

הערות על אפיון נכסים הפטורים מעיקול מעבר ל"צרכים מינימליים של החייב"

מאת

פבלו לרנר*

א. הקדמה. ב. המסגרת של נכסים פטורים מעיקול; 1. התפתחות היסטורית; 2. צרכים מינימליים; 3. הגנה מוחלטת והגנה יחסית; 4. קביעת הצרכים המינימליים בהתאם לזהות הזוכים; 5. צרכים מינימליים או גישה מינימליסטית? ג. ההגנה על הנכסים: גם עניין של תועלת; 1. תועלת כלכלית בהליכי גבייה; 2. האם ההגנה על החייב מביאה תועלת לנושה? ד. מאזן הנוחות – יותר תועלת לנושה ופחות פגיעה בחייב; 1. אין לעקל נכסים נטולי ערך; 2. התחשבות בסכום שישאר אצל הנושה כסכום פדיון; 3. עקרון ההדרגתיות; 4. אפשרות של מימוש רכוש על ידי החייב עצמו; 5. הגמשת כללי התמחרות; 6. לסיכום. ה. זכויות אישיות: נכסים פטורים מעיקול? 1. הקושי להגדיר "זכות אישית"; 2. "זכות אישית" בעניין אלוני; 3. מקצוע וזכות אישית; 4. הערה לעניין עיקול עתידי; 5. בעקבות פסק דין אלוני; 6. זכויות אישיות ונכסים בעלי ערך סנטימנטלי. ו. סיכום.

א. הקדמה

מטרת מאמר זה אינה לנתח את כל המקרים של נכסים פטורים מעיקול המפורטים בחוק ההוצאה לפועל¹ או בפקודת פשיטת רגל², אלא להציג כמה הערות על היבטים שונים אשר בדרך כלל נתפסים כמשניים במסגרת הדיון בנכסים פטורים מעיקול, אך יש בהם כדי להביא להבנה עמוקה יותר של הנושא כולו.

* המרכז האקדמי למשפט ולעסקים.

1 חוק ההוצאה לפועל, תשכ"ז-1967.

2 פקודת פשיטת רגל [נוסח חדש], תש"ם-1980.

הנושא של נכסים פטורים מעיקול הוא בין הנושאים החשובים במסגרת הדיון בהוצאה לפועל. מקובל לראות בהסדרי הנכסים הפטורים מעין רשת ביטחון של החייב, שנועדה להבטיח את כבודו ואת קיומו. מעבר לפירוט של נכסים אלו, יש מקום לתת את הדעת לכמה היבטים של הליכי הוצאה לפועל אשר תורמים לדעתי להבנת הסוגיה. הבנת הנושא מחייבת לעמוד על המתח בין הצורך להגן על חייבים לבין שמירת האינטרסים של הזוכים, תוך מתן ביטוי לעקרון התועלת של ההליך.

נושא הנכסים הפטורים מעיקול קיבל התייחסות משמעותית ברפורמה האחרונה בחוק ההוצאה לפועל³, כאשר המחוקק החליט, בין היתר, להרחיב את הרשימה של מיטלטלין פטורים מעיקול, לקבוע סכום מינימלי לעיקול מיטלטלין ולהרחיב את ההגנה של סידור חלופי לדירת מגורים גם במקרה של משכנתה. הרפורמה המקיפה בדיני ההוצאה לפועל אכן הרחיבה במקצת את מסגרת הדיון בנכסים מוגנים, הן משום שהרחיבה את הרשימה הן משום שהיא עוררה את הדיון בפגיעות בזכויות אחרות של החייב, כגון פגיעה בפרטיות. בדרך כלל הרעיון של נכסים פטורים מעיקול מועלה בהקשר של צרכים מינימליים. במאמר זה אנסה להראות כי מעבר לקריטריון זה, קיימים מקרים שבהם רכוש החייב לא ניתן או לא ראוי להיות נושא לעיקול ולא רק כדי להגן על צרכים מינימליים. כך, אפשר שחלק מרכוש החייב לא ראוי לעיקול בפועל עקב היעדר תועלת, כאשר עיקרון התועלת משתלב עם ההגנה על החייב ומשלים את הרעיון של כבוד האדם.

במאמר זה ברצוני לדון בשיקולים המתנגשים בנושא עקרונות הנכסים הפטורים. לאחר רקע היסטורי לגבי הרעיון של נכסים פטורים מעיקול ותיאור המצב המשפטי בישראל, אדון ברעיון של צרכים מינימליים, תוך ציון גישות שונות בנושא. בחלק השני של המאמר אתייחס לשאלת התועלת. כידוע, רעיון התועלת הוא מרכזי – לפחות ברמה של שאיפה – בהליך גבייה. אציין כמה דרכים שבהן המערכת המשפטית מנסה להפיק את התועלת המרבית עבור הצדדים וכך נוצר בפועל מנגנון של הגנת נכסי החייב מעבר לרשימת הנכסים המצוינים בחוק. התבוננות בעיקול מזווית ראייה תועלתנית מביאה, ולו באופן עקיף, ליצירת מעין מעגל שני של הגנה על רכוש החייב. במסגרת זו אדון בבעיה של תועלת הליך העיקול המשמשת בסיס להגנת נכסים ואבחין בין עקרונות של מאזן הנוחות בסדר דין מקוצר לבין אותו עיקרון בהוצאה לפועל. יעילות ההליכים היא בעלת חשיבות רבה ודיני ההוצאה לפועל כוללים כמה מנגנונים שמשפרים את יעילות ההליכים.

בחלק השלישי אדון בבעיה של זכויות אישיות ובשאלה עד כמה זכות המוגדרת "זכות אישית" ניתנת להגנה. אנסה להתמודד עם תוכנות אחדות הקשורות לרעיון של זכויות אישיות. כפי שאסביר, קשה להציב את הגבול בין זכות אישית (שכעיקרון לא ניתנת לעיקול) לבין זכות רכושית הניתנת לעיקול.

3 חוק ההוצאה לפועל (תיקון מס' 29), תשס"ט-2008 (להלן: "הרפורמה").

כותרת המאמר היא "נכסים פטורים מעיקול", אף שהסוגיות שיידונו כאן נוגעות גם לפשיטת רגל. למרות העובדה שהליך פשיטת הרגל מבוסס על התייחסות שונה מאשר הוצאה לפועל באשר לזכויות החייב, מטרת ההליך ונושאים נוספים, הרי בכל זאת רשימת הנכסים זהה ומטרתה בשני המקרים דומה: לאפשר לחייב אורח חיים סביר על בסיס השארת נכסים מינימליים ברשותו.

ב. המסגרת של נכסים פטורים מעיקול

חוק ההוצאה לפועל ופקודת פשיטת רגל כוללים רשימה של נכסים אשר לא ניתנים לעיקול או לתפיסה על ידי הנושה. אתיחס בקיצור להתפתחות ההיסטורית של נכסים פטורים מעיקול, כדי להסביר באמצעותה את המשמעות של "צרכים מינימליים", שהם הבסיס המקובל לקריטריון של הגנה על החייב.

1. התפתחות היסטורית

הרעיון שיש להגן על צרכים מינימליים של החייב אינו חדש ומופיע בשיטות משפט עתיקות. דוגמה לכך הוא המשפט העברי. בתנ"ך אנחנו מוצאים הוראות מפורשות, כגון "לא יחבל [לא יעקל] רִחִים ורכב כי נפש הוא חבל"⁴ או "ואם איש עני הוא לא תשכב בעבטו; השב תשיב לו את העבוט כבוא השמש ושכב בשמלתו"⁵. גם הרמב"ם מתייחס להגנת כבוד החייב, ומציין בפוסקו: "לא יחבול כלים שעושין בהם אוכל נפש... וסכין של שחיטה..."⁶.

גם במשפט הרומי אנחנו מוצאים התייחסות להגנה על הצרכים המינימליים של החייב. בתחילת דרכו היה המשפט הרומי מחמיר מאוד עם החייבים וראה בגופו של החייב עצמו את הערבות. לפיכך התאפשרו מקרים קיצוניים של תפיסת החייב על ידי הנושים, מכירתו ואפילו חלוקתו בין הנושים השונים⁷. חוק פואטליה פפיריה (411 לפנה"ס בקירוב)⁸ הביא

4 דברים כד 6.

5 דברים כד 12-13.

6 רמב"ם, משנה תורה, משפטים, הלכות מלווה ולווה, ג, ב. ראו גם עמית מור "בעיות במערכת העיקול" דין ודברים א 579, 585 (2004).

7 אם כי אין עדויות על כך שאכן גופו של החייב חולק בין נושיו.

8 ANDREW BORKOWSKI & PAUL DE PLESSIS, TEXTBOOK ON ROMAN LAW 71 (3rd ed. 2005).

ראו גם פסק דינו של השופט אלון בבג"ץ 5304/92 פר"ח 1992 סיוע לנפגעי חוקים ותקנות למען ישראל אחרת – עמותה נ' שר המשפטים, פ"ד מז(4) 715 (1993).

לשינוי, בכך שקבע כי רק רכושו של החייב יכול להיות בסיס לביצוע מטעם הנושים⁹. נוסף על כך, המשפט הרומי אפשר לחייב להשתחרר מן הביצוע האישי על ידי מתן כל רכושו לנושים (*bonorum venditio*)¹⁰. אמנם מדובר בהתייחסות מאוחרת בהתפתחות של המשפט הרומי, אך היא בכל זאת בעלת חשיבות.

המשפט הרומי סיגל לעצמו באופן הדרגתי כלים להתמודדות עם ההגבלות על הגבייה. דוגמה לכך נמצא במאה ה-4 בתקופת הקיסר קונסטנטיאנוס, כאשר נאסר על עיקול עבדים העוסקים בעבודה חקלאית¹¹. ניתן לראות בכך תקדים ראשון להגנה על רכוש חקלאי שקיימת היום. בדומה, בתקופת יוסטיניאנוס נקבע כי החייב רשאי להישאר עם רכוש אישי לקיומו¹².

מרכיב מרכזי בקביעת היקף ההגנה הוא הגדרת הנכסים החיוניים לקיומו המינימלי של החייב. חיוניותו של רכוש עבור החייב היא עניין סובייקטיבי ומשתנה מעת לעת. בעבר, הצרכים של חייבים היו שונים ופחותים מאשר היום. כך למשל בעבר היה מקובל למנוע עיקול של חיות חקלאיות, כגון פרות, סוסים או כבשים¹³. בחברת הרווחה המודרנית מתחייבת התחשבות גם בצורכי בריאות, חינוך או תחבורה, אשר לא נתפסו בעבר כצרכים אנושיים מינימליים. מובן שחיוניותו של מכשיר זה או אחר עשויה להיות עניין תרבותי. לכן בחברה רבת-תרבותית רשימת הנכסים המוגנים עשויה להיות מגוונת יותר. כך למשל השפעת הטלת עיקול על כלי נגינה יכולה להיות שונה בבית שבו שוררת תרבות מוסיקלית מאשר בבית שבו הכלי הוא פריט דקורטיבי גרדא.

בימי הביניים היה מקובל לאסור חייבים, עם זאת בנסיבות מסוימות חייב היה יכול להשתחרר מחובותיו באמצעות מסירת רכושו לנושים. בהקשר לדיון כאן עולה השאלה מה בכל זאת החייב היה רשאי להשאיר עמו. בדרך כלל לבוש, ולו מינימלי, נחשב לנכס שלא

9 CARLOS MARIA PRATIS, DELLA TUTELA DEI DIRITTI 3 ff. (1976); VITTORIO SCIALOJA, PROCEDURA CIVILE ROMANA 202 ff. (1936). אמנם החוק הזה לא הביא לביטול מוחלט של הביצוע, אבל החל תהליך הדרגתי של העברת משקל ההוצאה לפועל לביצוע כלפי הרוכש. השינוי התבטא בהפחתת השימוש במעצר החייב ובהעברת הסמכות להחלטה אל השופט, בעיקר במקרים של הונאה או הברחת רכוש. כמו כן נאסרו חייבים בדיון חובות מס. ראו EDOARDO VOLTERRA, DIRITTO PRIVATO ROMANO 265 (1961).

10 הרעיון הזה מופיע עדיין בטקסט של כמה קודקסים מודרניים, אם כי היום בפועל הליך הזה נטול משמעות והדרך היא פשיטת רגל.

11 WALTER PAKTER, CREDITORS' REMEDIES AND DEBTORS' PROTECTION IN ROMAN LAW III-85 ff. (Unpublished thesis, Oxford, 1989).

12 FRITZ SCHULZ, CLASSICAL ROMAN LAW 46 (1950).

13 כך למשל בס' 522 המקורי לקודקס הפרוצדורה הצרפתי. ראו ROGER PERROT, CIVILE D'EXÉCUTION 216 (12 ed. 2005). גם בארצות-הברית אנחנו מוצאים הגנות על בעלי חיים המיועדים לעבודה חקלאית.

ניתן לתפוס¹⁴. באנגליה כבר בשנת 1543¹⁵ נקבעה פרוצדורה למימוש נכסים, אך זמן רב לאחר מכן נקבעה מסגרת להשארת רכוש בסיסי לחייב, כדי לעודד אותו לשתף פעולה עם נושיו¹⁶.

המהפכה התעשייתית הכניסה מעגלים רחבים של אנשים לעבודה שכירה והביאה להתבוננות מחודשת בבעיה. השינויים הכלכליים הביאו לשינוי במאפייני ההוצאה לפועל – הגדלת מספר החייבים עם הפיכת החברה לתעשייתית ויצירת פרולטריון הזקוק לאשראי, הפיכת המשכורת למרכיב חשוב בכלכלה והשימוש בה כערבות לגביית כספים מן החייבים. כמו כן הטכנולוגיה והתפתחות החברה הצרכנית הביאו לכך שלכל אדם ממוצע יש יותר נכסים, רובם משמשים אותו בחיי היום-יום.

במאה ה-19 אנו עדים להגדלת היקף הנכסים המוגנים. נטישת המאסר האזרחי כדרך לגביית חובות והחלפתו במימוש רכוש הדגישה את הצורך בהשארת רכוש מסוים בידי החייב. באנגליה הוחלט כי כאשר החייב מעביר את כל רכושו לנושים הוא לא יהיה צפוי למאסר, אך עם זאת נקבע כי בגדים, מצעים וכלי עבודה עד שווי של 200 לירות שטרלינג יישארו ברשותו¹⁷. בשנת 1845 נכנס לתוקף האיסור על עיקול משכורתו ורכושו אישי של החייב. אז נקבע כי בגדים ומצעים לצרכים אישיים של החייב ובני משפחתו, כמו גם כלי עבודה עד לסכום של 5 לירות שטרלינג, יהיו פטורים מעיקול¹⁸. הנושא הוסדר שנים לאחר מכן, בשנת 1870, באמצעות ה-*Wage Attachment Abolition Act*¹⁹, אשר קבע בפועל פטור כללי מעיקול לכל העובדים ב"עבודת כפיים" (manual workers). עם זאת הרעיון של פטור גורף למשכורות ננטש, וכעת קיימת באנגליה אפשרות של עיקול משכורת בתנאים מסוימים²⁰.

- 14 לפחות חולצה אחת יש להשאיר אצל החייב. ראו חוק מנהגי טורטוסה בספרד. הוראה דומה אנחנו מוצאים בפרטידאס החוק של המלך אלפונסו החכם, אשר מאפשר להשאיר los paños JUAN ALEJANDRO GARCIA, LA QUIEBRA de lino que vistiere (PARTIDAS vol. 15, 1) .EN DERECHO ESPAÑOL ANTERIOR AL CODIFICACIÓN 38 ff. (1970).
- 15 Act against such Persons as make Bankrupts
- 16 בשנת 1705 נקבע כי חייב המשתף פעולה עם נושיו יוכל להישאר עם 5% מרכושו עד לגבול של 200 לירות שטרלינג. ראו V. MARKHAM LESTER, VICTORIAN INSOLVENCY. BANKRUPTCY IMPRISONMENT FOR DEBT AND COMPANY WINDING UP IN THE NINETEEN CENTURY ENGLAND 17 ff. (1995).
- 17 IAN DUFTY, BANKRUPTCY AND INSOLVENCY IN LONDON DURING THE INDUSTRIAL REVOLUTION 87 (1985).
- 18 Exemption from Execution and Wage Small Debts Act, 8, 9 Vict., c. 127 s. 8 Garnishment WORKING PAPER 4 (Institute of Law Research and Reform, U. of Alberta, 1978).
- 19 30-33 Vict., c. 30. מצוטט שם.
- 20 Administration of Justice Act 1970; Attachment of Earning Act 1971, c. 32

היום כמעט כל שיטת משפט כוללת התייחסות לבעיה של רכוש פטור מעיקול באמצעות קביעת רשימת נכסים פטורים על ידי המחוקק, או השארת הדבר לשיקול דעת של הרשות השיפוטית. ישנן מדינות אשר מפרטות באופן מדויק את הנכסים הפטורים מעיקול²¹ ואילו אחרות מעדיפות לקבוע מסגרת כללית יותר. כך למשל שיטה אחת היא פטור כללי (general category exemption)²². לדוגמה באנגליה קובע סעיף 15 ל- Courts and Legal Services Act 1990²³ כי רכוש מסוים לא ניתן לתפיסה על ידי המוציא לפועל (ה-sheriff):

“Such tools, books, vehicles or other items of equipment as are necessary to the bankrupt for use personally by him in his employment, business or vocation; such clothing, bedding, household equipment and provisions as are necessary for satisfying the basic domestic needs of that person and his family”.

במשפט הישראלי אנחנו מוצאים הגנה על הנכסים לפי טיבם: מיטלטלין, מקרקעין וזכויות צד ג'. המשפט הישראלי אינו משאיר את הנושא להחלטה שיפוטית פרטנית לפי אמות המידה של כל חייב וחייב, אלא קובע רשימה של פריטים וסכומים שלא ניתנים לעיקול (או לחלופין לתפיסה על ידי הנאמן בפשיטת רגל). עם זאת בתוך הרשימות הללו ישנן הבחנות או מידה מסוימת של שיקול דעת, המאפשרים להתחשב בצרכים מיוחדים של החייב או להעניק הגנה לפי תנאים ייחודיים של החייב. כך, יש מקרים שבהם רשם ההוצאה לפועל יכול להפעיל שיקול דעת כדי לווסת את ההגנות לפי מצבו הסובייקטיבי של החייב. חשיבות שיקול הדעת ברורה בקביעת דיור חלופי²⁴.

רשימת המיטלטלין הפטורים נמצאת בסעיף 22 לחוק ההוצאה לפועל ובסעיף 86 לפקודת פשיטת רגל. רשימה זו כוללת דברי אוכל, מכשירי עבודה, תשמישי קדושה וחיות מחמד. ברפורמה האחרונה של חוק ההוצאה לפועל²⁵ הוסיף המחוקק פריטים, כגון תרופות, טלוויזיה²⁶, רדיו ומכונת כביסה.

- 21 ראו למשל קודקס הפרוצדורה האזרחית הגרמנית, סעיף 811.
 22 EXEMPTION FROM EXECUTION AND WAGE GARNISHMENT 16 ff. (Institute of Law Research and Reform University of Alberta, 1978).
 23 אשר משנה את ס' 138 ל- Supreme Court Act 1981 ואת ס' 189 (1) ל- County Courts Act 1984.
 24 ראו ס' 38 לחוק ההוצאה לפועל, תשכ"ז-1967, ס"ח 116 (להלן: חוק ההוצאה לפועל) וס' 86 לפקודת פשיטת רגל [נוסח חדש], תש"ם-1980, נ"ח 639.
 25 לעיל ה"ש 3.
 26 בעניין פטור מעיקול מכשיר טלוויזיה ראו מור, לעיל ה"ש 6, המרחיב את הדיון בכל הקשור למקום שהטלוויזיה ממלאת בקרב המשפחה כמכשיר לבידור וכדומה.

