



בית המשפט העליון

בש"פ 8470/22

ע"א 8474/22

לפני: כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט נ' סולברג
כבוד השופט ד' מינץ

העורר בבש"פ 8470/22
והמערער בע"א 8474/22:

בנק לאומי לישראל

נ ג ד

המשיבות: 1. מדינת ישראל
2. פלונית

ערר לפי סעיף 38א לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר
וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969 וערעור על החלטתו
של בית המשפט המחוזי בירושלים בצ"א 14689-12-21
שניתנה ביום 4.9.2022 ע"י כב' השופט ג' גדעון

תאריך הישיבה: ד' בסיון התשפ"ג (24.5.2023)

בשם העורר בבש"פ 8470/22
והמערער בע"א 8474/22:

עו"ד יעקב ריבנוביץ

בשם המשיבה 1: עו"ד נעמי זמרת; עו"ד מוחמד סראחנה

בשם המשיבה 2: עו"ד דבורה אטיה

פסק-דין

השופט י' עמית:

ערר וערעור אזרחי על החלטת בית המשפט המחוזי בירושלים (כב' השופט ג'
גדעון) מיום 4.9.2022 בצ"א 14689-12-21, שבגדרה התקבלה בקשת המשיבה 1 (להלן:
המדינה) למתן סעדים זמניים בקשר לנכסים שנתפסו על ידה במסגרת הליך פלילי.

החלטת בית משפט קמא נסבה בעיקרה על המשך החזקתם של שני נכסים אשר נתפסו מכוח פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969 (להלן: פקודת סדר הדין הפלילי) וחוק איסור הלבנת הון, התש"ס-2000 (להלן: חוק איסור הלבנת הון) והוראות החילוט הקבועות בפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], תשל"ג-1973 (להלן: פקודת הסמים) ואשר חלות לגביו:

נכס אחד – מקרקעין המצויים ברחוב שפת אמת 8 בבית שמש והידוע כגוש 5381 חלקה 16 (להלן: המגרש או הנכס).

נכס שני – כספים המצויים בחשבונה של טובר אחזקות בע"מ (היא המשיבה 2; להלן: טובר או החברה) בבנק לאומי לישראל בע"מ (הוא העורר בבש"פ 8470/22 והמערער בע"א 8474/22 שלפנינו; להלן: העורר או הבנק).

רקע עובדתי ועיקרי כתב האישום

1. עניינו של ההליך הפלילי בכתב אישום חמור שהוגש נגד מספר רב של נאשמים, וביניהם עובדי ציבור בעיריית בית שמש (להלן: עובדי הציבור), אנשי עסקים (להלן: היזמים) וחברות המצויות בבעלותם. המדובר בפרשה פלילית מסועפת ורחבת היקף, שבמרכזה עומד נכס המקרקעין מושא הערר. ההליך הפלילי בעניינם של הנאשמים תלוי ועומד בפני בית המשפט המחוזי בירושלים, וההליך שלפנינו הינו אחד מספיחיה של אותה פרשה. כתב האישום נפרס על פני כמאה עמודים, והוא מייחס ליזמים ולעובדי הציבור (להלן יכוננו יחד: הנאשמים) שורה ארוכה של עבירות, כל אחד לפי חלקו בפרשה. בתמצית שבתמצית, כתב האישום מתאר כיצד במהלך השנים 2010-2018 (להלן: התקופה הרלוונטית) פעלו לכאורה הנאשמים בדרכים עברייניות על מנת להקים על גבי המגרש מיזם נדל"ן שאפתני; מיזם אשר לפי הנטען נולד בחטא ונגוע כל-כולו בפלילים, מן המסד ועד לטפחות (להלן יכונה גם: הפרוייקט). בעיקרם של דברים, נטען כי המגרש יועד במקור להקמת מוסד תורני צנוע, אך חרף זאת נבנה במקום קומפלקס רחב ממדים הכולל שטחי מסחר ושלושה מגדלי מגורים שבהם עשרות דירות; וכי הקמת הפרוייקט התאפשרה הודות לשורת מעשי שחיתות, זיוף ומרמה שביצעו חלק מהנאשמים, תוך יצירת מצגי שווא שנועדו להסתיר את מהותו האמיתית.

2. כאמור, מדובר בפרשה מסועפת שנמשכה על פני שנים רבות. החלטת בית משפט קמא מפרטת באריכות את השתלשלות העניינים שהובילה להקמת הפרוייקט, וכן בנוגע

להליכים המשפטיים שהתנהלו לאחר שנחשפה הפרשה. להלן יובאו אך עיקרי הדברים החשובים לענייננו:

בתחילת שנות ה-90 הקצתה רשות מקרקעי ישראל (להלן: רמ"י) לעמותת "בית ומנוחה" (להלן: בית ומנוחה) את זכויות הפיתוח בשטח נרחב המצוי בעיר בית שמש, לצורך הקמת שכונה חרדית (להלן: השכונה). גם המגרש מושא דיוננו נכלל בשטחה של השכונה. מן החומרים שלפנינו עולה כי לפי תכנית המתאר המקומית (להלן: תכנית המתאר) היה ייעודו של המגרש ל"מוסדות", ועל פיה ניתן היה להקים במקום "מוסד-מרכז תורני" בן שלוש קומות. בראשית שנות ה-2000 נקלעה בית ומנוחה לקשיים כלכליים, ובמסגרת הסדר נושים שנערך עבורה הוקנו זכויות הפיתוח במגרש לחברה בבעלותו של אחד היזמים. בשנת 2010 נרכשו זכויות הפיתוח במגרש על ידי חברת ברכת השמש בע"מ (להלן: ברכת השמש); חברה אשר הוקמה על ידי חלק מהיזמים לצורך הקמת הפרוייקט. העברת הזכויות לא דווחה לרמ"י ולא אושרה על ידה, וזכויות הפיתוח נותרו רשומות על שמה של בית ומנוחה.

החל מאותה שנה ולכל אורך התקופה הרלוונטית הוגשו בקשות רבות מצד היזמים למתן היתרי בנייה בקשר לפרוייקט, וניתנו כמה וכמה היתרים שונים. ככל שהתקדם הפרוייקט – הורחבו היתרי זכויות הבנייה שאושרו עבור המגרש. בכלל זה, בשנת 2014 ניתן היתר בנייה להקים על גבי המגרש "מבנה חדש לאולמות ומרפאות ודירות פנימייה" (להלן: ההיתר משנת 2014); היתר זה ניתן לאחר שרמ"י נתנה את אישורה לכך (להלן: אישור רמ"י), ולאחר שהיזמים חויבו לשלם לרמ"י "דמי היתר" בסך של כ-1.5 מיליון ₪ בגין שינוי ההיתר. בהמשך לכך, בין השנים 2015-2017 אושרו על ידי הוועדה המקומית בקשות נוספות בקשר למגרש, שעניינן הגדלת זכויות הבנייה באופן המאפשר הקמת דירות נוספות; ובשנת 2018 ניתן היתר בנייה נוסף הנוגע רק לקומות התחתונות של הנכס – להקמת "אולמות" ו-"מרפאות" (להלן: ההיתר משנת 2018), כאשר יחד עם הבקשה להיתר זה הוגשה בקשה נפרדת בנוגע לקומות שמעליהן – להקמת "דירות פנימייה" (להלן יכוננו: קומות המגורים).

בחודש מרץ 2017 רכשה טובר מברכת השמש את הזכויות בקומה התחתונה של הנכס לצורך הקמת מרפאות (להלן: מתחם המרפאות או המרפאות). בהמשך לכך התקשרה טובר בחודש יולי 2017 בהסכם עם קופת חולים מאוחדת (להלן: מאוחדת), במסגרתו הוסכם כי מאוחדת תשכור מטובר את מתחם המרפאות לאחר שבנייתו תושלם, לתקופה של עשר שנים (להלן: חוזה השכירות).

בחודש דצמבר 2017 נרשמה בית ומנוחה – אשר עד אותה העת עדיין הייתה רשומה אצל רמ"י כבעלת זכויות הפיתוח במגרש – כבעלת זכויות חכירה במגרש, מכוח חוזה חכירה שנחתם בינה לבין רמ"י; ובחודש אפריל 2018 העבירה רמ"י את זכויות החכירה במגרש על שמה של ברכת השמש. בסמוך לאחר מכן פנתה טובר לבנק לצורך קבלת הלוואה על מנת לממן את הקמתן של המרפאות, וזה העמיד לטובתה הלוואה על סך של כ-16 מיליון ₪ (להלן: הסכם ההלוואה), אשר הופקדו בחשבון על שמה שנפתח לשם כך בבנק (להלן: חשבון ההלוואה). להבטחת החוב שיעבדה טובר לטובת הבנק את זכויותיה בנכס באמצעות משכון, וכן את זכויותיה לפי חוזה השכירות בשעבוד קבוע-ספציפי. השעבודים נרשמו אצל רשם החברות, ולפי הנטען המשכון לטובת הבנק נרשם גם אצל ברכת השמש. ביום 1.5.2018 נרשמה ברכת השמש במרשם המקרקעין כבעלת זכויות החכירה במגרש; ואולם זכויותיהם של טובר והבנק בנכס לא נרשמו במרשם עד למועד שבו נתפס הנכס כמה ימים לאחר מכן.

ביני לביני החלה בניית הנכס, כאשר מכתב האישום עולה כי עיקר הבנייה התבצעה במהלך השנים 2017-2018; וכי במהלך המחצית השנייה של שנת 2018 כבר היה הנכס מצוי בשלבי בנייה מתקדמים ביותר.

3. בתחילת חודש מאי 2018 הפכה החקירה בתיק לגלויה; חקירה שסופה בהגשת כתב אישום בשנת 2021.

כתב האישום מחולק לשני חלקים עיקריים: בחלקו הראשון מפורטות העבירות שלכאורה ביצעו היזמים ועובדי הציבור בקשר לקידום ומימוש הפרוייקט עצמו (להלן: החלק הראשון של כתב האישום); ובחלקו השני מפורטות שורה של עבירות כלכליות אשר בוצעו לכאורה על ידי חלק מהנאשמים אגב הקמת הפרוייקט, לצדן של העבירות המתוארות בחלק הראשון של כתב האישום (להלן: החלק השני של כתב האישום). לפי הנטען בחלק הראשון של כתב האישום, כל הליך הקמת הפרוייקט – לרבות הקצאת הזכויות במגרש והוצאת ההיתרים לגביו – היה נגוע במעשי זיוף, מרמה ושחיתות מצד הנאשמים. בכלל זה נטען כי העברת זכויות הפיתוח מבית ומנוחה נעשתה בניגוד להוראות הסכם הפיתוח עם רמ"י וללא ידיעתה ואישורה; כי מסיבה זו הגישו היזמים את כל הבקשות להיתרים באופן שנחזה להיות בשמה ומטעמה של בית ומנוחה, תוך ביצוע עבירות שונות; וכי עובדי הציבור פעלו במסגרת תפקידם על מנת לקדם ולאשר את ההיתרים שלא כדין, תוך ביצוע עבירות שוחד, מרמה והפרת אמונים. עוד נטען כי אישור רמ"י התקבל במרמה ועל סמך מצגי שווא מצד הנאשמים; כי אישור רמ"י שונה ממה שאושר במסגרת ההיתר משנת 2014; כי כל שאר הבקשות, לרבות בקשר להיתר משנת

2018, אושרו מבלי שדווח על כך לרמ"י וללא אישורה; כי גם זכויות החכירה הושגו במרמה ועל סמך מצגי שווא; וכי במהלך הבנייה נעברו גם שורה של עבירות תכנון ובנייה, תוך הימנעות מביצוע הליך לשינוי ייעוד המגרש, על מנת להתחמק מתשלומי היטלים ומסים שונים הכרוכים בהקמת מיזם למסחר ומגורים. בתוך כך נטען כי הזכויות בנוגע לקומות המגורים, אשר כאמור נחזו לשמש כדירות פנימיה, נמכרו על ידי היזמים כדירות מגורים לכל דבר ועניין, וזאת בדרך מתוחכמת שנועדה להימנע מרישום הזכויות כנדרש ומדיווח לרשויות הנוגעות בדבר. בחלקו השני של כתב האישום נטען כי חלק מהנאשמים ביצעו עבירות שונות במסגרת פתיחת חשבונות בנק בקשר לפרויקט, בעת רישום החברות שהוקמו לצורך מימושו ובמסגרת הפעולות העסקיות שבוצעו במסגרתו; לרבות עבירות שעניינן התחמקות מתשלומי מס, הונאת נושים, וכן עבירות הלבנת הון שבוצעו ברכוש האסור שהושג במהלך ניהול הפרויקט.

