



בבית המשפט העליון

רע"א 4705/22

לפני: כבוד השופט נ' סולברג
כבוד השופט ד' מינץ
כבוד השופט א' שטיין

המבקשות: 1. חוה אליהו
2. אורית אליהו

נגד

המשיבה: עדנה ישראל-פור (אליהו)

בקשת רשות ערעור על פסק הדין של בית המשפט המחוזי בירושלים מיום 31.3.2022 בע"א 53211-05-21 שניתן על-ידי כבוד השופטים: ר' וינוגרד, ש' ליבוביץ ות' בר-אשר

בשם המבקשות: בעצמן

בשם המשיבה: עו"ד גלעד ברבי

פסק-דין

השופט נ' סולברג:

1. בקשת רשות לערער על פסק הדין של בית המשפט המחוזי בירושלים, מיום 31.3.2022, בע"א 53211-05-21 (השופט ר' וינוגרד, והשופטות ש' ליבוביץ ות' בר-אשר), שבגדרו נדחה ערעור המבקשות על פסק הדין של בית משפט השלום בירושלים, מיום 11.4.2021, בה"פ 32305-09-18 (השופטת ח' טוקר).

רקע עובדתי בתמצית

2. המשיבה, עדנה אליהו, ובן זוגה לשעבר, יהודה אליהו, הם בעלי הזכויות בבית הנמצא ברחוב המיצדים 25, במעלה אדומים. ביום 22.8.1994, נרשם משכון על הבית לטובת המבקשות: אמו של יהודה – חווה אליהו, ואחותו – אורית אליהו. זאת, בהתבסס על הסכם שנכרת ביניהן לבין בני הזוג ביום 15.8.1994 (להלן: הסכם 1994). בהסכם נכתב, כי הצדדים מסכימים על משפון זכויות בני הזוג בבית לטובת המבקשות, כערוכה לחוב בסך של 100,000 דולר. מקורו של החוב, בהסכם קודם מיום 5.9.1981, שבו חתמו בני

הזוג על 'אישור' כי קיבלו מהמבקשות הלוואות בסכום כולל של 25,000 דולר, וכי הם עתידים לקבל מהן סכום נוסף של כ-75,000 דולר, לטובת רכישת המגרש ובניית הבית. במעלה הדרך, עלו יחסיהם של עדנה ויהודה על שרטון, ובין השניים התנהלו הליכים משפטיים שונים במהלך השנים. בתוך כך, בימים אלה מתנהל הליך פירוק שיתוף לגבי זכויות בני הזוג בבית (ת.א 14-05-56634).

3. ביום 17.9.2018 הגישה עדנה המרצת פתיחה לבית משפט השלום, ובה ביקשה סעד הצהרתי לביטול המשכון. עדנה טענה, בין היתר, כי "מעולם לא קיבלה דבר מה[מבקשות]", וכי מדובר במשכון פיקטיבי, שתכליתו היא להגן על הנכס מפני נושים, שעמם היה בן זוגה לשעבר, יהודה, "מסובך כלכלית ומשפטית", עקב חובות שונים שצבר.

4. ביום 11.4.2021, נעתר בית משפט השלום לתביעה, והורה על ביטול המשכון. נקבע, כי "מחומר הראיות עולה ספק של ממש בקיומו של חוב בשנת 1994", וכי לצדדים "לא היתה כל כוונה לקיים את הסכם [1994] וכוונה זו היתה ידועה עוד במעמד החתימה עליו". נקבע אפוא, כי הסכם 1994 "נועד להבריא נכסים", ואינו אלא הסכם שנכרת למראית עין. עוד קבע בית משפט השלום, כי אין לקבל את טענתו של יהודה, שלפיה חלה התיישנות על התביעה. בהקשר זה נקבע, כי בניגוד לטענת יהודה, עילת התביעה לא נולדה ביום שבו נודע לעדנה, או היה עליה לדעת, על קיומו של המשכון, כי אם ביום 29.5.2014, שבו נטען לראשונה על-ידי יהודה, במסגרת התביעה שהגיש לפירוק השיתוף בבית, כי המשכון אכן נועד לשמש כבטוחה לפירעון הלוואות שניתנו על-ידי אמו ואחותו. זאת, שכן רק במועד זה התכחש יהודה ל"הסכמה הסמויה" שעמדה בבסיס הסכם 1994, שלפיה רישום המשכון נועד להגן על נכסיו של יהודה, ולא להוות בטוחה כנגד הלוואות הנטענות.

פסק הדין של בית המשפט המחוזי

5. המבקשות הגישו ערעור על פסק הדין לבית המשפט המחוזי. ביום 31.3.2022, נדחה הערעור. בית המשפט המחוזי קיבל את קביעותיו העובדתיות של בית משפט השלום, לגבי נסיבות חתימת הסכם 1994, והמניעים שעמדו בבסיסו. נקבע אפוא, כי הצדדים "לא התכוונו מעולם לממש את האמור בהסכם, וכל כריתתו לא נועדה אלא למטרה של הברחת נכסי יהודה מנושיו". משכך, קבע בית המשפט המחוזי כי הסכם 1994 בטל, "הן מחמת היותו הסכם למראית עין שאין מאחוריו דבר, הן בשל אי החוקיות המשותפת שהביאה לכריתתו". עוד נקבע, כי נוכח חוסר תום הלב של המבקשות, במסגרת כריתתו וקיומו של הסכם 1994, "אין מקום לשמוע מפּי [המבקשות] טענות בנוגע להתיישנות עילת התביעה", כמו גם טענות הנוגעות להשתק שיפוטי החל על עדנה, לשיטתן, עקב העלאת

טענות סותרות במסגרת הליכים משפטיים שונים. לגבי טענת ההתיישנות נקבע, כי אף אם לא היה מקום לחסום טענה זו בגין חוסר תום לב בלבד, הרי שדינה היה להידחות, מאחר שאין למנות בתקופת ההתיישנות את פרק הזמן שבו "שיתפו הצדדים פעולה בנוגע לתרמיתם המשותפת", בין מכוח מניעות, בין מכוח ויתור מפורש של המבקשות "על כל עילת תביעה ועל כל טענת התיישנות", באותו פרק זמן. תקופה זו תמה, כך נקבע, לכל המוקדם, ביום 24.12.2008, שבו שלחה עדנה מכתב למשיבות, ודרשה מהן להסיר את רישום המשכון. בהמשך לכך קבע בית המשפט המחוזי, כי הגם שהתביעה הוגשה בשנת 2018, כעשר שנים לאחר מועד זה, אין מקום לדחותה מחמת התיישנות. בהקשר זה הוטעם, כי "מקום בו הוגשה התביעה לביטול משכון על זכות חוזית להירשם כבעל זכות לחכירה לדורות", יש "לקבוע כי תקופת ההתיישנות הרלוונטית היא זו החלה על תביעה במקרקעין"; על כן, משמדובר במקרקעין שאינם מוסדרים – תקופת ההתיישנות עומדת על 15 שנים, כך שהתביעה לא התיישנה. בשולי הדברים, ולמעשה למעלה מן הצורך, ציין בית המשפט המחוזי, כי אף אם היה נקבע שהתביעה התיישנה, לא היה בכך כדי להועיל למבקשות, שכן כל "ניסיון לממש את המשכון בשלב כלשהו היה נתקל בטענה לפיה עסקת הבטיס בטלה בשל אי-החוקיות שדבקה בה ובשל העובדה שהיא לא היתה אלא חוזה למראית עין", ומכאן, "שלמשכון לא נודע כל ערך כלכלי, מאחר שלא היתה אפשרות, ולו תיאורטית, להביא למימושו ביום מן הימים".

מכאן הבקשה שלפני.

עיקרי טענות הצדדים

6. המבקשות מרבות בטענות, מן הגורן ומן היקב. לטענתן, הבקשה מעוררת שאלות 'עקרוניות' רבות המצדיקות, לשיטתן, מתן רשות לערער על פסק הדין של בית המשפט המחוזי. כך, נטען כי במקרה דנן מתעוררת השאלה אם לצורך התיישנות, "תביעה לגבי משכון, על זכות בנכס חכור [...] שאינו רשום בספרי האחוזה: היא בעניין מקרקעין, או תביעה בעניין מיטלטליו"; בשאלה זו, כך נטען, "לא קיימת הכרעה משפטית". לדין של המבקשות, מדובר בתביעה חוזית, שעניינה בזכות אובליגטורית, הגם שמדובר בזכות חוזית במקרקעין. משכך, יש לראותה, לעניין התיישנות, כתביעה "בשאינו במקרקעין", כמשמעות ביטוי זה בסעיף 5(1) לחוק ההתיישנות, התשי"ח-1958 (להלן: חוק ההתיישנות), שתקופת ההתיישנות לגביה עומדת על 7 שנים. בנוסף טוענות המבקשות, כי מרוץ ההתיישנות החל במועד שבו נודע לעדנה על רישום המשכון, עוד בשנת 1994, ועל כן, לכל המאוחר, התיישנה התביעה בשנת 2009, גם בהנחה שתקופת ההתיישנות עומדת על 15 שנים, כפי שקבע בית המשפט המחוזי. לגופם של דברים, מעלות המבקשות טענות מטענות שונות, מרביתן – טענות עובדתיות. בפרט, מלינות המבקשות

על קביעותיו של בית המשפט המחוזי ביחס לטיבו של הסכם 1994. בנוסף טוענות המבקשות, בין היתר, לקיומו של מעשה בית דין "בין צדדים הקרובים משפטיים", החוסם את עדנה מלהעלות טענות ביחס למשכון, עקב תביעה שהגישה בשנת 2007 נגד יהודה, שבה נדון נושא המשכון; ולהשתק שיפוטי שחל על עדנה, עקב העלאת טענות סותרות; הן בהליכים משפטיים אחרים, הן לפני מוסדות המדינה.

