

18 לנובמבר, 2015

בס"ד ו כסלו תשע"ו

לכבוד
איגוד הבנקים בישראל
רחוב מונטיפיורי 39
תל אביב

שלום רב,

הנדון: זכות קיזוז לטובת בנקים מול חילוט לטובת המדינה

רקע כללי

1. ביום 31 לאוגוסט 2015, פורסמה הצעת חוק המאבק בטרור תשע"ה- 2015 ("הצעת החוק"). סעיף 1 להצעת החוק מגדיר את מטרת ההצעה- להלחם בטרור באמצעות מגוון כלים: פלילים, אזרחיים ומנהליים. חוות דעת זו עוסקת בהיבט אחד של הנושא הרחב, באפשרות לחילוט רכוש הקשור בדרכים שונות לטרור או למי שעוסק בטרור (להלן- גוף טרור).

2. חילוט רכוש הוא אמצעי חשוב במלחמה כנגד הטרור. עם זאת, החילוט עלול לפגוע בצדדים שלישיים שאינם קשורים במישרין או בעקיפין לפעולות הטרור. לכן מקדישה הצעת החוק הוראות מהותיות ופרוצדורליות הנוגעות להגן על האינטרסים של צדדים אלה.

3. חילוט רכוש עשוי להתבצע במסגרת הליך פלילי, במסגרת הליך אזרחי מיוחד, או על ידי צו תפיסה מנהלי, ראו פרקים ו' ו- ז' להצעת החוק. הצעת החוק קובעת לגבי כל הליך, הוראות הבאות להגן על צד שלישי הטוען כי יש לו זכות ברכוש שביקשו את חילוטו או שניתן לגביו צו חילוט. תנאי להגנה על זכויותיו של צד שלישי הוא היותו "טוען לזכות ברכוש". לעתים, די בכך כי פלוני יוכיח כי הוא "טוען לזכות ברכוש" (סעיף 69(א)(2)). במקרים אחרים עליו להוכיח בנוסף, כי

הייתה לו זכות ברכוש טרם שהרכוש היה קשור לטרור או שרכש זכות בנכס לאחר מכן בתום לב ובתמורה (סעיף 69(א)(1)). ה"טוען לזכות ברכוש" זכאי לקבל הודעה על בקשת החילוט אגב הליך שיפוטי פלילי (סעיף 61), ולא תתקבל החלטה בעניין החילוט לפני שניתנה לו הזדמנות לשטוח את טיעוניו (שם, סעיף קטן (ב)). ה"טוען לזכות ברכוש" יהיה המשיב בבקשת חילוט בהליך אזרחי (סעיף 66(ב)), ולא תתקבל החלטה בעניין ללא שניתנה לו הודעה כאמור (סעיף 67(ב)). ה"טוען לזכות ברכוש" זכאי לעתור לביטולו של צו חילוט, אם לא קיבל הודעה על בקשת החילוט (סעיף 72).

4. הגדרת "טוען לזכות ברכוש" מהווה אפוא שער כניסה של צד שלישי להגנה על זכויותיו. מי שאינו כלול במסגרת ההגדרה, לא "ינתן לו יומו" בבית המשפט בנושא החילוט. הוא לא יקבל הודעה על התביעה לחילוט, ולא יוזמן לדיון המתנהל בנושא. בפסקאות הבאות נבדוק מיהו "טוען לזכות ברכוש" לפי הצעת החוק.

5. ההחלטה אם פלוני הוא "טוען לזכות ברכוש" תוכרע לפי הגדרת "רכוש" ו"זכות ברכוש" בהצעת החוק. במאמר מוסגר נוסף, כי בסעיף 61(א) להצעת החוק מצויה הגדרה ישירה למונח "טוען לזכות ברכוש", אך משום מה, ההגדרה מתייחסת לבקשת חילוט אגב הליך שיפוטי פלילי ולא לבקשה דומה בהליך שיפוטי אזרחי ולצו חילוט מנהלי. לפיכך, מימוש זכויותיו של ה"טוען לזכות ברכוש" מותנה בכך שיוכיח כי הוא בעל "זכות שברכוש".

6. "רכוש" מוגדר בסעיף 2 להצעת החוק כ"מקרקעין, מיטלטלין, כספים וזכויות, לרבות רכוש שהוא תמורתו של רכוש כאמור, וכל רכוש שצמח או בא מרכוש כאמור או מרווחיו". ההגדרה כוללת את שלוש הקטגוריות של נכסים המוכרים בתורת המשפט: מקרקעין, מיטלטלין וזכויות. כך, למשל, פיקדון כספי שיש לגוף טרור בבנק הוא "רכוש" משום שפיקדון כספי הוא למעשה זכות חוזית שיש ללקוח כלפי הבנק (ראו: ד"נ 32/84 עיזבון וויליאמס נ' בנק א"י בריטניה, פ"ד מד(2) 265).

7. סעיף 2 להצעת החוק מגדיר "זכות ברכוש" באופן הבא:

זכות קניינית ברכוש שהיא אחת מאלה: בעלות, שכירות, שאילה, משכון, זכות קדימה או זיקת הנאה, וכן זכות אחרת שקבע שר המשפטים ובכלל זה זכות הנתונה לגוף שקבע

8. בדברי ההסבר להגדרה המוצעת, נאמר כדלהלן:

מוצע להבהיר כי "זכות ברכוש" היא זכות קניינית ברכוש (בשונה מזכות אובליגטורית), שהיא אחת מהזכויות האלה: בעלות, שכירות, שאילה, משכון, זכות קדימה או זיקת הנאה. כמו כן עשויה "זכות ברכוש" לכלול זכות נוספת, של גוף, כפי שקבע שר המשפטים בצו. כך, למשל, ניתן לקבוע כי יש לראות בזכות הקיזוז של תאגיד בנקאי "זכות ברכוש" שיש להכיר בה לעניין ההסדרים בחוק המוצע. הגדרה זו נדרשת בקשר להסדרת הליכי התפיסה והחילוט לפי פרקים ו' וז' להצעת החוק, בהם מעוגנת הגנה על "טוען לזכות ברכוש" כהגדרתו בסעיף 61(א). בהתאם לקבוע בסעיף 69(א) המוצע, וכן בסעיף 81(א) ובסעיף 94(ג) - נקבעו סייגים לתפיסה ולחילוט של רכוש טרור, כאשר לטוען לזכות ברכוש ישנה טענה לגיטימית בדבר זכות ברכוש. מובהר כי "זכות ברכוש" לעניין זה היא זכות קניינית בלבד, ברכוש המועמד לחילוט גופו, להבדיל מטענותיהם של נושים שונים נגד החייב, המבקשים להיפרע מרכושו - לרבות רכוש אשר נתפס או חולט לטובת המדינה על פי החוק המוצע. ההגדרה המוצעת תואמת את האמור בפסיקה בנוגע לטוענים לזכות ברכוש המיועד לחילוט (ר' למשל ע"א 8679/06, ולדימיר חביץ' נ' מדינת ישראל, 30/12/08) דינים עליון 2008 (92) 1356 (פסקה 7 לפסק הדין) וכן בש"פ 6817/07 מדינת ישראל נ' יוסף סיטבון, (31/10/07) דינים עליון 2007 (54) 1312 (פסקאות 46 עד 49 לפסק הדין).

9. ההגדרה המוצעת ל"זכות ברכוש" נוקשה, וקובעת רשימה סגורה של זכויות קניין שייחשבו "זכות ברכוש" לצורך החוק. זכות קניין בנכס כלשהו של גוף טרור, שאינה מנויה בהגדרה, לא תיחשב "זכות ברכוש". כך, למשל, יהא דינה של זכות עיכבון שהיא זכות קניינית, בשל היותו של בעל העיכבון נושה מובטח בהליכי חדלות פירעון (ראו: ע"א 790/85 רשות שדות התעופה נ' גרוס ואח', פ"ד מד(3) 185; ע"א 5789/04 המשביר הישן, גאלרי רשת בתי אופנה בע"מ נ' לוגיסטיק בע"מ, תקדין- עליון 2007 (2) 3957).