4. נקדים ונאמר כי כתב האישום מייחס לטובר (ולמי שהיה בעל החברה ומנהלה) עבירות כלכליות כמתואר בחלק השני של כתב האישום, וביניהן עבירות מס, הלבנת הון וקבלת דבר במרמה; עבירות שנעברו לכאורה במסגרת עסקת רכישת הזכויות בקומת המרפאות ובנייתן.

עיקרי ההליכים המשפטיים שקדמו להליך דנן

5. מיד לאחר הפיכת החקירה לגלויה נתפסו נכסים שונים הקשורים לפרשה ולנאשמים בה. הנכסים נתפסו כאמור מכוח פקודת סדר הדין הפלילי, וכן מכוח חוק איסור הלבנת הון (והוראות החילוט הקבועות בפקודת הסמים אשר חלות לגביו). בכלל זה ניתן צו לתפיסת נכס המקרקעין ברישום בלבד באופן שאסר על ביצוע כל דיספוזיציה בנכס (להלן: תפיסת הנכס ברישום), וכן נתפסו כספים בסך של כ-1.9 מיליון ₪ המצויים בחשבון ההלוואה של טובר אצל הבנק (יכוננו ביחד לשם הנוחות: התפוסים). הליכים רבים התקיימו בעניינם של התפוסים, הן במישור התכנוני-מנהלי והן במישור הפלילי. ואלה עיקרי הדברים החשובים לענייננו.

6. ההליכים במישור התכנוני-מנהלי: בסמוך לאחר תפיסת הנכס ברישום הוציאה המדינה גם צו מנהלי להפסקת עבודות הבנייה בנכס (להלן: הצו המנהלי). בסיומם של הליכים משפטיים שונים התקבלו באופן חלקי עתירות כנגד הצו המנהלי, במובן זה שהצו צומצם כך שלא יחול ביחס לקומות התחתונות (הכולל את מתחם המרפאות והחניון) אלא רק ביחס לקומות המגורים (ראו בב"נ 18-05-66455; עפ"א 18-11-63761. להלן: ההחלטה על צמצום הצו המנהלי). בעיקרם של דברים נקבע כי בניית הקומות התחתונות

נעשתה בהתאם להיתר משנת 2018; וכי היתר זה תואם את תכנית המתאר המייעדת את המגרש ל"מוסדות", שכן הביטוי "מוסדות" יכול לכלול גם "אולמות" ו-"מרפאות". לצד זאת צוין בפסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים כי "השימוש בכלי המנהלי במסגרת דיני התכנון והבנייה, אינו מתאים בכל הנוגע לעבודה [בקומות התחתונות – י"ע]; וכי "דרך המלך לפעול במקרה דנן היא במסגרת הליכים אחרים, בין אם בגדרי הליך אזרחי ובין במסגרת ההליכים הנלווים להליך הפלילי" (ראו עפ"א 63761-11-18 הנ"ל). מכאן, שבמישור התכנוני-מינהלי, ניתן היה להמשיך בביצוע העבודות בקומה שנרכשה על ידי טובר, שכאמור התקשרה עם מאוחדת בחוזה שכירות לתקופה של עשר שנים לשם הפעלת מרפאות בקומה.

7. ההליכים במישור הפלילי: בסמוך לאחר ההחלטה על צמצום הצו המנהלי עתרה המדינה להרחיב את צו התפיסה בנוגע לנכס גם לתפיסה "בעין", באופן שיאסור על המשך ביצוע עבודות הבנייה בנכס. בקשה זו התקבלה ביום 4.11.2018, וכל ההשגות על כך נדחו (ראו צ"א 11197-05-18; ע"ח 42911-11-18. להלן: הצו לתפיסת הנכס בעין). בתמצית, הערכאות שדנו בעניין הצו לתפיסת הנכס בעין קבעו כי ההליך המנהלי אינו מוציא את האפשרות לנקוט גם הליך פלילי בקשר לנכס; כי בשלב זה קיימות ראיות לכאורה להוכחת העבירות המיוחסות לנאשמים; כי המשך הבנייה בנכס משמעה מתן הכשר להמשך ביצוען של העבירות מושא הפרשה; וכי גם אם בהיבט התכנוני-מנהלי יש הבדל בין מתחם המרפאות לקומות המגורים, בהיבט הפלילי אין מקום להבחין בין חלקי הנכס. כך למשל נקבע בהחלטת בית המשפט המחוזי שדן בערר על הצו לתפיסת הנכס בעין:

"קשה לחלוק על הטענה לפיה מתן האפשרות לעותרות להשלים את בניית הקומות התחתונות, לרבות עבודות ההתאמה הפנימיות לחניונים, לאולמות ולמרפאות, לא תמנע או תסכל את יכולתה של המדינה להרוס או לחלט את הנכס, ככל שיוורה על כך בית המשפט בסופו של יום. במובן זה, התכליות הנוגעות לתפיסה לצרכי חילוט, כמו גם היכולת להשיב את המצב לקדמותו, לא תיפגענה אם יצומצם היקף צו התפיסה. מסקנה זו מתחזקת בשים לב לעובדה כי בשלב זה כבר הושלמו עבודות בניית המעטפת בשלוש הקומות התחתונות, ונותרו רק עבודות התאמה פנימיות, כמו גם לנוכח נכונותן של העוררות [וביניהן טובר – י"ע] להתחייב להרוס על חשבונן את כל שייבנה מעתה ואילך, ככל שיוחלט על כך בסופו של יום.

אלא שלצד תכליות התפיסה למטרות חילוט ולמטרה ראייתית, כמעט ונשכחה עילת התפיסה הראשונה והמרכזית הקבועה בחוק: המטרה המניעתית.

[...] בשים לב לנתונים אלה, מוצדקת כאמור עמדת בית המשפט קמא ולפיה אפילו היה מוכח דבר קיומו של נזק עתידי לעוררות, לא היה בכך כדי להצדיק את המשך הפגיעה באינטרס הציבורי המובהק של הפסקת קידומו של המיזם הפלילי. כפי שציינן בית המשפט קמא: 'המשך הבניה חרף המעשים הפליליים החמורים העומדים לפי החשד מאחורי הוצאת היתרי הבניה, משמעו מתן היתר למעורבים להמשיך בביצוע עבירות פליליות"' (ראו ע"ח 42911-11-18; ההדגשה במקור – י"ע. יוער כי בקשת רשות לערור על החלטה זו נדחתה, לאחר שנקבע כי אינה עומדת באמות המידה של "גלגול שלישי" (ראו בש"פ 383/19)).

8. בהמשך לכך עתר גם הבנק – מכוח היותו, לטענתו, בגדר טוען לזכות בתפוסים – לצמצם את הצו לתפיסת הנכס בעין, כך שיתאפשר להשלים את בניית ואכלוס מתחם המרפאות, וכן להורות על שחרור הכספים שנתפסו בחשבון ההלוואה. בקשה זו נדחתה ביום 1.10.2020, גם הפעם בהתבסס על הקביעה העקרונית ולפיה בהינתן שמדובר בעילת תפיסה מניעתית "לא ניתן לאפשר חלופת תפיסה כלשהי, ללא קשר לעוצמת הנזק שנגרם לטובר או לצדדים שלישיים". בנוגע לזכות הקיזוז של הבנק בכספים שנתפסו נקבע כי "זכות הקיזוז של הבנק איננה שעבוד ישיר, ודומה שעליה להיבחן בתום ההליך העיקרי"; וכי משהבנק הודיע כי בשלב זה הוא אינו מעמיד את ההלוואה לפירעון מיידי אין מקום לחייב את המדינה להשיב את הכספים. ערר שהוגש על החלטה זו לא נדון לגופו, לאחר שנקבע כי המשך ההליך יתנהל לפני בית המשפט שאליו עתיד היה להיות מוגש כתב האישום בסמוך לאחר מועד הדיון (ראו צ"א 50396-07-18; ע"ח 25501-11-20).

ההליך בבית משפט קמא

9. במסגרת כתב האישום ביקשה המדינה לחלט את הנכס בתום ההליך (בכפוף להרשעת הנאשמים); ובד בבד עם הגשתו עתרה המדינה למתן סעדים זמניים לפי סעיף 23 לחוק איסור הלבנת הון וסעיף 136(א) לפקודת הסמים, ובין היתר להורות על המשך תפיסת הכספים שבחשבון ההלוואה. במסגרת ההליך נדונה גם שאלת המשך תפיסת הנכס בעין עד לתום ההליך הפלילי. בית משפט קמא נעתר לבקשת המדינה, תוך שהוא מאמץ את קביעותיהן העיקריות של הערכאות שדנו בנושא לפניו. בין היתר קבע בית משפט קמא כי הקביעות בהליך התכנוני-מנהלי נעשו מבלי להתייחס להיבטיה הפליליים של הפרשה; כי המדובר בתכנית עבריינית אחת להקמת הנכס על כל חלקיו, במסגרתה לקומות התחתונות היה תפקיד חשוב, שכן קיומן נועד לשרת את מצג השווא ולפיו הנכס

ישמש כמוסד תורני; כי "השלמת הבנייה ולו של הקומות התחתונות ושטחי המרפאות עלולה להוות המשך ביצועה של התכנית העבריינית"; וכי די בכך על מנת להמשיך ולתפוס את הנכס בעין, אף מבלי להתייחס לטענות שהעלו טובר והבנק באשר לזכויותיהם בנכס.