7. עדנה מצדה, סומכת ידיה על פסק הדין של בית המשפט המחוזי, ועל נימוקיו. בנוסף טוענת עדנה, כי "אין זה מתיישב עם השכל הישר ואף לא משפטי להניח כי רשומה זכות שלא כדין על זכויותיו של אדם והוא לא יוכל להסירה או שדרכו תניחוס עם טענה דיונית". בהתייחס לטענת המבקשות לקיומו של מעשה בית דין, טוענת עדנה, כי "הצדדים להליך זה מעולם לא היו צד להליך משפטי כלשהו", ומעולם "לא הוכרעה מחלוקת כלשהי" ביניהם, "מכאן שטענת מעשה ב"ד אינה יכולה לעמוד למבקשות". עוד טוענת עדנה, כי לא חל עליה השתק שיפוטי, שכן "בכל ההליכים מהן מנסות המבקשות להביא הוכחות לקיומו של השתק, המשיבה לא היתה בעלת דין, אלא עדה שעדותה נכפתה עליה".

דיון והכרעה

8. בהתאם לסמכותי שלפי תקנה 149(2)(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018, החלטתי לדון בבקשת הרשות לערער כאילו ניתנה רשות, והוגש ערעור על-פי הרשות שניתנה. לאחר עיון בטענות הצדדים, מזה ומזה, באתי לכלל מסקנה כי דין הערעור – להידחות.

9. השאלה העקרונית המתעוררת בענייננו, היא האם יש לסווג תביעה לביטול משכון על מקרקעין, לעניין התיישנות, כתביעה במקרקעין, או כתביעה 'בשאינו מקרקעין'. טרם הדיון בשאלה זו, אבהיר כבר עתה, כי ביתר הסוגיות שעוררו הצדדים, לא מצאתי מקום להתערב בהכרעתו של בית המשפט המחוזי. ראשית, בנוגע להסכם 1994, עיקר טענותיהן של המבקשות הן עובדתיות. כידוע, אין זו דרכה של ערכאת הערעור להתערב בקביעות עובדתיות שנקבעו בערכאה הדיונית, להוציא מקרים חריגים שבהם התגלו פגמים מהותיים, היורדים לשורשם של דברים; כלל זה מקבל משנה תוקף, כאשר הנושא מובא לפתחו של בית המשפט בגלגול שלישי' (ראו למשל, מני רבים: רע"א 6823/19 שגיא נ' בר זכאי, פסקה 8 (6.11.2019)). לא מצאתי טעם טוב לחרוג מכך בענייננו, ולהתערב בממצאי עובדה שנקבעו בבית משפט השלום, ואושררו על-ידי בית המשפט המחוזי. ודוק: ממצאים עובדתיים אלה, אכן מוליכים למסקנה כי "הצדדים לא התכוונו מעולם לממש את האמור בהסכם, וכל כריתתו לא נועדה אלא למטרה של הברחת נכסי יהודה מנושיו". משכך, לא נפל כל פגם בקביעה שלפיה הסכם 1994 הוא הסכם בלתי חוקי, שדינו בטלות. שנית, גם בנוגע לטענת המבקשות לקיומו של השתק שיפוטי שחל

על עדנה, מקובלת עלי קביעתו של בית המשפט המחוזי, שלפיה צדדים מנועים מלהעלות טענת השתק שיפוטי, מקום שבו "ידיהם של שני הצדדים טבולות בקשר חוזי פסול שמטרתו להטעות אחרים ולפגוע בזכויותיהם". קביעה זו – בדין יסודה (ע"א 4170/14 כהן נ' כהן, פסקה 10 לפסק דינה של השופטת א' חיות, וחוות דעתה של השופטת ד' ברק-ארז (14.1.2016)). שלישיית, בנוגע לטענת המבקשות למעשה בית דין – משלא התנהל כל הליך משפטי קודם בין עדנה למבקשות, ומשסוגיית המשכון כלל לא נדונה בהליכים שהתנהלו בין עדנה ליהודה, כפי שקבע גם בית משפט השלום, ברי כי אין בסיס לטענה על קיומו של מעשה בית דין בעניין זה. זאת בפרט, משעה שעדנה ביקשה לצרף את המבקשות להליך פירוק השיתוף המתנהל בינה לבין יהודה, לצורך דיון בסוגיית המשכון, אולם בקשתה זו נדחתה בהחלטת השופטת מ' צ'רקה מיום 16.5.2018, שבה נקבע כי "ככל ש[נעדנה] מבקשת לפעול להסרת המשכון, היא רשאית לעשות זאת בהליך נפרד, בפני הערכאה המוסמכת לכך". כעת, אעבור לדון בסוגיית ההתיישנות.

האם טענת ההתיישנות נחסמה עקב חוסר תום הלב של המבקשות?

10. בית המשפט המחוזי קבע, כי נוכח חוסר תום הלב שבהתנהלות המבקשות, "אין מקום לשמוע מפי [המבקשות] טענות בנוגע להתיישנות עילת התביעה". זאת, "כאשר מהראיות שהוצגו לפני בית המשפט עולה שטענות אלה מוסבות לאכיפת הסכם שבכל הנוגע ל[נעדנה] אין מאחוריו כלום, הוא עולה כדי חוזה בטל למראית עין, והוא נערך באופן המביא למסקנה שמטרתו בלתי חוקית ויש להורות על בטלותו". קביעה זו – אין בידי לקבל. בית המשפט המחוזי נשען בקביעתו האמורה, על כך שבית משפט זה "מצא לנכון לחסום טענות התיישנות בנסיבות בהן הוכח קיומו של חוסר תום לב מטעם מי שהעלה את הטענה". אמנם כן, בית משפט זה החיל "את החובה לנהוג בתום לב ובדרך מקובלת גם בשדה הדיוני וקבע כי על בעל דין מוטלת חובה 'להפעיל את כוחותיו המשפטיים-דיוניים בדרך מקובלת ובתום לב'" (ראו: ע"א 3496/15 בבלפור נ' גבעת מרום בע"מ, פסקה 9 (17.1.2017) (להלן: עניין בבלפור); רע"א 305/80 שילה נ' רצקובסקי, פ"ד לה (3) 461, 449 (1981); ע"א 5008/16 המוסד לביטוח לאומי נ' מגן דוד אדום, פסקה 31 (6.12.2018)). דא עקא, יש להבחין בין התנהלות כללית בחוסר תום לב, לבין העלאת טענת ההתיישנות בחוסר תום לב. בפסיקת בית משפט זה נקבע, כי נתבע יהיה חסום מלהעלות טענת התיישנות, במקרים "חריגים ונדירים", שבהם "עצם העלאת טענת ההתיישנות לוקה בחוסר תום לב" (עניין בבלפור, פסקאות 9-10; ההדגשה הוספה – נ' ס'). מכך נובע, שאין למנות בין אותם מקרים "חריגים ונדירים", מקרה בו מדובר על התנהלות כללית בחוסר תום לב – כזו שאינה קשורה ישירות לעצם העלאת טענת ההתיישנות. זאת, להבדיל ממקרה שבו התנהלות חסרת תום לב של בעל דין הקנתה לו יתרון דיוני, בדמות טענת התיישנות, שאז טענה זו עשויה להיחסם מחמת חוסר תום לב. בענייננו, אמנם התנהלותן הכללית של המבקשות,

במסגרת כריתת הסכם 1994 וקיומו, היתה שלא בתום לב – אך לא נקבע כי קיים קשר בין התנהלות זו לבין עצם העלאת טענת ההתיישנות, כך שלא היה מקום לקבוע שהמבקשות חסומות מלהעלותה. טעם נוסף להתערבות בקביעתו של בית המשפט המחוזי, בהקשר זה, נעוצה בכך שחוסר תום הלב שמצא בית המשפט בהתנהלות המבקשות, נמצא גם בהתנהלותה של עדנה, אשר היתה שותפה לכריתת הסכם המשכון הפיקטיבי ולקיומו, ולא העלתה כל טענה בנוגע להיותו מלאכותי, משך שנות-דור, אלא רק כאשר 'הלהבות ליחכו את שולי גלימתה', בשלב שבו נוכחה לדעת כי קיומו של 'המשכון' הפיקטיבי – פוגע בזכויותיה. נמצאנו למדים, כי בבחינת 'מאזן' חוסר תום הלב של הצדדים – כפות המאזניים מעוינות, כך שאין הצדקה לחסום את המבקשות מהעלאת טענת התיישנות, מטעם זה כשלעצמו.

11. מעבר לכך, כפי שאפרט בהמשך, בעניין שלפנינו מתקיימת אחת מעילות ההשעיה הקבועות בחוק ההתיישנות. במצב דברים זה, שבו חלה בנסיבות המקרה הוראת חוק קונקרטי, שבגינה אין תקומה לטענת התיישנות, סבורני כי פניה לעיקרון תום הלב – כמעין נורמת-על החוסמת טענת התיישנות – אינה נדרשת ולא רצויה. במקום שבו קיימת נורמה חקוקה המונעת קבלת טענת התיישנות, עלינו ליטול מן המוכן, ולא לדבוק בעקרון מופשט, חשוב ככל שיהא, אשר היקפו וגדריו פרוצים, ונתונים לשיקול דעתו של בית המשפט. בהקשר של דיני ההתיישנות, ישנה עדיפות לקביעת הסדר 'סגור' על פני הסדר 'פתוח', לנורמה המאופיינת ככלל (rule), על פני נורמה מסוג סטנדרט (standard) (עע"ם 867/11 עיריית תל אביב-יפו נ' אי.בי.סי ניהול ואחזקה בע"מ, פסקאות 16-19 (28.12.2014); להבחנות אלו, ראו: ארז קמיניץ "דיני ההתיישנות בקודקס האזרחי – שיקולים בקביעת ההסדרים החדשים ובפרשנותם" משפט ועסקים ד 339, 354-353 (2006); (טל חבקין התיישנות 14-16 (מהדורה שניה, 2021) (להלן: חבקין)). העדפת עילה מופשטת ועמומה, על פני ההסדר הפרטני והקשיח שקבע המחוקק, מעוררת קושי גם בהיבט של חלוקת התפקידים בין המחוקק לבין בית המשפט, באופן שהיא מערבת את האחרון בזירה לא לו – זירת קביעת המדיניות ועיצובה. יפים לענייננו דבריו של המלומד ט' חבקין:

"נשוב ונזכיר כי דוקטרינת תום הלב הדיוני היא נורמה פתוחה שמנוסחת ברמה גבוהה של הפשטה. היא נטע זר בקרבו של הסדר ההתיישנות הנוהג, המורכב מרשימה סגורה של עילות הארכה והשעיה. שמירה על האיזון העדין שקבע המחוקק בין האינטרסים המתנגשים מצביעה על כך שאף שדוקטרינת תום הלב הדיוני חלה גם ביחס לטענת התיישנות, ראוי להחילה רק בהתקיימן של נסיבות חריגות

המצדיקות זאת. בעניין זה יש לדעתנו לנקוט ריסון שיפוטי ולפנות אליה אך כמוצא אחרון, במקרים שבהם אין תחולה ישירה לנורמה חקוקה רלוונטית – קרי, אחת או יותר מעילות ההארכה או ההשעיה האחרות – שאז עשויה לקום הצדקה להשתית את ההכרעה על דוקטרינת תום הלב הדיוני שאומצה בפסיקה" (חבקין, בעמ' 77-78).

