססה על כך שבמסגרת התביעה שכנגד קצבו התובעים שכנגד את סכום החוב הנטען שחב שולמן לזר (1,158,000 ₪). לאור זאת עתרה החברה להפקדתה של ערבות בנקאית אוטונומית בקופת בית המשפט על מלוא סכום התביעה שכנגד, ובכך יתאפשר למחוק את הערת האזהרה, אשר לפי טענת המשיבים עצמם אינה מיועדת אלא לכיסוי החוב האמור. לפי הנטען בבקשה, הפקדתה של ערבות כזו משפרת את מצבם של המשיבים, שכן בלעדיה יקשה עליהם להוציא לפועל את פסק הדין, אף אם יפסק לטובתם. בנוסף נטען כי אי-הסכמה להצעה זו הריהי חוסר תום לב וניסיון פסול להפעיל לחץ על החברה.

8. המשיבים התנגדו לבקשה זו בהסתמך על שלושה נימוקים מרכזיים. ראשית, נטען כי אין מדובר בסעד זמני אלא בבקשה שתוצאתה אינה הפיכה, ואשר תייתר את ניהול ההליך כולו, כולל התביעה שכנגד; שנית, נטען כי קבלת הבקשה תהפוך את נטל הראיה והשכנוע, משום שבמצב הנוכחי על התובעים להוכיח שפרעו את החוב על מנת שיוכלו לבצע עסקה בנכס, ואילו אם תתקבל הבקשה יצטרכו המשיבים להוכיח כי הכספים שבערבות הבנקאית מגיעים להם. שלישית, דווקא הבקשה היא זו שהוגשה בחוסר תום לב משום שהחברה התקשרה כבר עם חברה אחרת בהסכם המכר, על אף שידעה על קיומה של הערת האזהרה, וכעת היא מבקשת מבית המשפט ליתן פתרון בדיעבד למעשיה-שלה.

9. בית המשפט המחוזי דחה את הבקשה. בהחלטה נאמר כי יש ממש בטענת החברה לפיה הערבות הבנקאית המוצעת תיתן בידי המשיבים הגנה למלוא הסעד הכספי המבוקש על-ידם, ואף תיטיב את מצבם בכל הנוגע למימוש החוב; ובה בעת הסרת הערת האזהרה תאפשר לחברה לקדם את הסכם המכר. ברם, אין בכך כדי להצדיק להעתר לבקשה, וזאת בשל כמה נימוקים.

10. ראשית, התביעה שכנגד פוונה לא רק לסעד הכספי, אלא לביטול הסכם המכר המנוגד להערת האזהרה, ולכן לא יהיה בקבלת הבקשה כדי להבטיח את מלוא סעדי התביעה שכנגד. שנית, החברה לא הצביעה על מקור לסמכותו של בית המשפט להורות כמבוקש, בשלב מקדמי זה של ההתדיינות. במהותה, מדובר בבקשה לסעד עיקרי ולא לסעד זמני, והמשיבים חלוקים לגבי זכאותה של החברה לקבלו. הערת האזהרה מגלמת, לכאורה, עסקה רצונית בין הצדדים ובבקשה לא מובהר מה מקור סמכותו של בית המשפט, בטרם פסק דין, ליתן הוראה אשר יש בה ממד של התערבות בעסקה זו. שלישיית, נקבע כי יש ממש בטענות המשיבים בנוגע להיפוך נטל הראיה, שכן בתובענה העיקרית למחיקת הערת האזהרה, מוטל נטל הראיה על החברה, בעוד שבתביעה שכנגד נטל השכנוע רובץ על כתפי המשיבים. רביעית, באשר לשאלת תום הלב, נקבע כי בשלב מקדמי זה לא ניתן לומר אם עמדתו של אחד הצדדים נגועה בחוסר תום לב, הגם שיש יסוד לטענת המבקשים לפיה עסקת המכר נקשרה על-ידי החברה ביודעה כי עומדת בעינה הערת האזהרה.

11. על סמך נימוקים אלו, דחה בית המשפט המחוזי את הבקשה; על כך הוגשה בקשת רשות הערעור שלפני.

בקשת רשות הערעור

12. חברת אבן ישראל הגישה על ההחלטה האמורה בקשת רשות ערעור, בטענה כי שגה בית המשפט המחוזי בכל אחת מארבע הנמקותיו. ראשית, בעניין הסמכות, נטען כי לבית המשפט נתונה סמכות ליתן את הסעד המבוקש במסגרת הליך עיקרי. טענה זו נסמכה על החלטות שניתנו בבתי המשפט המחוזיים ושבהן נקבע כי בית משפט רשאי להמיר ערובה בערובה אחרת במסגרת ניהול הליך עיקרי. המקור לסמכות זו, כעולה מהחלטות אלו, היא סמכותו הטבועה של בית המשפט, עקרון תום הלב, סעיף 14 לחוק המקרקעין; וכן בהיקש מדיני המשכון, העכבון והעיקול.

13. שנית, באשר למשמעות התביעה שכנגד, נטען כי הגם שהתבקשו בה סעדים הצהרתיים בדבר בטלות הסכם המכר, ברי כי עניינה המהותי הוא התובענה הכספית, וכל יתר הסעדים המצויינים בה מטרתם אך לשמר את הבטוחה לחוב הכספי הנטען במסגרתה. לפיכך ברי כי קבלת הבקשה תשמש בטוחה הולמת לסעד המהותי המבוקש על-ידי המשיבים בכתב התביעה שכנגד.

14. שלישיית, בנוגע להיפוך נטל הראיה, נטען כי השאלה המהותית העומדת לפני בית המשפט היא על דבר קיומו של חוב בין הצדדים, ואם נפרע. באשר לשאלה זו, נטל

הראיה מוטל על הטוען לקיומו של חוב. הערת האזהרה משמשת אך בטוחה לקיומו של חוב שכזה, והמרתה של בטוחה זו בבטוחה אחרת אינה משנה במאומה את נטלי הראיה בנוגע לשאלה המהותית שעל הפרק. בנוסף צוין כי אין לראות את הסעד שהתבקש בבקשה כחופף לסעד העיקרי: הסעד העיקרי הוא מחיקת הערת האזהרה, כלומר ביטול הערובה לחוב; כעת מתבקשת אך המרת הבטוחה, כאשר הסעד הסופי – ביטול ערובה זו – בעינו עומד, אלא שהוא יוסב על הערבות הבנקאית.

15. רביעית, באשר לשאלת תום הלב, נטען כי בית המשפט המחוזי התעלם מכך שכל עניינם של המשיבים הוא ליצור לחץ פסול על החברה, כדי שזו תאלץ לשלם את סכום החוב, הגם שלטענתה סכום זה כבר נפרע. ברור כי הבטוחה המוצעת על-ידי החברה – ערבות בנקאית אוטונומית – עדיפה לאין ערוך על הבטוחה שברשות המשיבים כעת, והם אינם מסרבים להצעה אלא כדי ליצור לחץ שלא כהוגן על החברה.

16. אושדי וזר הגישו את תשובתם לבקשה במשותף, ובה סמכו את ידם על החלטת בית המשפט המחוזי ועל הנמקותיו, הן בנוגע להיותו של הסעד סופי ולא זמני, הן בנוגע לסעדים המבוקשים בתביעה שכנגד, הן באשר להיפוך נטלי הראיה והשכנוע. בתשובתם הדגישו המשיבים הללו עוד, כי השלב הדיוני שבו מצוי ההליך הוא שלב מקדמי, וטרם התחיל הבירור העובדתי בתיק. בין הצדדים נטושות מחלוקות עובדתיות של ממש ולפיכך שלב זה אינו בשל להכרעה בבקשה זו. באשר לתום הלב של הצדדים נטען כי הערת אזהרה מסוג של התחייבות להימנע מעשיית עסקה היא במהותה אמצעי לחץ לגיטימי ומוסכם, אשר מונע מבעל הנכס לבצע בו עסקה עד להסרת ההערה. הלחץ המופעל על חברת אבן ישראל הוא לחץ לגיטימי, שכן זהו אופי הבטוחה שעליה הסכימו הצדדים. לעומת זאת, בחירתה של החברה להתקשר בהסכם המכר בעוד הערת האזהרה רשומה, ולאחר מכן לפנות לבית המשפט לצורך הסרתה בשל הנזקים החמורים הנגרמים לחברה, היא התנהלות חסרת תום לב באופן מובהק. שולמן התנגד לתגובתם של אושדי וזר, טען כי החלטת בית המשפט המחוזי שגויה, וגרמה לעיוות במערכת היחסים שבין הצדדים. לדבריו, עמדתם של אושדי וזר חסרת תום לב בדרגה חמורה, וכל מטרתם אינה אלא ליצור לחץ. אוצר הגיש תשובה מטעמו, ובה הצטרף לטענותיהם של אושדי וזר ולנימוקיהם, תוך שהוסיף כי הבקשה אינה עומדת בגדרי סעיף 41(ב) לחוק בתי המשפט, התשמ"ד-1984; הנזק שעלול להיגרם לחברת אבן ישראל מן ההחלטה נובע מהתעלמותה-שלה מקיומה של הערת האזהרה, ואין הצדקה רק בשל כך לדון בבקשה בשלב זה ולא בערעור על פסק הדין הסופי, לכשיינתן. רשם המקרקעין טען להעדיר יריבות בינו לבין צדדים אחרים בתיק ולא נקט עמדה לגופו של עניין; המשיבה 6 נתנה את הסכמתה לבקשת הרשות לערער.