באשר למקרקעין אין למעשה נכס פטור מעיקול, אך כאשר דירת המגורים של החייב ממומשת בהליכי הוצאה לפועל, יש לחייב שתי אפשרויות: האחת, על פי סעיף 38 לחוק ההוצאה לפועל, המעניק לחייב סידור חלופי המקבל בדרך כלל ביטוי בסכום כספי המאפשר לו לשכור דירה. בנסיבות מסוימות החייב אף יהיה רשאי לקבל דיור לכל חייו²⁷; האחרת, היא להישאר בדירה, אבל לא כבעליה אלא כדייר מוגן לפי סעיף 33 לחוק הגנת הדייר. הפסיקה צמצמה את הזכות להישאר כדייר מוגן רק לגבי לחייב אשר הדירה רשומה על שמו בלשכת רישום²⁸. לפי חוק ההוצאה לפועל גם הסכום המיועד לסידור חלופי (סכום השיכון מטעם משרד השיכון) הוא בגדר סכום מוגן. גם כספים שמפוני תכנית ההתנתקות קיבלו במסגרת הפיצויים בגין הפינוי הם סכומים מוגנים²⁹.

לגבי לזכויות צד ג', יש בחקיקה הישראלית רשימה של חוקים המונעים עיקול כספים המופקדים לטובת החייב. בדרך כלל ההוראות הללו מונעות לא רק את העיקול אלא גם שעבוד או העברה. הוראות כאלו נמצאות למשל בסעיף 8 לחוק הגנת השכר, תשי"ח-1958; סעיף 18(ב) לחוק המזונות (הבטחת תשלום), תשל"ב-1972; סעיף 11 לחוק נכי רדיפות הנאצים, תשי"ז-1957; סעיף 23(ב) לחוק הבטחת הכנסה, תשמ"א-1980; סעיפים 58(א) ו-62 לחוק שירות המדינה (גימלאות) [נוסח משולב], תשל"ל-1970; וסעיף 25 לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות גמל), תשס"ה-2005³⁰.

2. צרכים מינימליים

קביעת נכסים מינימליים אין פירושה קביעת מחסום אשר ינטרל את הליכי ההוצאה לפועל³¹ ואין בה כדי להעניק לזכויות החייבים מעמד שווה לזה של זכויות הנושה³².

- 27 ראו פסק דינו של השופט רובינשטיין ברע"א 11152/05 בנק לאומי למשכנתאות נ' פלונית (פורסם בנבו, 2006).
- 28 ראו ע"א 3295/94 פרמינגר נ' מור, פ"ד נ(5) 111 (1997).
- 29 ראו ס' 91 ו-103 לחוק יישום תכנית ההתנתקות, תשס"ה-2005, ס"ח 142.
- 30 ראו גם תק' 7(ב) לתקנות מס הכנסה (כללים לניהול ולאישור קופות גמל), תשכ"ד-1964, ק"ת 1302, שלפיה לא יינתן אישור לקופת גמל אם תקנונה מאפשר העברת זכויות העמית או שעבודן לאחר.
- 31 רשימת הנכסים המוגנים מיועדת להגן רק על נכסים חיוניים. ראו למשל ע"א 2886/92 כתיבי נ' אלגוב (פורסם בנבו, 1993).
- 32 ראו דברי השופט הנדל בבר"ע (מחוזי ב"ש) 530/06 איזוטופ בע"מ נ' הייב (פורסם בנבו, 2006).

במילים אחרות, נכסים מוגנים אין פירושם חרב אלא רק מגן³³, הבא להגן על כבוד מינימלי של החייבים על ידי מניעת הידרדרות כלכלית מוחלטת. באופן מסורתי, הרעיון של נכסים פטורים מעיקול נועד להגן על כבוד מינימלי של החייב. הדיבור על צרכים מינימליים כביטוי לכבוד האדם משתלב עם השיח החוקתי שהגיע גם לדיני ההוצאה לפועל. כלומר, הצרכים המינימליים הם חלק אחד של המשוואה – החלק השני הוא קניינו של הזוכה – הקובעת את גבולות האכיפה. אולם המשוואה זו היא בעייתית, משום שבעוד שקניינו של הזוכה בתיק הוצאה לפועל הוא נתון ברור ומדויק (אשר מקבל ביטוי בפסק דין או בשטר נושא של תיק הוצאה לפועל), הצרכים המינימליים של החייב אינם ברורים ויכולים להשתנות ממקרה למקרה. התייחסות להוצאה לפועל במונחים של כבוד האדם משתלבת עם מגמה כללית יותר של שימוש בעקרונות חוקתיים כדי להכריע בסוגיות של המשפט הפרטי. אנחנו רואים שיח חוקתי בענייני הוצאה לפועל גם בשיטות משפט אחרות³⁴. במדינות מסוימות בארצות-הברית חוקת המדינה קובעת את הרכוש המוגן כזכות חוקתית³⁵. עמדה הזו משתלבת עם טשטוש הגבולות בין משפט ציבורי לבין משפט פרטי והזדקקות לעקרונות שהיו שייכים בעבר למשפט הציבורי כדי לפתור בעיות במשפט הפרטי³⁶. כאמור, בענייני הוצאה לפועל יש צורך לאזן בין שני אינטרסים מנוגדים: זכות הקניין של הנושה וזכות יסוד של חייבים שלא להישאר בחוסר כל³⁷. זכותו הקניינית של הזוכה

33 ראו M. JASPER, THE LAW OF ATTACHMENT AND GARNISHMENT 31 (2000). מעניין להשוות טענה זו עם גישה דומה לגבי ההשתק: ראו גבריאלה שלו דיני חוזים – החלק הכללי 120 ואילך (2005).

34 ראו Konstantinos Kerameus, *Constitutional Parameters of Civil Enforcement*, MÉLANGES EN L'HONNEUR DE NICOLAS VALTICOS 655 (R. Dupuy & A. Sicialanos eds., 1999); Konstantinos Kerameus, *Enforcement Proceedings*, 16 INTERNATIONAL ENCYC. COMPARATIVE LAW ch. 10, 22 ff. (2002).

35 כך למשל בדקוטה ובמינסוטה. ראו Lowell Bottrell, *Comfortable Beds, a Church Pew, a Cemetery Lot, One Hog, One Pig, Six Sheep, One Cow, a Yolk or Oxen or a Horse, and Your Notary Seal: Some Thoughts about Exemptions*, 72 N.D. L. REV. 83, 87 (1996).

36 ראו Stephanie Palmer, *Public, Private and the Human Rights Act 1998: An Ideological Debate*, 66 CAMBRIDGE L.J. 559 (2007).

37 ראו רע"א 5368/01 יהודה נ' תשובה, פ"ד נח(1) 214 (2003). ראו גם רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד נה(3) 360 (2001). השאלה התעוררה בעניין גמזו לגבי זכותו של חייב לפרוס את החוב – במקרה של מזונות – גם אם לא מדובר על מאסר. כאן החייב רצה להגן על רכושו – זכויות יוצרים ותגמולים – ולמנוע תוצאה של חיוב שאינו יכול לעמוד בו, חרף העובדה שהצטבר כתוצאה של התנהגות החייב עצמו. בית המשפט הזדקק כאן לעקרונות יסוד של כבוד אדם ואיזון אינטרסים, ואכן קבע כי הערך של קיום מינימלי מאזן את הזכות של נושה לקבל את המגיע לו מכוח פסק הדין.

מתבטאת בכך שהוא זכאי לקבל את מלוא החוב בפרק הזמן הקצר ביותר האפשרי ובהשקעת המשאבים המינימליים. זכותו של החייב היא שהליך הגבייה לא יגלוש לפגיעה לא מידתית ולא אנושית, ודאי לא כאשר אי-יכולתו לפרוע את החוב נעוצה בקשיים אובייקטיביים שאין בכוחו להתמודד עמם. הכלל הוא כי הליכי הוצאה לפועל לא יכולים להתבצע על חשבון פגיעה בכבוד החייב³⁸, כדי שלא יהפוך לחסר כל ולנטל על החברה³⁹. כמו מונחים רבים, גם "צרכים מינימליים" הוא מונח פתוח, התלוי לא רק בנסיבות האישיות של החייב אלא גם בנורמות חברתיות המשתנות ממקום למקום ומתקופה לתקופה. בענייני הוצאה לפועל השיח החוקתי הוא לפעמים לא יותר מאשר רטוריקה, משום שבאותה נשימה אנחנו מנסים להגן גם על האינטרס של החייב בטענה של מניעת פגיעה בכבוד, וגם על האינטרס של הזוכה בטענה של פגיעה בקניינו⁴⁰.

צרכים מינימליים נשזרים במבחן המידתיות. כאמור, קביעת המידתיות היא עניין יחסי ומשתנה לפי הנסיבות ובהתאם לערכים חברתיים ותרבותיים שונים מחברה לחברה⁴¹. כך למשל בארצות-הברית השיעור שניתן לעקל מהמשכורת הוא 25%, ולכן ייתכן כי משפטן אמריקני יחשוב כי הסכום שנשאר לחייב הישראלי – שהוא קטן לאין ערוך – הוא לא מידתי. רשימת הצרכים המינימליים אינה סטטית והיא משתנה בהתאם לשינויים בחברה. כך למשל הרפורמה בחוק ההוצאה לפועל הכניסה כמה פריטים שלא היו כלולים בעבר: טלוויזיה, מכונת כביסה ומחשב. כמו כן הוכרה הזכות לדירור חלופי גם במקרה של פינוי לצורך מימוש משכנתה.

הגנה על קניינו של אדם חייבת גם להיות מותאמת לאינטרסים של החברה⁴². מעבר לנושא ההתמודדות עם צורכי הפרט, ישנו כמובן ממד חברתי הטמון בקביעת נכסים מוגנים. כבודו של החייב נמדד לא רק באפשרותו לקיום מינימלי, אלא בדרך שבה הוא רואה את עצמו אל מול החברה. במסגרת זו מטרת הנכסים המוגנים באה גם כדי למנוע השפלה מיותרת של החייב אל מול החברה, העשויה להתייחס אל אדם חסר כל בצורה מעליבה ופוגענית⁴³. אפשר לטעון כי הגנה על נכסי החייב באה אף כדי למנוע מקרים של עוני בחברה⁴⁴. אף שיש טעם בדבר, אין להרחיק לכת. קביעת נכסים מוגנים בצורה מרחיבה יחסית אינה תרופה לעוני; דווקא הליכי הוצאה לפועל הם תוצאה של העוני. זאת ועוד,

38 ראו עניין גמזו, שם.

39 ע"א 711/84 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' פישמן, פ"ד מא(1) 375, 369 (1987).

40 ראו פסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן בעניין פרמינגר נ' מור, לעיל ה"ש 28.

41 השו"ב ג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 507, 464 (2005).

42 ראו למשל Gregory Alexander, *Constitutionalising Property: Two Experiences, Two Dilemmas*, PROPERTY AND THE CONSTITUTION 88 (Janet McLean ed., 1999).

43 *In re Leva*, 96 B.R. 723, 727 (Bkrctcy. W.D. 1989)

44 SHARON KANE & MARK KIRBY, WEALTH, POVERTY AND WELFARE 43 ff. (2003)

מבחינת אדם חסר כל המתקיים בעוני מוחלט, הנכסים המוגנים אינם רלוונטיים מכיוון שהוא ממילא לא מחזיק ברכוש. אין טעם לדבר על הגנה על דירת המגורים של אדם הגר ברחוב – ממילא הוא מנותק מכל זרם אשראי ולא יינקטו נגדו הליכי הוצאה לפועל, מפני שבכל מקרה לא ימצא גורם שיסכים להלוות לו כספים. ברור כי המקרים הללו – של עוני מוחלט – הם מקרים קיצוניים והפתרון למקרים הללו לא נמצא במערכת ההוצאה לפועל אלא אצל שירותי הרווחה. באופן כללי, רשימת הנכסים שנשארים אצל החייב אינה זו שתחליף אותו מן העוני.

3. הגנה מוחלשת והגנה יחסית

השימוש שעושה החייב בנכס משפיע על ההגדרה של הנכס כנכס מוגן. בנסיבות מסוימות נכס יכול להיות מוגן בגלל השימוש שעושה בו החייב לצורך עבודה. פסנתר ייחשב לרכוש מוגן אם הוא כלי של פסנתרן, אך במקרים אחרים ייחשב למותרות הניתנות לעיקול. ברי כי כאשר ההגנה הנקבעת בחוק קשורה לשימוש או לייעוד מסוים של הנכס, היעדר השימוש שולל את ההגנה. כך למשל כאשר מדובר בנכה אשר בפועל לא עושה שימוש ברכב המיועד לשימוש בהיותו נכה – הרי אין מניעה שהרכב יעוקל⁴⁵. מכשיר מסוים יכול להיות פטור מעיקול אם הוא משמש חייב פלוני במסגרת עבודתו, אך יכול להיות בר עיקול לגבי חייב אלמוני שלא משתמש בו לצורכי עבודה⁴⁶.

מאחר שהמטרה של קביעת נכסים מוגנים היא להגן על הצרכים המינימליים, מטבע הדברים היקף ההגנה הוא מצומצם. ברוב שיטות המשפט ההגנה על הרכוש היא יחסית אפילו כאשר החוק משתמש בביטוי "הגנה מוחלטת". כך למשל בקודקס הפרוצדורה האזרחית האיטלקית יש הבדל בין "אי-עקילות מוחלטת" לבין "אי-עקילות יחסית". הנכסים הפטורים מעיקול באופן מוחלט זהים לאלו שברשימה המופיעה בסעיף 22 לחוק ההוצאה לפועל (דברי אוכל, מכשירי עבודה, תשמישי קדושה וכדומה). לעומת זאת – לפחות במשפט האיטלקי – הנכסים שלא ניתנים לעיקול באופן יחסי כוללים נכסים הקשורים למקרקעין מסוימים או לשימוש בעבודת הקרקע⁴⁷. רכוש זה ניתן לעיקול רק במקרה של

45 ראו תיק הוצאה לפועל (י-ם) 03-08319-07.

46 ראו ס' 22(ב) לחוק ההוצאה לפועל.

47 ס' 515 לקודקס הפרוצדורה האזרחית האיטלקית. ראו גם ENRICO REDENTI & MARIO VELLANI, 3 DIRITTO PROCESSUALE CIVILE 302 ff. (3 ed. 1999); LUIGI MONTESANO, GIOVANNI ARIETA, 3 DIRITTO PROCESUALE CIVILE 68 ff. (3 ed. 1999); N. PICARDI, Ch. Belleau, *De* CODICE DE PROCEDURA CIVILE 1637 ff. (2nd ed. 2000). ראו גם *l'Execution forcée des Judgements*, in 2 PRÉCIS DE PROCEDURE CIVILE DU QUÉBEC 117, 148 ff. (D. Ferland & B. Emery Belleau eds., 4th ed. 2003) אך בפורטוגל המונה אי-

היעדר מיטלטלין אחרים. במקרים מסוימים יכול השופט להחליט כי אין כלל מקום לעקלם⁴⁸. למעשה זו אינה דוגמה של אי-עקילות יחסית אלא של אי-עקילות מותנית. יש הטוענים כי ההבחנה בין פטור מוחלט מעיקול לבין פטור יחסי היא יותר מדומה מאשר אמיתית, שהרי מדובר בסופו של דבר בהבדל בהיקף העיקול ולא בהבדל מהותי בין המצבים⁴⁹. ניתן לומר כי ההגנה היא מוחלטת, כאשר היא אינה כפופה לסכום רף שמעליו מפסיקה ההגנה לחול. בכל מקרה יש להבחין בין הגנה מכוח הרצון לשמור על כבודו של החייב לבין הגנה מכוח מהות הכספים וייעודם. בהתאם לכך ניתן לחלק את המקרים של הגנות מוחלטות במשפט הישראלי לשתי קטגוריות:

1. מקרים שבהם על בסיס הכרעה ערכית המחוקק מחליט כי פריטים מסוימים מוגנים בצורה מלאה, ללא התחשבות בסכום המוגן. ההכרעה יכולה להיות נעוצה בצורך למנוע הבחנות קשות או בעייתיות (למשל מקרה של הגנה על חיות מחמד), או בהחלטה עקרונית של המחוקק לתת הגנה מלאה, גם כאשר רמה אחרת של הגנה הייתה יכולה להיחשב סבירה⁵⁰. במקרים מסוימים ההגנה היא מוחלטת, אבל במקרים אחרים ההגנה היא חלקית בלבד, למשל עד 50% מהקצבה⁵¹.

- עקילות יחסית מתייחס לדבר קצת שונה: מכשירי עבודה פטורים מעיקול, אך לא לגבי החוב הנובע ממשכון. ראו ס' 2823 (2) לקודקס הפרוצדורה בפורטוגל.
- 48 הוראה אינה גורעת מהוראה אחרת של הקודקס לפרוצדורה האזרחית האיטלקי. ראו ס' 514 (4) הנותן חסינות למכשירים הדרושים לצורך ביצוע מקצועו או עבודתו של החייב.
- 49 Distinzione apparente. ראו SALVATORE SATTA & CARMINE PUNZE, DIRITTO PROCESSUALE CIVILE 643 (13th ed. 2006).
- 50 ראו למשל ס' 303 לחוק ביטוח לאומי [נוסח משולב], תשנ"ה-1995, ס"ח 210; ס' 15 לחוק הנכים (תגמולים ושיקום), תשי"ט-1959 [נוסח משולב], ס"ח 276; ס' 9 (ב) לחוק נכי המלחמה בנאצים, תשי"ד-1954, ס"ח 76; ס' 58 לחוק שירות המדינה (גמלאות) [נוסח משולב], תשל"ל-1970, ס"ח 65; ס' 62 לחוק שירות הקבע בצבא-ההגנה לישראל (גימלאות) [נוסח משולב], תשמ"ה-1985, ס"ח 142.
- 51 כך למשל במקרה של קצבת צבא מגיעה ההגנה ל-100%, אבל כאשר מדובר בקצבה לפי חוק שירות המדינה ההגנה מוגבלת ל-50%. אם כן מדוע קצבאות מסוימות זוכות להגנה מוחלטת בעוד המשכורת, מיטלטלין או מקרקעין לא? ניתן לטעון כי הכספים שהצטברו לצורך תשלום קצבאות אינם נוגעים למצב הנוכחי של החייב אלא למצבו העתידי. יש למדינה עניין להבטיח את עתידו של החייב לאחר שיפרוש מעבודה ומכאן אינטרס החוק לתת הגנה נרחבת יותר לסכומים פנסיוניים מאשר למשכורת המשפיעה על רמת החיים הנוכחית. אין בכך הסבר מדוע קצבאות מסוימות – כמו הגמלה של אנשי צבא – מוגנות ב-100% בעוד הקצבה של שירות המדינה מוגנת עד 50% בלבד. לדעתי ההבחנה אינה נעוצה בקריטריון חד-משמעי אלא תוצאה של מדיניות משתנה ואין שום היגיון ממשי בהבדל.

2. כאשר הפטור מעיקול בא להגן על עקרון הפרדת הרכוש. כך במקרים של חובות הקשורים לנאמנות⁵², זכויות של נהנה בהקדש⁵³, החלק של בן זוג ביחסי ממון⁵⁴ והחלק של היורש בטרם חלוקת העיזבון⁵⁵.

4. קביעת הצרכים המינימליים בהתאם לזהות הזוכים

הצרכים שיוכרו כצרכים מינימליים משתנים גם בהתאם לסוג הזוכים העומדים מול החייב. אין זה נכון לדבר על נושים באופן כללי, שכן במקרה מסוים יכולים להיות מעורבים כמה נושים הזוכים ליחס שונה. כשם שהחייבים זוכים לרמות שונות של הגנה, כך ישנם נושים שכלפיהם רמת ההגנה יכולה להיות שונה מזו כלפי נושים רגילים: נכס שייחשב צורך מינימלי כלפי נושים מסוימים – ולכן לא ניתן לעיקול – אינו חייב להיחשב ככזה כלפי נושים אחרים. כך למשל:

1. ההגנה על המשכורת או על זכויות סוציאליות, כגון קצבאות או פנסיות, אינה חלה לגבי חוב מזונות. דין דומה חל לגבי כספים המופקדים לצורך תשלום פיצויים למפוני גוש קטיף ויישובי השומרון במסגרת תכנית ההתנתקות⁵⁶.
2. מכשירי עבודה מוגנים מפני נושים לפי סעיף 22(א)(4) לחוק ההוצאה לפועל, אך הגנה זו אינה חלה לגבי הנושה אשר מכר את המכשיר לחייב.
3. על פי סעיף 33 לחוק הגנת הדייר האפשרות להישאר כדייר מוגן בדירת המגורים אינה חלה לגבי בן זוג במקרה של פירוק שותפות בדירה עקב גירושין או חלוקת רכוש בין בני זוג⁵⁷.
4. עובדי מערכת החינוך ברשויות המקומיות רשאים להטיל עיקול על הכספים המופקדים ברשויות מקומיות לפי חוק הרשויות המקומיות (ייעוד כספי הקצבות והגנת נכסים למטרות חינוך), תש"ס-2000, אבל זכות זו אינה נתונה לנושים אחרים⁵⁸.