12. אם כן, לא היה מקום לקבוע כי המבקשות חסומות מלהעלות טענת התיישנות מחמת חוסר תום לב. עלינו לבחון אפוא את טענת ההתיישנות לגופה.

האם התיישנה התביעה?

13. בבואנו לבחון אם התיישנה התביעה, אם לאו, עלינו לענות על שתי שאלות משנה: הראשונה – מתי החל מרוץ ההתיישנות. בתוך כך, עלינו לבחון אם חלה אחת מעילות ההשעיה המנויות בחוק ההתיישנות, שבגינה נדחה מועד תחילת מרוץ ההתיישנות, עד לתום ההשעיה; השנייה – מהי תקופת ההתיישנות הבסיסית הקבועה בחוק. אתיחס לשאלות אלה כסדרן.

המועד שבו החל מרוץ ההתיישנות

14. סעיף 6 לחוק ההתיישנות קובע, כי "תקופת ההתיישנות מתחילה ביום שבו נולדה עילת התובענה". במשך השנים נערמו פסקי דין שעסקו בפרשנות סעיף זה, ובפרט בקביעת גדריו של המושג "עילת התובענה" לצורך הסעיף. ככלל, נקבע בפסיקה, כי תאריך הלידה של עילת התובענה, חל במועד שבו "מתקיימות כל העובדות החיוניות המגבשות בידי של התובע כוח להגיש תובענה ולזכות בסעד המבוקש" (ע"א 2262/17 פ' חברת נפט בע"מ נ' דיעי, פסקה 48 והאסמכתאות שם (2.7.2019) (להלן: עניין 19); רע"א 901/07 מדינת ישראל – הוועדה לאנרגיה אטומית נ' גיא-ליפל, פ"ד סד(2) 82, 117-118 (2010) (להלן: עניין ליפל)). עוד הוטעם, כי לצורך התגבשות עילת התביעה, אין די בקיומה של זכות תביעה מושגית בידי התובע, אלא נדרש שיהיה בידי כוח תביעה קונקרטי, המאפשר לו לפנות לערכאות, לברר את תביעתו, ולזכות בסעד המבוקש, במידה ויוכיח את העובדות הנדרשות (ע"א 10192/07 פסגת אשדוד הנדסה אזרחית ותשתיות בע"מ נ' חן גל השקעות ומסחר בע"מ, פסקה 17 (24.5.2010); ע"א 7589/13 establishment adoka נ' מכון ויצמן למדע, פסקאות 9-10 והאסמכתאות שם (8.6.2015)). זוהי אפוא נקודת המוצא.

15. לצד זאת, קבע המחוקק כי ישנם מצבים שבהם תקופת ההתיישנות תושעה (ראו: סעיפים 7, 8, 10-15 ו-18 א לחוק ההתיישנות), תוארך (שם, בסעיפים 16, 17 ו-18), או 'תתאפס' ותתחיל מחדש (שם, בסעיפים 9 ו-21; להרחבה בעניין כללי השעיה, הארכה ואתחול מחדש, ראו: ישראל גלעד התיישנות בדין האזרחי 75-76 (2022) (להלן: גלעד)). לצורך דיוננו, רלבנטיות בעיקר שתי הוראות המסייגות את מרוץ תקופת ההתיישנות: סעיף 8 לחוק ההתיישנות, אשר "עניינו באותם מצבים בהם התובע לא ידע, וגם לא היה עליו לדעת, על אודות העובדות החיוניות המגבשות את עילת תביעתו, ולפיכך תקופת ההתיישנות נמנית החל מהמועד שבו נודעו לתובע עובדות אלה, או מהמועד שבו יכול היה לגלותן" (ע"א 4880/19 הבנק הבינלאומי הראשון בע"מ נ' גזונטהייט, פסקה 67 (18.7.2022)); וסעיף 9 לחוק ההתיישנות, שעל פיו, "מקום בו הודה הנתבע בקיומה של זכות בידי התובע, מירוך ההתיישנות מתאפס, ותקופת ההתיישנות נמנית מחדש מיום ההודאה" (שם). ודוק: בעוד שהנטל להוכיח את טענת ההתיישנות מוטל על הנתבע, הנטל להוכיח את התקיימות אחד מהסייגים המנויים בחוק לתקופת ההתיישנות, מוטל על התובעת, ובדין – על עדנה (ראו למשל: ע"א 4381/08 קופת חולים כללית נ' מוסקוביץ, פסקה כ"ה (16.1.2012)).

16. לטענת המבקשות, עילת התובענה התגבשה כבר בעת רישום המשכון, קרי בשנת 1994, כך שעד למועד הגשת התובענה, תקופת ההתיישנות חלפה זה מכבר, בין אם נעמיד תקופה זו על 7 שנים, בין אם נעמידה על 15 שנים. מנגד טוענת עדנה, כי עילת התובענה התגבשה רק בשנת 2014, עת נטען לראשונה על-ידי יהודה, כי מדובר ב'משכון אמת', שנועד להבטיח את ההלוואות הנטענות. בית המשפט המחוזי קבע, כי בין אם עילת התובענה התגבשה בשנת 1994, בין אם לאו, "טענות ההתיישנות נחסמו לאורך כל התקופה בה שיתפו הצדדים פעולה בנוגע לתרמיתם המשותפת. במצב דברים זה ניתן היה לקבוע כי בכל אותה תקופה לא החל מרוץ ההתיישנות, בין אם מכוח מניעות ובין אם מכוח ויתור מפורש של המערערות (ולמעשה של הצדדים כולם) על כל עילת תביעה ועל כל טענת התיישנות, באופן העולה בקנה אחד עם הרציונאלים שבבסיס הסדר ההתיישנות ועם ההוראה שבסעיף 9 לחוק ההתיישנות". בהמשך לכך, קבע בית המשפט המחוזי, כי "הסכמה זו פקעה, לכל המוקדם, במועד בו שלחה המשיבה למערערות מכתב ובו טענה כי רק באותה עת נודע לה שנרשם משכון לטובתן על הבית וכי עליהן להסיר את המשכון שנרשם", קרי – ביום 24.12.2008.

17. קביעה זו של בית המשפט המחוזי, שלפיה מרוץ ההתיישנות החל, לכל המוקדם, ביום 24.12.2008 – מקובלת עלי, אך טעמי לכך שונים. מפסק הדין של בית המשפט המחוזי ניתן להבין, כי עיקר קביעתו נסמכת על הרציונאלים שבסעיף 9 לחוק ההתיישנות. אולם, לדעתי, דחיית טענת ההתיישנות על יסוד סעיף זה, במקרה דנן, אינה

פשוטה, ואף אינה נדרשת. אסביר זאת. סעיף 9 לחוק ההתיישנות, שעניינו, כאמור, "הודאה בקיום זכות", קובע כך:

"הודה הנתבע, בכתב או בפני בית משפט, בין בתוך תקופת ההתיישנות ובין לאחריה, בקיום זכות התובע, תתחיל תקופת ההתיישנות מיום ההודאה; ומעשה שיש בו משום ביצוע מקצת הזכות, דינו כהודאה לענין סעיף זה" (ההדגשה הוספה – נ' ס').

לצורך עמידה בתנאי הסעיף, נדרש "לכל הפחות [...] שהנתבע יודה בקיום כל העובדות הנדרשות כדי לבסס באופן ברור זכות זאת, כך שניתן וצריך יהיה להסיק כי הנתבע מודה, לא רק בעובדות, אלא גם בקיום הזכות" (ע"א 8438/09 רובאב חברה לנכסים בע"מ נ' אחים דוניץ בע"מ, פסקה 12 והאסמכתאות שם (19.4.2012)). במקרה דנן, אין טענה כי המבקשות הודו, בשלב כלשהו, "בכתב או בפני בית משפט", בקיום זכותה של עדנה, שהמשכון הפיקטיבי לא ימומש לטובת המבקשות, או הודו כי לעדנה קיימת זכות להסיר את רישום המשכון, כנגזרת מכך שרישומו נעשה באופן מלאכותי. עם זאת, כאמור, נקבע כעניין עובדתי, כי בין הצדדים שררה הסכמה מוסווית על כך שהמשכון, כחלק מהסכם 1994, נרשם באופן פיקטיבי, שכן הוא נועד לשם הברחת נכסים מנושיו של יהודה, ולא לשם הבטחת החזר ההלוואות הנטענות. תחת הסכמה מוסווית זו, נוצרה לעדנה זכות, שהמבקשות לא יממשו את המשכון הפיקטיבי. זכות זו היא זכות שלילית. השאלה היא אפוא, אם ניתן לראות בכיבוד זכותה השלילית של עדנה על-ידי המבקשות – דהיינו באי-מימוש המשכון לאורך השנים, חרף 'הזכות' לעשות כן לפי הוראות הסכם 1994 – משום "מעשה שיש בו משום ביצוע מקצת הזכות" (ההדגשות הוספו – נ' ס'). שאלה זו, אינה פשוטה כלל ועיקר, וניתן להעלות לגביה טיעונים לכאן ולכאן (ראו למשל אצל חבקין, בעמ' 295-298, הסבור כי יש לאפס את מרוץ ההתיישנות רק כאשר הביצוע "מעיד על הודאה מפורשת"; ראו גם: גלעד, בעמ' 403). בענייננו אף קיים קושי נוסף, שכן מדובר בחוזה בלתי חוקי (השוו, לעניין תחילת מרוץ ההתיישנות של תביעה לגבי חוזה בלתי חוקי: רע"א 6774/19 אפרידר החברה לשיכון ופיתוח לישראל בע"מ נ' עיריית ראש העין, פסקאות 19-24 (25.5.2021)). מכל מקום, ההכרעה בשאלה האמורה אינה נדרשת בענייננו, שכן ניתן לקבוע שמרוץ ההתיישנות החל במועד האמור, בהסתמך על סעיף 8 לחוק ההתיישנות, וכאמור להלן.