המרת בטוחה: המסגרת המשפטית

17. השאלה העומדת על הפרק נדונה אך מעט בפסיקת הערכאות השונות, וטרם זכתה לבירור מעמיק בבית משפט זה. בכמה החלטות של הערכאות הדיוניות נאמר בעבר כי לבית משפט כלל אין סמכות להורות על המרת בטוחה בבטוחה אחרת שלא בהסכמת הנושה (בש"א (נצ') 2614/00 בנק מרכנתיל דיסקונט בע"מ נ' עונאללה (19.12.2000) (להלן: עניין עונאללה); ת"א (חי') 21505/02 מנור נ' בונה הצפון - חברת קבלני בניין עכו בע"מ (19.09.2004); בש"א (חי') 12063/05 טיולי נהר הירדן בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ (31.7.2005)). הנימוק המרכזי להעדר הסמכות נשען על כך שהבטוחה שנקבעה משקפת עסקה רצונית בין הצדדים, ומשכך לא יתערב בה בית המשפט בהעדר עילה. נימוק זה הוצג בעניין עונאללה, תוך שבית המשפט המחוזי (השופט א' אברהם) מבחין בין המרת בטוחה רצונית לבין המרת עיקול:

"בבסיסו של עיקול עומד צן של בית משפט. בית משפט, כשם שהטיל עיקול (לבקשת הנושה) על נכס פלוני, כך הוא יכול לשנות מהחלטתו ולצוות כי העיקול יעבור לנכס אחר. כשעניין לנו במשכון - הדין שונה. בבסיסו של משכון עומד הסכם. בית משפט איננו יכול לשנות מהסכמתם של צדדים לחוזה. בית משפט איננו עושה חוזים לבעלי הדין. הוא איננו יוצר חוזים. הוא איננו משנה חוזים. והרי השינוי אותו מבקש המשיב לעשות - הוא שינוי בחוזה המשכון, על ידי החלפת הנכס נשוא המשכון. בקשה זו היא מעבר לכוחו של בית המשפט. ואין זה חשוב כלל ועיקר, אם שינויו של חוזה המשכון (על ידי 'המרת' המשכון מנכס לנכס) טוב מבחינה כלכלית לנושה אם לאו (כפי שמבקש המשיב לשכנע). בית משפט איננו משנה חוזה - בשל כך שהשינוי טוב לצדדים" (עניין עונאללה, פסקה 3; ההדגשות הוספו - נ' ס').

18. עמדה שונה הוצגה בהחלטה מקיפה שניתנה בעניין זה בבית המשפט המחוזי בירושלים, על-ידי השופט מ' זרורי (בש"א (י-ם) 2813/05 חברת העובדים השיתופית הכללית בא"י בע"מ נ' ביטון (27.7.2006) (להלן: עניין ביטון)); לדיון על אודות ההחלטה 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 (2014) (להלן: ויסמן)). בעניין זה, שארחהי עליו להלן, נקבע כי לבית המשפט עומדת סמכות להורות על המרת בטוחה בבטוחה אחרת. להשקפתו של בית המשפט המחוזי, אין מדובר ביצירת חוזה משכון חדש, אלא ביישום דיני החוזים, ובייחוד עקרון תום הלב, על חוזה המשכון הקיים. במצבים מסויימים, שבהם משוכנע בית המשפט כי עקרון תום הלב מחייב את הנושה להסכים להמרת הבטוחה, רשאי בית המשפט להורות על כך.

19. על ההחלטה בעניין ביטון העיר בית משפט זה – במסגרת ערעור על פסק הדין הסופי שניתן באותו עניין – כי "הסוגיה שנתעוררה בהחלטה הראשונה טרם נבחנה בפסיקת בית משפט זה וראויה היא, מחמת חשיבותה והשלכותיה הרחוביות, להתייחסות מעמיקה ומפורטת בבוא העת כשנצטרך להכרעה שכזו לגופה של הסוגיה" (ע"א 718/07 ביטון נ' חברת העובדים השיתופית הכללית בארץ ישראל בע"מ, פסקה 13 לפסק הדין של השופט י' אלון (6.10.2008)). הכרעה בגופה של הסוגיה נדרשת כעת, ועל מנת לעשות כן אפתח בתיאור נימוקי בית המשפט בעניין ביטון.

עניין ביטון

20. ההחלטה בעניין ביטון עסקה בבקשתה של מבקשת להורות על המרת משכנתא שרבצה על נכס שבבעלותה, לנכס אחר ששוויו פחות מערכו של נכס זה. בית המשפט המחוזי קבע שהסמכות להורות על כך נתונה בידי ומבוססת על כמה מקורות משפטיים. אסקור את העיקריים שבהם. ראשית, בית המשפט המחוזי קבע באותו עניין סירובם של המשיבים לבקשה מהווה חוסר תום לב, משום שלא נימקו מדוע העברת המשכנתא פוגעת בהבטחת החוב. התוצאה של הפרת חובת תום הלב הוא התערבות של בית המשפט, באופן הכופה על הצדדים להתנהג בתום לב:

"סבור אני, כי אין בהיענות לבקשה משום עריכת חוזה חדש, אלא יישום של עקרון תום הלב, באופן שבו בית משפט מורה למשיבים כי מכוח סעיף 39 לחוק החוזים, היה עליהם להיענות לבקשת המבקשות, כאשר הן פנו אל המשיבים, ומשלא עשו כן המשיבים, בית המשפט הוא זה אשר מפעיל, הלכה למעשה, את עקרון תום הלב" (עניין ביטון, פסקה 43).

21. מקור שני לסמכותו ראה בית המשפט המחוזי בדיני השימוש לרעה בזכויות קנייניות, כפי שבא לידי ביטוי בסעיף 14 לחוק המקרקעין הקובע כי "בעלות וזכויות אחרות במקרקעין, אין בהן כשלעצמן כדי להצדיק עשיית דבר הגורם נזק או אי נוחות לאחר". בית המשפט המחוזי בחן את ישומו של הסעיף על העניין שלפניו (לפי אמות המידה שנקבעו ברע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199 (1999) (להלן: עניין רוקר)), והגיע לכלל מסקנה כי סירובם של המשיבים הוא בבחינת שימוש לרעה בזכות המשכנתא שלהם.

22. בית המשפט המחוזי אף פנה לבחון את הסוגיה על דרך ההיקש מסוגיות משיקות. בית המשפט המחוזי ציין כי בדיני העכבון מעניק הדין את האפשרות לשחרר את העכבון "במתן ערובה מספקת אחרת לסילוק החיוב" (סעיף 11(ג) לחוק המיטלטלין, התשל"א-1971), וזאת כדי לאזן בין האינטרס של הנושה ובין האינטרס של החייב.

באופן דומה, בדיני העיקול קיימת סמכות להורות על המרת עיקול זמני שהוטל על נכס, בעיקול על נכס חלופי או בהמצאת ערובה אחרת. לאור סוגיות אלו נקבע כי גם כאשר להמרת משכנתא במשכנתא חלופית קיימת סמכות לבית המשפט להורות על כך, כאשר עליו לאזן בין האינטרסים של שני הצדדים בבואו לעשות כן, בהתאם לשיקולים המנחים בדיני העכבון והעיקול. בית המשפט היה ער לכך שסוגיות אלו עוסקות בבטוחה לפי דין ולא כתוצאה מהסכמת הצדדים, אך קבע כי בשל עקרון תום הלב שעליו עמד, אין מקום להבחין בין המצבים השונים. לבסוף, הסתמך בית המשפט המחוזי גם על עקרונות המשפט העברי. בית המשפט המחוזי נדרש באריכות לעקרונות של "כופין על מידת טדום" ושל "זה נהנה וזה לא חסר", כמו גם לעקרונות אחרים מן המשפט העברי, והסיק מהם כי אין הצדקה לכך שהמשיבים מסרבים להמרת המשכנתא במשכנתא חלופית, וכי ניתן לכפות זאת עליהם גם לפי עמדת המשפט העברי.

