חוק שיקים ללא כיסוי –
מתן כוח שלטוני ושיקול־דעת לבנקים, במצב של ניגוד עניינים ובלא בקרה הולמת

אליהו בן טובים ומנחם פסטרנק*

א. מבוא. ב. מטרותיו של חוק מושכי שיקים ללא כיסוי. ג. תוכנו של חוק מושכי שיקים ללא כיסוי. ד. מתן סמכות רשות עם שיקול־דעת חזק. ה. בנק יכול לגרום ללקוח עסקי לחרוג ממסגרת האשראי שלו בין בקביעות בין בעת מסוימת: 1. תנאי האשראי – הסתמכות בפועל (דה־פקטו), אבל לא בדין (דה־יורה); 2. סמכות הבנקים להפחית חד־צדדית את "מסגרת האשראי"; 3. תלותם המיוחדת של הלקוחות העסקיים בבנקים; 4. נכונותו של הלקוח העסקי להיות במצב של חריגה מתמשכת ממסגרת האשראי. ו. רגישותם המיוחדת של לקוחות עסקיים להפעלת חוק מושל"כ. ז. מכשול בדרך אל הדין הרצוי – הקשר בין מתן אשראי ובין אי־כיבוד שיקים. ח. מתן סמכות שלטונית לגורמים פרטיים: 1. שיבוש תחומי תחולתם של עקרון החוקיות ועקרון החירות; 2. פיקוח על שיקול־דעת מינהלי – היעדרותו לכאורה; 3. פגיעה בוודאות (שלטון החוק) ומתן שיקול־דעת תזק; 4. מתסור בחובות משמעת ואתיקה; 5. שימוש בסמכות שלטונית ככלי־מיקוח במשא־ומתן עסקי תוך פגיעה בצדדים שלישיים; 6. אצילת סמכויות שפיטה ועצישה לגוף פרטי המצוי בניגוד עניינים. ט. בחינה חוקתית של חוק מושל"כ: 1. זכויות־היסוד; 2. תוקף החוק מול עקרון חופש החוזים, בהתעלם מחוק־היסוד; 3. תוקף החוק בנוסח שתחילתו קדמה לחוק־היסוד; 4. תוקף תיקוני החוק שתחילתם לאחר חוק־היסוד; 5. הפגיעה בזכויות־יסוד ופסקת ההגבלה. י. דין רצוי. יא. השתקפות המצב בפסיקה. יב. סוף דבר.

* אליהו בן טובים, עורך־דין, מרצה באוניברסיטה העברית. מנחם פסטרנק, עורך־דין, תלמיד מחקר.

תודתנו לד"ר יואב דותן, לד"ר אייל גרוס, למר גד מרקס, לעו"ד יהודה אדר ולד"ר שולמית אלטוג, עורכת כתב־העת משפט וממשל, על הערותיהם המועילות, אשר ניתנו לגרסאות קודמות וחלקיות של רשימה זו. כל האחריות לדברים היא כמובן עלינו, הכותבים.

nevo.co.il

א. מבוא

בחוק שיקים ללא כיסוי, תשמ"א-1981[1] (להלן: חוק מושכי שיקים ללא כיסוי או חוק מושל"כ), מפעיל המתוקק כוח שלטוני. הכוח מופעל בכך שהמחוקק מטיל, בנסיבות מסוימות, כמה מגבלות על אדם אשר עשרה שיקים שמשך היו בלא כיסוי והוחזרו על־ידי בנק. בתמצית: החוק מגביל את יכולתו של אותו אדם לפתוח חשבונות בנק ולמשוך שיקים.

ברשימה זו נראה כי חוק מושל"כ, בהשתלבו עם הוראות מסוימות בחוזי הבנקים עם לקוחותיהם, מעניק לגורמים פרטיים (הבנקים) שיקול־דעת של ממש בקשר להפעלתו של כוח שלטוני כלפי גורמים פרטיים אחרים (לקוחותיהם). דהיינו: החוק נותן לגורמים פרטיים "סמכות רשות" עם "שיקול־דעת חזק" בהפעלתה.[2] כן נראה, כי החוק יוצר מצב שבו לעתים נקבעת "אשמה" של לקוחות בדיעבד ולפי שיקול־דעתם של הבנקים העשויים להרוויח מכך.

עיון בחוק יראה, כי המגבלות שהחוק מושל"כ מטיל מנוגדות לזכות הקניין ולחופש החוזים של הלקוחות ואינן מתיישבות עם עקרונות בסיסיים של המשפט המינהלי והחוקתי הישראלי; במיוחד משום שמתן הסמכות לבנקים נעשה במצב של ניגוד עניינים חמור אשר אינו ניתן לריפוי ומשום שהפסיקה לא הזילה את כללי המינהל הציבורי על הפעלת הסמכות. כמו־כן נראה כי כמה תיקונים לחוק מושל"כ, החל בתיקון מס' 2 החשוב, עשויים להיכשל בביקורת חוקתית.

הבעייתיות הטמונה בסמכות הרשות שניתנה לבנקים והשימוש האפשרי בה על־ידם באה לידי ביטוי ממשי במיוחד במסגרת יחסיהם עם לקוחותיהם העסקיים – לקוחות המצויים במגע הדוק ויומיומי עם בנקים, אשר לעתים תלויים בבנק ושניגוד העניינים בינם ובין הבנקים חריף במיוחד בשל כך שהם מנהלים משא־ומתן שוטף עם בנקים בנוגע לתנאי השירותים שלהם. סמכות הרשות שניתנה לבנקים, יחד עם המאפיינים המיוחדים של לקוחות עסקיים ויחד עם תניות מסוימות נוספות בחוזים אחידים של בנקים, מאפשרים לבנקים להשתמש באיום של החזרת שיקים ובאיום של הפיכת לקוח עסקי ל"לקוח מוגבל" במשמעו בחוק מושל"כ, ולבסוף – אף בהטלת ההגבלה עצמה, כאמצעי־לחץ נגדו. אמצעי־לחץ אלה עשויים לאפשר לבנקים להשיג עמדת־מיקוח חוזית טובת יותר מזו שהיתה להם בלעדי החוק ולהשיג תנאים טובים במיוחד, ביחסים החוזיים עם לקוחותיהם העסקיים – תנאים הגרועים במיוחד עבור הלקוחות העסקיים.

לאחר שנדון בכל אלה נציע כמה הצעות לשיפור הדין המצוי ונדון ביישום ובפרשנות של החוק על־ידי הפסיקה, ככל שאלה חשובים לדיוננו.

במהלך שלבי הכתיבה האחרונים של רשימה זו התפרסם מאמר פרי־עטו של השופט

1. ס"ח 136. ברשימה זו לא נדון בנושאים האחרים הקשורים בתופעת השיקים ללא כיסוי, כגון ההיבט הפלילי והיבט ההוצאה לפועל.

2. דיון בהגדרת מושגים אלה של הדין המינהלי ראו להלן, תחת הכותרת "ד. מתן סמכות רשות עם שיקול־דעת חזק".

nevo.co.il

יצחק עמית, הסוקר, מנתח ומבקר את הוראות חוק מושל"כ והפסיקה לפיו.[3] התייחסויות למאמר זה שולבו להלן.

ב. מטרותיו של חוק מושכי שיקים ללא כיסוי

המטרה המונחת ביסוד חוק מושל"כ מובעת במבוא להצעת החוק, שם נכתבו בין השאר הדברים הבאים:[4]

> התופעה של מושכי שיקים ללא כיסוי קיבלה בתקופת האחרונה ממדים מדאיגים. ריבוי השיקים האלה במשק גורם לנזק בתחום הכלכלי ואף במישור החברתי־מוסרי.
>
> . . .
>
> מתברר שההסדרים האמורים [הכוונה להסדרים בדין העונשי ובדיני ההוצאה לפועל, המכוונים כנגד מושכי שיקים ללא כיסוי – אב"ט ומ"פ] לא הספיקו להרתיע בעלי חשבונות מלמשוך שיקים שלא ייפרעו עם הצגתם...

כלומר: כדי להפסיק את התופעה של משיכת השיקים ללא כיסוי וכדי למנוע נזקים כלכליים, חברתיים ומוסריים הנובעים מכך, החליט המחוקק לנקוט אמצעים אשר נועדו להרתיע מפני התנהגות שבזו.

מטרת זו היא מטרה ציבורית המתאימה לרעיונות העיקריים של המשפט הציבורי – דאגה לאינטרסים החשובים לחברה כולה (מצב כלכלי, מצב מוסרי־חברתי).

לאופי הציבורי־כללי של החוק אפשר להגיע גם על דרך השלילה, בכך שאפיונים מרכזיים של המשפט הפרטי אינם מצויים בחוק. החוק לא נועד לסייע לפרטים כמו דיני החוזים וכן לא נועד להיטיב את נזקיו של פרט מסוים אשר נפגע עקב אי־כיבוד שיק (כלומר: החוק לא נועד לסייע באופן מעשי בידיו של הפרט המסוים אשר קיבל שיק ללא כיסוי ולאפשר לו לתוציא אל הפועל את אותו שיק).[5] מדברים אלה אפשר ללמוד שהחוק לא נועד לממש מטרות פרטיות של אנשים מסוימים, אלא מטרות של כלל הציבור, שלפיהן שיקים יהיו אמצעי־תשלום אמין יותר.

---

3. יצחק עמית, "חוק שיקים ללא כיסוי, התשמ"א-1981", הפרקליט מד (תש"ס) 449.
4. ה"ח תש"ם 250. דברים דומים נאמרו גם בדיון בכנסת, כאשר הועלתה הצעת החוק לקריאה ראשונה (ד"כ 36 (תש"ם) 4209).
5. להוראת חוק אשר כן נועדה לסייע לפרט ראו סעיף 81 בחוק ההוצאה לפועל, תשכ"ז-1967, ס"ח 116, הקובע כי שיק ניתן להוצאה לפועל כמו פסק־דין של בית־משפט.

ג. תוכנו של חוק מושכי שיקים ללא כיסוי

להלן נביא כמה הוראות מחוק מושל"כ, החשובות להבנת נושא רשימתנו.[6]

בסעיף 1 לחוק מוגדר "שיק שסורב" כ"שיק שהוצג לפירעון בתאריך הנקוב שבו או אחריו, והבנק סירב לפרעו מחמת שלא היתה יתרה מספקת בחשבון והוא לא היה חייב לפרעו מכוח הסכם עם המושך, ואין נפקא מינה אם היתה סיבה נוספת לסירוב או אם ניתנה הוראת ביטול".

סעיף 2(א) לחוק קובע, כי "חשבון יהיה מוגבל (להלן: חשבון מוגבל) ובעליו יהיה מוגבל (להלן: לקוח מוגבל) אם סורבו במשך שנים עשר חדשים עשרה שיקים או יותר שנמשכו על החשבון, ובלבד שעברו לפחות תמישה עשר ימים בין הסירוב הראשון לסירוב האחרון".

סעיף 4 לחוק קובע בין השאר, כי "לקוח מוגבל לא יפתח חשבון" וכי "לא ימשוך אדם שיק על חשבון מוגבל". סעיף 5 לחוק אוסר על בנקים לאפשר ללקוח מוגבל ביצוע של פעולות אלה.

סעיף 10 לחוק קובע, כי בית־משפט השלום מוסמך לבטל הבאת שיק במניין השיקים שסורבו, אם "הבנק סירב לפרוע את השיק מחמת טעות", אם "הבנק סירב לפרוע את השיק מתמת עיקול..." או אם "ללקוח היה יסוד סביר להניח שהיתה חובה על הבנק לפרוע את השיק...".

סעיף 13 לחוק עוסק בדיווח לבנק ישראל – וממנו, לבנקים האחרים – על זהות הלקוחות שהוגבלו.

ד. מתן סמכות רשות עם שיקול־דעת חזק

אפשר לתאר את פעולת החוק באמצעות מושגים מהמשפט הציבורי ולהראות, כי המחוקק נתן לבנקים סמכות־רשות שלטונית, עם שיקול־דעת חזק בדבר דרך הפעלתה. תיאור ראשון זה ישורטט להלן. עם זאת, אפשר גם לתאר את פעולת החוק כקביעת "אשמה" של לקוחות בדיעבד ובהסתמך על רצונם החופשי של הבנקים. תיאור שני זה ישורטט בהמשך הרשימה,[7] לאחר שנכין את הרקע לכך על־ידי דיון בכמה נושאים נוספים.

נתחיל בדיון בהגדרות המקובלות למושגים "כוח", "כוח ציבורי", "סמכות", "סמכות רשות", ו"שיקול־דעת":

לפי ההגדרה המקובלת והרחבה של וכויות משפטיות, קיים סוג של זכות המכונה "כוח" ("power"). כוח מוגדר כיכולת של אדם לשנות לפי רצונו יחסים משפטיים.[8] "כוח ציבורי"

---

6. לסקירת תוכנו של חוק מושל"כ ראו עמית (לעיל, הערה 3).

7. להלן, תחת הכותרת "ת. מתן סמכות שלטונית לגורמים פרטיים"; ותחת כותרת־המשנה "6. אצילת סמכויות שפיטה ועניישה לגוף פרטי המצוי בניגוד עניינים".

8. John W. Salmond, *On Jurisprudence* (12th ed., Sweet & Maxwell, London, 1966), 229-230.

nevo.co.il

מוגדר ככוח המופעל לפי האינטרסים של המדינה.[9] מבחינה משפטית, "סמכות היא, בראש ובראשונה, כוח...".[10] "סמכות תובה"[11] מוגדרת כסמכות אשר בהתקיים התנאים אשר נקבעו לכך בחוק,[12] חייב בעל הסמכות להפעילה ואין לו שיקול־דעת בקשר להפעלתה.[13] לעומתה, "סמכות רשות" היא סמכות אשר מי שמחזיק בה אינו חייב להפעילה ובדרך־כלל אם החליט להפעילה, הוא רשאי גם להחליט באיזו דרך הוא יפעיל אותה.[14]

גם את המושג "שיקול־דעת" אפשר לאפיין בעזרת כמה מושגי־משנה. "שיקול־דעת חלש" הוא שיקול־דעת שהפעלתו מוגבלת לפי כללים או מדדים (קריטריונים) קבועים מראש, ולעומתו הפעלת "שיקול־דעת חזק" אינה מוגבלת כך. דהיינו: כאשר מופעלת סמכות המקנה שיקול־דעת חזק, מפעיל הסמכות אינו כפוף לכללים או למדדים המגבילים את מגוון ההחלטות שהוא יכול לקבל. לעומת זאת, כאשר מופעלת סמכות המקנה שיקול־דעת חלש, מפעיל הסמכות כפוף לכללים המגבילים את מגוון ההחלטות המותרות.[15] אפיון נוסף של שיקול־דעת הוא בנוגע לשאלה, האם ישנה ביקורת או לא על דרך הפעלתו.[16]

להלן נראה, כי המחוקק נתן לבנקים – במצבים מסוימים – את הסמכות היותר תזקה: סמכות רשות עם שיקול־דעת חזק שאינו נתון לביקורת.