18. סעיף 8 לחוק ההתיישנות קובע כדברים האלה:

“נעלמו מן התובע העובדות המהוות את עילת התובענה, מסיבות שלא היו תלויות בו ושאלו בזהירות סבירה לא יכול היה למנוע אותן, תתחיל תקופת ההתיישנות ביום שבו נודעו לתובע עובדות אלה”.

לסעיף שני יסודות מרכזיים: היסוד הראשון, עניינו בעובדות “המהוות את עילת התובענה”, אשר במועד גילויין יחל מרוץ ההתיישנות. בהקשר זה נקבע, כי המבחן הוא מבחן רחב, שלפיו “כל עובדה החיונית כדי לבסס עילת תביעה, שבלי ידיעתה לא ניתן להגיש את התובענה ולהצליח בה, נכללת במסגרת העובדות המהוות את עילת התביעה לצורך סעיף 8 לחוק ההתיישנות” (עניין ליפל, פסקה 44, והאסמכתאות שם; ההדגשות הוספו – נ’ ס’). היסוד השני עוסק בשאלה האם התובע לא ידע, ואף לא היה עליו לדעת, על דבר קיומן של העובדות המגבשות את עילת התובענה. זאת, מסיבות שאינן תלויות בו, “ושאלו בזהירות סבירה לא יכול היה למנוע אותן”. המבחן שנקבע לגבי זה הוא מבחן אובייקטיבי, שבגדרו נדרש לקבוע אם היה על התובע, בנסיבות המקרה הקונקרטי, לגלות את העובדות הנדרשות לצורך התגבשות עילת התובענה. בתוך כך, בבחינת רף הזהירות החל על התובע, נקבע כי יש להביא בחשבון, בין היתר, את מושא הגילוי, את מידת המאמץ הכרוכה בגילוי העובדות, את המידע שכבר הצטבר אצל התובע, ואת רמת החשד שמעורר אותו מידע (עניין ליפל, פסקה 50; ע”א 1969/10 אבו שיבלי נ’ מרכז רפואי זיו – צפת, פסקה 5 (9.5.2012); להרחבה, ראו: גלעד, בעמ’ 245-251).

19. אם כן, ככלל, נקודת המוצא היא שתקופת ההתיישנות נמנית החל מיום לידת עילת התובענה (סעיף 6 לחוק ההתיישנות), אלא אם נעלמו מהתובע עובדות רלבנטיות, שלא היה עליו לגלותן (סעיף 8 לחוק ההתיישנות). יחד עם זאת, במקרים מסוימים, שבהם יש במערכת יחסים הסכמית בין התובע לנתבע, כדי להשפיע באופן מהותי על מערך הציפיות וההסתמכות של הצדדים – נקודת המוצא עשויה להשתנות. הדוגמא המובהקת ביותר לעניין זה, הוא השימוש שנעשה בדוקטרינת הנאמנות הקונסטרוקטיבית, שהיא “נאמנות המוטלת על-ידי בית המשפט, והמשמשת כלי בידיו להגיע לתוצאות צודקות” (ע”א 3829/91 וואלס נ’ גת, פ”ד מח(1) 801, 810 (1994)), לצורך הדיפת טענת התיישנות. דוקטרינה זו הוחלה במשפט הישראלי בעיקר בנוגע ליחסים שבין רוכש מקרקעין, בעל זכות קניין שביושר, לבין המוכר, הפועל לטובת הרוכש להעברת רישום הבעלות על הקרקע; הפסיקה זיהתה את הראשון כנהנה, ואת האחרון כנאמן עבורו. תפיסת היחסים שבין רוכש למוכר, כיחסי נאמנות קונסטרוקטיבית, משפיעה על סוגיית ההתיישנות בשני היבטים מרכזיים, הכרוכים זה בזה. ראשית, בנוגע למועד תחילת מרוץ ההתיישנות, נקבע כי בנסיבות של נאמנות קונסטרוקטיבית, “יושמה מירוך תקופת ההתיישנות כל עוד הנאמן אינו כופר בנאמנות או כל עוד הוא אינו מפר את חובת הנאמנות” (ע”א 7231/10

תלמוד תורה בית יהודה קרית אתא ע"ש יהודה גפן זצ"ל נ' עיריית קרית אתא, פסקה 13 לחוות-דעתו של השופט י' עמית (17.10.2012) (להלן: עניין תלמוד תורה); ההדגשות במקור – נ' ס'). שנית, כאשר לסטנדרט הזהירות האובייקטיבי הנדרש מהתובע-הנהנה, לגבי גילוי העובדות המהוות את עילת התביעה, נקבע כי "אמת המידה לזהירות הסבירה הנדרשת לעניין גילוי העובדות המהוות את עילת התביעה נקבעת על יסוד הכלל שבאין מידע סותר ושאי נהנה להניח כי הנאמן ממלא את חובתו" (ע"א 3322/95 גמזו נ' גושן, פ"ד נ(4) 520, 526 (1997)). בכך משתנה למעשה נקודת המוצא, כך ש"במסגרת של יחסי נאמנות, נקודת המוצא היא עיכוב תקופת ההתיישנות כל עוד אין בידי הנהנה מידע המצביע על הפרת החובה מצד הנאמן (סעיף 8 לחוק [ההתיישנות]), ורק בהינתן מידע כאמור תבוא לעולם עילת התובענה ויחל מירוץ תקופת ההתיישנות (סעיף 6 לחוק [ההתיישנות]). בכך מוסט מרכז הכובד לטובת הגנה על האינטרס של התובע-הנהנה, על חשבון יכולתו של הנתבע-הנאמן לחסות תחת כנפיה של טענת התיישנות" (עניין תלמוד תורה, פסקה 16 לחוות-דעתו של השופט י' עמית).

20. השינוי בנקודת המוצא, אינו נובע מניחוח אנליטי גרידא, אלא נובע מתפיסה נורמטיבית, המבטאת קדימות של מערך הציפיות וההסתמכות שהקימה מערכת היחסים ההסכמית בין הצדדים – לעניין תחילתו של מרוץ ההתיישנות – על-פני הדין הכללי, המעוגן בסעיף 6 לחוק ההתיישנות. הדבר מתבטא בכך, שבנסיבות של נאמנות קונסטרוקטיבית, לא מתחיל מרוץ ההתיישנות טרם כפירת הנאמן בחובתו, או הפרה שלה, חרף קיומן של כל "העובדות החיוניות המגבשות בידיו של התובע כוח להגיש תובענה ולזכות בסעד המבוקש" (עניין 19, פסקה 48); ולמרות שעל פני הדברים, יש בידי התובע-הנהנה כוח תביעה קונקרטי (להבדיל מכוח תביעה מושגי בלבד) – שכן, ככל שיגיש תביעה להעברת הרישום על שמו, ויוכיח כי הוא בעל זכות שביושר בקרקע, יוכל לזכות בתביעה. אף על-פי כן, כאשר מתקיימים יחסי נאמנות קונסטרוקטיבית, רשאי התובע "להניח כי הנאמן ממלא אחר חובתו", ולהסתמך על כך שהנאמן-הנתבע פועל לטובת העברת הרישום על הבעלות בקרקע. משכך, כל עוד לא נסתרה ההנחה האמורה, לתובע-הנהנה אין כל סיבה, הלכה למעשה, להגיש תביעה. במצב דברים זה, גוברת ההסתמכות שיצר הנתבע-נאמן אצל התובע-הנהנה, על תנאיו האובייקטיביים של סעיף 6, וכעניין נורמטיבי, יש להשקיף על כוח התביעה הקונקרטי שבידו, ככוח תביעה מושגי בלבד. במילים אחרות, משהביא הנתבע את התובע, כתוצאה מטיב מערכת היחסים ההסכמית ביניהם, להסתמך על כך שאין לו סיבה לתבוע, אזי עצם קיומה של סיבה כאמור, הופכת לעובדה חיונית, המהווה תנאי להתגבשות עילת התביעה (על כך שאין מדובר אלא במקרה פרטי של כלל הגילוי המאוחר, שבסעיף 8 לחוק ההתיישנות, ראו עניין תלמוד תורה, פסקה 15).

21. ודוק: טיב מערכת היחסים ההסכמית שבין הצדדים, משפיע כאמור גם על היסוד השני של סעיף 8, שעניינו ברף הנדרש לצורך הקביעה כי העובדות המגבשות את עילת התביעה, נעלמו מעיניו של התובע "מסיבות שלא היו תלויות בו ושאף בזהירות סבירה לא יכול היה למנוע אותן". כך, משנוצרה מערכת יחסים הסכמית של נאמן-נהנה, "אזי בהעדר מידע על הפרת חובת הנאמנות, אין לבוא לנהנה בטרוניה על כך שלא נקט בצעדים אשר היו מונעים את היעלמות העובדות מעיניו, או במילים אחרות: לא הרי 'זהירות סבירה' של נהנה כ'זהירות סבירה' של תובע מן היישוב" (עניין תלמוד תורה, פסקה 15; ההדגשה הוספה – נ' ס').