- 52 ס' 3 לחוק הנאמנות, תשל"ט-1979, ס"ח 128. ראו שלמה כרם נאמנות 286 ואילך (מהדורה 4 (2004)).
- 53 ס' 20 לחוק הנאמנות, תשל"ט-1979.
- 54 ס' 10 לחוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג-1973, ס"ח 267 (כל עוד לא זכאי למימוש).
- 55 ס' 7 לחוק הירושה, תשכ"ה-1965, ס"ח 63.
- 56 ראו תקנות יישום תכנית ההתנתקות (נכסים פטורים מעיקול), תשס"ה-2005, ק"ת 802.
- 57 המצב שונה כאשר נושה של אחד מבני הזוג הוא אשר מבקש את הפירוק. ראו רע"א 8233/08 כובשי נ' שורץ (פורסם בנבו, 2010).
- 58 ראו רע"א 2283/06 שקור נ' מועצה מקומית שעב (פורסם בנבו, 2006). ראו דוד בר אופיר הוצאה לפועל – הליכים והלכות 894 (מהדורה 7, 2010).

5. צרכים מינימליים או גישה מינימליסטית?

ניתן לומר כי הצרכים שייחשבו צרכים מינימליים הם פונקציה של שני ערכים: השווי המינימלי של רכוש שיש להשאיר לחייב (שווי א) והשווי המינימלי של רכוש אשר מצדיק הליכי הוצאה לפועל (שווי ב). לפעמים שני הערכים שווים ולפעמים יש פער ביניהם. בדרך כלל שווי ב יהיה נמוך מאשר שווי א, אבל ייתכנו מקרים הפוכים. כאשר שווי א גבוה משווי ב, הנטייה היא לטובת החייב והחוק נותן הגנה רחבה. כאשר שווי ב גבוה יותר – ההגנה היא מינימליסטית. בכל מקרה יש להבין את הדיאלקטיקה הנוצרת בין שני הערכים הללו כדי להבין את מנגנון ההגנה על החייב.

באופן כללי, הרשימה של נכסים פטורים מעיקול בישראל נופלת במסגרת התווית המינימליסטית. במקרים שבהם ההגנה היא יחסית המחוקק הישראלי אינו מתאפיין בנדיבות גדולה. במילים אחרות, כדי שנכס ייחשב רכוש מוגן עליו לעבור שתי משוכות: הנכס צריך להיחשב "חיוני", אבל בד בבד שוויו אינו יכול להיות מעבר לסכום מרבי שנקבע על ידי המחוקק או על ידי הפסיקה. כך דאג חוק ההוצאה לפועל לקבוע למשל כי כאשר מדובר בכלי עבודה, ההגנה תחול רק אם המכשיר אינו שווה יותר מהסכום המרבי (לפני הרפורמה היה מדובר ב־500 ש"ח והרפורמה עדכנה את הסכום ל־5,000 ש"ח⁵⁹). נוסף על כך, הרפורמה בחוק ההוצאה לפועל הרחיבה את הרשימה וכעת יש בה יותר פריטים מוגנים⁶⁰. הפריטים שנוספו לרשימה מקובלים היום כפריטים חיוניים⁶¹, אך בכל זאת ההגנה היא רק עד סכום מסוים. כך ניתן להחזיק טלוויזיה אחת⁶², בתנאי שערכה לא יעלה על 500 ש"ח, מכונת כביסה עד 1000 ש"ח ומחשב אישי עד 1000 ש"ח.

כאן יש מקום לציין בעיה אחרת שמתעוררת בגלל שיטה זו: אדם שברשותו שלושת הנכסים הללו והם עומדים בגבולות הסכומים שלעיל, נהנה מהגנה של 2500 ש"ח. לעומת זאת מי שיש ברשותו מכשיר אחד (למשל טלוויזיה) בשווי 1000 ש"ח או יותר אינו מוגן. ייתכן כי השיטה הייתה הגיונית יותר אילו היה נקבע סכום כללי מרבי כתקרת הגנה, והחייב היה בוחר במסגרת סכום זה בנכסים שבהם הוא מעוניין להחזיק⁶³.

הגישה המינימליסטית אומצה בפסיקה גם במקרים שבהם אין על כך הוראות מפורשות בחוק. נוסף על כך, כאשר פריט מסוים נחשב לפריט חיוני אבל לא נקוב לגביו סכום, בית המשפט יכול לקבוע שנכס ששווי עולה על סכום מסוים אינו עונה על הדרישות של

59 ראו תק' 50 (ב) לתקנות הוצאה לפועל, תש"ם-1979, ק"ת 386. הסכום הוא רק 1,300 ש"ח אם לא מדובר במכונות.

60 עם זאת עדיין לא הייתי נוטש את ההגדרה "המינימליסטית" המתאימה לחוק הישראלי.

61 כך למשל בעניין הטלוויזיה.

62 בעניין עיקול טלוויזיה ראו מור, לעיל ה"ש 6.

63 גישה דומה הוצעה גם בארצות-הברית. ראו Bottrell, לעיל ה"ש 35, בעמ' 94 ואילך.

"צרכים מינימליים". למשל כאשר מדובר ברכב נכה, בית המשפט ציין כי במקרה שבו הרכב יקר מדי, על הנכה להסתפק ברכב זול יותר⁶⁴. המצב המתואר אינו ייחודי לישראל; ניתן למצוא מקרים דומים בשיטות משפט שונות. כך למשל לפי הדין האנגלי הנאמן בפשיטת רגל רשאי להציע להחליף פריט רכוש מוגן שהוא יקר מדי בפריט מקביל זול יותר⁶⁵. העובדה שעיקרון זה מקובל בשיטות רבות אינה הופכת אותו לנטול קשיים. אמנם יש מקרים שבהם החייב אכן יכול להסתפק בנכס זול יותר, אך מנגד ישנם מקרים שבהם קשה עד מאוד לקנות נכס זול יותר מיד שנייה. אזי יאלץ החייב לקנות נכס חדש, ומכאן שמבחינתו ערך החלופה יהיה גבוה ממחיר השוק או ממחיר המכירה. לא תמיד יהיה קל לקבוע כי השארת החייב עם רכוש צנוע מבטיחה פתרון הוגן די הצורך, ואפילו לא כדאי: למשל כאשר עלויות ההחלפה גבוהות מאשר העלויות הכרוכות בהתרת הנכס בידי החייב. מכאן שהנושה, הכונס או הנאמן צריכים להביא בחשבון את ההוצאות הכרוכות בהחלפה⁶⁶. לדעתי, יש לדרוש את הגבלת הסכום גם בהתחשב בעלות ההחלפה, וכאשר מתברר כי לא ניתן להחליף, הייתי מציע, אם הנסיבות מצדיקות, שרשם ההוצאה לפועל יהיה רשאי לקבוע כי בכל זאת החייב יהיה רשאי להמשיך להחזיק בפריט חיוני, למרות מחירו הגבוה.

* * *

לדעתי, הדיון אודות הוראות חוק ההוצאה לפועל (סעיפים 22, 38 ו-50) מראה כי הן נותנות מעגל ראשון של הגנה. מעגל זה, הבנוי על יסוד הוראות המפורזות בחוק ההוצאה לפועל ובהחלטות שיפוטיות, מתבסס על עקרונות שונים מן הרעיון של צרכים מינימליים ותועלת מאזן הנוחות, וגם מוצא תימוכין ברעיון של זכויות אישיות. לדעתי, המבחן של צרכים מינימליים לא יכול להיות נקודת ההתייחסות היחידה לקביעה מהו הרכוש שיילקח מן הזוכה. יש להביא בחשבון שיקול אחר: שיקול התועלת הכלכלית מהעיקול עבור הנושה.

ג. ההגנה על הנכסים: גם עניין של תועלת

גם מבלי להיות חסידים גמורים של הגישה הכלכלית של המשפט, אין להתעלם משיקולי תועלת בבחינת נושא הנכסים הפטורים מעיקול. שיקולי יעילות הם שיקולים

64 עניין כתבי נ' אלגוב, לעיל ה"ש 31.

65 ראו ס' 308(1) ל-Insolvency Act. יש לזכור כי באנגליה אין בחוק הגבלה על הסכום.

66 ראו STEPHEN MILLER & EDWARD BAILEY, PERSONAL INSOLVENCY LAW AND PRACTICE 562 (4th ed. 2008).

מרכזיים בתחומי משפט רבים⁶⁷ ועקרון התועלת מן ההליך הוא מרכזי בהוצאה לפועל⁶⁸. אנסה להראות כי ההגנה על נכסים מסוימים של החייב אינה רק עניין של כבוד האדם, אלא שיש מקרים שבהם מימוש נכסים אלו ממילא לא מביא תועלת רבה לזוכים ולכן אין טעם להתעקש על עיקולם.

1. תועלת כלכלית בהליכי גבייה

קיים דיון ער סביב יעילות מערכת ההוצאה לפועל, אך ככל הנראה אף אחד אינו יודע כיצד להשיג את התועלת המרבית. בעיקרון, יעילות נבחנת לנוכח המטרות וההישגים שאליהם שואפים להגיע⁶⁹. יעילות מבחינת החייב ויעילות מבחינת הזוכה נבחנות במישורים שונים. מבחינת החייב, הליך יעיל הוא כזה המונע טרטורים מיותרים והנותן אפשרות לתשלומים נוחים, ובסופו של דבר יוכל החייב להגיע להסדר (כולל אפשרות של הסדר במסגרת פשיטת רגל). מנגד, הליך יעיל עבור הזוכה הוא הליך מהיר ומסודר, שיאפשר לו לגבות במהירות את מלוא החוב או כמה שיותר ממנו.

יעילות ההליכים אינה חזות הכול – לא ניתן לפגוע בזכויות יסוד בשם היעילות⁷⁰. בעבר דווקא התחקות אחר היעילות באה להקשות על החייבים וסגרה בפני חייבים רבים את הדלת של הליכי פשיטת רגל בטענה שאין בכך תועלת לנושים. מדובר בעיקר בפרשנות שהפסיקה נתנה לשילוב בין סעיפים 18 ו-55 לפקודת פשיטת רגל, שהביאה לכך שכאשר ההליך של פשיטת רגל לא יכול היה להביא תועלת לנושים, דלתות בית המשפט היו סגורות בפני החייבים⁷¹. כאן השימוש בתועלת היה חד-צדדי, משום שהליכי פשיטת רגל מיועדים להביא תועלת גם לחייב. גם בהיעדר תועלת לנושים עדיין לא היה ראוי לפגוע באופן גורף בזכות יסוד של חייב נטול נכסים. סגירת שערי בתי המשפט המחוזיים בפני פושטי רגל

67 כך למשל בדיני תחרות, בדיני נזיקין. ראו מיגל דויטש קניין כרך ג 97 (2006).

68 ראו Pablo Lerner, *The Chief Enforcement Officer and Insolvency in Israeli Law*, 7 THEORETICAL INQUIRIES IN LAW 565 (2006).

69 ראו תומס סואל יסודות הכלכלה 190, 448 (י' טישלר מתרגם, 2006).

70 בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים (ע"ר) נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 2009).

71 ראו למשל ע"א 5752/91 חרזאן נ' כונס הנכסים הרשמי, בס' 2 לפסק הדין (פורסם בנבו, 1993), שבו אושרה קביעה של בית המשפט המחוזי ולפיה: "על פי פקודת פשיטת הרגל (נוסח חדש), תש"ם-1980, ובמיוחד סעיפים 18 ו-55(ב) שלה, האינטרס של התועלת לנושים גובר על האינטרס של החייב המעוניין לפתוח דף חדש בחייו אחרי קבלת פשיטת רגל והפטר. לא נראה שיש להשתמש בהליכי פשיטת הרגל כמכשיר נוח למחיקת חובות של הנושים ולהגן בכל מחיר ובצורה בלתי מאוזנת על החייב. [...] במקרה שבפנינו ברור בעליל כי הליכי פשיטת הרגל לא יצמיחו כל תועלת לנושים".

פוטנציאליים החמירה עם החייבים⁷². התיקון לפקודת פשיטת הרגל משנת 1996 שינה את המצב, וכיום תועלת הנושים אינה השיקול הבלעדי ואף לא המרכזי בהחלטה בענייני פשיטת רגל. כיום דווקא היעדר רכוש הוא שיקול חשוב בשאלה אם להעניק לחייב צו פשיטת רגל – ובבוא העת לתת לו הפטר⁷³. במילים אחרות, היעדר תועלת לנושים אינו נימוק למניעת מתן הפטר לחייב, אלא היפוכו של דבר: עצם העובדה שאין תועלת לנושים בהמשך הליכי פשיטת רגל היא ההצדקה למתן הפטר לחייב, אלא אם ניתן להראות כי המשך ההליכים יביא לתועלת בעתיד.

במסגרת זו ניתן לתאר את יעילות הליך ההוצאה לפועל בשלושה מעגלים. מעגל רחב ובסיסי הוא המעגל המערכתי, לאמור היעילות המינהלתית, במתבטאת במחשוב המערכת, בניהול תיקים יעיל, בזמני המתנה עד דיונים, בהוצאות ההליך וכדומה. אכן, היעילות המינהלתית, עלות ההליכים ומהירות החלטות הרשמים תורמות להפיכתם של הליכים ליעילים יותר או פחות. עם זאת גם מערכת יעילה ביותר אינה מבטיחה כי כל פעולה משפטית של הנושה תניב פירות.

המעגל השני מתמקד בזוכה ובשאלה אם החלטתו לנהל הליכי הוצאה לפועל היא החלטה נכונה. יש מקרים שבהם הזוכים מחליטים לנהל הליכי הוצאה לפועל גם כאשר הם יודעים מראש שאין להם סיכוי רב בגביית הכספים. במקרה כגון אלה יש מקום לשאלה מי צריך לשאת במחיר הליך הסרק, כלומר בתשלום האגרות, כאשר הנכסים הזמינים של החייב לא מכסים את עלות ההליך במלואה. אם הנושה מוכן לשלם עבור כל ההליך, גם אם אין בכך תועלת, הוא ישא במחיר חוסר היעילות ואז אין בעיה. אחרת, יש כאן משום הטלת נטל כלכלי על החברה כולה.

עלות ההליך יכולה להשפיע על עצם ההחלטה לנהל הליך הוצאה לפועל. כאשר מדובר בחוב קטן ייתכן כי אין תועלת בניהול הליכים⁷⁴. גישה זו היא המשך של הכלל שלפיו דברים מינוריים, נטולי משמעות, לא צריכים להתדיין בבית המשפט⁷⁵. אף על פי כן, יש להיזהר בהפעלת גישה זו בקשר להוצאה לפועל, משום שהיא עלולה להביא למצב שבו תביעות רבות לא ימצאו את מקומן בהליכי גבייה בטענה כי אין טעם לעסוק בהן. לכן

72 ראו דוד האן דיני חדלות פירעון 137 (2009).

73 ראו סעיף 18(א)(3) לפקודת פשיטת רגל. מעניין כי הנימוק של ההוראה הוא היעדר תועלת לנושים בהמשך הליכי פשיטת רגל. כלומר בעוד שלפי המצב הקודם היעדר תועלת היה פועל נגד החייב בכך שלא אפשר לו להתחיל בהליכי פשיטת רגל, כאן היעדר תועלת בהליכים משחק דווקא לטובתו בכך שהוא הנימוק למתן הפטר.

74 השוו רע"א 6856/93 חוטר נ' מוקד, פ"ד מח(5) 785 (1994).

75 יש כאן ביטוי אחר לעיקרון "לא עסוקים לזוטות". במשפט האזרחי קיים כלל הקובע כי השופט לא צריך להתעסק בזוטות (de minimis).

במקרה זה עקרון התועלת חייב להיות מופעל עם עקרון העל שלפיו חובות יש לשלם, בהתאם לעיקרון בסיסי בשלטון החוק. גם חוב קטן הוא חוב ואין הצדקה לא לשלמו, אבל יש לבדוק כיצד למזער את ההוצאות⁷⁶.

כאן אנו מגיעים למעגל השלישי – השיקול לגבי כל הליך של העיקול והמימוש של כל נכס ונכס על ידי הזוכה. גם אם יש תועלת והצדקה בניהול תיק ההוצאה לפועל, לא מתחייב שכל הליכים שהזוכה עשוי לנקוט הם יעילים ונכונים. בפשטות: השאלה היא עד כמה לסנן או למנוע מזוכה לנקוט הליכים אשר לא מביאים שום תועלת. כאן ניתן למצוא דרך ל"הגנה עקיפה" על רכושו של החייב מעבר להגנה על צרכיו המינימליים. למרות שזכותו של הזוכה לבחור אם לנקוט הליכי הוצאה לפועל אם לאו, ואין נפקא מינא אם מדובר בחוב גדול או קטן, נקיטת הליכי הוצאה לפועל אינה צריכה להביא לנקיטה של כל צעד אם אין בו תועלת, אם ניתן להשיג תוצאה דומה תוך פגיעה פחותה בחייב. כאשר זוכה נוקט הליכי הוצאה לפועל, לעתים קרובות הוא מגלה שתי תופעות: לחייב אין רכוש לממש (למשל יש לו חשבון בנק אבל הוא ביתרת חובה), או שהמכירה עלולה להיות בהפסד. חלק מהפריטים שנמכרים בהוצאה לפועל לא מעניקים אפילו את החזר ההוצאות הכרוכות במכירה⁷⁷. להבדיל מעיקול ברישום (אשר יכול להשפיע בעקיפין על החייב), אין טעם לממש כאשר המימוש לא מביא שום תועלת לנושה⁷⁸. עם זאת יש לשים לב כי תועלת ההליך לא תמיד נמדדת לפי המימוש המידי של הרכוש: ישנם הליכים אשר לא יכולים להביא לגביית כסף, אך יש להם השפעה על החייב בכך שהם מאלצים אותו למצוא פתרונות לתשלום החוב (כך למשל עיקול ברישום). כמו כן אין לפסול על הסף צעד זה או אחר רק משום שהתועלת עבור הנושה אינה שווה לנזק שנגרם לחייב, במקרים שבהם התנהגותו של הנושה – בהתחשב גם בהתנהגותו של החייב – אינה נעשית בתום לב.

76 המחוקק קבע ברפורמה דרך מיוחדת למקסום התועלת לגבי חובות קטנים של עד 10,000 ש"ח. מדובר באפשרות נקיטת הליכים ממושטת, ללא צורך בעורך דין, כאשר ההליכים יינקטו על ידי לשכת ההוצאה לפועל עצמה. מדובר בשני הליכים בלבד אשר יינקטו בפועל: עיקול כספים בידי צד ג' ועיקול מכונית (ברישום). הרעיון הוא שבמקרים רבים נקיטת הליכים מסוג זה מאפשרת להגיע להסדר או לתשלום החוב מבלי להיכנס למערבולת של מימוש ומכירה או מאסר, דבר אשר יכול להביא תועלת לשני הצדדים. טרם הצטבר ניסיון המאפשר לשפוט עד כמה המסגרת הזו תתרום להורדת העומס על לשכות ההוצאה לפועל.

77 כך למשל מראה מחקר שנעשה בסקוטלנד. ראו SCOTTISH LAW COMMISSION, DISCUSSION PAPER ON POUNDING AND SALE: EFFECTIVE ENFORCEMENT AND DEBTOR PROTECTION 93 (2000).

78 BRUCE KERCHER, BETTY WENDI & RICHARD BRADING, CONSUMER DEBT RECOVERY LAW 90 (2nd ed. 2002).

2. האם ההגנה על החייב מביאה תועלת לנושה?

