

משכנתא בנקאית בכלל ומשכנתא על בית מגורים בפרט – סקירה ביקורתית

מאת

ריקרדו בן-אוליאל*

המשכנתא הבנקאית היא חוזה נלווה לחוזה הלוואה. לעתים מלווה ולווה הם הצדדים לחוזה המשכנתא, אך במקרים מסוימים הממשכן אינו זה שנהנה מן האשראי. מצב מיוחד ייווצר גם כשמוכר וקונה מעבירים את זכויותיהם לבנק המלווה ויוצרים עמו מערכת יחסים משולשת. המאמר דן בסוגיות הנזכרות.

שאלה מרכזית נוספת נוגעת לסיכונים הנובעים מן העסקה לצדדים בה. ראשית, בעניין פירוש של החוזה; שנית, כשהלקוחות מתנהגים בחוסר תום לב ומנסים להטעות את הבנק; שלישית, כשטענת הלקוחות היא שלא הוסברו להם כראוי המורכבויות שבחוזה והתוצאות המחמירות הנגזרות מהפרתו.

משכנתא על בית מגורים היא סוגיה המעוררת ויכוחים נוקבים בפני בתי המשפט. השאלות העיקריות הן כדלקמן: קווי יסוד של הסוגיה על פי הדין החקיקתי והשיפוטי; תוקפם של סעיפים בחוזה המסכנים את הזכות לדיור של הלקוח ושל משפחתו, המוכרת כזכות חוקתית; אחריות הבנק במתן אשראי; הפעלת דין הסיכול כשאי-אפשר להחזיר את סכום הלוואה מסיבות לא צפויות, שהלקוח אינו יכול להתגבר עליהן; והצורך לאזן בין הזכות החוקתית הקניינית של הבנק על כספו לבין הזכות החוקתית לדיור של הלקוח ושל משפחתו.

א. על הסוגיה בכלליות. 1. דברי פתיחה; 2. משכנתא: המושג והמינוח; 3. משכנתא ואשראי: החוזה כחוזה נלווה; ב. משכנתא בנקאית: הצדדים לחוזה. 1. חוזה דו-צדדי ומערכת משולשת; 2. מיהו הממשכן?; ג. בעייתיות משפטית מיוחדת: סיכונים העסקה לצדדים. 1. סיכונים לכל הצדדים: פרשנות החוזה; 2. סיכונים הרובצים על הלקוח ועל צדדים אחרים; 3. סיכונים הרובצים על התאגיד הבנקאי בשל התנהגות הלווה; ד. משכנתא על בית מגורים והבעייתיות במימושה. 1. פתיחה; 2. התערבויות המחוקק; 3. התערבויות המחוקק: סיכום; 4. עמדתם של בתי המשפט; 5. עמדת בתי המשפט: סיכום; 6. עמדת בנושא: שיקולים חוזיים; ה. סיכום ומסקנות.

* פרופסור מן המניין (אמריטוס) בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. מרצה במרכז האקדמי כרמל. מאמר זה הוא פרק בספר האמור להתפרסם בקרוב. ברצוני להודות ללירן חיים וליוני שליו ריבה על תרומתם הרבה בהשגת החומר המחקרי ועל עזרתם בהכנת מאמר זה.

א. על הסוגיה בכלליות

1. זברי פתיחה

(1) כידוע, משכנתא היא אחת הבטוחות המורכבות והמסוכנות הניתנות על ידי לווה ואילו בעיני המלווה היא נחשבת בטוחה טובה ויעילה במיוחד. לעתים המשכנתא כרוכה בסיכונים רבים כלפי שני הצדדים, בעיקר כלפי מי שצריך לבטח באמצעותה את האשראי שהוענק לו. הלכה למעשה הסיכון גדל כשהלווה הוא אזרח ממוצע הממשכן את דירת המגורים שלו ושל משפחתו כדי לבטח את האשראי שקיבל מתאגיד בנקאי לצורך רכישת הדירה.

במחקר זה ברצוני לנתח ולשקול את הבעייתיות הכרוכה במשכנתא בכלל ובמשכנתא הבנקאית בפרט, ובעיקר את זו הנוצרת במשכון בית מגורים. מבחינה מתודולוגית אמנע מההתייחס לפרטי פרטים של ההסדר הכללי החל על משכנתא¹ ואדון במיוחד בשאלות העיקריות המתעוררות במישור היחסים בין בנק ללקוחו.

משכנתא היא עסקה חוזית. ליתר דיוק היא קמה כחווה המלווה חוזה אחר² שהוא הלוואה. הלוואה היא עסקת אשראי טיפוסית ועל כן היא מתאפיינת באמון שצריך להתקיים בין הצדדים לה.³ מובן כי אילו היה אמון זה מוחלט לא היה צורך בעסקת המשכנתא. מכיוון שלא כך הם פני הדברים, תכלית המשכנתא היא להשלים את החסר ביחסי האמון בין המלווה ללווה.

אם כן, משכנתא הניתנת לתאגיד בנקאי היא חוזה המלווה חוזה בנקאי אחר שהוא ההלוואה. משכנתא זו היא עצמה חוזה בנקאי מיוחד. בהמשך אעסוק בנייתוח החוזה

1 על מהותה של המשכנתא ועל ההסדרים החלים עליה ראו במיוחד את ספרו של דוד פולק, *משכנתא במקרקעין* (מהדורה שנייה, תשס"ב).

2 יש לזכור כי נוסף על המשכנתא ההסכמית יש שעבודים סטוטוריים על מקרקעין שיאפשרו גביית כספים, לדוגמה: שעבוד לטובת שר האוצר להבטחת ערבות מדינה, שעבוד לטובת האפוטרופוס הכללי להחזר הוצאות של ניהול נכסים ושעבוד לגביית קנסות לטובת אוצר המדינה. ראו שם, בעמ' 67 ואילך. אופייה של המשכנתא כחוזה נלווה מתבטא בהסדר של ביטחונות אחרים. על מאפיין זה בהקשר של ערבות ושל משכון באופן כללי ראו ריקרדו בן-אוליאל, דיני בנקאות – ערבות לטובת תאגיד בנקאי ומשכון של נכסים נדים וניירות ערך (תשס"ב) (להלן – בן-אוליאל, "ערבות לטובת תאגיד בנקאי"), בעמ' 23 ואילך, 96 (הערה 6).

3 על ההלוואה באופן כללי ראו את דברי בחיבור הדוקטורט שלי: ריקרדו בן-אוליאל, *The Juridical Nature of the Bank: Depositor Relationship et seq* 125 (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, האוניברסיטה העברית, תשל"ז) (להלן – בן-אוליאל, "Depositor Relationship"). אשר למושג "עסקת אשראי" ראו, Ricardo Ben-Oliel, "Elements for a Legal Definition of Commercial Banking: A Comparative View", 16 *Isr. L. Rev.* (1981) 499, p.510.

והסיכונים הנובעים ממנו לכל הצדדים המעורבים. לאחר מכן, כאמור, אתמקד בשאלות המיוחדות המתעוררות כשהמשכנתא רובצת על בית מגורים.

2. משכנתא: המושג והמינוח

(2) אחד המאפיינים של דין המשכנתא בארץ הוא הדרך הלקונית שבה המחוקק מתייחס לדין מיוחד זה.⁴ בכך אימץ המחוקק עמדה שונה מזו המתבטאת בחקיקת המדינות השונות.⁵ ליתר דיוק – ובהתאם למדיניות העומדת מאחורי חקיקה אחרת, שעל פיה ראוי להגביל את התערבות המחוקק⁶ – התקבל אצלנו חוק אחד הוא חוק המשכון, התשכ"ז-1967. חוק זה קובע דין כללי החל על כל סוג של שעבוד נכס כערוכה לחיוב.⁷ כך, למשל, נדחתה התפיסה המסורתית הנוהגת בכמה מדינות שלפיה מבחינים בין המונחים "משכון" ל"משכנתא" בהתאם לסוג הנכס המשוועבד. לפי תפיסה זו המשכנתא חלה על מקרקעין⁸ ועל כן סוג הנכס – מיטלטלין או מקרקעין – הוא הקריטריון שבבסיס ההבחנה בין "משכון" ל"משכנתא".

על אף המשמעות הכוללת של המונח "משכון" – ולפי עמדתו של ויסמן⁹ – המחוקק גם מייחס למונחים הנדונים משמעויות שונות כשהוא מקשר את המונח משכנתא למשכון של נכסים מוחשיים, בלי להבחין בין מיטלטלין לבין מקרקעין.¹⁰

4 התייחסות מפורשת ומקוצרת לדין המשכנתא נמצאת בסעיפים 85-91 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, ס"ח 259. התערבויות חקיקתיות שונות התרחשו במשך השנים באשר לעניין מימוש המשכנתא. על הסוגיה ראו סעיף ד' למאמר זה בעמ' 159 ואילך.

5 ככלל, הקודים האזרחיים האירופיים כוללים הסדרים ארוכים ומפורטים בעניין בטוחה זו. כך, למשל, בצרפת הוסדר הנושא בסעיפים 2114 עד 2203-1 של הקוד סיביל (Code civil, Art. 2114-2203-1); באיטליה הוסדר הנושא בסעיפים 2808 עד 2899 (Codice civile, Art. 2808-2899) ובפורטוגל – מסעיף 686 עד סעיף 732 (Código civil, Art. 686-732).

6 הסגנון התמציתי מתבטא אצלנו בהסדרים חוזיים אחרים. כך, למשל, בעניין המתנה והשליחות. במקרים אחרים המחוקק אף שותק, כפי שקורה לגבי ההלוואה הרגילה. אשר לחוזה מתנה ראו, למשל, מרדכי ראבילו, חוק המתנה, תשכ"ח-1968 – פירוש לחוקי החוזים מיסודו של ג' טדסקי (תשנ"ז) בעמ' 23; בעניין שליחות ראו, למשל, ריקרדו בן-אוליאל, "הסוכנות המסחרית" Commercial Agency "כמבט השוואתי – הצורך בהסדר חקיקתי", הפרקליט מ (תשנ"א) 67.

7 יהושע ויסמן, חוק המשכון, תשכ"ז-1967 – פירוש לחוקי החוזים בעריכת ג' טדסקי (תשל"ה) בעמ' 16 ואילך (להלן – ויסמן, "חוק המשכון").

8 ראו, למשל, את הסעיפים הבאים של הקודים האזרחיים: בצרפת, סעיף 2114 (Code civil, Art. 2114); באיטליה, סעיף 2810(1) 2810(1) (Codice civile, Art. 2810(1)); בפורטוגל, סעיף 686(1) 686(1) (Código civil, Art. 686(1)). ראו, למשל: Jean Carbonnier, Droit Civil: Les Biens (1998) p.64.

9 ויסמן, "חוק המשכון" (לעיל, הערה 7) בעמ' 10.

10 על הסוגיה הטרימינולוגית באשר למונחים "משכון", "משכנתא" ו"שעבוד" ראו שם.

יש לציין כי הסגנון הטרימינולוגי המאפיין את הדין הכללי של המשכנתא אינו מתבטא בתחום הבנקאי. בהקשר זה, ככלל, הנכס המשועבד לטובת התאגיד הבנקאי נוגע למקרקעין, לרוב לדירת מגורים של אדם המקבל אשראי בנקאי.

3. משכנתא ואשראי: החוזה כחוזה נלווה

(3) כידוע, חוזה המשכנתא אינו נהנה מעצמאות משפטית. החוזה אינו נכרת אלא אם נעשה גם חוזה אחר למתן אשראי, שאת קיומו באה המשכנתא להבטיח. בעוד שהחוזה למתן אשראי יכול להתקיים בלי שמושכן נכס כלשהו, עצמאות כזו אינה מאפיינת את המשכנתא. על סמך נתון זה יש לסווג את חוזה המשכנתא כחוזה נלווה הצמוד לחוזה אחר שהוא החוזה העיקרי.¹¹

ליתר הבהרה: הטפילות לחוזה אחר אינה נוגעת רק לקיומו של החוזה הנלווה. טפילות כזו מתבטאת גם בקשר ההדוק שבין ההסדר המשפטי של החוזה העיקרי לבין זה של החוזה הנלווה. כמה הוראות בחוק המשכון מדגימות את המצב. ראשית, סעיף 1(א) קובע כי "משכון הוא שעבוד נכס כערובה לחיוב" וכי "הוא מזכה את הנושה להיפרע מן המשכון אם לא סולק החיוב". סעיף זה מדגיש את היחס הפונקציונלי בין שני החיובים – אלו הנובעים מן החוזה העיקרי ואלו הנובעים מן החוזה הנלווה. הוראות אחרות של חוק המשכון מחזקות כלל יסוד זה. כך גם סעיף 15(א), בקביעתו כי "חדל החיוב, יפקע המשכון"; באותה רוח נקבע בסעיף 16(א) כי "לא קיים החיוב במועדו, רשאי הנושה לממש את המשכון".

הטפילות של חוזה המשכנתא באה לידי ביטוי גם כשממושכן נכס של אדם כערובה לחיוב של אדם אחר. במצב כזה דינו של בעל הנכס הוא כדין הערב (סעיף 12 לחוק המשכון). על כן, למשל, עומדות לו – בדומה לדין הערבות – אותן ההגנות שיש לחייב כלפי הנושה.¹²

כל אלה מתקיימים בהנחה שהחוזה שאותו המשכנתא באה להבטיח הוא שריר וקיים, שאם לא כן אין למשכנתא זכות קיום ודינה להתבטל.

11 זאת תופעת האקסצוריות או הטפילות. תופעה זו מוכרת בדין של מדינות אירופיות שונות כגון צרפת, איטליה, ספרד ופורטוגל. בכל זאת, בשוויץ ובגרמניה גם מוכרת המשכנתא ה"עצמאית" ביחס לחוב, במובן שטענות הגנה בהקשר ההלוואה אינן אפשריות במסגרת המשכנתא. על כך ראו, למשל, Michel Cabrillac, Christian Mouly, *Droit des Sûretés* (2002) pp. 768 et seq; Angel Perera, Encarna Lobato, Manuel López, *Tratado de los Derechos de Garantía* (2002) p. 460; Maria Isabel Campos, *Da Hipoteca: Caracterização, Constituição e Efeitos* (2003) pp. 86 et seq.

12 ראו סעיף 7 לחוק הערבות, תשכ"ז-1967, ס"ח 46. על הביטויים השונים של הטפילות המאפיינת דין זה ראו בן-אוליאל, "ערבות לטובת תאגיד בנקאי" (לעיל, הערה 2) בעמ' 23 ואילך.

כאמור, משמעות הטפילות היא בכך שקיומו של החוזה הנלווה וההסדר המשפטי שחל עליו כרוכים באופן אינהרנטי בקיומו ובהסדר של החוזה העיקרי. כעת נשאלת השאלה אם העצמאות שממנה נהנה החוזה העיקרי היא מוחלטת או שגם הסדר המשפטי מושפע מהדינים המסדירים בעניין המשכנתא. התשובה לכך היא בחיוב. כך, דרך משל, כאשר הוסכם בחוזה כי פקיעת המשכנתא בשל הרס הנכס הממושכן עשויה להוביל להקדמת המועד של סילוק החוב שהמשכנתא באה להבטיח.¹³ מהאמור עולה כי תהיה אשר תהיה מידת השפעתו של החוזה הנלווה על פרט זה או אחר של החוזה העיקרי, ברי כי שינוי קיים ובכללותו משתנה החוזה העיקרי בשל קיומו של החוזה הנלווה. ליתר הבהרה: עם משכון הנכס משתנה אופייה של זכות הנושה להחזר האשראי. קודם הייתה זכותו *in personam*, אך עם כריתתו של החוזה הנלווה מקבלת זכות הנושה צביון חדש – זכות *in rem*. כידוע, שינוי כזה משפיע לא רק על יחסים שבין הנושה לחייב אלא גם על האינטרסים של צדדים אחרים.¹⁴

ב. משכנתא בנקאית: הצדדים לחוזה

1. חוזה דו-צדדי ומערכת משולשת

(1) המשכנתא הבנקאית היא חוזה. החוזה נכרת בין התאגיד הבנקאי¹⁵ לבין הממשכן. לעתים קל לקבוע שהממשכן הוא הלקוח שכן הוא האדם שמקבל מן הבנק את האשראי הדרוש (או חלק ממנו) לרכישת המקרקעין. בנסיבות אחרות אדם משעבד את נכסיו כערוכה להחזר האשראי, הניתן למעשה לאדם אחר.¹⁶ לפיכך לעתים המשכנתא נראית בבירור כחוזה דו-צדדי ובמקרים אחרים היא מבוססת על מסגרת משולשת. במקרים מהסוג האחרון חשוב לסווג את מעמד המשפטי של כל המעורבים בעסקה וזאת לצורך הבנת ההסדרים החלים עליהם.¹⁷

13 ראו סעיף 21 לחוק המשכון, תשכ"ז-1967, ס"ח 48.
14 בן-אוליאל, "ערבות לטובת תאגיד בנקאי" (לעיל, הערה 2) בעמ' 98 והמקורות הנזכרים שם.
15 על תאגידי בנקאיים ראו סעיף 4 לחוק הבנקאות (רישוי), תשמ"א-1981, ס"ח 232.
16 באשר להגדרת ה"חייב" ראו סעיפים 3(א) ו-24 לחוק המשכון.
17 חרף זאת, במקרה הנזכר לא חל הבדל במעמד הבסיסי של שני אלו בפני הבנק. אמנם, הבנק עומד בפני "לקוח" ובפני אדם אחר הנהנה מזכויות הלקוח. ה"לקוח" הוא האדם המקבל שירות בנקאי ובמקרה זה השירות הוא מתן האשראי. עם זאת, אדם הממשכן נכס כערוכה לחיוב של אדם אחר, דינו כדין ערב – ועל הערב חלים דיני לקוח-בנק. על כך ראו סעיף 12 לחוק המשכון וסעיף 17א לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), תשמ"א-1981, ס"ח 258.

אם לא די בכך, בנסיבות מסוימות המערכת המשולשת מסתבכת עוד יותר, למשל כשגם מוכר הדירה וגם קונה הדירה משעבדים לטובת הבנק זכויות הנוגעות לנכס הנמכר. במקרה מעין זה מדובר בטכניקה מיוחדת למתן אשראי. בנסיבות כאלה תתעורר לא רק שאלת זהותם של הצדדים שבמעמד "לקוח" אלא גם – ובעיקר – שאלת ההגדרה של זכויות הבנק כלפי צדדים אלה. נשקול, למשל, את פרשת עיזבון דייפני רומיה נ' בנק טפחות לישראל בע"מ.¹⁸

נביא בקצרה את מסכת העובדות העיקריות: בעלה של המנוחה נפטר בתאריך 14.2.1992 ועיזבונו עבר בשלמותו לבנו. כך קרה שמחצית מהזכויות בדירה הנדונה עברו לבעלותו של בן המנוחה והמחצית השנייה נותרה בידיה.

ביום 11.2.1994 נחתם חוזה מכר בין המנוחה לבין בנה וכלתו ובו התחייבה הראשונה למכור את שארית זכויותיה בדירה לקונים. לצורך הרכישה של יתרת הזכויות בדירה קיבלו הקונים מן הבנק המשיב אשראי שהוענק להם על ידי ארבע הלוואות שונות. כערוכה לחיוב משכנו הקונים את כל זכויותיהם בדירה לטובת הבנק. נוסף על כך, ובהתאם לבקשתו של הבנק המלווה, חתמה המוכרת על כתבי התחייבות לרישום משכנתא לטובתו לגבי כל ההלוואות. בהסתמך על כתבי ההתחייבות הנזכרים נרשמו בלשכת רישום המקרקעין בחיפה ארבע הערות אזהרה לטובת הבנק.

בהמשך התברר כי זכויות המוכרת לא הועברו לידי הקונים ומכאן הן גם לא נרשמו על שמם במרשם המקרקעין. בהמשך, הקונים לא החזירו לבנק את ההלוואות שהתקבלו לצורך רכישת הדירה וכתוצאה מכך פתח הבנק בהליכי הוצאה לפועל כדי לממש את המשכון.

במצב כזה עומדת מאחורי המשכנתא מערכת משפטית משולשת ומיוחדת מבחינת תוכנה. במקרה הנדון צורך המשכון של זכויות הקונים על הדירה אל כתבי התחייבות שכתבה המוכרת לרישום משכנתא לטובת הבנק. המיוחד שבפסקה זו מתבטא בעצם העובדה שהמשכנתא לא חלה ישירות על הנכס הנמכר משום שלבנק הועברו זכויות אחרות על ידי מוכר וקונה.

הרציונל העומד מאחורי הסדר זה הוא שבעת קבלת ההלוואה כלל אין ביכולתו של הלקוח לשעבד את הנכס שהוא אמור לרכוש תמורת הכסף שהוא מקבל באשראי. אם כך,

18 רע"א 9182/00 עיזבון דייפני רומיה נ' בנק טפחות לישראל בע"מ, פ"ד נט(4) 1 (להלן – עניין רומיה). ראו גם רע"א 8792/00 שטיינמן נ' בנק "משכון", בנק הפועלים למשכנתאות, פ"ד נו(5) 593; רע"א 2550/01 בירס נ' משכון בנק הפועלים למשכנתאות (פורסם בנבו) (להלן – עניין בירס); רע"א 3215/03 שלם נ' בנק לאומי למשכנתאות בע"מ, פ"ד נח(2) 677 (להלן – עניין שלם); ע"א 4407/06 בנק הפועלים בע"מ נ' זכריה, פסקה 22 לפסק דינה של השופטת עדנה ארבל (פורסם בנבו) (להלן – עניין זכריה); רע"א 203/08 פראג' נ' בנק דיסקונט למשכנתאות בע"מ (פורסם בנבו); ע"א 8537/06 סויסה נ' בנק לאומי למשכנתאות בע"מ, פסקה 8 לפסק דינו של השופט אליעזר ריבלין (פורסם בנבו) (להלן – עניין סויסה); ע"א 2142/07 צירינג נ' משכון בנק הפועלים למשכנתאות בע"מ, פסקה 12 לפסק דינה של השופטת אסתר חיות (פורסם בנבו) (להלן – עניין צירינג).

מצב כזה מעורר שאלה לגבי מעמד הבנק במקרה שבו החוזה שבין המוכר לקונה מתבטל. תוך כדי התייחסות לסוגיה הבחין בית המשפט העליון בצדק בין משכון של זכויות הקונים לבין קיום משכנתא על הדירה. אלו דבריו של השופט ריבלין:

ביטול הסכם המכר מצמצם אפוא את האפשרויות של הבנק, אך מכך אין ללמוד כי מקום בו ההסכם שריר וקיים עומדת לבנק האפשרות לרדת לדירה במישרין. קיומו של הסכם המכר אינו הופך את המשכון על זכותם החוזית של הקונים למשכנתא על הדירה.¹⁹

על כן, אם אין לבנק משכנתא על הדירה אלא משכון על זכויות הקונים, נשאלת השאלה כיצד מתבטאת ההגנה המגיעה לו. התשובה לסוגיה נוגעת למימוש המשכון על הזכויות. ההסדר החוקי קובע, ככלל, שכאשר מושכנה לטובת נושה זכות של חייב מסוים, כוחו של הנושה לממשה כפי שהחייב יכול היה לעשות זאת. הסדר בסיסי זה נובע מכמה סעיפים בחוק המשכון, התשכ"ז-1967.

הלכה למעשה, סעיף 17(4) מפנה לסעיף 20 בקביעה כי "במשכון שהוא זכות יכול שהמימוש יהיה כאמור בסעיף 20". בסעיף 20 נאמר, ככלל, שכאשר מושכנה זכות החייב כלפי אדם אחר, "רשאי הנושה לממשה כשם שהחייב היה יכול לממשה".

סעיף 20 חל במקרה שלפנינו. על כן, מאחר שהבנק היה יכול לממש את זכותו כפי שהקונה היה יכול לעשות זאת, משמעות הדבר היא שעומדת לבנק זכות התחלוף (סוברוגציה). אם כן, הבנק יכול להיכנס למסלול היחסים נושה – חייב והוא מוסמך לבקש מן המוכר שיקיים את חוזה המכר.

כל אלה, כמובן, בהנחה שהחוזה שבין המוכר לקונה שריר וקיים, שאם לא כך גם כוחותיו של הבנק מוגבלים. חרף זאת, אם בוטל החוזה, מכוח התחלוף זכויותיו של הבנק הן כאלה שהיו לקונה על פי דיני החוזים ועל כן תהיה לו זכות להשבה ולא מן הנמנע כי גם לפיצויים.²⁰ כמו כן, הבנק יכול למכור בהליכי הוצאה לפועל את הזכויות החוזיות שמושכנו לטובתו.²¹

19 עניין רומיה, שם, בעמ' 6.

20 ראו סעיפים 9 ו-10 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, ס"ח 16. ראו דבריו של השופט ריבלין בעניין רומיה (לעיל, הערה 18) בעמ' 4, 6-7. שונה הדין אם יתברר כי הייתה קנוניה בין מוכר לקונה כדי לרמות את הבנק תוך כדי כריתת חוזה מכר שאינו אלא חוזה למראית עין. בסיטואציה מעין זו ייתכן שבנק הנוהג בתום לב יוכל לרדת במישרין לנכס של המוכר. ראו ע"א 1679/01 משכן בנק הפועלים למשכנתאות בע"מ נ' שפייזמן, פ"ד נז(2) 145 (להלן – עניין שפייזמן); עניין זכריה (לעיל, הערה 18) פסקה 23 לפסק דינה של השופטת עדנה ארבל; רע"א 1032/06 בנק לאומי למשכנתאות בע"מ נ' פישר (פורסם בנבו); ע"א 3379/07 חליו נ' משכן בנק הפועלים למשכנתאות בע"מ (פורסם בנבו); עניין צירינג (לעיל, הערה 18), שם. לדיון בסוגיה על המערכת המשולשת ראו גם מיגל דויטש,

סיכומו של דבר: האופי הבילטרלי של חוזה המשכנתא אינו מובטח מראש. לעתים התמונה נעשית מורכבת יותר כשדמויות שונות מתקשרות עם הבנק. במצבים כאלה נדרשת הגדרה מדויקת של מעמד הצדדים והבנה של המערכת המשפטית המורכבת המקשרת אותם. כפי שצוין, הדבר אפשרי כשלא מדובר במשכנתא על נכס מקרקעין אלא במשכון זכויותיו של קונה נכס.

2. מיהו הממשכן?

(2) ככלל, חוזה המשכנתא נכרת בין תאגיד בנקאי לבין לקוח המקבל אשראי. בשל התערבותו של הבנק, חוזה כזה הוא "חוזה בנקאי" הכפוף לדינים מיוחדים. דינים אלו נוגעים בעיקר לעניין החובות המוטלות על הבנק כלפי לקוחו.²² כאמור, ייתכן כי בעל הנכס הממושכן הוא לא זה המעוניין ישירות בקבלת האשראי. מצב כזה ישפיע על מעמדו של בעל הנכס.

אבחין בהמשך בין שתי הסיטואציות הנזכרות – האחת כשהצד המקבל אשראי הוא זה שממשכן נכס שבבעלותו והאחרת כשאדם ממשכן את נכסיו כדי להבטיח את האשראי שבנק מעניק לאדם אחר.

(א) בעל הנכס הממושכן אינו החייב העיקרי

נייה כי עומדת לפני הבנק האפשרות להעניק אשראי לראובן תוך כדי התחייבות של שמעון למשכן נכס בבעלותו כערובה לחיוב של ראובן. במצב כזה הבנק ניצב לפני שתי דמויות הכפופות כל אחת להסדר משפטי משלה: ראובן הוא המקבל ישירות בנקאי – כלומר: אשראי – ולכן הוא זה שמוגדר ישירות כלקוח של הבנק.²³ לשמעון לא הוענק

קניין (כרך ג, תשס"ו) בעמ' 142 ואילך. בעניין המשכנתא על מקרקעין והמשכון על זכויות חוזיות הנוגעות למקרקעין, ראו נינה זלצמן ועופר גרוסקופף, "משכון זכותו החוזית של רוכש מקרקעין", ספר ויסמן – מחקרי משפט לכבודו של יהושע ויסמן (שלום לרנר ודפנה לוינסון-זמיר – עורכים, תשס"ב) 133, בעמ' 182 ואילך. מן הראוי לזכור את דבריו של פרופ' ויסמן על פירוש סעיף 20 במאמרו. על כך ראו יהושע ויסמן, "על מימוש משכון ועל מימוש זכות שמושכנה" מקרקעין ז(2) (תשס"ט) 1, בעמ' 7: "כל שהסעיף קובע הוא, שמקבל המשכון ראשי לתבוע את מילוי החוזה כפי שהוא. בהתאם לכך בתביעתו של מקבל המשכון כנגד המתחייב למכור דירה לממשכן, תועבר הדירה לזכאי על פי החוזה, דהינו לממשכן, ולא למקבל המשכון".

21 ראו גם פסקה 10 למאמר זה בעמ' 139.

22 על חובות אלה ראו ריקרדו בן-אוליאל, דיני בנקאות – חלק כללי (תשנ"ו) בעמ' 86 ואילך (להלן – בן-אוליאל, "דיני בנקאות – חלק כללי").

23 על המונח "לקוח" ראו שם, בעמ' 57 ואילך.

אשראי, הוא אינו זה שמקבל את השירות הנזכר וכתוצאה מכך הוא אינו מוגדר כ"לקוח". התערבותו של שמעון נדרשת כדי שהבנק ייתן אשראי לאדם אחר ולצורך כך שמעון ממשכן נכס בבעלותו. מאחר ששמעון ממשכן נכס כערוכה לחיובו של אדם אחר דינו כדין הערב.²⁴ הערב אינו מוגדר על פי חוק כלקוח,²⁵ אף על פי שחלים עליו אותם דינים המגנים על לקוח בנק.²⁶

בהיות שמעון במעמד של ערב הוא יהיה כפוף לדינים של שני חוזים מיוחדים – זה החל על המשכון וזה הנוגע לחוזה הערבות.

להלכה ולמעשה, באשר למעמדו של הממשכן כערב הכרחי לציין כי "ערב" כיום אינו עוד מושג אחד ואחיד.²⁷ חוק הערבות מבחין בין סוגים שונים של ערבים וכל אחד כפוף לדינים משלו.