22. אציין, כי ההיגיון שלפיו סטנדרט ה"זהירות הסבירה" שיש להחיל על התובע, לגבי סעיף 8 לחוק ההתיישנות, מושפע מאופי המערכת ההסכמית שבין הצדדים, וההסתמכות שהיא יצרה אצל התובע, הותל גם לגבי הסכמים ארוכי-טווח, המכונים גם חוזי-יחס, אשר "מתאפיינים במערכת של הדדיות שיכולה להימשך לאורך שנים ארוכות ומושתתת על אמון". בנוגע לחוזים אלה, נקבע כי "במערכת יחסים מסוג זה, ההנחה היא כי הצדדים מקיימים את חובותיהם על פי החוזה, ואין לדרוש כי בכל רגע ורגע יבחנו הצדדים לחוזה האחד את השני. משכך, בבואנו לבחון טענת התיישנות במערכת יחסים חוזית ארוכת טווח, ראוי לבחון האם בנסיבות הספציפיות היה ניתן להעלות את הטענות בדבר הפרת החוזה במהלך חיי החוזה, או שמא הצורך לבררן קם רק עם סיום חיי החוזה. במילים אחרות, אף אם עילת התביעה נוצרה במהלך חיי החוזה, יש מקום, במסגרת חוזי יחס, לפרשנות מרחיבה של סעיף 8 לחוק ההתיישנות" (ע"א 9495/06 בנק מזרחי טפחות בע"מ נ' נגר כרמלה ובניה בע"מ, עמ' 9 (15.8.2012)).

23. הרציונל שניתן לזקק מן האמור עד כה, בנוגע לנאמנות קונסטרוקטיבית, הוא כי יש בטיב מערכת היחסים ההסכמית, כדי להשפיע על מועד תחילת מרוץ ההתיישנות: ככל שההסכמה שבין הצדדים מטילה על הנתבע חובה לפעול באופן מסוים ביחס לנכס השייך לתובע, או שהתובע זכאי לו, ומביאה את התובע להסתמך על כך שהנתבע יפעל באותו אופן ביחס לנכס, תחל תקופת ההתיישנות רק כאשר הנתבע כפר בחובתו כלפי התובע ביחס לאותו נכס, ולחלופין, כאשר הפר אותה. קיים מגוון רחב של כללים והקשרים משפטיים שבהם מתבטא רציונל זה. בין היתר, ניתן לציין את הכלל שנקבע בהקשר של עיכוב נכס שלא כדין, שלפיו "ראובן שהפקיד נכס מנכסיו בידי שמעון, תקום עילת תביעה לזכותו בדורשו משמעון כי ישיב לו את הנכס ובהיתקלו בסירוב מצדו של שמעון. [...] לשון אחר: תקופת ההתיישנות תחל להימנות החל ביום הסירוב" (ע"א 5964/03 ארידור נ' עיריית פתח-תקווה, ס' (4) 437, 464 (2006)); ואת הכלל שנקבע בהקשר של 'חזקה נוגדת' במקרקעין, שלפיו "בעלים התובע מחזיק במקרקעין כי ישיב את המקרקעין להחזקתו והמחזיק מעלה כנגד התביעה טענת התיישנות, אין די לו למחזיק כי יוכיח זאת שהחזיק בנכס

כך-וכך שנים. שומה עליו להוכיח כי החזקתו הייתה החזקה נוגדת זכות בעלים, כי נהג בנכס המקרקעין מנהג בעלים, שהרי אם החזיק בנכס מטעם הבעלים, ממילא לא עברה התיישנות ולו משום שלא נולדה כלל עילת תביעה. וכך, יכול אדם שיחזיק במקרקעין של הבעלים 'מאה שנים' והתיישנות לא תעמוד לזכותו" (לסקירה מקיפה אודות כללים מסוג זה, ראו: שם, בעמ' 463-468, והאסמכתאות שם (2006)). המשותף לאותם כללים, כפי שהיטיב לנסח השופט א' גרוניס, הוא:

"קיומה של הסכמה תחילית בין שני הצדדים. בעל הזכויות או הנהנה מצד אחד והמחזיק או הנאמן מצד אחר. אותה הסכמה ראשונית בין שני המעורבים באה לקצה בשלב כלשהו. זאת, כאשר מוגשת דרישה מצד הבעלים-הנהנה להשבת הנכס והמחזיק-הנאמן כופר בזכותו של הראשון, או כאשר השני מפר חובה שהוטלה עליו (למשל כאשר הנכס מועבר לידי צד שלישי). שבירת ההסכמה – עקב דרישה וכפירה או עקב הפרה – היא היא המגבשת את העילה" (שם, בעמ' 520).

24. הרציונל האמור, מתיישב היטב עם תכליותיו של מוסד ההתיישנות. בפסיקת בית משפט זה נקבע, לא פעם, כי דיני ההתיישנות מאזנים בין מספר שיקולים ואינטרסים נוגדים: "(1) מניעת הכבדה יתרה על הנתבע בשל שמירת ראיותיו לאורך זמן; (2) הצורך להקנות ודאות לנתבע בדבר זכויותיו וחובותיו באופן שיאפשר לו לכלכל את צעדיו מבלי שיהיה עליו להקצות משאבים לשם ניהול תביעות עתידיות הנוגעות לאירועים נוספים; (3) מתן הגנה על אינטרס הציפייה וההסתמכות של הנתבע, אשר נשען על ההנחה כי תובע שישן על זכויותיו' ונמנע מהגשת תביעה במשך תקופה ארוכה, ויתר ומחל על זכותו; (4) מימוש האינטרס הציבורי הבא לידי ביטוי בכך שהמערכת המשפטית תקדיש את זמנה לטיפול בבעיות ההווה ולא תעסוק בבירור סכסוכי עבר נוספים" (ע"א 8416/19 שלמה נס ורו"ח אלי שפיר מפרקי חברת אגרוסקו חברה לייצור חקלאי בע"מ נ' מדינת ישראל, פסקה 31 (22.12.2021); ראו גם: רע"א 187/05 נסייר נ' עיריית נצרת עילית, פסקאות 29-31 (20.6.2010)). הנה כי כן, במקרים האמורים, שבהם ההסכמה שבין הצדדים מטילה על הנתבע חובה לפעול באופן מסוים ביחס לנכס השייך לתובע, או שהתובע זכאי לו, ומייצרת אצל התובע ציפייה והסתמכות על כך שהנתבע יפעל באותו אופן ביחס לנכס – נוטה מאזן השיקולים, שבבסיס מוסד ההתיישנות, לטובת התובע – במובהק. ראשית, מאחר שהסיבה לכך שהתובע לא הגיש תביעה, נעוצה בהסתמכותו על ההסכמה, שלפיה יפעל הנתבע באופן מסוים ביחס לנכס – לא ניתן לראות בו (בתובע) כמי שישן על זכויותיו'. שנית, אף אם הנתבע פיתח הסתמכות על כך שהתובע ויתר על זכותו, מדובר בהסתמכות בלתי-לגיטימית, שאין כל מקום להביאה במניין השיקולים, שכן מקורו של

ה'יותור', בחובה שקמה לנתבע מכוח ההסכמה שבין הצדדים. שלישיית, מאותם השיקולים, אין בהשעיית מרוץ ההתיישנות, כל עוד לא כפר הנתבע בחובתו, או הפר אותה, כדי לפגוע בוודאות המוקנית לנתבע בדבר זכויותיו וחובותיו, שכן משעה שבא בגדרי הסכם, ונטל על עצמו את החובה הקמה מכוחו, חזקה עליו כי הוא מודע לאופן בו משפיע הדבר על זכויותיו וחובותיו. מה גם, שבמקרה מן הסוג האמור, אין טעם טוב להעדיף את הוודאות המוקנית לנתבע בדבר זכויותיו וחובותיו, על פני הוודאות המוקנית לתובע, המסתמך על חובתו של הנתבע כלפיו. רביעית, במקרים האמורים, הסכסוך בין הצדדים נוצר, למעשה, רק כאשר הנתבע כופר בחובתו או מפר אותה, ומשכך, אין בקביעה כי מרוץ ההתיישנות מתחיל רק במועד זה, כדי להביא את המערכת המשפטית לעסוק "בבירור סכסוכי עבר נושנים"; טרם כפירת הנתבע בחובתו, או הפרתה, אין כל סכסוך שניתן לברר.

25. מן הכלל אל הפרט: כאמור, בין הצדדים שררה הסכמה נסתרת, שלפיה המשכון הוא פיקטיבי, ותכליתו היא הברחת נכסים מנושיו של יהודה. הסכמה זו הטילה על המבקשות חובה שלא לפעול למימוש המשכון, ויצרה אצל עדנה הסתמכות על כך שהמשכון פיקטיבי, והמבקשות לא יפעלו למימוש. לעדנה לא היתה אפוא כל סיבה לתבוע את ביטול המשכון, כל עוד לא נודע לה כי המבקשות עומדות על קיומו. משכך, מתקיים בענייננו הרציונל הניצב בבסיס כלל הגילוי המאוחר, כפי שהוחל גם בנסיבות של יחסי נאמנות קונסטרוקטיבית, כמפורט לעיל. יש להחילו אפוא, על דרך ההיקש, גם במקרה דנן. אם כן, ההסכמה בין הצדדים הביאה לשינוי נקודת המוצא, כך שכל עוד לא נודע לעדנה כי המבקשות כופרות בהסכמה שבין לבניה ביחס למשכון, לא נוצרה ביניהן יריבות, ומרוץ ההתיישנות – לא החל. תקופת ההתיישנות החלה אפוא, רק כאשר נודע לעדנה כי המבקשות כופרות בכך שהמשכון פיקטיבי, וכי יש לה סיבה לפעול לביטולו, קרי – ביום 24.12.2008.