23. הקביעה העקרונית בעניין ביטון היא, אפוא, כי סירובו של נושה להמרת בטוחה בבטוחה אחרת עלול לעלות כדי חוסר תום לב ושימוש לרעה בזכותו, באופן המאפשר לבית המשפט לכפות את ההמרה על הנושה. אפנה אפוא לבחון מסקנה זו, הן במישור העקרוני, הן בענייננו-שלנו. אקדים ואומר, כי בניגוד לפסקי הדין שסקרתי, שעסקו בהמרת משכונות מסוגים שונים בבטוחות אחרות, בענייננו עסקינן בהערת אזהרה המונעת מבעל הנכס לבצע עסקה בנכס עד לפרעונו של חוב; בהמשך הדרך אתייחס למשמעותו של ההבדל, ובשלב זה אתייחס לבטוחות השונות כמקשה אחת.

דיון והכרעה: בין סמכות לשיקול הדעת

24. כדעתו של בית המשפט המחוזי בעניין ביטון, אף אני סבור כי לבית המשפט נתונה עקרונית סמכות להורות על המרת בטוחה בבטוחה אחרת. שלילה מוחלטת של סמכות כזו עשויה להתבסס על הטענה שלבעל משכון זכות קניינית בנכס הממושכן, וראוי להגן עליה באופן גורף מפני כל התערבות שאינה מוסכמת. מבחינה פורמאלית טענה כזו יכולה להתבסס גם על כך שחוק המשכון, התשכ"ז-1967 אינו מתייחס במפורש לסוגיית המרת המשכון, וממילא קובע לגביה לכאורה הסדר שלילי (ראו ויסמן, עמוד 177; מיגל דויטש קניין – כרך ב 284 (1999) (להלן: דויטש)). ברם, לעמדתי, אין בזכויותיו הקנייניות של הנושה במשכון בכדי לשלול את חובתו לנהוג בזכות זו בתום לב. כבר נפסק כי עקרון תום הלב חולש גם על זכויות קנייניות והשימוש בהן (עניין דוקר; ראו למשל שם, פסקאות 11-3 לפסק הדין של הנשיא א' ברק; וראו עופר גרוסקופף "על שיקול-דעת קנייני, אחריות חברתית ודאגה לזולת" משפט ועסקים י 317 (2009) (להלן: גרוסקופף)). ממילא, עקרון תום הלב חולש גם על דיני המשכונות, ועל אופן מימושם (השוו: ע"א 64/09 אלף ג'ני נכסים והשקעות בע"מ

נ' בנק דיסקונט למשכנתאות בע"מ, פסקה 7 (7.4.2011)). לפיכך, ברמה העקרונית, מקובל עלי כי בהינתן סיטואציה שבה המרת הבטוחה בבטוחה אחרת אינה פוגעת בנושה, עקרון תום הלב מחייב את הנושה להסכים לבקשה כזו, ומאפשר לבית המשפט להתערב בכך בהעדר הסכמה כאמור. לא זו בלבד, אלא שבכל הנוגע לבטוחות שחוק המשכון חל עליהן, נדמה כי לבית המשפט נתונה סמכות מפורשת להורות על כך במצבים המתאימים, מכוח סעיף 21(א) לחוק, 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". לטעמי, סעיף זה מקנה סמכות לבית המשפט במצבים שבהם החייב מוכיח כי יש לו אינטרס לגיטימי בהמרת המשכון, ואילו הנושה אינו מצביע על טעם להתנגדותו (לפרשנות הסעיף בהקשר זה ראו יהושע ויסמן חוק המשכון, תשכ"ז-1967 369 (סדרת פירוש לחוקי החוזים, בעריכת ג' טדסקי, 1974) (להלן: ויסמן, משכון)).

25. נדמה, אפוא, שהשאלה אינה עצם קיומה של סמכות, אלא אופן הפעלתה: קרי, אימתי יחשב סירובו של נושה להמרת הבטוחה כסירוב שאינו מוצדק, ומתי המרה כזו פוגעת בנושה באופן שיחשב בלתי לגיטימי? סבורני כי לאור אופיים ותכליתם של דיני הבטוחות, מצבים שבהם הסירוב יהא בלתי-מוצדק הם מצבים חריגים במיוחד.

26. ראשית לכל, אף שעקרון תום הלב חל על מימוש זכויותיו של אוחז בבטוחה, היקף תחולתו של עקרון זה מוגבל. המשכון הוא בעל אופי חפצי, והזכות המוקנית לאוחז בו היא זכות קניינית (ויסמן, משכון, עמוד 15; דויטש, עמוד 15). מטבע הדברים, היקף חובת תום הלב ביחס למימוש זכויות קנייניות שונה מהיקף חובה זו ביחס לדיני החיובים. המאפיין הבסיסי של זכות קניינית הוא זכותו של בעליה לעשות בה שימוש כרצונו, ורק במצבים חריגים יכיר המשפט בכך ששימוש כזה נעשה בחוסר תום לב, באופן המצדיק התערבות שיפוטית (ראו למשל עניין רוקר, פסקה 6 לפסק הדין של הנשיא ברק; וראו בהקשר זה הצעתו המעניינת של גרוסקופף, עמוד 335). אמנם האופציה קיימת, לדידי גם בהקשר שלפנינו, ולכן עלינו לברר את השיקולים הלגיטימיים שיכול בעל בטוחה לשקול בבואו לסרב להמרתה.

27. ניתן להסיק את חלקם של השיקולים הנוגעים להמרת בטוחה בבטוחה אחרת, מן הסוגיות המשיקות – המרת עכבון והמרת עיקול. במאמרו עומד ויסמן (עמודים 181-182) על כך שמלשון סעיף 11(ג) לחוק המיטלטלין עולה שהמרת בטוחה אפשרית רק כאשר היא "ערובה מטפקת אחרת לטילוק החיוב", היינו: עליה להיות שוות ערך

לבטוחה המקורית. ליתר דיוק, בשל העובדה שנהוג לדרוש ששווי הבטוחה יעלה במידה ניכרת על שווי החוב המובטח, נדרש ששווי הבטוחה החלופית יעלה בערכו על גובה החוב המובטח באופן שלנושה המובטח יהיו שולי ביטחון מספקים (אך, מן הסתם, לא מעבר למה שהיה לו במסגרת המשכון המקורי).

28. אולם בכך לא סגי. לעתים, שוויה של הבטוחה החלופית זהה לערכה של הבטוחה המקורית, אולם נוחות המימוש של שתי הבטוחות אינה זהה. בטוחה חלופית, אשר לצורך מימושה ידרש הנושה להשקעת זמן ומשאבים רבים יותר מאשר הבטוחה המקורית, פוגעת בו באופן שיצדיק את התנגדותו להמרה. שיקול זה הוכר על-ידי בית המשפט בנוגע לדיני המרת עיקול זמני. בע"א 272/71 בן דוד נ' החברה לתפעול וניהול הימורי ספורט בע"מ, פ"ד 97 כ"ו (2), 103 (1972) סירב בית המשפט לאפשר המרת עיקול כספי בעיקול על בית, משום שמימוש עיקול על בית הוא עניין ממושך ביחס למימוש עיקול כספי. מכאן, שעל בית המשפט לשקול לא רק את שוויה של הבטוחה החלופית ביחס לבטוחה המקורית, אלא גם את אופן מימושה של בטוחה זו ביחס לבטוחה המקורית (וראו עניין ביטון, פסקאות 67-68; ויטמן, עמודים 182-184).

29. הנושה עשוי להעלות טיעונים נוספים הנוגעים לאינטרס שלו בשימור הבטוחה הספציפית שלפניו. למשל, במצב של המרת משכנתא למשכנתא חלופית עשוי הנושה לטעון כי במסגרת הסכם ההלוואה לקח בחשבון את מאפייניו המסויימים של הנכס הממושכן, את שוויו הגבוה או את הפוטנציאל הכלכלי שלו, במסגרת תנאי ההלוואה. למשל, ניתן לטעון – כפי שנעשה בעניין ביטון (ראו שם, פסקה 26) – שבשל אופיו הייחודי של הנכס נדרשה ריבית נמוכה יותר. נדמה שטיעון כזה, ככל שיוכח מבחינה עובדתית, יצדיק גם הוא את סירובו של הנושה (ויטמן, שם). עם זאת, סבורני כי טענה כזו לא יכולה להיטען בעלמא, משום שלכל נכס ישנה יחודיות מסוימת. התעקשות דווקנית על בטוחה מסוימת בשל מאפייניה הספציפיים עלולה להפר את חובת תום הלב, משום שבסופו של דבר, מטרת הבטוחה היא להבטיח את קיומו וגבייתו של החוב, ולא להנות מן הבטוחה כשלעצמה.