ייתכן כי הערב-הממשכן יהיה תאגיד וייתכן כי הוא יהיה יחיד.²⁸ כאשר הערב מוגדר כערב יחיד עדיין יש לשקול שיקולים שונים, כי בנסיבות מיוחדות חוק הערבות מגן באופן מיוחד על ערב יחיד המוגדר כ"ערב מוגן". עם זאת ייתכן שהערב יוגדר כ"סתם" ערב יחיד, כלומר: ערב יחיד לא מוגן. נוסף על כך ייתכן מצב שבו הערב – אף על פי שאינו תאגיד – לא יחשב על פי חוק הערבות לערב יחיד בשל קרבה משפחתית או עסקית לחייב העיקרי.²⁹

דנתי בסוגיה ובבעייתיות הכרוכה בה במקום אחר³⁰ ועל כן לא ארד כאן לפרטיה השונים. אולם, יש לזכור כי חוק הערבות כולל הסדרים הגנתיים על הערב היחיד (שלדעתי חלים גם על הממשכן) כאשר לצורך לקבוע מראש את הסכום המובטח³¹ ובאשר לחובות הנושה כלפיו, דהיינו: חובת גילוי כאשר לפרטים שונים של העסקה³² והחובה להודעה על אי-קיום החיוב.³³ כאשר הערב היחיד נחשב גם לערב מוגן הוא נהנה מהגנה פרוצדורלית, כי דינו הוא על פי הכלל "התובענה מהחייב תחילה".³⁴

24 סעיף 12 לחוק המשכון.

25 על הדיונים בסוגיה ראו בן-אוליאל, "דיני בנקאות – חלק כללי" (לעיל, הערה 22) בעמ' 60 ואילך.

26 סעיף 17א לחוק הבנקאות (שירות ללקוח). הסדר זה התקבל שנים רבות לאחר אישור החוק ובשל הדיון שהתעורר בפסיקה על מעמד הערב לפי סעיף 3 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח) (תיקון מס' 2), תשנ"ד-1994, ס"ח 154.

27 בן-אוליאל, "ערבות לטובת תאגיד בנקאי" (לעיל, הערה 2) בעמ' 35 ואילך.

28 סעיף 19 לחוק הערבות.

29 על ההסדרים המורכבים הללו ראו פרק ב' בחוק הערבות (סעיף 18 ואילך), לאחר התיקונים שהוכנסו בו בשנים תשנ"ב ותשנ"ח.

30 בן-אוליאל, "ערבות לטובת תאגיד בנקאי" (לעיל, הערה 2) בעמ' 34-91.

31 סעיף 21 לחוק הערבות.

32 שם, סעיף 22.

33 שם, סעיף 26.

34 שם, סעיף 27. כאמור, דבריי לעיל מבוססים על ההנחה שדיני הערבות וההגנות הנמצאות בהם חלים על הממשכן נכס להבטחת חיובו של אחר. שלוש סיבות עיקריות מצדיקות את

חרף ההפניה הנזכרת של חוק המשכון (בסעיף 12) לדין הערבות, אין זה אומר כי הערב הנדון משתחרר באופן מוחלט מן ההסדר של חוק המשכון או כי חוק זה לא יחול עליו. על כן, לכאורה, עלולה להתעורר בעיה עדינה בקביעת הדין המיוחד שאליו כפוף הערב הממשכן. כך, למשל, כפי שהוסבר לעיל, למעט מקרה שבו הערב הוא ערב יחיד, חוק הערבות אינו מחייב את הצדדים לקבוע מראש את שיעור הערבות ועל כן, ככלל, אחריותו של הערב כלפי הנושה רחבה למדי. לעומת זאת חוק המשכון (בסעיף 12) קובע כי במשכון להבטחת חיובו של אחר "אין להיפרע מבעל הנכס אלא במימוש המשכון כאמור בחוק זה". על כן ניתן להסיק כי תכליתו של חוק המשכון היא להגן על כל מי שהוא ערב-ממשכן וכי הגנה זו אינה נובעת רק מחוק הערבות, שם ההגנות העיקריות ניתנות רק לסוג מסוים של ערב שהוא הערב היחיד.³⁵ על כן ההפניה לדין הערבות אינה אוסרת גם את תחולתו של דין המשכון. נהפוך הוא לאור דברי המחוקק בסעיף 33 לחוק הערבות, שלפיהם החוק "בא להוסיף על כל דין אחר ולא לגרוע ממנו".

כתוצאה מכל אלה, מסכת הדינים החלים על מי שממשכן את נכסיו (ובהקשר של מחקר זה – את דירתו) להבטחת האשראי הבנקאי אשר ניתן לאדם אחר היא מסכת מורכבת. נוסף על דיני החוזים הכלליים אדם זה כפוף להסדרים של חוק המשכון,

עמדתי. ראשית, דברי המחוקק בסעיף 12 לחוק המשכון; שנית, סעיף 18 לחוק הערבות, הקובע בעניין תחולת ההגנות המגיעות לערב יחיד, וקובע גם כי הוראות אלה יחולו על ערבות שנתן ערב יחיד "יהא כינויה אשר יהא"; שלישית ולבסוף אין אני רואה סיבות מהותיות לאי-תחולתם של דינים אלה על ערב ממשכן הזקוק להגנות שבחוק הערבות בדומה לערב אחר. עמדה אחרת תפגע לא רק בחוש הצדק אלא גם בהרמוניה הפנימית הנדרשת בקביעת הדין הנדון. השאלה כבר נדונה בפסיקה. כך, למשל, בע"א 6899/97 פייבושביץ נ' בנק לאומי לישראל, פ"ד נז(1) 364, בעמ' 372. שם נטה בית המשפט העליון לגישה שההגנות לחוק הערבות שהוספו על פי התיקונים בשנים תשנ"ב ותשנ"ח אינן חלות על הממשכן. גישה אחרת התקבלה בע"א 4080/04 גילת נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ (פורסם בנבו) (להלן – עניין גילת). בפסק דין זה החליט הנשיא ברק להשאיר את הסוגיות בצריך עיון (שם, פסקה 7 לפסק דינו). על הסוגיה ראו גם ויסמן, "חוק המשכון" (לעיל, הערה 7) בעמ' 248 ואילך; מיגל דויטש, קניין (כרך ב, תשנ"ט) בעמ' 67 ואילך (להלן – דויטש, "קניין ב'"); רוי בר-קהן, דיני הגנת הערב (תשנ"ח) בעמ' 241; רות פלאטור-שנער, "חובת הגילוי הבנקאית כלפי הממשכן נכס להבטחת חיובו של אחר (בשולי ת"א (מחוזי ת"א) 621/97 פרי עץ חיים בע"מ נ' בנק הפועלים)", הפרקליט מט(2) (תשס"ח) 385, בעמ' 401 (להלן: פלאטור-שנער, "חובת הגילוי הבנקאית").

35 הגנה יעילה על פי חוק המשכון כרוכה בהנחה שסעיף 12 לחוק הוא דין קוגנטי. אם לא כך ייתכן שיהיה מקום להפעיל את סעיף 23, הקובע כי "אין במתן המשכון כדי לגרוע מזכותו של הנושה לגבות את החיוב שלא על ידי מימושו, ואין במימוש המשכון כדי לגרוע מזכותו לגבות את יתרת החיוב שלא סולקה במימוש". ראו על הסוגיה בן-אוליאל, "ערבות לטובת תאגיד בנקאי" (לעיל, הערה 2) בעמ' 110 (הערה 45), 159-160, 162-163.

התשכ"ז-1967, של חוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 (סעיפים 85 עד 91), של חוק הערבות, התשכ"ז-1967 ושל חוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981. בשל מורכבות המצב אין פלא שהבנק מעדיף להעניק את האשראי ישירות לממשכן (שמעון). מתוך ידיעה שזה יעביר את הכסף לאדם המעוניין לרכוש מקרקעין (ראובן). במקרה זה המסגרת של העסקה היא ביסודה דו-צדדית ובוה יש יתרון מסוים לבנק, הרואה בממשכן את לקוחו למעשה. לאמתו של דבר, הסדר זה לא מבטא את רצונם של הצדדים האחרים – לא זה של שמעון, שאינו מעוניין להיות במעמד של לקוח ולא זה של ראובן, שאינו מעוניין להיות במעמד של צד שלישי לעסקה.

(ב) בעל הנכס הממושכן הוא החייב העיקרי

המצב השכיח ביותר הוא זה המתקיים כשהאדם המבקש אשראי בנקאי הוא זה שממשכן את נכסיו לטובת הבנק. במצב כזה עומד הבנק מול דמות אחת, כלומר: לקוח המקבל שירות של מתן אשראי.³⁶ עיקרי הבעיות המעשיות שבהן דנו בתי המשפט מתעוררות במצבים מסוג זה ועל כן יעמדו מצבים אלו במוקד דבריי.

ג. בעייתיות משפטית מיוחדת: סיכוני העסקה לצדדים

(1) הואיל והמשכנתא הבנקאית היא חוזה נלווה לחוזה למתן אשראי, עליו להתבסס על האמון שבין הצדדים. עם זאת, אירועים שונים עלולים להתרחש ולפגוע באמון ההדדי ובקיום התקין של החוזה. סיכונים רבים עלולים להתעורר בשלבים שונים של קיום החוזה, הן בשלבים ההתחלתיים והן בשלבים המאוחרים יותר. כמו כן, העובדה שיחס בנקאי כזה – שמטרתו לאפשר מתן אשראי לרכישת מקרקעין – הוא ככלל יחס ממושך מאוד, מגדילה את הסיכון שבשלב כלשהו יסתכסכו הצדדים. אם לא די בכך, קושי נוסף עלול להיווצר אם יתנו הצדדים פירושים שונים לפרט זה או אחר של החוזה, שכן המורכבות הטכנית והמשפטית המאפיינת את חוזה המשכנתא מעלה את הסיכון להתרחשותו של סכסוך משפטי.

1. סיכונים לכל הצדדים: פרשנות החוזה

36 סעיף 1 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח); סעיפים 4, 10(5), 12, 14(3), 16(3), 18(4), 20(א) לחוק הבנקאות (רישוי).

(2) שאלה הנוגעת לפרשנותו של שטר משכנתא נדונה בפרשת אורית לנדאו נ' בנק לאומי לישראל בע"מ.³⁷ אציין את מסכת העובדות המרכזיות: ביום 10.5.1999 קיבלו המערערת ואחד המשיבים מן הבנק המשיב הלוואה על סך 400 אלף דולר. הלווים החלו והמשיכו לשלם את חיובם, וכתוצאה מכך במועד הדיון לפני בית המשפט המחוזי נותר חוב בסך 30 אלף דולר בלבד. התברר כי בתאריך סמוך לזה של קבלת הלוואה – ביום 2.6.1999 – חיובם של הלקוחות כלפי הבנק היה על סך של 150 אלף ש"ח. חיוב זה נבע מניהול החשבון המשותף שלהם. כבטוחה לסילוק החוב משכנו הלקוחות את זכויותיהם בבית מגורים מסוים במשכנתא שהייתה מוגבלת לסכום של 400 אלף דולר. הלקוחות חתמו על הסכם המשכנתא ביום 22.2.2000, וביום 25.7.2000 נרשמה המשכנתא בלשכת רישום המקרקעין.

הלווים לא קיימו את חלקם בחוזה וכתוצאה מכך נפתח ביום 14.7.2003 תיק הוצאה לפועל על ידי הבנק כדי לממש את הנכס המשועבד. לאחר מכן מונה כונס נכסים על זכויות הלקוחות בבית המגורים.

טענת הלקוחות נגד צעדיו של הבנק הייתה ששעבוד הבית נעשה כדי להבטיח את פירעונה של הלוואה על סך 400 אלף דולר. טענת המערערת הייתה כי הלקוח השני (שנהפך להיות משיב) הוא זה שבעיקר גרם לחוב כלפי הבנק בשל ניהול חשבוננו הפרטי. בפנייה לבית המשפט המחוזי ביקשה המערערת פסק דין הצהרתי שבו יצהיר בית המשפט על כמה עניינים:

(א) כי החוב נשוא המשכנתא נפקע, לכן בטלה המשכנתא; לחלופין, כי המשכנתא בטלה בשל קנוניה שבין הבנק לבין הלקוח האחר, שהוא המשיב בהליך בפני בית המשפט העליון;

(ב) כי הבנק התנהג בדרך לא תקינה, בין היתר משום שהטעה אותה והפר את חובת הנאמנות והזהירות כלפיה;

(ג) לחלופין טענה המערערת כי כל עוד לא מיצו את כל ההליכים המשפטיים האחרים לגביית החוב מהלקוח האחר אין מקום להליכי מימוש המשכנתא;

(ד) לחילופי חלופין התבקש בית המשפט להצהיר כי כל עוד לא התברר סופית הרכב החוב ודרך היווצרותו אין להמשיך בהליכי מימוש המשכנתא.

בקשת המערערת נדחתה על ידי בית המשפט המחוזי ועל פסק הדין הוגש ערעור לבית המשפט העליון. הערעור נדחה.

בצדק ציין השופט ג'ובראן כי הסוגיה המרכזית בפרשה נוגעת לתוקפו של שטר המשכנתא שעליו חתמו הלקוחות לטובת הבנק המשיב. זאת, לאור טענת המערערת כי הם "שיעבדו את הבית להבטחת פירעונה של הלוואה מסוג "בלון" בסך \$400,000

37 ע"א 6055/04 לנדאו נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, סניף לב דיזינגוף (פורסם בנבו) (להלן – עניין לנדאו).

בלבד, אותה נטלו עוד בטרם שיעבדו את הבית".³⁸ למעשה, עיקר טענתה של המערערת הייתה שההלוואה נפרעה בחלקה על ידי הלקוחות ועל כן פקע תוקפו של שטר המשכנתא ועל הבנק לבטל את שעבוד הבית. מנגד טען הבנק כי שעבוד הבית בא להבטיח את כלל החובות של המערערת והמשיב לבנק ולא נוצר רק להבטחת ההלוואה של 400 אלף דולר.

בית המשפט העליון לא דן במסכת העובדות המבוססת על חומר הראיות אלא התרכז בפרשנות שטר המשכנתא הנדון.

השופט ג'ובראן הזכיר את כללי פרשנות החוזה;³⁹ מן הכלל אל הפרט הוא דן בשטר המשכנתא שעליו חתמו הצדדים וכך אמר:

בשטר המשכנתא, עליו חתמו הן המערערת והן המשיב 3, נקבע במפורש, כי המשכנתא נועדה להבטיח את תשלום כל הסכומים בצירוף ריבית המגיעים לבנק מהמערערת והמשיב 3, בין שהם מגיעים לבנק מאחד מהם ו/או משניהם ביחד.⁴⁰ (ההדגשה הוספה).

בית המשפט העליון גם ציין את העובדה שהדגישה המערערת, היינו: שגם היא וגם המשיב 3 "חתמו על שטר המשכנתא בפני עורך-דין מטעמה, ולא בסניף הבנק".⁴¹ בהקשר זה חזר בית המשפט העליון על הכלל הידוע שלפיו "כי מי שחותם על מסמך משפטי, ובכלל זה שטר משכנתא, מוחזק כמי שקרא, הבין והסכים לתוכנו, ובמיוחד כך הדבר כאשר המסמך נוגע לנכסיו, כדוגמת שטר משכנתא".⁴² לאור החזקה האמורה אף קבע בית המשפט כי "לא תישמע מפיו הטענה שלא כך הם פני הדברים מן הטעם שאין הוא מסוגל לקרוא את המסמך מסיבה כלשהי".⁴³

בהמשך דבריו ציין השופט ג'ובראן את העובדה הרלוונטית "כי ההלוואה בסך \$400,000 ניתנה ביום 10.5.1999 בעוד המשכנתא נרשמה בלשכת רישום המקרקעין בחודש יולי 2000 – למעלה משנה וחודשיים לאחר מתן ההלוואה".⁴⁴ בהסתמך על נתונים אלה נפסק:

עובדה זו מלמדת, כי אין, מניה וביה, קשר בין ההלוואה הקונקרטית בסך \$400,000 לבין החוב המובטח במשכנתא. כמו כן, במועד רישום המשכנתא עמדה יתרת ההלוואה בסך \$228,000 בלבד, כך שגם נסיבה זו

38 שם, בפסקה 15 לפסק דינו של השופט סלים ג'ובראן.

39 שם, שם.

40 שם, שם.

41 שם, שם.

42 שם. ארון בסוגיה מיוחדת זו בפסקה 16 ואילך למאמר זה בעמ' 145.

43 שם, שם.

44 שם, שם.

אינה מלמדת על קשר ישיר בין ההלוואה בסך \$400,000 לבין חוב המובטח במשכנתא.⁴⁵

(3) חשיבותו של פסק הדין הנדון בעיקר בהפניה לבעיה מרכזית הנוגעת לכל הצדדים לחוזה משכנתא, דהיינו: זו של פרשנותו. ביתר הבהרה: השאלה שהתעוררה בפרשת לנדאו הייתה לאיזה מן החיובים של הלקוח מתקשר שטר המשכנתא שעליו חתם. נראה שבמקרה זה נוסחו של שטר המשכנתא היה די ברור ושתוך כדי ניתוח של סוגיה חשובה זו חזר בית המשפט לכללי הפרשנות המוכרים בדיני חוזים. אין ברצוני לחלוק על הדברים הבסיסיים שנאמרו בעניין פרשנות החוזה, אך יש לבדוק עד כמה דברים אלו מתאימים לפירושו של החוזה העומד במרכז דיונונו.

(4) נשאלת השאלה: מה הם כללי הפרשנות הראויים באשר לשטר משכנתא? להבנת הסוגיה ברצוני להרחיב את הפרמטרים של הדיון ולפתוח בקביעת הכללים שבעיניי חייבים להדריך את הפרשן לגבי החוזה הבנקאי בכלל. לאחר מכן אפרט את ההסדר שלעניות דעתי קובע לגבי פרשנותו של שטר משכנתא בפרט. עסקה בנקאית היא חוזה. ככלל, החוזה שעליו חותמים הלקוחות הוא חוזה אחיד. החוזה האחיד שתכליתו להעניק שירות בנקאי הוא חוזה בנקאי. החוזים הבנקאיים הם שונים ומגוונים ועל כן לא מן הנמנע כי יש לפרשם על פי כללי פרשנות שאינם תמיד זהים.

בעיניי, פרשן של חוזה בנקאי כלשהו חייב לשקול את כללי הפרשנות השונים הכרוכים בהיבטים הנזכרים. כאשר פרשן מפעיל על חוזה בנקאי מסוים אך ורק את כללי הפרשנות של החוזה ה"רגיל", מתעורר סיכון שהוא יגיע לתוצאה שונה מזו של פרשן אחר השוקל את הסוגיה כולה על מורכבותה הטבעית. בעניין פרשנותו של חוזה נכתבו אצלנו מחקרים רבים ומרשימים ביותר ואין לחזור לאותה סוגיה;⁴⁶ אך, כאמור, חוזה בנקאי ככלל נכרת כחוזה אחיד. פער הכוחות המרחיק את הצדדים מראש גורם לתוצאות פרשניות מיוחדות. אמר השופט ברק:

45 שם, שם.

46 ראו בעיקר איל זמיר, פירוש והשלמה של חוזים (תשנ"ו); אהרן ברק, פרשנות במשפט (כרך רביעי: פרשנות החוזה, תשס"א) (להלן – ברק, "פרשנות החוזה"); דניאל פרידמן ונילי כהן, חוזים (כרך ג, תשס"ד) בעמ' 227-311 (להלן – פרידמן וכהן, "חוזים"); גבריאלה שלו, דיני חוזים – החלק הכללי, לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי (תשס"ה) בעמ' 395-441 (להלן – שלו, "דיני חוזים"). באשר לספרות זרה ראו בעיקר: Nicole Kornet, *Contract Interpretation and Gap Filling: Comparative and Theoretical Perspectives* (2006); Kim Lewison, *The Interpretation of Contracts* (2007); Geoff R. Hall, *Canadian Contractual Interpretation Law* (2007); Gerard McMeel, *The Construction of Contracts: Interpretation, Implication and Rectification* (2007).

חוזה אחיד הוא חוזה. דיני החוזים חלים עליו. אמת, חוזה אחיד הוא חוזה מיוחד במינו. חוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982 קובע לגבי הסדרים מיוחדים. מטרתם "להגן על לקוחות מפני תנאים מקפחים בחוזים אחידים". אין בכך כדי להוציא את החוזה האחיד ממסגרת דין החוזים. מכאן, שהדינים בעניין פרשנות החוזה, החלים על כל החוזים, חלים גם על חוזים אחידים.⁴⁷

תוך כדי התייחסות לפרמטר העיקרי לפרשנות החוזה – דהיינו, הכוונה המשותפת של הצדדים (תכלית סובייקטיבית) – קבע השופט ברק כי "ביסוד החוזה האחיד עומדת תכליתו האובייקטיבית"⁴⁸ וייתכן כי תכלית זו לא תהיה זהה לתכליתו הסובייקטיבית. בהמשך עמד על כך השופט ברק:

הטקסט של החוזה אינו פרי המשא ומתן שבין הצדדים. הוא משקף את האינטרסים, הערכים והעקרונות (האובייקטיביים) המונחים ביסוד העסקה. הוא אינו משתנה ממתקשר למתקשר. הוא משותף לכל המתקשרים. בכך מובטחת תכלית (אובייקטיבית) אחידה, חרף השוני בין המתקשרים השונים. בכך גם מושגת התוצאה של פרשנות אחידה לחוזה האחיד, חרף המתקשרים השונים.⁴⁹

(5) מעצם הגדרתו של החוזה כחוזה אחיד נובעות שתי תוצאות נוספות הנוגעות לפרשנותו. התוצאה הראשונה נגרמת כשפרשנותו של החוזה האחיד מובילה לתוצאה שאינה מקובלת על שני המתקשרים לחוזה. במצב שכזה, כפי שכבר קבע בית המשפט,⁵⁰ החזקה היא שתכלית החוזה מעדיפה את האינטרס הסביר של הלקוח מהאינטרס של הצד שהכין את נוסח החוזה (הספק). מעניין לציין כי כלל פרשני זה אינו נובע מן הדין החקיקתי⁵¹ אף על פי שהוא מקובל במדינות שונות בעולם.⁵² הלכה למעשה הכלל אינו אלא ביטוי בהקשר של חוזים אחידים של העיקרון הפרשני *in dubio contra*

47 ברק, "פרשנות החוזה", שם, בעמ' 556.

48 שם, בעמ' 557.

49 שם, בעמ' 558.

50 ראו, למשל, דברי השופט מרים בן פורת בע"א 191/85 מדינת ישראל נ' חברת נוח שוסטר בע"מ, פ"ד מב(1) 573, בעמ' 580: "דווקא שעה שהפרשנות העולה מתנייה הכלולה בחוזה אחיד אינה ברורה די הצורך וניתנת לשני פירושים סבירים או יותר, מעדיפים את הפירוש המקובל לא על המנסח אלא את זה הנוח לצד האחר לחוזה. הכלל הוא, כידוע, כי מקום שקיים ספק בפרשנותו של חוזה, מפרשים אותו נגד מנסחו". ראו גם ע"א 769/86 רובינשטיין ושות', חברה קבלנית בע"מ נ' זמרון, פ"ד מב(3) 581, בעמ' 586.

51 סעיף 25 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, ס"ח 118. הכלל אינו מוכר גם בחוק החוזים האחידים, תשמ"ג-1982, ס"ח 8.

52 כך, למשל, בגרמניה, באוסטריה, בצרפת ובפינלנד לצורך הגנה על זכויות הצרכן. על הסוגיה ראו p.326 (2001) *Carlo Castronovo, Principi di Diritto Europeo dei Contratti*.

53. *stipulatorem*. בלשון קיצור: על פי כלל פרשני זה, במקרה של אי-בהירות של הטקסט החוזי, יש לפרשו תוך מתן עדיפות לאינטרס הסביר של הצד הפסיבי בהכנת נוסחו. תוצאה שנייה הכרוכה באופיו של החוזה האחיד מתרחשת כשבית המשפט קובע כי לאור הסיכון שתנאי חוזי יהיה מקפח יש לפרשו בצמצום.⁵⁴ לאמתו של דבר, הרציונל שבבסיס התוצאות הפרשניות הנזכרות הוא הכלל שלפיו כאשר הטקסט ניתן לפירושים שונים ראוי לאמץ פירוש המקיים את החוזה: פירוש זה עדיף מפירוש שיגרום לבטלותו (potius ut valeat quam ut pereat).⁵⁵

(6) עסקה בנקאית היא חוזה וברוך כלל חוזה אחיד. עם זאת, חוזה שבאמצעותו מתקשרים הצדדים לעסקה בנקאית הוא חוזה בנקאי. גם טיבו של החוזה כחוזה בנקאי תורם לתוצאות פרשניות מסוימות.

כאמור, כחוזה אחיד תכליתו העיקרית היא תכלית אובייקטיבית. התכלית הסובייקטיבית – שככלל מבטאת את הרצון המשותף של הצדדים – אינה התכלית הדומיננטית בחוזה אחיד בנקאי. חוזה שכזה, אשר ככלל הוא ארוך ומורכב למדי, נחתם לעתים קרובות על ידי הלקוח בלי שהבין אותו ואף מבלי שקרא אותו. כידוע, ברוב המקרים הלקוח מסתפק בהסבר כללי שהוא מקבל מהבנק וזאת בלי שהסכמתו תהיה מבוססת על ההבנה הממשית של כל פרט. עם זאת, ייתכן שיתעורר ספק פרשני. כאשר הדבר קורה לא נשאר לפרשן אלא לשקול גם נסיבות שונות שעשויות לאפשר לו להגיע לתוצאה הוגנת וסבירה. במצב כזה לא מן הנמנע, כי על הפרשן לשקול נתונים חיצוניים

53 הקודקס הישראלי העתידי, סעיף 123(ד) לתזכיר חוק דיני ממונות, תשס"ו-2006 (להלן – הקודקס האזרחי העתידי), קובע: "חוזה הניתן לפירושים שונים והייתה לאחד הצדדים לחוזה עדיפות בעיצוב תנאיו, פירוש נגדו עדיף על פני פירוש לטובתו". העיקרון *in dubio contra stipulatorem* אומץ על ידי המחוקק בקודים אזרחיים שונים. כך, למשל, בצרפת ובלגיה (סעיף 1162), באיטליה (סעיף 1370), בספרד (סעיף 1288) ובאתיופיה (סעיף 1738). גם לגבי המשפט האנגלי, נאמר, למשל, ב- Jack Beatson, *Anson's Law of Contract* (1998) p.159.

The words of written documents are construed more forcibly against the party putting words forward the document. The rule is based on the principle that a party which puts forward the wording of a proposed agreement may be assumed to have looked after its own interests, and is responsible for ambiguities in its own expression, and has no right to induce another to make a contract on the supposition that the words mean one thing, and then to argue for a construction by which they would mean another thing, more to its advantage.

הכלל הנזכר מוכר מפורשות בסעיף 103:5 לעקרונות דיני החוזים האירופיים ובסעיף 4.6 לעקרונות ה- *Unidroit* של חוזים עסקיים בינלאומיים.

54 על הסוגיה בהקשר של החוזה הבנקאי, ראו: בן-אולאל, "דיני בנקאות – חלק כללי" (לעיל, הערה 22) בעמ' 72 ואילך.

55 סעיף 25(ב) לחוק החוזים (חלק כללי). על האימוץ הרחב של כלל זה, הן על ידי מדינות קונטיננטליות והן במשפט האנגלו-אמריקני ראו *Castronovo* (לעיל, הערה 52) בעמ' 330-331.

הנובעים מהנוהגים הבנקאיים – הן נוהגים דו-צדדיים והן נוהגים כלליים יותר⁵⁶ – מן המסמכים שנשלחו בין הצדדים, מן העדויות של צדדים שלישיים ועוד. בנסיבות כאלה התכלית האובייקטיבית בפרשנות החוזה מתחלפת ושוב מתעוררת התכלית הסובייקטיבית. במקרים כאלו התכלית הסובייקטיבית לא נעלמה בהליך הפרשני "אלא רק נרדמה זמנית", זאת לאחר שבאמצעות התכלית האובייקטיבית לא ניתן היה למלא את התפקיד הפרשני בדרך הראויה.

אני סבור כי דברים אלה עולים בקנה אחד עם אופיו הפרסונלי (intuitus personae) של החוזה הבנקאי. משמעות הדבר היא שלמרות הכלל שלפיו החוזה הבנקאי נכרת כחוזה אחיד, עדיין הוא נחשב חוזה אחיד מיוחד שבו סוג היחסים הפרסונליים בין הצדדים עשוי למלא תפקיד בהשלמת החוזה ובפרשנותו – ועל כן לגרום לסטייה זו או אחרת מהתוצאות הפרשניות על פי הסטנדרט האובייקטיבי.⁵⁷

(7) העסקה הבנקאית היא חוזה. חוזה, כידוע, כפוף להליך פרשני שבו שולטת התכלית הסובייקטיבית. לאור הכלל שהחוזה הבנקאי נכרת כחוזה אחיד מתחלפת התכלית הסובייקטיבית על ידי התכלית האובייקטיבית ככלל פרשני. תחלופה זו אינה לנצח, כי לא מן הנמנע שמכוח נסיבות שונות, וכפי שצוין, יצטרך בית המשפט לשקול נתונים המעידים כי לא תמיד התכלית האובייקטיבית היא שאמורה להוביל לתוצאה הפרשנית הראויה. בזה לא מסתיים ההליך הפרשני של החוזה הבנקאי.

56 סעיף 26 לחוק החוזים (חלק כללי). על נוהג כמקור למשפט בהקשר הבנקאי ראו בן-אוליאל, "דיני בנקאות – חלק כללי" (לעיל, הערה 22) בעמ' 34 ואילך.
57 האופי הפרסונלי של החוזה הבנקאי משפיע, למשל, על התוכן ועל ההיקף של חובת הנאמנות הבנקאית. על הסוגיה ראו בן-אוליאל, "דיני בנקאות – חלק כללי" (לעיל, הערה 22) בעמ' 99 ואילך. הדברים הנזכרים נובעים גם מדבריו של השופט שמגר בע"א 5893/91 טפחות בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ' צבאח, פ"ד מח(2) 573, בעמ' 592 (להלן – עניין צבאח):

יחד עם זאת, אין להסיק [...] כי חובתו של הבנק ללקוח זהה בכל מקרה ומקרה. היקף החובה ורמת הנאמנות הנדרשים מהבנק מעל לרמה הבסיסית הכללית משתנים ממקרה למקרה ומושפעים מטיב היחסים בין הבנק ללקוח, ממידת מעורבותו של הבנק במערכת יחסים זו וגורמים משתנים נוספים, שכן במערכת היחסים שבין הבנק ללקוח מתבצעות פעולות רבות ומגוונות, ולאורן משתנה גם היקף חובתו של הבנק (ההדגשה במקור).

הטיב הפרסונלי (intuitus personae) של יחסי בנק – לקוח מוכר היטב בספרות הקונטיננטלית. ראו, למשל, בצרפת: Christian Gavalda, Jean Stoufflet, *Droit Bancaire*: Institutions, Comptes, Opérations, Services (2005) pp. 234, 488-489, 509. באיטליה ראו, למשל: Francesco Giorgianni, Carlo – Maria Tardivo, *Manuale di Diritto Bancario* (2005) p.261.