פשיטא, שחוק מושל"כ הוא הפעלה של כוח ציבורי על־ידי המחוקק בגלל סיבות אלה:

(א) החוק משנה בכמה דרכים את היחסים המשפטיים שבין הלקוח ובין אנשים אחרים: הטלת הגבלה על־ידי החוק מונעת מהלקוח לפתוח חשבונות בבנקים אחרים, מונעת ממנו למשוך שיקים מחשבון־הבנק המוגבל,[17] אוסרת על הבנק לפרוע שיקים שנמשכו על

9. שם, שם.
10. יצחק זמיר, **הסמכות המינהלית** (כרך א, נבו, תשנ"ו), 126.
11. להבדיל מ"סמכות רשות".
12. או בכל מקור נורמטיבי מסמיך.
13. זמיר (לעיל, הערה 10), 221 ואילך.
14. שם, שם.
15. לעניין המושגים "שיקול־דעת חזק", "שיקול־דעת חלש" ו"הגבלת שיקול־הדעת באמצעות כללים" ראו: Ronald M. Dworkin, "The Model of Rules", 35 *U. Chic. L. Rev.* (1967-1968) 14, pp. 32-34. דבורקין משתמש במושגים "weak" and "strong" discretion (שם, 32-33). דבורקין מעיר, כי גם על שיקול־דעת חזק תיתכן ביקורת באמצעות עקרונות כלליים, כגון יעילות והגינות (שם, 33-34). כן ראו לעניין זה יואב דותן, **הנחיות מנהליות** (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי וטיכאל סאקר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית, תשנ"ו), 367 ואילך, אשר מעיר כי בדרך־כלל יחולו על מחלים שמוקנה לו שיקול־דעת חזק – דרישות עקרוניות לסבירות, להגינות, לענייניות וכדו' (שם, 370).
16. דבורקין מכנה גם אפיון זה של שיקול־דעת כשיקול־דעת חלש (דבורקין (לעיל, הערה 15), 32). או ליתר דיוק: דבורקין מדבר על שני מובנים חלשים של המושג "discretion" (האחד מצביע על כפיפות ההחלטה למדדים, והשני – על היעדרה של ביקורת על ההחלטה).
17. סעיף 4 לחוק מושל"כ.

nevo.co.il

החשבון המוגבל, אוסרת על הבנק לספק טופסי שיקים למשיכה מחשבון מוגבל, אוסרת על הבנק לפתוח חשבון ללקוח מוגבל[18] ומלווה הודעה לבנקים האחרים.[19] כלומר: חוק מושל"כ משפיע על היקף התירויות של אנשים לכרות תוזים (החירות של הלקוח המוגבל ושל בנקים לכרות תוזים בדבר פתיחת חשבון בנק) ועל היקף החירות לקבוע את תוכן החוזה או לבצע הוזה שכבר נכרת (מניעת קבלת שירותים מסוימים בחשבון מוגבל). מכאן, שחוק מושל"כ משנה את היחסים המשפטיים שבין הלקוח ובין אנשים אחרים (בנקים). נעיר, כי הכוח המופעל על מי שמוגדר בחוק כ"לקוח מוגבל חמור" גדול עוד יותר.[20]

(ב) שינוי היחסים הנ"ל נעשה, כאמור לעיל, בשל אינטרסים ציבוריים.[21]

כות זה הועבר במצבים מסוימים, ובצורה של "סמכות רשות" עם שיקול־דעת חוק, לידיהם של הבנקים. מתן "סמכות הרשות" נובע מכך שהטלת המגבלה על החשבון תלויה בהחורתם של שיקים, והחזרתם של שיקים תלויה ברצונו של הבנק. על־כן הגבלת החשבון תלויה, בעקיפין, ברצונו של הבנק.

נסביר זאת.

כאמור, "שיק שסורב" מוגדר בחוק בין השאר כשיק שהבנק סירב לפרוע, משום שלא היתה יתרה מספקת בחשבון ומשום שהבנק לא התחייב לפרוע אותו.[22]

יוצא מזה, שהגדרת "שיק שסורב" תלויה בתוכן החוזה בין הלקוח ובין הבנק: האם הבנק התחייב, בחוזה בינו ובין הלקוח, לפרוע את השיק? הגם שחשבון הלקות מצוי ביתרת חובה.

בחוזים אחידים[23] של בנקים מופיעה בדרך־כלל תניית אחידה, שלפיה הבנק מתחייב לכבד את השיקים של הלקוח כל עוד הלקוח אינו חורג מ"מסגרת" האשראי המוסכמת. היינו: הצדדים מסכימים על גובה מסוים של אשראי ("יתרת חובה"), אשר כל עוד הלקות לא הגיע אליו הבנק חייב לכבד את השיקים של הלקוח.

המשכה של תנייה זו קובע כי הבנק רשאי לכבד את השיקים של הלקוח, גם אם הוא תורג ממסגרת האשראי המוסכמת; רשאי, אך לא חייב.[24]

18. סעיף 5 לחוק מושל"כ.
19. סעיף 3א לחוק מושל"כ.
20. סעיף 3 לחוק מושל"כ.
21. ראו דיון במטרות החוק לעיל, תחת הכותרת "ב. מטרותיו של חוק מושבי שיקים ללא כיסוי".
22. סעיף 1 לחוק מושל"כ.
23. לדיני החוזים האחידים ראו את חוק החוזים האחידים, תשמ"ג-1982, ס"ח 8.
24. ראו, לדוגמא, סעיף 5 לטופס "התנאים בחשבון עו"ש", של בנק דיסקונט לישראל בע"מ:
(א) הלקוחות ימשכו כספים מהחשבון אך ורק בגבול יתרת הזכות שתעמוד לרשותם בחשבון.

nevo.co.il

בנקודה זו נתנו הצדדים לחוזה האחיד (דהיינו: הבנק והלקוח) לבנק שיקול־דעת אם לכבד שיקים אם לאו, והפכו את תפקיד הבנק – מנקודת־מבטם של חוק מושל"כ ושל המשפט הציבורי[25] – לתפקיד הכולל בתוכו גם כוח גם שיקול־דעת, דהיינו: "סמכות רשות".

זאת משום שכל עוד לבנק אין שיקול־דעת אם להתזיר שיק, אין לו גם שיקול־דעת לגבי השאלה אם הלקוח יוגבל בסופו של דבר ולכן בהיעדר התנייה האחידה הנ"ל לא מדובר ב"סמכות רשות". לעומת זאת, כאשר, מכוח התנייה האחידה, לבנק שיקול־דעת אם להחזיר שיקים אם לאו, בידו הכוח ושיקול־הדעת (שהם מרכיביה של "סמכות הרשות") לקבוע כי הלקוח יוגבל.

יתירה מזאת: לכאורה מדובר בסמכות רשות הכוללת שימוש ב"שיקול־דעת חוק" – היינו: שיקול־דעת הניתן בלא הנחיה בדבר השיקולים המותרים ושבשל כך קשה במיוחד לבקר אותו בערכאות. זאת, בשל נוסח הסעיפים בחוזי הבנקים האחידים, הנותנים לבנקים שיקול־דעת "בלעדי",[26]

לסיכום: במתן סמכות רשות ושיקול־דעת חוק לבנק חוברים שלושה –

(א) המחוקק, באמצעות חוק מושל"כ אשר נכפה על הבנקים ועל לקוחותיהם;

(ב) הבנקים, באמצעות התזזים האחידים שהם כופים על לקוחותיהם;

(ג) והלקוחות, שמרצונם החופשי מבקשים אשראי מעבר למסגרת.

המחוקק יצר כאן מעין שעטנז. סמכות הרשות נובעת גם מהוראות חוק מושל"כ שקבע המחוקק, אך גם מהוראות החוזים האחידים שהבנקים קובעים. בכך, ומבלי משים (כפי שנראה להלן) הפך המחוקק את הבנקים למעין מחוקק־משנה אשר באמצעות חוזיו האחידים הקנה לעצמו שיקול־דעת חזק בהפעלתו של כוח שלטוני.

(ב) בכפוף לאמור לעיל, הבנק לא יהא חייב לכבד משיכה, הוראה או בקשת כלשהי של הלקוחות אשר כתוצאה ממנה תווצר או תגדל יתרת חובה בחשבון.

אולם הבנק רשאי, לפי שיקול־דעתו הבלעדי, לכבד כל משיכה, הוראה או בקשה כנ"ל. עשה הבנק כן לא יתפרש הדבר כהסכמה מצדו לעשות כן גם בעתיד.

כן ראו, לדוגמא, סעיף 13.3.1 לטופס "בקשה לפתיחת חשבון ותנאים כלליים לניהול חשבון" של בנק הפועלים בע"מ:

בכפוף לאמור... לעיל, הבנק לא יהא חייב לכבד משיכה, פקודה, הוראה או בקשה כלשהי שלנו שכתוצאה ממנה תיווצר או תגדל יתרת החובה בחשבון מעבר למשיכת היתר שאושרה. אולם הבנק רשאי, לפי שיקול־דעתו הבלעדי, לכבד כל משיכה, פקודה, הוראה או בקשה כנ"ל. עשה הבנק כן, לא יתפרש הדבר כהסכמה מצידו לעשות כן בעתיד.

25. מנקודת־מבטו של המשפט הפרטי אין דבר מיוחד בכך שהבנק רשאי לכבד שיקים ללא כיסוי. הבנק, ככל גורם פרטי, רשאי להגדיל את האשראי שהוא נותן ללקוח.

26. ראו בדוגמאות הנ"ל.

nevo.co.il

ה. בנק יכול לגרום ללקוח עסקי לחרוג ממסגרת האשראי שלו[27] בין בקביעות בין בעת מסוימת

כאמור לעיל, חריגה ממסגרת האשראי הפורמלית היא המקנה לבנק את שיקול־הדעת החזק בדבר החזרתו של שיק, ובעקיפין היא המקנה לבנק את סמכות הרשות.

להלן נראה, כי בנקים יכולים במקרים רבים לגרום ללקוחות עסקיים לחרוג ממסגרת האשראי. חריגה זו יכולה להיות קבועה ומתמשכת או חריגה פתאומית, בשל הסיבות המצטברות הבאות, אשר תידונה אחת לאחת בהמשך:

(א) תנאי האשראי: הסתמכות בפועל (דה־פקטו), אבל לא בדין (דה־יורה);

(ב) סמכות הבנקים להקטין באופן חד־צדדי, ובהתראה קצרה, את מסגרת האשראי;

(ג) התלות המיוחדת של הלקוחות העסקיים בבנקים;

(ד) נכונותו של לקוח עסקי לשים את עצמו במצב של חריגה קבועה ממסגרת האשראי.

1. תנאי האשראי – הסתמכות בפועל (דה־פקטו), אבל לא בדין (דה־יורה)

בחוזים אחידים בין בנקים ובין לקוחותיהם מופיעה בדרך־כלל תנייה, שלפיה החוזה משוריין מפני שינויים בהתנהגות ומפני שינויים על־ידי הסכמות בעל־פה.[28] כלומר: אי־אפשר ליצור חיוב חדש של הבנק בדרך של מצג בהתנהגות או מכוח אמירה.

פועל יוצא מכך הוא, שפקידי בנקים יכולים ליצור מצגים (בהתנהגות או באמירה), שלפיהם בנק מאפשר מתן אשראי מעבר למסגרת. בכך בנק יכול להזמין הסתמכות על אשראי זה (שמעבר למסגרת) כחלק מהשירות הבנקאי, והבנק בכל־זאת לא נקשר משפטית.

לדוגמא: ייתכן מצב שבו בנק יכבד במשך שנים משיכות־יתר מעבר למסגרת המוסכמת, ואפילו יבטיח בעל־פה שהוא ימשיך לעשות כן. בכך הבנק ייצור אצל הלקוח רושם, שלפיו יכול הלה להסתמך בניהול עסקיו על כך שהבנק יפרע את השיקים, הגם שהוא חורג ממסגרת האשראי שלו.

---

27. לעניין התמריץ של הבנקים לגרום זאת ללקוח ראו גם הדיון בסמוך, תחת הכותרת "ה(1). תנאי האשראי – הסתמכות בפועל (דה־פקטו), אבל לא בדין (דה־יורה)"; וגם הדיון בהמשך הרשימה תחת הכותרת "ח. מתן סמכות שלטונית לגורמים פרטיים"; ותחת כותרת־המשנה "5. שימוש בסמכות שלטונית ככלי־מיקוח במשא־ומתן עסקי תוך פגיעה בצדדים שלישיים".

28. ראו, לדוגמא, סעיף 5(ב) סיפא וסעיף 31 לטופס "התנאים בחשבון עו"ש" של בנק דיסקונט לישראל בע"מ:

> 5(ב)...
>
> ...אולם הבנק רשאי, לפי שיקול־דעתו הבלעדי, לכבד כל משיכה, הוראה או בקשה כנ"ל. עשה הבנק כן לא יתפרש הדבר כהסכמה מצדו לעשות כן גם בעתיד.

למרות מצג זה, יכול הבנק יום אחד, ובלא התראה מוקדמת, להפסיק לכבד את השיקים של הלקוח המשוכים מעבר למסגרת האשראי.

ניתוק זה בין המצב בפועל (הסתמכות) ובין המצב המשפטי (היעדר זכות להסתמך) עלול להיות מנוצל לרעה על־ידי בנק. הפיתוי לכך גדול: הבנק גם נותן את השירות הבנקאי (אשראי) ומקבל את תמורתו וגם יכול להפסיק את השירות בכל רגע, בלי התראה – דבר המקנה לו חופש ויכולת תמרון שלהם ערך כלכלי.[29]

אמנם, זהו שירות בתנאים ירודים, אך לא כל הלקוחות מודעים לאי־ההתאמה בין המצב המשפטי ובין ההסתמכות שלהם בפועל. ייתכן גם שלקוחות מסוימים מודעים לבעייתיות זו, אך בשל חולשת עמדת המיקוח[30] שלהם כנגד הבנק המסוים, או כנגד בנקים בכלל (שהם גופים כלכליים רבי־עוצמה), הם נאלצים להסתפק בשירות שכזה.[31]

מצב בלתי־רצוי זה רוכך במידה מסוימת על־ידי הפסיקה, וזו תידון לקראת סוף הרשימה.[32]

---

31. הסדר עם הבנק

שום ויתור מצד הבנק, פשרה או הסדר אחר כלשהו עם הבנק, לא יחייבו את הבנק זולת אם נעשו בכתב.