30. עד עתה עסקתי בנימוקים הנוגעים לבטוחה: שוויה, אופן מימושה, ומאפיינים יחודיים אחרים שלה. שאלה אחרת היא אם לגיטימי לראות בבטוחה משום אמצעי להפעלת לחץ על החייב לשלם את חובו, ולסרב לבקשתו להמרת הבטוחה רק בשל כך. חייב המבקש להמיר בטוחה בבטוחה חלופית, עושה זאת מן הסתם בשל צורך שיש לו דווקא בבטוחה זו, אם בשל עסקה אפשרית בנכס, אם בשל צורך אחר. האם רשאי

הנושה לראות את הבטוחה לא רק כמנגנון עתידי לגביית החוב, אלא גם כמנגנון לחץ לפרעונו?

31. בית המשפט ענה על שאלה זו בעניין ביטון, במשתמע, בשלילה. לשיטתו, אין זה לגיטימי להפעיל לחץ על החייב בדמות סירוב להמרת הבטוחה. פרופ' ויסמן סבור אחרת. לדבריו, בגדר הבחינה אם הבטוחה החלופית מהווה "ערובה מספקת לסילוק החוב", יש לבחון עד כמה נחוצות לחייב הבטוחה המקורית והבטוחה החלופית. זאת, משום ש"מקבל המשכון עלול להיפגע אם במקום הנכס הממושכן המקורי, החיוני לחייב, יומד המשכון בנכס שהוא פחות חיוני לחייב" (שם, עמוד 184). בשל העובדה כי סביר להניח שבקשות להמרת ערובה תתעוררנה כאשר הצורך של החייב בשחרור הנכס המקורי עולה על הצורך שלו בנכס החלופי, סביר שמקבלי משכונות יוכלו במרבית המצבים להתנגד להעתקת המשכון. פרופ' ויסמן מציין כי בעניין זה יש לקחת בחשבון גם את השאלה אם הנושה ידע מראש על אודות הנחיצות של הנכס לחייב, או שזו התעוררה בשלב מאוחר. במצבים מן הסוג הראשון יש מקום רב יותר לאפשר את התנגדותו של הנושה, מה שאין כן במצבים מן הסוג השני.

32. לגישתי, עמדתו של פרופ' ויסמן עדיפה ונכונה. אחת המטרות של דיני הבטוחות היא קביעת אמצעי לחץ מוסכם שיניע את החייב לשלם את חובו. מכך נגזר כי עמידתו של בעל בטוחה על כך שהבטוחה שברשותו תשמר את כוחה כאמצעי לחץ היא לגיטימית, ואינה נחשבת כשלעצמה להתנהגות חסרת תום לב. יחד עם זאת, מטרה זו אינה עומדת לבדה, ואף אינה עיקר בדיני הבטוחות, ומכאן נגזר הצורך באיזון בין האינטרס של הנושה ליצור לחץ על החייב, ובין האינטרס של החייב בבטוחה המסוימת שאותה הוא מבקש להמיר. אדגים זאת הן לאור דיני העכבון, שמהם הסיק בית המשפט המחוזי בעניין ביטון את אפשרות המרת הבטוחה, הן לאור דיני המשכון גופם.

33. אחת ממטרותיה המרכזיות של זכות העכבון היא ליצור אמצעי לחץ על החייב לשלם את חובו: "ממהותה של זכות העיכבון שהיא בבחינת אמצעי לחץ בלבד המופעל על החייב כדי שיפרע את חובו [...] בהיעדר האפקטיביות של לחץ העיכבון הופכת זכות העיכבון לחסרת ערך ממשי" (ע"א 5079/02 ד"ר לעולה בע"מ נ' איזוטופ בע"מ, פ"ד נז(2) 769, 775 (2003); ע"א 2449/08 טואשי נ' בנק מרכנתיל דיסקונט בע"מ, פסקה 27 (16.11.2010)). לפיכך, הגם שסעיף 11(ג) לחוק המטלטלין מאפשר את המרת העכבון ב-"ערובה מספקת אחרת לסילוק החיוב", על ההמרה ליצור אף היא אפקט של לחץ על החייב. ניטול דוגמא: נושה אוחז בנכס של החייב מכוח זכות עכבון. הנכס הוא כלי רכב חיוני לעבודתו. החייב מבקש להמיר את הנכס בכלי רכב אחר, בעל שווי דומה,

אולם כלי רכב זה מושבת בחניית עסקו של החייב מזה מספר חודשים והוא אינו עושה בו שימוש כלשהו. האם מחויב הנושה להסכים להמרת העכבון מכוח סעיף 11(ג) לחוק המיטלטלין? מבלי לקבוע עמדה לגבי דוגמא ספציפית זו, יש בה כדי להדגים את הקושי בפרשנות הביטוי 'ערובה מספקת'. מאידך גיסא, ברור כי תכליתו של סעיף 11(ג) היא לאפשר לחייב לשחרר נכס מעוכב שיש לו דחיפות מיוחדת בשחרורו, ודרישה דווקנית על המרתו באמצעי המפעיל לחץ זהה תפגע בתכלית זו. על מתח זה עמדה המלומדת פרופ' זלצמן:

"תכליתו של פתרון ביניים זה [הקבוע בסעיף 11(ג) – נ' ס'] היא להקל את המצוקה אליה נקלע החייב עקב עיכוב הנכס [...] מן הצד האחר, דווקא בנסיבות אלה מתגלה כוח פועלו של העיכוב כאמצעי לחץ אפקטיבי על החייב; דווקא אז מתגלה התועלת הגלומה בעיכבון כערובה לחיוב" (נינה זלצמן עיכבון 268 (1998) (להלן: זלצמן)).

לאור זאת, צוין כי בבחינת שאלה זו יש לקחת בחשבון גם שיקול זה –

"לכן, 'מידת המספיקות' של הערובה האחרת תיבחן על-פי שיעור החיוב, ולכך יש להוסיף גם את גורם הלחץ שעייכוב הנכס יוצר על החייב, ואשר יאבד עם שחרור הנכס מן העיכבון" (זלצמן, עמוד 269).

אין ענייננו כאן בדיני העיכבון כשלעצמם, ולא אדון בשאלה כיצד יש לבצע, הלכה למעשה, איזון זה. לא הבאתי את הדברים אלא בבחינת דבר הלמד מעניינו; כשם שהורה המחוקק להתחשב באינטרס של החייב לשחרר את הנכס המסוים המעוכב, בה במידה יש לוודא שנכס זה מהווה 'ערובה מספקת', במובן זה שהוא יוצר אמצעי לחץ על החייב לשלם את חובו, ושלא ינתן לנושה נכס שיעלה אבק במחסן, אף אם שוויו הכלכלי זהה לערכו של הנכס המעוכב.

34. סבורני כי גם במסגרת תכליות דיני המשכון מצויה התכלית של המשכון כיצירת אמצעי לחץ על החייב לשלם את חובו, פן זה ייגבה מן המשכון דווקא, כתכלית הנלווית למטרתו העיקרית. תכלית זו לא תבוא לידי ביטוי בהכרח בכל הסכם משכון. תכליתו המרכזית של המשכון, כמובן, היא להבטיח את החוב במסגרת הליכי פשיטת רגל, וליצור מנגנון גבייה אפקטיבי במצב שבו החוב אינו משולם על-ידי החייב. יחד עם זאת, תפקידו של המשכון אינו מתמצה בכך. מארג דיני המשכון מקנה לאוחז במשכון יתרונות דיוניים ומהותיים שונים, המגבילים או הפוגעים בחייב. בין היתר, ניתן לממשו ללא פסק דין; הנושה עשוי לקבל שליטה על יכולתו של הממשכן לבצע עסקאות בנכס הממושכן; והצדדים להסכם המשכון יכולים – ולעתים רבות, עושים כן

בפועל – להעניק לאוחז במשכון זכויות נוספות (להרחבה ראו: ויטמן, עמוד 97). מארג זה עשוי להפעיל לחץ מסוים על החייב לדאוג לכך שישלם את חובו בכדי לשחרר את המשכון. כאמור, תיתכן בטוחה שכל תפקידה הוא הבטחת תשלום החוב. בטוחה בדמות ערבות בנקאית, למשל, אכן מבטיחה את תשלום החוב אך איננה יוצרת לחץ מיוחד על החייב לפרוע את חובו. אולם כאשר עסקינן במשכון בדמות נכס ספציפי, הרי שמאופיו של נכס זה וממידת נחיצותו לחייב, נגזר גם אפקט הלחץ שהמשכון יוצר כלפיו לצורך תשלום החוב. מכאן, שכאשר קבעו הצדדים ביניהם משכון מסוים, יתכן שהדבר נעשה גם מתוך ראיית הלחץ העתידי שבקיומו של שעבוד על הנכס; וטענת נושה, לפיה המרת המשכון במשכון אחר תפגע באמצעי לחץ זה, עשויה להיות לגיטימית.