26. משאלו הם פני הדברים, שאלת תקופת ההתיישנות מקבלת משנה חשיבות: ככל שהתביעה בנוגע לרישום המשכון, תסווג לעניין ההתיישנות כתביעה "במקרקעין", תקופת ההתיישנות לגביה תעמוד על 15 שנים, כך שהתביעה לא התיישנה (סעיף 5(2) לחוק ההתיישנות); לעומת זאת, ככל שהתביעה תסווג כתביעה "בשאינו מקרקעין", תקופת ההתיישנות לגביה תעמוד על 7 שנים, כך שהתביעה התיישנה (סעיף 5(1) לחוק ההתיישנות). אפנה כעת להכריע בשאלת סיווג התביעה.

מהי תקופת ההתיישנות לתביעה בנוגע למשכון במקרקעין?

27. כידוע, המבחן לצורך הכרעה בשאלת סיווגה של תביעה, לגבי סעיף 5 לחוק ההתיישנות, הוא מבחן "תוכן התביעה", שבגדרו יש לבחון את טיב הזכות הנתבעת, ואת

אופיו של הסעד המבוקש (ע"א 3260/11 ברכה נ' אפריקה ישראל להשקעות בע"מ, פסקה 17 והאסמכתאות שם (6.1.2015) (להלן: עניין ברכה)). מבחן זה הוא מבחן מהותי, הפועל כנורמה מסוג 'סטנדרט', ומצריך לבחון את כלל מאפייני התביעה" (חבקין, בעמ' 104). נקודת המוצא לניתוח, היא סעיף 1 לחוק ההתיישנות, אשר מגדיר את המונח "מקרקעין" באופן הבא:

"קרקע מכל סוג וכל זכות או טובת הנאה בקרקע וכל דבר המחובר לקרקע חיבור קבע וכל זכות או טובת הנאה הטעונים רישום בספרי האחוזה" (ההדגשה הוספה – נ' ס').

הגדרה זו רחבה יותר מהגדרת המונח 'מקרקעין' שבחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 (להלן: חוק המקרקעין), "שכן היא כוללת, בין היתר: תביעה לקיום 'כל זכות או טובת הנאה בקרקע' – בין אם היא טעונה רישום לצורך שכלולה ובין אם לאו, ואף אם היא איננה נכללת בהכרח בגדר הזכויות הקנייניות המנויות בחוק המקרקעין" (עניין ברכה, פסקה 19).

28. אשר לבחינת טיבה של הזכות הנתבעת, נקבע בפסיקה, כי יש לפרש את המונח 'מקרקעין' שבחוק ההתיישנות, "בזיקה לשאלת סיווג הזכות כקניינית או אובליגטורית" (ע"א 3521/10 עיריית חיפה נ' גטר, פסקה 5 לפסק דינה של המשנה לנשיאה מ' נאור (7.1.2013) (להלן: עניין גטר)); ככל שהזכות הנתבעת תסווג כזכות קניינית, הנטייה תהיה לקבוע כי מדובר בתביעה במקרקעין, ואילו ככל שהזכות תסווג כזכות אובליגטורית, הנטייה תהיה לקבוע כי מדובר בתביעה "בשאינו מקרקעין". לעניין זה, נקבע כי זכות קניינית במקרקעין היא "זכות חפצא" (In Rem), הנוגעת לנכס מקרקעין ספציפי ומעניקה לבעל הזכות אפשרות לאכוף אותה כלפי כולי-עלמא" (עניין ברכה, פסקה 22; ההדגשות הוספו – נ' ס'. ראו גם: עניין גטר, פסקה 7 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור). זאת, להבדיל מ'זכות גברא' (In Personam), המעניקה לבעליה את הכוח לאכוף על אדם אחר התחייבות שנטל כלפי בעל הזכות (קרי: זכות אובליגטורית)" (עניין ברכה, שם; להבחנה דומה בנוגע לטובת הנאה במקרקעין, ראו ע"א 375/54, אלון נ' מלניק, פ"ד י 486, 489-492 (1956)). אולם, כפי שאראה, זוהי אמנם נקודת המוצא, אך לא נקודת הסיום.

29. מעיון בפסיקת בית משפט זה, בנוגע לסיווג תביעה לפי סעיף 5 לחוק ההתיישנות, עולה כי את טיב הזכות הנתבעת, כזכות 'במקרקעין' או כזכות 'בשאינו במקרקעין', יש לבחון 'במבט רחב', כחלק מהקשרה הכולל של התביעה, והסעד שהתבקש בגדרה; אין לבחון רק את אפיון הזכות שמכוחה הוגשה התביעה, אלא שיש

לבחון את ההשפעה שתהיה לתביעה, אם תתקבל, על מצב הזכויות בקרקע. כך, אף אם הזכות שמכוחה הוגשה התביעה היא זכות אובליגטורית, אך קבלת התביעה תביא לשינוי במצב הזכויות הקנייניות בקרקע, תסווג התביעה, לצורך סעיף 5 לחוק ההתיישנות, כתביעה 'במקרקעין' (עניין ברכה, פסקה 21). כך למשל, נקבע, בין היתר, כי תביעה לאכיפת חיוב חוזי להעברת זכויות בעלות במקרקעין, תסווג כתביעה 'במקרקעין' (ע"א 435/87 פיקטנבוים נ' ברקוביץ, פ"ד מג(3) 173, 175 (1989)); כי תביעה של בעל זכות שביושר להירשם כבעל זכויות חכירה במקרקעין, היא תביעה לאכיפת זכות במקרקעין, ולכן תסווג כתביעה 'במקרקעין' (עניין תלמוד תורה, פסקה 10); וכי תביעה לביצוע בעין של התחייבות קבלן לרשום מקרקעין על שם הרוכש, תסווג גם היא כתביעה 'במקרקעין' (ע"א 7261/97 שרבני נ' חברת האחים שבירו בע"מ, פ"ד נד(4) 464, 477 והאסמכתאות שם (2000)). בפסיקה ניתן למצוא אף גישה מרחיבה יותר, שלפיה גם תביעה לאכיפת חיוב חוזי להענקת זכות אובליגטורית במקרקעין, תסווג כתביעה 'במקרקעין' (ע"א 520/96 חוסין נ' מיר, פ"ד נד(3) 487, 494 (2000); ע"א 6766/11 חג'אזי נ' חג'אזי, פסקה 12 (23.6.2013); עניין גטר, פסקה 6 לחוות דעתו של השופט נ' הנדל). לעומת זאת, תביעה למתן סעד כספי, שלא נועדה למימוש אינטרס קנייני, דהיינו זכות או טובת הנאה בקרקע ספציפית, או במילים אחרות – תביעה שלא תביא לשינוי במצב הזכויות בקרקע מסוימת, תסווג כתביעה 'בשאינו מקרקעין'. כך תסווג, למשל, תביעה לקבלת פיצויים בגין הפקעת מקרקעין (ראו: דנ"א 1595/06 עזבון אריזור נ' עיריית פתח תקווה (21.3.2013); ע"א 216/66 עיריית תל-אביב-יפו נ' אבו דאיה, פ"ד כ(4) 522, 528-529 (1966)); לדוגמאות נוספות, ראו: חבקין, עמ' 99-100 והאסמכתאות שם). זאת, למעט מקרה שבו הסעד הכספי מתבקש חלף סעד שהיה מביא לשינוי במצב הזכויות הקנייניות, אך אינו ניתן למימוש בנסיבות המקרה (ע"א 8234/09 שם טוב נ' כדורי, פ"ד סד(3) 60, 94-95 (2011); והשוו לעניין ברכה (פסקה 39), שם נקבע, כי ניסוח סעד 'קנייני' בכתב התביעה, היינו תביעת זכות 'במקרקעין', שקבלתו אינה אפשרית, לא יכריע את גורל סיווג התביעה ('במקרקעין'/'שאינו במקרקעין'), מקום שבו התובענה נועדה בבירור להגן על אינטרס כספי; ראו עוד אצל חבקין, בעמ' 118).

30. עינינו הרואות: שני חלקיו של מבחן 'תוכן התביעה' – טיבה של הזכות הנתבעת, ואופיו של הסעד המבוקש – שלובים זה בזה, ולא ניתן לבחון את האחד במנותק מהשני. עלינו לבחון אפוא, את טיב הזכות הנתבעת, על רקע השאלה אם בענייננו תביא התביעה, במידה ותתקבל, לשינוי במצב הזכויות הקנייניות בקרקע ספציפית.

31. עניינה של התביעה דנן, בדרישה לביטול משכון על מקרקעין. ככלל, זכותו של נושה במשכון, הריהי דוגמא פרדיגמטית לזכות קניינית, שכן מתקיימות בה "שתי התכונות המרכזיות המבטאות את משמעות הזיקה הישירה שבין בעל זכות קניינית לבין

הנכס, נשוא זכותו". התכונה הראשונה היא זכות העקיבה, "המאפשרת לבעל זכות קניינית לעקוב אחר הנכס, נשוא הזכות ולאכוף את זכותו כלפי כל אדם המחזיק בנכס"; השניה היא זכות העדיפות, "המעניקה לבעל הזכות הקניינית עדיפות על מי שירכוש אחריו זכויות קניין בנכס, ועל מי שיטען לזכות אישית ביחס לאותו נכס" (יהושע ויסמן דיני קניין – חלק כללי 50-49 (1993) (להלן: ויסמן)). לא בכדי אפוא, משכנתא, שהיא 'מקרה פרטי' של משכון במקרקעין, היא אחת מהזכויות הקנייניות המנויות בחוק המקרקעין (שם, בסעיף 4; ראו גם: ויסמן, בעמ' 84-85).