אין לראות בוויתור הבנק על אי קיום קודם של תנאי או תנאים מכתב זה או בהפרת תנאי ממנו, נוהג המקנה עילה להמשך ההפרה או אי מילוי תנאי/ם או כעילה להפרה חדשה או נוספת של תנאי מתנאי כתב זה.

ראו, לדוגמא, סעיף 16.9 ל"בקשה לפתיחת חשבון ותנאים כלליים לניהול חשבון" של בנק הפועלים בע"מ:

שום ויתור מצד הבנק, פשרה או הסדר כלשהו עם הבנק, לא יחייבו את הבנק זולת אם נעשו בכתב.

29. רווח נוסף עשוי לצמוח לבנק עקב גביית ריבית גבוהה במיוחד בגין מתן אשראי מעבר למסגרת.

30. לעניין התלות המיוחדת של הלקוח העסקי בבנק – תלות העשויה להשפיע על עמדת המיקוח של הצדדים בנסיבות שונות – ראו בהמשך הטקסט.

31. עולה השאלה, האם השוק התחרותי בין הבנקים לא אמור היה להביא לכך שבחלק מהבנקים – או בחלק מהחוזים הבנקאיים – ייתן גם משקל להסתמכות בפועל? כן עולה השאלה, האם חוק החוזים האחידים ושלילת "תניות מקפחות" מכוחו עשויים להועיל ללקוחות כנגד אותן תניות (תניות המאפשרות לבנקים להזמין הסתמכות וליצור רושם בדבר הסתמכות, אך לא להיות מחויבים לכך). כמו־כן ייתכן כי ללקוחות יועיל, במצבים מסוימים, שימוש בדוקטרינת תום־הלב, ואולי אף בסעיפים 14 ו־15 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, ס"ה 118, בדבר טעות והטעיה. בשאלות אלה לא נדון ברשימה זו.

32. תחת הכותרות, "י. דין רצוי"; "יא. השתקפות המצב בפסיקה".

nevo.co.il

2. סמכות הבנקים להפחית חד־צדדית את "מסגרת האשראי"

מסתבר, שגם כאשר הלקוח מצוי בתוך מסגרת האשראי שלו, אין הבנקים מאפשרים לו הסתמכות של ממש.

בתוזים אחידים בין בנקים ובין לקוחותיהם מופיעה גם תנייה, שלפיה הבנק רשאי להפחית את מסגרת האשראי באופן חד־צדדי, בלא פיקוח על שיקול־דעתו ובהתראה קצרה (אם בכלל),[33]

נובע מכך, שהבנקים שוב מצמצמים את יכולתם של לקוחותיהם להסתמך מבחינה משפטית על מסגרות האשראי. ושוב, אם לקוח יסתמך על האשראי – בין מתוך חוסר־מודעות בין מתוך מודעות ובחירה – הוא עשוי להיות מופתע מקיצון פתאומי של האשראי ומאי־כיבוד שיקים, גם אם השיקים נמסרו לצדדים שלישיים לפני מועד צמצומה של מסגרת האשראי.

3. תלותם המיוחדת של הלקוחות העסקיים בבנקים

קשריהם של לקוחות עסקיים עם בנקים מאופיינים בכמה דרכים המייחדות אותם לעומת קשריהם של שאר הלקוחות עם בנקים. מאפיינים אלה עשויים לאלץ את הלקוחות העסקיים להסתמך על השירות הבנקאי הרבה יותר מאשר לקוחות רגילים ובכך לגרום ללקוחות עסקיים להיקלע, יותר מאשר לקוחות אחרים, למצב של תלות בבנקים ותריגה שגרתית מ"מסגרת האשראי".[34]

להלן נדון במאפיינים אלה ובקשר שלהם לנושא רשימתנו.

א. הצורך באשראי והפעילות השגרתית באשראי

הלקוח העסקי זקוק לשירות האשראי של הבנק לשם ניהול עסקיו השוטפים: תזרים המומנים שלו רב מהרגיל ולעתים קרובות יש לו צורך באשראי גמיש, המשתנה מיום ליום ומשקף את "גלגול" הכספים בעסק ("מחזור"). כמו־כן הסיכונים העסקיים הרגילים

---

33. ראו, לדוגמא, בסעיף 6(ג) לטופס "התנאים בחשבון עו"ש", של בנק דיסקונט לישראל בע"מ:

> (ג) הבנק לא יהיה חייב לתת או לחדש האשראי, ויהיה רשאי, בכל עת, להפסיק את מתן האשראי או להקטין את סכומו, בלי לתת ללקוחות הודעה מוקדמת על כך...

ראו, לדוגמא, סעיף 8(ב) ל"כתב התחייבות למסגרת אשראי" של בנק הפועלים בע"מ:

> הבנק יהיה רשאי בכל עת ועת, לפי שיקול דעתו הבלעדי, לסרב להקצות לנו את מסגרת האשראי או להקטין את מסגרת האשראי שאושרה או... לבטל את מסגרת האשראי כולה או מקצתה... ובלבד שהבנק ישלח לנו הודעה על כך עשרה ימים מראש...

34. כאמור, מצב שבעזרת הוראותיו של חוק מושל"כ, אשר ניזונו לעיל, מעניק לבנקים כוח שלטוני.

nevo.co.il

(תשלומים מלקוחות שהתעכבו, השקעה המאחרת לשאת פירות, היחלשות פתאומית של השוק, העלאת הריבית וייקור הוצאות המימון וכדומה) עשויים להגדיל את היקף האשראי שהוא זקוק לו באופן מפתיע. וכמובן, כמות הכסף שהוא יכול להשקיע בעסק משפיעה על הרווחים שהוא מסוגל להפיק, ודרך לגייס כסף היא קבלת אשראי מבנק (הבנקים דואגים בדרך־כלל לקבל בטחונות עבור האשראי).

אשראי זה שונה מהאשראי ("אוברדרפט") של הלקוחות הרגילים, שבדרך־כלל הוא קטן־יחסית ומשמש להוצאות שוטפות, נשלטות וצפויות מראש.[35]

הצורך בפעילות שגרתית באשראי והחשיבות שישנה לגודל האשראי ולגמישותו עשויים להביא לקוחות עסקיים להזדקק יותר לאשראי הבנקאי, לקחת יותר אשראי, גם כאשר מדובר בקבלת אשראי תוך חריגה מ"המסגרת".

ב. בטחונות "חיים" הקושרים את הלקוח העסקי לבנק מסוים

כאמור לעיל, ללקוח העסקי יש צורך של ממש באשראי, התומך בפעילות השוטפת של העסק שלו. כדי לקבל אשראי צריך הלקוח העסקי להעמיד בטחונות לטובת נותן האשראי – במקרה שלנו: הבנק.

צורך זה באשראי ובבטחונות עשוי להוביל לכך, שלקוח עסקי יתקשה להעביר את פעילותו מבנק אחד לבנק אחר, מפני שכמות הבטחונות העומדים לטובת העסק מוגבלת וכן משום העובדה שכדי לשחרר ביטחון ולהעבירו מבנק אחד לבנק אחר יש להחזיר את האשראי אשר הועמד כנגד הביטחון. במצב שכזה מעבר מבנק לבנק עשוי להיות כרוך בניהול משא־ומתן עם שני הבנקים ובתקופת מעבר, שבמהלכה ייפגע תפקוד העסק בגלל מתסור באשראי.

דבר זה נכון שבעתיים כאשר הלקוח העסקי מתקשה מבחינה כלכלית. במצב שבזה הסיכון של הבנק נותן האשראי גדל ועל־כן זהו בדיוק הזמן שבו עשוי בנק להחליט כי הוא מקצץ באשראי הניתן לאותו לקוח תוך שהוא מתזק את תשומת־לבו לבטחונות שבידיו. כלומר: דווקא כאשר הלקוח העסקי יהיה מצוי בקשיים כלכליים, דווקא או הבנק – מתוך האינטרסים הלגיטימיים והמוצדקים שלו – יקצץ את גובה האשראי ולא ירפה מבטחונותיו כדי להקטין את הסיכון להישאר עם חוב רע. התנהגות זו של הבנק כלפי הלקוח משמעה קשירה חוקה יותר אל הבנק, בגלל הבטחונות והמצב הכלכלי.

ג. הצורך השוטף בשירותים בנקאיים בכלל

השירותים הבנקאיים שהלקוח העסקי זקוק להם מגוונים ורבים יותר מאשר השירותים שלהם זקוקים לקוחות רגילים.[36] על־כן, ולעתים, לקוח עסקי מצוי במשא־ומתן שוטף עם

35. לעתים לקוח רגיל עשוי לקחת אשראי מראש לשם הוצאה חד־פעמית (כגון רכישת דירה או מכונית), אשראי זה נלקח לרוב בתוך מסגרת קשוחה וקבועה מראש ובלי קשר לחשבון העובר־ושב של הלקוח, ואינו נוגע לנושא רשימתנו.

36. נוסף על קבלת אשראי ומשיכת שיקים לקוח עסקי נזקק לעתים לשירותים נוספים, כגון נכיון שיקים, ערבויות בנקאיות, פעולות בטבע־חוץ וכדו'.

nevo.co.il

הבנק ותלוי ברצונו הטוב של הבנק כלפיו לשם קבלת מגוון שירותים. גורם זה לתלות חובר אל הגורמים האחרים אשר נמנו בסעיפים א ו-ב לעיל ומצביע גם הוא על התלות המיוחדת של הלקוחות העסקיים בבנקים.

4. נכונותו של הלקוח העסקי להיות במצב של חריגה מתמשכת ממסגרת האשראי

כפי שראינו לעיל, לקוח עסקי תלוי במיוחד בשירותים הבנקאיים, וביניהם האשראי הבנקאי. בשל כך, ובשל לחצים כלכליים, עשוי הלקוח העסקי להימצא בעמדת־מיקוח חלשה יחסית לעמדתו של הבנק שממנו הוא מקבל שירותים.

בשל עמדת־מיקוח חלשה זו הוא עשוי להסכים לקבל באופן שגרתי אשראי בתנאים אשר תוארו לעיל: פעילות תוך חריגה מתמשכת מ"מסגרת האשראי", על כל הכרוך בכך.

אולי סיבה נוספת שבגינה עשוי לקוח עסקי להסכים לקבל שירות מעין זה היא ההרגל שלו להתמודד עם סיכונים עסקיים, וביניהם הסיכון שהבנק מטיל עליו במסגרת השירות (הפסקת השירות במפתיע תוך פגיעה בהסתמכותו), הנתפס כעוד סיכון עסקי בין כמה סיכונים שבהם הוא נושא.

ז. רגישותם המיוחדת של לקוחות עסקיים להפעלת חוק מושל"כ

אפיון מיוחד נוסף של הלקוח העסקי היא רגישותו המיוחדת להפעלתו של חוק מושל"כ. זאת משום שייתכן מצב שבו לקוח עסקי יפסיק למשוך שיקים מיד עם היוודע לו דבר החזרתם על־ידי הבנק, אך למרות פעולה מיידית ומהירה כזו הוא יהפוך ללקוח מוגבל. נסביר זאת.

לעתים קרובות לקוח עסקי קשור הן עם ספקים הן עם עובדים הן עם רשויות־המס. כמו־כן עסקים מאופיינים במידה גדולה מהרגיל של פעילות (בהשוואה ללקוחות שאינם עסקיים).

שני אלה מביאים לכך שבכל עת נתונה מספר השיקים שמסר הלקוח העסקי לצדדים שלישיים, והמוצגים, או עתידים להיות מוצגים, לבנק לפירעון – גדול מהרגיל. מספר השיקים עשוי להגיע לעשרות בכל רגע נתון תלוי בהיקף הפעילות של הלקוח העסקי.

מאפיין זה הופך את הלקוח העסקי לחשוף במיוחד לסיכון של הפיכתו ללקוח מוגבל. להבדיל מלקוחות רגילים של בנקים, ללקוח העסקי קשה מאוד למנוע את הגבלת החשבון מהרגע שבו החליט הבנק להפסיק ולכבד את השיקים שלו. לקוח עסקי צריך לפנות אל כל הספקים שלו ולקוות, שלא יהיו ביניהם עשרה[37] אשר יתעקשו על הצגת אותם שיקים

37. זאת במצב שבו הלקוח יקבל הודעה מהבנק כי בכוונתו של זה להפסיק ולכבד את השיקים שלו (לדוגמא: הודעה שלפיה הבנק החליט להפחית את מסגרת האשראי; או הודעה שלפיה הגם שעד היום כיבד הבנק שיקים גם מעבר למסגרת האשראי הפורמלית, מהיום ואילך הוא יפסיק לעשות זאת). ייתכן גם מצב שבו בנק לא ירצה להודיע מראש ללקוח על כוונתו זו וללקוח ייוודע על כוונתו של בנק להחזיר שיקים רק מתוך כך שהבנק יחזיר כמה שיקים

nevo.co.il

לפירעון (ומדובר גם ב"שיקים דחויים"), זאת, להבדיל מלקוח פרטי, אשר בדרך־כלל יש לו פחות מעשרה שיקים בחוץ ועל־כן די לו להפסיק ולתת שיקים כדי להימנע מהגבלה.

נראה לכאורה, שהמחוקק לא היה מודע כלל למצב מיוחד זה בעת חקיקת החוק. אפשר ללמוד זאת מעיון בדברי ההסבר לסעיף 2 בהצעת החוק[38] (הנוסח של ההצעה שונה במעט מנוסח החוק כפי שנתקבל לבסוף):

> חשבון ובעל חשבון יהיו מוגבלים במשך שנה אם נמשכו על החשבון שיקים שסורבו במכסה שנקבעה בחוק. המכסה הגבוהה יחסית [כאן התעלם המחוקק מהלקוח העסקי – אב"ט ומ"פ] – שישה שיקים בחדשיים או עשרה בשנה – נקבעה כדי להבטיח שאדם לא ייחשב למוגבל, על כל התוצאות הכרוכות בכך, מחמת טעות או כתוצאה מצירוף מקרים... (ההדגשות הוספו – אב"ט ומ"פ).