זאת ועוד: "חוזה בנקאי" הוא מונח כללי למדי. כידוע, יש סוגים שונים של חוזים בנקאיים⁵⁸ ולא מן הנמנע שאופיו המיוחד של חוזה זה או אחר ישפיע על פירושו. דרך משל, יש חוזים בנקאיים שהם מטיבם פורמליסטיים במיוחד במובן זה שהתחייבותו של הבנק להעניק את השירות תלויה במילוי קפדני ביותר של התנאים שנקבעו מראש בכתב החוזה. כך לדוגמה בערבות הבנקאית האוטונומית לאור הפורמליזם העומד מאחורי המילוי של כתב הערבות.⁵⁹ חוזה כזה צריך להיות כפוף מיסודו לכלל פרשני אובייקטיבי, אך לא כל חוזה בנקאי הוא מסוג זה ויש כאלה שכלפיהם הפרשנות האובייקטיבית גרדא מובילה בבירור לתוצאות לא סבירות.

להלן אציין הסדרים הכלולים בטפסים בנקאיים מסוימים לצורך הצדקת המסקנה שמהותם המיוחדת יכולה להשפיע על פרשנותם. כך, למשל, טופס בנקאי הנוגע לפתיחת חשבון ולמערכת התשלומים, הקובע כי אין הבנק מקבל אחריות כלשהי במקרה של אבדן כספים כתוצאה משימוש בהמחאות⁶⁰ או כי הבנק לא רואה את עצמו אחראי בשל טעות מצדו במילוי הוראה לביטול פירעון שנתן הלקוח.⁶¹ דוגמה נוספת היא טופס בעניין שירות כספות, שבו נאמר שהבנק אינו אחראי בשום מקרה של פריצת הכספת ואבדן תכולתה.⁶² במצבים כאלה סביר להניח כי פרשנות מילולית של ההסדרים אינה מספקת את הדעת.

לכן, בעוד שבמקרה אחד (בעניין הערבות הבנקאית ובשל הפורמליזם המאפיין אותה) כללי ההסדר ופירושו על פי התכלית האובייקטיבית ככלל עולים בקנה אחד עם מהות העסקה והאינטרסים של הצדדים, במקרה אחר יש מקום להניח כי ההפך הוא הנכון. כתוצאה מכך, בעוד שבמצב הראשון סביר יהיה לפרש מילולית את נוסח החוזה (כולו או חלקו), משום שנוסחו מבטא את העניינים והעקרונות שביסוד העסקה, הדבר שונה לגבי סיטואציות אחרות. במצבים כאלה, כאשר בנק מגביל באופן לא הוגן את מידת אחריותו כלפי לקוחו, בתי המשפט אינם יכולים לפרש את החוזה על פי תכליתו האובייקטיבית. הלכה למעשה, בנסיבות כאלה מן הראוי לפרש את החוזה גם בהסתמך

58 על התוכן המגוון של החוזים הבנקאיים ראו בן-אוליאל, "דיני בנקאות – חלק כללי" (לעיל, הערה 22) בעמ' 63 ואילך.

59 שם, בעמ' 479 ואילך.

60 דנתי בסוגיה זו ובסוגיות אחרות הנוגעות לפטור מאחריות בנקאית במאמר: ריקרו בן-אוליאל, "תנאי מקפח בחוזה בנקאי – הערכה שיפוטית (בעקבות ע"ש [ים] 195/97 היועץ המשפטי לממשלה נ' בנק לאומי)", דין ודברים ב(2) (תשס"ו) 777, בעמ' 785 ואילך (להלן – בן-אוליאל, "תנאי מקפח בחוזה בנקאי").

61 ראו, למשל, ת"א (י-ם) 183/75 בנק הפועלים בע"מ נ' נגי, פ"מ תשל"ח(א) 269. בית המשפט קבע, תוך כדי התייחסות לפירושו של ההסדר הנדון: "[...] יש לפרש את הסיפא לטופס הביטול פירוש מצמצם מאוד [...] (שם, בעמ' 276).

62 הנושא נדון במאמרי: ריקרו בן-אוליאל, "כספת בבנק – תפיסה חדשה להגדרת טיב העסקה ולקביעת מידת האחריות מצד הבנק", הפרקליט לו 76 (תשמ"ז) (להלן – בן-אוליאל, "כספת בבנק").

על מה היו הלקוחות מסכימים – לעניות דעתו של הפרשן – אילו ניתנה להם הזדמנות לגלות את דעתם.

בלשון קיצור: בעוד שבמקרה הראשון, ככלל, התכלית האובייקטיבית היא הדומיננטית בפרשנות החוזה, במקרה השני תכלית זו אינה התחנה האחרונה ולפני בית המשפט קמה התכלית הסובייקטיבית כתכלית ראויה לפרשנות של היבט זה או אחר של החוזה.

כאמור, השאלה הנשאלת היא לגבי חוזה שבאמצעותו הבנק מעניק אשראי ללקוח תמורת ביטחונות. פרשנות של חוזה זה, על היבטיו השונים, דורשת זהירות רבה. לאור האמור אני סבור כי לא מן הנמנע שיש להפעיל בתחום הבנקאות כללי פרשנות שאינם תמיד זהים לאלו המקובלים בעולם המסחר. אשר להסדרים שהם לבו של החוזה ונוגעים במיוחד לזכות העיקרית של הלקוח ולחובות הכבדות המוטלות על הצדדים, שמסיבה זו הם מושכים במיוחד את תשומת לב של הלקוח – כגון זה שמתייחס לגודל ההלוואה המובטחת – ראוי בעיניי שהם יתפרשו על פי הכלל האובייקטיבי ככלל דומיננטי. עם זאת, לאחר מכן מובן כי על בית המשפט להפעיל את שיקול דעתו למען הערכת תוקפו של ההסדר.⁶³

(8) ומן הכלל אל הפרט: בפרשת לנדאו⁶⁴ צדק בעיניי בית המשפט העליון בקובעו כי יש לפרש מילולית את שטר המשכנתא. פרשנות בדרך זו מגנה על עניין כשר של הבנק בלי שתפגע בציפייה לגיטימית כלשהי של הלקוח. שכן בעניין זה נסב הסכסוך סביב הסדר שהוא בלב החוזה.

2. סיכונים הרובצים על הלקוח ועל צדדים אחרים

(א) פתיחה

(9) ככלל, תאגיד בנקאי המעניק אשראי ללקוח לצורך רכישת מקרקעין מבקש ביטחונות מסוגים שונים. הוא יכול להסתפק במשכון הנכס הנרכש תמורת האשראי, אך לעתים הוא מבקש, נוסף על המשכון, ביטחונות אחרים כגון ערבויות אישיות. מצב אחר

63 גם בשווייץ, למשל, כבר הוכר כי טיב החוזה הבנקאי יכול להשפיע על כללי פרשנותו. ראו Daniel Guggenheim, *Les Contrats de la Pratique Bancaire Suisse* (2000) p.51. בעניין חוזה מסחרי ופרשנותו, ראו, למשל, ע"א 464/75 פרומוטפין בע"מ נ' קלדרון, פ"ד ל(2) 191; ע"א 552/85 אגסי נ' ח.ל.ן חברה ישראלית לעבוד נתונים בע"מ, פ"ד מא(1) 241; רע"א 1185/97 יורשי ומנהלי עיזבון המנוחה מילגרום ז"ל נ' מרכז משען, פ"ד נב(4) 145, בעמ' 158; ע"א 898/03 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' חזן, פ"ד נט(3) 266; עניין סויסה (לעיל, הערה 18) פסקאות ב'-ג' לפסק דינו של השופט אליקים רובינשטיין. 64 עניין לנדאו (לעיל, הערה 37). על פרשנותו של שטר משכנתא ושל חוזה בנקאי ראו ע"א 3352/07 בנק הפועלים בע"מ נ' הורש, פסקה 11 ואילך לפסק דינו של השופט סלים ג'ובראן (פורסם בנבו) (להלן – עניין הורש).

נוצר כשהממשכן הוא אדם זר ולא הלווה. בנסיבות כאלה על הבנק להסכים עמו על הבטוחה הספציפית שעל הבנק לקבל תמורת האשראי המבוקש. לסוגיה זו התייחסתי במקום אחר.⁶⁵

אשר להתערבותם של ערבים ראוי להזכיר כמה עובדות. הלכה למעשה, במשך שנים, אדם שקיבל אשראי מן הבנק היה נהנה מיציבות ומ"הגנה" מסוימות, לפחות במישור היחסים שבינו לבין הבנק, כל אימת שהבנק דרש את התערבותם של ערבים. אמנם, למרות הדין הכללי שבחוק הערבות, התשכ"ז-1967, שעל פיו "אין הנושה רשאי לדרוש מן הערב מילוי ערבותו בלי שדרש תחילה מן החייב קיום חיובו",⁶⁶ בעבר למעשה התרגלו הבנקים לתבוע קודם את הערבים. מבחינה חוקית התאפשר הדבר בשל העובדה שהדין הכללי הנזכר הוא דין דיספוזיטיבי⁶⁷ ועל כן לעתים ויתרו הערבים על הדרישה לתבוע קודם את החייב העיקרי. מכך נובע שהיציבות היחסית שממנה נהנו הלווים ניתנה על חשבון הערבים, לעתים בלי מודעות מספקת מצדם לסיכון שרביץ עליהם. לאור האנומליה שנוצרה בעקבות דין זה תוקן חוק הערבות. על פי הדין המצוי, ההגנה נגד דין זה ניתנת לערב מוגן בלבד. כתוצאה מכך, בעיקרון, רק בנסיבות מיוחדות מותר להגיש תובענה נגדו בלי לתבוע קודם את החייב העיקרי.⁶⁸ לדין זה ולביקורת עליו התייחסתי במקום אחר.⁶⁹

65 עניין לנדאו (לעיל, הערה 37); ראו סעיף ב.2 ואילך למאמר זה בעמ' 126.

66 סעיף 8 לחוק הערבות.

67 שם, סעיף 8(1).

68 כך קובע סעיף 27 לחוק הערבות:

(א) לא תוגש תובענה נגד ערב מוגן אלא לאחר שנתקיימו שניים אלה:

(1) ניתן פסק דין נגד החייב;

(2) יושב ראש ההוצאה לפועל אישר שעל מנת להיפרע מהחייב ננקטו כל הליכי ההוצאה לפועל, לרבות הליכים למימוש משכנתה על דירת מגורים או למימוש משכון על זכויותיו בדירת מגורים והכל כשהם סבירים בנסיבות העניין.

(ב) על אף הוראות סעיף קטן (א) ניתן להגיש תובענה נגד ערב מוגן למילוי ערבותו אם התקיים אחד משני הסייגים הבאים:

(1) החייב נפטר, הוכרז פסול דין, ניתן נגדו צו כינוס נכסים או יצא מן הארץ לצמיתות; היה החייב מובטח במשכנתה או במשכון, לא יחול סייג זה אלא אם כן קבע בית המשפט או ראש ההוצאה לפועל, לפי העניין, שנעשו מאמצים סבירים לאיתור החייב, או למימוש המשכנתה או המשכון;

(2) היה החייב תאגיד – ניתן נגדו צו כינוס נכסים או צו פירוק.

(ג) הוגשה תובענה נגד החייב, ימסור הנושה הודעה לכול ערב מוגן, והוא יהיה ראשי להצטרף להליך.

(ד) ...

סעיף זה הוא דין קוגנטי מכוח סעיף 32.

ככלל, האדם הממשכן את נכסיו הוא זה שמקבל את האשראי. על כן, במצב של אי-קיום החוזה הוא יהיה לרוב הנתבע הבלעדי. ייתכן שיהיה מדובר באדם אחד, אך לעתים קשורים לאדם זה צדדים אחרים המחזיקים בזכויות על הנכס הממושכן. מצב כזה מעורר שאלות באשר למעמד ולזכויות של המעורבים השונים. אדון בסוגיות אלה ובהשלכותיהן בהמשך דבריי.

(ב) זהות הממשכן ונשוא המשכנתא

(10) מיהו הממשכן ומהו נשוא המשכנתא והיקפה? כאמור, ייתכן שהממשכן הוא הלווה וייתכן שהוא אדם אחר שיבטיח את קיומו של החיוב העיקרי. כמו כן מתעוררת שאלה בעיקר כשמתערבות בעסקת משכנתא דמויות שונות, כל אחת עם זכויות מסוימות על הנכס. התייחסתי לסוגיה במקום אחר כשקבעתי כי לעתים עומדת מאחורי עסקת המשכנתא מערכת משולשת הדורשת ניתוח זהיר.⁷⁰ אחזור לסוגיה בקצרה כדי להדגיש שוב את היבטיה העיקריים ואת הדרך למניעת הבעייתיות שבבסיסה.

פרשת שלם נ' בנק לאומי למשכנתאות בע"מ⁷¹ מדגימה את הבעייתיות. אלה העובדות המרכזיות של הפרשה: המבקשת הייתה הבעלים הרשומים של זכות חכירה לדורות בבית מסוים; הבית נמכר והקונים קיבלו הלוואה מן הבנק המשיב; סכום ההלוואה הועבר למוכרת המבקשת; המבקשת חתמה על התחייבות כלפי הבנק, שגם קיבל מהקונים משכון רשום על זכויותיהם. עם זאת, התברר כי הזכויות בבית לא נרשמו על שם הקונים. מאחר שהקונים הפסיקו להחזיר את סכום ההלוואה פתח הבנק בהליכים למימוש המשכון בהוצאה לפועל.

במצב כזה סבר המשיב כי מימוש המשכון על זכויותיהם של הקונים כמוהו כמימוש משכון על הבית עצמו ועל כן מותר היה לרדת לבית המבקשת במסגרת הליכי הוצאה לפועל. למעשה הוכר כי הבנק אינו יכול לרדת במישרין לדירתו של המוכר,⁷² כי הקונים של הדירה הם שקיבלו אשראי ולכן הם הלקוחות שבתמורה משכנו את זכויותיהם על הדירה, ולא המוכרת.

על כן צדק בית המשפט העליון כשקבע:

69 על הדין הנזכר והביקורת עליו ראו בן-אוליאל, "ערבות לטובת תאגיד בנקאי" (לעיל, הערה 2) בעמ' 65 ואילך.
70 שם, בעמ' 4 ואילך.
71 עניין שלם (לעיל, הערה 18).
72 שם, בעמ' 679.

אין חולק כי המשכון שהבנק מבקש לממש הוא משכון שנרשם לטובתו על זכויות הקונים ולא משכון שנרשם על זכויות המבקשת 1 בבית (זאת, בלי לחוות דעה בשאלת קיומו של משכון כזה).⁷³

השאלה באשר לזכותו של הצד המתקשר עם הבנק קשורה לעניין הנוגע לתוכנו של חוזה המשכנתא. במונחים אלה, בפרשה הנדונה לא הייתה לבנק האפשרות לממש משכון על הבית אלא לממש את זכויותיהם של הקונים שעברו אליו. בקיצור, בנסיבות מסוג זה מותר לבנק לממש את זכויות הקונים כלפי המוכר מכוח התחלופה.⁷⁴ כאמור, לדברים אלה כבר התייחסתי במקום אחר.

לאור העובדות הנזכרות, המסקנה הנדרשת היא שסיטואציה כזו של ריבוי דמויות לפני בנק-מלווה לא צריכה להצדיק התדיינות משפטית מן הסוג שהוזכר. על בנק זהיר להכין ולהגיש לחתימה טפסים המעידים בצורה ברורה וחד-משמעית על זהותם ומעמדם של כולם, כלומר: זכויותיהם וחובותיהם של כל המעורבים בעסקה. זאת, כמובן, לאחר שהעניין הוסבר היטב לכל המעורבים ונקלט על ידיהם כראוי. אמנם, בנק זהיר ונאמן צריך להכיר ולהסביר היטב את פרטי העסקה שהוא עצמו מציע ללקוחותיו; אם לא כך הדבר ספק בעיניי אם הבנק ממלא את חובות הזהירות והנאמנות המוטלות עליו כלפי כל אלה המתקשרים עמו בכלל וכלפי לקוחותיו בפרט.⁷⁵

73 שם, בעמ' 680.

74 סעיפים 17(4) ו-20 לחוק המשכון. ראו בן-אוליאל, "ערבות לטובת תאגיד בנקאי" (לעיל, הערה 2) בעמ' 163. כך גם קבע בית המשפט העליון בעניין שלם (לעיל, הערה 18). בעמ' 680 נפסק שזכויות הבנק הן כאלה:

למכור את הזכויות החוזיות שמושכנו במסגרת הליכי הוצאה לפועל. הדרך השנייה היא דרך ייחודית למימוש משכון על זכות חוזית, לפי סעיפים 17(4) ו-20 לחוק המשכון.

מכוח הוראת סעיף 20 לחוק המשכון יכול הבנק להיכנס לנעליו של בעל הזכויות החוזיות, בעניינינו הקונים, לעניין מימוש אותן זכויות כלפי המוכר. מימוש כזה של הזכויות הממושכות מחייב הגשת תביעה מטעם הבנק כנגד מוכר הנכס, בעניינינו המבקשת 1.

75 ראו סעיף ב.1 ואילך למאמר זה בעמ' 123. סוגיית המורכבות של הטפסים הבנקאיים לצורך נקיטת הלוואות התעוררה לאחרונה בפסק דין של בית הדין לחוזים אחידים; ח"א 8002/02 המפקח על הבנקים נ' הבנק הבינלאומי הראשון למשכנתאות בע"מ (פורסם בנבו) (להלן – עניין הבנק הבינלאומי הראשון למשכנתאות בע"מ). התברר בפרשה זו (פסקה 16 ואילך לפסק דינה של השופטת מרים מזרחי) כי לא רק שהבנק משתמש באותו טופס לסוגים שונים של הלוואות (דבר שגורם לכך שהלקוחות אשר חותמים עליו הינם בעלי מאפיינים שונים ומגוונים) – הוא גם מגיש אותן לחתימה של מחויבים שונים, דהיינו: לווים, ערבים ואלה הממשכנים נכסים להבטחת חיובו של הלווה מכוח סעיף 12 לחוק המשכון. לאור כל אלה, ומתוך הנחה לגיטימית שדבר כזה יגרום קושי רב בהבנת החוזה על ידי חייב טיפוסי, נפסק (בפסקה 21):

(ג) נכס ממושכן בבעלות משותפת

(11) שאלה נפרדת נשאלת כשהנכס הממושכן שייך ליותר מאדם אחד. כך המצב, למשל, במקרה שבו בני זוג ממשכנים את דירתם לאחר שקנו אותה באמצעות אשראי שנתן תאגיד בנקאי. במצב כזה, לא מן הנמנע כי בפקיעת הנישואין יתעוררו שאלות בשני מסלולים שונים, דהיינו, זה שנוגע ליחסי בנק-לקוח (היחס החיצוני) וזה המתייחס ליחסים בין הלווים לבין עצמם (היחס הפנימי). כעת הסוגיה המרכזית נוגעת ליחס החיצוני, ובמילים אחרות, להשלכות הבנקאיות של הסדרי הממון שקיבלו בני הזוג.

הלכה למעשה ניתן להבחין בין מצבים שונים. מצב אחד מתרחש כשבני זוג החיים ביחד ממשכנים את דירת מגוריהם לטובת הבנק שהעניק להם אשראי ובשל אי-תשלום החוב על ידי הלווים הבנק מבקש לממש את המשכנתא. מצב אחר מתרחש עת הבנק מתכוון לממש את המשכנתא על דירת מגורים של בני זוג בגלל אי-סילוק חוב של אחד מהם בלבד.

סוגיה שלישית מתקיימת כשהנכס הממושכן הוא בית הרשום על שם אחד מבני הזוג בלבד. במקרה זה יש מקום להבחנות נוספות על פי טיבו של הנכס כנכס משפחתי או עסקי.

(12) אשר למקרה הראשון, טיב היחסים שבין בני הזוג לבין הבנק מושפע ישירות מההסדר הנוגע ליחסי הממון ביניהם. בהקשר זה יש להדגיש שכאשר לא כרתו בני הזוג הסכם ממון חל עליהם הסדר איזון המשאבים על פי חוק יחסי-ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973.⁷⁶

כמו כן – וזו כעת הסוגיה המרכזית – פסיקה רבה של בית המשפט העליון בעניין שיתוף בזכויות ובחובות של בני זוג באה להשלים את ההסדר החקיקתי.

יתכן שטוב היה עושה הבנק אילו היה משתמש בנוסחי חוזה שונים, המותאמים באופן מיוחד לסוגי ההלוואות ולסוגי הלווים השונים. כך, למשל, עשויים להיות הבדלים של ממש – הן בדינים החלים והן בתנאים החוזיים הרלבנטיים – בין הלוואה מסחרית לבין הלוואה למטרת רכישת דירת מגוריו של הלווה [...] גם סוג הנכס המשועבד להבטחת ההלוואה (האם מדובר בדירה המשמשת כפועל למגורי החייב, או שמא בנכס מקרקעין אחר) עשוי להשליך הן על הדין והן על תנאי החוזה הרלבנטיים. מכל מקום, החוזה שהונח לפתחנו הוא חוזה אשר חל, כאמור, על סוגים שונים של הלוואות ושל לוויים. כמוכנה, תחום חלותו הרחב של החוזה, והשימוש המגוון שנעשה בו, מחייבים אותנו לנקוט קו בדיקה מחמיר, המבקש למנוע קיפוח בכל הקשר בו החוזה יכול לשמש, וכלפי כל סוג של לקוח, כמובנו של מונח זה בסעיף 2 של חוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982 [...].

76 סעיף 3 ואילך לחוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג-1973, ס"ח 267.

הלכה למעשה מוכרת הקורלציה בין דיני הזכויות והחובות. על פי כללי השיתוף בזכויות⁷⁷ חלה החזקה שלפיה רכוש שהשיגו בני זוג המנהלים אורח חיים תקין תוך כדי השקעת מאמץ משותף נמצא בבעלותם המשותפת. בד בבד עם הכלל הנזכר מן הצדק להכיר גם כי בעיקרון מוטלת על בני הזוג חזקה בעניין שיתוף בחובות. עמד על כך השופט שמגר, בפרשת בן-צבי נ' סיטין:

חזקת השיתוף בחובות משלימה את חזקת השיתוף בנכסים. בן זוג הנהנה מפירות השותפות עם בן-זוגו, חייב לשאת בעול החובות שנוצרו במהלך החיים המשותפים. שתי החזקות הללו משקפות את תמציתו של משק הבית המשותף – ההנאה מרווחי השותפות בצד הנשיאה המשותפת בהוצאות ובהפסדים.⁷⁸

(13) מצב מיוחד מתקיים כשהחוב הוא של בן זוג אחד בלבד. להבנת המצב יש לזכור כי חזקת השיתוף בחובות אינה כלל ברזל וכי היא ניתנת לסתירה. תוך כדי התייחסותו לסוגיה ציין הנשיא ברק בפרשת שלם נ' טווינקו בע"מ:⁷⁹

החזקה בדבר שיתוף בחובות ניתנת לסתירה. יכולים בני הזוג להסכים ביניהם שאחד מהם ירכוש נכס או ינהל עסק כלשהו באופן שיהא רכושו הבלעדי ועל סיכונו בלבד [...] זאת ועוד, בפסיקה גובשו כמה חריגים המקיים מעוקצה של הלכת השיתוף בחובות, ובכלל זה חובות בעלי אופי אישי מובהק; חובות שנוצרו מהוצאות על רכוש נפרד; הוצאות אשר נעשו תוך כדי הפרת נאמנות, למשל לשם החזקת מאהב או מאהבת [...] על רקע זה לא הוכר במשותף חוב שנוצר כתוצאה מפעולה חריגה, שהוגדרה "כמניפולציה כספית", של אחד מבני הזוג [...] .⁸⁰

77 על כלל זה ראו, למשל, ע"א 300/64 ברגר נ' מנהל מס עזבון, פ"ד יט(2) 240, בעמ' 245-246; ע"א 253/65 ז' בריקר נ' י' בריקר, פ"ד כ(1) 589, בעמ' 597; ע"א 135/68 בראלי נ' מנהל מס עזבון, פ"ד כג(1) 393, בעמ' 395-396; ע"א 595/69 מ' אפטה נ' א' אפטה, פ"ד כה(1) 561, בעמ' 566; ע"א 3563/92 עיזבון גיטלר נ' ד' גיטלר, פ"ד מח(5) 489, בעמ' 494-495; רע"א 8791/00 שלם נ' טווינקו בע"מ, פסקה 10 לפסק דינו של השופט אהרן ברק (פורסם בנבו) (להלן – עניין טווינקו). דנתי בסוגיה בהקשר של חשבונות משותפים במאמרי: ריקרדו בן-אוליאל, "חשבון בנק משותף – הערכה ביקורתית", משפטים י (תש"מ) 439, בעמ' 458 ואילך, ובספרי: בן-אוליאל, "דיני בנקאות – חלק כללי" (לעיל, הערה 22) בעמ' 178-179.

78 ע"א 3002/93 בן צבי נ' סיטין, פ"ד מט(3) 5, בעמ' 16 (להלן – עניין סיטין). ראו גם ע"א 446/69 לוי נ' גולדברג, פ"ד כד(1) 813, בעמ' 820; ע"א 1967/90 י' גיברשטיין נ' ה' גיברשטיין, פ"ד מו(5) 661, בעמ' 665 (להלן – עניין גיברשטיין).

79 עניין טווינקו (לעיל, הערה 77) פסקה 16 לפסק דינו של השופט אהרן ברק.

80 דברי הנשיא ברק מתבססים על ההלכה שהתקבלה קודם בפסקי דין אלה: ע"א 446/69 לוי נ' גולדברג, פ"ד כד(1) 813, בעמ' 820; ע"א 627/70 מ' זאבי נ' מ' זאבי, פ"ד כו(2) 445,

על פי תפיסה זו מותר לבן זוג לטעון ולהוכיח אחת מהעובדות הנזכרות כדי לסתור את חזקת השיתוף בחובות וזאת בלי שברצונו לסתור את חזקת השיתוף בנכסים. על פי עקרונות אלה אפשר להסיק את המסקנה הבאה: כאשר חלה על בני זוג חזקת השיתוף בזכויות ובחובות ולא סולק החוב כלפי הבנק שלטובתו מושכן בית מגוריהם, בעיקרון לא יוכל אחד מהם להתנגד למימוש המשכנתא. עם זאת, ככלל זכותו של בן זוג להתנגד למימושה אם בכוחו לסתור את חזקת השיתוף בחובות.⁸¹

(14) אתייחס כעת לסוגיה אחרת המתרחשת כשהבנק מתכוון לממש משכנתא על דירה רשומה על שם בן זוג אחד בלבד.

תחילה ראוי להזכיר כי מצב כזה אינו מונע את הצד האחר, ששמו אינו רשום במרשם המקרקעין, מלטעון לזכויות על הדירה. זאת, למרות האמור בסעיף 7(א) לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, שעל פיו עסקה במקרקעין טעונה רישום וכי ברישום מסתיימת העסקה. עם זאת, על בן זוג הטוען טענה זו לדעת כי הכרה בזכויותיו על הדירה עלולה להיות כרוכה בהטלת חובות עליו. אם כן, מתעוררת השאלה באשר לנסיבות התורמות להיווצרות תופעת השיתוף בחובות ובאשר למועד שבו תיווצר.

שאלה זו נדונה בהרחבה בפרשת שלם נ' טוינקו בע"מ,⁸² שם בצדק ציין הנשיא ברק כי הסוגיה מתייחסת לזכות מעין-קניינית של בן הזוג ששמו לא רשום. במצב כזה מתנגשת זכותו של בן זוג ששמו לא רשום עם זכותו של נושה של בן זוג שעל שמו רשום הנכס, והפתרון לסוגיה יימצא על פי דיני העסקאות הנוגדות.⁸³

עוד קבע הנשיא ברק לצורך קביעת המועד לגיבוש השיתוף בין בני הזוג, כי יש להבחין בין סוג הנכס שעליו מדובר, כלומר נכס משפחתי מובהק או נכס מסוג אחר. על סמך הבחנה זו פסק הנשיא ברק:

לגבי הנכסים המשפחתיים, מתגבש השיתוף עם תחילתם של חיי השיתוף – כלומר אורח חיים תקין ומאמץ משותף – והיא מלווה את בני הזוג באופן שוטף ונמשך [...] לגבי שאר הנכסים, השיתוף מתגבש [...] רק בהתרחש אירוע קריטי.⁸⁴

בעמ' 452; ע"א 677/71 א' דוד נ' ל' דוד, פ"ד כו(2) 457, בעמ' 461; עניין סיטין (לעיל, הערה 78) בעמ' 5, 17-16; ע"א 592/79 שצקי נ' סיד, פ"ד לה(4) 402, בעמ' 414; עניין גיברשטיין (לעיל, הערה 78) בעמ' 666; ע"א 4374/98 עצמון נ' רפ, פ"ד נו(3) 433, עמ' 448.

81 שאלה זו נדונה למשל בעניין טוינקו (לעיל, הערה 77).

82 שם.

83 שם, פסקה 23 לפסק דינו של השופט אהרן ברק.

84 שם, פסקה 24 לפסק דינו של השופט אהרן ברק.

קביעת המועד לגיבוש השיתוף היא שאלה עניינית בכל המקרים שניתחנו קודם אך היא עדינה במיוחד במצב השלישי. אמנם כאשר הנכס רשום על שם בן זוג אחד בלבד, הזכות של בן הזוג ששמו לא רשום על נכס משפחתי, על סמך ניהול אורח חיים תקין ומאמץ משותף, היא זכות קניין שביושר. כלל השיתוף בזכויות וחובות מטיל על בן זוג כזה אחריות כלפי צדדים שלישיים עבור חובות משותפים לבני זוג, אך אחריותו לא חלה כלפי חוב שנוצר למטרות בלעדיות של בן הזוג הרשום.⁸⁵

כאמור, לגבי נכסים לא משפחתיים מתגבש השיתוף במועד התרחשותו של אירוע קריטי כגון משבר בחיי בני הזוג או אירוע כלכלי חריג.⁸⁶ עד שלא יגיעו בני הזוג למועד קריטי לא נוצר השיתוף בזכויות ובחובות על פי הלכת השיתוף, ועל כן בן זוג ששמו לא רשום הוא צד זר להליכי מימוש המשכנתא על הנכס עבור חוב של בן הזוג הרשום.