35. יחד עם זאת, מקובלת עלי הטענה כי לעתים טענה כזו עלולה להיות נגועה בחוסר תום לב. כמו בדיני העכבון, גם בענייננו מן הראוי למצוא איזון בין זכות המשכון של הנושה (המגלמת בתוכה גם אמצעי לחץ, כאמור), ובין האינטרס של החייב בשחרור השעבוד הרובץ על הנכס הממושכן. מקובלת עלי בהקשר זה הבחנתו של פרופ' ויסמן, לפיה יש לתת משקל לשאלה אם נחיצותו של הנכס לחייב היתה ידועה מראש לצדדים בעת עריכת הסכם המשכון. אם התשובה לכך שלילית, וטעם הנחיצות נוצר לאחר זמן (למשל, אם באופן מקרי הזדמנה לחייב הצעה עסקית בנוגע לנכס הממושכן), עמידה על הטענה כי דווקא נכס זה יוצר לחץ לשלם את חובו העתידי, ולא הנכס החלופי, עלולה לעלות כדי חוסר תום לב באופן שיצדיק את התערבותו של בית המשפט. נחיצותו המקרית של נכס, להבדיל מנחיצות ידועה מראש, אינה יכולה להצדיק את סירובו של הנושה להמרת המשכון במשכון חלופי, כל עוד זה מבטיח כאמור את חובו במידה זהה.

36. לסיכום נקודה זו אציין, כי הן אופיו של המשכון כאמצעי לחץ, הן הצורך לאזן לחץ זה אל מול האינטרסים של הממשכן, באים לידי ביטוי כבר במקרא. מתוך מודעות לכך שהמשכון ניטל כאמצעי לחץ על החייב, אוסר המקרא על נטילת משכון שהוא בבחינת 'חיי נפש', אמצעי ייצור המזון: "לא יתבל התיים וְרֶכֶב כִּי נֶפֶשׁ הוּא הַבֵּל" (דברים כד 6); ובמקרה של משכון בגדי החייב, אוסר המקרא על נטילת משכון שהוא בסיסי: "אם תבל תתבל שלמת רעך עד בא השמש תשיבנו לו. כי הוא כסותו לְבָדָה הוּא שְׂמֹלְתוֹ לְעָרוֹ בַּמָּה יִשְׁכַּב וְהָיָה כִּי יִצְעַק אֵלַי וְשָׁמַעְתִּי כִּי תִנּוֹן אָנִי" (שמות כב 25-26); וכן ראו דברים כד 10-13. אציין כי לפי הפירוש המקובל בחז"ל פסוקים אלו אינם עוסקים במשכון שניטל מראש בשעת מתן ההלוואה, אלא בעבוט, הניטל לאחר שהתברר שהחייב אינו פורע את חובו, שאז אין מטרתו אלא ללחוץ עליו לשלם את

החוב; ראו למשל פירוש רש"י על פסוקים אלו). הנה כי כן, מחד גיסא מופר הצורך ליצור אמצעי לחץ על החייב לשלם את חובו, מאידך גיסא מוגבלת האפשרות לעשות כן באופן שיפגע בחייב יתר על המידה.

37. באמרת אגב אוסיף כי בניגוד לדיני העכבון והמשכון, במסגרת תכליותיו של העיקול הזמני לא מצויה התכלית של יצירת אמצעי לחץ. העיקול הזמני מטרתו אך ורק הבטחת מימוש פסק הדין, ולא יצירת אמצעי לחץ על הנתבע. בכך שונים דיני העיקול מענייננו, ואין להסיק מהם באופן גורף על אודות אפשרות המרת הבטוחה והשיקולים לכך.

38. כעת אפנה לנסיבות העניין שלפנינו, ואעמוד בקצרה על האופי הייחודי של הזכות המצויה בידי המשיבים – הערת אזהרה על נכס של המבקשת, המונעת ממנה לבצע עסקה במקרקעין ללא אישורו של אושדי. עסקינן בהערת אזהרה מסוג של "הערה על צורך בהסכמה", המבוססת על כתב התחייבות, בהתאם להוראת סעיף 128 לחוק המקרקעין. כעולה מכתב ההתחייבות שצורף לבקשה, מטרת ההתחייבות היא למנוע מהמבקשת לבצע כל עסקה במקרקעין כל עוד לא הוחזר חוב כלשהו בסך \$300,000. הערה כזו שונה ממשכון רגיל מפני שאינה מקנה לנושה זכויות של ממש בנוגע לגביית החוב. היא אמנם מבטיחה שלחייב יוותר ביד נכס שממנו יוכל הנושה לפרוע את החוב, אך בכך החוב אינו הופך למובטח ולא ניתן לגבותו מן הנכס דווקא. מעבר לכך, דבר מרכזי שאותו מקנה ההערה לנושה הוא הלחץ הנוצר באמצעותה על המבקשת לדאוג לפירעון החוב, שכן מבלעדי זאת לא תוכל לבצע עסקאות בנכס. לפיכך, גם מבלי להיכנס לשאלה אם הערה מסוג זה מקנה זכות קניינית כלשהי לנושה (השוו ע"א 261/88 בנק המזרחי המאוחד נ' רוזובסקי, פ"ד מח(2) 102, 117 (1994)), נדמה כי בשל אופייה ומטרתה של ההערה – יצירת לחץ מוסכם על המבקשת – הרי שהמרתה בערבות בנקאית (שאמנם מבטיחה את החוב אך אינה יוצרת כל לחץ על המבקשת לפרעו) – תפגע במשיבים באופן משמעותי, ואין לראות את סירובם לעשות כן משום חוסר תום לב. זאת, במיוחד בנסיבות שלפנינו שבהן ההערה אינה מותירה נכס כלשהו בידי החייב, אלא בידי החברה; במצב זה נדמה כי תכליתה היחידה של ההערה היא יצירת לחץ כאמור.

39. לעניין זה אין חשיבות לשאלות העובדתיות – מהות החוב המדובר, ואם כבר נפרע. במצב הנוכחי, הלחץ הנוצר באמצעות הערת האזהרה מופעל על המבקשת, ועליה מוטל הנטל להסירו. במובן זה צודקים המשיבים כאשר הם מתייחסים לבקשת המבקשת כהיפוך נטל הראיה. המבקשת טענה, ובצדק, כי נטל הראיה להוכחת החוב

רובץ על המשיבים ללא תלות באופי הבטוחה. אולם, הרעיון שבבסיס הערת האזהרה המדוברת הוא יצירת אמצעי לחץ מוסכם שייאלץ את המבקשת לשלם את החוב גם ללא הכרעה שיפוטית. המרת ההערה בערכות בנקאית מבטיחה אמנם את החוב (ומבחינה זו היא אף עדיפה על ההערה), אך היא הופכת את 'נטל הלחצים' לפריעתו. לפיכך, אין לראות את סירובם של המשיבים להמרת ההערה בערכות בנקאית כהתנהגות חסרת תום לב.

כופין על מידת סדום

40. בעניין ביטון הסתמך בית המשפט המחוזי על עקרונות יסוד במשפט העברי: הכלל "אין כופין על מידת סדום", והכלל "זה נהנה וזה לא חסר – פטור", שני כללים משפטיים שלדעת פוסקים רבים קיימת זיקה ביניהם (ראו ת"א (י-ם) 7236/05 לוי' נ' אבני רביד, פסקאות 32-35 (15.5.2006); ברכיהו ליפשיץ "זה נהנה וזה לא חסר" – זכיה שלא היתה כרוכה בחסרון המזכה?" הפרקליט לז 203 (התשמ"ז); אברהם וינרוט "שימוש לרעה בזכות במשפט העברי ('כופין על מידת סדום')" דיני ישראל יח 53 (1997) (להלן: וינרוט)). אכן, מכללים אלו של המשפט העברי ניתן ללמוד כי בניגוד לתפיסה של זכות הקניין כזכות בלעדית המקנה לבעלים שרירות מוחלטת באופן מימוש קניינם, תפיסת הקניין במשפט העברי 'רכה' יותר ובעלת מאפיינים קהילתניים, ובגדרה נדרש בעל הקניין להתחשב גם באינטרסים של זולתו (ראו בהרחבה חנוך דגן "דיני עשיית עושר: בין יהדות לליברליזם" משפט והיסטוריה 165 (דניאל גוטוויין ומנחם מאוטנר עורכים, 2000) (להלן: דגן)).

41. אולם אין בכללים אלו בכדי לכפות על בעל קניין להענות לכל אינטרס של הזולת, ואין בהם כדי לשלול את תפיסת הקניין הפרטי, שבבסיסה זכותו של בעל הקניין לשלוט במושא קניינו. במסגרת כללים אלו ויישומם נוצר האיזון בין זכות הקניין של הבעלים לבין חובת התחשבות בזולתו, באופן שלא יעמוד על זכויותיו באופן דווקני (ראו, בהקשרים שונים: דגן, עמודים 188-180; וינרוט, פסקה 20 ופסקאות 56-59; כן ראו מחלוקת השופטים בעניין רוקר: פסקה 25 לפסק הדין של השופט אנגלרד ופסקה 22 לפסק הדין של השופט טירקל). אין חולק על כך שעמידה דווקנית על זכות קניינית היא בבחינת מידת סדום, אלא שהשאלה מהי עמידה דווקנית על זכות נגזרת מטיבה של הזכות ומן הנסיבות הקונקרטיות. בענייננו-שלנו, היא נגזרת מן השאלה מהן תכליות הבטוחה, וכנגזרת מכך, אלו אינטרסים של בעל הבטוחה הם אינטרסים לגיטימיים ואלו אינם.

42. והנה, עיון במשפט העברי מגלה שחכמיו נחלקו בשאלה המסוימת שבה עסקנו לעיל, והיא מידת הלגיטימיות שבעמידה דווקנית על זכות משכון, בשל הלחץ המופעל באמצעות כך כלפי החייב. מחלוקת זו עוסקת בשאלה, אם רשאי החייב לפרוע מחצית מחובו לפני מועד הפירעון, ובתוך כך לדרוש כי יוחזר לו מחצית המשכון (כאשר מדובר במשכון שניתן לפדיון חלקי). בעניין זה סבר בעל טורי-זהב (הרב דוד הלוי סגל, המאה ה-16 – 17), כי ניתן לכפות נושה להסכים לכך:

“לפי זה נראה לי, באם משכן לו מטלטלין ורוצה לפדות החצי ולהניח החצי השווה לפי ערך, שומעין לו וכופין על מדת סדום” (טורי זהב על שולחן ערוך, חושן משפט, סימן עד, סעיף ד; ההדגשה הוספה).

אולם, יש מי שחלק על כך וכתב שסירוב לעשות כן הוא סירוב לגיטימי, בשל היותו של המשכון אמצעי לחץ, והסכמת הנושה לבקשת החייב תפחית את מידת הלחץ. כך למשל כתב בעל אורים-ותומים (הרב יהונתן אייבשיץ, המאה ה-17 – 18) על דברי הטורי-זהב הללו:

“כתב הט”ז (כאן) בדבר שאין למלוה פירות כגון משכון מטלטלין, יכול לומר כיון דמשכונך שוה בכדי חובך החזיר לי החצי, וכיון שאין תועלת למלוה כגון זה כופין על מדת סדום, עד כאן לשונו. ואמת שאיני כדאי לחלוק עליו בלי ראיה מוכרעת, אבל מכל מקום לא מסתבר לי דיהיה זה מדת סדום, דיכול לומר יותר שהמשכון בידי, יותר בטוח אתה לי בכדי מעותי, ויותר מוכרח לפדות משכון אם הוא שוה יותר [...] ולכן לא ידעתי מה מדת סדום יש בזה” (תומים, חושן משפט, סימן עד, אות י; ההדגשה הוספה. כן ראו ש”ך, שם, סעיף-קטן יח; עניין ביטון, פסקאות 169-171; והשוו לסעיף 13(ד) לחוק המשכון).

43. לא הבאתי את הדברים ללמוד מהם הלכה למעשה (מה גם שאין הנדון – המרת בטוחה – דומה לחלוטין לראיה – הקטנת בטוחה), אלא כדי להראות שהחלתו של העיקרון הגדול “כופין על מידת סדום”, שעל עצם קיומו וחשיבותו אין חולק, תלויה בנסיבותיו של כל מקרה לגופו, ובשאלה אימתי עמידה על זכות מבוססת על טעם לגיטימי, ואימתי היא דווקנית ופסולה.

סיכום

44. הנה כי כן, לבעל בטוחה עומדת זכות קניינית. זכות זו עליו להפעיל, ככל זכות, בתום לב. כאשר מבקש החייב מבעל הבטוחה להמירה בבטוחה אחרת, הוא רשאי לסרב סירוב ענייני, ואינו רשאי לסרב סירוב דווקני. ככל שהבטוחה החלופית אינה דומה לבטוחה המקורית, מפני שוויה הנמוך, אופן מימושה, או מאפיינים יחודיים

אחרים שלה, סביר להניח שהסירוב יהיה לגיטימי. גם כאשר הבטוחה החלופית דומה למקורית בהיבטים הנ"ל, אולם מידת הלחץ שיופעל על החייב לשלם את חובו תפחת – יש והסירוב יהיה לגיטימי, בהתחשב בנסיבות העניין.

45. בענייננו-שלנו, כאשר עסקינן בהערת אזהרה להימנע מעשיית עסקה ללא הסכמה, הרי שאחת ממטרותיה המרכזיות היא יצירת לחץ על החייב לשלם את חובו. אמת, הנטל המשפטי להוכחת החוב מוטל על המשיבים; אך הנטל להסרת הלחץ הגלום בהערת האזהרה מוטל על המבקשת. המרתה בערבות בנקאית אמנם מבטיחה את פירעון החוב, אם יוכח; אך כלל אינו יוצר לחץ על המבקשת לדאוג לפירעון החוב, בהעדר החלטה שיפוטית. במצב דברים זה, סירובה של המבקשת אינו חסר תום-לב, ואין לבית המשפט לכפותה להסכים לכך.

46. בטרם סיום: עיינתי בחוות דעתו של חברי השופט י' עמית, הסבור כי בנסיבות העניין שלפנינו עמדתם של המשיבים נגועה בחוסר תום לב המצדיק את קבלת בקשת רשות הערעור; אך אין בידי להסכים עמו. נדמה כי חברי מסכים עם העקרונות הכלליים שהתוויתי לעיל, לפיהן על-מנת לקבוע כי סירובו של בעל בטוחה להמירה בבטוחה אחרת נגוע בחוסר תום לב, יש לבחון את שווי החלופה, נוחות המימוש שלה, ואף את נחיצותה עבורו. ברם, לעמדתו בנדון דידן – כאשר המרת הערת האזהרה נעשית בערבות בנקאית אוטונומית על מלוא סכום החוב הנטען – אין כל הצדקה לסירוב, וניתן לכפות את המשיבים להמרה זו.

47. יש טעם בגישה זו, ואף ציינתי זאת לעיל, כי בכל הנוגע לגביית החוב, ההמרה המדוברת מיטיבה את מצבם של המשיבים. הערת האזהרה אינה מעניקה למשיבים כל מקור לגביית החוב, ואילו המרתה תאפשר להם לגבותו לאלתר, ככל שיזכו בדין. ברם, כאמור לעיל, בחינה מדוקדקת של הכוונה החוזית של הצדדים שיצרו את הערת האזהרה מלמדת כי זו לא נעשתה לצרכי גבייה חיצונית, אלא לשם דאגה לאכיפה-עצמית של תשלום החוב, בגין הלחץ הרובץ על המשיבים לשלמו. המרתה של ההערה בערבות בנקאית תאיין את המנגנון שאותו יצרו הצדדים, ותאלץ את המבקשים לגבות את חובם באמצעות קבלת פסק-דין בלבד. אחת היא לי אם האינטרס העומד מאחורי המנגנון שיצרו הצדדים הוא מניעת הסרבול הכרוך בהתדיינות בערכאות או כל אינטרס אחר (ואף אם מדובר – ואינני מחווה דעה על כך – באינטרסים שאינם מאפיינים עסקאות כשרות), ועמידת אחד הצדדים על כך שהמנגנון החוזי שנוצר ביניהם יוותר על כנו אינה נראית לי חסרת תום לב. להמרת ההערה בערבות בנקאית יתכנו יתרונות עבור המשיבים, אך יש לה גם חסרונות עבורם, וממילא עמידתם על כך שההערה

תיוותר על כנה אינה יכולה להיחשב כדווקנית באופן המצדיק את התערבותו של בית המשפט מטעם של היותה חסרת תום-לב. זאת ועוד, מעצם טיבה של הערת האזהרה – הערה על צורך בהסכמה – המונעת מאת המבקשת לבצע עסקה במקרקעין ללא אישורו של אושדי, אך אינה מעניקה למשיבים יתרון של ממש בקשר עם גביית החוב, נלמד על כוונת הצדדים. שלא כחברי, השופט צ' זילברטל, אינני סבור כי נדרשים כאן "נתונים עובדתיים מובהקים" נוספים. אני מסכים עמו כי התוצאה שאליה הגעתי מכבידה קמעא על המבקשת, במובן זה שעד אשר תתברר המחלוקת בערכאות, היא תאלץ להימנע מעשיית עסקה בנכס (או לשלם את החוב "תחת מחאה" עד לבירור העניין). ברם, הכבדה זו מקורה כאמור בהסכמת הצדדים, ואינני רואה מדוע הסירוב להסירה נגוע בחוסר תום לב.