בנקודה זו ישנה הקלה של ממש מצד המחוקק, אשר קבע בסעיף 2(א) לחוק מושל"כ כי צריכים לעבור לפחות 15 יום בין השיק הראשון שסורב ובין השיק האחרון. עם זאת, ספק אם הקלה זו היא של ממש עבור לקוחות עסקיים שהיקף פעילותם ומספר השיקים הנמסרים לצדדים שלישיים הוא מעבר לגודל מינימלי מסוים. כמו־כן די שבמהלך השנה אשר קדמה למועד שבירת הכלים, ביחסים בין הלקוח ובין הבנק, הוחזר שיק אחד – מסיבה כלשהי לפי החוק – כדי לשלול גם אתנחתא זו של 15 יום.

ז. מכשול בדרך אל הדין הרצוי – הקשר בין מתן אשראי ובין אי־כיבוד שיקים

כפי שראינו וכפי שנראה, הבנקים יכולים להחזיר שיקים ובעקבות כך להביא להגבלת חשבונות בדרכים שאינן ראויות והמנוגדות לטעמי החוק ולעקרונות חוקתיים ומינהליים.

כן ראינו לעיל, כי בהוראות החוזים האחידים בנקים שומרים לעצמם את הזכות להפסיק את האשראי בכל עת. לפי חוזים אלה, אין לחייב את הבנקים לכבד שיקים החורגים מעבר למסגרת האשראי. כמו־כן מבחינת הגיונם של דברים אין זה ראוי לאלץ בנקים לתת אשראי שלא הסכימו לתת. אשראי כרוך בסיכון ואין עילה להטיל עליהם סיכון שלא הסכימו לקחת, ותפקידם של בתי־המשפט אינו לנהל בנקים ואינו לקבל החלטות אשראי עבור בנקים ולקוחות.

קיים כאן מכשול, באשר מצד אחד, צריך היה למנוע מבנקים להחזיר שיקים בדרכים הפוגעניות הנ"ל, בעוד שמצד אחר, אין זה רצוי לכפות על בנקים לתת אשראי.

בבת־אחת. במצב כזה הלקוח יצטרך למנוע הצגת שיקים במספר קטן מעשרה, והדבר יקשה עליו עוד יותר.

38. הצעת חוק השבונות שיקים (שיקים ללא כיסוי), תשס"ם-1980, ה"ח 250.

במידה מסוימת אפשר להתגבר על מכשול זה, באשר אין צורך לגרום לבנקים לכבד שיקים בניגוד לרצונם כדי למנוע חלק מהפגעים הנ"ל. כל שצריך הוא להימנע מתבאתם במניין של שיקים מסוימים אשר לא כובדו, לעניין חוק מושל"כ (דרך אשר סעיף 10 לחוק נוהג בה גם כיום, אך באופן שאינו מספק).[39]

ח. מתן סמכות שלטונית לגורמים פרטיים

כאמור, חוק מושל"כ נותן סמכות שלטונית לבנקים שהם גופים פרטיים. במשפט הישראלי אין מניעה חוקתית למהלך שכזה. למרות זאת, עדיין אפשר למצוא באופן כללי תימוכין לכך שאצילה או העברה של כות שלטוני לגורמים פרטיים נתפסת כחריג שככלל אינו רצוי.[40] במסגרת רשימה זו, העוסקת בסוגיה הפרטנית של חוק מושל"כ, צרה היריעה מלדון כראוי בשאלה המופשטת יותר והנכבדה לגבי הנסיבות והתנאים שבהם רצוי לתת או לאצול סמכות שלטונית כלשהי לגורם פרטי, אם בכלל. עם זאת, בדיון שלהלן, הממוקד באצילת הסמכות על־ידי חוק מושל"כ, ניסינו לגעת בכמה מאפיינים ועקרונות כלליים היכולים להאיר במשהו גם את הסוגיה המופשטת.[41]

1. שיבוש תחומי תחולתם של עקרון החוקיות ועקרון החירות

"עקרון החוקיות", שלפיו רשות רשאית לעשות רק את הפעולות שלהן הוסמכה מכוח חוק, הוא חלק מהמשפט המינהלי של מדינת ישראל[42] (פרופ' רובינשטיין וד"ר מדינה רואים בעקרון החוקיות ביטוי של עקרון שלטון החוק הפורמלי). בהשלמה לו, עקרון החירות, שגם הוא חלק מהמשפט המינהלי הישראלי, קובע כי הפרט רשאי לעשות כל פעולה אשר לא נאסרה עליו מכוח חוק.[43] עקרונות אלה יוצרים נקודות־מוצא הפוכות

39. לנימוק דומה ראו עמית (לעיל, הערה 3), 471. על כך שפתרון זה אינו מלא ראו להלן, תחת הכותרת "ח. מתן סמכות שלטונית לגורמים פרטיים"; ותחת כותרת־המשנה "1. שיבוש תחומי תחולתם של עקרון החוקיות ועקרון החירות".

40. לעניין זה ראו סעיפים קטנים 41(ב) ו-41(ג) לחוק־יסוד: הממשלה, ס"ח תשנ"ב 214, המתנים אצילת סמכויות על־ידי שר, בכך שאלה יואצלו לעובדי־ציבור בלבד. כן ראו יצחק זמיר, הסמכות המינהלית (כרך ב, נבו, תשנ"ו), 561-562; בג"ץ 2303/90 ואח' פיליפוביץ ואח' נ' רשם החברות, פ"ד מו (1) 410 (להלן: בג"ץ פיליפוביץ).

41. ראו עמית (לעיל, הערה 3), 452-453, המצביע על תופעה מסוימת נוספת בהקשר זה, השופט מתמקד בחובת הבנקים, לפי החוק, לשטש משיבים בבתי־משפט בבקשות לביטול הגבלות ולייצג שם את האינטרס הציבורי שחוק מושל"כ נועד לקדם. לדבריו, לעתים בנקים אינם ממלאים תפקיד זה בצורה נמרצת דיה ובכך מזניחים את האינטרס של כלל הציבור.

42. ראו אמנון רובינשטיין וברק מדינה, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (כרך א, מהדורה חמישית, שוקן, תשנ"ו), 243; וזמיר (לעיל, הערה 10), 49-50, 99.

43. לעניין עקרון החירות ראו בג"ץ 1/49 בז'רנו ואח' נ' שר המשטרה ואח', פ"ד ב 80, עמ' 82, ליד האותיות ה-ז; וכן זמיר (לעיל, הערה 10), 99.

בניתוח הדין – הראשון מתחיל ממצב שבו מושאו (הרשות) אינו רשאי לפעול כלל ועליו לקבל הסמכה מהמחוקק לכל פעולה, בעוד שהשני מתחיל ממצב שבו מושאו (הפרט) רשאי לעשות הכול ועל המחוקק להגבילו כדי למנוע זאת ממנו. עמדות־מוצא הפוכות אלה לגבי הרשות ולגבי הפרט, כפי שהן מעוגנות בעקרונות אלה, משקפות במידה רבה עמדה אידיאולוגית ליברלית השמה את הפרט ואת האוטונומיה שלו במרכז.[44]

מציאות החיים המודרנית, שבמסגרתה מרוכז לעתים כוח "ציבורי" רב בידי תאגידים "פרטיים", מביאה לכך שפעמים אלה גולשים אל מעבר לקו־הגבול שבין העקרונות. לעתים קובע בית־משפט כי תאגיד מסוים, במסגרת פעולה מסוימת שלו, כפוף במידה כלשהי לכללי המינהל הציבורי, משום שניתנה לו סמכות שלטונית או משום שהוא שולט במשאב חיוני.[45]

הכפפה זו לכללי המינהל הציבורי היא חלקית. ההכפפה אינה מכתיבה תחולת מלאה של עקרון החוקיות על אותו תאגיד וכן אינה מכתיבה נסיגה מלאה של עקרון החירות לגביו. תחולה זו אך גוררת עמה צמצום בהיקף חירותו של התאגיד לפי עקרונות מינהליים.[46] את הסעם לצמצום זה של החירות אפשר למצוא ברעיונות הליברליים המשתקפים בניגוד שבין עקרון החוקיות ובין עקרון החירות. זאת משום שכאשר מתערבבות סמכות שלטונית וחירות פרטית בגוף פרטי, נוצרת סכנה שבשם חירותו של הגוף תופעל סמכותו באופן רחב מדי אשר יפגע בחירותם של הכפופים לה.

במקרה דנן מתעוררת בעייתיות מיוחדת, באשר אין אפשרות או טעם שעקרון החירות ייסוג בכל הקשור להחזרת שיקים על־ידי בנקים; שהרי כפי שראינו לעיל,[47] אין הצדקה לחייב בנקים לתת אשראי שלא הסכימו לתתו ולא רצוי שבתי־משפט ינהלו בנקים.

מבחינה מעשית ראינו לעיל ונראה להלן,[48] כי במידה מסוימת אפשר להתגבר על הבעייתיות ולהפריך בין שאלת עצם החזרתו של שיק ובין השאלה, האם יש להביא במגיין

---

44. ראו, לדוגמא, חיבורו של מיל משנת 1849: John Stuart Mill, *On Liberty* (Oxford University Press, London, 1985).

45. בג"ץ 731/86, בשג"ץ 91/87 מיקרו דף נ' חברת החשמל לישראל בע"מ ואח', פ"ד מא (2) 449 (להלן: בג"ץ מיקרו דף), עמ' 462-463; ע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו (2) 464 (להלן: ע"א קסטנבאום), עמ' 484 (שם ישנה התייחסות ל"תפקיד ציבורי" כעילה להכפפה) ועמ' 517-518; דפנה ברק־ארז, "משפט ציבורי ומשפט פרטי – תחומי גבול והשפעות גומלין", משפט וממשל ה (תשנ"ט) 95, עמ' 104-105, 113.

46. בג"ץ מיקרו דף (לעיל, הערה 45), 463, מול האותיות ד-ה; וע"א קסטנבאום (לעיל, הערה 45), 519, מול האותיות א-ב.

47. ראו לעיל, תחת הכותרת "ג. מכשול בדרך אל הדין הרצוי – הקשר בין מתן אשראי ובין אי־כיבוד שיקים".

48. ראו לעיל, תחת הכותרת "ז. מכשול בדרך אל הדין הרצוי – הקשר בין מתן אשראי ובין אי־כיבוד שיקים"; ולהלן, תחת הכותרת "ז. דין רצוי".

nevo.co.il

את השיק שכבר הוחזר לעניין חוק מושכי שיקים ללא כיסוי? פתרון מעשי זה היה יכול להיות מוצלח אלמלא העובדה שהחוק מטיל עונש (שלילת זכויות) בלא משפט – כלומר: קודם מוטלת ההגבלה ורק לאחר־מכן הלקות רשאי לפנות לבית־משפט ולהוכיח שאין הצדקה להגבילו. יוצא שאפילו אם ננסה להפריד באופן מלאכותי בין הפן הפרטי של פעולת התזרתו של השיק ובין הפן הציבורי שלה, עדיין נמצא – באופן פרדוקסלי – כי שוללים זכויות של אנשים מכוח עקרון התירות החָל על הבנקים.

2. פיקוח על שיקול־דעת מינהלי – חיעדרותו לכאורה

במקרה דנן, ומתוך עיון בסעיף 10 לחוק מושל"כ, אפשר לכאורה להסיק כי העברת הכוח השלטוני ושיקול־הדעת נעשים בלא פיקוח של דיני המינהל הציבורי על דרך הפעלת שיקול־הדעת[49] (איסור שיקולים זרים, שרירות, אי־סבירות קיצונית). זאת משום שעילות ביטול הבאתו של שיק במניין לצורך חוק מושל"כ, לפי סעיף 10 לחוק, אינן כוללות עילות מינהליות בדבר שיקול־דעת פגום בהחזרת השיק. אפשר להבין דבר זה גם כמקרה שבו המדינה מפעילה כוח שלטוני, תוך שהיא מתחמקת מהביקורת שהיתה צריכה להיות מופעלת עליה ואשר מקורה בדיני המינהל הציבורי. הרי אילו הגבילה המדינה חשבונות באמצעות הרשות המבצעת (ולא באמצעות הבנקים), לא היה ספק שכללי הפיקוח על שיקול־דעת מינהלי היו חלים על החלטותיה. אלא שהמדינה מפעילה את כוחה באמצעות הבנקים, ובמהלך העברת הכוח מן המדינה אל הבנקים נשמטו לכאורה תלק מדיני המינהל הציבורי מבלי משים. כל זאת לכאורה, משום שכפי שנראה בהמשך, אפשר להתגבר על בעיה זו גם בדרך של פרשנות שיפוטית והחָלה, בתיאומים הנדרשים, של דיני המינהל הציבורי למקרה מיוחד זה.

3. פגיעה בוודאות (שלטון החוק) ומתן שיקול־דעת חזק

לפי פרופ' א' רובינשטיין וד"ר ב' מדינה, מתן שיקול־דעת חזק לרשות מינהלית היא סטייה בלתי־רצויה – אך לעתים הכרחית – מעקרון שלטון החוק. זאת משום שהדבר פוגם בוודאות החוק וביכולתם של הפרטים לצפות את ההחלטות בענייניהם ומשום שהוא פותח פתח לשרירות.[50] כך פועל חוק מושל"כ, אשר בהשתלבו עם חוזי הבנקים האחידים נתן להם שיקול־דעת חזק בקשר להפעלתו של כוח שלטוני.

תוצאת זו בלתי־רצויה ומשמשת עוד טעם לכך שבתי־המשפט יחילו את כללי המינהל הציבורי בעת שהם מפקחים על יישום החוק על־ידי הבנקים וייצרו כללים אשר יפחיתו את מידת הפגיעה בעקרון התוקיות, כפי שנפרט להלן, תוך כדי דיון בדין הרצוי.

---

49. לעניין זה ראו בג"ץ פיליפוביץ (לעיל, הערה 40), 424, מול האות ז; ועמ' 425, מול האות א.