בית משפט קמא לא הסתפק בכך, ודחה את טענות טובר והבנק גם לגופן. בין היתר, נדחתה טענת טובר ולפיה מאחר שלנכס כבר היו היתרי בנייה במועד שבו רכשה את הזכויות במתחם המרפאות, ומשום שלא מיוחסות לה עבירות הקשורות בהליך הוצאתם, הרי שלעניין תפיסת הנכס בעין יש לראותה כצד שלישי תם לב (תוך שצוין כי ישנן ראיות לכאוריות כי טובר הייתה מצויה למעשה בשליטתו של אחד מבעליה של ברכת השמש); כי בשונה ממקרים אחרים שבהם ניתנה עדיפות לזכותם של צדדים שלישיים תמי לב על פני איטום או הריסת הנכס, במקרה דנן הנכס טרם אוכלס ובנייתו טרם הושלמה; וכי אין באינטרס הציבורי שבהקמת המרפאות והפעלתן כדי להצדיק את המשך הבנייה. עוד נקבע כי טובר והבנק לא עדכנו את רמ"י בדבר הרכישה או השעבוד; כי לא נרשמה כל הערה לטובתם אצל רמ"י או במרשם המקרקעין; וכי הם לא עמדו בנטל המוטל עליהם להראות כי ברכת השמש שימשה כחברה משכנת. לנוכח כל אלה קבע בית משפט קמא כי זכויותיה של טובר בנכס הן אובליגטוריות בלבד, כך שהשאלה מה טיב זכות המשכון של הבנק על זכותה של טובר "מעוררת פנים לכאן ולכאן". בית משפט קמא לא הכריע בעניין, והסתפק בדברים הבאים:

"לב העניין במקרה שלפנינו הוא בתפיסה מניעתית שנועדה למנוע את השלמת התכנית העבריינית וביצוע העבירות על יסוד ההיתרים שהתקבלו במרמה. במצב דברים זה, סבורני כי אף לו זכויות הבנק היו מעין קנייניות, לא היה בכך כדי לשנות בשלב זה" (פסקה 77 להחלטה; ההדגשה הוספה – י"ע).

10. בנוגע להמשך תפיסת הכספים שבחשבון ההלוואה נקבע כי הבנק לא הוכיח שקמה לו זכות קיזוז כלפי הכספים שבחשבון ההלוואה, מכיוון שההלוואה משולמת כסדרה והבנק לא העמיד סכום כלשהו מתוכה לפירעון מיידי; וכי במצב שכזה "אף לא נגרמת לבנק כל פגיעה מהמשך תפיסתם הזמנית של הכספים".

11. על החלטת בית משפט קמא נסבים הערר והערעור שלפניי, במסגרתם חזרו הצדדים על טענותיהם העיקריות בבית משפט קמא (למען הנוחות, מעתה והלאה יכוננו שני ההליכים יחד: הערר).

[למען שלמות התמונה יוער כי תחילה הגיש הבנק בקשת רשות לערור על ההחלטה (בש"פ 6575/22), אולם זו נמחקה לאור החלטת הרשמת ל' משאלי שלומאי מיום 4.12.2022, ופוצלה לשני הליכים נפרדים: ערר בזכות לפי סעיף 38א(ב) לפקודת סדר הדין הפלילי – בעניין המשך תפיסת הנכס בעין (בש"פ 8470/22); וערעור אזרחי בנוגע להמשך תפיסת הכספים המצויים בחשבון ההלוואה (ע"א 8474/22). בהמשך לכך ולבקשת המדינה אוחדו התיקים והורחב המותב שדן בערר למותב תלתא].

טענות הצדדים

12. הבנק טען כי עומדת לו זכות קיזוז הן מכוח הוראות הדין הכללי (הקבועות בחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים)), הן מכוח סעיפים מפורשים בתנאי ניהול החשבון; וכי זכות זו גוברת על זכויותיה של המדינה לפי צו התפיסה. בתוך כך נטען, בין השאר, כי הפסיקה הכירה בכך שזכות הקיזוז של הבנק גוברת על זכותם של נושים אחרים; וכי יש לראות בה כזכות קניינית או מעין קניינית, הגוברת על צו תפיסה או חילוט שהטילה המדינה במסגרת הליך פלילי. עוד נטען כי בית משפט קמא שגה בקביעתו שזכות הקיזוז של הבנק טרם הבשילה כל עוד תשלומי ההלוואה נפרעים כסדרם. הבנק טען כי תפיסת הנכס בעין והגשת כתב האישום מקנים לו – לפי תנאי ניהול החשבון – זכות להעמיד את מלוא החוב לפירעון מיידי לפי שיקול דעתו, ואגב כך גם לממש את זכות הקיזוז; כי זכויותיה של טובר בחשבון ההלוואה כפופות לזכות הקיזוז של הבנק, במובן זה שהבנק אינו נדרש להסכמתה כדי לממשה, ומכאן שגם המדינה, המבקשת לתפוס את נכסיה של טובר, אינה יכולה לקבל זכות עדיפה מזו של הבנק באותם כספים. הבנק הוסיף וטען כי זכות הקיזוז הבנקאית משמעת כבטוחה למתן אשראי, ומתן עדיפות לזכות החילוט על פניה עלולה לגרום להכבדה במתן אשראי לציבור, ולפגיעה בציבור הלווים; כמו כן נטען כי הכספים שבחשבון טובר מקורם באשראי שהעמיד הבנק לחברה לצורך בניית הנכס; כי כספים אלה לא התערבבו עם כספים אחרים של החברה; כי המדינה לא סתרה טענת-עקיבה זו; וכי יש בכך כדי לחזק את טענת הבנק בדבר זכותו לקזז סכום זה מיתרת החוב.

בנוגע להמשך תפיסת הנכס בעין טען הבנק טענות דומות לאלה של טובר, כפי שיפורטו להלן.

13. טובר חזרה וטענה, בין היתר, כי רכשה את הזכויות בנכס לאחר שכבר ניתנו ההיתרים לבניית המרפאות; כי לא מיוחסות לה או למי שהיה מנהלה עבירות בזיקה לקבלת ההיתרים כאמור בחלק הראשון של כתב האישום; כי מבחינה תכנונית נקבע

במפורש שניתן לבנות מרפאות על גבי המגרש; כי רמ"י אישרה את בניית המרפאות, ואף גבתה בגין כך דמי היתר המגלמים את ההפרש לעומת השימוש המקורי של מוסד תורני; כי אישור רמ"י ניתן לאחר שמתכנן העיר אישר לרמ"י כי לפי תכנית המתאר ניתן להקים על המגרש מרפאות; וכי עד היום ההיתר למרפאות לא בוטל, חרף אמירותיה של המדינה. עוד נטען כי לנוכח כל האמור אין לראות בתפיסת המרפאות כתפיסה לשם מניעת ביצוע עבירות עתידיות, שכן בניית המרפאות בשלב זה אפשרית מבחינה חוקית ואינה מהווה כל עבירה; כי אף אם ניתן לראות בתפיסה כמניעתית, שגה בית משפט קמא בקביעה שתפיסה שכזו גוברת באופן קטגורי על זכותם של צדדים שלישיים, ומאינת כל דיון אפשרי בעניין; כי קיימים גם אינטרסים ציבוריים כבדי-משקל התומכים בהקמת המרפאות; וכי אין כל הגיון בכך שמתחם המרפאות, אשר כאמור נמצא בשלבי בנייה מתקדמים, יוותר אטום ובלתי-מנוצל במשך שנים כה רבות.

14. המדינה סמכה ידיה על החלטת בית משפט קמא. בנוגע לתפיסת הכספים בחשבון ההלוואה נטען, בין היתר, כי כל עוד תשלומי ההלוואה נפרעים כסדרם ומשההלוואה לא הועמדה לפירעון מוקדם – זכות הקיזוז של הבנק טרם התגבשה. עוד נטען כי השיקולים שיש לשקול במסגרת הליכי תפיסה פליליים שונים מאלה שיש לשקול בהליך אזרחי, שעניינם בסדרי נשייה; וכי באופן עקרוני זכותה לחלט את הנכס גוברת על זכותם של טובר ושל הבנק כלפיו. המדינה שבה והדגישה את עמדתה בהליכים הקודמים, ולפיה ככל שהבנק יוכיח פיגורים בתשלום ההלוואה, היא תהא מוכנה, בשים לב לנסיבות העניין, לאפשר לבנק לקזז את אותם סכומים.

15. ביום 24.5.2023 קיימנו דיון בערר. בסמוך לפני הדיון הגישה המדינה הודעת עדכון שבה נמסר כי רמ"י החליטה לבטל את חוזה החכירה של ברכת השמש, "בין היתר בשל בנייה בניגוד למצגים שהוצגו לרמ"י ובניגוד לחוזה החכירה". בסיום הדיון ובשים לב להערות שהערנו במהלכו, הורינו לצדדים לבוא ביניהם בדברים ולנסות להגיע להסכמות ביניהם.

16. בסופו של דבר הודיעה המדינה ביום 21.7.2023 כי היא "נכונה להסכים לכך שצו התפיסה הנוגע לנכס יצומצם כך שתיוותר תפיסה ברישום בלבד, חלף תפיסת הנכס בעין"; וכי "ככל שתוסר תפיסת הנכס בעין, תבקש המדינה שהות מספקת על מנת להיערך כנדרש". בד בבד מסרה המדינה כי היא עומדת על דעתה ולפיה הנכס כולו נבנה שלא כחוק, ושבה והדגישה כי חוזה החכירה בנוגע לנכס בוטל על ידי רמ"י כאמור (ואף תלויה ועומדת תביעה אזרחית בעניין); וכי היא הגישה לוועדה המחוזית לתכנון ובנייה (להלן: הוועדה המחוזית) בקשה לביטול היתרי הבנייה בנוגע לנכס, מאחר שלעמדתה תכנית

המתאר אינה מאפשרת הקמת מרפאות במגרש. לפיכך נטען כי אין בהסכמתה באשר לצמצום צו התפיסה כדי ללמד על הסכמתה לביצוע פעולות בנייה נוספות בנכס, ואין בה כדי להשליך על הליכים אחרים בעניינו. המדינה טענה כי בהינתן כל האמור הרי שהתייתר הדיון בנוגע לתפיסת הנכס בעין, וביקשה כי ככל שייקבע אחרת – יתאפשר לה להשלים טיעון מטעמה, הן בעניין זה והן בעניין היחס שבין זכות הקיזוז לזכות החילוט.

17. גם הבנק וטובר מסרו הודעות שונות, במסגרתן נטען כי המדינה לא הראתה נכונות אמתית להגיע עמם להסכמות.

18. ביום 2.8.2023 דחינו את בקשת המדינה להשלמת טיעון. בהמשך לכך ביום 14.8.2023 מסרה המדינה הודעת עדכון נוספת בנוגע להליכים המתנהלים בוועדה המחוזית; וביום 15.8.2023 הגיש העורר בקשה ובה תשובה קצרה מטעמו בהתייחס להודעת המדינה. לנוכח התוצאה שאליה הגעתי, לא ראיתי צורך להרחיב מעבר לכך.

דיון והכרעה

19. לאחר שבחנתי את כל החומר שהונח לפנינו, ושקלתי את טיעוני הצדדים בכתב ובעל פה, הגעתי למסקנה כי הערר בנוגע להמשך תפיסת הנכס בעין התייתר; וכי דין ערעור הבנק בנוגע לכספים המצויים בחשבון ההלוואה להתקבל. אפרט.

הארכנו בדברים על מנת להציג את מורכבות הפרשה כולה, כמו גם את מורכבותן של השאלות העולות בגדרם של ההליכים שלפנינו. משעשינו כן, נקצר היכן שניתן.

