

התיישנות שיעבודים*

מאת

חיים זנדברג

מטרתו של מאמר זה היא להשיב על השאלה, מה הדין הראוי להתיישנות שיעבודים ומה מידת השתקפותה של ההמלצה הנובעת מן התשובה לשאלה הראשונה – בדין הנוהג בארצנו. הכותרת "התיישנות שיעבודים" אינה אלא כותרת לצורך שאלות-משנה, שבהן יטפל החיבור וביניהן: האם השיעבוד מתיישן? מהי משמעותה של התיישנות השיעבוד (התיישנות הזכות לממש את השיעבוד, התיישנות זכות העדיפות של בעל-השיעבוד כלפי צדדים שלישיים)? מהו היחס בין התיישנות החיוב המובטח לבין התיישנות השיעבוד? האם זכות-הפדיון נתונה להתיישנות? בניתוחנו ננסה לבחון כל שאלה שתועלה הן ב"משקפי" דיני-השיעבודים הן ב"משקפי" דיני-ההתיישנות. נתחיל בתיחום הנושא ובהצגת השאלות השונות שמעוררת סוגיית ההתיישנות ב"משקפי" דיני-השיעבודים. בכך יעסוק הפרק הראשון. הפרק השני יתח את הטעמים העומדים ביסוד דין-ההתיישנות וינסה באמצעותם לתת פתרון לשאלות שיוצגו בפרק הראשון. בדיקת הפתרונות לשאלות תיעשה תוך "הצצה" לאותן שיטות-משפט שאימצו פתרון זה או אחר. בפרק השלישי והאחרון נשוב למשפטנו וננסה לבדוק מהן התשובות שהדין המצוי נותן לשאלות שהועלו, האם ניתן וראוי לשנות באמצעות פרשנות או שמא יש צורך בהתערבותו של המחוקק.

א. הצגת השאלות – היבט דיני-השיעבודים; 1. תיחום המונח שיעבוד; 2. השפעתה של אקצסוריות השיעבוד על התיישנות זכויות הנושה כלפי החייב; (א) התיישנות הזכות העיקרית שהשיעבוד מקנה; (ב) התיישנות זכויות-העזר של הנושה; 3. האופי החפצי של השיעבוד – התיישנות זכות-העדיפות של הנושה; 4. היחס בין האופי החפצי של השיעבוד לאופיו האקצסורי; (א) תפישה המדגישה את האופי האקצסורי של השיעבוד; (ב) תפישה המדגישה את האופי החפצי והעצמאי של השיעבוד; 5. התיישנות זכויות החייב כלפי הנושה; (א) כללי; (ב) פקיעת השיעבוד; (ג) התיישנות דיונית של זכויות הנושה; (ד) זכות-הפדיון; (1) זכות-הפדיון מהי? (2) התיישנותה של זכות-הפדיון; 6. בחירת טכניקת-ההתיישנות מתאימה. ב. הדין הרצוי וטעמי ההתיישנות; 1. שיטת הניתוח; 2. הנימוק הראייתי – חלוף הזמן והקושי הראייתי של הנתבע; (א) הרציונל; (ב) שאלת-המפתח; (א) זכויות הנושה כלפי צד שלישי; (1) טענות לגבי החיוב המקורי; (2) טענות לגבי זכות-העדיפות "נטו"; (ד) זכות-הפדיון; 3. נימוק הויתור – חלוף הזמן כאינדקסיה לויתור של התובע; (א) הרציונל; (ב) שאלת-המפתח; (1) ערכות לעומת משכנתא; (2) שמירת החזקה אצל הנושה; (3) רישום זכותו של הנושה; (א) זכויות הנושה כלפי צד שלישי; (ד) זכות-הפדיון; (1) היכולת לפדות; (2) היכולת לחייב את הנושה.

* מבוסס על עבודה סמינריונית שנכתבה במסגרת הסמינר "דיני התיישנות". הסמינר התקיים בהדרכת ד"ר ישראל גלעד בשנה"ל תשנ"א. העבודה זכתה בפרס בנק-טפתות. תודתי לד"ר גלעד ולחברי מערכת משפטים.

לממש; (3) האפשרות לממש בדרך שאינה מכירה; 4. נימוק ההסתמכות — שינוי מצב הנתבע עקב חלוף הזמן; (א) הרציונל; (ב) שאלת המפתח; (1) שיעבוד שיש עמו העברת חוקה לנושה; (2) שיעבוד שיש עמו רישום בלבד של זכות הנושה; (3) הצטברות ריבית; (ג) זכויות הנושה כלפי צד שלישי; (1) נושה המחזיק בנכס המשועבד; (2) צד שלישי נחות מחזיק בנכס; (3) הנכס מוחזק בידי החייב; (ד) זכות הפדיון; 5. שיקולי תקנת הציבור; (א) כללי; (ב) התעסקות בתי המשפט בתביעות "חלודות"; (ג) יציבות, סטטוס-קוו ותכנון מהלכי העתיד; (ד) הרישום; (ה) התיישנות השיעבוד — האינטרס הכלכלי; 6. קווים להסדר ראוי; (א) כללי; (ב) ההסדר המוצע; (1) משך התקופה; (2) סוג ההתיישנות; 3. המשפט הישראלי — הדין המצוי, פרשנותו, הצעות לחיקוקו; 1. כללי; 2. האם שיעבוד מתיישן? (א) מקורות שונים לתשובה; (ב) סעיף 20 ותפישת ההתיישנות הריונית; (ג) לשונו של סעיף 20 — גישה מקסימליסטית וגישה מינימליסטית; (ד) היסטוריה חקיקתית; (ה) ההלכה הפסוקה; (ו) האם ניתן ורצוי לאמץ את הפרשנות המינימליסטית? (ז) שיעבוד נכסים שאין עמו זכות להיפרע מן הנכס; (ח) ערכות; (ט) משכנתא במקרקעין מוסדרים; 3. תקופת ההתיישנות של השיעבוד; (א) הבעיה; (ב) חוק ההתיישנות — סיווג תביעות כללי; (ג) שיקול דעת שיפוטי; (ד) חוק ההתיישנות — שיעבוד כפסק-דין; 4. היכן ניתן לטעון טענת התיישנות? (א) הבעיה; (ב) מימוש בהוצאה לפועל; (ג) מימוש עצמי על-ידי הנושה; 5. התיישנות זכות הפדיון; (א) הכלל — התיישנות לפי חוק ההתיישנות; (ב) הבעייתיות — תוצאות ההתיישנות; (ג) זכות הפדיון במקרקעין; ד. סיכום והמלצות.

א. הצגת השאלות – היבט דיני השיעבודים

1. תיחום המונח "שיעבוד"

המחוקק הישראלי לא טרח להגדיר את המונח "שיעבוד" בצורה כללית וממצה. יש שהוא מוגדר לצורך זה או אחר בחוק¹, יש שהפסיקה נופכת בו משמעות באמצעות פרשנות² ויש שהמחוקק הותירו לפרשנותו העתידית של השופט או המשפטן. לפיכך אנו רשאים לאמץ את המשמעות שתשרת את מטרת חיבורנו, אף אם היא רחבה מן המשמעות שהמחוקק מייחס לה בדרך-כלל. השימוש השכיח של המחוקק במונח שיעבוד נועד לציין שיעבוד נכס כערוכה לקיום חיוב. השיעבודים הטיפוסיים מסוג זה הם המשכון – שהוא שיעבוד קבוע של נכס מסוים של יחיד או חברה כערוכה לקיום חיוב³, והשיעבוד הצף, שהוא שיעבוד שוטף של כלל נכסי חברה כערוכה לקיום חיוב⁴. בדרך-כלל במונח שיעבוד מתכוון המחוקק לזכותו של נושה להיפרע מן הנכס המשועבד את החיוב המקורי, שהשיעבוד ניתן להבטחתו. כאשר הביטחון אינו בא לידי ביטוי בזכות להיפרע מן הנכס המשועבד, אלא רק בזכות למנוע דיספוזיציות בנכס (עיקול⁵, הערת-אזהרה⁶) או בזכות לעכב הנכס בידי הנושה (עכבות⁷). אנו חורגים אפוא מן המשמעות השכיחה של המונח באוצר-המלים של המחוקק המקומי⁸. עם זאת, אלה כאלה מטרותם היא להעניק ביטחון לנושה כי החיוב המקורי יקיים, וכמובן זה – שהוא החשוב לענייננו – מהווים אף הם בבחינת שיעבודים. אף מטרותה של הערכות היא כמטרותם של

- 1 ראה למשל בסעיף 1 לפקודת החברות [נוסח חדש], תשמ"ג-1983 (להלן: פקודת החברות); ובסעיף 126(ג) לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965.
- 2 ראה, למשל, ת"א (ת"א) 2232/87, המ' (ת"א) 13132/87 לוי דוד ובניו בע"מ (בפירוק) נ' איטונג בע"מ, פס"מ תשמ"ט(כ) 344.
- 3 סעיף 1(א) לחוק המשכון, תשכ"ז-1967; וכן המשכנתא שהיא משכון מקרקעין – ראה סעיף 4 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969. פרופ' ויסמן מצביע על כך, שלעתים המחוקק משתמש במונח "שיעבוד" לתיאור משכון בנכסים בלתי-מוחשיים (פנטזים, חיובים) ולעתים משתמש בו לתיאור שיעבוד נכס מכל סוג שהוא. י' ויסמן, חוק המשכון, תשכ"ז-1967 (ג' טדסקי עורך, תשל"ה) 10, הערות 6 ו-7 ולידן בטקסט. גם זיקת הנאה, להבדיל, מוגדרת כשיעבוד (סעיף 5 לחוק המקרקעין), אך אינה משמשת ערוכה לקיום החיוב.
- 4 סעיף 1 לפקודת החברות.
- 5 ראה ע"א 392, 382/65 סיגלוב ואח' נ' עציון בע"מ ואח', פ"ד (1) 442, 446 (השופט זוסמן). אך ראה סעיף 126(ג) לחוק התכנון והבניה.
- 6 ת"א (ת"א) 2232/87 (לעיל, הערה 2), 346. שם נפסק שהערת-אזהרה היא שיעבוד במובן סעיף 1 לפקודת החברות. וכן ראה סעיף 126(ג) לחוק התכנון והבניה.
- 7 סעיף 11 לחוק המיטלטלין, תשל"א-1971; סעיף 88 לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961. וראה י' ויסמן (לעיל, הערה 3) 13-14, הערה 2.
- 8 על-אף שהדין המקומי לא מגדיר עיכבות כ"שיעבוד", הוא רואה בו בטוחה לצורך סדר-העדיפויות בדיני פירוק/פשיטת-רגל. ראה, למשל, ע"א 180, 806, 143/86, 790/85, רשות שדות התעופה ואח' נ' גרוס כונס נכסים ואח', פ"ד מד(3) 185. באנגליה נוהגים לקטלג את העיכבות (Lien, במובן הצר) כקטגוריה של שיעבוד נכסים (Real Security). ראה 3, 5 Fisher & Lightwood's Law of Mortgage (London, 10th ed., 1988).

השיעבודים שכבר מנינו. אכן, ישנן שיטות-משפט (האנגלי⁹ והעברי¹⁰) המיינות את דיני-הערבות כשלוחה של דיני השיעבודים. אף כי ההתמקדות בחיבור זה תהיה במשכון ובמשכנתא נגסה להצביע גם על קווי דמיון ושוני בעקרונות המשפיעים על התיישנות שיעבודים אחרים, הגם שנותיר לקורא את עיקר השלמתה של מלאכת ההיקש.

2. השפעתה של אקצסוריות השיעבוד על התיישנות זכויות הנושה כלפי החייב

(א) התיישנות הזכות העיקרית שהשיעבוד מקנה

שיעבוד לפי הגדרתנו אינו תבנית קבועה ואחידה של זכויות משפטיות. ברם, שאלת-המפתח המתעוררת בבואנו לעצב דין התיישנות לשיעבודים נובעת דווקא מן המכנה המשותף הרחב של כל השיעבודים המתאימים להגדרה שאומצה על-ידינו, והוא היותם אמצעי-עזר לנושה לאכיפת קיום חיוב. כך, למשל, המשכון מזכה את הנושה בזכות להיפרע מן המשכון "אם לא סולק החיוב"¹¹; העיכבון נועד לשמש ערובה לחיוב "עד שיסולק החיוב"¹²; הערבות היא התחייבותו של הערב כלפי הנושה לקיים את חיובו של אדם אחר, החייב¹³. לשיעבוד ולזכויות שהוא מקנה לנושה אין אפוא קיום עצמאי, וכל קיומם נסמך, אקצסורי לחיוב המקורי. לתכונה זו של השיעבוד כמה השלכות: אחת הבולטות שבהן היא, שפקיעתו של החיוב המקורי מובילה מיניה-יוביה לפקיעתו של השיעבוד¹⁴. אחת הדרכים לפקיעתו של החיוב המקורי עשויה להיות התיישנותו. אמנם, לא כל דפוס של התיישנות מפקיע את החיוב המקורי. יש שהתיישנות מפקיעה את החיוב והופכת אותו לאין, ויש שהיא מהווה רק מחסום בפני תביעת הסעדים הנובעים מזכותו של הנושה. כך או כך — וכאן אנו מגיעים לשאלת-המפתח של חיבור זה — יש לבדוק האם רציונל האקצסוריות, על עקרון הסימטריה הנובע ממנו, צריך לחול גם בסוגיית ההתיישנות? הרציונלים העומדים ביסוד דיני-ההתיישנות, מחד גיסא, מול עוצמת האקצסוריות כפי שהיא באה לידי ביטוי בכל שיעבוד ושיעבוד, מאידך גיסא, האם שזירתם של אלו באלו מצדיקה סימולטניות בהתיישנות החוב

9 הערבות מוגדרת כ-"Personal Security", at p. 3, *Fisher & Lightwood, supra note 8*.

10 הערב במשפט העברי מוגדר כמי "שמשעבד נפשיה" (בבא בתרא, קעג. ע"ב). ויש הטוענים, כמי שנכסיו השתעבדו לנושה וכמוהם כנכסי החייב. ראה ב' ליפשיץ, אסמכתא — חיוב וקנין במשפט העברי (תשמ"ח) 207.

11 סעיף 1(א) לחוק המשכון.

12 סעיף 11(א) לחוק המיטלטלין.

13 סעיף 1(א) לחוק הערבות. גם העיקול אין לו קיום אלא לצורך הבטחת חיוב עתידי או קיים — סעיף 27(א) וישא לחוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967; תקנה 373 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984. הוא-הדין לגבי הערת-האזהרה — ראה סעיף 132(א)(2) לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969. וכן שיעבוד צף — ראה סעיף 194 לפקודת החברות.

14 סעיף 15 לחוק המשכון; סעיף 11(א) לחוק המיטלטלין; סעיפים 2, 6(ב), 7(א) לחוק הערבות ועוד.

והשיעבוד, או שמא קיימים שיקולים המצדיקים תקופת-החתיישנות שונות לחיוב ולשיעבוד. זוהי השאלה המרכזית בחיבור זה והיא תכונה להלן: "שאלת-המפתח".

(ב) החתיישנות זכויות העזר של הנושה

שאלת-המפתח עוסקת בראש-זכרא שונה בזכות העיקרית של הנושה על-פי השיעבוד. כפי שראינו, זו עשויה להשתנות משיעבוד לשיעבוד (למשל: זכות להיפרע, זכות לעכב, זכות למנוע דיספוזיציות). ברם, יש שהמחוקק מקנה לנושה זכויות-עזר הנלוות לזכות העיקרית, אשר מטרתן לשמור על אפשרות המימוש של הזכות העיקרית. כך, למשל, חוק המשכון מקנה לנושה זכות למנוע מן החייב (ולא רק ממנו) לחלק את הנכס הממושכן, אם הוא חלק בלתי-מסוים בנכס הנמצא בבעלות משותפת של החייב ושותפים נוספים. חלוקה עשויה להביא לירידת ערך החלק הממושכן ולהקטין את האפקטיביות של השיעבוד ומכאן זכות הווטו הניתנת לנושה¹⁵. לנושה יש זכות דומה כלפי החייב לתבוע את עשיית הפעולות הדרושות לשכלול המשכון כלפי צדדים שלישיים במקרה של חילופי משכון¹⁶. כמורכן הנושה זכאי למנוע משכון נוסף של נכס בדרגה זהה או עדיפה לנושה אחר¹⁷. תחילתו של מירוך ההתיישנות של כל אחת מזכויות אלה אינה חייבת להיות סימולטנית לתחילתה של הזכות העיקרית, שכן עילת תביעתה של זכות-העזר דורשת בדרך-כלל את התקיימותו של תנאי נוסף המתרחש בנקודת-זמן שונה מזו שבה משתכללת זכות התביעה העיקרית¹⁸. בפרק-הזמן שלפני התרחשותו של אירוע זה, זכות-העזר הניתנת לנושה היא רק זכות ערטילאית (in abstracto), המצפה להתרחשות אירוע חיצוני אובייקטיבי שיגבש אותה לכדי זכות קונקרטית (in concreto)¹⁹. מירוך ההתיישנות של זכות-העזר עשוי להתחיל אפוא מאוחר או מוקדם יותר ממירוך ההתיישנות של הזכות העיקרית. אולם כפי שהשיעבוד אקצסורי לחיוב המובטח, כך זכות-העזר אקצסורית לזכות העיקרית שהשיעבוד מקנה. כאן מתעוררת שאלת-משנה לשאלת-המפתח שהיא, האם אופיה של הזכות כזכות-עזר בלבד מחייב סימולטניות בנקודת-הסיום?

15 סעיף 11(א)(1) לחוק המשכון. זכות הווטו אינה מוחלטת, שכן בית-המשפט רשאי להורות על חלוקה על-אף התנגדות הנושה. מאותו טעם שניתנה לנושה זכות-ווטו להתנגד לחלוקה, ניתנה לו גם זכות לתבוע את חלוקת הנכס כאילו היה אחד מבעליו, באותן נסיבות שבהן יהיה לו אינטרס לעשות כן לשם שמירת ערכו של הנכס הממושכן או הגדלתו (סעיף 11(א)(2) לחוק המשכון).