10. גמישות מסוימת מצויה בסמכותו של שר המשפטים להוסיף לרשימה זכות שאינה מנויה בה. הדוגמה היחידה בדברי ההסבר לסמכות זו היא "קיזוז של תאגיד

בנקאי". זכות זו עומדת במוקד חוות הדעת. אנו מבקשים להכיר בזכות הקיזוז במפורש, בדרך המלך, ולא מכוח הכרזה של שר המשפטים. אם לדעת מנסחי הצעת החוק ראוי לכלול את הקיזוז הבנקאי כ"זכות ברכוש", אנו מבקשים כי הדבר ייעשה במפורש בחקיקה הראשית. כן אנו מבקשים לכלול את זכות העיכבון במסגרת הרשימה. ההנחה שלנו היא שההשמטה של זכות העיכבון נעשתה בשגגה, ולכן חוות הדעת תתמקד בנושא הקיזוז בלבד.

11. לפי הגדרה המוצעת, בעל זכות אובליגטורית כלפי כלל נכסיו של גוף הטרור או כלפי נכס מסוים שבבעלותו, אינו זכאי למנוע חילוט רכוש הקשור לגוף הטרור. לפי דברי ההסבר, ההבחנה בין זכות אובליגטורית לבין זכות קניינית בנושא החילוט מעוגנת בפסיקה. לעניין זה מצוטטים שני פסקי דין שניתנו על ידי בית המשפט העליון: "ע"א 8679/06, ולדימיר חביץ' נ' מדינת ישראל, (30/12/08) דינים עליון 2008 (92) 1356 (פסקה 7 לפסק הדין) וכן בש"פ 6817/07 מדינת ישראל נ' יוסף סיטבון, (31/10/07) דינים עליון 2007 (54) 1312 (פסקאות 46 עד 49 לפסק הדין)". בפסקאות הבאות נראה כי דברי ההסבר לא דייקו בהבנת פסקי הדין, ואף נביא פסקי דין נוספים לביסוס טענתנו.

עמדת הפסיקה

12. שאלת חילוטו של רכוש הקשור לעברה פלילית, ואשר צד שלישי טוען לזכויות בו, עולה בהקשרים נוספים, ראו למשל: סעיף 36 לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש] התשל"ג-1973; חוק מאבק בארגוני פשיעה התשס"ג-2003, סעיף 11; חוק איסור מימון טרור התשס"ה-2005, סעיפים 20 ו-23; וחוק איסור הלבנת הון התש"ס-2000, סעיפים 21 - 23. חוקים אלה קובעים פרוצדורה המאפשרת ל"טוען לזכות ברכוש" להתנגד להליכי החילוט. חוקים אלה לא הגדירו את המונח "זכות ברכוש" לעניין החילוט, ופסקי הדין שונים עסקו בביאור המונח "זכות ברכוש" באותם החוקים.

13. בבש"פ 6817/07 מדינת ישראל נ' רפאל סיטבון, תקדין, עליון, 2007 (4) 796, 821 (2007) נאמר בפסקה 48, כדלהלן:

כפי שצוין בחלק אחר של הדיון, עסקינן במתח הנוצר בין האינטרס

הציבורי שבחילוט לזכות הקניין של הפרט תם לב. לעניין זה נראית לי פרשנותה של המדינה לתיבה "טוען לזכות ברכוש" עדיפה על הפרשנות המוצעת על ידי יעד ושפר. על פי פרשנותה של המדינה, על מנת שייחשב אדם ל"טוען לזכות ברכוש", נדרש כי הוא בעל זכות קניינית ברכוש, ולמצער בעל זכות בנכס מסוים באופן היוצר זיקה בינו כנושה לבין אותו נכס. (ההדגשה שלי- ש' לרנר)

14. בית המשפט קובע כי גם בעל זיקה לנכס מסוים יחשב "טוען לזכות ברכוש" ולא רק בעל זכות קניינית מובהקת. מונח זה, "זיקה", חוזר גם בפסקה 55 לפסק הדין, כדלהלן:

סיכומו של דבר, בהיותן נושה כספי נעדר כל זיקה לנכס מנכסי העוררות 5 - 6, גובר אינטרס החילוט של המדינה על זכות האובליגטורית של יעד ושפר ... (ההדגשה שלי- ש' לרנר)

15. בית המשפט מבחין בין זכות קניינית או מעין קניינית, "זיקה", מכאן, וזכות אובליגטורית, מכאן. הבחנה זו התקבלה גם בע"א 8679/06 ולדימיר חבינ' ו-233 אח' נ' מדינת ישראל, תקדין, עליון 2008 (4) 3706, 3708 (2008), שם נאמר בפסקה 7 כדלהלן:

בחינה של לשון הפקודה מלמדת כי המסלול השני אינו תלוי בשיקול דעתו של בית המשפט. מקום שבו "הטוען לזכות ברכוש" הוכיח את ניקיון כפיו במובנים המנויים בסעיף, לא יורה בית המשפט על חילוט. מסלול זה נדון בפרשת סיטבון, שם נקבע כי יש לפרש את התיבות "הטוען לזכות ברכוש" כמתייחסות לבעל זכות קניינית או למצער זכות בנכס מסוים היוצרת זיקה בין "הטוען לזכות ברכוש" לבין הנכס. פרשנות זו להוראה משקפת את רצון המחוקק לבסס את החילוט כאמצעי אכיפה משמעותי, ועולה בקנה אחד עם עקרונות של דיני הקניין. פרשנות זו מציבה כנגד האיסור האולטימטיבי לחלט את הרכוש את צמצום הזכות להתנגד לחילוט. (ההדגשה שלי- ש' לרנר)

16. בפסקה 8 לפסק הדין בעניין חבינ, מבסס בית המשפט בהבחנה בין זכות קניינית או מעין קניינית לבין זכות חיובית גרידא, על שני נימוקים, כדלהלן:

כאשר מדובר בבעלי זכות קניינית תמי לב, עצם מעורבות הנכסים בדבר עבירה אינו מפקיע את זכותם ברכוש ... כפי שצוין בפרשת

סיטבון, הפרשנות הקניינית, המצרה את זכות ההתנגדות לחילוט, עדיפה אף מהטעם שפרשנות המכירה באפשרותם של נושים מן המניין להתנגד לחילוט עשויה לשמש ככלי בידי עבריינים למילוט רכוש מפני אימת החילוט. אם כן, הפרשנות הקניינית משמרת את החילוט בתור ברירת המחדל, תוך מתן משקל ראוי לזכויות קניין של צדדים שלישיים תמי לב.

17. פסק הדין מביא שני נימוקים לביסוס ההבחנה בין זכות קניינית או מעין קניינית לבין זכות אובליגטורית. ראשית, אין היגיון כי המדינה תהיה רשאית להפקיע זכות קניינית או מעין קניינית לשם חילוט רכוש הקשור לפשע. הקשר של רכוש לפשע, אינה עילה ראויה להצדקת הפגיעה בזכויות קניין. בנוסף, קיימות זכויות אובליגטוריות רבות ומגוונות, ואם קיומן יוכל לסכל חילוט, מקרי החילוט יהיו מועטים וחריגים, וייהפכו מהכלל ליוצאים מן הכלל. נימוקים אלה אינם מצדיקים פגיעה בזכויות מעין קנייניות שמספרן מוגבל, ויש בנטילתן מעין הפקעה.