לבסוף ראוי לזכור כי לאחר התגבשותו של השיתוף במקרקעין, זכותו של בן זוג ששמו לא רשום היא זכות קניין שביושר. ככלל, זכות זו עדיפה על זכות שבדין של כל אדם אחר;⁸⁷ חרף זאת לעדיפות זו לא יהיה מקום כלפי צד אחר שרשומה עסקה לטובתו בתום-לב ובתמורה. הסדר זה נובע מסעיף 9 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, וכאשר מתקיימים תנאיו יגן ההסדר על בנק המובטח במשכנתא.⁸⁸

(ד) חולשת הלקוח: סיכונים ביצירת המשכנתא

- 85 שם, פסקה 36 לפסק דינו של השופט אהרן ברק.
- 86 ראו גם, למשל, ע"א 8497/06 טורג'מן לחמן נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ, פסקה 11 לפסק דינה של השופטת עדנה ארבל (פורסם בנבו).
- 87 עניין טווינקו (לעיל, הערה 77) פסקה 36 לפסק דינו של השופט אהרן ברק.
- 88 סעיף 9 לחוק המקרקעין קובע: "התחייב אדם לעשות עסקה במקרקעין ולפני שנגמרה העסקה ברישום חזר והתחייב כלפי אדם אחר לעסקה נוגדת, זכותו של בעל העסקה הראשונה עדיפה, אך אם השני פעל בתום-לב ובתמורה והעסקה לטובתו נרשמה בעודו בתום-לב – זכותו עדיפה". אשר לסוגיית העימות שבין בעל החשבון לבין רוכש זכויות קודם בזמן ראו דויטש, "קניין ב'" (לעיל, הערה 34) בעמ' 175 ואילך. על הסוגיה ראו דבריה של השופטת מרים נאור בפרשת הורש (לעיל, הערה 64) פסקה 8 לפסק דינה, שם הובחנו שני מקרים: מקרה שבו הזכות לנכס נוצרה לפני רישום המשכנתא לטובת הבנק ומקרה שבו הזכות נוצרה לאחר מועד זה. רק במקרה הראשון יחול סעיף 9 לחוק המקרקעין, כי במקרה השני אין מדובר בעסקה נוגדת והעניין נקבע בסעיף 7 של החוק. באותה פרשה ראו גם את שיקוליהם של השופט סלים ג'ובראן בפסקה 32 לפסק דינו ושל השופטת מרים נאור בפסקה 11 לפסק דינה, על דרך הערכת תום לבו של הבנק שעבורו רשומה המשכנתא. השופט סלים ג'ובראן הדגיש באופן מפורש כי על הבנק "כנושא מקצועי" מוטלת חובת תום לב מוגברת, כלומר: "מוטלת על נושה זה החובה האקטיבית לבדוק את מצב החזקה בנכס, ואין הוא יכול להסתמך רק על הרישום". גם השופט אליקים רובינשטיין, בפסקה ד', הסכים לעמדה זו של השופט סלים ג'ובראן. באשר לסעיף 9 לחוק המקרקעין ולעניין תום ליבו של הבנק, ראו עוד ע"א 11120/07 שמחוני נ' בנק הפועלים בע"מ, פסקה כ"ג לפסק דינו של השופט אליקים רובינשטיין (פורסם בנבו) (להלן – עניין שמחוני).

(1) הסוגיה

(15) כידוע, בכל חוזה חל הסיכון שאחד הצדדים יטען כי נפל פגם בכריתתו בשל טעות, הטעיה, כפייה ועוד. סיכון כזה עולה וגדל כאשר החוזה מתאפיין במורכבות טכנית ומשפטית מיוחדת ועם זאת החוזה הוא חוזה אחיד. על כן, הדבר מוכר היטב בתחום הבנקאות בכלל ובהקשר המשכונים בפרט. אדון בהמשך בבעייתיות העומדת בבסיסן של סוגיות אלה ובאמצעים שלעניות דעתי אפשר לאמץ כדי להפחיתן.

(2) חזקת הידיעה וההסכמה מצד החותם על שטר משכנתא: הדין והביקורת

(16) מקום שבו מסתכסכים הצדדים – בנק וממשכן – אחת הטענות העיקריות מצד אדם החותם על שטר משכנתא היא שלא קרא את המסמך ולא קיבל מן הבנק את ההסבר הדרוש להבנת תוכן החוזה והשלכותיו ועל כן הוא לא הבין היטב את תוכנו של ההסדר. ללא הבנה – כך הטענה – הסכמתו אינה אפשרית.

אדם הטוען טענה זו עומד לפני קושי לא מבוטל לאור העיקרון המוכר מאוד בספרות⁸⁹ ובפסיקה,⁹⁰ שלפיו חלה חזקה, הניתנת לסתירה, שמי שחתם על מסמך הבין והסכים לקבל את תוכנו. בלשון קיצור ניתן לומר כי החתימה מהווה ראייה חזקה ביותר לגמירת דעתו של החותם להתקשר באמצעות החוזה. יתרה מזו: בתי המשפט כבר ציינו כי החזקה חלה במיוחד כל אימת שהמסמך הנדון מתייחס לנכסי החותם. כך פסק בית המשפט העליון בפרשת לנדאו:

כידוע, כלל הוא, כי מי שחותם על מסמך משפטי, ובכלל זה שטר משכנתא, מוחזק כמי שקרא, הבין והסכים לתוכנו, ובמיוחד כך הדבר כאשר המסמך נוגע לנכסיו, כדוגמת שטר משכנתא...⁹¹

89 ראו, למשל, דניאל פרידמן ונילי כהן, חוזים (כרך א', תשנ"א) בעמ' 448 ואילך; בן-אוליאל, "ערבות לטובת תאגיד בנקאי" (לעיל, הערה 2) בעמ' 53 (הערה 148).

90 ע"א 467/64 שוויץ נ' סנדור, פ"ד יט(2) 113, בעמ' 117; ע"א 413/79 אדלר חברה לבנין בע"מ נ' מנצור, פ"ד לד(4) 29, בעמ' 38; ע"א 1548/96 בנק איגוד לישראל בע"מ נ' לופו, פ"ד נד(2) 559, בעמ' 574; ע"א 1513/99 דטיאשוילי נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פ"ד נד(3) 591, בעמ' 594; ע"א 6645/00 ערד נ' אבן, פ"ד נו(5) 365, בעמ' 375; ע"א 6799/02 יולזרי נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ – סניף בורסת היהלומים, פ"ד נח(2) 145, בעמ' 149 (להלן – עניין יולזרי); ע"א 8800/04 שטיינר נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ (פורסם בנבו) (להלן – עניין שטיינר); ע"א 9136/02 מיסטר מאני ישראל בע"מ נ' רייז, פ"ד נח(3) 934, בעמ' 945 (להלן – עניין מאני); ע"א 8533/06 גילמן נ' הפועלים אמריקאי ישראלי בע"מ, פסקה 5 לפסק דינו של השופט יוסף אלון (פורסם בנבו) (להלן – עניין גילמן); עניין לנדאו (לעיל, הערה 37); ע"א 7370/06 שני נ' ברדיצבסקי, פסקה 8 לפסק דינה של השופטת עדנה ארבל (פורסם בנבו); עניין הורש (לעיל, הערה 64); עניין שמחוני (לעיל, הערה 88) פסקה ל"א לפסק דינו של השופט אליקים רובינשטיין.

91 עניין לנדאו (לעיל, הערה 37) פסקה 15 לפסק דינו של השופט סלים ג'ובראן.

(17) חזקת הידע, ההבנה וההסכמה הנוכרת מבוססת עוד יותר בגלל דבר המחוקק בעניין התערבותו של עורך-דין בשלב החתימה. כך נקבע בתקנה 16(א) לתקנות המקצועין (ניהול ורישום), התש"ל-1969:

התייצבו בעלי העסקה לפני עורך-דין, יחתימו אותם על שטר העסקה ויאמת חתימותיהם בחתימת ידו, לאחר שזיהה אותם והסביר להם את מהות העסקה שהם עומדים לבצע ואת התוצאות המשפטיות הנובעות ממנה, ולאחר ששוכנע שהדבר הובן כראוי ושהם חותמים מרצונם.⁹²

לאור דברים אלה פסק בית המשפט העליון בפרשת לנדאו⁹³ כי "לא תישמע מפיו (של החותם) הטענה, שלא כך הם פני הדברים מן הטעם שאין הוא מסוגל לקרוא את המסמך מסיבה כלשהי".

לכאורה, סיבות אחרות עשויות להצדיק את הכלל הנדון. למעשה גם על ידי חקיקה בנקאית הוטלה על תאגידי בנקאיים החובה למנוע טעויות והטעיה של לקוחותיהם.⁹⁴ נוסף על כך פיתחו בתי המשפט את הדוקטרינה של חובת הנאמנות הבנקאית. זו דורשת, בין היתר, כי הבנק יסביר ללקוח את פרטי העסקה על החיובי והשלילי בה, וכי ינהג כלפי לקוחו ברמה אופטימלית של מקצוענות, זהירות והגינות במתן השירות.⁹⁵ על סמך כל אלה אין להתפלג על ההתפשטות של הפרזומציה הנדונה בספרות ובפסיקה. כל אלה מובילים כאמור למסקנה שלא בנקל יכול אדם החותם על שטר משכנתא לסתור את החזקה הנוכרת ולשכנע את בית המשפט כי לא כך פני הדברים, וכי לא הבין את מהות הדברים ומכאן שלא הסכים לקבל את נוסח המסמך שעליו חתם.

חרף זאת אני סבור כי ניתוח הסוגיה יכול להחליש את כדאיות החזקה ואולי אף להצביע על ביטולה.

(18) חוזה משכנתא הוא חוזה אחיד. ככלל, נוסח החוזה מורכב למדי. כאשר בתי המשפט מפעילים כמעט אוטומטית את החזקה הנדונה על חוזה המשכנתא, משמעות הדבר היא שהם מאמצים חזקה שכנראה מוצדקת יותר בהקשר של דיני החוזים הכלליים. למעשה, אימוץ החזקה מבטיח את קיומו ותוכנו של החוזה, ובדרך זו לכאורה גם ניתן לשמור על האינטרסים של הצדדים. חרף זאת, ספק בעיניי באשר לנכונות הפרזומציה הנדונה בהקשר המשכנתאות.

92 על פרשנות התקנה ראו, למשל, ה"פ (מחוזי ת"א) 850/02 פוקס נ' בנק הפועלים בע"מ (פורסם בנבו). כפי שנאמר בפסק הדין, פסקה 16 לפסק דינה של השופטת ענת ברוך, היעדרו של עורך הדין אינו משנה אם מתברר כי למרות זאת הבין הלקוח את מהות העסקה. ראו התייחסות לסוגיה בפסקה 26 למאמר זה בעמ' 153.

93 עניין לנדאו (לעיל, הערה 37) פסקה 15 לפסק דינו של השופט סלים ג'ובראן.

94 ראו בעיקר סעיפים 3 ו-5 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח). על הסוגיה ראו בן-אוליאל, "דיני בנקאות – חלק כללי" (לעיל, הערה 22) בעמ' 75 ואילך.

95 בן-אוליאל, "דיני בנקאות – חלק כללי" (לעיל, הערה 22) בעמ' 99 ואילך.

לאמתו של דבר, כאשר בתי המשפט מקבלים כנקודת מוצא את החזקה כי הלקוח ידע והבין את נוסח החוזה המורכב שעליו חתם, הם למעשה מניחים גם הנחה נוספת, שלפיה התאגיד הבנקאי קיים את חובתו להסביר ללקוח את פרטי העסקה. ללא הסבר מפורט מצד הבנק בלתי אפשרי שהלקוח הממוצע יבין את מורכבות ההסדר. כאן לעתים ממוקם לב הבעיה כשטענת הלקוח היא שלא הוסברו לו פרטי העסקה ובעיקר הפרטים שמבחינתו הם הבעייתיים במיוחד. אם כך, על פי ההלכה הפסוקה נחלש מעמדו של הלקוח והואיל ועליו לא רק לסתור את החזקה באשר להבנת ההסדר החוזי אלא גם להכחיש "חזקה" אחרת, העומדת מאחורי החזקה הראשונה, באשר למילוי חובתו של הבנק להסביר את פרטי העסקה, החיוביים והשליליים.

הואיל וחובת ההסבר הבנקאי נמצאת לעתים במרכז ההתדיינות בין הצדדים, ובהנחה שלא קיום חובה זו לא ניתן להצדיק את החזקה באשר לידיעת הלקוח, כיצד ייתכן שבתי המשפט יניחו את ההנחה בדבר מילוי חובתו של הבנק? מילוי של חובה בנקאית כה מורכבת ומרכזית בהתדיינות המשפטית אינו יכול להיות אובייקט לחזקה, ועל הבנק הנטל להוכיח כי הפעיל את האמצעים המתאימים לקיום חובה זו.

אם דבריי נכונים, המסקנה היא שמן הראוי לפקפק בהפעלת החזקה בעניין הבנת הלקוח והסכמתו לתוכן החוזה ואולי אף לדחותה במקרים לא מבוטלים. הלכה למעשה, כתוצאה מדחייה זו ייווצר מצב חדש, שוויוני יותר, שבו על כל צד לטעון ולהוכיח את דברו. על הלקוח לשכנע את בית המשפט כי חתימתו על הטופס החוזי נעשתה ללא הבנה מלאה של נוסחו, וכי לו היה מבין אותו כראוי לא היה חותם עליו. הטלת נטל הוכחה שכזה על כתפי הלקוח אינה קלה כלל ועיקר. מצד הבנק, עליו הנטל להוכיח כי נקט את כל האמצעים המתאימים והדרושים כדי לאפשר ללקוח להשיג את הידע ההכרחי לחתימה על החוזה מתוך מודעות מספקת. לפי תפישה זו לא קל הנטל הרובץ על הבנק, משום שהבנת החוזה מצד הלקוח לא תמיד מתבססת אך ורק על מתן הסברים. הבנה ממשית מצד הלקוח דורשת – נוסף על מתן הסברים – את קליטת ההסבר מצדו. על בנק הממלא את תפקידו כראוי להשקיע את המאמצים המתאימים כדי להבטיח, במידה גבוהה מאוד של סבירות, שהלקוח לא רק קיבל את ההסבר הדרוש אלא גם קלט אותו ועקב כך הסכים לחתום על הכתב. אתייחס לסוגיה בהמשך דבריי.

(19) לאור דברים אלה נשאלות שתי שאלות עיקריות: השאלה הראשונה מתייחסת למשמעות שיש לייחס לחתימת הלקוח על הטופס הנוגע לחוזה המשכנתא. השאלה השנייה קשורה לדרך שבה ניתן להבטיח כי החוזה נכרת מתוך הבנה ומודעות מצד הלקוח – וכל זאת כדי להפחית את ההתדיינות בין הצדדים. אשר לשאלה הראשונה, ולאור המצב כיום, לשיטתי יש לייחס לחתימת הלקוח על חוזה שכזה משמעות יחסית: היא אכן מעידה על רצונו להתקשר דרך החוזה, אך היא אינה מעידה בהכרח על הבנה מלאה (ועל כן על ההסכמה) לגבי כל סעיף וסעיף של החוזה. במילים אחרות: חתימת הלקוח מעידה על כוונתו להתקשר בחוזה ואף על הסכמתו באשר לסעיפים הבעייתיים

כלפיו – אך זאת בכפוף לפרשנות סבירה שהוא בתום לב נתן להם. בלשון קיצור, סבור אני כי לא מן הנמנע שבמקרים מסוימים (ובהנחה כי השתכנע בית המשפט כי הלקוח מתנהג בתום לב) על בית המשפט להכיר כי לפניו עומדים צדדים מנוגדים בטענותיהם וכי זכותם להתדיין באופן שוויוני. בנסיבות אלה אין טעם להכיר בחזקה המחלישה צד אחד – את הלקוח הנוהג בתום לב, שמטבעו הוא הצד החלש בעסקה – לטובתו של הצד האחר, כאשר לעתים הסיכון הוא שהבנק הפר את חובתו להעביר ללקוח ידיעה ממשית על פרטי העסקה.

לאחרונה התייחס בית הדין לחוזים אחידים לסוגיה זו בפרשת הבנק הבינלאומי הראשון למשכנתאות בע"מ.⁹⁶ ליתר דיוק נדון תוקפו של סעיף בחוזה אחיד, שעל פיו ערב מצהיר כי הוא קרא את ההסכם והסכים לתנאיו. עם זאת, דברי בית הדין חשובים ביותר גם בהקשר הנדון. שם נאמר:

למרות האמור לעיל, אנו סבורים כי כאשר מדובר בחוזה ארוך, מורכב ומסובך, דוגמת החוזה בו אנו דנים בתיק זה, ההנחה המציאותית היא שהלקוח (במקרה זה, הערב) אינו יכול, מבחינה מעשית, לקרוא את כל תנאי החוזה, ויש להניח כי אף אם היה עושה כך לא היה מבין חלק ניכר מתנאים אלה. יכולים אנו להעיד על עצמנו, כמה זמן ומאמץ השקענו בקריאתו של החוזה ובהבנת המהות של כל סעיף מסעיפיו, ולנו הרי יש הכלים והידע המשפטי שאינם מצויים ברשותו של הלקוח הרגיל. משמעות הדבר היא, שהבנק דורש מהלקוח – הערב להצהיר הצהרה שהכל יודעים שאיננה עומדת, למעשה, במבחן המציאות.⁹⁷

לאור דברים אלה הסיק בית הדין כי "יש להבין חזקה זו באופן מעט שונה מהרגיל (דהיינו, מהחזקה העולה מחתימה על חוזה שקיימת אפשרות ריאלית לקרוא את תנאיו)",⁹⁸ והסביר:

במקרה של חוזה אחיד ארוך ומורכב, שקריאה והבנה של כלל תנאיו על ידי הלקוחות איננה עומדת במבחן המציאות, יש להבין את החזקה הנוצרת עם החתימה על החוזה, כמכוונת לכך שהלקוח הבין את המהות העיקרית של החוזה וכי הוא מסכים למהות זו, וכן לאותם עניינים שהוסברו והובהרו לו במיוחד ובמפורט על ידי הספק (הבנק, בעניינינו). בנוסף, החתימה גם יוצרת, לדעתנו, חזקה לפיה הלקוח (הערב, בעניינינו) מקבל על עצמו עקרונית את שאר תנאי החוזה, למרות שלא יכול היה לקרוא את כולם ולרדת לעומקם, וזאת על יסוד ההנחה שמדובר בתנאים

96 עניין הבנק הבינלאומי הראשון למשכנתאות בע"מ (לעיל, הערה 75).

97 שם, פסקה 156 לפסק דינה של השופטת מרים מזרחי.

98 שם, פסקה 157 לפסק דינה של השופטת מרים מזרחי. ההדגשות במקור.

רגילים וסבירים, המקובלים בחוזים מסוג זה, וכן מתוך הנחה כי התנאים הללו הם הוגנים ואינם מקפחים. מבחינה זו, החזקה הנוצרת עם החתימה על חוזה מסוג זה היא בהחלט משמעותית, אף כי מדובר בחזקה "מוחלשת" לעומת זו הנוצרת לגבי חוזים שאינם מהסוג הנדון כאן.⁹⁹

(20) אתיחס כעת לסוגיה השנייה. בהנחה כי נכונה גישתי על המשמעות היחסית של חתימת הלקוח – במקום שיטת החזקה באשר להסכמה על מלוא החוזה לפי פירושו הניתן על ידי הבנק – הדבר עלול לגרום להיחלשות לא מבוטלת של מעמד הבנק. לא זו המטרה, אלא להבטיח מצב סביר והוגן שיענה על הציפיות הלגיטימיות של הצדדים, תוך שמירה על מעמדם השוויוני לפני בית המשפט. שני הצדדים צריכים להיות מעוניינים שהחוזה יישמר לאחר חתימתו, תוך מודעות מצד הלקוח. אפשר להשיג מודעות זו אם נוסף על ההסברים הנדרשים ינקוט הבנק באמצעים הראויים כדי להבטיח, כאמור, את קליטת ההסבר על ידי לקוחו. ייתכן שהדבר יתאפשר אם, למשל, כבר בשלב המשא ומתן ימסור הבנק דף נפרד שבו מסוכמים פרטי העסקה המהותיים ביותר, החיוביים והשליליים – כלומר אלו שלעתים נמצאים בלב ההתדיינות בין הצדדים.¹⁰⁰ אם ינקטו הבנקים אמצעים אלה בתי המשפט לא יצטרכו לשפוט על סמך החזקה שאלה התייחסתי, ולא בנקל יוכל הלקוח להכחיש כי קיבל ידיעה ממשית על הסעיפים המעוררים מחלוקת. ארחיב את הניתוח והדיון בהמשך מחקר זה.

(3) חובת נאמנות: גילוי וקליטה, והמלצות לפיתוח הסוגיה

(21) במתן שירותיו ללקוח כפוף התאגיד הבנקאי לשלושה עקרונות-על: תום לב, זהירות ונאמנות.¹⁰¹ בעוד שלחובות תום הלב וזהירות יש מקור חקיקתי, חובת הנאמנות הבנקאית הומלצה על ידי הדוקטרינה¹⁰² ולאחר מכן התקבלה בפסיקה של בית המשפט העליון.¹⁰³ במשך השנים נהפכה חובת הנאמנות הבנקאית לכלל יסוד המדריך את יחסי בנק-לקוח.

תכליתה של חובת נאמנות אינה גמישה כלל ועיקר. תכלית החובה היא להבטיח מידה גבוהה מאוד של אמינות, מקצוענות, יעילות וזהירות במתן השירות. מבחינה זו חובת הנאמנות היא נוקשה למדי ומטרתה אינה חופפת למטרה שחובות תום הלב

99 מעניין לציין כי בית הדין מזכיר בהקשר זה את דבריו של בית הדין לחוזים אחידים בע"ש (י-ם) 195/97 היועץ המשפטי לממשלה נ' בנק לאומי, פ"מ תשס"ג(1) 481 (להלן – עניין היועץ המשפטי לממשלה נ' בנק לאומי), שם צוין כי ההנחה כי הלקוח קרא, הבין והסכים לתוכנו של החוזה היא פיקציה (שם, בעמ' 669).

100 ראו פסקאות 26 ו-27 למאמר זה בעמ' 153 ואילך, שם אחזור לסוגיה.

101 על סוגיות אלו ראו בן-אוליאל, "דיני בנקאות – חלק כללי" (לעיל, הערה 22) בעמ' 86-106.

102 ראו מאמרי: בן-אוליאל, "כספת בבנק" (לעיל, הערה 62) בעמ' 82 ואילך.

103 עניין צבאח (לעיל, הערה 57).

והזהירות אמורות ליישם. חרף זאת, ומבחינת האמצעים הנדרשים לקיומה, חובת הנאמנות היא יחסית גמישה. זאת במובן שכלל לא ניתן לקבוע מראש את כל האמצעים שעל הבנק לנקוט כדי לקיימה. הלכה למעשה האמצעים משתנים על פי טיב השירות הנדון, סוג הלקוח, הנסיבות המיוחדות שבהן ניתן השירות ועוד. גם אין לקבוע כי האמצעים יהיו רק משפטיים, משום שבמקרים מיוחדים הם יהיו משפטיים ומטריאליים כאחד.¹⁰⁴ ניתן לסכם ולומר כי הפעלתו של עקרון הנאמנות זקוקה לקונקרטיזציה. בדברים אלו תמכתי בעבר.¹⁰⁵ דברים אלו נאמרו גם על ידי בית המשפט העליון. כך פסק השופט שמגר בפרשת טפחות בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ' צבאח:

יחד עם זאת, אין להסיק [...] כי חובתו של הבנק ללקוח זהה בכל מקרה ומקרה. היקף החובה ורמת הנאמנות הנדרשים מהבנק מעל לרמה הבסיסית הכללית משתנים ממקרה למקרה ומושפעים מטיב היחסים בין הבנק ללקוח, ממידת מעורבותו של הבנק במערכת יחסים זו ומגורמים משתנים נוספים, שכן במערכת היחסים שבין הבנק ללקוח מתבצעות פעולות רבות ומגוונות, ולאורן משתנה גם היקף חובתו של הבנק.¹⁰⁶

104 נקיטת אמצעים מטריאליים חשובה במיוחד במתן שירותים הנוגעים לשמירת כספים ורכוש אחר של הלקוחות. בהקשר זה שירות הכספות מדגים היטב את המצב.

105 ראו: בן-אוליאל, "כספת בבנק" (לעיל, הערה 62) בעמ' 85; בן-אוליאל, "דיני בנקאות – חלק כללי" (לעיל, הערה 22) בעמ' 99 ואילך. ראו גם: רות פלאטו-שנער, דיני בנקאות: חובת האמון הבנקאית (תש"ע) בעמ' 71 ואילך. שורשי הדוקטרינה מהמשפט האנגלי. ראו, למשל: 3 [1974] Q.B. 55; *Lloyd's Bank v. Bundy* [1974] 1 Q.B. 55; *Woods v. Martins Bank Ltd.* [1959] 1 Q.B. 55; *All E.R. 757; National Westminster Bank v. Morgan*, 3 ALL E.R. [1983] A.C. 686 [1985]. גם על המשפט האנגלי, ראו, למשל: Joan Wadsley and Graham Penn, *The Law Relating to Domestic Banking* (2000) p.107; Ross Cranston, *Principles of Banking Law* (2003) p.187; E. P. Ellinger, Eva Lomnicka and Richard Hooley, *Ellinger's Modern Banking Law* (2006) p.130. (להלן – "Ellinger, 'Modern Banking Law'"). תפיסות שונות התפתחו כדי להצדיק את תורת הנאמנות. תפיסות אלה מבוססות על מושגים שונים כגון פער כוחות בין הצדדים, כוח, עשיית עושר ולא במשפט ועוד. על הסוגיה ראו לאחרונה את המאמר הבא והמקורות הנזכרים בו: Uri Benoliel, "Rethinking the Distributor – Manufacturer Fiduciary Relationship: A Marketing Channels Perspective", 45 *American Business Law Journal* (2008) 187, pp.191 et seq. נראה שחובת הנאמנות מבוססת בעיקר על תורת הכוח, בלי להתעלם מן התרומה אשר ניתן לקבל מן התפיסות האחרות. על הסוגיה, תוך התייחסות למשפט שלנו ושל קנדה, ראו את מאמריה של רות פלאטו-שנער: Ruth Plato-Shinar, "The Bank's Fiduciary Duty: An Israeli – Canadian Comparison", 22 *B.F.L.R.* (2006) p.1.; Ruth Plato-Shinar, "An Angel Named 'The Bank': The Bank's Fiduciary Duty as the Basic Theory in Israeli Banking Law", 36 *Common Law World Review* (2007) p.27.

106 עניין צבאח (לעיל, הערה 57) שם.

(22) נאמנות היא מושג נורמטיבי המתייחס להתנהגות אנושית. להבנת המושג בתחום הבנקאות ראוי לשקול את מצבו של הצד המוגן על ידי קיומה של חובה זו. צד זה הוא הלקוח הסומך על איכות השירות שהוא מקבל ועל ההסברים והייעוץ הניתנים לו על ידי הבנק. לעתים אין לו דרך אחרת אלא להאמין כי דברי הבנק הם ההסבר והייעוץ הטובים והמקצועיים ביותר שניתן לקבל.

אם כן, מובן שבנק נאמן לא יטעה את לקוחו,¹⁰⁷ לא יעשה דבר שיש בו משום ניצול של מצוקתו, חולשתו או בורותו¹⁰⁸ ולא יקבע תנאים לא סבירים למתן השירות.¹⁰⁹ בכך לא מסתפק המילוי של חובת הנאמנות, כי ממנה נגזרים לא רק חיובים בעלי תוכן שלילי (non facere) אלא גם חיובים בעלי טיב חיובי (facere). בין החובות האחרונות חובת הגילוי ממלאת תפקיד מרכזי.¹¹⁰

גם חובת הגילוי הנגזרת מחובת הנאמנות דורשת קונקרטיזציה. היא משתנה משירות לשירות ועל כן עליי להתמקד בה, בקיומה ובהיקפה במישור היחסים שבין הבנק לממשכן.

(23) חובת הנאמנות בהקשר המשכנתא מתבטאת בעיקר דרך חובת הגילוי. אשר לחובה זו אין חוק הקובע ישירות מה הם פרטי העסקה שעל הבנק לגלות לממשכן. אמת הדבר היא כי בעקיפין יש הסדר העוסק בנדון, אך זהו הסדר חלקי בלבד.

ההסדר החל בעקיפין על המשכון מפורט בסעיף 22 לחוק הערבות, התשכ"ז-1967, המסדיר את חובת הגילוי כלפי ערב יחיד. ההסדר חל מכוח הפניה של סעיף 12 לחוק המשכון, התשכ"ז-1967, המסדיר את מעמדו של צד הממשכן את נכסיו כערובה לחיובו של אדם אחר.¹¹¹ אם כן, ההסדר הוא חלקי משתי סיבות: הסיבה הראשונה היא שבהיותו *sedes materiae* בחוק הערבות אין ההסדר נוגע למקרה השכיח, שבו אדם ממשכן נכס כערובה לאשראי שהוא עצמו מקבל; הסיבה השנייה היא שההסדר המתייחס לאדם הממשכן את נכסיו כערובה לחיוב של אדם אחר, עוסק רק בסוג מיוחד של ממשכן הנחשב לערב יחיד. כתוצאה מכך דין זה אינו מגן על ערב שהוא תאגיד, על בעל עניין בתאגיד כשהתאגיד הוא החייב העיקרי ואף לא על בן זוג או שותף של החייב העיקרי.¹¹² קל להבין כי לאדם זר ליחס בנק-לקוח, המסכן את רכושו כדי לאפשר ללקוח לקבל אשראי, מגיעה הגנה מיוחדת הניתנת על ידי קיום חובת הגילוי. חרף זאת אני סבור כי לא בנקל ניתן להסכים עם שיטת המחוקק המעניק הגנה זו בדרך מפורשת רק לסוג מסוים

107 סעיף 3 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח).

108 שם, סעיף 4.

109 שם, סעיפים 2(ב) ו-7.

110 שם, סעיף 5 וסעיף 15 לכללי הבנקאות (שירות ללקוח) (גילוי נאות ומסירת מסמכים) תשנ"ב-1992, ק"ת 1512.

111 ראו סעיף ב.2 ואילך למאמר זה בעמ' 126.

112 על המושג "ערב יחיד" ראו סעיף 19 לחוק הערבות. ראו גם דבריי בסעיף ב.2(א) למאמר זה בעמ' 126.

של ממשכן. כך שקיים קושי לקבל את שתיקת המחוקק לגבי המקרה השכיח שבו הממשכן הוא החייב העיקרי.

(24) כלפי כל אדם הממשכן את נכסיו כערובה לחיוב מגיע שהנושה יגלה לו את תוכן חיובו. פעם החובה מוטלת על פי חוק (סעיף 12 לחוק המשכון וסעיף 22 לחוק הערבות), כשהממשכן אינו החייב העיקרי והוא נחשב ל"ממשכן ערב יחיד"; פעם מקור החובה הוא בעיקר בפסיקה המכירה בחובת נאמנות וגילויי כשהממשכן הוא גם החייב העיקרי של הבנק ולכן הוא במעמד של "לקוח". חרף זאת, כאמור, נשארים סוגים שונים של ממשכנים שאינם מוגנים על פי חוק, דבר שבעיניי חייב למשוך את תשומת לבו של המחוקק.