המשפט תופס את הנכסים המוגנים כאמצעי איזון בין זכות הנושה לבין זכות החייב. בעיקרון, מטרת הזוכה היא השגת מלוא סכום החוב. אבל בהנחה שיעד מסוג זה אינו תמיד אפשרי מסיבות שונות, ניתן לשאול אם יש לנושה אינטרס בשמירת רמה מסוימת של הגנה על נכסי החייב, וכן אם ההגנה על נכסי החייב אינה אינטרס של החייב בלבד אלא גם של הנושה⁷⁹, שהרי גם לנושה יש אינטרס למנוע ייאוש מוחלט של החייב כדי שהאחרון יוכל להיות פעיל ולשלם את החובות⁸⁰. כלומר, האם אין לנושה אינטרס שהחייב יוכל להתפרנס ושלא ימצא עצמו במצב של חוסר כל? למשל כאשר מוציאים מידי החייב את מכשיר הטלוויזיה שלו – הדבר הראשון שיעשה הוא לקנות טלוויזיה אחרת, ולא לשלם את החוב. יש המניחים כי ככל שהליכי ההוצאה לפועל נוקשים יותר עם החייבים, הרי ההגנה תהיה משמעותית יותר, דבר שאינו בהכרח נכון⁸¹. יש להבחין בין הליכים אפקטיביים (יעילים) לבין הליכים "נוקשים". לדידי, נראה כי ברור שלזוכה (לפחות זוכה רציונלי) לא יכול להיות שום אינטרס מעשי להביא ל"ריסוקן" של החייב, וכי מצב שבו החייב מיואש וחסר כל אינו מבטיח שיתוף פעולה ותשלום חובות. אם דוחק רב לא מביא לגביית החוב, יש לחשוב אם דרך התנהגות אחרת כלפי החייב יכולה לתרום לשיתוף פעולה מצדו כדי להביא לתשלום החוב⁸². מכאן שהפסיכולוגיה של הצדדים מחייבת להביא בחשבון את הצורך לשמור על רמה מינימלית של קיום אצל החייב. ראוי בכל זאת להתייחס בזהירות להנחה זו. זוכים אינם אלטרואיסטים וכל מטרתם היא לקבל את כספם, מה גם שחייבים רבים מתעמרים בנושים וגורמים להם עוול. יש מקרים שבהם נושים מספקים יצר נקמה ביצירת מצב שבו חייב מחויב לחיות בדוחק כדי להחזיר חובות. אלא שאל מול תפיסה זו עומדת גישה תועלתנית ביסודה.

במקרה של ההגנה רחבה על החייב, הזוכה המיואש עקב בעיות גבייה עשוי לפנות לדרכים אחרות לשם גביית הכסף. לפי טיעון זה, הגנה על החייבים עשויה להגביר את השימוש באמצעים "בלתי פורמליים" (debtor harassment)⁸³ כדרך לגביית חובות ולהביא

79 ראו בר"ע (מחוזי י-ם) 846/03 מדינת ישראל נ' פיששטיין (פורסם בנבו, 2003).

80 השוו בר אופיר, לעיל ה"ש 58, בעמ' 37 ואילך.

81 George Wallace, *The Logic of Credit Reform*, 82 YALE L.J. 461, 466 (1972).

82 כאן אנחנו חוזרים להבחנה בין החייב שלא רוצה לשלם את החוב לבין החייב שלא יכול לשלמו. ברור כי הניתוח המוצע כאן מתבסס על הנחה – שהיא בעייתית לכשעצמה – של שקיפות לגבי יכולתו האמיתית של החייב. כידוע יש חייבים רבים אשר מתחזים לחסרי כל, אבל נהנים מרמת חיים גבוהה.

83 הנושא בולט במקרים שבהם לחייבים רשת הגנה רחבה מאוד, כמו למשל במדינת טקסס. ראו Roy Ryden Anderson, *Coercitive Collection and Exempt Property in Texas: A Debtor's Paradise or a Living Hell?*, 13 HOUS. L. REV. 84 (1975).

הקשחת התנאים שהנושים מעמידים כדי להעניק אשראי. לדעתי, אדם הפונה לאמצעים "בלתי פורמליים" היה ממילא פונה לאמצעים כאלה גם עקב כל בעיה אחרת בגבייה (לרבות המקרה שבו אי-תשלום נובע מכך שלחייב אין נכסים). ודאי שלגבי נכסים פטורים מעיקול אין זה משנה מבחינתו אם פריט זה או אחר נשאר מחוץ לרשימת הנכסים שהוא יכול לממש. בייחוד יש לזכור כי בדרך כלל מי שפונה לאמצעים הללו הם נושים "לא מוסדיים". כלומר נושים אשר אינם מוסדות ממשלתיים, בנקים או חברות אשראי ממוסדות, אלא גורמים פרטיים הנותנים אשראי, לעתים קרובות בתנאים חריגים ("שוק אפור"). יתר על כן, הנושים המבקשים אמצעים נוקשים יותר מתכוונים לאו דווקא להגנה על רכוש החייב אלא להיעדר סנקציה של מאסר, בהנחה – שהיא בעייתית לכשעצמה – כי מדובר באמצעי אפקטיבי יותר.

פוזנר מסביר שלכאורה, ככל שהחייב יישאר עם פחות רכוש מוגן אפשרות הגבייה תיעשה קלה יותר⁸⁴. כלומר, במציאות שבה החייב נותר עם פחות רכוש מוגן, נושים (למשל בנקים) יוכלו להרשות לעצמם לתת יותר אשראי. התוצאה של יכולת גבייה מוגברת תהיה שגם הריבית של האשראי תרד, משום שרמת הסיכון יורדת. לגישת פוזנר, נובע מכך כי ככל שרמת ההגנה נמוכה יותר, כך הגישה לאשראי תהיה קלה יותר. עם זאת ככל שהגישה לאשראי תהיה קלה יותר, יגדל גם הסיכוי שיותר חייבים לא אחראים יגיעו למצב של חדלות פירעון, תוצאה של נטילת אשראי מעבר ליכולתם. לטעון זה יש פנים לכאן ולכאן, אך עקרונית נראה כי טובתו של החייב מחייבת הגנה רחבה, משום שכזו תחייב את שוק האשראי להיות חשדן יותר לגבי מתן אשראי⁸⁵. במציאות הישראלית קשה להצביע על כך שרמת ההגנה שמקבל החייב היום תוכל להניא או להניע מתן אשראי.

שיקולים אלו מתייחסים להחלטות של נותן האשראי ושל מקבל האשראי לפני מתן אשראי. אלא שמבחן התועלת נבחן גם לאחר שה"תקלה" התרחשה, כלומר כאשר החייב לא משלם והנושה צריך להחליט מה לעשות. לא מצאתי מחקרים מיוחדים לגבי נכסים פטורים מעיקול אלא לגבי נושא קרוב במהותו – ההפטר (discharge) – אבל המסקנות אינן צריכות להיות שונות לגבי נכסים פטורים. מחקרים שנעשו בארצות-הברית אינם מעניקים חשיבות גדולה לקיומה של הגנה על הרכוש בכל הנוגע לקביעת מדיניות אשראי. ההפטר אינו נחשב לגורם שמשפיע על שוק המשכנתאות וגם לא על שוק האשראי באופן כללי⁸⁶.

84 RICHARD POSNER, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW 431 (7th ed. 2007)

85 יש לציין כי פוזנר מתייחס לבעיית הדיור חלופי אבל אינו מציין כי במקרים של מתן משכנתה ההגנה הזו אינה חלה.

86 ראו Jeremy Berkowitz & Richard Hynes, *Bankruptcy Exemptions and the Market for Mortgages Loans*, 42 J. L. & ECON. 809 (1999). במחקר זה המחברים מראים כי הרחבת הפטור על הדירות (homestead) אינו משנה נתוני יסוד של משכנתה (כגון ריבית או הגבלת יתר על מתן הלוואות). עם זאת יש להבין את המחקר בהתחשב בשתי עובדות: ראשית, לא

מחקרים מראים כי הידיעה מראש שנכסים מסוימים יישארו בידי החייבים במקרה של פשיטת רגל אינה משפיעה באופן משמעותי על עצם החלטתם של חייבים אשר הסתבכו בחובות להגיש בקשה לפשיטת רגל⁸⁷. בישראל שאלת הקשר בין רמת ההגנה לאשראי יכולה להתעורר במצב של משכנתה למגורים. במצב שיצרה הרפורמה לחוק הוצאה לפועל, בשונה משיטות אחרות, גם במקרה של משכנתה לדירת מגורים יש לחייב אפשרות של קבלת דיוור מוגן, דבר המחייב היערכות של הנושה וחישוב רמת הסיכונים בעת מתן הלוואה⁸⁸. לפי סעיף 38 לחוק ההוצאה לפועל, במצב של הפרת הסכם הלוואה בדירה ממושכנת החייב יהיה רשאי לקבל מימון של 18 חודשי שכירות, ולחלופין להישאר בדירה. הדבר יכול להשפיע על התנאים למתן האשראי. אלא שעדיין צריך להבחין בין מקרה זה לבין מקרה של פשיטת רגל. סעיף 38(ג) לחוק אינו עוסק במקרה של חדלות פירעון, אלא במצב – במידה מסוימת בעייתי יותר – שבו אדם הנוטל הלוואה יודע מלכתחילה שאם לא יפרע את ההלוואה, הוא יהיה רשאי לקבל תשלום כספי מסוים. יש להמתין כמובן כדי להיווכח מה תהיה השפעת התיקון הזה על זמינות האשראי או על גובה הריבית. בשורה התחתונה, יש לזכור כי אצל נותני אשראי רבים נושא הרכוש הפטור מעיקול כלל לא עולה על הפרק, משום שמבחינתם בעיות הגבייה בישראל נמצאות במישורים אחרים, כגון איתור חייבים מתחמקים או תפיסת רכוש, ולא דווקא בפרטים אלה או אחרים אשר יישארו אצל החייב במקרה של הוצאה לפועל ופשיטת רגל⁸⁹.

- מדובר על הפטר במקרה של מימוש משכנתה אלא הגנה על הדירה על הנושים הרגילים במקרה של פשיטת רגל בלבד; במצב של אי-תשלום משכנתה הנושה רשאי לממש את הדירה ומבחינתו ההגנה על הדירה אינה רלוונטית. נדון בעניין בפרק על הדיוור החלופי. שנית, המחקר נערך לפני המשבר הגדול בשוק המשכנתאות. בישראל לא בוצעו עד כה מחקרים אמפיריים באשר להשפעה שיש להגנות על החייב על הנושה המבוטח, אבל ייתכן כי יבוצעו בעקבות הרפורמה לחוק ההוצאה לפועל וקביעת דיוור חלופי במקרה של פינוי.
- 87 כך למשל מחקר שמצא שעל כל \$10,000 שמוסיפים כהגנה על הדירה, גדל מספר פשיטות רגל בכ- 8%. לגבי רוכש אחר – על כל \$1,000 מספר פשיטות הרגל גדל בכ- 4%. ראו Sumit Agarnal et. Al., *Impact of State Exemption Laws on Small Business Bankruptcy Decisions*, 71 SOUTHERN ECONOMIC JOURNAL 620, 632 (2005).
- 88 בעיקרון צד ג' אינו צד בתיק, ולכן על פניו לא ברור מהו האינטרס שיכול להיות לו בנכסים מוגנים. לכל היותר, האינטרס של צד ג' הוא למנוע עיקול כאשר הרכוש שלו, אבל הדבר למעשה לא קשור ישירות לנכסים המוגנים. עם זאת יש מקרים שבהם אנחנו יכולים לראות קשר בין רשימת ההגנה ואינטרס של צד ג'. הדוגמה הברורה היא של המעביד: אם המשכורת מעוקלת ייתכן מאוד שלחייב לא יהיה אינטרס לעבוד ותפוקתו תרד. ככל שההגנה על המשכורת גבוהה יותר המעביד מבטיח את המשכורת של העובד והדבר עשוי לתרום לעבודה יעילה יותר.
- 89 ראו הדוח של ה-National Commission on Consumer Finance בארצות-הברית (1972), המצביע על כך שככל שיש צמצום באפשרות של עיקול אצל צד ג' (בייחוד עיקול משכורת) הרי האשראי צומצם או הריבית עלתה. ראו Anderson, לעיל ה"ש 83, בעמ' 131.

ד. מאזן הנוחות – יותר תועלת לנושה ופחות פגיעה בחייב

במשפט הישראלי מקובל להכריע לפי מאזן הנוחות⁹⁰, כלומר ליצור איזון בין האינטרס של התובע להבטיח את קיום פסק הדין לבין הנזק הממשי והמידי שייגרם לנתבע בעקבות הטלת מגבלה מסוימת על רכושו או על חירותו. מדובר במבחן הסבירות או המידתיות⁹¹ המקובל במשפט⁹². בנוגע לעיקול זמני בתי המשפט מסכימים כי מאזן הנוחות נוטה לטובת הנתבע⁹³. היסוד לקביעה זו ברור: לא מדובר רק בכבוד הנתבע מול קניינו של התובע, אלא גם קניינו של הנתבע נמצא במשחק. בסדר דין אזרחי מאזן הכוחות מבוסס על אפשרות החזרת המצב לקדמותו. כלומר אם הסעד המבוקש אינו הפיך, הרי מבחינת הנתבע, אם הוא זוכה בתביעה הפגיעה בו תהיה גם בלתי הפיכה. אם נתבע מנסה למנוע פינוי ולאחר שהפסיד בערכאה הראשונה הוא מבקש לערער, עיכוב הליכים מיועד למנוע את הפינוי, המהווה סעד בלתי הפיך. מבחינת הנתבע פינוי מידי ירוקן מכל משמעות את הזכייה בערעור, אם תקרה.

מאזן הנוחות שונה כאשר מדובר בהוצאה לפועל ובפשיטת רגל. הסיבה פשוטה: מאחר ויש כבר הכרעה בבית המשפט לטובת הזוכה, בהליכי הוצאה לפועל אין שוויון בין האינטרסים של הזוכים לאינטרסים של החייבים⁹⁴. מכאן ההבדל מול עיקול זמני במסגרת הליך אזרחי. נוסף על כך, אין להיצמד יתר על המידה לעקרון המידתיות כדי לבדוק את ההשפעה של הליכי ההוצאה לפועל, שהרי יש בהם בכל מקרה פגיעה בחייב⁹⁵; אלא שגם בהוצאה לפועל יש מאזן נוחות, משום שהליכי הוצאה לפועל לא יכולים לפגוע בחייבים ללא סיבה והצדקתם תלויה בתועלת מסוימת שיכול להשיג הזוכה.

90 מאזן הנוחות הוא עיקרון מושרש די הצורך בכל הקשור לעיקול זמני. ראו למשל דודי שוורץ סדר דין אזרחי 413 ואילך (2007); אורי גורן סוגיות בסדר דין אזרחי 559 (מהדורה 10, 2009).

91 נזק זה נמדד גם לפי מבחן ההדירות: אם הפגיעה ניתנת לתיקון אם מתברר שהדרישה של התובע לא הייתה מוצדקת. כך למשל מקובל לומר כי במקרה של פינוי דירה, היה והנתבע מגיש ערעור, ראוי לעכב את ההליכים עד מתן הערעור, שהרי אם הנתבע (המערער) זוכה בערעור הוא לא יוכל לחזור לדירתו אם פונה ממנה. מדובר ביחס בין התועלת שהעיקול מביא לתובע לבין הנזק שהדבר יגרום לנתבע.

92 ראו למשל בר"ע (מחוזי ת"א) 1785/01 פינס – כונס נכסים נ' אריאלה ערביאנס בע"מ (פורסם בנבו, 2002).

93 ע"א 4459/94 סלמונוב נ' שרבני, פ"ד מט(3) 479 (1994).

94 ראו עניין איזוטופ בע"מ נ' הייב, לעיל ה"ש 32. ראו גם עניין יהודה נ' תשובה, לעיל ה"ש 37. וראו גם יהושע ויסמן "סממני פסיקתו של ברק בתחום דיני קניין" ספר ברק 463, 470 ואילך (יצחק זמיר, ברק מדינה וסיליה פסברג עורכים, 2009).

95 זוהי העמדה במשפט הגרמני. ראו *Kerameus, Enforcement Proceedings*, לעיל ה"ש 34, בעמ' 14.

לצורך תרגיל חשיבתי הבה נניח כי קיימת שיטה משפטית שבה אין בחוק שום הגדרה או הגבלה לגבי נכסים שלא ניתנים לעיקול. אנחנו יכולים לחשוב על 4 סוגים שונים של נושים:

1. זוכה הלוקח את כל הנכסים של החייב, גם אלה אשר מוגדרים בסיסיים ביותר, למרות חוסר התועלת שיש בתפיסה זו.
2. זוכה המבין כי מטעמים הומניטריים – וגם כלכליים – אין טעם לעקל רכוש המשרת את הצרכים המינימליים של החייב.
3. זוכה העושה שיקול מורכב יותר ומעקל ותופס רק נכסים אשר מביאים תועלת מסוימת, ומנסה למזער את הנזק שיכול להיגרם לחייב.
4. זוכה אשר מחמת שיקולים שונים לא מעקל כלל רכוש של חייב.

נתעלם מן הזוכה ה"רחום" מסוג 4, כי מבחינתו אין חשיבות להוצאה לפועל משום שהוא מחליט לא להזדקק לה. החוק נכנס במקרה מסוג 2 וקובע את הרכוש המוגן, ובדרך זו מונע מזוכה לפעול לפי מקרה מסוג 1 משום שההרס הוא בלתי נסבל, שהרי כאמור יש פגיעה לא הכרחית בחייבים. נותר אפוא מקרה מסוג 3, אשר על פניו זו החלטה של כל זוכה וזוכה. אלא שבפועל גם במקרה מסוג 3 אנחנו מוצאים כמה כללים המיועדים להביא תועלת מסוימת מבלי לפגוע באינטרס של הזוכה.

ישנם כמה מנגנונים המיועדים לנסות להשיג את מרב התועלת ממימוש הנכס, ובדרך זו הם יוצרים מעין הגנה עקיפה על החייב. מנגנונים אלה נועדו להשגת איזון ראוי בין התועלת שיכול לקבל הזוכה לבין הנזק שנגרם לחייב, מבלי לנטרל לחלוטין את הליכי ההוצאה לפועל ומבלי לתת הגנה מוחלטת לחייב.

1. אין לעקל נכסים נטולי ערך

כאמור, העיקול אינו מיועד בהכרח לממש רכוש, אלא עצם העיקול מיועד לעתים להפעיל לחץ על החייב. גם אם יש בלחץ שמוטל על החייב כדי להביאו לתשלום החוב, אין להפעיל לחץ כלחץ לשמו, אלא לבדוק מה היא הדרך הטובה ביותר לגביית החוב תוך פגיעה סבירה בלבד בחייב. החייב יהיה מעוניין למנוע את מימוש הרכוש ולכן ימצא דרך להחזרת החוב. אילו היינו פועלים לפי עקרון הלחץ, ניתן היה לטעון שזוכה סביר יכול למצוא עניין בעיקול (ברישום ואפילו במימוש) של רכוש חסר ערך ולו כדי להפעיל לחץ על החייב. מדוע צריך למנוע מן הנושה לעשות זאת? הרי לכאורה, ההחלטה מה ליטול או מה לא ליטול מהחייב צריכה להיות החלטה של הנושה והשיקולים הכלכליים הם שלו בלבד. אם הזוכה מוכן ליטול על עצמו סיכון ולשלם הוצאות עבור עיקול חסר תועלת, מדוע למנוע זאת? אולם במערכת ההוצאה לפועל יש אינטרסים אחרים מלבד אלו של הזוכה. כך למשל מחסני ההוצאה לפועל אינם מוכנים לקבל סחורה אשר מכירתה לא תניב רווח מסוים. מכאן שלא יעקלו נכסים פעוטי ערך. כך החוק נותן הגנה, ולו עקיפה, לחייב, על ידי קביעת שווי מינימלי לצורך ביצוע עיקול.

הרפורמה בחוק ההוצאה לפועל קבעה כי המוציא לפועל ישאיר רכוש אשר שוויו לא עולה על המחיר הנקוב בתקנון, אשר נקבע ל-150 ש. זהו אינו מחיר גבוה במיוחד⁹⁶. השווי המשוער הוא מחיר שניתן להשיג בין קונה מרצון למוכר מרצון במקרה של מכירת המעוקל. מדובר בנתון חשוב לצורך קביעת הוצאות העיקול ולעצם ההחלטה לנקוט הליכים. במשפט הגרמני, הקודקס לפרוצדורה אזרחית קובע בסעיף 765א כי במקרים מסוימים שופט ההוצאה לפועל רשאי לעכב או למנוע הליכי הוצאה לפועל כאשר הביצוע עלול לגרום להכבדה אצל החייב, באופן אשר לא מתיישב עם עקרון תום הלב. אין בחוק הישראלי הוראה מפורשת דומה, אך מכוח החלת עקרון תום הלב מתעוררת השאלה אם ניתן בנסיבות מסוימות להרחיב את ההגנה על החייב עקב נזק שנגרם לו במקרה שנושה מעוניין לעקל נכס חסר ערך. בעיקרון מדובר במצב חריג, שהרי כאמור מוסכם שהליכי הוצאה לפועל גורמים נזק לחייב.