בש"פ 8470/22 – תפיסת הנכס בעין

20. כאמור, המדינה מסרה את הסכמתה לכך שצו התפיסה יצומצם, במובן זה שתיוותר תפיסה ברישום בלבד. מכאן, שטובר והבנק קיבלו את הסעד העיקרי שנתבקש על ידי הבנק במסגרת הערר שלפנינו, כך שהשאלות העקרונית וכבודות-המשקל שהונחו לפתחנו בעניין זה הפכו לתיאורטיות, והצורך להכריע בהן התייתר. למען הסר ספק, מובהר בזה כי אין בתפיסה ברישום כדי למנוע מטובר להשלים את בנייתו של הנכס ולאכלסו במרפאות קופת חולים. אכן, מהודעותיה של המדינה עולה כי היא לא "הרימה ידיים" והיא פועלת במלוא המרץ על מנת לעצור את המשך הבנייה במישור התכנוני-מנהלי. בהודעת עדכון אחרונה מטעם המדינה נמסר כי הוועדה המחוזית לתכנון ובניה מחוז ירושלים אף החליטה לדחות את התכנית להכשרת הבנייה שבוצעה במגרש. כפועל

יוצא מכך, ספק אם המשך בניית המרפאות יתאפשר בטווח הזמן הקרוב. ואולם, משהוסרה המניעה לכך במישור הפלילי שבו עסקינן, והכדור חזר למגרש המנהלי-תכנוני (ושמא גם במישור החוזי מול רמ"י) – אין מקום להכריע בעניין בגדרי ההליך שלפנינו, וכל טענות הצדדים בנושאים התכנוניים והחוזיים שמורות להן.

ע"א 8474/22 – תפיסת הכספים שבחשבון ההלוואה מול זכות הקיזוז של הבנק

21. אזכיר כי ענייננו בהליך ביניים של תפיסה זמנית של חפצים במסגרת הליך פלילי (בנוגע להליכים מסוג זה ראו החלטתי בבש"פ 7992/22 נורי נ' מדינת ישראל (1.3.2023) (להלן: עניין נורי)). בהתאם לפקודת סדר הדין הפלילי, רשויות החוק מוסמכות לתפוס חפצים אגב הליך פלילי, לרבות יתרת זכות בחשבון בנק, בהתקיים אחת מן החלופות המקימות סמכות תפיסה כלפי אותו חפץ, ובהתקיים "תכלית המשתלבת עם מקור [ה]סמכות לתפיסה" שהיא אחת מתוך שלוש תכליות עיקריות: תכלית מניעתית, תכלית ראייתית או לשם הבטחת האפשרות לחלט את הנכס בעתיד. במסגרת זו על בית המשפט לבחון את מידתיות ההחזקה בנכס, ובכלל זאת, את ההשפעה על זכויותיהם של צדדים שלישיים ואם ניתן להורות על "חלופת תפיסה" שפגיעתה בהם פחותה (עניין נורי, פסקה 11).

22. בית משפט קמא קבע כי זכות הקיזוז של הבנק טרם השתכללה, מאחר שאין חיובים כלשהם אשר "הגיע המועד לקיומם" שעה שההלוואה משולמת כסדרה, ומשלא הועמד סכום כלשהו לפירעון מידי. עוד נקבע כי לא נטען לשעבוד שהוטל על החשבון, להבדיל מזכות קיזוז. לאור זאת, ומאחר שלא הוכח פיגור בתשלומי ההלוואה והבנק לא העמיד חלק כלשהו מההלוואה לפירעון מידי, נקבע כי יש להיעתר לבקשה להמשך תפיסת יתרות הכספים בחשבון ההלוואה.

על כך כאמור נסב ערעור הבנק, ולטעמי דין הערעור להתקבל.

23. אקדים ואומר כי איני נדרש לטענת המדינה, שמצאה הד בהחלטת בית משפט קמא, לפיה הבנק לא עמד בנטל להוכיח כי נתן את ההלוואה בתום לב. ענייננו בהלוואה שהעמיד הבנק במהלך העסקים הרגיל לחברת טובר לצורך רכישת קומה שלמה בבניין ובניית מרפאות באותה קומה. על פני הדברים, הבנק לא יכול היה לחשוד כי היתר הבנייה המקורי הוצא שלא כדין, וכפי שנפסק על ידי בית המשפט המחוזי, גם על פי התוכנית הקיימת "מוסדות יכול לכלול גם מרפאות", כך שניתן להקים מרפאות בקומה המסחרית שנרכשה על ידי טובר. גם אם הבנק התרשל בדרך זו או אחרת בהעמדת ההלוואה, ואיני

רואה טעם לסבור כך, הרי שהתרשלות אינה מעידה בהכרח על חוסר תום לב. ובקיצור, אין כל סיבה שבגינה יש לייחס לבנק חוסר תום לב בהעמדת ההלוואה.

ומכאן, לגופה של סוגיית הקיזוז.

24. "הקיזוז החוזי מהווה פעולה משפטית חד-צדדית המשתכללת מחוץ לכותלי בית המשפט, ועל כן הוא מהווה סעד מסוג 'העזרה העצמית' (self help)" (ע"א 1226/90 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' הסתדרות הרבנים דאמריקה, פ"ד מט(1) 177, 198 (1995) (להלן: עניין הסתדרות הרבנים דאמריקה)).

כאמור, בית משפט קמא קיבל את עמדת המדינה, ולפיה מאחר שהבנק בחר שלא להעמיד את ההלוואה או חלקה לפירעון מידי, ומאחר שתשלומי ההלוואה משולמים כסדרם, הרי שזכות הקיזוז כלל לא השתכללה. ברם, כבר נפסק בעבר כי זכות הקיזוז של בנק אינה מותנית בביצוע הקיזוז בפועל (ראו ע"א 1507/11 בנק מזרחי טפחות בע"מ נ' אלבט, פסקה 28 (16.1.2014) (עניין אלבט); וכן ראו ריקרדו בן-אוליאל ולירן חיים דיני בנקאות – חלק כללי כרך א 419 ה"ש 32 (מהדורה שנייה, 2021) (להלן: בן-אוליאל וחיים)).

25. זכות הקיזוז מקורה ב"סעיף הסל' של עיכבון, שעבוד וקיזוז הנפוץ והמקובל ברוב טפסי פתיחת חשבון הנהוגים בבנקים בישראל" (ע"א 2966/17 א.ס. אר. אקורד בע"מ נ' מדינת ישראל, פסקה 2 לפסק דיני והאסמכתאות שם (29.8.2022) (להלן: עניין אקורד)), אשר קובעים את התנאים שבהם תקום לבנק זכות קיזוז. אכן; ככל זכות אחרת במשפט הפרטי, על הבנק לעשות שימוש בזכות הקיזוז בדרך ומקובלת ובתום לב, על כל המשתמע מכך (ראו למשל בן-אוליאל וחיים, עמ' 449, וכן בעמ' 209 ואילך); ואולם אין באופן השימוש בזכות כדי לגרוע מכך שהשתכללותה אינה מותנית במימושה בפועל. הוא הדין גם ביחס לזכותו של הבנק להעמיד את ההלוואה לפירעון מידי, הנובעת גם היא מתנאי ניהול החשבון, ואינה כפופה להפעלתה בפועל.

ודוק: התמלאות התנאים שנקבעו לכך בהסכם פתיחת החשבון ועל פי דין היא שמקימה לבנק זכות להעמיד את ההלוואה לפירעון מידי, וכן – בנפרד או בנוסף לכך – את הזכות לקזז את יתרת הכספים המצויים בחשבון כנגד יתרת החוב. מימושן של זכויות אלה נתון לשיקול דעתו של הבנק, והפעלתן הינה בדרך של סעד עצמי – וללא תלות בהסכמת הלקוח-הלווה.

26. במקרה דנן, דומה שאין חולק כי תנאי ניהול החשבון מקנים לבנק זכות קיזוז, וכן זכות להעמיד את ההלוואה לפירעון מיידי. סעיף 14 לתנאי ניהול החשבון קובע שורה ארוכה של אירועים שבגינם הבנק "יהיה רשאי, אך לא חייב, על פי שיקול דעתו הבלעדי" להעמיד לפירעון מיידי אשראי שניתן לחברה – אירועים כמו הטלת עיקול על נכסי הלקוח; מינוי כונס נכסים; הגשת כתב אישום נגד הלקוח או נושא משרה בלקוח; הפסקת הפעילות העסקית של הלקוח; שינוי מהותי בפעילות העסקית של הלקוח; נסיבות המסכנות את אפשרות הבנק להיפרע בגין האשראי במלואו ובמועדו; "אם יינתן כנגד הלקוח צו תפיסה וא/או צו הקפאה על החשבון כולו או מקצתו"; ועוד. ברי כי במקרה דנן, מתקיימות מספר עילות להעמדת האשראי לפירעון מיידי – הבטחה שהועמדה על ידי טובר לזכות הבנק הועמדה בסכנה לנוכח צו התפיסה שהוטל על הנכס, הבטחה נמצאת גם כיום בסכנה לנוכח ההליכים שננקטו במישור התכנוני. הבנק הסתמך על דמי השכירות על פי הסכם השכירות ששועבד לבנק, אך לנוכח הקפאת הבנייה, מימוש הסכם השכירות מתעכב מזה שנים. מכאן, שזכותו של הבנק להעמיד את ההלוואה כולה לפירעון מיידי השתכללה זה מכבר והבנק היה רשאי אפוא לממש זכויותיו-אלה בדרך של קיזוז כסעד עצמי, מבלי לקבל את הסכמתה של טובר.

27. זכות הקיזוז נחשבת כבטחה "חזקה" במיוחד, ובהליכי חדלות פירעון היא חלה אף כלפי צדדים שלישיים, בכפוף להסדר הקבוע היום בסעיפים 255-256 לחוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, התשע"ח-2018, וקודם לכך בסעיף 74 לפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], התש"ם-1980 (ע"א 7594/16 עו"ד יצחק מולכו, המנהל המיוחד נ' בנק מזרחי טפחות בע"מ, פסקאות 59-60 (25.3.2021)); לסעיף 74 לפקודת פשיטת הרגל ראו לדוגמה, ע"א 4316/90 הספקה חברה מרכזית לחקלאים בע"מ (בפירוק) נ' אגרא אבן יהודה, פ"ד מט(2) 133 (1995)). זכות הקיזוז הבנקאי נתפסת כזכות בעלת אופי קנייני, והפעלת זכות העיכובן הבנקאי "אינה מחייבת לאמץ בצורה דווקנית את מבחני ההפרה הצפויה הקבועים בסעיף 17 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), ויש להכיר בזכות העיכובן והעיכוב של הבנק גם כאשר מתקיים אך חשש סביר שהלקוח לא יעמוד בהתחייבויותיו" (ע"ש י-ם) 195/97 היועץ המשפטי לממשלה נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פ"מ תשס"ג (1) 81, בפסקה 220 (2004)). לזכות הקיזוז הבנקאי מעמד מיוחד ועדיפות על פני זכויות של נושים אחרים, לרבות על פני עיקול שהוטל על החשבון (ראו עניין הסתדרות הרבנים דאמריקה, עמ' 204-206; עניין אלבס, פסקאות 25-28; עניין אקורד פסקה 2 לפסק דיני; בן-אוליאל וחיים, עמ' 419). מכוח "סעיף הסל" הנוהג בהסכמי פתיחת חשבון בבנקים "כל יתרה בחשבון ובפקדון כספי המנוהל על ידי הלקוח בבנק משועבדת לטובת הבנק בו הוא מתנהל לשם הבטחת חובו של הלקוח כלפי הבנק" ולנושים יש ידיעה בפועל או

ידיעה קונסטרוקטיבית לגביו (ע"א 1339/12 בנק מזרחי טפחות בע"מ נ' אי.סי.אם יצרני מיזוג אויר בע"מ (בפירוק), פסקה 33 לפסק דיני (27.4.2014)).

