

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 4294/97

ע"א 4336/97

בפני:

כבוד הנשיא א' ברק
כבוד השופט י' אנגלרד
כבוד השופטת א' פרוקצ'יה

המערערים בע"א 4294/97:

1. אובזילר טוביה
2. צפריר אלון

המערער בע"א 4336/97:

חיים חזן

נ ג ד

המשיב בע"א 4294/97
ובע"א 4336/97:

בנק דיסקונט לישראל בע"מ

(ע"א 4294/97)

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי
בתל-אביב-יפו מיום 28.11.96 בע"א 477/95
שניתן על ידי כבוד השופטים: י' גולדברג,
א' א' לוי, י' דיאמנט

(ע"א 4336/97)

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי
בתל-אביב-יפו מיום 20.10.96 בע"א 752/95
שניתן על ידי כבוד השופטים: א' אבן-ארי,
ה' אחיטוב, א' חיות

תאריך הישיבה:

ד' בניסן התש"ס (9.4.2000)

בשם המערערים בע"א 4294/97:

עו"ד דן אקשטיין

בשם המערער בע"א 4336/97:

עו"ד רון ברקמן; עו"ד אוהד גרינברגר

בשם המשיב בע"א 4294/97
ובע"א 4336/97:

עו"ד יגאל שפירא; עו"ד גלית אחיעזרא

פסק-דין

הנשיא א' ברק:

פלוני הוא בעל חשבון בבנק. כערובה לחיובו של פלוני כלפי הבנק, ניתן לבנק משכון על "תיק ההשקעות" של פלוני. תיק זה כלל, בין השאר, "מניות" שיש לפלוני בחברה אלמונית. "מניות" אלה אינן רשומות על שמו של פלוני. הן רשומות על שמה של "חברת רישומים". פלוני הוא בעל זכות ב"מניה". הרשאי הבנק - בלא צו בית משפט ובלא צו של ראש ההוצאה לפועל - לממש זכות זו. זו השאלה הניצבת בפנינו.

ע"א 4294/97 (פרשת אובזילר)

1. המערערים פתחו חשבונות "עובר ושב" בסניף הבנק של המשיב. אחד מהתנאים עליהם הסכימו הצדדים קבע כי "כל היתרות שיעמדו בכל זמן שהוא לזכות הלקוחות, יתרות כספיות, ניירות ערך, שטרות, שיקים, מסמכים שונים וכל דבר אחר, יהיו ויחשבו ממושכנים ומשועבדים לזכות הבנק ולשם מתן יתר תוקף לכך הם יהיו מומחים בהמחאה על דרך השיעבוד לבנק, וכל זאת כביטחון וכערובה קבועים, חוזרים ומתמידים. לתשלום המלא והמדויק של כל הסכומים המגיעים ו/או שיגיעו מהלקוחות לבנק". כן נקבע כי לבנק תוקנה זכויות עיכון וקיזוז.

2. למערערים היה "תיק ההשקעות". תיק זה כלל, בין השאר, "מניות" שהיו למערערים בחברה פלונית. "מניות" אלה לא היו רשומות על שמם של המערערים במרשם בעלי המניות של חברה פלונית. במרשם רשומה כבעלת המניות "חברה לרישומים". רישום זה נעשה כדי להקל על סחר במניותיה של חברה פלונית בבורסה לניירות ערך. על פי המצב המשפטי כיום, המערערים הם בעלי המניות בחברה פלונית, שכן בעל מניה בחברה ציבורית הוא, בין השאר, "מי שלזכותו רשומה אצל חבר בורסה מניה ואותה מניה נכללת בין המניות הרשומות במרשם בעלי המניות על שם חברה לרישומים" (סעיף 177(1) לחוק החברות, התשנ"ט 1999-). על פי המצב המשפטי ששרר עת נעשו הפעולות נשוא ערעור זה, לא ניתן היה לראות במערערים כבעלי מניות (על שם) בחברה פלונית. עם זאת, אליבא דכולם, היתה למערערים זכות להירשם כבעלי מניות, אם יחפצו בכך, ולממש בכל עת את הערך הכלכלי הטמון במניה על דרך מכירתה.

3. משיכות היתר של המערערים מחשבון "עובר ושב" הלכו וגדלו. הבנק שלח למערערים הודעה, כי עליהם לסלק את יתרת החובה בתוך שבעה ימים. כן הודע למערערים כי אם החוב לא יסולק יממש הבנק את "המניות" שבתיק ההשקעות של המערערים. משלא סילקו המערערים את יתרת החובה בחשבונם, מכר הבנק את "המניות" של המערערים שהיו בתיק ההשקעות שלהם. הבנק עשה כן בלא צו של בית משפט ובלא צו של ראש ההוצאה לפועל. כנגד פעולה זו של הבנק פנו המערערים לבית משפט השלום. הם העלו בפני בית המשפט טענות שונות הקשורות לתוקפו של המשכון. לענייננו חשובה טענה אחת שלהם, לפיה הבנק לא היה רשאי לממש את המשכון ב"מניות" בלא צו של בית משפט.

4. בית משפט השלום (השופט ע' אזר) דחה את טענתם של המערערים. נקבע, כי "המניות" של המערערים הן "ניירות ערך" ש"הופקדו" בידי הבנק (משכון על פי הוראת סעיף 4(2) לחוק המשכון, התשכ"ז-1967; להלן - חוק המשכון). על כן רשאי הבנק לממש משכון זה בלא צו בית משפט ובלא צו של ראש ההוצאה לפועל (סעיף 17(3) לחוק המשכון).

5. המערערים ערערו לבית המשפט המחוזי (השופטים י' גולדברג, א' לוי, י' דיאמנט). בית המשפט דחה את הערעור. בית המשפט סקר את הדרך בה נוהגים משקיעים לרכוש מניות בבורסה. הוא קבע כי מניה הרשומה על שם חברת רישומים, יש לראותה כנייר ערך לפקודה, הנופל לגדר הגדרתם של "ניירות ערך" בחוק המשכון (סעיף 24). כן נקבע כי יש לראות את המשכון בניירות ערך אלה כמשכון "שהופקד" (כנדרש בסעיפים 4(2) ו-17(3) לחוק המשכון). מכיוון שכך, רשאי היה הבנק לממש את ה"מניות" בלא לפנות לבית משפט. עוד קבע בית המשפט המחוזי, כי זכותו של הבנק להיפרע צומחת גם מזכות העיכון שיש לו ב"מניות" ומזכות הקיזוז שעומדת לו.

6. על פסק דין זה הוגש - לאחר קבלת רשות - הערעור שלפנינו. נטען כי המשכון בענייננו אינו משכון "מופקד" ואינו משכון על "ניירות ערך". כן נטען כי זכות הקיזוז לא עומדת לבנק, וכי זכות העיכון אינה מאפשרת לבנק למכור את הנכס נשוא העיכון. המערערים התייחסו גם לטענה - עליה נעמוד בגדרי הערעור השני (ע"א 4336/97) - לפיה רשאי היה הבנק לממש את המשכון על ה"מניות" מכוח הוראת סעיף 20 לחוק המשכון. לטענת המערערים, הוראה זו עוסקת בחילופי משכון ולא במימוש. הבנק טען בפנינו כי ה"מניות" הן "ניירות ערך" (כאמור בסעיף 24 לחוק המשכון), וכי המשכון בהם הוא "מופקד". כן נטען, כי הבנק רשאי לממש את המשכון, מכוח סעיף 20 לחוק המשכון, וכן מכוח דיני העיכון.

7. המערער היה בעל חשבון בבנק. כערוכה לחיוב שיצמח בחשבון הוא שיעבד "תיק השקעות". משלא פרע את חיובו בזמן, מכר הבנק "מניות" של חברה פלונית שהיו בתוך ההשקעות. "מניות" אלה היו רשומות על שמה של חברת רישומים, וזאת כדי להקל על המסחר בבורסה. המימוש נעשה שלא על פי צו של בית משפט או ראש ההוצאה לפועל. לטענת המערער, מימוש ה"מניות" - בנסיבות אלו - אינו כדין. הוא פנה לבית משפט השלום (השופט ע' אזר). טענותיו נידחו. נקבע - כמו בפרשת אובזילר - כי ה"מניות" הן "ניירות ערך" (כמשמעותם בסעיף 24 לחוק המשכון) שמושכנו במשכון שהופקד (כמשמעות הדיבור בסעיף 4(2) לחוק המשכון). על כן רשאי היה הבנק למכור ה"מניות" בלא צו בית משפט (על פי סעיף 17(3) לחוק המשכון).

8. המערער ערער בפני בית משפט המחוזי (השופטים א' אבן-ארי, ה' אחיטוב, א' חיות). הערער נדחה. נקבע כי ה"מניות" אינן "ניירות ערך" כמשמעות דיבור זה בסעיף 24 לחוק המשכון. עם זאת, נקבע כי מימוש המשכון הוא כדין. הטעם לכך הוא, כי עסקין במימוש זכות גברא, על פי הוראת סעיף 20 לחוק המשכון. בית המשפט המחוזי קבע כי על פי הוראה זו רשאי הנושה לממש משכון בזכות "כשם שהחייב היה יכול לממשה". על כן רשאי היה הבנק למכור את ה"מניות".