18. ההבחנה בין זכויות קנייניות ומעין קנייניות מחד וזכויות אובליגטוריות מנגד, קיבלה אישוש נוסף בפסק דינה של הנשיאה מרים נאור, בדנ"פ 8439/10 מדינת ישראל נ' אלוו כהן, תקדין, עליון 2011(1), 2466, שם היא סיכמה כי "הפסיקה פירשה את 'הטוען לזכות ברכוש' כבעל זכות קניינית או מעין קניינית ברכוש בלבד" (פסקה 11).

19. הצעת החוק סוטה מהלכת חביץ בעניין נוסף. פסק הדין קבע שאין להעניק פרשנות אחידה למונח "טוען לזכות ברכוש" בכל ההקשרים בו הוא מופיע. לעניין זה יש להבחין בין הוראה המעניקה לבית המשפט שיקול דעת להוציא צו חילוט אף אם פלוני הוכיח כי הוא "טוען לזכות ברכוש" לבין הוראה השוללת את סמכותו של בית המשפט אם פלוני הוכיח כי הוא "טוען לזכות ברכוש" (ראו לעיל פסקה 3). לפי פסק הדין, במקרה האחרון יש לתמוך בפרשנות צרה של הביטוי "זכות ברכוש", אך כאשר יש לבית המשפט מרחב שיקול דעת, ניתן לתמוך בפרשנות רחבה לביטוי "זכות ברכוש", ולהפעיל שיקול הדעת אם החילוט ראוי בנסיבות העניין.

20. המערערים בפרשת חביץ התנגדו לחילוט במקום שלבית המשפט היה שיקול דעת, ובית המשפט קבע כי יש להכלילם במסגרת הביטוי "טוענים לזכות ברכוש" אף

שהיו בעלי זכות אובליגטורית גרידא, ובנסיבות המקרה להעניק להם סעד. ראו על כך בפסקה 11 לפסק הדין, כדלהלן:

נוכח חדלות הפירעון של לרנר, ובהתחשב במורכבות ההליכים הנוגעים להעברת הכספים שנתפסו בפרגוואי לישראל ושליטתה הבלעדית של המדינה בהליכים אלה, לא עומדת למערערים אפשרות סבירה לממש את פסק הדין, כולו או חלקו, ולהשיב את כספם. חילוט הכספים יותיר לפיכך את הפגיעה בהם. אכן, פירעון חובותיו של לרנר כלפי המערערים מתוך רכוש המיועד לחילוט עשוי אולי לגרוע מאפקט ההרתעה. אלא ששיקול זה אינו מכריע, לא תמיד הוא מתקיים באותה העוצמה, ומכל מקום יש לבחון את משקלו לנוכח מכלול נסיבות העניין והשיקולים העומדים מנגד. בנסיבות אלה, נראה לי כי הצורך המידי לסייע למערערים במקרה זה גובר על הצורך הכללי בהרתעה באופן שיש לראות בו "נימוק מיוחד" המצדיק להורות על מניעת החילוט.

21. להחלטת פסק הדין להותיר בידי בתי המשפט מרחב שיקול דעת על מנת שיוכלו להביא בחשבון את כלל האינטרסים בכל מקרה ספציפי, ולא לקבוע מבחן נוקשה, הצטרף בית המשפט העליון בע"פ 1428/08 ע"ד אורי חורש - המנהל המיוחד של חברת דור עדן חן בע"מ נ' מדינת ישראל, תקדין, עליון 2009(1) 4032, 4038 (2009), כדלהלן (פסקאות 10 - 12):

מותר לתהות אם לעולם מצוי צידוק בנחיתותו של בעל הזכות החוזית ובעדיפותו המובנית של בעל הקניין, או שמא ניתן היה להציע, ומוטב בחקיקה, פתרון חלופי הרגיש לנסיבותיו המסוימות של כל מקרה, מאפשר מרווח של הכרעה מהותית ונסמך על היכולת של בית-המשפט להבחין בין המקרים הבאים בפניו. זאת, בפרט בהינתן הדעת לפערי הכוח הניכרים בין המדינה לבין הנושה, ולחשיבותה של הנשייה לקיומם של חיי מסחר תקינים. ... מענה-מה לקושי זה מצוי בהלכת חביץ', ובלבד שזו תיושם שלא בקומץ-יד, כי אם מתוך ראייה של מהות ושל תכלית. עיקר הוא באותה הלכה, כי אם בעבר נחסמה דרכו של נושה מלהעלות השגותיו בענין החילוט, מן הטעם העקרוני שאת חובו ממילא הוא לא יוכל להיפרע מן הרכוש הנגוע, הרי שכיום מותרת לו הגישה אל מכשיר השקילה עליו מונחים, זה מול זה, טיעונים המצדדים בחילוט ואלה המתנגדים לו. כל אבסורד אין בכך, אלא השקפה ולפיה משאותר רכוש, רשאי נושה לסעון לזכות בו בהתקיים הרציונלים המתאימים לדבר. בפסק-דינו מנה המשנה לנשיאה, כפי שכבר ציינתי, שני יסודות של החילוט בהם מתמקדת הבחינה -

הרתעתם של עבריינים מפני עשייה פלילית, אשר השכר שבצדה נפגע משהניחה עליו המדינה את ידה; ותיקונה של הפגיעה החברתית הכרוכה במעשה העבירה. ניתן היה לדבר עוד ביסוד שלישי, זה הקשור במניעה, היינו, בהצרת צעדיו של העבריין באמצעות פגיעה בנכסיו, באופן שיקשה עליו לגייס את המשאבים הדרושים לניהול פעילות אסורה אף בעתיד ... לא בהכרעה פורמליסטית מצוי, אפוא, העיקר, אף לא בזו הנדרשת לקטגוריזציה של נושים. כרטיס לשער שבחומת החילוט יימסר לכל מי אשר נסיבות עניינו אינן מאפשרות לחילוט ולעקרונות שהזכרתי להתקיים זה בצד זה. ולעקרונות אלה כפופה לא רק התביעה בעתירתה לחילוט, כי אם גם בית-המשפט בהכריעו בבקשתה ... במגרש זה של שקילה נורמטיבית תלובנה טענות היורדות לפרטיו הקונקרטיים של המקרה הנדון, מן הסוג שהציגה פז לתמיכה בעמדתה בערעור זה ובהן, למשל, הטענה כי הצו הזמני הוא שהביא להפרת החוזה, כי הכספים עוקלו טרם הקפאתם, כי סכום הנשייה הוא אך חלק זעום מן הרכוש שחילוטו מבוקש, כי הנשייה היא בדין קדימה, ועוד טענות שעשויות להישמע מפיו של נושה, כמו זו בדבר הפגיעה הפוטנציאלית בחיי המסחר או ייקורן של התקשרויות חוזיות מחשש לחילוט ... כל אלו נושאות עמן משקלות, המשמשים בתהליך בירורה של נאותות הפגיעה שמסב החילוט, ובעיקר בבחינת מידתה

22. בית המשפט קורא למחוקק להימנע מקביעת הגדרות נוקשות, ולהותיר מרחב שיקול דעת לבית המשפט. מן הראוי אפוא שהצעת החוק תאמץ הגדרה גמישה ל"זכות ברכוש" לפי ההקשר, או למצער, תכלול בהגדרה גם זכויות מעין קנייניות, בעלות זיקה לנכס מוגדר. במסגרת זו נסתפק בשתי דוגמאות: (א) נושה שנכס של גוף הטרור שועבד לו, והמשכון לא נרשם בלשכת המרשם המתאימה (השוו: צ"א (מרכז) 30254-05-10 אלפא סחר בע"מ נ' לוזון, תקדין, מחוזי 2010 (3) 690 (2010)). (ב) נאמן שיש לו זיקה לנכס ("נאמנות היא זיקה לנכס שעל פיה חייב הנאמן להחזיק או לפעול לטובת נהנה או למטרה אחרת", חוק הנאמנות תשל"ט-1979, סעיף 1) אף שלפי הגישה הדומיננטית בפסיקה, אין לנאמן בהכרח זכות קניינית, ראו: ע"א 5955/09 כונס הנכסים ע"ד אמסטר נ' מרשה טאובר טוב ואח', תקדין, עליון, 2011 (3) 1185, פסקה 6 ("כיום, נדמה כי עמדת הפסיקה של בית משפט זה היא שזיקה אין פירושה בהכרח בעלות בנכס הנאמנות").