הרפורמה בחוק ההוצאה לפועל קבעה כי מיטלטלין ששוויים המוערך אינו עולה על הסכום שנקבע בתקנות, אינם ניתנים לעיקול⁹⁷. כאמור, לפי תקנות ההוצאה לפועל נקבע כי סכום הרף הנמוך הוא של 150 ש"ח. לדידי אין מדובר בהסדר שלילי, כלומר הוראה זו לא שוללת את שיקול הדעת של רשם ההוצאה לפועל למנוע מימוש גם במקרים שבהם הסכום חורג במקצת מרף הזה, בהתחשב בנסיבות המקרה ובגובה החוב.

2. התחשבות בסכום שישאר אצל הנושה כסכום פדיון

אחד הפרמטרים המשמשים כדי לדעת אם יש לזוכה אינטרס לגיטימי בהליכים היא בדיקת "השורה התחתונה", כלומר מהו הסכום שישאר לו בסופו של הליך. ברי כי לא תמיד ניתן להעריך אותו במדויק. כידוע, מחיר המכירה אינו מחיר נקי, ונקבע בסופו של דבר לאחר ניכוי תשלום שכרם של הכונס והמוציא לפועל וכיוצא באלו הוצאות⁹⁸. כלומר זהו מחיר פדיון או מחיר נטו.

נושא הפדיון מופיע גם בחוק המשכון, תשכ"ז-1967. לפי סעיף 13 לחוק, החייב יכול לפדות את המשכון בתשלום החוב לנושה⁹⁹. מובן כי בהוצאה לפועל יש אפשרות דומה: תשלום מלוא החוב ודאי שמבטל את כל ההליכים נגד החייב, לרבות את העיקול. אלא שלא לכך הכוונה. ייתכן שראוי לאפשר לחייב למנוע את העיקול הרכוש ואת מימושו על ידי

96 תק' 50(ג) לתקנות ההוצאה לפועל, תש"ם-1979.

97 ראו ס' 22(א)(8).

98 ראו ס' 9 לחוק ההוצאה לפועל.

99 ראו יהושע ויסמן חוק המשכון, תשכ"ז-1967 252 ואילך (פירוש לחוקי החוזים, בעריכת ג' טרסקי, 1974); דויטש, לעיל ה"ש 67, בעמ' 76.

תשלום לנושה של הסכום המרבי שהוא יהיה יכול לקבל ממכירה בהליך הוצאה לפועל¹⁰⁰. בנסיבות מסוימות מחיר נטו נמוך מדי יוכל לשמש הצדקה למניעת הליכי הוצאה לפועל עקב היעדר תועלת. כך למשל באנגליה לא ניתן למכור דירה אם התמורה לנושים לאחר ניכוי כל ההוצאות לא מגיעה ל-1000 לירות שטרלינג¹⁰¹.

בפסיקה הישראלית אנחנו מוצאים דוגמאות לקבלת העיקרון של מחיר נטו. הפסיקה שקיבלה את העיקרון של התחשבות במחיר נטו כסכום שחייב יכול להציע כדי למנוע נישולו מביתו, מבצעת איזון ראוי בין הצורך להעשיר את קופת הנושים בסכום גדול ככל הניתן לבין מניעת נישולו של החייב או של פושט רגל מביתו¹⁰². ייתכן כי תתעורר בעיה לחייב עצמו אם הפדיון לא מסלק את החוב, משום שהנושה יהיה רשאי לעשות שוב שימוש בכלי העיקול והמימוש נגד הנכס ש"נרכש" מחדש על ידי החייב¹⁰³. לכן ראוי כי כאשר החייב מעוניין לרכוש את הנכס במחיר נטו ובדרך זו למנוע את המכירה, הדבר ייעשה לאחר הסכמת הנושה לכך שהוא לא ינקוט הליכים נגד החייב לגבי נכס זה.

עניין מחיר הנטו אינו עניין סטטי ויכול להשתנות לפי תנודות כלכליות או חברתיות. כאשר מדובר בנכס אשר שוויו עשוי להשתנות לטובה בתוך תקופה קצרה, ראוי לשקול להמתין עד למועד שבו המימוש יניב את התמורה המרבית. כך למשל שינויים בשוק הנדל"ן צריכים להוות שיקול לדחיה – ולו קצרה – של מכירת נדל"ן.

ומעניין לעניין באותו עניין, יש להביא בחשבון כי עניין הסכום הסופי אינו תמיד תוצאה של יחס דואליסטי – חייב-נושה – אלא שיש לפעמים כמה גורמים מעורבים, כלומר כמה נושים המתחרים ביניהם על גביית הכספים בהליך מסוים. אם כמה זוכים מתחרים על אותו נכס, הרי שיש כאן סיכון שאף אחד מהם לא יקבל בסופו של דבר סכום משמעותי מהמימוש¹⁰⁴. ייתכן מצב שבו דווקא חייב אשר נטל יותר חובות ימצא במצב טוב מאשר חייב זהיר, אם בשל ריבוי הנושים והתחרות ביניהם לא ימומשו נכסיו בסופו של דבר.

100 כלומר ניתן לטעון כי בפועל הזוכה "עובד" עם שני סכומים: סכום התיק, כלומר הסכום האמיתי של החוב, ו"הסכום לגובה פוטנציאלי", כלומר הסכום המרבי שהוא יכול להשיג ממימוש הרכוש של החייב ומיצוי הפוטנציאל שלו לשלם את החוב. מן הסתם יש למצוא פשרה בין שני הסכומים הללו.

101 ראו 2004 (Amendment Order) (Insolvency Proceedings (Monetary Limits)), המצוטט אצל VERNON DENNIS, INSOLVENCY LAW HANDBOOK 353 (2nd ed. 2007). למעשה סכום זה אינו גדול במיוחד: אינני בטוח אם בארץ ממהרים לממש דירות כאשר הסכום שיישאר הוא כ-7,000 ש"ח בלבד!

102 ראו רע"א 10858/03 בן בסט נ' עורכת-הדין עין דר, פ"ד נט(1) 481 (2004). בר אופיר, לעיל ה"ש 58, ציין כי מדובר בהערת אגב של בית המשפט ולא בהלכה פסוקה. עם זאת אין להמעט בחשיבותה של קביעה זו.

103 ראו טיעון זה אצל שחר קטוביץ סוגיות נבחרות בדיני ההוצאה לפועל 98 (2009).

104 ברור שכאשר לחייב חובות רבים, מעבר לאפשרותו להחזירם, הדרך הנכונה היא כניסה להליכי פשיטת רגל.

אם כן במקרה של כמה נושים, שאלת הסכום שיישאר אצל הזוכה תלויה לא רק בהיקף הרכוש שנמצא בידיו של החייב, אלא גם בדרך שבה מתחלק סכום המכירה. כאן יכולות להיות שתי אפשרויות: לחלק את תמורת המכירה בצורה פרופורציונלית, כלומר לפי גובה החוב ובלי להתייחס למועד הטלת העיקול, או לתת עדיפות למעקל הראשון על פני מעקלים מאוחרים. במקרה השני יש תועלת מרבית למעקל הראשון, אשר במקרים רבים הוא אשר טרח לאתר את הנכס, ותועלת מינימלית – אשר יכולה להיות תועלת אפס אם לא נותר כסף לחלוקה – למעקלים המאוחרים. עד לרפורמה, השיטה הישראלית פעלה לפי הדרך הראשונה. כהצדקה לדרך זו ניתן לטעון כי מאחר שממילא אין רכוש רב לחלוקה, עדיף שהנכסים שיאותרו ישמשו לכלל הנושים ולא רק לחלק מהם. אלא שגישה זו מביאה ל"נטישת" זוכים המתייאשים מהשקעת מאמץ לאיתור נכסים, מאמץ ממנו הם יוצאים בקושי נשכרים. לפי שיטה זו דווקא החייב אשר "פגע" ביותר נושים יוצא נשכר. במסגרת הרפורמה אומץ פתרון אשר אמור לעודד את הנושים הפעילים ונותן להם העדפה לפי שני פרמטרים¹⁰⁵: אם מדובר בנושים שונים וכל אחד פעל בתיק עצמאי, ניתנת עדיפות לנושה הפועל ראשון על כלל הסכומים שמומשו עד לגביית החוב. היתרה תועבר ליתר הנושים. לעומת זאת כאשר הפעולה נעשתה במסגרת של איחוד תיקים הוא יהיה רשאי ליהנות מ-50% מן הסכומים שיתקבלו, כאשר מובטח כי יקבל את החזר ההוצאות או את מחצית התמורה, הסכום הגבוה מבין השניים. כלומר הפעיל יקבל מחצית הסכום והיתרה תחולק בין יתר הנושים. פתרון זה נועד למנוע מצב של אדישות הנושים כאשר החייב נמצא בהליכים קולקטיביים, מתוך הנחה כי גם אם מוצאים רכוש לא יהיה ניתן למכור מספיק ממנו.

105 "סעיף 76(א): הגישו זוכים אחדים כמה בקשות לביצוע פסק דין אחד או פסקי דין אחדים נגד חייב אחד, ייזקפו הכספים שנתקבלו עקב הליכים לפי חוק זה בתחילה לחשבון החוב של הזוכה שנקט הליך שבעקבותיו נתקבלו הכספים; נתקבלו כספים כאמור עקב הליך שנקטו כמה זוכים – ייזקפו הכספים שנתקבלו בתחילה לחשבון ההוצאות והאגרות שהוציאו אותם זוכים בנקיטת ההליך שבעקבותיו נתקבלו הכספים, בשיעור יחסי לגובה ההוצאות והאגרות כאמור, ולאחר מכן לחשבון החוב של זוכים אלה, בשיעור יחסי לגובה חובותיהם הפסוקים; לעניין זה, ייראו עיקול של נכס, מכירתו או מימושו בדרך אחרת, כהליך אחד. (א1) על אף האמור בסעיף קטן (א), בתיקים שאוחדו בצו איחוד לא יעלה הסכום שייזקף לחשבון החוב של הזוכה או הזוכים שנקטו את ההליך שבעקבותיו נתקבלו הכספים, על סכום ההוצאות והאגרות לפי סעיף 9 שהוצאו בהליך או על מחצית הסכום שהתקבל כתוצאה מנקיטת ההליך, לפי הגבוה; נותרו כספים לאחר הזקיפה כאמור, ייזקפו לחשבון החוב של כל הזוכים בתיק האיחוד בשיעור יחסי לגובה חובותיהם הפסוקים, לרבות לחשבון החוב של הזוכה או הזוכים שנקטו את ההליך האמור [...]"

יש לשים לב כי ההוראה משאירה ספקות באשר לשינוי במהות העיקול¹⁰⁶ במצב של נושים אשר חלקם באיחוד גבוה מאשר 50% מכלל החובות. הפתרון עדיין משאיר סימן שאלה כאשר הנושה הפעיל הוא נושה גדול בהשוואה לנושים אחרים, וממילא היה מקבל במסגרת חלוקה פרופורציונלית יותר ממחצית הסכום. האם ראוי לקבוע כאן חריג? גם כאן יש סתירה מסוימת עם הליכי פשיטת רגל: כאשר חייב נמצא בהליכי פשיטת רגל חל עקרון השוויון בין הנושים¹⁰⁷. אמנם, נכון שבהליכי פשיטת רגל הרכוש גלוי ומימוש נעשה בדרך שונה מאשר בהוצאה לפועל, ובפשיטת רגל קיים נאמן, אבל בכל זאת ההבדל בין שני ההליכים יוצר מתח מסוים.

3. עקרון ההדרגתיות

עיקרון נוסף אשר בא למנוע פגיעת יתר בחייב עם הדגשת יעילות ההליך הוא עקרון ההדרגתיות. לפי עיקרון זה מימוש הרכוש של החייב ייעשה מן הקל אל הכבד. סביר לצפות כי הנושה יממש ראשית כל נכסים אשר מימושם מכביד פחות על החייב, ורק אם אין במימוש זה כדי להיפרע – אזי ימשיך במימוש נכסים אחרים.

עיקרון זה אינו חדש וניתן למצוא אותו כבר במשפט הרומי. במשפט הרומי היה מקובל שהנושה יפנה ראשית כל נגד מיטלטלין, לאחר מכן נגד מקרקעין ובשלב הסופי כנגד צד ג' (תביעות)¹⁰⁸. ישנן שיטות משפט שבהן סדר העדיפות של העיקולים נקבע באופן מפורש¹⁰⁹. כך למשל נקבע הסדר בסעיף 517 לקודקס הפרוצדורה האזרחית האיטלקית: ראשית כספים של החייב, ובהיעדר כספים – תכשיטים וניירות ערך סחירים¹¹⁰. קביעת סדר

106 ההוראה יוצרת שינוי באשר למהות העיקול: המחוקק מתייחס לעיקול כאל סעד דיוני אשר לא אמור לתת עדיפות מהותית לנושים, אך בכל זאת נקבעה עדיפות למעקל הראשון. זאת ועוד, נוסח החוק אינו ברור – האם מי שעיקל ראשון אך לא מימש ממשיך להיות מעקל מועדף לגבי נושים שהצטרפו לאחר מכן, או שמא העדיפות היא אך ורק לגבי המעקל הראשון אשר נוקט בפועל פעילות של מימוש?

107 להוציא את המקרים של דין קדימה.

108 ראו PAKTER ; D. 42.1.15.2, לעיל ה"ש 11, בעמ' III-89 ; Kerameus, *Enforcement Proceedings*, לעיל ה"ש 34, בעמ' 61.

109 להסבר כללי בעניין מעמד הנושה המעקל בשיטות שונות ראו Kerameus, שם, בעמ' 57 ואילך.

110 הוראה דומה קיימת בספרד. ראו ס' 1447 לחוק הפרוצדורה האזרחי (Ley de Enjuiciamiento Civil). ההוראה קובעת סדר מסוים: כספים, תכשיטים, רווחים שונים, מיטלטלין, מקרקעין, קצבאות, זכויות שלא ניתנות למימוש אלתר, ובמקום האחרון עסקים מסחריים או תעשייתיים. גם בספרד מקובל כי הרשימה לא מונעת עיקול של נכס הנמצא במקום נמוך ברשימה. אם החייב לא רוצה שיעקלו מיטלטלין, עליו להמציא להוצאה לפועל כספים או תכשיטים במקום. ראו FRANCISCO MENDEZ, 2 DERECHO PROCESAL CIVIL 1060 (1992). ראו גם BERNARDO CREMADES & EDUARDO CABRIEDES, LITIGATION IN SPAIN 357 (1989).

עדיפויות של עיקולים מיועד ליצור ביצוע הדרגתי (gradual execution), דבר שבפועל מונע "הוצאה לפועל ביתר"¹¹¹. גם כאן מדובר בעיקרון נוסף שמטרתו מניעת פגיעת יתר בזכויות החייב.

אף שהעיקרון מובן מאליו, במשפט הישראלי ביטויו הוא חלקי בלבד. עקרונית ההדרגתיות מוצאת ביטוי מסוים בסעיף 8 לחוק ההוצאה לפועל, אשר מעגן את הצורך להימנע מאמצעים קיצוניים¹¹². סעיף 8 יכול לשמש טיעון המונע מאסר במקרה שבו ניתן היה להגיע למימוש פסק הדין באמצעים פחות דרסטיים. לפי עיקרון זה, בהתלבטות שבין אכיפה עקיפה לישיבה, יש להעדיף אכיפה ישירה ולהשאיר אמצעים עקיפים – אשר מגבילים את חירותו של החייב – כאמצעי אחרון אל מול קשיים או חוסר אפשרות לממש נכסים. מאסר החייב צריך להיות אמצעי אחרון לאחר שנכשל שימוש בדרכים אחרות.

הרפורמה מחזקת את עקרון ההדרגתיות בכל הקשור לאכיפה עקיפה בכך שיש לנקוט אמצעים חמורים פחות לפני נקיטת אמצעים דרקוניים יותר (למשל הגבלה על אשראי לפני מאסר¹¹³). אולם בכל הקשור לאכיפה הישירה עקרון ההדרגתיות אינו פועל כראוי. בפועל הנושה רשאי לעקל כספים מכמה מקורות בעת ובעונה אחת, גם אם הדבר מביא לעיקול יתר¹¹⁴. לדעתי, רשם ההוצאה לפועל יכול ללכת בדרך ההדרגתיות גם במקרה של עיקול נכסי החייב ולהחליט כי ראשית יתפוס נכסים חיוניים פחות (כאלה שאינם כלולים ברשימת הנכסים המוגנים). רק אם אין בכך כדי לתת מענה לדרישות הנושה יעוקלו נכסים אחרים. בפועל זו הדרך שבית המשפט ציין בעניין נגולה¹¹⁵, וראוי שעיקרון זה ייקבע בפסיקה.

באופן עקרוני החייב עצמו יכול לפעול ליישום עקרון ההדרגתיות. הכיצד? הוא יכול להציע תחליף לנכס מעוקל. כלומר אם החייב לא יכול להציע באופן מעשי יישום של הליך חמור פחות, אין מקום להחלת עקרון ההדרגתיות¹¹⁶. כלומר, יישומו מותנה בכך שלחייב יש אפשרות לתת לנושה נכס אחר במקום הנכס שאמור להיות מעוקל¹¹⁷. עניין זה הוא דבר

- 111 השוו למצב ביוון (PELAYA YESSIOU FALTSI, CIVIL PROCEDURE IN HELLAS 392 ff. (1995)).
 112 ראו סטיב גולדשטיין "יחסי-הגומלין בין דרכי אכיפת הוראות לא-כספיות של בתי-משפט – עיקרון הדרך החמורה פחות" משפטים טז 176 (1986).
 113 המאסר אמור להתבטל לפחות למשך "תקופת ניסיון" של שנתיים. לאחר מכן אם הכנסת לא תחליט אחרת, יחזור מודל המאסר כפי שעוצב ברפורמה.
 114 דוגמה ברורה לכך היא חשבונות בנק שמעוקלים בעת ובעונה אחת גם אם די בעיקול של אחד מהם כדי לשלם את החוב.
 115 שם קבעה השופטת שטרסברג-כהן בקשר למימוש דירת מגורים: "יש לבדוק את האפשרות להגיע לסילוק החוב בדרך פחות דרסטית ממכירת בית המגורים של החייב". רע"א 7700/95 נגולה נ' חזן, פ"ד נ(1) 338, 343 (1996).
 116 ראו למשל ה"פ (מחוזי ת"א) 591/08 פולדיאן נ' בנק מזרחי טפחות בע"מ (פורסם בנבו, 2009).
 117 ראו בהמשך, בפרק 6 – ערך סנטימנטלי.

שבשגרה למשל כאשר מדובר בעיקול זמני – כאן יש לנושה עניין לשמור על זכויותיו אם וכאשר יקבל פסק דין. מבחינתו נכס כלשהו השווה בערכו לנכס מעוקל ואשר ניתן לממש באותה קלות – הוא טוב באותה מידה.

לפעמים יכולה להתעורר שאלה כאשר תכונות מסוימות בנכס החלופי אינן זהות לאלו של הנכס המעוקל: כך למשל החייב מציע נכס אשר שוויו גדול יותר, אך הליך מכירתו מורכב יותר (למשל דירה שערכה גבוה יותר אך רובצת עליה משכנתה חלקית, או נכס בשותפות). התמונה יכולה להיות הפוכה – החלופה היא של נכס בעל שווי נמוך אבל קל יותר למימוש. בכל מקרה, כאשר יש אפשרות להליך חמור פחות, מוטל על החייב להביא זאת לידיעתו של רשם ההוצאה לפועל.

דוגמה ברורה להחלת עקרון ההדרגתיות במקרה של נכסים היא בעיקול רכוש של חבר כנסת. באופן כללי, נוהלי הכנסת בעניין חסינות של חבר כנסת קבעו סוג מסוים של עקרון הדרגתיות, שלפיו הרכוש יעוקל בסדר מסוים. יש לעקל ראשית את כל המשכורת ולאחר מכן לעקל מיטלטלין¹¹⁸, במקרה של עיקול מיטלטלין המוציא לפועל (כעת מנהל לשכת ההוצאה לפועל) צריך להודיע ליועץ המשפטי של ועדת הכנסת. היועץ המשפטי של ועדת הכנסת או נציגו רשאים להיות נוכחים בעת ביצוע העיקול¹¹⁹.