9. על פסק דינו של בית המשפט המחוזי הוגש - לאחר נטילת רשות - ערעור לפנינו. המערער טען כי בעניין שלפנינו אין תחולה להוראות סעיף 20 לחוק המשכון, וזאת משני טעמים: ראשית, משום שמטרתו של סעיף זה למנוע הברחת הזכות הממושכנת. אין הסעיף מאפשר מכירתה של הזכות; שנית, משום שזכותו שלו היא קניינית, וסעיף 20 לחוק המשכון חל רק בזכות חוזית. לטענת המערער, ה"מניות" שלו אינן "ניירות ערך", ולא נתקיימה בהן כל "הפקדה". מכיוון שכך, לא ניתן לממש המשכון בלא צו של בית משפט. המשיב טען בפנינו - כמו בטיעוניו בפרשת אובזילר - כי המשכון שבידו הוא משכון מופקד על "ניירות ערך". כן נטען בפנינו כי הבנק היה רשאי למכור את ה"מניות", בלא צו של בית משפט, מכוח הוראת סעיף 20 לחוק המשכון. אנו דנים בשני הערעורים במאוחד.

המסגרת הנורמטיבית

10. נקודת המוצא מצויה בסעיף 17 לחוק המשכון, שעניינו מימוש המשכון. וזו לשון ההוראה:

"מימוש המשכון יהיה על פי צו בית המשפט, אולם -

(1) במשכון שיש לגביו בדין אחר הוראות מיוחדות לעניין זה יהיה המימוש בהתאם לאותן הוראות;

(2) במשכון שהופקד כאמור בסעיף 4(2) או שנרשם כאמור בסעיף 4(3) יכול שהמימוש יהיה על פי צו ראש ההוצאה לפועל;

(3) במשכון שהופקד כאמור בסעיף 4(2) והוא משמש ערובה לחיוב המגיע למוסד בנקאי כמשמעותו בחוק בנק ישראל, תשי"ד-1954, יכול שהמימוש יהיה על ידי המוסד עצמו ללא צו כאמור;

(4) במשכון שהוא זכות יכול שהמימוש יהיה כאמור בסעיף 20."

הכלל הבסיסי הינו כי מימוש המשכון יהיה על פי צו בית משפט. בכך ניתן ביטוי למדיניות החקיקה, הרואה בעין רעה מימוש עצמי על ידי הנושה, העשוי לפגוע בשלום הציבור (ראו י' ויסמן, חוק המשכון, התשכ"ז-1967 324 (1974); מ' דויטש, קב"נ 80 (כרך ב', 1999)). עם זאת, חוק המשכון מכיר במספר חריגים, בהם ניתן לממש משכון שלא באמצעות צו של בית משפט. אחד החריגים עוסק במימוש משכון על פי צו של ראש ההוצאה לפועל. חריג זה אינו רלבנטי לענייננו. שני חריגים נוספים, הרלבנטיים לענייננו הם אלה: החריג הראשון מאפשר מימוש עצמי בנכסים נדים ובניירות ערך שהופקדו בידי הנושה או בידי שומר מטעמו (סעיף 17(3) לחוק המשכון, המפנה לסעיף 4(2) לחוק המשכון). החריג השני מאפשר מימוש עצמי במשכון שהוא זכות (סעיף 17(4) לחוק המשכון, המפנה לסעיף 20 לחוק המשכון).

11. בפרשת אובזילר בחר בית המשפט המחוזי לבסס את פסק דינו על החריג הראשון (מימוש עצמי במשכון של ניירות ערך שהופקדו). בפרשת חזן בחר בית המשפט המחוזי לבסס את פסק דינו על החריג השני (מימוש עצמי במשכון שהוא זכות). לדעתי יש תחולה בשני הערעורים לחריג השני. מטעם זה, לא אבחן את תחולתו של החריג הראשון בענייננו. די בכך שאציין כי אני רואה קשיים רבים בהחלתו, בעיקר בכל הנוגע לשאלה, אם ה"מניות" ששימשו כמשכון הם בגדר "ניירות ערך" ("תעודה, שטר או מסמך אחר... [ה]מקנה לאוחז את הזכות הנדונה בהם") כמשמעות דיבור זה בחוק המשכון (סעיף 24 לחוק המשכון), והאם נתקיימה בהן "הפקדה" (כאמור בסעיף 4(2) לחוק המשכון). נפנה, איפוא, לחריג השני, ונבחן אם הוא חל במקרה שלפנינו.

12. סעיף 17(4) לחוק המשכון קובע כי "במשכון שהוא זכות יכול שהמימוש יהיה כאמור בסעיף 20". מהי "זכות" לעניין זה? התשובה הינה, כי זכות לעניין סעיף 17(4) לחוק המשכון היא זכות אובליגטורית (זכות גברא) (ראו ויסמן, שם, עמ' 359), לרבות "נייר ערך". על שום מה ניתן לממש זכות בלא צו בית משפט? על שום שמימושה של זכות אינו כרוך ב"עזרה עצמית". אין בו חדירה לרשות הפרט, ואין בו פגיעה בשלום הציבור (ראו ויסמן, שם, עמ' 324).

13. הנה כי כן, למדנו כי ניתן לממש זכות שלא על פי צו בית משפט. כיצד מממש הנושה את זכותו? על כך משיב סעיף 17(4) לחוק המשכון, כי "במשכון שהוא זכות יכול שהמימוש יהיה כאמור בסעיף 20". אכן, במשכון שהוא זכות רשאי הנושה לבקש צו של בית משפט, אך אין הוא חייב בכך. הוא רשאי לפעול "כאמור בסעיף 20". סעיף זה קובע לאמור:

"מימוש זכות שמושכנה"

מושכנה זכות שיש לחייב כלפי אדם אחר, רשאי הנושה לממשה כשם שהחייב היה יכול לממשה; הוא רשאי לעשות כן אף אם חל המועד לקיום הזכות לפני המועד לקיום החיוב המובטח; והכל באין קביעה אחרת בהסכם המישכון".

מכוחה של הוראה זו, מימושו של המשכון הוא כמימושה של זכות שמושכנה. וכיצד מממשים זכות שמושכנה? התשובה הינה, כי הנושה רשאי לממש את הזכות שמושכנה "כשם שהחייב היה יכול לממשה". לראובן זכות (אובליגטורית) כלפי שמעון. ראובן מישכן זכות זו ללוי. לוי רשאי לממש את המשכון - כלומר, לממש את הזכות האובליגטורית שיש לראובן כלפי שמעון - כשם שראובן יכול היה לממש את זכותו. ודוק: סעיף 17(4) לחוק המשכון, עניינו מימוש המשכון. הוא מפנה את בעל המשכון להוראת סעיף 20 לחוק המשכון שעניינו מימוש זכות שמושכנה. לולא ההפניה בסעיף 17(4) לחוק המשכון, לא היינו פונים כדבר מובן מאליו לסעיף 20 שבו, שכן לא הרי מימוש המשכון כהרי מימוש הזכות שמושכנה. אכן, פרופ' ויסמן מציין כי המחוקק נתפס לכלל טעות בהפנותו בסעיף 17(4) לחוק המשכון באופן גורף אל סעיף 20 (ויסמן, שם, עמ' 357). אך הוראה אחרת לאופן מימושו של משכון בזכות אין, ועל כן יש לקיים את דרישת החוק, לפיה בעל המשכון רשאי לממש את המשכון באותו אופן שבו החייב היה יכול לממשה. פתרון זה תואם גם את הרציונל המונח ביסוד מימוש משכון בלא צו של בית המשפט.

14. מהו פועלו של סעיף 20 לחוק המשכון? התשובה הינה, כי מכוחו של סעיף 20 לחוק המשכון משווים את מעמדו של הנושה (בעל המשכון) למעמדו של בעל הזכות (האובליגטורית). אכן, לעניין המימוש "דינו של הנושה כדין בעל הזכות" (השוו ע"א 66/91 קידרמן חברה לביטוח בע"מ נ' מטר בע"מ, פ"ד מו(5) 397, 404). עומד על כך פרופ' דויטש בציינו:

"מימוש המשכון נעשה באמצעות כניסתו של הנושה לנעלי הממשכן אל מול הצד השלישי; המשמעות היא כי הנושה רוכש בעלות על הנכס הממושכן (הזכות האובליגטורית)" (שם, עמ' 100).

נמצא, כי כשם שבעל הזכות רשאי לנהוג בזכותו מנהג בעלים, כך גם בעל המשכון רשאי לנהוג בזכות המצויה בבעלותו (מכוח הוראת סעיף 20 לחוק המשכון) מנהג בעלים. כך, למשל, רשאי בעל המשכון להמחות את הזכות, אם בדרך מכירה, אם בדרך מתנה ואם בדרך אחרת. כל זאת רשאי הוא לעשות בלא צו בית המשפט ובלא צו של ראש ההוצאה לפועל.