28. עמדת המדינה לפיה צו התפיסה גובר כל עוד הבנק לא מימש את זכותו להעמיד את ההלוואה לפירעון מייד, דוחקת את הבנק להעמיד את ההלוואה לפירעון מייד. עמדה זו עלולה לתמרץ את הבנקים להזדרז להעמיד סכומים מסוימים מתוך החוב לפירעון מייד לנוכח צו התפיסה, ובכך "להבטיח" את זכות הקיזוז. מבחינת הבנק, הסכום שנתפס בצו התפיסה הוא חלק מהבטוחות העומדות לזכותו. אם נלך לשיטת המדינה לפיה צו התפיסה גובר על זכות הקיזוז של הבנק, אך ורק מן הטעם שהבנק עדיין לא העמיד בפועל את ההלוואה לפירעון מייד, הבנק יבקש להציל את הסכום שנתפס על ידי העמדת ההלוואה לפירעון מייד, ובכך ירע את מצבה של החברה ויפגע כמו ידיו בבטוחות העיקריות הנוספות שברשותו – הזכויות החוזיות של החברה בנכס והסכום השכירות – תוצאה שאינה רצויה בעליל. לאור העיכוב של שנים בהשלמת הבנייה בקומת המרפאות, והקשיים שעומדים כיום בפני טובר להשלמת הבנייה, הבטוחות המשמעותיות ביותר להבטחת החוב לבנק, בדמות הנכס ודמי השכירות העתידיים מכוח חוזה השכירות, נמצאות בסיכון. מכאן, שהאפשרות שההלוואה לא תיפרע כסדרה היא בגדר אפשרות קרובה ומיידית.

29. המדינה טענה כי קבלת טענת הבנק משמעה שהכספים שנתפסו בסך 1.9 מליון ₪, ייגרעו מתשלומי החזר ההלוואה ובכך יקטן החוב של טובר-הנאשמת לבנק, תוצאה שמשמעה הברחת נכסים של טובר לטובת פירעון חובה לבנק. ברם, טענה זו היא במישור התיאורטי גרידא, שהרי אם תישאר יתרת חוב בגין ההלוואה, ממילא גוברת זכות הקיזוז והעיכובן הבנקאי של הבנק. מנגד, אין כל סיבה להניח שהחשבון יהיה ביתרת זכות מאחר שקשה להלום כי טובר תזרים כסף לחשבון ההלוואה, בסכום שעולה על יתרת החוב, שעה שדי יהיה בסכום הפקדון שנתפס כדי לסלק את יתרת החוב בגין ההלוואה.

30. המשמעות של הכפפת זכות הקיזוז לזכות התפיסה של המדינה – ובכלל זה לכך שמימושה מותנה בהסכמת המדינה – מרוקנת את הזכות מתוכן, במובן זה שאם וכאשר יתגלו פיגורים בתשלומי ההלוואה או אם יחליט הבנק, משיקוליו שלו, שהגיע העת להעמיד סכומים כלשהם מתוך החוב לפירעון מייד, לא יוכל הבנק לבצע את הקיזוז בפועל.

יפים לעניינו דבריו של השופט א' גולדברג בעניין הסתדרות הרבנים דאמריקה:

“...סביר להניח כי אלמלא תוכר עדיפותה של זכות הקיזוז של הבנק בתחרות בינה לבין נושים אחרים ימהרו הבנקים להפעיל את זכות הקיזוז, הנתונה להם בחוזה, כל אימת שלהערכתם הם עלולים להיקלע לתחרות עם יתר הנושים (כגון: כאשר קיים חשש כי אחד הנושים עומד להטיל עיקול על נכסי הלקוח ובכלל זה חשבונותיו). ידיעת הבנק – כי אף אם יוטל עיקול תגבר זכות הקיזוז הנתונה לו על העיקול – תביא להשהיית הפעלתה של זכות הקיזוז. מהשהיה זו ייחנה במישרין הלקוח, ובעקיפין ייחנו יתר הנושים, שכן שימוש חפוז בזכות הקיזוז עלול לפגוע ביציבותו הכלכלית של הלקוח” (עניין הסתדרות הרבנים דאמריקה, עמ’ 205).

אמנם במקרה זה המדינה אינה בגדר “נושה” במובן האזרחי (ראו למשל בן-אוליאל וחיים, עמ’ 456), אך מבחינה מהותית, אין בכך כדי ליתן עדיפות לאינטרס הציבורי שבתפיסת הכספים, על פני זכות הקיזוז של הבנק. ההכרה בזכות הקיזוז של הבנק גם בהקשר של תפיסה לצרכי חילוט, באה לידי ביטוי גם בסעיף 1 להצעת חוק סדר הדין הפלילי (חילוט תקבולי עבירה), התשע”ח-2018, ה”ח הממשלה 1245, שם נקבע במפורש כי “זכות קיזוז של תאגיד בנקאי” הנה “זכות ברכוש” הגוברת על זכות החילוט. וכך נאמר בדברי ההסבר להצעת החוק:

“אף שזכות הקיזוז של הבנק אינה זכות קניינית, הפסיקה הכירה במעמדה המיוחד של זכות זו מטעמים של מדיניות ציבורית כללית (ראו ע”א 1226/90 בנק לאומי לישראל בע”מ נ’ הסתדרות הרבנים דאמריקה, פ”ד מט(1) 177 (1995)). זכות הקיזוז של הבנק משמשת כבטוחה למתן אשראי, והעדפה של החילוט על פניה עשויה להוביל להכבדה במתן אשראי וגלגול עלויות האשראי על כלל הציבור” (שם, עמ’ 1127).

31. בסופו של דבר, אין למדינה יותר ממה שיש לחברה. החברה לא יכולה למשוך את הכספים ללא הסכמת הבנק בשל זכות העיכובן הבנקאי והקיזוז הבנקאי, וצו התפיסה אינו יכול אפוא לגבור על זכויות אלה של הבנק. בשורה התחתונה, המבחן אינו אם הבנק כבר מימש את זכותו לקיזוז, אלא אם זכות הקיזוז של הבנק תעמוד לו במידה שבשלב מסוים בעתיד יבקש הבנק לממשה בהתאם לתנאי ניהול החשבון. מסקנתי היא כי אין בתפיסת יתרות הזכות בחשבון ההלוואה על ידי המדינה, לצורך חילוטם בעתיד, כדי לתת למדינה עדיפות על פני זכות הקיזוז של הבנק, מקום שבו נותר חוב של הלקוח לבנק.

32. סוף דבר, שהערעור והערר מתקבלים.

המדינה תשא בהוצאות הבנק בסך 15,000 ₪.

33. לאחר הדברים האלה, הונחה בפני חוות דעתו של חברי, השופט ד' מינק, שפרס יריעה רחבה של דיני הקיזוז והעיכבון ומה שביניהם. משכך, אוסיף מספר משפטים משל עצמי.

34. כפי שציין חברי, יש להבחין בין סוגים שונים של עיכבון. הבכורה בפסיקה ניתנה לעיכבון המשביח ולכן, לדוגמה, עיכבון של נפגע בשל הפרת חוזה מכוח סעיף 19 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א – 1970 או מכוח סעיף 31 (א) לחוק המכר, התשכ"ח – 1968 אינו גובר על משכנתא רשומה (ראו פסק דיני בה"פ 77/01 (מחוזי חיפה) ד"ר לב אביבי נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פ"מ תש"ס(2) 680 (2002)). לעומת זאת, עיכבון משביח, כמו עיכבון קבלני לפי סעיף 5 לחוק חוזה קבלנות, התשל"ד – 1974 גובר על משכון רשום (להבחנה בין עיכבון מכוח חוק המכר לעומת עיכבון משביח מכוח קבלנות ראו ע"א 6492/00 שלדזות מפעלי מתכת בע"מ נ' מאזן אמין שחיבר, פ"ד נו(5) 925 (2002); לעיכבון משביח של שומר שכר ראו ע"א 8923/08 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' מתמור בע"מ (13.2.2011); אלכס הרטמן ודן נוימן "סדר העדיפויות בין זכות הממשכן ובין זכות העיכבון" משפטים 535 (1980)).

35. העדיפות של עיכבון משביח באה לידי ביטוי בהוראת סעיף 560(ב) להצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011 ("הקודקס האזרחי") הקובע כלהלן:

זכויות נוגדות לעיכבון

560. (א) היו לאדם שאינו החייב זכויות בנכס הנוגדות לעיכבון והקודמות לו, יהיו זכויות אלה עדיפות על פני זכויות בעל העיכבון.

(ב) הוראות סעיף קטן (א) לא יחולו לענין עיכבון של קבלן או נותן שירות כאמור בסעיף 558(4) או (5) לגבי הנכס נושא הקבלנות או לגבי נכס שמסר המזמין להחזקת נותן השירות לצורך מתן השירות, ובלבד שהקבלן או נותן השירות ביצעו בנכס את פעולת הקבלנות או השירות, לפי הענין, ופעלו בתום לב.

כפי שציין חברי, להבדיל מקיזוז שפועלו הוא פירעון בפועל של החוב על דרך של סילוק שני החיובים המקוזזים, הרי שבעל העיכבון אינו זכאי להיפרע מן הנכס המעוכב. אך בהצעת חוק דיני ממונות, ביקש המחוקק לחזק את כוחו של העיכבון ולאפשר גם את מימוש הנכס המעוכב בדומה למשכון. וכך נקבע בסעיף 556:

מימוש הנכס המעוכב

555. בעל עיכבון זכאי, על פי צו של בית משפט, לממש את הנכס המעוכב לפי הוראות חוק המשכון.

36. חברי עמד על ההבחנה העקרונית בין עיכבון לבין קיזוז, אך "הספרות המשפטית מבחינה במעמדו המיוחד של 'העיכבון הבנקאי' ביחס לכספי לקוחות המופקדים בבנק, כעכבון חוזי השונה מהעיכבון הסטאטוטורי" (ע"א 6916/04 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 106 (18.2.2010) (להלן: עניין בל"ל)). העיכבון הבנקאי (Bankers' Lien) הוא עיכבון כללי-הסכמי; הוא מעוגן בנוהג הבנקאי ובנוהג הסוחרים; הוא לא דורש זיקה בין הנכס המעוכב לבין החיוב; הוא חל גם במצב של הפרה צפויה; והפומביות של העיכבון מתבטאת בכך שהנכס המעוכב נמצא בחזקת הבנק (וראו בהרחבה ע"ש (מחוזי י-ם) 195/97 היועץ המשפטי לממשלה נ' בנק לאומי, פ"מ תשס"ג(1) 431, 610-600 (2004)).

37. האם העיכבון הבנקאי מאפשר גם לממש את הנכס המעוכב? חברי השיב על כך בשלילה, אך דומה כי בפסיקה אנו מוצאים שתי גישות. בעניין בל"ל נקבע כי גם כאשר מדובר בעיכבון בנקאי הרי שהוא לא ניתן למימוש:

"הסעד העצמי העומד לבנק בהקשר זה הינו בדמות הקיזוז שעניינו בקיזוז חיובים ולא במסגרת דין העיכבון (וראו בן-אוליאל בעמ' 367; נ' זלצמן עיכבון עמ' 194-192 והאסמכתאות הנוספות שם) [...] הפעלת זכות העיכבון של הבנק אינה מהווה מימוש בטוחה על דרך חילוט כספי הלקוח, אלא מניעת הלקוח מהוצאת הכספים מחזקת הבנק, תוך עיכובם תחת ידו עד לפרעון החוב [...] העיכבון 'מקפיא' אמנם באופן חלקי את פעילות הלקוח בחשבונותיו, אולם הוא אינו מקנה לבנק זכויות בכספים המעוכבים" (שם, בפסקאות 106-108).