4. אפשרות של מימוש רכוש על ידי החייב עצמו

דרך טובה להגברת התועלת מן ההליכים ולמזעור הפגיעה בחייב היא לאפשר מכירה עצמית של המעוקל על ידי החייב מבלי להיזקק לכונס נכסים. לאפשרות המימוש העצמי יתרונות רבים בכל הנוגע להשגת המחיר הטוב ביותר, חיסכון בהוצאות כונס נכסים, עלויות אחסנה וכדומה. הרי מן המפורסמות היא כי בדרך כלל מושג מחיר נמוך במקצת כאשר מדובר במכירת דירה בהליכי פשיטת רגל או הוצאה לפועל מאשר כאשר דירה מקבילה נמכרת בשוק החופשי¹²⁰.

ביטוי מובהק של אפשרות מימוש על ידי החייב הוא סעיף 1ב81 לחוק ההוצאה לפועל, המאפשר לחייב בהליכי מימוש משכנתה לדירת מגורים להודיע לרשם ההוצאה לפועל על רצונו למכור בעצמו את הדירה, במקום שהדבר יעשה על ידי כונס הנכסים. לפי ההוראה:

"[...] (ב)(3) החייב רשאי להודיע לרשם ההוצאה לפועל, בתוך 20 ימים מיום המצאת האזהרה כאמור בסעיף 7, על רצונו למכור בעצמו את דירת המגורים, לצורך פירעון מלוא חוב ההלוואה; הודיע החייב כאמור, יורה

118 ראו בר אופיר, לעיל ה"ש 58, בעמ' 549.

119 ראו www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/01DC1421-D8A8-4E96-9B31-5A0E59AA1097/0/21002.pdf (נבדק לאחרונה 19.1.2010).

120 ראו רע"א 10860/05 דונר נ' בנק דיסקונט למשכנתאות בע"מ (פורסם בנבו, 2007).

רשם ההוצאה לפועל על עיכוב הליכי ביצוע המשכנתה לתקופה של 90 ימים מיום קבלת ההודעה, ובלבד שהחייב הבטיח את פירעון מלוא חוב ההלוואה מהתמורה שתתקבל בעד המכירה, לפי הוראות רשם ההוצאה לפועל; לא תימכר דירת מגורים לפי פסקה זו אלא לאחר שרשם ההוצאה לפועל אישר את המכירה[...]."

המימוש העצמי של הדירה אינו סעד בודד בחוק, אלא מתקיים במסגרת רחבה יותר של סעדים המיועדים להקל עם החייב. לפי הוראה זו על הנושה (הבנק) להמתין 6 חודשים ממועד תחילת פיגור כדי להתחיל את הליכי המימוש. כמו כן ההסדר החדש מאפשר לחייב לנסות ולשלם את החוב (באמצעות חלוקת החוב לשני תשלומים).

אין בנמצא נתונים בדוקים לגבי היקף השימוש באפשרות זו על ידי חייבים, ולא נמצאה התייחסות לכך בפסיקה. מן הסתם הדבר יכול להעיד כי אין מקרים רבים שבהם חייבים מנצלים אפשרות זו. בכל מקרה, גם אם ההשערה נכונה, אין בכך כדי לפסול את יעילות הרעיון. כמו כן אין מניעה כי גם במצבים אחרים, כגון עיקול של דירה או של מיטלטלין, הצדדים יגיעו להסכמה לגבי מימוש עצמי של הרכוש.

5. הגמשת כללי התמחרות

בסעיף זה אעלה טענה מסוג קצת שונה, אשר לא נוגעת לפעילות של הזוכה אלא של כונס נכסים אשר מוכר את הנכס באמצעות הליך הידוע כהתמחרות, אשר משלב מכרז ומכירה פומבית.

התמחרות היא דרך מקובלת למכירת נכסים – במיוחד מקרקעין בהוצאה לפועל¹²¹. מטרתה שונת מאשר מכרז בשירות הציבורי, שבו המטרה היא למנוע שחיתות ולהבטיח את טוהר המידות¹²². המטרה של ההתמחרות בהוצאה לפועל היא להגיע למחיר הטוב ביותר.

עד לפני כמה שנים כללי ההתמחרות היו נוקשים למדי: עם סיום ההתמחרות לא ניתן היה לקבל שום הצעה חדשה, פרט למקרים חריגים. רשם ההוצאה לפועל לא היה מאפשר שום פגיעה בזכויות של הזוכה. אולם במהלך השנים חלה הגמשה מסוימת בגישה זו. הבדיקה אם נפל פגם מהותי בהתמחרות נעשית באופן קפדני יותר, משום שבמקרה של פגם בית המשפט עשוי לפתוח בהתמחרות חדשה כדי לקבל הצעה טובה יותר¹²³. החריג הזה – כלומר אפשרות של קבלת מחיר טוב יותר – הוא שקלול של שיקולי תועלת בתוך מסכת

121 ראו בר אופיר, לעיל ה"ש 58, בעמ' 836 ואילך.

122 באשר למטרות של מכרז מטעם המדינה ראו עומר דקל מכרזים כרך א 91 (2004).

123 רע"א 4891/04 וינקלר נ' בנק הפועלים בע"מ, פ"ד נח(6) 721, 726 (2004).

השיקולים המובאים לאישור או לדחייה של ההתמחרות, ויכול ליצור מעין הגנה עקיפה על אינטרסים של הנושים אך גם של החייב עצמו.

עם זאת פתיחת מכרז מחדש תהיה כפופה לתנאים מסוימים: נדרש שיפור משמעותי לעומת ההצעה הקודמת וכן שלא תהיה פגיעה מהותית בזכויות של המציעים האחרים¹²⁴. בכל מקרה כדי לסטות מעקרון סופיות המכרז¹²⁵ – או ההתמחרות – דרושים טעמים כבדי משקל¹²⁶. אף על פי כן, מדיניות ראויה צריכה להביא בחשבון לא רק את האפשרות להשיג הצעה טובה יותר, אלא גם מתן יציבות וודאות למכירות, כדי להביא למעגל הקונים את המספר הרב ביותר של קונים רציניים.

גמישות במכרז יכולה להביא תועלת מרבית לצדדים, אבל יש להיזהר מהיווצרות מצב של אי-ודאות, אשר יניא מציעים פוטנציאליים מלהשתתף במכרזים, מה שעלול בסופו של דבר לפגוע בסיכוי לקבל מחיר טוב יותר. התועלת לא צריכה לעמוד מול הוודאות אלא היפוכו של דבר, הוודאות היא מרכיב מהותי במשחק סיכונים-תועלת.

6. לסיכום

קיים קשר בין עקרונות יעילות ההליך לבין הצורך לספק הגנה לחייב. בעיקרון, ההגנה מוענקת כאשר הנכס המוגן אינו בגדר מותרות וכאשר שוויו אינו משמעותי לצורך גביית החוב. אחרת רשם ההוצאה לפועל יורה על החלפתו. עם זאת החלה מבוקרת של עקרון היעילות יכולה להביא להרחבת מעגל הנכסים המוגנים, כך שגם אם נכס אינו מוגדר "נכס פטור מעיקול", ייתכן שהוא יישאר מחוץ לידידיו של הזוכה אם הנסיבות מראות כי עיקולו או מימושו עלולים להביא להליך נטול תועלת.

התחשבות בתועלת היא דרך לתת לחייב הגנה – ולו חלקית – מעבר להגנה שנותנת רשימת הפריטים הפטורים מעיקול. יש להבין כי הוצאה לפועל ופשיטת רגל צריכים למנוע פגיעה מיותרת בחייב ולהביא תועלת מרבית לזוכה, ולכן יש למצוא את הדרכים המתאימות להשגת איזון זה. כך למשל אם מכירת מיטלטלין מביאה בדרך כלל להשגת מחיר נמוך, מדוע לא לבצע שינויים במערך המכירה, אשר יהפכו את הוצאת המיטלטלין לכדאית יותר (כגון העברת מחסני ההוצאה לפועל למקומות נגישים יותר לציבור, דבר שיאפשר השתתפות מספר גדול יותר של אנשים ובעקבות זאת הצעות רכישה גבוהות יותר שיביאו לרווחים גבוהים יותר).

הדיון בעניין צרכים מינימליים אינו מסתיים עם התועלת. זווית אחרת אשר יוצרת בסיס להרחבת נכסים פטורים מעיקול היא מושג הזכות האישית.

124 ע"א 509/00 לוי נ' ברכה, פ"ד נה(4) 410, 428 (2001).

125 ר"ע 338/83 חפציבה חברה לבנין עבודות ופיתוח בע"מ נ' גפני, פ"ד מא(3) 449 (1984).

126 ע"א 3301/08 פטל נ' אורי (פורסם בנבו, 2009).

ה. זכויות אישיות: נכסים פטורים מעיקול?

הצרכים המינימליים אינם רק צרכים חומריים. לדוגמה ברור כי גם שמירה על זכות יסוד היא צורך חיוני של כל אדם. בהקשר זה אנו מגיעים לדיון אודות ההגנה על "זכויות אישיות"¹²⁷.

1. הקושי להגדיר "זכות אישית"

אם הרעיון של נכסים פטורים מעיקול מתבסס על רעיון של "צרכים חיוניים" או "צרכים מינימליים", אזי יש לשאול באיזה היקף יש להגן על זכויות אישיות של החייב. האם ההגנה היא מוחלטת? ובאופן כללי יותר: מהי זכות אישית? אנסה להתמודד עם שאלות אלה, על אף שברור כי אין להן תשובות חד-משמעיות.

עצם הרעיון של זכויות אישיות מקורו בכתיבה של אנשי משפט הטבע, אשר ראו צורך להגן על זכויות יסוד של האדם, חירותו, אישיותו והתפתחותו האישית. הקושי בהגדרת "זכות אישית" נעוץ בעצם ערפולה של ההגדרה. "זכות אישית" היא מונח מורכב אשר אינו כה קל להגדרה¹²⁸, או לפחות מדובר ברעיון שנוי במחלוקת¹²⁹. למען האמת המונח "זכות אישית" בעברית אינו נהיר די הצורך: בכל הנוגע למשמעות של זכות אישית כדאי להבחין בין right of personality לבין personal rights. למשל ב-Common Law הרעיון של זכות אישית (personal right) כולל כל זכות על נכס שאינו מקרקעין אשר היא בגדר real rights. זכות אישית היא זכות שאינה קניינית, אבל למונח "זכות אישית" גם משמעות שונה: "זכות הקשורה לאישיותו של האדם". כאן המשמעות של זכות אישית היא רחבה יותר. בשיטות משפט שונות ניתן למצוא התייחסות מפורשת לאיסור נקיטת אמצעים משפטיים נגד זכויות אישיות במובן הרחב הזה. כך למשל קובע למשל סעיף 1166 לקודקס צרפתי: "Les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur, à l'exception de

127 בעניין זכויות אישיות ראו REINHARD ZIMMERMANN, THE LAW OF OBLIGATION 1085 ff. (1999); Cyrill Rigamonti, *The Conceptual Transformation of Moral Rights*, 55 AJCL 67, 74 (2007).

128 הניסיון להגדיר מהי זכות אישית אינו פחות מורכב ממציאית הגדרה למונח זכות עצמו. זכות יכולה להתפרש כפריבילגיה, ככוח, כחירות וכדומה. הקושי נעוץ בעצם הקביעה מהי "זכות", שהוא מונח בעלת נפקויות שונות. ראו W.N. HOHFELD, FUNDAMENTAL LEGAL CONFLICTS (1966); MICHAEL FREEMAN, LLOYD'S INTRODUCTION TO JURISPRUDENCE 393 ff. (8th ed. 2008). השווה Alon Harel, *Theories of Rights, in PHILOSOPHY OF LAW AND LEGAL THEORY* 191 (M. Goldign & W. Edmudson eds., 2005); JOHN EEKELAR, FAMILY LAW AND PERSONAL LIFE 132 ff. (2006).

129 ראו ZIMMERMANN, לעיל ה"ש 127, בעמ' 1087.

"ceux qui sont *exclusivement attachés à la personne*" כלומר הרעיון הוא למנוע פגיעה בזכויות הקשורות לאדם. בסעיף 27(1) לקודקס האזרחי השווייצרי נקבע תחת הכותרת של הגנה על אישיותו של האדם (personalité) כי אין לפגוע, ולו באופן חלקי, בזכויות אזרחיות של אדם¹³⁰. לכן, במקום זכויות אישיות היינו צריכים אולי לדבר על "זכויות הקשורות לאישיותו של האדם". עם זאת לצורך נוחות נמשיך ונדבר על זכויות אישיות, כאשר כאן הכוונה היא לזכות הקשורה לאדם ולאישיותו ולא רק לרכושו. בתוך המונח "זכות אישית" נכנסות למעשה קטגוריות שונות:

1. זכויות הנעוצות במעמדו המשפטי בחברה: זכויות כמו האזרחות, מעמד אישי (נשוי גרוש וכו');
2. זכויות הקשורות לחירויות האדם: חופש ביטוי, חופש תנועה, חופש עיסוק;
3. תכונות אינהרנטיות לאישיותו של אדם כמו גופו או כל חלק ממנו¹³¹;
4. זכותו של אדם להגן על דמותו ועל שמו הטוב;
5. זכויות מוסריות של היוצר על יצירתו.

אנחנו רואים כי הזכויות הללו אינן עבירות, עם זאת לחלק מהן יש ממד כלכלי. כך למשל פגיעה בזכות אישית יכולה ליצור עילה לתביעה נזיקית אשר בסופו של דבר תתורגם לכסף. כך גם זכויות הנובעות מעילות שנוצרו מפגיעה בגופו ובשמו של אדם ולא רק מפעילותו הכלכלית (למשל זכות להגיש תביעה נזיקית בגין לשון הרע¹³²) או כפי שאסביר בהמשך, זכויות הנעוצות בבעלות על נכסים בעלי ערך סנטימנטלי או רגשי, כמו במקרה של מכתבים פרטיים של אדם מפורסם. חלק מן הזכויות האישיות הן זכויות אשר ממילא אינן מסחריות (extra comericio), כמו זכות לשלום או הזכות לאזרחות. ככל שאנחנו מרחיבים את המונח זכות אישית אנחנו גולשים לתחום של זכויות בעלות אופי כלכלי. עקרונית, כאשר מדובר בזכות שהיא בגדר זכות עבירה (assignable), אזי אין כאן זכות אישית והנושה

130 Nul ne peut, meme partiellement, renoncer à la jouissance ou à l'exercice des droits civils. ראו גם ס' 28 לקודקס האזרחי השווייצרי.

131 יכולה להתעורר שאלה לגבי אבר של אדם. בישראל סחר באברים אסור, אבל יש כאלה שמוכרים אברים (ניתוח באמצעות גורמים רפואיים בחוץ לארץ לצורך מכירת כליה הוא מקרה ידוע). גם אם נניח כי ביום מן הימים עסקה כזו תקבל לגיטימציה, הרי בכל מקרה לא ניתן יהיה לעקל אברים של אדם.

132 יש שיטות משפט שבהן כאשר מדובר בזכויות אישיות, לא ניתן לעקל את הפיצוי שאדם יכול לקבל עקב פגיעה באותה זכות. ראו למשל באנגליה MILLER & BAILEY, לעיל ה"ש 66, בעמ' 557.

והנאמן יכולים לשים יד עליה¹³³. אלא שיש מגמה להעניק מעמד של זכות אישית לזכויות אשר הן בעלות אופי כלכלי¹³⁴, כגון זכות לעבוד.

השאלה של זכויות אישיות בהוצאה לפועל דומה במובנים רבים לשאלה של הגבלת הליכי הוצאה לפועל על בסיס קיומן של זכויות יסוד. אולם ההשוואה בין זכות אישית לבין זכות יסוד אינה כה נכונה, לא רק משום שאם כל זכות אישית היא בגדר זכות יסוד אין טעם לדבר על זכויות אישיות (שהרי כל ההבדל הוא סמנטי), אלא גם משום שלמעשה זכויות אישיות כן ניתנות לפגיעה במסגרת הליכי הוצאה לפועל. אין מחלוקת כי מקובל להגביל זכויות אישיות בהוצאה לפועל. בחוק הישראלי ישנה הגבלה על חירותו של החייב באמצעות פקודות מאסר¹³⁵ או כאשר נמנעת מחייב אפשרות יציאה מן הארץ. דברים דומים ניתן לומר על הפרטיות אשר גם היא בגדר "זכות אישית". דיני הוצאה לפועל מאפשרים פגיעה בפרטיות החייב על ידי שליפת פרטיו ממאגרי מידע, פעולה המהווה ללא ספק פגיעה בזכות האישית שלו¹³⁶.

ייתכן שהתחקות אחר ההגדרה של זכות אישית כרוכה באותה אמביוולנטיות של הבנת הרעיון של זכות, ואולי כפי שציין דוורקין לגבי המושג זכות, הרעיון של זכות אישית אינה יותר מאשר מעין קלף, אשר תוכנו מאפשר להסדיר מצבים מסוימים בהתאם לשיקולים שונים¹³⁷. אם אנחנו מרחיבים את ההגדרה של זכות אישית וכוללים בה כל זכות שראוי להגן עליה מכוח הגנה על כבוד האדם, אנחנו עלולים להימצא במצב שבו מעט מאוד נכסים יהיו ניתנים לעיקול.

ישאל השואל כיצד ניתן לפעול כאשר הזכות האישית שזורה בזכויות כלכליות. לדוגמה אם ניתן יהיה לעקל את הרווחים שאדם מפיק עקב שימוש בשמו (כמו למשל כאשר הוא מופיע בשם מסחרי). למעשה השאלה קשורה לשאלה עקרונית אחרת שאין לה פתרון פשוט

- 133 ראו (2005) 59 DAVID MILMAN, PERSONAL INSOLVENCY LAW REGULATION AND POLICY.
 134 כך למשל במשפט השוויצרי אנו עדים להרחבת המעגל של זכויות אישיות גם לזכויות בעלות אופי כלכלי: Johann Neethlings, *Personality Rights: A Comparative Overview*, 38 COMPARATIVE AND INTERNATIONAL LAW JOURNAL OF SOUTHERN AFRICA 210, 224 (2005).
 135 הרפורמה אמורה לבטל מאסרים לתקופת מה. נכון לכתיבת מאמר זה, לא ידוע מה יהיה המשטר הסופי.
 136 אכן, לעתים ניתן לפגוע בזכות אישית על מנת למנוע פגיעה בנושים. כך למשל הזכות להסתלק מן העיזבון היא זכות אישית שלא ניתנת להעברה, אך אם זכות אישית זו (לאמור, הזכות שלא לקבל את העיזבון) פוגעת בנושים במובן זה שנכסי העיזבון לא מתקבלים אצל החייב, ניתן לבטל את ההסתלקות ולממש את הרכוש כאילו היה של החייב.
 137 דוורקין מדבר על right as trump. ראו Ronald Dworkin, *Rights as Trumps*, THEORY OF RIGHTS 153 (1984).

– עד כמה זכויות בעלות אופי חברתי או כלכלי הן בגדר זכויות יסוד, או ליתר דיוק עד כמה זכויות אלה יכולות להיות מוגנות על ידי בתי המשפט¹³⁸.
 זכויות או חפצים בעלי אופי אישי יכולים להיות בעלי ערך כלכלי רב¹³⁹. כך למשל מכתבים של אדם מפורסם: ייתכן כי למכתבים הללו ערך כלכלי מסוים והבעלים או היורשים יכולים למכור אותם. על רקע זה מתעוררת השאלה אם ראוי לאפשר עיקולים של מכתבים כאלה¹⁴⁰.

מצב מקביל אנחנו מוצאים בכל הקשור לזכויות יוצרים. ליתר דיוק הכוונה היא לזכותו המוסרית של היוצר על יצירתו¹⁴¹. מעבר לפן האישי, לזכויות יוצרים יש פן כלכלי אשר אינו בגדר זכות אישית וניתן לעיקול. זכויות יוצרים טומנות בחובן קשת של זכויות השייכות ליוצר, כולל הזכות לשלמות העבודה, למניעת שינוי וכמובן זיוף, ולהתנגד לכל פגיעה ביצירה אשר עלולה לגרום לפגיעה בשם הטוב של היוצר. זכות זו מוגדרת "זכות מוסרית" – ביטוי הלקוח מן המשפט הצרפתי – *droit moral*. הזכות המוסרית אינה ניתנת לעיקול או להעברה לנושים או לאדם אחר. בשיטות משפט אחרות לפעמים אפילו הכנסה שהיא תוצאה של ביצוע מיומנות אישית נחשבת לזכות אישית שאינה ניתנת לעיקול או לתפיסה¹⁴². עם זאת ישנם ורוחים אשר היוצר יכול להפיק משיווק יצירתו ורווחים אלה ניתנים לעיקול. בפשיטת רגל ניתן לעקל או להעביר את התמלוגים שהיוצר מקבל עבור עבודתו (*royalties*)¹⁴³.

