

# דיור חלופי במקרה של מימוש משכנתה על דירת מגורים: דיון בעקבות הפסיקה והרפורמה בחוק ההוצאה לפועל

פבלו לרנר\*

- א. מבוא
- ב. משכנתה ורכישת דירה
- ג. הגנה על קורת גג במשפט הישראלי
  - 1. החייב יקבל דיור חלוף
  - 2. מתי יהפוך החייב לדייר מוגן?
  - 3. הגנה במקרה של מימוש משכנתה
  - 4. הרפורמה בחוק הערבות
  - 5. סעיף 1ב81 לחוק ההוצאה לפועל
- ד. ויתור על הגנה בשטר משכנתה: התפתחות הפסיקה
  - 1. גישה פורמליסטית: פרשת רוזנר
  - 2. מבחן ההתנהגות: פרשת שפייזמן
  - 3. הרחבת ההגנה: פרשת מיסטר מאני
    - 3.1 העובדות
    - 3.2 הטלת חובת גילוי על המלווה
    - 3.3 חייב עיקרי או ערב?
    - 3.4 הרחבה של הלכת מיסטר מאני
- ה. השינוי בחוק ההוצאה לפועל
  - 1. דיור חלוף כהגנה קוגנטית
  - 2. תוצאות (משוערות) של ההוראה
    - 2.1 השפעה על קיום החוזה
    - 2.2 קביעת משוכות גבוהות יותר להשגת אשראי

---

\* המרכז האקדמי למשפט ולעסקים ברמת-גן. המחבר השתתף בדיונים אשר התקיימו בוועדת החוקה, חוק ומשפט בעניין תיקון 29 לחוק ההוצאה לפועל. הטיעונים השונים שהועלו שם בקשר לתיקון החוק, שימשו מקור השראה לחלק מהרעיונות המובאים ברשימה זו. תודה גם למר משה פרל, מנכ"ל איגוד הבנקים, על המידע שמסר לי בעניין שוק המשכנתאות בארץ. מיותר לציין, כי האחריות על מה שכתוב ברשימה זו היא של המחבר בלבד.

- 2.3 השפעה על נושים לא מובטחים בפשיטת רגל
  3. חישוב הדיור החלופי
  - 3.1 משך תקופת הדיור החלופי
  - 3.2 טיב הדירה ואזור המגורים
  - 3.3 אפשרות להישאר בדירה
  4. חסינות כספי הדיור החלופי
  5. ערכאה לדיון
  6. שלילת ההגנה
  7. ידיעתו של הלווה על אודות הוויתור
  8. ייצוג משפטי
  9. תחילת החוק
  10. מעמד ילדי החייב
  11. על מיקומו של סעיף 33 לחוק הגנת הדייר לאור הרפורמה
1. סיכום

## א. מבוא

התיקון לחוק ההוצאה לפועל<sup>1</sup> מהווה את הרפורמה המקיפה ביותר שנערכה בחוק מאז נחקק בשנת 1967.<sup>2</sup> בין היתר קובעת הרפורמה, כי חייב אשר דירתו מומשה עקב הליכי משכנתה, יהיה רשאי לקבל סכום מסוים, שישימש לו "סידור חלוף" (להלן גם: "ריור חלוף" או "דיור חלופי").<sup>3</sup> עד לכניסת הרפורמה לתוקף נשללה ממנו זכות זו בשל סעיף ויתור שהופיע בשטר המשכנתה. לתיקון זה חשיבות רבה לגבי היחס בין המלווה ללווה, והוא אף עשוי להשפיע על המערכת הבנקאית כולה. כדי להבין את משמעות התיקון יש להכיר את התפתחות הפסיקה בסוגיה זו. מאמר זה מבקש להציג נקודת מבט ביקורתית על התפתחות הפסיקה ועל השינוי שמביא המחוקק לסוגיה זו.

לצורך כך אפתח בדיון קצר בסוגיית הדיור, ואציג את מסגרת ההגנה על החייב –

<sup>1</sup> חוק ההוצאה לפועל (תיקון מס' 29), התשס"ט–2008, ס"ח 2188 (להלן: "הרפורמה" או "תיקון 29").

<sup>2</sup> חוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז–1967 (להלן: "חוק ההוצאה לפועל"). בכל פעם שאני מזכיר במאמר זה את "חוק ההוצאה לפועל" כוונתי היא לחוק על פי הניסוח שלפני הרפורמה, אלא אם כן נאמר אחרת.

<sup>3</sup> בין השינויים המשמעותיים האחרים יש לציין את ביטול המאסר (לתקופת ניסיון של שנתיים), הרחבת הרשימה של אמצעי האכיפה והעקיפה (לרבות שלילת רישיון נהיגה), גישה למידע על החייב והקמת מנגנון הוצאה לפועל מקוצר.

דיוור חלוף ודיירות מוגנת במשפט הישראלי. לאחר מכן אתמקד בבעיה של הגנה או היעדר הגנה במקרה של משכנתה, ואבהיר את השיטה הקיימת בחוק. לשם כך אסקור מנקודת מבט ביקורתית את הפסיקה אשר התעלמה מבעיית הדיוור החלופי במשכנתאות, תוך שילוב עקרונות הגנת הצרכן. עוד אסקור תפיסות חברתיות השואבות משיח האיזונים בכל הנוגע לזכויות היסוד הנהוגות בבית המשפט העליון. לשאלה עד כמה צריכה ההגנה על דירה שנרכשה בכספי גורם פיננסי להיות כלולה בזכות יסוד פנים לכאן ולכאן.

בהמשך אתמקד בהוראה החדשה. השינוי המרכזי הוא בהפיכתה של ההגנה לקוגנטית. אין זה המקרה היחיד של הוראה קוגנטית בכל הנוגע להגנה על רכושו של החייב, אך הדרך שבה עיצב המחוקק את הקוגנטיות שונה ממקרים אחרים. אדון גם בטיב הדיוור החלופי, אשר בסופו של דבר יקבל החייב, שהרי מדובר בהגנה מוגבלת בהיקפה: בשונה מפינוי דירה במקרה של עיקול, כאן נקבע כי פרק הזמן לדיוור חלופי שיינתן במקרה של פינוי דירת מגורים בגין אי-תשלום משכנתה מוגבל כעיקרון ל-18 חודשי שכירות. כמו כן, קביעתו של המחוקק, כי על המלווה מוטלת חובת גילוי כלפי הלווה בעת לקיחת המשכנתה לגבי זכותו לדיוור חלופי, היינו, החובה להסביר לו בבירור כי עומדת לו זכות זו – עשויה לעורר בעתיד שאלות, במיוחד משום שכאשר ההסבר לא ניתן, החייב רשאי לדרוש דיוור חלוף רחב יותר. לפיכך אדון בטיב ההסבר שהמלווה אמור לספק ללווה, שהרי לא מן הנמנע, כי אי-הבנות יגרמו לפנייה לערכאות.

מבלי להתיימר למצות את הנושא, אחתום מאמר זה בכמה הערכות באשר להשלכות התיקון. ברור שיהיה צורך להמתין עד שיצטבר די ניסיון בחוק, ואז נוכל להיווכח עד כמה עומדים השוק והפסיקה בציפיות שהביאו את המחוקק לקביעה זו, שהיא יוצאת דופן ונדירה בהשוואה לשיטות משפט אחרות בעולם.

## ב. משכנתה ורכישת דירה

לביתו של אדם יש חשיבות גדולה. הוא כבודו ומרצו, ובו הוא מפתח את אישיותו ואת זהותו.<sup>4</sup> בעלות על דירה מהווה חלק מהביטחון העצמי של אדם, מדימויו העצמי, מאורח חייו, מקשריו החברתיים ועוד. אבדן דירה יכול להשפיע על מכלול גורמים, כולל בריאותו הפיזית<sup>5</sup> ובריאותו הנפשית. לא מדובר כאן בבעיה אינדיבידואלית, אלא בבעיה חברתית.<sup>6</sup> משפחה בלא קורת גג יכולה להוות נטל על החברה, משום

<sup>4</sup> ראו: בג"ץ 2390/96 קרסיק נ' מדינת ישראל, מינהל מקרעני ישראל, פ"ד נה(2) 625, 673 (2001).

<sup>5</sup> ראו: Avital Margalit, *The Value of Home Ownership*, 7 THEORETICAL INQUIRIES IN LAW 467, 470 (2006).

<sup>6</sup> ראו את דברי השופט יעקב טירקל ברע"א 5368/01 יהודה נ' תשובה, פ"ד נח(1) 214, 223 (2003).

שהיא זקוקה לעזרה – ממשלתית או פרטית – לצורך השגת קורת גג. בשנים הראשונות של המדינה נחשבה בניית דיור ציבורי לפתרון דיור הולם (בעיקר עבור עולים חדשים), אך כבר שנים שאין בנייה ציבורית בישראל. בהיעדר מדיניות לבניית דיור ציבורי,<sup>7</sup> סבסוד שכר דירה, מגורים ותנאים כלכליים סבירים, השימוש במשכנתה בדרגות שונות הוא אחת הדרכים העיקריות שעומדת בפני אזרחי ישראל להשגת דירה.<sup>8</sup> אמנם לא כל הישראלים רוכשים דירה משלהם,<sup>9</sup> אולם למעלה משבעים אחוזים מהאוכלוסייה הם בעלי דירות משלהם.<sup>10</sup> ישראל אף נמנית עם המדינות שבהן שיעור בעלי הדירות הוא מהגבוהים בעולם, ובנתון זה היא משתווה למדינות סקנדינביה.<sup>11</sup> אלא שהתנאים הכלכליים והחברתיים בישראל שונים מאלה של מדינות סקנדינביה. מחירי הדירות גבוהים יחסית לרמות ההכנסה, ואינם מאפשרים לרוב האוכלוסייה לרכוש דירה, אלא באמצעות אשראי.<sup>12</sup> זו הסיבה לכך שרוב רוכשי הדירות בישראל נאלצים לקחת משכנתה. קיומו של שוק אשראי

<sup>7</sup> אמנם דיור ציבורי כגון בניית בתים לצורך השכרה במחירים מיוחדים, או חזרה למשטר של דירות עמידר ועמיגור, יכול היה כביכול לספק פתרון לשכבות החלשות, אולם ההתייחסות כיום אל פתרון כזה כאל דיור חלופי ותחליף לפתרון בעיות ההוצאה לפועל אינו ראלי או אף אפקטיבי. ראו פרוטוקול ישיבה מס' 483 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17 (3.3.2008).

<sup>8</sup> זאת ועוד: העובדה שהדירה ממושכנת יכולה לעתים לסייע לחייב לשמור על הבית מול נושים חיצוניים, משום שעקב שיקולי כדאיות לא יוכל הנושה הרגיל לממש בפועל את הדירה כל עוד לא נפרעה ההלוואה במלואה. לשיקולים אלה יכולה להיות חשיבות רבה גם מבחינת החייב, כאשר ברגע של הסתבכות יש להחליט למי לשלם – האם לנושה הרגיל או לנושה המובטח עם משכנתה. כל עוד משלם החייב את המשכנתה יהיה קשה מאוד לנושה הרגיל לממש את הנכס. כך, למשל, במקרה של פשיטת רגל, מקובל כי אם זו משכנתה משותפת, הרשומה על שם הבעל והאישה, האישה תמשיך לשלם את המשכנתה, ומכאן שבפועל אין לנושים הרגילים אפשרות לפעול נגד הנכס של החייב.

<sup>9</sup> לפי נתונים שהביא חבר הכנסת רן כהן, לכ-1,600,000 משפחות בישראל יש דירה בבעלותן, ואילו לכ-432,000 משפחות אין בעלות על דירה, מתוכן כ-120,000 משפחות מתגוררות בדירות ציבוריות, אשר נרכשות באופן הדרגתי על ידי הדיירים. ראו: רן כהן **המלחמה על הבית: מהלכיו של חוק הדיור הציבורי** 23 (2008).

<sup>10</sup> עם זאת, יש לציין כי שיעור הבעלות על דירות בשכבות הנמוכות מגיע לכ-43 אחוזים, ואילו בעשירון העליון הוא מגיע לשיעור ממוצע של 83 אחוזים. הנתונים לפי דו"ח מרכז המחקר והמידע של הכנסת "ניתוח השלכות התיקון בחוק ההוצאה לפועל על שוק המשכנתאות" 5 (6.3.2008). ניתן לצפייה בכתובת: [www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m02007.pdf](http://www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m02007.pdf) (נבדק לאחרונה ב-1.2.2011).

<sup>11</sup> ראו: Noah Lewin Epstein, Irit Adler & Moshe Semyonov, *Home Ownership and Social Inequality in Israel, in HOME OWNERSHIP AND SOCIAL INEQUALITY IN COMPARATIVE PERSPECTIVE* 338, 344 (Karin Kurz, Hans-Peter Blossfeld eds., 2004).

<sup>12</sup> ככל הנראה, מגמה זו אינה ייחודית רק לישראל. אנחנו נתקלים בה גם במדינות אחרות. ראו מחקרים השוואתיים בקובץ המאמרים, שם.

ומשכנתאות מפותח יחסית מאפשר לאנשים רבים לקבל אשראי לצורך רכישת דירה, אך אינו יכול לפתור את בעייתם של אלה שאינם מצליחים לעמוד בתשלומי ההלוואה.

אין בכוונתי לדון במסגרת מאמר זה בשאלות הרבות הנוגעות לדיני משכנתאות. די אם נציין כי הגדרתו של משכון היא שעבוד של נכס, המיועד להבטיח את קיום החיוב,<sup>13</sup> ומשכנתה היא למעשה משכון, הרובץ על נכסי דלא נידי.<sup>14</sup> הליכי מימוש משכון ומשכנתה (מימוש דירה או כל נכס דלא נידי עליו רובצים משכון או משכנתה) שונים מהליכי הוצאה לפועל, שננקטים על בסיס פסק דין או שטר, והם מתנהלים בתיק נפרד, אשר מיועד כולו למימוש הבטוחה.<sup>15</sup> על הבטוחות חל עקרון ה"תפלות", שפירושו כי ללא חיוב עיקרי אין תוקף למשכון. מימוש משכון או משכנתה נעשה ללא פסק דין, והתיק הנפתח בלשכת הוצאה לפועל מוגבל למימוש הרכוש בלבד.<sup>16</sup> כעיקרון, מימוש משכנתה רשומה<sup>17</sup> מתבצע באמצעות לשכת הוצאה לפועל.<sup>18</sup> החוק קובע כי יש למנות כונס נכסים, אשר בסופו של דבר ימכור את הנכס, והרווחים לאחר תשלום הוצאות יועברו לתיק הנושה.<sup>19</sup>

במקום אחר הסברתי שההוצאה לפועל מתבססת על דיאלקטיקה בין שתי תפיסות: הגישה האתית והגישה הצרכנית.<sup>20</sup> הגישה הראשונה רואה את ההוצאה לפועל כבעיה של מוסר תשלומים, ולכן תופסת את קיום תשלומי ההלוואה כמרכיב חשוב. אבל יש גישה נוספת שלפיה ההוצאה לפועל היא בעיה צרכנית, שהרי חלק מקשייהם של הלווים בתשלום משכנתה נובעים ממחלות, מפיטורים או מקשיים

<sup>13</sup> ראו ס' 1 לחוק המשכון התשכ"ז-1967 (להלן: "חוק המשכון"). במאמרי זה אשתמש בביטוי "משכנתה" כדי להתייחס גם להלוואה מובטחת במשכנתה, לאמור, כאשר אציין כי אדם "לוקח משכנתה" הכוונה היא, בשפה עממית, ללקיחת הלוואה המובטחת במשכון או משכנתה.

<sup>14</sup> על המשכנתה, ראו: אריה אייזנשטיין **יסודות והלכות בדיני מקרקעין** כרך ב 151 (1996); מיגל דויטש **קניין** כרך ב 15 ואילך (1999); דוד האן "שעבוד כ'קניין" **ספר ויסמן – מחקרי משפט לכבודו של יהושע ויסמן** 43 (שלום לרנר ודפנה לוינסון זמיר עורכים, 2002).

<sup>15</sup> כידוע, ניתן לפתוח תיק הוצאה לפועל על בסיס שטר, פסק דין או משכון. כיום קיימת אפשרות לפתוח בהליכי הוצאה לפועל ללא פסק דין על בסיס מסמך בכתב, כאשר מדובר בסכום של עד 50,000 ש"ח.

<sup>16</sup> חשיבותן של הבטוחות קיימת גם בהליכי פשיטת רגל (וגם כאשר מדובר על חייב מוגבל באמצעים או על איחוד תיקים), שבהם בעלי המשכנתה אינם חייבים לעצור את ההליכים בגין ההליך של כינוס או פשיטה, והם רשאים לממש את הרכוש מחוץ למסה (מכלול הנכסים).

<sup>17</sup> כאשר המשכנתה אינה רשומה יש להגיש תביעה בבית המשפט.

<sup>18</sup> לפי חוק המשכון, ביצוע משכון מתבצע לפי הכללים החלים על עיקול. ראו ס' 18 לחוק המשכון.

<sup>19</sup> ראו באופן כללי: דוד בר-אופיר **הוצאה לפועל: הליכים והלכות** 667 ואילך (מהדורה שביעית, 2009).

<sup>20</sup> ראו: Pablo Lerner, *The Chief Enforcement Officer and Insolvency in Israeli law*, 7 *THEORETICAL INQUIRIES IN LAW* 565, 567 (2006).

במשפחה. ברור שחלק מהפרות ההסכם הן תוצאה של נסיבות, שאינן קשורות להתנהגותו של החייב.

הפרת הסכם הלוואה בין החייב לבין הגורם הפיננסי אינה נעוצה בהכרח בהתנהגותו הפסולה של החייב. למצב מסוג זה יש שפע של סיבות: נסיבות חיים שונות גורמות לאנשים לרכוש דירה במקום לגור בשכירות, גם אם ידם אינה משגת.<sup>21</sup> כך, למשל, היעדר הון עצמי מחייב נטילת משכנתה גבוהה יותר כדי לממן את רכישת הדירה, ועקב כך ההחזר החודשי עולה על האפשרות הראלית של החייב.<sup>22</sup> עקרונית, בנקים מעניקים משכנתאות כאשר החישוב הוא על פי יכולת החזר של עד 35 אחוזים מההכנסה החודשית.<sup>23</sup> אלא שנתון זה משקף מצב כלכלי ברגע מסוים, ואינו אומר דבר לגבי המצב העתידי, שבו התשלום עלול להפוך לנתח כבד מכלכלת הבית.

הלוואה לרכישת דירה היא בדרך כלל הלוואה לטווח ארוך במיוחד.<sup>24</sup> לפיכך, שינויים בלתי צפויים במצבו האישי של החייב, כגון גירושים, פיטורים או מחלות – עלולים להשפיע על כושר ההחזר של הלוואה. כמו כן, אין לחייב די מידע באשר לתנודות הצפויות בהחזר,<sup>25</sup> ועקב כך הלוואות לטווח ארוך מתבססות על יחס לא שווה בין הגורם הפיננסי – אשר מחזיק בידיו פרטים רבים על מנת להחליט על אופי העסקה – לבין הלווה – אשר נהנה ממרחב תמרון מוגבל.<sup>26</sup> לכד מבעיות אלה, אין

<sup>21</sup> ראו דו"ח מרכז המחקר והמידע של הכנסת, לעיל ה"ש 10, בעמ' 6. בדו"ח אנו מוצאים פילוחים מעניינים לגבי מצב המשכנתאות, אבל בכל זאת אין כאן הפתעות מרעישות: שכבות חלשות מרבות לגור בשכירות יותר מאשר השכבות המבוססות, ומוכן שהחזר משכנתה (גם אם מדובר בדירות צנועות יותר) מהווה נטל גדול יותר עבור שכבות חלשות (קיים קשר בין יכולת החזר החודשי לבין המשכורת) מאשר בשכבות מבוססות.

<sup>22</sup> השפעת תשלומי הדיור משתנה כמוכן לפי רמת ההכנסה. עבור שכבות בעלות הכנסה נמוכה ההוצאות לדיור יכולות להגיע עד 62 אחוזים מההכנסה, ואילו עבור העשירון העליון המשמעות היא פחות מ-10 אחוזים, שם.

<sup>23</sup> עיריית רוזנבלום "100 עצות: כך נעבור את המשבר בשלום – דרכים להתמודד עם המשבר הפיננסי" *The Marker* 30.10.2008. ניתן לצפייה בכתובת: [www.themarker.com/tmc/articlejhtml?ElementId=skira20081030\\_012548](http://www.themarker.com/tmc/articlejhtml?ElementId=skira20081030_012548) (נבדק לאחרונה ב-12.5.2011).

<sup>24</sup> לא כל החוזים לטווח הארוך מושגתים על אותן הנחות כלכליות. מכאן שיש להימנע מהכללות. כך, למשל, הניתוח המתאים למה שנקרא חוזה יחס (בין שניים המקיימים אותו באופן הדדי לאורך תקופה ממושכת) שונה ממצב של מתן משכנתה, שבו צד אחד מקיים את חלקו בבת אחת, בעוד הצד השני (הלווה) מקיים את חלקו – לאמור, החזר הלוואה – לאורך תקופה ארוכה מאוד. א-סימטריה זו מתבטאת למשל בחלוקת הסיכונים. על ההשוואה בין חוזה ארוך טווח לבין חוזה יחס (Relational Contract), ראו: דוד רונן **התאמת חוזים לנסיבות משתנות** 27 ואילך (2001).

<sup>25</sup> Ron Harris & Einat Albin, *Bankruptcy Policy in Light of Manipulation in Credit Advertising*, 7 THEORETICAL INQUIRIES IN LAW 431 (2006). ראו גם את דברי השופט יצחק כהן בה"פ (מחוזי חי') **קורבנקוב נ' בנק הפועלים בע"מ**, תק-מח (1)07 11754 (2007), ואת עניין **קלמן**, להלן ה"ש 150.

<sup>26</sup> השוו: איל זמיר **חוק המכר (דירות), תשל"ג-1973** 59 (2002).

להתעלם גם מאופטימיות של קונים, אשר מאמינים כי יוכלו לעמוד בתשלומים ואינם מביאים בחשבון תהפוכות ומצבים שונים.<sup>27</sup> אופטימיות זו (אשר מן הסתם מקבלת ביטוי בישראל בצורות בולטות באמירות מסוג "יהיה בסדר") אינה תורמת לשיקולים קרים ורציונליים באשר לחישוב האפשרויות האמיתיות של החוזרים עתידיים.<sup>28</sup> נטילת משכנתה שנעשתה בתנאים שהחייב לא יכול לעמוד בהם יכולה להעמיק את העוני, שכן חייב שלא יכול לשלם על הדירה יאבד כספים רבים ויזרוק לרחוב. לא כל החייבים לוקחים את מרב סכום המשכנתה, ובמקרים מסוימים מתרחש הפיגור כאשר המשכנתה כיסתה רק חלק מהחוב. התוצאה היא, שבעת משבר יאבדו הלווים את מלוא החסכוניות שהשקיעו בדירה. בסופו של דבר, במקרים כאלה, רכישת הדירה באמצעות משכנתה היא דרך להעמקת העוני ולא דרך לצאת ממנו.

### ג. הגנה על קורת גג כמשפט הישראלי

בטרם נתמקד בבעיה של דיוור חלופי יש להבהיר נקודה חשובה: התמודדות עם בעיית הדיוור אין משמעה התמודדות עם בעיית הדיוור באופן כללי: בעיות של הוצאה לפועל הקשורות למצב הדיוור, כמו הגנה על משכורת, קשורות לבעיות של אבטלה או של משכורת נמוכה. כלומר אין לראות בשאלת ההגנה על החייב במתן דיוור חלוף משום תשובה לבעיות מצוקת דיוור, במיוחד בקרב שכבות חלשות. שוק המשכנתאות אינו יכול לספק תחליף למדיניות בעניין הדיוור, כפי ששוק האשראי אינו יכול לשמש תחליף למדיניות רווחה.

אתחיל את הדיון בציון הכללים המסדירים את נושא הדיוור החלופי באופן כללי בהליכי הוצאה לפועל (ופשיטת רגל). כידוע, דיני ההוצאה לפועל מבקשים ליצור איזון בין שתי תכליות: מצד אחד, להגן על קניינו של הנושה באמצעות נקיטת אמצעים נגד רכושו (וגם חירותו) של החייב;<sup>29</sup> מצד שני, להגן על כבודו המינימלי של החייב.<sup>30</sup> איזון זה מושג באמצעות נכסים הפטורים מעיקול. ההגנה על רכוש החייב יכולה להיות מוחלטת או יחסית,<sup>31</sup> קוגנטית או דיספוזיטיבית,<sup>32</sup> וישנם אפילו מקרים

<sup>27</sup> ראו: Michael H. Schill, *An Economic Analysis of Mortgage Protections Laws*, 77 VA. L. REV. 489, 528 (1991).

<sup>28</sup> השוו: Melvin A. Eisenberg, *The Limits of Cognition and the Limits of Contract*, 47 STAN. L. REV. 211 (1995).

<sup>29</sup> מדובר בנושא המאסר. הרפורמה מביאה שינוי בעניין זה, כאשר הכוונה היא שלאחר תקופה של שנתיים יבוטלו פקודות המאסר ובמקומן יוכלו הנושים להשתמש באמצעי אכיפה אחרים, כגון שלילת רישיון נהיגה.

<sup>30</sup> על האיזון בעניין זה ראו: רע"א 4905/98 **גמזו נ' ישעיהו**, פ"ד נה(3) 360 (2001); עניין **יהודה**, לעיל ה"ש 6, בעמ' 219.

<sup>31</sup> מוגבלת עד סכום מסוים, או כאשר ערך הרכוש לא עובר את הצרכים המינימליים של החייב. כך למשל במקרים של מיטלטלין או עיקול רכב נכה.

מסוימים שבהם היא סלקטיבית.<sup>33</sup> ניתן לחלק את ההגנות על פי סוג הרכוש: מיטלטלין, מקרקעין וצד ג'. כאשר מדובר במקרקעין, ההגנה ניתנת לדירת מגורים. חלק משיטות המשפט מכירות בהגנה על דיור במקרה של הליכי הוצאה לפועל ופשיטת רגל גם כאשר ההגנות מסויגות.<sup>34</sup> מדינות אחרות מספקות הגנה רחבה לדירה.<sup>35</sup> בארצות-הברית, למשל, מוכרת זכותו של חייב להחזיק בנכסים במקרה של פשיטת רגל (Homestead).<sup>36</sup> היקפה של הזכות הזו בארצות-הברית משתנה ממדינה למדינה, ובמדינות כטקסס<sup>37</sup> או פלורידה ההגנה רחבה ביותר. במדינות אחרות, כמו קנזס, ההגנה מוגבלת יותר. גם ברמה הפדרלית הזכות לדיור חלוף במקרה של פשיטת רגל מוגבלת בסכום.<sup>38</sup> התיקון לחוק פשיטת רגל משנת 2005 קבע כמה הגבלות לקבלת דיור חלוף, כמו למשל כאשר רכישת הדירה נעשתה במסגרת עסקה שמטרתה לפגוע בנושים או להונות אותם, תוך ידיעה כי דירת מגורים לא ניתנת למימוש. בין היתר, הרפורמה הזו הגבילה את הזכות לתשלום שיכול לקבל החייב, וקבעה כי החקיקה המקומית איננה יכולה לחרוג מן המסגרת של החקיקה הפדרלית (כלומר לקבוע מסגרת של סכומים פטורים גבוהים יותר), מה שמשפיע במיוחד על המדינות ה"נדיבות" יותר כלפי חייבים (כגון טקסס, קליפורניה ופלורידה), שבהן הזכות לדיור הייתה מוגנת בסכומים גבוהים יותר.<sup>39</sup>

<sup>32</sup> ראו בהמשך, בפרק ה.1.

<sup>33</sup> למשל, במקרה של עיקול משכורת וקצבאות, ההגנה לא חלה על חוב בגין מזונות. ראו ס' 50 לחוק ההוצאה לפועל; פבלו לרנר "עיקול, שיעבוד והעברה של גמלת משרתי קבע – הרהורים בדבר הפרשנות הראויה לסעיף 62 לחוק שירות הקבע (גמלאות)" **משפט וצבא** יט 179 (2007).

<sup>34</sup> ראו למשל צרפת (bien de famille). מדובר בחקיקה משנת 1909, אשר מאפשרת לבעל דירה להוציאה ממעגל הנושים – אך לא במקרה של משכנתה. כיום אין לכך כבר משמעות מעשית. בשנת 2003 נחקק חוק, המאפשר לאנשי עסקים למנוע מנושים מסחריים לעקל את הבית הפרטי. ההוראה באה לעודד פעילות כלכלית מתוך הנחה כי אנשי מסחר לא ירצו לפתח פעילות מסחרית, אם ידעו שאפילו ביתם הפרטי אינו מוגן בפני הנושים. ראו: ROGER PERROT, PHILIPPE THÉRY, *PROCÉDURES CIVILES D'EXÉCUTION* 228 (2nd ed. 2005).

<sup>35</sup> כך למשל בנורבגיה, שבה החייב רשאי לקבל דיור חלופי. ראו: Thor Falkanger, *Norway*, in *METHODS OF EXECUTION OF ORDERS AND JUDGMENTS IN EUROPE* 266 (Peter Kaye ed., 1996).

<sup>36</sup> זכות דומה קיימת לגבי בני זוג במקרה של פירוק הדירה.

<sup>37</sup> זכות להחזיק באחווה כפרית של עד 200 אקרים ללא הגבלה בסכום. ראו: TEXAS CONST. art. 16 § 51. BENJAMIN WEINTRAUB & ALAN N. RESNICK, *BANKRUPTCY LAW MANUAL* 425 (1980); Eric Posner, *The Political Economy of the Bankruptcy Reform Act of 1978*, 96 MICH. L. REV. 47, 63 (1997); LAWRENCE KING & MICHAEL COOK, *CREDITOR'S RIGHTS, DEBTORS' PROTECTION AND BANKRUPTCY* 423 (1985).

<sup>38</sup> עד \$7500. ראו: 11 U.S.C.S § 522 (2011).

<sup>39</sup> ראו: Margaret Howard, *Exemptions under the 2005 Bankruptcy Amendments: a tale of Opportunity Lost*, 79 AM. BANKR. L.J. 397, 399 (2005); Lawrence R. Ahern III, *Homestead and Other Exemptions under the Bankruptcy Abuse Prevention and*



מדינות אחרות, כמו בריטניה, אינן מכירות בזכות של חייב לקבל דיוור חלופי במקרה של פינוי הדירה בגין הליכי הוצאה לפועל או פשיטת רגל. עם זאת, ה-Insolvency Act הבריטי מעניק לחייב שנה של השהיה עד שיפונה מן הדירה. הפינוי צריך להיעשות תוך שלוש שנים ממתן צו פשיטת רגל. אם לא כך – לא ניתן יהיה לפנות את הדייר מן הדירה.<sup>40</sup>

מבחינה השוואתית ניתן לומר כי החוק הישראלי הוא ייחודי די הצורך, שכן הוא מעניק הגנה לדירת מגורים בשני חוקים שונים, אשר כל אחד מהם נותן סוג אחר של הגנה: בחוק ההוצאה לפועל, בחוק פשיטת רגל (מה שקרוי דיוור חלופי) ובחוק הגנת הדייר (סעיף 33 – דירות מוגנות).<sup>41</sup>

## 1. החייב יקבל דיוור חלופי

סעיף 38 לחוק ההוצאה לפועל קובע:

"(א) היו המקרקעין שעוקלו משמשים, כולם או מקצתם, בית מגורים לחייב, רשאי ראש ההוצאה לפועל להורות על מכירת המקרקעין ועל פינוי החייב ובני משפחתו הגרים עמו במקרקעין, ובלבד שהוכח תחילה, להנחת דעתו, שתהיה לחייב ולבני משפחתו הגרים עמו יכולת כלכלית המאפשרת מימון מקום מגורים סביר,<sup>42</sup> או שהועמד לרשותם סידור חלופי".

כאמור, הוראה זהה אנו מוצאים בפקודת פשיטת רגל,<sup>43</sup> וחוק ההוצאה לפועל מחיל כלל דומה גם על קרקע חקלאית.<sup>44</sup>

*Consumer Protection Act: Observations on "Asset Protection" After 2005*, 2005  
AMERICAN BANKRUPTCY INSTITUTE LAW REVIEW 585, 595

<sup>40</sup> ראו ס' 283A, 335A לחוק פשיטת רגל הבריטי, Insolvency Act, 1986, c.45. בכל זאת, החוק מעניק לנאמן אפשרות של רישום שעבוד (Charge) על הדירה במקרה שעקב נסיבות מסוימות, המימוש תוך שלוש שנים אינו אפשרי. ראו: IAN FLETCHER, THE LAW OF INSOLVENCY 232 (4th ed. 2009).

<sup>41</sup> למען הדיוק מדובר בשלושה, אם מבחינים בין ההגנה של הוצאה לפועל להגנה בפשיטת רגל, כפי שיצוין בהמשך.

<sup>42</sup> בניסוח המקורי, לפני הרפורמה, היה כתוב: "ובלבד שהוכח תחילה, להנחת דעתו, שתהיה לחייב ולבני משפחתו הגרים עמו מקום מגורים סביר".

<sup>43</sup> ס' 86 לפקודת פשיטת רגל [נוסח חדש], התש"ם-1980.

<sup>44</sup> ראו ס' 39(a) לחוק ההוצאה לפועל: "היו המקרקעין שעוקלו אדמה חקלאית או זכות באדמה חקלאית והם משמשים מקור פרנסתו של החייב, רשאי רשם ההוצאה לפועל להורות, שישארו בידי החייב מקרקעין הדרושים כדי מחייתו של החייב ושל בני משפחתו הגרים עמו".

מקובל לומר כי סעיף 38 אמור לאזן את זכות הקניין של הנושה עם זכויות היסוד של החייב.<sup>45</sup> אמירה זו, נכונה ככל שתהיה, אינה מוסיפה הרבה להבנת מצבו המשפטי של החייב. זאת, משום שסעיף 38 הוא בבחינת הוראה כללית למדי, שאינה מגדירה את טיבו של הדיור החלוף או את אורך הזמן אשר בו מגיע לחייב דיור חלוף. אין בהוראה משום קביעה ברורה על מה צריך ראש הוצאה לפועל להתבסס כדי להעניק דיור חלוף במקרה של פינוי החייב מדירתו.

בעניין **נגולה** התמודד בית המשפט עם קביעת אמות מידה לדיור חלוף.<sup>46</sup> מדובר בחייב במצוקה (האב נכה ובעל משפחה), אשר היה אמור לפנות את דירתו. ראש ההוצאה לפועל העניק לו דיור חלוף השווה לשלוש שנות שכירות לפי סכום של 300 דולר בחודש, אשר בהמשך הועלה לכ-350 דולר בחודש. המשפחה עתרה לבית המשפט המחוזי, וזה אישר את ההחלטה. אלא שבית המשפט העליון מצא, כי ראש ההוצאה לפועל לא הביא בחשבון את כל השיקולים הדרושים כדי לקבוע את הסכום הראוי, והחזיר את התיק לדיון בבית המשפט המחוזי. וכך קבעה השופטת טובה שטרסברג-כהן:

"ניתן למנות מספר קריטריונים לעניין הסידור החלוף. אין זו רשימה סגורה ומחייבת, אלא רשימה גמישה ומנחה: יש לבדוק את האפשרות להגיע לסילוק החוב בדרך פחות דראסטית ממכירת בית המגורים של החייב, את יכולת המשפחה להשיג קורת גג לאחר שדירתה תימכר; את מקורות הכנסתה ואת הרכוש והאמצעים העומדים לרשותה; את יכולתה להיעזר במקורות מימון חיצוניים לרכישת דירה אחרת; את גודל המשפחה ואת צרכיה ההווים והעתידיים; את הנסיבות האישיות המיוחדות של החייבים; את היחס בין גודל החוב שאמור להיגבות מדמי מכירת הדירה לעומת גובה הפיצויים או עלות הסידור החלוף שהחייב צריך לדאוג לו; את היחס בין סכום החוב שייגבה מתמורת הדירה לבין סכום העודף עד מלוא מחירה שיישאר בידי החייב לרכישת סידור חלוף. יש לתת את הדעת לכך שהסידור החלוף אינו חייב להינתן בדירה ב'עין' ואין הוא חייב להיות תואם את הדיור המוחלף על-ידיו, לא בגודלו, לא ברמתו ולא בטיב הזכות הנרכשת".<sup>47</sup>

45 הנשיא (בדימוס) אהרן ברק בעניין **יהודה**, לעיל ה"ש 6, בעמ' 220.

46 רע"א 7700/95 **נגולה נ' חזן**, פ"ד נ(1) 338 (1996). ראו גם: ח"א (מחוזי י"ם) 8002/02 **המפקח על הבנקים נ' הבנק הבינלאומי הראשון לשמכנתאות בע"מ**, פדאור 10(09) 703, פס' 125 לפסק הדין (2009).

47 בהמשך נבדוק עד כמה רלוונטיים קריטריונים אלה לצורך קביעת המסגרת החדשה של הגנה על משכנתאות.

בפועל כללה הרשימה שני סוגי קריטריונים: אלה אשר מצדיקים לשקול דיור חלופי, ואלה אשר מצדיקים למנוע את מכירת הדירה. למעשה, בית המשפט קבע קריטריונים כלליים די הצורך, אשר משאירים מרחב ניכר לשיקול דעתו של רשם ההוצאה לפועל.<sup>48</sup> בכל מקרה, ובניגוד לעמדתו של השופט טירקל,<sup>49</sup> תוצאת פסק הדין היא כי הדירה אינה צריכה להיות זהה לדירה שהייתה בבעלותו של החייב, ודי במתן סכום כסף לתשלום שכירות. אלא שבעניין נגולה לא נקבע מה היקף התשלום. אף שאין נתונים סטטיסטיים בעניין, נראה לי כי בדרך כלל רוב ראשי ההוצאה לפועל פירשו בצמצום יחסי את זכותו של החייב לדיור חלופי לפי הנסיבות.<sup>50</sup> סכום זה יכול לשמש גם לרכישת זכות לדיירות מוגנת, אשר מעניקה לחייב יציבות יחסית בדיור בדומה לזו שמעניקה הבעלות.<sup>51</sup>

בכל זאת, אף שעניין נגולה אינו מגדיר בבירור את היקף הדיור החלופי, הוא מחייב את ראש ההוצאה לפועל להביא בחשבון אינטרסים בסיסיים של החייבים ותנאים מינימליים, המגיעים להם (ולו לתקופה מוגבלת). אולי בגלל גמישות זו התנגדו הבנקים להשאיר את הקביעה של דיור חלופי במקרה של משכנתה לשיקול דעתו של ראש ההוצאה לפועל.<sup>52</sup>

## 2. מתי יהפוך החייב לדייר מוגן?

סעיף 38 לחוק ההוצאה לפועל אינו העוגן היחיד שיש לחייב אשר נקלע לבעיות כלכליות חדשות. חוק הגנת הדייר [נוסח משולב], התשל"ב–1972 כולל את סעיף 33, המעניק הגנה רחבה עוד יותר: הוא מאפשר לחייב להישאר בביתו כדייר מוגן. וכך קובע הסעיף:

"(א) החזיק אדם בנכס כשהוא בעליו או חוכרו-לדורות, או אחד הבעלים או החוכרים-לדורות, ופקעה זכותו בנכס מחמת

<sup>48</sup> השופט טירקל קבע בעניין נגולה, לעיל ה"ש 46, כי לחייב יש זכות לקבל דיור חלופי בתנאים דומים לאלה שהיו לו לפני הליכי ההוצאה לפועל, לאמור, אם הייתה דירה בבעלותו הוא ראוי לקבל דיור חלופי בבעלות. עמדה זו לא אומצה בפסק הדין של הרוב (השופטים שטרסברג-כהן וטל).

<sup>49</sup> שם, בעמ' 344.

<sup>50</sup> במקרים מסוימים (קשים במיוחד) יתנו בתי המשפט דיור חלופי לכל החיים. ראו את פסק דינו של השופט אליקים רובינשטיין ברע"א 11152/05 בנק לאומי למשכנתאות נ' פלונית, פדאור 18)06 (276) 2006 (להלן: עניין פלונית).

<sup>51</sup> פש"ר (מחוזי ת"א) 1853/06 ארז חבר, עו"ד הנאמן לנכסי יצחק אלקולומברי נ' אלקולומברי, פדאור 08(38) 792 (2008).

<sup>52</sup> אדון על כך בהמשך, בפרק ה.3.

מכירתו בהוצאה לפועל של פסק דין או של משכנתה או בפשיטת רגל, או מחמת חלוקת הנכס במשפט חלוקה או בהסדר קרקעות או מחמת חלוקתו על ידי רישום בפנקס הבתים המשותפים כאמור בסעיף 42 לחוק המקרקעין, תשכ"ט–1969, יהיה המחזיק לדייר של בעליו החדש של הנכס, או של החוכר- לדורות החדש.

(ב) [...]

(ג) הוראות סעיף קטן (א) לא יחולו –

- (1) על הוצאה לפועל של משכנתה שנרשמה לפני תשט"ו;
- (2) אם פורש בשטר במשכנתה שהמחזיק לא יהיה מוגן לפע סעיף זה".

משמעותו של הסעיף היא מתן אפשרות לחייב להישאר באותה דירה, אם כי במעמד של דייר מוגן. אם נקבע שהחייב יישאר כדייר מוגן בדירתו שנמכרה, לא ניתן יהיה להוציאו מן הדירה כל עוד הוא עומד בתשלום החודשי שנקבע (אשר אינו גבוה במיוחד) וכל עוד אינו מפר את הוראות חוק הגנת הדייר. סעיף 33 זכה לביקורת של חלק מהדוקטרינה, וגם הפסיקה התייחסה אליו ברוח שלילית. הטענה היא כי מדובר בהגנה מופרזת על החייב, אשר מחייבת למכור את הדירה כתפוסה.<sup>53</sup> כיום אין אפשרות לשוכרי דירות להיות דיירים מוגנים, אלא אם כן השכירות המוגנת נקנתה (מדייר מוגן אחר) על ידי תשלום דמי מפתח. לכן ההגנה על חייב באמצעות מתן מעמד של דייר מוגן נראית כעניין ארכאי.<sup>54</sup>

לכאורה, יש סתירה בין סעיף 33 לחוק הגנת הדייר לבין סעיף 38 לחוק ההוצאה לפועל. שניהם באים להסדיר את אותה בעיה, אם כי על ידי מתן פתרונות שונים. שהרי אם נשאר החייב בדירתו כדייר מוגן, לשם מה נדרש לתת לו דיור חלופי? כך למשל, התמודד בית המשפט בעניין פרמינגר עם תחולתו של סעיף 33:55 השופט שטרסברג-כהן לא הייתה שלמה עם מתן הגנה כה רחבה כמו זו שמעניק סעיף 33, ולכן אימצה את גישתם של מרים בן פורת ואוריאל רייכמן, אשר סברו שאין הצדקה לתת לחייב שדירתו מומשה בהליכי הוצאה לפועל מעמד של דייר מוגן.<sup>56</sup> השופט

<sup>53</sup> ראו למשל בר"ע (מחוזי חי') 3018/08 **בנק מסד בע"מ נ' בר**, פדאור 21)08 (21) 575 (2008) (וראו גם רע"א 7594/08 **בנק מסד נ' בר**, פדאור 21)09 (21) 209 (2009); בר"ע 3692/07 **אביסריס נ' אלברטל**, פדאור 24)07 (24) 821 (2007); ה"פ (מחוזי י-ם) 4032/05 **בנק הפועלים בע"מ נ' שלום**, פדאור 8)06 (8) 296 (2006).

<sup>54</sup> מרים בן-פורת "הגנת החוק על קורת גגו של בעל הנכס" **ספר יצחק כהן** 336, 337 (מ' אלון, מ' בן זאב, א' ברק, נ' ליפשיץ, מ' לנדוי עורכים, 1989); אוריאל רייכמן "בעל מקרקעין ההופך לדייר מוגן – הצורך בשינוי הדין" **עיוני משפט** ט 121, 152 (1983).

<sup>55</sup> ע"א 3295/94 **פרמינגר נ' מור**, פ"ד נ(5) 111 (1997).

<sup>56</sup> בן פורת, לעיל ה"ש 54; רייכמן, לעיל ה"ש 54.

שטרסברג-כהן הגיעה למסקנה, כי מן הראוי לצמצם את תחולת הסעיף, ולכן הוחלט כי רק מי שיש לו דירה הרשומה בלשכת רישום המקרקעין (ואף גר בה בפועל) יהיה רשאי לדרוש להישאר בה כדייר מוגן.<sup>57</sup> הלכה זו מאיינת את תחולת הסעיף כלפי אלה אשר דירותיהם אינן רשומות – ויש רבים כאלה. כל אלה נשארים מחוץ למסגרת ההגנה. במקרה זה יהיה החייב רשאי להזדקק לסעיף 38 לחוק ההוצאה לפועל.

בכל זאת, יש להיזהר מכך שהמסקנות לגבי סעיף 33 יתבססו על תפיסות או אפילו על דעות קדומות, שאינן מבוססות די הצורך. יש הטוענים כי ההתנגדות להוראת הסעיף מבוססת גם על דעות לא מדויקות לגבי שוק הדירות. כך למשל קבעה השופטת דליה דורנר, כי התנאים שהתקיימו בשנת 1951, כאשר נחקק סעיף 33 לחוק הגנת הדייר, שונים מהתנאים כיום, ולכן ההתייחסות להגנה כה רחבה צריכה להיות שונה: "אין קושי במציאת קורת גג, וההגנה הקבועה בסעיף 33 אף אינה משרתת בהכרח תכליות חברתיות סוציאליות, שכן לעתים עשוי החייב המוגן להחזיק בבית מגורים מפואר בעוד הנושה המממן נתון בקשיים כלכליים".<sup>58</sup> לא ברור על אילו נתונים – חוץ מתפיסה אינטואיטיבית – מסתמכת השופטת דורנר בקבעה כי מצב הדיור בארץ השתפר.<sup>59</sup> גם אם תנאי הדיור בארץ אינם דומים למצב שהיה בשנות ה-50, עדיין יש מצוקות אחרות בקרב שכבות מסוימות של האוכלוסייה. יתר על כן: מעגל המפונים אינו כולל "דירות פאר". חלק גדול מהבעיות הכרוכות בהלוואות ובמשכנתאות אינן קשורות בדירות יקרות ובנושים מסכנים וחסרי אמצעים, אלא באנשים קשי יום, המתמודדים עם המערכת הבנקאית. אני נוטה לחשוב שברוב המקרים יהיה מוגזם לממש את המשכנתה, ולאחר הליך כה מורכב ומייגע מבחינת הנושה – להשאיר את החייב בתוך הדירה כדייר מוגן, על כל המשתמע מכך לגבי מחיר הדירה.

בכל אופן, באופן יחסי, עיקול דירות ופינוי בעליהן מדירותיהם אינו מצב שכיח

<sup>57</sup> השופט טירקל סבר, בפסק דינו בעניין **פרמינגר**, לעיל ה"ש 55, כי הבחנה זו אינה מוצדקת. ראו גם ס' 40 לחוק המקרקעין הקובע: "א) החליט בית המשפט לפי סעיף 40, על פירוק השיתוף במקרקעין משותפים שהם דירה של בני זוג המשמשת להם למגורים, בדרך של מכירה, לא יורה על ביצועה והמכירה תעוכב, כל עוד לא נוכח בית המשפט כי לילדי בני הזוג הקטינים ולבן הזוג המחזיק בהם, יחדיו, נמצא הסדר מגורים אחר המתאים לצרכיהם, לרבות הסדר ביניים למגורים זמניים המתאים לצרכיהם, לתקופה שיקבע. (ב) הוראות סעיף 33 לחוק הגנת הדייר [נוסח משולב], התשל"ב-1972, לא יחולו לגבי מי שהיה שותף בדירה שבית המשפט החליט על פירוק השיתוף בה, כאמור בסעיף קטן (א)".

<sup>58</sup> ע"א 1679/01 **משכן בנק הפועלים למשכנתאות בע"מ נ' שפייזמן**, פ"ד נז(2) 145 (2003) (להלן: פרשת **שפייזמן**). דברים ברוח זו נאמרו גם על ידי השופט צבי ברנזון בע"א 99/75 **הימנותא בע"מ נ' בדיחי**, פ"ד ל(2) 421 (1976).

<sup>59</sup> יובל אלבזן **זרים במשפט: נגישות לצדק בישראל** 57 (2005).

ביותר, שהרי רוב הפיננסיים של דירות קשורים לאי-תשלום משכנתה.<sup>60</sup> בפועל, עד הרפורמה לא חלו ההגנות על משכנתה משום שהיה סעיף אשר אפשר לוותר על הזכות לדיור מוגן. הוויתור היה הכלל.

### 3. הגנה במקרה של מימוש משכנתה

סעיף 38(ג) לחוק ההוצאה לפועל המקורי קובע:

"הוראות סעיף קטן (א) [הכוונה לדיור חלופי] יחולו גם על ביצועה של משכנתה, או מימוש של משכון, זולת אם נרשמה המשכנתה לפני תחילת חוק זה, או אם פורש בשטר המשכנתה או בהסכם משכון שהחייב לא יהיה מוגן לפי סעיף זה" (ההדגשה שלי – פ.ל.).

הוראה דומה אנו מוצאים כאמור בסעיף 33 לחוק הגנת הדייר.<sup>61</sup> לפי הנוסח הזה, עניין הדיור החלופי כפוף למשא ומתן בין הצדדים.

לכאורה הייתה התמונה פשוטה: במקרה של עיקול – אפשרות לדיור חלופי או מעמד של דייר מוגן, בכפוף למגבלות ולהתניות שנקבעו בפסיקה. במקרה של מימוש משכנתה – פינני הדייר ללא דיור חלופי (וללא אפשרות של קבלת מעמד של דייר מוגן), אלא אם כן לא נקבע דבר בשטר המשכנתה לגבי ויתור על הזכות. הוויתור הופיע באופן שגרתי בכל שטרי המשכנתה (בוודאי באלה שנכרתו עם בנקים או חברות אשראי חוץ בנקאי) ולכן בפועל לא היה מקום לדיור חלופי כאשר במשכנתה עסקינן.<sup>62</sup> אגב, זהו מצב המקובל במדינות רבות בעולם.<sup>63</sup>

במהלך השנים עורר סעיף 38(ד) בעיות של פרשנות, אשר בסופו של דבר הביאו לתיקונו. אך בטרם נדבר על התפתחות הפסיקה ועל הרפורמה, יש לשים לב כי התיקון לסעיף 38(ד) לא היווה התערבות חקיקתית ראשונה בשוק המשכנתאות. בשנים האחרונות נחקקו שני חוקים שהשפיעו על היחס בין לווה ללווה בכל הקשור לשוק המשכנתאות: הכוונה לתיקון לחוק הערבות והתיקון לחוק ההוצאה לפועל משנת 2004.

<sup>60</sup> ראו את דברי היעצת המשפטית של ועדת החוקה חוק ומשפט, עו"ד תמי סלע, בפרוטוקול ישיבה מס' 646 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17, (2.9.2008). ניתן לצפייה בכתובת: [www.knesset.gov.il/protocols/data/html/huka/2008-09-02-01.html](http://www.knesset.gov.il/protocols/data/html/huka/2008-09-02-01.html) (נבדק לאחרונה ב-12.5.2011).

<sup>61</sup> ראו לעיל בפרק ג.

<sup>62</sup> עניין קורבנקוב, לעיל ה"ש 25.

<sup>63</sup> לא מצאתי למעשה שום מקרה שבו חוק של מדינה מאפשר ללווה לקבל דיור חלופי במקרה של אי-פירעון משכנתה. בכל זאת, מאחר שלא חקרת את כל מערכות המשפט בעולם ייתכן כי קיימות דוגמאות שאינני מכיר.

## 4. הרפורמה בחוק הערבות

הערבות היא חיוב נלווה לחיוב העיקרי.<sup>64</sup> המשותף למשכנתה ולערבות הוא שבשני המקרים מדובר בבטוחה – האחת אישית והשנייה קניינית.<sup>65</sup> נושה המבקש להיות מובטח ראשי חייב לדרוש בטוחות אישיות או בטוחות קנייניות (משכון או משכנתה) לפי צרכיו או מהותו של האשראי. מתי רשאי הנושה לפנות לערבים לצורך מילוי החיוב שלא קיים על ידי החייב העיקרי? בשיטות שונות ניתן לפנות לערבים רק לאחר שהנושה פנה לחייב העיקרי והוא לא עמד בתנאים.<sup>66</sup> עם זאת, מקובל לאפשר לערב לוותר על זכותו זו. במקרה כזה יהיה הנושה רשאי לפנות אליו יחד עם החייב העיקרי.<sup>67</sup>

השיטה של חוק הערבות התשכ"ז–1967 הייתה מה שמכונה Slight Subsidiary ("טפלות קלה"),<sup>68</sup> לאמור, כדי שהנושה יוכל לפנות לערבים ולנקוט נגדם הליכים משפטיים, לא היה צורך בהגשת תביעה או במיצוי (או אפילו בפתחה) של הליכי הוצאה לפועל, אלא די היה ב"דרישה מן החייב העיקרי".<sup>69</sup> אחת התוצאות של שיטה זו הייתה כי מי שרצה לקבל משכנתה מהבנק, נדרש להביא חמישה ערבים להבטחת התשלום המלא והמדויק של החוב.<sup>70</sup> במקרה של פיגור בתשלום המשכנתה לא נקט הבנק הליכי מימוש המשכנתה, אלא "דרש" את ההחזר מן החייב, ומיד לאחר מכן תבע את הערבים.<sup>71</sup> לעתים קרובות הם נדרשו לשלם את מלוא המשכנתה, והחייב נשאר בדירתו.<sup>72</sup> כך נוצרה מעין הגנה עקיפה ולא פורמלית על דירת מגורים באמצעות הישענות על הערבים. דרך מיוחדת של צדק חלוקתי! מדובר בתקופה שבה

64 על מהות הערבות, ראו: JAMES O'DONOVAN, JOHN PHILIPS, THE MODERN CONTRACT OF GUARANTEE 8 (English ed. 2003).

65 לשאלה עד כמה מהות המשכון היא קניינית, ראו: האן, לעיל ה"ש 14, עמ' 45 ואילך.

66 בצרפת נקרא הדבר *benefice de discussion*. הגנה זו לא חלה כאשר מדובר בפועל בחיוב ביחד ולחוד. ההגנה הייתה קיימת גם במשפט הרומי. ראו גם: REINHARD ZIMMERMANN, THE LAW OF OBLIGATIONS: ROMAN FOUNDATIONS OF THE CIVILIAN TRADITION 129 (1996). ראו ס' 2021 לקוד האזרחי הצרפתי (ס' 2298 בגרסה החדשה); ס' 2347–2348 לקוד של קוויבק; ס' 495 לקוד השוויצרי של החיובים; ס' 771 לקוד האזרחי הגרמני (BGB). לעומת זאת באיטליה, הכלל הוא כי החייב והערב חייבים, ביחד ולחוד, והחובה של הנושה לפנות קודם לחייב ורק לאחר מכן לערב – צריכה להיות מוסכמת בחוזה. לסקירה השוואתית, ראו: THE STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE, PRINCIPLES OF EUROPEAN LAW: PERSONAL SECURITY 245 (Ulrich Drobnig ed., 2007).

67 במקרה זה ההבדל בין ערבים לבין חייבים ביחד ולחוד מיטשטש.

68 שיטה דומה קיימת באוסטריה, ראו ס' 1355 לקוד האזרחי האוסטרי (ABGB).

69 למשל משלוח מכתב רשום.

70 ראו את דברי ההסבר להצעת חוק הערבות (תיקון מס' 2), התשנ"א–1991, ה"ח 2072, 331.

71 שם.

72 לא פעם לחצו הערבים עצמם על החייב שישלם או ימכור את הדירה.

מאסר החייבים היה נפוץ די הצורך – ולכן ערבים רבים מצאו את עצמם תחת איום של מאסר עקב חוב, שאמנם פורמלית היה שייך להם, אך ניתן היה לגבות אותו באמצעות מימוש הדירה.<sup>73</sup>

המצב השתנה בעקבות התיקון בחוק הערבות שיזם פרופ' שמעון שיטריט,<sup>74</sup> ואשר השתלב בהמשך במסגרת תיקון מקיף יותר של חוק הערבות, שיזם משרד המשפטים.<sup>75</sup> לענייננו, חשוב לציין כי התיקון קבע את הקטגוריה של ערב יחיד (שלאחר תיקון תשנ"ח היה לערב מוגן). ערב יחיד (או מוגן) הוא אדם (ולא תאגיד), אשר חתום על ערבות של עד 60,000 ש"ח או עד 500,000 ש"ח, כאשר מדובר בהלוואה מובטחת במשכנתה.<sup>76</sup> לא ניתן לפתוח בהליכים משפטיים נגד ערב מוגן מבלי שבית משפט או ראש ההוצאה לפועל יאשרו שהנושה עשה מאמצים סבירים לאיתור החייב או למימוש המשכנתה.<sup>77</sup>

לכאורה מדובר בתיקון שיכול היה לפגוע בשוק האשראי – משום שהבנקים מקבלים "פחות בטוחות" ולכן יצמצמו את האשראי בהתאם. מחקרו של ד"ר רוי בר-קנה מראה, כי לאחר זמן לא רב שהדבר לא פגע במערכת הבנקאית, אלא שהיקף האשראי גדל, ואפילו ירד שיעור החובות שהפכו לחובות מסופקים.<sup>78</sup> נתונים אלה חשובים גם כיום, משום שטענת הבנקים נגד הרפורמה היא שזו תשפיע לרעה על שוק המשכנתאות.<sup>79</sup>

אלא שלתיקון הייתה תוצאה מובנת למדי: הגדלת הליכי מימוש משכנתה. התוצאה היא שיותר משפחות נתקלו במצב של פינוי. פינויים עקב אי-תשלום החוב למשכנתה נעים בין 1,000 ל-1,500 בשנה.<sup>80</sup>

73 ראו: בג"ץ 5304/92 פר"ח 1992 סיוע לנפגעי חוקים ותקנות למען ישראל אחרת – עמותת נ' שר המשפטים, פ"ד מז(4) 715, 731 (1993) (להלן: עניין פר"ח).

74 חוק הערבות (תיקון מס' 1), התשנ"ב-1992, ס"ח 1390, 144.

75 חוק הערבות (תיקון מס' 2), התשנ"ח-1997, ס"ח 1637.

76 הסכומים אמורים להתעדכן מדי שנה. ס' 19 לחוק הערבות, התשכ"ז-1967 (להלן: "חוק הערבות").

77 פתרון דומה קיים בקודקס הגרמני, לעיל ה"ש 66. השוו גם את הנוסח המוצע על ידי העקרונות האירופאים בדיני ערבות. ס' 106-2: "Subject to paragraph 3 before demanding performance from the security provider, the creditor must have undertaken appropriate attempts to obtain satisfaction from the debtor". הפניה לפסקה 3 משמעה כישלון בהשגת הקיום מאת החייב העיקרי או חדלות פירעון ממנו. ניתן לצפייה בכתובת: [www.sgecc.uos.de/media/downloads/personal\\_security\\_contracts\\_2005\\_10.pdf](http://www.sgecc.uos.de/media/downloads/personal_security_contracts_2005_10.pdf) (נבדק לאחרונה ב-6.2.2011).

78 רוי בר קנה ערבות 561 (2006).

79 ראו להלן בפרק ה', 2.2.

80 שיעור הפינויים עקב אי-תשלום משכנתה עומד כיום על כ-2 אחוזים מכלל המשכנתאות (זה אינו אחוז כה גבוה). ראו דו"ח מרכז המחקר והמידע של הכנסת, לעיל ה"ש 10, בעמ' 7. לעומת זאת, על פי איגוד הבנקים המספר אינו עולה על 1,000 פינויים (נתונים שנמסרו למחבר בשיחה



כדי "לרכך" מעט את המצב נוסף בהמשך סעיף 1281, במסגרת תיקון לחוק ההוצאה לפועל.

## 5. סעיף 1281 לחוק ההוצאה לפועל

חוזי המשכנתאות בישראל קובעים כי אי-עמידה בתשלומים מאפשרת לנושה לדרוש את מלוא סכום ההלוואה.<sup>81</sup> לכן פיגור במספר תשלומים, או אפילו בתשלום אחד, היה יוצר את מה שקרוי "אפקט כדור השלג": הבנק מעמיד את מלוא החוב לפירעון, ומאחר שהחייב לא יכול לעמוד בו, הבית היה נמכר (במחיר נמוך ממחיר השוק), וחלק מהכסף נועד לתשלום שכר הטרחה של כונס הנכסים ועורכי הדין. יתר על כן, אף אם לאחר פתיחת תיק ההוצאה לפועל היה החייב מגיע להסדר עם הבנק, היה לו קשה מאוד להסדיר את עניין שכר הטרחה של עורכי הדין של הבנק בתיק ההוצאה לפועל – שהרי חישוב שכר הטרחה נעשה על פי מלוא החוב (ולא רק על פי סכום הפיגור הממשי).

התיקון משנת 2004 לחוק ההוצאה לפועל ניסה לספק תרופה לבעיות אלה. בעקבות זאת נקבעו קריטריונים מסוימים, שמטרתם למנוע מצבים של מצוקה רגעית של החייב ולמזער את ההפסדים שיכולים להיגרם עקב מימוש הדירה. ההגנה פועלת בכמה מישורים:

1. דחיית פתיחה של הליכי מימוש הדירה עד שיצטברו שישה חודשי פיגור בתשלום ההלוואה, או שיחלפו שישה חודשים ממועד הפיגור, כאשר מדובר בהחזר חד-פעמי.
2. הגבלה על סכום הגבייה. שלא כמו בעבר, החוק אינו מאפשר לדרוש בשלב ראשון את מלוא ההלוואה לפירעון, אלא רק את סכום הפיגור שעל החייב לשלם עד 90 יום ממועד מינוי כונס הנכסים.<sup>82</sup> בשלב השני, היה והחייב לא משלם את החוב בפיגור תוך הזמן הנקוב בחוק, כל חוב ההלוואה יועמד לפירעון והדירה תימכר.<sup>83</sup>

עם משה פרל, מנכ"ל איגוד הבנקים, (12.1.2009). ראו גם נייר עמדה של איגוד הבנקים "תיקון חוק ההוצאה לפועל, סעיף הדיוור החלופי – השלכות כלכליות" [עותק של המקור שמור במערכת].

81 ראו את דברי ההסבר להצעת חוק הגנה על נוטלי משכנתה לדיוור (תיקוני חקיקה), התשס"ב – 2002, ה"ח 3092, 364.

82 ס' 1281(ב)(4)(א) קובע: "בכל עת עד תום 90 ימים מיום מינוי כונס נכסים לדירת המגורים ניתן – (1) לפרוע את החוב שבפיגור, לרבות סכומים שנוספו בשל אגרות, שכר טרחה, הוצאות ריבית והצמדה עד ליום התשלום בפועל (להלן – התוספות)".

83 באשר לתשלום האגרה במקרה של הגדלת סכום הבקשה, ראו: רע"א 6845/06 **בנק הפועלים בע"מ נ' טוריאל**, פדאור (2)09 275 (2009) (להלן: עניין **טוריאל**).

3. מתן אפשרות למימוש עצמי של הדירה על ידי החייב, בתנאי שזה יודיע על כך לראש ההוצאה לפועל תוך עשרים יום ממועד קבלת האזהרה. הרעיון הוא לנסות ולמקסם את הרווח שהחייב יכול לקבל על ידי מכירת הדירה באופן פרטי,<sup>84</sup> בהנחה כי מכירה דרך הכונס פוגעת באפשרות להשיג את מחיר השוק, וכמובן, חוסכת את ההוצאות הכרוכות בשכר הטרחה של הכונס.<sup>85</sup>
4. הפחתת ההשפעה של תשלום שכר טרחת עורכי הדין על החוב, אשר יחושב בשלב ראשון על בסיס חוב בפיגור.<sup>86</sup>
- ההגנות שנותן הסעיף אינן מוחלטות, שהרי נקבעו כמה סייגים אשר בהתקיימם לא ניתן ליהנות מהזכות להזדקק לסעיף: למשל, אם יש לחייב דירה אחרת, אם עזב את הארץ, אם הוא נמצא בהליכי פשיטת רגל, אם הוטל עיקול או מונה כונס נכסים על הדירה או כאשר פעל בכוונה על מנת להונות את הנושה.
- התיקון משלב שתי מגמות חשובות: מצד אחד, מגן על החייב<sup>87</sup> ומן הצד האחר, מאפשר למקסם את הרווחים – תוצאה של מכירה כפוייה במיוחד על ידי חיסכון הוצאות של כונס נכסים (אם החייב מצליח למכור בעצמו את הדירה). ברקע יש כאן מסר של המחוקק המעודד את המשא ומתן והפשרה בין החייב לבין הנושה במקום להזדקק להליכים משפטיים מורכבים יותר.
- אמנם ההוראה מספקת מענה חלקי לבעיות הכרוכות במימוש דירה, אך היא אינה פותרת את הבעיה של דיור חלופי. לצורך כך נעשתה הרפורמה בחוק ההוצאה לפועל.

<sup>84</sup> שאלה מעניינת יכולה להתעורר בקשר למחיר שהחייב יכול לקבל עקב מכירה עצמית. כאן חשוב הדבר בנוגע לדיור חלופי: ככל שהמחיר גבוה יותר יישאר יותר לדייר לצורך דיור חלופי. נדון על כך בהמשך.

<sup>85</sup> בעניין קביעת שכר הטרחה של כונס נכסים, ראו: רא"ע 7287/06 ובר נ' יונה, פדאור 08(20) 624 (2008).

<sup>86</sup> בכל מקרה, יש לציין כי התקנות שהותקנו בעקבות התיקון (תקנות ההוצאה לפועל (שכר טרחת עורכי דין וכונסי נכסים התשנ"ב–2002) קובעות רף של שכר טרחה – במקרה של מכירת הדירה – גבוה יותר מאשר בעבר. כך אם מדובר בתשלום החוב על גובה פתיחת התיק – לאמור, חישוב שכר הטרחה לפי גובה הפיגור – שכר הטרחה הוא 10 אחוזים. אם החייב לא שילם בתום 90 יום, ייעשה החישוב על פי טבלה שבה שכר הטרחה ינוע בין 4.8 אחוזים לבין 6.45 אחוזים מגובה החוב הכולל. אם נמכרה הדירה, יחושב שכר הטרחה על פי סכום המכירה (בין 6 אחוזים עבור 350,000 שקל הראשונים ועד 8 אחוזים).

<sup>87</sup> ראו את דברי השופט יורם דנציגר בעניין **טוריאל**, לעיל ה"ש 83, בפס' 33: "סעיף 1281 לחוק ההוצאה לפועל יצר, אם כן, מנגנון גביה המקשה על זוכים להשאיר את חייביהם ללא קורת גג וזאת מבלי לשלול את יכולתם לגבות את החוב המגיע להם מן החייבים".

## ד. ויתור על הגנה בשטר משכנתה: התפתחות הפסיקה

סעיף 38 השאיר לכאורה את נושא הדיור החלופי במקרה של משכנתה בידי הצדדים, אשר יכלו להסכים על ויתור הזכות לדיור חלופי או לא ("פורש בשטר משכנתה"). ניסוח סעיף 38 מאפשר שתי פרשנויות שונות לפי התכליות שהפרשן ירצה למצוא בהוראה:<sup>88</sup>

- א. אפשרות אחת היא להתייחס לכך כאל נורמה הבאה לשמר את אוטונומיית הרצון של הצדדים (חופש החוזים) ויש לפרש את הויתור בשטר המשכנתה כביטוי לרצון הצדדים להוריד את רמת ההגנה שניתנת לחייב.
- ב. אפשרות שנייה היא להבין את הסעיף ככלל, העומד בניגוד לעקרונות היסוד של הבטחת קורת גג מינימלית לחייבים, ומכאן שהפרשנות צריכה להיות מצמצמת וקפדנית.

באופן כללי נוהגים בתי המשפט בישראל "בעדינות וברכות" בכל הנוגע להליכים המביאים לפינוי אדם או משפחה מבית מגורים.<sup>89</sup> חשיבות הדיור המשפחתי וההגנה על קורת גג מהווה שיקול ראוי בהתוויית המדיניות של מימוש דירות מגורים.<sup>90</sup> אלא שאין די באמירה הזו כדי להבין את גישתם של בתי המשפט בכל הקשור לשאלת מתן דיור החלופי.

נבחן כיצד התמודדה הפסיקה בנושא הויתור על דיור חלופי בניסיון לאזן בין שתי האפשרויות הנזכרות לעיל.

### 1. גישה פורמליסטית: פרשת רוזנר

מבין פסקי הדין שהתמודדו עם סוגיית מהות הויתור, מן הראוי שנפתח בפרשת **רוזנר**.<sup>91</sup> בפרשה זו קיבל רוזנר הלוואה וחתם על שטר משכנתה, שבו מופיע סעיף

<sup>88</sup> באשר לפרשנות תכליתית ראו: אהרן ברק **פרשנות במשפט: תורת הפרשנות הכללית** כרך א (1994). באשר לפרשנות תכליתית בהוצאה לפועל, ראו בין היתר: ע"א 2000/01 **בן בסט נ' הנאמנה על נכסי בן בסט**, פ"ד נט(1) 481 (2004).

<sup>89</sup> השופט רובינשטיין ברע"א 7537/04 **טואטי נ' בנק דיסקונט למשכנתאות בע"מ**, פדאור (10)04 (2004) 440.

<sup>90</sup> על כן, למשל, העובדה שמדובר בדירת מגורים היוותה שיקול בפסק הדין של בית המשפט המחוזי, אשר קיבל את ערעור הצדדים בנושא אגרת הפתיחה של תיק ההוצאה לפועל. הנושה פתח תיק מימוש משכנתה, אבל בפועל לא בוצעו פעולות משמעותיות בתיק. הצדדים בחרו בדרך של גישור וביקשו להחזיר את האגרות. ראש ההוצאה לפועל סירב, אך בית המשפט המחוזי פסק כי יש מקום להחזר האגרה, בין היתר בהתחשב בכך שמדובר בנכס המשמש דירת מגורים של החייב ובני משפחתו, שמימושו בעייתי וכוון בהוצאות. בר"ע 2546/07 **הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ נ' אבולעפיה**, פדאור (2)09 (2009) 712.

<sup>91</sup> רע"א 1132/94 **פי.אף.איי. אסטבלישמנט נ' רוזנר**, פ"ד מט(5) 215 (1996) (להלן: פרשת רוזנר).

הוויתור על דיור חלופי. אלא שהוויתור היה מנוסח ללא ציון מפורש של סעיף 38 לחוק ההוצאה לפועל.<sup>92</sup> כלומר אזכור סעיף זה (לאמור סעיף 38) "לא פורש בשטר המשכנתה". בית המשפט הדגיש כי שטר המשכנתה צריך להיזכר באופן מפורש, ותוך אזכור סעיפי החוק, אשר מעניקים לו את הוויתור. לפי השופט טירקל, כוונת המחוקק, המשתמעת מהחוק היא שאדם שדירת המגורים שלו נמכרה מחמת דחק לא יושלך לרחוב ולא יישאר ללא קורת גג מעל ראשו.<sup>93</sup> מכאן הפרשנות הדווקנית, אשר יש לתת לדעתו לסעיף. בית המשפט סבר כי הוויתור אינו תקף, וכי החייב רשאי לקבל דיור חלופי.

לכאורה, הפרשנות הדווקנית והפורמליסטית הזאת אינה עולה בקנה אחד עם הגישה התכליתית שאפיינה את פסיקת בית המשפט העליון בתקופת כהונתו של הנשיא ברק, בכל הקשור לפרשנות חוזים.<sup>94</sup> אלא שהגישה הפורמליסטית של השופט טירקל אינה "סטרילית". היא מיועדת למימוש תפיסת עולם מסוימת, הרואה בחייב משכנתה צד חלש, שבית המשפט צריך להגן עליו. לדעתי, גם אם תכליתו ראויה, כפי שזו מתבטאת בגישתו של השופט טירקל – הביסוס המשפטי אינו ברור. נכון שעמדתו של הנשיא (בדימוס) ברק – כי הוויתור על דיור חלופי אינו סוגר בהכרח את

<sup>92</sup> ההוראה הופיעה בחוזה כהאי לישנא: "במקרה של הוצאה לפועל של שטר משכנתה זה לא יהיו הממשכנים ו/או כל אדם הבא במקומם או מכוחם של הממשכנים או כל אדם אחר שיהיה בנכסים ו/או יחזיק בהם, מוגנים מכוח חוקי הגנת הדייר לרבות סעיף 33 לחוק הגנת הדייר, (נוסח משולב) תשל"ב-1972 על תיקוניהם או מכוח כל חוק להגנת דיירים או כל חוק אחר שהוא שישנו כיום ו/או שיהיה בעתיד בנוסף ו/או במקום החוקים הנ"ל, הממשכנים וכל הבאים במקומם או מכוחם וכל דיירי המשנה, אם יהיו כאלה, וכל האנשים האחרים שיהיו בנכסים יהיו חייבים לפנות את הנכסים, לסלק את ידם מהם ולמסור אותם לבעלי המשכנתה ולגרום לכך שהם יימסרו לבעלי המשכנתה מיד עם דרישתם הראשונה כשהם פנויים לחלוטין מכל אדם וחפץ, ומבלי לקבל ו/או לדרוש תמורה כל שהיא בעבור זאת".

<sup>93</sup> השופט טירקל בפרשת **רוזנר**, לעיל ה"ש 91, בעמ' 218; ראו גם: ע"א 9136/02 **מיסטר מאני ישראל בע"מ נ' רייז**, פ"ד נח(3) 934, 944 (2004) (להלן: פרשת **מיסטר מאני**).

<sup>94</sup> ראו: ע"א 4628/93 **מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ**, פ"ד מט(2) 265 (1995) (להלן: עניין **אפרופים**); מנחם מאוטנר **משפט ותרבות בישראל בפתח המאה עשרים ואחת** 161 (2008) (להלן: מאוטנר **משפט ותרבות**). עם זאת, מסתמנת בבית המשפט העליון מגמה שונה הנותנת דגש חזק יותר לפרשנות המילולית. עדות למגמה זו אנו מוצאים בפסיקתו של השופט דנציגר. ראו, למשל: ע"א 5856/06 **לוי נ' נורקייט בע"מ**, פדאור 08(3) 508 (2008); ע"א 5925/06 **בלום נ' אנגולו סכסון-סוכנות לנכסים (ישראל 1992) בע"מ**, פדאור 08(4) 853 (2008). כמו כן, חזיק למגמה החדשה אנו רואים בתיקון שבוצע לאחרונה בס' 25 לחוק החוזים (חלק כללי) התשל"ג-1973 (להלן: "חוק החוזים"). נקבע כי חוזה יפורש לפי אומד הדעת של הצדדים, כפי שהוא משתמע מתוך החוזה ומנסיבות העניין. ואולם, אם אומד דעתם משתמע במפורש מלשון החוזה, יפורש החוזה בהתאם ללשונו. ראו חוק החוזים (חלק כללי) (תיקון מס' 2), התשע"א-2011, ס"ח 2273. נצטרך להמתין ולראות כיצד סעיף זה יפורש בפסיקה ועד כמה השינוי ביחס לגישתו של הנשיא ברק הוא מהותי או רק רטורי.

הגולל על הגנות על החייב<sup>95</sup> – יכולה לאשש את הגישה הפורמליסטית. אולם כדי לאיין את הוויתור, בכל זאת דרושה תשתית עובדתית מסוימת, המצביעה על הטעיה, גנבת דעת וכולי. זו למעשה טענתו של השופט טירקל עצמו.<sup>96</sup> איני בטוח שהמבחן הפורמלי (לאמור, אם מספר הסעיף כתוב או לא כתוב בשטר) היא הדרך הנכונה לבדוק אם הבין החייב את זכותו ואת משמעות הוויתור.<sup>97</sup> ספק אם אזכור הסעיף, להבדיל מהתניה מילולית מפורשת בדבר הסרת ההגנה,<sup>98</sup> מונע התחייבות בהיסח הדעת. אם בכלל, עדיף לחייב שהסעיף יהיה כתוב בשפה עממית, שלא תכלול מספרים, אשר רק משפטן – אולי – מבין את משמעותם.<sup>99</sup>

השופט טירקל מצא תימוכין לגישה הפורמליסטית הזו בפסיקה אחרת, הקשורה להגנת הדייר, והזכיר את האמור בעניין **זאליט**,<sup>100</sup> שבו בית משפט התעקש על המבחן הפורמלי. ברצוני להתעכב מעט על ההקבלה בין שני פסקי הדין: עניין **זאליט** עסק בחוזה שכירות לפי חוק הגנת הדייר (בניינים חדשים), התשט"ו–1955. כדי שהשוכר לא יהיה מוגן על פי חוק הגנת הדייר, היה על המשכיר לציין מפורשות (פורש בחוזה), כי הבנייה הושלמה לאחר 1.4.1955 וכי לא מדובר בשכירות שבוטלה לאחר חקיקת החוק (מרץ 1955). תנאים אלה לא נכללו בחוזה. בית המשפט סבר כי גם אם השוכר ידע על כך, עצם היעדר פירוש בחוזה משמעו כי הוא יישאר מוגן לפי חוק הגנת הדייר. לכאורה מדובר במצב דומה למצב של ויתור על דיוור חלופי, אלא שאיני בטוח בכך. הרי בחוזה המסדיר יחסי משכיר-שוכר יש טעם לדרוש שאם המשכיר רוצה לסייג את הזכויות שהחוק מקנה לדייר (ומדובר בתקופה שבה שכירות מוגנת הייתה נפוצה) הוא יעשה זאת תוך אזכור מפורש בחוזה של סעיפי החוק אשר לא יחולו, שהרי הדייר צריך לדעת לאשורו את מצבו המשפטי. זאת ועוד: בעניין **זאליט** כלל לא היה אזכור בחוזה, ואילו בפרשת **רוזנר** האזכור היה ברור די הצורך, אלא שלא הוזכר מספר הסעיף בחוק ההוצאה לפועל.

מצאתי כי הגישה הפורמליסטית של בית המשפט בפרשת **רוזנר** מנוגדת לגישה שהביעה השופטת בן-פורת – אמנם מזווית ראייה אקדמית יותר – כאשר סברה, כי

95 הנשיא ברק בעניין **יהודה**, לעיל ה"ש 6.

96 שם, בעמ' 220.

97 ראו את דברי השופט דורנר בפרשת **שפייזמן**, לעיל ה"ש 58, בעמ' 153.

98 שם.

99 כפי שצוין בהמשך על ידי השופט ניל הנדל: "אך מי שאינו משפטן, חייב מן היישוב, אינו בהכרח בקי, למשל, בהבדל שבין סעיף 38 לחוק ההוצאה לפועל לבין סעיף 50 לחוק ההוצאה לפועל. מנקודת מבטו של החייב מן היישוב ראוי ונכון שסעיף הוויתור ידבר בעד עצמו, בשפה המובנת לכל – משפטן והדיוט כאחד [...] אין אנו עוסקים בדרישה פורמלית אלא בדרישה מהותית. פניו של אדם ומשפחתו מביתם הינו צעד חריף. אין באמור לשלול תוצאה זו בכל מקרה, אך יש לפעול בזהירות". בר"ע (מחוזי ב"ש) 526/05 **בן ורון נ' בנק העצמאות**, תק"מח (4)05 (1781, פס' 3 לפסק דינו של השופט הנדל (2005)).

100 ע"א 7/66 **זאליט נ' מורעדן**, פ"ד כ(2) 346 (1966).

במקרים מסוימים עצם החתימה על שטר משכנתה יכול להוות ויתור מכללא על ההגנה.<sup>101</sup> מקל וחומר ניתן לטעון, כי אם עצם לקיחת המשכנתה יכול לשמש ויתור מכללא, ברור כי עצם הכנסת ויתור מפורש, גם אם לא צוין סעיף החוק, מצביע על ויתור של הגנה. אמנם נכון שהשופטת בן-פורת התמקדה בסעיף 33 לחוק הגנת הדייר ולא בסעיף 38 לחוק ההוצאה לפועל, אך אין סיבה מיוחדת להפריד בין שני המצבים, אלא אם כן נותנים משקל שונה לשתי ההוראות לנוכח ההבדל בפגיעה בזכויותיו של המלווה.<sup>102</sup>

התעקשותו על ציון מספר הסעיף יכול להביא לתוצאה נוספת: חיזוק הגורמים ה"מקצועיים" (בנקים וחברות חוץ-בנקאיות), אשר מקפידים על ניסוח מפורט של שטרי משכנתה, ולעומת זאת פגיעה אפשרית בנושה, אשר ללא ייעוץ נכון לא דאג למשל לציין את מספר הסעיפים, אף שהיה ברור לצדדים כי קיים ויתור על הזכות לדיור.<sup>103</sup>

אלא שאין צורך להרחיב יתר על המידה בביקורת על הגישה הפורמליסטית, משום שזו ננטשה (לפחות באופן חלקי) על ידי בית המשפט עצמו. פרשת רוזנר לא הייתה המילה האחרונה בעניין.

## 2. מבחן ההתנהגות: פרשת שפייזמן

שאלת הווייתור התעוררה שוב בפרשת שפייזמן.<sup>104</sup> במקרה זה מכרה החייבת (שפייזמן) את דירתה לאברמוב בסכום של 720,000 ש"ח. על בסיס הסכם זה ניתנה לאברמוב הלוואה בסך 360,000 ש"ח, שהייתה אמורה להיות מובטחת על ידי משכנתה, הכוללת תנאי פטור.<sup>105</sup> הסכום הועבר ישירות לשפייזמן (אשר סילקה

<sup>101</sup> בן-פורת, לעיל ה"ש 54, בעמ' 338.

<sup>102</sup> ראו בהמשך עמדתה של השופטת דורנר, אשר אכן נוטה להפריד בין ס' 33 לחוק הגנת הדייר (אשר מעניק לטעמה הגנה גורפת מדי) לבין ס' 38 לחוק ההוצאה לפועל (פרשת שפייזמן, לעיל ה"ש 58, בעמ' 156).

<sup>103</sup> כדאי אולי לזכור, כי על בסיס פסיקה מאוחרת – אנו יודעים כי עמדתו של השופט טירקל היא כי גם דיור חלופי פירושו מתן דירה שונה ולא רק פיצוי כספי. כאמור, עמדתו של טירקל נשארה עמדת מיעוט (למשל בעניין נגולה, לעיל ה"ש 46). האם בית המשפט היה מגיע למסקנה זהה אילו הסעיף האמור היה סעיף 38 לחוק ההוצאה לפועל והיה צריך להסיק ממנו על הצורך בציון מפורש לגבי סעיף 33 לחוק הגנת הדייר? בהתחשב בעובדה, כי ההגנה שהפסיקה נותנת בעקבות סעיף 38 "רכה" יותר מאשר ההגנה של סעיף 33 – ניתן לטעון, כי המסקנה יכולה להיות שונה.

<sup>104</sup> פרשת שפייזמן, לעיל ה"ש 58. ראו גם: ה"פ (מחוזי י"ם) 4032/05 בנק הפועלים בע"מ נ' שלום, פדאור (8)06 296 (2006); בר"ע (מחוזי ת"א) 1967/07 קרמה נ' בנק דיסקונט למשכנתאות בע"מ, פדאור (2)09 826 (2007).

<sup>105</sup> פרשת שפייזמן, לעיל ה"ש 58, בעמ' 149.

משכנתה קיימת שרבעה על הדירה והותירה לעצמה את ההפרש) ונרשם משכון על זכויותיה של אברמוב בדירה. בנוסף חתמה שפייזמן על מסמך שכותרתו "כתב התחייבות/רישום משכנתה", שלפיו התחייבה כי במקרה שחוזה המכר יבוטל, היא תחזיר לבנק את ההלוואה. היא התחייבה לרשום לזכות הבנק את המשכנתה, אשר תכלול את התנאים שייקבעו על ידי הבנק.<sup>106</sup> בסופו של דבר בוטל ההסכם בין אברמוב לשפייזמן, ההלוואה לא נפרעה והבנק פתח בהליכי מימוש זכויותיו לרבות רישום משכנתה בדירה לפי כתב התחייבות. לאחר מינוי כונס נכסים, ובמסגרת הליכים למכירת הדירה, טענה שפייזמן כי המשכנתה שעליה היא חתומה כפופה למגבלות סעיף 33 לחוק הגנת הדייר וסעיף 38 לחוק ההוצאה לפועל. החייבת לא טענה כנגד החיוב לחתום על המשכנתה, אלא דרשה, כי שטר המשכנתה לא יכיל את הוויתור על דיוור חלוף, משום שהוראה זו לא הופיעה בהתחייבות.

ראש ההוצאה לפועל לא המשיך בהליכי המימוש והפנה את הצדדים לבית המשפט המחוזי כדי ללבן את הסוגיה. בית המשפט המחוזי (השופט גבריאל קלינג) סבר כי יש מקום להחיל במקרה זה את הלכת **רוזנר** (גישה פורמליסטית) וקבע, כי לא ניתן לכפות על שפייזמן ויתור על הזכות לדיוור חלופי והגנת הדייר. אך בית המשפט העליון סבר אחרת. הוא סטה מהלכת **רוזנר**, וקבע כי שפייזמן תחתום על שטר משכנתה מבלי ליהנות מהגנת הדיוור החלוף. הפעם לא הסתפק בית המשפט בגישה הפורמליסטית והתמקד בהתנהגות הצדדים: "הנסיבות המוכחות מלמדות בוודאות גמורה, ששפייזמן ידוע ידעה, כי בין התנאים של שטר המשכנתה אשר היא התחייבה לחתום עליו נכלל תנאי פטור, שהוא תנאי סטנדרטי בשטר משכנתה"<sup>107</sup>.

ציינתי לעיל כי בפרשת **שפייזמן** סטה בית המשפט מהלכת **רוזנר**, אך הסטייה הזו היא "לכאורית", משום שהעובדות היו שונות.<sup>108</sup> ראשית, לגבי סוג המשכנתה: כאן לא היה מדובר בנושה פרטי, אלא במוסד בנקאי. ההבדל השני היה בסוג המסמך: לא היה מדובר בשטר משכנתה, אלא בהתחייבות, אשר כאמור, לא כללה את אזכור הוויתור. מטבע הדברים התחייבות לרישום משכנתה אינה כוללת את כל המרכיבים שמופיעים בשטר המשכנתה הסופי, ולכן למעשה היא מטילה על הלווה חיוב: לחתום על שטר המשכנתה. כאשר באים לפרש את ההתחייבות לחתום חוזה שומה על בית המשפט לשאול אם הצדדים התכוונו לכך שיחתמו חוזה שונה מן המקובל בעניין, ומה הם הסימנים המעידים על כך. השלמת תוכנו של חוזה, אשר יחתם בהתאם להתחייבות קודמת, ואשר חסרים בו פרטים צריכה להתנהל בהתאם לנוהג.<sup>109</sup> במקרה דנן סבר בית המשפט כי זו הייתה הכוונה. בשונה מפרשת **רוזנר**, בפרשת **שפייזמן**

106 ש.ש.

107 ש.ש. בעמ' 154.

108 ש.ש. בעמ' 155.

109 גבריאלה שלו דיני חוזים – החלק הכללי: לקראת הקודיפיקציה של המשפט האזרחי 317 (2005) (להלן: שלו דיני חוזים).

חסרה התנהגותו של הלווה תום לב. בפרשת **רוזנר** הצטייר הלווה כקרובן של המלווה, ואילו בפרשת **שפייזמן**, ברור כי הלווה רצתה להונות את הבנק באמצעות כריתת חוזה למראית עין.

העובדה שבפרשת **שפייזמן** מדובר בחוזה למראית עין הקלה על השופטים בניסיונם לגבור על הסתירה בפסיקה אחרת: בעניין **שטיינמץ** קבע בית המשפט העליון (פסק דינו של השופט יצחק אנגלרד), כי בהיעדר משכנתה לא ניתנה לנושה – הבנק – אפשרות לפתוח בהליכי הוצאה לפועל.<sup>110</sup> בית המשפט קבע אז, כי שומה על הנושה, אשר אין בידו משכנתה לא רשומה, להגיש תביעה נגד המוכר על בסיס התחייבות, להטיל עיקול זמני, לקבל פסק הדין ואז לנקוט הליכי הוצאה לפועל מתאימים.<sup>111</sup> עניינו הרואות, כי בפרשת **שפייזמן** לא התנגד בית המשפט לנקיטת הליכי מימוש בהוצאה לפועל על בסיס ההתחייבות. היכן ההבדל? כפי שציין השופט אדמונד לוי בפרשת **שפייזמן**, לא במכר שבוטל עסקינן, אלא בחוזה למראית עין.<sup>112</sup> מכאן שיש לאפשר מימוש ישירות בהוצאה לפועל. אם מבקשים להרהר בשאלה אם הבחנה זו מהווה מדיניות ראויה, התשובה ניתנה על ידי בית המשפט העליון עצמו, אשר התמודד עם הפער בין שתי ההחלטות,<sup>113</sup> והגיע למסקנה כי אכן אין סתירה, אלא מדובר במצבים עובדתיים שונים.<sup>114</sup>

כאן יש לשים לב שבפרשת **שפייזמן** השופטת דורנר מבססת את הדיון על סעיף 33 לחוק הגנת הדייר (אשר לכאורה דוחה את ההגנה שיכלה לקבל החייבת מכוח סעיף 38 לחוק ההוצאה לפועל). מכאן משתמע כי קיים קשר בין ההגנה הרחבה שהסעיף מעניק לחייב לבין התנהגות פסולה של חייב המנסה להונות את הבנק. במידה מסוימת שואבת השופטת דורנר חלק מהנימוקים מעניין **פרמינגר**<sup>115</sup> ומן הבסיס העיוני שעליו הוא מבוסס.<sup>116</sup> למען הדיוק יש לציין, כי הבקשה של **שפייזמן**

<sup>110</sup> רע"א 8792/00 **שטיינמץ נ' בנק "משכן"**, **בנק הפועלים למשכנתאות**, פ"ד נו(5) 593 (2002).

<sup>111</sup> ראו גם נינה זלצמן ועופר גרוסקופף **משכון זכויות** 236 ואילך (2005).

<sup>112</sup> פרשת **שפייזמן**, לעיל ה"ש 58, בעמ' 156.

<sup>113</sup> ראו את פסק דינה של השופטת עדנה ארבל בע"א 4407/06 **בנק הפועלים נ' זכריה**, פדאור (31) 421 (2008).

<sup>114</sup> הייתי מציע לראות בסתיות הללו גם ביטוי לגישה ראליסטית: בתי המשפט מאמצים דרכים שונות כדי להגיע לפתרון הוגן וצודק. במידה מסוימת הצורך "להעניש" אדם שפעל בחוסר תום לב מצדיק נקיטת דרך מסוימת, אשר אינה מוצדקת כאשר אדם פועל בתום לב, ובהמשך לדברי הצד השני – החזק יותר בעסקה. בדרך זו עובדים בתי המשפט – אם כי בצורה צנועה מאוד, כמין "רגולטור" חברתי. על הראליזם ראו למשל: חנוך דגן **קניין על פרשת דרכים** 227 ואילך (2005); Karl Llewellyn, *Some Realism About Realism – Responding to Dean Pound*, in: (2005) THE CANON OF AMERICAN LEGAL THOUGHT 131, 133 (David Kennedy & William W. Fisher III eds., 2006).

<sup>115</sup> עניין **פרמינגר**, לעיל ה"ש 55.

<sup>116</sup> הכוונה למאמרים של בן-פורת ורייכמן, לעיל ה"ש 54.



לא הייתה רק לקבל מעמד של דייר מוגן, אלא גם לקבל דיוור חלופי – אשר מעניק הגנה גורפת פחותה מאשר חוק הגנת הדייר. האומנם הבעיה היא הגנה רחבה שמעניק סעיף 33 לחוק הגנת הדייר מול הגנה "סבירה" יותר של סעיף 38 לחוק ההוצאה לפועל? הבחנה זו חשובה לנוכח קביעתה של השופטת דורנר בפרשת **מיסטר מאני** לגבי האפשרות להפוך את סעיף 38 (אך לא את סעיף 33 לחוק הגנת הדייר) לקוגנטי.<sup>117</sup> ביני לביני איני יודע עד כמה צריכים לקשור בין רמת ההגנה לבין התנהגותו של החייב. אם מקבלים כנתון, כי התנהגות שלא בתום לב של הלווה פוסלת מתן הגנה, מדוע עלינו לבדוק אם סעיף הוויתור מופיע בשטר המשכנתה, או אם מדובר בהגנה רחבה או מצומצמת? לדידי, התנהגות שאינה בתום לב מצדיקה שלילת כל הגנה מן החייב. אבל אני ער לכך שישנן דעות אחרות בעניין.<sup>118</sup>

אילו פרשת **שפיזמן** הייתה נותרת כהלכה מחייבת, היינו רואים בה קידוש חופש החוזים ובדיקת הכוונה האמיתית של הצדדים. ייתכן שאמירתה של השופטת דורנר, כי אין עוד מקום לדרישת אזכור הסעיף המסיר את ההגנה,<sup>119</sup> הייתה הופכת לכלל הקובע. אלא שפרשת **שפיזמן** לא הייתה אלא חוליה בשרשרת, ובהמשך הייתה התפתחות נוספת: פרשת **מיסטר מאני**.

### 3. הרחבת ההגנה: פרשת מיסטר מאני

פרשת **מיסטר מאני** אינה רק שלב נוסף בהתפתחות הפסיקה בנושא של דיוור חלופי במקרה של משכנתה, אלא היא הביאה בסופו של דבר לשינוי החקיקה.<sup>120</sup>

<sup>117</sup> ראו בהמשך, בפרק 3.3.

<sup>118</sup> לדעה אחרת ראו דבריו של עו"ד יובל אלכשן בישיבה מס' 442 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17 (5.2.2008). ניתן לצפייה בכתובת: [www.knesset.gov.il/protocols/data/html/huka/2008-02-05-02.html](http://www.knesset.gov.il/protocols/data/html/huka/2008-02-05-02.html) (נבדק לאחרונה ב-1.4.2011). השוו עם דברי השופט דוד מינץ, אשר קבע כי אין די בחוסר תום לב של פושט הרגל כדי לשלול ממנו את ההגנה הפרושה עליו בס' 33 לחוק הגנת הדייר. אך יש מקרים שבהם התנהגותו של פושט הרגל תשתיק אותו מלטעון לקיומה של ההגנה, כאשר לחוסר תום לבו מתלווים מעשים שבהם הוא גילה שהוא מוותר על הגנת הדין ובוחר בדרכי רמייה משלו כדי להגן על רכושו. פש"ר 4320/07 עו"ד עמיר ליבונטין, **נאמן על נכסי החייבת נ' לוי**, ס' 14 לפסק הדין (טרם פורסם, 3.2.2011).

<sup>119</sup> שם, בעמ' 154.

<sup>120</sup> בישראל קיימת מחלוקת בסוגיית האקטיביזם או הפסיביזם של בתי המשפט, שהיא נושא טעון גם מבחינה פוליטית. כאן המקום לציין, כי בנושא הוויתור יש התפתחות מעניינת, אשר מצביעה על הדרך שבה בתי המשפט בכל זאת תורמים לעתים לעיצוב מדיניות, אשר אינה זו שאליה התכוון המחוקק.

## 3.1 העובדות

בן ואמו נטלו הלוואה מגורם חוץ-בנקאי (מיסטר מאני – להלן גם "החברה"). למעשה ההלוואה הייתה מיועדת לבן, והאם הייתה ערבה להלוואה, אף שפורמלית שניהם היו חייבים. בהיותו הסדר חוץ-בנקאי, אין להתפלא על כך שהסדר כלל תנאים דרקוניים במיוחד, כמו פיצוי מוסכם בשיעור של 50 אחוזים מערך ההלוואה בתוספת מע"מ. כערוכה להלוואה משכנה האם לטובת החברה את דירתה. ההלוואה לא נפרעה, והחברה פתחה בהליכי הוצאה לפועל, לרבות מימוש המשכון. בתגובה פנתה האם לבית המשפט וביקשה ממנו לבטל את מימוש המשכנתה ולמחוק אותה כערובה בשטר המשכון.<sup>121</sup> טענתה של האם (גברת רייז) הייתה, כי כאשר חתמה על שטר המשכנתה האמינה שחתימתה היא עניין טכני בלבד, וכי לא תסולק מן הדירה.<sup>122</sup> בית המשפט המחוזי לא קיבל את עמדתה של האם לגבי ביטול החתיבותה,<sup>123</sup> אך סבר כי מגיע לה דיור חלופי מאחר שהסכים עם גישת הנתבעת, כי אילו הייתה מודעת לאפשרות שתסולק מביתה<sup>124</sup> לא הייתה חותמת על המשכנתה.<sup>125</sup> קביעה זו אומצה בפסק הדין בבית המשפט העליון, והתיק הועבר לראש ההוצאה לפועל לצורך קביעת דיור חלוף. החלטת בית המשפט עולה בקנה אחד עם הגישה שאפיינה את בית המשפט העליון בבידור, מאז עניין **אפרופים**: הווי אומר, התבססות גם על נתונים, שאינם כלולים בחוזה על מנת ליצור את הפרשנות הראויה.<sup>126</sup> מדובר בנוסחה מקובלת של איזון בין קניינו של הזוכה לבין זכויות היסוד של החייב<sup>127</sup> – גישה אשר משקפת את השפעת העקרונות החוקתיים על המשפט הפרטי כבסיס לאיזון בין

121 פרשת **מיסטר מאני**, לעיל ה"ש 93, בעמ' 937.

122 שם, בעמ' 940.

123 השופטת דבורה פלפל בה"פ (מחוזי ת"א) 157/01 רייז נ' **מיסטר מאני ישראל בע"מ**, פדאור 02(3) 407 (2002) (להלן: **ה"פ מיסטר מאני**).

124 שם, בפסק דינה של השופטת פלפל: "נציגיה של המשיבה, שנכחו במעמדי החתימה, צריכים היו לדעת, שהמבקשת אינה מבינה את משמעות סעיף זה, המנוסח בשפה משפטית שאינה מובנת למי שאינו 'דובר' אותה, ולא הייתה מבינה אותו גם אילו קראה אותו במעמד כריתת החוזה, שכן שפתו אינה שפת הציבור הרחב וללא 'תרגום' או הסבר הוא נותר סתום בפני הבריות".

125 פרשת **מיסטר מאני**, לעיל ה"ש 93, בעמ' 938.

126 עניין **אפרופים**, לעיל ה"ש 94. ראו גם: דני"א 2045/05 **ארגון מגדלי ירקות – אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' מדינת ישראל**, פדאור 105 (10)06 (2006); כן ראו: זאב סגל וליילך ליטור **אקטיביזם ופסיביזם שיפוטי** 85 ואילך (2008); דניאל פרידמן "פורמליזם וערכים – ביטחון משפטי אקטיביזם שיפוטי" **המשפט** יא 9 (2007); מנחם מאוטנר "אקטיביזם שיפוטי – הערכה" **עלי משפט** ד 7 (2005); מאוטנר **משפט ותרבות**, לעיל ה"ש 94, בעמ' 160 ואילך. כפי שצינתי לעיל בה"ש 94, ניתן לטעון כי יש כעת שינוי בגישה הזו. שינוי זה מקבל ביטוי בפסיקתו של השופט דנציגר ובתיקון של ס' 25 לחוק החוזים.

127 כפי שקיבל ביטוי בעניין **פר"ח**, לעיל ה"ש 73, ובעניין **גמזו**, לעיל ה"ש 30.

צרכים חברתיים שונים.<sup>128</sup>

בשונה מפרשת רוזנר, כאן קבע בית המשפט כי לא די באזכור טכני, אלא יש לוודא שהלווה מבין ויודע כי עומדת לו זכות לדיור חלוף. עוד בשונה מפרשת רוזנר, הוראת הווייתור הייתה מנוסחת בצורה ברורה על הנייר. שלא כמו בפרשת שפייזמן, לא דובר ב"מסמך טרומי" (התחייבות לרשום משכנתה), שבו לא מופיעה התחייבות לווייתור, אלא בשטר משכנתה של ממש. אם נסכם את עיקרי שלושת פסקי הדין החשובים בנושא, ניתן לקבוע כלהלן:

פרשת מיסטר מאני	פרשת שפייזמן	פרשת רוזנר	
לא	כן	[?] <sup>129</sup>	הלווה ידע על הווייתור
ערב	חייב עיקרי	חייב עיקרי	מהות החייב
חוץ-בנקאי	בנק	חוץ-בנקאי	מהות הזוכה
לא	כן	לא	הווייתור תקף

אם כן, נוכח התפתחות הפסיקה יש להתמקד בשלושה היבטים העומדים במרכזה של פרשת מיסטר מאני ואשר עשויים לקבל ביטוי גם בפסיקה שמן הסתם תתפתח בעקבות הרפורמה לחוק. ראשית, אדון בסוגיית הידיעה על הווייתור, או מה שניתן לכנות – חובת הגילוי של הגורם הפיננסי כלפי הלווה, שהיא סוגיה מרכזית בכל הקשור לאפיון זכותו של החייב. בהמשך אתייחס להבדלים בין חייב עיקרי לבין מי שממשכן את דירתו כערב, ובין בנק לבין גורם חוץ-בנקאי. על רקע הבחנות אלה אדון במהות הקוגנטית שאליה התייחסה השופטת דורנר כדין הרצוי בסופו של דבר, והוא שהפך לדין המצוי ברפורמה.

### 3.2 הטלת חובת גילוי על המלווה

אחת התוצאות של התפתחות הפסיקה היא כי הדין בדיור חלופי בעניין המשכנתה הפך לדין על הגבולות של חובת הגילוי.<sup>130</sup>

<sup>128</sup> ראו בעניין זה: Aharon Barak, *Constitution Human Rights and Private Law*, in FREEDOM OF CONTRACT AND CONSTITUTIONAL LAW 105 (Alfredo Mordechai Rabello & Peter Sarcevic eds., 2008); יהושע ויסמן "הגנה חוקתית לקניין" הפרקליט מב 258 (1995).

<sup>129</sup> לכאורה החייב אכן ידע. למרות זאת לא היה ציון של הסעיף. כאמור, בית המשפט אימץ גישה פורמלית מאוד והסתפק בעובדה שהיעדר ציון הסעיף פוגע בזכותו של החייב. עקרונית, ניתן לשער כי הלווה אכן הבין, וכפי שהסברתי, לא ברור במה תרם לידיעתו עצם ציון הסעיף. בכל זאת, מאחר שאין הכרעה חד משמעית בגוף פסק הדין, אני מעדיף לצורך הפשטה להשאיר את הקביעה העמומה.

<sup>130</sup> על חובת הגילוי ראו: רוי בר-קין "הרחבת חובת הגילוי בהסכמי משכנתה ותוקפו של תנאי

חובת הגילוי אכן באה להבטיח מימוש של ציפיות לגיטימיות, שיש לאדם לגבי העסקה.<sup>131</sup> היא נגזרת מעקרון תום הלב.<sup>132</sup> ניתן לראות בכך ביטוי לכבוד האדם,<sup>133</sup> ותנאי להגינות מסחרית במובן זה שהיא אמורה לצמצם את פערי המידע שבין הצדדים לעסקה (Information Asymmetry).<sup>134</sup> זכותו של כל צד לחוזה – והכוונה בעיקר לצד החלש – להבין את העקרונות שעליהם מבוססת ההתקשרות ולהחליט עליהם בהתאם. אילו כל צד בחוזה היה מחזיק בידיו את כל המידע, ניתן היה לבטל את המנגנונים הרגולטוריים שמטרתם להגן על הצדדים החלשים. כמו שאנחנו יכולים להניח כי ככל שלצד בחוזה יש יותר מידע, הוא זקוק לפחות הגנות "ממסדיות", אפשר גם להניח כי יש בהרחבת חובת הגילוי כדי למנוע שימוש מופרז בעקרונות פטרנליסטיים.<sup>135</sup>

חובת הגילוי מקבלת משנה חשיבות כאשר מדובר בהתקשרות בין גורמים מקצועיים לגורמים לא מקצועיים (היינו הצרכנים, או בענייננו, "הלוויים"),<sup>136</sup> אשר מטבע הדברים אינם מכירים את מנגנון המשכנתה, ואף אינם ערים די הצורך לזכויותיהם במקרה של תקלה.<sup>137</sup> חובה זו משתלבת בגישה אשר מכירה בכך שכאשר במשכנתה עסקינן, חובת הגילוי אינה רק טכנית, אלא דרוש הסבר על המשמעות המלאה של העסקה על כל פרטיה, ויש להגיש לממשכן את כל המידע וההסברים.<sup>138</sup>

הוויתור על הדיור החלוף "מקרקעין ג" (3) 44 (2004); סיני דויטש דיני הגנת הצרכן כרך א 151 (2001) (להלן: "סיני דויטש"); רע"א 3128/94 אגודה שיתופית בית הכנסת רמת-חן נ' סהר חברה לביטוח בע"מ, פ"ד (3) 281, 303 (1996).

<sup>131</sup> דניאל פרידמן "טעות, הטעיה ותנאים מכללא מכוח הדין" המשפט א 161, 163 (1993).  
<sup>132</sup> ראו דברי השופטת פלפל בה"פ מיסטר מאני, לעיל ה"ש 123, ופרשת מיסטר מאני, לעיל ה"ש 93, בעמ' 940. בפרשת מיסטר מאני ציין השופט ריבלין כי חובה זו מוגבלת כאשר מדובר ביחס בין לווה לבין מלווה חוץ-בנקאי. ראו גם: שלו דיני חוזים, לעיל ה"ש 109, בעמ' 317 ואילך; גבריאלה שלו "טעות בחתימה – האומנם לא נעשה דבר?" משפטים יא 501 (1981); דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ב 685 (1992).

<sup>133</sup> אכן, כיום יש ספרות, אשר רואה בזכותו של הצרכן לקבל את המידע הדרוש בבחינת זכות חוקתית. ראו: ANTHONY I. OGUS, REGULATION LEGAL FORM AND ECONOMIC THEORY: 124 (1994).

<sup>134</sup> PETER CARTWRIGHT, BANKS CONSUMERS AND REGULATION 8 (2004).

<sup>135</sup> על הפטרנליזם ראו להלן, בפרק ה.1.

<sup>136</sup> השוו: מנחם מאוטנר משפט ותרבות, לעיל ה"ש 94. ראו גם: Melvin Aron Eisenberg, *Expression Rules in Contract Law and Problems of Offer and Acceptance*, 82 CAL L. REV. 1127, 1131 (1994); CHRIS WILLET, FAIRNESS IN CONSUMER CONTRACTS: THE CASE OF UNFAIR TERMS 45 (2007).

<sup>137</sup> ראו את פסק דינו של השופט שאול שוחט בה"פ (מחוזי ת"א) 385/07 בודיס נ' בנק מזרחי טפחות בע"מ, תק-מח 8832 (3)08 (2008), בו ניתן משקל לעובדה שהחייבים היו אנשים המעורים בענייני מסחר, ומכאן שלא יכלו לטעון כי לא ידעו על עצם הוויתור על הדיור החלוף.  
<sup>138</sup> ע"א 8564/06 סולטאני נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פדאור 8832 (23)08 (2008). ראו גם: רות פלאטור-שנער "חובת הגילוי הבנקאית כלפי הממשכן נכס להבטחת חיובו של אחר" הפרקליט

על מנת לנתח את הנושא יש להבחין בין שני מצבים עיקריים של חובת הגילוי:

- א. כאשר אדם לא התכוון לחתום על המסמך. זהו מצב של "לא נעשה דבר" (Non Est Factum).<sup>139</sup> מדובר במקרה שבו חוסר הירדע (ולא רק ידע מוטעה)<sup>140</sup> מגיע לרמה, שבה אדם אינו יודע למעשה על מה הוא חותם. בעניין משכנתאות, לפחות כאשר בחייב העיקרי עסקינן, קשה מאוד להעלות על הדעת מקרה שבו אדם נוטל הלוואה וחותר על משכנתה מבלי שידע על מה הוא חותם (למעט מקרים של חוסר כשרות משפטית, אולם כאן ביטול העסקה נובע מטעמים אחרים). לעומת זאת, במקרה של ערבות ייתכנו מקרים שבהם החותר על ערבות סבור, באמת ובתמים, שאיננו חותר על שטר המשכנתה. אלא שמדובר במקרים גבוליים ביותר. זו הייתה טענתה של גברת רייז בפרשת **מיסטר מאני**, אך השופט ריבלין לא השתכנע, ודחה את טענת "לא נעשה דבר".
- ב. כאשר פרטים מהותיים של העסקה לא היו ידועים לו. אין די בכך שאדם יודע על מה הוא חותר. עליו גם להבין את התנאים שמטילה עליו ההתקשרות. לצורך כך מצפה כל צד מהצד השני שלא יסתיר נתונים, פגמים, או בעיות הכרוכות בנושא העסקה וביצועה. לפיכך נדרשת כאן רמת הבנה מסוימת, ואין להסתפק בהסכמה פורמלית.<sup>141</sup>
- פרט לחובה הכללית הנובעת מדיני החוזים,<sup>142</sup> חוקים שונים, בעלי אופי צרכני, קובעים חובת גילוי לגבי פרטים אלה או אחרים: כך בחוק חוזה הביטוח, התשמ"א–1981,<sup>143</sup> בחוק כרטיסי חיוב, התשמ"ו–1986 (ס' 21), בחוק המכר (דירות), התשל"ג–1973 (ס' 3–6),<sup>144</sup> בחוק הערבות, התשכ"ז–1967 (ס' 22), בחוק המתווכים במקרקעין, התשנ"ו–1996 (ס' 9),<sup>145</sup> ועוד. חוק הבנקאות (שירות ללקוח) מדגיש את

מט 385 (2007).

<sup>139</sup> ראו: ת"א (מחוזי חי') 284/05 שרפ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, תק-מח 1385 (2) 06 (2006).

<sup>140</sup> כאשר בחובת גילוי עסקינן יש מקום להבחין בין היעדר מידע לבין מידע מוטעה. על כך ראו: OGUS, לעיל ה"ש 133, בעמ' 144.

<sup>141</sup> ארחיב בהמשך על ההבחנה בין הסכמה פורמלית לבין הסכמה מדעת. ראו בהמשך, בטקסט הנלווה לה"ש 227.

<sup>142</sup> ראו את דברי השופט ריבלין בפרשת **מיסטר מאני**, לעיל ה"ש 93, בעמ' 948; ראו גם את עניין **סולטאני**, לעיל ה"ש 138.

<sup>143</sup> כאן חלה החובה במישורים שונים לגבי המבטחת והמבוטח. ראו דיון מקיף אצל שחר ולר **חוק חוזה הביטוח, תשמ"א–1981** כרך א 265 ואילך (2005).

<sup>144</sup> חובת הגילוי מופיעה באשר למפרט של רכישת הבית. כך למשל מסירת המפרט אינה מבטיחה, כי החותר על החוזה הבין את התנאים, ובכל זאת, כמו במקרה של רכישת דירה, חלה גם כאן חובת גילוי. ראו זמיר, לעיל ה"ש 26, בעמ' 219.

<sup>145</sup> בעניין חובת הגילוי וחוק הלוואות חוץ בנקאיות, ראו: ע"א 9044/04 **מיסטר מאני ישראל בע"מ נ' ביניאשוילי**, פדאור 25(07) 852 (2007); ריקרדו בן אוליאל **דיני בנקאות: חלק כללי** 81 ואילך (1996).

חובת הגילוי כחלק מיחסי הנאמנות שהבנק נדרש לפתח כלפי הלקוח.<sup>146</sup> קל וחומר שהדבר רלוונטי בכל הקשור להלוואות חוץ-בנקאיות (ס' 3 לחוק הסדר הלוואות חוץ בנקאיות, התשנ"ג–1993).<sup>147</sup>

התמודדות עם סוגיית חובת הגילוי מובילה בהכרח לשאלת גבולותיה של חובה זו: עד לאיזו רמה חייב צד אחד לחוזה לתת לצד השני מידע על המוצר או העסקה? מטבע הדברים, ינסה צד אחד להראות תמיד כי לצד השני משתלם לקנות את המוצר, לשכור את הדירה, לבצע את העבודה לפי המחיר המוצע וכדומה. חובת הגילוי טומנת בחובה פעולה אקטיבית מצד הנוגע בדבר, אשר כעיקרון עלולה לפגוע באינטרסים שלו.<sup>148</sup> לכן קביעת גבולות הגילוי מחייבת להבחין בין פרטים מהותיים, אשר הסרתם פוגעת בהגינות המסחרית, לבין נתונים שכל צד בחוזה רשאי להביא בחשבון, אבל אין זה מתפקידו של הצד השני להתריע עליהם. שיקולי כדאיות אינם נופלים במסגרת חובת הגילוי. ברוח זו ניתן אפילו לחשוב על היקש מן הכלל "יזהר הקונה" (שכיום הנו כלל הכפוף לסייגים רבים) – "יזהר מי שנוטל משכנתה", לאמור, מי שנוטל משכנתה צריך לדעת ולהביא בחשבון את מה שקובע הדין וכיצד מתייחס הנוהל המסחרי-בנקאי למצב משפטי כזה.

במקרה של ויתור על דיור חלופי, חובת הגילוי אינה נוגעת לטיב המוצר (סכום ההלוואה, תנאי הריבית או החזרים חודשיים).<sup>149</sup> מדובר בחובה להודיע לחייב (או לערב) על זכות שהחוק מעניק לו (לקבל דיור חלופי במקרה של הפרת הסכם). למעשה, המידע שהלווה צריך לקבל מורכב משני רבדים: ידע על עצם זכותו לדיור חלופי והבנה כי הוא מוותר על זכות זו.<sup>150</sup> ישאל השואל אם מתפקידו של הנושה

<sup>146</sup> ס' 5 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א–1981 (להלן: "חוק הבנקאות (שירות ללקוח)"). הפסיקה שעסקה בעניין חובת גילוי של הבנקים עוסקת במגוון סוגיות, כגון מידע אשר הערב צריך לקבל לגבי מצב האשראי של החייב העיקרי, וחובת סודיות או מידע לגבי תנאי האשראי. ראו, למשל: ע"א 6899/97 פייבושביץ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פ"ד נז(1) 364 (2002), בו מדובר במקרה של חוק הערבות ובו השאלה הייתה מה מידת ההבנה של הערב. כאשר במערכת הבנקאית עסקינן, חובת הגילוי נעוצה בחובת אמון, שהבנק חב ללקוח. ראו גם: ע"א 5893/91 טפחות בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ' צבאח, פ"ד מח(2) 573 (1994); ע"א 1570/92 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' ציגלר, פ"ד מט(1) 369 (1995) (תחולת החובות של הבנקים כלפי לקוחות גם על הערבים); ע"א 1548/96 בנק אגוד לישראל בע"מ נ' לופו, פ"ד נד(2) 559 (2000).

<sup>147</sup> השופט ריבלין בפרשת מיסטר מאני, לעיל ה"ש 93, בעמ' 948.

<sup>148</sup> פרידמן, לעיל ה"ש 131.

<sup>149</sup> אנו יוצאים מתוך הנחה כי החייב יודע את תנאי ההלוואה, ריבית, הצמדה, החזרים וכולי. אלא שהנחה זו אינה תמיד נכונה משום שחייבים רבים לא יודעים או לא מבינים כיצד יחשבו את תשלומי החזור, מה גם שהתשלום החודשי תלוי במשתנים לגביהם לחייב אין שליטה. כאמור לעיל, אחת הסיבות בהסתככות עם המשכנתה היא חוסר ידיעה אשר מלווה בהעדר אשורות לתכנן נכון את ההחזרים.

<sup>150</sup> ראו גם את ע"א 9291/04 קלמן נ' בנק מרכנתיל דיסקונט בע"מ, פדאור (18) 704 (2004).

להסביר את מהות הדין ללווה? מאחר שההגנה על דיוור חלופי מעוגנת בדין, ניתן לשאול מה מונע מהחייב עצמו לברר את המצב המשפטי לאשורו. בזמנו טענה פרופ' גבריאלה שלו, כי חובת הגילוי לא חלה על הוראה אשר הצד השני יכול להשיג בעצמו.<sup>151</sup> זכות מעוגנת בחוק היא דבר שכל אדם יכול להשיג בעצמו.

אם חוזרים לניתוח הפסיקה שהתגבשה סביב עניין הדיוור החלופי, ובהמשך לחלוקה שעשיתי, ניתן להבחין בין שלושה מעגלים: (1) מעגל הפורמליסטיקה, אשר קיבל ביטוי מובהק בפרשת רוזנר; (2) מעגל רחב של הגינות מסחרית – אשר מקבל ביטוי בחובת הגילוי והצורך לבדוק אם החייב הבין את משמעות חתימתו על הוויתור; (3) מעגל רחב יותר, זה של מדיניות ראויה, לאמור, שיקולים של כבוד האדם וערכים חברתיים, המצדיקים לספק לחייב דיוור חלוף. מתקבל הרושם כי בתי המשפט פועלים במעגל השני והראשון, אולם מתבוננים בבעיה מבעד למעגל השלישי. כלומר הבעיה אינה של היעדר מידע, אלא של מדיניות לא ראויה, שהיא תוצאה של היעדר אפשרות למשא ומתן בקשר לדיוור חלופי.

בפועל לא ניתן לנהל משא ומתן בכל הקשור לדיוור חלופי, משום שכל הגורמים הפיננסיים מאוחדים בנושא מתן זכות זו, שבמקרה של אי-תשלום המשכנתה לא יישאר דיוור חלופי. הבעיה נעוצה בחוזי ההלוואות, המתבצעים באמצעות חוזה אחיד,<sup>152</sup> אשר ממילא מונע מן החייב לשנות את התנאים.<sup>153</sup> לפיכך, איני סבור שיש להכריע את סוגיית הדיוור החלופי על בסיס "הבעיה הקוגניטיבית" של הלווים, אלא על בעיות של שוק המשכנתאות. בשנת 1967 נתן המחוקק ביטוי לעקרונות סוציאליים מבלי לקבוע אותם במסגרת קוגניטיבית, אלא הכפיף אותם לעיקרון אחר: חופש החוזים, אשר בסופו של דבר שומר על התכלית של מתן בטוחה, לאמור, שימוש בטוחה להבטחת תשלום החוב במקרה של אי-פירעון בדרך הטבעית. אלא שבית המשפט העליון לא היה מרוצה מן התוצאות שיצר החוק.<sup>154</sup>

---

שם חידדה השופטת נאור את ההבדל בין ידע על זכות לבין ידע על ויתור. ראו דברי השופטת פלפל בה"פ (מחוזי ת"א) 744/08 וורשה נ' בנק המזרחי, ס' 3.1 (טרם פורסם, 20.6.2011): "אל לנו להסתפק בשאלה אילו היו יודעים המבקשים את נפקות הוויתור בעת חתימת הסכם ההלוואה – האם היו מתקשרים בו עם המשיב; השאלה הנכונה היא: לו היו יודעים המבקשים את מלוא המשמעויות – האם היו מתקשרים בהסכם לרכישת הדירה, ובעקבותיו גם בהסכם ההלוואה והמשכון?"

<sup>151</sup> ראו דיון בעניין זה בע"א 838/75 ספקטור נ' צרפתי, פ"ד לב(1) 231, 240 (1977), ובו ציטוט דבריה של פרופ' שלו. לעמדה שונה, ראו דעתו של השופט כהן, בעמ' 248.

<sup>152</sup> ראו את הצעת החוק לס' 281 לחוק ההוצאה לפועל: בהצעה המקורית נקבע דיוור חלופי למשכנתה כאשר מדובר בחוזה אחיד.

<sup>153</sup> ת"א (מחוזי ב"ש) 4020/05 עמר נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פדאור 08(26) 712 (2008).  
<sup>154</sup> אפילו השופט ריבלין בפרשת מיסטר מאני, לעיל ה"ש 93, נתן לקורא להבין כי אילו הייתה ההוראה של ס' 38 לחוק ההוצאה לפועל, אשר מאפשרת לוותר על ההגנה של דיוור חלופי, נחקקת לאחר חקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ייתכן שהיה מקום לבטל אותה. שם, בעמ' 943.

סעיף 38(ג) אינו משתמש בביטוי **הסכמה**, אלא בביטוי **פורש**. ניתן לטעון שבפועל מבקשת ההוראה לקבוע (אפילו באופן חד-צדדי), כי היא משחררת את המלווה מן החובה. כן ניתן לטעון, כי כאשר מדובר ב"פורש", אין מדובר בהסכמה, אלא בהצהרה חד-צדדית של הנושה, אשר מחליט לסייג את העסקה במונח של Take it or Leave it.<sup>155</sup> או במילותיה של השופטת דורנר: "השימוש באפשרות להתנות על הוראה זו הפכה במהרה לשגרה; היא נוצלה בטפסי המשכנתה, המנוסחים על ידי הבנקים ועל ידי מלווים גדולים אחרים, וההוראה הפכה לאות מתה, אף כי ברי שיש בהתניות אלו כדי לפגוע בכבוד האדם מעבר למידה הדרושה".<sup>156</sup> המחוקק קלט את המסר והחליט להפוך את ההגנה לקוגנטית.

### 3.3 חייב עיקרי או ערב?

בפרשת **מיסטר מאני** הדגיש השופט ריבלין את העובדה שמדובר בערבה.<sup>157</sup> ההבדל בין מצב של ערב לבין מצב של חייב עיקרי קיבל ביטוי בפסיקה.<sup>158</sup> יש להבהיר: הכוונה כאן אינה למקרה של ערבים למשכנתה, אלא כאשר אדם ממשכן את דירתו ככטוחה עבור אדם אחר. במקרה זה, האם דין אחד לחייב ולערב בכל הקשור לדיור חלופי? כעיקרון, מי שחותם כערב וממשכן את דירתו לטובת חייב עיקרי יכול להגביל את ערבותו, וזכותו לבקש כי הוא ישלם, אם וכאשר החייב העיקרי לא ישלם, עד גבול גובה הדיור החלופי. לאמור, אם תמומש דירתו, הוא יישאר עם סכום השווה לדיור חלופי. מובן שהגורם הפיננסי יכול להסכים לדרישה זו ויכול שלא. לכאורה, שונה דינו של מי שמקבל הלוואה לצורך רכישת דירה, ואשר כעיקרון חותם על המשכנתה בתמורה לאשראי שהוא מקבל: כאן אין לו זכות לבקש להגביל את אחריותו. ישאל השואל: האם מי שממשכן דירה אחת כדי לקבל אשראי לרכישת דירה אחרת הוא בגדר ערב או בגדר חייב עיקרי? ייתכנו מצבים של ערבות שבהם פחות חשוב מבחינת הנושה אם יש לייעד חלק מסכום המימוש לדיור חלופי, משום שיוכל

Anthony T. Kronman, *Paternalism and the Law of Contracts*, 92 YALE L. J. 763, 771 (1983).

<sup>155</sup> פרשת **מיסטר מאני**, לעיל ה"ש 93, בעמ' 953. בפרשת **שפייזמן** דווקא אימצה השופטת דורנר עמדה אשר סותרת לכאורה את הצורך בקוגנטיות של הגנה על לווה במשכנתה. באותה פרשה נקבע, כי הגשמת מטרתה של העסקה (הכוונה לעסקת משכנתה – פ.ל.) באמצעות מתן בטוחה הניתנת למימוש אם לא יפרע החוב – מחייבת לכלול בשטר המשכנתה את תנאי הפטור. אם אכן זו מטרתה של העסקה – הכיצד ניתן להדגים את המטרות אם ההגנה תהיה קוגנטית? זאת ועוד: בפרשת **שפייזמן** קבעה השופטת דורנר כי חקיקתו של חוק-יסוד: כבוד אדם וחירותו מצדיקה צמצום של ההגנה על החייבים וזאת מכוח זכות הקניין (פרשת **שפייזמן**, לעיל ה"ש 58, בעמ' 156).

<sup>157</sup> פרשת **מיסטר מאני**, לעיל ה"ש 93, בעמ' 947. ראו גם ס' 17 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח).

<sup>158</sup> ראו, למשל: עניין **ברוסי**, לעיל ה"ש 137.



לגבות ערביות אחרות על מנת לכסות את ההפרש. אותה טענה יכולה להיות רלוונטית כלפי החייב, אשר הדירה שלו ממושכנת בגין הלוואה שקיבל לצורך רכישת הדירה – מדוע לא לתת גם כאן דיוור חלופי, אם יש לבנק ערבים אחרים שמהם הוא יכול להיפטר? אלא שלפי קו המחשבה הזה אנחנו יכולים לומר כי עדיף המצב ששרר בעבר, כאשר בנקים העדיפו לפנות לערבים (ולגבות מכל אחד מהם חלק של החוב), במקום לממש את דירת החייב. כפי שציינתי, איני חושב שפתרון זה הוא פתרון ראוי.<sup>159</sup>

ביני לביני, איני מוצא טעם לקבוע כי ראוי יותר לתת דיוור חלופי כאשר מדובר במשכון בתור ערבות לעומת משכון של הדירה נושאת ההלוואה. דומני שברור כי אדם מן היישוב יבין, שכאשר לא משלמים את ההלוואה המובטחת עם משכנתה – יש לממש את הנכס. כאשר בערבים עסקינן, יש לתת למי שממשכן את הנכס כערבות עבור חוב של מישהו אחר, את אותם תנאים והגנות הניתנים לערבים על פי חוק הערבות, אך אין צורך בכללים מיוחדים בנושא הוויתור על דיוור חלופי. לדעתי, ההבחנה החשובה ביותר היא בין נושה בנקאי ונושה חוץ-בנקאי.<sup>160</sup>

### 3.4 הרחבה של הלכת מיסטר מאני

בפרשת מיסטר מאני התבסס בית המשפט עצמו על "נסיבות מיוחדות".<sup>161</sup> בין היתר בלטה העובדה, שהנושה היה גוף חוץ-בנקאי ("שוק אפור").<sup>162</sup> על מי שעוסק בשוק האפור מוטלת חובת גילוי מוגדלת.<sup>163</sup>

בפרשת מיסטר מאני מצא בית המשפט לנכון לקיים את החוזים המקוריים של שוק זה, משום שהדבר מאפשר לציבור שאינו יכול להשיג אשראי בנקאי, לקבל כספים למימון.<sup>164</sup> מצד שני, בית המשפט לא הסתיר את החשדנות כלפי שוק זה, שבו שולטים תנאים אשר עלולים לפגוע בלוויים.<sup>165</sup>

<sup>159</sup> ראו גם בהמשך המאמר, בפרק ה', 2.2.

<sup>160</sup> הבחנה זו הופיעה בהצעת החוק לתיקון ס' 381 לחוק ההוצאה לפועל – העוסק במימוש דירת מגורים. בהצעה המקורית נקבע, כי ההגנות של ס' 38 לא יחולו במקרה של משכנתה, שנעשתה באמצעות חוזה אחיד. ראו את דברי ההסבר להצעת חוק הגנה על נוטלי משכנתה לדיוור (תיקוני חקיקה), התשס"ב–2002, ה"ח 3092, 366. כידוע, סעיף זה לא התקבל.

<sup>161</sup> ראו את דברי השופט ריבלין בפרשת מיסטר מאני, לעיל ה"ש 93, בעמ' 946, מול האות ב'.

<sup>162</sup> הדברים צוינו גם בפסק הדין במחוזי על ידי השופטת פלפל. ראו: ה"פ מיסטר מאני, לעיל ה"ש 123, בעמ' 940. ראו גם פרשת מיסטר מאני, לעיל ה"ש 93, בעמ' 942.