קיצוז זככות קניינית

23. ההבחנה בין זכות קניינית לבין זכות אובליגטורית אינה חדא כל עיקר, ראו: יהושע ויסמן, דיני קניין - חלק כללי (תשנ"ג) 11 - 15, 43 - 67. ראו גם: ע"א 2859/99 בן חמו נ' טנא נוגה בע"מ ואח', תקדין, עליון, 2000(3) 2072, פסקה 9, כדלהלן:

הגדרתה של זכות קניינית בעייתית היא ולא מעט יגעו בתי משפט ומלומדים בניסיונות להגדירה ולקבוע את מאפייניה של זכות זו. על מנת לזהותה, ניתנו בה סימנים, בין היתר: עבירות; עצמאות; מיידיות; כפיפות הזכות לעקיבה; עדיפות על כל זכות אחרת וייחודיות. הרשימה אינה סגורה. התכונה של עצמאות ומיידיות כונתה על-ידי פרופ' לבונטין "כבר יש". "זכות היא "כבר" של אדם כאשר ההנאה או השליטה המוקצית לו מהדין אינה טעונה מימוש באמצעותו של אחר כלשהו, הצריך לעשות, לתת או להימנע" ... עדיפותה של הזכות על פני כל זכות אחרת מעניקה לבעל הזכות את האפשרות לאוכפה כלפי כולי עלמא באופן המונע אחר מעשיית מעשה בנכס נשוא הזכות. ייחודיות הזכות מאפשרת לבעל הזכות לשלול מן הזולת שימוש מקביל בזכות ... מבין הסממנים לאפיונה של זכות כקניינית, מצויים כאלה שניתן לדאותם כמובהקים יותר וכמובהקים פחות ... לא תמיד ניתן ליחס לזכות כלשהי סימנים מובהקים של זכות קניינית. לעתים משמשים המאפיינים בערבוביה, כאשר חלקם אופייניים לזכות קניינית וחלקם אינם כאלה. בקצה האחד של הקשת מצויות זכויות שהן קנייניות מובהקות ובקצה השני, מצויות זכויות שהן אובליגטוריות מובהקות. בין שני הקצוות, מצויות זכויות שמאפייניהן אינם חד משמעיים וחד סטריים. יש והזכות נראית יצור דואלי, שאופייה ייקבע על-ידי חילוץ המאפיינים הדומיננטיים מתוכה

24. ראו גם את פסק דינה של הנשיאה מרים נאור שניתן בחודש ספטמבר 2015. בע"א 36/11 חברת דואר ישראל בע"מ ואח' נ' חפציבה שיכון ופיתוח בע"מ ואח', תקדין, עליון 2015(3), 9788(03/09/2015), בפסקה 33 לפסק דינה, קובעת הנשיאה, כדלהלן:

בפסיקה ובספרות הוצעו מבחנים רבים לצורך השאלה אם זכות מסוימת היא קניינית או אובליגטורית. כדבריו של המלומד ויסמן: 'מספר ההגדרות לזכות הקניינית הוא כמספר החוקרים שעסקו בשאלה זו' ... לטעמי, הטבעת תווית של "קניין" או של "חיוב" אינה צריכה להיעשות לפי שיקולים תיאורטיים ומופשטים, אלא בהתאם למציאות המשפטית-עובדתית של הזכות

25. נדגים את עמימות הקריטריונים ביחס לשתי זכויות. זכותו של דייר מוגן (דיירות סטטוטורית) סווגה במקרה אחד כזכות קניין (ע"א 511/88 מנדלבאום נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה ראשון לציון ואח', פ"ד מד(3) 522), ובהלכה אחרת נקבע כי אינה זכות קניין (ע"א 564/79 רומנו נ' שוחט, פ"ד לו(1) 634). כן התלבטה הפסיקה רבות אם הערת אזהרה היא זכות קניינית או לא (ראו למשל: ע"א 558/88 בנק המזרחי המאוחד נ' רוזובסקי, פ"ד מח(2) 102; ע"א 2590/90 נסים נ' ער"ד דניאלי, פ"ד מח(3) 846).

26. זה כמה עשורים הגישה הדומיננטית לפרשנות בפסיקה היא הפרשנות התכליתית. לפי גישה זו, ביטוי זהה עשוי לקבל פרשנויות שונות בהקשרים שונים, לפי תכלית החקיקה. כך, למשל, סעיף 3 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו קובע כי "אין פוגעים בקניינו של אדם" ולפי הפסיקה בהוראה זו הביטוי 'קניין' כולל גם זכויות אובליגטוריות (ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי ואח', פ"ד מט(4) 221).

27. בפסקאות הבאות נראה כי לזכות הקיזוז מאפיינים קנייניים מובהקים, ולכן ראוי לראות במי שזכאי לקיזוז כבעל זכות קניינית. לפיכך, יש להוסיף את הקיזוז לרשימה שבסעיף 2 להצעת החוק, אף לפי גישתה המצמצמת של הצעת החוק.

28. כאמור לעיל, התכונות המרכזיות של זכות קניינית, הן: עדיפות על צדדים שלישיים, עקיבה ועצמאות, קרי- יכולת ניצול חד צדדית ללא תלות בצד השני להסכם. בפסקאות הבאות נראה כי כוחו של הקיזוז יפה כלפי צדדים שלישיים שונים, כגון: מעקל, שעבוד צף, ונמחה. כמו כן, בעל הקיזוז אינו תלוי בצד שלישי והקיזוז נעשה על ידי הודעה חד צדדית הניתנת על ידו (סעיף 53(א) לחוק החוזים (חלק כללי) או אוטומטית מכוח הדין (סעיף 74 לפקודת פשיטת הרגל).

29. העימות בין עיקול לבין זכות קיזוז לטובת בנק, נדון בע"א 1226/90 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' הסתדרות הרבנים דאמריקה ואח', פ"ד מט(1) 177. שלושת שופטי ההרכב פסקו לטובת הבנק, וקבעו כי זכות הקיזוז הבנקאי עדיפה על העיקול, אף שהודעת העיקול נתקבלה אצל הבנק לפני ביצוע הקיזוז. השופט קדמי קבע כי המעקל עומד בנעלי הלקוח, וחשוף לטענות שעמדו לבנק כלפי הלקוח. לפי

ההסכם עם הבנק, הבנק רשאי לבצע קיזוז בכל עת, ולכן המעקל כפוף להגבלה דומה. לפי השופט גולדברג, להסכם קיזוז בין הבנק לבין הלקוח רכיבים קנייניים וכוחו יפה כלפי צדדים שלישיים. בהקשר הבנקאי קיימת פומביות הנדרשת ביחס לזכויות קניין, משום שידוע לכל כי נחתמים כדבר שבשגרה הסכמי קיזוז בין בנקים לבין לקוחותיהם.

30. בית המשפט העליון פסק במספר מקרים כי בעל שעבוד שוטף שהתגבש כפוף לקיזוז העומד לחייביה של החברה המשעבדת, להלכה זו, ראו: ע"א 522/72 מדינת ישראל נ' כונסי הנכסים של חברת וולטקס צמרון בע"מ פ"ד כז(2) 393 (1973); ע"א 450/77 מדינת ישראל נ' מקליס, פ"ד לב(1) 105 (1977); ע"א 4752/92 מקט בע"מ (בכינוס נכסים ובפירוק) נ' החברה לביטוח סיכוני סחר חוץ, פ"ד נא(2) 214 (1977).