15. ודוק: מודע אני לקשיים שפירוש סעיף 20 לחוק כמאפשר מימוש משכון על זכות (ולא רק זכות שמושכנה), עלול ליצור. חברי, השופט י' אנגלרד, עמד על כך בפסק דינו. אולם, קשיים אלה נובעים בעיקר מן הסיפא של הסעיף, ולפיה מימוש הזכות שמושכנה יכול להיעשות על ידי הנושה "אף אם טרם חל המועד לקיום החיוב המובטח". אמת, אפשרות מימוש זו, העולה מצירוף סעיפים 17(4) ו-20 לחוק, שונה מן הכלל שבסעיף 16(א) לחוק ולפיו "לא קויים החיוב במועדו, רשאי הנושה לממש את המשכון". אולם, קשיים אלה אינם מתעוררים במקרה שבפני וניתן להשאיר את פתרונם בצריך עיון לעת מצוא. יתכן - ומבלי להכריע בדבר - כי ניתן יהיה לעשות במסגרת זו שימוש בעקרון תום הלב או בהסדרים אחרים (ראו סעיף 9(ב); 19(ג) ו-22 לחוק המשכון). אכן, במקרה שבפנינו אין חולק כי המועד לקיום החיוב חלף וממילא רשאי היה הנושה לפתוח בהליכים למימוש המשכון. אשר על כן אין קושי בהחלתו של סעיף 17(4) ו-20 לחוק, על מימוש המשכון על ניירות הערך שמושכנו.

מן הכלל אל הפרט

16. בשני הערעורים שלפנינו שיעבדו המערערים, לקוחות של הבנק, את "תיק ההשקעות" שלהם לטובת הבנק. "תיק ההשקעות" כלל "מניות" שהיו למערערים בחברה פלונית. "מניות" אלה לא היו רשומות על שמם של המערערים, אלא על שמה של "חברת רישומים". מטעם זה הנחנו בצריך עיון אם ניתן לראות ב"מניות" אלה "ניירות ערך" של המערערים. מהו, איפוא, האובייקט של המשכון? התשובה הינה כי אליבא דכולי עלמא, יש להם למערערים זכות אובליגטורית כי יירשמו כבעלי המניות במרשם בעלי המניות של חברה פלונית, ועומדת להם זכות בכל עת ליתן הוראה שמטרתה לממש את הערך הכלכלי של המניה. על היקפה ומהותה של זכות אובליגטורית זו אין לנו צורך להרחיב. זכות אובליגטורית זו של המערערים מושכנה לבנק המשיב. כאשר המערערים לא קיימו את חיובם כלפי הבנק המשיב, היה הבנק רשאי לממש את המשכון. בנסיבות העניין שלפנינו - ובהיות המשכון זכות - רשאי היה הבנק לבצע מימוש עצמי של המשכון. אחת הדרכים הפתוחות בפני הבנק, היא זו של מכירת הזכות. זאת עשה הבנק. נמצא כי לא נפל כל פגם בפעילות הבנק המשיב.

התוצאה היא כי שני הערעורים נדחים. המערערים (בע"א 4294/97) ישאו בהוצאות הבנק המשיב, לרבות שכר טירחת עורך דין, בסכום כולל של 10,000 ש"ח; המערער (בע"א 4336/97) יישא בהוצאות הבנק המשיב, לרבות שכר טירחת עורך דין, בסכום כולל של 10,000 ש"ח.

ה נ ש י א

השופט י' אנגלרד:

1. לפנינו שני ערעורים, בעקבות מתן רשות ערעור על ידי בית משפט זה ברע"א 8416/96 וברע"א 9383/96, על פסקי דין של בית המשפט המחוזי שניתנו בערעור על פסקי דין של בית משפט השלום. השאלה העומדת בפנינו היא האם רשאי מוסד בנקאי, כמשמעותו בחוק בנק ישראל, התשי"ד-1954, לממש, ללא צו בית משפט, ניירות ערך, הרשומים על שם החברה לרישומים והנסחרים בבורסה לניירות ערך, ואשר מושכנו לטובת המוסד הבנקאי.

2. מן הראוי לציין כי כל השופטים בערכאות הקודמות נתנו תשובה חיובית לשאלה הנזכרת, אם כי לא הייתה הסכמה ביניהם בדבר ההוראה הנורמטיבית החלה במקרה זה. אקדים ואומר כי דומה שהקושי לבסוס נורמטיבי את המסקנה המשותפת של הערכאות הקודמות נעוץ בעובדה שהפרקטיקה במסחר מניות בבורסה התקיימה מבלי שהתשתית הנורמטיבית התמודדה עם המציאות המסחרית. התוצאה ממצב דברים זה - המעיד על חולשה מסוימת של גורמי החקיקה לעקוב אחרי הליכות מסחר - היא כי על בתי המשפט למצוא את הפתרונות הנאותים במסגרת התשתית החקיקתית שאינה תואמת את הפרקטיקה המסחרית.

3. גם חברי הנשיא א' ברק מגיע בחוות דעתו למסקנה כי בנק רשאי לממש מניות הרשומות על שם החברה לרישומים ללא צו בית משפט. אולם, מאחר שאיני יכול להסכים עם חברי על הוראת החוק החלה על מקרה זה, עליי להרחיב את הדיבור הן על הרקע העובדתי והן על התשתית הנורמטיבית של הסוגיה העומדת להכרעה. נקודת המוצא היא פתיחת חשבון בבנק שבו מנהל בעל החשבון תיק השקעות. הבנק מעניק לבעל החשבון קו אשראי המשמש, בין היתר, לרכישת מניות בבורסה. בהסכם בין הבנק לבין הלקוח מצויה הוראה, שתוכנה באחד הערעורים הנדונים היה כדלקמן:

כערוכה לתשלומם המלא והמדויק של כל הסכומים המגיעים או שיגיעו מהלקוחות לבנק בחשבון, יישמשו לבנק כל הערובות והבטוחות מכל מין או סוג שהם, אשר ניתנו או תנתנה, מפעם לפעם, לטובת הבנק, על ידי הלקוחות, או על ידי צד שלישי כלשהו בעבורם; כמו כן מוסכם בזאת

במפורש שעל היתרות שיעמדו בכל זמן שהוא לזכות הלקוחות, יתרות כספיות, ניירות ערך, שטרות, שיקים, מסמכים שונים וכל דבר אחר, בכל חשבון פקדון, מקום אחר בבנק, יהיו ויחשבו תמיד ממושכנים ומשועבדים לזכות הבנק ולשם מתן יתר תוקף לכך הם יהיו מומחים בהמחאה על דרך השיעבוד לבנק וכל זאת כבטחון וכערובה קבועים, חוזרים ומתמידים לתשלום המלא והמדויק של כל הסכומים המגיעים ו/או שיגיעו מהלקוחות לבנק בהתאם לרישומי הבנק בכל עת ולא ישפיעו על בטחונות אחרים שהבנק מחזיק ו/או יחזיק בהם בכל עת.

4. במקרה הנדון נרכשו על ידי הלקוח, באמצעות הבנק, מניות בבורסה. אולם, רכישה זו היא מיוחדת במינה והיא מתבצעת על פי תקנון הבורסה לניירות ערך בתל-אביב ובמיוחד על פי חוקי העזר של מסלקת הבורסה. חוקי עזר אלה מצויים בחלק ה' של המדריך לחברות (כללי רישום והנחיות לחברות רשומות) של הבורסה לניירות ערך בתל-אביב בע"מ. אתאר בקצרה את ההסדר שבכללי הבורסה:

חברה, המבקשת להנפיק ניירות ערך שייסחרו בבורסה, חייבת לבחור בנק מִרְכֵּז. לכל בנק מרכז יש חברה לרישומים, שהיא חברת בת הנמצאת בשליטתו המלאה של הבנק. על פי ההגדרה של סעיף 1 לחוק ניירות ערך, התשכ"ח 1968-, כפי שתוקן בשנת תשמ"ח, חברת רישומים היא "חברה שעיסוקה היחיד הוא החזקת ניירות ערך בעד אחרים". החברה, המנפיקה את ניירות הערך, מוציאה תעודה על כל מניה שהונפקה על ידה ורושמת את המניות במרשם בעלי המניות על שם החברה לרישומים. החברה לרישומים מצידה מפקידה את תעודות המניות בבנק המרכז לזכות מסלקת הבורסה. מסלקת הבורסה היא חברה בע"מ שנוסדה בשנת 1962 על ידי חברי הבורסה והיא מצויה בבעלותם. על אף היות המסלקה גוף נפרד מן הבורסה, מבחינה מעשית היא מהווה חלק בלתי נפרד של הבורסה. המסלקה ממוקמת בבניין הבורסה ורק חברי הבורסה יכולים להיות חברי המסלקה. במסלקה יש 24 חברים, כשביניהם המחצית הם בנקים, כולל בנק ישראל. ראה: מ' בן-חורין **שוק ההון וניירות הערך** (1996) 201. מסלקת הבורסה מנהלת רישום של המניות, כאשר הרישום הוא על שם אחד מחברי המסלקה. יצוין כי בעלי הזכויות במניות, שהם לקוחות ישירים או עקיפים של חברי המסלקה, אינם נרשמים כלל.