אך דעה אחרת אנו מוצאים בע"א 2449/98 טואשי נ' בנק מרכנתיל דיסקונט בע"מ,

פסקה 28 (16.11.2010):

"הלכה למעשה העיכבון הבנקאי קרוב יותר למשכון אשר מופקד בידי הבנק, מאשר לעיכבון, שכן הוא מעניק לבנק זכות למכור את הנכס המעוכב ולהיפרע ממנו ישירות ...

[...] הבדל זה בין דיני העיכבון במשפט הישראלי לבין העיכבון הבנקאי המנהגי נובע מן ההבחנה שקיימת במשפט האנגלי בין עיכבון על פי המשפט המקובל (common law lien), לבין עיכבון על פי דיני היושר

(equitable lien). בעוד שהעיכבון מהמשפט המקובל הוא למעשה העיכבון הפוסטורי, כפי שמוכר במשפט הישראלי, והוא מעניק לנושה זכות לעכב את הנכס על מנת ללחוץ על החייב, אך הוא לא מעניק את הזכות למכור את הנכס, העיכבון על פי דיני היושר מעניק למעכב זכות למכור את המעוכבים ולהיפרע מהם, לצורך סילוק החוב (ראו מנחם מאוטנר "שטר-הבטחון": חוזה הכפוף לתנאי מתלה, נכס ממושכן ובעיית התמורה והערך" עיוני משפט יב(1) 205, 233 (1987) (להלן: מאוטנר); זלצמן עיכבון, עמ' 84-85). נראה כי סוגית תחולתו של העיכבון הבנקאי כפי שתואר לעיל טרם זכתה להכרעה בפסיקה הישראלית (ראו ע"א 82/73 כונסי נכסים ומנהלים של החברה הרמן הולנדר להשקעות בע"מ נ' בנק ישראלי לתעשייה בע"מ, פ"ד כח(2) 68, 75 (1974). ראו גם לרנר, עמ' 377), ואין מקום במסגרת תיק זה להכריע בסוגיה זו אשר מעוררת שאלות נכבדות מתחומי משפט שונים, ואשר יש לה השלכות על דיני המשכונות והעיכבון, ונשאירה לעתיד לבוא (הדגשות הוספו – י"ע).

38. אותיר אף אני את השאלה אם העיכבון הבנקאי, שהוא עיכבון מיוחד, מאפשר את מימוש העיכבון. מכל מקום, אני נכון להצטרף למסקנתו של חברי כי הזכות שהופעלה על ידי הבנק היא זכות הקיזוז, אשר ברגיל "משמש, הלכה למעשה, אמצעי חלופי לזכות שעבוד בנכסי החייב" (דוד האן דיני חדלות פירעון 619 (מהדורה שניה, 2018)).

ש ו פ ט

השופט ד' מינק:

מצטרף אני לעמדתו של חברי השופט עמית כי דין הערר והערעור להתקבל. עם זאת, אוסיף מספר מילים כדי להעמיד דברים על דיוקם בנוגע לזכויות "קיזוז" ו-"עיכבון", לגביהן התייחס חברי בערבוביה (פסקאות 25 ו-27 לחוות דעתו). אף כי שתי הזכויות מבטאות אופנים שונים של "סעד עצמי", יש להבחין ביניהן ואין אחת מהן (זכות העיכבון) מהווה בסיס לקיומה של השנייה (זכות הקיזוז). מדובר בשני ערוצי פעולה השונים זה מזה, המנותקים זה מזה ואשר יש בכל אחד מהם כשלעצמו כדי להקנות לאוחז בו עדיפות לגבות כספים מצד שני החייב לו.

העדפה נשייתית – הזכות לעיכבון

1. אעמוד תחילה על ההעדפה הנשייתית לה זוכה המחזיק בזכות עיכבון אשר יש בה כדי לתרום להבנת הדין הרלוונטי לענייננו.

2. דיני השעבודים עוסקים בהסכמים בין הנושה לבין החייב, לפיהם נכס מסוים של החייב יעמוד לרשות הנושה באופן בלעדי על מנת לפרוע ממנו את החוב כלפיו אם לא יעמוד בהסכם עמו. זאת תוך ייחוד הנכס לטובת הנושה, קודם שהנכס יעמוד למימוש עבור פירעון חובות החייב כלפי נושיו האחרים (שלום לרנר שעבוד נכסי החברה 340 (תשנ"ז)). אחד מהשעבודים "הטיפוסיים" המוכרים בדין הוא משכון, המוגדר בסעיף 1 לחוק המשכון, התשכ"ז-1967 כ"שעבוד נכס כערובה לחיוב; הוא מזכה את הנושה בזכות להיפרע מהמשכון אם לא סולק החיוב". הנחת היסוד היא כי כחלק מ"חופש החוזים" רשאי צד להעניק לצד השני זכות קניינית בדרך של מתן שעבוד על נכס "על חשבון" נושים אחרים (דוד מינץ ואלעד שפיגלמן "את בכורת לקח והנה עתה לקח את ברכתי": נטילת כוחו של השעבוד הקבוע" ספר אשר גרוניס 661, 691 (2022) (להלן: מינץ ושפיגלמן)). עמדתי על כך גם בעניין רע"א 2512/17 פינצב נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ (10.4.2018) (להלן: עניין פינצב):

"ככלל, הענקת זכות הקניין על ידי אדם לזולתו מבוססת על דוקטרינת 'חופש החוזים' (לרנר, בעמ' 16-12). לא קיימת גם מניעה שאדם יעניק לחברו זכות קניינית בדרך של מתן שעבוד על נכסיו 'על חשבון' נושיו האחרים. על דרך קל וחומר, אם אדם יכול להקנות את מלוא זכויותיו לאדם אחר באמצעות מכר או מתנה, ודאי שיכול להעניק לזולתו זכות קניינית מתונה יותר, על דרך שעבוד הנכס לטובתו, בו כאמור נשארות בידי המשעבד חלקן של הזכויות הקנייניות (ראו: Thomas H. Jackson and Anthony T. Kronman, "Secured Financing and Priorities (among Creditors)", 88 Yale L.J. 1143 (1978-1979)).

עדיפות זו הניתנת לנושה בעל השעבוד היא עדיפות עתיקת יומין, והיא באה לידי ביטוי למשל, במשפט העברי, בעיקר בכל הנוגע למרוץ הזכויות הקיים בין המלווה לחברו לבין מי שקנה מהלווה נכס לאחר מתן ההלוואה, ולא בין נושיו השונים של החייב לגביהם קיים הכלל: 'מי שיש עליו חובות הרבה, כל שקדם חובו, גובה תחילה, בין מן הלווה עצמו, בין מן הלקוחות. ואם קדם האחרון וגבה, מוציאים מידו, שכל שקדם חובו זכה' (רמב"ם, מלווה ולווה, פרק כ' הלכה א'). הכלל התלמודי הוא כי אם ניתנה ההלוואה בעל-פה, זכותו של המלווה לגבות את חובו מתוך נכסי הלווה היא אך ורק מהנכסים המצויים בידי הלווה. אך אם ההלוואה ניתנה בכתב – בשטר, זכותו של המלווה לגבות את חובו היא גם מתוך נכסי המקרקעין (אם כי יצוין כי בדורות מאוחרים הותקנו תקנות על ידי הגאונים והתאפשרה לעתים גבייה גם מהמיטלטלין של הלווה, כגון אישה הגובה את כתובתה מנכסי בעלה. וראו: רמב"ם, אישות, פרק ט"ז, הלכה ז;

תוספות, כתובות ס"ז, ע"א, ד"ה "גמלים". כך גם ניתנה האפשרות לגבות מיטלטלין אגב שעבוד קרקעות ב"קניין אגב קרקע" (בבלי, בבא בתרא מ"ד, ע"ב) שנמכרו לצדדים שלישיים לאחר מועד מתן ההלוואה (בבלי, בבא מציעא יד, ע"א; רמב"ם, מלווה ולווה, פרק י"ח, הלכה א'; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן לט, סעיף א). אפשרות זו אינה צריכה להיאמר במפורש בשטר ההלוואה, ואף כאשר לא סוכם דבר על אודות שעבוד הנכסים, נכסי המקרקעין של הלווה משועבדים לפירעון החוב (בבלי, בבא מציעא, שם) " (שם, פסקאות 9-10).

3. הענקת עדיפות נשייתית היא גם עניין שבמדיניות כלכלית, חברתית ומשפטית (וראו: ע"א 3042/19 אביחי ורדי, נאמן לנכסי החייב יצחק יפה נ' רייכמן, פסקה 25 (29.12.2020) (להלן: עניין ורדי); חוות דעתי בעניין רע"א 5156/18 פבליקוב נ' עו"ד שרון טויט – מנהל מיוחד (6.11.1018); מינץ ושפיגלמן, 691-694). עמדתי על כך בהרחבה בעניין ורדי, שם ציינתי את הדברים הבאים:

"למרות אפוא, שהשעבוד נוצר בין שני הצדדים הקרובים לעסקה שאיש מלבדם לא נטל בו חלק, הדין קבע עדיפות למי מנושי החייב או לאלו שבאו בקשרי מסחר עם הלווה, מפאת שיקולים מסחריים כלליים, כלל משקיים – שיקולים הנכונים במלוא עוצמתם גם כיום במשק המודרני, המעוניין לעודד פעילות כלכלית על ידי מתן אשראי [...]. מעבר לכך, בנוסף על הטעמים הנעוצים בקידום חיי הכלכלה, יש הטוענים כי מתן עדיפות לנושים מובטחים מוצדק מכיוון שהנושים כולם, כל אחד לפי סוגו וכל אחד מטעמו, מסכימים לכך [...]. לפי הטענה, כל נושה מתמחר את האשראי שהוא נותן לחייב ומעריך את מידת הסיכון שהוא נוטל בנתינת האשראי. כדי להקטין את רמת הסיכון שלו, נושה מבטח את עצמו לפי האפשרויות העומדות לפניו. למשל, ספק סחורה יכול לכלול במערכת ההסכמים שלו עם החייב 'תניית שיור בעלות' שמשמעה שכל אימת שתמורת הסחורה לא שולמה, היא נשארת בבעלות הספק (וראו: סעיף 251 לחוק חדל"פ). כך למשל, בידי קבלן שירותים ניתנת האפשרות להשתמש בזכות העיכבון העומדת לרשותו, היינו, לעכב תחת ידו את הנכס שניתן לו לשם תיקונו עד לפירעון חובו של החייב כלפיו בגין ביצוע התיקון [...]. במקרים כגון אלו, בעל זכות העיכבון אף יגבר על בעל זכות שעבוד רשום קודם לו בזמן [...]. וכך למשל, גוף פיננסי יבטח עצמו בקבלת שעבוד על נכסי החייב. בד בבד, עצם קיומו של סדר קדימות בנשייה מעניק ודאות המטיבה עם כלל הנושים. לפיכך, כלל הנושים מעוניינים באסדרת שוק האשראי באופן שייקבע סדר קדימות בנשייה" (שם, פסקה 28).