32. אמנם, בענייננו, לא נרשם המשכון בספרי המקרקעין, שכן הנכס נשוא המשכון נמצא במעלה אדומים, בשטחי יהודה ושומרון, במקום בו רישום הנכסים מבוצע תחת המרשמים הפנימיים של המינהל האזרחי, או של חברות משכנות; כאמור, רישומו של המשכון, שהסרתו מתבקשת, הוא אצל רשם המשכונות. לפיכך, טוענות המבקשות כי לפנינו תביעה אובליגטורית בלבד, שאינה באה בגדר 'תביעה במקרקעין'. אולם, בטענה זו אין ממש. כפי שצינתי לעיל, גדרי המונח 'זכות במקרקעין' בחוק ההתיישנות, רחבים יותר מגדרי מונח זה בחוק המקרקעין. בחינה מהותית של מאפייניה של זכות הנושה במשכון במקרקעין – בין אם רשומים, בין אם לאו – בהתאם לקריטריונים שהוגדרו בפסיקה לסיווג הזכות, לצורך סעיף 5 לחוק ההתיישנות, מעלה כי אכן מדובר בזכות קניינית במקרקעין: ראשית, מדובר בזכות חפצא, שכוחה יפה כלפי כולי עלמא, ואינו מוגבל ליחסים שבין בעל המשכון לבין החייב; שנית, המשכון נרשם ברשם המשכונות ביחס לנכס מקרקעין ספציפי; שלישית, הזכות מאפשרת לבעל המשכון – בהתקיים התנאי של אי-קיום החוב – לממש את המשכון, ללא תלות בשאלת זהות בעל הזכויות במקרקעין. ואבהיר, כי העובדה שהאפשרות למימוש המשכון תלויה בקיומו של תנאי אינה מעלה ואינה מורידה לעניין זה (השוו: עניין גטר, פסקה 7 לפסק דינה של המשנה לנשיאה מ' נאור). ברי אפוא, כי זכותו של נושה במשכון במקרקעין היא אכן "זכות חפצא" (In Rem), הנוגעת לנכס מקרקעין ספציפי ומעניקה לבעל הזכות אפשרות לאכוף אותה כלפי כולי-עלמא" (עניין ברכה, פסקה 22).

33. מן המקובץ עד כה מתקבל, כי לצורך סעיף 5 לחוק ההתיישנות, תביעה שעניינה משכון במקרקעין תיחשב תביעה 'במקרקעין'. בענייננו, מדובר בתביעה הצהרתית לביטול משכון על זכויותיהם הקנייניות של יהודה ועדנה במקרקעין, וממילא לביטול זכותן של המבקשות לממש את המשכון. הסעד שהתבקש בהמרצת הפתיחה הוא "הצהרה על בטלות תוקפו של שטר משכון ומשכון". בתוך כך, העלתה עדנה טענות שונות שנועדו לבסס את עמדתה, כי הסכם 1994 בטל, ומשכך יש לבטל את המשכון שנרשם מכוחו. עסקינן אפוא, מבחינה מהותית, בתביעה שהוגשה מכוח זכות אובליגטורית – זכותה של

עדנה לביטול החוזה – אשר במידה ותתקבל, תביא לביטול המשכון, קרי – לשינוי מצב הזכויות הקנייניות בקרקע מושא התביעה. משכך, לצורך חוק ההתיישנות, מדובר בתביעה 'במקרקעין', שתקופת ההתיישנות לגביה עומדת על 15 שנה (וראו: חבקין, בעמ' 101-102). אשר על כן, מאחר שמרוץ ההתיישנות החל בשנת 2008, והמרצת הפתיחה הוגשה בשנת 2018, כלומר פחות מ-15 שנה לאחר מכן – לא התיישנה התביעה.

האם למשכון אין כל ערך כלכלי?

34. טרם סיום, מצאתי לנכון להתייחס לקביעתו של בית המשפט המחוזי, כי אף אם היתה מתקבלת טענת המבקשות להתיישנות התביעה, לא היה בכך כדי להועיל להן, לעתיד לבוא, שכן בנסיבות ענייננו, אין למשכון כל ערך כלכלי. זאת, כך נקבע, "מאחר שלא היתה אפשרות, ולו תיאורטית, להביא למימושו ביום מן הימים", וכל "ניסיון לממש את המשכון בשלב כלשהו היה נתקל בטענה לפיה עסקת הבסיס בטלה בשל אי-החוקיות שדבקה בה ובשל העובדה שהיא לא היתה אלא חוזה למראית עין". עם קביעה זו – אין בידי להסכים. בהקשר אחר ציינתי, כי חלק מתכליתו של משכון, היא להפעיל לחץ על החייב לשלם את חובו. משכך, שני משכונות המפעילים על החייב לחץ במידה שונה, אינם שקולים, וסירובו של נושה לבקשת החייב להמיר ביניהם, עשוי להיות לגיטימי, אף אם ערכם הכלכלי ה'פשוט' זהה (רע"א 1554/16 י.ש. אבן ישראל בע"מ נ' שולמן, פסקה 34 (5.6.2016)). באנלוגיה למקרה דנן, מצב שבו עומד לזכות הנושה משכון שאינו ניתן למימוש, אינו שקול בהכרח למצב שבו אותו משכון אינו עומד לזכותו. זאת בפרט, במקרה כבענייננו, שבו לחייב אין אפשרות לבטל את המשכון. אסביר.

35. ערכו הכלכלי של המשכון, אינו מתמצה אך בערכו הכלכלי ה'פשוט', קרי – ברווח הפוטנציאלי שיופק כתוצאה ממימושו. זהו אמנם עיקר הערך הכלכלי הטמון בו, אך ערך כלכלי נוסף, טמון בתועלת שעשויה לצמוח לבעל הזכויות בנכס, מהסרת רישום המשכון. ככלל, עצם רישום המשכון מפחית משווי השוק של הנכס, מה שמקים לבעל הזכויות בנכס אינטרס מובהק בהסרתו. מכאן, שבמצב שבו העסקה שהביאה לרישום המשכון בטלה, אך התביעה המאפשרת לתקוף את עצם רישום המשכון התיישנה – כך שמחד גיסא, בעל הזכויות בנכס אינו יכול להביא לביטול המשכון, ומאידך גיסא, בעל המשכון אינו יכול לממשו – יכולה להיכרת עסקה 'יעילה' בין הצדדים לביטול המשכון. עסקה שכזו תהיה 'יעילה' – כלומר, משתלמת לשני הצדדים – בכל סכום בטווח שבין שקל אחד, לבין סך ההפחתה שמייצר רישום המשכון, מערך המכירה הפוטנציאלי של הנכס. אציין כי אמנם, ב'מצב עולם' שבו כלל השחקנים בשוק הם 'רציונליים' (במובן הכלכלי), ומחזיקים במידע מלא, משכון שאינו ניתן למימוש לא ירתיע בהכרח רוכשים פוטנציאליים, ועל כן גם לא יביא בהכרח להפחתה בערך הנכס. אולם, ברי כי 'מצב עולם'

זה אינו מתקיים במציאות, ואינני רואה טעם טוב להניח כי הוא מתקיים דווקא בהקשר הנוכחי.

36. אם כן, אינני סבור כי ישנה שקילות בין שוויו של נכס שעליו רשום משכון שאינו ניתן למימוש, לבין שוויו של נכס שלא רשום עליו משכון; עצם רישום המשכון טומן בחובו ערך כלכלי מסוים, גם אם המשכון אינו ניתן למימוש בפועל, ועל כן, במידה וטענת המבקשות להתיישנות התביעה היתה מתקבלת, היה בכך כדי להועיל להן, לפחות מבחינה פוטנציאלית.

סוף דבר: תביעתה של עדנה לביטול המשכון – לא התיישנה; שאר קביעותיו של בית המשפט המחוזי – עומדות על מכוון. לו תישמע דעתי, נחליט אפוא על דחיית הערעור.

עוד אציע, בנסיבות העניין, לחייב את המבקשות בהוצאותיה של עדנה, בסך של 5,000 ₪.

ש ו פ ט

השופט א' שטיין:

1. בשורה התחתונה, דעתי כדעת חברי, השופט נ' סולברג: מן הדין לדון בבקשה שלפנינו כבערעור ולדחות את הערעור גופו.

2. ברם, הטעמים שהובילוני למסקנה זו שונים מטעמיו של חברי.

3. תחילה, אחזור על עובדות המקרה כפי שנקבעו על ידי הערכאות קמא, ובקביעותיהן לא נתערב:

א. יהודה ועדנה, עת שחיו זה עם זה כבני זוג, עשו חוזה למראית עין עם חווה ואורית, אמו ואחותו של יהודה בהתאמה (להלן: החוזה). החוזה קבע כי האם והאחות הלוו, כביכול, לזוג 100,000 דולר ארה"ב, וכדי להבטיח להן את החזר ההלוואה משכנו יהודה ועדנה דירה בבעלותם לטובתן. חוזה זה נעשה – "נעשה" ולא נכרת, מאחר שעסקינן בחוזה מעושה – בשנת 1994; והמשכון שנרשם בעקבותיו (להלן: המשכון), אף הוא היה משכון למראית עין אשר נועד למלט את נכסי יהודה מנושיו.

- ב. בחלוף מספר שנים, נפרדו דרכיהם של יהודה ועדנה וכפועל יוצא מכך נפתחו הליכי פירוק השיתוף בין השניים.
- ג. במסגרת זו, על-מנת למצות את זכויותיה, ביקשה עדנה – בגדרו של הליך שהגיע אלינו ב"גלגול שלישי" (ראו: ה"פ (שלום י"ם) 18-09-32305 וע"א (מחוזי י"ם) 21-05-53211) – לקבל סעד הצהרתי בדבר בטלותו של המשכון.
4. השאלה היחידה שבה נדרשים אנו להכריע היא זו: האם זכותה של עדנה להביא למחיקת המשכון התיישנה בחלוף השנים? כפי שמציין חברי, השופט סולברג, כל יתר השאלות שהועלו לפנינו על ידי חווה ואורית אינן נכנסות לשערי הערעור ב"גלגול שלישי", והדברים ידועים.
5. באשר לשאלת ההתיישנות, סבורני כי המסקנה היא פשוטה: התובענה שהגישה עדנה לסעד הצהרתי כאמור לא התיישנה.
6. להלן נימוקיי.
7. חוזה למראית עין, כשמו כן הוא, יוצר מראית-עין ותו לא, ואינו מביא לעולם שום זכות משפטית בין הצדדים להסכם לבין עצמם (בכפוף לכך שצד שלישי תם-לב עשוי לרכוש לעצמו זכות בת-קיימא בהסתמכו על קיום החוזה, ראו: סעיף 13 סיפא לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים), וכן גבריאלה שלו ואפי צמח דיני חוזים 317-319 (מהדורה רביעית, 2019)).
8. הוא הדין לגבי משכון אשר נרשם למראית עין בלבד. משכון כזה אף הוא אינו מוליד שום זכות בת-קיימא במסגרת היחסים שבין הממשכן ומקבל המשכון (כעולה מהאמור בסעיפים 13 ו-61(ב) לחוק החוזים; וראו: יהושע ויסמן חוק המשכון, תשכ"ז-1967 79 (גד טדסקי עורך, 1974); מיגל דויטש קניין כרך ד 62-63 (2007)).
9. תקופת ההתיישנות שמקימה מחסום דיוני בפני תובענה אזרחית נמנית מהיום שבו נולדה עילת התובענה, כאמור בסעיף 6 לחוק ההתיישנות, התשי"ח-1958 (להלן: חוק ההתיישנות). הוראה זו מפנה ל"תביעה לקיום זכות כל שהיא" – אשר היא, ורק היא, "נתונה להתיישנות" לפי חוק ההתיישנות, כאמור בסעיף 2 לחוק (ראו: דברי השופט י' עמית בע"א 8438/09 רובאב חברה לנכסים בע"מ נ' אחים דוניץ בע"מ, פ"ד סה(2) 635, פסקה 11 (2012) ("סעיף 2 לחוק קובע כי 'תביעה לקיום זכות כל שהיא נתונה להתיישנות', והמילים 'נתונה להתיישנות' מתייחסות לתיבה 'תביעה'. כך עולה מהמשכו