16 סעיף 9(ג) לחוק המשכון.

17 סעיף 6(ב) לחוק המשכון. זכות דומה ניתנת גם לבעלי אגרות-חוב המובטחות כשיעבוד צף מגביל-עסקאות. ראה סעיף 170 לפקודת החברות.

18 כמו, למשל, הגשת תביעת חלוקה בידי בעלים משותף אחר של הנכס, חילופי משכון וכד'.

19 השווה "גלעד", "התיישנות בנוזקין" – הצעה לשינוי החוק" (חלק ראשון), משפטים יט (תשמ"ט) 81, 91-92; וכן ע"א 217/86 שכטר נ' אבמץ בע"מ ואח', פ"ד מדר (2) 846, 859-861.

3. האופי החפצי של השיעבוד – התיישנות זכות-העדיפות של הנושה

עד כה הוצגה שאלת-המפתח כשאלה המשפיעה על התיישנותה של זכות הנושה כלפי החייב – תהא אשר תהא. יש שהזכויות הנובעות לנושה מן השיעבוד אכן מתמצות בזכות זו. כך, למשל, במשכון הסכמי שאינו מצוי בידעתם של נושים אחרים של החייב²⁰. אולם בדרך-כלל לזכות העיקרית של הנושה כלפי החייב גלויות גם זכות-עדיפות כלפי צדדים שלישיים, נושים אחרים של החייב – זכות המשווה לשיעבוד אופי חפצי. זכות זו יכולה להסתכם בזכות שיש לנושה כלפי החייב למנוע את החייב מעשות עסקה סותרת עם אותו צד שלישי²¹. בדרך-כלל יש עמה גם זכות לפרוע תחילה את החוב לנושה המובטח בשיעבוד, אם שיעבוד זה עדיף על זכותו של הצד השלישי לפי מערכת-הכללים הקובעת עדיפות בין שיעבודים²². זכות-העדיפות של הנושה עשויה לשמש בידיו עילת תביעה בהליך כלפי הגורם המופקד על מימוש הנכס, בין במהלך העסקים הרגיל של החייב (הוצאה-לפועל או בית-משפט) ובין בפירוק או בפשיטת-רגל (מפרק או נאמן). יש שזכות העדיפות תשמש עילה לתביעה ישירה של הנושה כנגד הצד השלישי. יריבות ישירה מעין זו יכולה להתעורר אם, למשל, ינקוט הצד השלישי צעדים למימוש זכותו הנפסדת על-פי התחייבות שקיבל מן החייב, אשר סתרה את ההתחייבויות של החייב כלפי הנושה, והנושה יבקש להתנגד לצעדים אלו. יכול שיריבות כזאת תתעורר אם הנושה יבקש להחזיר לידיו את הנכס המשועבד או את פירות מימושו, אם אלה הגיעו באופן כלשהו לידיו של הצד השלישי על-אף המגבלות שנטל על עצמו החייב כלפי הנושה. יכול שיריבות כזאת תתעורר גם כאשר הצד השלישי יבקש להתנגד לצעדים שינקוט הנושה למימוש זכותו כנגד החייב, וזאת בטענה כי זכותו עדיפה. בכל המקרים האלה ינסה הצד השלישי לקעקע את זכות העדיפות של הנושה. טענת התיישנות עשויה לסייע בידו בשני אופנים: ראשית, הטענה כי הזכות שהשיעבוד מקנה לנושה כלפי החייב – התיישנה. שנית, וזהו הייחוד, הטענה כי זכות העדיפות "נטו" התיישנה. במקרים אלה מתווסף לשאלת-המפתח היבט נוסף: האם רציונל האקצסוריות ועקרון הסימטריה הנובע ממנו חלים גם על היחס שבין התיישנות החיוב המקורי לבין התיישנות זכות-העדיפות של הנושה כלפי צד שלישי?

20 ראה סעיפים 3(א) ו-4(3) סיפא לחוק המשכון.

21 הערת-אזהרה, תנאי מגביל-עסקאות בשיעבוד צף, עיקול. ראה על כך ד' בראופיר, הוצאה לפועל הליכים והליכות (מהדורה שלישית, תשנ"א) 46.

22 ראה א' פרוקצ'יה, דיני חברות חדשים לישראל (תשמ"ט) 433.

4. היחס בין האופי החפצי של השיעבוד לאופיו האקצסורי

קיים מתח בין האופי החפצי של השיעבוד לבין האופי האקצסורי שלו. שתי התכונות מובילות לשתי תפישות סותרות לגבי פתרון השאלות השונות הנוגעות להתיישנות זכויותיו של הנושה:

(א) תפישה המדגישה את האופי האקצסורי של השיעבוד

תפישה כזו תדגיש, כי כל הזכויות שהשיעבוד מקנה לנושה אינן אלא זכויות-עזר, שמטרתן לאפשר לנושה לממש את זכותו המקורית – הזכות הנובעת מן החיוב המקורי. תפישה כזו תעדיף פתרון סימולטני לשאלת-המפתח. היא גם תעדיף לראות בזכויות שיש לנושה כלפי צד ג, אם הן אכן קיימות, זכויות-עזר בלבד למימוש זכותו של הנושה כלפי החייב, ולא זכויות בעלות קיום עצמאי ובלתי-תלוי במערכת-היחסים המקורית בין הנושה לבין החייב. תפישה כזאת תבקש ליישם את הפתרון הניתן לשאלת-המפתח גם על מערכת-היחסים בין הנושה לבין הצד השלישי.

(ב) תפישה המדגישה את האופי החפצי והעצמאי של השיעבוד

תפישה כזו, העשויה להיתמך בכמה תיאוריות לגבי מהותה של זכות הקניין²³, תדגיש את הקשר הבלתי-אמצעי, הזיקה הישירה, שבין הנושה לבין הנכס. אותו קשר המקנה לו זכות *in rem* – קשר, אשר ביטוי החיצוני הוא בחזקה שהנושה קונה בנכס או ברישום זכות הקניין במרשם אשר הרישום בו מחייב את כולי עלמא. לפי תפישה זו מקנה החייב לנושה, במסגרת השיעבוד, "נתח" מזכויותיו בנכס הממושכן – "נתח" אשר יש לו קיום עצמאי ונפרד כקנינו של הנושה. הקשר עם החיוב המקורי ניתק, החייב נפרד מה"נתח" שנמסר לנושה, וזכותו של הנושה לפי השיעבוד תתיישן על-פי כללים שונים לחלוטין מן הכללים החלים על התיישנותו של החיוב המקורי. בעוד שהתפישה האקצסורית משמשת בדרך-כלל את התומכים בפתרון של סימולטניות²⁴, הרי שהתפישה החפצית משמשת בדרך-כלל כדי להצדיק פתרון שלפיו הזכויות על-פי השיעבוד אינן מתיישנות לעולם. פתרון זה משתקף במימרה "Once a mortgage – always a mortgage"²⁵. יש ששיטת-משפט מאמצת את הגישה האקצסורית לגבי היחסים בין הנושה לחייב ואת השיטה החפצית לגבי היחסים בין הנושה לצד השלישי²⁶.

23 כמו, למשל, "התיאוריה הקלסית" של דיני-הקניין, שלפיה הזכות הקניינית היא זכות שיש לאדם בנכס המחייבת את כולי עלמא, להבדיל מהזכות האישית כלפי אדם מוגדר. ראה "ויסמן", "מושגי יסוד ביני קנין – סקירה ביקורתית" משפטים יא (תשמ"א) 41, 67, 77.

24 ראה, למשל, בכמה מדינות בארצות הברית *J. B. Glen, "Bar of Limitation against action on debt secured by mortgage as affecting suit to foreclose a mortgage" 161 ALR 886, 892*.

25 "Developments in the Law C.A. 192/40 *Abu Rukbeh v. el Awadaat* 1940 P.L.R. 527. כן ראה *Statutes of Limitations* 63 *Harvard L. Rev.* (1950) 1177, 1247. (להלן: Harvard).

26 כך, למשל, לפי השיטה האנגלית: 189 *A. McGee, Limitation Periods* (London 1990).

5. התיישנות זכויות החייב כלפי הנושה

(א) כללי

צלע נוספת במערכת היחסים שהשיעבוד יוצר היא הצלע המזכה דווקא את החייב בזכויות כלפי הנושה. הכיצד? בנוסף על אמצעי הביטחון המוקנים לנושה במסגרת השיעבוד או כמרכיב עיקרי בהם, יש שהחייב מקנה לנושה זכות מזכויותיו של החייב בנכס המשועבד. יכול שזכות זו תהיה זכות להשתמש בנכס וליהנות מפירותיו²⁷, הזכות להחזיק בנכס²⁸ או אף זכות הבעלות בנכס²⁹. יש שהחייב מעניק לנושה זכות לרשום את דבר השיעבוד במרשם ציבורי, באופן שיכתיים את זכויותיו הרשומות³⁰ או הבלתי-רשומות בנכס³¹. בנסיבות מסוימות³² החייב זכאי לקבל בחזרה כל אחת מזכויות אלה, אם הוענקה לנושה; או במקרה של רישום ה"מכתיים" את זכותו של החייב — למרק את זכותו ולמחוק את ה"כתם" שהוכתמה בו. האם זכותו זו של החייב ניתנת להתיישנות? מהו דין ההתיישנות הראוי לחול עליה ומה היחס בינו לבין דין ההתיישנות החל על זכויותיו של הנושה כלפי החייב?

(ב) פקיעת השיעבוד

הואיל והזכויות המוענקות לנושה בנכס הן זכויות שמטרתן לסייע לנושה לממש את מטרת השיעבוד, שהיא קיום החיוב המקורי — הרי שאין להן קיום כאשר השיעבוד חדל להתקיים בטרם מומש ובכפוף למה שיוסבר להלן על זכויות הפדיון. פקיעת השיעבוד יכולה שתתרחש עקב אירועים שונים המובילים לחדלון החיוב המקורי (קיומו, ויתור עליו, הפקעתו וכו'). התיישנות יכולה אף היא להפקיע את החיוב המקורי, אם היא התיישנות "רוכשת" או "מהותית". פקיעת השיעבוד שומטת את הזכויות מידיו של הנושה, ואם הוא מוסיף להחזיק בהן או לעשות בהן שימוש — רשאי החייב לתבוע אותן מהנושה, כפי שהחייב רשאי לתובען מכל מי שמחזיק או משתמש בהן שלא על-פי זכות שבדין. זכותו זו של החייב כפופה לטענת התיישנות שכל מחזיק מעין זה יכול להעלות ובכפופות לכללים החלים על טענה כזו³³.

27 כמו במקרה של הסכם-משכון, הכולל הרשאה מעין זו מאת החייב לנושה — סעיף 10(ב) לחוק המשכון.

28 למשל: משכון מופקד (סעיף 4(2) לחוק המשכון) — ה"Pledge האנגלי; זכות העיכובן (סעיף 11 לחוק המיטלטלין) — ה"Lien או ה"Charge האנגלי. ראה Fisher & Lightwood's, *supra* note 8, at pp. 4-5.

29 כמו במקרה של ה-Mortgage האנגלי (Fisher & Lightwood's, *supra* note 8), המכר החדור, המכר המותנה והשכר-מכר. על הקשיים שבהכרה בעסקאות אלה כשיעבורים ראה "ויסמן, (לעיל, הערה 3), 75-70.

30 כאשר מדובר במשכנתא רשומה ה"מכתימה" את הבעלות הרשומה של החייב.

31 כאשר מדובר במשכון של זכות או של מיטלטלין.

32 כגון פקיעה — סעיף 15(ב) לחוק המשכון; פדיון — סעיף 13 לחוק המשכון; המצאת ערובה חלופית — סעיף 11(א) לחוק המיטלטלין.

33 לכללי התיישנות תביעה נגד מחזיק במקרקעין. ראה "גלעד, התיישנות במקרקעין — קווים לרפורמה" משפטים יח (תשמ"ח) 177.

(ג) התיישנות דיונית של זכויות הנושה

אין השיעבוד נפגע כאשר החיוב המקורי וזכויות הנושה על-פי השיעבוד נתונות להתיישנות דיונית החוסמת רק את הזכות לתבוע את קיום הזכות, אך אינה מפקיעה את החיוב. במקרה זה החיוב ממשיך להתקיים – יש הטוענים, כ"חיוב טבעי"³⁴ – ועמו השיעבוד. גם אם הנושה אינו יכול לתבוע יותר את קיום החיוב ואפילו אם אינו יכול לתבוע את מימוש המשכון (בהנחה שאף זכותו זו יכול שתתיישן), ישנן בידו זכויות של החייב שאותן הוא אינו צריך לתבוע ומשום-כך לא תעמוד מולן טענת ההתיישנות כטענת-מגן. האם גם במקרה זה³⁵ יוכל החייב לתבוע להחזיר לו הזכויות? ומה תהא עילת תביעתו? הנושה הרי מחזיק עדיין כדין את הזכויות, שכן השיעבוד טרם פקע – האם יוכל החייב להשתמש בטענת ההתיישנות כשלעצמה כחרב שלופה³⁶ נגד הנושה? ומה יקרה אם יעשה החייב דין לעצמו וישיב את הנכס לרשותו? האם יוכל אז הנושה לתובען על-אף התיישנות החיוב וזכות המימוש?

(ד) זכות-הפדיון**(1) זכות הפדיון מהי?**

זכות נוספת שיש לחייב³⁷ לקבל בחזרה נכס ששועבד במשכון היא הזכות הנתונה לו בסעיף 13(א) לחוק המשכון, לפדות את המשכון על-ידי קיום החיוב לאחר המועד לקיומו. מה הרבותא בזכות זו אם ממילא החוק קובע שחדלון החיוב מוביל לפקיעת המשכון? לשם כך יש להבין את הרקע ההיסטורי שבו התפתחה זכות-הפדיון. מקורה של זכות זו בדיני ה-Mortgage, שפותחו בבתי-המשפט של Equity באנגליה עוד לפני המאה ה-12³⁸. במסגרת ה-Mortgage הועברה הבעלות בנכס המשועבד

34 כהגדרתם של חכמי המשפט הצרפתי לחיוב המובטח, לאחר שהתיישן. לחיוב כזה יש עדיין קיום בתורתו של החייב והוא עשוי להתחדש (be novated) אם החייב יכיר בו לאחר שהתיישן. משום-כך הוא לא נחק אלא ממשיך להתקיים במצבו ה"טבעי" ועמו השיעבוד. ראה: M. Planiol & G. Reper, *Treatise on the Civil Law*, (11th ed., 1939) II Part 1, p. 374 וכן בקודקס ההולנדי החדש: The Netherlands Civil Code, Book VI — "The Law of Obligations" Draft Text. Commentary (Leyden, 1977) 82 note 41 ff.

35 מצב דברים זה אינו ייחודי רק למשכון. כך, למשל, ייתכן מצב שבו התחייבות לעשות עסקה במקרקעין, שהובטחה על-ידי הערת-אזהרה, התיישנה, והקונה אינו יכול עוד לתבוע את המוכר לממש את התחייבותו. האם תעמוד הערת-האזהרה לנצח, בעוד שההתחייבות המקורית התיישנה? האם מוצדק יהיה לאפשר לרשם ו/או לבית-המשפט להורות במקרה זה על מחיקתה? ראה סעיף 132 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969. השווה יי ריסמן, "זכות קנין בפסיקה - התיאוריה בשירות הפרקטיקה" עיוני משפט טו (חש"ן) 53, 62.

36 משפטנו אימץ את הכלל שלפיו טענת התיישנות דיונית יכולה לשמש רק מגן ולא כחרב (ראה ע"א 522/71 בנ"ן נ' בנ"ן ואח', פ"ד כח (2), 309, 326). הכלל נוצר במקורו לחסימתה של תביעת אכיפה של קונה שהתכחש לחובו, לשלם עבור ממכר בטענת התיישנות. לימים פשט השימוש בו לגבי כל טענת התיישנות "דיונית". ראה Harvard (לעיל, הערה 25), 1248.

37 זכות-הפדיון נתונה גם לכל אדם שזכותו עלולה להיפגע ממתן המשכון או ממימושו. פרופ' ריסמן מונה, לדוגמה, שותף לזכויותיו של החייב בנכס, שוכר הנכס הממושכן, נושה נוסף או נמחה של זכות הקניין של החייב בנכס, שלא הומחה לו החיוב האיש. ראה יי ריסמן (לעיל, הערה 3), 273.

38 Fisher & Lightwood's, *supra* note 8, at pp. 7-8.

לנושה בכפוף לתנאי שאם יקיום החיוב במועדו היא תשוב לחייב. משלא קיום החיוב, הפכה בעלותו של הנושה בנכס הממושכן למוחלטת ובת-המשפט של ה-Common Law (להלן: C.L.) לא אפשרו עוד לחייב לקבל את הנכס בחזרה. בת-המשפט של Equity נתנו לחייב הזדמנות נוספת לפדות את הנכס על-ידי קיום החיוב³⁹. לימים אימצו גם בת-המשפט של ה-C.L. את זכות-הפדיון (Equity of Redemption). בגירסה המודרנית של ה-Mortgage, הבעלות בנכס הממושכן נותרה אצל החייב ולעתים קרובות, אף החזקה. הנושה זכאי, משנוצרה העילה לכך, כל עוד לא נפרדה המשכון, להמשיך להחזיק בנכס או לממשו בדרך של מכירה לצד ג (באנגלית: an action to recover the proceeds of sale). מטרתה של זכות-הפדיון כיום אינה החזרת הבעלות לחייב, אלא מניעת מימוש של הנכס והעברתו לצד ג. מטרה נוספת היא לגרום לכך, שבעת מימוש המשכון יושג מחיר גבוה לפחות כמו המחיר שהחייב מוכן לשלם עבור הנכס⁴⁰. יש מדינות שבהן זכות-הפדיון מאפשרת לחייב לגאול את הנכס גם מידי צד ג לאחר מימוש⁴¹. בארץ זכות זו טובה רק כלפי הנושה, ואדם הרוכש את הנכס במסגרת הליך מימוש בהוצאות לפועל רוכש אותו נקי גם מזכות-הפדיון⁴².

(2) התיישנותה של זכות-הפדיון

חשיבותה העיקרית של זכות-הפדיון היא, אפוא, בפרק-הזמן שבין המועד לקיום החיוב המקורי⁴³ לבין מימוש השיעבוד. הדרך למימושה של זכות זו היא בקיום חיוב. משום-כך סובר פרופ' ויסמן, כי "הפדיה אינה אלא תוצאה הנגררת אחר מילוי החיוב, ולא בגדר הפעלה של זכות"⁴⁴; ומשום שאין זו זכות, אין היא מתיישנת כל עוד לא פקע החיוב. כנגד טענה זו ניתן לטעון, כי זכות-הפדיון היא למעשה הזכות לקיים את החיוב. היא זכות לכל דבר ולא רק "מראית-עין" של זכות. היא אינה תוצאה של מילוי החיוב, אלא תוצאה של יצירת זכות המימוש של הנושה במועד שנקבע לקיום החיוב. היא אינה זכות המובנת מאליה, ואף פרופ' ויסמן בספרו מסביר כי מדובר ביתרון שמולו עומדת חובתו של הנושה להכפיף את עצמו לתוצאות קיום החיוב – חובה אשר לא תמיד רצויה לנושה העלול להעדיף את מימוש הנכס או להחזיקו⁴⁵. לדעתי, אין הכרח לקבל את הסברה, שזכות-הפדיון אינה זכות ורק משום כך אינה יכולה להתיישן. מנקודת-המבט של

39 שם.

40 י. ויסמן (לעיל, הערה 3), 258-259.

41 שם, עמ' 260-261.

42 ע"א 555/71 אמסטרדמר נ' מוסקוביץ ואח', פ"ד כו (1) 793. הוא-הדין גם במשפט העברי. ראה שם, דברי השופט ח' כהן, בעמ' 1805. כמ"כ ראה סעיפים 34 א ו-34 ב לחוק המכר, תשכ"ח-1968.

43 זכות-הפדיון לפני המועד לקיום החיוב היא, למעשה, זכות אחרת עם מטרות שונות (סעיף 13(ב) לחוק המשכון וסעיף 88 לחוק המקרקעין). מטרתה של זכות זו היא לאפשר לחייב להקדים מועד מאוחר שנקבע מלכתחילה לטובתו, אם אינו זקוק עוד לארכה לשם רכישת הכושר להחזיר את החוב. זאת, בהתחשב בזכויותיו של הנושה לדיבית. טעם נוסף הוא הרצון להחזיר את הנכס במהירות לשוק. ראה J. Weisman, "Redemption of Security Interests under Israel Law" 10 ILR (1975) 81, 82-83.

44 י. ויסמן (לעיל, הערה 3), 266.

45 שם, בעמ' 258-259, בייחוד ליד הערות 8, 10 ו-11.

טעמי מוסד ההתיישנות, גם זכות זו יכולה, אם הדבר רצוי, להתיישן⁴⁶. המשמעות של התיישנות זכות-הפדיון היא, שהנושה יכול להמשיך להחזיק בנכס המשועבד או ב"נתח" ממנו, כמוסבר לעיל, אף ללא מימוש בדרך של מכירה, וזאת ללא שיחשש לפדיון הנכס בידי החייב. ישנן שיטות הקובעות, כי זכות-הפדיון נתונה להתיישנות⁴⁷. ישנן שיטות המעדיפות להשאיר לחייב את אופציית-הפדיון לעולם⁴⁸.

6. בחירת טכניקת-התיישנות מתאימה

עד כה ביקשנו להציג את השאלות המהותיות שסוגיית התיישנות השיעבודים מעוררת. ברם, בהכרעה המהותית לא סגי. אפשר שלצורך השגת פתרון מהותי מסוים ניתן יהיה להשתמש בכמה טכניקות. כך, למשל, אם נגיע למסקנה כי הפתרון המהותי הנכון יותר לשאלת-המפתח הוא התיישנות סימולטנית של החיוב ושל הזכויות על-פי השיעבוד, נוכל להגיע לפתרון זה בכמה דרכים: נוכל לקבוע, כי התיישנות החיוב המקורי היא מהותית ופקיעתו של החיוב מובילה מיניה-וביה לפקיעת השיעבוד⁴⁹; ניתן לקבוע, כי התיישנות החוב מהווה חזקה חלוטה של תשלום החוב⁵⁰; ניתן לקבוע שתי תקופות-התיישנות עצמאיות, אך לפרק-זמן זהה⁵¹, בין באמצעות קביעתה של תקופת-התיישנות מיוחדת לזכויות על-פי השיעבוד ובין בדרך של החלת כללי התיישנות מקטגוריות כלליות יותר⁵²; ניתן לקבוע את התיישנות החיוב המקורי כתקרה להתיישנות השיעבוד ואפשר שקביעת תקופת-ההתיישנות תושאר לשיקול-דעתו של בית-המשפט או רשות שיפוטית

46 פרופ' ריסמן טוען, שמועד תחילתה של עילת התביעה בזכות-הפדיון הוא קיום החיוב המקורי או הצעת הפדיון לנושה. עם כל הכבוד, אינני מסכים עם גישה זו. זכות-הפדיון מתייחסת לזכות לקיים את החיוב, הנוצרת כמועד שנקבע לקיום החיוב. עילת התביעה הנוצרת לאחר קיום החיוב היא אחרת לגמרי: היא נובעת מפקיעת השיעבוד כתוצאה מהקיום, והופכת את החזקת הנושה בנכס להחזקה שלא כדין. אכן יש בעיה עם מימוש זכות-הפדיון כטרם התיישנה, במקרה של סירוב הנושה, אולם בעיה זו, הנובעת מהעדר דין כללי להולך (Tendex), אינה ייחודית לזכות הפדיון, והיא אף נפתרה חלקית בסעיף 89 לחוק המקרקעין. לגישתו של ריסמן ראה: J. Weisman, *supra* note 43, at p.91.

47 במשפט האנגלי מתיישנת זכות-הפדיון במשכנתא במקרקעין לאחר 12 שנות החזקה של הנושה. ראה Limitation Act 1980, s. 16–24 Halsbury's Statutes of England & Wales (4th ed., 1989) 666 P.M. Walker, *The Law of Prescription and Limitation* — לאחר 10 שנים. ראה: of Actions in Scotland (Edinburgh 4th ed., 1990), at 27 גם בתלמוד הובעה גישת המיעוט (של אנשי נהרדעא) שלפיה זכות-הפדיון של החייב תתיישן לאחר 12 שנות החזקת הנושה בקרקע. ראה ע"א 555/71 (לעיל, הערה 42), 1805.

48 במשפט העברי נטבעה המימרה "שומא הדר לעולם", כלומר: שהשומה חוזרת לבעלים לעולם. ע"א 555/71 (לעיל, הערה 42), 1805-ג.ד. במשפט האנגלי בחרו בפתרון דומה לגבי משכון של מיטלטלין (Mortgaged Personality). ראה: 28 Halsbury's Laws of England (4th ed., 1979) 367 (§822).

49 כך נקבע בחקיקה בכמה מדינות בארה"ב: R.R. Powell, "The Law of Real Property" (1990) 37–285 note 8 M. Planiol, *supra* note 34, at p.807; Code Civil s. 2180 (4).

50 Powell, *supra* note 49, at pp.37–287 note 16.

51 שם, הערה 7.

52 כמו, למשל, החלת כללי התיישנות של תביעות המבוססות על חוזים העומדים בדרישות פורמליות מיוחדות על תביעת החיוב המקורי (כללי התיישנות specialty באנגליה, L.A. 1980, s. 8), ודאה גם Fisher & Lightwood's, *supra* note 8, 292.

אחרת, בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה⁵³. כאשר אנו בודקים מהו הפתרון הרצוי, ראוי אפוא לברור לא רק את ה"מה" אלא גם את ה"כיצד".

ב. הדין הרצוי וטעמי ההתיישנות

1. שיטת הניתוח

להלן ננסה לברר מהו ההסדר הראוי לפתרון שלוש הבעיות המרכזיות שהועלו בפרק הקודם: "שאלת-המפתח", התיישנות זכות-העדיפות של הנושה והתיישנות זכות-הפריין. הניתוח יתבצע תוך עימות כל אחד מן הרציונלים שניתן לתת למוסד ההתיישנות עם כל אחת מן השאלות המרכזיות ומציאת הפתרון המתאים עם כל רציונל. בניתוחנו נתמקד תחילה ברציונלים המצויקים התיישנות במישור היחסים בין הצדדים לסכסוך ואחר-כך נתח רציונלים כלליים יותר המצדיקים התיישנות מנקודת-המבט של "תקנת-הציבור".

2. הנימוק הראייתי – חלוף הזמן והקושי הראייתי של הנתבע

(א) הרציונל

השפעת חלוף הזמן על יכולתו של נתבע לשמר ראיות מהווה טעם עתיק-יומין להתיישנות⁵⁴. הנחת-היסוד המסתתרת מאחורי נימוק זה היא שתביעת התובע "רעה"⁵⁵: למעשה הנתבע אינו חייב, בין משום שהזכות שעל-פיה תובעים אינה קיימת, בין משום שפרע את חובו ובין מטעם אחר. דא עקא, שחלוף הזמן מקשה עליו להוכיח את הגנתו: ראיות אבדו, עדים נעלמו, נפטרו או שזכרונם קהה. המשפט אינו רוצה כי קושי זה, שנבע משיהוי ביוזמת התובע, יפגע במצבו של הנתבע. ההתיישנות "מחלצת" את הנתבע ממצוקתו. היא מעמידה אותו במצב שבו היה מצוי אילו הצליח בהגנתו. זהו טיעון המבקש להגן על הנתבע ולא לתת חרב בידו⁵⁶. טיעון זה מצדיק התיישנות רק כאשר ההנחה שתביעת התובע "רעה" – אינה נסתרת⁵⁷.

53 כמו, למשל, הדוקטרינה האקוויטבילית של Laches, המאפשרת לבית-המשפט לא להיזקק לתביעתו של תובע שלא הודרו דיו בהגשת תביעתו. ראה McGee, *supra* note 25, at p.1183; Harvard, *supra* note 26, at p.19.

54 כך, למשל, במשפט העברי. ראה מ' אלוך, "על ההתיישנות בדין העברי" הפרקליט יד (תש"ח) 179, 184.

55 להבחנה בין תביעות "רעות" ל"טובות" ראה י' גלעד, (לעיל, הערה 33), 181. לדידנו, תביעה "טובה" היא תביעה שעל-פי הדין המהותי היתה צולחת. תביעה "רעה" היא תביעה שעל-פי הדין המהותי לא היתה צולחת.

56 יש הטוענים, כי מאחורי הכלל שהתיישנות תשמש רק מגן ולא חרב קיימת "אנטיפתי טבועה" של שופטים ומחוקקים מפני שימוש בהתיישנות כנגד תביעה שהיא "טובה", כדי לשחרר חייב או נתבע על-אף חבותו. Harvard (לעיל, הערה 36).

57 דוגמא נפוצה לסתירת ההנחה היא הודאה מאוחרת של החייב בחבותו. ראה Harvard, (לעיל, הערה 36), 1255; סעיף 9 לחוק ההתיישנות, תשי"ז-1957.

(ב) שאלת-המפתח

לכאורה ההנחה, שלפיה תביעת הנושה את החיוב המקורי היא "רעה", מחייבת את המסקנה כי גם זכויות הנושה להיפרע מן השיעבוד יתיישנו; שכן אם החיוב קיים או שאינו קיים, פוקע השיעבוד. ברם, נשאלת השאלה האם בקיומו של השיעבוד יש כדי לערער ההנחה שתביעת הנושה "רעה". במלים אחרות: האם לקשיים הראייתיים שהחייב נתקל בהם בבואו להתגונן בפני תביעה של הנושה יש משקל פחות, כאשר החייב מבקש להתנגד למימוש זכויות הנושה על-פי השיעבוד? ניתן לתת תשובה חיובית לשאלה אחרונה זו, כאשר השיעבוד כרוך ברישום זכותו של הנושה או במסירת החזקה לנושה בנכס המשועבד. במקרים אלה ניתן לטעון, שהרישום או מסירת החזקה מהווים הודאה מצדו של החייב בקיומו של החיוב⁵⁸. אילולא היה חיוב מקורי, מדוע היה החייב יוצר את השיעבוד? לפי טיעון זה, כל עוד השיעבוד רשום או מוחזק, אין מקום להתיישנות השיעבוד כמו גם החיוב המקורי. בטענה זו יש ממש, ככל שהיא מתייחסת לטענות פרעון, מחילה, ביטול או בטלות שזמנן לפני יצירת השיעבוד ברישום⁵⁹, במסירת החזקה או אף בהסכם. שונה המצב ככל שהיא מתייחסת לדברים שהתרחשו במועד מאוחר יותר. אכן, ניתן לטעון שבעובדה שהחייב לא פעל להסרתו של ביטוי חיצוני לשיעבוד יש משום הודאה בתוקפו של החיוב והשיעבוד. כמובן קיימים מצבים שבהם פקיעה מאוחרת של השיעבוד ו/או החיוב גוררת מיניה-וביה מחיקת רישום החזקה או החזרתה⁶⁰. במקרים אלה ניתן להסיק מהמשך קיומו של ביטוי חיצוני לשיעבוד כי זכותו של הנושה עודנה "טובה" ולכן אל לה להתישן. ברם, לא תמיד גוררת פקיעת החיוב להסרת הביטוי החיצוני של השיעבוד⁶¹. הניסיון האמפירי מלמד על כך, שנטייתם של רישומי שיעבודים היא להצטבר ולא להימחק מן המרשם אף לאחר שקויים החיוב המקורי⁶². במקרים אלה וכן כאשר מדובר בשיעבוד הסכמי הנעדר ביטוי חיצוני אין בהסכם או בביטוי החיצוני של השיעבוד כדי להעיד בהכרח על כך שהסכם זה או החיוב המקורי עודם תקפים. הנימוק הראייתי יכול אפוא להצדיק הארכה של מירון ההתיישנות של תביעת החיוב המקורי, תוך שנראה ברישום או מסירת החזקה – הודאה. בטיעון הראייתי קשה יותר להצדיק תקופות-התיישנות

58 זהו נימוק מקובל בד"ר שלפיו משכנתא אינה מתיישנת. ראה א' בן-שמש, חוקי הקרקעות במדינת ישראל (מסדה, תשי"ג) 209.

59 ראה בר"ע 87/72 אלבוים נ' חברת פרץ אפשטיין, פ"ד כו(2) 145, 148ג. עם זאת, אין לראות ברישום או במסירת החזקה הודאה בקיום החיוב ובחבות, אם נכפו עלידי הנושה בניגוד לרצונו של החייב (כמו, למשל, בעיכבון או בשיעבוד סטוטורי).

60 כך, למשל, סעיף 12א לפקודת הבנקאות מחייב את הבנקים להגיש בקשה למחוק את המשכנתא תוך 90 יום מפרעון החוב. מתוך הנחה שהסעיף אפקטיבי (יש סנקציה פלילית בצדו), ניתן לומר כי העובדה שהשיעבוד רשום היא ראיה לכך שהחיוב והשיעבוד תקפים עד לפחות 90 יום לפני מועד הבריקה.

61 ד' פרידמן ונ' כהן, חוזים (תשנ"א) א, 503. לדעת המחברים, ניתן לוותר על זכות גם ללא דפוס פורמלי, למרות רישום החזקה ומסירתה.

62 ראה י' ריסמן (לעיל, הערה 3), 303. כמות הודעות המשכון המצטברות עם השנים אצל רשם המשכונות גדולה בהרבה מכמות הביטולים. ראה שנתון סטטיסטי לישראל 1990 41 (הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה), 591.

באורך שונה לזכות הנושה על-פי החיוב ועל-פי השיעבוד או להצדיק גישה שלפיה השיעבוד לא מתיישן לעולם. בכך ימצא חייב שלחובתו שיעבוד רשום או מוחזק על-ידי הנושה לוקה רק משום שלא פעל אקטיבית למחיקת הרישום או להסרת החזקה מיד כשנפק חיובו. ספק אם זו גזירה שחייבים יכולים לעמוד בה⁶³.

(ג) זכויות הנושה כלפי צד שלישי

שני סוגים של טענות יכול צד שלישי לטעון כנגד זכותו של הנושה:

(1) טענות לגבי החיוב המקורי

טענתו של החייב, שלפיה החיוב המקורי פקע או חדל מסיבות אחרות, יכולה להיטען על-ידי מי שבא במקומו של החייב (נמחה של החיוב בהסכמת הנושה, עיזבון או יורש⁶⁴, נאמן בפירוק או בפשיטת-רגל וכיו"ב), על-ידי נושה נוסף או על-ידי קונה הנכס המשועבד (שאינו נמחה של החיוב), המבקשים לקעקע מיסודה את זכותו של הנושה התובע עדיפות על זכותם. מן הבחינה הראייתית, השפעת חלוף הזמן על כושרם של אלה המבקשים להוכיח את טענת הפקיעה היא כמו אצל החייב, ואולי אף מעבר לכך. אמנם, במקרים שבהם נכנס הצד השלישי, הנתבע מרצונו הוא למצב שבו זכותו תהא נחותה מזכות הנושה (למשל: במקרה של יצירת שיעבוד נוסף פחות בדרגה), ניתן לטעון שהיה עליו לבצע תהליך של חקירה, דרישה ו"ריענון" ראיות לפני שהוא נכנס למצב זה; ומשנכנס אליו אין הוא יכול להתלונן על כך שחלוף הזמן עד מועד זה הקשה עליו. הראיות יכלו להיפרס לפניו לפני חלוף התקופה שבסיומה מניחים כי קיים קושי בשימורן ולכן נראה בכניסתו למצב הנחיתות כהודאה בקיום החיוב המקורי כלפי הנושה. לאותו צד שלישי היתה ברירה שלא להיכנס למצב זה. טענה זו אינה טובה לגבי צד שלישי שנכנס למצב הנחיתות אחרי חלוף תקופת-ההתיישנות של החיוב המקורי⁶⁵. היא גם אינה טובה כלפי מי שנכנס למצב זה בעל-כורחו. ניתן לטעון כנגדה, שתהליך הגריעה בכושרו של החייב להתגונן בפני תביעת הנושה הוא תהליך הדרגתי. אמנם, הוא מגיע לשיא המחייב התערבות המחוקק רק בתום תקופת-ההתיישנות, אך הגריעה מתרחשת גם בכל נקודת-זמן במהלך תקופת-ההתיישנות. צד שלישי, שנכנס לתמונה במהלך תקופת ההתיישנות, אינו יכול להחיות עדים שנפטרו קודם-לכן או מסמכים שהושמדו קודם-לכן. הוא ממשיך לגרור עמו את החטטרת הראייתית שהחייב כבר צבר.

63 כאשר השיעבוד אינו שיעבוד נכסים (ערכות), הקושי הראייתי שיתקל בו הערב עשוי בדרך-כלל להיות זהה ואולי אף קשה מזה שיתקל בו החייב, שכן בדרך-כלל החייב "קרוב יותר" אצל החיוב מאשר הערב. במקרה זה מצדיק הטען הראייתי, כי תקופת-ההתיישנות של תביעת הנושה נגד הערב לא תחרוג מעבר לתום תקופת ההתיישנות כנגד החייב.

64 ראה סעיפים 126 ו-127 לחוק הירושה, תשכ"ה-1965.

65 Harvard, *supra* note 25, at p.1248.

(2) טענות לגבי זכות-העדיפות "נטו"

טענה נוספת שצד שלישי יכול לטעון ישירות כלפי נושה כאשר יש ביניהם עימות ישיר היא זו המקעקעת רק את זכות-העדיפות של הנושה. כאן ניתן להבחין בשתי טענות-משנה: האחת מתייחסת לעובדות ולראיות המצביעות על כך שמעולם לא היתה לנושה עדיפות על הצד השלישי⁶⁶ והשנייה מתייחסת לויתור של הנושה על עדיפות שאכן נרכשה על-ידו⁶⁷. חלוף הזמן יכול בהחלט להשפיע על הגנתו של צד שלישי כזה, ומשום-כך הטיעון הראיתי מצדיק לאפשר לו לטעון טענת התיישנות. כנגד ניתן לטעון אף כאן, שכניסתו-מרצון של הנתבע למצב של נחיתות מהווה הודאה בקיום עדיפות הנושה ומחייבת את תחילת המירוץ לא מוקדם ממועד יצירת זכותו הנחותה של הנתבע. אם לעדיפות יש ביטוי חיצוני (כגון רישום או החזקה), הרי מה שנאמר לעיל על התיישנות זכות הנושה כלפי החייב נכון גם ביחסים שבין הנושה לצד השלישי.

(ד) זכות-הפדיון

תביעת פדיון עשויה להיות "רעה" אם, למשל, הסכים החייב, לאחר המועד לקיום החיוב, למימוש השיעבוד בדרך של העברת החזקה והבעלות בנכס המשועבד לנושה⁶⁸. אכן, היכולת להוכיח הסכמה כזו יכולה להיפגם עם הזמן ולכן הטיעון הראיתי מצדיק התיישנות של זכות-הפדיון, כשהתקופה תהיה התקופה הרגילה המתחייבת כתוצאה מן הטיעון הראיתי.

3. נימוק הויתור – חלוף הזמן כאינדיקציה לויתור של התובע**(א) הרציונל**

נקודת-התורפה של הנימוק הראיתי נעוצה בכך, שהוא מצדיק התיישנות בכל מקרה אשר בו ישנה טענה שהנתבע יכול היה, באופן תיאורטי, להעלות כנגד התובע. הוא מניח ex-hypothesis, שטענה כזו אכן מצויה בידיו של הנתבע ושתביעתו של התובע הופכת "רעה" לאחר חלוף תקופת-ההתיישנות. אך האם הנחה זו נכונה תמיד? נימוק הויתור שבדרך-כלל מובא סמוך לנימוק הראיתי, תומך בתשובה חיובית לשאלה זו. השהיית התביעה על-ידי התובע יש עמה "ריח של מחילה וויתור"⁶⁹: העובדה האובייקטיבית של חלוף הזמן יכולה לשמש ראיה נסיבתית למחילה או להשלמה סובייקטיבית מצדו של התובע עם צדקתו של הנתבע⁷⁰. זאת, בתנאי שהתובע יכול היה לתבוע את זכותו או לממשה. משום-כך נימוק זה

66 למשל: במקום שהסכים בהסכם מוקדם עם החייב, כי זה האחרון יהיה רשאי ליצור שיעבודים עדיפים בדרגה. סעיף 6(א) טיפא לחוק המשכון, שיעבוד צף וכו'.

67 למשל: בהסכם מאוחר יותר עם החייב. ראה סעיף 6(ב) לחוק המשכון, התשכ"ז – 1967.

68 כפי שמתיר סעיף 16(ב) לחוק המשכון מכלל לאו.

69 ע"א 158/54 דה בוטון ואח' נ' בנק המזרחי בע"מ, ת"א ואח', פ"ד י 687, 695.

70 ע"א 522/71 בנק נ' בנין ואח', פ"ד כח(2) 309, 339.

גוזר על תקופת-ההתיישנות נקודת-סף שממנה והלאה תתחיל להימנות, והוא מועד היווצרות העילה או היכולת לממש. מהי אפוא השפעתו של נימוק הוויתור על השאלות דנן?

(ב) שאלת-המפתח

האם פרק-הזמן שבו נסיק ויתור של נושה על זכותו לתבוע את החיוב המקורי הוא אותו פרק-זמן שבו נסיק ויתור שלו על זכותו על-פי השיעבוד? כדי להשיב על כך, עלינו לחזור להבחנות שהצגנו בפרק הראשון בין סוגים שונים של שיעבודים:

(1) ערבות לעומת משכנתא

יש להבחין בין ביטחון שהנושה יכול לממשו בקלות ובמהירות לבין ביטחון שהנושה יבקש להימנע מלממשו ויעדיף לראות בו מוצא אחרון בלבד. לגבי האחרון לא נוכל להסיק ויתור של הנושה אלא אם נמנה את תקופת-ההתיישנות מן הרגע שבו אופציית המימוש של השיעבוד עלתה לראש סולם-העדיפויות שלו. כך, למשל, אין זה סוד כי בנקים העדיפו לתבוע ערבים מאשר לממש משכנתאות. את הערב קל היה לתבוע בסדר-דין מקוצר יחד עם החייב המקורי, ולעתים לא היה צורך לחכות עד לסיום התביעה. הלחץ של הערב עשה את שלו. לעומת זאת, מימוש המשכנתא כרוך בפניו החייב או אחרים מן הנכס – דבר שהן הבנק הן בית-המשפט אינם ששים לעשותו⁷¹. מבחינת שיקול הוויתור מוצדק, אפוא, כי תקופת-ההתיישנות של תביעה למימוש משכנתא תהא ארוכה יותר מתקופת-ההתיישנות של תביעת הערב או תביעת החיוב המקורי. אכן, זהו הדין באנגליה⁷², אלא ששם נקבעה תקופה ארוכה יותר גם במקרה שמדובר בשיעבוד מיטלטלין וגם כאשר מדובר בשיעבוד שאינו משכון. הקושי שהצבענו עליו במשכנתא אינו קיים באותה מידה במשכון או בשיעבוד מיטלטלין. לעומת זאת, בשיטות-משפט המחייבות את הנושה למצות הליכים נגד החייב המקורי בטרם יתבע את הערב⁷³ או במקרים שבהם אין קושי מיוחד במימוש משכנתא⁷⁴, ההסדר המוצדק הוא של תקופה ארוכה או מאוחרת יותר לערבות וקצרה יותר למשכנתא.

(2) שמירת החזקה אצל הנושה

כאשר הנושה שומר בידיו את החזקה בנכס, אין להסיק כי ויתור על החיוב המקורי כמוהו כוויתור על הזכות לפי השיעבוד. ההיפך הוא הנכון: הנושה עשוי לוותר

71 קיים פער עצום בין כמות המשכנתאות הנרשמות לביצוע בהוצאה-לפועל לבין מספר המשכנתאות המבוצעות הלכה למעשה. בשנת 1989, למשל, נרשמו 2,517 ובוצעו 252 בלבד. ראה שנתון סטטיסטי לישראל 1990 41 (הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה) 591.

72 L.A. 1980 s. 20; וכן 7-186, 161-162, at pp. McGee, *supra* note 26.

73 כמו, למשל, ההסדר החדש שנקבע בסעיף 17 לחוק הערבות בחוק הערבות (תיקון), התשנ"ב-1992; וכן במשפט הגרמני – B.G.B. 771-773(1); והצרפתי – Code Civil 2021.

74 כמו, למשל, במקרה שפורש בשטר המשכנתא או בהסכם משכון, שהחייב לא יהיה מוגן לפי סעיף 38 לחוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967.

על תביעת החיוב המקורי דווקא משום שהוא יודע שהנכס המשועבד נמצא בידיו וישמש תמריץ לחייב לקיים את חיובו. הלך־מחשבה זה מצדיק למעשה כלל, שלפיו זכות הנושה לעכב את הנכס המשועבד בידיו עד לפירעון החיוב לא תתיישן לעולם כל עוד הנכס בידיו.⁷⁵ כלל זה לא יחול על זכות הנושה לממש את הנכס בדרך של מכירה, כי החזקתו המתמשכת מעידה שהוא מבכר החזקה על מכירה. העדפה מעין זו קל יותר להסיק במקרה שבו הנושה זקוק לסיוע ערכאה שיפוטית לצורך המכירה וקשה יותר להסיקה אם הוא רשאי למכור בעצמו.⁷⁶ אלא ניתן לטעון, כי הוא שומר לעצמו גם אופציה זו, שכן עברו היא קלת־מימוש. כאשר מדובר בהחזקה מכוח עיכבון, לא יחול הכלל אם העיכבון מותנה בהגשת תביעה לקיום החיוב המקורי, שאז ויתור על החיוב המקורי ממילא ייחשב כמפקיע העיכבון.⁷⁷

(3) רישום זכותו של הנושה

רציונל דומה קיים גם כאשר מדובר בשיעבוד רשום. כך, למשל, מסביר ח"כ זרח ורהפטיג את הצעתו, כי זכויות רשומות במקרקעין לא תתיישנה בנימוק זה:

... לגבי מי שזכותו רשומה בספרי האחרזה ... הוא אינו שותק ואי אפשר להגיד שהוא ישן על זכותו. הוא צווח וצווח כי זכותו רשומה, ואין טעם להגיד שכנגדו יש התיישנות.⁷⁸

ניתן להוסיף ולטעון, כי הנושה שזכותו רשומה אינו אף לממש את הזכות המובטחת משום שהוא יודע שהשיעבוד רשום. עם זאת, אין ההקבלה שלמה. רישום זכות הנושה שונה ממסירת החזקה לנושה. זו האחרונה מביאה תועלת מוחשית מיידית לנושה (שלילת יכולת השימוש מן החייב ולעתים אפשרות שימוש על־ידי הנושה והנאה מן הפירות). העובדה שהנכס מוחזק בידי הנושה יש בה כדי לפתח אצלו ציפיות לגבי יכולתו להמשיך ולהחזיק בו או לממש אותו, ועל כך נרחיב בהמשך. לנושה כזה יש מה להפסיד ולכן אך טבעי הוא, שלא יוותר על הפריבילגיות הנתונות לו. לעומת זאת, הרישום, כאשר אינו מלווה בחזקה, אינו בהכרח בעל משמעות מוחשית לנושה ואפשר ששכח מדבר קיומו. נושה שזכותו רשומה אך אינו עושה דבר למימושה, הריהו, על־פי מעשיו, כמוותר. במקרה זה הרישום מפסיק לשקף את מה שהוא מתיימר לשקף. ההנחה שקיים פער בין הרישום לבין מה שהוא מייצג עשויה להשתנות גם בהתאם לסוג הנכס. משך־הזמן שבו נסיק ויתור לגבי משכנתא עשוי להיות בדרך כלל, אך לא תמיד, ארוך מפרק־הזמן שבו נסיק ויתור לגבי משכון מיטלטלין רשום כרשם־המשכונות. זאת בעיקר בשל השוני בטווח־הזמן של חיובים המובטחים במשכנתא לעומת חיובים המובטחים במשכון מיטלטלין וכן בשל השוני בציפיות המשוערות של הצדדים לגבי משך־חיו של הנכס ועוצמת הביטחון הגלומה בו.⁷⁹

75 ראה L.A. 1980 s. 20(2); וכן: Weisman, *supra* note 43, at p.86.

76 כמו, למשל, במקרה של משכון המופקד בידי מוסד בנקאי – סעיף 17(ד) לחוק המשכון.

77 ראה, למשל, סעיף 88 לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961.

78 ד"כ 24 (תשי"ח) 1677; וכן בהמשך מצטט מתשובות המהרש"ם בעמ' 1677-1678.

79 מיטלטלין, למשל, עשויים להיעלם מהר יותר ומשום־כך טבעי שבעל־משכון במיטלטלין יבקש לממש

(ג) זכויות הנושה כלפי צד שלישי

מנקודת-מבטו של הנושה, הרי שבדרך-כלל ויתור על זכות-העדיפות כלפי צד ג צריך להיגזר מוויתור על זכויותיו כלפי החייב. מה טעם לו בזכות העדיפות אם ממילא ויתר על זכותו להיפרע מן השיעבוד? עם זאת, ישנם מצבים שבהם הנושה יעדיף לממש דווקא את זכות עדיפותו וייתור על הזכות לתבוע את החייב או על זכותו ליזום מימוש הנכס המשועבד. כך, למשל, אם מופקד הנכס בידי נושה נוסף. שזכותו נחותה, יעדיף הנושה, שאינו מחזיק, להמתין למועד שבו יחליט הנושה השני לממש את הנכס, מתוך תקווה שאז לא יימכר הנכס כתפוש. ודוגמא נוספת: כאשר בעל-עיקבון, שנאש מתקוותו להשיג מן החייב את חובו מעדיף⁸⁰ להחזיק בנכס עד שנושה נוסף, אשר הנכס משועבד לו בדרגה נחותה יותר יואיל לפרוע את חובו של החייב כדי לאפשר את מימוש הנכס. במקרים מעין אלה, ורק בהם, מוצדקת, מבחינת שיקול הוויתור, תקופת-ההתיישנות ארוכה יותר לזכות-העדיפות של הנושה.

(ד) זכות-הפדיון

כבר הבהרנו לעיל, שהחייב יכול להסכים כי הנכס המשועבד יוותר בידי של הנושה ותוך כך הריהו מוותר על זכות-הפדיון⁸¹. האם ניתן להסיק ויתור כזה מכך, שזכות-הפדיון לא הופעלה במשך תקופת-ההתיישנות? התשובה לשאלה זו עשויה להשתנות בהתאם לשיקולים הבאים:

(1) היכולת לפדות

הנחה המסתתרת מאחורי נימוק הוויתור היא, שהתובע לא היה מנוע לתבוע את זכותו במהלך מירון-ההתיישנות. רק אז ניתן לומר, שהימנעותו מלתבוע כמות כוויתור. קיימות עילות שונות להארכת תקופת-ההתיישנות במקרים טיפוסיים שבהם נבצר מן התובע לתבוע⁸². בין עילות אלה לא נמנית בדרך-כלל היכולת לשאת בעלויות מימוש הזכות⁸³. הנחת-המוצא היא, כנראה, שעלויות אלה הן בהישג-ידו של כל תובע. גם אם נקבל הנחה זו בכל הנוגע לעלויות הניהול של הליך משפטי, הרי שבמקרה דנן ישנו קושי מיוחד: המחיר שהחייב צריך לשלם כדי לממש את זכות הפדיון אינו רק מחיר ניהול המערכה המשפטית לכך (אם בכלל זו נחוצה). עליו להיות מסוגל לקיים את החיוב המקורי, וזהו מחיר כבד הרבה יותר ולא כל

מהר יותר, ומשלא עשה כן — נטה להניח כי ויתר על כך. השווה ע"א 756/80 רוזנשטיין ואח' נ' סולומון ואח', פ"ד לח 113(2), 124 ה-1.

80 עיכבון עדיף כמעט על כל שיעבוד אחר. ראה לעיל, הערה 8.

81 ראה לעיל, הערה 68 והטקסט לידה.

82 למשל: איידיעה (סעיף 8 לחוק ההתיישנות); סעיפים 10-14 לחוק ההתיישנות.

83 לא כן במשפט הגרמני. ראה ג' טרסקי, "הגטל ובעיית האונס והסיכול" משפטים טז (תשמ"ז) 335, 370, ליד הערה 111 ואילך.

חייב יכול לעמוד בו. ככל שערך הנכס המשועבד גדול יותר מן החיוב המקורי, כך מסתבר יותר שהחייב לא ויתר על זכות-הפדיון, אלא פשוט אינו מסוגל לעמוד במימושה. מסתבר יותר, שהחייב יעדיף להחזיר נכס ששווה יותר להחזקתו על-פני מתן מתנה לנושה. לעומת זאת, אם ערך הנכס קטן יותר מן החיוב המקורי, תהא זאת אינדיקציה טובה לויתור החייב על זכותו. המקרה הקשה יותר, שבו גם עשויה להתעורר סוגיית ההתיישנות, הוא המקרה הראשון ולכן, מאחר שאיננו יכולים לקבוע בוודאות כי יש בו ויתור, נגיע לכאורה למסקנה כי אין מקום לכך שזכות-הפדיון תתיישן.