4. בתוך כלל סוגי הנשייה המועדפת, מצויה כאמור זכות העיכבון. במסגרת דיני חדלות הפירעון אף נקבע מפורשות כי זכות זו מוגדרת כנשייה מובטחת. סעיף 1 לפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], התש"ם-1980 (להלן: פקודת פשיטת הרגל), מגדיר מפורשות נושה מובטח "כמי שבידו שעבוד או עיכבון על נכסי החייב או על חלק מהם, בחזקת ערובה לחוב המגיע לו מהחייב". גם סעיף 4 לחוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, התשע"ח-2018 (להלן: חוק חדל"פ) קובע כי "נושה מובטח" הוא כמשמעותו בסעיף 243 או סעיף 253 לחוק, וסעיף אחרון זה קובע כי: "נושה שיש לו זכות עיכבון לגבי נכס מנכסי קופת הנשייה, בשל חוב עבר של החייב, יראו אותו ממועד מתן הצו לפתיחת הליכים כמי שהנכס משועבד לטובתו כערובה לחוב האמור; על נושה כאמור יחולו הוראות חוק זה החלות לגבי נושה מובטח, והכול בשינויים המפורטים בסימן זה".

5. עיכבון, על פי הוראת סעיף 11 לחוק המיטלטלין, התשל"א-1971 (להלן: חוק המיטלטלין) הוא "זכות על פי דין לעכב מיטלטלין כערובה לחיוב עד שיסולק החיוב". זכות העיכבון מתהווה על רקע מערכת חיובים, ויכולה להיווצר מכוח הסכם (סעיף 11(ה) לחוק המיטלטלין); או מכוח הוראות חוק ספציפיות המקימות אותה במצבים מסוימים (ראו למשל: סעיף 5 לחוק חוזה קבלנות, התשל"ד-1974; סעיף 31 לחוק המכר, התשכ"ח-1968; סעיף 19 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 (להלן: חוק החוזים (תרופות)); סעיף 88 לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961). משמעותה של הזכות, שהיא מקנה לנושה את הזכות להותיר ברשותו כסעד עצמי נכס שנמסר לו על ידי החייב. עיכבון אינו משפיע על זכות מהותית של הנושה בנכס, אלא רק מסייע לו כדי שיוכל להשיג את פירעון חובו באופן קל יותר (ע"א 790/85 רשות שדות התעופה נ' גרוס, פ"ד מד(3) 185, 192 (1990) (להלן: עניין רשות שדות התעופה); ע"א 8923/04 המשביר הישן בע"מ נ' לוגיטיק בע"מ, פסקה י (10.6.2007); ע"א 8923/04 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' מתמור בע"מ, פסקה 12 (13.2.2011) (להלן: עניין בנק דיסקונט)). משמעות הדבר כי בעל העיכבון אינו זכאי להיפרע מן הנכס המעוכב. כל שניתן לו הוא הזכות להמשיך ולהחזיק בנכס עד שהחייב יקיים את חיוביו (ע"א 79/89 סולל בונה בע"מ נ' אחים גולדשטיין חברה לשיכון ופיתוח בע"מ (בפירוק), פ"ד מו(3) 58, 62 (1992); איל זמיר חוק המכר, תשכ"ח-1968 – פירוש לחוקי החוזים כרך ב 255 (מהדורה שניה, 2023)). זכות זו אינה זכות מוחלטת והיא לא תוכר בכל מקרה. למשל, במסגרת ההכרעה בשאלה אם ליתן עדיפות לקבלן או לשומר המחזיק בנכס על פני זכותו של נושה אחר, תינתן הדעת בין היתר ל"יסוד ההשבחה" של הנכס (עניין בנק דיסקונט, פסקה 16; עניין רשות שדות התעופה, עמ' 205). בנוסף, זכות העיכבון גם כפופה לעיקרון שאין להשתמש בה לרעה (ע"א 6081/99 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' עו"ד עופר בר-און, מפרק החברה בניס השקעות ותעשיות בע"מ (בפירוק), פ"ד נז(2) 798, 804 (2003)).

6. בענייננו, המערערת לא טענה לקיומו של עיכבון, ולא בכדי, שכן אין בזכות העיכבון כשלעצמה כדי לאפשר לבנק להיפרע מן ה"נכסים" (הכספים) "המעוכבים" אצלו. זאת מאחר שכאמור לעיל, זכות העיכבון אינה מאפשרת מעצם הגדרתה את מימוש נכסי העיכבון, אלא אך את השהייתם בידי בעל הזכות. יתר על כן, זכות העיכבון, גם לו הייתה בידי המערערת בכספים, לא הייתה מבססת את זכות הקיזוז שבה תולה המערערת את יהבה. המערערת טענה אפוא לקיומה של זכות קיזוז עצמאית, שאף היא נהנית מעדיפות נשייתית, למרות שאינה באה בגדרה של נשייה מובטחת (אף לא בהליכי חדלות פירעון). ומכאן למהותה של זכות זו.

זכות קיזוז

7. זכות קיזוז הינה זכות חוזית המעוגנת בהוראת סעיף 53(א) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים) שזו לשונה:

חיובים כספיים שצדדים חבים זה לזה מתוך עסקה אחת והגיע המועד לקיומם, ניתנים לקיזוז בהודעה של צד אחד למשנהו; והוא הדין בחיובים כספיים שלא מתוך עסקה אחת, אם הם חיובים קצובים.

(וראו גם זכות הקיזוז בהוראת סעיף 20 לחוק החוזים (תרופות): "חובות שהצדדים חבים זה לזה על פי חוק זה ניתנים לקיזוז").

בעבר עוגנה זכות הקיזוז בדברי חקיקה ספציפיים כאשר היקף התפרשותה חל ככלל על אותן חובות שדבר החקיקה המסוים הסדיר, אך לאחר חקיקת חוק החוזים הסעיף האמור מהווה מקורה הנורמטיבי העיקרי (ע"א 6412/16 עיריית באקה אל-גרביה נ' קל בנין בע"מ (בהסדר נושים), פסקה 17 (12.5.2019) (להלן: עניין קל בנין)). זכות הקיזוז על פי הסעיף מתגבשת מכוח מציאות של "חיובים כספיים שהצדדים חבים זה לזה", והיא נועדה לאפשר אכיפת התחייבות צד כלפי רעהו תוך חיסכון בנקיטת הליכים משפטיים מיותרים (ע"א 1226/90 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' הסתדרות הרבנים דאמריקה, פ"ד מט(1) 177, 199 (1995) (להלן: עניין הסתדרות הרבנים)). כעולה מלשונו של הסעיף, מימוש הזכות כפוף למסירת הודעה "המשכללת" אותה ומוציאה אותה לפועל (ע"א 698/89 שילה נ' בארי, פ"ד מז(4) 796, 813 (1993)). בהיעדר מתן הודעה, ולו הודעה מכללא, זכות קיזוז אינה משתכללת כלל (לשם דוגמה ראו: ע"א 377/82 התעשייה האוירית לישראל בע"מ נ' צור גת חברה לפיתוח ולגידור בע"מ, פ"ד מב(2) 725,

734 (1988); ע"א 5795/90 סקלי נ' דורען בע"מ, פ"ד מו(5) 811, 826 (1992); עניין בנק דיסקונט, פסקה 10).

8. כשם שניתנה התייחסות מפורשת לזכות העיכבון במסגרת הליכי חדלות פירעון, כך גם ניתנה התייחסות מפורשת לזכות הקיזוז במסגרת הליכים אלו. לצד זכות הקיזוז החוזית המעוגנת כאמור בהוראת סעיף 53(א) לחוק החוזים, במצבי חדלות פירעון חל הסדר ייחודי נוסף לזכות הקיזוז הכללית. הסדר זה היה קבוע בעבר בסעיף 74 לפקודת פשיטת הרגל, וכיום מעוגן בסעיף 255 לחוק חדל"פ הקובע כך:

נושה רשאי לקזז חוב עבר שהחייב חב לו כנגד חוב עבר שהוא חב לחייב, כערכם במועד מתן הצו לפתיחת הליכים, ולהגיש תביעת חוב על היתרה, בהתקיים אחד מאלה: (1) חובות החייב והנושה כרוכים זה בזה; (2) נטילת חובות הדדיים וההסתמכות על זכות הקיזוז הן חלק ממהלך עסקיו הרגיל של החייב או הנושה, וחוב העבר שהנושה מבקש לקזז נוצר במסגרת עסקיו ההדדיים עם החייב; (3) החובות ניתנים לקיזוז לפי חוק קיזוז מסים, התש"ם-1980, או לפי סעיפים 312 או 315 לחוק הביטוח הלאומי.

הסדר זה מקנה לנושה בעל זכות קיזוז מעמד בכורה על פני הנושים "הרגילים" של החייב, הדומה לשעבוד קנייני (ע"א 2146/06 ברק נ' עו"ד ברוך אבוקרט – מפרק, פסקה 18 (18.11.2010) (להלן: עניין ברק); שאלה אחרת החורגת מגדרי הדיון שלפנינו היא מרוץ הנשייה שיכול להתקיים בין הזכויות הנדונות – וראו דיון רחב בעניין מרוץ הנשייה בין זכויות נשייה שונות בהליכי חדלות פירעון: מינץ ושפיגלמן). אם כן, בעוד שקיזוז במצב הדברים הרגיל נועד בעיקרו למנוע ריבוי תביעות ולסלק חובות הדדיים בדרך יעילה, קיזוז במצב של חדלות פירעון נועד למנוע אי-צדק היכול להיגרם לאחד הצדדים עקב פתיחה בהליכי חדלות פירעון (ע"א 41/68 קופלמן נ' הנאמן בפשיטת-רגל של מאיר גרבר, פ"ד כב(2) 19, 22 (1968); ע"א 4548/91 משקי עמק הירדן אגודה מרכזית חקלאית שיתופית בע"מ נ' הספקה חברה מרכזית לחקלאים בע"מ, פ"ד נג(4) 8, 16 (1999) (להלן: עניין משקי עמק הירדן)), והוא משנה באופן מהותי את היקף הנשייה של הנושה בעל זכות קיזוז (עניין ברק, פסקה 23). ובלשון בית המשפט בעניין משקי עמק הירדן:

"שתיים הן הוראות הקיזוז הבאות בחשבון במקרה שלפנינו: הוראת סעיף 53 לחוק החוזים והוראות סעיף 74 לפקודה, ולא הרי זו כהרי זו – מטרת הסעיף הראשון היא למנוע תביעות הדדיות, ואילו מטרת הסעיף השני היא למנוע אי-צדק העשוי להיגרם עקב פשיטת הרגל, שאחד הצדדים לעיסקה יזכה במלוא חובו, ומשנהו אך

בדיכודנד על חובו הנגדי [...] בהיות סעיף 74 לפקודה דין מיוחד, דוחה הוא מפניו, כל אימת שהוא חל, את סעיף 53 לחוק החוזים. לעומת זאת, כל אימת שעמדה זכות קיזוז לפלוני לפני פשיטת הרגל, אין היא נשללת ממנו עם פשיטת הרגל [...]. המועד הקובע לזכות הקיזוז לפי סעיף 74 לפקודה הוא, לעניין דיני פשיטת הרגל, מועד צו הכינוס, אך אין זה הכרחי שזמן פירעון החובות נושא הקיזוז כבר יגיע ביום מתן צו הכינוס או שסכום החוב יהיה ידוע באותו יום. הוראות אלו טעונות התאמה לדיני הפירוק ונפסק שהמועד המקביל לצו הכינוס בדיני הפירוק הוא מועד צו הפירוק ולא מועד הגשת הבקשה לפירוק... (שם, עמ' 16-17).

דברים אלו נכונים גם כיום לאחר חקיקת חוק חדל"פ, בו כאמור כוחה של זכות הקיזוז עוגן בסעיף 255 לחוק (וראו על היחס בין הדין הישן לדין הקיים בהקשר זה: פסקה 18 לחוות דעתי בעניין פינצב).

9. ברם, ענייננו אינו מתמקד כאמור במצב של חייב הנמצא בחדלות פירעון, אלא במימוש זכות קיזוז במצב שבו מדובר בחייב כשיר-פירעון. במצבים מעין אלו מתעוררת השאלה האם מוקנית עדיפות לזכות קיזוז על פני הנושים האחרים של החייב, ככל שישנם, והשאלה בדבר נפקות זכות הקיזוז במקרים שבהם לא נשלחה הודעה.

10. כנקודת מוצא יש לומר, כי עמדה לפיה גם כאשר השתכללה זכות הקיזוז היא גוברת על צדדים שלישיים, אינה מובנת מאליה כלל ועיקר. עמד על כך השופט א' גולדברג בפסק הדין בעניין הסתדרות הרבנים:

"הענקת עדיפות לבעל זכות קיזוז בהכרח גורעת ממעמדם של שאר הנושים, שכן מסת הנכסים העומדת לרשותם קטנה. מכאן, שמדיניות ראויה מחייבת שלא להכיר בתקפות הסדרים הפוגעים בצדדים שלישיים, בלי שהוענקו לאלה כלים לדעת על אודות פגיעה זו, או למצער להתנות את תקפות הפגיעה בדיעה (בכוח או בפועל) על אודות הפגיעה. [...] מאחר שלא הועמדו לרשות הנושים האחרים כלים לדעת על אודות קיומה של זכות הקיזוז, ומכיוון שאין זה סביר לייחס לצדדים שלישיים ידיעה על כך שקיימת מערכת חיובים הדדיים בלתי תלויים בין הצדדים או לדרוש מהם לחקור אם קיימת מערכת חיובים הדדית, הרי שהכרה בעדיפותו של בעל זכות הקיזוז אינה עולה בקנה אחד עם מדיניות ראויה. [...] על זאת יש להוסיף כי מדיניות ראויה מחייבת שלא להכיר בעדיפותו של בעל זכות הקיזוז גם אם ידע הנושה על עצם קיומה של מערכת חיובים הדדיים בין הצדדים; שכן גובה החוב המובטח – ובמיוחד כשמדובר

בבנק – אינו קבוע ויכול להשתנות מעת לעת עם השינוי בהיקף חבותו של אחד הצדדים" (שם, עמ' 199-202).

קיימים אפוא שיקולים משמעותיים שלא להכיר בעדיפותו של בעל זכות הקיזוז על פני צדדים שלישיים, כאשר לא מדובר בחייב חדל פירעון, במיוחד שעה שלא קיימים לרשות הנושים כלים לדעת על קיומה של זכות הקיזוז ועל גובה החוב כלפי בעל הזכות.

11. חרף זאת, בעניין הסתדרות הרבנים מצא בית המשפט מקום להבחין בין נושה "רגיל" הבא בהסכם קיזוז עם חייב לבין זכות הקיזוז הנובעת מהסכם בין בנק לבין לקוח, שאז יש מקום לסייג את הכלל בדבר היעדר עדיפותו של בעל הקיזוז על פני הנושים הרגילים (שם, עמ' 204-206). זאת בין היתר בהתחשב בכך שמתן עדיפות לזכות הקיזוז הבנקאית תעודד את הבנק במתן אשראי ללקוחותיו, דבר אשר יכול להטיב את מצב הלקוח ונושיו. לדעתי, עצם העובדה שמדובר בהסכם עם בנק אינו מצדיק כשלעצמו העדפתה של זכות הקיזוז על פני זכויות הנושים האחרים של החייב. מה גם שההנמקה כי מתן עדיפות לזכות הקיזוז תעודד הרחבת מתן האשראי, עשויה להיות רלוונטית לטווח רחב של נושים ולא רק לבנקים (וראו למשל: ריקרדו בן-אוליאל ולירן חיים דיני בנקאות – חלק כללי כרך א 421 (מהדורה שנייה, 2021)). כמו כן, שיקולי מדיניות לחוד ומקור הענקת העדיפות הנשייתית בדין לחוד. לטעמי חרף ההכרה בחשיבות מתן זכות קיזוז לבנק, גורלית ומקדמת אינטרסים כלכליים גלובאליים ככל שתהא, היא אינה מולידה את המקור לשדרוג הזכות הפוגעת מיניה וביה בנושיו האחרים של החייב. גם מוקשית בעיני הענקת עדיפות דווקא לבנקים על פני נושים אחרים רק בשל היותם מעניקי אשראי. לשם כל אלו צריך מקור בדין.

12. עם זאת, ולמרות הקשיים הנזכרים לעיל, אף אני סבור כי זכות הקיזוז העומדת לבנק היא בעלת עדיפות. אלא שנראה לי כי התשובה מצויה לא בהעדפה אינהרנטית הקיימת בזכות הקיזוז העומדת לבנק, אלא נטועה היא בהסכמת הנושים כולם לכך. להסכמה זו שני פנים. הפן ההסכמי בין בעל זכות הקיזוז לבין החייב, והפן ההסכמי של כלל נושי החייב האחרים למתן עדיפות נשייתית לבעל זכות הקיזוז. הסכמה זו ניתנת לעתים באופן מפורש ולעתים היא ניתנת מכללא (וראו לעניין מתן הסכמה מכללא בהקשר אחר: דוד מינץ "עיונים באחריות נושאי משרה בתאגיד בחדלות פירעון וההצדקות לה" ספר מרים נאור 571, 623-627 (2023)). בכל הנוגע ליחסים בין בעל זכות הקיזוז לבין החייב, בכוחם של צדדים אלו להתנות על סעיף 53(א) לחוק החוזים (ובלבד שהסדר החוזי אינו פוגע בתקנת הציבור, כאמור בסעיף 30 לחוק החוזים; עניין

הסתדרות הרבנים, עמ' 198). במסגרת זו ניתן לקבוע הוראת קיזוז חוזית המרחיבה את גבולותיו של סעיף 53(א) לחוק החוזים (עניין קל בנין, פסקה 18) גם למקרים שבהם לא ניתנה הודעה. חוזים רבים כוללים הוראות קיזוז גמישות כדבר שבשגרה, וכפי שציין חברי, הוראות קיזוז נפוצות גם במערכת היחסים החוזית שבין בנק ללקוחותיו. יש אפוא באופן הרחב שבו מוגדרת זכות הקיזוז ההסכמית בתנאי ניהול החשבון, כדי להביא למסקנה בדבר הסכמה לעדיפות זו. כמו כן, כפי שציין חברי בעניין ע"א 1339/12 בנק מזרחי טפחות בע"מ נ' אי.סי.אם יצרני מיזוג אויר בע"מ (בפירוק), פסקה 33 (27.4.2014), העובדה שסעיף קיזוז כאמור נמצא בכל תנאי פתיחת חשבון של כלל לקוחות הבנקים מייצרת הנחה כי לכלל הנושים ולציבור כולו שמנהל אף הוא חשבונות בנק קיימת ידיעה בפועל, או לכל הפחות ידיעה בכוח, לגביו ומכאן נובעת הסכמתם של הנושים, ולו הסכמה מכללא, למתן עדיפות נשייתית לטובת בנק.

13. כפי שציין חברי, סעיף 14 לתנאי ניהול החשבון קובע שורה של מצבים המאפשרים העמדת אשראי שניתן ללקוח "לפירעון מיידי", ובהם מצבים של הטלת עיקול על נכסי הלקוח; מינוי כונס נכסים; הגשת כתב אישום נגד הלקוח; נסיבות המסכנות את אפשרות הבנק להיפרע בגין האשראי במלואו ובמועדו; ועוד. בנוסף, סעיף 18 לתנאי ניהול החשבון קובע כי הבנק רשאי לקזז כל סכום מהסכומים המגיעים לו מהלקוח, כנגד סכום המגיע ללקוח מהבנק, אף ללא הודעה מראש. היינו, בהתקיים הנסיבות המאפשרות העמדת ההלוואה שניתנה ללקוח לפירעון באופן מיידי, מתגבשת זכות הקיזוז הרחבה כמפורט בתנאי החשבון. לבנק קיימת אפוא זכות קיזוז המשתכללת בהתקיימות התנאים עליהם הסכימו הצדדים בחוזה – נסיבות המאפשרות העמדת האשראי לפירעון מיידי בהיעדר כל הודעה מראש. לקוח רשאי להעניק זכות זו לבנק, כפי שהיה רשאי להעניק לו "העדפה" אחרת על דרך של נשייה מובטחת. משאין חולק כי בענייננו נסיבות אלו התקיימו זה מכבר, השתכללה זכות הקיזוז של הבנק.

14. לא ניתנת אם כן "סגולה מיוחדת" לבנק והיא לא זו אשר מכריעה את הכף בעניין זה. חופש החוזים מאפשר לצדדים להסכים על זכות קיזוז רחבה שבכוחה לגבור על צדדים שלישיים, בין אם בשל "השתכללותה" לאחר מסירת הודעה לפי הוראת סעיף 53(א) לחוק החוזים, ובין אם בשל התקיימות תנאים מסוימים המוגדרים במפורש בחוזה. לשאלה אם לנושים יכולה להיות ידיעה, וכתוצאה מכך הסכמה על זכות הקיזוז הרחבה המוגדרת בחוזה, ניתן לתת מענה בהתחשב בכל מקרה לפי נסיבותיו וזהות הצדדים. למשל, לא מן הנמנע כי הידיעה בכוח לגבי קיומם של סעיפים בתנאי פתיחת חשבון של

בנק תהא קיימת גם לגבי סעיפים דומים בהסכמים שגרתיים אחרים כגון הסכמים עם גופים פיננסיים, מוסדיים ודומיהם.

15. בכך נסגר המעגל מהמקום שהתחלנו בו את הדיון. כאמור, ביסוד העיקרון של מתן עדיפות נשייתית הנטועה במדיניות כלכלית וחברתית, ניצבת הסכמת הצדדים לביצוע העסקה. ההסכמה היא זו המאפשרת בראש ובראשונה את מתן הקדימות שבנשייה. ברצונם של הצדדים הם מרחיבים את גבולותיה וברצונם הם מקצרים אותה.

סופו של יום, מסכים אני כי זכות הקיזוז עומדת לבנק במצבים של התנגשות מול נושים אחרים, וכך גם במקרה זה. על כן כאמור לעיל, מסכים אני למסקנתו של חברי כי דין הערעור (והערר) להתקבל.

ש ו פ ט

השופט נ' סולברג:

אני מצטרף לעמדתו של חברי, השופט י' עמית, על כך שדינם של הערר ושל הערעור להתקבל, וכן גם להערוותיו של חברי, השופט ד' מינץ.

ש ו פ ט

לפיכך הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' עמית.

ניתן היום, ט' בחשוון התשפ"ד (24.10.2023).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט

