



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 12845-03-19 מצלאוי חברה לבנין בע"מ ואח' נ' עקריש ואח'

לפני כבוד השופטת יעל בלכר

המבקשים

1. מצלאוי חברה לבנין בע"מ
 2. אמנון אהרון ת.ז. 7082307
 3. דולי אהרון ת.ז. 6252774
- ע"י ב"כ עו"ד דניאל ברזילי

נגד

המשיבים

1. אופיר עקריש
 2. י.ש.י.ד. מסחר בע"מ
- ע"י ב"כ עו"ד משה דורה

החלטה

1. דיון ק.מ. שהיה קבוע ליום 15/3/20 בוטל לאור צו שר המשפטים שהודיע על מצב חירום מיוחד ליום זה. לאחר שעיינתי שוב ובקפידה רבה במסמכים בתיק וכן בפסיקה הרלבנטית לקראת הדיון (שבוטל רק בבוקר הדיון) ועל מנת לקדם את הטיפול בתיק, מצאתי ליתן החלטה זו.
2. בתביעה שבכותרת התבקש בית המשפט ליתן צו עשה המורה על ביטול הערת האזהרה הרשומה לטובת הנתבע 1 על זכויות הבעלות של התובעים 2-3 בדירה ברחוב הרוגי מלכות 7 בקריית אונו (**הדירה הישנה**). כנגד הסרת ההערה מבוקש להטיל עיקול על זכויות התובעים בדירה החדשה שהם זכאים לקבל במסגרת פרויקט פינוי בינוי שבו התקשרו התובעים 2-3 (והרבה אחרים) עם התובעת 1 (**הדירה החדשה**); ולחלופין, להורות על המרת ההערה במשכון על זכויותיהם החוזיות של התובעים 2-3 בדירה החדשה. יצוין כי בתוכן כתבי בי דין התבקש להורות גם על ביטול המשכון הרשום על זכויות התובעים 2-3 בדירה הישנה. לפי הטענה, לאור דרישות הבנק המלווה, יש להסיר את הערת האזהרה, שאינה מאפשרת רישום משכנתא לטובת הבנק על כל תתי החלקות, שאם לא כן, לא ניתן יהיה לקבל מימון להמשך הפרויקט ולצורך העמדת ערבויות חוק מכר לרוכשים. יצוין כי לאחר הגשת התביעה, ביום 2/7/19, הבניין נהרס.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 12845-03-19 מצלאוי חברה לבנין בע"מ ואח' נ' עקריש ואח'

3. הנתבעים מתנגדים למבוקש וציינו כי יאותו להסתפק בערבות בנקאית אוטונומית שתעמיד לטובתם התובעת 1 בגובה מלוא החוב של התובעים 2-3 לפי הסכם ההלוואה כפי שיוערך במועד סיום ההליכים המשפטיים בין הצדדים, בסך שלא יפחת מ- 2.5 מיליון ש"ח.
4. לצורך נוחות הדיון להלן תקציר מועדי האירועים הרלבנטיים (לפי סדר ההתרחשות):
 - א. 12/5/11 - נחתם בין התובעת 1 לבין התובעים 2-3 הסכם פינוי בינוי;
 - ב. 30/9/13 - נחתם הסכם ההלוואה בין התובעים 2-3 לבין הנתבעים (**הסכם ההלוואה**). לפי סעיף 4 להסכם ההלוואה, להבטחת פירעון ההלוואה הלווה מתחייב למשכן **במשכנתא מדרגה שניה** את הזכויות בדירה הישנה.
 - ג. 29/1/14 - נרשמה הערת אזהרה לטובת הנתבע 1 (**הערת האזהרה או ההערה**). ההערה נרשמה **לפי סעיף 126** לחוק המקרקעין ובנסח מצוין: "**סכום: 1 מיליון ₪**". לפי הבקשה לרישום הערת אזהרה, ההערה היא בגין "**התחייבות לרישום משכנתא בסך 1 מיליון ₪**".
 - ד. 25/3/15 - נרשם משכון על זכויות התובעים 2-3 בדירה הישנה;
 - ה. 14/6/16 - נרשמה הערת אזהרה לגבי פינוי בינוי, לטובת התובעת על זכויות הבעלים התובעים 2-3.
5. יש לציין כי בין התובעים 2-3 לבין הנתבעים מתנהלים מספר הליכים בבית משפט השלום. בכלליות רבה אציין כי הנתבעים הגישו תביעה לאכיפת הסכם ההלוואה. התובעים 2-3 הגישו תביעה לפסק דין הצהרתי שלפיו הסכם ההלוואה בטל בטענה שחתימת התובעים עליו הושגה בתרמית והטעיה; ובנוסף, והערת האזהרה נרשמה ללא הסכמתם, באמצעות ייפוי כוח מזויף וכך גם המשכון. הצדדים עדכנו כי הסתיימה שמיעת הראיות ובקרוב עתיד להסתיים שלב הגשת הסיכומים.
6. ביקשתי את הצדדים לבוא בדברים לצורך הסכמות, אך למרבה הצער, הדבר לא צלח. אציין כי לפי הודעת התובעים הבנק המלווה אינו מוכן להעמיד ערבות בנקאית אלא כנגד הסרת משכנתאות בנקאיות בלבד (יוער כי אין כל מניעה שתוצג ערבות בנקאית שלא ע"י הבנק המלווה). כן נטען כי הנתבעים דורשים להמיר את הערת האזהרה והמשכון הישן בהערת אזהרה ומשכון חדשים על הזכות החוזית של התובעים 2-3 לקבל את הדירה החדשה, שלא יבוטלו ולא יוסרו גם אם יינתן פסק דין חלוט שקובע כי הערת האזהרה והמשכון הישנים אינם כשרים ובטלים; והם דורשים שהמשכון החדש יוסר מזכות התובעים הנ"ל רק אם יינתן פסק דין חלוט שקובע כי התובעים 2-3 אינם חייבים לנתבעים כל סכום כסף, בכל ההליכים המשפטיים המתנהלים בין הצדדים (דרישה, אשר ככל שהועלתה ע"י הנתבעים חורגת לכאורה משורת הדין, כמבואר להלן).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 19-03-12845 מצלאוי חברה לבנין בע"מ ואח' נ' עקריש ואח'

7. כאמור, משבוטל דיון ק.מ שהיה קבוע להיום בשל שעת החירום ולא התאפשר לנסות ולקדם פתרון מוסכם בדיון, באה החלטה זו. סבורני כי יש בהחלטה מעין "תיאום ציפיות" לנוכח הדין (כפי שיבואר להלן), אשר יכול ומצופה, שיביא להסכמות בין הצדדים.
8. ראשית, על פניו, מתעוררת **שאלת סמכות עניינית**. נראה לכאורה כי הסמכות לבית משפט השלום. עניינה של התובענה בבקשה להורות על מחיקת הערת אזהרה והמרתה בערובה אחרת, כשבבסיס הדברים עומדת התחייבות חוזית של התובעים 2-3 כלפי הנתבעים לרישום משכנתא (וכן, משכון שנרשם לטובת הנתבע 1), ולא זכות קניינית. שווי התובענה אינו עולה על גבול הסמכות של בית משפט השלום לאור סכום ההלוואה העומד של סך של 1 מיליון ₪ (לא ברור איך לשיטת הנתבעים בהודעתם כנזכר בסעיף 3 לעיל, יש להבטיח תשלום בסך של 2.5 מיליון ₪, אך מכל מקום, ומבלי שיש בכך כל קביעה בעניין, גם סכום זה מצוי בתחום הסמכות של בית משפט השלום). אוסיף כי התביעות ההדדיות בין הצדדים, לאכיפת הסכם ההלוואה ומצד שני, לביטולו או לביטול הבטוחות - מתנהלות בבית משפט השלום. למותר לציין, כי גם בית משפט השלום מוסמך ליתן צווים לפי סעיף 75 לחוק בתי המשפט (ראו גם החלטתי בעניין ת"א (ת"א) 19-04-20055 **כידר דוד יזמות ובניה בע"מ נ' עיון**, מיום 1/12/19). יחד עם זאת, ככל שיגיעו הצדדים להסכמות בהמשך למפורט להלן, ניתן יהיה לאשרם בהסכמה, על מנת לחסוך זמן שיפוטי את זמנם של הצדדים והוצאות.
9. אשר לדין הרלבנטי לגופו של עניין - ככלל, לפי הדין, לרבות חוק המשכון התשכ"ז-1967, בנסיבות שבהן הדירה הישנה נהרסה והממשכן מקבל במקומה זכויות בדירה חדשה, יש לרשום משכון על הזכויות בדירה החדשה. יחד עם זאת, ניתן בנסיבות מסוימות, לחייב את הנושה להמיר את הבטוחות גם ללא הסכמה, ובלבד שהבטוחה החלופית תהא "ערובה מספקת", דהיינו: ערובה שאין בה כדי לפגוע במקבל המשכון. בענייננו, הבטוחה שמקורה בהסכם ההלוואה, נועדה על פניו להבטיח חיוב כספי ואין לנושה עניין מסוים בנכס. לפיכך, על פניו, כל עוד מובטחת זכותו הממונית של הנושה, ניתן לכפות את החלפת הערובה ובלבד שהערובה החלופית תהא, כאמור, "ערובה מספקת" (כאמור, הנושה אף ציין מראש כי יסתפק בערבות בנקאית).
10. כפי שציין המלומד פרופ' ויסמן, העיקרון שיש ליישם בבקשות חייב להמרת בטוחה הוא "זה נהנה וזה לא חסר", שעל פיו, כאשר החייב עשוי להפיק הנאה מחילופי משכון בעוד שמקבל המשכון לא יחסר דבר עקב החילופים, אפשר לכופ את מקבל המשכון להסכים לחילופים" (ויסמן דיני קניין - זכויות קדימה ופרקי שיעבוד, התשע"ה-2014, עמ' 175 ואילך. ראו שם הדיון בעילות שבדין המקימות סמכות לאכופ המרת הבטוחה כאמור ללא הסכמת הנושה.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 12845-03-19 מצלאוי חברה לבנין בע"מ ואח' נ' עקריש ואח'

לשיקולים שיש לשקול בקביעה אם הערובה החלופית שהוצעה היא ערובה מספקת, ראו עמ' 181-185. ראו גם בש"א (מחוזי-י-ם) 2813/05 **חברת העובדים השיתופית הכללית בא"י ע"מ נ' ביטון**, שנזכר שם וכן, ע"א 718/07 שהוגש על החלטה זו. הערעור שנדחה בהיותו אקדמי ותיאורטי).

11. לצד העיקרון הנ"ל קיימת אי בהירות בשאלה מהי "ערובה מספקת" בנסיבות כל עניין ומהו האיזון הפרטני הראוי בין כל השיקולים הרלבנטיים, בכל מקרה לגופו. בין היתר, התעוררה השאלה האם אינטרס הנושה ביצירת אמצעי לחץ על החייב הוא אינטרס לגיטימי, שמצדיק דחיית הבקשה לכפות על הנושה את המרת ערובה. כך למשל, לא אחת, רישום הערת אזהרה שמונעת ביצוע עסקאות בנכס, הוא אמצעי לחץ על החייב לפירעון החוב, מחמת הנזק שנגרם לחייב בשל חוסר יכולת לבצע עסקאות כאמור; ואילו ערובה חלופית כספית, אף שיש עמה יתרון מובהק לנושה בכך שמימושה קל יותר, אינה מהווה אמצעי לחץ כאמור.

