



בית משפט השלום בירושלים

ה"פ 36330-10-13 שביט נ' כונס הנכסים, עו"ד יששכר בר הלל

לפני כבוד השופטת קרן אזולאי

מבקשים
1. מסדה שביט
2. יצחק שביט ספיה ז"ל (נמחק)
באמצעות ב"כ עו"ד י' מאור

נגד

משיבים
1. כונס הנכסים, עו"ד יששכר בר הלל
באמצעות עו"ד א' ראניה

2. בנק לאומי לישראל בע"מ
באמצעות ב"כ עו"ד צ' ראנד

פסק דין

1

2

3 1. לפני תובענה למתן סעד הצהרתי לפיו המבקשים הם דיירים מוגנים בנכס
4 מקרקעין הידוע כגוש 30316 חלקה 77, ברחוב הזית 3, מוצא עילית, וזאת מכוח ההגנה
5 הקבועה בסעיף 33 לחוק הגנת הדייר [נוסח משולב], התשל"ב-1972 (להלן: **הנכס**).
6 התובענה הוגשה לכתחילה על ידי המבקשת ובעלה. במהלך ניהול ההליכים המבקש הלך
7 לעולמו, והתובענה המשיכה על ידי המבקשת בלבד, לגביה מתבקש כעת הסעד הצהרתי.
8 התובענה הוגשה כנגד שני משיבים: משיב 1 הוא כונס הנכסים שמונה לנכס (להלן: **כונס**
9 **הנכסים**). משיב 2 הוא בנק לאומי לישראל בע"מ, שהוא הזוכה בתיק ההוצאה לפועל
10 (להלן: **הבנק**).
11

12

13

השתלשלות ההליכים בתיק

14

15 2. התובענה הוגשה בשנת 2013 בעקבות החלטות שניתנו בתיק הוצאה לפועל
16 המתנהל נגד המבקשים. על האירועים המרכזיים בתיק ההוצאה לפועל ניתן ללמוד
17 מהחלטה שניתנה על ידי רשם ההוצאה לפועל ביום 20.8.2018 (כב' הרשם ע' אביטל).
18 החלטה זו ניתנה בבקשת המבקשים להפחתת הריביות שנצברו לחוב בתיק ההוצאה לפועל.
19 מהחלטת הרשם עולה כי תיק ההוצאה לפועל נפתח ביום 25.5.1997 לשם ביצוע פסק דין
כספי על סך של 1,124,715 ש"ח. ביום 22.11.2001 מונה משיב 1 ככונס נכסים על זכויות



בית משפט השלום בירושלים

ה"פ 36330-10-13 שביט נ' כונס הנכסים, עו"ד יששכר בר הלל

1 המבקשת ובעלה המנוח בנכס (למען הנוחות בלבד, ובמקום שבו נדרשת התייחסות לשניים,
2 ייקראו להלן: **המבקשים**). על הנכס נרשם עיקול לטובת הבנק. עוד עולה מהחלטת רשם
3 ההוצאה לפועל כי בין השנים 2001 ועד מחצית שנת 2003 הגישו המבקשים בקשות שונות
4 לעיכוב הליכים וביטול צו המינוי של כונס הנכסים, ובקשות אלה נדחו. בהחלטת הרשם
5 צוין עוד כי בין השנים 2003 ועד 2010 לא הייתה כל פעילות בתיק ולא הוגשו בקשות מטעם
6 הצדדים. ביום 5.6.2012 התקיים דיון בהוצאה לפועל בסוגיית הדיור החלוף למבקשים
7 בהתאם להוראות סעיף 38 לחוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967. ביום 25.7.2012 ניתנה
8 החלטה לפיה המבקשים יזכו לדיור חלוף לכל ימי חייהם, על דרך של תשלום דמי שכירות
9 לדירת שלושה חדרים. בהחלטת הרשם צוין כי החוב המקורי, שעמד על סך של 1,124,715
10 ש"ח עמד במועד מתן החלטת הרשם על סך של 20,008,877 ש"ח. החלטת הרשם עסקה,
11 כאמור, בבקשת המבקשים להפחתת ריביות בשל חוסר פעילות בתיק ההוצאה לפועל. רשם
12 ההוצאה לפועל קבע בהחלטתו כי נוכח העובדה שהיו תקופות ארוכות שבהן הבנק וכונס
13 הנכסים נמנעו מלפעול למימוש צו הכינוס יש להפחית את הריביות שהצטברו לתקופה
14 שמיום 4.7.2003 ועד ליום 28.10.2010. לטענת המבקשת, הפחתה זו העמידה את סכום
15 החוב על סך של כ-8,000,000 ש"ח.

16
17
18 3. ההליך שלפניי החל, כאמור, בעקבות החלטת רשם ההוצאה לפועל על מתן דיור
19 חלוף למבקשים. המבקשים חלקו על סמכותו של רשם ההוצאה לפועל לקבוע דיור חלוף
20 חלף זכותם לדיירים מוגנת, והגישו את ההליך הנוכחי בבקשה שבית המשפט יצהיר על כך
21 שהם דיירים מוגנים בנכס. מאז הוגשה התובענה נעשו ניסיונות רבים וממושכים להביא
22 את הצדדים לפתרון מוסכם. זאת, בין היתר, בשים לב לנסיבות האישיות של המבקשים,
23 ולשנים הרבות שבהן התנהל ההליך בהוצאה לפועל – שנים שבהן נוספו נושים נוספים
24 למבקשים, והחוב המקורי גדל במאות אחוזים מסכום של כמיליון ש"ח לכ-20 מיליון ש"ח.
25 בדיון מיום 3.1.2016 הסכימו בעלי הדין לשתף פעולה עם כונס הנכסים לצורך תחילת
26 הליכי המימוש. עוד הוסכם "להקפיא" את המצב הקיים, במובן זה שהמבקשים יסיפו
27 להתגורר בנכס (חרף העובדה שלא היה צו מניעה בתוקף), וזאת על מנת לאפשר למבקשים
28 לפעול – שלא במסגרת ההליך הנוכחי – לגיבוש הסדר כולל עם הנושים האחרים בהוצאה
29 לפועל ולפתוח בהליכים להפחתת הריביות בהוצאה לפועל. במהלך הניסיונות להגיע
30 להסכמות אף הוחלף ייצוג המבקשים מספר פעמים והוגשו בקשות שונות ללשכת ההוצאה
31 לפועל. למרבה הצער, גם מספר דיונים ממושכים שהתקיימו בבית המשפט לא סייעו לסיום
32 המחלוקות. סמוך לפני דיון הוכחות שנקבע ביקשה המבקשת להפסיק את התובענה,
33 ולאחר מכן חזרה בה מהבקשה להפסיק את התובענה והגישה בקשה לדחות את הדיון ללא
34 מועד בשל הליכים תלויים ועומדים בהוצאה לפועל. בהחלטה מיום 13.3.2018 נדחו



בית משפט השלום בירושלים

ה"פ 36330-10-13 שביט נ' כונס הנכסים, עו"ד יששכר בר הלל

הבקשות האמורות, ופורטה השתלשלות האירועים בהליך והניסיונות המרובים שנעשו לשם מציאת פתרון מוסכם. גם לאחר שמיעת ההוכחות נעשה ניסיון להביא את הצדדים להסכמה, שאף הוא לא צלח. בנסיבות אלה, יש לדון בטענה שהועמדה במחלוקת בהליך הנוכחי, והיא אם עומדת למבקשת הגנת בית המגורים.

טרם בחינת טענות הצדדים ראוי לציין כי חלק מהטענות ומהראיות הובאו רק בדיון ההוכחות, וחלקן לאחר דיון ההוכחות, בבקשה שהגישה המבקשת במסגרתה ביקשה שיותר לה להגיש מסמכים נוספים. המשיבים התנגדו לבקשה זו בטענה כי היה על המבקשת להגיש את כל ראיותיה בצירוף לתצהיר שהוגש בתחילת ההליך. לאחר שעיינתי בטענות הצדדים מצאתי לנכון לאפשר את הגשת המסמכים. הגם שאין חולק על כך שהיה על המבקשת להגיש את כל הראיות במקשה אחת, עיון במסמכים מעלה שרובם ככולם לקוחים מתיק ההוצאה לפועל או מהליכים קודמים בין בעלי הדין, ועל כן, אין המדובר במסמכים חדשים שאינם מוכרים לבעלי הדין. מרבית המסמכים הם מכתבים שהוחלפו בין הצדדים או מסמכים שהוגשו בהליכים קודמים שהתנהלו בין בעלי הדין (וחלקם אף בהליך הנוכחי). ביחס לחלק מהמסמכים המבקשת נשאלה בחקירתה הנגדית. בנוסף, לא מצאתי שהגשת המסמכים היוותה הרחבת חזית, הואיל ומרבית הטענות הועלו בהמרצת הפתיחה או בדיון ההוכחות, לרבות במסמכים שהוגשו על ידי המשיבים בעצמם בדיון ההוכחות (המסמכים סומנו מ/1 עד מ/8). מטעמים אלה, לא מצאתי לנכון לדחות את הבקשה.

טענות המבקשת

4. לטענת המבקשת, אין מחלוקת בין הצדדים כי היא (ובעלה המנוח) הבעלים של הנכס וזכויות הבעלות שלה רשומות בפנקס הזכויות. המבקשת טענה עוד כי היא מחזיקה בנכס למעלה מ-40 שנים, ואין ברשותה נכס מקרקעין אחר. לפי הטענה, בשנת 1997 נפתח תיק ההוצאה לפועל לשם ביצוע פסק דין בעניין חוב כספי ולא למימוש בטוחה. המבקשת טענה כי הנכס לא שימש בטוחה לבנק. לפי הטענה, כיוון שהחוב לבנק לא היה מובטח בבטוחה כלשהי, ולא נרשמו בגינו משכנתה או שיעבוד, לא נעשה ויתור על ההגנה הקבועה בסעיף 33 לחוק הגנת הדייר, [נוסח משולב], התשל"ב-1972 (להלן: **החוק** או **חוק הגנת הדייר**). המבקשת הוסיפה כי הואיל והוטל עיקול על הנכס, הליך ההוצאה לפועל הוא למעשה הליך למימוש עיקול ולא למימוש בטוחה, ובתחרות שבין זכות דיונית הנובעת מעיקול הנכס לזכות דיירות מוגנת מכוח סעיף 33 לחוק, האחרונה גוברת. על כן, נטען כי אין הצדקה לדון במסגרת תיק ההוצאה לפועל בבקשה לדיור חלופי, אלא יש להכיר בזכות המבקשת לכך שהנכס ימומש בכפוף לזכויותיה כדיירת מוגנת.



בית משפט השלום בירושלים

ה"פ 36330-10-13 שביט נ' כונס הנכסים, עו"ד יששכר בר הלל

1
2 להמרצת הפתיחה צורף תצהירה של המבקשת ממנו עולה כי הנכס נרכש לפני
3 למעלה מ-40 שנה. חלקת המקרקעין היא בגודל של כחמישה דונם, עליה בנו המבקשת
4 ובעלה המנוח שני קוטג'ים. אין חולק כי אחוזים בודדים בנכס רשומים על שם בעלים
5 אחרים (האחים מוניר), אולם המבקשת ציינה בתצהירה כי היא ובעלה המנוח רכשו גם
6 את זכויותיהם, אלא שהמסמכים הרלוונטיים להעברת הבעלות הועברו לאביה של
7 המבקשת ולא נמצאו על ידה עד היום. המבקשת טענה כי בפועל מאז נרכש הנכס נהגו בו
8 היא ובעלה מנהג בעלים. המבקשת הוסיפה בתצהירה כי יש לה קשר רגשי עמוק למקום;
9 כי היא עצמה תיכננה את הבתים הבנויים על המקרקעין ופיקחה על בנייתם, והיא טיפלה
10 בפיתוח הגינה שבנכס.

11
12 מתצהיר המבקשת עולה עוד כי בשנת 1991 או בסמוך לכך קיבלה מהבנק זכות
13 למשיכת יתר בגובה של כמה עשרות אלפי דולרים. לטענת המבקשת, היא לא נדרשה לתת
14 לבנק בטחון כלשהו לאשראי זה. זמן מה לאחר מתן האשראי הוגשה נגד המבקשת תביעה
15 בסדר דין מקוצר לבית משפט השלום. לטענת המבקשת, היא לא הגיעה לחקירה על
16 תצהירה, ועל כן, ניתן כנגדה פסק דין בהיעדר הגנה על מלוא סכום התביעה. ביום
17 25.5.1997 נפתח תיק הוצאה לפועל לביצוע פסק הדין. בשנת 2001 מונה כונס הנכסים לשם
18 גביית החוק לבנק, אולם לטענת המבקשת, במשך למעלה מ-13 שנים כונס הנכסים השתהה
19 בגביית החוב וגרם לתפיחת החוב באופן משמעותי ביותר.

טענות כונס הנכסים

20
21
22
23 5. טענות כונס הנכסים נטענו במסגרת תגובה לבקשה למתן צו מניעה זמני שהגישו
24 המבקשים, ובהודעה מיום 21.7.2014 ביקש כונס הנכסים לראות בתגובתו זו תשובה
25 לתובענה לגופה. הבנק, משיב 2, הצטרף לטענות כונס הנכסים (הודעה מיום 27.7.2014).
26 בתשובה נטען כי טענות המבקשת הועלו לאחר חלוף תקופת ההתיישנות וכי יש לדחות את
27 התובענה מחמת ויתור, השתק ומניעות, שכן ככל שעמדה למבקשים הזכות לפי סעיף 33
28 לחוק הגנת הדייר, הם ויתרו עליה במפורש ובמשמע, בכתב, בהתנהגות ובמעשים
29 ומחדלים. כונס הנכסים צירף לתשובה יפוי כוח נוטריוני בלתי חוזר והתחייבות לרישום
30 משכנתה מיום 10.3.1993, וכן פרוטוקול מתיק ההוצאה לפועל מיום 13.2.2001 וצו למינוי
31 כונס הנכסים מיום 22.11.2001. לטענת כונס הנכסים, המסמכים האמורים מלמדים על
32 כך שהמבקשים ויתרו במפורש ובכתב לפני למעלה מ-20 שנים על זכויותיהם לפי סעיף 33
33 לחוק הגנת הדייר, והתחייבו לפנות את הנכס ולא להתנגד לפינוי. כונס הנכסים טען עוד
34 כי המבקשים ניסו בעצמם למכור חלק מהמקרקעין; כי הם אינם מתגוררים בכל הנכס,



בית משפט השלום בירושלים

ה"פ 36330-10-13 שביט נ' כונס הנכסים, עו"ד יששכר בר הלל

וכי הם לא טענו נגד נוסח צו הכינוס, המאפשר לכונס הנכסים למכור את הנכס. כונס הנכסים הוסיף כי על פי הפסיקה, בנסיבות מסוימות די בהתחייבות לרישום משכנתה כדי לחייב את החייבים בתנאי המשכנתה העתידית לה זכאי הבנק, ובנסיבות מסוימות די אף בייפוי כוח בלתי חוזר כדי לחייב בתנאים האמורים. כונס הנכסים טען כי הבנק הוא הנושה היחיד עבורו פועל כונס הנכסים בכל הקשור לזכויות המבקשת בנכס, והוא אחד הנושים העיקריים בהליך. כלפי נושה זה, כך נטען, ויתרו המבקשים במפורש ובכתב על זכותם לפי חוק הגנת הדייר, ככל שקיימת, ועל כן, אין סיבה שכלל הנושים לא ייהנו מוויתור זה לפי דיני הקדימויות. כונס הנכסים הוסיף כי יש לפרש את סעיף 33 בצמצום, וכי אין לו תחולה בעניין הנוכחי כיוון שהנכס לא מופיע בספרי המקרקעין כדירה או בית עסק, אלא כקרקע בשטח של למעלה מחמישה דונם. לחלופין נטען כי ככל שיש תחולה לסעיף 33 בעניין הנוכחי, הרי שיש לצמצמה רק לחלק המהווה דירה לגביו יוכח כי המבקשים מתגוררים בו באופן שוטף, או לאותו חלק שדי בו כדי לשמש קורת גג מספקת לחייבים. בעניין זה ציין כונס הנכסים כי אין חולק כי על המקרקעין נבנו שני בתים, וכי המבקשים גרים רק באחד מהם והשני עומד ריק. לתשובה צורפה שמאות משנת 2012 המעריכה את שווי הנכס כפנוי בסך של 11,000,000 ש"ח.

דיון והכרעה

6. השאלה העומדת להכרעה היא אם המבקשת זכאית להגנת בית המגורים הקבועה בסעיף 33 לחוק הגנת הדייר, או שהיא ויתרה על ההגנה האמורה. סעיף 33 לחוק הגנת הדייר, שכותרתו "בעל בית שהפך לדייר", קובע, בחלקים הרלוונטיים לענייננו, כדלקמן:

33. (א) החזיק אדם בנכס כשהוא בעלו או חוכרו-לדורות, או אחד הבעלים או החוכרים-לדורות, ופקעה זכותו בנכס מחמת מכירתו בהוצאה לפועל של פסק דין או של משכנתה או בפשיטת רגל, או מחמת חלוקת הנכס במשפט חלוקה או בהסדר קרקעות או מחמת חלוקתו על ידי רישום בפנקס הבתים המשותפים כאמור בסעיף 42 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, - יהיה המחזיק לדייר של בעלו החדש של הנכס, או של החוכר-לדורות החדש.

...

(ג) הוראות סעיף קטן (א) לא יחולו –

(1) על הוצאה לפועל של משכנתה שנרשמה לפני תשט"ו;



בית משפט השלום בירושלים

ה"פ 36330-10-13 שביט נ' כונס הנכסים, עו"ד יששכר בר הלל

(2) אם פורש בשטר המשכנתה שהמחזיק לא יהיה מוגן לפי סעיף זה.

אין מחלוקת בהליך שלפניי כי מדובר בנכס מקרקעין הרשום בפנקס הזכויות על שם המבקשת ובעלה המנוח (וכן על שם שניים נוספים: ניסן שאול וניסן מוניר, שיש לכל אחד מהם 224/16128 חלקים בנכס). אין עוד מחלוקת כי כונס הנכסים מבקש למכור את הנכס במסגרת הוצאה לפועל של פסק דין. על פני הדברים, איפוא, יש תחולה לסעיף 33 האמור כיוון שמדובר בבעלת נכס המחזיקה בו, וזכותה עתידה לפקוע בשל מכירתו בהוצאה לפועל של פסק דין. השאלה הנשאלת, על כן, היא אם המבקשת ויתרה על זכותה להגנת בית המגורים באופן שיאפשר מכירת הנכס כפנוי.

7. סעיף 33 לחוק הגנת הדייר נדון בהרחבה בפסיקת בתי המשפט. לאורך השנים נקבע בשורה של פסקי דין שסעיף 33 הוא "נטע זר" בין יתר סעיפי חוק הגנת הדייר, וזאת כיוון שמטרתו להגן על בעל הבית כנגד נושיו ולא להגן על הדייר כנגד בעל הבית (ראו, ע"א 3295/94 פרמינגר נ' מור, פ"ד נ(5) 111, 118 (1997); להלן: עניין פרמינגר). עוד נקבע בפסיקה לאורך השנים כי יש לפרש את סעיף 33 בצמצום, במסגרת המגמה הכללית לפרש בצמצום את הוראות חוק הגנת הדייר בכללותן (ראו, למשל, רע"א 1517/17 שמעון נ' יוסי ניר – בתפקיד כונס נכסים (8.5.2017)). במסגרת המגמה לפרש את סעיף 33 בצמצום נקבע בפסיקה, למשל, כי הסעיף יחול רק לגבי בעלים שזכותם נרשמה בפנקס המקרקעין (ראו בעניין פרמינגר לעיל), וכי אין הכרח בוותור מפורש על ההגנה לפי סעיף 33 אלא די בכך שהוותור יעלה מאומד דעת הצדדים (ראו, ע"א 1679/01 משכן בנק הפועלים למשכנתאות בע"מ נ' שפייזמן, פ"ד נז(2) 145 (2003)).

עיון בהליך הנוכחי מעלה כי מתעוררות במסגרתו נסיבות מיוחדות ושונות מאלה שעלו בעבר בפסיקת בתי המשפט ביחס לסעיף 33 האמור. נסיבות אלה משפיעות על האפשרות להחיל את הוותור שנכלל בהתחייבות לרישום משכנתה ובייפוי הכוח בהליך הנוכחי, כמו גם על שאלת אומד דעת הצדדים בחתימה על המסמכים האמורים. אקדים ואציין כי בשל נסיבות חריגות אלה שוכנעתי כי דין התביעה להתקבל בחלקה, במובן זה שיש להצהיר על כך שהמבקשת לא ויתרה על הגנת בית המגורים ביחס לבית שבו היא מתגוררת וזאת במסגרת הליכי ההוצאה לפועל הנוכחיים. הטעמים למסקנה זו יפורטו להלן.

8. כפי שהובהר לעיל, טענת המשיבים כי המבקשת ובעלה המנוח ויתרו על הגנת בית המגורים התבססה על חתימתם על התחייבות לרישום משכנתה ועל ייפוי כוח בלתי חוזר. זוהי לשונה של ההתחייבות לרישום משכנתה:



בית משפט השלום בירושלים

ה"פ 36330-10-13 שביט נ' כונס הנכסים, עו"ד יששכר בר הלל

1
2 "הואיל ואני מקבל או אקבל מכם הלוואות,
3 אשראים ושרותים בנקאיים שונים, ללא הגבלה
4 בסכום (להלן – "האשראי").

5
6 והואיל והוסכם בינינו שהאשראי יהיה מובטח על
7 ידי משכנתה על נכס במקרקעין [כך במקור]
8 הידוע כחלקה 77 בגוש 30316 בירושלים.

9
10 לכן הננו מתחייבים בזה כלפיכם לרשום
11 לטובתכם משכנתא ללא הגבלה בסכום, להבטחת
12 האשראי, במעמד רישום הנכס בלשכת רישום
13 המקרקעין על שמנו. כמו כן הננו מתחייבים לא
14 למכור, לא להשכיר ולא להעביר ולא לעשות
15 דיספוזיציה אחרת ללא הסכמתכם בכתב ומראש.

16
17 אני מסכים שעל פי התחייבות זו תרשם לטובתכם
18 הערת אזהרה בטאבו".

19
20 במועד החתימה על ההתחייבות לרישום משכנתה נחתם גם ייפוי כוח בלתי חוזר המייפה
21 את כוחם של מי שככל הנראה היו באי כוח הבנק באותה עת, לעשות בשמם ובמקומם בין
22 היתר את הדברים הבאים:

23
24 1. למשכן ולשעבד את זכות הבעלות ו/או זכות
25 אחרת שיש לנו ו/או שתהיה לנו, לגבי הנכס, הידוע
26 כחלקה 77, בגוש 30316, (להלן – "הנכס") לטובת בנק
27 לאומי לישראל בע"מ (להלן – "הבנק"), או לפקודתו,
28 או בכל צורה ואופן, במשכנתה או במשכנתאות, לפי
29 התנאים ולאותה תקופה כפי שיורה הבנק, וזאת
30 להבטחת סילוק כל הסכומים המגיעים ושיגיעו לבנק
31 מאתנו ו/או מאת [כך במקור] ללא הגבלה בסכום
32 הכולל, או באותו סכום שיורה הבנק, ומבלי לפגוע
33 בכלליות האמור, בין היתר, גם:

34
35 (א) להתחייב לפנות את הנכס, על פי
36 דרישת הבנק ולא להתנגד, לכל בקשה
37 לפנוי, שתוגש על ידי הבנק, לכל בית
38 משפט מוסמך ו/או לצו פנוי, שינתן על
39 סמך בקשה כנ"ל.

40
41 (ב) להסכים ולהצהיר שבמקרה של
42 מכירת הנכס כתוצאה מממוש
43 המשכנתה:

44
45 (1) לא נהיה לדיירים מוגנים
46 של בעליו החדש של הנכס או של
47 החוכר לדורות החדש, ועל כן
48 שלא נהיה מוגנים על פי סעיף



בית משפט השלום בירושלים

ה"פ 36330-10-13 שביט נ' כונס הנכסים, עו"ד יששכר בר הלל

33(א) לחוק הגנת הדייר (נסח
משולב) תשל"ב-1972 ;

(2) לא נהיה זכאים לקבל
לרשותנו סידור חלוף, ועל כן לא
נהיה מוגנים לפי סעיפים 38 ו/או
39 לחוק הוצאה לפועל תשכ"ז-
1967, או לפי כל הוראת דין
שתבוא בנוסף להם או
במקומם". (ההדגשה הוספה)

עיון במסמכים האמורים מעלה שהמבקשים ויתרו על ההגנה הקבועה בסעיף 33 לחוק הגנת
הדייר (וכן על ההגנה הקבועה בסעיף 38 לחוק ההוצאה לפועל), וזאת "במקרה של מכירת
הנכס כתוצאה מממוש המשכנתה". אף שלא הייתה מחלוקת ביחס לעצם החתימה כאמור,
לא הייתה עוד מחלוקת בהליך שלפניי ביחס לשני עניינים נוספים. הראשון, על אף קיומה
של ההתחייבות האמורה, מעולם לא נרשמה משכנתה על הנכס (אלא רק הערת אזהרה
בדבר קיומה של התחייבות). הבנק לא נתן הסבר ברור בהליך שלפניי מדוע לא נרשמה
משכנתה. רק בסיכומים נטען על ידי הבנק כי המשכנתה לא נרשמה כיוון שהמבקשים
צריכים היו להירשם כבעלי המקרקעין וכיוון שהיו עיקולים על המקרקעין שהמבקשים
לא פעלו להסרתם. טענות אלה נטענו מבלי שהובאו להן תימוכין כלשהם, ובכלל זאת, לא
הוגש תצהיר של גורם כלשהו מטעם הבנק. השני, תיק ההוצאה לפועל העומד ביסוד ההליך
הנוכחי לא נפתח לשם מימוש המשכנתה (שלא נרשמה), אלא לשם מימוש פסק הדין שניתן
כנגד המבקשת בהיעדר הגנה (על סך של כמיליון ש"ח). מימוש הנכס במסגרת הליכי
ההוצאה לפועל נעשה על יסוד עיקול שהוטל על הנכס, ולא כתוצאה של מימוש המשכון.
במילים אחרות, לא ההתחייבות לרישום משכנתה היא שעומדת ביסוד הליכי המימוש
בהוצאה לפועל, אלא העיקול שהוטל על הנכס הוא המקור עליו מתבססים הליכי המימוש
של הנכס. כפי שיפורט בהמשך, עניין זה עלה בעבר גם בהחלטות שניתנו על ידי רשמי
ההוצאה לפועל שדנו בהליך.

לשני עניינים אלה, שכאמור, אינם במחלוקת בין בעלי הדין, יש השלכה על ניתוח
שאלת הוויתור על הגנת בית המגורים. לזאת יש להוסיף כי בהליך הנוכחי, ובעיקר בדיון
ההוכחות, הסתבר כי לאחר החתימה על המסמכים האמורים אירעו אירועים נוספים
המשפיעים על שאלת אומד דעת הצדדים – הן ביחס להיקף הנכס עליו חלים מסמכים אלה,
הן ביחס לאפשרות להחיל את הוויתור הנמנה במסמכים האמורים על הליכי מימוש
שנפתחו מכוח עיקול ולא מכוח מימוש משכנתה. אדון בעניינים אלה כעת.



בית משפט השלום בירושלים

ה"פ 36330-10-13 שביט נ' כונס הנכסים, עו"ד יששכר בר הלל

9. בניגוד למצב הדברים הרגיל, הליך ההוצאה לפועל בעניין הנוכחי לא נפתח לשם מימוש משכנתה שנרשמה לטובת רכישת הנכס אותו מבקשים לממש בהליכי ההוצאה לפועל, אלא לשם ביצוע פסק דין כספי. כלומר, ההתחייבות לרישום משכנתה וייפוי הכוח שניתן במסגרתה לא עומדים ביסוד הליכי ההוצאה לפועל. סוגיה זו, והשלכותיה על זכויות הצדדים, התעוררה במספר החלטות שניתנו לאורך השנים על ידי רשמי הוצאה לפועל שדנו בהליך בהוצאה לפועל. כך, בהחלטת רשם ההוצאה לפועל ש' קטוביץ מיום 25.7.2012 – שעסקה בזכות המבקשים לדיוור חלוף ועמדה ביסוד החלטתם להגיש את התובענה הנוכחית – נכתב כי "בתיק זה מבוצעים הליכי כינוס למכירתו של בית מגוריהם של החייבים, אשר עוקל בתיק ההוצאה לפועל, בגין חובותיהם כלפי הזוכה. יצויין כי בידי הזוכה גם הערת אזהרה בגין התחייבות לרישום משכנתא על הנכס כבטוחה להבטחת חובותיהם". בהחלטה הובהר כי: "ההתחייבות לרישום משכנתא לא הפכה לרישום משכנתא ולא נפתח תיק הוצאה לפועל למימוש הבטוחה". בהחלטה מיום 13.8.2011, נזכרו החלטות שניתנו על ידי כב' הרשמת (כתוארה אז) ע' אבמן-מולר בשנת 2003. בהחלטות אלה עמדה כב' הרשמת (כתוארה אז) אבמן-מולר על הקושי בהיזקקות להתחייבות לרישום משכנתה ולייפוי הכוח במסגרת של הליכי הוצאה לפועל שנפתחו לשם מימוש פסק דין ובמסגרתם מבוקש פינוי הנכס מכוח של צו עיקול שהוטל על הנכס. בהחלטה מיום 25.5.2003 נכתב כך:

"תיק זה נפתח לביצוע פסק דין ולא למימוש משכון/משכנתא. בתיק הוטל עיקול על מקרקעין שבבעלות [המבקשים] וכבר בהחלטה מיום 13.2.01 נקבע כי ברמה העקרונית יש מקום למנות כונס נכסים על זכויות [המבקשים] בנכס... טענות [המבקש] בדבר כוונתו לפנות לבית המשפט לקבלת פסק דין הצהרתי ביחס להסכם המשכון שנערך בין [המבקשים] לבין [הבנק], אין בהן כדי למנוע המשך ההליכים בתיק, שכן, כאמור בפתח הדברים, תיק זה נפתח לביצוע פסק דין והמדובר הוא במימוש מקרקעין שעוקלו ולא במימוש משכון. יחד עם זאת, על ב"כ [הבנק] להבהיר האם בכוונת [הבנק] לפעול למימוש המשכון או לטעון לקדימות על הכספים שיתקבלו כתוצאה מהמימוש מכוח המשכון. ב"כ [הבנק] ימציא הבהרות תוך 20 יום. אשר לבקשת כונס הנכסים לפינוי החייבים מן הנכס, הרי שבעניין זה אין מקום להורות כמבוקש בטרם נתבררה זכותם של החייבים לדיוור חלוף. יצויין, כי כבר בצו למינוי כונס הנכסים נקבע כי הפינוי יהיה 'בכפוף לזכויות החייבים לפי סעיף 38 לחוק ההוצאה לפועל, ככל שקיימות'.



בית משפט השלום בירושלים

ה"פ 36330-10-13 שביט נ' כונס הנכסים, עו"ד יששכר בר הלל

ואולם, כבר עתה ברור כי על הנכס בנויים שני קוטג'ים, כאשר החייבים מתגוררים בקוטג' בן 4 חדרים והקוטג' הנוסף הוא בן 5 חדרים...מחקירת [המבקשים] עלה כי הם אינם גרים בקוטג' הנוסף וכי במשך שנים רבות לא התגורר בו איש. גם אם בנם של [המבקשים] גר בקוטג' הנוסף, כפי שמבקש לכאורה לטעון [המבקש] בבקשתו, הרי שלא עומדת לו הגנת בית המגורים בהתאם להוראות סעיף 38 לחוק. יצוין, כי גם ב"כ הזוכה בתשובתו סייג את הבקשה וביקש כי תינתן החלטה המורה על פינוי הנכס, פרט לקוטג' בן מתגוררים החייבים. אשר על כן, אין מניעה לפעול לפינוי הנכס, פרט לקוטג' בן 4 החדרים בו מתגוררים החייבים. ואולם, בכל מקרה לא יינתן צו לפינוי בטרם ימצא ב"כ [הבנק] הבהרותיו, כנדרש לעיל" (ההדגשה הוספה).

סמוך לאחר מכן, ולאחר שהתקבלו הבהרות ב"כ הבנק, ניתנה החלטה נוספת על ידי הרשמת (כתוארה אז) **אבמן-מולר**. בהחלטה, מיום 3.7.2003, נכתב כך:

1. בהחלטה מיום 25.5.03 נקבע כי ניתן להמשיך בהליכים למימוש נכס המקרקעין שעוקל, בסייגים המפורטים שם, ואולם נקבע כי על ב"כ [הבנק] להבהיר האם בכוונת הזוכה לפעול למימוש המשכון או לטעון לקדימות, מכוח המשכון, על הכספים שיתקבלו כתוצאה ממימוש המקרקעין.

2. בתגובה זו טוען ב"כ [הבנק] כי הוא אינו מוותר על כל זכות מזכויותיו כבעל שעבוד על הנכס וכי הוא יטען לזכות קדימה על הכספים שיתקבלו כתוצאה ממימוש הנכס. ב"כ [הבנק] אף הפנה ליפוי כוח נוטריוני בלתי חוזר בו הסכימו החייבים לוותר על הגנת בית מגורים במקרה של מכירת הנכס כתוצאה ממימוש המשכנתא.

3. אם טוען ב"כ [הבנק] כי קיים משכון/משכנתא בר תוקף שניתן לפעול למימוש מן הראוי שמימוש יהיה בדרך של הגשת שטר המשכון/משכנתא לביצוע ולא בדרך של מימוש אגב ביצוע פסק דין.

בעניין זה מן הראוי להפנות לבר"ע 10628/93 דותן נ' בנק אדנים למשכנתאות והלוואות בע"מ, פ"מ תשנ"ד(ג) 306 ולאמור שם: 'נראה לי, כי מדיניות שיפוטית ראויה מנחה אותנו לקבוע, כי שטר משכון אינו יכול להגיע לכלל מימוש אלא בדרך המלך של הגשת בקשה לביצוע. אין ניתן



בית משפט השלום בירושלים

ה"פ 36330-10-13 שביט נ' כונס הנכסים, עו"ד יששכר בר הלל

להשיג את מימושו של שטר המשכון על ידי הגשת בקשה לביצוע פסק-דין כספי, ובדרך אגב לבקש גם ביצוע של משכון. שטר משכון מבלע בחובו זכות קדימה של נושה מובטח בעוד שהליכי המימוש של פסק-דין כספי אינם מבטיחים לזוכה זכויות קדימה כלשהן על פני זוכים או נושים אחרים.

דברים אלה מקבלים משנה תוקף במקרה שלפנינו כאשר המשכנתא לא נרשמה ויש לפנות תחילה לבית המשפט המוסמך אם מבקשים לממשה...אין כל מקום לכך שאגב ביצועו של פסק-דין תידונה ותתבררנה כל המחלוקות בנוגע למימוש המשכנתא, [והבנק] יבקש להתגבר על הקשיים, ככל שקיימים, במימוש המשכנתא בדרך של עיקול על המקרקעין ומימושם תוך שבו בזמן הוא טוען לקדימות מכוח השעבוד. זאת ועוד, טוען ב"כ [הבנק] כי החייבים ויתרו על הגנת בית מגורים, כאשר ויתור זה התייחס רק למצב של מימוש המשכנתא ויקשה על ב"כ [הבנק] לטעון, אם בכלל יהיה מקום לטענתו, לפיה אין החייבים זכאים להגנת בית מגורים מכוח הסכמתם המתייחסת למימוש המשכנתא.

4. אשר על כן, ככל של[בנק] טענה כי קיים שעבוד על המקרקעין לטובתו, ולנוכח טענתו כי אינו מוותר על זכויותיו כבעל שעבוד, עליו לפעול למימוש המשכנתא ואין מקום לפעולה למימושה אגב ביצוע פסק הדין ובדרך של מימוש עיקול על המקרקעין" (ההדגשות הוספו; יוער כי ההחלטה עצמה צורפה לבקשת המבקשת מיום 6.7.2018).

להשלמת התמונה יוער כי מהחלטת רשם ההוצאה לפועל ש' קטוביץ מיום 25.7.2012 עולה כי כשבע שנים לאחר שניתנה החלטת כב' הרשמת (כתוארה אז) אבמן-מולר הגיש הבנק בקשה להבהרת ההחלטה, וביום 13.8.2011 ניתן החלטת הרשם קטוביץ לפיה החלטת הרשמת "ברורה ואינה מחייבת כל הבהרה" תוך שאושררה קביעת כב' הרשמת (כתוארה אז) אבמן-מולר לפיה על הבנק לנקוט הליכים לעיגון זכותו הלכאורית מכוח המשכון הנטען שלא נרשם.

10. עיון בהחלטות אלה מעלה כי עוד בשנת 2003 התריעה רשמת ההוצאה לפועל כי אין מקום להתייחס להוראות ההתחייבות לרישום משכנתה וייפוי הכוח במסגרת הליך לביצוע פסק דין – שאינו הליך למימוש מכוח המשכנתה (שלא נרשמה). חרף האמור, הבנק לא פעל לנקיטת הליך מתאים בבית המשפט המוסמך לבירור תוקפה של ההתחייבות לרישום משכנתה, וממילא לא נקט הליך מתאים בהוצאה לפועל למימוש הנכס מכוח



בית משפט השלום בירושלים

ה"פ 36330-10-13 שביט נ' כונס הנכסים, עו"ד יששכר בר הלל

1 ההתחייבות וייפוי הכוח או מכוח המשכון (ככל שהיה נרשם). למעשה, מהראיות שהוצגו
2 עלה כי היו אלה המבקשים שהגישו הליך עצמאי כנגד הבנק. עיון בעדותה של המבקשת
3 ובמסמכים שהוצגו מעלה כי בשנת 2003 הגישו המבקשים תביעה נגד הבנק, במסגרתה
4 ביקשו, כך נראה, להצהיר שייפוי הכוח וההתחייבות לרישום משכנתה בטלים (ת"א
5 5161/03; עמ' 21 לפרוטוקול, שורות 12-15. ראו גם בדברי ב"כ המבקשת בסיכומים, בעמ'
6 29 לפרוטוקול, שורות 1-2). ממסמך שסומן כמוצג ת/1 עלה כי ביום 7.5.2002, סמוך לפני
7 הגשת התביעה, שלחה באת כוחם של המבקשים דאז מכתב למנהל הבנק, לבא כוח הבנק
8 ולכונס הנכסים. במכתב נכתב שקודם לחתימה על המסמכים האמורים התקיים סיור
9 בנכס בנוכחות מנהל סניף בנק מחנה יהודה ומנהל המחוז של הבנק. המבקשים טענו
10 שבהמשך לסיור האמור סוכם בין הצדדים שהשעבוד יוגבל לקוטג' הדרומי בלבד.
11 המבקשים טענו, על כן, כי הם חתמו על המסמכים מתוך אמונה בכך שהמשכון מוגבל
12 לקוטג' הדרומי בלבד. במכתב נכתב כי המבקשת נדהמה כשגילתה שהמסמכים עליהם
13 חתמו מתייחסים למגרש כולו ולא רק לקוטג' הדרומי, וטענה כי החתימה הייתה בהיסח
14 הדעת, ובטעות מהותית וחמורה היורדת לשורש המסמכים. במכתב נכתב עוד כי נוכח
15 העובדה שהבנק פעל לשם מימוש המשכון ביחס לכל המגרש, המבקשים מודיעים על ביטול
16 ייפוי הכוח הנוטריוני מחמת פגם זה והם יפעלו למחיקת הערת האזהרה. בהמשך למכתב
17 האמור הוגשה תביעה כנגד הבנק (וכנגד אליהו בראשי, מי שככל הנראה היה מנהל סניף
18 הבנק באותה עת). מסמכי התביעה, לרבות כתבי הטענות, לא הוגשו בהליך הנוכחי, אולם
19 הוגש מסמך מיום 10.9.2006, שהוא הסכמה שניתן לה תוקף של פסק דין (המסמך סומן
20 ת/2). בהסכמה, שבהמשך לה התביעה נמחקה ללא צו להוצאות, נכתב כך:

21
22 1. המבקשים קיבלו הבהרה מאת הבנק כי
23 הליכי ההוצאה לפועל המנוהלים כנגדם אינם
24 קשורים למשכנתא נשוא תביעה זו.

25
26 2. הצדדים מסכימים כי בשלב זה ימחקו
27 המבקשים את תביעתם ללא צו להוצאות
28 ובלבד שאם בעתיד יבקש הבנק לממש
29 המשכנתא נשוא תביעה זו תעמוד ל[מבקשים]
30 הזכות לטעון כל טענה שיבקשו (מבלי ש[הבנק]
31 מודה באמירה זו כי יש ל[מבקשים] טענה ראויה
32 כלשהי כנגד המשכנתא) ולא תטען טענה כלשהי
33 כי המבקשים מנועים מלטעון הטענה שיבקשו
34 בשל מחיקת הליך זה. (ההדגשות הוספו)

35
36 עיון במסמך מעלה שהצדדים הסכימו במפורש כי הליכי ההוצאה לפועל המנוהלים כנגד
37 המבקשים "אינם קשורים למשכנתא נשוא תביעה זו". ההסכמה קיבלה, כאמור, תוקף של
38 פסק דין. הסכמה זו – לא זו בלבד שעולה בקנה אחד עם החלטות רשמי ההוצאה לפועל



בית משפט השלום בירושלים

ה"פ 36330-10-13 שביט נ' כונס הנכסים, עו"ד יששכר בר הלל

- 1 שצוטטו לעיל, אלא ספק אם אינה יוצרת מעשה בית דין בין הצדדים, שעל פיו אין
2 למשכנתה קשר להליכי ההוצאה לפועל. בנסיבות אלה, דומה כי לכל הפחות היה על הבנק
3 להבהיר מדוע לשיטתו ניתן להחיל את הוויתור שנקבע בייפוי הכוח על אף הסכמת
4 הצדדים, לפיה הליכי ההוצאה לפועל אינם קשורים למשכנתה. הבנק לא התייחס כלל
5 לעניין זה. כפי שצוין בראשית הדברים, בהליך הנוכחי לא הוגשה תשובה מטעם הבנק,
6 אלא הבנק ביקש להצטרף לתשובה שהוגשה מטעם כונס הנכסים. מטעם הדברים, המידע
7 הרלוונטי – הן לעניין הסיור הנטען בנכס והגבלת ההתחייבות לשטח הקוטג' הדרומי בלבד,
8 והן לעניין ההסכמה שקיבלה תוקף של פסק דין – מצוי בידי הבנק ולא בידי כונס הנכסים.
9 על כן, בהיעדר תצהיר מטעם גורם כלשהו מטעם הבנק, לא ניתן היה לברר את שני
10 העניינים האמורים. להשלמת התמונה יצוין כי המבקשת ביקשה להגיש תצהיר ממלא
11 תפקיד בבנק, אשר הוגש לתיק ההוצאה לפועל במסגרת הדיון בבקשת המבקשת להפחתת
12 הריביות (התצהיר סומן ת/3). בתצהיר הועלתה טענה לפיה התביעה שהגישו המבקשים
13 כנגד הבנק נמחקה בין היתר על רקע הבטחת המבקשים לטפל בעצמם בנכס. בהיעדר
14 תצהיר ישיר מטעם גורם מן הבנק (ובהיעדר חקירה על תצהיר כאמור), לא ניתן היה לברר
15 טענה זו.
16
17 11. בסיכומים התייחס הבנק לסוגיית ההתחייבות וייפוי הכוח ונטען כי: "אפשר לומר
18 שזה לא מחייב כי פה לא מימוש משכנתה. לא שאין לבנק זכות קדימה, אבל טכנית
19 אנחנו מתבססים על מינוי כונס נכסים על סמך עיקול ולא משכנתה. אבל זה פורמלי לגמרי.
20 טענתי בהוצאה לפועל שהרשמת אבמן-מולר ציינה כי עלינו להודיע אם אנחנו מוותרים על
21 משכנתה, הודענו שאנחנו לא מוותרים על הטענה למשכנתה אבל ייתכן שלא יהיה בכך
22 צורך אם התמורה תכסה את החוב שלי בפני נושים אחרים" (עמ' 31 לפרוטוקול, שורות
23 36-32; עמ' 32 לפרוטוקול, שורות 1-2). מעמדת הבנק עולה כי לשיטת הבנק תחולתה של
24 המשכנתה רלוונטית רק לשאלת קדימות הבנק כנושה בעל משכון על פני נושים אחרים
25 בהוצאה לפועל. כלומר, טענת הבנק היא ששאלת המשכנתה רלוונטית רק במישור היחסים
26 של הבנק אל מול הנושים האחרים ולא במישור היחסים של הבנק אל מול המבקשת. לא
27 מצאתי לנכון לקבל עמדה זו. גם אם הבנק יוכל לטעון בעתיד במסגרת הליכי ההוצאה
28 לפועל שלא ויתר על טענתו למשכון (ואינני מחווה דעה לעניין טענה זו), אין בתשובה זו
29 כדי להבהיר האם במסגרת הליכי המימוש מכוח העיקול ניתן לעשות שימוש בהתחייבות
30 ובייפוי הכוח. בפרט, אין בתשובה זו כדי להבהיר, ראשית, אם ניתן לעשות כן חרף האמור
31 בהחלטות רשמי ההוצאה לפועל שראו להבחין בין שני סוגי ההליכים, ושנית – וזה העיקר,
32 חרף הסכמת הצדדים לפיה הליכי ההוצאה לפועל המנוהלים כנגד המבקשים "אינם
33 קשורים למשכנתא נשוא תביעה זו".
34



בית משפט השלום בירושלים

ה"פ 36330-10-13 שביט נ' כונס הנכסים, עו"ד יששכר בר הלל

12. בניגוד לטענת הבנק, סבורתני כי אין המדובר בעניין פורמלי בלבד. הלכה למעשה, משעה שהצדדים הסכימו שהתביעה שהגישו המבקשים כנגד הבנק תימחק, תוך שהובהר כי הליכי ההוצאה לפועל אינם מתייחסים למשכנתה, לא התקיים דיון בטענות לעניין תוקפם של ההתחייבות וייפוי הכוח. וכך, נוצר מצב שבו הטענות לגבי מסמכים אלה לא התבררו, וההליך הסתיים בהסכמה שהליכי ההוצאה לפועל אינם מתייחסים למשכנתה, וככל שהבנק יבקש לממש את המשכנתה יעמדו למבקשים טענותיהם ביחס אליה. בפועל, כאמור, הבנק לא ביקש לממש את המשכנתה ולא נקט הליך לבירור תוקפה. חרף האמור, מבקש הבנק כעת לממש את המשכנתה באופן עקיף, בדרך של אכיפת ההתחייבות וייפוי הכוח במסגרת הליך ההוצאה לפועל הנוכחי. כפי שנכתב בהחלטת רשמת ההוצאה לפועל (כתוארה אז) אבמן-מולר בשנת 2003, ככל שהבנק ביקש לנקוט הליכים מכוח המשכון, היה עליו לפנות לבית המשפט המוסמך לשם אכיפת המשכנתה, ולא לברר את השאלות לעניין תוקף המשכנתה אגב הליכי מימוש של פסק דין. אף שדברים אלה נאמרו ביחס להליך ההוצאה לפועל, הם יפים גם לעניין הנוכחי. משעה שהבנק הודה כי הליכי ההוצאה לפועל לא מתייחסים למשכנתה, לא ניתן לעשות שימוש במסמכים האמורים, שעניינם באותה משכנתה. על כן, העלאת הטענה כעת על ידי הבנק, לאחר שנמנע מבירור באופן ישיר, מעוררת קושי משמעותי.

אשר על כן, לגישתי הבנק לא יכול היה לעשות שימוש במסמכי ההתחייבות וייפוי הכוח במסגרת ההליך הנוכחי כמסמכים המעידים על ויתור מצד המבקשת, וזאת על רקע הסכמת הצדדים ובשים לב לכך שהליכי המימוש לא נפתחו לשם מימוש משכון. פרשנות זו גם מתיישבת עם לשון הויתור שנכלל בייפוי הכוח. עיון בייפוי הכוח מעלה כי המבקשים התחייבו במסגרתו "להסכים ולהצהיר שבמקרה של מכירת הנכס כתוצאה מממוש המשכנתה" הם מוותרים על זכותם לדיירות מוגנת לפי סעיף 33 וכן על זכותם לדיור חלוף לפי סעיף 38 לחוק ההוצאה לפועל. הואיל והליכי ההוצאה לפועל במסגרתם התבקשה מכירת הנכס הם כתוצאה מעיקול שהוטל על הנכס ולא "כתוצאה מממוש המשכנתה", ספק אם כלל יש תחולה לסעיף הויתור בייפוי הכוח.

13. לכאורה, יכול היה להיטען כי גם בהיעדרה של תחולה ישירה, ניתן ללמוד מן המסמכים האמורים על אומד דעת הצדדים וכוונתם לוותר על הגנת בית המגורים. טענה זו לא הועלתה בהרחבה על ידי המשיבים בהליך הנוכחי, ומכל מקום, סבורתני כי היא לא הוכחה בהליך הנוכחי.

על אף לשונה הבלתי מסויגת של ההתחייבות, המבקשת העידה כי היא סברה שההתחייבות הוגבלה למשכון על הקוטג' הדרומי בלבד (עמ' 23 לפרוטוקול, שורות 14-



בית משפט השלום בירושלים

ה"פ 36330-10-13 שביט נ' כונס הנכסים, עו"ד יששכר בר הלל

10). לשיטת המבקשת, המבקשים רצו למכור את הקוטג' הדרומי או למשכן אותו לטובת
הבנק כיוון שבאותה עת היה די בו כדי לכסות את סכום החוב. המבקשת נשאלה: "את
יודעת שאם את ממשכנת את הקוטג' את יודעת שלא תהיי דיירת מוגנת בו", והשיבה:
"בקוטג' הדרומי, כן. היום אני יודעת" (עמ' 23 לפרוטוקול, שורות 16-20). המבקשת
הוסיפה כי אילו ידעה שייפוי הכוח מתייחס גם לבית שלה, היינו, לקוטג' הצפוני, לא
הייתה חותמת (עמ' 23 לפרוטוקול, שורות 21-25). לשאלות בית המשפט השיבה המבקשת
כי היא אינה זוכרת את נסיבות החתימה על ייפוי הכוח או ההתחייבות לרישום משכנתה,
אך אישרה שהחתימה בוצעה בשל החוב לבנק (עמ' 24 לפרוטוקול, שורות 1-8). חרף
האמור, המבקשת עמדה על דעתה כי היא זוכרת שהחתימה אמורה הייתה להתייחס רק
לקוטג' הדרומי ולא הצפוני. זאת, כיוון שלגישתה "סכום החוב של אז יכול היה להיות
מכוסה מהקוטג' הדרומי" (עמ' 24 לפרוטוקול, שורות 11-15). המבקשת גם השיבה
שהבינה מההתחייבות לרישום משכנתה וייפוי הכוח לטובת הבנק כי הם מפסידיים את
הבית הקטן (עמ' 24 לפרוטוקול, שורה 36; עמ' 25 לפרוטוקול, שורה 1); ואף ציינה כי "מה
שאני יודעת שהיינו בטוחים, גם הבאנו אז מתווכים ואמרו לי שאנחנו יכולים לקבל את
הסכום של מיליון ש"ח עבור הקוטג' הדרומי עם חלקה של 750 מטר" (עמ' 23 לפרוטוקול,
שורות 11-12).

14. עמדה זו של המבקשת באה לידי ביטוי גם בשורה של מסמכים שהוגשו לתיק
ההוצאה לפועל במהלך השנים שבו התנהל. כך, למשל, עולה ממסמך שסומן מ/4, שבו טענו
המבקשים ביום 23.4.2002, לאחר מינוי כונס הנכסים, כי ניתן לבצע פרצלציה במגרש
ולאפשר מכירה של הקוטג' הדרומי בלבד. המבקשים טענו בהודעה לחלופין כי: "יצויין כי
בענייננו לא מדובר במימוש משכנתא. החייבים אמנם חתמו בטעות על הסכם מישכון
בסברם שהמישכון התייחס אך ורק לקוטג' שבדרום החלקה, כפי שהוסכם בינם לבין מנהל
סניף הבנק הזוכה מר אלי בראשי שנתן את ההלוואה לחייבים ומר מיכאל כהן, המנהל
האזורי של בנק לאומי בירושלים. החייבים יעתרו לקבלת פסק דין הצהרתי בהקשר לעניין
זה ויטענו שויתרו על ההגנות על בית המגורים לפי סעיפי חוק ההוצל"פ רק לגבי הקוטג'
שבדרום החלקה" (סעיף 8 לתגובה). בהמשך התגובה נטען: "החייבים ובנם מתגוררים
ומחזיקים בשני הקוטג'ים ולהם זכות להגנה של דיירים מוגנים בשני הקוטג'ים הנ"ל ואין
לפנותם מהנכס" (סעיף 10 לתגובה), וכי בכוונת המבקש "לעתור לפסק דין הצהרתי
שהסכם המישכון שנעשה בשעתו התייחס לקוטג' הדרומי בלבד אין הצדקה לדרוש עתה
שמאות על כל המקרקעין כולם" (סעיף 15 לתגובה). גם במסמך שסומן מ/3, שהוא בקשה
שהגישו המבקשים בתיק ההוצאה לפועל ביום 12.6.2011, נכתב כי כונס הנכסים "יודע
שאין די בהערת האזהרה שנציגי הבנק רשמו לטובת הבנק הזוכה על המגרש של המבקשים
בכדי לאפשר לזוכה את מימוש הנכס ובשל כך לא ננקטו הליכים לגביית 'חוב' שתפח ותפח



בית משפט השלום בירושלים

ה"פ 36330-10-13 שביט נ' כונס הנכסים, עו"ד יששכר בר הלל

1 במשך השנים" (סעיף 6 לתגובה); וכי: "[עו"ד... שבשעתו ייצגה את [המבקשת] הודיעה
2 לבנק ול[ב"כ הבנק] על ביטול ההתחייבות לרישום משכנתא והיפוי כח בטענה להפרתם על
3 ידי הבנק" (סעיף 16 לבקשה). טענות דומות נטענו גם אגב מינוי כונס הנכסים. זאת, בניגוד
4 לטענת המשיבים בהליך הנוכחי, לפיה ניתן ללמוד על הוויתור מכך שהמבקשים לא התנגדו
5 למינוי הכונס או להיקף סמכויותיו. המשיבים התבססו בעניין זה על פרוטוקול מדיון
6 בהוצאה לפועל מיום 13.2.2001. לפי הטענה, בדיון זה נטען כי המבקשים אינם מתנגדים
7 למינוי כונס נכסים. עיון בפרוטוקול מעלה כי אמנם, בא כוח המבקשים בדיון ציין כי
8 "ברמה עקרונית אין התנגדות לכונס נכסים", אולם בהמשך דבריו ציין במפורש כי: "אם
9 כי אני מבהיר כבר עתה כי עמדתם של החייבים כי אין צורך לממש את הקוטג' שבו הם
10 מתגוררים. וכן הם שומרים על כל טענותיהם לגבי כל מה שיהיה קשור בהליכי המימוש
11 ואופן המימוש". גם בהחלטה מהדיון נכתב כי: "אין צורך לומר כי שמורות לחייבים כל
12 זכויותיהם וטענותיהם בנוגע לאופן מימוש הנכס ובכלל זה אם יש צורך לממש גם את
13 הקוטג' שבו הם מתגוררים, ולשאלת הגנת בית מגורים". מסמך נוסף, שסומן מ/4, הוא
14 מסמך שנטען שהוגש להוצאה לפועל ביום 20.12.2010. המסמך עוסק בקושי למכור את
15 הנכס בשל קיומם של בעלים נוספים ובשל העובדה שעל המקרקעין מצויים שני בתים.
16 במסמך ישנה התייחסות גם לטענה לפיה ההתחייבות לרישום משכנתא התייחסה רק
17 לקוטג' הדרומי. וכך נכתב במסמך: "...הקשיים המשמעותיים המונעים מהחייבים לבצע
18 מכירה בגלל המצב המשפטי של קיום שני בתים במגרש, כך ששום התחכמות ושום ערפול
19 או טשטוש, יהיו גאוניים ומקוריים ככל שיהיו, לא יעזרו להתגבר על הבעיות שתחילתן
20 בפרצלציה ע"י חלוקת המקרקעין, המחייבת עריכת תוכנית חלוקה כשמצוי בעלים
21 במשותף על המקרקעין, שבעלות כל אחד מהם כמו הבעלות של החייבים המתפשטת בכל
22 אתר ואתר במקרקעין, לרבות באותו חלק מסוים במקרקעין עליו בנוי הקוטג' שבדרום
23 החלקה, שעליו דובר בהתחייבות לרישום משכנתא" (ההדגשה הוספה). טענות דומות
24 הועלו גם במסמכים שצורפו לבקשה לפטור מהפקדת ערובה להבטחת הוצאות המשיב
25 (מסמך שהוגש בדיון ההוכחות וסומן מ/7), וגם בבקשת רשות ערעור שהגישה המבקשת על
26 החלטת רשם ההוצאה לפועל להורות על דיור חלוף (רע"צ 22811-08-12).

27
28 ממסמכים אלה עולה כי טענות לעניין היקף ההתחייבות הועלו במהלך השנים גם
29 במסגרת הליך ההוצאה לפועל, וכפי הנראה, גם בתביעה שהגישו המבקשים נגד הבנק.
30 מחומר הראיות שהוצג לפני עולה כי טענות אלה לא התבררו לגופן – לא במסגרת הליך
31 ההוצאה לפועל; ככל הנראה לא במסגרת התביעה שהגישו המבקשים כנגד הבנק, ואשר
32 הסתיימה בהסכמה שהליכי ההוצאה לפועל אינם מתייחסים למשכנתא; וגם לא בהליך
33 הנוכחי. אל מול טענות המבקשת בדבר תחולה מצומצמת של המסמכים על הקוטג' הדרומי
34 בלבד לא באה עמדה של הבנק. לא הוגשה תגובה מטעם הבנק ולא הוגש תצהיר של גורם



בית משפט השלום בירושלים

ה"פ 36330-10-13 שביט נ' כונס הנכסים, עו"ד יששכר בר הלל

1 שהיה מעורב בחתימה על ההתחייבות לרישום משכנתה וייפוי הכוח. בנסיבות אלה, לא
2 ניתן היה לברר לעומק את הטענות לעניין הסכמות הצדדים בזמן אמת, באופן שיש בו כדי
3 ללמד על אומד דעתם.

4
5 15. כונס הנכסים טען כי בצו המינוי הוא הוסמך לעשות בנכס שורה ארוכה של
6 פעולות, לרבות תפיסת חזקה ביחידות השונות המרכיבות את הנכס; מכירת זכויות
7 החייבים בנכס, כולן או חלקן, וכן ביצוע הפינוי בכפוף לזכויות החייבים לדיור חלוף לפי
8 סעיף 38 לחוק ההוצאה לפועל. כונס הנכסים ביקש ללמוד מנוסח זה כי הזכות היחידה
9 שניתנה במסגרת צו הכינוס היא לדיור חלוף ולא להגנת בית המגורים. עוד טען כונס
10 הנכסים כי על אף הנוסח האמור, המבקשים לא התנגדו לצו למינוי כונס הנכסים.

11
12 עיון בהשתלשלות העניינים שהובילה למינוי כונס הנכסים – ולמצער, זו שהוצגה
13 לפניי בהליך הנוכחי – מעלה ספק אם יש ללמוד מעצם מינוי כונס הנכסים על ויתור
14 המבקשים על הגנת בית המגורים. ראשית, בהחלטה שקדמה לחתימה על הצו נכתב
15 במפורש שאין המבקשים מוותרים על זכות כלשהי. לעניין זה משמעות על רקע הדברים
16 שנאמרו בפרוטוקול הדיון שקדם למינוי הכונס, ולפיהם המבקשים שומרים על טענתם
17 לפיה אין צורך לממש את הקוטג' הצפוני. שנית, ההתייחסות שהוספה על ידי רשם ההוצאה
18 לפועל לאפשרות לקבלת דיור חלוף אין משמעה בהכרח שהכללת יסוד זה מוציאה את
19 האפשרות להכרה בדיירות מוגנת. זאת, ולו מן הטעם שהחלטה על קיומה או היעדרה של
20 הגנת בית מגורים אינה מצויה בסמכותו של רשם ההוצאה לפועל, אלא בסמכותו של בית
21 המשפט. לזאת יש להוסיף כי רשם ההוצאה לפועל אף כתב בהחלטתו במפורש כי יש מקום
22 למנות כונס נכסים, אולם ציין כי: "אין צריך לומר כי שמורות לחייבים כל זכויותיהם
23 וטענותיהם בנוגע לאופן מימוש הנכס ובכלל זה לשאלה אם יש צורך לממש גם את הקוטג'
24 שבו הם מתגוררים, ולשאלת הגנת בית מגורים". שלישית, גם בהחלטות המאוחרות
25 לחתימה על הצו למינוי כונס נכסים הובהר במפורש כי כונס הנכסים אינו פועל מכוח
26 משכנתה או משכון, אלא מכוח צו העיקול (כאמור בהחלטת כב' הרשמת (כתוארה אז)
27 (אבמן-מולר), ועל כן, ספק אם די בכך כדי ללמוד על ויתור המבקשים על ההגנה.

28
29 16. המסקנה מן האמור לעיל היא שעל אף לשונה של ההתחייבויות ובעיקר של ייפוי
30 הכוח, מתעורר ספק באשר להסכמת הצדדים לגבי תחולתם של המסמכים האמורים ביחס
31 לקוטג' הצפוני. בהליך הנוכחי לא נשמעה עדות כלשהי ביחס לנסיבות החתימה על ייפוי
32 הכוח וההתחייבות לרישום משכנתה. הראיות שהוצגו באשר להתנהלות הצדדים עובר
33 למינוי כונס הנכסים מעידה על כך שהייתה מחלוקת בין הצדדים ביחס לפרשנות מסמכים
34 אלה. המבקשת – שהיא בלבד נחקרה בהליך הנוכחי – הציגה פרשנות משלה, שלא באה



בית משפט השלום בירושלים

ה"פ 36330-10-13 שביט נ' כונס הנכסים, עו"ד יששכר בר הלל

1 לה תגובה. בהיעדר נתונים ברורים על ההליך שהתנהל בין הצדדים ואשר הוביל למתן
2 תוקף של פסק דין להסכמת הצדדים לפיה הליכי ההוצאה לפועל אינם מתייחסים
3 למשכנתה, לא ניתן לקבוע בבירור מה היה אומד דעת הצדדים ביחס למסמכים האמורים.
4 סימני שאלה אלה מעוררים ספק אם די בעצם החתימה על ההתחייבות וייפוי הכוח כדי
5 ללמד על כוונת המבקשים לוותר על הגנת בית המגורים ביחס למגרש כולו. מכל מקום, לא
6 ראיתי צורך להכריע בעניין זה, כיוון שדברים אלה נאמרים למעלה מן הנדרש, שכן כאמור,
7 לגישתי די בהסכמת הצדדים על כך שהמשכנתה אינה חלק מהליכי ההוצאה לפועל כדי
8 לשלול החלה של המסמכים בהליך הנוכחי.

9

10 17. טרם סיום ראיתי להתייחס לשני עניינים נוספים שהועלו על ידי המשיבים.
11 ראשית, המשיבים טענו שהתובענה התיישנה או לחלופין הוגשה בשיהוי ויש לדחותה
12 מטעם זה. המשיבים התבססו על תגובה שהוגשה להוצאה לפועל בשנת 2002, אז הועלתה
13 הטענה על ידי המשיבים (התגובה הוגשה בדיון ההוכחות וסומנה מ/4). אין לקבל טענה זו.
14 גם אם טענות לעניין הגנת בית המגורים הועלו עוד בשנת 2002, אין לומר כי התביעה
15 התיישנה. כפי שציין רשם ההוצאה לפועל בהחלטתו לעניין הפחתת הריביות, בפועל היו
16 שנים ארוכות שבהן לא נעשה דבר בתיק ההוצאה לפועל, ועל כן, ספק אם טענה זו הייתה
17 רלוונטית. רק בשנת 2012 החלו בפועל הליכי המימוש עת ניתנה ההחלטה על דיור חלוף.
18 זה היה המועד שבו התעורר הצורך לדון בטענות המבקשים לדיירות מוגנת, ובשלב זה פנו
19 המבקשים לבית המשפט לבירור זכויותיהם. לזאת יש להוסיף כי המבקשים הם אלה שפנו
20 בתביעה עצמאית נגד המשיבים לבירור טענותיהם ביחס לתוקף ההתחייבות וייפוי הכוח
21 עוד בשנת 2003. משעה שהצדדים הסכימו בגדרי התביעה ההיא כי המבקשים יוכלו
22 להעלות טענותיהם לעניין המסמכים האמורים ככל שהבנק יפעל למימוש המשכנתה,
23 ממילא עמדה למבקשים האפשרות לטעון זאת כעת. שנית, הבנק טען בסיכומים כי
24 המשכנתה לא נרשמה בשל העובדה שהמבקשים היו צריכים להשלים את רישום הנכס על
25 שמם וכן כיוון שהמבקשים היו צריכים להסיר עיקולים שהוטלו על המקרקעין. על כן טען
26 הבנק כי אין לתת למבקשים ליהנות כעת מפרי מחדלם. טענות אלה נטענו ללא תימוכין
27 כלשהם. כך, לא הובהר מה המניעה לרישום המשכנתה בשים לב לעובדה שאין חולק על
28 כך שהמבקשים רשומים בפועל כבעלי המקרקעין. בנוסף, לא הובהר אם הבנק פעל במשך
29 השנים לחייב את המבקשים להסיר את העיקולים לשם רישום המשכנתה (בהנחה שזו
30 הייתה הסיבה להיעדר הרישום). כפי שצוין לעיל, על אף שהבנק הופנה על ידי רשמי הוצאה
31 לפועל לנקוט הליך עצמאי לבירור מעמד המשכון, הוא ביכר שלא לעשות כן. לפיכך, הטענה
32 לפיה אין לאפשר למבקשת לצאת נשכרת ממחדלה שלה לא הוכחה על ידי הבנק.

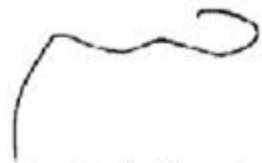
33



בית משפט השלום בירושלים

ה"פ 36330-10-13 שביט נ' כונס הנכסים, עו"ד יששכר בר הלל

18. התוצאה מן האמור לעיל היא שאין ללמוד מהמסמכים עליהם חתמו המבקשים ויתור על הזכות לדיירות מוגנת מכוח סעיף 33 לחוק הגנת הדייר ביחס לכל המקרקעין, ולו במסגרת הליכי ההוצאה לפועל הנוכחיים. כפי שצוין לעיל, המבקשים טענו בהליך ההוצאה לפועל וכן בהליך שלפניי כי הוויתור התייחס לקוטג' הדרומי בלבד. גם בדיון ההוכחות העידה המבקשת כי "בתביעה הזו אני מבקשת שיצהירו עליי כדיירת מוגנת בקוטג' הגדול כי את השני אני מעוניינת להשכיר כפי שרציתי כל השנים האלה ונמנע ממני" (עמ' 20 לפרוטוקול, שורות 24-28). המבקשת אף העידה כי היא מבינה שלא תהיה דיירת מוגנת בקוטג' הדרומי (עמ' 23 לפרוטוקול, שורות 19-20). בנסיבות אלה, הואיל והמבקשת בעצמה הצהירה כי הדיירות המוגנת שלה מוגבלת, לשיטתה, לקוטג' הצפוני בלבד, לא מצאתי לנכון להצהיר על קיומה של דיירות מוגנת מעבר לאמור. מטבע הדברים, אין בהחלטה זו כדי לקבוע דבר בנוגע לאפשרות לערוך פרצלציה או למכור חלק מהנכס בלבד.
19. התוצאה היא, על כן, כי דין התביעה להתקבל בחלקה במובן זה שיוצהר כי המבקשת לא ויתרה על זכותה לדיירות מוגנת ביחס לקוטג' הצפוני שנבנה על המקרקעין ושבו היא מתגוררת. המשיבים יישאו בהוצאות המבקשת ובשכר טרחת עו"ד בסך כולל של 20,000 ש"ח. בשולי הדברים אוסיף כי על אף שהניסיונות לסיים את ההליך בפשרה לא צלחו, יש לקוות שבעלי הדין יפעלו במשותף למציאת פתרון מוסכם.
- ניתן היום, י"ח אב תשע"ט, 19 אוגוסט 2019, בהעדר הצדדים.



קרן אזולאי, שופטת