ככלל, כל ממשכן מעוניין לקבל הסבר על פרטי העסקה, ומן הראוי שתוטל על הבנק החובה להסביר על החיובי והשלילי בהם כגון סכום ההלוואה וגודל ההחזרים לבנק; הסדר הריביות והעמלות; זכות הבנק לממש את המשכנתא אף במקרים של אי-קיום חלקי של החוב; זכות הבנק לגבות את יתרת החוב שלא סולקה על ידי מימוש המשכנתא; האמצעים שביכולתו של הבנק לנקוט כדי להבטיח את מימוש המשכנתא בתנאים האופטימליים; זכות הלקוח לדיוור חלוף; זכות הלקוח לפירעון מוקדם ושחרור הנכס הממושכן ועוד. עם זאת, מכיוון שיש סוגים שונים של ממשכנים, יש להבחין בין החובות הבנקאיות המיוחדות כלפי כל סוג וסוג. למשל, אשר לממשכן שהוא "ממשכן – ערב יחיד – מוגן", ראוי כי בנק זהיר יבהיר היטב, בין היתר, את משמעות הכלל "תובענה מן החייב תחילה"; כלפי כל שאר הקטגוריות של ממשכנים, על הבנק להביא לידיעתם את ההשלכות העלולות לנבוע מאי-תחולתו של עיקרון זה.¹¹³

לאור כל האמור נשאלת השאלה אם לא ראוי להסדיר באופן קוהרנטי את הדינים השונים החלים על כל סוג של ממשכן ולהותיר את ההבדלים ביניהם, אם וכאשר הם סבירים ומוצדקים. סבור אני כי התשובה לשאלה חייבת להיות בחיוב.

(25) כלפי כל ממשכן פוטנציאלי מוטלת על התאגיד הבנקאי חובה לגלות ולהסביר כל פרט, חיובי ושלילי, שישפיע על החלטתו לחתום על שטר המשכנתא. זאת ועוד: בקיום חובת הגילוי על בנק נאמן לא רק לנקוט יוזמה ולהעביר לידיעה הממשית של הממשכן כל פרט מהותי הנוגע לעסקה, אלא גם לענות לכל שאלה הנשאלת על ידי הממשכן ועשויה באופן סביר לתרום להחלטתו לחתום על השטר.

חרף זאת, כאשר הממשכן אינו החייב העיקרי, על הבנק המקיים את חובת הגילוי לשמור על האיזון שבין חובה זו לבין חובת הסודיות כלפי החייב העיקרי. ככלל, סביר

113 אשר לכלל "תובענה מן החייב תחילה" ראו סעיף 27 לחוק הערבות. לגבי ההסדר שבסעיף זה ועל הביקורת עליו ראו בן-אוליאל, "ערבות לטובת תאגיד בנקאי" (לעיל, הערה 2) בעמ' 65 ואילך. דברי לעיל נובעים מן הכלל כי דין הערבות חל על הממשכן להבטחת חיובו של אדם אחר, זאת בשל ההפניה של סעיף 12 לחוק המשכון לדין הערבות. סוגיה זו מעוררת מחלוקת מסוימת. על כך, ראו סעיף ב.2 ואילך למאמר זה בעמ' 126 ודברי בהערה 34.

להניח כי החייב העיקרי מסכים למסירת מידע עליו – אך רק אם המידע נדרש באופן סביר לקיום חובת הגילוי כלפי הממשכן.¹¹⁴

(26) קיום חובת הנאמנות הוא מבחן שעל בנק לעבור במילוי תפקידו. חובת הנאמנות היא חובה של הבנק ולא של אדם אחר העשוי להתערב לצורך ביצוע עסקת המשכנתא. על כן אני סבור כי הבנק אינו פטור מחובת הנאמנות כלפי הממשכן כאשר הממשכן חותם על שטר משכנתא בנוכחות עורך-הדין שלו, גם לאחר שזה הסביר לו את משמעות החתימה והמחויבות הנובעת מכך.¹¹⁵ אין להכחיש כי על אותו עורך-דין מוטלת חובה לנהוג באמון כלפי לקוחו, אך חובה זו נולדה במישור משפטי שאינו המישור המשפטי הבנקאי. בנסיבות אלה, במילוי תפקידו אין עורך-הדין מייצג את הבנק מאחר שהוא פועל לפי בקשת לקוחו הממשכן. זאת ועוד: אשר לעורך-דין המלווה לקוח בשלב של חתימה על שטר משכנתא, סביר להניח, שבין היתר לא תמיד יש לו ידע מושלם באשר לחיוב העיקרי – ידע שרק הבנק יכול למסור לממשכן שאינו הלקוח המקבל אשראי. עניין זה חשוב ביותר מקום שהממשכן הוא אדם זר שאינו החייב העיקרי.

לסיכום אני סבור שאף בהנחה שלפיה ויתר הממשכן על קבלה של כל הסבר מצד הבנק, בטענה שההסבר ניתן על ידי עורך-הדין, בנק זהיר ונאמן עדיין צריך לוודא לא רק כי ההסבר אמנם ניתן אלא גם כי נקלט כראוי. נוסף על כך, בנק זהיר ונאמן לא יהסס להשלים את החסר בהסבר שכזה. על כן אני חולק על דעתה של רות פלאטו-שנער, שטענה:

מטרת חובת ההסבר היא להבטיח שהממשכן יבין את משמעותה המלאה של העסקה, ואין נפקא מינה אם ההסבר ניתן על ידי הבנק דווקא או על-ידי בעל מקצוע מיומן – עורך הדין של הממשכן.¹¹⁶

בהמשך כתבה פלאטו-שנער דברים שבעיניי אינם עולים בקנה אחד עם חובת הנאמנות הבנקאית:

הבנק רשאי להסתמך על אישור עורך הדין. אין זה מתפקידו של הבנק לברוק את הבנתו של עורך הדין בנוגע למהות העסקה או לוודא שעורך הדין אכן סיפק לממשכן הסבר ראוי. די בכך שקיבל את אישור עורך הדין דובר מילוי החובות האמורות כלפי הממשכן על מנת לפטור את הבנק מקיומן בעצמו.¹¹⁷

114 ראו בן-אוליאל, "דיני בנקאות – חלק כללי" (לעיל, הערה 22) בעמ' 107, 128-129.

115 ראו סעיף ג.2(ד)(2) למאמר זה בעמ' 145.

116 ראו פלאטו-שנער, "חובת הגילוי הבנקאית" (לעיל, הערה 34) בעמ' 401.

117 שם, שם.

בסוגיה זו אין לומר כי פסיקת בתי המשפט היא אחת ואחידה.¹¹⁸

(27) ברצוני לשקול שיקולים מספר לפיתוח הסוגיה שבנדון.

כאמור, היחס שבין בנק ללקוחו מתאפיין באמון שהלקוח מייחס לבנק שעמו הוא מתקשר. לצורך ההבטחה כי יתורגם הדבר לשפת המעשה הוטלה על התאגידים הבנקאיים חובת הנאמנות. אמון צריך להתקיים כבר לפני כריתת החוזה, כי בלעדיו לא יבקש הלקוח מן הבנק את מתן השירות. בשלב של משא ומתן לכריתת חוזה האמון כבר מקבל לברוש משפטי, לכן, בין היתר, לא יעשה תאגיד בנקאי דבר העלול להטעות את הלקוח.¹¹⁹ בשלב המשא ומתן – וגם לאחר מכן – מתממשת חובת האמון דרך גילוי מצד הבנק של הפרטים המהותיים של העסקה. חובת הגילוי נגזרת מחובת האמון ובקיומה מתקיים שלב בעל חשיבות עליונה בקונקרטיזציה של חובת הנאמנות. תהליך הקונקרטיזציה של חובת הנאמנות אינו מסתיים בקיומה של חובת הגילוי בשלב של משא ומתן, שהרי ראוי כי האמון שבין הצדדים ימשיך להתקיים עד סיום הקשר החוזי ביניהם ואף לאחר מכן. מכיוון שזהו המצב, על בנק נאמן להפעיל את האמצעים הדרושים כדי להבטיח כי בצדק יוכל הלקוח לייחס לו בכל שלב ושלב את האמון שביסוד הקשר החוזי. על פי שיטה זו מובן שלא די בגילוי סתמי של הפרטים המהותיים של העסקה: על הבנק להסביר את ההשלכות, החיוביות והשליליות, של פרטים אלה. הלכה למעשה, כאמור, גילוי אפקטיבי של הסדר משפטי מסוים כרוך בהכנה ובקליטה של אותו הסדר או לפחות של פרטיו היסודיים. יתרה מזו: כאשר היחס המשפטי הנובע מן החוזה הוא יחס ממושך מאוד, כפי שקורה בהקשר של משכנתא, ראוי כי בנק נאמן ישתמש באמצעים המתאימים כדי להפחית את הסיכון שבשלב כלשהו יסתכסכו הצדדים בשל אי-הבנת החוזה.

118 כך פסק השופט אלפרד ויתקון בע"א 1/75 בנק ישראלי למשכנתאות בע"מ נ' הרשקו, פ"ד כט(2) 208, בעמ' 211: "אין חולק על כך שאדם קשור להסכם שהוא חתום עליו. אך נכון גם שבנק חב חובת אמונים מיוחדת ללקוחותיו [...] אמנם נכון הדבר שהמשיבים הראו את החוזה לעורך-דין שלהם, אך אם ההסבר, שנתנו להם פקידי הבנק, היה לקוי, אף העובדה שהיה להם יעוץ משלהם, אינה פוטרת את המערער מחובתו להסביר להם את העסקה בצורה השווה לכל נפש על כל החיובי וגם על כל השלילי שבה מבחינתם" (ההדגשה הוספה). גם בת"א (מחוזי ת"א) 621/97 פרי עץ חיים בע"מ נ' בנק הפועלים סניף אשדוד, פסקה 5 לפסק דינה של השופטת צפורה ברוך (פורסם בנבו), נפסק כי התערבותו של עורך-דין אינה משחררת את הבנק מחובת מתן ההסבר. גרסה אחרת התקבלה בשנים האחרונות על ידי בית המשפט העליון. כך, למשל, ברע"א 11519/04 לבקוביץ נ' בנק הפועלים בע"מ (פורסם בנבו); בעניין גילמן (לעיל, הערה 90) בפסקה 6 לפסק דינו של השופט יוסף אלון, שם נאמר כי טענת המערערת כי: "על הבנק לשוב וליתן הסבריו לממשכן, לאחר שאלה ניתנו כדין ע"י עורך הדין בפניו נחתם השטר, אין בה ממש".

119 ראו כי סעיף 3 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), העוסק בעניין איסור הטעיה, בעיני גם חל על השלב הטרם-חוזי. על כך ראו בספרי: בן-אוליאל, "דיני בנקאות – חלק כללי" (לעיל, הערה 22) בעמ' 76.

לשיטתי, כאמור, ניתן להשיג את המטרה הנזכרת אם יחליטו הבנקים למסור ללקוחותיהם – כבר בשלב המשא ומתן ולאחר שהתגלו ללקוח הפוטנציאלי הפרטים המהותיים והרלבנטיים ביותר של העסקה – מסמך המסכם פרטים אלה באופן תמציתי. מסמך כזה יאפשר ללקוח הפוטנציאלי לשקול בעצמו את כדאיות העסקה, לבקש לצורך זה ייעוץ חיצוני נוסף ואף להשוות את תנאי ההסדר שהוצעו לו עם אלו המקובלים על ידי תאגידים בנקאיים אחרים.¹²⁰

זאת ועוד: על פי תפיסה זו ראוי בעיניי כי בנק לא יכרות חוזה ולא יבקש את חתימת הלקוח למטרה זו לפני שעבר זמן סביר וקבוע מראש בין שלב הגילוי וההסבר המלווה את מסירת המסמך התמציתי הנזכר לבין השלב של כריתת החוזה.¹²¹

120 כאמור, ראוי שהמסמך יהיה תמציתי ולא יכלול מידע רב מדי. הסיכון הוא שבמקרה של עורך מידע, בסופו של עניין לא יקלוט הלקוח את האינפורמציה הרלוונטית על אופי העסקה שהוא אמור לבצע ועל סיכוניה. סוגיה זו מוכרת היטב בעולם הצרכני הלא בנקאי. למשל, סעיף 14(ב) לחוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981, ס"ח 248 עוסק בעסקה בעניין רכישה של יחידות נופש ומציין את פרטי העסקה שעל המוכר לגלות, כלומר: המידע המותר "ואותו בלבד". על הנדון ראו סיני דויטש, דיני הגנת הצרכן (כרך א, תשס"א) בעמ' 153-154; אורנה דויטש, מעמד הצרכן במשפט (תשס"ג) בעמ' 114-115, 362-365.

121 הסוגיה מוכרת בעולם הצרכני. כך קובע סעיף 5(ב) לחוק הגנת הצרכן: "עוסק, העומד לחתום על חוזה עם הצרכן, חייב לתת לו הזדמנות סבירה לעיין בחוזה לפני חתימתו, וכן למסור לו עותק ממנו לאחר החתימה" (ההדגשה הוספה). אותו רציונל ניתן למצוא בתקנה 2 לתקנות הגנת הצרכן (פרטי חוזה הלוואה שאינה הלוואה בנקאית), תש"ן-1989, ק"ת 70. מעניין לציין כי גם בעולם העסקים מוכרת פרקטיקה כזו. כך, למשל, בארצות-הברית, בהקשר הזכיינות (franchising) נקבעו הוראות בנדון על ידי ה-Federal Trade Commission. למעשה, ארגון זה הוציא הוראות (Trade Regulation Rules) שבהן נקבע בסעיף 16 CFR 436.1:

In connection with the advertising, offering, licensing, contracting, sale, or other promotion in or affecting commerce, as "commerce" is defined in the Federal Trade Commission Act, of any franchise, or any relationship which is represented either orally or in writing to be a franchise, it is an unfair or deceptive act or practice within the meaning of section 5 of that Act for any franchisor or franchise broker:

- (a) To fail to furnish any prospective franchisee with the following information accurately, clearly, and concisely stated, in a legible, written document at the earlier of the "time for making of disclosures" or the first "personal meeting": [...]
- (b) **The term "time for making disclosures" means ten (10) business days prior to the earlier of: (1) the execution by a prospective franchisee of any franchise agreement or any other agreement imposing a binding legal obligation on such prospective franchisee, about which the franchisor, franchise broker, or any agent, representative, or employee thereof, knows or should know, in connection with the sale or proposed sale of a franchise, or [...].**

אני סבור כי לצורך הפעלה של מדיניות זו נדרשת התערבות יעילה של הרשות המפקחת על הבנקים.¹²²

3. סיכונים הרובצים על התאגיד הבנקאי בשל התנהגות הלווה

(ההדגשה הוספה).

122 אמנם המפקח על הבנקים כבר התערב בנדון, אך ספק בעיני אם נעשה הדבר כראוי. סעיף 4 להוראות ניהול בנקאי תקין 451 – נהלים למתן הלוואות לדיור, תשנ"ז-2006 קובע:

- (א) תאגיד בנקאי ייתן לכל אדם המבקש לברר בסניף תנאים לקבלת הלוואה דפי הסבר, בהם יפורטו, לכל הפחות, עניינים אלה:
- (1) תיאור כללי של ההלוואות המוצעות על ידי התאגיד הבנקאי (כגון: הלוואה בריבית קבועה או בריבית משתנה, אופן ההצמדה וכדומה);
 - (2) סדרי קבלת ההלוואה (פירוט הצעדים שעל מקבל הלוואה לנקוט בהם, לרבות המסמכים השונים שעליו להגיש);
 - (3) אופי חישוב הריבית ודוגמאות של לוחות תשלומים לכל 10,000 ₪ בשיעורי ריבית שכיחים, עבור טווחי זמן שונים;
 - (4) חיובים ועמלות מכל סוג, לרבות הוצאות המועברות על ידי התאגיד הבנקאי לצד שלישי;
 - (5) סדרי פירעון, לרבות הסדרים בשל חיובים על פי הרשאה, וקביעת מועד הפירעון החודשי של הלוואה;
 - (6) עמלות הפירעון המוקדם על סוגי ההלוואות השונות;
 - (7) הדרישה לביצוע ביטוח חיים וביטוח נכס, והודעה בהתאם לסעיפים 11(ב) ו-11(ג) להלן.
- (ב) בנוסף לאמור בסעיף קטן (א) לעיל, תאגיד בנקאי לו אתר אינטרנט יפרסם את דפי ההסבר באתר האינטרנט.

(ההדגשה הוספה).

לעניות דעתי מן הראוי שהרשות המפקחת תקבע מפורשות מהו המידע שעל תאגיד בנקאי למסור ללקוחות ולא לקבוע עניינים שלכל הפחות יש להעביר. זאת, משתי סיבות עיקריות: ראשית, משום שכדאי שהלקוח לא יקבל כמויות מוגזמות של מידע שבסופו של דבר לא יוכל לקלוט. כפי שהוסבר, יש סיכון לא מבוטל הכרוך בהעברת עודף מידע – שמא יפגע הדבר בקליטת המידע הרלוונטי במיוחד (על כך ראו הערה 120); שנית, מן הראוי שהמידע יתייחס לסוגיות שכלל מעוררות סכסוכים משפטיים, דרך משל: המעמד והזכויות של כל המעורבים בעסקה, כולל מצב שבו המשכנתא מבוססת על מערכת משולשת; תוצאות של אי-פירעון החוב ומימוש המשכנתא; זכויות הלקוח במקרה של מימוש המשכנתא ואובדן הנכס הממושכן; הסדר על דיור חלוף ועוד. גם לגבי מצב שבו מושכן נכס להבטחת חיובו של אדם אחר, ומתוך ההנחה שחל עליו דין הערבות (מכוח סעיף 12 לחוק המשכון) נתן המפקח על הבנקים הוראות בנדון. ראו הוראות ניהול בנקאי תקין 453 – ערבויות צד שלישי

(28) מקובל להניח כי בגלל מורכבותו והשלכותיו של חוזה משכנתא, כריתתו מסכנת בעיקר את הצד החלש שהוא בדרך כלל הלקוח. ככלל הנחה זו מתממשת במציאות, כפי שהיא באה לידי ביטוי בפסיקה הרבה של בתי המשפט. חרף זאת כבר הוסבר כי לא תמיד כך המצב וכי גם כלפי הבנק חלים סיכונים במתן השירות. כך, למשל, כשהצדדים מסתכסכים באשר לפרשנותו של שטר המשכנתא.¹²³ סיכונים אחרים עלולים להתרחש כשהלקוח אינו נוהג בתום לב והוא זה שמנסה להטעות את הבנק ולנצל את כוחו.

לאמתו של דבר, לעתים במסגרת תביעות נגד בנקים הלקוחות טוענים שנפלו פגמים בכריתת החוזה כגון הטעיה, כפייה ועושה. במקרים כאלה הלקוחות נוטים להדגיש – ולעתים אף להגזים – בחולשתם ובתלותם בתאגידי הבנקאיים, בטענה כי במצבים כאלה הופרו חובותיהם של הבנקים לנהוג בתום לב, בזהירות ובנאמנות. חרף זאת, במספר לא מבוטל של פרשיות התברר כי ההפך הוא הנכון וכי הלקוחות הם שהתנהגו בדרכים פסולות בעת קבלת ההלוואות והחתימות על שטרות המשכנתא. אפרט את דבריי תוך כדי התייחסות לכמה פרשיות שהתרחשו בשנים האחרונות.

(29) בפרשת שם טוב נ' הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ¹²⁴ דן בית המשפט העליון בהחלטת בית המשפט המחוזי שסירב להיענות לבקשת המערערת לבטל את הסדר החוב שהושג בינה לבין הבנק. הלכה למעשה התמקד הדיון בהלוואה שהתקבלה על ידי הלקוחה והובטחה דרך משכנתא. הטענה העיקרית של המערערת הייתה כי נטילת ההלוואה מהבנק, חתימתה על שטר משכנתא על הדירה ופעולות חיוב בחשבונה שבוצעו על ידי הבנק נעשו בכפייה ואילוץ או בהיעדר הבנה. על כן ביקשה הלקוחה לבטל פעולות אלה וכתוצאה מכך גם את החוב הנטען על ידי הבנק.

על סמן הראיות שהובאו לפניו קבע בית המשפט המחוזי כי לא הוכחו עושה, כפייה או אילוץ מצד הבנק וכי המערערת הבינה היטב את משמעות חתימתה על שטר המשכנתא. בית המשפט העליון קבע גם שיש לדחות את טענות הלקוחה כי נפל פגם רצוני בעסקאות כספיות שבוצעו בהתערבות הבנק.

(30) פרשה אחרת: שטיינר נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ.¹²⁵ במקרה זה שימשה המבקשת מנהלת של חברה שבבעלות בעלה. במעמד זה היא חתמה על שטר משכנתא על דירת מגוריה כערוכה לחובות החברה של בעלה כלפי הבנק. הבנק ביקש לממש את המשכנתא בהליכי הוצאה לפועל לאחר שלא עמדה החברה בהתחייבותה כלפיו. מצדה

לטובת תאגיד בנקאי, תשס"ג-2002. גם כאן הדין שותק לגבי הבעיות העיקריות שצינתי לעיל.

123 ראו סעיף ג.1. ואילך למאמר זה בעמ' 129.

124 ע"א 8759/03 שם טוב נ' הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ (פורסם בנבו); ראו גם, למשל, רע"א 10943/07 יגאלי נ' טפחות בנק למשכנתאות לישראל בע"מ (פורסם בנבו).

125 עניין שטיינר (לעיל, הערה 90).

עתרה המבקשת בתובענה לפסק הצהרתי שעל פיו המשכנתא בטלה. טענת הלקוחה הייתה שהבנק הטעה אותה משום שלא הסביר לה את המשמעות של חתימתה. לטענתה היא לא ידעה על גודל החוב של החברה כלפי הבנק (כשמונה מיליון שקלים) וכי תכלית המשכנתא הייתה לשמש ביטחון לחוב בסדר גודל כזה.

בית המשפט הכיר בעובדה שהמבקשת הייתה שותפה פעילה בניהול החברה ועל כן הייתה לה מודעות לגודל החובות של החברה כלפי הבנק, ובכך שהמבקשת הבינה את משמעות חתימתה על שטר המשכנתא ואת ההשלכות הכרוכות בשעבוד הדירה. בית המשפט דחה את התובענה. לבית המשפט העליון הוגש ערעור על פסק הדין. עיקר טענותיה של המבקשת הועלו פעם נוספת והבקשה נדחתה.

(31) בפרשת בנק לאומי לישראל בע"מ נ' סנקרי ושות'¹²⁶ עסק בית המשפט העליון בבקשת רשות ערעור על החלטתו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו שבעקבותיה ניתן צו לעיכוב מימוש של משכנתא.

אלה העובדות העיקריות: המערער העניק הלוואה למשיבה וזו הסכימה למשכן נכס מקרקעין שבבעלותה כבטוחה להחזר החוב. בין הצדדים אין ויכוח על נטילת ההלוואה ועל עצם החתימה על שטר המשכנתא. חרף זאת טענה המשיבה כי מי שחתם על שטר המשכנתא ונטל את ההלוואה הוא אחד מבעלי מניותיה שבעבר שימש מנהל יחיד ומורשה חתימה אצל המשיבה, וכי הוא עשה זאת כדי לכסות את חובותיו. על סמך עובדות אלה טענה המשיבה כי החתימה נעשתה תוך כדי חריגה מהרשאה ועל כן אין תוקף לשטר המשכנתא. עוד טענה המשיבה כי בהענקת ההלוואה התנהג הבנק בחוסר תום לב או ברשלנות.

בית המשפט קיבל את טענת הבנק באשר ל"סמכות הנחזית" וקבע כי לא הצליחה המשיבה להתגבר על טענה זו. הערעור התקבל.

(32) פרשיות שונות הנדונות על ידי בתי המשפט מעידות על שיטות פסולות שבהן השתמשו הלקוחות כדי להונות בנקים. כך, למשל, מקרים שבהם מוכר וקונה חותמים על חוזה למראית עין כדי להשיג הלוואה בנקאית;¹²⁷ הלקוחות מסרבים לשתף פעולה עם הבנק לצורך חילוף המשכון ונמנעים מלחתום על שטר משכנתא;¹²⁸ הממשכן יוצר מצג לא אמתי כלפי הבנק שהנכס משוחרר מזכויות צד ג' כלשהן.¹²⁹

126 רע"א 9002/05 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' סנקרי ושות' בע"מ (פורסם בנבו). ראו עוד, למשל, עניין יולזרי (לעיל, הערה 90).

127 עניין בירס (לעיל, הערה 18); ראו גם עניין שפייזמן (לעיל, הערה 20); ע"א 3387/03 אלמקייס נ' בן דוד (פורסם בנבו). ראו דבריי בהערה 20 לעיל, המתייחסים למצב שבו הוכח כי חוזה מכר שעליו התבסס הבנק לצורך הענקת ההלוואה אינו אלא חוזה למראית עין שתכליתו להונות את הבנק. כפי שהוסבר, הגנה מסוימת ניתנת לבנק במצב שכזה.

128 עניין גילת (לעיל, הערה 34).

129 ע"א 543/89 החברה להוצאת אנציקלופדיות נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פ"ד מה(1) 529.

ד. משכנתא על בית מגורים והבעייתיות במימושה

1. פתיחה

(1) ככלל, נטילת הלוואה המובטחת על ידי משכנתא על בית מגורים של הלווה היא העסקה הבנקאית הגדולה והמסוכנת ביותר המבוצעת על ידי האזרח הממוצע. להערכת הסיכון די לזכור את התוצאות הטרגיות הפוגעות בלווה ובמשפחתו במקרה של הפרת החוזה ומימוש המשכנתא. במצב כזה הבנק מבקש בצדק את החזר הכספים שהוא הלווה ללקוח תמורת השעבוד. מנגד עומד הלקוח המחפש דרך למנוע מצב חמור לו ולמשפחתו אם תמומש המשכנתא. הבעיה קשה במיוחד כשהבית הממושכן הוא הבית היחיד של הלווה הרוצה – אך אינו יכול מסיבות שאינן תלויות בו – להחזיר לבנק את הכסף שקיבל תמורת המשכנתא. המחוקק לא נשאר אדיש בפני מצב כזה. באופן כללי ניתן לציין כי דרך התערבותיו ניסה המחוקק להגן במידת מה על הלקוח. חרף זאת, ספק רב אם הצליח המחוקק במשימה זו. לשיטתי, גם בתי המשפט לא תמיד גילו את מידת הרגישות הנדרשת לפני מצבים כה מורכבים. בעיקר אני סבור כי לא הפעילו את כל הכלים המשפטיים שברשותם לפיתרון הבעיה. בסוגיות אלה אתמקד בהמשך הרשימה.

2. התערבויות המחוקק

(2) התערבות חקיקתית חשובה באה לידי ביטוי בחוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967.¹³⁰ בחוק זה גילה המחוקק רגישות לא מבוטלת כלפי חייב הממשכן את בית מגוריו, וזאת כאשר נקבע שיש להבטיח לפני מכירת הנכס כי לחייב ולבני משפחתו הגרים עמו יהיה מקום מגורים אחר. למעשה ההסדר תוקן בשנים התשנ"ב והתשנ"ד. מכוח ההסדר, וברוח המדיניות שהייתה קיימת, כאשר עוקל בית מגורים של חייב, ראש ההוצאה לפועל רשאי להורות על מכירת המקרקעין ועל פינוי החייב ובני משפחתו הגרים עימו מהמקרקעין "ובלבד שהוכח תחילה, להבנת דעתו, שהיה לחייב ולבני משפחתו הגרים עימו, מקום מגורים סביר, או שהועמד לרשותם סידור חלוף".¹³¹ עוד קבע המחוקק כי לראש ההוצאה לפועל יש סמכות להחליט על הסידור החלוף, ובין היתר ייתכן שזה יהיה באמצעות דירה אחרת או תשלום פיצויים.¹³² חרף זאת הוסיף

130 ראו סעיף 38 לחוק ההוצאה לפועל, תשכ"ז-1967, ס"ח 116.

131 שם, סעיף 38(א).

132 שם, סעיף 38(ב).

המחוקק בקביעתו שיידחה ההסדר "אם פורש בשטר המשכנתא או בהסכם משכון שהחייב לא יהיה מוגן לפי סעיף זה"¹³³ להסדר האמור חשיבות חברתית רבה הואיל ונמצאה בו מידת רגישות ניכרת לגבי המצב הבלתי אנושי שעלול להיגרם לחייב ולמשפחתו בשל מימוש המשכנתא. לעומת זאת הפנה המחוקק לכלל הנוגע לחופש חוזי ועל כן הרשה לצד המוגן לוותר על הזכות שהוענקה לו. במצב כזה אין פלא כי בטפסים הבנקאיים לעתים הופיע סעיף שעל פיו הממשכן מוותר על ההגנה החוקית. אחזור לסוגיה זו בעין ביקורתית בהמשך.¹³⁴

(3) התערבות חקיקתית אחרת התרחשה באמצעות חוק הגנת הדייר [נוסח משולב] התשל"ב-1972. שם נקבע, בין היתר, כי במצב של מימוש משכנתא ופקיעת זכותו של המחזיק בנכס כבעליו "יהיה המחזיק לדייר של בעליו החדש של הנכס"¹³⁵. נוסף על כך נאמר כי כאשר נפטר בעליו של הנכס לפני שהיה לדייר בו יהיה בן זוגו לדייר, ובאין בן זוג יהיו ילדיו לדיירים. עוד נקבע כי בהיעדר ילדים יהיו קרוביו האחרים לדיירים בתנאי שימלאו את הדרישות המפורטות בחוק.¹³⁶ לעומת זאת ראוי לציין כי בדומה להסדר בחוק ההוצאה לפועל, דין זה אינו קוגנטי ולא יחול "אם פורש בשטר המשכנתא שהמחזיק לא יהיה מוגן לפי סעיף זה"¹³⁷.

בקיצור: דרך חקיקה זו מגלה המחוקק עניין מסוים בתוצאות החמורות הכרוכות במימוש המשכנתא הן כלפי הממשכן והן כלפי משפחתו.¹³⁸ חרף זאת, דאגה זו אינה גוברת על רצונו של המחוקק לשמור על האופי הדיספוזיטיבי של ההסדר הנזכר, דבר שלמעשה עלול לרוקן אותו מתוכן מבחינת מחזיקי הדירה המקוריים. עם זאת, יתכן כי לויתור כזה על ההגנה הנזכרת תהא הצדקה בשל העובדה שאין מדובר עוד בעניין של הממשכן ושל הבנק בלבד אלא גם בעניין של הבעל החדש של הנכס שעל זכותו יש לשמור.