50. רובינשטיין ומדינה (לעיל, הערה 42), 247-248. לטיעון תוקתי בהקשר זה ראו בהמשך הרשימה; וכן אורן גזל, "פגיעה בזכויות-יסוד 'כחוק' או 'לפי חוק'", משפט וממשל ד (תשנ"ח) 381, עמ' 419-421.

nevo.co.il

4. מחסור בחובות משמעת ואתיקה

עקרונית, על עובדי בנקים קיימים כמה מנגנוני־בקרה ציבוריים אשר אינם מוחלים בדרך־כלל על עובדי גופים פרטיים,[51] עם זאת, מנגנונים אלה והחובות שהם מטילים אינם משתווים להיקף האחריות המשמעתית והאתית המוטלת על עובדי־ציבור. מצב זה, שבו ניתנת סמכות שלטונית מבלי להטיל את מלוא משקלה של האחריות המשמעתית והאתית, אינו רצוי.[52]

5. שימוש בסמכות שלטונית ככלי־מיקוח במשא־ומתן עסקי תוך פגיעה בצדדים שלישיים

כאמור לעיל, הלקוח העסקי נזקק למגוון שירותים בנקאיים. לשירותים בנקאיים מחיר שנקבל הבנק נותן השירות, ומחיר זה נתון למשא־ומתן בין הבנק ובין הלקוח העסקי.

על־כן הלקוח העסקי והבנק מצויים במצב של ניגוד עניינים: מצד אחד, הלקוח, הרוצה להפחית את הוצאותיו, מעוניין ברכישת מִזער השירותים שהוא זקוק להם במחיר הנמוך ביותר. מצד אחר, הבנק, הרוצה להגדיל את רווחיו, מעוניין במכירת שירותים רבים ככל האפשר במחירים גבוהים ככל האפשר. כמו־כן, ובשל הזדקקותו הרבה של הלקוח העסקי לשירותים בנקאיים, עשוי זה להימצא במשא־ומתן שוטף עם הבנק.

במסגרת משא־ומתן שכזה, וכפי שנראה להלן, בנקים עלולים להשתמש בכוח השלטוני שניתן להם ככלי להפעלת לחץ על לקוח עסקי וכדי לשפר את העסקה עבורם. כלומר: במסגרתו של משא־ומתן שכזה – ובשל כך שלבנקים ניתן שיקול־דעת חזק בהחזרת שיקים – בנקים יכולים להשתמש באיום בהחזרת שיקים ובאיום בהגבלת חשבון, וכן בהגבלה עצמה, ככלי־לחץ העשוי לגרום ללקוח עסקי להסכים לתנאים אשר בלעדי הלחץ הוא לא היה מסכים להם.

משא־ומתן שכזה יכול להתקיים גם כאשר היחסים בין הצדדים תקינים גם כאשר היחסים בין הצדדים מצויים במשבר או עומדים בפני שינוי יסודי. לדוגמא: ייתכן מצב שבו שינוי במדיניות הסיכונים של בנק מביא אותו לכדי החלטה, שעליו לקצץ באורח ממשי במגוון השירותים ובתנאי השירותים שהוא מוכן לספק לסוגים מסוימים של לקוחות. כך עשוי בנק להגיע למצב שבו הוא רוצה לשנות בבת־אחת את שגרת היחסים ביניו ובין חלק מלקוחותיו ולחדש את המשא־ומתן על מכלול היחסים שבין הצדדים. במצב כזה ייתכן, שבנק ירצה להקטין את מסגרת האשראי, אך לשמור את הבטחונות שבהם הוא מחזיק באותו היקף – למורת־רוחו של הלקוח. ייתכן גם, כי בנק יהליט להפסיק לאלתר

---

51. למנגנוני־בקרה אלה ראו את הוראותיה של פקודת הבנקאות, 1941, ע"ר תוס' 1, (ע) 69, (א) 85; וכן את הוראותיו של חוק הבנקאות (שירות ללקוח), תשמ"א-1981, ס"ח 258.

52. לעניין שיקול זה, הסמכת אנשים פרטיים והבעייתיות של היעדר פיקוח עליהם, ראו בג"ץ 39/82 הנפלינג ואח' נ' צילקר, ראש עיריית אשדוד ואח', פ"ד לו (2) 537 (להלן: בג"ץ הנפלינג), עמ' 540-541. כן ראו שם התייחסות לכך שהמחוקק עצמו יכול לפעול בדרך שכזו, כפי שאכן עשה בחוק מושל"כ.

את קשריו עם לקוח עסקי מסוים ועל־כן יהיה עליו לפתוח במשא־ומתן בדבר הדרך להפסקת השירותים שהוא מעניק לאותו לקוח.

לדעת כותבי רשימה זו, כאשר היחסים בין הצדדים תקינים, ספק אם בנקים ישתמשו בהוראות חוק מושל"כ ככלי־מיקוח. אבל כאשר היחסים מצויים במשבר, או עומדים בפני שינוי יסודי, עלולים בנקים להשתמש בסמכות הרשות שניתנה להם בחוק מושל"כ, ככלי־מיקוח במסגרת משא־ומתן עם לקוחות, ובמיוחד עם לקוחות עסקיים.

להלן נתאר כמה דרכים, שבאמצעותן בנקים יכולים להשתמש בכוחם השלטוני ככלי־מיקוח במשא־ומתן:

(א) השימוש הראשון והעיקרי הוא איום על הלקוח בהחזרת שיקים בעת קיום משא־ומתן. האיום זוכה למשקל־יתר בשל הוראותיו של חוק מושל"כ. אלמלא החוק, החזרת שיקים היתה פוגעת אך ורק במוניטין של הלקוח ביחסיו עם ספקיו, עובדיו ומחזיקי מניותיו. כעת החזרת שיקים והגבלת חשבון עשויות גם להטיל על הלקוח את המגבלות הכרוכות בסטטוס של "לקוח מוגבל" גם לפגוע במוניטין של הלקוח ביחסיו עם בנקים אחרים העשויים לקבל מידע על הגבלת החשבון.[53]

(ב) שימוש שני הוא החזרת כמות מצומצמת של שיקים בלי התראה מוקדמת בין אם הבנק יוכיר ללקוח את חוק מושל"כ ואת הגבלת החשבון האפשרית בין אם לאו.[54] החזרה שכזו היא אמצעי־לחץ וכן אמצעי להפעלת לחץ חזק יותר בעתיד. זאת משום שהחזרה שכזו עשויה להסיר מהלקוח את הגנת 15 הימים בין השיק שסורב ראשון ובין השיק שסורב אחרון לצורך הגבלת החשבון[55] ולהפוך את הלקוח לרגיש יותר להפעלה של החוק (לאחר שיחלפו 15 יום ממועד ההחזרה הראשונה, ובמשך תקופה של יותר מ־11 חודשים, החזרת בבת־אחת של תשעה שיקים בלא התראה מוקדמת תהפוך את הלקוח למוגבל).

(ג) פתיחת חשבון־בנק נוסף ללקוח ערב הטלת ההגבלה על חשבונו הראשון יכולה לשמש אף היא כלי־מיקוח. פתיחה שכזו עשויה להשאיר את הלקוח במצב שבו יש לו שני חשבונות באותו בנק – חשבון אחד מוגבל וחשבון אחד שאינו מוגבל (שממנו הוא יכול למשוך שיקים) – ונוסף על כך הוא אינו יכול לפתוח חשבונות בבנקים אחרים,[56] והמוניטין שלו ביחסיו עם בנקים אחרים נפגע בגלל ידיעתם את דבר ההגבלה.[57] מצב כזה

53. דיון בפעולותיו אלה של חוק מושל"כ ראו לעיל, תחת הכותרת "ג. תוכנו של חוק שיקים ללא כיסוי".

54. החזרה של פחות מחמישה שיקים, משום שלאחר החזרת חמישה שיקים על הבנק לשלוח התראה, לפי סעיף 2(א1) לחוק מושל"כ; ותקנה 6 לתקנות שיקים ללא כיסוי, תשמ"א־1981, ק"ת 1576.

55. סעיף 2(א) לחוק מושל"כ.

56. סעיפים 4(א) ו־5(ג) לחוק מושל"כ אוסרים על פתיחת חשבון־בנק על־ידי מי שחשבון־בנק שלו הוגבל.

57. סעיף 13 לחוק מושל"כ קובע חובת דיווח על הגבלה לבנק ישראל, ודיווח של בנק ישראל לבנקים האחרים (לפי ההלטת המפקח על הבנקים).

nevo.co.il

עשוי לגרום ללקוח הזקוק לשימוש בשיקים במסגרת עסקיו להפוך ל"לקוח שבוי" של הבנק (במיוחד אם לא היה לו חשבון בבנק אחר ערב ההגבלה או אם כל הבטחונות שלו קשורים בבנק הנוכחי). זאת משום שהוא עשוי להימצא במצב שבו החשבון היחיד שממנו הוא יכול למשוך שיקים הוא החשבון החדש שנפתח בבנק ערב ההגבלה.[58]

(ד) ולבסוף, גם עצם הגבלת החשבון עשויה לשמש אמצעי־לחץ ולשפר את עמדת המיקוח של הבנק, באשר החזרת שיקים נוספים עשויה להפוך את הלקוח ללקוח "מוגבל חמור" ולפגוע בו עוד יותר.

ארבעה כלי־מיקוח אלה מצטברים עם כלי־מיקוח חזקים אחרים שממילא בנקים מחזיקים בהם מכוח תוויהם האחידים[59] ומכוח עוצמתם הכלכלית (בלי קשר לתוק מושל"כ).

מהדיון בתחילת רשימה זו במטרותיו של חוק מושל"כ עולה, שהמחוקק לא התכוון לכך שמכוח החוק תוטב עמדת המיקוח של הבנקים ובכך ישתפר מצבם הכלכלי על חשבון לקוחותיהם העסקיים. סביר להניח גם שתוצאה זו אינה רצויה גם לגופה, בשל כוחם הגדול ממילא של הבנקים – כוח הנתון לדיסון תקיקתי מתמיד.[60]

עקרונית, גם השופט עמית, במאמרו הנ"ל, עוסק בכך שהחוק מחזק את כוחם של הבנקים במשא־ומתן שלהם מול לקוחותיהם. תוך כדי דיונו בדרכים שבהן בנקים מנהלים דיונים משפטיים סביב החוק הוא כותב: "לכך יש להוסיף את עמדת הכוח, שבה נמצא הבנק מול הלקוח במשא־ומתן ביניהם על גובה מסגרת האשראי והיקף הבטחונות. אם הלקוח לא ייענה לדרישות הבנק, הוא צפוי לסירוב שיקים ולהגבלת חשבונו".[61]

עם זאת – לדעתו – ככל הנראה בהקשר שונה מעט ובאשר להטלת ההגבלה עצמה, האינטרס של הבנק אינו מנוגד לאינטרס של הלקוח. לדידו, "... לבנק יש אינטרס פרטי מסחרי מובהק, שעיקרו בכך, שהלקוח ימשיך לעבוד עמו ויכסה את יתרת חובו בחשבון או יעמיד בטחונות מספיקים לאשראי שקיבל..." ובהמשך: "...הלקוח נכון פעמים רבות להגיע להסדר עם הבנק על סילוק חובו או על העמדת בטחונות נוספים, ובלבד שההגבלה

58. שימוש זה – דמיוני ככל שהוא נראה – אינו פרי דמיונם של הכותבים. שימוש זה נלמד מטענה של לקוח, שלפיה כך פעל הבנק אשר בו הוא ניהל את חשבונו שהוגבל.

59. לדוגמא: מכוח שיקול־הדעת החזק שהוזכר לעיל בנק יכול לנקוט דרך סלקטיבית של החזרת שיקים באופן שיפגע בלקוח ביחסיו עם נושים מסוימים, כגון עובדים או רשויות־מס (זאת לפי שיקול־הדעת ה"בלעדי" בקשר להחזרת שיקים. ראו לעיל), או הפחתה פתאומית של מסגרת האשראי, בניגוד למצג קודם, תוך אי־שחרור בטחונות (ראו לעיל, הדיון באי־המחויבות למצגים).

60. בהקשר זה רצוי גם לשים לב לכך, שהמחוקק כבר בחר להתערב ביחסים שבין בנקים ובין לקוחותיהם ודווקא כדי להגן על הלקוחות מפני כוחם של הבנקים ועמדת המיקוח העדיפה שלהם. ראו, לדוגמא, את חובות הבנקים לפי חוק הבנקאות (שירות ללקוח), תשמ"א-1981 (במיוחד ראו שם את הוראת סעיף 7 בדבר האיסור על התניית שירות בשירות).

61. עמית (לעיל, הערה 3), 453.

תבוטל".[62] עקרונית, אנו מסכימים גם עם דברים אלה ואף סוברים כי הם משתלבים עם התיזה שלנו. לגבי הרישא נעיר רק, כי אינטרס הבנק שהלקוח ימשיך לעבוד עמו תלוי בשווי הכלכלי של פעילות הלקוח ובכמות הבטחונות שהוא מעמיד לטובת הבנק. השווי הכלכלי של פעילות הלקוח משתנה ממקרה למקרה, וכמות הבטחונות שהלקוח יעמיד לטובת הבנק מושפעת מיכולתו של הלקוח ומתוצאות המשא־ומתן בין הצדדים. הסיפא של הדברים מראה, כי ההגבלה עצמה גורמת נזקים של ממש ללקוח המוכן בהחלט להתפשר עם הבנק לאחר שהיא התרחשה. ידיעתם של לקוחות על האפשרות שחשבונם יוגבל מעבירה חשש זה גם למישור היחסים בין הבנק והלקוח לפני ההגבלה וכאמור, משפרת את עמדת המיקוח של הבנקים.

המצב שחוק מושל"כ יוצר אינו רצוי גם מפני שהוא מעודד מצב אחר שבו המשא־ומתן בין הלקוח ובין הבנק בדבר גובה האשראי שהלקוח זכאי לו מתנהל באמצעות שיקים ועל גבם של צדדים שלישיים בדרכים אלה:

(א) לקוח של בנק חורג באופן שגרתי ממסגרת האשראי הפורמלית.

(ב) אותו לקוח מושך שיק אשר – אם יכובד – יגדיל את שיעור האשראי שהבנק נותן לו. מכך נובע, כי משיכת השיק היא בקשה לאשראי נוסף.

(ג) לבנק נודע דבר הבקשה באמצעות צד ג, המגיש את השיק לפירעון.

(ד) כעת הבנק מחליט אם לקבל את הבקשה לאשראי נוסף או לדחותה.

(ה) החלטה זו של הבנק היא שתכריע אם אותו צד ג יוכל לפרוע את השיק.