48. בשים לב לדברים הללו, אין בידי לקבל את ההשוואות שערך חברי, השופט י' עמית, לסיטואציות של המרת משכנתא או עיכבון, שאותן תיאר, וזאת משום שבמצבים אלו הכוונה החוזית של הצדדים שונה מן הנדון דידן. במצבים אלו, ההנחה החוזית של הצדדים היא שככל שיתגלע ביניהם סכסוך כספי בנוגע לחיוב, הוא יתברר בערכאות, כאשר המוציא מחברו עליו הראיה. משכך, הפקדת הסכום השנוי במחלוקת בקופת בית המשפט מבטיחה את החיוב לכל הפחות ברמה שבה הוא מובטח כעת. כאמור, להבנתי, לא זו הייתה הכוונה החוזית של הצדדים שלפנינו אשר יצרו את הערת האזהרה, ועל כן נותרתי בעמדתי כי דין הבקשה להידחות.

49. בהתאם לכל האמור, אציע לחברי לדחות את הבקשה.

ש ו פ ט

השופט י' עמית:

חברי, השופט נ' סולברג, פרס יריעה רחבה בדיני המרת בטוחות, והגיע למסקנה כי אין לאפשר למבקשת להמיר את הערת האזהרה בערבות בנקאית. דעתי שונה ואנמק אותה בקצרה.

1. אקדים ואבהיר: איננו עוסקים במשכון, איננו עוסקים בעכבון, איננו עוסקים בעיקול, אלא בהערת אזהרה מסוג מיוחד – הערה על צורך בהסכמה. איננו עוסקים בהמרה של משכון בנכס אחר או בהמרה של נכס שעוכב בנכס אחר. אכן, צודק חברי כי במצב של העתקת משכון או המרת משכון, יכולות להישמע מצד בעל המשכון/ בעל

העכבון, טענות הנוגעות לשווי הנכס החלופי, נוחות המימוש של הנכס החלופי, ואי נחיצות הנכס החלופי לחייב. דהיינו, כי שוויו של הנכס החלופי נמוך יותר, או שקיים קושי במימוש הנכס החלופי, או שהנכס החלופי חיוני פחות לחייב. מטעם זה, מקובלת עלי הדוגמה שהביא חברי לעניין המרת רכב ברכב אחר לצורך שחרור מעכבון.

אלא שבמקרה דנן, איננו עוסקים בהמרת נכס בנכס אחר, אלא בהמרת נכס בערבות בנקאית על מלוא החוב הנטען, ואין חולק כי הפקדת הערבות הבנקאית שקולה להפקדת מלוא סכום החוב הנטען. באספקלריה זו, יש לבחון את הנושא שבפנינו.

2. אקח לדוגמה משכנתא הרובצת לזכות בנק על דירת מגורים, הדוגמה השכיחה ביותר במקומותינו. מעשה של יום ביומו הוא, שמוכר הדירה-הממשכן אינו פונה לבנק-מקבל המשכון טרם מכירת הדירה, אלא מתחייב בפני הקונה לסלק את המשכנתא הרובצת על הנכס, אם ישירות מהתמורה, אם באמצעיו שלו ואם באמצעות גרירת המשכנתא לנכס אחר.

נניח כי לאחר שהמוכר מתקשר בהסכם מכר עם הקונה, מתגלעים חילוקי דעות בין המוכר לבין הבנק לגבי הסכום הנדרש לסילוק המשכנתא, כאשר על פי הישועי הבנק סכום המשכנתא גבוה בחצי מיליון ש"ח יותר מכפי שטוען המוכר. אם המוכר יפנה לבית המשפט בבקשה להורות לבנק לשחרר את המשכנתא מהנכס, כנגד הפקדה של חצי מיליון ש"ח, הסכום השנוי במחלוקת, קשה להלום כי בית המשפט ידחה את הבקשה, שהרי החוב השנוי במחלוקת מובטח, וככלל, החייב רשאי לפדות את הנכס על ידי קיום החיוב המובטח.

יתרה מכך. בהפקדה של הסכום או בהפקדה של ערבות בנקאית אף יש כדי לשפר את מצבו של הבנק. כך, בבג"ץ 4593/05 בנק המזרחי המאוחד נ' ראש הממשלה (20.9.2006) נדונה עתירת בנקים על ביטול זכותם לעמלת פירעון מוקדם, עקב חוק יישום תוכנית ההתנתקות, תשס"ה-2005. בית המשפט ראה בקבלת ערובה כספית, חלף המשכנתא על המקרקעין (ערובה בדמות ייחוד כספי הפיצויים להבטחת הסכום המובטח בחשבון בנק ממנו לא ניתן למשוך כספים אלא בהסכמת הבנק), משום שיפור במצב הבנקים, שיפור שאפילו מאיין את זכותם לפירעון מוסכם. וכדברי הנשיא ברק:

"נמצא, כי בצד הפגיעה בבנק המלווה הנגרמת על ידי ביטול עמלת הפרעון המוקדם ואף על ידי ביטול הבטחה עצמה (דבר שעליו לא הלין העותר) יש

להעמיד את היתרונות הניכרים הנגרמים מהעמדת בטוחה כספית לרשות הבנק המלווה" (שס, פס' 22).

3. בהיבטים מסויימים, העכבון המשביח הוא "מלכת הבטוחות", מאחר שגם משכון רשום ניגף בפניו (ראו, לדוגמה, (ע"א 790/85 רשות שדות התעופה בישראל נ' גרוס, פ"ד מד(3) 185, 192 (1990); ע"א 5789/04 המשביר הישן בע"מ נ' לוגיסטיק בע"מ (10.6.2007)), וגם הליכי פירוק ופשיטת רגל אינם יכולים לו (סעיפים 1 ו-20(ב) לפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], תשמ"ג-1980, החלים על חברות מכוח סעיף 353 לפקודת החברות [נוסח חדש], תשמ"ג-1983, מעניקים לבעל עיכבון מעמד של נושה מובטח בהליכי פשיטת רגל).

ראובן, בעל מוסך, מעכב את מכונית המרצדס של שמעון, מאחר שהאחרון לא שילם את תמורת התיקון. אני מסכים עם חברי כי אם שמעון יבקש להמיר את מכונית המרצדס ברכב אחר שבבעלותו, יש חשיבות לאינטרס של ראובן להפעיל לחץ על שמעון. אך בהנחה כי קיימת מחלוקת בתום לב בין ראובן לשמעון לגבי קיומו או גובהו של החוב, אם יבקש שמעון לשחרר את הרכב כנגד הפקדת מלוא הסכום השנוי במחלוקת, קשה להלום כי בית המשפט יאפשר לראובן להמשיך להחזיק ברכב כאמצעי לחץ, נוכח סעיף 11(ג) לחוק המיטלטלין, התשל"א-1971 הקובע כי "החייב זכאי לשחרר את המיטלטלין מן העיכבון במתן ערובה מספקת אחרת לסילוק החיוב".

4. לטעמי, קשה להלום כי מצבו של בעל הערת אזהרה יהיה טוב יותר ממצבו של בעל משכון ושל בעל עכבון.

ודוק: ענייננו בהערת אזהרה מיוחדת המחייבת הסכמה של צד שלישי. מאחורי הערה מעין זו יכולים להסתתר מניעים שונים הקשורים ל"עסקת היסוד" שבבסיס ההערה, ולא בכל מקרה תשלום כספי יוכל להוות תחליף להערה. למשל, ייתכן כי אחד השותפים בנכס, אם שותף סמוי ואם שותף גלוי, מבקש להבטיח כי לא תיעשה עסקה בנכס ללא הסכמתו, או שהוא מבקש להבטיח שהנכס יימכר דווקא לפלוני ולא לאלמוני. במצב דברים זה, הכסף אינו חזות הכל, והפקדה כספית לא תוכל "לרפא" את הצורך בהסכמה. אלא שבמקרה דנן, גלוי וידוע ומוצהר כי הערת האזהרה נועדה להבטיח חוב כספי גרידא. למעשה, לשיטת המשיבים 2-4 (להלן: המשיבים), יש בפנינו מצב בו המבקשת שעבדה את הנכס להבטחת חובו של המשיב 1 (שולמן) כלפי צד שלישי (איתמר זר) שהמחה את החוב כלפי צד רביעי (אושדי). זו עסקת היסוד שבבסיס הערת האזהרה, להבדיל מרצון למנוע עסקה בנכס ספציפי. במצב דברים זה, קשה

להלום כי להערת האזהרה יהיה יותר "כוח" מאשר משכנתא או משכון רגיל. כפי שביחסי ממשכן-בעל משכון אנו מחילים את עקרון תום הלב, ועל בעל הקניין להתחשב באינטרס הזולת (עופר גרוסקופף "על שיקול דעת קנייני, אחריות חברתית ודאגה לזולת" משפט ועסקים י 317 (2010), קל וחומר כאשר בהערת אזהרה להבטחת חיוב כספי עסקינן.

5. ומזוית אחרת: בעל משכון מבקש לממש משכון בטענה שהחייב לא פרע את מלוא חובו. החייב טוען כי פרע את מלוא החוב, ומפקיד את מלוא הסכום השנוי במחלוקת בקופת בית המשפט. במצב דברים זה, קשה להלום כי בית המשפט יתיר לבעל המשכון להמשיך במימוש המשכון "כדי להפעיל לחץ", שהרי מטרת המשכון היא לשמש ערובה לחיוב כספי, ואם החיוב הכספי הופקד בקופת בית המשפט, בכך הובטח החוב לבעל המשכון, אף בצורה טובה יותר מהמשכון עצמו, על ההוצאות, הקשיים והסיכונים הכרוכים במימוש המשכון.

6. דוגמה נוספת: נניח כי לזכות בנק רובצת משכנתא בסכום של מיליון ₪ על נכס בשווי שלושה מיליון ₪, המשמש כעסק. העסק עולה באש ועל פי סעיף 9 לחוק המשכון, התשכ"ז-1967, זכותו של הבנק מועתקת לתגמולי הביטוח בסכום של 3 מיליון ש"ח להם זכאי החייב-הממשכן. אלא שהחייב-הממשכן טוען כי הבנק אינו זכאי להיפרע מתגמולי הביטוח, באשר טרם הגיע מועד החיוב או מסיבה אחרת הקשורה ביחסי בנק-לקוח, והוא מבקש למשוך לזכותו את מלוא תגמולי הביטוח, כנגד הפקדת ערבות בנקאית בסכום של מיליון ₪ להבטחת החוב לבנק. במצב דברים זה, קשה להלום כי בית המשפט יאפשר לבנק למשוך מתגמולי הביטוח את הסכום של מיליון ₪, מקום בו קיימת מחלוקת בתום לב לגבי זכותו של הבנק, וכאשר הסכום השנוי במחלוקת מובטח ממילא בהפקדה כספית או בהפקדה של ערבות בנקאית.

7. ומזוית נוספת: נניח שהמבקשת הייתה נכונה לשלם את כל הסכום למשיבים, חלף הפקדתו בקופת בית המשפט. דומני כי לא יעלה על הדעת כי במקרה כאמור, המשיבים היו זכאים להותיר את הערת האזהרה על כנה ובכך "לטרפד" את המכירה. אם כך הייתה המבקשת עושה, הרי שנוכח המחלוקת לגבי קיומו של החוב, מן הסתם היה בית המשפט נדרש לשאלה אם על המשיבים להפקיד ערובה כנגד הסכום שהמבקשת נכונה לשלם תמורת סילוק הערת אזהרה, כדי להבטיח שהמבקשת תוכל להיפרע אם תתקבל טענתה כי החוב של שולמן כבר נפרע זה מכבר.

ייתכן כי זו הדרך בה היה על המבקשת ועל בית משפט קמא לילך, מה שיכול היה לפתור את הסכסוך שבפנינו. אך משהגענו עד הלום, איני רואה הבדל של ממש אם המבקשת היא זו שתפקיד את הערבות הבנקאית להבטחת החוב כלפי מי מהמשיבים או שהמשיבים הם שיפקידו ערבות בנקאית להבטחת החזר הסכום שישולם להם, ככל המבקשת תזכה בתביעתה. החשוב לענייננו הוא שהערת האזהרה נועדה להבטיח חוב כספי, ולא אינטרס אחר, ועל כן, הפקדה כספית (או הפקדת ערבות בנקאית אוטונומית) מבטיחה את המשיבים באותו אופן בו הבטיחה אותם הערת האזהרה, ואף משפרת את מצבם. ובהיקש לעיקול, זו הסיבה בגינה במצב הדברים הרגיל בית המשפט ידחה בקשה להמיר עיקול על כספים בנכס, אך ייעתר לבקשה להמיר עיקול על נכס בהפקדה כספית.

8. אשר לחשש מהיפוך נטלים, כפי שנטען על ידי המשיבים, איני סבור כי להמרת העיקול צריכה להיות השלכה על נטלי ההוכחה. נטל ההוכחה רובץ על המבקשת הן כתובעת והן כבעל חוב הטוען כי החוב נפרע, והמרת העיקול אינה אלא עניין טכני שאכן אמור לשנות את מאזן הנטלים.

9. אשר על כן, ולו דעתי תישמע, תינתן רשות ערעור, הבקשה תידון כבערעור והערעור יתקבל, אך בנסיבות העניין לא ייעשה צו להוצאות.

ש ו פ ט

השופט צ' זילברטל:

לאחר שעיינתי בחוות דעתם של חבריי, השופטים נ' סולברג ו-י' עמית, אני מצרף את דעתי לדעתו של השופט עמית.

נקודת המוצא היא שאין מחלוקת כי הערת האזהרה נרשמה, במקרה זה, להבטחת פרעון חוב כספי. הצדדים נחלקו בשאלה האם החוב המובטח בהערה נפרע אם לאו. השאלה העומדת להכרעה בשלב זה היא, האם, עד לסיום בירור המחלוקת בערכאות, תוסיף ותעמוד בתקפה הערת האזהרה אף אם המבקשת מעמידה, כערובה לפרעון החוב, ערבות בנקאית אוטונומית על מלוא סכום החוב.

חברי השופט סולברג סבור שאין מקום למחיקת הערת האזהרה, אף אם בכל הנוגע להיבט הנוגע לגביית החוב בפועל העמדת הערבות הבנקאית מיטיבה את מצב

המשיבים. עמדתו של חברי מבוססת על כך שקיומה של הערת האזהרה (במובחן מהערבות הבנקאית) אמור להמריץ את המבקשת לפרוע בפועל את החוב (בשל הנזק הנגרם לה כתוצאה מהערת האזהרה המונעת ממנה להשלים את מכירת המקרקעין) כדי להביא למחיקת ההערה, מה שאין כן כאשר הבטוחה היא בדמות ערבות בנקאית. כלומר, להערת האזהרה יש אפקט שנועד להמריץ את החייב לפרוע את חובו לנושה, מה שאין לערבות הבנקאית.

אלא שלטעמי, בהעדר נתונים עובדתיים מובהקים שבכוחם להצביע על כוונה ברורה לפיה הבטוחה נועדה לא רק להבטיח את פרעון החוב, כדרכן של בטוחות בדרך כלל, אלא גם את פירעונו המהיר מבלי שיהיה צורך לכפות זאת בהליך משפטי, יש להתייחס להערת האזהרה כבאה להבטיח את פירעון החוב לאחר שערכאה שיפוטית מוסמכת תיקבע שאכן החוב קיים, ולא מעבר לכך.

על מנת להגיע למסקנה שאליה הגיע חברי השופט סולברג, לפיה הצדדים בחרו בכוונת מכוון בבטוחה בדמות הערת האזהרה דווקא על מנת, בין היתר, ליצור על המבקשת לחץ לפרוע בפועל את החוב ללא צורך בהליכי אכיפה חיצוניים (במובחן מבטוחה שמטרתה היא אך להבטיח פרעון חוב כספי) - נדרשת תשתית ראייתית מפורשת שלא נמצאה במקרה דנא. איני סבור שניתן ללמוד זאת מלשון ההתחייבות שעל יסודה נרשמה הערת האזהרה (נספח א' לבקשת רשות הערעור).

במצב דברים זה, כאשר המבקשת מעמידה בטוחה ראויה וטובה שתבטיח את פירעון החוב אם בית משפט ימצא כי זה טרם סולק, איני סבור שיש להשיב פניה ריקם ולהותירה, עד לסיום בירור הסכסוך בערכאות, כשהיא חשופה לנזקים הנגרמים לה כתוצאה מקיומה של הערת האזהרה, ואשר אינם מתחייבים לצורך הבטחת סילוק החוב כשלעצמו. אוסיף, כי עמדתו של השופט סולברג מעוררת קושי גם בכך שיש בה כדי להכביד על מימוש זכות הגישה של המבקשת לערכאות לשם בירור המחלוקת הכספית שבינה לבין הטוענים להיותם נושים. זאת כיוון שהמבקשת תאלץ להתדיין כשמשקולת, בדמות הערת האזהרה, תלויה על צווארה, מבלי שהדבר מתחייב לצורך הבטחת פרעון החוב, אם בסיום ההליך יימצא שהחוב אכן קיים.

לפיכך אני מצרף דעתי לדעתו של השופט עמית.

הוחלט בדעת הרוב (השופטים י' עמית וצ' זילברטל) ליתן רשות ערעור, לדון בבקשה כבערעור ולהעתר לערעור, נגד דעתו החולקת של השופט נ' סולברג, שלפיה יש להותיר את החלטת בית המשפט המחוזי על כנה.

ניתן היום, כ"ח באייר התשע"ו (5.6.2016).

שופט

שופט

שופט