133 שם, סעיף 38(ג). ראו כי עניין הויתור על הזכות לדיור חלוף כבר בא לידי ביטוי בנוסח המקורי של החוק (סעיף 38(ג)).

134 ראו סעיף ד' למאמר זה בעמ' 159.

135 סעיף 33(א) לחוק הגנת הדייר [נוסח משולב], תשל"ב-1972, ס"ח 176. סעיף זה מתייחס מפורשות לאדם המחזיק בנכס "כשהוא בעלו או חוכרו-לדורות, או אחד הבעלים או החוכרים-לדורות, ופקעה זכותו בנכס מחמת מכירתו בהוצאה לפועל של פסק דין או של משכנתא [...]". לאור הנוסח הרחב של הסעיף נפסק כי הפרשנות הראויה לו היא דרך הצמצום, על כן יש להבין את הסעיף כחל רק על זכות רשומה של בעלות או חכירה לדורות. ראו הערה 165 להלן.

136 שם, סעיף 33(ב).

137 שם, סעיף 33(ג)(2).

138 תכליתו של הסעיף היא סוציאלית. חרף זאת, הגנה כזו פוגעת בבעלים החדשים של הנכס מאחר ששוויו של נכס תפוס נמוך מזה של נכס פנוי. ראו אוריאל רייכמן, "בעל מקרקעין ההופך לדייר מוגן – הצורך בשינוי הדין", עיוני משפט ט(1) (תשמ"ג) 121, בעמ' 152; מרים בן-פורת, "הגנת החוק על קורת גגו של בעל נכס", ספר יצחק כהן (מנחם אלון, משה בן-זאב, אהרון ברק, נפתלי ליפשיץ, משה לנדוי – עורכים, תשמ"ט) 336, בעמ' 337.

(4) פעם נוספת טיפל המחוקק בסוגיה, כעת על ידי חוק הגנה על נוטלי הלוואות לדיור (תיקוני חקיקה), התשס"ב-2002.¹³⁹ החוק בא להגן במידת מה על הממשכן, תוך כדי התייחסות גם לזכויות הנושה. ההסדר החקיקתי עוסק בעניין הבקשה ללשכת ההוצאה לפועל למימוש משכנתא על דירה המשמשת למגורים של יחיד או למימוש משכון על זכות לגבי דירת מגורים של יחיד.

החוק מבחין בין שני מצבים שונים: האחד כשהבקשה היא לביצוע מידי של המשכנתא והאחר כשהבקשה היא לביצוע מאוחר, כלומר היא לא תוגש אלא לאחר שחלפה תקופת זמן מסוימת. לגבי המצב השני המחוקק מבחין בין מקרה שבו החוב מכוח הסכם הלוואה המובטח במשכנתא ייפרע בתשלומים לבין המקרה שבו לא ייפרע החוב בדרך זו. אם וכאשר ייפרע החוב בתשלומים, לא תוגש ללשכת ההוצאה לפועל הבקשה הנדונה אלא אם כן חלפו שישה חודשים ממועד התשלום הראשון שלא שולם על ידי החייב.¹⁴⁰ כאשר לא הוסכם בהסדר הלוואה כי החוב ייפרע בתשלומים תתאפשר הבקשה ללשכת ההוצאה לפועל רק לאחר שחלפו שישה חודשים מהמועד שבו על החייב לפרוע את החוב המובטח על ידי המשכנתא.¹⁴¹

לגבי המצב שבו הבקשה היא לביצוע מידי, המימוש ייתכן בנסיבות שונות, דהיינו: בהסתמך על שיקול דעתו של רשם ההוצאה לפועל, לאור המצב המשפטי המיוחד של החייב ושל נכסיו, וגם על סמך נוסחו של חוזה הלוואה המובטח במשכנתא ולאור סכום התשלום שטרם נפרע.¹⁴²

עוד נאמר בחוק כי החייב רשאי למכור בעצמו את דירת המגורים כדי לסלק את חיובו, וזאת לאחר שהודיע לראש ההוצאה לפועל שברצונו לעשות זאת. במצב שכזה יעוכבו הליכי הביצוע של המשכנתא לתקופה של 90 ימים על פי הוראתו של ראש ההוצאה לפועל, ואישורו נדרש למכירת הדירה.¹⁴³

(5) לאחרונה שוב תוקן חוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967.¹⁴⁴ חשוב במיוחד לענייננו סעיף 21, שתיקן את סעיף 38 הנזכר לעיל. כך קובע הנוסח החדש של סעיף זה:

היו המקרקעין שעוקלו משמשים, כולם או מקצתם, דירת מגורים לחייב, לא יהיה רשם ההוצאה לפועל רשאי להורות על מכירת המקרקעין ועל פינוי החייב ובני משפחתו הגרים עימו במקרקעין, אלא לאחר שהוכח, להנחת דעתו, שיהיה לחייב ולבני משפחתו הגרים עימו מקום מגורים

139 חוק זה הוסיף לחוק ההוצאה לפועל את סעיף 1ב81. על הסוגיה ראו דוד בריאופיר, הוצאה לפועל – הליכים והלכות (מהדורה שישית, תשס"ז) בעמ' 589 ואילך.

140 סעיף 1ב81(א)(1) לחוק הגנה על נוטלי הלוואות לדיור (תיקוני חקיקה), תשס"ב-2002, ס"ח 215.

141 שם, חוק זה הוסיף לחוק ההוצאה לפועל את סעיף 1ב81(א)(2).

142 שם, סעיף 1ב81(ג)(1)(2)(3).

143 שם, סעיף 1ב81(ב)(3).

144 חוק ההוצאה לפועל (תיקון מס' 29), תשס"ט-2008, ס"ח 116.

סביר, או שיש לו ולבני משפחתו הגרים עימו יכולת כלכלית המאפשרת מימון מקום מגורים סביר או שהועמד לרשותם סידור חלוף.

כדי להחליט על הוראותיו, יוזמנו הצדדים לדיון בפני רשם ההוצאה לפועל, ואז תהיה לחייב אפשרות "לבקש השהיה של ההחלטה בעניין מכירת המקרקעין ופינויים כדי למנות לעצמו עורך דין או כדי לקבל ייצוג לפי הוראות חוק הסיוע המשפטי, התשל"ב-1972 [...]"¹⁴⁵.

לאחר מכן דאג המחוקק לעניין הסידור החלוף של החייב, בקביעתו ששווי הסידור החלוף יהיה בשיעור שיאפשר לחייב לשכור דירת מגורים לתקופה שלא תעלה על שמונה-עשר חודשים אלא אם יתברר שבשל נסיבות מיוחדות יש הצדקה לתקופה ארוכה יותר.¹⁴⁶

חשוב לציין, כי הדין החדש אינו מתייחס לזכות הממשכן לויתור על דיור חלוף. להבנת ההסדר ראוי לציין גם כי לפי דין זה המחוקק מבחין בין שני סוגים של הסכמי משכנתא מבחינת מועד כריתתם: אלו שנכרתו מיום תחילת ההסדר (כלומר: 16.5.2009) ואלו שנכרתו לפני תאריך זה.¹⁴⁷

(6) המצב המצוי מעורר שאלה מהותית¹⁴⁸ לעניין היצירה של שני סוגי ממשכנים לפי המועד שבו נכרתו החוזים. מובן, כי ניתן היה למנוע מצב כזה אילו החליט המחוקק על תחולה רטרואקטיבית של החוק. אך מאחר שלא כך הוחלט נראה שהסוגיה נהפכת מורכבת יותר משום שמצד הממשכנים ספק רב אם יש הצדקה להבחנה זו. עם זאת, אין להכחיש כי תחולה למפרע של חוקים היא סוגיה המעוררת שאלות קשות.¹⁴⁹ מאחר שהמחוקק החליט על אי-תחולתו של ההסדר החקיקתי החדש למפרע, מן הראוי להעריך קודם כל את החידוש העיקרי שהתקבל בחוק לגבי סוג הממשכנים שעליהם הוא חל. בעיני החידוש הוא בהכרה מפורשת בזכותו של הממשכן לסידור חלוף בשווי שיאפשר לו לשכור דירת מגורים לתקופה סבירה – זכות שכלפיה לא מוכרת זכות הוויתור.¹⁵⁰

145 שם, סעיף 38(א).

146 שם, סעיף 21(4)(ב)(2)(א) של התיקון.

147 התאריך הנזכר נובע מסעיף 55(א) של התיקון, שם נאמר כי תחילתו של החוק הוא בתום שישה חודשים מיום פרסומו. כאמור לעיל (הערה 144), הפרסום נעשה ביום 16.11.2008.

148 יש לציין כי כעת הסמכות הנדונה היא זו של רשם ההוצאה לפועל ולא של ראש ההוצאה לפועל. ראו סעיף 21(2) של התיקון.

149 על הסוגיה ראו אהרן ברק, פרשנות במשפט (כרך שני: פרשנות החקיקה, תשנ"ג) בעמ' 609. תחולה למפרע של חוקים נדונה רבות בפסיקה; ראו, למשל, ע"פ 290/63 נשאף נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יח(2) 570, בעמ' 577, 579; ע"א 398/65 רימון נ' הנאמן לנכסי חנוך שפסלס, פ"ד כ(1) 401, בעמ' 405; עע"א 1613/91 ארביב נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(2) 765, בעמ' 776; בג"ץ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נט(4) 241, בעמ' 285-286.

150 ראו סעיף 38(ג)(1)(א) לחוק ההוצאה לפועל (תיקון מס' 29).

(7) אמת הדבר כי למרות ההיבט החיובי שבהסדר תיקון מס' 29 לחוק ההוצאה לפועל נשארה בעיה לא מבוטלת כתוצאה מיצירת מצב שבו מתקיימים שני סוגים של ממשכנים על פי המועד שבו נכרתו החוזים. ככלל, ניתן להבין את עניינו של הנושה (הבנק), העלול להיפגע אם יחליט המחוקק על תחולת הסדר חדש למפרע. מנגד לא ניתן להתעלם מההיבט הציבורי הדורש תחולה למפרע של חוקים מסוימים כדי להבטיח שלא ימשיך תוקפו של הסדר אחר, לא הוגן ואף לא חוקי.

כאן עומדת בעיניי הבעיה המרכזית שנוצרה עקב קביעת המחוקק על אי-תחולה רטרואקטיבית של ההסדר הנדון, משום שבכך הוא משאיר את ההסדר הישן שתוקפו מעורר ספק רב. לדעתי, כפי שאסביר בהמשך, הסדר חוזי שבאמצעותו אדם מוותר בחוזה אחיד ובאופן גורף על זכותו (ועל זכותם של בני משפחתו) לדיור חלוף הוא תנאי מקפח.¹⁵¹

מצב מוזר ולא הוגן שכזה אינו בהכרח סופי וללא ריפוי. הוא עשוי להשתנות באמצעות התערבות של בית הדין, אם יחליט – על פי סעיף 18(ב) לחוק החוזים האחידים – כי ביטול או שינוי של תנאי חוזי יחול גם על חוזים שנכרתו לפני מועד מתן ההחלטה. זאת, בהנחה שהחוזים טרם בוצעו במלואם ובתנאי שהביטול או השינוי לא יחולו על חלקו של החוזה שבוצע לפני מועד מתן ההחלטה.

חשוב ומעניין לציין כי לאחרונה קרה הדבר בהתערבותו של בית הדין לחוזים אחידים בפרשת הבנק הבינלאומי הראשון למשכנתאות בע"מ.¹⁵² בפרשה זו התייחס בית הדין לעניין העקרוני הנוגע לתחולת הכרעתו על חוזים קיימים, לאור העובדה שבית הדין מצא מספר רב של תנאים מקפחים. בנוסף נקבעה תחולת החלטתו על הסוגיה הנדונה, כלומר על הפעלת ההחלטה על חוזים שנכרתו טרם כניסתו לתוקף של תיקון מס' 29 לחוק ההוצאה לפועל. על עמדתו העקרונית אנו קוראים:¹⁵³

אנו סבורים כי המקרה שבפנינו הוא דוגמא מובהקת, שאין ברורה ממנה, למקרה בו ראוי להפעיל את הוראת סעיף 18 לחוק החוזים האחידים. החוזה האחיד בו עסקינן הוא חוזה הכולל תניות מקפחות רבות, אשר לגבי חלק לא קטן מתוכן גם הבנק, מנסח החוזה, הסכים כי הן מקפחות וראויות לשינוי. חוזה זה משמש למגוון רחב של התקשרויות, אשר חלק לא מבוטל מהן הוא לטווח ארוך ולפיכך ימשיכו להתבצע עוד שנים רבות לאחר מתן פסק דין זה. זאת ועוד, משך הזמן הניכר שחלף מאז הגשת הבקשה (כאמור, מעל 7 שנים) מפחית במידה רבה את הפגיעה שתגרם לבנק, שכן לפחות ביחס להתקשרויות שנעשו ב-7 השנים האחרונות היה

151 ראו סעיף ד.6 ואילך למאמר זה בעמ' 171.

152 עניין הבנק הבינלאומי הראשון למשכנתאות בע"מ (לעיל, הערה 75).

153 שם, פסקה 36 לפסק דינה של השופטת מרים מזרחי.

הבנק צריך להיות מודע לאפשרות שתניות ההסכם ישונו, ולהיערך בהתאם. במצב דברים זה קל ופשוט בעינינו כי ראוי להחיל את החלטתנו גם על חוזים שנכרתו לפני מועד מתן החלטה זו, ואשר טרם בוצעו במלואם.¹⁵⁴ (ההדגשה הוספה).

מן הכלל אל הפרט, ולאור שיקוליו של בית הדין כי ויתור גורף מצד החייב על זכותו לסידור חלוף עלול להיחשב כתנאי מקפח,¹⁵⁵ לא היסס בית הדין, ובצדק, מהפעלת סמכותו על פי סעיף 18 לחוק החוזים האחידים. אלה דברי בית הדין, בהתייחסות להסדר בתיקון מס' 29 לחוק ההוצאה לפועל:

לאור הוראה זו, ובשים לב לכך שלהחלטתנו תהיה השלכה גם על חוזים שנכרתו טרם כניסתו לתוקף של תיקון 29 לחוק ההוצאה לפועל [...] החלטנו, לאחר ששמענו את טיעוני הבנק בעניין זה, כי לא נוכל להימנע מלחוות את דעתנו בסוגיה חשובה זו. החלטתנו, כפי שתפורט להלן, מתייחסת איפוא לכל החוזים שנכרתו לפני ה-16.5.09 ולנוסחו של חוק ההוצאה לפועל כפי שהוא חל ביחס לחוזים שנכרתו לפני כניסתו לתוקף של תיקון 29 לחוק ההוצאה לפועל [...] ¹⁵⁶.

(8) נוסף על כל מה שנאמר אני סבור כי נשארו פתוחות שאלות רבות ומורכבות. אמנם, להבדיל מן הלווה שאינו רוצה לקיים את חיובו, יש להתייחס באופן מיוחד ללווה שבשל נסיבות קשות לא יכול להחזיר את הסכומים שקיבל עבור המשכנתא. כפי שהוסבר, אדם כזה יהיה מוגן זמנית על ידי סידור חלוף. עם זאת, בעיניי לא מן הנמנע כי שיקולים אחרים עשויים להוביל למסקנה שסידור כזה אינו "התרופה" המתאימה ושאותו ממשכן ראוי להגנה מסוג אחר. על כך אדון בהמשך.

¹⁵⁴ כל אלה בתנאי (בפסקה 39) "שביטול או שינוי כאמור לא יחולו על מה שבוצע לפי החוזה לפני יום מתן ההחלטה". ראוי לציין כי בהקשר זה הזכיר בית הדין (בפסקה 38) את קו המדיניות שאומץ בתזכיר חוק דיני ממונות, הקודקס האזרחי העתידי (לעיל, הערה 53) סעיף 150, שם נקבע:

(א) ביטל בית הדין תנאי – יחשב התנאי כבטל בכל חוזה שנכרת על פי אותו חוזה אחיד אף לפני מועד החלטתו; שינה בית הדין תנאי – יחול התנאי, כפי ששונה, בכל חוזה שנכרת על פי אותו חוזה אחיד אף לפני מועד החלטתו, ואולם, ביטול או שינוי כאמור לא יחולו על חיובים שקוימו על פי החוזה לפני מועד ההחלטה.
(ב) על אף הוראות סעיף קטן (א), רשאי בית הדין, מטעמים מיוחדים, לקבוע כי הביטול או השינוי יחולו רק על חוזים שנכרתו לאחר מועד מתן החלטתו.
¹⁵⁵ עניין הבנק הבינלאומי הראשון למשכנתאות בע"מ (לעיל, הערה 75), פסקה 123 לפסק דינה של השופטת מרים מזרחי.
¹⁵⁶ שם, פסקה 117 לפסק דינה של השופטת מרים מזרחי.

3. התערבויות המחוקק: סיכום

(9) דרך התערבויות מספר ניסה המחוקק לצמצם את התוצאות החמורות הכרוכות בביצוע המשכנתא של דירת מגורים. הסוגיה קשה במיוחד כל אימת שהבית הממושכן הוא הבית היחיד של הממשכן ושל משפחתו, שמסיבות הגוברות על רצונו אינו מסוגל לקיים את חיובו.

פעם, לפי חוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967, רצה המחוקק להבטיח כי במקרה של ביצוע המשכנתא יהיה לחייב ולבני משפחתו מקום מגורים סביר או סידור חלופי. פעם אחרת (באמצעות חוק הגנת הדייר [נוסח משולב], התשל"ב-1972) העניק המחוקק לבעל הדירה היוצא את הזכות להמשיך ולהחזיק בה כדייר של בעל הדירה החדש. לבסוף (עם חוק הגנה על נוטלי הלוואות לדיור (תיקוני חקיקה), התשס"ב-2002) נקבע כי לא בכל מקרה ניתן לממש מיידית משכנתא על דירת מגורים של יחיד.

אין ספק כי לכאורה התכלית העיקרית של החקיקה היא לספק הגנה מסוימת ללווה במצב של מימוש המשכנתא. מבחינה זו בולטים במיוחד שני ההסדרים הראשונים. חרף זאת, קריאה זהירה מעידה על כך שהמחוקק אינו מתעלם מעניינו של המלווה וכי למעשה התערבותו משקפת העדפה לענייניו של הבנק המלווה ולא לאלו של הלקוח הלווה. זאת, מן הסיבה שעל פי שני ההסדרים החקיקתיים מותר לממשכן לוותר בשטר המשכנתא על ההגנה הניתנת לו. אם כך, מיותר לציין כי התאגידים הבנקאיים אינם מתעלמים מההזדמנות לעשות שימוש בתניות ויתור כאלה, כפי שהדבר מתבטא לעתים בטפסים שעליהם הממשכנים חותמים. אילולא ויתור גורף שכזה ייתכן כי ההסדר על דיור חלופי היה יכול לבטא איזון סביר בין עניינו של הבנק לבין זה של אדם הכפוף לצו פינוי מדידתו.¹⁵⁷ זאת ועוד: אף במקרה שבו יטען הממשכן כי חתם על הטופס ללא ידיעה והבנה מספקת של תוכנו, ככלל אין הדבר מועיל לו. זאת בשל עמדתם של בתי

157 חרף זאת מוכרת העובדה שבנסיבות שונות לא ויתר הלקוח על הסידור החלופי וכי צו פינוי מן הדירה הממושכנת היה כפוף לתשלום מסוים עבור השכרת דיור. על כך ראו, למשל, רע"א 7700/95 נגולה נ' חזון, פ"ד נ(1) 338; רע"א 11152/05 בנק לאומי למשכנתאות בע"מ נ' פלונית (פורסם בנבו). בשני פסקי הדין האלה אף נקבע כי הדיור החלופי יהיה לכל ימיו של החייב. ברע"א 7864/08 רביבו נ' בנק לאומי למשכנתאות בע"מ (פורסם בנבו) התברר כי הדיור החלופי נקבע לתקופה של שבע שנים. אשר לוויכוח על סעיף 38(א) לחוק ההוצאה לפועל, ראו במיוחד את דבריה של השופטת דליה דורנר בעניין מאני (לעיל), הערה (90) בעמ' 953:

[...] ההוראה בסעיף 38(א) לחוק ההוצאה לפועל צריכה הייתה להיות קוגנטית. אלא, שחוק ההוצאה לפועל, שהתקבל כאמור בשנת 1967, לפני חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אִפְשָׁר, בסעיף 38(ג) שבו, את ההתנאה עליה, ודינו של סעיף זה נשמר. וכך, למרבה הצער, השימוש באפשרות להתנות על הוראה זו, הפכה במהרה לשגרה; היא נוצלה בטפסי המשכנתא, המנוסחים על ידי הבנקים ועל ידי מלווים גדולים אחרים, וההוראה הפכה לאות מתה. זאת, אף כי ברי שיש בהתניות אלו כדי לפגוע בכבוד האדם מעבר למידה הדרושה.

המשפט, על פיה החזקה החלה בנסיבות אלה מעידה על קביעה שונה, כלומר שהחותם אכן הביין והסכים לקבל את דברי המסמך עליו חתם.¹⁵⁸ גם ההסדר שבחוק הגנה על נוטלי הלוואות לדיור (תיקוני חקיקה), התשס"ב-2002 אינו עונה על הציפיות הלגיטימיות העומדות לדעתו למי שעלול להפסיד את דירת המגורים שלו. ההשהיה במימוש שטר משכנתא אינה בהכרח התרופה הראויה. זאת אם יתברר, למשל, כי הבנק תרם למצב שנוצר בשל רשלנותו במתן האשראי לבעל הדירה. העניין יוסבר בהמשך.

לבסוף, באשר לתיקון האחרון לחוק ההוצאה לפועל (תיקון מס' 29), התשס"ט-2008, אין אני סבור שהוא מביא את הפתרון המתאים למצב שבו אדם, בניגוד לרצונו, אינו מסוגל להחזיר לבנק את כספי הלוואה, בעיקר אם לא הוא זה שתורם למצב שאליו נקלע. כאמור, ייתכן כי שיקולים אחרים שאליהם אתייחס בהמשך יובילו לפתרונות מסוג שונה.

4. עמדתם של בתי המשפט

(10) מעניין לשקול את הפסיקה של בתי המשפט ובעיקר פסיקה שניתנה בשנים האחרונות באשר למימוש משכנתא הרובצת על בית מגורים. מן הניתוח של פרשיות שונות נוצר אצלי הרושם כי לא תמיד השופטים מגלים את הרגישות הנדרשת. לעתים עמדתם של בתי המשפט מבוססת רק על דברי המחוקק הנזכרים ועל פרשנותם המילולית, ובהעדר התייחסות לשיקולים בעלי משקל אחרים. חריג לכלל זה הוא הפסיקה של הנשיא ברק, כפי שיתברר בהמשך.¹⁵⁹

בפרשת בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' בן פורת,¹⁶⁰ התעוררה בין היתר השאלה לגבי הצד המוסמך לממש משכנתא על דירת מגורים שבבעלות אחד המשיבים, בהיות הדירה ממושכנת לטובת הבנק. השאלה התעוררה מפני שמשיב אחד – הבעלים של הדירה הממושכנת – הוכרז כפושט רגל, ומשיב אחר מונה לנאמן בפשיטת הרגל. הבנק המערער התבקש לתת את הסכמתו למינוי הנאמן לכוונס הנכסים כדי לממש את המשכנתא. הבנק סירב לבקשה זו אך בית המשפט המחוזי קיבל את בקשת הנאמן ואפשר לו לממש את המשכנתא. ערעור הבנק כנושה מובטח התקבל על ידי בית המשפט העליון.

158 ראו סעיף ג.2(ד) ואילך למאמר זה בעמ' 144. בכמה פרשיות התעורר ספק באשר למסירת המידע ללקוח על הזכות לדיור חלוף; ראו, למשל, עניין מאני (לעיל, הערה 90); רע"א 8010/08 פלקסר נ' בנק לאומי למשכנתאות בע"מ, פסקה 7 לפסק דינו של השופט חנן מלצר (פורסם בגבו).

159 ראו פסקה 13 ואילך למאמר זה בעמ' 168.

160 רע"א 9025/03 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' בן פורת, פ"ד נט(3) 919.

נוסף על כך התעוררה סוגיית הוויתור מצד הממשכן על ההגנות החוקיות. בעניין זה הזכיר בית המשפט העליון כי הוויתור בא לידי ביטוי במסמך תחת הכותרת "תנאים מיוחדים לשטר משכנתא". כך קבע השופט רובינשטיין:

נוכח התוצאה המוצעת, קרי מימוש על ידי הבנק, איני רואה צורך לחידוש שאלת הזכות לדיור חלופי [...] שאלה שהיה מקום לדון בה בעקבות סעיף 38 לחוק ההוצאה לפועל, תשכ"ז-1967 והפסיקה המרובה בתחום זה [...] 161.

(11) דברים ברוח דומה אמר בית המשפט העליון בפרשת גילת נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ.¹⁶² במקרה זה הפנייה לבית המשפט נעשתה לאחר שבית המשפט המחוזי הורה על פינוי המערערת מדירתה. טענת המערערת הייתה כי הבנק הפר את חובת הגילוי כלפיה כשהסתיר פרטים מהותיים על הקשיים שבהם עמדה החברה שעבורה נתנה את הבטוחה. בעניין הפינוי מדירתה היא ראתה את עצמה מוגנת על פי חוק.

בית המשפט העליון דחה את טענת המערערת. בעניין ההגנה החוקית על הדירה וגם בעניין הוויתור על הגנה זו מצד המערערת פסק הנשיא ברק:

טענת המערערת כי קמות לה הגנות מכוח סעיף 33 לחוק הגנת הדייר וסעיף 38 לחוק ההוצאה לפועל. הסדרים אלה נועדו לספק הגנה לאנשים שזכויותיהם בבית מגוריהם פקעו, בנסיבות שונות, המצויות מעבר לשליטתם [...] הסדרים משפטים אלה הם בני ויתור.

בהמשך פסק הנשיא ברק:

בנספח א' לשטר משכון הזכויות עליו חתמה המערערת בחתימת ידה [...] ויתרה היא במפורש על ההגנות המוענקות לה לפי החוקים האמורים.¹⁶³

בפסקי דין אחרים, ובעקביות, תמך בית המשפט העליון בעמדה הנזכרת באשר להכרה בויתור מצד הממשכן על ההגנות החוקיות.¹⁶⁴

161 חרף זאת ראו גם את עמדתו של השופט אליקים רובינשטיין באשר לצורך להגן על דירת מגורים ברע"א 7537/04 טואטי נ' בנק דיסקונט למשכנתאות בע"מ, פסקה ג' לפסק דינו (פורסם בנבו).

162 עניין גילת (לעיל, הערה 34).

163 שם, פסקה 11 לפסק דינו של השופט אהרן ברק.

164 ראו, למשל, רע"א 1132/94 פי.אף.איי אסטבלישמנט נ' רוזנר, פ"ד מט(5) 215, בעמ' 219-218; עניין מאני (לעיל, הערה 90) בעמ' 948-949; ע"א 2471/05 מוזס נ' הבנק הבינלאומי הראשון למשכנתאות בע"מ (פורסם בנבו).

(12) סוגיה נפרדת מתקיימת כשפוקעת זכותו של המחזיק בנכס כתוצאה ממימוש המשכנתא והנכס עובר לבעלים חדשים. כאמור, במצב כזה, ולפי סעיף 33 לחוק הגנת הדייר, ככלל יכול אותו אדם להמשיך ולהחזיק בנכס כדייר של הבעלים החדשים. לאור המצב המורכב שנוצר לאחר מכירת הנכס ועקב הצורך לשמור על האיזון בין זכות המגורים לזכויות הקניין של האדם האחר, ניתן להבין את עמדתו של בית המשפט העליון בקביעתו שלפיה יש לפרש את הסעיף על דרך הצמצום.¹⁶⁵

(13) הלכה חדישה ומקורית אימץ בית המשפט העליון בפרשת יהודה נ' עו"ד יוסף תשובה, כונס נכסים.¹⁶⁶ נגד המערערים נקטו הליכי הוצאה לפועל והוחלט על ביצוע המשכנתא שרבעה על דירת מגורים. המערערים ביקשו מבית המשפט המחוזי לעכב את הליכי מימוש המשכנתא אך בקשתם נדחתה. הוגש ערעור לבית המשפט העליון.

מעניינים וחשובים במיוחד שיקוליו של הנשיא ברק באשר למסגרת הנורמטיבית החלה בנדון. תוך כדי התייחסות לחוק ההוצאה לפועל, שעל פיו ניתן לממש משכנתא רשומה על מקרקעין כמו הייתה פסק דין,¹⁶⁷ הזכיר הנשיא ברק כי לחוק שתי תכליות. לצורך זאת חזר הנשיא ברק לדבריו בעניין גמזו נ' ישעיהו,¹⁶⁸ שם התייחס לתכליות אלה ופסק:

האחת, לסייע לזוכה לגבות את חובו במהירות וביעילות [...] השנייה [...] להגן על החייבים אשר לאור מצבם הכלכלי אינם יכולים לעמוד בתשלום החוב הפסוק [...] החוק בא למנוע מצב שבו בהפעלת מנגנון הגבייה

165 ראו סעיף ד.1 ואילך למאמר זה בעמ' 159 ודברי בהערה 135. ראו גם, למשל, ע"א 3295/94 פרמינגר נ' מור, פ"ד נ(5) 111, בעמ' 123. שם נאמר על ידי השופטת טובה שטרסברג-כהן:

הפרשנות הראויה לסעיף 33 לחוק צריכה לדעתי להיעשות על דרך הצמצום, משום המעמד שקיבל הרישום וביטול זכויות שביושר לאחר חוק המקרקעין [...] ברוח הפרשנות המצמצמת וכעניין של מדיניות, נראה לי כי יש לפרש את סעיף 33 כחל רק על זכות רשומה של בעלות או חכירה לדורות שאינן משתכללות ללא רישום. הרישום הוא קונסטיטוטיבי. אם תמצא לומר שיש לפרש "בעלות" ו"חכירה לדורות" שבסעיף 33(א), ככוללים זכויות בלתי רשומות במקרקעין, נמצאנו מרחיבים את הוראות סעיף 33(א) לחוק [...].

כמו כן, ראו, עניין שפיזמן (לעיל, הערה 20) בעמ' 152-153; רע"א 5727/04 בן עמי נ' ברסלב (פורסם בנבו); רע"א 330/05 שושן נ' ASSOCIAZIONE NAZIONALE PER SOCCORRERE I MISSIONERE (פורסם בנבו); ת"א (מחוזי חי') 419/02 מוזס נ' הבנק הבינלאומי הראשון למשכנתאות בע"מ (פורסם בנבו); רע"א 11804/05 נגר נ' משכן – בנק הפועלים למשכנתאות בע"מ (פורסם בנבו).