זהו מצב מוזר, שאינו מתיישב עם מטרותיו של חוק מושל"כ, בפרט, ועם מדיניות חקיקתית רצויה, בכלל. חוק מושל"כ, המעניק כוח נוסף לבנקים בעת החזרת שיקים, מעודד אותם להשתמש באמצעי זה כחלק מיחסיהם עם לקוחות (בעיקר בעתות משבר)[63] ומעודד את המצב השלילי הזה. לפי זה, ייתכן שבנק המחזיר שיק כחלק מטקטיקה של ניהול משא־ומתן עם לקוח, ואולי תוך הפרת מצג של הסתמכות כלפי הלקוח, הוא אשר פוגע בצדדים שלישיים. כלומר: לא הלקוח הוא שגרם להחזרת השיק ולפגיעה בצד ג, אלא הבנק. נוכל לתאר זאת בצורה שונה: הבנק והלקוח מנהלים משא־ומתן, בפורום מורחב, הכולל צד ג אשר אינו מודע כלל למצב, ואותו צד ג עשוי להיפגע עקב כשלונו של המשא־ומתן. קיומו של מצב מוזר זה מוזמן מעצם תוכנם של החוזים האחידים של הבנקים. העובדה שלפי החוזים הנ"ל הבנק עשוי לכבד שיקים גם כאשר מסתמנת הריגה ממסגרת האשראי (יחד עם מדיניות של כיבוד שיקים כאלה בפועל), מזמינה את הלקוחות של הבנקים להסתמך על מצב זה ולמשוך שיקים ללא כיסוי, בניגוד למטרת החוק.

62. שם, 452.

63. ראו הדיון לעיל.

nevo.co.il

6. אצילת סמכויות שפיטה ועגישה לגוף פרטי המצוי בניגוד עניינים[64]

תוק מושל"כ, יחד עם שיקול־הדעת שהתווים האחידים מקנים לבנקים, יצרו מצב שבו הגבלת חשבונו של לקוח מותנית ברצונו בדייעבד של בנק.

לקוח המושך שיק תוך חריגה ממסגרת האשראי הפורמלית נוטל על עצמו סיכון שהבנק יחליט בדייעבד שלא לכבד את השיק. בסופו של דבר, החלטה זו עלולה להפעיל כנגד הלקוח את העונש הקבוע בחוק מושל"כ מבלי שהתנהל כנגדו הליך שיפוטי.[65] מדובר בסיכון בלבד משום שכאמור לעיל, הבנק יכול להחליט גם לכבד את השיקים וגם יכול לגרום ללקוח לפעול באופן שגרתי מעבר לאשראי הפורמלי ואף ליצור אצלו ציפייה לכך שהשיקים יכובדו.

מצב זה, שבו התשובה לשאלה אם הלקוח ייענש ניתנת בדייעבד על־ידי בנק ובלא הליך שיפוטי, שקול לכך שהקביעה אם מעשה שעשה פלוני הוא בר־עונשין תיעשה לאחר מעשה ולפי החלטתו של אלמוני. כלומר: הדבר דומה למצב שבו פלוני יסע בכביש תוך שצופה בו אלמוני ותוך שהוא יודע כי לאחר מעשה יקבע אותו אלמוני את ביוון התנועה המותר ויטיל את העונש. לפי קביעתו זו של אלמוני, ייקבע בדייעבד אם פלוני ביצע עבירה ואם יוטל עליו קנס.[66]

יתירה מזו: כפי שראינו לעיל, בנקים המנהלים קשרים עסקיים ומשא־ומתן עסקי עם לקוחותיהם עשויים להרוויח מבחינה כלכלית עקב החזרת שיקים ואף בגלל הגבלת חשבון ועל־כן הם מצויים במצב של חשש לניגוד עניינים, ולעתים – אף ניגוד עניינים בפועל.[67]

---

64. ביקורת על היקף הכוחות וסמכות "שפיטה" שהמחוקק מעניק לבנקים, מתוך חשש לרשלנות של הבנקים (ולא מתוך הנימוקים שבמקסט כאן), ראו: Ricardo Ben-Oliel, "New Banking Business Law in Israel: Critical Notes", 17 *Isr. L. Rev.* (1982) 334, pp. 344, 359.

65. למעשה החוק הופך את סדר הדברים הרצוי, מכיוון שבדרך־כלל בעת הפעלתו, קודם־כול מוטל העונש על הלקוח ורק אחר־כך יכול הלקוח הנפגע לפנות לבית־משפט ומנסה להוכיח שראוי לבטל את העונש. לעניין שלילת זכויות בלא משפט ראו דיון הקשור בשלילה של זכויות חשובות יותר מהזכויות האורחיות שהחוק דנן שולל אצל רובינשטיין ומדינה (לעיל, הערה 42), 261. פרופ' רובינשטיין וד"ר מדינה עוסקים בתחילת דבריהם בשלילת חירות או רכוש וכן מציינים כי ישנם סייגים רבים לעיקרון זה. לעניין סיווג סמכויות המינהל כסמכויות ביצוע, חקיקה או שפיטה, ראו ברוך ברכה, משפט מנהלי (כרך א, שוקן, תשמ"ז), 55 ואילך.

66. על סוגיה הקרובה של עיקרון שלטון החוק והחקיקה שלה תוקף רטרואקטיבי או רטרוספקטיבי ראו רובינשטיין ומדינה (לעיל, הערה 42), 248-255.

67. ראו בג"ץ הנפלינג (לעיל, הערה 52), 542, מול האות ב, שם נידון המצב ההיפותטי שבו בעל מכולת משמש מפקח מתנדב על חנויות מכולת אחרות ונקבע, כי מדובר במצב של ניגוד עניינים שבו מתעורר חשש שהמתנדב יושפע מאינטרסים שאינם בגדר התפקיד אשר למענו הוענקה לו ההסמכה.

nevo.co.il

2. תוקף החוק מול עקרון חופש החוזים, בהתעלם מחוק־היסוד

אם עיגונו של עקרון חופש החוזים מצוי בפסיקה,[75] הרי שאין בכוחו להביא לביטולו של התוק המקורי על־ידי בתי־המשפט[76] (ניתוח לפי ההנחה שהעיקרון מעוגן בחוק־היסוד, ייעשה להלן).

3. תוקף החוק בנוסח שתחילתו קדמה לחוק־היסוד

הקביעה כי בתוק מושל"כ יש משום פגיעה בזכויות המעוגנות בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו (זכות הקניין, ואולי גם חופש החוזים), אינה מביאה לביטול החוק המקורי אשר נחקק בשנת 1981 ולא לביטול תיקוניו אשר נכנסו לתוקף לפני תחילתו של חוק־היסוד. זאת משום שמבחינת ההגנה על זכות הקניין החוק המקורי מהווסן מכוח סעיף 10 לחוק־היסוד – הוא סעיף שמירת הדינים,[77] בהקשר זה בולט סעיף 4 לחוק מושל"כ שתחילתו לפני חוק־היסוד. סעיף זה הוא השולל את זכויות־היסוד וקובע כי לקוח מוגבל לא יפתח חשבון ולא ימשוך שיק על חשבון מוגבל, וכי לקוח מוגבל חמור לא ימשוך שיקים משום חשבון־בנק.

למרות חסינותו זו של החוק המקורי, עדיין אפשר לפרשו לפיהן של זכויות־היסוד,[78] פרשנות כזו יכולה לשמש בסיס ומצפן בעת פיתוח ההלכות המוצעות בהמשך רשימתנו.

4. תוקף תיקוני החוק שתחילתם לאחר חוק־היסוד

תחילתם של כמה תיקונים שנעשו בחוק מושל"כ, החל בתיקון 2 לחוק, מאוחרת מתחילתו של חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולכן לגביהם תיתכן לכאורה בחינה חוקתית[79] (להלן:

---

75. לעיגון זה ראו שלו (לעיל, הערה 72), 28.

76. לעניין הגבלתה של פסילת חוקים למקרים שבהם החוקים מתנגשים עם חוק־יסוד ראו רובינשטיין ומדינה (לעיל, הערה 42), 348.

77. חוק־היסוד פורסם בס"ח תשנ"ב 150, ותחילתו ביום פרסומו (למועד תחילתו של חוק־היסוד ראו הוראת סעיף 10(א) לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948). לאחר פרסומו של חוק־היסוד נחקקו כמה תיקונים לחוק מושל"כ, ואלה יידונו בהמשך הטקסט. לעניין יישומו של סעיף שמירת הדינים ראו רובינשטיין ומדינה (לעיל, הערה 71), 937, 970. כן ראו לעניין זה ע"א בנק המזרחי (לעיל, הערה 74), 260 – חוות־דעתו של חנשיא לשפבר, השופט שטגר.

78. לעניין זה ראו דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט (4) 589, עמ' 631, מול האות ה; עמ' 633, מול האותיות ה-ו; עמ' 643, מול האותיות א-ג (דברים ברוח שונה מפיו של השופט חשין); עמ' 653, מול האותיות ה-ו; עמ' 654-655 ועמ' 655, מול האות ז. כן ראו לעניין זה אהרן ברק, פרשנות במשפט (כרך שלישי: פרשנות חוקתית, נבו, תשנ"ד), 562-563.

79. כאמור, תחילתו של חוק־היסוד ביום 25.3.92, בעוד אשר תחילתו של תיקון מס' 2 לחוק מושל"כ (ס"ת תשנ"ב 74), על־פי סעיף 25 בו, היא ככלל מיום 1.7.92 (למעט סעיף 10 לתיקון, אשר מתקן את סעיף 11(א) לחוק ואשר תחילתו קודמת לתחילתו של חוק־היסוד,

nevo.co.il

התיקונים המאוחרים). ייתכן לטעון לגבי תיקון 2 לחוק, כי אמנם תחילת רובו לאחר תחילתו של חוק־היסוד, אך פרסומו קדם לחוק־היסוד. מכאן אפשר להסיק, כי תיקון מס' 2 היה "קיים" – כלשון סעיף שמירת הדינים – ערב תחילתו של חוק־היסוד ולכן הוא מוגן על־ידיו.

לפי עמדתו של פרופ' ברק, משמעות בחינתם החוקתית של תיקונים מאוחרים כאשר חוק מקודי מוגן מכוח סעיף שמירת הדינים היא, שעל תיקונים מאוחרים לעמוד בכל מקרה במבחנה של פסקת ההגבלה הקבועה בסעיף 8 לחוק־היסוד.[80] לפי הבנתו של פרופ' רובינשטיין, נובע מעמדה זו של פרופ' ברק כי אם ייכשלו אלה במבחן, יחזור על כנו החוק הקודם גם אם התיקונים מיטיבים.[81]

בבג"ץ צמח נפסק כי גם תיקון מזמיר גם תיקון מיטיב תשופים לבחינה חוקתית, אם כי יש לתת משקל לכך שתיקון מסוים הוא אכן מיטיב,[82] באותו פסק־דין נפסק כי הוראת החוק שנידונה בו, היא משך מעצרם של חיילים לפני הבאתם לפני שופט, בטלה לפני חוק־היסוד.[83] עם זאת, בית־המשפט לא הסיק מכך כי יש להחזיר לתוקף תוק קודם אשר היה בתוקף מכוח סעיף שמירת הדינים. לדעתנו, משתמע דווקא מפסק־הדין כי ביטול התיקון המאוחר לא יחזיר לתוקף את הוראות החוק הקודמות.[84] נראה לנו, שרווקא לגבי חוק מושל"כ, שהוא חוק כלכלי־קנייני, עשויה הפסיקה להגיע לתוצאה שונה אשר תחזיר לתוקפן את הוראות החוק הקודמות. זאת, מכיוון שפסק־דין זה בעניין צמח עסק בחירות האישית, תוך הדגשה שזכות זו עולה בחשיבותה ובמידת ההגנה שהיא זוכה לה על־פני זכויות־יסוד רבות אחרות.[85]

לפי פרופ' רובינשטיין – המסתמך על דברים שנישאו על־ידי היועץ המשפטי לממשלה לשעבר, מ' בן־יאיר – תיקונים מאוחרים חשופים לביקורת רק אם הם גורמים לפגיעה

ולמעט כמה הוראות נוספות אשר תחילתן מאוחרת אף יותר מכלל ההוראות, והיא מיום 1.7.93). תיקונים מאוחרים עוד יותר לחוק מושל"כ מצויים בס"ח תשנ"ד 297 ובס"ת תשנ"ו 69.

80. ברק (לעיל, הערה 78), 563.

81. לעניין חזרת חוק קודם לתוקף ראו רובינשטיין ומדינה (לעיל, הערה 71), 972. לעניין ביטול הוראות חקיקה ראשית הנוגדות את הוראותיו של חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, ראו שם, 402-408.

82. בג"ץ 6055/95 ואח' צמח נ' שר הביטחון ואח' (טרם פורסם) (תקדין־עליון 99(3), 1400) (להלן: בג"ץ צמח), פסקה 16 לפסק־דינו של השופט זמיר. אך ראו דעת מיעוט שונה, שם, פסקה 3 לפסק־דינו של השופט קדמי.

83. שם, פסקה 42 לפסק־דינו של השופט זמיר.

84. ראו שם, פסקאות 42-44 לפסק־דינו של השופט זמיר. לביקורת על הלכה זו – ביקורת שלפיה ההלכה תרתיע את המחוקק מפני הטבת חוקים המוגנים מכוח סעיף שמירת הדינים – ראו שם, פסקה 84 לפסק־דינו של השופט קדמי. לדעה, שלפיה עם ביטול החוק המיטיב חוזר החוק הקודם לתוקפו, ראו פסקה 74 לפסק־דינו של השופט קדמי.

85. שם, פסקה 17 לפסק־דינו של השופט זמיר.

nevo.co.il

נוספת בזכויות־יסוד מוגנות, פגיעה התמורה יותר מפגיעתו של החוק המקורי[86] (ככל הנראה, הפסיקה מעדיפה את עמדתו הנוגדת של פרופ' ברק).[87] גישתו של פרופ' רובינשטיין מובילה למעין "מצוד" אחר הוראות מחמירות.[88] מבלי להיכנס לפרטי־פרטיהם של התוק ושל תיקוניו, נדגים את המהלך: אפשר לטעון, שסעיף 2(א) בנוסחו המאוחר לפי תיקון מס' 2 פוגעני יותר כלפי לקוחות הבנקים מאשר בנוסחו הקודם, באשר הוא "סופר" את מספר השיקים המוחזרים במשך תקופה ארוכה יותר (שנה לפי התיקון, במקום שלושה חודשים בחוק המקורי) ולכן מגדיל את כוחם של הבנקים ומרבה את המקרים שבהם יוגבלו לקוחות. כך גם סעיף 3(א)(2) החדש מחמיר לעומת סעיף 3(א) רישא אשר קדם לו (הארכתה של תקופת האפשרות להגבלה חמורה משנתיים לאחר סיום תקופת ההגבלה הרגילה לשלוש שנים לאחריה).