12. בעניין רע"א 1554/16 י.ש **אבן ישראל בע"מ נ' שולמן** שניתן ביום 5/6/16 נדונה השאלה אם בידי בית המשפט להורות על המרת בטוחה מסוג הערת אזהרה המונעת ביצוע עסקה בנכס ללא הסכמת הנושה (הערה על צורך בהסכמה) בערבות בנקאית אוטונומית, ללא הסכמת הנושה. נקבע בדעת רוב (כב' השופטים עמית וזילברטל), כי כיוון שבאותו עניין נועדה ההערה להבטיח חיוב כספי, הרי שהפקדה כספית או ערבות בנקאית אוטונומית מבטיחה את המשיבים באותו אופן שבו הבטיחה אותם הערת האזהרה (ואף מטיבה עמם בשל נוחות וקלות מימוש); ולכן, יש מקום לקבל את הערעור ולהורות על המרת הבטוחה. זאת, כנגד דעתו החולקת של כב' הש' סולברג, שסבור היה כי יש לדחות את הערעור. לשיטתו של כב' הש' סולברג, קיומה של הערת אזהרה במובחן מהערבות הבנקאית, אמור להמריץ את החייבת לפרוע בפועל את החוב בשל הנזק שנגרם לה כתוצאה מהערת האזהרה אשר מונעת ממנה להשלים את מכירת המקרקעין. לשיטת כב' הש' סולברג, זהו שיקול לגיטימי ולכן, אין לאכוף על הנושה את החלפת הבטוחה בניגוד לרצונו.

13. אציין כי בניגוד לטענת התובעים, שטענו כי המשכון חסר ערך (שכן אף שהמקרקעין מוסדרים וזכויות הבעלות של התובעים 2-3 בדירה רשומות, נרשם משכון ולא נרשמה משכנתא) – נראה כי עסקת משכון שלא נגמרה ברישום משכנתא, אינה בטלה מעיקרא אלא רואים אותה כהתחייבות לעשות עסקת משכנתא. להתחייבות כאמור יש תוקף כלפי כל מי שידע או היה עליו לדעת עליה. רישום הערת אזהרה, כפי שגם קיים בענייננו, מניח על פניו, קיומה של ידיעה בכוח או בפועל מצד נושה מאוחר בזמן (ראו פש"ר 26420-08-16 **רייכמן נ' עו"ד ורדי**, כב' הש' חגי ברנר מיום 13/4/19. תלוי ועומד ערעור על פסק הדין, ע"א 3042/19).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 19-03-12845 מצלאוי חברה לבנין בע"מ ואח' נ' עקריש ואח'

14. על רקע האמור, נראה לכאורה כי בקשת התובעים להמיר את ההערה והמשכון בעיקול על זכויות התובעים 2-3 בדירה החדשה, אינה הולמת את הנסיבות ואינה עולה בקנה אחד עם הדין כמפורט לעיל. אף שהעיקול מוטל על הדירה החדשה (ששווה יותר מהדירה הישנה), יש בבטוחה זו משום פגיעה בנושה. כידוע, עיקול מטיבו אינו יוצר עדיפות בפירעון והנושה ייאלץ להתחלק בכספים שיתקבלו ממימושו כשהוא שווה-מעמד עם כל הנושים האחרים, גם אם יצטרפו לאחר מכן. משכך, נראה לכאורה כי בסירוב להמיר את הבטוחות הקיימות בעיקול שיירשם על הזכויות בדירה החדשה, אין משום חוסר תום לב או עמידה בחוסר תום לב על זכות חוזית, כך שיקשה לאכוף על הנתבעים חילופין אלה מן הדין, ללא הסכמתם. מאידך, על פי הדין, אין הנתבעים יכולים "לנצל" הזדמנות זו להיטיב את מצבם. אין מקום לדרישתם של הנתבעים לשנות את הסכום המובטח או תנאים אחרים בהשוואה לבטוחות הקיימות, ככל שהציגו דרישה כזאת ("על החלופה להיות 'מספקת' אך לא יתרה על הערובה שהייתה לנושה מכוח המשכון המקורי", ויסמן שם בעמ' 181).

15. אציין כי לא נעלמו מעיני הטענות ביחס להשלכה שעשויה להיות לעניין על הפרויקט בכללותו ולנוכח דרישות הבנק המלווה וכיוצ"ב. יחד עם זאת, איני סבורה כי יש בכך כדי לגרוע מזכויותיו של הנושה המובטח. בהקשר זה אוסיף, כי הערת האזהרה לטובת התובעת 1 בשל פרויקט פינוי בינוי, נרשמה רק ביום 14/6/16 אף שההסכם בין התובעת 1 לבין התובעים 2-3 נחתם כבר ביום 12/5/11 (עוד טרם שנחתם הסכם ההלוואה). הערת האזהרה לטובת הנתבע 1 שמכוחו של הסכם ההלוואה מיום 30/9/13, נרשמה ביום 29/1/14, והמשכון נרשם ביום 25/3/15.

16. על רקע כל האמור בשים לב לנסיבות העניין ולדין נראה, כי הפתרון האפשרי הוא אחד משניים: **האחד**, העתקת ההערה והמשכון לזכויות התובעים 2-3 בדירה החדשה **בדיוק כפי שהם כיום ביחס לדירה הישנה; והשני**, המצאת בטוחה חלופית אחרת (רצוי, כמובן, מוסכמת). הבטוחה הסבירה והמקובלת ביותר היא ערבות בנקאית אוטונומית, אשר ניתן יהיה לממשה בכפוף לכל דין, ככל שלא ייפרע החיוב המובטח. כמובן, שאין הכרח שזו תינתן דווקא ע"י הבנק המלווה או גורם כזה או אחר.

בשני המקרים, **כפופה הבטוחה לקביעות בית המשפט בהליכים המתקיימים בין הצדדים, בעניין תוקף המשכון ותוקף הערת האזהרה או ההתחייבות לרישום משכנתא**. דהיינו: אם תתקבל טענת התובעים 2-3 להעדר תוקף של הבטוחות המקוריות, לא יהיו תוקף גם לבטוחות החלופיות שניתנו.

אין מקום לדרישה שלפיה תוסר/תושב/תפקע הבטוחה החלופית רק אם יינתן פסק דין סופי חלוט בכל ההליכים המתנהלים בין הצדדים, שלפיו התובעים 2-3 אינם חייבים כל סכום כסף



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 12845-03-19 מצלאוי חברה לבנין בע"מ ואח' נ' עקריש ואח'

לנתבעים (ככל שהנתבעים העלו דרישה כזו). דרישה כאמור חורגת מגבולות הבטוחות הקיימות ולפיכך, על פניו, עמידה על דרישה זו היא בבחינת חוסר תום לב מצד הנתבעים ושימוש לרעה בזכות.

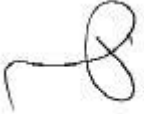
17. למען הסר ספק, אין כל מקום (וגם לא התבקש) במסגרת תובענה זו לדון בשאלות שהועלו ומתבררות בתביעות המתנהלות בין הצדדים ובין היתר, בכל הקשור לתוקף הסכם ההלוואה ולתוקף הבטוחות או מי מהן. תוקף הבטוחות החלופיות, יהיה כפוף להחלטות בית המשפט בהליכים הנזכרים ביחס לבטוחות הישנות.

18. עוד מודגש כי האמור בא על סמך כתבי הטענות וטענות הצדדים בכתב ואינו בבחינת הכרעה במחלוקת בין הצדדים. המטרה היא כאמור, לסייע לצדדים לבוא לכדי פתרון תוך שהובא לפנייהם הדין ויש לקוות כי ישכילו להגיע להסכמות בהתאם.

19. לאור כל האמור, הצדדים יבואו בדברים נוספות וימציאו הודעה מוסכמת עד ליום 30/3/20. בהעדר הודעה מוסכמת וככל שלא יוצג בפרק זמן זה טעם להנחת דעתי לקבוע, כי הסמכות העניינית נתונה לבית משפט זה - יועבר התיק לנשיא בתי משפט השלום בתל אביב לצורך ניתובו והמשך הטיפול.

המזכירות תדוור לצדדים.

ניתנה היום, כ' אדר תש"פ, 16 מרץ 2020, בהעדר הצדדים.



יעל בלכר, שופטת