5. אעבור כעת להליך המסחר במניה הנסחרת בבורסה. אדם המבקש לרכוש מניה הרשומה למסחר בבורסה, עליו לפנות לחבר בורסה, הפועל כשלוחו. חבר הבורסה מעביר את הוראת הלקוח לביצוע בבורסה. כשנמצא חבר בורסה אחר המעוניין למכור את המניה המבוקשת במחיר מוסכם, מסלקת הבורסה מחייבת את חשבון חבר הבורסה הרוכש ומזכה במקביל את חשבון חבר הבורסה המוכר. אם חבר הבורסה הרוכש הוא גם חבר מסלקה, הוא "יחזיק" בנאמנות את ניירות הערך של לקוחו. אם חבר הבורסה איננו חבר מסלקה, המניה תוחזק בנאמנות עבורו על ידי חבר מסלקה.

6. אם נשקיף כעת על תמונת היחסים במלואה, הרי עולה ממנה כי רכישת המניה מתבצעת ללא העברה משפטית או פיזית של תעודת המניה, המוחזקת, כאמור, על ידי הבנק המרכז והממשיכה להיות רשומה על שם החברה לרישומים. כל העיסקה במניה מתבצעת באמצעות רישומים בספרים בלבד. מבחינה משפטית נוצרת שרשרת של נאמנויות המסתיימת בבנק המרכז, שהוא המחזיק בפועל של המניות. הבנק המרכז מחזיק באופן פיזי את תעודת המניה בנאמנות לטובת מסלקת הבורסה; מסלקת הבורסה היא נאמנה לחברי המסלקה; חבר המסלקה הוא הנאמן לטובת חבר הבורסה; חבר הבורסה הוא הנאמן ללקוח. יצוין, שאם חבר הבורסה הוא גם חבר מסלקה, השרשרת מתקצרת בחוליה אחת. ראה על שרשרת הנאמנויות: ש' כרם **חוק הנאמנות, תשל"ט 1979** - (מהדורה שלישית, התשנ"ה) עמ' 155-157; י' בהט **חברות - החוק החדש והדין** (מהדורה שנייה, תש"ס) עמ' 631.

7. לפי ההסדר הבסיסי, הלקוח שלטובתו נרכשה המניה, מצוי בקצה האחד של שרשרת הנאמנויות מבלי ששמו רשום אצל החברה המנפיקה. אולם, על פי סעיף 4(א) בפרק ז' לחוקי העזר של מסלקת הבורסה לניירות הערך (שהם חלק ה' של המדריך לחברות (כללי רישום והנחיות לחברות רשומות) של הבורסה לניירות ערך בתל-אביב בע"מ), זכאי הלקוח לבקש לקבל את משיכת נייר הערך מן המלאי הרשום לזכותו אצל חבר המסלקה ולרשמו על שמו במרשם המנפיק. לפי הוראת סעיף 4(א)(2), תועבר הוראת המשיכה מחבר המסלקה למסלקה, מן המסלקה לחברת הרישומים ומן החברה לרישומים לחברה המנפיקה, וכל זאת תוך מספר ימים מועט. לפי סעיף 4(א)(4), במקרה בו מונפקת תעודה, תנפיק החברה המנפיקה תעודה על שם הלקוח תוך 14 יום מיום קבלת הבקשה מן החברה לרישומים, ותעבירה לחבר המסלקה אשר יעבירה ללקוח במישרין או באמצעות חבר בורסה שאינו חבר המסלקה. כפי שעולה מתצהירו של משה תדהר, מורשה חתימה של החברה לרישומים של בנק דיסקונט לישראל בע"מ, נייר ערך שאינו רשום על שם חברה לרישומים אינו ניתן מבחינה טכנית למכירה או לרכישה, בהתחשב בחוקי העזר של הבורסה, כל עוד לא נרשם על שם החברה לרישומים. ואמנם, הליך ההפקדה של מניה מידי הלקוח לידי החברה לרישומים מוסדר בסעיף 4(ב) בפרק ז' לחוקי העזר הנזכרים.

8. הרעיון העומד מאחורי הסדר זה הוא הגברת הסחירות של המניות הנסחרות בבורסה. דרך זו היא יעילה ביותר, משום שאינה דורשת העברה כלשהי של המניות עצמן. הכל מתבצע, כאמור, באמצעות רישום בספרים, ללא נגיעה פיזית או משפטית במניה עצמה. עם זאת, הפיצול בין הבעלים הרשום של המניה, לבין המחזיק בה בפועל ולבין בעל הזכות במניה עצמה. יוצר בעיות משפטיות שלא שיערן חוקים שונים. בין חוקים אלה הייתה מצויה גם פקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג 1983-, עד לתיקון המצב באמצעות סעיף 177(1) לחוק החברות, התשנ"ט 1999-, לפיו נחשב כבעל מניה בחברה ציבורית "מי שלזכותו רשומה אצל חבר בורסה מניה

ואותה מניה נכללת בין המניות הרשומות במרשם בעלי המניות על שם חברה לרישומים" (להלן נכנה מניה זו "מניית בורסה").

9. הבעיה המשפטית הדורשת הכרעה היא כיצד לממש - על רקע חוק המשכון, התשכ"ז 1967 - את מניית הבורסה אשר מושכנה בהסכם בין הבנק לבין לקוחו. ביתר דיוק, השאלה היא האם לאור הוראות חוק המשכון זכאי הבנק-הנושה "לממש" את נייר הערך דרך הבורסה, וזאת ללא צו בית משפט. לשם נוחות הדיון, אזכיר את הוראות חוק המשכון השייכות לעניין.

3. יצירת המישכון

(א). מישכון נוצר בהסכם בין החייב לבין הנושה

4. כוחו של המישכון כלפי נושים אחרים

כלפי נושים אחרים של החייב יהיה כוחו של מישכון יפה -

(2) בנכסים נדים ובניירות-ערך שאין לגביהם בדין אחר הוראות מיוחדות לענין זה והם הופקדו בידי הנושה או בידי שומר מטעם הנושה שאיננו החייב - עם הפקדתם כאמור וכל עוד הם מופקדים;
(3) בנכסים נדים ובניירות-ערך שלא הופקדו כאמור ובכל מקרה אחר - עם רישום המישכון בהתאם לתקנות שהותקנו לפי חוק זה, אולם כלפי נושה שידע או היה עליו לדעת על המישכון יהיה כוחו של המישכון יפה אף ללא רישום.

17. דרכי המימוש

מימוש המשכון יהיה על פי צו בית המשפט, אולם -

(3) במשכון שהופקד כאמור בסעיף 4(2) והוא משמש ערובה לחיוב המגיע למוסד בנקאי כמשמעותו בחוק בנק ישראל, תשי"ד 1954, יכול שהמימוש יהיה על ידי המוסד עצמו ללא צו כאמור;
(4) במשכון שהוא זכות יכול שהמימוש יהיה כאמור בסעיף 20.

19. דרך המימוש על ידי מוסד בנקאי

(א) מימוש של משכון כאמור בסעיף 17(3) יהיה במכירה בדרך מקובלת בשוק שבו נמכרים נכסים מאותו סוג, ובאין שוק כזה - בדרך מסחרית סבירה.
(ב) לא יפתח המוסד הבנקאי במימוש המשכון אלא לאחר שנתן לחייב ולכל אדם שזכותו עלולה להיפגע מן המימוש והוא ומענו ידועים למוסד - הודעה במועד סביר מראש על הצעדים שהוא עומד לנקוט למימוש המשכון.
(ג) המוסד הבנקאי אחראי כלפי החייב וכל אדם כאמור בסעיף-קטן (ב) לנזק שנגרם להם בשל מימוש המשכון שלא בהתאם להוראות חוק זה.

20. מימוש זכות שמושכנה

מושכנה זכות שיש לחייב כלפי אדם אחר, רשאי הנושה לממשה כשם שהחייב היה יכול לממשה; הוא רשאי לעשות כן אף אם חל המועד לקיום הזכות לפני המועד לקיום החיוב המובטח; והכל באין קביעה אחרת בהסכם המישכון.

22. פרעון מוקדם של החיוב

סכום שקיבל הנושה לפני המועד לקיום החיוב מתוך מימוש לפי סעיפים 20 או 21 ייזקק על חשבון החיוב, אם אין בין הצדדים הסכם אחר לענין זה.

24. הגדרות

לענין חוק זה -

"ניירות ערך" - תעודה, שטר או מסמך אחר המוצאים לפי דין או נוהג, לפקודה או למוכ"ז, ומקנים לאוחז את הזכות הנדונה בהם.

10. כאמור, כל השופטים של הערכאות הקודמות היו בדעה כי בנק-נושה זכאי לממש, ללא צו של בית משפט, מניית בורסה ממושכנת, הנמנית על ניירות הערך המצויים בתיק ההשקעות של הלקוח-החייב. עם זאת, דעת השופטים נחלקה בשאלה מהי ההוראה בחוק המשכון המאפשרת מימוש עצמי זה של מניות הבורסה. לפי דעתו של שופט בית משפט השלום, השופט ע' אזר, אשר נתן את פסק הדין בערכאה ראשונה בשני תיקי הערעור, ההוראה למימוש עצמי על ידי הבנק מצויה בסעיף 17(3) לחוק המשכון. דעתו זו נתקבלה, תוך הרחבת ההנמקה, על ידי בית המשפט המחוזי בע"א. 477/95, מפי השופטים י' גולדברג, א' א' לוי ו' דיאמנט. פסק דין זה הוא מושא הערעור לפנינו בע"א 4294/97 (להלן: **פרשת אובזילר**). לעומת זאת, בית המשפט המחוזי בע"א. 752/95, גרס, הפעם מפי השופטים א' אבן ארי, ה' אחיטוב וא' חיות, כי ההוראה המתאימה למימוש עצמי היא סעיף 17(4) לחוק המשכון. פסק דין זה הוא מושא הערעור לפנינו בע"א 4336/07 (להלן: **פרשת חזן**).