31. בע"א 8357/03 מינהל מקרקעי ישראל נ' בנק דיסקונט למשכנתאות בע"מ, תקדין, עליון 2006(4) 124 (2006), נקבע כי מכוח סעיף 2(א) לחוק המחאת חיובים, חייב רשאי להפעיל קיזוז כלפי הנמחה, כשם שהיה יכול לעשות זאת כלפי הממחה.

32. לסיכום, בעל זכות הקיזוז עדיף על צדדים שלישיים שונים, כגון: נושה רגיל, מעקל, נמחה ושעבוד צף. לזכות הקיזוז מאפיין קנייני נוסף- תכונת העצמאות. מי שמעוניין בקיזוז יכול לבצע זאת בפעולה חד צדדית, שאינה טעונה אישורו של הצד השני ולא של בית משפט.

33. לאור האמור, אין תימה שבפסיקה התייחסו אל זכות הקיזוז שבין תאגיד בנקאי לבין לקוחו כאל זכות בעלת מאפיינים קנייניים. ראו למשל בפרשת הסתדרות הרבנים, (לעיל פסקה 29) בפסקה 15 לפסק דינו של השופט גולדברג, כדלהלן:

נימוק כבד משקל כנגד ההכרה באלמנטים הקנייניים של זכות הקיזוז היה הרתיעה מיצירת בטוחה הפוגעת בצדדים שלישיים, מבלי להעמיד לרשותם כלים לדעת אודות פגיעה זו. אך אם מודעים הצדדים השלישיים לקיומו של הסדר חוזי, המעניק עדיפות לבעל זכות הקיזוז, כי אז מוסרת המניעה מהכפפתם להסדר החוזי. כלומר, צד שלישי המודע לקיומה של מערכת חיובים הדדית בין החייב לנושה ולקיומו של הסדר קיזוז חוזי המעניק עדיפות לבעל זכות הקיזוז, לא יוכל להיבנות מהטענה שההכרה בעדיפותו של בעל זכות הקיזוז אינה ראויה בשל היעדר פומביותה ...

34. זכות הקיזוז שיש לבנק כלפי לקוחו, כוללת לפי פסק הדין, אלמנטים קנייניים. על קנייניות הקיזוז, ראו גם: ע"ש (ירושלים) 195/97 היועץ המשפטי לממשלה נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פסקה 224, ("בפסיקה נקבע שיש להכיר בזכות הקיזוז של הבנקים גם בהיבט הקנייני").

35. לאור עמדת הפסיקה שיש לכלול אף זכויות מעין קנייניות במסגרת "זכות ברכוש" לצורך סוגיית החילוט, אין ספק שיש למנות את הזכאי לקיזוז כטוען לזכות ברכוש". כפי שראינו, זכות הקיזוז היא זכות קניינית, או למצער, מעין קניינית.

קיזוז כמשכון

36. בפסקאות הקודמות ראינו כי זכות הקיזוז היא קניינית או מעין קניינית. בפסקאות הבאות נטען כי זכות הקיזוז היא למעשה משכון. לפי טיעון זה הסכם קיזוז הוא למעשה מישכון זכותו החוזית של החייב כלפי הנושה, להבטחת חובו של החייב לאותו נושה.

37. אמת המידה להגדרת משכון אינה פורמאלית אלא מהותית. לפי סעיף 2(ב) לחוק המשכון תשכ"ז-1967, "הוראות החוק יחולו על כל עסקה שכוונתה שעבוד, יהא כינויה של העסקה אשר יהא". שעבוד מוגדר בסעיף 1(א) לחוק כדלהלן: "מישכון הוא שעבוד נכס כערובה לחיוב; הוא מזכה את הנושה להיפרע מן המשכון אם לא סולק החיוב".

38. לפי גישה זו, כל הסכם בין הצדדים שמכוחו מוקנית לאחד מנושיו של פלוני עדיפות על נושים אחרים, יחשב לשעבוד. גישה זו עמדה ביסודו של פסק הדין בע"א 558/88 בנק המזרחי המאוחד נ' רוזובסקי, פ"ד מח(2) 102, שם נקבע כי הערת אזהרה תיחשב לשעבוד הטעון רישום אצל רשם החברות, משום שלפי סעיף 127(ב) לחוק המקרקעין, המוטב מכוח ההערה עדיף על הנושים האחרים של הבעלים הרשום. תוצאת פסק הדין שונתה באמצעות חקיקה, אך לא מסקנתו שהערת אזהרה היא בבחינת שעבוד. בעל זכות קיזוז עדיף על הנושים האחרים של

חדל הפירעון, מכוח סעיף 74 לפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש] תש"ם-1980, ולכן קיזוז הוא למעשה משכון.

39. לראיית קיזוז כמשכון, נשוב לפסק הדין בעניין הסתדרות הרבנים, (נזכר לעיל פסקה 29) (פסקה 12 לפסק דינו של השופט גולדברג) כדלהלן:

אכן, סעיף 74 לפקודה מעניק לזכות הקיזוז אופי 'בטוחתי', וניתן אף להרחיק לכת ולאמור שזכות הקיזוז אינה סתם בטוחה כי אם בטוחה בעלת דרגת עדיפות גבוהה ביחס לבטוחות אחרות

40. אף בע"א 4316/90 הספקה חברה מרכזית לחקלאים בע"מ (בפירוק) נ' אגרא אבן יהודה, פ"ד מט(2) 133 (1995), נאמר בעמוד 174, כי "זכות קיזוז אשר מוענקת לנושה לפי סעיף 74 ... מעניקה לנושה מעין בטוחה".

41. באנגליה, ובעקבותיה בארץ, נהוג לכנות קיזוז בנקאי בשם "banker lien", כינוי המלמד כי הקיזוז הוא חלק ממשפחת הבטוחות. על כך שעיקבון בנקאי הוא למעשה קיזוז, ראו: Halesowen Presswork and Assemblies Ltd. V. Westminster Bank 487-488 [1070] 3 All E.R. 473. ראו גם נ' זלצמן, עיקבון (הוצאת רמות, 1998) בעמודים 192-194, כדלהלן:

הרעיון הפוסטורי הוא שזכות העיקבון מתירה לנושה להמשיך להחזיק בנכס הזולת ... עד שיסולק החיוב המגיע לו מן החייב. רעיון זה אינו הולם מצבים בהם הנושה מעכב סכומי כסף שקיבל עקב העסקה ואשר אותם הוא נדרש להשיב לחייב ... לדברים אלה יש השלכה על המשמעות המשפטית שיש ליתן למושג 'עיקבון בנקאי' ... אין זה עיקבון במובן הפוסטורי, אלא זכות לעכב ביצועו של חיוב התשלום שהבנק נושא בו כלפי הלקוח על פי ההסכם ביניהם

42. אם הקיזוז הוא למעשה סוג של משכון, הטוען לזכות קיזוז יהיה בגדר טוען ל"זכות ברכוש" אף לפי הצעת החוק. ואולם, אין טעם במסגרת הליכים הבוחנים את תקפותו של חילוט, לבזבז "אנרגיה שיפוטית" לדיון בטענה שהסכם קיזוז הוא מישכון. ראוי שהצעת החוק תכלול במפורש את זכות הקיזוז בהגדרת "זכות לרכוש", ואזי ההחלטה על החילוט תידון לגופה.

חשיבות הקיזוז הבנקאי

43. בפסקאות הבאות נראה כי למוסד הקיזוז חשיבות רבה במערכת הבנקאית, ולכן אי הכללתו במסגרת "זכות לרכוש" על פי הצעת החוק, תגרום לפגיעה ביכולת הבנקים לגבות אשראי שהעניקו ללווים שונים.

44. זכות הקיזוז במערכת הבנקאית באה לידי ביטוי כאשר לקוח מנהל בבנק מספר חשבונות, ואחד החשבונות מצוי ביתרת חובה וחשבון אחר מצוי ביתרת זכות. לקוחות רבים מנהלים מערכת יחסים מקיפה עם הבנקים. לקוח טיפוסי מחזיק בבנק חשבון עו"ש, פותח חיסכון לטווח ארוך, מחזיק חשבון ניירות ערך, נוטל הלוואה מהבנק, ועוד.

45. במקרים רבים בנק מעניק ללקוח הלוואה, בהתבסס על הפיקדון שהלה מחזיק בבנק. לעתים הבנק נוטל שעבוד על הפיקדון הכספי, ולעתים הוא סומך על קיזוז. הבנקים מניחים כי צד שלישי, דוגמת מעקל, מפרק, נאמן בפשיטת רגל של הלקוח, לא יוכל לשים ידו על הפיקדון, וזה יעמוד לרשות התאגיד הבנקאי לכיסוי חובותיו של הלקוח, ורק היתרה, אם תהא כזו, תעמוד לרשות נושים שונים. זכות הקיזוז קמה לבנק מכוח סעיף 53(א) לחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג- 1973 החל כאשר לקוחו של הבנק הוא סולבנטי, או סעיף 74 לפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש] התש"ם- 1980, כאשר הלקוח חדל פירעון. יש לציין כי מכוח סעיף 353 לפקודת החברות [נוסח חדש], סעיף 74 האמור חל גם על פירוק חברה.

46. בשל חשיבות הקיזוז, הבנקים אינם מסתפקים בזכות הקיזוז שמכוח הדין, ונוהגים כדבר שבשגרה לחתום עם לקוחותיהם, במיוחד לקוחות עסקיים הנזקקים לאשראי, על הסכם קיזוז. בהסכמים אלה מרחיבים הבנקים את זכות הקיזוז החלה מכוח הדין. כך, למשל, נוהגים בנקים להתנות כי יהיה ניתן לקזז חיובים שטרם הגיע מועד פירעונם, חיובים מותנים, לערוך קיזוז בין חשבון של יחיד לבין חשבון משותף, ועוד. על כך שניתן להרחיב מכוח הסכם את גבולות הקיזוז, ראו: ע"א 1226/90 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' הסתדרות הרבנים דאמריקה ואח', פ"ד מט(1) 177, 198 ("מכוח סעיף 24 לחוק החוזים רשאים הצדדים לקבוע בחוזה הסדר קיזוז

שונה מזה הקבוע בסעיף 53 לחוק החוזים, ובלבד שאין ההסדר פוגע בתקנת הציבור כאמור בסעיף 30 לחוק". על חופש הצדדים לעיצוב הסדרי קיזוז, ראו גם: ע"א 7960/00 באומל משה בע"מ (בכינוס נכסים ופירוק) נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פ"ד נו(2) 491. הסכם המרחיב את גבולותיו של הקיזוז על פי דין, תקף כל עוד שני הצדדים סולבנטיים.

47. הפסיקה עמדה לא אחת על החשיבות של הקיזוז במערכת הבנקאית ועל כך שהכל יודעים על קיומו. ראו למשל ע"א 5293/90 בנק הפועלים בע"מ נ' שאול רחמים בע"מ, פ"ד מז(3) 240, בעמודים 258-259, כדלהלן:

כאשר יש ללקוח יותר מחשבון אחד, וכאשר קיימות בחשבונותיו הן יתרות זכות והן יתרות חובה, נוצר אפוא מצב שבו קיימים חיובים הדדיים בין הבנק ללקוחו, והבנק רשאי, באופן עקרוני, לקזז את החיובים אלה מאלה ולקבל תמונה מדויקת בדבר היקף חובות הלקוח כלפיו ... הדבר עשוי לאפשר קבלת החלטות (למשל, לעניין מתן אשראי נוסף), המבוססות על המצב האמיתי של חשבונות הלקוח, ולמנוע עיוות אפשרי על ידי התבוננות מבודדת על אחד החשבונות, אשר מצב היתרות בו עלול שלא לשקף את מכלול היחסים בין הצדדים

48. ראו גם ע"א 1507/11 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' משה אלבס ואח', תקדין, עליון 2014(1) 2989 (השופטת חיות, פסקה 27):

זכותו של בנק לקיזוז יתרת זכות בחשבון אחד של הלקוח עם יתרת חובה בחשבון אחר שלו מוכרת היטב בפרקטיקה הבנקאית והיא אף מעוגנת בדרך כלל בהסכמים שעורך הבנק עם לקוחותיו

49. בהמשך בפסקה 28, מחזקת השופטת את זכות הקיזוז לטובת בנק, כדברים הבאים:

זכותו של הבנק לקיזוז היתרות אינה כפופה בעיני לביצוע הקיזוז בפועל ... יפים לעניין זה דבריו של המלומד שלום לרנר בספרו קיזוז חיובים: 'עדיפותו של הקיזוז על העיקול הולמת את ראיית הקיזוז כמשקף נכוחה את המצב הפיננסי בין שני גופים. על פי תיאוריה זו, הבנק אינו צריך לבצע קיזוז בפועל, כפי שעשה הבנק בעניין הסתדרות הרבנים ... סביר להניח כי הבנק יתגבר על העיקול גם בלא לבצע קיזוז בפועל' (שלום לרנר קיזוז חיובים 150 (2009)).

50. הווי אומר, לקיזוז חשיבות במערכת הבנקאית, משום שהוא נותן תמונה מדויקת על מצבו הפיננסי של הלקוח, תמונה המאפשרת לבנק לקבל החלטה מושכלת אם להעניק לו אשראי. כזכור, בשל חשיבות הקיזוז במערכת הבנקאית ושכיחותו, "ניתן לייחס לצדדים שלישיים ידיעה על אפשרות קיומה של מערכת החיובים ההדדית, ולנוהג הבנקים להכליל במסמכי פתיחת החשבון הוראת קיזוז". (פרשת הסתדרות הרבנים דאמריקה, לעיל פסקה 29, בעמוד 204).

51. לפי גישות שונות, זכות הבנק לאחד חשבונות שונים של הלקוח המתנהלים אצלו, "חזקה" מקיזוז רגיל. על היחס בין איחוד חשבונות (combination of accounts) המוכר בדין האנגלי ובדין הישראלי, כתבתי בעמוד 158 לספרי "קיזוז חיובים" (ההוצאה לאור של לשכת עורכי הדין, 2009), כדלהלן:

גישה אחרת מבחינה בין קיזוז לבין איחוד חשבונות, ורואה באיחוד חשבונות עניין חשבונאי ולא קיזוזי. קיזוז הוא איחוד של שני חיובים עצמאיים לחיוב אחד, ובהקשר הבנקאי לא קיימים חיובים עצמאיים, אלא יחס אחד בלבד של בנק – לקוח. האיחוד אינו פירעון חובו של הבנק באמצעות המגיע לו, משום שביחסי הבנק עם הלקוח קיים חוב אחד בלבד. האיחוד היא פעולה חשבונאית הבאה להבהיר מי מהצדדים נושה ברעהו ומה היקף החוב

52. הווי אומר, כאשר לקוח מנהל מספר חשבונות בבנק, יש לאחדם מבחינה רעיונית, אפילו ללא ביצוע קיזוז בפועל, ולראות כאילו הבנק או הלקוח חבים איש לרעהו את היתרה בלבד.

53. על חשיבות הקיזוז לגבי המערכת הבנקאית וגורמים מסחריים נוספים, ניתן ללמוד מסעיף 234 לתזכיר חוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי תשע"ה- 2015, שפורסם בחודש אוגוסט 2015. התזכיר מציע לצמצם את זכות הקיזוז במצבים של חדלות פירעון, משום שהכרה בקיזוז במצב פוגעת בנושים הכלליים. יחד עם זאת, הסעיף מכיר בקיזוז כאשר "נטילת חובות הדדיים והסתמכות על הקיזוז הן חלק ממהלך העסקים הרגיל של החייב או הנושה". דברי ההסבר לסעיף מסבירים הלכה זו באופן הבא:

אם נטילת החובות ההדדיים וההסתמכות על זכות הקיזוז הן חלק ממהלך עסקיו הרגיל של החייב או הנושה – במקרה זה ברור כי לפחות אחד מהצדדים הסתמך על זכות הקיזוז כחלק ממהלך עסקיו הרגיל. פגיעה בזכות הקיזוז ביחס לעסקאות מסוג זה עלולה לפגוע ביכולת ההתקשרות של החייב בעסקאות כאלה שכן הצד השני לעסקה לא יוכל להשתמש בזכות הקיזוז עליה הוא מבסס את עסקיו.

54. בהקשר שלנו, יש לראות כאחד את כלל החשבונות שיש לגוף הטרור בבנק. אם לאותו גוף יש בבנק חשבון המצוי ביתרת חובה בגובה הפיקדון הכספי שיש לו בבנק, אין להחשיבו כלל כזכאי לסכום הפיקדון. לשון אחר, על אף הפיקדון הרשום לזכותו של גוף הטרור בבנק, בשל החשבון האחר בו הוא מצוי ביתרת חובה, אין לו למעשה בבנק נכס הניתן לחילוט על ידי המדינה.

55. לפיכך, על הצעת החוק לקבוע במפורש כי כאשר בנק סומך על קיזוז בנקאי, אין לחלט פיקדון כספי שגוף הטרור הפקיד בבנק. תוצאה זו אינה תלויה בסיווגו הקנייני או האובליגטורי של הקיזוז, אלא בהבנה כי יש לראות יחס אחד בלבד בין בנק לבין לקוחו, וכאילו בוצע קיזוז רעיוני, אף שטרם נשלחה הודעת קיזוז בפועל.

56. הנמקה דומה באה לידי ביטוי בפסיקה האנגלית. בפרשת In Re K (Restraint Order) [1990] 2 QB 298 נתפסו שלושה חשודים בעבירות סמים. לאחת החשודות היו בבנק חשבון פיקדון וחשבון הלוואות. בית המשפט הוציא צו המונע עשיית כל עסקאות בחשבונות הבנק והקפאתם. הבנק עתר לבית המשפט להצהיר שההגבלה אינה מונעת ממנו לבצע איחוד חשבונות. בית המשפט פסק לטובת הבנק, ואף קבע שהבנק אינו זקוק כלל לעתור לבית המשפט לתקן את הצו, אלא רשאי בעצמו לבצע חד צדדית איחוד חשבונות. בעמוד 304, קבע בית המשפט כדלהלן:

In my judgement, the bank right to combine is well established and is fundamental to the bank/customer relationship. It is a means of establishing the indebtedness of the customer to the bank and the bank to the customer. In exercising this right the bank is not asserting a claim over the moneys, nor is it in conflict with the claims of the Crown. It is merely carrying out an accounting

procedure so as to ascertain the existance and amount of one party's liability to the other"

57. בית המשפט מוסיף בעמוד 305, כי אין היגיון לפרש שצו הגבלה יפגע בבנק, כדלהלן:

... the bank property, be it money or chose in action, would become the subject of the restraint order and the vested rights of the bank would be in peril. There is a presumption that a statute does not alter vested rights

58. אם הקיזוז הבנקאי לא ייחשב כ"זכות ברכוש", הבנק עלול להיפגע במקרים לא מעטים. ניטול לדוגמה גוף טרור המנהל שני חשבונות בבנק מסוים, והבנק, שאינו מודע לטיבו ומעשיו, מעניק לו אשראי בחשבון אחד, בהסתמך על הפיקדון שאותו גוף מנהל בבנק. הפיקדון הכספי חשוף לחילוט כשאר הרכוש השייך לגוף הטרור. אם הקיזוז לא יוכר כ"זכות ברכוש", חילוט של הפיקדון לטובת המדינה, יגרום לכך שהבנק לא יוכל לגבות את המגיע לו מהפיקדון.

59. למעשה, הצעת החוק עצמה מכיר בחשיבותו של הקיזוז הבנקאי, ובצורך למנוע חילוט פיקדון כספי כאשר הבנק הסתמך עליו בעת הענקת אשראי ללקוח. עם זאת, משום מה, הצעת החוק החליטה להותיר את הכללת הקיזוז במסגרת "זכות לרכוש" למחוקק המשנה. כאמור לעיל בפסקה 10, טכניקה זו מעלה שאלות שונות וגורמת לחוסר בהירות בדיון. עדיף אפוא להכיר בקיזוז הבנקאי בדרך המלך, על ידי הכללתו המפורשת בהגדרת "זכות ברכוש".

60. אף לפי הצעת החוק, הבנק רשאי להתנגד לחילוט הפיקדון אם נטל עליו שעבוד. ואולם, מישכון הפיקדון והסכם קיזוז הן שתי דרכים להשגת מטרה זהה- יצירת קשר משפטי בין הפיקדון לבין חשבון אחר של הלקוח המצוי ביתרת חובה. בהקשר החילוט, לא צריכה להיות נפקות אם הבנק יצר זיקה בין חשבונותיו השונים של גוף הטרור באמצעות שעבוד הפיקדון או בדרך של קיזוז.

61. לכאורה, לאור האמור בפסקה הקודמת, יטען הטוען כי בנק יכול למנוע פגיעה כתוצאה מחילוט פיקדון, אם הפיקדון ימושכן להבטחת האשראי שהלקוח קיבל

מהבנק. ואולם, לא תמיד ניתן לכרות הסכם למישכון הפיקדון. חברות רבות התחייבו בעבר כלפי מממן קודם, להימנע מיצירת שעבוד על נכסים שונים שבבעלותם ("שעבוד שלילי"). בנוסף, מישכון פיקדון כספי טעון רישום אצל רשם החברות או רשם המשכונות, לעומת קיזוז שאינו טעון רישום, ומן הראוי למנוע הצפה מיותרת של מרשם השעבודים. לפיכך, יש לאפשר לתאגידים הבנקאיים לפעול באמצעות קיזוז, ללא חשש שמא לאחר מכן הפיקדון הבנקאי של הלקוח יחולט על ידי המדינה בשל ביצוע פעולות טרור מצד הלקוח.

הכרה בקיזוז אינה נוגדת את מטרות החילוט

62. במבוא לפרק ו של הצעת החוק, הובאו בקצרה מטרות החילוט, כדלהלן:

הליכי החילוט מהווים, בלא ספק, אחד הכלים המשמעותיים למאבק בארגוני הטרור, ומטרתם לשמוט תחת רגליהם של ארגונים אלה את התשתית הכלכלית המאפשרת את המשך פעילותם ואת התנהלותם בתוך האוכלוסייה, כמו גם את המניעים הכלכליים העומדים בבסיס חלק מעבירות הטרור. הליכי החילוט נועדו גם להרתיע עבריינים בכוח מלבצע עבירות טרור, נוכח החשש מפני ההשלכות הכלכליות שעלולות להיות לביצוע עבירות אלה על הרכוש הקשור לעבירה.

63. החילוט מסכל את הרווח האדיר הנובע לעתים מביצוע עבירות מתוחכמות, וכך מסייע להפחית את היקף הפשיעה. להבדיל מהטלת קנס על העברין, יש בחילוט גם הגשמת האינטרס של "הוצאת בלעו של גזלן מפיו". להנמקה זו, ראו: ע"פ 7475/95 מדינת ישראל נ' בן שיטרי, פ"ד נב(2) 385, 410; בש"פ 6817/07 מדינת ישראל נ' רפאל סיטבון ואח', תקדין, עליון, 2007(4) 796, 821 (2007), פסקה 34.

64. ואולם, חילוט הרכוש עלול לפגוע בצדדים שלישיים תמי לב שאין להם קשר עם פעולות טרור, וכתרו עסקאות שונות עם גוף הטרור, שעה שלא היו מודעים לאופי פעילותו. לצדדים אלה עשוי להיות אינטרס בנכס או נכסים של גוף הטרור, ואלו עלולים להיפגע מביצוע החילוט. עלינו אפוא למצוא איזון ראוי בין שני הערכים המתנגשים, מחד - יעילות החילוט למלחמה בטרור ובעבריינים אחרים, ומנגד - פגיעה אפשרית באינטרסים כלכליים של צדדים תמי לב שלא ראוי לפגוע בהם.

65. מציאת איזון הולם בין אינטרסים נוגדים אינה קלה בכל הקשר שהוא, וגם לא בנסיבות שלפנינו. ואולם, לצורך קביעת עמדה ביחס לקיזוז הבנקאי, אין צורך להיכנס לעובי הקורה ולהגדיר במדויק את האיזון ההולם. דומה שהכול יסכימו שאם פגיעתו הבלעדית של החילוט היא בצד התמים, וגוף הטרור אינו מושפע כלל ממנו, על החילוט לסגת מפני זכויותיו של הצד התמים. חילוט שאינו פוגע מאומה בגוף הטרור אלא בצד התמים, אינו משיג את מטרותיו. העדר פגיעה כלשהי בתשתית הכלכלית של הטרור לא תמנע את המשך פעילותו, ולא תרתיע עבריינים בכוח מביצוע זממם.

66. כאשר לקוח קיבל אשראי מבנק בהסתמך על פיקדון כספי שהלקוח מנהל בבנק, חילוט הפיקדון על ידי המדינה לא יפגע בלקוח אלא בבנק בלבד. הלקוח בין כך ובין כך אינו יכול ליהנות מהפיקדון הכספי שיש לו בבנק, בלא לפרוע קודם לכן את חובו לבנק. הסכם קיזוז בבנק מלווה כדבר שבשגרה בסעיף "עיכוב משיכה" שעל פיו הלקוח אינו רשאי למשוך את הפיקדון, אף אם הגיע מועד פירעונו, ללא כיסוי חובותיו לבנק. תניית "עיכוב המשיכה" מביאה לידי ביטוי מלא את הסתמכות הבנק על הקיזוז. חילוט הפיקדון על ידי המדינה אינו פוגע אפוא כלל בלקוח, שהפיקדון ממילא אינו עומד לרשותו, והפגיעה היא בבנק בלבד.

67. לסיכום, לאור מטרותיו של החילוט, לא ראוי לחלט פיקדון בנקאי, כל אימת שפיקדון זה מבטיח את חובו של גוף הטרור לבנק.

סיכום ומסקנות

68. הצעת החוק מגדירה בסעיף 2 "זכות ברכוש" באופן הבא: "זכות קניינית ברכוש שהיא אחת מאלה: בעלות, שכירות, שאילה, משכון, זכות קדימה או זיקת הנאה". לפי סעיפים שונים בהצעת החוק, רק הטוען ל"זכות ברכוש" יורשה להתנגד להליכי החילוט. הצעת החוק לא כללה בהגדרה את זכות הקיזוז של תאגיד בנקאי, אף שהכירה בחשיבותה.

69. בפני הצעת החוק עמדו שלוש אפשרויות לקביעת היקפו של המונח "טוען זכות ברכוש" הרשאי להתנגד להליכי חילוט:

א. להימנע מהגדרת המונח ולהותיר לפסיקה למלאו בתוכן, בהתאם לאיזון הראוי שבין האינטרסים הנוגדים. דרך זו נבחרה בחוקים קודמים.

ב. להגדיר כי בעל זכות קניינית או מעין קניינית ייחשב לטוען ל"זכות ברכוש".

ג. לקבוע רשימה סגורה של זכויות שייכללו בהגדרת "זכות לרכוש".

70. הצעת החוק בחרה בדרך השלישית, המצמצמת מכולן את שיקול הדעת המוקנה לבתי משפט, ומונעת מהם את שמיעת טענותיהם של צדדים שונים. קביעת רשימה סגורה עלולה לפגוע בבעלי זכויות שונות שהושמטו מבלי משים, כפי שנעשה לגבי העיכבון. הבחירה בדרך השלישית, נוגדת את עמדת הפסיקה שהעדיפה את שתי האפשרויות הראשונות.

71. במקרים רבים בנקים מעניקים הלוואות ללקוחותיהם על סמך פיקדונות שהלקוחות מנהלים בבנקים. במקרים אלה סומכים הבנקים על זכות הקיזוז. אם לא נראה בתאגיד בנקאי בהקשר זה מי ש"טוען לזכות ברכוש", הצעת החוק עלולה לפגוע פגיעה משמעותית בבנקים, משום שפיקדונות שונים עלולים להיחלט לטובת המדינה, בלא שתהיה לבנקים הזדמנות להעלות את טיעוניהם בפני בית המשפט.

72. חסימת הבנקים בשלב המקדמי, אינה ראויה. סגירת הדלת בפני תאגיד בנקאי להתנגד לחילוט, אינה עולה בקנה אחד עם מטרות החילוט, ועם ההבנה שהחוב

האמיתי בין הלקוח והבנק ניתן לבירור רק עם איחוד כל החשבונות שהלקוח מנהל בבנק.

73. זכות הקיזוז לטובת בנק היא זכות קניינית או למצער זכות מעין קניינית, ולכן לפי עמדת הפסיקה, היא ראויה להיכלל במסגרת "טוען לזכות ברכוש".

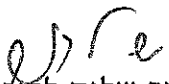
74. לפי גישות שונות, יש לראות בקיזוז סוג של בטוחה. לפי גישות אלה בנק בעל זכות קיזוז יהיה "טוען לזכות ברכוש" כבעל משכון, אף לפי ניסוחה העכשווי של הצעת החוק. ואולם, בשל מורכבות הנושא לא ראוי להשחית "אנרגיה שיפוטית" על סוגיה זו, שאינה רלוונטית לשאלות המרכזיות העולות במקרי חילוט.

75. אין אנו טוענים כי כאשר בנק טוען לקיזוז, יש להעדיפו בכל מקרה על זכות המדינה לחלט את הפיקדון הכספי שגוף טרור הפקיד בבנק. כל שאנו טוענים הוא שיש לפתוח את השער לפני הבנק, ולתת לו הזדמנות להעלות את טענותיו. ההחלטה בסופו של דבר תתקבל לפי שיקולים שונים. כל שאנו טוענים הוא שאין לחסום את השער בפני הבנק ולהימנע משמיעת טיעוניו, על ידי קביעה רשימה סגורה של אלה הרשאים להתנגד להליכי חילוט.

76. לאור האמור, יש לבטל את הרשימה הסגורה, ולאפשר לבתי המשפט לשמוע טיעונים כנגד החילוט מפי כל מי שיש לו זיקה לנכס שהמדינה מעוניינת בחילוטו. לחילופין, אם המחוקק יעדיף לקבוע רשימה סגורה של טוענים ל"זכות ברכוש", יש לכלול את זכות הקיזוז הבנקאי במפורש ברשימה זו.

אשמח לעמוד לרשותכם להבהרת נושאים שונים בחוות הדעת.

בכבוד רב,


פרופסור שלום לרנר, ער"ד