<sup>163</sup> פרשת מיסטר מאני, לעיל ה"ש 93, בעמ' 940, 947.

<sup>164</sup> ראו דעה דומה אצל RICHARD H. THALER & CASS R. SUNSTEIN, NUDGE 133 (2009).

<sup>165</sup> פרשת מיסטר מאני, לעיל ה"ש 93, בעמ' 949; אורנה דויטש מעמד הצרכן במשפט 382 (2002) (להלן: "אורנה דויטש").

מן הסתם, הציבור רואה בשוק החוץ-בנקאי מוקד לניצול אנשים חלשים, הקובע תנאי החזר מופרזים, הגובלים במרמה. עם זאת, באשר לקביעת תנאי הוויתור, מדובר בתנאי שגם הבנקים משתמשים בו, ובעניין זה (להבדיל מעניין הריבית, תנאי התשלום או התניות אחרות) קשה לומר שהנוטל משכנתה עומד מול תנאי מקפח באופן בלתי סביר, או שאינו מקובל על פי כללי השוק.<sup>166</sup> זאת ועוד: מבחינת מצוקת החייב, אין הבדל מהותי בין מי שעלול להיזרק לרחוב בשל חוב לבנק או בשל חוב לשוק האפור (וזאת, כמובן, בתנאי שהחוב מבוסס על הלוואה לפי תנאים שנקבעו בחוק). דווקא הסעיף בחוזי משכנתאות, אשר על פיו החייב מותר על הזכות, מנוסח בצורה דומה – כמעט זהה – בחוזים הבנקאיים ובחוזים חוץ-בנקאיים.<sup>167</sup> השופט (בדימוס) דוד בר-אופיר סבר כי אין טעם להבחין בין הלוואה חוץ-בנקאית לבין הלוואות בנקאיות.<sup>168</sup> ואכן, הפסיקה הרחיבה את ההגנה גם על המערכת הבנקאית, וקבעה כי חובה על הבנק להסביר מפורשות ללווים את הזכות לדיוור חלופי מבלי שיהיה די בחתימה על שטר המשכנתה, ורצוי שיהיו הסברים בעל פה או מסמך נפרד.<sup>169</sup>

אמנם היו מקרים שבהם בתי המשפט סיכלו את ניסיון החייב ליהנות מהדיוור החלוף, כאשר היה ברור כי אכן הבין את מהות הוויתור. נקבע כי יש לפרש את הלכת מיסטר מאני בצמצום,<sup>170</sup> ובכל זאת מקובל על בתי המשפט כי סעיף הוויתור צריך להיות ברור די הצורך.<sup>171</sup> כתגובה להחלטות בתי המשפט, השתרשה פרקטיקה במערכת הבנקאית שעל פיה מחתימים בנפרד את הלווה על טפסים, שבהם הוא מוותר מרצונו על זכותו לדיוור חלוף ולהגנה לפי סעיף 33 לחוק הגנת הדייר. דרך זו, לאמור, הבלטתן של הוראות "רגישות" בחוזה כדי להביא אותן לתשומת לבו של הצרכן, היא אכן דרך מקובלת בדיני צרכנות בנושא העמידה בדרישה לגילוי.<sup>172</sup> אלא שבדרך זו ממשיך הגורם הפיננסי לרוקן בפועל את ההגנה שהחוק נותן ללווה.

<sup>166</sup> בעניין תנאי מקפח, ראו: ורדה לוסטהויז וטנה שפניץ **חוזים אחידים** 189 ואילך (1994); ע"א 294/91 **חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום**, פ"ד מו(2) 464 (1992).

<sup>167</sup> כפי שניתן לראות בפרשת **מיסטר מאני**, לעיל ה"ש 93, בעמ' 945.

<sup>168</sup> בר-אופיר, לעיל ה"ש 19, בעמ' 545.

<sup>169</sup> ראו: ה"פ (מחוזי ת"א) 156/07 **ויסמן נ' בנק המזרחי בע"מ**, פדאור 09(2) 606 (2009); עניין **בן ורון**, לעיל ה"ש 99 (השופט הנדל מדגיש את הצורך לפרש את הוויתור בצמצום); עניין **עמר**, לעיל ה"ש 153.

<sup>170</sup> ע"א (מחוזי ת"א) 3054/05 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' בן ברוך**, פדאור 09(25) 354 (2009).  
<sup>171</sup> ראו, למשל: ת"א (מחוזי ת"א) 1430/02 **גטניו סמרי נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ**, תק-מח 10(1) 15450 (2010); תיק הוצל"פ (אשדוד) 9-02170-04-9 (5.3.2009), בו הודגש כי על הבנק לעמוד בתנאים שנקבעו בפסיקה לגבי הדרך שבה ויתור על הזכות לסידור חלוף צריך להעשות.

<sup>172</sup> אורנה דויטש, לעיל ה"ש 165, בעמ' 362, 367.

הפסיקה החלה לצעוד צעד נוסף קדימה כדי להתמקד בבעיה האינהרנטית של השיטה אשר בפועל אינה מאפשרת משא ומתן בין הבנק הממשכן לבין החייב. השופטים החלו להתעלם מן הווייתו, גם אם בית המשפט השתכנע כי אכן הדבר הוסבר לחייב באופן ברור, ולו מן הטעם שמדובר בהוראה דרקונית. כך למשל, הוחלט לתת לחייב דיוור חלופי, אף שבאותו מקרה לא הייתה בעיה של גילוי, והחייב ידע על עצם הווייתו. למרות זאת הסכים בית המשפט לספק לו דיוור חלופי בהתחשב במכלול נסיבות, לרבות העובדה, שרוב הכספים היו כספי מדינה, חלק מההלוואה נפרע (החייב שילם במשך 11 שנה) ומצבו הכספי היה בעייתי.<sup>173</sup>

הפסיקה אמרה את דברה. הגיע שלב ההתערבות של המחוקק.

## ה. השינוי בחוק ההוצאה לפועל

וכך קובע סעיף 38(ג) החדש:

"(2) על אף האמור בפסקה (1), פורש בשטר המשכנתה או בהסכם המשכון שהסידור החלוף שיועמד לרשות החייב יהיה בהתאם להוראות סעיף קטן זה ולא בהתאם להוראות סעיפים קטנים (א) ו-(ב), והוסברה לחייב משמעות הדבר בשפה ברורה המובנת לו, יחולו לעניין העמדת הסידור החלוף הוראות אלה:

(א) שווי הסידור החלוף יהיה בסכום המאפשר לחייב לשכור דירת מגורים באזור מגוריו התואמת את צרכיו ואת צורכי בני משפחתו הגרים עמו למשך תקופה שלא תעלה על 18 חודשים; ואולם, רשם ההוצאה לפועל רשאי להעמיד לרשות החייב ובני משפחתו הגרים עמו סידור חלוף לתקופה ארוכה מתקופה האמורה אם סבר שקיימות נסיבות מיוחדות המצדיקות זאת.

(ב) שר המשפטים, באישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, רשאי לקבוע הוראות לעניין סעיף קטן זה, ובין היתר, לעניין התאמתה של דירת מגורים לצורכי החייב ובני משפחתו הגרים עמו ולעניין הדרך והמועד לביצוע התשלומים עבור הסידור החלוף".

<sup>173</sup> מעניין שהשופט יצחק כהן חוזר כאן לנימוקים של פרשת רוזנר באשר לפרשנות המצומצמת שיש לתת לסעיף 38. ראו את פסק דינו של השופט כהן בעניין קורבנקוב, לעיל ה"ש 25.

כמו במקרה של עיקול רגיל, גם כאן מדובר בהגנה על דירת המגורים. מובן שכאן מתעוררת השאלה מה עם מקרים שבהם דירת המגורים היא גם משרדו של החייב או מקום עבודתו.<sup>174</sup> הנוסח שהתקבל הוא תוצאה של דיונים רבים וגרסאות שונות, אשר הביאו בסופו של דבר לפשרות מסוימות.<sup>175</sup>

ראשית, הרפורמה שומרת על ההגנה שהייתה עד כה: גם במקרה של חוב בגין אי תשלום המשכנתה, מגיע לחייב דיור חלוף לפי שיקול דעתו של רשם ההוצאה לפועל. כפי שהיה עד כה, יכול המלווה למנוע זאת, אם החייב הסכים לוותר, והדבר פורש בשטר המשכנתה (תוך מתן הסבר ברור על כך לחייב).<sup>176</sup> אלא שהוויתור – וזו מהות הרפורמה – הוא חלקי בלבד, משום שהמחוקק קבע מסגרת מחייבת (קוגנטית): גם אם החייב ויתר על הגנה, מגיעים לו 18 חודשי שכירות במסגרת של דיור חלוף. תקופה זו יכולה אף להתארך, אם רשם ההוצאה לפועל סבור שהנסיבות מצדיקות זאת.

יודגש כי המהות הקוגנטית אינה פוסלת את האפשרות שהחייב יוותר על הדיור החלופי בדיעבד – משיקולים כלשהם – וכי ייתכן שבמסגרת פשרה כוללת יסכים שלא להעלות טענות הקשורות לדיור חלופי (שהרי הוא מקבל את התמורה באמצעים אחרים).<sup>177</sup>

## 1. דיור חלוף כהגנה קוגנטית

קביעת הגנה קוגנטית על נכס יכולה להיות משמעותית כאשר אדם מבקש למשכן את הנכס, שהרי משכון נכס או מימושו יהיה כפוף למגבלות שהמחוקק קבע. לעומת זאת, אין לקוגנטיות חשיבות באשר לעיקול משום היותו של העיקול סעד דיני, אשר נוצר בעקבות פעולה חד-צדדית של הנושה, ועל כן ממילא אין ויתור מראש על הגנה.<sup>178</sup>

<sup>174</sup> ראו את הדיונים בעניין זה בפרוטוקול ישיבה 483 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, לעיל ה"ש 7. כן, למשל, בשלב מסוים של ההליך החקיקתי, אשר הוביל בסופו של דבר לתיקון 29 (הרפורמה), הייתה אמורה קביעת הדיור החלופי במקרה של משכנתה להיות מוסדרת בתקנות ולא בחוק עצמו. ראו את הדיונים בפרוטוקול מס' 646 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, לעיל ה"ש 60. ראו גם את פרוטוקול ישיבה מס' 442 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, לעיל ה"ש 118.

<sup>176</sup> קטע זה הוא תוספת לרפורמה, ראו בהמשך.  
<sup>177</sup> מצב דומה קורה לפעמים במסגרת פשיטת רגל, כאשר כדי לקבל הפטר חייב המחליט לא להעלות טענות לדיור חלופי ולאפשר לנאמן לקבל את מלוא הסכום. בצורה זו תהפוך ההצעה למפתה יותר מבחינת הנושים.

<sup>178</sup> תאורטית ניתן לשאול מה דינו של חוזה, שבו מצהיר אחד הצדדים כי הייתה ואף קיימת תביעה וכי אם ייפתחו נגדו הליכי הוצאה לפועל ניתן יהיה לעקל גם רכוש מוגן (למשל, אדם המסכים שיעקלו את כלי הרכב שלו, המשמש לו לעבודתו)? לא מצאתי ולו מקרה אחד של הוראה חוזית מסוג זה, אשר זכתה להכרה בבית המשפט, אך נדמה כי סוג זה של ויתור גורף נטול תוקף

עקרון הקוגנטיות אינו מופיע כלל בכל הקשור לעיקול מיטלטלין.<sup>179</sup> יתר על כן, החוק עצמו קובע שבמקרים של נכסים מוגנים, כמו רכוש לצורכי עבודה או ציוד לנכה, מי שמכר את הנכס ולא קיבל את התמורה, רשאי לעקלו;<sup>180</sup> קל וחומר כאשר אדם אשר משכן את אחד הפריטים כדי לקבל אשראי לא היה מוגן.<sup>181</sup> לעומת זאת, כספים סוציאליים (הכוונה לרשימת חוקים שאליהם מפנה סעיף 50 לחוק ההוצאה לפועל),<sup>182</sup> נהנים מהגנה גורפת, והם מוגנים לא רק מפני עיקול, אלא גם מפני העברה או שעבוד (לעתים באופן מוחלט ולעתים באופן חלקי).<sup>183</sup> עקרון הקוגנטיות מהווה מעין "חיזוק" להגנה שהחוק מספק לחייב. הוראות אלה נוצרו כדי למנוע פזיזות או בזבזנות, אשר בסופו של דבר ישאירו את בעל הקצבה ללא כסף. ההגבלה המוטלת על משכון הפנסיה או קצבאות אינה מיועדת למנוע "רכישת מוצר" (דירה), אלא להגן על רכוש, אשר אדם מקבל מגורם אחר – מעביד או ביטוח לאומי. שונה המקרה של מתן דיוור חלופי, כאשר מטרת המשכון כולה היא לרכוש את

מראש. מובן שלאחר הטלת עיקול רשאי החייב לאפשר לנושה להניח את ידו גם על נכסים הפטורים מעיקול.

<sup>179</sup> ס' 22 לחוק ההוצאה לפועל מגדיר רשימה של מיטלטלין, שלא ניתנים לעיקול: דברי אוכל עד 30 יום, כלי בית בסיסיים, תשמישי קדושה, מכשירי עבודה הדרושים לעבודתו של החייב, כלים הדרושים לנכה וחיות מחמד. הרפורמה הוסיפה כנכסים שאינם בני עיקול גם רדיו או טלוויזיה, מכונת כביסה, מחשב, ומכשיר טלפון נייד או נייד.

<sup>180</sup> ס' 22(ב) לחוק ההוצאה לפועל.

<sup>181</sup> הנושא הוכרע בצורה מפורשת במקרה של רכב נכה. ראו: ה"פ (מחוזי ת"א) 2003/10/08 **ברקוביץ נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ**, פדאור (18)08 13 (2008). וכך כותב השופט עודד מאור: "המשכון נועד לשמש כערובה לחיוב והוא מזכה את הנושה להיפרע מן המשכון אם לא סולק החוב. אחד המאפיינים העיקריים של המשכון הוא האפשרות המוענקת לנושה לדלג על שלב הפנייה לבית המשפט כדי לקבל פסק דין כנגד החייב, ובהעניקו לנושה גישה ישירה ללשכת ההוצאה לפועל [...] עם כל ההתחשבות במצב בריאותו של המבקש אין לגרוס, כי זכויותיו הלגיטימיות של המשיב צריכות לסגת מפני זכויות המבקש".

<sup>182</sup> ראו, למשל: ס' 15 לחוק הנכים (תגמולים ושיקום) [נוסח משולב], התשי"ט–1959, ס' 303 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה–1995, ס' 11 לחוק נכי רדיפות הנאצים, התשי"ז–1957, ס' 13(ב) לחוק הוזה הביטוח, התשמ"א–1981, ס' 9 לחוק נכי המלחמה בנאצים, התשי"ד–1954, ס' 31 לחוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום), התשי"י–1950, ס' 185 לפקודת העיריות [נוסח חדש], ס' 23 לחוק הבטחת הכנסה, התשמ"א–1980, ס' 8 לחוק הגנת השכר, התשי"ח–1950, ס' 58 לחוק שירות המדינה (גימלאות) [נוסח משולב], התש"ל–1970, ס' 62 לחוק שירות הקבע בצבא הגנה לישראל (גימלאות) [נוסח משולב], התשמ"ה–1985. ראו גם: בר-אופיר, לעיל ה"ש 19, בעמ' 889; לרנר, לעיל ה"ש Bernard, G. Wogan, *Garnishing the Congressional Intent: Protecting Debtor's 33 Wages in Bank Accounts under the Federal and Louisiana Wage garnishment Exemption Statutes*, 66 LA. L. REV. 233, 247 (2005–2006).

<sup>183</sup> כמו הגנה על קצבת גמלאות עובדי המדינה, אשר מוגבלת עד 50 אחוזים.

הנכס.<sup>184</sup> הקוגנטיות שעיצב המחוקק לגבי דיור חלופי אינה מונעת את המשכון, אלא גורעת ממעמדו של רכוש הלווה כבטוחה.

מבחינת הנושה, הקביעה כי נכס נמצא במסגרת המעטפת של הגנה קוגנטית, למעשה מרוקנת מתוכן את המעמד הטמון בנכס כבטוחה (ערוכה לקיום החוב). לכן נוצרה סתירה פנימית בין הגנה על הנכס לבין הפיכתו לנכס ממושכן. דווקא הוויתור על ההגנה שבדיור חלופי, גם אם ביכולתו להביא לתוצאה בלתי צודקת, עולה בקנה אחד עם עצם המהות המשפטית של המשכון, אשר מיועד לשמש בטוחה לקיום החוב. אל מול גישה הדוגלת בחופש החוזים (Freedom Oriented Approach) העדיף המחוקק לתת משקל להגינות המסחרית (Fairness Oriented Approach).<sup>185</sup> הסעיף החדש משקף תפיסה אשר באופן כללי ניתן להגדירה כ"צרכנית",<sup>186</sup> חרף העובדה שההוראה אינה משתמשת במונח "צרכין".<sup>187</sup>

כמו בכל הוראה צרכנית, רוח פטרנליסטית עזה נושבת מכיוונו של סעיף 38.<sup>188</sup> הגישה הפטרנליסטית סבורה שמאחר שחלק מהחייבים אינם מחשבים נכון את הסיכונים, יש לעזור להם על ידי קביעת מנגנונים, אשר יקבעו מראש את תנאי ההתקשרות וביזור הסיכונים הכרוכים בכשל העסקה.<sup>189</sup> יש כאלה הטוענים כי שאיפה זו מתבטאת במין רדוקציה של דיני החוזים: כל צד חלש בעסקה הופך למעין ישות הטעונה הגנה, ואילו החוק הופך למעין אפוטרופוס של החלש.<sup>190</sup>

גם אם מסכימים כי הפטרנליזם מכיל שאיפה מוצדקת לצדק חלוקתי,<sup>191</sup> עדיין נותרת פתוחה שאלה ספציפית יותר: האם מתן דיור חלופי היא הדרך הנכונה להשיג צדק חלוקתי? יש הטוענים כי לא כך הדבר, וכי דווקא האפשרות של ויתור על דיור

<sup>184</sup> החוק לא מבחין בין משכנתה שנלקחה כדי לרכוש את הדירה לבין משכנתה שנלקחה כאשר הדירה כבר הייתה בבעלות החייב לצרכים שונים.

<sup>185</sup> Qui dit contractual dit juste (פתגם המיוחס למלומד צרפתי בשם פויליה). ראו: Michel Boudot, *La Giustizia Contrattuale in Francia*, in *EUROPA E DIRITTO PRIVATO* 635, WILLETT; 637 (2008), לעיל ה"ש 136, בעמ' 34.

<sup>186</sup> כאן עולה הקבלה לעניין תנאי מכללא (Implied Warranties), דבר מקובל בשיטות משפט שונות. ראו: Kronman, לעיל ה"ש 155, בעמ' 768.

<sup>187</sup> אינני יודע עד כמה יש בהגדרה של החוק כחוק צרכני כדי להשפיע על מהותו, ובסופו של דבר נפקותו אינה פונקציה של אפיונו אלא של תוכנו. ראו: סיני דויטש, לעיל ה"ש 130, בעמ' 302. אולי ראוי להגדיר את ההוראה כ"מעין צרכנית" במובן זה, שהיא חלה לגבי "לא צרכניים". ראו: אורנה דויטש, לעיל ה"ש 165, בעמ' 318.

<sup>188</sup> OGUS, לעיל ה"ש 133, בעמ' 122.

<sup>189</sup> באשר לפטרנליזם, ראו: CARTWRIGHT, לעיל ה"ש 134, בעמ' 19; Lawrence M. Mead, *The Rise of Paternalism*, in *THE NEW PATERNALISM I* (Lawrence M. Mead ed., 1997) על הקשר בין גישה פטרנליסטית וצדק חלוקתי ראו: CARTWRIGHT, לעיל ה"ש 134, בעמ' 22.

<sup>190</sup> Boudot, לעיל ה"ש 185, בעמ' 640.

<sup>191</sup> דגן, לעיל ה"ש 114; Kronman, לעיל ה"ש 155, בעמ' 771; Guido Smorto, *La Justice Contractuelle*, 60 *Revue Internationale de Droit Comparé* 583, 590 (2008).

חלופי היא תנאי מתבקש לשמירה על שוק דיוור פתוח ויעיל.<sup>192</sup> דיון מסוג זה חורג ממסגרת מאמר זה. בכל זאת, יש מקום לכמה הרהורים לגבי השלכותיו של התיקון.

## 2. תוצאות (משוערות) של ההוראה

ברור אפוא כי כוונתו של המחוקק היא לספק תרופה מסוימת למצוקת החייב, אשר נאלץ לפנות את דירתו. אכן, אפשר לשער כי לפחות תקופה מסוימת של מימון דיוור חלופי תקל על חייבים שנשארו ללא קורת גג. איני מזלזל בחשיבותם של סעדים סוציאליים למי שנקלע למצוקה, ולעתים לתקופה קצרה של עזרה בשכירות יכולה להיות חשיבות רבה. הגנה זו אף מעבירה מסר חברתי חשוב של שאיפה ליחס פחות אכזרי כלפי הזולת (אדם יחיד, ועל אחת כמה וכמה משפחה), אשר כאמור לעיל, נקלע לקשיים עקב נסיבות שאינן בשליטתו ואשר עלולות לגרום לכך שיושלך לרחוב.<sup>193</sup> אני ער להיבטים הללו ומצדד בכל סעד אשר יכול לתרום לסגירת פערים חברתיים. עם זאת, אינני בטוח שדרכו של המחוקק היא הדרך הנכונה לספק הגנה סוציאלית לאנשים במצוקה. האם 18 חודשים של שכירות הם פתרון לבעיית הדיוור למי שנמצא במצוקה? האם מתפקידה של המערכת הפיננסית להירתם למשימה זו, או שמא נושא זה צריך להיתר באמצעות הסדרים ממשלתיים אחרים (למשל בססוד על ידי המדינה)?<sup>194</sup> יש לתת את הדעת על כך שלשינוי החקיקתי יכולות להיות תופעות לוואי אתיחס לכמה מהן.

### 2.1 השפעה על קיום החוזה

כלל ברזל הוא שחוזים יש לקיים, ולכן רק טבעי שנתייחס בחשדנות להוראה אשר לכאורה יכולה להחליש כלל זה.<sup>195</sup> יהיו כאלה אשר יתפתו אולי לראות בתיקון זה משום ביטוי לתאוריה המוכרת בספרות המשפטית האמריקנית – זו של הפרה יעילה.

<sup>192</sup> ראו דיון בעניין: Anthony Coveny, *Saying Goodbye to Texas's Homestead Protection: One Step Toward Economy Efficiency with the Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005*, 44 Hous. L. Rev. 433, 449 (2007–2008).

<sup>193</sup> ראו את דברי השופט רובינשטיין, הקורא למערכת הבנקאית לנהוג באנושיות: רע"א 11913/04 שפרינק נ' טפחות בנק למשכנתאות בע"מ, פדאור 14)05 (2005) 764.

<sup>194</sup> ראו: Kronman, לעיל ה"ש 155, בעמ' 500; Smorto, לעיל ה"ש 191, בעמ' 585; RICHARD A. POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* 474 (6th ed. 2003). באופן כללי, ראו: JOHN RAWLS, *A THEORY OF JUSTICE* (revised ed. 1999).

<sup>195</sup> גם בקביעה החשובה לאינטרסים של החברה יש מקרים בהם האינטרסים החברתיים מחייבים אכיפה פחות דרסטית, אפילו אם יש בכך סטייה מסוימת מחופש החוזים; כך למשל במקרה של סיכול, כוח עליון או מצוקה (Hardship).

על פי גישה זו, ישנם מקרים שבהם צד אחד לחוזה יכול להפיק תועלת מהפרתו. שיקולים של רווח והפסד יכולים לגרום לצד אחד לחוזה להפר אותו, בהנחה כי הפרה זו תביא לו רווח כלשהו. למשל, הפרת סעיף של תשלום פיצויים לצד השני יכולה להשתלם למי שיכול לעשות עסקה טובה יותר עם צד ג'.<sup>196</sup> גישה זו, אשר אינה כה מוכרת במשפט הקונטיננטלי, ואשר נתקלה בהתנגדות אפילו בארצות-הברית,<sup>197</sup> אינה מספקת הסבר נאות למצבים של אי-עמידה בתשלומי המשכנתה.

כדי למנוע מצב שבו אנשים יפרשו את התיקון כתמריץ לאי-תשלום חובות, נעשו ניסיונות, במהלך הדיונים בכנסת, להגביל את האפשרות למתן דיור חלופי לכך שהחייב שילם את המשכנתה במשך תקופה מסוימת, כמו למשל תקופה של 12 חודשים לפחות.<sup>198</sup> אולם בסופו של דבר אלה לא נכללו בניסוח הסופי, ולדעתי גם אין צורך במנגנון מסוג זה. אפילו אם נכון כי רוב הפיגורים בתשלום המשכנתה מתרחשים בחמש השנים הראשונות,<sup>199</sup> אין זו סיבה להתייחס לכך כאל "הפרה מכוונת" של ההסכם, אלא יש להבין את מגוון הנסיבות המביאות אדם למצב שבו הוא אינו משלם את המשכנתה. האם העובדה שחייב יודע שיזכה ב-18 חודשי שכירות (ואולי בשישה חודשים נוספים עקב הוראת סעיף 81 לחוק ההוצאה לפועל), יכולה לשמש שיקול המצדיק את הפרת החוזה או להתאמץ פחות על מנת לקיימו? מי ייטול על עצמו את ההתחייבויות הכרוכות במשכנתה – לרבות תשלום הון עצמי – כדי ליהנות מכמה חודשי שכירות?<sup>200</sup>

יש להבין כי מתן דיור חלוף, אין פירושו שהבנק מוותר על החוב. לאחר ניכוי הסכום עבור הדיור החלוף יישאר החייב בעל חוב, המתבקש להשיב לבנק את הסכומים שהבנק לא יקבל עקב מכירת הדירה.<sup>201</sup> אחת השאלות שהתעוררה בהקשר זה הייתה, האם הסכום שנשאר כדיור חלוף יתווסף לחוב של החייב כלפי הגורם

<sup>196</sup> ראו, בין היתר: Ronald J. Scalise, *Why no "Efficient Breach" in the Civil Law? A Comparative Assessment of the Doctrine of Efficient Breach of Contract*, 55 AM. J. COMP. L. 721 (2007); JOHN D. CALAMARI & JOSEPH M. PERILLO, ON CONTRACTS 619 (5th ed. 2003); Melvin A. Eisenberg, *Actual and Virtual Specific Performance, the Theory of Efficient Breach, and the Indifference Principle in Contract Law*, 93 CAL. L. REV. 975, 997 (2005).

<sup>197</sup> ראו: Eisenberg, שם, בעמ' 1012; Scalise, שם, בעמ' 747.

<sup>198</sup> ראו את פרוטוקול ישיבה מס' 483 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, לעיל ה"ש 7.

<sup>199</sup> ראו את דברי יושב ראש ועדת החוקה חוק ומשפט, מנחם בן ששון, בפרוטוקול ישיבה מס' 652 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17 (10.9.2008). ניתן לצפייה בכתובת: [www.knesset.gov.il/protocols/data/html/huka/2008-09-10.html](http://www.knesset.gov.il/protocols/data/html/huka/2008-09-10.html) (נבדק לאחרונה ב-6.2.2011).

<sup>200</sup> דברי עו"ד יובל אלבשן בכנס "הרפורמה בחוק ההוצאה לפועל", שהתקיים במרכז האקדמי למשפט ולעסקים ביום 14.1.2009.

<sup>201</sup> אף שהסכום עבור הדיור החלוף נשאר כסכום חסין.



הפיננסי אם לאו.<sup>202</sup> החוק לא שינה את המצב החקיקתי, וכספים שהועברו לחייב כדיור חלוף ייחשבו להוצאות לפי סעיף 9 לחוק ההוצאה לפועל.<sup>203</sup> למעשה, הם זהים לרמת הוצאותיו של הכונס לפי סעיף 59 לחוק ההוצאה לפועל.

בכל זאת, אם בקיום חוזה עסקי, יש אולי תוצאת לוואי של ההוראה, שיכולה להיות בעלת השלכות מזווית שונה של קיום ההלוואה: הכוונה לגמישותה של המערכת בנושא ההסדר עם הלווה. ייתכן שכאשר הבנק יודע מלכתחילה כי חלק מסוים מהחוב יישאר בידי החייב במקרה של מכירת הדירה – נכון יהיה להגיע עמו לפשרה, שכן ממילא מימוש הדירה ישאיר בידיו סכום שלא יכסה את מלוא החוב. ייתכן שמנהלי הבנק יעלו טיעון כזה ברמה הפסיכולוגית, אך לא ברמה הכלכלית, וספק אם הדבר יביא לשינוי מדיניות משמעותי בקרב הבנקים למשכנתאות ולהחלטותיהם לממש את הדירה או להיות פתוחים להסדרים אחרים.<sup>204</sup>

## 2.2 קביעת משוכות גבוהות יותר להשגת אשראי

ניתן לשער כי הבנקים לא יספגו הפסדים ולא יישאו בנטל הכספי הלכאורי שההוראה יכולה להטיל. כספי הדיוור החלופי לא ייצאו מכיסה העמוק של המערכת הפיננסית, אלא יתורגמו להתייקרות האשראי או להורדת דרגות המימון.

אין צורך בבקאות גדולה בכלכלה כדי להבין כי קיים קשר בין רמת הבטוחה שהבנק מקבל לבין תמחור הסיכונים שהוא לוקח על עצמו במקרה של אי-פירעון ההלוואה. לפי שאלת החלוקה של הסיכונים מעניקה המערכת הבנקאית הלוואות על פי פרמטרים מסוימים. כך, למשל, היא מעניקה עד 60 אחוזים מגובה ערך הדירה בהנחה שבמקרה של אי-תשלום, גם לאחר ניכוי ההוצאות, מכירת הדירה מאפשרת לכסות את ההלוואה.<sup>205</sup> אלא שהבנק מביא בחשבון כי חלק מערכה של הדירה, כלומר סכום מסוים מכספי המכירה, נועד לדיוור חלופי ולא לתשלום ההלוואה.

חישוב הסכום של דיוור חלופי אינו עניין כה מסובך: איגוד הבנקים שיער בזמנו כי התשואה השנתית הממוצעת על דירה עומדת על 3.71 אחוזים.<sup>206</sup> תשואה זו עשויה להשתנות על פי מחירי דמי השכירות. מחישוב גס עולה, בהקשר של שכר הדירה, כי בתוך עלות הדירה, אף שהיא כפופה למשתנים רבים, 18 חודשי שכירות מהווים בין 6

<sup>202</sup> ראו את פרוטוקול ישיבה מס' 646 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, לעיל ה"ש 60.

<sup>203</sup> ס' 38(2) לחוק הוצאה לפועל.

<sup>204</sup> גם כיום ברור כי הבנק מעדיף למנוע את מימוש הדירה אם ניתן להסדיר את ההלוואה בדרך אחרת – למשל בפריסת המשכנתה מחדש.

<sup>205</sup> במקרה של הפרת הסכם יחולו הוראות הפירעון המוקדם, ואז חישוב הריבית – אשר בדרך כלל משלם הלווה לפני הקרן – יעודכן בהתאם.

<sup>206</sup> ראו מכתב מעו"ד טל נד"ב, סמנכ"ל, היועץ המשפטי, איגוד הבנקים בישראל לוועדת החוקה, חוק ומשפט (28.2.2008) [עותק של המכתב שמור במערכת].

ל-8 אחוזים מערכה. ניתן להפחית סכום זה מסכום המימוש, ומכאן שהבנק יפחית אותו מראש בחישוב האשראי שהוא מוכן להעניק. כאשר מדובר בהלוואה נמוכה בהרבה מגובה הדירה – אין כל מקום לבעיה מסוג זה, משום שממילא, עם מכירת הדירה יישאר סכום שבפועל יכול להיחשב בגובה הדיור החלוף. אולם, לווה הזקוק לסכום גדול ונתקל בסירוב הבנק להעניק לו את מלוא האשראי, מצוי בבעיה. מכאן שהבעיה מתעוררת בעיקר עבור אלה שזקוקים לרמת מימון גבוהה.

התיקון עלול להקטין את האשראי עבור שכבות חלשות,<sup>207</sup> אשר יצטרכו לפנות לאפיקים אחרים כדי להתמודד עם בעיית הדיור. בעקבות זאת, עלולה להיווצר הפליה בין אנשי הפריפריה לבין תושבי מרכז הארץ,<sup>208</sup> בייחוד משום שרכישת דירה בפריפריה מתבצעת במימון בנקאי בשיעור גבוה יותר מאשר בתל-אביב.<sup>209</sup> גם האפשרות לסחור בדירות בפריפריה מצומצמת יותר מאשר במרכז הארץ, והדבר גורם לבנקים להיות זהירים יותר במתן משכנתאות.<sup>210</sup>

אפשרות אחרת היא, שהמערכת הבנקאית תגלם את "ההפסד האפשרי" בתוך הריבית (דרך שיכולה להצטרף להקטנת האשראי). לפי נתונים שהוגשו על ידי מרכז המידע והמחקר של הכנסת, השפעת הרפורמה על הריבית נעה בין 0.3 ל-0.4 אחוזים ריבית. עם זאת, קשה מאוד לחשב במדויק עד כמה תקבל הריבית ביטוי בחישוב הסופי, אבל מן הסתם תביא הרפורמה לתנודות מסוימות בשוק. ייתכן גם כי מבקרים מסוימים בבנקים ידרשו תשלום ביטוח במקרה של אי-פירעון.<sup>211</sup> הפרמיה של הביטוח יכולה להוות 4.5 אחוזים מההחזר החודשי, מה שכמוכן ישפיע על סכום ההחזר החודשי שישלם הלווה.<sup>212</sup> פתרון אפשרי אחר יכול להיות קביעת מסלולים שונים להלוואות, כאלה שכוללות ויתור וכאלה שאינן כוללות ויתור, לפי חישוב ריבית מותאם. אולם פתרון כזה יכול להיות מסובך ולפגוע דווקא באלה אשר אינם יכולים לשלם במסגרת המסלול "היקר".

<sup>207</sup> טענתו של משה פרל, מנכ"ל איגוד הבנקים, בכנס "הרפורמה בחוק הוצאה לפועל", במרכז למשפט ולעסקים ביום 14.1.2009. ראו גם: Jonathan Wolf, *Market Failure Common Interests and the Titanic Puzzle*, in *EGALITARIANISM: NEW ESSAYS ON THE NATURE AND VALUE OF EQUALITY* 297, 302 (Kasper Lippert-Rasmussen & Nils Holtug eds., 2007). טענתו של עו"ד אלבשן היא כי צמצום זה אינו דבר שלילי. עדיף למנוע ממי שלא יכול לשלם את המשכנתה להיקלע לחובות שלאחר מכן יגבירו את מצוקתו. ראו בפרוטוקול ישיבה מס' 442 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, לעיל ה"ש 175.

<sup>208</sup> זו גם המסקנה שעלתה מדו"ח מרכז המחקר והמידע של הכנסת, לעיל ה"ש 10, בעמ' 6.  
<sup>209</sup> על פי הנתונים של מרכז המחקר והמידע של הכנסת, שיעור המימון הממוצע בפריפריה מגיע לכ- 57 אחוזים, ואילו בתל-אביב הוא מגיע ל- 38 אחוזים. שם, בעמ' 8.

<sup>210</sup> אגב, גם כיום יש קושי לקבל הלוואות בפריפריה.

<sup>211</sup> גם כיום, כאשר לווה רוצה לקבל משכנתה מעל ערך מסוים של הדירה (60 אחוזים למשל), הוא נדרש לשלם תוספת ביטוח.

<sup>212</sup> מרכז המחקר והמידע של הכנסת, לעיל ה"ש 10, בעמ' 7.

אין לפסול על הסף אפשרות שהבנקים ידרשו ערבים יותר מבעבר, ואלה ימננו בסופו של דבר את הדיור החלופי. כאמור, השינוי בחוק הערבות שם קץ, לפחות באופן חלקי, לפרקטיקה לא רצויה במערכת: החתמת ערבים לצורך נקיטת הליכי הוצאה לפועל נגדם כדי לממש את הנכס. המצב יכול להיות בעייתי, משום שבסופו של דבר הערבים יהיו אלה שישלמו עבור הדיור החלופי מבלי שתהיה להם אפשרות לקבל מהחייב את הכספים בחזרה.

אכן, ייתכן שהתיקון יביא לצמצום האשראי, ועל כן פחות אנשים יוכלו להשיג משכנתה כדי לרכוש דירה. אולם ייתכן גם שהדבר אינו כה שלילי. רבים מפסידיים כספים כאשר אין ביכולתם להחזיר את המשכנתה, וביתם מוצע למכירה. בדרך זו הופכת המשכנתה לעול, אשר במקום לשמש פתרון דיור, הוא מעמיק את מעגל העוני בחברה, כפי שקורה בישראל. עדיף שמי שידו אינה משגת ימצא פתרונות דיור אחרים.<sup>213</sup> עם זאת, כאן דרושה כמובן התערבות המדינה.

יש לקחת את דבריהם של רואי השחורות – בייחוד מטעם המערכת הבנקאית – בעירבון מוגבל, שהרי ייתכן כי בסופו של דבר, ההשפעה על השוק תהיה קטנה יותר מכפי שניתן לשער כעת, כפי שקרה עם תיקונים אחרים בשוק המשכנתאות. בהתחשב בהיקף הפיצוי שניתן לחייב, ניתן לשער כי בסופו של עניין לא תהיה לכך השפעה גדולה – לא על המערכת ואף לא על החייבים. ייתכן שבתוך תקופה מסוימת יתבררו השפעות התיקון, ויסתבר שהן פחות משמעותיות מכפי שנראה כיום. ייתכן גם שהשוק יתרגל מהר מאוד להוראה בעלת תוצאות שוליות. ברור שאין בהוראה החדשה כדי לפתור את בעיית הדיור, אלא בשוליה. מה יעשה החייב לאחר 18 חודשים? הגורמים שאולי יכולים לתת תשובה מבוססת לשאלה הזו, לא נמצאים בתוך כותלי מערכת ההוצאה לפועל.

### 2.3 השפעה על נושים לא מובטחים בפשיטת רגל

ויתור על דיור חלופי בשטר משכנתה אינו חל על נאמן בפשיטת רגל.<sup>214</sup> מכאן שהחייב בפשיטת רגל יקבל דיור חלופי או יישאר כדייר מוגן. בנקודה זו אין הרפורמה משנה את המצב המשפטי הקיים. כידוע, הנושה המובטח אינו תלוי בחלוקת דיבידנדים כדי לגבות את החוב. אם עקב מתן דיור חלוף לחייב נותר סכום מהחוב ללא פירעון – יהיה הנושה המובטח רשאי להגיש תביעת חוב על סכום זה ויקבל אותו במסגרת החלק הפרופורציונלי שלו במסה. הסכום שעובר לחייב כדיור חלופי הוא חוב בר תביעה בפשיטת רגל. התוצאה היא כי הדיור החלופי יגרע מן הסכום שהנושים הרגילים עשויים לקבל.

<sup>213</sup> ראו דברי עו"ד יובל אלבשן בישיבה מס' 442 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, לעיל ה"ש 175.

<sup>214</sup> רע"א 720/03 כהן נ' בנק טפחות לישראל בע"מ, תק-על 03(2) 3360 (2003).

### 3. חישוב הדיור החלופי

עם פינוי הדירה יהיה החייב רשאי לקבל 18 חודשי שכירות, סכום שישולם מכספי המכירה של הדירה.

#### 3.1 משך תקופת הדיור החלופי

היה צורך לקבוע את פרק הזמן שיש לתת לחייב כדיור חלופי. זאת, כדי שהמערכת הבנקאית תוכל לבנות תכנון סיכונים בהתאם. ברור שמבחינת הנושה, ככל שהתקופה ארוכה יותר, כך יהיה סכום הדיור החלופי גבוה יותר. כפי שציינתי, סעיף 38(א) לחוק ההוצאה לפועל הוא הוראה כללית בעניין דיור חלופי, ואין הוא קובע אמות מידה להכרעה בעניין היקף הדיור החלופי שיינתן לחייב. בעניין נגולה נקבעה רשימת קריטריונים שמהווים למעשה מסגרת להחלטתם של ראשי ההוצאה לפועל.<sup>215</sup> בדרך כלל יקבלו החייבים דמי שכירות בין שנתיים לשלוש,<sup>216</sup> אולם יש מקרים שבהם התקופה יכולה להיות קצרה יותר או ארוכה יותר.<sup>217</sup> היו מקרים, אמנם נדירים, שבהם נתן בית המשפט דיור חלופי למשך כל חייו של החייב.<sup>218</sup> אגב, ייתכנו גם מקרים שבהם המחלוקת איננה סביב משך התקופה הראויה, אלא סביב אומדן הסכום החודשי, כאשר בית המשפט מתערב כדי לשנות החלטה של ראש ההוצאה לפועל.<sup>219</sup> במהלך הדיונים בוועדת החוקה, חוק ומשפט נשמעו קולות שונים, שדיברו על תקופות של 36 חודשים, 24 חודשים או 12 חודשים.<sup>220</sup> בסופו של דבר הוחלט לאמץ את הנוסחה של 18 חודשים, אולם במקרים מסוימים מאפשר הסעיף לרשם ההוצאה לפועל לחרוג ממסגרת זו ולהעניק תקופה שונה באורכה.<sup>221</sup>

<sup>215</sup> עניין נגולה, לעיל ה"ש 46.

<sup>216</sup> ראו את דברי היועצת המשפטית של ועדת החוקה, חוק ומשפט, עו"ד תמי סלע, לעיל ה"ש 60.  
<sup>217</sup> כך למשל, בעניין פרמינגר מזכירה השופטת שטרסברג-כהן את ההחלטה של ראש הוצאה לפועל להעניק לחייב שכירות במשך ארבע שנים. עניין פרמינגר, לעיל ה"ש 55, בעמ' 126.  
 בעניין רביבו ניתנו לחייב שבע שנות שכירות. בר"ע (מחוזי ת"א) 2540/05 רביבו נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פדאור 08(25) 634 (2008).

<sup>218</sup> ראו את פסק דינו של השופט רובינשטיין, עניין פלונית, לעיל ה"ש 50. במקרה זה ההבחנה בין מתן דיור חלופי לפי סעיף 38 והגנה במתן מעמד לדייר מוגן לפי סעיף 33 לחוק הגנת הדייר מאבדת מחשיבותה, לפחות מבחינת הסכומים.

<sup>219</sup> כך למשל בעניין רביבו, לעיל ה"ש 217, שינה בית המשפט המחוזי את החלטת ראש ההוצאה לפועל ורדה שוורץ, אשר סברה כי דמי שכירות ראויים הם 400 דולר בחודש, וקבע כי הם יעמדו על 500 דולר בחודש. כך קרה גם בעניין נגולה, לעיל ה"ש 46. אגב, המחוקק קובע קריטריון לקביעת הסכום החודשי. ראו בהמשך.

<sup>220</sup> זו הייתה עמדתו של פרופ' שלום לרנר בישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט, לעיל ה"ש 60.  
<sup>221</sup> יש לשים לב, כי תקופה של עד 18 חודשים יכולה למעשה להצטבר לתקופה של שישה חודשים,

**3.2 טיב הדירה ואזור המגורים**

בזמנו הביע פרופ' רייכמן דעה התומכת בכך שהסכום המרבי לשכר הדירה צריך להיות פונקציה של גודל המשפחה והמחיר הממוצע של דירות בישראל.<sup>222</sup> ההוראה קובעת אמות מידה לקביעת טיב הדירה:

1. דירת המגורים תינתן באזור מגוריו של החייב.
  2. על הדירה להתאים לצורכי החייב ולצורכי בני משפחתו הגרים עמו.
- אם הייתה הדירה גדולה ומרווחת יצא הנושה ידי חובתו במתן דיוור צנוע יותר, כל עוד הדירה החלופית תואמת את צרכיו של החייב. במצב הפוך, לאמור, כאשר הדירה אשר תמומש ממילא קטנה לצורכי משפחתו של החייב (למשל, שש נפשות המתגוררות בדירת שני חדרים), ברור כי כאן ייתן הנושה רק את סכום השכירות המתאים לדירה שנמכרה – גם אם בפועל סכום זה אינו מאפשר שכירת דירה המתאימה לצרכיה האמיתיים של המשפחה.

הקביעה כי דיוור חלופי יינתן באזור מגוריו של החייב אכן חשובה: בכך באה לידי ביטוי בחוק התפיסה כי הדיוור אינו רק עניין של קורת גג, אלא מסגרת תרבותית וחברתית, וכי החייב ובני משפחתו עלולים להיפגע ממעבר לאזור אחר.<sup>223</sup> עם זאת, אם בני המשפחה עוברים להתגורר בעיר שבה שכר הדירה נמוך בהרבה, הם יהיו זכאים לקבל את הסכום על פי מחירי השכירות באזור שבו הוצעה הדירה למכירה. כך יוכל החייב לשלם שכירות לתקופה ארוכה יותר או לשכור דירה מרווחת יותר.

**3.3 אפשרות להישאר בדירה**

אמנם הדבר לא נאמר מפורשות בחוק, אולם במסגרת הליך המימוש קיימת אפשרות לעסקת חבילה בין הנושה לבין החייב, שעל פיה יכול החייב שלא לשלם את המשכנתה במשך תקופה מסוימת, של שנה עד שנה וחצי, במקום לקבל דיוור חלופי. פתרון זה יכול להיות טוב לשני הצדדים בנסיבות מסוימות: החייב יוכל לנצל תקופה זו כדי לחפש דיוור של קבע (במקום לשכור דירה לשנה וחצי ולאחר מכן לעבור למקום אחר) והנושה יוכל, בתוך שנה וחצי, לממש את הדירה ולחסוך מחלוקות לגבי חישוב הסכום שיש להעביר לחייב; מה גם שפינוי מרצון הוא תמיד קל יותר לשני הצדדים. אלא שלפני אימוץ פתרון זה, יש לתת את הדעת לכמה שאלות שעלולות להתעורר.

<sup>222</sup> ססעיף 1281 לחוק הוצאה לפועל מחייב לתת למלווה בטרם יפתח בהליכי מימוש.

<sup>222</sup> רייכמן, לעיל ה"ש 54, בעמ' 158.

<sup>223</sup> השוו את ההחלטה בתיק הוצל"פ 9-04-25-02170-25, לעיל ה"ש 171, בו רשם ההוצאה לפועל מבקש לברר אפשרות של החייב להשיג דיוור באזור זול יותר.

ראשית, יש לקבוע ממתי מחשבים את 18 החודשים. כאשר מפנים את החייב, אפשר לקבוע את החישוב ממועד הפינוי. בהיעדר פינוי, על רשם הוצאה לפועל לקבוע מהו התאריך שבו מתחילה התקופה של 18 החודשים. אלא שמדובר במקרים שבהם החייבים ממילא נמצאים בדירה ולא משלמים את ההלוואה: יבוא נושה ויטען כי אין טעם להשאיר את החייב "עוד" 18 חודשים, משום שהוא כבר "מיצה" את התקופה הזו בכך שגר בדירה ולא מחזיר את משכנתה. אולי הוא אפילו ינסה "לקזז" מ-18 החודשים את ששת החודשים שחוק הוצאה לפועל מחייב לנושה בטרם התחיל בהליכי מימוש לפי סעיף 1ב81. יש להדוף טיעונים מסוג זה שעלולים לרוקן מתוכן את ההגנה שניתנת לחייבים. ברור כי 18 החודשים עומדים בפני עצמם, ללא קשר עם התקופה שבה החייב לא שילם את המשכנתה. אילו היה משלם, לא היו מפנים אותו!

בעיה נוספת, אך מזווית שונה, יכולה להתעורר כאשר הנושה אכן הסכים להשאיר את החייב עוד 18 חודשים בדירה, אך במועד שנקבע כתום התקופה הזו, החייב לא מפנה את הנכס. כאן ההפסד לנושה יכול להיות כפול, משום שהוא יצטרך להתחיל בהליכי פינוי, ובסופו של דבר החייב יישאר תקופה ממושכת עוד יותר בדירה. האמירה כי במקרה הזה יש לנושה זכות להגיש תביעה נזיקית, אינה יותר מאמירה בעלמא, שהרי ספק אם בסופו של דבר הנושה יוכל לגבות כספים.

מכל אלה עולה כי החלטה להשאיר את החייב בדירה במקום לתת לו דיור חלוף, יכולה לפתוח פתח למחלוקות רבות, ולכן הייתי מציע לא להידרש לפתרון זה לעתים שכוחות, אלא כאשר נסיבותיו האישיות של החייב מצדיקות זאת, וכאשר בטוח די הצורך כי החייב והנושה לא ינסו לפגוע בזכויות זה של זה. מאחר שלפי החוק, לרשם הוצאה לפועל הסמכות להאריך או לקצר את התקופה אם יש נסיבות חריגות לכך, הוא רשאי להשאיר את החייב בדירה תקופה ארוכה או קצרה יותר מ-18 חודשים. כך, למשל, אם מדובר במימוש דירה גדולה, והחייב זכאי ל-18 חודשי שכירות בדירה קטנה יותר המתאימה לצרכיו – אם משאירים אותו באותה דירה, אין סיבה שיינתנו לו 18 חודשים, אלא די בתקופה קצרה יותר השווה מבחינה כספית ל-18 חודשים של שכירות בדירה קטנה יותר.

#### 4. חסינות כספי הדיור החלוף

הכספים המיועדים לתשלום השכירות אינם ניתנים לעיקול, הן במקרה של דיור חלוף "רגיל", והן במקרה של דיור חלוף במסגרת מימוש משכנתה. סעיף 38 קובע כי כספים אלה פטורים מעיקול, למעט עיקול שיכול להטיל בעל הבית בגין אי-תשלום שכירות. כעיקרון, זוהי הוראה מוצדקת, שמטרתה למנוע מנושים אחרים, אשר ממילא אינם יכולים להטיל עיקול על רכושו של החייב, בין היתר משום שכבר אין על מה להטיל

עיקול – לנצל את הכספים אשר נועדו לפתור בעיה סוציאלית של החייב כדי להיפרע דרכם.<sup>224</sup>

## 5. ערכאה לדיון

כבר לפני תיקון 29 התעוררה השאלה איזו ערכאה צריכה לדון במקרה של חייב, הטוען שלא הבין את משמעות הוויתור או שלא ידע על זכויותיו לפי חוק ההוצאה לפועל. כאשר מדובר במימוש משכון, מוטל על רשם ההוצאה לפועל להחליט על הדרך היעילה ביותר לעשות זאת.<sup>225</sup> החייב יכול לטעון בפני ראש ההוצאה לפועל רק טענת "פרעתי", לפי סעיף 19 לחוק ההוצאה לפועל.<sup>226</sup> לגבי כל טענה אחרת, ההכרעה היא בידו של בית המשפט המחוזי, אשר הוא הסמכות המוסמכת בענייני מקרקעין.

עקרונית, הקביעה אם הייתה הבנה או הסכמה לוותר על ההגנה שהעניק החוק אינה קשורה לטענת "פרעתי", אלא למהות ההתקשרות. לכן, ולמרות החלטות שמהן משתמע כי ההסכמה היא של רשם ההוצאה לפועל,<sup>227</sup> מקובלת עליי קביעתם של השופטים יצחק כהן בעניין **בנק מזרחי טפחות בע"מ נ' ברזני**<sup>228</sup> ויהודית שטופמן בעניין **בדוסי נ' בנק טפחות למשכנתאות בע"מ**,<sup>229</sup> שלפיה ההכרעה לגבי עצם קיומו של הוויתור צריכה להתקבל בבית המשפט המחוזי. זו העמדה הנכונה גם לאחר התיקון בחוק ההוצאה לפועל. לעומת זאת, היקפו של הדיוור החלוף – כלומר חישוב סכום השכירות החדשית – יישאר כמוכן בסמכותו של רשם ההוצאה לפועל. אולי ראוי לשקול את התערבותו של המחוקק, שיקבע במפורש כי הסמכות נמצאת כולה בידיו של רשם ההוצאה לפועל, שהרי פיצול זה אינו יעיל ויכול להביא להוצאות כספיות מיותרות.

<sup>224</sup> השווה עם השיטה שנקבעה עבור המפונים מחבל עזה ויהודה ושומרון, שלפיה הפיצויים בגין הפיננסי הועברו לחשבון בנק מיוחד שלא ניתן לעקל. ראו ס' 91 לחוק יישום תכנית ההתנתקות, התשס"ה–2005.

<sup>225</sup> ס' 18 לחוק המשכון. ראו גם בר-אופיר, לעיל ה"ש 19, בעמ' 594 ואילך.

<sup>226</sup> טענת "פרעתי" היא טענה רחבה, אשר ניתן להעלות לא רק במקרה של תשלום החוב בפועל אלא גם כאשר היו קיזוז, פשרה, חידוש החיוב וכדומה. במסגרת דיון בטענת "פרעתי" ניתנה סמכות לרשם ההוצאה לפועל לעכב הליכים עד שתתקבל הכרעה בעניין.

<sup>227</sup> עניין **בן ורון**, לעיל ה"ש 99, בפסק דינו של השופט הנדל.

<sup>228</sup> בר"ע (מחוזי חי') 828/06 **בנק מזרחי טפחות בע"מ נ' ברזני**, תק-מח 307 (3) 11573 (2007).

<sup>229</sup> בר"ע (מחוזי ת"א) 2647/05 **בדוסי נ' בנק טפחות למשכנתאות בע"מ**, תק-מח 06 (1) 1743 (2006).

## 6. שלילת ההגנה

האם ישנם מקרים שבהם תישלל מהחייב ההגנה שהחוק מעניק לו? כאן יש להבחין בין שני מצבים: מקרה אחד הוא כאשר לאחר מכירת הדירה נשאר סכום כסף מספיק כדי להבטיח דיור חלופי.<sup>230</sup> במקרה כזה אין טעם לדרוש כי חלק מכספי המימוש ישמשו לתשלום שכירות, משום שממילא יש בידי החייב סכום כסף לתשלום דמי השכירות או אפילו לרכישת דירה קטנה יותר.<sup>231</sup> מקרה אחר נעוץ בהתנהגותו של החייב או בנסיבותיו האישיות. יש לזכור כי סעיף 1ב81 קובע סדרה של מצבים שבהם החייב לא יכול לטעון להגנות שהחוק נותן.<sup>232</sup> האם אותם נימוקים יכולים לשמש בסיס לרשם ההוצאה לפועל לצורך חישוב, או אפילו לצורך שלילת הזכות לדיור חלופי?<sup>233</sup>

לדעתי, יש להבחין בין המקרים המצוינים בסעיף 1ב81. למשל מינוי כונס נכסים, מה שמהווה עילה למנוע את החלת סעיף 1ב81, אין בה כדי לשלול מן החייב את הזכות לדיור חלופי. לעומת זאת, ניתן לשלול הגנה זו כאשר יש לחייב דירה אחרת או כאשר עזב את הארץ – בוודאי לצמיתות, שהרי כאן אין צורך בדיור חלופי, וניתן לקבוע, ברוח פרשת שפייזמן, כי המשמעות הקוגנטית של דיור חלופי לא תמנע את ביטול הזכות כאשר הלווים פעלו בחוסר תום לב או ניסו להונות את הבנק. עם זאת, יש הסבורים כי אין מקום להתבסס על התנהגות החייב כאשר שוקלים את סוגיית הדיור החלופי.<sup>234</sup>

## 7. ידיעתו של הלווה על אודות הוויתור

כאמור, המחוקק אינו פוסל אפשרות שהצדדים למשכנתה יסכימו כי החייב ישמור על זכותו לקבל דיור חלופי מוגבל לפי סעיף 38(א) לחוק ההוצאה לפועל (לאמור, מעל ל-18 חודשים). המחוקק אף הוסיף כי לווה אשר לא הבין את מהות הוויתור רשאי לקבל דיור חלופי באותה רמה. על המלווה להסביר ללווה את זכותו לדיור חלופי

<sup>230</sup> כך, למשל, כאשר מדובר בפגור בתשלומים, המתרחש בשלבים האחרונים של ההתחייבות (הבה נאמר למשל, משכנתה שנלקחה ל-15 שנה ועשר שנים מתוכן כבר שולמו).

<sup>231</sup> למעשה ניתן לשער, כי במקרים שבהם חוב המשכנתה קטן ביחס לערך הדירה ימצא החייב דרך אלטרנטיבית לסילוק החוב מבלי להגיע למכירה כפויה.

<sup>232</sup> ראו לעיל, בפרק ג.5.

<sup>233</sup> בשלב מסוים הועלתה אפשרות לכלול את העילות שבסעיף 1ב81 לחוק ההוצאה לפועל כעילות המהוות בסיס לשלילת ההגנה. ראו את מכתב איגוד הבנקים לוועדת החוקה, חוק ומשפט, לעיל ה"ש 206. בסופו של דבר הרעיון הזה לא התקבל.

<sup>234</sup> זו דעתו של עו"ד אלבשן. ראו בפרוטוקול מס' 483 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, לעיל ה"ש 7.



בצורה ברורה המובנת לו, אחרת הוויתור אינו תקף.<sup>235</sup> הדרישה להסבר מופיעה בחוק גם בהקשרים אחרים.<sup>236</sup>

הווי אומר, כדי להגביל את הזכות לדיור חלופי ל-18 חודשים, הרפורמה אינה מסתפקת בהסכמת הצדדים, אלא מעלה את הרף לדרגה של "הסכמה מודעת" (High Quality Consent). דרוש לא רק ביטוי פורמלי של גמירות דעת, אלא הבנה ממשית של מהות הוויתור. מדובר בסוג שונה של פורמליסטיקה – שאינו קשור בטיב המסמך (מסמך בכתב או מסמך נוטריוני, כפי שמקובל לדרוש בשיטות משפט אחרות).<sup>237</sup> זו דרישה מקובלת בחקיקה הצרכנית, אשר מופיעה כאשר הצד החזק לעסקה יכול לכאורה ליהנות מאי-הבהירות.<sup>238</sup> כך, למשל, גם בתקנות הערבות נקבע הצורך בגילוי פרטים לערב, באופן שעליו לקבל ביטוי במסמך נפרד מחוזה ההלוואה באותיות דפוס ברורות, כולל צבע ברור.<sup>239</sup> יצוין כי החובה המוטלת כעת בחוק ההוצאה לפועל, חמורה אף יותר מן החובה בסעיף 3 לחוק להסדרת הלוואות חוץ בנקאיות, אשר מחייבת לתת הזדמנות סבירה ללווה לעיין במסמך לפני החתימה עליו.<sup>240</sup>

הפיצול הזה בין דיור חלוף "רגיל" ו"מוגבל" לפי הבנת מהות הוויתור או אי-הבנתו, יכול לגרום להתדיינות מיותרת של חייבים, אשר ינסו להגדיל את היקף הדיור החלופי על ידי העלאת טענות לגבי הבנת פשר הוויתור. נצטרך אפוא להמתין ולראות אם ינוצל פתח זה לרעה, ואם כן, עד כמה. זאת ועוד: ישראל היא מדינה רב-תרבותית. אם תעמוד לכל חייב הזכות לקבל הסבר ברור על פי החוק, משתמע מכך כי מי שאינו יודע עברית יהיה רשאי לקבל הסבר בשפת אמו.<sup>241</sup> כיוון שכך, תהיה עבודה

<sup>235</sup> לפעמים גם כאשר ההסבר נראה ברור לחלוטין, בית המשפט יכול למצוא שהוא לא עולה בקנה אחד עם דרישות החוק. כך הוחלט כי כדי לשלול סידור חלופי, לא די לומר ללווה שאם לא ישלם יסולק מן הבית, משום שסילוקו מהבית אין פירושו שלילת האפשרות לקבל פיצוי כספי בתור סידור חלופי. ראו פסק דינו של השופט גרוסקופף בע"א 6525-08-08 דקר נ' עזבון המנוח פומרנץ, ס' 31 (טרם פורסם, 24.5.2010). לדעתי, המסקנה שאליה הגיע בית המשפט אינה כה חד-משמעית. לפעמים לשון גורפת – גם אם אינה מדויקת – מהווה דרך נאותה לתת הסבר ברור די הצורך. דווקא אדם מן היישוב, השומע שיסולק מן הדירה, אמור להבין כי לא יקבל כלום, גם אם לפי החוק הפיצוי הכספי בא דווקא כאשר מפנים אותו מן הדירה.

<sup>236</sup> כך, למשל, בס' 7(א) לחוק ההוצאה לפועל: האזהרה צריכה לכלול הודעה לחייב, בצורה פשוטה וברורה, כי אם אין ביכולתו לשלם את החוב, עליו להתייצב לחקירת יכולת בתוך 21 יום מהמצאת האזהרה. ואגב הסברים, תיקון 29 הכניס "הוראות דיקטיות" לחוק, כגון הקביעה כי על ראש ההוצאה לפועל להבהיר לחייב את האפשרות לפנות להליכי פשיטת רגל.

<sup>237</sup> רנה סנילביץ דיני חוזים במשפט הקונטיננטלי: כריתת החוזה וכוחו המחייב 81 ואילך (2005).

<sup>238</sup> אורנה דויטש, לעיל ה"ש 165, בעמ' 356.

<sup>239</sup> תקנות הערבות, התשנ"ח-1998, ק"ת 5899.

<sup>240</sup> ראו הוראה דומה בס' 24 לחוק הערבות, המחייבת למסור העתק של המסמך לערב. זמיר, לעיל ה"ש 26, בעמ' 219.

<sup>241</sup> ראו בתיק הוצל"פ 9-04-02170-25, לעיל ה"ש 171, שם נקבע כי הסבר הוויתור לאדם אשר לא

רבה למתרגמים. זאת ועוד: תקלות בתשלום מתרחשות לאחר תקופה מסוימת. כיצד תיבדק רמת ההבנה של אדם, שבינתיים יתאקלם בארץ והוא שולט בשפה, אבל בעת קבלת המשכנתה היה עולה חדש וטרם הכיר את השפה העברית על בוריה? אגב, עניין ההבנה אינו רק שאלה של שפה. גם יליד הארץ, אשר אפילו למד באוניברסיטה, אך אינו משפטן – לא יבין בהכרח את משמעות הדיוור החלופי. לא מן הנמנע, כי התורים בדלפקים יתארכו, שהרי לא מעט אנשים יתקשו להבין את ההיגיון בשיטה זו, והשאלות יחזרו על עצמן.<sup>242</sup>

רמת ההבנה של החייב לגבי סוגיית הוויתור נובעת ממרכיבים שונים. ניסיון חיים, ניסיון עסקי, השכלה והיכרות עם המערכת הבנקאית, יכולים לשמש ראיה כי הוויתור אכן נעשה תוך הבנת הזכויות.<sup>243</sup> ואכן, כאשר הגיע בית המשפט למסקנה שהחייב אכן ידע על הוויתור, או יכול היה לדעת עליו – הוא לא היסס לאשר את הסעיף על כל המשתמע מכך. כך למשל במקרה של איש עסקים אשר ניהל משא ומתן במשך ארבע שנים, התייחס בית המשפט בחשדנות לטענותיו לגבי זכותו לדיוור חלופי.<sup>244</sup> בעת החתימה על המשכנתה, חייב הפקיד להסביר ללווה את הזכות שקיימת בחוק ההוצאה לפועל לגבי דיוור חלופי בעת משבר. עם זאת, יהיה עליו להבהיר לו גם כי בפועל אין לו אפשרות להתמקח על זכות זו משום שהבנק דורש ויתור כתנאי למתן הכספים – ולכן אין לו הבררה אלא לוותר עליה! בכל אופן, החתמה על מסמך נפרד מזה של הסכם ההלוואה, ובו ציון מפורט של נושא הוויתור, יכולה לספק בסיס מוצק שיוכיח כי הלווה הבין את משמעות הוויתור.

הוראת החוק אינה קובעת בבירור על מי הנטל להוכיח שההסבר היה ברור. למעשה, גם לפני תיקון החוק התעוררה שאלת נטל ההוכחה. בכל הנוגע לשאלה זו לא קבע בית המשפט מסמרות.<sup>245</sup> החוק נותן לחייב הגנה "מינימלית" של 18 חודשים. לפיכך, חייב שטוען כי מגיע לו דיוור חלופי לתקופה ארוכה יותר (במסגרת שיקול הדעת שהסעיף מעניק לראש ההוצאה לפועל), נטל ההוכחה לגבי הנסיבות המצדיקות חריגה מן הכלל הוא עליו. לעומת זאת, כאשר מדובר בהקטנת סכום הדיוור החלופי, יש היגיון בכך שנטל ההוכחה יועבר אל הנושה. אם החייב טוען כי לא קיבל

<sup>242</sup> שלט מספיק בשפה העברית בעת חתימה על הוויתור, צריך להיות מדויק. כאן אני נזכר בדברי פרופ' ברק שלפיהם אין טקסט "ברור". כל טקסט משפטי נזקק לפרשנות. ברק, לעיל ה"ש 88, בעמ' 52 ובעמ' 84 ואילך.

<sup>243</sup> עניין **בדוסי**, לעיל ה"ש 137, שם עמד השופט שוחט על כך שהבנק לא יצא ידי חובה על ידי ציון פורמלי של סעיף החוק. אלא שכאן העובדות היו שונות: ניסוח שטר המשכנתה היה מפורט יותר מאשר בפרשת **מיסטר מאני**, לעיל ה"ש 93, ופקידת הבנק העידה כי הסבירה גם בעל פה ללווים את משמעות ההוראה. כמו כן, העובדה שדובר בחייבים אשר היו מעורים בענייני כספים מנעה את החלת ההגנה.

<sup>244</sup> עניין **קלמן**, לעיל ה"ש 150.

<sup>245</sup> פרשת **מיסטר מאני**, לעיל ה"ש 93, בעמ' 947.

הסבר ברור לגבי הוויתור, לדעתי די בכך שחתם על מסמך נפרד לפי הנוהג הבנקאי הקיים, כדי להעביר אליו את נטל ההוכחה באשר לחוסר הבנה או ידיעה על זכותו.

## 8. ייצוג משפטי

אחד החידושים ברפורמה לחוק ההוצאה לפועל הוא מתן זכות לייצוג משפטי לחייב במקרים שבהם פגיעה בזכויות אלה יכולה להיות חמורה במיוחד.<sup>246</sup> כאשר מדובר במימוש דירה וקביעת דיוור חלוף מעניק החוק את הזכות הזו. רשם ההוצאה לפועל רשאי "להשהות את החלטה של רשם ההוצאה לפועל בעניין קביעת דיוור חלופי כדי לאפשר לחייב למנות עורך דין או לקבל ייעוץ משפטי".<sup>247</sup>

אין לשכוח כי נוכחות עורך דין יכולה להיות משמעותית גם בעת כריתת חוזה ההלוואה:<sup>248</sup> היה והלווה היה מיוצג על ידי עורך דין בעת נטילת המשכנתה, יהיה הדבר שיקול משמעותי מבחינת בית המשפט אם תגיע שאלת הבנת הוויתור לכלל הכרעה. אם היה לחייב ייצוג משפטי, חזקה עליו שהיה לצדו גורם אשר יכול היה להסביר לו את מהות הוויתור.<sup>249</sup>

## 9. תחילת החוק

בתיקון 29 לחוק ההוצאה לפועל קבע המחוקק כי ההוראה היא רטרואקטיבית:<sup>250</sup>

"הוראות סעיף 38(ג) לחוק העיקרי, כנוסחו בסעיף 21 לחוק זה יחולו רק על הסכמי משכנתה ועל הסכמי משכון שנכרתו מיום התחילה ואילך; ואולם, לעניין הסכמי משכון או הסכמי משכנתה שנכרתו לפני יום התחילה, יקראו את סעיף 38(ג) כנוסחו ערב יום התחילה כאילו בסופו נאמר 'לענין סעיף זה, לא יראו כאילו פורש בשטר המשכנתה או בהסכם המשכון שהחייב לא יהיה מוגן לפי סעיף זה אם הוכח לרשם ההוצאה לפועל, כי לא הובהרה לחייב זכותו לדיוור חלוף ומשמעות הוויתור עליה'".

<sup>246</sup> כך, למשל, בס' 70 לחוק ההוצאה לפועל: בטרם ייאסר, זכאי החייב לקבל ייצוג משפטי.

<sup>247</sup> ס' 38(1ג) לחוק ההוצאה לפועל.

<sup>248</sup> לפי ס' 16 לתקנות המקרקעין (ניהול ורישום), התש"ל-1969, ק"ת 2498, שטר משכנתה שנחתם בפני עורך דין מחייב את עורך הדין להסביר לממשכן את מהות העסקה.

<sup>249</sup> ת"א (מחוזי ת"א) 1061/02 מאירון נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ, פדאור 07(32) 669, פסק דינו של השופט עמירם בנימיני (2007).

<sup>250</sup> ס' 56 לתיקון מס' 29. ראו גם עניין ויסמן, לעיל ה"ש 169.

הרפורמה מאמצת גישה שפותחה בשנים האחרונות על ידי הפסיקה. לאמור, במשכנתאות שניתנו לפני תחילת החוק יכלו החייבים להעלות טענות לגבי הבנת הוויתור בעוד 15 או 20 שנה. ניתן אפוא לצפות שבתי המשפט יצטרכו להתמודד עם בעיה זו.

## 10. מעמד ילדי החייב

תחולת הוויתור על הזכות לקבל סידור חלופי יכולה להיות מורכבת יותר כאשר לווה או לווים (אם מדובר בבני זוג) גרים גם עם ילדיהם הקטינים. כעיקרון, הקטינים אינם חתומים על שטר המשכנתה או על הוויתור על הזכות לסידור חלוף. בית הדין לחוזים אחידים קבע כי ההוראה בחוזי משכנתה שבהם הוויתור תקף גם כלפי הקטינים אינה תקפה כלפיהם, אלא אם כן הייתה התערבות של בית הדין לענייני משפחה אשר אישר אותה.<sup>251</sup> בית הדין סבור כי קביעה זו לגבי הוויתור רלוונטית לגבי החוזים שנכרתו לפני תיקון 29 לחוק ההוצאה לפועל.

קביעה זו אינה חופשייה מספקות. אני מוכן לקבל את עמדת בית הדין, משום שאכן אין זה ראוי שהילדים יישארו מחוסרי דיור רק מאחר שהוריהם נטלו משכנתה.<sup>252</sup> יכול להיות ניגוד עניינים בין האינטרס האישי של אדם כלווה לבין האינטרס ההורי שלו לדאוג למדור לילדיו הקטינים.<sup>253</sup> אך הייתי יכול להיות שלם עם קביעתו של בית הדין אילו היה שם גם את הדגש על הזכות של הקטין לדירה. הקטין אינו הבעלים של הדירה, ולא חלה לגביו חזקת שיתוף, כמו במקרה של בן זוג. אם הלווה לא יכול לחייב את הילדים הקטינים, הרי שאינני בטוח כי קביעה זו צריכה להיות רלוונטית לגבי חוזים שתיקון 29 לא חל עליהם. גם כיום, לאחר שהתקבל תיקון 29, ישנו הבדל בין מי שחתם על ויתור ומי שלא. אולי ניתן לטעון לגבי החייב אשר ויתר על סידור חלוף כי מגיעים לו רק 18 חודשים של דיור חלוף. אך באשר לילדיו, האם הם רשאים שתיקבע הזכות לסידור חלופי לפי התנאים של סעיף 38(א) לחוק ההוצאה לפועל? יתר על כן, ייתכן כי יש למצוא דין שונה בין מקרים שבהם משכון הדירה הוא לצורך השגת דיור לבין מקרים שבהם אדם ממשכן את הדירה למטרות אחרות.

לדעתי נצטרך להמתין כדי לראות אם בבוא העת יאשר בית המשפט העליון את קביעה הזו אם לאו.

<sup>251</sup> עניין המפקח על הבנקים, לעיל ה"ש 46, ס' 131.

<sup>252</sup> שם.

<sup>253</sup> שם, ס' 134.

## 11. על מיקומו של סעיף 33 לחוק הגנת הדייר לאור הרפורמה

האם הניסוח הנוכחי של החוק מייתר את ההזדקקות לסעיף 33 לחוק הגנת הדייר ויש לראותו כבטל בכל הקשור למשכנתאות? התשובה היא שלילית. במהלך הדיון ברפורמה נדונה האפשרות לבטל את סעיף 33, אבל בסופו של דבר הוחלט להשאיר את הנושא לטיפול נפרד בחוק הגנת הדייר.<sup>254</sup> עקרונית, כאשר אין ויתור בשטר המשכנתה, יהיה החייב רשאי לדרוש להישאר בדירה כדייר מוגן – בכפוף לאמות המידה שנקבעו בעניין פרמינגר. עד התערבותו של המחוקק נמשיך לשמוע קולות הטוענים כי סעיף זה מיותר.

### 1. סיכום

סיבות שונות גורמות לאנשים להפר הסכמי משכנתה. התיקון של חוק ההוצאה לפועל מהווה ניסיון להקל על מצוקתם של אלה הנשארים ללא קורת גג. סוגיה זו מדגישה את המתח בין מהותה המשפטית של הבטוחה, אינטרסים של המערכת הפיננסית והגנה מינימלית על החייבים.

כאשר הגיעה הסוגיה לפתחם של בתי המשפט, מה שהחל כגישה פורמליסטית התפתח לביקורת על עצם שיטת חוק ההוצאה לפועל, אשר השאירה את נושא הדיוור החלופי למשא ומתן בין הצדדים. אלא שמדובר במשא ומתן בין צדדים אשר אינם שווים בכוחם וללווים אין בפועל כושר מיקוח. בתי המשפט נתנו ביטוי ברור לבעיה זו של היעדר ידיעה או הסכמת החייב, וניסו לתת לחייבים הגונים הגנה מינימלית.

לפיכך, קיבל המחוקק פסיקה אשר הדגישה את חובת הגילוי וקראה לקביעת הגנה קוגנטית. המערכת הפיננסית התנגדה לצמצום חופש החוזים, ומנגד דרשו החייבים לתת הגנה רחבה, דומה לזו שקיימת במקרה של עיקול. התוצאה היא נוסחה המתבססת על שני מסלולים: כולל ויתור ולא כולל ויתור.

לכאורה, מחיר הדיוור החלופי נופל על הנושים, אולם בפועל הוא עלול לפגוע במעגל רחב של לוויים: ייתכן כי ההגנה שניתנה ללוויים אכן תביא להכבדה מסוימת בקבלת משכנתה, עקב מקדמי הביטחון שהבנקים יטלו על עצמם. אינני מוטרד מהשפעה על כל המערכת הבנקאית או על תנודה זו או אחרת בריבית – אשר ממילא לרוב הצרכנים אין שליטה עליה.

אולם ברור כי פרט לחשיבות ההגנה על קורת גג, תקופה של 18 חודשי שכירות אינה מהווה פתרון למצוקתן של משפחות ללא קורת גג. השכבות החלשות והמתגוררים בפריפריה לא ימצאו פתרון באמצעות "דיוור חלופי", אלא בהקצאת משאבים לדיוור הציבורי, עזרה בשכר דירה ושינוי מדיניות המינהל לגבי הקצאת

<sup>254</sup> ראו את פרוטוקול ישיבה מס' 652 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, לעיל ה"ש 199.

קרקעות לבנייה. אולי הגיע הזמן שהמדינה תשקול ברצינות רבה יותר את הדרך לטפל בבעיה של חייבים, אשר אינם יכולים לשלם את המשכנתה. בעיות של הוצאה לפועל אינן יכולות להיפתר על בסיס עקרונות אתיים בלבד. "חובות יש לשלם", אולם הבעיה היא צרכנית, הווי אומר, חברתית וכלכלית. סעיף 38(ג) נותן פתרון מעניין, אך ספק אם הוא מהווה סוף פסוק. בכל זאת, מאחר שמצוקות חברתיות וכשלי שוק הם נתונים קיימים בחברה שלנו, יצטרכו בתי המשפט להשקיע מחשבה רבה יותר כדי להתמודד עם הבעיה של דיור חלופי. האם מקרה הוא שהוראה מסוג זה אינה מוכרת בשיטות המשפט בעולם? השאלות שהועלו במאמר זה אינן יכולות לקבל תשובות חד-משמעיות, והמצב הכלכלי ישפיע על הדרך שבה יתמודדו אנשים עם תשלומי משכנתה. הבעיה לא תיעלם מן הנוף המשפטי, ולכן ניתן לצפות כי רשימה זו תהיה מבוא לדיונים נוספים בנושא.