11. אומר מיד, כי לטעמי, מבחינה עקרונית, ההוראה הקרובה יותר לענייננו היא הוראת סעיף 17(3), בשילוב עם הוראות סעיפים 4(2) ו-19 לחוק המשכון. הוראות אלה עוסקות במימוש עצמי של ניירות ערך שמושכנו לטובת מוסד בנקאי. דא עקא, נראה כי המחוקק לא היה מודע להסדרים המיוחדים של מסחר מניות בבורסה. מבטו של המחוקק היה מופנה למישכון של נייר ערך, שהוא לפקודה או למוכ"ז, באמצעות הפקדתו הפיזית בבנק-הנושה או אצל גורם מטעמו. לכן, הבעייתיות הרבה בכל נסיון להתאים, על אף הקרבה הרעיונית, את הוראת סעיף 17(3) לחוק המשכון להסדר המיוחד של מניית הבורסה. דומה כי הוראות החוק בעניין נייר ערך, שמושכן לטובת מוסד בנקאי, הן כעין מיטת סדום כלפי ה"אורחת" הבלתי צפויה שהגיעה בדמות מניית הבורסה. בפרשת **אובזילר**, סבר שופט בית משפט השלום וסברו שופטי בית המשפט המחוזי כי ניתן להתאים את גפיה של מניית הבורסה אל המיטה המוצעת על ידי סעיף 17(3) לחוק. לעומת זאת, שופטי בית המשפט

המחוזי בפרשת **חזן** לא ראו אפשרות להחיל על מניית הבורסה את הוראת סעיף 17(3) לחוק ולכן העדיפו עליה את הוראת סעיף 17(4) לחוק. זו גם דעתו של חברי הנשיא א' ברק. אך, לטעמי - כפי שיתברר להלן - גם הוראה אחרונה זו אינה בבחינת מיטה נוחה יותר; ואם הוראת סעיף 17(3) לחוק נמשלת למיטה האגדתית שבעיר סדום עבור האורחת בדמותה של מניית הבורסה, הרי הוראת סעיף 17(4) לחוק היא עבורה המיטה הקטלנית עליה נהג להשכיב השודד המיתולוגי היווני פרוקרוסטוס את אורחיו שלו.

12. מהם הקשיים הנגרמים על ידי המסגרות הנורמטיביות הקיימות? אתחיל בבדיקת היסודות הדרושים להליך המימוש העצמי במסגרת הוראת סעיף 17(3) לחוק המשכון. כאמור, השופטים בפרשת **אובזילר** סברו כי יסודות אלו נתקיימו בנסיבות המקרה. סעיף 17(3) לחוק מפנה להפקדה של נייר ערך, כאמור בסעיף 4(2) לחוק. יסודותיו של סעיף 4(2) הם: הפקדה נמשכת של "נייר ערך" בידי הנושה או בידי שומר מטעמו. "נייר ערך" מוגדר בסעיף 24 לחוק כתעודה או מסמך אחר לפקודה או למוכ"ז, המקנה לאוחז את הזכות הנדונה בו.

13. הקושי הראשון נוצר כתוצאה מהגדרת המושג "נייר ערך" בחוק המשכון. במקרה הנדון, התעודה (מניית הבורסה) היא, כשלעצמה, "על שם", הלוא הוא שמה של החברה לרישומים. לכל הדעות, אין היא למוכ"ז. האם היא 'לפקודה'? בית המשפט המחוזי בפרשת **אובזילר** עשה מאמצים אינטלקטואליים ניכרים כדי להפוך את המניה 'על שם' למניה 'לפקודה'. בית המשפט הגיע לתוצאה זו באמצעות החלה של מבחן ענייני-כלכלי, שהתבסס על המציאות, לפיה הזכות במניה עוברת באופן חופשי, במנותק מרישום הבעלות. בית המשפט שם דגש על העובדה כי אין לחברת הרישומים, שעל שמה רשומה המניה, שום זכות קניינית ממשיית במניה, הואיל והזכות נתונה בפועל ללקוח, רוכש המניה. לטעמי, גם אם אפשר לראות באמצעות הפשטה רבה במניה הנדונה, מניה 'לפקודה' - ועדיין יש לי ספק בכך - הרי לא נתמלא התנאי הנוסף בהגדרת 'נייר ערך', לפיו הנייר צריך להקנות לאוחז בו את הזכות הנדונה בו. במקרה הנדון, האוחז במניה באופן פיזי הוא הבנק המרכז, כשההנחה היא שאין לאוחז זה זכות כלשהי במניה. ראה מ' דויטש **קניין** (כרך ב', 1999) 116. עובדה זו הביאה את בית המשפט המחוזי בפרשת **חזן** למסקנה כי אין תחולה לסעיף 17(3) לחוק במקרה הנדון.

14. מה בעניין ההפקדה הדרושה לפי סעיף 4(2) לחוק? הדרישה היא כי נייר הערך יופקד בידי הנושה או בידי שומר מטעם הנושה שאיננו החייב. כאמור, בפועל המניה מופקדת בבנק המרכז, שבנסיבות המקרה הנדון אינו הנושה, לפחות לא לגבי רוב רובן של המניות המשועבדות. האם הוא בבחינת שומר מטעם הנושה? ספק רב בעיניי בדבר זה. יצוין כי ה"הפקדה" לידי הבנק המרכז אינה מונעת מן החייב להעביר באופן חופשי את המניה דרך המסחר בבורסה. נמצא, כי ההפקדה, אם יש כזאת, אינה מוציאה את המניה ממחזור העסקים, גם

לא ממסחר בה ביוזמתו של החייב. כדי להתגבר על הקושי לראות בהפקדה מעין זאת הפקדה במובן חוק המשכון, בית המשפט המחוזי בפרשת **אובזילר** נזקק למוסד של "שיעבוד צף". וכך אומר בית המשפט:

...יש לראות בשיעבוד שיצרו בעלי הדין בתחילת הדרך כ"שיעבוד צף", המתגבש ביום שנקבע לפירעון החוב, שהרי באותו יום מתגבשת זכות המימוש, כאמור בסעיף 16 לחוק המשכון: "לא קיום החיוב במועדו, רשאי הנושה לממש את המשכון". העולה מכך הוא, שהחופש ממנו נהנה ה"משקיע" לסחור בניירות הערך ללא הגבלה, שוב אינו קיים ביום שנקבע לפירעון החוב, או כשהבנק דורש את הפרעון. בשלב זה השיעבוד הופך לעובדה מוגמרת, ועל כן מי שמחזיק בניירות הערך (חברת הרישומים), אינה עוד בת-חורין לנהוג בהם על פי הוראות ה"משקיע", שעבורו שימשה נאמן, אלא על פי הנחיותיו של הבנק-הנושה.

15. הרעיון של "שיעבוד צף", על אף המקוריות שבו, לא בנקל ניתן להחילו על המקרה שלפנינו, שבו מדובר במשקיע פרטי שאינו תאגיד. ההיזקקות למוסד זה בנסיבות המקרה הנדון אינה אלא עדות נוספת לאי התאמתו הבסיסית של ההסדר המצוי בסעיף 17(3) לחוק המשכון למקרה המיוחד של מניית בורסה. דומה, כי הכנסתו של המקרה לתוך מיטת הסדום של ההוראה הנדונה, הצריכה קטיעת איברים חמורה עד כדי ספק בחיותה של האורחת. לא בכדי סירב בית המשפט המחוזי בפרשת **חזן** ללכת בדרך זו.

16. אעבור כעת להליך המימוש העצמי על פי סעיף 17(4) לחוק המשכון, עליו התבסס בית המשפט המחוזי בפרשת **חזן**. גם חברי הנשיא א' ברק הגיע למסקנה כי ניתן לממש את מניית הבורסה הממושכנת, מכוח הוראת סעיף 17(4) לחוק. כפי שרמזתי בראשית דברי, אני רואה קשיים גדולים מאוד גם בהחלת הוראה זו על מניית הבורסה. לא השתכנעתי גם מהנמקתו של חברי הנשיא אשר תמך בהחלת הוראה זו. אתחיל בפסק דינו של בית המשפט המחוזי בפרשת **חזן**. בית המשפט מנמק את החלתה של ההוראה הנדונה בכך כי:

לרוכש נייר הערך הרשום על שם החברה לרישומים אין זכות קנינית עצמאית בנייר הערך, וכל שיש בידו הינה תביעת גברא כלפי החברה לרישומים שהמניות רשומות על שמה, זכות המתייחסת למכלול זכויותיו באותו נייר, לרבות בעניין מכירתו לאחר באמצעות ובתיווך חבר הבורסה שאצלו מופקדים הניירות, ובמקרה שלנו המשיב... יוצא, איפוא, שבמצב החוקי הקיים היום כל שיש בידי המערער הינו זכות גברא כלפי החברה לרישומים, דהיינו "זכות כלפי אדם אחר" כלשון ס' 20 לחוק המשכון. זכות כזו רשאי הנושה ובמקרה שלנו, המשיב, לממש "כשם שהחייב היה יכול לממשה", וזאת מלמדנו ס' 17(4) וכן סעיף 20 לחוק המשכון.... סיכומי של דבר, מסקנותיו של בית המשפט קמא בדבר היות ניירות הערך שבנדון ניירות ערך ל"פקודה", הניתנים למימוש עצמי על ידי המשיב מתוקף ס' 17(3) לחוק המשכון - מסקנות שגויות הן ואולם, רוח והצלה עומדים למשיב מס' 20 לחוק המשכון, המאפשר למשיב מימוש עצמי של ניירות הערך הנדונים, בשל העובדה כי זכותו של החייב בהם אינה אלא "זכות כלפי אדם אחר", קרי החברה לרישומים.

17. איני יכול להסכים עם גישתו של בית המשפט המחוזי ממספר טעמים. ראשית, הרעיון כי לרוכש נייר ערך אין כל זכות קניינית עצמאית בנייר הערך, וכל שיש לו היא תביעת גברא כלפי החברה לרישומים שהמניות רשומות על שמה, רעיון זה מוקשה בעיניי מאוד. כי הרי התפיסה היא שהחברה לרישומים מחזיקה בזכויות במניית הבורסה בנאמנות, כחוליה אחת בשרשרת הנאמנויות לטובת הלקוח. אין לחברת הרישומים שום זכויות עצמאיות אותן היא חייבת, כביכול, להעביר ללקוח. יתרה מזו, לפי הקונסטרוקציה של בית המשפט המחוזי, נראה כי הזכות החיובית אותה מממש הבנק היא זכותו של הלקוח לדרוש מחברת הרישומים כי תמכור את המניה בבורסה. לדעתי, פירוש כזה להוראת סעיף 17(4) לחוק הופך את מימוש הזכות, שיש לחייב כלפי אדם אחר, למימוש עצמי ישיר של המשכון על ידי הנושה. כפי שיתברר מיד בסמוך, תוצאה זו אין לקבלה. עם זאת יצוין, כי לכל הדעות קיימת ללקוח זכות חיובית, והיא: לקבל את תעודת המניה מהחברה המנפיקה, וזאת באמצעות חבר המסלקה וחברת הרישומים. אך, עם מימוש זכות זו, נייר הערך יוצא, כאמור, מן המסחר בבורסה. זכות חיובית זו לא מומשה במקרה הנדון, שבו המניות נמכרו על ידי הבנק-הנושה בבורסה.

18. שנית, וזאת בהמשך לדברים דלעיל, ההנחה כי סעיף 17(4) לחוק המשכון, בשילוב עם סעיף 20 לחוק, מאפשר את מימוש המשכון, להבדיל ממימוש הזכות החיובית, אינה נראית נכונה בעיניי. בכך מצטרף אני לדעתו של י' ויסמן **חוק המשכון, תשכ"ז 1967** - (פירוש לחוקי החוזים, בעריכת ג' טדסקי, תשל"ה) 357-358: פרופ' ויסמן מציין תחילה כי המחוקק נתפס בסעיף 17(4) לחוק לכלל טעות בהפנתו באופן גורף לסעיף 20 לחוק, לצורכי הסוגיה של מימוש משכון בזכות. וכך הוא אומר שם:

כאשר אנו מדברים במימוש משכון כוונתנו בכך לתהליך שמטרתו להמיר את הנכס הממושכן בכסף, שמתוכו יפרע החוב המובטח. בהבדל מכך, כאשר סעיף 20 מדבר במימוש זכות שמושכנה הכוונה בכך לתהליך שמטרתו להביא לביצוע הדבר המחוייב על פי הזכות שניתנה במשכון (ולא לקיום החיוב שהובטח על ידי המשכון). למשל, כאשר לפלוני זכות לקבלת בעלות בדירה מכוח חוזה מכר, והוא ממשכן זכות זו להבטחת הלוואה שנתן לו בנק, הרי "מימוש הזכות שמושכנה" פירושו התהליך שיביא להעברת הבעלות בדירה לפלוני (ובעקבות זאת יועתק המשכון מן הזכות לקבלת בעלות, אל הבעלות עצמה). לעומת זאת, מימוש המשכון בזכות האמורה פירושו התהליך אשר יביא להמרת הזכות הזאת בכסף, ופרעון החוב המובטח מתוך הכסף שיתקבל. לשון אחרת, "מימוש זכות שמושכנה", כאמור בסעיף 20, הוא תהליך המביא לחילופי משכון (בכפוף לחריג אחד עליו נעמוד להלן), בעוד שמימוש משכון בזכות, כאמור בסעיף 17(4) הוא תהליך המביא לקיצו של המשכון.

רק במקרה אחד מצטלבים שני התהליכים הנזכרים, ואז גורם מימוש הזכות שמושכנה למימוש המשכון ולא רק לחילופי המשכון. זהו המקרה שבו הזכות הממושכנת היא זכות לקבלת סכום כסף. משמתממשת הזכות הזאת, והכסף מתקבל, יש להשתמש בו לפירעון החוב המובטח, כאמור בסעיף 22 לחוק. זהו המקרה היחיד שבו נכונה קביעתו של 17(4) כי "במשכון שהוא זכות יכול שהמימוש יהיה כאמור בסעיף 20". לעומת זאת, בכל המקרים האחרים, שבהם התוכן של הזכות שמושכנה אינו זכות לקבלת כסף, אין האמור בסעיף 17(4) מדויק. במקרים אלה, מימוש הזכות שמושכנה, כאמור בסעיף 20, לא יהיה למימוש המשכון, אלא רק לחילופי המשכון, נושא המוסדר בסעיף 9(ב) לחוק.

דברים אלו התקבלו ללא הסתייגות בפרשת ע"א 66/91 **בירמן חברה לביטוח בע"מ נ' י.ד. מטר בע"מ**, פ"ד מו(5) 397, 404 (להלן: **בירמן**), מפי הנשיא מ' שמגר ובהסכמתם של חברי השופטים ת' אור וא' מצא. בית משפט זה אומר שם את הדברים הבאים:

פרופ' ויסמן, בספרו הנ"ל, מבחין בין מימוש זכות שמושכנה, שפירושו תהליך של חילופי משכון, לבין מימוש משכון בזכות, שפירושו תהליך המביא לקיצו של המשכון... ואולם, כשמדובר בזכות ממושכנת שהיא זכות לקבלת סכום כסף, מצטלבים לגישתו שני ההליכים, שכן "משמתמשת הזכות הזאת, והכסף מתקבל, יש להשתמש בו לפרעון החוב המובטח, כאמור בסעיף 22 לחוק".

ברוח זו ציין גם ח' זנדברג, "המחאת זכות: מכר מותנה או משכון? - אגב ע"א 2328/97 כוכבי נ' ארנפלד" **משפטים** לא(4) (תשס"א) 985, 1006-1007, באומרו:

...רק כאשר הזכות הנמחית היא זכות לכסף, והנושה הנמחה תבע וקיבל את הסכום מן החייב המקורי, הוא רשאי להשתמש בו ישירות לשם פירעון החוב, ואף זאת בכפוף לחובתו להשיב לחייב סכומים העולים על שיעור החוב. לעומת זאת, כאשר הזכות הנמחית היא זכות להירשם בעתיד כבעל זכות במקרקעין.. מדובר בדרך כלל בזכות שמימשה הוא עניין לעתיד הרחוק. זאת ועוד: מימוש הזכות על ידי הנושה הנמחה לא יקנה לו סכום כסף שממנו יהיה רשאי לנכות את חובו, אלא יוביל לחילופי המשכון מהזכות ואל המקרקעין שיפלו בחלקו של החייב. במקרה כזה יחולו המגבלות שמטיל חוק המשכון על מימוש משכון בנכס כלשהוא גם על מימוש משכון בזכות.

19. תימוכין לדעה כי סעיף 17(4) לחוק המשכון בשילוב עם סעיף 20 לחוק אינו עוסק במימוש המשכון, אלא במימוש הזכות החיובית של החייב גרידא, אפשר למצוא בהוראת הסיפא של סעיף 20 לחוק, לפיה רשאי הנושה-בעל המשכון "לעשות כן אף אם חל המועד לקיום הזכות לפני המועד לקיום החיוב המובטח". אין זה מתקבל על הדעת כי מימוש המשכון יוכל להיעשות על ידי הנושה לפני מועד קיום החיוב המובטח. כי הרי על פי סעיף 16 לחוק, תנאי למימוש המשכון הוא כי החייב לא קיים את חיובו במועד. מכאן, כי אין לקבל פרשנות של הוראת סעיף 17(4) לחוק, שהייתה מאפשרת מימוש המשכון לפני מועד קיום החיוב. כאמור, היבט זה מחזק במשנה תוקף את פרשנותם של המלומדים, המבדילה בין מימוש הזכות (כפי שנאמר בכותרת לסעיף 20 לחוק) לבין מימוש המשכון. השווה בהקשר זה גם את הוראת סעיף 22 לחוק המשכון המסדירה את המקרה שמימוש הזכות מביא לקבלת סכום כסף לידי הנושה לפני מועד קיום החיוב.

20. אגע כעת בהנמקתו של חברי הנשיא א' ברק. בסעיף 12 לחוות דעתו, קובע חברי כי לעניין סעיף 17(4) לחוק המשכון, הזכות היא זכות אובליגטורית (זכות גברא), לרבות "נייר ערך". אין חברי מנמק מדוע נייר

ערך, בתור שכזה, כלול במושג של זכות אובליגטורית. חברי מפנה אל ספרו של י' ויסמן (שם, בעמ' 359), אך מחבר זה עוסק בזכויות אובליגטוריות הנלוות לנייר הערך ולא לנייר הערך עצמו.

21. בסעיף 13 לחוות דעתו, חולק חברי הנשיא על גישתו של פרופ' ויסמן הקובע כי המחוקק נתפס לכלל טעות בהפנותו בסעיף 17(4) לחוק המשכון באופן גורף אל סעיף 20 לחוק. חברי מעיר בהקשר זה כי:

...הוראה אחרת לאופן מימושו של משכון בזכות אין, ועל כן יש לקיים את דרישת החוק, על פיה בעל המשכון רשאי לממש את המשכון באותו אופן שבו החייב היה יכול לממשו. פתרון זה תואם גם את הרציונל המונח ביסוד מימוש משכון בלא צו של בית משפט.

לטעמי, הפתרון המוצע על ידי חברי סותר את הרציונל של העקרון הכללי כי אין מימוש משכון ללא צו של בית משפט. הדרישה לצו של בית המשפט כוונתה "להגן על החייב בשלב המכריע שבו עומדים למכור את המשכון לפרעון חובו" (ויסמן, שם, בעמ' 320). מימוש המשכון ללא צו בית המשפט הוא החריג, המותר במגבלות ידועות הקבועות בחוק. חוששני, כי פרשנותו של חברי מביאה לידי הרחבה בלתי מבוקרת של עשיית דין עצמית מצד נושים, וזאת בניגוד למגמת המחוקק להגן על החייב.

22. בסעיף 14 לחוות דעתו, מציין חברי כי לעניין המימוש של זכות אובליגטורית, דינו של הנושה כדין בעל הזכות. בהקשר זה מסתמך חברי על פרשת **בידרמן**, וכן מביא הוא את דבריו של מ' דויטש **קניין** (כרך ב', 1999) 100, בזו הלשון:

מימוש המשכון נעשה באמצעות כניסתו של הנושה לנעלי הממשכן אל מול הצד השלישי; המשמעות היא כי הנושה רוכש בעלות על הנכס הממושכן (הזכות האובליגטורית).

וחברי מסיק:

נמצא, כי כשם שבעל הזכות רשאי לנהוג מנהג בעלים, כך גם בעל המשכון רשאי לנהוג בזכות המצווה בבעלותו (מכוח הוראת סעיף 20 לחוק המשכון) מנהג בעלים. כך, למשל, רשאי בעל המשכון להמחות את הזכות, אם בדרך מכירה, אם בדרך מתנה ואם בדרך אחרת. כל זאת רשאי הוא לעשות בלא צו בית המשפט ובלא צו ראש ההוצאה לפועל.

23. דא עקא, המקורות עליהם מסתמך חברי אינם תומכים במסקנתו כי בעל המשכון רשאי לנהוג בזכות שמומשה על ידו בדרך בעלים. בפרשת **בידרמן**, בית משפט זה סמך את ידו על גישתו של פרופ' י' ויסמן, השולל במפורש את האפשרות של מימוש המשכון, להבדיל ממימוש הזכות האובליגטורית, למעט המקרה של

קבלת כספים. גם מדברי פרופ' מ' דויטש אינו עולה כי הנושה רשאי למכור בדרך מימוש המשכון את מושא הזכות האובליגטורית שהגיע לידי. המובאה המלאה מתוך ספרו של מחבר זה היא:

המשמעות היא כי הנושה רוכש בעלות על הנכס הממושכן (הזכות האובליגטורית), מבלי לנקוט בהליכי המימוש הרגילים של משכון, אשר אלמלא הוראה זו היו מחייבים כי המימוש ייעשה באמצעות מכירה של הזכות האובליגטורית בהליכי הוצאה לפועל.

בדברים אלה אין רמז כלשהו על כך כי הנושה שמימש את הזכות האובליגטורית רשאי, לאחר שמושאה הגיע לידי, לממשו על ידי מכירה. השווה בעניין זה את הערתו של המחבר פרופ' מ' דויטש (הערה 235) בסמוך למובאה הנזכרת, שבה מצויה הפנייה לפרשת **בירדמן**, למקום בו צוטטו דבריו של פרופ' ויסמן. ההנחה היא, אפוא, כי פרופ' דויטש אינו חולק על גישתו של פרופ' ויסמן.

24. בסעיף 16 לחוות דעתו, מנתח חברי הנשיא את האובייקט של המשכון, ומציין כי:

אליבא דכולי עלמא יש להם למערערים זכות אובליגטורית כי יירשמו כבעלי המניות במרשם בעלי המניות של חברה פלונית.

והוא מוסיף כי:

על היקפה ומהותה של זכות אובליגטורית זו אין לנו צורך להרחיב. זכות אובליגטורית זו של המערערים מושכנה לבנק המשיב. כאשר המערערים לא קיימו את חובם כלפי הבנק המשיב, היה הבנק רשאי לממש את המשכון.

אודה כי לא ירדתי לסוף דעתו של חברי בדברים אלה. אם הזכות האובליגטורית היא כי יירשמו כבעלי מניות במרשם בעלי המניות של חברה פלונית, הרי זו היקפה וזו מהותה של הזכות האובליגטורית. ואם כך הדבר, מימוש זכות זו הוא קבלת תעודת מניה, כפי שהסברתי בסעיף 7 לחוות דעתי. זכות זו לא מומשה על ידי הבנק; ואין בהימנעות זו משום הפתעה כלשהי: הרי קבלת התעודה על שם החייב הייתה מונעת את מסחרה של המניה בבורסה. והנה, על יסוד זכות חיובית זו, אשר כאמור לא מומשה מעולם, מסיק חברי כי הבנק היה רשאי לבצע מימוש עצמי של המשכון על ידי מכירת הזכות. דרך מחשבה זו לא נהירה לי. אפשר וכוונתו של חברי היא כי - כפי שגרס בית המשפט המחוזי בפרשת **חזן** - לחייב נתונה זכות אובליגטורית לדרוש מן הבנק, ומיתר הגורמים המעורבים במסחר בבורסה, למכור את המניה בשוק. כאמור, ספק רב בעיניי אם בנסיבות אלה

המדובר הוא בזכות אובליגטורית, וזאת משום שהיחסים בין גורמים אלה הם יחסי נאמנות, שהם ממהותם בעלי אופי קנייני. יתרה מזו, הגורם שעליו לבצע את מכירת המניה מטעם החייב הוא דווקא הבנק-הנושה. נמצא, באופן פרדוקסלי, שהבנק-הנושה נכנס לנעליו של הממשכן ובנק זה מפעיל את זכותו של האחרון כלפי עצמו.

25. כאמור, חושש אני כי הרעיון שסעיף 17(4) לחוק מאפשר לנושה לממש את מושא הזכות האובליגטורית, המגיע לידי בעקבות כניסתו לנעליו של החייב, ירחיב את החריג של מימוש משכון ללא פיקוח שיפוטי, הרחק מעבר לכוונותיו של המחוקק. נתאר לעצמנו מקרה שבו התחייב אדם לקנות נכס ושילם כבר את תמורתו למוכר. הקונה ממשכן זכות זו לקבלת הנכס לטובת נושה שלו. נושה זה מפעיל כעת, מכוח סעיף 20 לחוק המשכון, את זכותו של החייב כלפי המוכר, ובעקבות כך מוכר את הנכס לצד רביעי לשם מימוש המשכון, וזאת מכוח סעיף 17(4) לחוק. התוצאה היא כי מעמדו של נושה כלפי הנכס חזק יותר, וזאת רק בשל העובדה שהנכס טרם הגיע לידי של החייב-הקונה. לו חייב זה היה מממש בעצמו את זכותו החיובית כלפי המוכר, הנושה לא יכול היה לממש את המשכון ללא צו בית משפט. קשה לי לראות את הרציונל לתוצאה זו ההופכת מיישכון של זכות חיובית לחזקה יותר, מבחינת הנושה, מאשר מיישכון של קניין המצוי בידי החייב. בעיניי, הצורך בהגנה על החייב קיים במידה לא פחותה גם במקרה של מיישכונה של זכות חיובית.

26. לבסוף, בסעיף 15 לחוות דעתי, נוגע חברי בקושי המתעורר בשל הסיפא של סעיף 20 לחוק המשכון, המאפשר לנושה לממש את זכותו של החייב כלפי צד שלישי לפני מועד קיום החיוב המובטח. חברי מציע למצוא את הפתרון, מבלי להכריע בדבר, על ידי השימוש בעקרון תום הלב. בעיניי דרך זו היא מלאכותית למדי. יתרה מזו, הפנייתו לסעיף 19(ג) לחוק המשכון היא ביסודה עניין של היקש. כלומר, הוראת סעיף 19 לחוק נוגעת למימוש של משכון לפי סעיף 17(3) לחוק; החלתה על מימוש על פי סעיף 17(4) לחוק, כהצעתו של חברי, נעשית, אם כן, בדרך של היקש. והנה, רעיון ההיקש יעמוד במרכז הפתרון המוצע על ידי בהמשך הדברים.

27. אסכם אפוא את דעתי בעניין החלתו של סעיף 17(4) לחוק המשכון. העולה מפסיקתו של בית משפט זה בפרשת **בידרמן** ומן הספרות המשפטית הוא כי, גם בהנחה שהבנק-הנושה היה נכנס לנעלי החייב-הלקוח, אין בכך משום מתן אפשרות לבנק למימוש עצמי של המשכון. נראה, אפוא, כי גם המסגרת הנורמטיבית של הוראת סעיף 17(4) לחוק המשכון, אינה נוחה למניית הבורסה. התאמתה של מיטת פרוקרוסטס הנורמטיבית לאורחת זו אינה אפשרית, בלתי אם ננקוט בשיטתו של השודד המיתולוגי, שנהג למתוח את האברים עד כלות הנשמה.

28. נשאלת השאלה, האם בכך נחתך גורלם של הערעורים לרעת הבנק-הנושה? או שמא יעמדו למשיב - כדברי בית המשפט המחוזי בפרשת **חזן** - רווח והצלה ממקום אחר? אני סבור כי ניתן למצוא בסיס נורמטיבי נוסף לזכותו של הבנק-הנושה לממש מימוש עצמי את מניית הבורסה הממושכנת. לשם כך, אני יוצא מנקודת המוצא כי עצם העובדה ששתי ההוראות ה"מועמדות" להענקת זכות למימוש עצמי לבנק אינן מתאימות למניית הבורסה, אינה בבחינת הסדר שלילי. לטעמי, המחוקק, בעת חקיקת חוק המשכון, לא נתן את דעתו על המקרה של מניית בורסה. המסקנה כי אין כאן הסדר שלילי עולה מן היסודות הרעיוניים העומדים מאחורי ההסדר של מימוש עצמי של משכון על ידי מוסד בנקאי.

29. נראה כי שני רעיונות מרכזיים הדריכו את המחוקק בקביעת התנאים למימוש משכון על ידי מוסד בנקאי. הרעיון האחד מכוון להגנה על האינטרסים של נושים אחרים. רעיון זה מוצא את ביטויו בסעיף 4(2) לחוק המשכון, אליו מפנה סעיף 17(3) לחוק. כוונתי לתנאי ההפקדה, שאחת המטרות שלו היא למנוע את הטעייתם של נושים אחרים, העשויים לסמוך על הימצאותו של הנכס הממושכן ברשותו של החייב. בנסיבות המקרה של מניית בורסה, חשש ההטעיה הוא רחוק מאוד, משום שהתעודה אינה מצויה כלל בידי החייב. יתרה מזו, יש להניח כי היות תיק ההשקעות משועבד לקו אשראי של בנק, היא עובדה הידועה ברבים. השווה בהקשר זה את הסיפא של הוראת סעיף 4(3) לחוק המשכון.

30. הרעיון האחר, המונח ביסוד התנאים הדרושים למימוש העצמי של המשכון, מטרתו להגן על החייב. את תנאי ההפקדה, הנדרש על ידי הוראת סעיף 4(2) לחוק, הזכרנו בהקשר לאינטרס של הנושים. אך יש בו גם היבט חשוב הבא להגן על החייב: הימצאותו של נייר הערך אצל אדם אחר, מונעת חדירה לרשותו של החייב. ברוח זו אומר י' ויסמן, **שם**, בעמ' 324:

גישת המחוקק לענין הענקת זכות מימוש לנושה עצמו הייתה, כנראה, כי יש לסייג דרך קיצונית זו לנסיבות שבהן לא תהיה כרוכה הפעלת "העזרה העצמית" בחדירה לרשותו של החייב. לפי גישה זו הוענקה לנושה הזכות לממש בעצמו את המשכון במקרים שבהם ההחזקה במשכון אינה בידי החייב אלא בידי הנושה (או בידי שומר מטעמו של הנושה). כזהו המצב במשכון מופקד.

בנסיבות של מניית בורסה, גם אם לא מדובר בהפקדה במובן הצר, הרי מימושו העצמי על ידי מוסד בנקאי מתאפשר ללא חדירה לרשות החייב, משום שהמניה מצויה ממילא ברשותו של הבנק המרכז.

31. העולה מן האמור, כי המציאות של מניית בורסה שומרת על שני הרעיונות אותם ביקש המחוקק להגשים באמצעות התנאים הקבועים בסעיף 17(3) לחוק המשכון. כלומר, אין חשש להטעיית נושים אחרים

ואין חדירה לרשותו של החייב. כל זה מבחינת התנאים המיוחדים הנדרשים למימוש עצמי על פי סעיף 17(3) לחוק. בהקשר שלנו, חשובה יותר היא התכלית הכללית של מימוש עצמי של משכון על ידי מוסד בנקאי. תכלית זו, שתוארה בהרחבה על ידי בית המשפט המחוזי בפרשת **אובזילר**, מצויה בצורך בשמירה על יעילותה של המערכת הבנקאית ושל מערכות מתן ההלוואות והקצאת האשראי. כפי שמציין י' ויסמן, **שם**, בעמ' 324, שני נימוקים תומכים במעמד המיוחד המוענק לנושה שהוא מוסד בנקאי. האחד, הבנקים חייבים לעיתים לממש משכונות במהירות כדי לשמור על דרישת הנזילות; והשני, כי לבנקים הייתה יכולת דומה גם לפני חוק המשכון והנסיין לימד כי דבר זה לא גרם לתקלות וכי לא היה ניצול לרעה של היכולת הזאת. כפי שציין שופט בית המשפט השלום בפרשת **אובזילר**, השמירה על נזילות הבנק מחייבת מימוש מיידי במיוחד לגבי מניות הבורסה ששווין משתנה מידי יום ביומו בשל התנודות הגדולות בבורסה לניירות ערך.

32. נמצא, כי התכלית הכללית של הנהגת מימוש עצמי של משכון על ידי מוסד בנקאי נוגעת במידה לא פחותה גם למניית בורסה. לכן, סבור אני כי לא היה בחפצו של המחוקק לשלול לגבי מנייה זו את האפשרות של מימוש עצמי על ידי הבנק-הנושה. בהנחה כי לא בהסדר שלילי מדובר, הרי לפנינו שאלה משפטית הטעונה הכרעה שאין לה תשובה בדבר חקיקה ובהלכה הפסוקה. במקרה זה, הדרך לפתרון הבעיה המשפטית, המוצעת על ידי סעיף 1 לחוק יסודות המשפט, תש"ם 1980-, היא דרך ההיקש, אנלוגיה בלע"ז. ראה ע"א 3622/96 **חכם נ' קופת חולים "מכבי"** פ"ד נב(2), 638. לטעמי, ניתן לערוך היקש מן ההסדר הקבוע בהוראת סעיף 17(3) לחוק המשכון לגבי ניירות ערך מופקדים, על ההסדר שיש להחיל על מניית הבורסה. התכלית המשותפת מצדיקה את ההיקש בין שני המצבים. התוצאה היא כי הבנק הנושה זכאי לממש את מניית הבורסה הממושכנת מימוש עצמי ללא צו בית המשפט, וזאת בדרך הקבועה בסעיף 19 לחוק המשכון.

אי לכך, גם עלי מקובלת המסקנה של חברי הנשיא א' ברק כי דין שני הערעורים להידחות, אם כי לאו דווקא מטעמו.

ש ו פ ט

השופטת א' פרוקצ'יה:

חברי, הנשיא ברק והשופט אנגלרד מסכימים לתוצאה כי הבנק רשאי היה בנסיבות הענין לממש את המשכון ללא צו בית המשפט. אני מצטרפת לתוצאה זו. עם זאת, כל אחד הגיע לתוצאה האמורה בדרך משלו. מבין שני הדרכים שתוארו, נראית לי דרכו של הנשיא, מהטעמים המובאים בפיסקו, ואני מצטרפת לדעתו.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק דינו של הנשיא א' ברק.

ניתן היום, ו' כסלו התשס"ב (21.11.2001).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ה נ ש י א

העתק מתאים למקור
 נוסח זה כפוף לשינויי עריכה טרם פרסומו בקובץ
 פסקי הדין של בית המשפט העליון בישראל.
 שמריהו כהן - מזכיר ראשי
 /דז/A07.97042940

בבית המשפט העליון פועל מרכז מידע, טל' 02-6750444