5. הפגיעה בזכויות־יסוד ופסקת ההגבלה

תיקון מס' 2 לחוק מושל"כ נועד להחמיר את פעולתו של החוק.[89] תיקונים מאוחרים יותר לחוק נועדו להרחיב את תחולת הסנקציות שבחוק מושל"כ לצורך הפעלתם של חוקים אחרים,[90] את בחינת חוקתיותו של תיקון לחוק המחמיר פגיעה בזכויות־יסוד יש – לדעתנו – לעשות תוך התייחסות גם לפגיעה של התוק המקורי בזכויות־היסוד, הגם שהחוק המקורי מוגן על־ידי סעיף שמירת הדינים שבחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. הטעם לדבר הוא, שהפגיעה בזכויות־היסוד מצטברת ויש למנוע הגדלה הדרגתית של הפגיעה באמצעות חוקים עוקבים אשר כל אחד מהם יוכל לעמוד בבחינה חוקתית בפני עצמו, אך כולם יחדיו – לא.

כלומר: להלן נעמיד את החוק כולו לבחינה חוקתית מול סעיפים 3 ו-8 לחוק־היסוד, ואם הוא ייכשל – יגבע מכך שכל תיקון מאוחר שנועד להחמיר את פגיעתו ייחשב לבלתי־חוקתי.

בסעיף 3 לחוק־היסוד נקבע, כי "אין פוגעים בקניינו של אדם". סביב מושג ה"פגיעה" התעוררו שאלות מספר והובעו כמה דעות: האם מושג זה נועד למנוע הפחתה של שווי

---

86. רובינשטיין ומדינה (לעיל, הערה 71), 971.

87. ראו ע"א **בנק המזרחי** (לעיל, הערה 74), 261-263 (תוות־דעתו של הנשיא דאז, השופט שמגר); ועמ' 429 (הנשיא דהיום, השופט ברק, מצטרף לדעתו של השופט שמגר).

88. לביקורת שלפיה מצוד שכזה אינו ראוי, באשר הוא פוגע בוודאות החקיקה באופן תמור, ראו שם, 263 (בחוות־דעתו של הנשיא דאז, השופט שמגר, שאליה מצטרף, בעמ' 429, הנשיא דהיום, השופט ברק).

89. למגמת ההחמרה של תיקון 2 לחוק ראו באופן כללי דברי ההסבר להצעת החוק, ה"ח תשנ"א 238. נוסף על האמור בטקסט לעיל, בדבר ההחמרה שבסעיפים 2(א) ו-3(א)(2) כנוסחם לאחר תיקון מס' 2, תיקון זה החמיר ברכיבים נוספות, כגון בקשר להבאה במניין של שיק שבוטל (סעיף 1 לתוק), וראו דברי ההסבר בה"ח תשנ"א 239, בקשר לביטולה של עילת ערעור בגין אי־קבלת התראה על־ידי הלקוח המוגבל (סעיף 10(ב) לחוק) ועוד.

90. בס"ח תשנ"ד 297 נרתם חוק מושל"כ לצרכיו של חוק ההוצאה לפועל, תשכ"ז-1967. בס"ח

nevo.co.il

כלכלי? האם מוצאים מגדריו עניינים של מה בכך? האם מוצאים מגדריו עניינים של מדיניות כלכלית?[91] בלי קשר לתשובות לשאלות אלה, חוק מושל"כ "פוגע" בזכויות־יסוד, משום שהוא מבטל זכויות הוזיות שלהן ערך כלכלי של ממש ומשום שהוא שולל כוח לקשור חוזים חשובים.[92]

השלב הבא בבחינה החוקתית מוביל אותנו אל סעיף 8 לחוק־היסוד, הקובע את הנסיבות שבהן מותר לפגוע בזכויות המוגנות בחוק־היסוד – הוא סעיף "פסקת ההגבלה".

דרישה פורמלית שבפסקת ההגבלה היא, שהפגיעה בזכויות־היסוד תיעשה בחוק או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו. החוק עומד בדרישה זו, משום שהפגיעה בזכויות המוגנות בחוק־היסוד נעשית בסעיפים 1, 2, 3 ו־4 לחוק מושל"כ, הקובעים באילו נסיבות ייחשב שיק ל"שיק שסורב", באילו נסיבות תוטל הגבלה ואילו זכויות תישללנה בגלל הטלתה. כמו־כן אצילת הסמכות לבנקים נעשתה גם היא בחוק עצמו. בסעיף 1 לחוק מוגדר "שיק שטורב" כשיק שבנק סירב לפרוע, בין השאר מחמת שלא היה מחויב לעשות ואת. כלומר: החוק קובע כי כאשר לא מוטלת תובה על הבנק לכבד את השיק, פעולת הבנק היא שלב חיוני בדרך להטלתה של הגבלה.

הדרישה המהותית הראשונה שבפסקת ההגבלה היא שהתוק הפוגע יהלום את ערכיה של המדינה. נראה, כי החוק הנידון אינו מתיישב עם הערכים הדמוקרטיים של מדינת ישראל.[93] החוק משמש דוגמא חיה כיצד לא צריך לתוקק במדינה דמוקרטית. החוק פוגע בעקרון השוויון אשר נחשב לערך דמוקרטי,[94] משום שהוא מכפיף קבוצת אנשים אחת (הלקוחות) לקבוצת אנשים אחרת (הבנקים). החוק פוגע בעקרון שלטון החוק, שגם הוא נחשב לערך דמוקרטי,[95] משום שהוא מאפשר שלילת זכויות של לקוחות בלא משפט וכן פגיעה בוודאות באמצעות שיקול־דעתם החוק והבלתי ניתן לצפייה של הבנקים.[96] החוק גם פוגע בערכי הדמוקרטיה הבאים לידי ביטוי בהבחנה הפורמלית והערכית בין תחומי תחולתם של עקרון התוקיות ועקרון החירות. ולבסוף, החוק פוגע בערכים הדמוקרטיים

תשנ"ו 69 נרתם חוק מושל"כ לצורכיהם של פקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], תש"ם־1980; ושל חוק בתי דין רבניים (קיום פסקי־דין של גירושין) (הוראת שעה), תשנ"ה־1995.

91. לדיונים בשאלות אלה ראו ויסמן (לעיל, הערה 73), 271; וכן ע"א **בנק המזרחי** (לעיל, הערה 74), 332, 431, 459, 571, 585־586.

92. לעמדה שממנה אפשר להסיק כי חוק מושל"כ אינו פוגע בקניין במובן החוקתי של המושג, להבחנה בין זכות קניין חוקתית "רכושית" ובין "חלוקתית" ולעמדה הפרודרגרסיבית שלפיה יש לתת הגנה חוקתית לקניין רק במקרים שבהם הוא פוגע ביסודות קיומו של האדם – ראו אייל גרוס, "זכות הקניין כזכות חוקתית וחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו", **עיוני משפט** כא (תשנ"ח) 405, 409־411.

93. לעניין זה ראו את הוראת סעיף 1א לחוק־היסוד, הקובעת כי מטרתו של חוק־היסוד היא בין השאר עיגון ערכי המדינה כמדינה דמוקרטית.

94. רובינשטיין ומדינה (לעיל, הערה 71), 985.

95. שם, שם.

96. גזל (לעיל, הערה 50), 419־421.

גם בכך שהוא מקנה סמכות מבלי להטיל חובות משמעת ואתיקה מספיקות על נושאיה ובמצב של ניגוד עניינים. כנגד זה אפשר לטעון כי הלקוחות, אשר מושכים שיקים כאשר אין להם זכות חווית פורמלית שאלה ייפרעו, עושים מעשה חמור כל־כך המצדיק את ההתעלמות מהערכים הדמוקרטיים הנ"ל בעת ההתמודדות עם התנהגותם.

הדרישה המהותית השנייה שבפסקת ההגבלה היא, שהחוק נועד לתכלית ראויה.[97] התכלית שחוק מושל"כ נועד לקדם היא מניעת הנזק הכלכלי והחברתי־מוסרי הנגרם בגלל ריבוים של שיקים הנמשכים ללא כיסוי,[98] נראה לנו שתכלית זו היא ראויה.

הדרישה המהותית השלישית בפסקת ההגבלה היא, שהפגיעה בזכויות־היסוד לא תהיה במידה העולה על הנדרש.[99] נראה לנו, שחוק מושל"כ אינו עומד בדרישה זו משום שאפשר היה לקדם את מטרתו בעורת אמצעים אשר היו מפחיתים מאוד, ואף מבטלים, רבים מפגיעיו. כך היה אפשר לקדם את מטרת החוק גם אם ההגבלה היתה מוטלת על־ידי גוף מינהלי במסגרת הפיקוח על הבנקים ובכך היה אפשר לרפא חלק מהפגמים הנובעים מניגוד האינטרסים של הבנקים ומעצם אצילת הסמכות השלטונית לבנקים. גוף מינהלי כזה היה יכול לבדוק – לפני הטלת הגבלה – האם היתה הסתמכות בפועל מצד הלקוח על התנהגות קודמת של הבנק, האם החזרתם של שיקים היתה ניסיון של הבנק לנצל את כוחו השלטוני במהלך משא־ומתן עם הלקוח וכו'.[100] כמו־כן אפשר היה לקבוע, כי עד לדיון לפני הגוף המינהלי תהיה הגבלה לתקופה קצרה – אולי של חודש – שבמסגרתה יוגבלו החשבון והלקוח כדי לשמור על הכוח ההרתעתי שבחוק. כך גם אפשר היה לקבוע הוראה בחוק, שלפיה מכסת השיקים התוזרים שיימנו לפני הגבלת השבון תשתנה במקרים שבהם הלקוח מושך שיקים רבים במיוחד, ובכך להפחית את מידת חוסר־ההגיונות של פעולת החוק כלפי לקוחות אשר היקף פעילותם גדול.

מנגד אפשר לטעון, כי מכיוון שרוב לקוחותיהם של הבנקים אינם מצויים במשא־ומתן של ממש עם הבנקים ומכיוון שרוב הלקוחות מושכים כמות קטנה של שיקים, רוב הלקוחות אינם נפגעים באורח ניכר. מכך אפשר להסיק, כי הפגם הנובע מפגיעה באינטרסים של מיעוט הלקוחות אינו מצדיק את פסילת תיקוני החוק המאוחרים.[101]

---

97. לדרישה זו ראו רובינשטיין ומדינה (לעיל, הערה 71), 993-995; ויסמן (לעיל, הערה 73), 274-276.

98. לעניין מטרות אלה ראו לעיל, תחת הכותרת "ב. מטרותיו של חוק מושכי שיקים ללא כיסוי".

99. לדרישה זו ראו רובינשטיין ומדינה (לעיל, הערה 71), 995-997; ויסמן (לעיל, הערה 73), 276-280.

100. לדעת השופט עמית, הדין המצוי קובע כי לקוח אינו יכול לקבל סעד מבית־משפט לפני הטלת ההגבלה ולכן אינו יכול להקדים תרופה למכה, גם לא על־ידי הגשת תביעה לסעד הצהרתי. ראו עמית (לעיל, הערה 3), 459. לדעתנו, ולפי האמור ברשימה זו, דווקא רצוי לאפשר תביעה מקדימה שכזו.

101. לעמדה, שלפיה מספר הנפגעים עקב הוראת חוק אינו ניכר בעת בחינה חוקתית בהקשר של מעצרים והגבה על החירות האישית, ראו בג"ץ צמח (לעיל, הערה 82), סוף פסקה 33 לפסק־

נוסף על אלה, השאלה בדבר מידת הפגיעה והאם היא דרושה תלויה במידת השימוש בשיקים במדינה, בכלל, בכמות השיקים החוזרים ובהיקף הגזקים הנגרמים עקב החזרתם. עובדות אלה עשויות להשתנות מתקופה לתקופה, בייחוד בשל ריבוי אמצעי־התשלום האחרים (כגון כרטיסי־אשראי, העברות בנקאיות, ואולי, בעתיד, כסף אלקטרוני), השתנות העובדות עשויה להשפיע על מידת הפגיעה המוצדקת והאמצעים הראויים לשם השגת מטרתו של חוק מושל"כ.[102]

י. דין רצוי

ביטולו של חוק מושל"כ על־ידי המחוקק, או פסילת תיקוניו המאוחרים על־ידי בתי־המשפט, אינם הדרכים היחידות שבאמצעותן אפשר להפחית את פגעי החוק. להלן נדון בדרכי־ביניים פסיקתיות וחקיקתיות היכולות גם הן לסייע.

דרך אחת להפחתת הפגעים היא להחיל את דיני המינהל הציבורי לצורך חוק מושל"כ בהתאמות הדרושות. דרך זו יכולה להיתשב גם לדין מצוי, באשר, בפי שראינו לעיל, הכלל הוא שכל הפעלה של כוח שלטוני גוררת עִמה תחולה של דיני המינהל הציבורי. זאת אפשר לעשות בעזרת שילובם של שניים:

(א) ההלכה שלפיה כאשר רשות מינהלית אוצלת סמכות (גם לתאגיד פרטי), מוטלים על הנאצל דיני המינהל הציבורי כלפי כל צד שלישי שהוא מושא לסמכות שהואצלה,[103] כלומר: כאשר נותנים לגוף כוח שלטוני, מן הדין גם להחיל עליו את כללי המינהל הציבורי בכל הקשור להפעלת אותו כוח. נראה, שבפסיקה אשר ניתנה לפי חוק מושל"כ לא נעשה יישום של ההלכה הנ"ל,[104] לדעתנו, הדבר נובע מתוסר־מודעות ויכול לבוא על תיקונו.

(ב) כאמור לעיל, אמנם, החזרת שיק היא פעולה פרטית (סירוב לתת אשראי), אך הבאת השיק במניין לצורך חוק מושל"כ היא פעולה ציבורית. על־כן יש לקבוע, כי גם במקרים שבהם לפי המשפט הפרטי הבנק זכאי ויכול להחזיר שיק, עדיין לצורך הבאת השיק במניין יש לבדוק את פעולת החזרת השיק גם לפי כללי המשפט המינהלי.[105]

דינו של השופט זמיר. לעמדה לכאורה שונה במשהו, שלפיה יש לבחון את עלות ההגנה על החירות בהשוואה למספר הנפגעים, ראו שם, פסקה 39.

102. לסקירה חלקית של המצב העובדתי, נכון לשנת 1997, ראו עמית (לעיל, הערה 3), 449, הערה 1. להיעזר מעקב אחר מספר הערעורים המוגשים לבתי־המשפט ועל תוצאותיהם ראו שם, 459.

103. ראו זמיר (לעיל, הערה 10), 452; ובנ"ץ פיליפוביץ (לעיל, הערה 40), 422, מול האותיות ג-ד.

104. דיון בשאלת מגוון העילות העומדות בקשר להפעלת חוק מושל"כ, תוך אי־התייחסות לאפשרות תחולתם של כללי המינהל הציבורי, ראו עמית (לעיל, הערה 3), 471-475.

105. לענייו ההבחנה בין זכות הבנק להחזיר את השיק ובין הבאתו במניין ראו לעיל, תחת הכותרת "ז. מכשול בדרך אל הדין הרצוי – הקשר בין מתן אשראי ובין אי־כיבוד שיקים".

כלומר: ראוי שלא להסתפק בעילות שבסעיף 10 לחוק – המתמקדות בצד המשפט הפרטי (טעות, עיקול, חיוב) – אלא להוסיף, בין באמצעות תיקון חקיקה בין על דרך של פרשנות פסיקתית, את עילותיו של המשפט המינהלי.

נביא כמה דוגמאות:

(א) שיק אשר הוחזר בעת שכובדו שיקים אחרים, החזרתו פגומה בשרירות ועל־כן מן הדין שלא יובא במניין;

(ב) שיק שהוחזר מתוך שיקול הזר למטרותיו של חוק מושל"כ – לדוגמא: כאמצעי לחץ במשא־ומתן – מן הדין שלא יובא במניין;

(ג) שיק בסכום פעוט אשר הוחזר (שיק על סך עשרות יחידות של שקלים שיוחזר בשל תריגה ממסגרת אשראי של 200,000 שקלים), מן הדין שלא יובא במניין בשל אי־הסבירות הקיצונית של המהלך (מנקודת־המבט של חוק מושל"כ, להבדיל מנקודת־המבט העסקית של הבנקאי).[106]

דרך נוספת, שבעזרתה אפשר להפחית חלק מהפגעים אשר תוארו במהלך רשימה זו, היא יצירה חקיקתית או שיפוטית של עילות נוספות לביטול הבאתו של שיק במניין. הכוונה היא לעילות המיוחדות לחוק מושל"כ, להבדיל מעילות הגזורות מן המשפט המינהלי אשר נידונו לעיל.[107]

עילה אחת כזו מטרתה תהיה מתן הגנה ללקוח מפני מצגי־שוא של בנק בדבר נכונותו לכבד שיקים ומתן גיבוי משפטי להסתמכות שנוצרה בפועל בקשרים בין לקוח לבנק.[108] עילה שנייה, אשר הופעלה כבר כפיתוח פסיקתי על־ידי בית־משפט השלום בחיפה,[109] יכולה להגן על לקוח מפני התוצאות של הפחתה חד־צדדית ופתאומית של מסגרת האשראי על־ידי הבנק; אם כי יש לקבוע כי עילה זו תפעל במישור הציבורי של חוק השיקים ולא במישור המשפט הפרטי, להבדיל מהאמור בפסק־הדין.

משמעות יישומן של שתי העילות תהיה בקביעה, כי שיקים אשר נמסרו לצדדים שלישיים לפני שנודע ללקוח על ההטעיה במצג או על הפסקת ההסתמכות, או לפני שהבנק הודיע על הפחתה של מסגרת האשראי – לא יובאו במניין.

כמו־כן לגבי העילה של הפחתת מסגרת אשראי פתאומית (אך לא לגבי העילה השנייה) אפשר להסמיך את המפקח על הבנקים,[110] או ערכאה מינהלית אחרת, לשלול את הבאתם

106. לדעה, שלפיה התעלמות מסכום השיק שהוחזר אינה רצויה, בלי קשר לעילה המינהלית הנידונה בטקסט כאן, ראו בן־אוליאל (לעיל, הערה 64), 344.

107. היום מופיע מספר מצומצם של עילות בסעיף 10 לחוק מושל"כ.

108. לתחילת צמיחתה של עילה זו ראו עמית (לעיל, הערה 3), 469-471.

109. ראו בהמשך, תחת הכותרת "א. השתקפות הטצב בפסיקה", הדיון בפסק־הדין של השופטת פריאל, ת"ת (חי') 7433/97 י. רגב בניה (1995) בע"מ נ' בנק מרכנתיל דיסקונט בע"מ (טרם פורסם) (להלן: ת"ה רגב); אם כי באותו פסק־דין לא נעשתה הבחנה בין המשפט הפרטי, הכולל את זכויות הבנק והלקוח וחובותיהם במסגרת קשרי האשראי שביניהם ובין המשפט הציבורי המופעל על־ידי חוק מושל"כ.

110. ברוח הסמכת המפקח בסעיף 16 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), תשמ"א-1981.

nevo.co.il

של שיקים כאלה במניין על סמך טיעונים בכתב של הלקוח ושל הבנק, ואישור של הצדדים השלישיים ששיקים שלהם לא כובדו, בדבר המועד שבו נמסרו להם השיקים.[111]

עילות אלה ניתנות לעיגון, על דרך הפרשנות, בהוראותיו של סעיף 10 לחוק מושל"כ. זאת על־ידי קביעה שלפיה הסתמכות בפועל, מצגים ומסגרת אשראי הם "יסוד סביר" להנחה שלפיה הבנק חייב לכבד את השיקים.[112]

דרך השובה נוספת להפחתת הפגעים שבהם רנה רשימה זו תהיה תיקון מספר השיקים שהחזרתם מביאה להגבלת חשבון, לפי חוק מושל"כ,[113] כך שמספר השיקים יוגדל לפי היקף הפעילות של הלקוח. לדוגמא: אפשר לקבוע כי לקוח המושך בממוצע יותר מ־50 שיקים בחודש, המכסה עבורו תעמוד על 30 שיקים ולא על עשרה.[114] מצד אחד, תיקון זה יפחית במשהו את הרגישות המיוחדת של לקוחות עסקיים לפעולות החוק וכן את מספר המצבים שבהם החוק מאפשר קביעת "אשמה" בדיעבד ועל־ידי בנקים. מצד אחר, תיקון זה, בהיותו ברירני (סלקטיבי), לא יפגע במימד המרתיע של החוק כלפי לקוחות לא־עסקיים אשר היקף פעילותם נמוך.

ולבסוף, וכפי שהוזכר במהלך הבחינה החוקתית, אפשר להטיל את ההגבלה באמצעות גוף מינהלי, ולא באמצעות הבנקים. שינוי כזה יאפשר דיון אובייקטיבי בשאלה, האם ראוי להטיל הגבלה עוד לפני שזו הוטלה.

יא. השתקפות המצב בפסיקה

מעיון בפסיקה קשה מאוד להגיע לתובנות המוכרות לעיל, משום שהפסיקה מתבססת על העילות המצומצמות של סעיף 10 לחוק מושל"כ ובותנת את העובדות תוך התרכזות בהן בלבד.

עילות אלה לאי־הבאתו של שיק במניין, הקבועות בסעיף 10 לחוק מושל"כ, הן טעות של הבנק שבגינה הוחזר שיק, החזרת שיק בשל עיקול וקיומו של יסוד סביר להנחת הלקוח שלפיה הבנק היה חייב לכבד את השיק.

עילות אלה אינן מכוונות כלפי שימוש של בנק בכוח הציבורי המוקנה לו בחוק מושל"כ ככלי־מיקוח. בשל כך, ובמסגרת המסכות העובדתיות המועלות והנבחנות בבתי־המשפט והמוגבלות לעובדות הרלבנטיות לעילות הנ"ל בלבד, הפנים המוצגים על־ידי רשימה זו אינם זוכים להתייחסות של ממש ולגיטימית.

---

111. ושוב, כמובן, בנק לא יהיה מחויב לפרוע שיקים – מדובר רק בשאלת הבאתם במניין לצורך חוק מושל"כ.

112. לנוסח סעיף 10 לחוק מושל"כ ולמושג "יסוד סביר" ראו לעיל, תחת הכותרת "ג. תוכנו של חוק שיקים ללא כיסוי".

113. לפי סעיף 2(ב) לחוק מושל"כ, המקנה סמכות בעניין שינוי מכסת השיקים והתקופות הקבועים בסעיף 2(א) לחוק.

114. מובן שאין בכוונתנו להצביע על המספרים הראויים, אלא רק להדגים את כיוון החשיבה.

nevo.co.il

יתר על כן: בתי־המשפט מתייחסים לסוגיית התזרת השיקים דרך משקפיו של המשפט הפרטי – יחסי האשראי בין הבנק ובין הלקוח. בתי־המשפט אינם מיישמים את העילות המינהליות אשר הן הרלבנטיות למצבים שבהם מופעל כוח שלטוני. בחינה משפטית זו מעמידה את עקרונות המשפט הפרטי כרקע להתדיינות, במקום את עקרונות המשפט הציבורי, ובכך יוצרת הבנה לא־נכונה של היחסים בין הלקוחות ובין המדינה (המגבילה באמצעות הבנקים את חשבונותיהם) – כפי שהוסבר לעיל.

עם זאת, אפשר למצוא התייחסויות בפסיקה להתנהגויות של בנקים, אשר משמעותן עשויה להתבהר לפי ההסברים המובאים ברשימה זו.

כך, בכמה פסקי־דין מוזכרות שתי דרכי התנהגות של בנקים: כיבוד שיקים מעבר למסגרת האשראי המוסכמת והחזרה שרירותית של שיקים. בעת שבדקנו את הפסיקה לצורך כתיבת רשימה זו, מצאנו כי בתי־המשפט מגיחים כמובן מאליו שהתנהגות שכזו היא התנהגות לפנים משורת הדין מצד בנקים. מצאנו כי הם אינם שואלים את עצמם, האם הפגיעה באינטרס ההסתמכות יכולה לשמש עילה לאי־תבאת שיק במניין? האם השרירותיות היא שימוש שלא כדין בכוח שלטוני מצד הבנק? והאם השרירותיות מעידה על שיקולים זרים של הבנק?[115] בדיקת הפסיקה על־ידי השופט עמית, במאמרו הנ"ל, העלתה שבפסקי־דין מסוימים אכן קיימת עירנות לכך שהתנהגות כזו מצד בנקים יוצרת הסתמכות בפועל וחוסר־הבנות ומבטאת שרירות. עירנות זו הובילה להימנעות מהבאתם של שיקים במניין לצורך חוק מושל"כ.[116]

כמו־כן ישנה התייחסות בפסיקה לקשר בין החזרת שיקים ובין משא־ומתן לקבלת אשראי ולשיעור הבטחונות שהלקוח מעמיד לטובת הבנק. אך בתי־המשפט (לפי נוסח החוק והתלכה) מתעניינים רק בתוצאת המשא־ומתן ולא בשאלה, האם נעשה במסגרת המו"מ שימוש שלא כדין בכוח שלטוני?[117]

התייחסות הקרובה יותר לאמור ברשימה זו מצאנו בפסק־דין שניתן לאחרונה על־ידי בית־משפט השלום בחיפה.[118] נידון שם מקרה שבו בנק הפחית במפתיע את מסגרת האשראי של הלקוח ועקב כך הוחזרו שיקים. בית־המשפט פסק, כי כאשר בנק מבצע

---

115. המ' (י־ם) 4408/97 **בזאר גבעת שאול בע"מ נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ ואח'** (טרם פורסם) (תקדין־שלום 97(2), 757) (להלן: המ' בזאר); המ' (י־ם) 3268/96 **א. כ. הסעות נ' בנק הפועלים** (טרם פורסם) (תקדין־שלום 96(3), 1360); ה"פ (י־ם) 7036/95 **ת.ר.ס.י.ת. עבודות בניין ופיתוח בע"מ נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ** (טרם פורסם) (תקדין־שלום 96(3), 979).

116. עמית (לעיל, הערה 3), 469-471.

117. ע"א (חי') 651/95 **מושקוביץ מוצרי חלב בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ סניף צור שלום** (טרם פורסם) (תקדין־מחוזי 96(2), 737); המ' בזאר (לעיל, הערה 115); ע"א (אשקלון) 132/95 **דנאור צנרת בע"מ נ' בנק לאומי בע"מ** (טרם פורסם) (תקדין־שלום 96(2), 1466).

118. השופטת פריאל, ת"ה רגב (לעיל, הערה 109). התייחסות לשני פסקי־דין שבהם נכתבו דברים דומים ראו עמית (לעיל, הערה 3), 469.

הפחתת אשראי עליו להודיע מראש ללקוחותיו, ובמיוחד ללקוחותיו העסקיים, כדי לאפשר להם להיערך לשינוי במצב. בית־המשפט המשיך ובדק באילו מועדים נמסרו השיקים לצדדים שלישיים ומצא, שמועדים אלה קדמו למועד הפחתתה של מסגרת האשראי. משום־כך ביטל את הבאתם במניין של אותם שיקים לצורך חוק מושל"כ.

יב. סוף דבר

כאמור לעיל, ולפי המבוא להצעת חוק מושל"כ, מטרתו של החוק היא להרתיע בעלי־חשבונות מלמשוך שיקים ללא כיסוי. ברשימה זו הראינו כי החוק, בדרכו אל מטרתו, יצר כמה תוצרי־לוואי לא־רצויים, אשר קיומם אינו מתיישב עם עקרונות בסיסיים של השיטה המשפטית הנוהגת במקומותינו, בכל הנוגע מאצילת סמכויות שלטוניות לגופים פרטיים ומהפגיעה בזכויות־יסוד.

כן הראינו, כי מציאות לא־רצויה זו באה לידי ביטוי של ממש במיוחד כאשר מדובר בלקוחות עסקיים של בנקים, בעיקר משום שהקשר של לקוחות אלה עם הבנקים אינטנסיבי במיוחד ובגלל ניגודי העניינים בין לקוחות אלה ובין הבנקים.

מכאן עולה הצורך בשינוי המצב, בין באמצעות הליך משפטי־חוקתי כנגד תיקוני החוק החשופים להליך שכזה, בין בדרך של עירנות פסיקתית לפגמי החוק ופיתוח הלכות אשר ימתנום ובין בדרך של תיקון החוק.

nevo.co.il