במסגרת רשימה זו לא אדון בכל השאלות הקשורות לזכויות אישיות, אלא אתמקד בהתייחסותו של בית המשפט העליון לשאלה זו בעניין אלוני.

- 138 ראו למשל הדיון בעניין עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי, לעיל ה"ש 41.
 139 לטענתי, כאשר מבחינים בין פן אישי לבין פן כלכלי יש לשים לב כי לכל זכות אישית, גם כזו שאינה ניתנת להעברה, יש פוטנציאל כלכלי בכך שניתן לתבוע פיצויים בגין פגיעה בה.
 140 היינו יכולים להרחיק לכת ולומר שיש אנשים המוכרים אברים מגופם לצורכי השתלה. מעבר לבעיות ברמה החוקית וברמה האתית במכירת אברים, האם יעלה על הדעת כי מישהו יהרהר אם ניתן לעקל כליה למשל? עצם השאלה מקוממת...
 141 ראו: ELIZABETH ADENEY, THE MORAL RIGHT OF AUTHOR AND PERFORMERS 207 (2006); John H. Merryman, *The Moral Rights of Maurice Uitto*, 43 AM. J. COMP. L. 445 (1993); יהושע ויסמן "הזכות האישית (*droit moral*) בדיני זכות יוצרים" מחקרי משפט ז 51 (1989).
 ראו גם ס' 46 לחוק זכות יוצרים, תשס"ח-2008.
 142 ראו גם *Rose v. Buckett* [1901] 2 K.B. 449. מדובר בפסיקה אנגלית ישנה ולא מצאתי נתונים ערכניים אם היא עדיין נחשבת תקפה. עם זאת בהודו הלכה הזו נחשבת בעלת משמעות. ראו AVTAR SINGH, LAW OF INSOLVENCY 96 (2004).
 143 ראו SCOTTISH LAW COMMISSION, DISCUSSION PAPER ON ATTACHMENT ORDERS AND MONEY ATTACHMENT 30 ff. (Edinburgh, 1999); LIONEL BENTLY, BRAD SHERMAN, INTELLECTUAL PROPERTY LAW 270 (3rd ed. 2009).

2. "זכות אישית" בעניין אלוני

עד כמה זכויות הקשורות לכאורה באופן אינהרנטי לכבוד החייב הן מחוץ להישג ידיו של הנושה עקב היותן בתחום ה"זכויות האישיות"? האם גם זכויות אישיות כאלו נכנסות למעגל של נכסים שאינם ניתנים לתפיסה על ידי הנושים? אצלנו הדבר קיבל ביטוי מובהק בפרשת אלוני¹⁴⁴, שם קבע בית המשפט העליון כי מכסת החלב אינה ניתנת לעיקול משום שהיא בגדר זכות אישית, אולם דמי ניווד שיופקו ממכירת המכסה כן ניתנים לעיקול, אם וכאשר החייב עצמו יחליט על העברת המכסה. אציין בקיצור את העובדות.

החייב היה חקלאי ובין היתר הפעיל רפת. לצורך עיסוקו זה הוא היה בעל זכות לייצור חלב – זכות המכונה מכסת חלב, רישיון שניתן לו על ידי מועצת החלב¹⁴⁵. בישראל כמות החלב שרפתן יכול לשווק היא פונקציה של מכסה שנקבעת לפי הוראותיו של צו הפיקוח על מצרכים ושירותים (ייצור חלב), תשכ"ז-1967. רפתן רשאי להעביר את המכסה (quota) לאדם אחר, אך הדבר כפוף להסכמת מועצת החלב. עקב הסתבכות כספית ננקטו נגד הרפתן הליכי הוצאה לפועל, ובמסגרתם מונה כונס הנכסים אשר ביקש לעקל ולממש את מכסת החלב¹⁴⁶. מימוש המכסה היה עשוי להביא לגביית "דמי ניווד", שהוא הסכום שבעל המכסה מקבל כאשר הוא מעביר אותה – והכול בכפוף להסכמת מועצת החלב¹⁴⁷. החייב התנגד למימוש מכסת החלב משום שלדעתו היא זכות אישית.

בית המשפט קיבל את עמדת החייב בדעת רוב (השופט לוין והשופטת פרוקצ'יה כנגד דעת המיעוט של הנשיא ברק), אך בדרך מיוחדת קמעה. לפי בית המשפט מדובר בזכות אשר משלבת בתוכה מרכיבים רכשיים ומרכיבים אישיים. לדעת הרוב, הכונס אינו רשאי לגעת בפן האישי, אבל הוא רשאי לממש את הכספים שיגיעו לחייב, אם וכאשר הוא עצמו יחליט להעביר את המכסה, כלומר כאשר בעל הזכות יבחר לנתק מעצמו את המרכיב האישי ולממש את המרכיב הכלכלי. לפיכך נקבע כי המכסה ניתנת לעיקול ברישום, אבל המכסה תמומש אך ורק כאשר החייב עצמו יחליט למכור את הזכויות.

בעניין אלוני נאלץ בית המשפט להתמודד עם הבעיות של הגדרת זכות כ"זכות אישית". השופט שלמה לוין מצביע על כמה תכונות של מכסת החלב¹⁴⁸, אשר לכאורה מיועדים להגדיר באילו מקרים זכות יכולה להיות מוגדרת כ"זכות אישית". לטענת השופט לוין, ההיבטים שמאפיינים את המכסה כזכות אישית הם: (1) העברת הרישיון כפופה לאישור

144 ע"א 3553/00 אלוני נ' זנד טל מכוני תערוכת בע"מ, פ"ד נז(3) 580 (2003) (להלן: עניין אלוני).

145 שם, בעמ' 581.

146 הרפת היא רכוש משותף של הרפתן ושל אשתו. לגבי חלקה של האישה – הוחלט שאין נוגעים בו.

147 ראו עניין אלוני, לעיל ה"ש 144, בעמ' 583.

148 ראו עניין אלוני, לעיל ה"ש 144, בעמ' 586.

מועצת החלב; 2) להעברה זו דרושה הסכמת החייב; 3) היותה של המכסה מקור פרנסת החייב¹⁴⁹.

באשר לאישורה של מועצת החלב, ניתן לבצע הקבלה עם המעמד של רישיון מונית (המספר הירוק), שגם הוא זוכה להגנה מפני נושעים¹⁵⁰. עם זאת ישנם גם מקרים אחרים של זכות הכפופה להסכמת גוף שלישי, שבהם ההסכמה אינה הופכת אותה מניה וביה לזכות אישית. דוגמה לכך היא העברת דירה הרשומה במינהל מקרקעי ישראל. אמנם להקבלה יש כמה בעיות: לגבי מכסת חלב מדובר במקרה שגוף נותן רישיון ומפקח על העברתו; במינהל זה רק גוף שרושם, ולכן ההעברה היא עניין טכני, שאינו משפיע על זכויות הצדדים לעסקה¹⁵¹. אולם לדעתי לא הרמה של הבקרה (טכנית או מהותית) היא שהופכת את העניין לזכות אישית. אגב, אינני בקיא בדרך שבה ניתנים רישיונות במדינות אחרות, אולם באנגליה למשל נקבע כי רישיונות מסוימים שלגביהם יש צורך באישור של גוף מפקח, כגון רישיון דיג, כן ניתנים לעיקול¹⁵².

באשר להסכמת החייב, השופט לוין מתחבט לגבי האפשרות שהסכמתו של כונס נכסים תחליף את ההסכמה של החייב, אבל הכרעתו היא ערכית: "אין זה ראוי שהסכמה זו תינתן". מדובר במעגל קסמים: ההסכמה חייבת להיות של החייב משום שמדובר בזכות אישית, ומדובר בזכות אישית, משום שאין זה ראוי שהסכמה זו תינתן על ידי הכונס... במקרים רבים שבהם חייב אינו נותן את הסכמתו, בית המשפט ממנה כונס נכסים אשר ישמש שלוח סטטוטורי של החייב (שהוא הנאמן במקרה של פשיטת רגל), והוא יכול לחתום בשמו על כל מסמך הדרוש במימוש העיקול. אמנם נכון שלא ניתן לכפות על החייב התנהגות מסוימת או ביצוע אישי¹⁵³. חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970 לא מאפשר אכיפה כאשר מדובר בביצוע אישי של הנתבע – לחייב זמר לשיר או לחייב רופא לנתח. ההיגיון באי-כפיית ביצוע אישי הוא כפול: מצד אחד, הוא נועד לשמור על כבוד האדם ולא לחייבו לבצע מעשה שהוא אינו מוכן לעשותו, אך מן הצד האחר להבטיח תוצאה טובה עבור הנושה עצמו (אשר לא יכול לקבל מופע כפי שציפה ושבודאי לא יהיה מוכן להסתכן להיות על שולחן הניתוח תחת ידיו של רופא המסוכסך עמו). בכל הקשור לאיסור ביצוע

149 שם, בעמ' 585 (השופט לוין) ובעמ' 587 (השופטת פרוקצ'יה).

150 שם, בעמ' 597 (השופטת פרוקצ'יה). ראו גם ס' 14(ג) לפקודת התעבורה [נוסח חדש], נ"ח תשכ"א 173.

151 ראו ע"א 6529/96 טקסטיל רייס בע"מ נ' רייך, פ"ד נג(2) 218, 230 (1999).

152 ראו Re Rae [1995] B.C.C. 102.

153 יש הבדל בין הגישה הקונטיננטלית לבין גישת ה-common law. ראו א' מ' ראבילו ופ' לרנר "העקרונות לחוזים מסחריים בינלאומיים והדין הישראלי" עקרונות ה-UNIDROIT וקודיפיקציות לאומיות מודרניות 7, 29 (מרדכי ראבילו עורך, 2001).

אישי אין מניעה מוחלטת של ביצוע החיוב, אלא השיטה מציגה חלופה – תשלום פיצויים או ביצוע על ידי אדם אחר.

נותר אפוא המרכיב השלישי – לאמור פרנסתו של חייב – כזכות אישית. נתחיל ונשאל אם ככלל פרנסת האדם היא זכות אישית. חשיבות הפרנסה אינה במחלוקת, ובייחוד הזכות להכנסה מינימלית שהיא חלק ממגוון זכויות האדם (במסגרת הזכות לקיום מינימלי בכבוד). המשפט מייצר כמה מנגנונים להבטחת פרנסה במידה שהזכרה בפסק הדין. כך למשל חוק ההוצאה לפועל קובע הגבלות על עיקול מכשירי עבודה¹⁵⁴, הגנה על משק חקלאי¹⁵⁵ והגנה חלק מן המשכורת שלא ניתן לעיקול¹⁵⁶. אבל העובדה כי רכוש מסוים ראוי להגנה אינה הופכת אותו לזכות אישית. אם לא כל הכנסה של אדם מוגנת, מדוע דווקא מכסת חלב תיהנה ממעין "מעמד על" כתוצאה מהיותה זכות אישית?

השופט לוין ראה בויתור על המכסה פגיעה בפרנסתו של החייב¹⁵⁷, ומכאן לדעתו אין לתת כוח זה לכונס הנכסים. לפי השופט לוין, הכונס אינו רשאי לוותר על המכסה כפי שאינו רשאי לשלוח בשם החייב מכתב התפטרות כדי לקבל את הפיצויים. לדעתי יש הבדל בין המצבים: התפטרות היא פעולה חד-צדדית אשר לא כרוכה בתשלום מן הצד השני. זכות הפיצויים נובעת מן החוק, בעוד שהתגמולים ממכירת המכסה הם תוצאה של עסקת העברת נכס. הפקעת המכסה אינה כמו התפטרות, מה גם שממילא הסכום שחייב עשוי לקבל מהתפטרות הוא סכום שלא ניתן לעיקול. הפיטורים אינם בגדר נכס (רק הפיצויים, בעוד שהמכסה לכשעצמה היא נכס).

אנחנו רואים את ההבדל בהתייחסות בין דעת הרוב, המתמקדת במכסת החלב כיוון שהיא הכרחית למקצועו של החייב, לבין דעת הנשיא ברק, הסובר כי המבחן צריך להיות בדיקה עובדתית של מצב החייב ובחינה אם המכסה היא מקור שמספק את גרעין פרנסתו. לדעת הנשיא, לא רק שבית המשפט המחוזי לא בדק מבחינה עובדתית עד כמה מכסת החלב היא חלק הכרחי מקיום החייב, אלא גם שאם יש במכסת החלב מרכיבים אישיים, הם אינם מהותיים דיים כדי למנוע את הפעלת דיני ההוצאה לפועל על המכסה כולה¹⁵⁸. לצורך הביורור האמור הוא היה מעדיף להחזיר את התיק לבית המשפט מחוזי (או לרשם ההוצאה

154 ראו ס' 22(א)(4) לחוק ההוצאה לפועל. ההגבלה היא עד סכום של 5,000 ש"ח: תק' 50(א) לתקנות ההוצאה לפועל.

155 ס' 39 לחוק ההוצאה לפועל.

156 ס' 8 לחוק הגנת השכר, תשי"ח-1958.

157 ראו עניין אלוני, לעיל ה"ש 144, בעמ' 585.

158 ראו דברי ברק, שם, בעמ' 602. למעשה גישה זו עולה בקנה אחד עם פסיקה אנגלית אשר קבעה כי מכסת חלב היא בגדר רכוש הנופל במסגרת ס' 436 לחוק פשיטת רגל האנגלי. מבלי להתעלם ממהותה המיוחדת של הזכות, יש כאן מרכיב כלכלי ברור שניתן לממש אותו. ראו *Swift et al v. Dairywise Farm, Ltd.* (2000) 1 WLR 1177 (Chancery Div.).

לפועל) לצורך קביעה עובדתית, קרי באיזו מידה מכסת החלב נחוצה לקיום (אולי "קיום מינימלי") של החייה. ביני לביני אני סבור כי ההחלטה שאליה הגיע הרוב צודקת, למרות שלדעתי ראוי לשלב בתוך החלטת הרוב את המבחן העובדתי שמציע הנשיא ברק. וכאן לדעתי אנחנו מגיעים לנקודה המרכזית המאפיינת את המכסה כזכות אישית: לא מדובר "רק" בפרנסה, אלא גם במקצועו של החייה.

3. מקצוע וזכות אישית

מקצועו של אדם ועבודתו לא נחשבים בסיס לכלכלתו אלא ביטוי לאישיותו. במובן זה ניתן להסכים כי מעבר לסכום שהוא משתכר, יש בהיותו רפתן (כמו שיש בהיותו עורך דין, מהנדס, חייל או מורה) "זכות אישית" או חלק מאישיותו. שלילת הרישיון – או העברתו – הוא צעד דרסטי במובן שמחייב אדם להחליף מקצוע. פגיעה זו על פניו – ובהיעדר נתונים המפריכים אותה – עולה על התועלת שהנושה יכול לקבל מהתקבולים שיקבל בגין המכסה. נניח שאדם הוא מהנדס אך אינו רוצה לעבוד כמהנדס ולא מתפרנס מכך, ברי כי גם כאן אין כונס הנכסים רשאי "לעקל" את התואר ולממשו, ולו מן הסיבה הפשוטה שהתואר עצמו אינו ניתן להעברה! אלא שבמקרה של מכסת החלב העבירות, שהיא לגיטימית, עלולה לשלול מהחייה את האפשרות לעסוק במקצועו, ומכאן שההחלטה צריכה להיות שלו בלבד. ההקבלה עם מקצוע חופשי היא במובן שבשני המקרים פגיעה ברישיון (למרות שדרכי רכישתו שונות לחלוטין) מונעת מן האדם לעסוק במקצועו. בסופו של דבר, הרפתן שתילקח ממנו מכסת החלב יצטרך לקבל את הסכמתה של מועצת החלב כדי להיות שוב רפתן. הווה אומר עניין הרישיון – המכסה – אינו רק עניין של פרנסה נוכחית, אלא גם של פרנסה עתידית והאפשרות לפרנסה עתידית. בפועל, חייב אשר שוללים ממנו את רישיון העבודה עלול להימצא במצב שבו הוא לא יעסוק במקצועו שלו. אמנם נכון שהוא יוכל לעבוד ברפת של מישהו אחר, אבל כאן יכולה להתעורר השאלה אם אכן מדובר בעבודה במקצוע שלו ממש או שמא הוא עובד בתחום שלו אבל לא יכול לעסוק במקצועו.

החייה הוא רפתן. נניח כי לאחר העיקול ומימושו החייה זוכה בסכום נכבד, יוצא ממצב חדלות הפירעון, משלם את מלוא החוב ורוצה לחזור למקצועו שלו. הדבר יהפוך לבלתי אפשרי שכן חסר לו הרישיון. נוסף על כך, ייתכן שאדם זה לא יוכל למצוא דרך חלופית להשתכרות. תוצאה זו פוגעת כמובן בזכויות יסוד¹⁵⁹. אולם אם מתברר כי החייה כלל לא עוסק בפועל בייצור חלב והדבר לא קשור למקצועו או לפרנסתו, ומימוש המכסה יכול להביא תועלת לנושים, ניתן יהיה לממש את המכסה.

159 ראו עניין אלוני, לעיל ה"ש 144, בעמ' 584 ואילך (השופט לוינ).

האם המצב צריך להיות שונה במקרה של פשיטת רגל? אכן, במסגרת פשיטת רגל קיימות הגבלות מקצועיות רבות: חוקים שונים מונעים מפושט הרגל להיות קבלן¹⁶⁰, מתווך¹⁶¹ או עורך דין¹⁶². האם הפתרון של הגנה על מכסת החלב צריך להיות שונה במקרה של פשיטת רגל? מצב זה שונה מהגבלות המקצוע בפשיטת רגל. המניעה מלעסוק בעיסוקים הדורשים רישיון היא הגבלה שמוטלת על פושט רגל כתוצאה מסטיגמה שהייתה בעבר בעניין פושטי רגל (דבר שאינני בטוח שצריך להיות תקף גם היום). אלא שניהול רפת ודאי שלא קשור לשום סטיגמה, ואין צורך להגן על הציבור מפני בעלי רפתות פושטי רגל. מועצת החלב אינה מונעת מאדם להיות רפתן משום שהיא רואה בהתנהגות החייב מעשה פסול כפי שקורה בפשיטת רגל. מכאן שביחס לשלילת הרישיון, במקרה זה מדובר בפגיעה בלתי מוצדקת בחייב במקרה של פשיטת רגל. רשימת ההגבלות בפקודת פשיטת הרגל כוללת גם אישורים שהחייב יכול לקבל מחדש אחרי הפטר בהתאם להסכמת הגוף המסמיך; לא כך בעניין הרישיון. אבדן הרישיון יכול להיות בפועל ויתור קבוע, משום שלחייב לא תהיה אפשרות לרכוש רישיון חדש לאחר מכן. במקרה של המכסה אין עניין של שיקום. העברה זו יכולה להביא לחוסר אפשרות עתידית להמשיך לעסוק במקצועו.

4. הערה לעניין עיקול עתידי

למען הדיוק, בית המשפט לא שלל את עיקול המכסה אלא הבחין בין הרישום לבין המימוש. כאמור, האיזון בין פן אישי לבין פן כלכלי נעשה על ידי הבחנה בין עיקול ברישום של המכסה לבין דחיית המימוש עד מועד לא ידוע, כאשר החייב עצמו יחליט להעביר את המכסה. דעת הרוב בפסק הדין מוצאת פתרון להבחנה בין פן אישי לבין פן כלכלי על ידי כך שהיא מציעה "לפצל" את העיקול¹⁶³ וקובעת כי לגבי דמי הניוד מדובר בעיקול עתידי. מאחר שבית המשפט עומד על ההבחנה בין הפן האישי (בלתי ניתן לעיקול) לבין הפן הכלכלי (ניתן לעיקול), מנגנון זה הכרחי כדי לאפשר את מימוש ההיבט הכלכלי אם וכאשר הוא יתגבש בנפרד מן הפן האישי.

שאלת ההיתכנות של עיקול עתידי אינה חדשה וכבר נקבעה לה תשובה חיובית בפסיקה¹⁶⁴. מקובל לומר שהכלל הוא כי ניתן לעקל זכות עתידית, אך לא סתם תקווה או ציפייה¹⁶⁵. אלא שהבחנה אינה כה ברורה כפי שנראה על פניו, משום שבשורה התחתונה

160 ס' 8(א)(1) לחוק רישום קבלנים לעבודות הנדסה בנאיות, תשכ"ט-1969, ס"ח 218.

161 ס' 5(3) לחוק המתווכים במקרקעין, תשנ"ו-1996, ס"ח 70.

162 ס' 48(3) לחוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א-1961, ס"ח 178.

163 ראו עניין אלוני, לעיל ה"ש 144, בעמ' 592 ואילך.

164 גם שעבוד יכול להיות עתידי. ראו שלום לרנר שעבוד נכסי החברה 62 (1996).

165 ראו בר אופיר, לעיל ה"ש 58, בעמ' 902. גם באנגליה מקובל כי ציפייה (למשל הציפייה או התקווה לקבל רכוש בירושה) אינה בגדר "רכוש" לצורך תפיסה על ידי נאמן פשיטת רגל. ראו

ההבחנה בין זכות לבין ציפייה אינה הבחנה מהותית אלא למעשה הבחנה לגבי דרגת הוודאות באשר להתרחשות האירוע נשוא העיקול. כך למשל כאשר מטילים עיקול על כלל נכסי החייב אצל צד ג', מכוח ס' 44 לחוק ההוצאה לפועל, העיקול תופס כל נכס שיגיע לצד ג' בטווח זמן של שלושה חודשים. בפועל, בעת העיקול אין יותר מציפייה, משום שהזוכה אינו יכול לדעת אילו נכסים יגיעו ואילו לא. כך שגם לעניין הציפייה מדובר בדרגות של ודאות. למעשה אין בעיה להטיל עיקול על ציפייה, כאשר צו העיקול מותנה ("אם החייב יקבל כסף בגין מעשה מסוים, הכסף הזה יעוקל" וברור כי אם אין הוא מקבל כל כסף אין תוקף לצו העיקול) ודורש קביעת זמן סביר לפקיעת הצו אם הציפייה לא תמומש (למשל "צו העיקול יהיה בתוקף במשך חצי שנה"). בעניין אלוני האפשרות שכונס הנכסים יוכל בעתיד לממש את המכסה אינה ודאית אלא מותנית בעצם רצונו של החייב להיפרד מן המכסה. כדי להתגבר על בעיה זו משווה השופטת פרוקצ'יה בין המצב של עיקול "עתידי" על מכסה לבין המצב של שעבוד צף, על ידי הזדקקות לרעיון מקורי קמעה: עיקול צף שיחול על כל הכספים שיגיעו לחייב אם וכאשר יחליט להעביר את המכסה ויקבל דמי נידוד. בספרה התאגידי, שעבוד צף הוא בטוחה הרובצת על כלל נכסי החברה או על חלק מהם, ולא על נכס ספציפי¹⁶⁶. לדידי יש להיות זהירים לפני שמבצעים היקש משעבוד צף לעיקול, ואין רבותא בכינוי העיקול "עיקול צף". הרעיון בבסיס שעבוד צף הוא שאם החייב אינו עומד בהחזר ההלוואה, המלווה (הנושה) יהיה רשאי לממש את השעבוד הצף באמצעות הפיכתו לשעבוד קבוע על נכסי התאגיד. הווי אומר שעבוד כללי ולא מסוים הופך לשעבוד ספציפי. הפיכתו של שעבוד צף לשעבוד קבוע תיעשה באמצעות הפעולה של גיבוש השעבוד. אימתי יגובש השעבוד? כאשר החייב הפר את החיוב שעליו מתבסס שעבוד; לאמור במקרה של אי-תשלום החוב רשאי הנושה להגיש בקשה למינוי כונס נכסים ולהפוך את השעבוד הצף לשעבוד קבוע¹⁶⁷. לא כך המצב במקרה של עיקול המכסה: המעבר משלב הרישום לשלב המימוש אינו תוצאה של "אי-קיום החיוב", דבר אשר ממילא התרחש (ומשום כך יש הליכי הוצאה לפועל); במקרה של מכסה החלב מימוש העיקול נעשה בעקבות החלטת החייב עצמו להעביר את המכסה ואינו תלוי בהפרת חיוב: החיוב כבר הופר ועקב כך יש עיקול. איני חושב שמדובר בעיקול צף, אלא למעשה מדובר בעיקול מימוש נדחה. לאמור, העיקול נרשם, אבל המימוש נדחה עד קיום תנאי, התלוי בפועל ברצונו של החייב עצמו – להיפרד מזכותו למכסה. הפתרון של פיצול בין עיקול ברישום לבין מימוש עיקול אינו ייחודי למקרה דנן. מדובר בפתרון אשר לעתים יכול להוביל להבטחת הזכויות של הזוכה תוך עמידה בעקרון התועלת. כך למשל במקרים של חוסר אפשרות מעשית של מימוש,

JOHN BRIGGS & CHRISTOPHER BROUGHAM, HUNTER ON PERSONAL INSOLVENCY 3100 (2008).

166 ראו לרנר, לעיל ה"ש 164, בעמ' 55 ואילך; האן, לעיל ה"ש 72, בעמ' 519 ואילך.
167 ראו לרנר, שם, בעמ' 133 ואילך.

היעדר עניין של הנושה בביצוע המימוש או ניסיון להפעיל לחץ על החייב מבלי להגיע לפגיעה חמורה מדי ולא סבירה בזכויותיו¹⁶⁸.

פסק דין אלוני לא נתן תשובה מידית לבעיית הוודאות המינימלית הדרושה במקרה של מימוש נדחה: לא ברור מפסק הדין מה יקרה אם גם בחלוף כמה שנים החייב לא יעביר את המכסה. אפשר שהתיק ייסגר ובמקרה זה הגיוני שהחייב יהיה חופשי להחליט לגבי זכותו, אולם אם התיק לא נסגר, האם פירוש הדבר כי החייב לעולם לא יוכל להעביר את המכסה מבלי להעביר את דמי הניוד לכונס הנכסים? לדעתי ראוי שבמימוש נדחה תהיה קביעה של מסגרת זמן אשר תבהיר לצדדים עד מתי זכותו של הנושה למנוע את ההעברה. בתום תקופה מסוימת יש להחליט אם העיקול מתבטל באופן סופי או לחלופין ממומש, נוכח העובדה כי בפועל החייב לא מתכוון יותר לעסוק במקצוע. ייתכן שמן הראוי שבית המשפט יקבע כי ההקפאה תהיה מוגבלת בזמן מסוים, שלוש שנים למשל, כדי לבדוק אם החייב עוסק בתחום והדבר מביא תועלת לנושים. בסופו של ההליך – העיקול ימומש או שהחייב יישאר חופשי מכבלי הכונס.

5. בעקבות פסק דין אלוני

עניין אלוני משקף אימוץ של גישה ליברלית והתפתחותית¹⁶⁹, אבל ספק אם יש לה שורשים עמוקים במשפט הישראלי. בית המשפט העליון התבקש לערוך דיון נוסף, ובהחלטתו ציין כי אין בפסק הדין שינוי הלכה ושמדובר במקרה נקודתי (דבר אשר לא ברור אם הוא נכון)¹⁷⁰. זאת ועוד, כאשר סוגיה דומה לכאורה – בעניין מכסת ביצים – הגיעה לבית המשפט המחוזי, העדיף השופט שפירא ללכת בדרכו של הנשיא ברק ונשען על חשיבות המכסה בפרנסת החייב. השופט שפירא מצא כי חשיבות מכסת הביצים עבור החייב לא הייתה ככה וגם שעצם הפעלת לול אינה מורכבת כמו הפעלת רפת, עובדות שהצדיקו לדידו מימוש של מכסת הביצים¹⁷¹. אם היינו צריכים להיות קוהרנטיים לעניין הקריטריונים שנקבעו על ידי השופט לויך באשר להגדרת זכות כ"זכות אישית", אינני בטוח שההחלטה של השופט שפירא הייתה מוצדקת. כאשר יהיו החלטות חדשות בנושא, נוכל לבדוק מה היא אכן המגמה של הפסיקה.

168 במסגרת הרפורמה אנו עדים לחשיבות הרישום: ההליך המהיר מתבסס בין היתר על האפקט של רישום עיקול על רכב ועיקול אצל צד ג' (אמנם במקרה זה הרישום משמעו גם מימוש, שכן הרישום ילווה בהעברת הכסף לתיק ההוצאה לפועל).

169 "interprétation libérale ou évolutive". ראו Belleau, לעיל ה"ש 47, בעמ' 148.

170 ראו דנ"א 3368/03 זנדטל מכוני תערוכת בע"מ נ' אלוני (פורסם בנבו, 2003).

171 ראו בר"ע (מחוזי י-ם) 898/05 חן נ' גכט (פורסם בנבו, 2005). במקרה זה השופט שפירא לא מצא כי מכסת הביצים היא בסיס לפרנסת החייב.

ראוי היה שהמחוקק ייתן את הדעת לשאלה שנוצרה סביב בעיית המכסות. לכן, ובשולי דבריי, הייתי מציע סעיף מפורש בחוק ההוצאה לפועל המציין כי רישיונות או מכסות אשר הם מקור פרנסתו של חייב (ואפשר אולי ברוח ההחלטה של השופט שפירא להוסיף: פרנסתו העיקרית) לא ניתנים לעיקול.

6. זכויות אישיות ונכסים בעלי ערך סנטימנטלי

בשולי הדיון על זכויות אישיות יש להתייחס, ולו בקצרה, לנכסים בעלי ערך סנטימנטלי. הדיון בעניין אלוני מבלבל קמעא משום שהשופט לוין משליך את יהבו על פסיקה אנגלית כדי להוכיח כי גם שיטות משפט אחרות נוהגות שלא לפגוע בזכויות אישיות. דא עקא השופט לוין בחר בדוגמה של הפסיקה האנגלית בעניין מכתבים אישיים אשר יש להם גם שווי כלכלי משום שנכתבו על ידי אדם מפורסם¹⁷², מצב שאינו דומה למצב של מכסת החלב. גם כאשר הנשיא ברק מנסה לקבוע כי מכסת החלב אינה בגדר זכות אישית, הוא נזקק לקשר בין סנטימנטים לבין זכות אישית, ולצורך כך מציין את הדוגמה של טבעת נישואים¹⁷³. עניין מכסת החלב אינו קשור לסנטימנטים, אבל יש מקום לשאלה האם קשר סנטימנטלי עם נכס מסוים יכול להיות מחסום אל מול נושים?

הבה נבחין: אמנם הקשר הסנטימנטלי לנכסים מסוימים הוא עניין סובייקטיבי, אך לא כל יחס סובייקטיבי לנכס הוא בגדר יחס סנטימנטלי. במה דברים אמורים? בדרך כלל אנשים קשורים לחפצים שלהם: אוהבים לשבת באותה כורסה, רגילים לשימוש במכשיר כזה או אחר, מטפלים במכונית שלהם וכדומה. יחס זה אין משמעותו כי לנכסים אלה ערך סנטימנטלי. ההבחנה היא בין הפונקציה שהנכס ממלא לבין הנכס עצמו: אם החשיבות לחייב היא בפונקציה – אין כאן עניין של נכס סנטימנטלי. כך למשל כאשר החשיבות היא בעצם הצפייה בטלוויזיה, הרי גם אם מבחינה סובייקטיבית יש חשיבות למכשיר (ויש אנשים אשר קשורים מאוד למכונית או למכונת כביסה), אין מדובר בערך סנטימנטלי. לעומת זאת כאשר הנכס כשלעצמו הוא החשוב, ייתכן שהסיבה היא ערכו הסנטימנטלי.

ניתן לומר כי לנכס יש ערך סנטימנטלי, כאשר מבחינת החייב הוא אינו בר החלפה עקב היחס המיוחד אליו. היחס המיוחד הזה יכול להתבטא בכמה אופנים. מקרה אחד הוא כאשר הנכס קשור לחייב בצורה שקיים זיהוי – מפורש או מכללא – בנכס המצביע על קשר זה. כך למשל אות גבורה לחייל או גביע בגין זכייה באלופות. במקרים אלה ניתן לדעת בצורה ברורה כי אכן החייב קיבל את הנכס כתוצאה מהישג מסוים, ומכאן שהערך הסנטימנטלי

172 הכוונה לעניין Haig v. Aiten [2000] 3 All E.R. 80; עניין אלוני, לעיל ה"ש 144, בעמ' 585.

173 In Re Mins (1985). עניין אלוני, שם, בעמ' 602. אכן יש שיטות שבהן נמצא הגנה מסוימת על טבעת נישואים. כך למשל במדינת לואיזיאנה בארצות-הברית החייב רשאי לשמור על טבעת נישואים ששווייה עד \$5000. ראו JASPER, לעיל ה"ש 33, בעמ' 70.

הוא אינהרנטי¹⁷⁴. כך גם כאשר מדובר במכתבים אישיים – גם אם יש ערך כלכלי (למשל מכתבים של אדם מפורסם) טיבם האישי מובן מאליו¹⁷⁵. המקרה מורכב יותר במקרה של נכסים שבהם הערך הסנטימנטלי נעוץ בהיסטוריה של הנכס, בבעליו הקודמים (תכשיט שהחייב קיבל בירושה¹⁷⁶) או בנסיבות האישיות (שעון יקר עמו הוא למד במשך כל תקופת האוניברסיטה). לעומת זאת גם אם הנכס הגיע לידי החייב בנסיבות מסוימות ייתכן כי יש כאן עניין סנטימנטלי.

המחוקק הישראלי נותן לפעמים ביטוי ברור לערך הסנטימנטלי, למשל כאשר נקבע כי אין עיקול של חיות מחמד¹⁷⁷. אמנם, ניתן לטעון כי סיבת ההגנה היא מניעת פגיעה מיותרת בבעלי חיים, אבל מעבר לכך ההוראה מגנה על הקשר הרגשי בין החיה לבין האדם¹⁷⁸ ומונעת ניצול לרעה של העיקול, אולם אין במשפט הישראלי הוראה כללית המגנה על נכס רק בשל קשר סנטימנטלי עמוק לבעליו. לעומת זאת בשוודיה לא ניתן לעקל "נכסים אשר בגלל ערכם הסנטימנטלי לחייב יהיה זה בלתי צודק בעליל לעקלם"¹⁷⁹. שימו לב כי ההוראה השוודית מתייחסת לא לכל מקרה של ערך סנטימנטלי אלא למקרים שבהם הדבר נראה בלתי צודק בעליל.

אינני חושב שיש לתת הגנה גורפת לערך הסנטימנטלי. עם זאת אין לפסול על הסף מקרים שבהם רשם ההוצאה לפועל יכול לראות קשר מיוחד לנכס זה או אחר, ובהתחשב בתועלת שהדבר מביא לזוכה – להחליט כי אין לעקל נכס זה. ברור כי תשומת הלב לערך הסנטימנטלי יכולה להיות משמעותית כאשר רוצים לבדוק אם הזוכה מנצל לרעה את העיקול כדי לפגוע בחייב ללא צורך. במקרה זה יש מקום לדבר על חוסר תום לב מטעם הנושה. בכל מקרה יש להוכיח כי לנכס ערך רגשי כה גדול אשר מצדיק להפוך אותו לחסין אל מול הנושה¹⁸⁰.

אבל כדי לבדוק אם הזוכה מתנהג בחוסר תום לב עלינו לבדוק גם את ההתנהגות של החייב: אם החייב יכול להציג חלופה נאותה, אין סיבה שהנושה יתעקש על הנכס הספציפי לו משיך החייב ערך סנטימנטלי, אולם אם החייב לא משתף פעולה ולא מציע דרכים

- 174 ראו חוק העיטורים בצבא-הגנה לישראל, תש"ל-1970, ס"ח 18.
- 175 באנגליה הוחלט כי תפיסת מכתבים במסגרת פשיטת רגל תיחשב גם בניגוד לאמנה אירופאית לזכויות האדם (פגיעה בפרטיות). ראו BRIGGS & BROUGHAM, לעיל ה"ש 165, בעמ' 3104.
- 176 בעיה מיוחדת יכולה להתעורר בקשר ליצירות אמנות של אמן חשוב, אביו או סבו של החייב, אשר הערך הסנטימנטלי שלהן יכול להיות בעל חשיבות גדולה מהערך של התמונה עצמה.
- 177 הוראה דומה קיימת גם במשפט הגרמני. ראו הקודקס לפרוצדורה אזרחית, ס' 811א.
- 178 החיות המוגנות הן הנמצאות בביתו או בחצרו ולא מיועדות לעיסוק בעל אופי מסחרי: סעיף 22(א)(6) לחוק ההוצאה לפועל. ההוראה התקבלה גם בפקודת פשיטת הרגל.
- 179 פרק 5 ס' 1 לחוק ההוצאה לפועל השוודי. תרגום אצל SCOTTISH LAW COMMISSION, לעיל ה"ש 77, בעמ' 84.
- 180 ראו דברי הנשיא ברק בעניין אלוני, לעיל ה"ש 144, בעמ' 602.

אחרות לתשלום החוב, יהיה קשה מאוד לשכנע כל רשם הוצאה לפועל כי נכס בעל שווי מסוים פטור מעיקול רק משום שהחייב ירש אותו מדודתו שכל כך אהבה אותו...

1. סיכום

העליתי כמה הרהורים בקשר למהות הנכסים הפטורים מעיקול. גם אם יש קשר הדוק לצורך לתת לחייב צרכים מינימליים, יש היבטים אחרים אשר בסופו של דבר קובעים מה הם נכסים פטורים מעיקול. שאלת התועלת יכולה להיות בעלת משמעות כאשר יש צורך להחליט איזה רכוש יש להשאיר אצל החייב. יתר על כן, אין לשכוח כי הרבה נכסים פטורים מעיקול הם ממילא נכסים פעוטי ערך, דבר שמחזק את הקשר בין כבוד אדם ותועלת: ההגנה על החייב היא נגזרת של היעדר תועלת בפעולות מסוימות שהזוכה היה יכול לבצע. הליכי הוצאה לפועל אינם מיועדים להעניש חייבים אלא לגבות חובות. בסופו של דבר, וכמו בנושאים רבים אחרים, אנחנו נכנסים למשחק של איזון אינטרסים ומאזן נוחות, אלא שכדי לוודא שהמסגרת הזו תהיה מסגרת נכונה אנחנו צריכים לתת לאינטרסים תוכן ערכי ולהבין לעומק יותר מה הם הקריטריונים שצריכים להדריך את הסכסוך בין חייב לבין נושה.

חשוב להבין את האופנים השונים שהצרכים המינימליים יכולים לעטות. כבוד האדם משתלב עם עניין התועלת (לחייב ולנושה כאחד) והדרך להגביר את התועלת היא גם דרך להגן על כבוד הצדדים. קביעת אפשרות של מימוש עצמי, מניעת עיקולים שרירותיים או הורדת עלות הליך יכולות להיות דרכים טובות מאוד להגן על זכויות החייב ולתרום לגביית החוב, שהיא מטרת הזוכה.

העובדה שצרכים מינימליים יכולים לכלול זכויות שאינן "ממשיות" אלא זכויות אישיות רק מראה עד כמה קשה לשרטט את גבולות ההגנה על החייב. כאשר הפסיקה הרחיבה את הרשימה של נכסים פטורים מעיקול לכיוון של זכויות אישיות נפתח פתח נוסף לעיון ברעיון של נכסים מינימליים: הרעיון של נכסים מינימליים שאינו מבוסס על צרכים חומריים בסיסיים אלא על שמירה על זכויות יסוד, אם יש להן ערך כלכלי. כאשר אנחנו מרחיבים את הרעיון של זכות אישית לעניין הזכות לפרנסה מתעוררת השאלה מהו ההבדל בין ההגנה על "זכות אישית" לבין הגנה על כבוד האדם.

הבנת המורכבויות של צרכים מינימליים ודיון בשאלה מתי נכס או זכות צריכים להיחשב פטורים מעיקול, הם שלבים הכרחיים בדרך להשגת דיני הוצאה לפועל ופשיטת רגל, אשר יאפשרו לנושים לממש את זכויותיהם אבל לא יפגעו בחייבים מעבר לנדרש אם אין בכך תועלת לזוכה.