166 רע"א 5368/01 יהודה נ' תשובה, פ"ד נח(1) 214 (להלן – עניין יהודה).
167 זאת מכוח סעיף 81 לחוק ההוצאה לפועל ותקנות 99-101 לתקנות ההוצאה לפועל, תש"ם-1979, ק"ת 386.

168 רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד נה(3) 360 (להלן – פרשת גמזו), בעמ' 374-375.

לטובת הזוכה יהפוך החייב לחסר יכולת ולנטל על החברה [...] זהו היבט סוציאלי, הבא להתחשב בחייב תוך מניעת ירידה לחייו.

בהמשך פסק דינו ציטט הנשיא ברק את סעיף 38 לחוק ההוצאה לפועל המגן על מגורי החייב בתנאי שלא ויתר על ההגנה בקביעה מפורשת בשטר המשכנתא או בהסכם ההלוואה.¹⁶⁹

תוך כדי התייחסות לעובדות הפרשה הכיר בית המשפט העליון בכך שהדין ההגנתי שצוין נדחה מפורשות בהסכם ההלוואה. לעומת זאת הדגיש הנשיא ברק כי חרף הוויתור לא נשלל עניינו של החייב בדירת מגוריו, וזאת מכוח התכליות הכלליות של חוק ההוצאה לפועל המבוססות על ערכי היסוד של שיטת המשפט של המדינה. בהקשר זה חזר הנשיא ברק¹⁷⁰ לדבריו בפרשת גמזו, שם נאמר:

בצד התכלית המיוחדת שעניינה מניעת ירידה לחייו של החייב, מונחת התכלית הכללית שעניינה הגנה ושמירה על כבוד האדם והחירות של החייב [...] תכלית זו מעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. כבודו של האדם כולל בחובו, כפי שראינו, הגנה על מינימום הקיום האנושי [...] אדם המתגורר בחוצות ואין לו דור, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע [...].

בהמשך ציין הנשיא ברק:

על רקע זה יש בה כדי להשליך את האופן הראוי שבו יש לדון בשאלת עיכוב ביצוע המשכנתא בהליכי ההוצאה לפועל גם במקרה שבו הצדדים קבעו כי סעיף 38 לחוק לא יחול על מערכת היחסים שביניהם.¹⁷¹ (ההדגשה הוספה).

הנשיא ברק הכיר גם בכך שלצד התכלית הנוגעת לשמירת כבוד האדם יש תכלית אחרת – הגנה על הזכות הקניינית של הנושה שהיא גם זכות חוקתית.¹⁷² כתוצאה מכך מתבקש איזון בין ענייניהם המנוגדים של שני הצדדים – זה המבקש את ביצוע המשכנתא וזה המעוניין בעיכוב הביצוע. לצורך האיזון קבע השופט ברק את הפרמטרים הקובעים בנדון: [...] סיכוי המבקש לעכב את ביצוע המשכנתא להצליח בהליך המשפטי שהוא מנהל [...] ומאזן הנוחות שבין הצדדים.¹⁷³

169 ראו דברי בסעיף ד.1 למאמר זה בעמ' 159.

170 עניין יהודה (לעיל, הערה 166) בעמ' 221.

171 ש, ש, ש.

172 ש, ש, ש. על הזכות הקניינית כזכות חוקתית ראו ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, בעמ' 431 ואילך.

173 ש. בפסקי דין אחרים גם נפסק כי מי שמבקש עיכוב ביצוע החלטה בעניין מימוש בטוחה עליו להוכיח כי העיכוב לא יגרום פגיעה ממשית בזוכה, אך המימוש עלול להסב למבקש נזק חסר תקנה. על הסוגיה ראו, למשל, בש"א 4645/91 כובשי חברת הובלה ותעבורה

תוך כדי הפעלת העקרונות הנזכרים על הפרשה הנדונה הסיק השופט ברק כי צדק בית המשפט המחוזי בסירובו לעכב את הליכי מימוש המשכנתא. זאת, מפני שהוויכוח בין הצדדים התמקד אך ורק בגודל החוב כלפי הבנק ולא בקיומו, והמערערים אף לא טענו באשר לתוקפה של המשכנתא.

לכסוף ראוי להזכיר גם את דבריו של השופט טירקל, שאמנם הסכים על דחיית הערעור אך קבע:

לפי השקפתי, על כפות המאזניים להיות מאוזנות, ואולי אף לנטות לזכותו של החייב [...] עלינו להפריח את הערכים העושים את היחסים בין יחידי החברה לאנושיים יותר ובכך גם להפריח את ישראל כמדינה וכחברה. עלינו ללכת בדרכו של המשפט העברי, שהכיר בזכותו של הנושה לגבות את החוב בדרכי כפיה, אך נזהר שלא למחוק את החייב[...].¹⁷⁴

5. עמדת בתי המשפט: סיכום

(14) תיאור קווי היסוד של פסיקת בית המשפט העליון באשר לחוק ההוצאה לפועל ופירושו מבהיר עד כמה פסיקה זו היא פורמליסטית ושמרנית ככלל, וזאת לאור היעדרו של כל שיקול שונה מדברי המחוקק. מקרה חריג הוא פסיקת הנשיא ברק בפרשת יהודה,¹⁷⁵ שם – ובגלל העדינות של הסוגיה הנדונה – נמצאו מקורות השראה נוספים. כפי שהסביר הנשיא ברק, חשוב לזכור כי לחוק ההוצאה לפועל תכלית כפולה וכי החוק בא להגן על הנושה – אך גם על זכותו של החייב. כך מתבטא הפן הסוציאלי של דין זה. כמו כן חשוב לציין כיצד הרחיב בית המשפט העליון את המערכת הנורמטיבית שחלה בנדון תוך כדי התייחסות לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. כאשר קבע בית המשפט כי חוק זה יחול ויגן על בעל הדירה הממושכנת אף אם ויתר על ההגנה שחוק ההוצאה לפועל מעניק לו, הוא הרחיב במידה ניכרת את הרוח הסוציאלית המדריכה את המערכת הנורמטיבית. חרף זאת, משום שזכותו הקניינית של הבנק היא גם זכות חוקתית,¹⁷⁶ נדרש לאזן בין שתי הזכויות החוקתיות. לצורך האיזון ציין בית המשפט כי פרמטר חשוב הוא

בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ (פורסם בנבו); ע"א 7221/01 י.ג. רובינשטיין יצור וסחר בע"מ נ' שובל (נ.י.ב.) שווק מוצרים והפצתם בע"מ, פ"ד נו(4) 178, בעמ' 184; ע"א 3333/07 א.ד.י.סי. יצרני תכשיטים בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ (פורסם בנבו).

174 עניין יהודה (לעיל, הערה 166) בעמ' 223.

175 עניין יהודה (לעיל, הערה 166).

176 על האופי החוקתי של זכות קניינית של תאגיד ראו, למשל, בג"ץ 4593/05 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' ראש הממשלה, פסקה 10 לפסק דינו של השופט אהרן ברק (פורסם בנבו).

מידת הסיכויים של הצד המבקש את עיכוב ביצוע המשכנתא להצליח בהליך המשפטי שהוא יזום. כאן מתעוררת לדעתי שאלה עדינה, משום שלאור הדינים שבית המשפט הפעיל עד כאן, ככלל קלושים מאוד סיכוייו של החייב להצליח במשפט וגדול הסיכון שהפסיקה החדשנית תיהפך לאות מתה. לעניות דעתי, רק אם נרחיב את המערכת הנורמטיבית החלה על הסוגיה כולה ניתן להגדיל את סיכויי הצד המבקש את עיכוב ביצוע המשכנתא להצליח בהליך המשפטי שהוא מנהל, ובדרך זו לשמור על כבודו. אני סבור כי הרחבה זו היא אפשרית אם נוסף על שיקוליו היפים של הנשיא ברק היבטים שטרם הוערכו כנראה על ידי בתי המשפט. כוונתי להיבטים חוזיים גרדא. בסוגיה זו אתמקד בהמשך.

6. עמדתי בנושא: שיקולים חוזיים

משכנתא היא חוזה. חוזה בנקאי. זהו חוזה נלווה לחוזה בנקאי אחר – הלוואה. נוסף על כך, חוזה המשכנתא הוא חוזה אחיד. ראוי להבהיר את ההשלכות הנגזרות מן הדברים היסודיים הללו.

(א) משכנתא כחוזה אחיד: הוויתור על זכות הדיור

(15) ככלל, החוזה שעליו חותם הממשכן הוא חוזה אחיד הכפוף לבקרה שיפוטית מיוחדת כדי למנוע את קיפוח הלקוחות.¹⁷⁷ הצורך בהגנת הלקוחות מפני סיכון קיפוח אף גרם למחוקק להכיר כי בנסיבות מיוחדות חלה החזקה שתנאי זה או אחר הוא מקפח.¹⁷⁸ לאמתו של דבר, במשך שנים רבות שלטה הנטייה של בתי המשפט להימנע מלהתערב בהערכת עסקאות כלכליות מובהקות.¹⁷⁹ רק בשנים האחרונות השתנה המצב עקב התערבותו של בית הדין לחוזים אחידים.¹⁸⁰

מן הכלל אל הפרט: בענייננו אני סבור כי מוצדקת ההתערבות השיפוטית לצורך הערכת התנאי החוזי שעל פיו ויתר בעל הדירה הממושכנת על ההגנה הניתנת לו בעניין זכות הדיור על ידי חוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967. למעשה, חוק זה תוקן לאחרונה והדין החדש כבר אינו קובע בעניין הוויתור הגורף על זכות הדיור החלוף. חרף זאת, כאמור, הדין החדש אינו חל למפרע¹⁸¹ ועל כן, ככלל, הסדרים רבים ממשיכים להיות כפופים לדין הישן.

177 סעיף 3 לחוק החוזים האחידים.

178 שם, סעיף 4.

179 ראו בן-אוליאל, "דיני בנקאות – חלק כללי" (לעיל, הערה 22) בעמ' 75.

180 ראו בעיקר עניין היועץ המשפטי לממשלה נ' בנק לאומי (לעיל, הערה 99). על פסק דין זה ראו בן-אוליאל, "תנאי מקפח בחוזה בנקאי" (לעיל, הערה 60). ראו גם עניין הבנק הבינלאומי הראשון למשכנתאות בע"מ (לעיל, הערה 75).

181 ראו פסקה 5 ואילך למאמר זה בעמ' 161.

השאלה הנשאלת היא אם ניתן להסיק כי התנאי הוא מקפח ועל כן דינו להתבטל או לפחות להשתנות על ידי בית המשפט. השאלה מוצדקת לאור האמור בסעיף 4(6) לחוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982, שלפיו חלה חזקת הקיפוח על "תנאי השולל או המגביל זכות או תרופה העומדת ללקוח על פי דין [...]". במבט ראשון ניתן לטעון כי חוזה המשכנתא אינו מגביל או שולל זכות על פי דין, כי הדין עצמו – כלומר: חוק ההוצאה לפועל – הוא המאפשר את הוויתור.

אמנם ההסדר של חוק ההוצאה לפועל הוא בגדר דין דיספוזיטיבי, אך על סמך זה אין להסיק כי התנאי החוזי אינו מקפח. אילו היינו מפרשים את סעיף 4(6) הנזכר כאילו הוא מתייחס רק לדין קוגנטי, כי אז דברי החוק מיותרים משום שבנסיבות כאלה התנאי היה בטל ולא רק מקפח.¹⁸² זאת ועוד: ההסדר החוזי לא רק נוגע לשלילה של זכות הלקוח לדיור – זכות שהוכרה כאמור כזכות חוקתית – אלא שההסדר מוגש ללקוח בדרך שככלל אינו יכול להימנע מלוותר על זכות זו. עובדה היא שאם היה הלקוח הממוצע רוצה לעשות זאת, סביר להניח כי את האשראי הוא לא היה מקבל. מצב כזה מעיד בבירור על השלילה הגורפת של כוחו של הלקוח בעניין הוויתור. עם זאת, לא מן הנמנע כי ניתן להגיע למסקנה אחרת: אילו היו הבנקים נוקטים מדיניות סלקטיבית ולא גורפת במה שנוגע לויתור על זכות הדיור, ייתכן שהיה הוויתור מתקבל מתוך מודעות ורצון חופשי של הלקוח ולא תחת לחץ והיעדר ברירה. הדבר היה מתאפשר, דרך משל, אם לקוח-לווה היה מוותר על זכותו האישית לדיור חלוף מתוך הבנה ורצון חופשי, בהנחה שהוא מסוגל להשיג לעצמו הסדר מגורים אחר.¹⁸³

(16) המצב הוא בעייתי במיוחד כשהמשכנתא רשומה על בית מגורים של משפחה ממוצעת שאין לה הסדר דיור נוסף. במקרה כזה, אם לא יעמדו הלקוחות בתנאי חוזה ההלוואה ויבקש הבנק את מימוש המשכנתא, בעיקרון תעמוד בסכנה לא רק הזכות החוקתית לדיור של אלה שחתמו על החוזה אלא גם הזכות החוקתית של בני משפחה הגרים באותו בית. ייווצר מצב שבו האדם המוותר על הזכות למעשה מייצג את בני משפחתו הגרים באותה הדירה, וכתוצאה מכך תתבטל הזכות החוקתית לדיור של אנשים אחרים, על כל התוצאות החברתיות הטרגיות הנובעות מכך.

חרף זאת ראו את עמדתו של בית הדין לחוזים אחידים בעניין הבנק הבינלאומי הראשון למשכנתאות בע"מ (לעיל, הערה 75), בנוגע להפעלת סעיף 18(ב) לחוק החוזים האחידים. על הסוגיה ראו דברי בפסקה 7 ואילך למאמר זה בעמ' 163.

182 על פירוש הסעיף הנזכר ראו בעיקר את ספרן של ורדה לוסטהויז וטנה שפניץ, חוזים אחידים (תשנ"ד) בעמ' 93 ואילך.

183 דעה אחרת היא זו של השופטת דליה דורנר, בעניין מאני (לעיל, הערה 90) בעמ' 953. השופטת פסקה כי ההוראה שבסעיף 38(א) לחוק ההוצאה לפועל בעניין הזכות לדיור חלוף הייתה צריכה להיות קוגנטית. ראו לעיל, הערה 157.

לאור דברים אלה אני סבור כי חלה חזקת קיפוח כלפי תנאי בחוזה אחיד הקובע באופן גורף ויתור על הזכות החוקתית לדיור בבית מגורים – ובעיקר כשמדובר בבית משפחתי – וזאת ללא התייחסות לקיומו של סידור חלוף כלשהו. בעיניי, סתירה של חזקה זו על ידי הבנק אינה קלה כלל ועיקר, במיוחד לאחר שנאמר על ידי בית המשפט העליון כי זכות הדיור מטיבה ומטבעה היא זכות חוקתית.¹⁸⁴

(17) מצב מיוחד במינו מתעורר כשיש במשפחת המוותר ילדים קטינים. זאת, בין היתר, לאור חובת הנאמנות המוטלת על אדם כלפי ילדיו הקטינים. בית הדין לחוזים אחידים דן בסוגיה זו בפרשת הבנק הבינלאומי הראשון למשכנתאות בע"מ.¹⁸⁵ בית הדין יוצא מתוך ההנחה שאין לחייב את הלקוח לוותר על ההגנה שבדיור החלוף אלא בשם עצמו – קביעה שבעיניי, כאמור, היא בעייתית משום שהיא גורפת בכל חוזה וחוזה. בית הדין קבע:

לשיטתנו אין לחייב יכולת לוותר על ההגנה הדיונית מנהלית שמעניק החוק אלא בשם עצמו. יתר על כן, גם אם נניח לצורך הדיון כי עומדת לחייב הזכות לוותר על ההגנה הדיונית בשם בני משפחתו, הרי שאנו סבורים כי דרישה לויתור כזה, ככל שהוא מתייחס לילדים קטינים, נוגדת את תקנת הציבור ומהווה תנאי מקפח בחוזה אחיד, באשר היא מציבה את החייב בפני ניגוד אינטרסים בין חובת הנאמנות שהוא חב לילדיו הקטינים לבין האינטרס האישי שלו בקבלת ההלוואה מהבנק.¹⁸⁶

החשש לניגוד עניינים הוא בכך שלא מן הנמנע כי נטילת ההלוואה אינה בהכרח לשיפור תנאי המגורים של הקטין. זאת, למשל, אם ההלוואה התקבלה לצורך עיסוקיו של ההורה.¹⁸⁷

בית הדין הוסיף וקבע (בפסקה 131) שבמצב כזה, ועקב הסיכון של ניגוד בין עניינו של ההורה-הלווה בקבלת האשראי לבין עניינו של הקטין לשמור על הזכות לדיור חלוף, הוויתור היה דורש מראש אישור של בית המשפט לענייני משפחה, מכוח סעיף 20(5) לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962. מצב דומה מתקיים אם יש במשפחתו של הלווה חסוי, המוגן גם הוא בדרך דומה על פי סעיף 48 של אותו חוק.

184 גם בית הדין לחוזים אחידים פסק לאחרונה בעניין הבנק הבינלאומי הראשון למשכנתאות בע"מ (לעיל, הערה 75), פסקאות 129, 130, 134 לפסק דינה של השופטת מרים מזרחי, כי גישה פרשנית נכונה של סעיף 38(ג) לחוק ההוצאה לפועל (ולפני כניסה לתוקף של תיקון 29) אינה מאפשרת ויתור על זכות לדיור חלוף בשם בני משפחה.

185 עניין הבנק הבינלאומי הראשון למשכנתאות בע"מ (לעיל, הערה 75).

186 שם, פסקה 123 לפסק דינה של השופטת מרים מזרחי.

187 שם, פסקה 131 לפסק דינה של השופטת מרים מזרחי.

(18) אמת הדבר, כפי שפסק בית המשפט העליון,¹⁸⁸ גם זכות הבנק לקניינו היא זכות חוקתית. על כן, כפי שנפסק, יש לאזן בין הזכות החוקתית לדיוור של הלקוח לבין הזכות הקניינית של הבנק בסכום ההלוואה. חרף זאת, באשר לקביעה זו עלי לציין כי קודם כל על בנק זהיר לשמור היטב על קניינו ולהעריך היטב את הסיכון הרובץ עליו במתן אשראי. בנק זהיר לא יסכן את קניינו, ועליו לסרב למתן האשראי אם וכאשר הוא יכול להעריך כי רב הסיכון שהלקוח לא יעמוד בתנאי החוזה. בנק זהיר ונאמן לא ירצה להגן על קניינו תוך כדי פגיעה בזכות החוקתית של הלקוח, כשסביר להניח כי רק בדרך זו יהיה הבנק מסוגל לשמור על זכותו. במצב כזה, בנק הסומך על כך שבסופו של עניין ייושב האיוון בין שתי הזכויות החוקתיות לטובתו – ספק רב אם הוא עומד במבחן הנאמנות המוטל עליו. הסוגיה תמשיך להתבהר בהמשך דבריי.

(ב) אחריות במתן אשראי

(19) המשכנתא הנדונה במחקר זה היא בגדר חוזה בנקאי, המשמש חוזה נלווה לחוזה למתן אשראי. על כן, דין המשכנתא נובע, בין היתר, מן הדין המיוחד שבחוק הבנקאות (שירות ללקוח) התשמ"א-1981. על פי חוק זה לא מוטלת על הבנק חובה סטטוטורית להעניק אשראי.¹⁸⁹ ככלל, במתן אשראי חייב התאגיד הבנקאי להעריך את המצב ולפעול על פי דיני החוזים הכלליים ודיני הנזיקין. דינים כלליים אלו מחייבים את הבנק לנהוג בתום לב ובדרך המקובלת, תוך כדי נקיטת אמצעי זהירות סבירים.¹⁹⁰ אם כך, בין היתר סביר להסיק כי משמעות הדברים היא שעל הבנק לסרב להעניק אשראי כל אימת שתנאי העסקה ויכולתו של הלקוח לעמוד בה מעידים על קושי מופרז שירבוץ עליו לצורך קיומה. זאת, לאחר העברת המידע הדרוש בין הצדדים והערכתו המקצועית על ידי הבנק, ולאחר מתן כל הסבר שעליו לתת ללקוח הפוטנציאלי, בעיקר בעניין מהות השירות, טיבו, מחירו¹⁹¹ והנטל שיוטל עליו אם תתקיים העסקה.

(20) אשר לחקיקה השיפוטית המסדירה את הסוגיה כולה, מן הראוי להזכיר את ההשלכות של חובת הנאמנות. לחובה זו כבר התייחסתי במקום אחר.¹⁹² כעת ברצוני להתמקד בסוגיה מיוחדת הנוגעת להפעלת החובה במתן השירות הנדון.

188 ראו פסקה 13 למאמר זה בעמ' 168.

189 סעיף 2(א) לחוק הבנקאות (שירות ללקוח).

190 סעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים (חלק כללי); סעיף 35 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], תשכ"ח-1968, ס"ח 266. ראו בן-אוליאל, "דיני בנקאות – חלק כללי" (לעיל, הערה 22) בעמ' 86 ואילך.

191 סעיף 3(1)(6) לחוק הבנקאות (שירות ללקוח). ראו גם את ההסדר על פי הוראות המפקח על הבנקים (לעיל, הערה 122), וסעיף 15 ואילך של כללי הבנקאות (שירות ללקוח) (גילוי נאות ומסירת מסמכים).

192 סעיף 2(ד)(3) ואילך למאמר זה בעמ' 149.

כאמור, מושג הנאמנות הוא מושג נורמטיבי מופשט למדי. הפעלתו דורשת קונקרטיזציה. הקונקרטיזציה של חובת הנאמנות מושפעת מנסיבות שונות כגון טיב השירות, מערכת היחסים המיוחדת שבין הבנק ללקוחו, סוג הלקוח, ניסיונו והבנתו את העסקה ועוד. אם כן, מהו תהליך הקונקרטיזציה של חובת הנאמנות בהקשר של עסקת המשכנתא?

ידוע כי אחת החובות המרכזיות הנגזרות מחובת הנאמנות היא חובת הגילוי. הסברתי את ההסדרים החלים על חובה זו ואף המלצתי על שיפורים.¹⁹³ חרף זאת אין לשכוח כי חובת הגילוי אינה חופפת לחובת הנאמנות, שהיא אחת החובות הנגזרות ממנה. כלומר: בקיום הגילוי לא תפקע הנאמנות הנדרשת מן הבנקים. להבנת המצב די לשקול מקרה שבו הבנק – לאחר שמסר ללקוח הפוטנציאלי את פרטי העסקה, החיוביים והשליליים – נמצא במצב שבו הלקוח עומד על כוונתו להיכנס לעסקה למרות הסיכונים הרבים עבורו ועבור בני משפחתו. במצב כזה, ולאור העובדה שחובת הנאמנות דורשת מן הבנק רמה גבוהה ביותר של הגינות כלפי לקוחו, סביר להניח כי תוכנה של חובה זו אינו מתבטא רק על ידי הגילוי וכי הקונקרטיזציה שלה מטילה על הבנק את החובה לסרב למתן השירות. כתוצאה מכך תתעורר השאלה באשר לאחריות הבנק אם בניגוד לחובתו הוא ייתן את האשראי המבוקש. הלכה למעשה הסוגיה כרוכה בהנחה הבסיסית שלפיה בביצוע השירות של מתן אשראי הבנק נדרש לא רק להגן על עניינו הלגיטימי אלא גם לשמור על האינטרס של הלקוח, שבמצב מסוים עשוי להתבטא באי-קבלת השירות. על פי תפיסה זו, בנסיבות כאלה בנק נאמן לא יבצע עסקה מסוכנת יתר על המידה עבור לקוחו אלא יעדיף את עניינו האמיתי של הלקוח על זה שלו.¹⁹⁴

(21) כאמור, לא מוטלת על תאגיד בנקאי חובה סטטוטורית לתת אשראי לכל המבקש. מסקנה זו נגזרת מן הדין הכללי, מן הדין הבנקאי המיוחד ומחובת הנאמנות. לשיטתי, במצב שבו סביר להניח כי רב הסיכון שהלקוח לא יוכל לעמוד בהתחייבותו, הקונקרטיזציה של חובת הנאמנות יוצרת חובה שלילית – חובה לא להעניק אשראי. למעשה, התכלית של חובת הנאמנות היא בעיקר להבטיח ולשמור על רמה גבוהה ביותר של מקצועיות ויעילות במתן השירות, ובנסיבות מיוחדות אף להעדיף את עניינו של

193 פסקה 22 ואילך למאמר זה בעמ' 151.

194 כך, למשל, בצרפת ניכרת הפסיקה של בתי המשפט המכירה באחריותו של בנק שהעניק אשראי ברשלנות או בחוסר תום לב כשחובתו הייתה לסרב לכך. זאת, בהנחה שהסירוב היה מוצדק בשל יכולתו המוגבלת של הלקוח להחזיר את האשראי. בסופו של דבר, פסיקה זו באה להגן על לקוחות חסרי ידע וניסיון בזמן שהיה לבנק מידע אמיתי על מצבו של הלווה. ראו: Galvalda and Stoufflet (לעיל, הערה 57) בעמ' 275; Richard Routier, *Obligations et Responsabilités du Banquier* (2005) pp.48 et seq. גם אצלנו כבר הוכרה אחריותו של הבנק במתן אשראי, כשאפשר ללקוחות להמשיך ולמשוך כספים למרות מצבם הכספי החמור. על כך כבר הוחלט שיש להפחית את חיובם של הלקוחות כלפי הבנק. ראו ת"א (מחוזי ת"א) 2759/98 יעקבי נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ (פורסם בנבו) (להלן – עניין יעקבי).

הלקוח. יעילות בחוזה דר-צדדי אינה נוגעת לעניינו של צד אחד בלבד אלא לשני הצדדים לחוזה. אכן, ייתכן כי מתן האשראי לא יפגע בעניינו של הבנק הואיל והוא מובטח באמצעות המשכנתא על דירת הלקוח. לעומת זאת, הלקוח עלול לסבול תוצאות קשות במיוחד אם יצטרך הבנק לממש את המשכנתא. במצב כזה יתברר עד כמה העסקה לא הייתה כדאית ויעילה מצדו. הלכה למעשה, אי-כדאיות מובנית וממשית של העסקה כלפי הלקוח מעוררת ספק רב באשר למקצועיות הצפויה והנדרשת מן הבנק המעניק את השירות תוך מתן הסבר וייעוץ.

אם שיקוליי נכונים, המסקנה המתבקשת היא שכאשר הבנק מעניק אשראי בנסיבות הקשות שהוזכרו, השדה שבו צומחת חובת הנאמנות אינו נקי מערפל כבד.

(22) מתן אשראי הוא שירות מורכב הדורש ידע ומקצועיות רבה. זו עסקה המשפיעה על צדדים שונים, לרבות צדדים שלישיים. כך, למשל, במדינות שונות מוכרת הבעייתיות הנוגעת לאחריות הבנק כלפי צדדים שלישיים שבטעות סמכו על המצב הכלכלי של תאגיד הנתמך על ידי בנק למרות מצבו הקשה למדי. הסיכון הוא שבנסיבות כאלה ייווצר מצג שווא על מצבו של הלווה, שהוא למעשה חדל פירעון. דבר מעין זה עלול להוות מקור לאחריות נזיקית מצד הבנק כלפי צדדים שלישיים שיינזקו מכך.¹⁹⁵ חרף זאת, בנסיבות כאלה כבר נאמר כי למרות אחריותו האפשרית של הבנק כלפי צדדים שלישיים, ככלל אין הבנק אחראי כלפי לווים בעלי ניסיון, שעליהם החובה להכיר היטב את מצבם הפיננסי.¹⁹⁶ על כן נשאלת השאלה: האם ניתן לתמוך בדעה שגם כלפי

195 ראו סקירה מקיפה בנושא, במבט השוואתי, תוך כדי התייחסות לדין של מדינות יבשת אירופה, אנגליה וארצות-הברית: *La Responsabilité Extra-Contractuelle du Donneur de Crédit en Droit Comparé* (L. Simont, A. Bruyneel – eds., 1984). בצרפת ראו גם, למשל, Michel Vasseur, *La Responsabilité Civile du Banquier Dispensateur de Crédit* (1978). בפורטוגל ראו, למשל, Margarida de Almeida, *A Responsabilidade Civil do Banqueiro perante os Credores da Empresa Financiada* (2003).

196 לגבי עמדתם של בתי המשפט באנגליה על הסוגיה הנזכרת ניתן לקרוא אצל Ellinger "Modern Banking Law" (לעיל, הערה 105) בעמ' 728: "The courts appear to draw a distinction between financially experienced and financially inexperienced customers when assessing the extent of bank's duties". מסקנה זו מבוססת בעיקר על ההלכה שהתקבלה בשתי פרשיות: *Williams & Glyn's Bank Ltd v. Barnes* [1981] Com. LR 205; *Woods v. Martins Bank Ltd*. [1958] 3 All ER 166. חרף זאת ראוי להזכיר כי יש שוני לא מבוטל בין ההבחנה הנזכרת לזו שכבר התקבלה אצלנו המבחינה בין חובות הבנק כלפי לקוח צרכני ולקוח עסקי. הבחנה זו נעשתה, למשל, בפסק דין של בית הדין לחוזים אחידים בעניין היועץ המשפטי לממשלה נ' בנק לאומי (לעיל, הערה 99). בית הדין התבסס על הבחנה פורמליסטית זו בין סוגי הלקוחות כדי לקבוע כללי אחריות שונים. העניין נדון שם, בעמ' 587-589, בהקשר של ביצוע הוראות הלקוחות תוך כדי שימוש בשירותי קורספונדנטים. מתחתי ביקורת על עמדה זו במאמרי: בן-אוליאל, "תנאי מקפח בחוזה בנקאי" (לעיל, הערה 60) בעמ' 797-798. על ההבחנה הנזכרת כאן בין סוגי הלקוחות ראו גם ע"א 4602/97 רדאל (אשדוד 88) בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פ"ד נג(2) 577, בעמ' 593, 594.

האזרח הממוצע ניתן להעלות טענה זו – וכתוצאה מכך להפחית את המשמעות של חובת הנאמנות ותוצאותיה?

אין ספק שעל כל אדם החובה להכיר ולהעריך היטב את יכולתו הכלכלית, הנוכחית והעתידית. חרף זאת, לעתים רב השוני בין לווה ללווה באשר ליכולתם לעשות זאת. די לזכור את הבעיה החברתית הקשה המתעוררת, למשל, כשמפעל מסוים סוגר את שערו ומפטר את עובדיו בלי שהייתה להם אפשרות לצפות ולמנוע את האירוע ולמצוא מקור פרנסה חלופי. אם כך, למען הערכת המצב, הנטל שהיה רובץ על אותו יחיד ממוצע הוא לא רק להכיר את מצבו הכלכלי האישי אלא גם את זה של צד אחר, המעסיק. לא מן הנמנע כי במקרים רבים נטל כזה יהיה כבד למדי.

זאת ועוד: אפילו בהנחה הנזכרת שיש לצפות שכל אחד ואחד יכיר ויעריך היטב את מצבו הכלכלי, אין להתעלם מן המציאות המוכרת. מציאות זו מלמדת על טעויות של לווים רבים שבשל חוסר ניסיון לא מעריכים היטב את יכולתם להחזיר, במשך תקופות זמן ארוכות, את האשראי שהוענק להם. בית הדין לחוזים אחידים התייחס לסוגיה זו בפרשת הבנק הבינלאומי הראשון למשכנתאות בע"מ:¹⁹⁷

מחקרים רבים הוכיחו כי לווים פוטנציאליים אינם נוהגים תמיד בצורה רציונאלית וכי לעיתים קרובות הם נוטלים אשראי שאין באפשרותם להחזיר. אם נוסיף לכך את השיווק האגרסיבי של אשראי באמצעי שיווק מתוחכמים, הרי שהסכנה לקיומו של כשל בצד הביקוש היא מוחשית ביותר [...] ¹⁹⁸.

בהמשך ובהקשר דומה נאמר:

במקרים רבים אדם הנוטל הלוואת משכנתא איננו בעל הידע והניסיון שיכול לאפשר לו להעריך את הסיכוי שלא יעמוד בפירעונה, ובמקרים רבים הוא סובל מאופטימיות יתר. הצטברותם של גורמים אלה עשויה להצדיק מידה מסוימת של פטרנליזם [...].

אין אני יכול אלא להסכים ולתמוך בדברי בית הדין לחוזים אחידים. בית הדין מתייחס לסוגיית הפטרנליזם במישור של יחסי בנק-לקוח, אך פטרנליזם כזה יסבול מחוסר יעילות אם לא יהיה כרוך באחריות מקצועית במתן שירותי בנק.

(23) חובת הנאמנות היא דינמית משום שתוכנה משתנה מכוח הנסיבות. פעם על בנק נאמן לשרת את הציבור ולהעניק אשראי ופעם על בנק נאמן החובה לטרב לתת שירות כזה. ככלל, על הבנק לאזן בין ענייניו לבין זה של הלקוח, אך בנסיבות מיוחדות

197 עניין הבנק הבינלאומי הראשון למשכנתאות בע"מ (לעיל, הערה 75).
198 שם, פסקה 127 לפסק דינה של השופטת מרים מזרחי.

עליו לתת עדיפות לעניין הלקוח. אם כך המצב, ישאל השואל, מהו הדין כשבנק מעניק אשראי ומתברר כי מוטלת עליו חובה לסרב לעשות זאת? ככלל, חובת הנאמנות הבנקאית והפרתה מעוררת שאלות לא מבוטלות. המחוקק טרם אמר את דברו בסוגיה¹⁹⁹ ולכן יש לפנות לדיני החוזים הכלליים הקובעים, בין היתר, את חובתו של בנק מפר לפצות את הלקוח. אם כך ייווצר מצב שבו כל צד עומד כחייב כלפי הצד האחר, כלומר: כנגד חיובו של הלקוח להחזיר את האשראי עומד חיובו של הבנק במתן פיצוי. אני סבור כי על בית המשפט להעריך שיקולים אלה בבואו לפסוק בעניין חובתו של הלקוח להחזיר את האשראי שקיבל.²⁰⁰

(24) שאלה נוספת נשאלת: כיצד מסתדרות מסקנותיי עם אלו שהסקתי קודם, שעל פיהן יש להכיר באופי המקפח של תנאי החוזה האחיד שבאמצעותו ויתר הלקוח באופן גורף על זכותו לבית מגורים בעת מימוש המשכנתא?²⁰¹ אני סבור כי המסקנות מסתדרות היטב. אמנם מובן כי הכרה באופי המקפח של תנאי כזה הנוגע לזכות הבנק למימוש המשכנתא אינה משחררת את הלקוח מן החובה להחזיר את האשראי שהוענק לו. מסקנה אחרת הייתה מובילה להתעשרות הלקוח שלא כדין על חשבון הבנק. אולם, כשיש לקבוע את גודל חיובו של הלקוח כלפי התאגיד הבנקאי, לעניות דעתי ראוי להעריך גם את גודל הפיצוי שיש להטיל על הבנק ולקזז את החיובים ההדדיים.

(ג) מבחן הסיכול ודין ההלוואה

(25) כידוע, ההסדר החוקי החל על מצב של אי-קיום חיוב מושפע מן הנסיבות הסובייקטיביות והאובייקטיביות העומדות מאחוריו. פעם אי-קיום החיוב הוא פרי רשלנות של הלקוח אך פעם הוא עלול להיות מכוון. עם זאת לא מן הנמנע כי למרות רצונו של האדם לעמוד בהתחייבותו אין הוא מסוגל לעשות זאת בשל נסיבות קשות וחזקות כאלה ואחרות. דרך משל, נניח כי שמעון ושרה בת זוגו קיבלו אשראי לרכישת בית מגורים עבורם ועבור משפחתם. בעת מתן האשראי סמך הבנק על הפרנסה של בני הזוג. לצורך קבלת האשראי חתמו הלקוחות על חוזה שבו אף ויתרו על זכותם לדיור חלוף אם תמומש המשכנתא. לאחר קבלת האשראי איבדו בני הזוג את מקור פרנסתם עם

199 חסר בחקיקה שלנו טיפול יסודי בעניין חובת האמון בתחום הבנקאות. הסוגיה טופלה באופן נקודתי בלבד. כך, בפרק ג' מסעיף 11 עד 21 בחוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות, בשיווק השקעות ובניהול תיקי השקעות, תשנ"ה-1995, ס"ח 416, וזאת בעניין חובות אמון וזהירות של יועץ השקעות, של משווק השקעות ושל מנהל תיקים. ראו גם סעיף 24 לחוק איסור הלבנת הון, תש"ס-2000, ס"ח 293, המשחרר את הבנק מאחריות בשל הפרת חובת האמון כשפעל בתום לב ובהתאם להוראת החוק הנזכר. הדין הכללי אינו קובע הסדר על חובת הנאמנות. גישה אחרת התקבלה בקודקס האזרחי העתידי (לעיל, הערה 53) שם נמצא הסדר בנדון, תחת הכותרת "חיוב אמון" (סעיפים 435-443).

200 כאמור, בעניין יעקבי (לעיל, הערה 194) הוכרה אחריותו של הבנק ביצירת חלק מחיובם של הלקוחות, דבר שהביא את בית המשפט להפחתת החיוב.

201 סעיף ד.6 ואילך למאמר זה בעמ' 171.

התמוטטות המפעל שבו עבדו. נניח כי למרות רצונם האמיתי של בני הזוג לקיים את חיובם הם לא היו מסוגלים לעשות זאת. במצב כזה דין החוזה שעליו חתמו בני הזוג מוביל למימוש המשכנתא הרשומה לטובת הבנק. חרף זאת, לא מן הנמנע כי אם נעריך את המצב מזווית אחרת – דהיינו לפי דין הסיכול – נגיע לתוצאה שונה.

(26) דין הסיכול נוגע למצב אנושי ומשפטי קשה במיוחד. לא תמיד גילו כלפיו בתי המשפט את הרגישות הנדרשת.²⁰² דברי המחוקק כמעט נהפכו לאות מתה ועל כן הורגש צורך לתקן את הדין.²⁰³ אין אני מתכוון להרחיב את הדיון בסוגיה זו, שעליה ממילא רבה הכתיבה.²⁰⁴ ברצוני לציין רק את קווי היסוד של ההסדר לצורך הדיון הנוכחי.

סעיף 18 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, נוגע לשתי סיטואציות: באחת קיום החוזה נהפך ל"בלתי אפשרי", ובאחרת – בשל נסיבות מיוחדות – הוא נהפך ל"שונה באופן יסודי ממה שהוסכם עליו בין הצדדים". כך או כך מדובר בנסיבות לא ידועות ולא צפויות שלא ניתן היה להתגבר עליהן.

ליתר דיוק יש לציין כי לא רק שעל פי החוק שני המצבים חייבים להתבסס על נתונים סובייקטיביים דומים (אי-ידיעה ממשית ואי-ידיעה קונסטרוקטיבית של הנסיבות ואי-צפייה ממשית ואי-צפייה קונסטרוקטיבית, יחד עם אי-יכולתו של החייב למנוען),

202 כך, למשל, גירוש הישראלים מאוגנדה לא הוגדר כסיכול אלא כדבר צפוי. ראו ע"א 101/74 חירם לנדאו עבודות עפר כבישים ופתוח בע"מ נ' פיתוח מקורות מים (ארצות חוץ) בע"מ, פ"ד ל(3) 661, בעמ' 667. פגעי טבע בחקלאות לא נחשבו בגדר סיכול. ראו ע"א 736/82 כפר חסידים, מושב עובדים דתי בע"מ נ' אברהם, פ"ד לט(2) 490, בעמ' 493, 494. דין דומה נפסק במצב של שיבושי עבודה כתוצאה מבעיות קואליציוניות בע"א (ת"א) 583/84 גורי ואיזקוביץ נ' חברת רובינשטיין בע"מ, פ"מ תשמ"ו(3) 359, בעמ' 362, 363. אף מלחמה לא הוגדרה כאירוע מסכל לפי פסק דינו של השופט משה לנדוי בעקבות מלחמת יום הכיפורים. על כך, ראו ע"א 715/78 כץ נ' נצחוני מזרחי בע"מ, פ"ד לג(3) 639, בעמ' 643.

203 ראו הקודקס האזרחי העתידי (לעיל, הערה 53) סעיפים 131-137. על הסדר זה ראו דברי הסבר לתזכיר חוק דיני ממונות, תשס"ו-2006. בעניין המלצות לשינוי הדין הקיים ראו ריקרדו בן-אוליאל, "היסודות של דין הסיכול – סקירה ביקורתית לאור התפיסה של המשפט הקונטיננטלי", ספר לנדוי (כרך שלישי, אהרן ברק ואליעזר מזוז – עורכים, תשנ"ה) 1111 (להלן – בן-אוליאל, "היסודות של דין הסיכול").

204 ראו בעיקר אורי ידן, חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) התשל"א-1970 – פירוש לחוקי החוזים בעריכת ג' טדסקי, (מהדורה שנייה, תשל"ט) בעמ' 150, 155 ואילך; גד טדסקי, "הנטל ובעיית האונס והסיכול", משפטים טז(2) (תשמ"ז) 335; בן-אוליאל, "היסודות של דין הסיכול" (לעיל, הערה 203); ברק מדינה, "סיכול חוזה" (לעיל, הערה 46, פרידמן וכהן, "חוזים") בעמ' 411; שלו, "דיני חוזים" (לעיל, הערה 46) פרק 25 בעמ' 621 ואילך; מיגל דויטש, פרשנות הקודקס האזרחי (כרך א', תשס"ה) בעמ' 444 ואילך; René Sanilevici, "Force Majeure and Frustration of Contract in Israeli Law", *Developments in Austrian and Israeli Private Law* (Herbert Hausmaninger, Helmut Koziol, Alfredo M. Rabello, Israel Guilead – eds., 1999) 49.

אלא גם נדרש כי מצבים אלה יגרמו את אותן תוצאות משפטיות. כלומר, בשני המקרים לא יהיה מקום הן לאכיפת החיוב והן לפיצויים.²⁰⁵ הלכה ולמעשה, הסיטואציות היכולות להתעורר בחיים היום-יומיים עלולות להיות שונות מאלה שהניח המחוקק בקביעתו. ההסדר החוקי הוא כללי למדי. למשל, המחוקק מתייחס למצב של אי-אפשרות לקיים חיוב ובוזה ניתן להניח כי הוא עוסק במצב של אי-אפשרות אבסולוטית. לעומת זאת ייתכנו סיטואציות אחרות, דרך משל, כשאי-האפשרות לקיים את החיוב היא זמנית²⁰⁶ או חלקית²⁰⁷ בלבד, במובן שהחייב יוכל לבצע את חיובו מאוחר ממועד הקיום או שהוא יוכל לעמוד בחיוב אף אם לא יעשה זאת באופן מושלם. במצב כזה מדוע לבטל מראש את התרופות שכלל עומדות להגנת הנושה?

זאת ועוד: אם במשך הזמן השתנו הנסיבות שהתקיימו בעת כריתת החוזה – נסיבות שלא ניתן היה להתגבר עליהן ושהפכו את קיום החוזה לקשה במיוחד – מדוע שלא ינסו הצדדים לשנות גם את התוכן המוסכם ביניהם ולהתאים אותו למצב החדש?²⁰⁸ יודגש כי עצם העובדה שהמחוקק לא הבחין בין המצבים הנזכרים אינו מונע את הצדדים מלעשות זאת.

(27) אם נפעיל את דבריי בהקשר הנדון של המשכנתא, ניתן לדעתי להסיק את המסקנות הבאות: ראשית, במבט ראשון נראה שמותר לקבוע כי בנק הנוהג בתום לב ובנאמנות צריך להכיר בכך שאם נוצרו נסיבות קשות ביותר, שהלקוח לא תרם כלל לקיומן ואינן מאפשרות לו לקיים את החוזה – החוזה סוכל. שנית, אם נפעיל את הרציונל שבבסיס הסיכול, יש להכיר כי סיכול אינו בהכרח מוחלט ולא מן הנמנע כי הוא יהיה זמני או חלקי בלבד, או כי ניתן להתמודד איתו תוך כדי התאמת החוזה לנסיבות החדשות. הלכה למעשה, שיקולים אלו יכולים להוביל למסקנה שלפיה אם לא קיים החיוב, מימוש המשכנתא אינה תמיד הדרך הראויה. לאמתו של דבר סביר לקבוע כי בנק

205 סעיף 18(א) חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה). בכל זאת, מכוח סעיף 18(ב), בית המשפט מוסמך לחייב כל צד להשיב לצד השני את מה שקיבל על פי החוזה, ולחייב את הצד שלא קיים את החוזה בשיפוי הנפגע.

206 המלצתי על שינוי הדין הקיים. לצורך הכרת המצב הנזכר, ראו בן-אוליאל, "היסודות של דין הסיכול" (לעיל, הערה 203) בעמ' 1127 ואילך. המצב הוסדר בארץ בסעיף 134(א) של הקודקס האזרחי העתידי (לעיל, הערה 53). על הסוגיה מבחינת המשפט המשווה ראו, למשל, Castronovo (לעיל, הערה 52) בעמ' 430 ואילך.

207 ראו בן-אוליאל, "היסודות של דין הסיכול" (לעיל, הערה 203) בעמ' 1125 ואילך. ראו סעיף 137 של הקודקס האזרחי העתידי (לעיל, הערה 53).

208 ראו בן-אוליאל, "היסודות של דין הסיכול" (לעיל, הערה 203) בעמ' 1131 ואילך. רוב מדינות האיחוד האירופי אימצו הסדרים חקיקתיים או שיפוטניים כדי לשנות את תוכן החוזה לאור הנסיבות הנזכרות לעיל. על כך ראו Castronovo (לעיל, הערה 52) בעמ' 361 ואילך. לעומת זאת, הקודקס האזרחי העתידי (לעיל, הערה 53) בסעיף 136, אימץ את הכלל "קיום בקירוב", שהוגדר כך: "קיום חיוב על פי חוזה, בשינויים הנדרשים, אשר אין בו כדי לשנות את מהות החיובים והזכויות של הצדדים לחוזה, או כדי לגרום עוול לאחד הצדדים".

נאמן לא יגלה אדישות למצב שאליו נקלע הלקוח ולא יהסס לחפש דרך אלטרנטיבית לקיום החוזה. כך, בדוגמה שהבאתי לעיל של בני זוג המאבדים את מקור פרנסתם, לא מן הנמנע כי לאחר זמן מסוים שבו הפסיקו בני הזוג לקיים את חיובם יחזרו השניים או אחד מהם למעגל העבודה. כאמור, בנק הנוהג בתום לב ובנאמנות ישקול אפשרות זו.²⁰⁹ עוד ראוי לציין כי הסיכון שהלקוח יפסיד את פרנסתו הוא סיכון צפוי, ועל כן במבט ראשון סיכון כזה אינו בגדר של סיכול. חרף זאת מותר להוסיף כי אם בכל זאת החליט הבנק לתת את האשראי, נראה שמידת הצפיות באשר לסיכון של אבדן הפרנסה לא הייתה גבוהה – שאם לא כך לא היה הבנק מעניק את האשראי המבוקש. זאת ועוד: אם מידת הצפיות שהסיכון יתממש היא גבוהה, כי אז שוב נראה בכך סימן שהבנק התרשל במתן האשראי,²¹⁰ ולחלופין שהוא במודעות הסכים לקבל על עצמו סיכון כזה. כך או כך, לא מן הנמנע כי לא בנקל ישתחרר הבנק מהאחריות הרובצת עליו.

(28) בהמשך לדברים האמורים לעיל נשאלת כעת השאלה: לאור הדין הקיים של הסיכול, הקובע שאי-קיום החוזה לא יהווה עילה לאכיפה או לפיצויים – מה תהא טענת ההגנה של הבנק?

עסקת משכנתא היא חוזה נלווה לחוזה למתן אשראי, שהוא ההלוואה. ההלוואה היא חוזה המוכר בנוקשותו. נוקשות זו מתבטאת בכך שלא בנקל יוכל הלווה להשתחרר מחיובו כלפי המלווה אף במקרה של כוח עליון. כך הדין שהתקבל בקודפיקציות שונות²¹¹ וכך מתבטא בעיניי הדין הרצוי. אם לא כך ייווצר מצב של התעשרות של צד

209 ההצעות הנזכרות עולות בקנה אחד עם דברי הקודקס האזרחי העתידי (לעיל, הערה 53) באשר לסיכול הזמני והחלקי, בסעיפים 134 ו-137. ראו גם את סעיף 136 בעניין הקיום בקירוב בשל אירוע מסכל לצורך התאמת החיובים החוזיים לאור שינוי נסיבות שהתרחש לאחר כריתת החוזה.

210 סעיף ד.6 (ב) ואילך למאמר זה בעמ' 174.

211 ראו, למשל, את הקודים האזרחיים של המדינות הבאות: צרפת, סעיף 1893 (1893 Code civil, Art. 1814, 1818); איטליה, סעיפים 1814, 1818 (Codice civile, Art. 1814, 1818); יוון, סעיף 806 (Código civil, Art. 1144, 1149); אסטרייך, סעיף 806 (Austriakischer Bürgergesetzbuch, Art. 806). הכלל המוכר במדינות אלו נובע מן ההגדרה של חוזה הלוואה כחוזה ראלי *quoad effectum*, כלומר: חוזה שכריתתו גורמת להעברת הבעלות על נשוא החוזה לידי הלווה, ומכאן הפעלתו של הכלל *res perit domino*. כלל זה נוגע להטלת הסיכון של אבדן הנכס על הלווה (הבעלים של הנכס), יהיו אשר יהיו הנסיבות שבהן קרה הנזק. העיקרון *genus nunquam perit* (המתייחס לחיובים בעלי אופי נחלף – fungibles – הניתנים תמיד לביצוע בשל אופיים) מחזק את המסקנה הנזכרת. לאמתו של דבר, ההיגיון העומד מאחורי ההסדר טמון בכך שלאחר שהנכס (נחלף) הועבר לידי הלווה – המשקיע ומרוויח ממנו במשך תקופה מסוימת (בעיקר אם הנכס הנחלף הוא כסף) – חובתו להחזיר את אשר קיבל, יהיו אשר יהיו הנסיבות שנוצרו לאחר כריתת החוזה. דנתי בהרחבה בחוזה הלוואה בעבודת הדוקטורט שלי; ראו בן-אוליאל, "Depositor Relationship" (לעיל, הערה 3) בעמ' 108 ואילך. על הנוקשות של חוזה הלוואה ראו גם אהרן ברק, "זיוף במשיכת שיק – מטרה ואמצעים בחלוקת הסיכון בין הבנק ללקוחו", משפטים א (תשכ"ח) 134, בעמ' 135.

אחד – הלווה, שבמשך תקופת זמן מסוימת השקיע את סכום ההלוואה – על חשבוננו של הצד האחר, המלווה.

אם דבריי נכונים כי אז המסקנה היא שמאחר שהבנק מוגן על ידי דיני ההלוואה, הגוברים על דין הסיכול, חיובו של הלקוח כלפיו נשאר בתוקף. לעומת זאת, מלווה שהוא תאגיד בנקאי כפוף תמיד לחובותיו כלפי לקוחו לנהוג בתום לב ובנאמנות. לעניות דעתי, ולאור הנסיבות הקשות שתיארתי, בנק הנוהג על פי כללים אלה ירצה להסכים עם לקוחו לצורך שינוי תוכן החוזה והתאמתו לנסיבות שנוצרו עקב הסיכול. שינוי שכזה עשוי לבוא לידי ביטוי, דרך משל, בהפחתת תשלומי ההחזר מצד הלקוח ואף בהפסקתם, אך זאת רק לתקופה מסוימת ומוגדרת מראש. זאת, כמובן, בלי שהבנק יסכן את זכותו להחזר האשראי שניתן.

סיכומו של דבר: לעניות דעתי, הדין הרצוי של הסיכול אינו תמיד משחרר את האדם מחיובו. כמו כן, גם דין ההלוואה אינו נותן הגנה מוחלטת לבנק, כי בשל דיני תום הלב והנאמנות שאליהם הוא כפוף אין הוא יכול להתעלם ממצבו הקשה של הלקוח. בסופו של עניין, שיקולים אלו, הנובעים ממבחינים שונים מובילים לאותה מסקנה, היינו: שמן הראוי לשנות את מהות החוזה שסוכל ולהתאימו למצב החדש.

(29) דנתי עד כאן במצב של סיכול, מתוך הנחה שמדובר במצב שבו נתקלו לקוחות יחידים. חרף זאת ייתכן כי התמונה שונה כשמדובר בגל של לקוחות שהגיעו למצב המתואר בשל משבר כלכלי הפוגע בחברה. כאמור, דין הבנק הוא דין המלווה ועל כן הוא מוגן היטב. הלכה למעשה, דין חוזי זה מועיל במיוחד כשמדובר בסכסוכים יחידים. לעומת זאת, ההיגיון והצדק מצביעים על כך שבתקופת משבר כלכלי חמור יהיה צורך לאמץ פתרון מעשי מסוג מיוחד. בעיניי, במצב כזה הפתרון אינו נמצא רק בידי הצדדים וברצונם לשנות את הדין עליו הסכימו. אמת הדבר, אם נרצה להגן על זכויות הלקוחות שהם קרבנות במשבר כזה – ובין היתר על הזכות החוקתית לדיור – אך גם לשמור על יציבותם של הבנקים, אין מנוס אלא להצביע גם על הצורך בהתערבות המדינה. להבדיל מנקיטת מדיניות לטווח הארוך (למשל, באמצעות תמיכה במדיניות המעודדת שכירת דירות במקום רכישתן) בנסיבות שאליהן אני מתייחס התערבות כזו חייבת להיות מיידית ואגרסיבית. עם זאת, הדיון בסוגיה הוא מעבר לגבולות שהצבתי לעצמי במחקר זה.²¹²

212 ממשלת פורטוגל, למשל, החליטה להתערב ולטפל במצב הקשה שנוצר שם בשל המשבר הכלכלי הנוכחי. על פי מדיניות זו התחייבה המדינה להחליף את הלווים שבגלל פיטוריהם הפסיקו להחזיר אשראי שהוענק לרכישת דיור ולשלם לבנקים במקומם. סוברוגציה זו תהיה בהיקף של 50% מההחזר החודשי של הלווה ולמשך תקופה מוגבלת. מצדו יתחייב הלווה להחזיר למדינה מאוחר יותר את האשראי שקיבל, בתנאים נוחים במיוחד. ההודעה פורסמה בעיתונות, למשל, *Público* מ-18.03.2009; *Agência Financeira* מ-20.03.2009.

ה. סיכום ומסקנות

(30) שאלות מעניינות ועדינות מתעוררות בעניין המשכנתא הבנקאית. המשכנתא היא חוזה, והיא חוזה הנלווה לחוזה למתן אשראי. לעתים הדו-צדדיות של החוזה ברורה לחלוטין ולעתים מערכת היחסים העומדת מאחורי העסקה מורכבת יותר. המשכנתא היא חוזה בנקאי וככזה היא כפופה, בין היתר, לכללי פרשנות מיוחדים.²¹³ חוזה זה הוא מקור לסיכונים לכל הצדדים אך במיוחד כלפי הממשכן. זאת לעתים לאור הקושי בהבנת החוזה הכה מורכב שעליו הוא חתם.²¹⁴ נזכיר, הסיכון החמור ביותר הוא של אבדן הנכס הממושכן במקרה של מימוש המשכנתא, בעיקר אם הנכס הוא בית המגורים היחיד של הממשכן ושל בני משפחתו.

הזכות לבית מגורים היא זכות חוקתית, כפי שנפסק על ידי בית המשפט העליון. אך חוקתית גם הזכות של הבנק לקניינו. מכאן הצורך לאזן בין שתי זכויות אלה.²¹⁵ הלכה למעשה איזון כזה אינו קל ליישום, כי בסופו של עניין אחת הזכויות חייבת לגבור על הזכות האחרת. עם זאת, אם על פי פסיקת בית המשפט העליון תנאי למתן עדיפות לזכות הלקוח הוא סיכויי הצליחה בבקשתו לעיכוב של מימוש המשכנתא, בכך בית המשפט מגביל את סיכויי הלקוח להשיג זאת. כך אם ימשיכו בתי המשפט להפעיל את דיני מימוש המשכנתא כפי שהם וללא שיקולים אחרים.

המלצתי על מבחנים נוספים להרחבת הדיון בסוגיה כולה. לעניות דעתי ייתכן שיתחזקו סיכויי הלקוח הצליחה בבקשתו לעיכוב ביצוע המשכנתא אם יטען טענות חוזיות מסוימות. לשיטתי מן הראוי להעריך ולשקול עניינים מסוימים, דהיינו: תוקפו של תנאי בחוזה אחיד על ויתור הזכות לבית מגורים;²¹⁶ אחריות הבנק במתן אשראי²¹⁷ והמשך קיומו של חיוב הלקוח על פי מבחן הסיכול.²¹⁸ המסקנות שאליהן הגעתי עשויות להגדיל את סיכויי של הלקוח במשפט העוסק בעיכוב מימוש המשכנתא ולאפשר לו ליישם ביתר קלות את זכותו החוקתית לדיוור. נוסף על כך תמכתי בדעה שלפיה הבנק מוגן היטב על פי דיני ההלוואה.

(31) כידוע, מעמדו של הבנק מורכב למדי. כתגיד, מטרתו הלגיטימית היא להשיג רווח, אך תפקידו גם בעל חשיבות ציבורית רבה.²¹⁹ תוך כדי קיום של חובותיו

213 סעיף ג.1 ואילך למאמר זה בעמ' 129.

214 סעיף ג.2(ד)(2) למאמר זה בעמ' 145.

215 פסקה 13 למאמר זה בעמ' 168.

216 סעיף ד.6 ואילך למאמר זה בעמ' 171.

217 סעיף ד.6(ב) ואילך למאמר זה בעמ' 174.

218 סעיף ד.6(ג) ואילך למאמר זה בעמ' 178.

219 בהזדמנויות שונות הכירו בתי המשפט במעמדם המעין-ציבורי של הבנקים. ראו במיוחד עניין צבאח (לעיל, הערה 57) בעמ' 585; ע"א 1570/92 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ'

לנהוג בתום לב, בזהירות ובנאמנות עליו גם לשמור על האינטרסים של הלקוחות ואף של צדדים אחרים, ולעתים אף להעדיף את ענייניו של הלקוח על זה שלו. סוגיית המשכנתא ומימושה היא אחת הסוגיות שבה ההתנגשות בין אינטרסים אלה ניכרת ביותר. לאמתו של דבר, העניין של מתן אשראי תמורת משכנתא של בית מגורים הוא כולו עניין שפתרונו דורש את מעורבותם של רבים. ראשונים הם הבנקים – הן בקביעת הסדרים חוזיים נקיים מתנאים מקפחים והן בהפעלת זהירות ונאמנות בעיסוקם במתן אשראי. כמו כן עליהם לנסות להגיע להסדרים חלופיים עם הלקוחות בנסיבות לא רצוניות המונעות מהם מלעמוד בחיובם. ההתערבות השנייה הנדרשת היא מן המחוקק. חרף זאת, ולאור דבריי לעיל, ספק אם סיים המחוקק את תפקידו בקביעת ההסדרים החדשים הנוגעים להליכים למימוש המשכנתא ולעיכובם.²²⁰ זאת ועוד: אין להתעלם מן העובדה שזכות הדיור וההגנה עליה הן עניין של החברה כולה. על המדינה להגן באופן מעשי ויעיל על הזכות החוקתית שהיא עצמה מעניקה לתושביה, במיוחד כשזכות זו עלולה להיפגע בתקופה של משבר כלכלי חמור.²²¹

עלי גם להדגיש כי הפרמטרים החייבים בעיניי להדריך את הבנקים במתן אשראי עלולים להוביל לצמצום מסוים במתן שירות זה, וכתוצאה מכך עלול הדבר לפגוע במימוש הזכות החוקתית לדיור. כדי למנוע או להפחית את התוצאות החברתיות הנובעות מכך נדרשת התערבות רחבה יותר מצד המדינה. התערבות זו ניתנת למימוש בדרכים שונות, למשל באמצעות הגדלת ההלוואות לשכבות אוכלוסייה חלשות או במתן ערבויות מדינה לבנקים הנותנים אשראי ללווים כאלו. דרך אלטרנטיבית היא עידוד מטעם המדינה לבחור בהסדר מגורים המבוסס על שכירת דירות במקום רכישתן. התערבות המדינה גם נדרשת שכן בשל שינוי במדיניות הבנקים במתן אשראי, יחפשו הלקוחות דרכים חליפיות ומסוכנות למימון רכישת הדירות כגון פניות לשוק האפור והשחור. אך הניתוח של סוגיה חברתית זו חורג מהגבולות שקבעתי לעצמי בהכנת מחקר זה.

עם זאת, דומני כי יש בהמלצות שהובאו ונותחו לעיל כדי ליצור הסדר מאוזן יותר מזה הקיים, הסדר שיתחשב נכונה בפער שבין מבקש האשראי לבין מספקו, הסדר שיבוסס על אחריות במתן אשראי, הסדר המתבקש מחובת הנאמנות הבנקאית.

ציגלר, פ"ד מט(1) 369, בעמ' 384. ראו גם מיכל רובינשטיין ובעוז אוקון, "הבנק כסוכנות

חברתית", ספר שמגר (חלק ג, תשס"ג) 831.

220 ראו סעיף ד' ואילך למאמר זה בעמ' 159.

221 ראו פסקה 29 למאמר זה בעמ' 182.