(2) היכולת לחייב את הנושה לממש

המסקנה שאך זה הגענו אליה אינה נכונה במקרה שבו נתונה זכות לחייב את הנושה לממש את הנכס⁸⁴. במקרה זה מסתבר יותר לזקוף את אי-מימוש זכות-הפדיון לויתור מאשר לאי-יכולת, זאת משום שמאי-מימוש זכותו של החייב להכריח את הנושה לממש את הנכס אנו מסיקים, כי לא היה לו עניין בהשגת היתרה בין ערך הנכס לחיוב (שהיתה שבה אל החייב לאחר ניכוי החוב לנושה); ואם לא היה לו עניין בכך, הרי שלא היה לו עניין בזכות-הפדיון שזו אולי מטרתה העיקרית. עם זאת, גם במקרה זה ניתן עדיין לטעון שלחייב יש אינטרס כלכלי ייחודי או אינטרס שאינו ניתן להערכה בכסף לפדות דווקא את הנכס הוזה⁸⁵.

(3) האפשרות לממש בדרך שאינה מכירה

במשפט האנגלי הנושה רשאי, כיום — מכוח הוראת חוק, לתבוע מימוש Mortgage שלא בדרך של מכירה, אלא בדרך של הגשת תביעה (Foreclosure action) ל"חיסול" זכות-הפדיון ולרכישת הבעלות בנכס בידיו כשהיא "נקייה" מזכות-הפדיון⁸⁶. אצלנו אין החוק מתיר מימוש בדרך זו, אלא אם ניתנה על כך הסכמתו של החייב לאחר המועד לקיום החיוב (סעיף 16(ב) לחוק המשכון). בהעדר הסכמה של החייב, הנושה רשאי לממש את המשכון רק בדרכים הקבועות בחוק (סעיף 17 לחוק המשכון) וכאשר זכויותיו אלה מתיישנות (בהנחה שזה אפשרי), אין עוד לכאורה⁸⁷ בסיס

84 כמו, למשל, באנגליה ובארה"ב. ראה י' ויסמן (לעיל, הערה 3), 259, ליד הערה 12. פרופ' ויסמן מעלה את ההשערה, שניתן לחייב את הנושה לממש מכוח עקרון חוס-הלב בקיום חוים — שם, בעמ' 258, הערה 8. מכך שהמחוקק מתיר פנייה של החייב לבית-המשפט כדי שיורה על מימוש משכון לפני המועד לקיום החיוב (סעיף 21 לחוק המשכון) ניתן אולי להקיש לגבי האפשרות לעשות כן לאחר מועד זה.

85 למשל: קשר אישי מיוחד לנכס או רצון שהנכס יישאר "בתוך המשפחה". ראה M. J. Radin, "Property", 597 *Stanford L. Rev.* (1982) 34. in Personhood. כמו כן השווה סעיף 23(א)(3) לחוק המקרקעין: נזק לבעל המקרקעין שאין בחשולם שווים כדי לפצותו עליו.

86 Fisher & Lightwood's, *supra* note 8. הנכס עובר לבעלות הנושה תמורת החיוב (pactum commissorium). ראה י' ויסמן (לעיל, הערה 3), 312. בארה"ב קיבל המונח Foreclosure משמעות חדשה של מימוש שעבוד בדרך של מכירה. למובן האנגלי המקורי, הרוקני, נתייחד הביטוי "Strict Foreclosure". בארה"ב הולכות ופוחות המדינות בהן קיים מימוש דווקני מעין זה, ואף באנגליה התעז לבטל מימוש דווקני זה לחלוטין ראה: G.E. Osborne, *Mortgages* (St. Paul Minn., 2nd ed., 1970) p. 20 וכן The Law Commission, *Transfer of Land — Land Mortgages*, Law Com. No. 204, §7.27, p. 56.

87 המצב בחוק דנן, אם תיהפך ההלכה שלפיה משכנתא (או משכון) לא מתיישנים לעולם, אינו ברור.

לאחיותו בנכס. עליו להחזירו לחייב ואין טעם לזכות הפדיון. כדי להסיק התיישנות של זכות הפדיון לא די אפוא בכך שמחלוף הזמן נסיק ויתור על הזכות. עלינו להסיק גם הסכמה להוספת דרך מימוש שאינה מנויה בחוק. מסקנה כזאת אפשרית כאשר החייב מעריך את הנכס בשווי נמוך מן החיוב המקורי. ברם, במקרה כזה לא תתעורר בדרך-כלל בעיית התיישנות, כי הנושה לא יחפוץ בדרך המימוש הנוספת⁸⁸. היא אינה נכונה כאשר החייב מעריכו בשווי גבוה יותר. מדוע לחייב כזה לתת לנושה דרך מימוש נוספת וטובה יותר? חייב כזה יבקש להמתין עד שתתיישן זכותו של הנושה לממש על-פי החוק, וככל שיחלוף הזמן בלא שהנושה יממש – כן תגבר תקוותו של החייב ותפחת המוטיבציה שלו להעניק לנושה דרך מימוש נוספת. חייב שרוצה את הנכס "בכל מחיר" אצלו, יוכל להשיגו גם בדרך של השתתפות במכירת הנכס בהוצאה לפועל, כך שהסיכון כי הנושה בכל-זאת יממש את הנכס והחייב יאבד אותו ניתן לצמצום. המסקנה היא אפוא, שאם לא ניתנה הסכמה מפורשת לדרך המימוש, לא ניתן כלל – לפי הכלל הנהוג בשיטתנו – לדבר על ויתור על זכות הפדיון.

4. נימוק ההסתמכות – שינוי מצב הנתבע עקב חלוף הזמן

(א) הרציונל

נימוק זה תולה את ההתיישנות בנוק הנגרם לנתבע כתוצאה מהסתמכותו על אי-המעש המכוון או הבלתי-מכוון של התובע. נימוק זה אמור להקל על חיבובי המצפון של מי שסוברים, כי הסקת ויתור מחלוף הזמן היא "הנחה מפקפקת"⁸⁹: הוא מצדיק התיישנות גם במקרים שבהם תביעתו של התובע היתה ונותרה "טובה" במשך כל תקופת ההתיישנות. ככל שהנתבע חשוף לתביעה במשך פרק-זמן ארוך יותר, כך מתחזקת אצלו הציפייה וההערכה ה"טבעית", שאם לא נתבע עד כה, גם לא ייתבע בעתיד⁹⁰. כאשר עילת התביעה נעוצה בכך שהנתבע מחזיק בנכס של התובע שעליו להשיבו, מתווספת לציפייה זו ההתקשרות הרגשית של הנתבע לנכס והתלות הנפשית והמעשית שהוא מפתח ביכולתו להחזיק בנכס ו/או להשתמש

לכאורה יכול להיווצר מצב-כלאיים, שבו הנושה ממשיך להתחזק בנכס כשומר (ראה ויסמן לעיל, הערה 3, 226) עד למימוש, על-אף שכבר אינו יכול לממשו לא בדרך של מכירה ולא בדרך של רכישת הבעלות בו. אם הדבר הותר בהסכם-המשכון, הנושה רשאי גם להשתמש בנכס ואז מקור החזקתו נעזר בהיתר שניתן בהסכם-המשכון. מצבו של בעל-המשכון המוחזק במקרה זה דומה למצבו של בעל-העכבון רגיל שהתיישנה זכותו לחבוע את החוב, אך לא למצבו של ער"ד שהשתמש בזכות-העכבון הנתונה לו לפי סעיף 88 לחוק לשכת עורכי-הדין ולא הגיש תביעה לתשלום החיוב המובטח תוך שלושה חודשים. במקרה זה אין הוא רשאי עוד להחזיק בנכסים המעוכבים.

88 לצורך הניתוח נניח, כי יש מתאם בין השווי האובייקטיבי של הנכס לבין הנחותיהם של החייב והנושה לגביו. מובן שבהעדר מתאם, הניתוח לגבי כוונת הוויתור הסובייקטיבית של החייב עלול להשתנות ולהסתבך.

89 ראה דברי ההסבר להצעת חוק התיישנות, תשי"ז-1957, ה"ח 280, 283. ראה גם דברי ח"כ ורהפטיג בדיון בקריאה השנייה של החוק בכנסת ד"ב 24 (תשי"ח) 1678.

90 י' גלער (לעיל, הערה 33), 182.

בו. השופט האמריקני הולמס סבר בסוף המאה שעברה, שאין הצדקה טובה יותר להתיישנות מ"אינסטינקט בסיסי" זה של האדם.⁹¹

(ב) שאלת-המפתח

שיקול ההסתמכות פועל בדרך-כלל לרעתו של החייב. אמנם, אף כאן יש מקום להבחין בין סוגים שונים של שיעבודים, אך באופן עקרוני, בטיפוסים העיקריים של שיעבודי נכסים, השיקול פועל לרעת החייב ומכוון לתקופת-התיישנות ארוכה יותר, אולי אף בלתי-מוגבלת, לזכויות הנושה על-פי השיעבוד. הכיצד?

(1) שיעבוד שיש עמו העברת חזקה לנושה

תקופת-ההתיישנות של החיוב המקורי נקבעת מתוך ההנחה, שהחייב מסתמך על הציפייה שאם לא נתבע – לא ייתבע, ומפסיק לשמור "רזרבה"⁹² מתאימה למקרה שייתבע לשלם החוב. ברם, כאשר נפרד החייב מן החזקה או מזכויות אחרות (זכות שימוש או הנאה מפירות עשויה להיות משמעותית יותר מעצם החזקה) ומייחדם לפירעון החוב, פועל עקרון ההסתמכות במהופך. את ה"רזרבה" כבר שריין, וככל שחולף הזמן, כך הקשר שלו ל"רזרבה" מתרופף וכך תקוותו כי היא תשוב אליו קטנה. מנגד פועל העיקרון במלוא עוזו על הנושה, המחזיק בנכס ומפתח ציפייה שהוא יוותר אצלו. ציפייה כזו אפשרית רק בשיטת-משפט המאפשרת לנושה לממש את הנכס בדרך של שמירתו אצלו.⁹³ ציפייה כזו יכולה גם לשמש הנמקה לקביעתו של כלל המאפשר מימוש בדרך זו. במצב דברים זה, ורק בו, לא יוכל חייב להצדיק התיישנות בנימוק ההסתמכות ויש במצב זה כדי להצדיק כלל, לפיו השיעבוד לא מתיישן לעולם.

(2) שיעבוד שיש עמו רישום בלבד של זכות הנושה

כאשר נותרת החזקה בידיו של החייב, הרי ככל שחולף הזמן והנושה אינו מבקש לממש את הנכס, מתפתחת אצל החייב, נוסף על ההנחה הטבעית שמימוש כזה לא ייתבע, גם זיקה "מחודשת" לנכס, ועמה – התרופפות הציפייה לפרידה ממנו. הרישום אמור לכאורה לעמוד כמכשול להתפתחות ציפייה זו, שכן יש בו כדי להוות תזכורת מתמדת לחייב שהחזקתו בנכס מותנית בתשלום החוב. הלכה למעשה זהו מכשול מוגבל, המפריע בדרך-כלל לחייב רק כאשר הוא רוצה למכור את הנכס

91 deepest instinct כהגדרתו. הרברים נאמרו בטקס פתיחת המשכן החדש של בית-הספר למשפט של אוניברסיטת בוסטון, ב" 8.1.1897, ופורסמו ב" O.W. Holmes, "The Path of Law" 10 Harvard L. Rev. (1897) 457, 477.

92 "גלעד (לעיל, הערה 33), 182.

93 ולכן ספק אם יש לו משקל רציני בעיכבון. לגבי ההבדל הנוגע לעניין מימוש משכון בין המשפט האנגלי למשפטנו, ראה לעיל סעיף 3(ד) והערות. מעניין לבדוק את משקלו של טיעון ההסתמכות במקרה הבא: לטובת הנושה נרשמה הערת-אזהרה בגין דירה שרכש. הנושה לא תבע את רישום הבעלות בדירה על שמו במשך תקופת-ההתיישנות. אם ניוקק לשאלה האם ראוי שנאפשר למחוק את ההערה, או לשאלה האם לרשום עסקה סותרת לאחר תקופת-ההתיישנות - הרי שאינטואיטיבית יהיה קשה יותר לעשות זאת אם הנושה מחזיק בדירה.

או לשעבדו שיעבוד נוסף⁹⁴. מבחינת נימוק ההסתמכות, הרישום, בניגוד למסירת החזקה, אינו יכול אפוא להיות עילה מספקת להסדר השולל התיישנות זכויותיו של הנושה על-פי השיעבוד. לכל היותר הרישום יכול להצדיק הארכת-מה של תקופת-ההתיישנות של הזכות על-פי השיעבוד.

(3) הצטברות ריבית

כאשר החוב נושא ריבית, וכיחוד כאשר הריבית מצטרפת לקרן, עשויה התמהמהותו של הנושה במימוש השיעבוד לגרור צמיחה עצומה של החוב. צמיחה זו מנוגדת לציפיות הנוצרות אצל החייב כתוצאה מהשהיית התביעה. יתירה מזאת: כפי שהחייב מפתח ציפייה טבעית שהחוב לא ייתבע, כך הוא מפתח ציפייה טבעית שהחוב לא יתפח לממדי-ענק. התופעה של חייבים העומדים נדהמים מול חוב, שתפח לממדים עצומים בשל הריבית, היא חזון נפרץ. משום-כך, הגם שלא רק משום-כך, יש שיטות הקובעות תקופת-התיישנות קצרה ונפרדת לריבית⁹⁵.

(ג) זכויות הנושה כלפי צד שלישי

עקרונות שתוארו לעיל לגבי משמעות החזקה והרישום נכונים גם לגבי מערכת-היחסים בין הנושה לצדדים שלישיים. השוני הוא בסיטואציות, שניתן לחלקן לקטגוריות הבאות:

(1) נושה המחזיק בנכס המשועבד

הימצאות החזקה בידיו של הנושה פועלת גם ליצירת ציפייה אצל הנושה שהנכס ייוותר אצלו וגם ליצירת ציפייה הפוכה אצל הצד השלישי. במקרה זה מוצדק הסדר שלפיו לא תתיישן העדיפות של הנושה המחזיק.

(2) צד שלישי נחות מחזיק בנכס

במקרה זה מתפתחת אצלו הציפייה שהנושה לא יממש את עדיפותו, אף אם זכותו של הנושה העדיף רשומה, ומוצדק הסדר-התיישנות רגיל של זכותו של הנושה העדיף.

(3) הנכס מוחזק בידי החייב

במקרה זה הצד השלישי, הנחות, יפתח ציפייה לא על-סמך החזקה אלא רק על-סמך מעבר הזמן ולכן אין הצדקה להסדר-התיישנות מיוחד.

(ד) זכות-הפדיון

נימוק ההסתמכות פועל לטובתו של הנושה המחזיק בנכס, גם בכל הנוגע לזכות-

94 לעיל, הערה 62 והטקסט שלידה.

95 ראה באנגליה L.A. 1980 s. 20(5).

הפדיון. כאשר הנושה מחזיק, התעצמות ציפיותו הטבעית שהנכס ייוותר אצלו עומדת ביחס ישר להיחלשות זיקתו של החייב לנכס. נימוק ההסתמכות מצדיק אפוא הסדר, שלפיו זכות הפדיון תתיישן, בעוד שזכויות הנושה לא תתיישנה לעולם.

5. שיקולי תקנת הציבור

(א) כללי

השיקולים שנותחו עד כה עניינם מערכת היחסים בין הצדדים לעסקת השיעבוד (חייב, נושה, צד שלישי). נוסף על שיקולים "פרטיים" אלה ניתן להבחין בטעמים נוספים, שמקורם בתקנת הציבור למוסד ההתיישנות בכלל, ולהסדרתה של התיישנות שיעבודים, בפרט. נמנה עתה את השיקולים ה"ציבוריים", תוך בחינת השפעתם על פתרון כל אחת משלוש השאלות שהצגנו.

(ב) התעסקות בתי-המשפט בתביעות "חלודות"

כפי שהחשיפה לתביעה ישנה מערימה קשיים ראייתיים על הנתבע, כך עלולה חשיפה כזאת להקשות על כושר השיפוט של בתי-משפט ורשויות מעין-שיפוטיות האמורות לאכוף את זכותו של התובע. הסכנה אינה מתמצה רק בפגיעה ביעילות של טחנות-הצדק, אלא גם בפגיעה בתרמית⁹⁶. שיקול זה מחייב פתרון של התיישנות לגבי כל אחת מן הזכויות שנוצרות עקב השיעבוד ואשר אכיפתן טעונה הליך שיפוטי או מעין-שיפוטי⁹⁷. אין הוא מחייב התיישנות לגבי זכויות שלגביהן שמורה זכות למימוש עצמי (Self-Help) בידי של הזכאי, בלא שייזקק לסיוע של גוף שיפוטי או מעין-שיפוטי⁹⁸.

(ג) יציבות, סטטוס-קוו ותכנון מהלכי העתיד

ההתחשבות במערכת-הציפיות של הצדדים השונים לשיעבוד – כפי שהיא מתבטאת בשיקול ה"הסתמכות" – אינה נובעת רק מהרצון לייצב פתרון של הגינות בין הצדדים לשיעבוד, אלא גם מאינטרס ציבורי כללי יותר לייצב סטטוס-קוו שיאפשר לכל מסתמך פוטנציאלי⁹⁹ לתכנן את מהלכיו העתידיים, מבלי לחשוש לזעזועים בחזות הזכויות שעל בסיסן הוא מתכנן¹⁰⁰. יתר על כן: העניין הציבורי שיש באכיפת זכויות מהותיות פוחת עם הזמן, כך שלא נותר אינטרס ציבורי ממשי

96 ראה Harvard, *supra* note 29, at p. 1185; וכן, י. גלעד (לעיל, הערה 33), 183.

97 גוף-מעין שיפוטי, לרבות ההוצאה-לפועל (במקרה של מימוש משכון) או רשם-המקרקעין (רישום עסקה סותרת להצעת-אזהרה).

98 כגון משכון המופקד בידי מוסד בנקאי, הניתן למימוש לפי סעיף 17(3) לחוק המשכון וכן מימוש זכות שיש לחייב כלפי אדם אחר בידי הנושה – סעיף 20 לחוק המשכון. אפשרות אחרת יכולה להיות דרך מימוש שהוסכם עליה לפי סעיף 16(ב) לחוק המשכון. גם הפעלת עיכבון אינה טענה החלטה שיפוטית.

99 קשת המסתמכים הפוטנציאליים עשויה להיות רחבה ביותר: רוכשים פוטנציאליים, משקיעים ובעלי-מניות (תשקיף), רשויות-מס (דו"חות כספיים) ועוד.

100 ראה דברי ההסבר להצעת החוק (לעיל, הערה 89) 283: "קצב החיים וגו'".

שיעמוד כנגד אינטרס הציפיות והוודאות¹⁰¹. שיקול זה מחייב פתרון של התיישנות לגבי כל מערכת מתנגשת של זכויות וחובות, ובלבד שהסדר ההתיישנות לא יפגע בסטטוס-קוו שנוצר עם הזמן. במקרה דנן הוא מוביל לפתרונות שהוצגו בניתוח ה"פרטי" של שיקול ההסתמכות.

(ד) הרישום

כבר הובהר, שישנם שיעבודים שתוקפם מותנה ברישום. מטרת הרישום היא להכריז על קיומו של השיעבוד והזכויות הנובעות ממנו כלפי כולי עלמא, ובדרך-כלל הוא מתיימר להיות קונקלוסיבי – בעל ערך חלוט לגבי תוכנו¹⁰². הכרה בטענת התיישנותה של הזכות הרשומה עלולה לפגוע באמינות המירשם ובחזות הקונקלוסיבית שלו, שכן הזכות הרשומה לא תשקף את מצב הזכויות בפועל. משום-כך קיים אינטרס ציבורי לצמצם את השתרעותה של טענת ההתיישנות לגבי זכויות רשומות במירשם. העיקרון של טוהר המירשם מחייב גם כי תמיד ניתן יהיה למחוק מן המירשם זכות שאינה קיימת, ומכאן שהזכות למחוק מן המירשם שיעבוד שפקע לא צריכה להתיישן¹⁰³.

(ה) התיישנות השיעבוד – האינטרס הכלכלי

רציונל כלכלי העומד מאחורי עסקת-שיעבוד הוא שבאמצעות השיעבוד מופחת הסיכון שהנושה המובטח נוטל על עצמו, וכתוצאה מכך הריבית שיגבה מן החייב תזול. הוזלה זו עשויה להקטין את סיכויי חדלות-הפירעון של החייב ומכאן שהיא מיטיבה עם נושים אחרים. מכאן ההצדקה לעדיפות הניתנת לנושה המובטח על-פני נושים אחרים¹⁰⁴. הסדר שלפיו זכות הנושה לא תתיישן עשוי להיות זול יותר לחייב, שכן הסיכון של התיישנות נחסך מן הנושה. עם זאת, כלל של אי-התיישנות עשוי להקשות על יכולתו של החייב לעשות דיספוזיציות בנכס, וזאת לזמן בלתי-מוגבל – דבר שיצמצם את יכולתו לגייס אשראי נוסף (ואולי זול יותר) לאורך זמן¹⁰⁵. בציר-הזמן קיימת נקודה שבה ההוזלה השולית בריבית עקב הארכת תקופת-ההתיישנות תהיה קטנה ומועילה פחות מהיתרונות שיינתנו לחייב עקב שחרור הנכס מכבלי השיעבוד שהתיישן. בנקודה זו השיעבוד צריך להתיישן.

6. קווים להסדר ראוי

(א) כללי

ניתוחם של טעמי ההתיישנות השונים הוליד תשובות מגוונות לשאלות שהצגנו

101 י' גלעד (לעיל, הערה 33), 183.

102 ראה סעיף 125(א) לחוק המקרקעין; סעיף 4(3) לחוק המשכון.

103 השווה ע"א 217/86 (לעיל, הערה 19), 7863.

104 Jackson & Kronman, "Secured Financing and Priorities Among Creditors" 88 *Yale L.J.*

1143, pp.1149 ff. (1978).

105 Harvard, *supra* note 25, at p.1248.

בפרק הראשון. חלק מן התשובות עשויות להתיישב זו עם זו. כך, למשל, כאשר הנושה מחזיק בנכס המשועבד, מכוונים גם שיקול הוויתור וגם שיקול ההסתמכות לפתרון שלפיו זכות הנושה לא תתיישן. חלק מן התשובות אינן מתיישבות זו עם זו. כך, למשל, האינטרס של טוהר המרשם, השולל הסדר של התיישנות זכות רשומה, סותר את האפשרות העולה מניתוח כל שאר הרציונלים להתיישנות – שלפיה גם זכות רשומה צריכה להתיישן. חלק מן התשובות מחייבות הסדר שונה לשיעבודים של סוגי נכסים שונים – עובדה העלולה להפוך את החוק למסובך מדי. כך, למשל, נימוק הוויתור מוביל למסקנה ששיעבוד נכסים, הקלים יותר למימוש, יתיישן לפני שיעבוד נכסים שקשה יותר לממשם. הסדר שיבקש להיות עקבי עם מסקנה זו יצטרך להסתמך על מחקר אמפירי שיעקוב אחר קלות מימושם של נכסים. האם קל יותר לממש דירה מאשר פטנט? האם קל יותר לממש דירה שבה גר הבעלים מאשר דירה שבה גר שוכר? האם קל יותר לממש דירה שטרם נרשמה במירשם מאשר דירה שנרשמה כיחידה נפרדת? האם קל יותר לממש מיטלטלין מאשר זכויות? בטרם נעצב הסדר חקיקתי, יהיה עלינו להכריע בשאלה שבה מתחבט כל מחוקק – עד כמה לפרט את ההסדר. האם לעצב הסדר מפורט ומדויק, אך מסורבל ומסובך, או הסדר פשוט אך כללי מדי.

(ב) ההסדר המוצע

שקלול הטעמים השונים להתיישנות ותכונותיו המיוחדות של השיעבוד (חפציות, אקצסוריות) מוביל – לדעתי – להסדר המוצע המפורט להלן:

(1) משך התקופה

תקופת-ההתיישנות של זכויות הנושה על-פי השיעבוד צריכה להיות ארוכה יותר מזכויותיו לתבוע את החיוב המקורי. אין מקום להאריך את תקופת-ההתיישנות של החיוב המקורי עקב השיעבוד, אלא אם-כן השיעבוד נוצר לאחר המועד לקיום החיוב ויש בו כדי הודאה בקיום החיוב. במקרה זה מוצדק לקבוע, כי מועד תחילתו של מירון ההתיישנות של החיוב המקורי יתחיל במועד של יצירת השיעבוד. ההסדר הנהוג כמשפט הצרפתי¹⁰⁶ לגבי זהות בהתיישנות השיעבוד והחיוב המקורי מוצדק רק לגבי הערבות, אם ניתן לממשה במקביל לחיוב העיקרי ולגבי השיעבוד ההסכמי. למסקנה זו ניתן להגיע על-סמך כל השיקולים, למעט השיקול הראייתי. תקופת-ההתיישנות צריכה להיות סופית ולא בלתי-מוגבלת. עניין זה נובע מעקרון הוודאות. במקרה של נושה מחזיק יש ליצור מנגנון שלפיו חלוף תקופת-ההתיישנות יוביל אוטומטית לרכישת הזכויות בנכס על-ידי הנושה. ניתן להשיג זאת על-ידי קביעת התיישנות מהותית לזכות הפדיון. למנגנון זה צריכה להתלוות זכות שתנתן לחייב, לפיה יוכל לאלץ את הנושה לממש את הנכס בדרך של מכירה במהלך תקופת-ההתיישנות. מנגנון זה ימנע תוצאה בלתי-צודקת, לפיה יזכה הנושה בנכס ששוויו גבוה מן החיוב המקורי. כשמדובר בזכות רשומה, לא תיפגע אמינות

106 ראה לעיל, הערה 49.

המרשם אם תיקבע תקופת-גג כללית לחייה של הזכות הרשומה. אפשר שצריך לקבוע תקופות שונות בהתאם לאופי הנכס (מקרקעין, מיטלטלין), תקופת-החיים של ההלוואה או סוג השיעבוד (רשום או מופקד, עיכוב או משכון). אין הצדקה להסדר שלפיו השיעבוד לא יתיישן לעולם או להסדר שלפיו ההתיישנות תיקבע בכל מקרה על-ידי בית-המשפט. הראשון אינו מוצדק מבחינתם של טעמי ההתיישנות (לגבי חזקה ראה לעיל). השני אינו ודאי ופותח פתח לשרירות ולחוסר-אחידות. תקופת-ההתיישנות של השיעבוד תתחיל ביום שבו ניתן יהיה לתבוע את הזכות או לממשה על-פי השיעבוד (כפי שמתחייב משיקול הויתור) והיא תחול גם על תביעות "טובות". אמנם, הסדר זה חורג ממה שמצדיק השיקול הראייתי, אך הוא עדיין מתחשב בקשייו הראייתיים של החייב. כל מה שנאמר לגבי זכויות הנושה כלפי החייב יתפוש גם כלפי צדדים שלישיים, משום שלמעט מקרים חריגים אחדים, אין הצדקה להסדר מיוחד.

(2) סוג ההתיישנות

כללי התיישנות החיוב המקורי אינם צריכים להשתנות כתוצאה מקיומו של שיעבוד. חלוף הזמן מעיד על זניחת הזכות לתבוע בבית-משפט את קיום החיוב המקורי ולא על זניחת הזכות לממשו בדרכים אחרות, ולכן החיוב המקורי יתיישן התיישנות דיונית בלבד. התיישנות מהותית של החיוב המקורי תוביל לפגיעה סימולטנית של השיעבוד, ותוצאה זו אינה מוצדקת בדרך-כלל. כללי ההתיישנות של השיעבוד צריכים להיות מהותיים בשל הביטוי החיצוני שיש לשיעבוד, בין בדרך של רישום ובין בדרך של החזקה, ובשל המשמעות שיש לביטוי זה על ציפיותיהם וזכויותיהם של צדדים שלישיים. התיישנות הזכות הרשומה צריכה להפקיע את השיעבוד כך שניתן יהיה למחוק את הרישום. התיישנות זכות-הפדיון צריכה להיות מהותית כדי שהמצג שהחזקת הנושה יוצרת בנכס לא ימשיך להיות מצג פגום. ההתיישנות תחול גם על זכויות שהנושה יכול לממשן בדרך של Self-Help¹⁰⁷ שכן השיקולים הדומיננטיים של הסתמכות וויתור רלבנטיים גם לסיטואציה כזו.

ג. המשפט הישראלי – הדין המצוי, פרשנותו, הצעות לתיקונו

1. כללי

בפרקים הקודמים הרשינו לעצמנו לנתח את סוגיית התיישנותם של שיעבדים במנותק ממגבלות היסטוריות וחקיקתיות, תוך ניסיון להתחשב בלא פניות בכל שיקול רלבנטי. פריבילגיה כזאת לא ניתנה למחוקק הישראלי בעת שחוקק את חוק ההתיישנות, תשי"ח-1958 בכלל, ואת סעיף 20 בו, כפרט. כאשר ביקש המחוקק להסדיר את הסוגייה של התיישנות השיעבדים היה עליו לתת את הדעת למשפט שכבר נהג ערב חקיקת החוק, למידת שביעות-הרצון שעורר ולסכנה הגלומה בביצוע

107 ראה לעיל, הערה 98.

שינויים מרחיקי-לכת. בהעדר מסורת יוריספרודנטית, היה עליו להתמודד עם דגמים שונים של פתרונות בשיטות זרות¹⁰⁸. כמובן עמדה לו לרועץ העובדה כי חוק ההתיישנות נחקק בטרם הושלמה הקודיפיקציה החדשה בנושא שיעבודים (חוק המשכון, חוק הערבות) ומקרקעין (חוק המקרקעין). התוצאה היא הסדר לא-מקיף, עם טלאי תיקון מאוחרים, המותיר פרצות לפרשן. לפסיקה הישראלית שלאחר חוק ההתיישנות טרם נקרתה הזדמנות לחזור מבעד לפרצות אלה. משום-כך נראה את עצמנו חופשיים להמליץ לבתי-המשפט, כי ככל שהדבר מתיישב עם פרשנות סבירה של החוק החרות, יאומצו מסקנות שאליהן הגענו בפרקים הקודמים ותוך כך ייהפכו לחלק מן הדין המצוי.

2. האם שיעבוד מתיישן?

(א) מקורות שונים לתשובה

ההוראה היחידה המתייחסת באופן ישיר לשאלת התיישנותו של השיעבוד היא הוראת סעיף 20 לחוק ההתיישנות. היקף תחולתה של הוראה זו טרם נדון בפסיקה. מלשונה עולה, כי היא חלה על "נושה שיש לו על חובו ערבון"¹⁰⁹, משכנתא, משכון או שיעבוד כיוצא באלה". המשותף לכל אלה הוא, כי הם שיעבודי נכסים שיש עמם זכות להיפרע מן הנכס. מכנה משותף זה אינו שולל את תחולת הסעיף אף על משכון הסכמי גרידא. הוא שולל את תחולתו על הערבות, שהיא שיעבוד אישי. ואכן, המחוקק התייחס בנפרד לסוגייה של התיישנות הערבות בסעיף 7(ב) לחוק הערבות, תשכ"ז-1967. הסעיף אף אינו מתייחס ישירות לשיעבודים, שאין עמם זכות להיפרע מן הנכס (עייכבון) ולפיכך מתעוררת השאלה, האם יש להחילו על שיעבודים אלה בדרך של היקש או שמא חל עליהם דין אחר. תחולת הסעיף על משכנתאות¹¹⁰ מסוייגת בדין המיוחד שחל על משכנתאות בין מכות חוק המקרקעין (סעיף 159(ב)) ובין מכוח הדין העות'מני, שעדיין חל על חלק מן המשכנתאות, אם חוק ההתיישנות לא פגם בו (סעיף 27 לחוק ההתיישנות). נקדים ונאמר, כי המחוקק אינו מבחין בין זכויותיו של הנושה כלפי החייב לבין זכויותיו כלפי צדדים שלישיים. גישה עקרונית זו בדרך-כלל מקובלת עלינו.

(ב) סעיף 20 ותפישת ההתיישנות הדיונית

תפישת ההתיישנות העומדת מאחורי חוק ההתיישנות היא תפישה "דיונית". על-פי

108 בעניין זה קיימים הבדלים רבים לא רק בין המשפט האנגלי למשפט הקונטיננטלי, אלא גם בין הדגם הגרמני (ראה להלן, הערה 130) לדגם הצרפתי (ראה לעיל, הערה 49). חלק מן המשפטנים שסייעו בחקיקת החוק הראו זיקה למשפט הגרמני, ובעניין דגן התיישבה זיקה זו עם הרצון שלא לזעזע את הדין העות'מני הנוהג. במקביל נטו אחדים לינוק דווקא מן המשפט העברי. ראה, למשל, דברי ח"כ זרח ורדהפטיג בבנסת ד"כ 24 (תשי"ח) 1677 ואילך.

109 העירבון הוא בטוחה נכסית (הפקדת כספים, ערבות בנקאית) המופקדת ביד רשות להבטחת חיוב של המפקיד. ראה, למשל, עירבון להבטחת הוצאות המשיב בערעור ועירבון של המבקש צו עיכוב יציאה מן הארץ — תקנות 380, 428 ו-429 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984.

110 בשינויים המחזיקים השאלה מתעוררת גם לגבי הערת-אזהרה.

חוק זה, ההתיישנות היא רק מחסום בפני תביעה ואינה מפקיעה את הזכות או החיוב שעליהם מבוססת עילת התביעה. זכות/חיוב אלה ממשיכים להתקיים כ"חיוב טבעי"/"זכות טבעית" אשר גם אם לא ניתן לתבוע את אכיפתו, ניתן להחיותו או במידת האפשר – לממשו בדרכים אחרות. התשובה הראשונית של סעיף 20 לשאלת-המפתח היא זו המתחייבת מאופיה הדיוני של ההתיישנות על-פי החוק: הואיל והתיישנות החיוב המקורי אינה מפקיעה אותו, אין התיישנותו של החיוב המקורי גוררת מיניה-יוביה פקיעה של השיעבוד.

אילו הסתפק סעיף 20 בקביעה נגטיבית זו, הרי שלא היינו יכולים למצוא בו את התשובה לשאלה, האם השיעבוד מתישן. היה עלינו לחפש, בין בחוק ההתיישנות ובין מחוצה לו, מקורות לדין ההתיישנות החל על השיעבוד. אפשר אף שהיינו מבקשים ללמוד בדרך של היקש מהתיישנות החיוב להתיישנות השיעבוד. הדבר שמנועים היינו לעשותו הוא להסיק מעצם התיישנות החיוב את התיישנותו של השיעבוד, הא ותו לא. ברם, האם הסתפק מחוקק סעיף 20 במסר מינימליסטי זה?

(ג) לשונו של סעיף 20 – גישה מקסימליסטית וגישה מינימליסטית

קריאת סעיף 20 כפשוטו עשויה לתמוך בהנחה שהמחוקק ביקש לומר בו דבר-מה, לא רק על היחס בין השיעבוד לחיוב, אלא גם על דין-ההתיישנות של השיעבוד עצמו. נביא תחילה את לשון הסעיף:

נושה שיש לו על חובו ערבון, משכנתה, משכון או שיעבוד כיצא
באלה, אין בהתיישנות כדי לפגוע בזכותו ליפרע מן השיעבוד
(הדגשה שלי – ח' ז')

אילו אחרי התיבה "אין בהתיישנות" נוספה המלה "החוב" או "חובו", ניתן היה לאמץ את הפרשנות המינימליסטית של הסעיף; קרי: הסעיף לא דן כלל בהתיישנות השיעבוד, אלא רק שולל קשר אוטומטי בין התיישנות החיוב להתיישנות השיעבוד. ברם, בהיעדרה של תוספת זו¹¹¹ ניתן לקרוא מן הסעיף מסר רחב הרבה יותר, שלפיו זכותו של נושה להיפרע מן השיעבוד אינה מתישנת לעולם. פרשנות מקסימליסטית זו אינה מתישבת כלל עם ההסדר שהציעו על-סמך ניתוח השיקולים הנוגעים לעניין. אולם כאן אנו עוסקים בתיאור המשפט הנוהג ופרשנותו. לשם כך עלינו לבלוש אחר תכלית החוק מעבר לאופק לשונו...¹¹².

(ד) היסטוריה חקיקתית

מקור נוסף לבירור תכלית החוק הוא ההיסטוריה החקיקתית שלו, כפי שהיא משתקפת בדברי ההסבר להצעת החוק ובדברי המחוקקים בכנסת. עיון במקורות היסטוריים אלה מגיב את התחושה, שהפרשנות שעמדה לעיני-רוחם של המחוקקים כפרשנות "טבעית" וברורה מאליה, שאין בלתה, היא הפרשנות המקסימליסטית.

111 הנוסח בהצעת החוק היה זהה בעניין זה לנוסח החוק – ראה הצ"ח (תשי"ז) 280. בדיון במליאת-הכנסת לא היתה התייחסות לעניין זה.

112 א' ברק, שיקול דעת שיפוטי (תשמ"ז) 343, 351.

המסקנה גובעת בעמימות-מה מדברי ההסבר להצעת החוק, שאף הם ניתנים לפרשנות דואלית, מקסימליסטית ומינימליסטית¹¹³:

סעיף 20 מאפשר לבעל חוב שבידו מצוי משכון או שיעבוד אחר על חובו להיפרע ממשכון זה אף אם עברה תקופת ההתיישנות, הואיל ועצם הזכות, כאמור לעיל, לא בטלה אף לאחר עבור תקופת ההתיישנות (ההדגשה שלי – ח' ז').

כפי שהוסבר לעיל, ההנמקה המובאת בסיפא של הקטע המצוטט אינה מחייבת אלא את הפרשנות המינימליסטית. עם זאת, התחושה היא, כי מנסח ההנמקה לא העלה כלל על דעתו שהזכות להיפרע מן השיעבוד תתיישן. ייתכן – וזוהי השערה בלבד – כי אחת הסיבות לכך נעוצה בכך שהדגם שעמד לנגד עיניו היה הדגם של שיעבוד אשר יש עמו מסירת החזקה (כפי שניתן לנחש מן השימוש במלה "בידו"). דברי יושב-ראש ועדת-החוקה חוק ומשפט בקריאה השנייה בכנסת מחזקים תחושה זו. בהערה לקונית על פועלו של הסעיף הוא אומר¹¹⁴:

על-ידי זה אנחנו מצמצמים את שטח תחולת טענת ההתיישנות.

אם מצמצמים את שטח תחולת טענת ההתיישנות, משמע שזו אינה חלה כלל; שהרי הצמצום הנובע מכך שהיא דיונית כבר נקבע בסעיף 2 סיפא לחוק ההתיישנות. המסקנה שאליה הגענו נתמכת על-ידי הדמיון הרב שבין הוראת סעיף 20 להוראת סעיף 223 לקודקס הגרמני (B.G.B.)¹¹⁵, אשר, ככל הנראה, שימשה מודל שממנו נשאבה הוראת סעיף 20¹¹⁶. ההוראה הגרמנית מכוונת, ללא צל של ספק, לפרשנות המקסימליסטית. יתר על כן: לעיניהם של המחוקקים עמדה ההלכה שהיתה קיימת ערב חקיקת החוק, שלפיה משכנתא לעולם אינה מתיישנת¹¹⁷. חזקה על המחוקקים שלא ביקשו לחולל מהפכה כה משמעותית בתחום חשוב זה מבלי שינסו להסבירה. המסקנה העולה מניתוח זה היא, שהפירוש אשר ישקף את כוונתו של המחוקק ההיסטורי הוא זה המקסימליסטי¹¹⁸.

(ה) ההלכה הפסוקה

בתי-המשפט טרם נזקקו להכריע בסוגיית פרשנותו של סעיף 20. פסק-הדין היחיד שפורסם ואשר היתה בו איזושהי התמודדות עם השאלה ניתן בתיק הוצאה-לפועל (ת"א) 162/84 שוגרמן נ' אשראי בע"מ בנק אשראי חברה הדדית בע"מ¹¹⁹.

113 לעיל, הערה 111, 285.

114 דברי ח"כ ברוך ארזי, ד"כ 24 (תשי"ח) 1617.

115 57 (The Civil Code of the German Empire (Translated by W. Loewy, Boston 1909).

116 כך סבור גם פרופ' ויסמן (לעיל, הערה 3), 300, הערה 23.

117 ראה לעיל, הערה 25.

118 יצוין, כי זו גם התרשמותו של פרופ' ויסמן מלשון הסעיף – "ויסמן (לעיל, הערה 3) 258, 299, הערה 8.

119 פס"מ תשמ"ז(ג) 316. בתיק זה לא היה כל צורך להיזקק לסעיף 20 לחוק. הזכאי בתיק ביקש לממש בשנת 1984 שטר-משכנתא משנת 1936. החייב טען, כטענה מקדמית, שהשטר התיישן ולכן לא ניתן עוד לממש את המקרקעין הממושכנים. הרשמת דחתה את טענת ההתיישנות תוך התבססות על הדין

בפסק-הדין, שאין לו כל ערך תקדימי מחייב, אומצה בהערת-אגב גרידא הגישה המקסימליסטית, לאמור:

עקרון זה קבוע בחוק באופן פוזיטיבי בסעיף 20 לחוק המשכון, ולפיו נושה שיש לו משכנתא, אין בהתיישנות כדי לפגוע בזכותו להיפרע מן השיעבוד ... הן לפי הדין הקודם והן לפי החוק היום (סעיף 20 לחוק המשכון), לא חלה תקופת התיישנות על זכות ע"פ שטר משכנתא במקרקעין¹²⁰.

(ו) האם ניתן ורצוי לאמץ את הפרשנות המינימליסטית?

מטרת הפרשנות היא להעניק לטקסט את המשמעות שתגשים את תכליתו¹²¹. אף כי הפשט של לשון סעיף 20 מכוון לפרשנות המקסימליסטית, הרי שלשון הסעיף יכולה לסבול גם את הפרשנות המינימליסטית, מבלי שיהא זה גזירת הכתוב. יתר על כן: אף כי ישנם סימנים לכך שהפרשנות המקסימליסטית משקפת טוב יותר את הכוונה הסובייקטיבית של אלו שחוקקו את החוק, ספק אם היא מתיישבת עם המטרות שניסחו הסעצמם לחוק שיצא תחת ידם. הנה כי כן, דברי ההסבר להצעת החוק מציינים שני נימוקים העומדים מאחורי רעיון ההתיישנות¹²²: האחד, שכונה על-ידינו "הנימוק הראייתי". השני, הנימוק ה"ציבורי" שכינינו אותו נימוק היציבות, סטטוס-קוו ותכנון מהלכי העתיד¹²³. כפי שעולה מניתוחנו בפרק השני, שני הנימוקים מצדיקים פתרון שלפיו הן הזכות להיפרע מן השיעבוד והן זכויות אחרות הנובעות מן השיעבוד תתיישנה. לכך יש להוסיף נימוקים נוספים, כמו נימוק הווייתור, שאמנם הצעת החוק פוסלת אותו¹²⁴, אך הוא מופיע תדיר בהנמקותיהם של בתי-המשפט. הפרשנות המינימליסטית היא, אפוא, הפרשנות שתתיישב טוב יותר עם מטרות החקיקה בפרט ועם שיקולי המדיניות השונים העומדים מאחורי מוסד ההתיישנות בכלל.

(ז) שיעבוד נכסים שאין עמו זכות להיפרע מן הנכס

סעיף 20 אינו מתיימר לחול על שיעבודים מעין אלה. מניתוח טעמי ההתיישנות בפרק הקודם, עולה המסקנה כי דין שיעבודים אלה אינו שונה מדין שיעבוד שיש עמו זכות להיפרע מן הנכס, אלא-אם-כן נקבע בחוק מנגנון שלפיו תוקף השיעבוד

שחל על התיישנות משכנתאות לפני חוק ההתיישנות. לטענתה, דין זה ממשיך לחול על המשכנתא דנן מכוח הוראות סעיפים 29(ג) ו-ד' לחוק ההתיישנות, שלפיהם תביעה שלא נתיישנה לפני תחילתו של החוק, יחולו עליה הוראות החוק, ובלבד שתקופת-ההתיישנות לא תקצר מכפי שהיתה נתונה לפני תחילת החוק. אם לפני תחילת החוק לא היתה התיישנות, אין החוק יכול לקצר תקופה בלתי-מוגבלת זו.

120 שם, בעמ' 319 א-ג.

121 א' ברק (לעיל, הערה 112), 343.

122 הצ"ח (לעיל, הערה 111), 283.

123 ראה לעיל, סעיף ב' 5(ג).

124 ראה לעיל, הערה 122.

מותנה בהגשת תביעה לקיום החיוב המקורי¹²⁵. נכון, אפוא, לאמץ את סעיף 20 על פרשנותו המינימליסטית בדרך ההיקש.

(ח) ערבות

סעיף 7(ב) לחוק הערבות קובע חד-משמעית, כי התיישנותה של תביעת הנושה נגד החייב היא "מועד הגג" להתיישנות תביעתו כנגד הערב. לפי שיטתנו, שבה היה קל מאוד לתבוע את הערב ובדרך-כלל נעשה הדבר יחד עם החייב, הסדר כזה הוא מוצדק. נוכח הוספת סעיף 17 לחוק הערבות¹²⁶ נראה, שמועד תחילתו של מירון התיישנות נגד הערב יתאחר למועד שבו יוכל נושה להגיש תביעה לפי תנאי סעיף 17, אך במקרה שתתיישן התביעה נגד החייב העיקרי, יוסיף לחול הכלל של סעיף 7(ב). אם נגיע למסקנה כי תקופת ההתיישנות של השיעבוד היא ארוכה יותר, תיווצר אפוא בעיה כאשר הערב הוא אדם שמשכן נכס כערוכה לחיובו של אדם אחר. אדם כזה יהא דינו "כדין מי שערב אותו חיוב" (סעיף 12 לחוק המשכון). איזה "כובע" יחבוש לצורך התיישנות? האם יזכה בתקופה הקצרה כערב¹²⁷ או שמא יושם הדגש על האופי החפצי של הבטוחה?¹²⁸

(ט) משכנתא במקרקעין מוסדרים

סעיף 159(ב) לחוק המקרקעין שולל טענת התיישנות לגבי תביעה לקיום זכות במקרקעין מוסדרים. אכן, משכנתא היא "זכות במקרקעין", ונשאלת השאלה: האם תביעת מימוש המשכנתא היא תביעה לקיום הזכות? בשלב זה נתעלם מן השאלה האם תחול ההגבלה גם על מקרים שבהם אין צורך לפנות לבית-משפט לשם מימוש המשכנתא. נתמקד בשאלה, האם הגשת תביעת מימוש לבית-המשפט – דבר שניתן לביצוע לפי סעיף 90 לחוק המקרקעין¹²⁹ – היא תביעה לקיום הזכות. הטעם היחיד שמצדיק אי-התיישנות של תביעה, כאמור, הוא הטעם ה"ציבורי" של טוהר המירשם. אולם חוק המקרקעין עצמו אינו עקבי בשמירתו על טוהר המירשם, כפי שעולה מהכרתו ברכישתה של זיקת-הנאה מכוח שנים (סעיף 94). הסדר שלפיו חייב יהא רשאי לדרוש את מחיקת המשכנתא (ולא פריגה) לאחר שנים שהיתה זכות לממשה אך לא מומשה, וכלבר שהנושה אינו מחזיק במקרקעין – בהחלט היה הסדר צודק. אולם הסדר כזה אינו בנמצא. שאלת תחולתו של סעיף 159(ב) עשויה לשמש נושא לחיבור נפרד. אנו נסתפק בהבהרה, כי האפשרות היחידה למנוע תוצאה של נצחיות המשכנתא היא לפרש את המונח קיום זכות באופן מצמצם¹³⁰. אם סעיף 159(ב) לא חל על תביעת מימוש – שאלה היא,

125 ראה לעיל, הערה 77.

126 ראה לעיל, הערה 73.

127 חמיכה בלתי-מחייבת באפשרות כזו ניתן להקיש מדברי ב"ב השופט ד' לוי ב"א 664/89 בריח ג' בג"צ אוצר החייל בע"מ, פ"ד מה (4) 783, 789.

128 חמיכה קלושה באפשרות זו ניתן לשאוב מע"א 706/74 יראוני ג' הלוואה וחשכון ירושלים, אגודה הנדית בע"מ ואח', פ"ד כט (2) 365.

129 וכן ראה המ' (תל-אביב) 18/86 ראשון עליית בע"מ ג' צור חברה לביטוח בע"מ, פס"מ חשמ"ז (ג) 408, 2414.

130 אפשרות אחת, שיש קושי ביישובה עם לשון הסעיף, היא לטעון כי הסעיף מתייחס רק לתביעה לרכישת 671

האם סעיף 5(2) לחוק ההתיישנות, הקובע תקופת התיישנות של 15 שנה, יחול על תביעה ב"מקרקעין"?

3. תקופת ההתיישנות של השיעבוד

(א) הבעיה

הפרשנות המינימליסטית של סעיף 20 מותירה אותנו ללא תשובה לגבי פרק-הזמן שבו תתיישנה זכויות הנושה על-פי השיעבוד. היא אינה שוללת את האפשרות שזכויות אלה תתיישנה, אם נמצא מקור עצמאי להתיישנות זו, אולם היא שוללת את האפשרות להסתמך על התיישנות החיוב ותכונת האקצסוריות של השיעבוד כמקור להתיישנות. מהו, אפוא, הסדר-ההתיישנות שיחול על השיעבוד? במסגרת החוק הקיים ניתן להסתייע בשלושה מקורות אפשריים. מקורות אלה לא נועדו על-ידי המחוקק מלכתחילה לסוגיית התיישנותם של השיעבודים; ולכן, על-אף שניתן להגשים באמצעותם את תכלית החקיקה, הם מהווים פתרון "חירום", שאינו עדיף על קביעת תקופת-ההתיישנות מפורשות בחוק.

(ב) חוק ההתיישנות – סיווג תביעות כללי

המקור ה"טבעי" שממנו ניתן לדלות את תקופת-ההתיישנות של השיעבוד הוא חוק ההתיישנות עצמו, אשר בסעיף 5 קובע תקופת-ההתיישנות בת שבע שנים ב"שאינו מקרקעין" וחמש-עשרה או עשרים-וחמש שנים – ב"מקרקעין". כתוצאה מכך מירון ההתיישנות של החיוב המקורי ושל הזכות לממש שיעבוד במיטלטלין ובזכויות יהיה לתקופה זהה. במקרקעין (למעט ההסתייגות לגבי מקרקעין מוסדרים) תקופת-ההתיישנות של השיעבוד תהיה ארוכה יותר מזו של החיוב המקורי. הסדר זה אינו פותר את בעיית הנושה המחזיק ואינו יכול לחול כלל על זכויות שאינן טעונות מימוש על-ידי תביעה בפני רשות שיפוטית. במקרקעין יש לו הצדקה בשל הקושי שהצבענו עליו במימוש משכנתאות. ההסדר מתעלם לחלוטין מעובדת רישום השיעבוד, ויכול להיות שהתעלמות זו תטריד את החרדים לטוהר המירשם. לדעת, הסכנה לטוהר המירשם אינה נעוצה בתקופה אלא באופיה הדיוני של ההתיישנות, שלא יאפשר מחיקת הזכות מן המירשם, על-אף שתהפוך ריקה מתוכן. לכך אין פתרון בחוק ההתיישנות.

(ג) שיקול-דעת שימוטי

ניתן להותיר את שיקול-הדעת בנוגע להתיישנותה של תביעה לבית-המשפט, המתבקש לאכוף תביעה או להצהיר על התיישנותה של זכות. פתרון מעין זה

זכות במקרקעין מכוח התיישנות. האפשרות השנייה היא לפרש תביעה לקיום כתביעה שאינה כוללת תביעה למימוש הזכות להיפרע, אלא רק תביעה למימוש בדרך ה"Foreclosure" האנגלי. האפשרות השנייה היא מלאכותית בשל צמצום דרכי מימוש המשכנתא בארץ (בסעיף 90 לחוק המקרקעין ובסעיף 16 לחוק המשכון) ובשל המרכיבות של דרך המימוש על-ידי מכירה במשפטנו.

יכול לבוא במקום דין התיישנות חרות או נוסף עליו, כאמצעי סינון נוסף של תביעות. פתרון כזה יכול לעלות בקנה אחד גם עם הפרשנות המקסימליסטית לסעיף 20. יתרונו של פתרון כזה הוא במידת הגמישות שהוא מקנה לבית-המשפט בהתאמת ההתיישנות לנסיבות כל מקרה ומקרה. חסרונו הוא בחוסר-הוודאות שהוא יוצר. במשפטנו ניתן למצוא שני מקורות בולטים להתיישנות "שיפוטית" מעין זו: ראשית, עקרון תום-הלב מחייב נושה שלא להשתהות במימוש המשכון לתקופה בלתי-מוגבלת ומטעמים שאין עמם תום-לב¹³¹. שאלה היא, האם העובדה שתביעה או מימוש מאוחרים של זכות יהוו הפרה של חובת תום-הלב, יש בה כדי להקנות לבית-המשפט סמכות כפולה הן למנוע את מימושה של הזכות באיחור הן לחייב את הנושה לממש את הזכות בהקדם? דרך נוספת להתיישנות "שיפוטית" היא כאמצעות הסקת ויתור מכללל מכוח דיני-השיהוי, אם נקלטו במשפטנו¹³², או מכוח דיני-המחילה¹³³.

(ד) חוק ההתיישנות – שיעבוד כפסק-דין

ישנם שיעבודים שהמחוקק מאפשר להוציאם לפועל כאילו היו פסק-דין, תוך שהוא מאפשר לנושה לפנות ישירות ללשכת ההוצאה-לפועל ללא פנייה מקדמת לבית-משפט. על שיעבודים אלה נמנים משכנתא רשומה¹³⁴ ומשכון רשום או מופקד¹³⁵. הרעיון הגלום מאחורי דין זה הוא, שביצירת השיעבוד (על-ידי הרישום או ההפקדה) היה משום הודאה בחיוב, הסתמת את הגולל לגבי כל טענות החייב שקדמו ליצירת השיעבוד – מעין מעשה בית-דין. מדוע, אפוא, לא יושווה דין-ההתיישנות של שיעבודים אלה לדין-ההתיישנות של פסק-דין, שנקבע בסעיף 21 לחוק ההתיישנות, ועומד על 25 שנים? ניתן למצוא תימוכין לאפשרות זו בדברי יו"ר ועדת-החוקה-חוק ומשפט בקריאה השנייה של החוק בכנסת, בבואו לנמק את סעיף 21 הנ"ל:

למוסד ההתיישנות יש בסיס גוסף על עניין ההוכחה, והוא הצורך, בגלל קצב החיים המודרניים לאפשר לכל אדם לדעת מה הן זכויותיו וחובותיו. ומבחינה זו אין הברל אם זה חוב רשום בשטר או חוב

131 י' ויסמן (לעיל, הערה 3), 310. ויסמן מציע לבסס גם חסימת זכות הפרייה מכוח השתק – על עקרון תום-הלב, כפי שבא לידי ביטוי בסעיף 39 לחוק התוזים (חלק כללי) תשל"ג-1973 – שם, עמ' 265, הערה 35.

132 דרך זו אומצה בפסק-הדין בנין נ' בנין ואח' (לעיל, הערה 70) לצורך הקביעה כי לא ניתן לממש זכות על-פי ייפוי-כוח בן 17 שנים. בעניין זה נפלה מחלוקת בין השופטים: השופט י' כהן סבר, שצריך להוכיח זניחה סובייקטיבית של התביעה, ולכן אין די בחלוף הזמן ויש להביא ראיות נסיבתיות נוספות (כגון העדר ריבית, חוב נומינלי) (שם, בעמ' 330א). השופט לנדוי סבר, שדי בזניחה אובייקטיבית המוסקת רק מחלוף הזמן (שם, 339ב). לשם כך נזקק לקליטת דיני-השיהוי מן המשפט האנגלי, על הסמכות שהם מקנים לבית-המשפט לסרב מתן סעד או לדחות תובענה (שם, 1339). שיטתו של השופט לנדוי אפשרית כיום רק ככל שנקלטו דיני-השיהוי במשפטנו (ראה סעיף 27 לחוק ההתיישנות).

133 שאינה טעונה כתב – ראה סעיף 11(ג) לחוק המתנה, חשכ"ח – 1968.

134 סעיף 81 לחוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967 (להלן: חוק ההוצאה לפועל).

135 סעיף 81 הנ"ל וסעיף 18 לחוק המשכון. כמובן ניתן לממש כפסק-דין ערובה שראש ההוצאה לפועל נתן צו לממשה או לחלטה – סעיף 83 לחוק ההוצאה לפועל.

רשום בפסק דין. החייב צריך לדעת עד מתי הוא צפוי להיתבע לשלמו, ומשום כך יש לקיים מוסד זה גם לגבי חוב על פי פסק דין.¹³⁶

פתרון זה הוא בעייתי מן הטעם הבא: הקבלה מלאה בין השיעבוד לבין פסק-הדין תחייב את תחילתו של מירון ההתיישנות של השיעבוד ביום יצירתו. ברם, השיעבוד, בניגוד לפסק-דין, צופה בדרך-כלל מערכתי-חסים ארוכת-שנים בין לווה ומלווה, שבמסגרתה יהיה מקום לממש את השיעבוד רק במועד עתירי מרוחק שבו לא יעמוד הלווה בהתחייבותיו או לחלופין שבו הנושה יהא רשאי להעמיד את ההלוואה לפרעון מיידי. יהיה זה הוגן יותר כלפי הנושה למנות את תקופת-ההתיישנות מיום היווצרות העילה – מהמועד שנקבע לקיום החיוב. אם לא יעשה כן, עלול הנושה להימצא במצב שבו התיישן השיעבוד בטרם קמה לו זכות לממשו. לעומת זאת, אם נבקש למנות את תקופת 25 השנה ממועד מאוחר זה, ספק אם נוכל להשוות, בכל הנוגע לשאלת קיומו של החיוב המקורי, בין התוקף הראייתי וה"הודאתי" של פסק-דין לבין התוקף של שיעבוד שנוצר לפני שנים.

4. היכן ניתן לטעון טענת התיישנות?

(א) הבעיה

לפי חוק ההתיישנות, טענת-ההתיישנות טובה רק כנגד "תביעה לקיום הזכות". אם נאמץ גישה פרשנית, שלפיה התיישנות השיעבוד נקבעת לפי הכללים של חוק ההתיישנות, תתעוררנה במקרה דנן שתי בעיות: האחת, מהו דינם של שיעבורים שניתן לממשם בלא הגשת תביעה לבית-משפט, תוך פנייה ישירה ללשכת ההוצאה לפועל¹³⁷? זאת, במיוחד בשל ההלכה שלפיה אין דרכו של בית-משפט לתת סעד בעניין שבו לשכת ההוצאה-לפועל רשאית לעסוק¹³⁸. השנייה, מהו דינם של שיעבורים שהנושה יכול לממשם בעצמו בלא פנייה לרשות שיפוטית כלשהי?

(ב) מימוש בהוצאה-לפועל

אף כי עיקר תפקידו של ראש ההוצאה לפועל הוא מנהלי, יש לו גם כמה סמכויות שיפוטיות. אחת מסמכויות אלה היא סמכות להכריע בטענת "פרעתי" לפי סעיף 19 לחוק ההוצאה-לפועל¹³⁹. נוסח הסעיף רחב ביותר ואינו מצטמצם רק לטענות פירעון במובן הצר, אלא לכל טענה שלפיה החייב שוב אינו חייב למלא את פסק-הדין¹⁴⁰. ניתן לטעון טענה זו גם בהליכי מימוש משכון או משכנתא¹⁴¹. האם

136 ד"כ (לעיל, הערה 114), 1690.

137 לעיל, הערה 135.

138 בר"ע 49/71 הלואה וחסכון חיפה, אגודה הדדית בע"מ נ' "טפחות" בנק למשכנתאות בע"מ ואח', פ"ד כה (1) 631, 634.

139 ע"א (חי') גולדשטיין נ' גולדשטיין, פס"מ תשמ"ט(כ) 473, 477; חיק הוצ"פ (אשקלון) 877/90 פישל נ' הבנק הבינ"ל הראשון לישראל בע"מ, פס"מ תש"ן(ג) 518, 522.

140 ראה ד' בראופיר (לעיל, הערה 21), 236.

141 המ' (תל-אביב) 18/86 ראשון עליית בע"מ נ' דור חברה לביטוח בע"מ, פס"מ תשמ"ז(ג) 408, 414.

ניתן לטעון בפורום זה גם התיישנות? חוק ההתיישנות עצמו מכיר באפשרות זו לגבי התיישנות פסק-דין (סעיף 21, השימוש במונח "חייב" במקום נתבע) ולכן נראה שזהו פורום "כשר למהדרין" להעלאת הטענה¹⁴².

(ג) מימוש עצמי על-ידי הנושה

כפי שניסינו להסביר בפרק השני, השיקולים המחייבים את התיישנות השיעבוד חלים גם על זכויות הניתנות למימוש בידי הנושה בדרך של Self-Help הגם שקלות המימוש עשויה להצדיק תקופת-התיישנות ארוכה יותר מבחינת שיקול הוויתור (או קצרה יותר, מבחינת שיקול ההסתמכות). האם חוק ההתיישנות חל גם על מימוש זכויות אלה¹⁴³? המפתח לתשובה נעוץ בפרשנות לשון סעיף 2 לחוק ההתיישנות, שלפיו

תביעה לקיום זכות כלשהיא נתונה להתיישנות.

הדעה המקובלת בפסיקה היא, שחוק ההתיישנות חל רק על הכוח להגיש תובענה¹⁴⁴. לאחרונה עלתה הסוגיה בדרך אגב בע"א 217/86 שכטר נ' אבמץ בע"מ ואח'י¹⁴⁵. כב' השופט ש' לרין, בדעת-יחיד, חזר על הגרסה המסורתית¹⁴⁶. כב' השופטת נתיהו, אף היא בדעת-יחיד, סברה שהחוק חל הן על זכויות הן על "כוחות" לפי סיווגו של הופלד¹⁴⁷. ייתכן, כי בכך פתחה כב' השופטת פתח להחלת החוק גם על כוחות, אשר אינם טעונים הגשת תובענה. המחלוקת טרם הוכרעה והשאלה נותרה "פתוחה". לי נראה, שהפרשנות המצמצמת קרובה יותר לכוונתו של המחוקק, הגם שבמקרה דנן היא עשויה להוביל לתוצאה הפחות רצויה. על-פי גישה זו, ההתיישנות נועדה רק לשמש מגן בפני תובענה שיגיש הנושה ולא נועדה לשמש חרב בידו של החייב¹⁴⁸.

5. התיישנות זכות-הפדיון

(א) הכלל – התיישנות לפי חוק ההתיישנות

תביעה לקיום זכות-הפדיון, בין אם התובע הוא החייב ובין אם הוא "כל אדם שזכותו עלולה להיפגע ממתן המשכון או ממימושו" (סעיף 13(א) לחוק המשכון), היא תביעה לקיום זכות במשמעות סעיף 2 לחוק ההתיישנות, והנושה רשאי להעלות כנגדה טענת-התיישנות מכוח החוק. פרופ' ויסמן חולק על טענה זו ככל שהדבר

142 עם זאת, בפרשת שוגרמן נטענה הטענה כטענה מקדמית ולא במסגרת טענת פרעתי (לעיל, הערה 119),
א318.

143 עיכבון – פעולת העיכוב, מימוש משכון על-ידי מוסד בנקאי לפי סעיף 19 לחוק המשכון, מימוש זכות שיש לחייב כלפי אדם אחר לפי סעיף 20 לחוק המשכון.

144 ראה פס"ד בנין (לעיל, הערה 36), 326 ג-ד.

145 לעיל, הערה 19.

146 שם, עמ' 868.

147 שם, עמ' 862-א-ב.

148 ראה לעיל, הערה 36.

נוגע לחייב. לטענתו, זכותו של החייב אינה זכות ולכן אינה יכולה להתיישן. בפרק הראשון הסברתי מדוע אינני שלם עם גישה זו¹⁴⁹.

(ב) הבעייתיות – תוצאות ההתיישנות

כשל העדר-אפשרות לממש את המשכון בדרך של העברת הבעלות בנכס הממושכן לידי הנושה ובגלל אופיה הדיוני של ההתיישנות על-פי חוק ההתיישנות, תיווצר בעיה זו: עם התיישנות הזכות סביר להניח, שבמקביל להתיישנותה של זכות-הפדיון תתיישן גם זכותו של הנושה לממש את הנכס בדרך הקבועה בחוק המשכון. אמנם, הוא ימשיך להחזיק בנכס, אך לא יוכל לממשו. מעמדו בנכס ימשיך להיות, כנראה, כשל שומר-שכר בלבד¹⁵⁰, כל עוד לא קיבל את הסכמתו של החייב להעברת הבעלות אליו (סעיף 16(ב) לחוק המשכון). אפשר גם שלא יוכל להשתמש בנכס או ליהנות מפירותיו (סעיף 10(א) לחוק המשכון). לעומת זאת, החייב לא יוכל לתבוע את הנכס בחזרה. גורלם של הנכס והזכויות בו ימשיך להיות בלתי-ברור, וקשה יהיה לעשות בו דיספוזיציות אלא אם וכאשר יגיעו השניים להסכמה ביניהם. זהו מצב בלתי-רצוי מבחינת טעמי ההתיישנות. על המחוקק להחליט, האם עם תום תקופת-ההתיישנות תמוקם הזכות אצל הנושה או אצל המבקש לפדות את המשכון. מבחינת נימוק ההסתמכות התוצאה המוצדקת יותר היא מיקום הזכות אצל הנושה ובלבד שלחייב תינתן האפשרות לחייבו לממש את המשכון או לתבוע את ההפרש בין שווי הנכס שנותר אצל הנושה לבין החיוב.

(ג) זכות-הפדיון במקרקעין

הכללים החלים על זכות-הפדיון של משכון צריכים לחול גם על פדיון משכנתא (סעיף 91 לחוק המקרקעין). עם זאת, קיימות שתי בעיות ייחודיות למשכנתא: (1) לפי המנגנון שנקבע בסעיף 89 לחוק המקרקעין, החייב רשאי להפקיד את הפדיון בידי של הרשם, והלה זכאי להפקיע את המשכנתא ולמוחקה מן המרשם. האם כפוף הרשם לטענת התיישנות?¹⁵¹ על-פי תקנה 63 לתקנות המקרקעין (ניהול ורישום), תש"ל-1969 החייב צריך לצרף לבקשתו לרשם "ראיות לסירובו של בעל המשכנתא לקבל את החוב מהממשכן, או לאי-יכולתו של הממשכן לסלק את החוב לבעל המשכנתא על אף שנקט צעדים סבירים לעשות זאת". האם רשאי הרשם להיעתר לבקשה אם עולה מן הראיות שבעל-המשכנתא סירב לקבל את הכסף משום שזכות-הפדיון התיישנה? על הרשם לזמן את בעל-המשכנתא ללשכתו לשם קבלת הכסף, אך האם רשאי בעל-המשכנתא לטעון טענת-התיישנות? אם לא יופיע בעל-המשכנתא, האם רשאי הרשם להתחשב בהתיישנות? הדעת נותנת שבאמצעות סעיף 89 לא יתאפשר לעקוף את התיישנותה של זכות-הפדיון (בהנחה

149 ראה לעיל, סעיף א 5(ד)(2).

150 ראה לעיל, הערה 87 והטקסט לידה.

151 בית-המשפט המחוזי עשוי לעמוד בפני התלבטויות דומות כאשר הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה מפקידה אצלו כספים המגיעים לבעל-מגרש שרצח עליו משכנתא, בעקבות תוכנית חלוקה ו/או איחוד, וזאת על-פי סעיף 128 לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965.

שהיא מתיישנת). עם זאת, כל עוד אין נושה מחזיק יכול לממש את זכותו על-ידי העברת הבעלות על שמו וכן במקרים שבהם הנושה אינו מחזיק במקרקעין, עדיף פתרון, שלפיו זכות-הפדיון לא תתיישן, על הנצחת רישום המשכנתא. יש לזכור, כי במציאות הישראלית המחזיק הוא בדרך-כלל החייב ולכן יש בדרך-כלל הצדקה לפתרון שלפיו זכות-הפדיון לא תתיישן מנקודת-המבט של שיקול ההסתמכות. (2) האם הוראת סעיף 159(ב) לחוק המקרקעין, השוללת התיישנות תביעה לקיום זכות במקרקעין מוסדרים חלה גם על הזכות לפדיון משכנתא? כבר דנו לעיל באפשרות לפרש את סעיף 159(ב) באופן מצמצם¹⁵². כאשר הנושה מחזיק במקרקעין יש בהחלת ס' 159 (ב) על זכות הפדיון משום התעלמות מאינטרס ההסתמכות של הנושה.

ד. סיכום והמלצות

סקירת המשפט המצוי, שבה סיימנו, מגלה סדרת אי-בהירויות וסימני-שאלה בפתרון הבעיות המשפטיות שבהן עסק חיבור זה. נסיים בתקציר המלצות לשיפור המצב החקיקתי בארץ בתחום שבו עסק חיבור זה:

- (1) מוצדקת עמדתו הברורה של המשפט הישראלי לגבי השאלה שהוגדרה בחיבור זה כ"שאלת-המפתח" – התיישנות החיוב המקורי אינה צריכה לשמש טעם בלעדי להתיישנות השיעבוד רק בשל אופיו האקצסורי של השיעבוד, למעט במקרה של ערבות. בנקודה זו אין צורך בשינוי.
- (2) את הגישה, שלפיה כל שיעבוד, ובפרט משכנתא, אינם נתונים כלל להתיישנות, יש להעמיד במבחן בשל הקושי למצוא לה הצדקה – הן מתחום דיני-ההתיישנות הן מתחום דיני-השיעבודים. עניין זה דורש תיקון או הבהרה חקיקתיים הן בסעיף 20 לחוק ההתיישנות הן בסעיף 159(ב) לחוק המקרקעין.
- (3) פתרון בעיית ההתיישנות של שיעבוד שיש עמו העברת חזקה לנושה, כמו גם פתרון בעיית התיישנותה של זכות-הפדיון בסיטואציה זו, אינו יכול להיעשות ללא שינוי בדיני-השיעבודים. על המחוקק להחליט, האם לאמץ הסדר שלפיו הנושה רשאי לממש את זכותו בדרך של העברת הבעלות (כמו ה- Foreclosure האנגלי), אף ללא הסכמת החייב, או שמא הוא מבקש לשמור לחייב אופציה מתמדת לגאולת הנכס, כל עוד לא נמכר לצד ג' (כמו גישת המשפט העברי). פתרון-הכלאיים העכשווי יוצר מבוי סתום במקרה ששתי הזכויות מתיישנות.
- (4) יש מקום לשקול, האם עובדת רישומו של שיעבוד מצדיקה תקופת-התיישנות ארוכה יותר. אפשר שצריך לבצע בדיקה סטטיסטית של הצטברות רישום במרשמים שונים, קלות מימושו ושכיחותו.
- (5) יש למצוא דרך להחלת דין ההתיישנות של שיעבודים גם על שיעבודים הניתנים למימוש בדרך של Self-Help.

152 ראה סעיף (ט) בפרק זה והערה שם.