של הסעיף ('ואם הוגשה תובענה על תביעה שהתיישנה')"; וראו גם: ישראל גלעד, התיישנות בדין האזרחי 157 (2022) (להלן: גלעד)). הווה אומר: תביעה מושא ההתיישנות היא "שילוב קונקרטי נטען של עובדות ודין המקנה לתובע זכות לסעד מן הנתבע על פי הדין המהותי" (ראו שם, והאסמכתאות הנזכרות בעמ' 157-158; ההדגשה הוספה – א.ש.).

10. במקרה דנן, אחרי שידענו כי החוזה והמשכון לא יצרו שום זכויות בין חווה ואורית, מצד אחד, לבין עדנה, מהצד השני, על-כורחנו מגיעים אנו למסקנה כי בידי עדנה אין שום זכות-תביעה אשר ניתנת להתיישנות בחלוף התקופה הקצובה. עדנה אוזרת בטענת הגנה אשר חוסמת את תביעותיהן של חווה ואורית כל אימת שתביעות אלו מושתתות על החוזה, שכאמור נעשה למראית עין, ועל המשכון הפיקטיבי. טענת הגנה נגד כל ניסיון מצדן של חווה ואורית לממש את המשכון הפיקטיבי היא "מגן" ולא "חרב", ועל כן אינה כפופה להתיישנות מעיקרה – זאת, מאחר שטענות הגנה אינן מתיישנות לעולם (ראו: ישראל גלעד "עילת התובענה בהתיישנות האזרחית: מושא ההתיישנות, מושגיות מול קונקרטיות וכוח התביעה" שערי משפט ט 14-12 (2017); טל חבקין, התיישנות, מהדורה שניה, 7, 123-127 (2021) (להלן: חבקין)).

11. באשר לבקשת המתגונן הפוטנציאלי לקבלת סעד הצהרתי המאשר את תקפותה של טענת ההגנה שבידו – הדברים קצת שונים. לכאורה, בקשה לסעד הצהרתי שיאמר למשיב "לך אין זכות כלפיי" – בשונה מהטענה "לי יש זכות כלפיך", אשר בבירור ניתנת להתיישנות (ראו: חבקין, בעמ' 81, והאסמכתאות שם) – היא בגדר הליך הגנתי שלא מתיישן. ברם, הצלחתה של בקשה כזאת מקימה מחסום שיפוטי מפני העלאת טענות-זכות של הצד שכנגד, כדוגמת ההליך של מימוש משכון. מטעם זה, ומאחר שבקשה כאמור היא בגדר "תובענה" אשר מכילה בתוכה תביעה למימושה של "זכות שלילית", כלשונו של חברי, השופט סולברג – במקרה דנן, זכותה של עדנה לחסום את מימושו של המשכון הפיקטיבי מעיקרו על ידי הקמת המחסום השיפוטי – נקבע כי גם היא ניתנת להתיישנות, כמו כל תביעת-זכות (ראו: בע"א 735/07 צמרות חברה לבניין נ' בנק מזרחי-טפחות (5.1.2011) (להלן: עניין צמרות)). במקרים כאלה, מרוץ ההתיישנות אינו מתחיל במועד שבו יכול היה הצד שכנגד – בעל משכון – לנסות לממש את המשכון, אלא במועד שבו הצד שכנגד הודיע למבקש הסעד על כוונתו לממש את המשכון, בניגוד לזכות השלילית נגד המימוש. מועד ההתכחשות לזכות השלילית, אשר חוסמת תביעה או מימוש משכון, הוא זה שמפעיל את שעון ההתיישנות ביחס לבקשת הסעד ההצהרתי שנועד לאשר את קיומה של זכות שלילית כאמור (ראו גלעד, בעמ' 194).

12. כלל חשוב זה נקבע, כאמור בעניין צמדות – מקרה בו עתרו התובעים לסעד הצהרתי שיקבע כי אינם חבים כסף לבנק הנתבע, ועל כן לבנק אין זכות לממש את הבטוחה שקיבל מהם. בעניינו של סעד זה, קבעה השופטת א' פרוקצ'יה, בהסכמת השופטים ע' אדבל וח' מלצר, כדלקמן:

"אני נוטה לחשוב, כי עילת התביעה בידי המערערים, במונח 'כוח תביעה' שניתן בידיהם, צמחה רק מאותו שלב בשנת 2003 בו הציג הבנק את דרישותיו כלפי המערערים בענין החוב העומד לפירעון והבטוחה שהבנק מבקש לממשה, ולא קודם לכן. לפיכך, רק ממועד זה יש להתחיל למנות את תקופת ההתיישנות, ופועל יוצא מכך הוא כי התביעה לא התיישנה. אפילו יכלו המערערים להבין מהודעת הבנק בשנת 1997 כי מערכת היחסים המשפטית בין הצדדים על פי הסכם הליווי השתבשה, וכי עשויות להיות לכך השלכות נוספות, עדיין קיים מרחק בין ידיעה כללית זו, לבין גיבושה של עילת תביעה קונקרטיה בידי המערערים, בבחינת 'כוח תביעה', המאפשר להם להתגונן כנגד דרישת החוב של הבנק וכנגד כוונת הבנק לממש את הבטוחה, אשר הובהרו לראשונה בהודעת הבנק משנת 2003. עילת התביעה של המערערים התגבשה בבירור רק כאשר הבנק הודיע למערערים כי הוא דורש את פרעון החוב ואת מימוש הבטוחה, שכן רק אז הובהרה להם עמדתו הקונקרטית של הבנק ביחס לחובות וביחס לבטוחה, ורק אז היה בידם להתמודד עם דרישות הבנק בדרך של הגשת תביעה משפטית. קודם לכן, בהינתן הערפול בהצגת עמדת הבנק, לא קם בידי המערערים 'כוח תביעה' שהצדיק את תחילת מירוץ ההתיישנות, והם היו רשאים להמתין להבהרת דרישות הבנק כדי להתגונן בפניהן." (ראו שם, פסקה 40).

13. דברים אלה חלים ביתר שאת על המקרה שלפנינו, בו מדובר בחוזה שנעשה למראית עין ובמשכון פיקטיבי.

14. כפי שמציין חברי, השופט סולברג, בהישען על העובדות שנקבעו על ידי בית משפט השלום, "עילת התביעה [של עדנה] לא נולדה ביום שבו נודע לעדנה, או היה עליה לדעת, על קיומו של המשכון, כי אם ביום 29.5.2014, שבו נטען לראשונה על ידי יהודה, במסגרת התביעה שהגיש לפירוק השיתוף בבית, כי המשכון אכן נועד לשמש כבטוחה לפירעון ההלוואות שניתנו על ידי אמו ואחותו. זאת, שכן רק במועד זה התכחש יהודה ל"הסכמה הסמויה" שעמדה בבסיס הסכם 1994 [החוזה למראית עין – א.ש.], שלפיה רישום המשכון נועד להגן על נכסיו של יהודה, ולא להוות בטוחה כנגד ההלוואות הנטענות". התכחשות מפורשת זו של יהודה להיות המשכון הרשום פיקטיבי היא זאת שיצרה אצל עדנה את הצורך בסעד הצהרתי, אשר נועד לשריין את זכויותיה כלפיו וכלפי

בני משפחתו; וכך נולדה עילת התביעה. עדנה הגישה את תביעתה לקבלת הסעד ההצהרתי שבו קא עסקינן בחודש ספטמבר 2018. מכאן עולה שתביעתה לא התיישנה משלא חלפו 7 שנים מיום 29.5.2014 (ראו סעיף 5(1) לחוק ההתיישנות) – זאת, גם אם לא נראה בתביעתה של עדנה תביעה במקרקעין אשר מתיישנת רק בחלוף 15 שנה מהיוולדות עילתה (ראו סעיף 5(2) לחוק ההתיישנות).

15. מטעמים אלה, דין הערעור להידחות.

ש ו פ ט

השופט ד' מינץ:

מסכים אני כי דין הערעור להידחות, ובוחר אני לאמץ לשם כך את נימוקיהם של שני חבריי (מבלי להתייחס למחלוקת שנפלה ביניהם בעניין מועד תחילת מרוץ ההתיישנות). כמאמר המדרש לתפוש את החבל "בתרין ראשין" (בראשית דבה פרשת לך לך, לט, ו), שכן "טוב אשר תאחז בזה וגם מזה אל תנח את ירך" (קהלת, יז, 18).

ש ו פ ט

לפיכך הוחלט כאמור בפסק הדין של השופט נעם סולברג.

ניתן היום, ד' בתשרי התשפ"ג (29.9.2022).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט