

חקירת יכולת בהוצאה לפועל: מי חוקר, איך ולצורך מה?

מבוא

בחמש השנים האחרונות עברו יותר מ-144 אלף אזרחים חקירת יכולת בהוצאה לפועל.² 95% מהם התייצבו להליך לא מוכר זה בגפם, ללא עורך-דין.³ עבור רבים מהאזרחים הלא מיוצגים, חקירת יכולת היא המפגש הראשון בחייהם עם מערכת המשפט הישראלית משום שהם נהפכו לחייבים בלי שעברו קודם לכן הליך שיפוטי מלא (למעט בתיקי הוצאה לפועל שנפתחו ישירות לגביית צ'קים ובתובענות לסכום קצוב או למימוש משכנתאות). בחקירת היכולת הם התייצבו בדרך כלל אל מול עורכי-הדין של הזוכים ולא זכו לראות את הנושים עצמם, שכן 94% מהזוכים מיוצגים בהוצאה לפועל.⁴ חלק מהחייבים ניסו לטעון נגד עצם החוב או נגד סכומו או שיטת חישובו, אלא שחקירת היכולת אינה המקום לברר טענות מסוג זה ולמעשה בשלב זה כבר איחרו את המועד לטעון כאמור.

חקירת היכולת נמצאת בלב ההליך של גביית חובות בהוצאה לפועל. באמצעותה אפשר לברר מה הם נכסי החייב והכנסותיו, ועל בסיסה נקבע התשלום החודשי שעליו לשלם לפירעון החוב. חקירת היכולת היא הדרך המרכזית שבה חייב יכול להרים את הנטל ולהראות כי אינו בעל יכולת המשתמט מתשלום חובו, וכך להתגונן מפני המגבלות המוטלות על משתמטים כגון הגבלה בקבלת דרכון, הגבלה בהחזקת רישיון נהיגה ומאסר. אולם, חקירת היכולת גם יכולה להוביל – מיידית או בשל קביעת תשלומים חודשיים שבהם לא יצליח החייב לעמוד – להגבלות על החייב שמשמעותן שלילת זכויות בסיסיות של חירות, תנועה וקניין. החקירה מנוהלת על ידי רשם הוצאה לפועל שהוא חלק מהרשות המבצעת.⁵ ממצאיה, כמו גם תוצאותיה ביחס להגבלה של זכויות החייב, אינם ניתנים לערעור בזכות או לכיקורת שיפוטית.

* הערת המערכת: מאמר זה התקבל לפרסום בחודש ינואר 2012, והנתונים המופיעים בו מעודכנים לאותו מועד.

1 אני מבקש להודות לדן סעדון, לוורדית דמרי וליעל קסטן-רבסקי על הערותיהם לטיוטת המאמר, שהתבססו על היכרות קרובה של חקירות היכולת; לעמית אדלמן על העזרה במחקר שתרמה מאוד למאמר, ולחברי מערכת "משפט חברה ותרבות".

2 לפי נתונים שהופקו לבקשתי על ידי דוברת רשות האכיפה והגבייה.

3 יש אמנם גופים המסייעים בהתנדבות לאזרחים המגיעים להוצאה לפועל, אך מדובר בשירותי ייעוץ בלבד, ללא ייצוג, ולא די בשירות מסוג זה כדי להחליף בצורה מספקת ייצוג של עורך-דין בחקירת היכולת עצמה.

4 רשות האכיפה והגבייה דו"ח שנתי על הפעילות בשנת 2010 27 (2011).

5 ס' 3 לחוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967 (להלן: "החוק"). כפי שנראה בהמשך, אפשר להעביר חלק מחקירת היכולת לביצוע לפני חוקר הוצאה לפועל שהוא עורך-דין או רואה-חשבון מהמגזר הפרטי.

בשנים האחרונות עברה חקירת היכולת שינויים דרמטיים. בעבר הייתה החקירה מבוססת על מידע שהציג הזוכה ועל חקירתו האישית של החייב;⁶ עתה עומדת לרשותו של מבצע החקירה גישה למאגרי מידע חשובים, לרבות מאגרים פיננסיים (בנקים, חברות אשראי, חברות ביטוח ועוד), מאגרי הביטוח הלאומי, רשמי נכסים (רכב, מקרקעין), מרשם האוכלוסין ועוד.⁷ האחריות על מערך ההוצאה לפועל, לרבות על שלב הביצוע של חקירת היכולת, הועברה מהרשות השופטת למבצעת – לרשות האכיפה והגבייה. התפקיד של רשם ההוצאה לפועל, המופקד על חקירת היכולת, הופרד מתפקידו של רשם בית המשפט. כעת רשם ההוצאה לפועל מוגדר כעובד מדינה, המתמנה בהליך שונה מזה של רשם בית משפט ומשתייך מוסדית לרשות האכיפה והגבייה. כן הופעלה הלכה למעשה האפשרות של מיקור-חוץ של חקירות יכולת, ואלו החלו להתבצע גם על ידי עורכי-דין ורואי-חשבון מהסקטור הפרטי שמונו לצורך זה.

שינויים דרמטיים אלו לא לוו בניחות מעמיק של ביצוע החקירה ושל מטרותיה. האם ראוי כי תבצע בהליך אדברסרי או אינקוויזיטורי? אילו עובדות אמורות להתברר בחקירת היכולת – באשר לנכסי החייב ולהכנסותיו, באשר להוצאותיו ולצרכיו, באשר ליכולת ההשתכרות העתידית שלו, לנכסים שהעביר, להתנהגותו עובר ליצירת החובות? האם החלטה בחקירת היכולת היא בעלת מאפיינים מנהליים או שיפוטיים? האם ראוי כי תתקבל על בסיס כללים מפורטים (כיום אין כאלה בחוק, בתקנות או בהנחיות) או על בסיס האינטואיציות השיפוטיות או המנהליות של מבצע החקירה? האם המשאבים המוקדשים לחקירת היכולת מבחינת מספר הרשמים וזמנם מאפשרים חקירה אפקטיבית? האם נכון לאפשר ערעור או עתירה על החלטה בחקירת יכולת?

חקירת היכולת היא הליך מרכזי בהליכי ההוצאה לפועל, שהם ההליכים המשפטיים בעלי ההיקף הכמותי הגדול ביותר (לשם השוואה, ב־2011 נפתחו 421,947 תיקים בבית משפט השלום לעומת 453,333 תיקים בהוצאה לפועל),⁸ ובאמצעותם נחשף המספר הגדול ביותר של אזרחים למערכת המשפט. למרות זאת, חקירת היכולת זכתה להתייחסויות ספורות בלבד בספרות. המאמר החשוב ביותר על חקירת היכולת פורסם בשנת 2007, לפני תיקון 29 לחוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967 (להלן: "החוק") ששינה מאפיינים מרכזיים בה. מאמר זה נכתב במשותף על ידי השופט דוד בר-אופיר, שופט מחוזי שהתמחה בערעורים בתחום, ועל ידי מאיר גלבווע, שהתמחה בחקירות כקצין משטרה בכיר.⁹ התוצאה היא מאמר שמתמקד בטכניקות חקירה המדמות את החייב לחשוד בחקירה משטרתית ומניחות שהחקירה מתמקדת באמצעים של חקירה פרונטלית. כפי שנראה בהמשך, ההנגשה של מאגרי המידע והגידול העצום במספר החקירות הפכו את שיטת החקירה הזו לשימה פחות. מאמר נוסף שהתייחס לחקירת היכולת, מאמרו של פבלו לרנר, פורסם בשנת 2010. מאמר זה עוסק

6 לפי ס' 1 לחוק, זוכה הוא מי שניתן לזכותו פסק דין של מערכת המשפט וחייב הוא מי שפסק הדין ניתן לחובתו.

7 התוספת השנייה לחוק.

8 ראו מערכת בתי המשפט בישראל דו"ח חצי שנתי: 1.7.2011–31.12.2011 7 (2012); רשות האכיפה והגבייה דו"ח שנתי על הפעילות בשנת 2011 23 (2012).

9 דוד בר-אופיר ומאיר גלבווע "חקירת יכולת – תפקיד ראש ההוצאה לפועל בזירת ההתמודדות בין הזוכה לחייב" המשפט יא 437 (2007).

במישרין בשימוש באמצעי אכיפה עקיפים שמטרתם להפעיל לחץ על החייב.¹⁰ במאמר זה הציג לרנר את השינוי שחל בתיקון 29 (כתיבת המאמר קדמה לתיקונים המאוחרים במעמד הרשם ובמיקור-החוץ של החקירה, ולא להנחה נתייחס בהמשך). המאמר מצביע על כמה קשיים במתכונת החקירה, אך בשל התמקדותו באמצעי האכיפה הוא לא מיצה את הדיון. במאמר אחר דן מיכאל בירנהק בהיבטי הפגיעה בפרטיות העולים בחקירת יכולת, בעיקר בהקשר של השימוש במאגרי מידע שהתאפשר בעקבות תיקון 29 לחוק.¹¹

החלק הראשון למאמר יציג את השינויים שחלו בחקירת היכולת בשנים האחרונות, השלבים בהליך הגבייה שבהם נערכת חקירת יכולת, היוזמים של חקירת יכולת, כמות החקירות ופוטנציאל הגידול שלהן, אופן הניהול של חקירה ומיחות המנהל אותה. בחלק השני יזהה המאמר מתחים ובעיות שנוצרו בנוגע לחקירת היכולת ויציג את הטענה שלפיה הבעיות הלא פתורות מביאות את חקירת היכולת במתכונתה הנוכחית למבוי סתום, שבו היא אינה מתפקדת ביעילות. חלקו השלישי של המאמר יציג שני מודלים נוספים של חקירת יכולת – זו המתבצעת במסגרת קביעת הזכויות להבטחת הכנסה בביטוח לאומי וזו המתבצעת על ידי הכונס הרשמי במסגרת הליך של פשיטת הרגל. אטען כי המודל הראשון מבוסס על כללים, אינקוויזיטוריות, צמצום שיקול הדעת של המחליט ומאפיינים מנהליים, ואילו השני מבוסס על השקעה של משאבי חקירה רבים, אדברסריות, שיקול דעת רחב ופיקוח שיפוטי. לטענתי, חקירת היכולת בהוצאה לפועל כושלת בכך שהיא משלבת באופן בלתי-אפשרי מאפיינים של שני המודלים – היעדר כללים ומטרות מוגדרים מחד גיסא והיעדר השקעת משאבים שיפוטיים, אדברסריות ופיקוח שיפוטי מאידך גיסא. בחלק הרביעי אציע, לאור החלקים הקודמים, שינויים במטרות ובהבניית ההליך של חקירת היכולת, שיוכלו להעמידו על בסיס אפשרי יותר ורצוי יותר. שינויים אלו יוכלו לעמוד ברשות עצמם; את חלקם אף אפשר ליישם ללא תיקוני חקיקה או לשלב ברפורמה רחבה יותר כדיני אכיפת חיובים בישראל. בסיכום אציע גם קווים מנחים ליישום השינויים במטרות ההליך ובהבנייתו.

א. חקירת יכולת: המצב הקיים

1. מתי מתבצעת חקירת יכולת?

כפי שהוזכר לעיל, חקירת היכולת נמצאת במרכזו של הליך ההוצאה לפועל. היא מתבצעת עבור חייבים שאינם משלמים את חובם בין משום שאין להם יכולת לשלמו במלואו ובין משום שהם מתחמקים מלעשות זאת. הרשם רשאי – מיזמתו או לבקשת הזוכה או החייב – לחקור את מצבו הכלכלי של החייב.¹² חקירת היכולת יכולה להתקיים בשלבים שונים של ההליך וצדדים שונים לו יכולים ליזום אותה. להלן השלבים שבהם יכולה להתקיים חקירת יכולת:

10 פבלו לרנר "האכיפה העקיפה בהוצאה לפועל (על הרפורמה בחוק ועל שינויים רצויים)" מחקרי משפט כו 943 (2010).

11 מיכאל בירנהק "שליטה והסכמה: הבסיס העיוני של הזכות לפרטיות" משפט וממשל יא (1) 9 (2007).

12 ס' 67(א) לחוק.

(א) חקירה בשלב מוקדם: חקירה זו יכולה להתקיים כשהחייב אינו יכול לשלם מיידית את החוב במלואו והוא מגיש בקשה לתשלום החוב כמועדים וכשיעורים המתאימים ליכולתו. במצב זה הרשם רשאי להזמין לחקירת יכולת.¹³ חייב שלא שילם את חובו יכול להיקרא אל הרשם על פי צו הבאה, ובאותו מעמד יחקור הרשם את יכולת התשלום שלו.¹⁴ רשם צריך לכרר את יכולתו של חייב לפני שייתן צו מאסר נגדו.¹⁵

(ב) שלב הכניסה למסלול החייבים המוגבלים באמצעים: חקירה זו מתקיימת כשהיב מיועד להיכנס למסלול זה משום שביקש לפרוס את חובו לתקופה שבין שנתיים לארבע שנים (לפי גובה החוב). הרשם רשאי לבצע חקירת יכולת אם אינו יכול לקבוע את יכולת התשלום של החייב לפי המסמכים שהגיש או אם ביקש זאת הזוכה.¹⁶

(ג) בקשת החייב להיכנס למסלול של איחוד תיקים: במקרה כזה הרשם מחויב לקיים חקירת יכולת בטרם ייתן החלטתה בבקשת האיחוד.¹⁷ אם כן, ברוב הגדול של תיקי הוצאה לפועל – יהא אשר יהא המסלול שבו התנהלו – חקירת היכולת נמצאת במרכז.

2. כמות חקירות היכולת המתבצעות בשנה

לפי נתוני רשות האכיפה והגבייה, מספר חקירות היכולת נמצא בעלייה מתמדת. את הקפיצה הגדולה אפשר לזהות בשנת 2009, כנראה בגלל תיקון 29 לחוק.

יזמה/שנה	2006	2007	2008	2009	2010	2011	סך הכול
בקשות זוכה	8,974	7,921	8,153	32,717	47,829	21,337	126,931
בקשות חייב	2,899	3,181	3,254	3,354	3,481	1,618	17,787
מזכירות					3	117	120
סך הכול	11,873	11,102	11,407	36,071	51,313	23,072	144,838

* הנתונים לשנת 2011 מתייחסים לתקופה עד להפקת הרוח שנמסר ביום 21.8.2011.¹⁸

כפי שעולה מהטבלה, מרב הבקשות הן בקשות זוכים ובקטגוריה זו נרשם גם עיקר הגידול בחקירות. חקירות לפי בקשת חייב הן 12% מכלל הבקשות לכל התקופה, והן מהוות רק 7% עד 9% מהבקשות בשלוש השנים האחרונות. הסבר אפשרי למיעוט של בקשות חייב לחקירת יכולת, למרות העלייה במספר הכולל, נעוץ בכך ש-95% מהחייבים אינם מיוצגים (לעומת אחוז המיוצגים מהזוכים – 94%). ייתכן כי חייבים שהיו יכולים להיות נשכרים מחקירת יכולת – לצורך פריסת תשלומים, לצורך קבלת מעמד של מוגבל באמצעים או לצורך איחוד תיקים – אינם יוזמים חקירה כזו.

13 ס' 7א(א) וס' 7א(ג) לחוק.

14 ס' 69ג(ב) לחוק.

15 ס' 70א(1) לחוק.

16 ס' 69ז(א) לחוק.

17 ס' 74ח(ב) לחוק.

18 דואר אלקטרוני מרבקה אהרוני, דוברת רשות האכיפה והגבייה, לרון חריס (21.8.2011).

אפשר ללמוד על הפוטנציאל לגידול נוסף במספר חקירות היכולת גם מתוך המגמות הכלליות בהוצאה לפועל:

פעולה/ שנה	2007	2008	2009	2010	2011	סך הכול
פתיחה של תיקי הוצאה לפועל	329,284	384,622	444,835	430,217	453,333	2,042,291
הכרות חייבים כמוגבלים באמצעים	11,372	8,522	11,414	13,563	17,729	62,600
פתיחה של תיקי איחוד	10,317	10,361	10,047	10,970	12,848	54,543

* הנתונים מבוססים על הדו"ח השנתי של רשות האכיפה והגבייה לשנת 2011. נתוני 2007 לקוחים מדו"ח 2008.¹⁹

ניכר גידול במספר התיקים הנפתחים בשנים האחרונות; יש גם גידול מתון בהכרזות על חייבים מוגבלים באמצעים ובאיחוד תיקים. המספר העצום של תיקי הוצאה לפועל פתוחים – כמעט שלושה מיליון, כמו גם הפער בין מספר התיקים הנפתחים והנסגרים מדי שנה – העומד על 150 אלף עד 200,200²⁰ מלמד ככל הנראה שיש במערכת חייבים רבים שאינם נמצאים במסלול שבו ההחזרים החודשיים יביאו לסגירת התיקים בטווח נראה לעין, חייבים שבייצוג מתאים היו מבקשים הכרזה כחייבים מוגבלים באמצעים או חקירה למטרה אחרת. כמו כן, מאז תיקון 29 לחוק ניכר גידול משמעותי בפתיחת תיקים בדרך של תובענה (תיק הנפתח על בסיס הסכם בכתב וסכום קצוב וללא פסק דין). בשנת 2010 כבר תרם מסלול זה – שנפתח רק שנה קודם – 52% מהתיקים הנפתחים,²¹ נתון המעיד על פוטנציאל לגידול נוסף במספר תיקי הוצאה לפועל וחקירות היכולת. לבסוף, הנתונים שהובאו מתייחסים ברובם לשנים של צמיחה כלכלית. השילוב בין השפעת התיקונים שנעשו בחוק ההוצאה לפועל, כניסה להאטה בצמיחה או למיתון והגדלת הייצוג המשפטי או המודעות של חייבים לזכויותיהם, יכול להביא לגידול משמעותי נוסף במספר חקירות היכולת.

3. גיהול חקירת היכולת: מתי ועל ידי מי?

היזמה לבצע חקירת יכולת אמורה להיות של החייב או של הזוכה. בפועל, לפי הנתונים המדווחים, יותר מ-90% מהחקירות הן ביזמת זוכים. אמנם גם הרשם יכול ליזום חקירת יכולת, אך לפי הנתונים שהתקבלו מרשות האכיפה נראה כי רשמים כמעט אינם מנצלים

19 רשות האכיפה והגבייה דו"ח שנתי על הפעילות בשנת 2011 (2012); רשות האכיפה והגבייה דו"ח שנתי על הפעילות בשנת 2007 (2008).

20 רשות האכיפה והגבייה דו"ח שנתי על הפעילות בשנת 2011 23 (2012).

21 שם.

אפשרות זו.²² החקירה יכולה להיעשות במעמד צד אחד בלבד, אולם אם התקיימה חקירה ללא הזמנת הזוכה – למשל: חקירה שהתנהלה בשל התייצבות של חייב שאינו יכול לשלם מיזמתו, או עקב הבאה של החייב בצו הבאה – הזוכה רשאי לבקש חקירה נוספת בנוכחותו.²³ החקירה יכולה להיעשות על־פה או בכתב. מאחר שחייב המבקש חקירה נדרש להגיש הצהרה ומסמכים קודם החקירה, ומאחר שזוכה רשאי להגיש תצהיר עם בקשתו לחקירה, במצבים מסוימים הרשם יכול להחליט על בסיס החומר הכתוב וללא חקירה על־פה. אולם, נראה כי המקרה האופייני שעמד לפני המחוקק ונוהג בפרקטיקה, לפי ניסיונם של רשמים, הוא זה של חקירה על־פה בלשכת הרשם. חקירת היכולת יכולה להיות פומבית או בדלתיים סגורות, כפי שיחליט הרשם בכל מקרה ומקרה. מאז חקיקת חוק ההוצאה לפועל ב־1967 ועד לתיקון 29, שהתקבל ב־2009, ביצעו את החקירה ראשי הוצאה לפועל. החוק קבע כי "סמכויות של ראש ההוצאה לפועל נתונות לכל שופט של בית־משפט שלום ולכל רשם של בית־משפט שלום".²⁴ תיקון 29 שינה את תואר התפקיד מראש הוצאה לפועל לרשם הוצאה לפועל וכן את המוסמכים לכהן כרשמי הוצאה לפועל. כך נקבע בתיקון 29: "שר המשפטים, בהסכמת נשיא ביהמ"ש העליון, ימנה, מבין רשמי בית משפט השלום, רשמי הוצאה לפועל; מי שמונה לרשם הוצאה לפועל יכהן, בתקופת המינוי, בתפקיד זה בלבד". תיקון 33 שהתקבל ב־2011 השלים את השינוי באופי התפקיד, וכך נקבע: "שר המשפטים ימנה, לפי בחירה של הוועדה לבחירת רשמים, רשמי הוצאה לפועל; הודעה על המינוי תפורסם ברשומות". תיקון 33 למעשה מבצע הפרדה סופית ומסיים את הזיקה של הרשמים למערכת בתי המשפט, שכן אין כבר צורך בכך שהרשם יתמנה תחילה כרשם בבית משפט שלום. מהלך זה משלים את העברת האחריות הכוללת על ההוצאה לפועל מהרשות השופטת לרשות המבצעת.²⁵ הוועדה למינוי רשמים כוללת שופט של בית משפט מחוזי, את מנהל מערכת ההוצאה לפועל, את הממונה על הרשמים, נציג של לשכת עורכי־הדין ונציג ציבור. נקבע כי הרשמים יהיו עובדי מדינה ויהיו כפופים לכללי אתיקה שינוסחו במיוחד עבורם; עוד נקבע בנוסח המתקן של סעיף 3א לחוק:

- (ב) רשם הוצאה לפועל רשאי לדון ולהחליט ולהורות ככל שיראה לנכון בבקשות בכל עניין הנוגע לניהולו של הליך לפי חוק זה.
 (ג) החלטות וצווים של רשם הוצאה לפועל דינם, לעניין אכיפה והוצאה לפועל, כדין החלטה או צו של בית משפט.
 (ד) בהפעלת סמכויותיו על פי דין, אין על רשם הוצאה לפועל מרות זולת מרותו של הדין.

22 ייתכן שהרשם מעורר מי מהצדדים ליזום חקירה אך אין על כך נתונים רשמיים.
 23 ס' 67(ב) לחוק.
 24 הנוסח המקורי של ס' 3 לחוק טרם כניסתה לתוקף של הוראת תיקון מס' 33 לחוק, התשכ"ז-1967, ס"ח 116.
 25 עד תיקון 29 לחוק היה מערך ההוצאה לפועל כולו – אנשי מנהל ורשמים – תחת האחריות של הנהלת בתי המשפט. רשות האכיפה והגבייה הוקמה בשנת 2009 בעקבות תיקון 29 לחוק מכוח החלטת ממשלה, כיחידת סמך של משרד המשפטים. באותו שלב הועברה אליה האחריות על המערכת המנהלית של ההוצאה לפועל. ב־2011 הועברו לאחריותה גם הרשמים.

תיקון 29 פתח אפשרות להעברת החקירה מידי הרשמים לידי חוקרים פרטיים של הוצאה לפועל. אפשרות כזו הופיעה לראשונה בתיקון 15 לחוק בשנת 1994, אלא שאז לא הופעל התיקון הלכה למעשה.²⁶ תיקון 29 מאפשר לשר המשפטים לקבוע רשימה של חוקרי הוצאה לפועל על פי המלצה של ועדה שימנה, שבה יכהנו שופט בדימוס, נציג שר המשפטים, נציג של לשכת עורכי-הדין ונציג של מועצת רואי-החשבון.²⁷ הכשירות להתמנות היא לבעל ניסיון של חמש שנות עבודה כעורך-דין או כרואה-חשבון. החוקרים יהיו מוסמכים לקיים חקירת יכולת על בסיס מסמכים או על ידי חקירתו פנים אל פנים. נראה כי בהתאם לתקנות שיתקין שר המשפטים יוכל החוקר גם לקבל מידע על מצבו הכלכלי של החייב ממקורות המידע שהחוקר מעמיד לרשות הרשם, בכפוף למגבלות ולדרכים לשמירת מידע שיקבע השר בתקנות. החקירה יכולה להתקיים גם במשרדו של החוקר אם יאפשר זאת השר בתקנות. החוקר כמובן יבצע את החקירה בתשלום שאותו יקבע השר ובו יישאו המדינה, הזוכה או החייב באופן שיקבע השר. בסיום החקירה יידרש אימוץ של דוח החוקר על ידי הרשם. המשמעות של הסדר זה היא מיקור-חוץ של חקירת היכולת – פעולה בעלת השלכות משמעותיות שתידון בהמשך. זאת ועוד: בתיקון 32 בינואר 2011 החוק תוקן ונקבע שגם אי-התייצבות לברדיקה לפני חוקר הוצאה לפועל – כלומר: אותו חלק של חקירת היכולת שבוצע לו מיקור-חוץ – תאפשר להוציא נגד החייב צו הבאה שיבוצע על ידי משטרת ישראל.²⁸ אם כן, לא רק שביצוע החקירה הועבר מראש הוצאה לפועל שהוא רשם בית משפט, הכפוף לרשות השופטת, אל רשם הוצאה לפועל, הממונה במסלול שונה והוא חלק מהרשות המבצעת, אלא נפתח פתח משמעותי להעברת מרבית האחריות בדרך של מיקור-חוץ לעורכי-דין ולרואי-חשבון פרטיים.²⁹

4. תפקיד הרשם בחקירת היכולת

תיקון 29 לחוק חולל מהפכה באפשרויות של הרשם לקבל מידע. עד התיקון התבסס המידע שבידי הרשם בעיקר על מה שמסרו לו החייב או הזוכה. לפי הנוסח שקדם לתיקון, "ראש ההוצאה לפועל רשאי, מיוזמתו או על פי בקשה, על יסוד כתב ויתור על סודיות, לצוות על כל גורם שברשותו מצוי מידע על נכסי החייב ומקורות הכנסתו, למסור לידי את המידע."³⁰ כל בקשה כזו חייבה הליך נפרד ויזום. התיקון העמיד לרשות הרשם מערך שלם של מקורות מידע הכולל מידע ממרשם האוכלוסין, מהמוסד לביטוח לאומי, מבנקים, ממבטחים, מקופות גמל, מחברות אשראי, מרשמי נכסים (מקרקעין, רכב, כלי שיט וטיס), מרשמי תאגידים,

26 ס' 68 לחוק (תיקון 15), התשנ"ד-1994.

27 שר המשפטים נתן צו להפעלת הוראות ס' 68 לחוק ב-5.5.2010.

28 הצעת חוק לתיקון חוק הוצאה לפועל (תיקון מס' 31), התשע"ע-2010, ה"ח 530. בא לידי ביטוי בחוק (תיקון מס' 32), התשע"א-2011, ס"ח 2277.

29 על פעולה זו נמתחה ביקורת מצד ארגונים חברתיים ובראשם עמותת "ידיד", שאף עתרה נגד מיקור-החוץ המדובר בטענה שהעברת הסמכות לגורמים פרטיים פוגעת בזכויות היסוד של החייבים. ראו עתירה דחופה למתן צו על תנאי וצו ביניים מטעם העותרים בבג"ץ 8941/10 עמותת ידיד-מרכז זכויות בקהילה נ' שר המשפטים, דינים עליון 2012 (68) 1282 (7.6.2012) (להלן: עניין ידיד).

30 ס' 7ב(א) לחוק (תיקון מס' 15), התשנ"ד-1994, ס"ח 1479.

מספקי שירותים (טלפון, חשמל, כבלים ולוויין) ועוד.³¹ מידע זה מונגש בהדרגה לרשמים באמצעות ממשקים בין מערכות מחשב. בחלק מההליכים, חלק מהמידע זמין על יסוד כתב ויתור על סודיות שעליו נדרש החייב לחתום, בהמשך לבקשתו לחקירת יכולת.³² הרשם אמור להשתמש במידע הרב המועמד לרשותו לצורך ההחלטות שעליו לקבל: ראשית, מה ההחזר החודשי שבו החייב יכול לעמוד; שנית – ונובע מכך – אם הוא ראוי להיכנס למסלול של איחוד תיקים, של חייבים מוגבלים באמצעים או של איחוד תיקים אגב הכרזה;³³ שלישית, אם החייב מתחמק מתשלום חובו באופן המצדיק להפעיל כלפיו אמצעי גבייה עקיפים שאינם מופעלים ביחס לכל החייבים ובעיקר מאסר.

ב. מתחים ובעיות בחקירת יכולת

1. הליך אדברסרי או אינקוויזיטורי?

האם חקירת היכולת מתאפיינת כהליך אדברסרי, המנוהל על ידי הצדדים, או כהליך אינקוויזיטורי, המנוהל על ידי הרשם? האם מוטלת על הרשם האחריות לאיסוף ולבירור של העובדות הנוגעות ליכולת החייב או שעליו להגיע להחלטה על סמך המידע שיציגו לו החייב והנושה? אופן ניהול ההליך אינו קבוע בחוק בצורה מפורשת. האמירה הרלוונטית ביותר המופיעה בחוק היא "רשם ההוצאה לפועל רשאי [...] לחקור במצבו הכלכלי של החייב [...] כדי לברר את יכולתו של החייב לקיים את פסק הדין". בהמשך נקבע כי "רשאי רשם הוצאה לפועל להזמין לחקירה את החייב וגם עדים". לכאורה, אמירות בעלות גוון אינקוויזיטורי. אולם, בעבר לרשם לא הייתה גישה למידע ולכן הוא נסמך באופן כמעט מלא על מה שהציגו לו הצדדים. החייב נדרש להגיש תצהיר ומסמכים; הזוכה היה יכול להציג מידע שליט על החייב – במסגרת הקשר העסקי ביניהם, באמצעות איסוף מידע ממאגרים נגישים לציבור, בהיעזרות בחוקרים פרטיים (שגם להם יש מגוון דרכים לאיסוף מידע) ובחקירת החייב במעמד חקירת היכולת. ככלל בוצעה חקירת היכולת במעמד שני הצדדים. כאשר נקבע בשנת 1999, בתיקון 19 לחוק, כי אפשר לקיים חקירה (שאי-אפשר היה לתאם אותה מראש) שלא בנוכחות הזוכה, נקבע גם כי הזוכה רשאי לבקש חקירת יכולת נוספת בנוכחותו.³⁴ בר-אופיר וגלבווע סברו גם לפני התיקונים האחרונים כי חקירת היכולת היא בעלת אופי אינקוויזיטורי:

וודגש כי חקירת יכולת בפני ראש ההוצאה לפועל שונה מחקירתו של עד בבית המשפט, משום שלפי לשון חוק ההוצל"פ ולפי פרקטיקה רבת-שנים ממלא ראש

31 ס' 7א(א)(2), 7ב(2א) ו-1' 7ב(3א) לחוק. תיקון 30 לחוק הוסיף עוד מאגרים. מאגר אחד שנעדר מהרשימה הוא המאגר של רשות המיסים.

32 ס' 7א(א)(2) לחוק.

33 ס' 169א(א) לחוק. כאשר הוכרו חייב כמוגבל באמצעים ותלויים נגדו כמה תיקים, הם יאוחדו במעמד ההכרזה.

34 ס' 67 (1ב) לחוק. התיקון נעשה לשם ייעול התהליך, שכן היו מקרים שבהם לא התייצבו הזוכה או בא-כוחו לשימוע, דבר שהיה מעכב את השימוע; ראו דברי הסבר לס' 4 בהצעת חוק ההוצאה לפועל (תיקון מס' 20), התשנ"ז-1997, ה"ח 2635, 425.

ההוצאה לפועל תפקיד פעיל בחקירה, והוא "יורד לזירה" ומנהל את החקירה בעצמו. וכיוון שכך הדבר, עליו לעיין מראש בחומר הראיות – קרי: תצהיר הזוכה, שאלון שממלא החייב והמסמכים המוגשים על ידי הזוכה והחייב לפי סעיף 68 לחוק ההוצל"פ – כדי שהחקירה המנוהלת על ידו תהיה יעילה ותכליתית. דעתנו היא, כי להבדיל משופט אדברסרי, שאינו יורד ל"זירת ההתגוששות" שבין בעלי הדין, ממלא ראש ההוצאה לפועל תפקיד אינקוויזיטורי ראשון במעלה ובחשיבות, וייתכן שמוזווית ראייה זו הוא יוצא דופן בנוף המשפטי בישראל. על ראש ההוצאה לפועל למלא תפקיד פעיל בכל שלביה של חקירת היכולת, החל בתכנון מהלכיה הראשונים וכלה בחקירה פעילה של החייב ושל העדים.³⁵

בשנת 2006, שבה כתבו בראופיר וגלבווע את מאמרם, ראש ההוצאה לפועל לא היה יכול לגשת למאגרים ממוחשבים משמעותיים ולכן נזקק בעיקר לחקירות של החייב ושל עדים באולמו, מצב שחייב הקדשת זמן רב ולעתים ישיבות מספר לכל חקירת יכולת. ראש ההוצאה לפועל של בראופיר וגלבווע נדרש למשאבים חקירתיים ושיפוטניים רבים, ובעיקר הוא נדרש להקדיש זמן רב לכל תיק של חקירת יכולת. נראה, כי חקירת היכולת שאותה תיארו הייתה אידאלית אך לא מעשית – בהתחשב בחוסר במשאבים ובכמות התיקים – מהפרספקטיבה של שופט בבית משפט מחוזי וחוקר משטרה, ולא בהכרח חקירת היכולת המצויה בלשכות ההוצאה לפועל. ייתכן שעל כן הוסיפו הסתייגות: "נוסיף ונאמר כי גם אם החקירה מבוצעת בעיקרה על ידי בא כוחו של הזוכה – בכל זאת נתונה בידי ראש ההוצאה לפועל סמכות יתרונית (פריבילגית) של ניהול החקירה וניתובתה בכל שלביה".

נראה כי התיקונים האחרונים לחוק, ובעיקר תיקון 29, מקנים לחקירה מאפיינים אף יותר אינקוויזיטוריים. הגורם העיקרי לכך הוא המידע הרב, כאמור לעיל, העומד לרשות הרשם, אינו נגיש לזוכה ואסור למחזיק בו או לרשם להעבירו לנושה. למעשה, המידע היחיד שמותר לרשם להעביר לנושה הוא "את דבר קיומו של הנכס או מקור ההכנסה ופרטיו, בלי לחשוף את מקור המידע".³⁶ שר המשפטים רשאי, באישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, לקבוע סוגי מידע על נכסים שאפשר לגבות מהם את החוב שאותם אפשר להעביר ישירות לידי הזוכה, תוך שמירה על סודיות ובשים לב להגנה על פרטיות החייב.³⁷ לכן, המקור של רוב המידע שאפשר לאסוף לצורך חקירת יכולת אינו בזוכה, ועיבודו נעשה על ידי הרשם. הדבר מטיל על הרשם את עיקר הנטל להשיג את המידע, לעבדו ולהסיק ממנו המסקנות. הזוכה אינו יכול להיות שחקן פעיל בהיבטים החשובים של ההליך; הרשם אינו יכול להיות פסיבי.

חשוב להדגיש כי העיצוב של תפקיד הרשם בחקירת היכולת כאינקוויזיטורי יותר הוא חלק ממהלך רחב יותר של רשות האכיפה והגבייה לנטילת יזמה בנייהול של תיקי הוצאה לפועל ולגיבוש תפיסה שלפיה האחריות על הצלחת הגבייה מוטלת לא רק על הזוכה אלא גם על המדינה. מהלך זה בא לידי ביטוי בולט בהוספת מסלול גבייה מקוצר במסגרת תיקון

35 בראופיר וגלבווע, לעיל ה"ש 9, בעמ' 445.

36 ס' 7(ד) לחוק.

37 ס' 7(ב1) וס' 7(ה) לחוק.

38:29 בקשות לביצוע של פסקי דין וחייבים אחרים בסכום של עד 10,000 ש"ח שיועברו למסלול המקוצר ינוהלו על ידי רשם ההוצאה לפועל עבור הזוכה. הרשם, או מי שהרשם האציל לו סמכות, יבצע מהלכי גבייה המוגדרים בחוק, בעיקר עיקול של נכסים ומשכורות. למעשה, בתקופה זו הרשם מנהל את תיק ההוצאה לפועל באופן אינקוויזיטורי מלא. לאחר שמונה חודשים שבהם מיצה הרשם את מהלכי הגבייה יועבר התיק למסלול הרגיל שבו יוכל הזוכה לבצע פעולות גבייה נוספות שאינן אפשריות במסגרת מסלול זה, ולאחר מכן התיק ייסגר או ייגנז בהתאם לתוצאות ולבחירת הזוכה. הרציונל שמאחורי העברת האחריות למדינה במסלול המקוצר הוא סיוע לזוכים חסרי ייצוג, חיסכון בעלויות עבור חייבים שלא יצטרכו לשאת בהוצאות של ניהול ההליך על ידי הזוכים, ויעול וקיצור של הליך הגבייה. מהלך דומה של העברות הוצע לאחרונה גם ביחס לגביית חובות מזונות. רשות האכיפה והגבייה ערכה מחקר השוואתי ביחס לגביית מזונות³⁹ ובעקבותיו פורסם בספטמבר 2011 תזכיר ל"חוק ההוצאה לפועל (תיקון מס'...) (הקמת מסלול מזונות), התשע"א-2011". בדברי ההסבר לחוק נכתב:

מרבית הזוכים הפרטיים בתיקי מזונות בהוצאה לפועל אינם מיוצגים; דבר זה גורם לקושי ממשי בניהול התיקים הן מהטעם שחלק מהזוכים אינם בקיאים בחוק וללא ייצוג נאות הם אינם יודעים כיצד לנהל את התיק בצורה נכונה שתניב גבייה והן מהטעם שחלק מהזוכים – בעיקר זוכות – חוששות לנקוט הליכים כלפי החייב מהחשש שהדבר יגרום לאלימות מצד החייב שחיטה או איומים דבר שעלול לפגוע בסופו של דבר גם בילדים המשותפים.⁴⁰

אם כן, לאחר שזוהו הקשיים של חוסר ייצוג וחוסר פעולה מצד זוכות המזונות, הושתתה ההצעה על העברת האחריות לניהול הגבייה מהזוכות למדינה. לפי ההצעה, האחריות תועבר לרשות האכיפה והגבייה ובעיקר לרשמי ההוצאה לפועל: אלה ייזמו את מהלכי הגבייה ויאתרו את נכסי החייבים והכנסותיהם עבור הזוכות.⁴¹

מה עדיף: חקירת יכולת בהליך ארברסרי או בהליך אינקוויזיטורי? היתרונות והחסרונות הכלליים של שני סוגי ההליכים נדונו רבות בספרות, בדרך כלל בהקשר הפרדיגמטי של ההליך הפלילי. יתרונות בולטים שזוהו בהליך האינקוויזיטורי הם חקירה ממוקדת ויעילה,

38 'ס' 20-20 לחוק.

39 יעל סימנדרז'ינצ'ו ויעיב יעקב "אכיפת מזונות במדינות העולם – סקירה משווה: קנדה, אוסטרליה, ארצות הברית, אנגליה" לשכת עורכי הדין בישראל 18.11.2010 http://www.israelbar.org.il/article_inner.asp?pgId=105506&catId=1771

40 אורלי לוטן אכיפת תשלום מזונות 8-10 (הכנסת, מרכז מחקר ומידע, 2007) <http://www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m01834.pdf>

41 "מתוך הכרה בחשיבותו ובייחודיותו של חוב המזונות מוצע להקים 'מסלול מזונות' אשר במסגרתו תכנס ההוצאה לפועל בנעלי הזוכה ותפעל לגביית חוב המזונות עבורו. המסלול יופעל על ידי מערכת ההוצאה לפועל תוך מעורבות מינימאלית של הזוכה; לאחר פתיחת התיק במסלול מזונות, הזוכה לא יידרש לבצע פעולות נוספות לגביית החוב ומערכת ההוצאה לפועל היא שתנקוט הליכים במקומו ותפעל לגביית החוב מהחייב". מתוך תזכיר חוק ההוצאה לפועל (הקמת מסלול מזונות), התשע"א-2011.

איסוף של כלל העובדות על ידי גורם אובייקטיבי אחד, ניהול בהתאם לסדר הרלוונטיות שהשופט קובע, נטרול של חוסר האיזון ביכולות הצדדים לשכור ייצוג משפטי, זימון עדים רלוונטיים לפי שיקולי בית המשפט וללא הדרכה והטיה על ידי באי-כוח הצדדים, אפשרות לקביעה של כללי ראיות וסדר דין גמישים יותר.⁴² התחרות בין הצדדים ובין באי-כוחם יכולה להביא לשכפול של עלויות המאמץ. בשיטה האדברסרית, החיפוש הפרטי יכול להביא לאיסוף ראיות מעטות מדי; מנגד, בשיטה האינקוויזיטורית השופט יכול להמשיך בחיפוש הראיות עד שהוא מגיע לשלב שבו הרווח השולי והמחיר השולי נפגשים – ושם הוא יכול להיעצר.⁴³

יתרונות בולטים שזוהו בהליך האדברסרי הם איסוף של הראיות על ידי בעלי האינטרס החזק ביותר להשיג את הראיות הטובות ביותר. לאלה יש נגישות מלכתחילה למידע הרלוונטי, נאמנותם המלאה מסורה ללקוחותיהם בלבד, והלקוחות יכולים להחליפם אם לא ימלאו את תפקידם בנאמנות ומקצועיות; אלה אינם מושפעים בעת ניהול ההליך משיקולים מערכתיים כמו עריכת איזונים בין תיקים או סדרי העדיפויות של המדינה.⁴⁴ האופי התחרותי של השיטה האדברסרית נותן לעורכי-הדין תמריץ רב יותר לחפש מידע מאשר בשיטה האינקוויזיטורית, שבה השופט הוא המחפש היחיד.⁴⁵

היישום של הדיון הכללי להקשר הייחודי של חקירת היכולת ממקד את תשומת לבנו ליתרונות מסוימים של כל סוג הליך. נתחיל את הדיון בשאלת המשמעות של היעדר הייצוג ונמשיכו בשאלת הנגישות למידע; נסיים בשאלת העלויות. ההליך האדברסרי מושתת על היותם של שני הצדדים מיוצגים. כפי שראינו, הזוכים מיוצגים ב-94% מהתיקים והחייבים אינם מיוצגים ב-95% מהתיקים. רוב החייבים אינם מכירים את הליכי ההוצאה לפועל, את משמעותם ואת הדרך להציג את המקרה שלהם באופן הטוב ביותר במסגרתם. חוסר איזון כה בולט בייצוג מביא לכך שברוב המכריע של התיקים אי-אפשר לנהל הליך אדברסרי מאוזן, שבו שני הצדדים מציגים את גרסתם לגבי יכולתו של החייב ואת הנתונים התומכים בה.

42 John H. Langbein, *The German Advantage in Civil Procedure*, 52 U.CHI L. REV. 823 (1985). בטקסט שלעיל התייחסתי למאפיינים וליתרונות העשויים להיות רלוונטיים גם לחקירת יכולת, ולכן לא התייחסתי להיבטים כמו זימון עדים מומחים, אפשרות להגיע להסדרי טיעון והיבטים אחרים הרלוונטיים להליך הפלילי אך לא לענייננו.

43 Francesco Parisi, *Rent-Seeking Through Litigation: Adversarial and Inquisitorial Systems Compared*, 22 INT'L REV. L. & ECON. 193 (2002). Andrew F. Daughety & Jennifer F. Reinganum, *On the Economics of Trials: Adversarial Process, Evidence and Equilibrium Bias*, 16 J.L. ECON. & ORG. 365 (2000).

44 Gerald Walpin, *America's Adversarial and Jury Systems: More Likely To Do Justice*, 26 HARV. J. L. & PUB. POL'Y. 175 (2003). Franklin Strier, *What Can the American Adversary System Learn From an Inquisitorial System of Justice*, 76 JUDICATURE. 109 (1993). Luke M. Froeb & Bruce H. Kobayashi, *Evidence Production in Adversarial vs. Inquisitorial Regimes*, 70 ECON. LETT. 267 (2001).

45 Richard A. Posner, *An Economic Approach To The Law of Evidence*, 51 STAN. L. REV. 1477 (1999).

לכן, בהיבט מרכזי זה, חוסר הייצוג של חייבים והיעדר האיזון בייצוג, ההליך האדברסרי אינו מתאים וההליך האינקוויזיטורי דווקא מתאים כבסיס לתכנון של חקירת יכולת. לעומת זאת, בהיבט המידע הנושה נמצא בעמדת נחיתות אף על פי שהוא מיוצג. החייב מחזיק במידע לגבי מצבו הכלכלי, נכסיו והכנסתו. בהליכים פליימיים בשיטות משפט אדברסריות עומדים לרשות התביעה מנגנוני חקירה משמעותיים, ובשיטה האינקוויזיטורית עומדים לרשות בית המשפט תובעים וחקרים מטעם המדינה; בהליכים אזרחיים בדרך כלל יש לשני הצדדים מידע רלוונטי להליך. בהליכים לגביית חובות בהוצאה לפועל חוסר הסימטריה בולט ולכן יש צורך במנגנונים שיסייעו להתגבר על פערי המידע.

ההליך האדברסרי מטיל על הצדדים עלויות כמתבקש מהליכים לגביית חוב בין צדדים פרטיים לעסקאות וולונטריות. ההליך האינקוויזיטורי מלכתחילה מטיל את העלויות של איסוף המידע על המדינה. ייתכן שבהמשך אפשר יהיה לגלגל חלק מעלויות אלה על הזוכה, בדרך של אגרות בגין ביצוע פעולות, ואף על החייב, בדרך של הוספת העלויות לחוב שבתיק; אך מערכת לאיסוף מידע מחייבת הקמת תשתיות כלליות. משימת הרשמים באיסוף המידע ובניתוחו מחייבת העסקה של יותר רשמים והכשרתם למשימה. אם תוטל מלוא העלות של חקירת היכולת על זוכים, אלו יימנעו ממנה במקרים שבהם להערכתם ההסתברות לקיום נכסים והכנסות היא נמוכה. אם תוטל מלוא העלות של חקירה ממוצעת על חייבים כתנאי לחקירה, חייבים רבים יימנעו מליזום חקירה גם כשזו יכולה לבסס את בקשתם לפרוס חובות או להכניסם למסלול חייבים מוגבלים באמצעים. חייבים וזוכים יצטרכו לקבל החלטות מהותיות באשר לחקירה על פי שיקול התשלום של עלות החקירה במצב שבו אין להם מידע רב או יכולת לשלם.

לסיכום: נראה כי בהיעדר ייצוג לחייבים אי-אפשר להבנות את חקירת היכולת כחקירה שתתנהל באופן אדברסרי. גם פערי המידע ביחס לנכסי החייב, להכנסותיו ולצרכיו תומכים במסקנה שלפיה סוג כזה של הליך לא יוכל להתנהל באופן אדברסרי. הפועל היוצא של מסקנה זו הוא שיש להבנות את ההליך של חקירת היכולת כאינקוויזיטורי, ויש לתת את הדעת באופן מודע וברור לשאלת הנשיאה בעלויותיו ככזה ולשאלות שבהן נעסוק בהמשך באשר לאפיון של מקבלי ההחלטות ושל סוגי ההחלטות שיקבלו.

2. ההכרעה בהליך של חקירת יכולת: שיפוטית או מנהלית?

הספרות מציעה כמה מבחנים מקובלים להבחנה בין גוף המקבל החלטות שיפוטיות לגוף המקבל החלטות מנהליות. הסממן החשוב ביותר להליך שיפוטי הוא סכסוך (lis) וזה אכן המבחן המסורתי המרכזי. רשות תיחשב לבעלת סמכות שיפוטית כשהיא נדרשת להכריע בסכסוך בין שני צדדים שהיא אינה אחד מהם, כלומר: כשהיא משמשת גורם ניטרלי פוסק. צריך שיתקיים יחס משולש בין שני צדדים לסכסוך לבין צד שלישי המכריע בו; כמו כן, היזמה לפתיחת ההליכים במסגרת הסכסוך מסורה למתדיינים ולא לרשות הפוסקת בדינם. מאפיין מקובל נוסף הוא מידת הדמיון בין אופן ההתנהלות של ההליך בגוף זה לבין אופן ההכרעה בסכסוך בבית משפט. ברור עובדות בדרך של הופעת עדים, חקירתם, הצגת מסמכים יאפיין גוף בעל סממנים שיפוטיים; דיון שיסתיים בהחלטה של הרשות המחייבת את הצדדים, שיש בה יסוד של סופיות – כלומר: הרשות שהוציאה את ההחלטה אינה

רשאית לחזור ולעיין בה כדי לשנותה או לבטלה – מאפיין גם הוא הליכים שיפוטיים. הגישה הרווחת בישראל כיום היא של איתור סממנים שיפוטיים שקיומם המצטבר מסייע לסיווג ההחלטה כשיפוטית.⁴⁶

על פני הדברים נראה כי הליך של חקירת יכולת מתאפיין במאפיינים שיפוטיים יותר מאשר במאפיינים מנהליים. יש בו הכרעה בסכסוך בין הצדדים, אם כי חשוב להדגיש כי ההליך אינו מכריע בסכסוך המקורי בין הצדדים: הליך זה הוכרע בבית המשפט טרם פתיחת ההליך בהוצאה לפועל – ככל שהאכיפה היא של פסק דין; וייתכן כי הוא יועבר להכרעת בית משפט בשלב הראשוני של ההוצאה לפועל – ככל שמדובר בתובענה או בשטר.⁴⁷ בשלב הנוכחי, הסכסוך אינו עוסק בקיום של חיוב אלא ביכולתו של החייב לשלמו. את ההליך יזום, ככלל, אחד הצדדים, החייב או הזוכה. רשם ההוצאה לפועל מתבקש להכריע בסכסוך זה כגורם ניטרלי ואובייקטיבי. ההליך דומה למדי להליך שיפוטי בכך שהצדדים יכולים להיות מיוצגים, הם יכולים להציג מידע וטיעונים, יש הצגת מסמכים, יכולה להתקיים הופעה וחקירה של עדים – והכול לשם בירור העובדות. סופיות ההכרעה שונה במקצת מזו של בית משפט: עקב שינוי נסיבות או התקדמות של ההליך הצדדים יכולים לבקש חקירת יכולת חוזרת; אולם נראה כי הרשם אינו יכול – ולפחות אינו נוהג – ליזום חקירה חוזרת. החלטת הרשם אינה ניתנת לערעור בזכות אלא רק ברשות.⁴⁸ במסגרת התיקון לחוק שכפף את הרשמים לרשות האכיפה והגבייה הוצע גם לסווג החלטותיהם, לרבות בחקירת יכולת, כהחלטות הניתנות לבחינה בעתירה מנהלית ולא בערעור (כפי שנערכת הבחינה להחלטות שיפוטיות), אולם הצעה זו לא התקבלה.⁴⁹

מאפיין נוסף המוזכר בספרות, בעיקר בזו האנגלית, הוא הבחנה על פי מידת ההסתמכות על יישום של כללים קיימים לעומת הפעלה של שיקול דעת. החלטה שיפוטית מתקבלת באמצעות כללים, שהרי השופט מבקש למצוא את הפתרון הנכון על פי הכללים והחוקים המשפטיים. גישת השופט אובייקטיבית והיא מונחית על ידי החוק. לעומת זאת, החלטה מנהלית מתקבלת על פי מדיניות מנהלית, כשהעובד המנהלי מבקש למצוא את הפתרון היעיל ביותר והרצוי מבחינת האינטרס הציבורי. מאפיין זה מעט מטעה בענייננו. בחוק ההוצאה לפועל אין כללים מפורטים הקובעים כיצד על הרשם לקבוע את יכולת התשלום של חייב. האם מכך נסיק שהפעלת שיקול הדעת בו היא מנהלית? לעומת זאת, בחוקים הקובעים כיצד יקבלו רשויות החלטות בדבר הכנסתו ומצבו הכלכלי של אדם – דוגמת חוק הביטוח הלאומי ופקודת מס הכנסה – יש כללים מפורטים מאוד באשר לאופן החישוב של ההכנסה, של ההוצאות, של צורכי המחיה ושל החבויות והזכויות הנובעים מהם. לדעתי אין בכך כדי להעיד על סממן שיפוטי בהפעלת שיקול הדעת של פקידי רשויות המס והמוסד לביטוח לאומי; נהפוך הוא.

46 בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 605-607 (2005); כן ראו ברוך ברכה משפט מנהלי כרך ראשון 65-69 (1997); דפנה ברק-ארוז משפט מנהלי 86-95 (2010).

47 ס' 81א(ג) לחוק.

48 ס' 80 לחוק מפרט את התנאים לערעור בזכות וברשות.

49 ראו תזכיר חוק ההוצאה לפועל (מינוי רשמים), התש"ע-2010, והשוו לס' 80(ב) לחוק; כן ראו עניין דידי, לעיל ה"ש 29, בפס' 118-129.

הפסיקה בישראל היא מקור נוסף לאפיון ההכרעה בחקירת יכולת. בפרשת שמחה ניר⁵⁰ קבע בית המשפט העליון כי לראש ההוצאה לפועל אמנם לא ניתנה סמכות לשנות פסק דין, אך (מפי השופט לוי) "מכאן אין ללמוד כי תפקידו של ראש ההוצאה לפועל הוא מנהלי בלבד. לעניין זה אפנה לכך שהמחוקק קבע בסעיף 3 לחוק, כי כראש ההוצאה לפועל יכהנו מי שלהם סמכויות שיפוט מובהקות, היינו, שופט או רשם של בית משפט שלום, ונדמה כי בכך בלבד יש כדי ללמד על המעמד אותו התכוון המחוקק להעניק לראש ההוצאה לפועל".⁵¹ בית המשפט המשיך וקבע:

הואיל וגם במה שנראה במבט ראשון כ"החלטה מנהלית", גלומה בה לעתים קרובות גם הכרעה שיפוטית בעלת השלכות על זכויות יסוד. כאלו הן ההחלטות לעצור את החייב או אדם אחר מטעמו כאשר יש לגביהם חשד שהם עלולים למנוע הליך של ביצוע פסק הדין (סעיף 13 לחוק); ההחלטה לעכב את יציאתו של חייב מהארץ (סעיף 14); החלטה לערוך חיפוש על גופו של החייב, בכליו, בחצרים שבהחזקתו או בהחזקתם של אחרים (סעיף 15 לחוק); וכזו היא ההחלטה לשלול את חירותו של החייב בדרך של מתן צו מאסר נגדו (סעיף 70 לחוק). לעניין הפעלת סמכות אחרונה זו ראוי להדגיש, כי קודמת לה חקירת יכולת של החייב, שבמהלכה רשאי ראש ההוצאה לפועל לפעול כפי שמוסמך לעשות זאת בית משפט, ולהזמין לחקירה את החייב, עדים, ואף לכוף את התייצבותם של כל אלה ואת מתן עדותם (סעיף 67(ב) לחוק).⁵²

לפי תפיסתי, אופי ההליך של חקירת יכולת – מנהלי או שיפוטי – תלוי בראש ובראשונה במידת ההבניה של שיקול הדעת של מנהל ההליך ובתוצאותיו. ככל שהמחוקק יבנה את שיקול הדעת בחוק, בתקנות ובהנחיות, וככל שיופחת השימוש באמצעי אכיפה עקיפים כגון מאסר, שלילת זכות יציאה מהארץ ושלילת רישיון נהיגה – כך יהיה אופיו של ההליך מנהלי יותר.

3. ערעור על החלטה בחקירת יכולת

כיום קבועים בחוק עשרה סוגי החלטות של רשם הוצאה לפועל שעליהן אפשר לערער בזכות.⁵³ בעבר נקבע שאפשר לערער בזכות בארבעה עניינים: (1) החלטה בטענת "פרעתי" של החייב, הטוען כי מילא אחר פסק הדין ולכן אינו חייב עוד;⁵⁴ (2) החלטה של רשם לחייב באופן אישי נאמן על שמירת נכסים מעוקלים שלא מילא את חובותיו בתשלום החוב או חלקו;⁵⁵ (3) החלטה של רשם לחייב אישית צד שלישי שהחזיק נכסים מעוקלים ולא העבירם

50 על"ע 3954/03 ניר נ' הועד המחוזי לשכת עורכי הדין ת"א, פ"ד נז(5) 850, 844 (2003).

51 שם, בעמ' 6.

52 שם (ההדגשות הוספו). החלטה זו אמנם ניתנה לפני תיקוני החקיקה האחרונים, אבל מרבית הסמכויות שאליהן התייחס בית המשפט העליון בפסק הדין עדיין נתונות היום לרשמי ההוצאה לפועל.

53 ס' 80(ב) לחוק.

54 ס' 19 לחוק.

55 ס' 25 לחוק.

כנדרש;⁵⁶ (4) חיוב אישי של כונס נכסים שלא מילא את חובותיו.⁵⁷ אם כן, בעבר ניתנה זכות ערעור על החלטה בחקירת יכולת רק כשאדם שאינו החייב חיוב אישית או כשהחייב טען כי פרע את חובו. במשך השנים הורחבה זכות הערעור ונוספו לה שישה עניינים: (5) החלטה לעצור עד 48 שעות חייב או של מישוהו מטעמו שיש יסוד להניח שימנע או יפריע לביצוע ההליך;⁵⁸ (6) החלטה על עיכוב יציאה מהארץ של חייב שיש יסוד להניח כי יימלט מהארץ בלי לפרוע את חובו;⁵⁹ (7) החלטה לעקל דירת מגורים של החייב;⁶⁰ (8) החלטה להטיל הגבלות על דרכו ועל יציאתו מהארץ של חייב;⁶¹ (9) החלטה על הוצאת צו הבאה לחייב;⁶² (10) הוצאת צו מאסר לחייב.⁶³ בכל יתר ההחלטות הכרוכות בניהול של הליכי ההוצאה לפועל, לרבות החלטות הקשורות לניהול של חקירת יכולת, לקביעת יכולת החייב ולמשמעויות הנובעות ממנה – החייב יכול לערער רק אם ניתנה לו רשות לכך מאת רשם הוצאה לפועל או מאת שופט של בית משפט שלום.⁶⁴

הסדר זה עוצב מלכתחילה בתקופה שבה ראש ההוצאה לפועל השתייך לרשות השופטת ובה בעת מילא כיהן גם בתפקיד רשם של בית משפט, ולעתים אף היה שופט ממש. עד תיקון 29 הוגש ערעור על החלטת רשם בנוגע לחקירת יכולת, בזכות או ברשות, לבית המשפט המחוזי. תיקון 29 הפנה את הערעורים לבית המשפט השלום. ההפרדה של רשמי ההוצאה לפועל מרשמי בתי המשפט ושופטיהם, וכפיפתם לרשות האכיפה והגבייה בתיקון 33 לא הביאו לשינוי באפשרויות הערעור. הצעת החוק לתיקון 32 לחוק ההוצאה לפועל, שכללה את השינוי בכפיפות המוסדית של הרשמים, כללה גם הצעה לשינוי בהסדר הערעור: "על צווים והחלטות של רשם הוצאה לפועל [...] ניתן להגיש עתירה לבית המשפט השלום, ואולם על החלטה לפי סעיפים 19, 25, 48 ו-58, ניתן לערער בזכות לבית משפט השלום."⁶⁵ לשינוי המוצע היו שתי משמעויות: אפשרות פנייה בזכות ולא רק ברשות ואפשרות פנייה בדרך של עתירה ולא רק בדרך של ערעור. ייתכן שההצעה התבססה על היגיון שלפיו אם רשמי ההוצאה לפועל מאבדים במסגרת התיקון המוצע ממאפייניהם השיפוטיים ומקבלים מעמד דומה יותר לזה של רשויות מנהליות, אזי ראוי לאפשר להשיג על החלטותיהם בזכות ובדרך של עתירה, כפי שאפשר להשיג על החלטות של רשויות המדינה. בהצעה לא נאמר אם יחולו על העתירה העילות המוכרות מתחום המשפט המנהלי. הצעה מעניינת זו העלתה שאלות בדבר המאפיינים של פעולת הרשם ובדבר תפקיד הערעור בהוצאה לפועל; אילו

56 ס' 48 לחוק.

57 ס' 58 לחוק.

58 ס' 13 לחוק.

59 ס' 14 לחוק.

60 ס' 38(א) לחוק.

61 ס' 66א(1) ו-66א(2) לחוק.

62 ס' 69ב(א).

63 ס' 70 (צו מאסר לפי חוק זה יתאפשר מתאריך 15.5.2013) ו-74(א) לחוק.

64 ס' 80(ב) לחוק; על חוסר הנגישות של חייבי ההוצאה לפועל לבית המשפט העליון כבר עמדתי במאמר "נפילתו ועלייתו של מאסר החייבים" עיוני משפט כ 439, 493-496 (1997).

65 ראו ס' 3 לדברי ההסבר להצעת חוק ההוצאה לפועל (תיקון מס' 32) (רשמי ההוצאה לפועל), התשע"א-2010, ה"ח 540.

התקבלה ההצעה היא הייתה מאפשרת לכפוף החלטות בחקירת יכולת לפיקוח באמצעות עתירות ואולי גם בעילות של המשפט המנהלי. בסופו של דבר – בין היתר בשל התנגדות של ארגונים חברתיים, שחששו כי עילות הביקורת השיפוטית יוגבלו לעילות המנהליות של סבירות, הפעלת שיקול דעת וכדומה – לא נכללה ההצעה בנוסח הסופי של התיקון לחוק.⁶⁶ הסדר הערעור נותר במצבו לאחר תיקון 29, כלומר: ערעור ברשות בלבד (כמעט בכל העניינים) לבית המשפט השלום.

להשלמת התמונה ראוי לציין כי גם אם למעשה כמעט אי-אפשר להעמיד לביקורת שיפוטית החלטות בחקירת יכולת, עדיין אפשר לבקש לעיון מחודש כשהתנאים משתנים. חייב שחל במצבו שינוי שאינו שינוי של מה בכך, יכול לבקש שינוי בצו התשלומים שנקבע לו ולצורך כך אפשר לזמנו לחקירת יכולת חוזרת.⁶⁷

ג. מודלים שונים של חקירת יכולת

בטרם נעבור לדיון בעיצוב המחודש הרצוי של חקירת היכולת בהוצאה לפועל נבחן שתי דוגמאות בנות-השוואה. הראשונה היא קביעת יכולת לצורך הבטחת הכנסה בביטוח הלאומי והשנייה היא חקירת החייב במסגרת הליכים לפשיטת רגל. הדוגמה הראשונה מציגה קביעת יכולות באמצעות כללים מפורטים הקבועים בחוק ובאמצעות פקידים המוודאים את קיום התנאים הנדרשים על פי הכללים; הדוגמה השנייה מציגה קביעת יכולת באמצעות מערך חקירה מפותח המפוקח על ידי בית המשפט ואינו מבוסס על הבניית שיקול הדעת.

1. קביעת יכולת וצרכים לצורך הבטחת הכנסה

חוק הבטחת הכנסה נחקק בשנת 1980 על רקע הטענה שלפיה הענקה של שיקול דעת רחב לפקיד סעד לצורך קביעה אם אדם זכאי לקצבת סעד אינה רצויה ויוצרת תלות, אי-ודאות ואי-שוויון.⁶⁸ חוק הבטחת הכנסה, המופעל על ידי המוסד לביטוח לאומי, קבע כללים מפורטים מאוד – הקבועים בחוק עצמו – לזכאות לגמלת הבטחת הכנסה. בחינת הזכאות מבוססת על שלושה מבחנים: הכנסה, תעסוקה ותושבות. מבחן ההכנסה מבוסס על כללים הקבועים אלו הכנסות יובאו בחשבון (עבודה, רכוש, גמלאות מסוימות); הוא מגדיר מתי תובא בחשבון ההכנסה של בן-זוג; הוא כולל חישוב מפורט המגדיר סכומים, המתעדכנים כאחוזים מהשכר הממוצע במשק, שמי שאינו מגיע אליהם עומד במבחן. מבחן התעסוקה קובע מה ייחשב מיצוי של כושר התעסוקה; הוא קובע כי יש להירשם בשירות התעסוקה; הוא קובע כי מי שסירב לקבל עבודה שהוצעה לו תישלל זכותו לקצבה לזמן מסוים; הוא קובע כי

66 לדיון בכנסת שבעקבותיו נגנזה ההצעה, לאחר שנתקלה בהתנגדויות – בין היתר על רקע החשש לעומס על בתי המשפט השלום, התנגדות לבירור עתירות מעין-מנהליות בבית המשפט השלום ולא בית המשפט המחוזי וחשש מהצבת רשם במעמד של משיב בעתירה מנהלית – ראו פרוטוקול ישיבה מס' 311 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18 (5.1.2011) <http://oknesset.org/committee/meeting/3333/>.

67 ס' 7א(1) ו-69 לחוק.

68 ג'וני גל ביטחון סוציאלי בישראל 121 (2004); אברהם דורו מדינת הרווחה בעידן של תמורות (1985).

מי שנמצא בהכשרה מקצועית זכאי לקצבה אם עמד בשאר התנאים. מבחן זה גם מציין מי פטור מעמידה בו (למשל: אם לתינוק, מכור לסמים, חולה, המטפל בחולה או נכה). סכומי הקצבה קבועים בטבלה מפורטת הקובעת סכומי גמלה המשתנים בהתאם להכנסת הזכאי, לגיל הזכאי ולמצבו המשפחתי, כמו גם מנגנון עדכון.⁶⁹ את הזכאות על בסיס הסדר מפורט זה קובעים פקידי המוסד לביטוח לאומי. נראה כי עיקר תפקידם של הפקידים הוא קבלת המידע ממבקשי הגמלה, בדיקת הזכאות וחישוב סכום הגמלה. למעשה, את חישוב סכום הגמלה אפשר לערוך גם באמצעות מחשבון באתר הביטוח הלאומי ובאמצעות המערכות הממוחשבות של המוסד.⁷⁰ תפקיד חשוב נוסף של הפקידים הוא בקשת מידע נוסף או אימות מידע שהתקבל ממבקש בהתאם לצורך. מבקשי המלגה יכולים לערער על החלטות של פקידי המוסד לביטוח לאומי לבית הדין לעבודה.

להבדיל מפקידי המוסד לביטוח לאומי, רשמי ההוצאה לפועל נדרשים גם לקבוע קריטריונים, גם לברר עובדות וגם ליישם את העובדות על הקריטריונים. בעבר עשו זאת במסגרת תפקיד בעל מאפיינים מעין-שיפוטיים; כיום עליהם לקבוע בעצמם את הקריטריונים למרות היותם חלק מהרשות המבצעת. אם כך, נראה שהמאפיין המוצע בספרות האנגלית להבחנה בין שיקול דעת שיפוטי לשיקול דעת מנהלי – מידת ההסתמכות על יישום כללים קיימים לעומת הפעלה של שיקול דעת – אינו מוצלח. בתחום הרווחה והמס ניכר כי הכוונה של המחוקק היא לצמצם את שיקול הדעת של רשויות מנהליות על ידי עיגונו בכללים מפורטים בחקיקה. לשופטים ניתן שיקול דעת רחב יותר מאשר לפקידים בהקשרים הדומים לזה של ההוצאה לפועל. אפיון זה עולה בקנה אחד רק עם תפיסה אנגלית מאד פורמליסטית של תפקיד השופטים. ייתכן שההבחנה האנגלית מתאימה להשוואה בין פקיד ממשל בכירים המתבקשים לעצב מדיניות לבין שופטים המתבקשים להכריע בסכסוכים. בישראל בדרך כלל ניתן לפקיד ביצוע בדרג נמוך שיקול דעת שאינו רחב משיקול הדעת של שופטים.

2. חקירת יכולת בפשיטת רגל

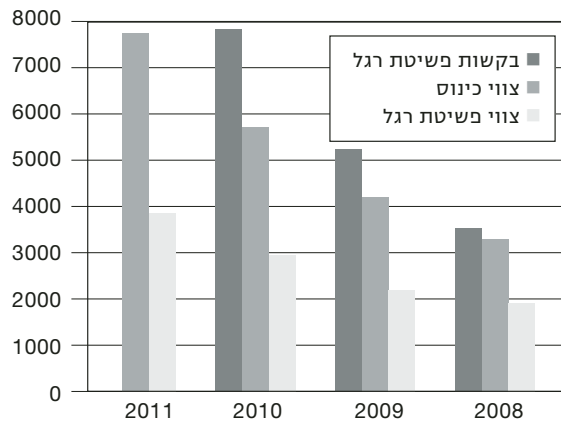
חקירת יכולת בפשיטת רגל היא חלק מהליך ארוך ומורכב: שלב החקירה מגיע לאחר הגשת בקשה לפשיטת רגל על ידי החייב או מי מנושיו, לאחר מתן צו כינוס על ידי בית המשפט המחוזי, וכהכנה לדיון בבקשת פשיטת הרגל. לקראת הדיון בבקשה לפשיטת רגל, הכונס הרשמי מקיים חקירה בעניינו של החייב כדי להגיש חוות דעתו לבית המשפט. לצורך חקירה זו הכונס הרשמי רשאי לזמן את החייב להתייצב במשרדו כדי לחקור במצב עסקי וחובותיו. כמו כן, הכונס הרשמי מוסמך לדרוש כל מידע או מסמך הנוגעים לעניינו של החייב מכל אדם שיש יסוד להניח כי המידע או המסמך נמצאים ברשותו. במידת הצורך, הכונס הרשמי רשאי לפנות לבית המשפט בבקשה לערוך חקירה פומבית של החייב כדי לקבל גילוי מלא ושלם של העובדות הנוגעות להתנהגותו של החייב, לעסקאותיו ולרכושו. במסגרת חקירה

69 חוק הבטחת הכנסה כולל 32 סעיפים ו-4 תוספות. לחוק הותקנו תקנות בדבר כללי זכאות והוראות ביצוע; אתר הביטוח הלאומי (www.btl.gov.il/benefits/Income_support/Pages/default.aspx).

70 מחשבוני הביטוח הלאומי באתר הביטוח הלאומי (www.btl.gov.il/simulators/Pages/default.aspx).

הפומבית, בית המשפט, הכונס הרשמי, הנאמן (אם נתמנה) וכן כל נושה שהגיש תביעת חוב רשאים לשאול את החייב בדבר עסקיו, בדבר נכסיו ונכסי בני משפחתו ובדבר התנהגותו והסיבות לכישלונו.⁷¹ חוות הדעת של כונס הנכסים הרשמי היא רק המלצה, וההחלטות בענייני פשיטת רגל מתקבלות רק על ידי שופט של בית משפט מחוזי.

מכוח התיקון לפקודת פשיטת הרגל משנת 1996 הוקמה באגף הכונס הרשמי יחידת חקירות. ביחידה זו עובדים אנשי מקצוע – רואיי-חשבון וכלכלנים – שמתפקידם לחקור בענייניו של חייב שניתן נגדו צו כינוס, ובכלל זה בדבר הכנסותיו, הוצאותיו, חבויותיו ונכסיו, לרבות נכסים שהיו ברשותו בעבר ונכסים המוחזקים בידי אחרים, ולהגיש על כך תסקיר לבית המשפט. הכונס הרשמי הקודם, עו"ד שלמה שחר, קיים עבודת מטה ובסופה קבע הנחיות לכיצוע שלוש רמות של חקירה, כפי שיפורט בהמשך; הוא הגיע למסקנה שאי-אפשר לקיים חקירה בהיקף מלא ביחס לכל מבקשי פשיטת הרגל בשל העלייה התלולה במספר המבקשים. בשנת 1995, ערב הרפורמה בפקודת פשיטת הרגל, הוגשו 78 בקשות לכינוס נכסים; בשנת 2002, עת ישבה הוועדה שמינה שחר על המדוכה, הוגשו 1,368 בקשות.⁷² ברור שדרכי החקירה והמשאבים שהתאימו למאות בודדות של תיקים כבר לא התאימו לכיצוע חקירות במאות רבות של תיקים, עת נקבעו ההנחיות.



* הנתונים מבוססים על סיכום פעילות 2011 של אגף האפורטרופוס הכללי, הכונס הרשמי, הנאמן הציבורי והרשם לענייני ירושה ואתר כלכליסט.⁷³

71 ס' 18 ו' 29 לפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], התש"ם-1980.

72 לפי הנתונים המופיעים באתר של משרד המשפטים (www.patent.justice.gov.il/NR/rdonlyres/.../kones.xls).

73 אגף האפורטרופוס הכללי, הכונס הרשמי, הנאמן הציבורי והרשם לענייני ירושה סיכום פעילות שנת 2011 (2012) (<http://index.justice.gov.il/Publications/Articles/Documents/SikumPeilutApac2011.pdf>); מארק שון "בדיקת 'כלכליסט': זינוק של כמעט פי 30 במס' הבקשות לפשיטת רגל בשנים 1995-2010" כלכליסט – משפט ומיסוי 18.8.2011 ראו www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3528521,00.html בהתאמה.

כאמור, הנחיות הכונס הרשמי קבעו שלושה סוגי חקירות. בתיקים פשוטים (רמה א'), שלא צפויים בהם הרבה נכסים, הושקעה מעט עבודת חקירה; בתיקים מורכבים יותר (רמה ב') נעשה ריאיון עם החייב והצלבת נתונים; בתיקים של חייבים מועדים שנחשדו בהברחת נכסים (רמה ג') בוצעו פעולות חקירה רבות כולל מעקבים. ב-2003 העריך שחר כי 60% מהפונים ידורגו ברמת חקירה א', המתאימה לפונים חסרי אמצעים שכשלו בעסקיהם בתום לב, והכונס הרשמי יכול ללמוד על מצבם הכלכלי ממקורות נוספים בלי צורך בחקירה מעמיקה.⁷⁴

מאז קבע הכונס הרשמי את ההנחיות, מספר הבקשות לפשיטת רגל ולצווי כינוס הוסיף לצמוח במהירות; בשנת 2011 הוא הגיע ל-7,633 בקשות לצווי כינוס. כך, להנחיות הכונס הראשי שלפיהן יש לבצע עבודת חקירה מעטה במרבית התיקים יש תוקף רב אף יותר כיום, כשמספר הבקשות גדול יותר מפי שלושה משהיה בשנת 2003, שבה פורסמו ההנחיות.⁷⁵ חשוב להבין כי המהלך הרב-שנתי של גידול במספר הבקשות לפשיטת רגל רחוק ממיצוי. נכון לסוף 2011, מספר פשיטות הרגל ל-1,000 תושבים נמוך מאוד בישראל יחסית למדינות מערביות אחרות. בישראל היו 0.47 פשיטות רגל ל-1,000 תושבים בזמן שבאנגליה עמד היחס על 2.73 פשיטות רגל ל-1,000 תושבים,⁷⁶ בקנדה עמד היחס על 2.8 פשיטות רגל ל-1,000 תושבים⁷⁷ ובארצות-הברית – על 4.47 פשיטות רגל ל-1,000 תושבים.⁷⁸ קרי: השיעור באנגליה ובקנדה גבוה כמעט פי שישה מאשר בישראל, והשיעור בארצות-הברית גבוה פי 9.5 מאשר בישראל. מכאן אפשר להסיק כי בהנחה הסבירה שמגמת הגידול בישראל תימשך, ותתקרב לשיעור של פשיטות הרגל במערב, יהיה צורך בתוספת גדולה של כוח אדם חוקר; לחלופין יהיה צורך להוריד את אמות-המידה של החקירה שקבע הכונס הרשמי לפני כמעט עשור. כן אפשר להסיק מנתונים אלו כי העברה ניכרת של חייבים מהליכי הוצאה לפועל להליכי פשיטת רגל, כפי שמוצע לעתים, לא תפתור את הבעיה אלא רק תעביר אותה מחצר לחצר. נוסף על ההנחיות באשר לאופן החקירה פרסם כונס הנכסים הרשמי בשנת 2009 גם הנחיות לקביעת תשלומים עתיים לחייבים. לפי ההנחיות יש להביא בחשבון את ההכנסות בפועל של פושטי רגל ואת ההוצאות הדרושות לשם קיומם לפי הרכב משפחתם: זה הבסיס לקביעת התשלום העתי שישלמו מתוך הכנסתם העתידית בזמן שהם בהליכים לפשיטת

74 טובה צימוקי "מספר פשיטת הרגל בארץ הוכפל ב-5 שנים" Ynet – כלכלה 22.5.2003. www.ynet.co.il/articles/1,7340,L-2629893,00.html

75 האפוטרופוס הכללי והכונס הרשמי פשיטות הרגל – נתונים לשנת 2011. index.justice.gov.il/Units/ApotroposKlali/Departments/The%20official%20receiver/statistics/Pages/.PshitatRegel2011.aspx

76 *Statistics Release: Insolvencies In The Fourth Quarter 2011*, THE INSOLVENCY SERV. (Feb. 3, 2012). www.insolvencydirect.bis.gov.uk/otherinformation/statistics/201202/presswithtables.pdf

77 Benjamin Tal, *Personal Insolvencies Set To Start Rising in 2012*, THE BANKR. REPORT (Feb. 9, 2012). research.cibcwm.com/economic_public/download/bkpty-20120209.pdf

78 *Bankruptcy Filings per Thousand Population* (Dec. 31, 2011). www.uscourts.gov/uscourts/Statistics/BankruptcyStatistics/BankruptcyFilings/2011/1211_perCapitaFilings.pdf

רגל.⁷⁹ הנחיות אלו משמשות את נציגי הכונס הרשמי לגיבוש הבקשות שהם מגישים לבית המשפט לפי סעיף 18 ב' לפקודת פשיטת הרגל, כדי שזה יורה לפושט הרגל לשלמן לקופת פשיטת הרגל לטובת הזוכים.

ד. מסקנות

1. חקירת היכולת במבוי סתום

חקירת היכולת מתנדנדת בשנים האחרונות במים סוערים הן בשל תיקוני החקיקה המקיפים והתכופים והן בשל שינויים חיצוניים לחקיקה. הכמות של חקירות היכולת גדלה באופן רציף ומשמעותי; כמות תיקי ההוצאה לפועל שיש בהם פוטנציאל לחקירת יכולת גדלה כשיעור עוד יותר דרמטי. ללא פישוט וקיצור משמעותי שלהם, המחייבים רפורמה חקיקתית, הליכי פשיטת הרגל לא יוכלו לקלוט מספר גדול של חייבי הוצאה לפועל. על כן, נראה שמספר הבקשות לחקירת יכולת צפוי להוסיף ולצמוח בשנים הבאות, ועמו מספר התיקים שיגיעו לרשם לחקירת יכולת. החייבים נותרו ללא ייצוג כפי שהיו, כך יש להניח, בשנים קודמות. הרשמים המבצעים חקירת יכולת הועברו מוסדית לרשות האכיפה והגבייה. הועמדו לרשותם מאגרי מידע משמעותיים מאוד על נכסי החייבים, הכנסותיהם והוצאותיהם. מאגרים אלו מאפשרים – ואולי אף מחייבים – להקדיש זמן רשמים ארוך יותר לניהול החקירה. ייתכן שהשינוי יחסוך לזוכים ולבאי-כוחם את הזמן והמשאבים הדרושים לאיתור נכסי החייב והכנסותיו, אולם ספק אם הדבר מוצדק, משום שהוא מטיל על המדינה ועל כלל משלמי המסים בה עלויות שראוי היה שיישאו בהן הצדדים לעסקה הוולונטרית. אמנם אפשר להטיל עלויות אלו על הצדדים באמצעות אגרה גבוהה לחקירת יכולת, אך לא ברור שיש בידי רשות האכיפה מידע מספיק על היקף העבודה הדרוש מצד הרשם בכל תיק של חקירת יכולת, כדי שאפשר יהיה לתמחר בהתאם את האגרה טרם החקירה. תמחור מלכתחילה הוא חשוב כדי לוודא שהזוכה משלם אותו ומנסה לאחר מכן לגבות מהחייב גם את האגרה: אם העלות הריאלית רק תתווסף לחוב אזי במקרים רבים החייב חסר היכולת לא ישלם בסופו של דבר והעלות תישאר מוטלת על המדינה. נוסף על כך, אי-נשיאה בעלות של השגת המידע ושל עיבודו על ידי הנושה תיצור אצלו תמריץ שלילי גם מלכתחילה: הוא עלול להשקיע בבירור היכולת של הלווה עלויות נמוכות בהרבה בטרם ילווה לו כסף.

הנגשת מידע רב לרשמים אך לא לזוכים הפכה את חקירת היכולת לאינקוויזיטורית אף יותר. משימת הרשמים במסגרת חקירת היכולת לא הוגדרה מחדש. לא נקבעו כללים מנחים להבניית שיקול דעתם, ועל כן עליהם גם לקבוע ככל מקרה מחדש אלו שיקולים ישקלו ועל בסיס אילו פרמטרים יכריעו. הרשם – מנהל החקירה – מסתמן ככזה שתפקידו למקסם גבייה ולא לאזן בין האינטרסים של הנושה לחייב. למרות זאת, לא נפתח צוהר לביקורת שיפוטית על החלטותיו. בשל כל הגורמים הללו נראה כי חקירת היכולת במתכונתה

79 להנחיות ראו קריטריונים מנחים לקביעת תשלומים עתיים, האפוטרופוס הכללי והכונס הרשמי (פברואר 2009).

www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/EE6F4223-5AE4-41CC-979C-813E1893AF49/13490/guidinglines.pdf

הקודמת כבר אינה ניתנת לביצוע, אולם לא ברור איך אפשר לעצבה ולהגדירה מחדש באופן שתהיה בו הלימה כלשהי בין מטרותיה ובין הליכה, שחקניה והמציאות המוסדית, החברתית והכלכלית שבה היא מתפקדת.⁸⁰

2. מה ראוי לברר בחקירת יכולת?

מה בדיוק נדרש הרשם לברר בחקירת היכולת? לאור הדברים שלעיל אפשר להעלות על הדעת כמה שאלות:

1. מה היקף נכסיו והכנסתו הנוכחיים של החייב?
2. מה פוטנציאל ההכנסה העתידית של החייב?
3. מה נדרש לחייב לשם קיום?
4. האם הבריה החייב נכסים או העדיף נושים?
5. האם נכנס החייב לחובותיו בתום לב?

כל אחת מהשאלות מחייבת סוג חקירה אחר מבחינת הזמן שאליו החקירה מתייחסת, תכניה והמידע הרלוונטי לה. הבירור לגבי נכסיו והכנסותיו הנוכחיות, פוטנציאל הכנסותיו העתידיות ומה נדרש לו לשם קיום כלל אינו מתייחס לעבר: היקף נכסיו והכנסתו הנוכחיים מתייחס רק להווה, ושני הבירורים האחרים מתייחסים גם לעתיד. לבירור נכסיו והכנסתו הנוכחיים של החייב אנו זקוקים למידע על הכנסות ונכסים; בירור פוטנציאל הכנסות העתידיות מצריך מידע על השכלה, ניסיון מקצועי והזדמנויות תעסוקה; בירור צורכי הקיום של חייב מצריך מידע על אורח חיים, מצב משפחתי, בעיות רפואיות וכדומה; הבירור האם הבריה החייב נכסים או העדיף נושים, והבירור האם נכנס לחובותיו בתום לב, מתייחסים גם לעבר ודורשים מידע רב ומורכב על הכנסות, נכסים, התחייבויות והוצאות בנקודות זמן בעבר. על פי בראופיר וגלבוע:

חקירת יכולת מהווה אמצעי חשוב לאיסוף נתונים על נכסיו השונים של החייב המסוים, כדי לתת צו תשלומים או צווים אחרים, לשם גבייה יעילה ומהירה של החוב. אפשר וצריך להוסיף גם מטרות אחרות כגון גילוי נכסים ומקורות הכנסה שהוסתרו מעיני הנושים וחשיפת הוצאות מיותרות ומוגזמות שהחייב הוציא במקום להחזיר את חובותיו.⁸¹

נראה כי בראופיר וגלבוע התמקדו בבירור נכסיו והכנסותיו הנוכחיות של החייב נוסף על מה שדרוש לו לשם קיום. ייתכן שבמובלע התכוונו גם לבירור של פוטנציאל הכנסתו העתידית; ייתכן שהבירור אם הבריה נכסים או העדיף נושים נכלל חלקית במטרות החקירה – אולם רק ככל שנכסי החייב הוסתרו, ולא ככל שהועברו לידי צד ג' באופן המחייב ביטול של עסקת ההעברה, שאינו בסמכות הרשם. לא נראה שהבירור אם נכנס החייב לחובותיו בתום לב נראתה להם רלוונטית לחקירת היכולת בהוצאה לפועל.

החקירה במסגרת בקשה להבטחת הכנסה מוגבלת בעיקר לבירור נכסיו והכנסותיו הנוכחיים של החייב. אפילו במסגרת בירור זה עיקר הבירור נוגע להכנסות ולא לנכסים; רק לנכסים

80 ראו, למשל, רע"א 824/06 בנק הפועלים בע"מ נ' גרתי, דינים עליון 2006 (56) 64 (27.9.2006); רע"צ (שלום קר') 11-11-29860-03 עבוד נ' רקמת הפלדה בע"מ (פורסם בנוב, 11.5.2011).

81 בראופיר וגלבוע, לעיל ה"ש 9, בעמ' 446.

מניבי הכנסה יש משמעות בחקירה זו.⁸² הבירור לגבי פוטנציאל ההשתכרות העתידית של החייב מתבצע על ידי שירות התעסוקה עבור המוסד לביטוח לאומי. שירות התעסוקה אינו מבצע בירורים תאורטיים לגבי יכולת ההשתכרות אלא מפנה מבקשים של הבטחת הכנסה לעבודות קונקרטיות. שירות התעסוקה יכול להציע לאנשים עבודות המתאימות לכישוריהם הנוכחיים ככל שיש ביקוש לעבודות אלו אצל מעסיקים שפנו לשירות התעסוקה; שירות התעסוקה אינו יכול להפנות אנשים לשם פתיחת עסקים ומיזמים שעשויים להכניס הכנסה גבוהה יותר. ככלל, הקביעה "מה נדרש לחייב לשם קיום" מוגדרת בחוק, לפי כמה דרגות רחבות, ואינה מחייבת בירור עובדתי. היקף הנכסים, ההכנסות וההוצאות שהיו למבקש הגמלה בעבר, כמו גם הנסיבות שהביאוהו למצב שבו יצטרך לבקש גמלה, אינם נחשבים רלוונטיים לקביעת זכאותו להבטחת הכנסה.

החקירה במסגרת הליכים לפשיטת רגל מוגדרת כבעלת מטרת רחבות יותר. נקבע כי על הכונס הרשמי לקיים חקירה לשם הגשת חוות דעת לבית המשפט "בענייניו של חייב שניתן נגדו צו כינוס, ובכלל זה בדבר הכנסותיו, הוצאותיו, חבויותיו ונכסיו, לרבות נכסים שהיו ברשותו בעבר..."⁸³. בחוות דעת יציג הכונס הרשמי "את הערכתו בדבר הנסיבות שגרמו למצבו של החייב [...] וכן יחווה את דעתו בדבר יכולתו של החייב לפרוע את חובותיו ובדבר ההליכים שיש לנקוט". נוסף על חקירה במשרדיו יכול הכונס הרשמי לבקש מבית המשפט להזמין את החייב לחקירה פומבית בבית המשפט. בחקירה זו יכול "בית המשפט, הכונס הרשמי, הנאמן [...] וכן כל נושה שהגיש תביעה [...] לשאול את החייב בדבר עסקיו, נכסיו, ונכסי בני משפחתו ובדבר התנהגותו וסיבות כשלונו"⁸⁴. כאמור, נראה כי לחקירה במסגרת הליך של פשיטת הרגל יש מטרת רחבות יותר, לרבות זיהוי של הברחת נכסים ובירור הסיבות לכישלון ולפשיטת הרגל. אם כן, נראה כי כל חמש המטרות שצוינו לעיל כלולות במטרות החקירה בפשיטת רגל – אלא, כאמור לעיל, שכונס הנכסים הרשמי הוציא לפני כמעט עשור הנחיה בדבר צמצום של היקף החקירה ביחס למרבית פושטי הרגל. אשר למיעוט שביחס אליו מתבצעת חקירה בהיקף מלא למימוש חמש המטרות, החקירה מתבצעת בסיוע של יחידת החקירות הכלכליות באמצעות עורכי-הדין, רואי-החשבון והחוקרים של הכונס הרשמי, של הנאמן בתיק פשיטת הרגל ושל בית המשפט.

3. חקירת היכולת לאן: ההסדרים הרצויים

אפשר להניח, כך נראה, כי מספר חקירות היכולת יגדל, החייבים יוסיפו להיות בלתי-מיוצגים, הזוכים יוסיפו להיות מיוצגים, מידע נוסף יוגש לרשמים דיגיטלית, הרשמים יישארו כפופים לרשות המבצעת והיה בעלי מאפיינים אישיים ותודעתיים שייבדלו יותר מאשר בעבר מאלו של שופטים. במצב דברים זה, ובהתחשב במשבר הצפוי אם יימשך המצב הקיים, ראוי לקדם רפורמות באופן הניהול של חקירות היכולת. ראוי כי עיקרן יהיה הגדרה מחודשת של מטרות

82 וכן לכלי רכב, שבנסיבות מסוימות יכול לשלול הזכאות להבטחת הכנסה. ראו ס' 9 לחוק הבטחת הכנסה, התשמ"א-1980.

83 ס' 118 לפקודת פשיטת הרגל.

84 ס' 27 ו-29 לפקודת פשיטת הרגל.

החקירה באופן מצומצם וממוקד יותר, תוך ויתור על חקירות הנוגעות לעבר והתמקדות בהווה ובעתיד. להלן כמה המלצות לקידום מטרות אלו ולשיפור חקירות היכולת.

(א) המלצות לשיפור חקירת היכולת

(1) **ויתור על חקירות ביחס לעבר:** הבירור אם נכנס החייב לחובותיו בתום לב אינו אמור להיות רלוונטי במסגרת ההוצאה לפועל. מידת האשמה הראשונית של החייב במצבו היא קשה מאוד לבירור, ומחייבת בחינה לא רק של החלופה שבה בחר החייב בכל שלב אלא גם של החלופות שבהן לא בחר, וכן בחינה של מצבו הנפשי, של העדפות הסיכון שלו, של המידע שעמד לרשותו, של הערכות שלו ושל אחרים בנקודות זמן בעבר לגבי נתונים מקררי-כלכליים, של נורמות התנהגות רצויות ושל קביעת אשם. גם כשיושלם דיון כזה לא יהיו לו שימושים מעשיים מבחינת הצווים שהרשם מוסמך להוציא. אמצעי אכיפה עקיפים אינם אמורים להיות מופעלים כעונש על התנהגות בעבר.⁸⁵ אפילו במסלול פשיטת הרגל אין לבירור זה רלוונטיות רבה בימינו, לאחר שנקבע כי חוסר תום לב בעת יצירת החיובים אינו שולל כשלעצמו את הזכות להיכנס בשעריו של הליך פשיטת הרגל.⁸⁶

(2) **שימוש רב יותר במאגרי מידע בהקשר של נכסים והכנסות:** במרבית התיקים אפשר יהיה לגזור את נתוני ההכנסות והנכסים של החייב באופן ממוחשב, על ידי ממשק מתאים בין המאגרים לבין מערכת ממוחשבת לשליפה ועיבוד של הנתונים. כך תיחסך מהרשם מרבית העבודה ותושג המטרה של בירור ההכנסות והנכסים של החייב.

(3) **התמקדות בכושר השתכרות עתידי:** בירור של פוטנציאל ההכנסה העתידית יכול לעמוד במרכז חקירת היכולת. אם ייקבע בחוק כי הרשם יכול להיעזר לשם כך בגורם חיצוני – בדומה לאופן שבו המוסד לביטוח לאומי נעזר בשירות התעסוקה ובהשמה לעבודה בפועל – כך יוכל להימנע הצורך בקידום מטרה זו במסגרת חקירת היכולת עצמה; אם הדבר אינו אפשרי יוכל רשם ההוצאה לפועל בחקירתו לנסות לברר אם החייב ממצה את כושר ההשתכרות שלו: האם הוא עובד בהיקף השעות המרבי האפשרי בהינתן מצבו האישי והמשפחתי? האם הוא מנצל את כישוריו, השכלתו וניסיונו באופן הולם בשוק התעסוקה? האם ראוי כי ייטול אשראי נוסף לניהול עסק או לקידום מיזם? התמקדות בבירור של פוטנציאל ההכנסה העתידית עולה בקנה אחד עם מרכזיות ההכנסות העתידיות של החייב כמשתנה המשפיע ביותר על ההיתכנות והקצב של החזר החוב.⁸⁷

(4) **התמקדות בחייבים שיש לגביהם חשד התחמקות:** יש לוותר על חקירות צורכות משאבים במרבית התיקים – באלה שאין בהם סימנים מחשידים להסתרה ולהעלמה, בדומה להנחיות שהוציא הכונס הרשמי בחקירות של פשיטת רגל.

85 לאמצעי אכיפה עקיפים ראו לרנר, לעיל ה"ש 10.

86 לשינויים בשערי הכניסה ראו רון חריס "ממאסר להפטר: הצעת סדר-יום חדש לחקיקת דינים לאכיפת חיובים", עיוני משפט כג Rafi Efrat, *Legal Culture and Bankruptcy: A Comparative Perspective*, 20 BANKR. DEV. J. 351(2004). 641 (2000); שלמה לויין ואשר גרוניס פשיטת רגל (מהדרורה שלישית, 2010).

87 ראו חריס, לעיל ה"ש 86, בעמ' 692.

(5) העברת חייבים החשודים בהברחת נכסים למסלול פשיטת הרגל: בירור השאלה אם הבריה החייב נכסים או העדיף נושים אינו רלוונטי להליך של חקירת יכולת, משום שחוק ההוצאה לפועל אינו מקנה לרשם או לשופט כלים משמעותיים לביטול של העדפות נושים ושל הברחות נכסים. ראוי כי תיקים שיש בהם סיבה לחשוד כי התרחשו העדפות או הברחות שאפשר לבטלן לתועלת הנושים יועברו למסלול פשיטת הרגל. במסלול זה אפשר לבצע חקירות מעמיקות באמצעים העומדים לרשות כונס הנכסים, הנאמן בפשיטת הרגל הרשמי ובית המשפט; כמו כן, במסלול זה אפשר לבטל הענקות, המחאות וכויות, העדפות ועסקאות.⁸⁸

(6) הבניית שיקול הדעת של הרשם: במסגרת הבירור של צורכי החייב יש לשאוף להבנות במידת האפשר את שיקול הדעת באמצעות כללים חקיקתיים, בדומה לקביעת היכולת והצרכים בהבטחת הכנסה. כללים כאלה ייקבעו באופן מפורש בהליך חקיקתי שבו ישתתפו מומחים, קבוצות אינטרס וארגונים חברתיים, ולא אד-הוק ובהצנעה בחדרי חקירת היכולת. כללים כאלה יכולים להישען על כללים שנקבעו בתחומים אחרים כגון הבטחת הכנסה, והם יכולים להתעדכן בהתאם לשינוי בנתונים ובמדרים חיצוניים. כללים כאלה יכולים לייתר את שיקול הדעת והבירורים העובדתיים שנדרשו עד כה לבירור של צורכי החייב. במקרים חריגים אפשר להותיר בידי החייב את האפשרות להציג ראיות בדבר צרכיו והצרכים של בני משפחתו המיוחדים וחורגים מהממדים הרגילים של הוצאות, בהתחשב במקום מגוריו, בגילו, במצבו המשפחתי וכדומה.

(7) הטלת עלויות החקירה על החייבים והזוכים: ראוי לממן את מערכת חקירת היכולת מכספי האגרות כך שהמשתמשים במערכת ההוצאה לפועל – הזוכים והחייבים – הם שיישאו בעלות החקירה ולא כלל הציבור. אם המדינה תסבסד חקירות יכולת זוכים ירכו להשתמש בהן. יתר על כן: זוכים אף עשויים לוותר על בירור ראשוני של הכנסות החייב ונכסיו בעת ההחלטה על מתן אשראי, משום שבירור כזה יהיה על חשבונם ואילו בירור בדיעבד יהיה על חשבון המדינה. כמו כן, זוכים עשויים לבקש חקירות יכולת גם עבור חובות קטנים, עבור חובות שהסתברות החזר שלהם נמוכה ועבור חובות שכבר הוכרזו כאבורים לצורכי מס. מימון על ידי המדינה פירושו סבסוד השותפים בשוק האשראי על ידי משלמי מסים אחרים. ככל שתצומצם המטרה של חקירת היכולת, וככל שיובנה שיקול הדעת על ידי כללים, כך אפשר יהיה לתמוך בהכפפה של רשמי ההוצאה לפועל לרשות המבצעת – כל עוד תועבר הסמכות לקבוע תשלומים בחריגה מהכללים בשל נסיבות אישיות מיוחדות לידי שופט, ולא תושאר בידי הרשם. יש לסייג אמירה זו גם בכך שהיא מתייחסת רק לסמכות של רשמים לבצע חקירת יכולת ולקבוע יכולת תשלום. היבטים אחרים של עבודתם – כמו הוצאת צווי מאסר,⁸⁹ עיכוב יציאה מהארץ, אי-חידוש דרכון, שלילת רישיון נהיגה והחלטות אחרות השוללות או מגבילות זכויות של חייבים – עדיין ראוי כי יופקדו רק בידי שופט. לדעתי, עם הצמצום במטרות של חקירת היכולת יתייתר מיקור-חוץ של חקירת היכולת לעורכי-דין ולרואי-חשבון פרטיים. אי-אפשר יהיה להשיג את המטרה של בירור נכסי החייב והכנסותיו באופן אפקטיבי על ידי חוקרים שאינם עובדי מדינה או שופטים. לא נכון יהיה לאפשר להם

88 ס' 96-98 לפקודת פשיטת הרגל.

89 הוצאת צווי מאסר לפי ס' 70 לחוק תאפשר רק מ-15.5.2013.

נגישות חופשית למאגרי מידע בעלי מידע רב ורגיש, ששימוש לא ראוי בו יכול לפגוע מאוד בפרטיות החייבים. לעומת זאת, מערכות מחשוב מתאימות יכולות לאפשר לרשמים להפיק את כל המידע הרלוונטי ביחס למטרה זו ללא צורך להשקיע זמן עבודה יקר. כמו כן, אין טעם שהרשמים יפיקו את המידע ואז יפעילו שיקול דעת – הדורש זמן רב – בשאלה איזה חלק ממנו ראוי להעביר לחוקרי ההוצאה לפועל. בהליך סינון כזה תהיה כפילות מיותרת, ובסופו של דבר יקבלו החוקרים מידע מצומצם שהוא רק חלק מהמכלול הרלוונטי בשל הצורך לאזן בין אינטרס הגבייה לאינטרס הפרטיות. זאת ועוד: אותם חוקרים – או שוב: הרשמים – יצטרכו להחליט איזה חלק ממידע זה להעמיד לרשות הזוכים לצורך ביצוע פעולות גבייה כמו עיקול ותפיסה.

אילו תתקבל הצעתי כי אז ירד היקף הערעורים הצפוי במידה ניכרת. נכסי החייב והכנסתו יאותרו באופן ממוחשב. צורכי קיומו ייקבעו בכללים המעוגנים בחקיקה ראשית או משנית. לא יתבצעו מהלכי חקירה במסגרת ההוצאה לפועל לצורך איתור נכסים שהועברו לצדדים שלישיים כחלק מהברחה או מהעדפת נושים. לא יבוררו הנסיבות שהביאו ליצירת החובות – ולכן ביחס לכל הנושאים הללו לא יהיה בסיס להליכי ערעור. קביעות באשר ליכולת ההשתכרות העתידית של החייב, ככל שלא ייקבעו מלכתחילה בכללים, יתגבשו בדרך של החלטות אינדיבידואליות לגבי חייבים בעלי מאפיינים אישיים שונים זה מזה. על החלטות כאלו ראוי לאפשר לערער או לעתור מנהלית. המטרה של אותן עתירות תהיה לא רק לפקח על החלטות הרשמים ולתקן אלא גם ליצור אחידות בין הרשמים וליצור בהדרגה דין יציר הפסיקה, שיעצב את הציפיות שראוי לצפות מחייבים לגבי פעולות שעליהם לנקוט לצורך יצירת הכנסות עתידיות. ייתכן כי בעתיד, לאחר קביעה הדרגתית של הלכות ותקדימים באמצעות דין יציר הפסיקה, אפשר יהיה לקבוע כללים בסוגיה זו בחקיקה, בחקיקת-משנה או בהנחיות מנהליות. כדי שיתפתח דין כזה בקצב מהיר ראוי לאפשר ערעור בזכות על החלטות בנושא זה. ראוי גם להעניק ביד נדיבה, לפחות בראשית הדרך, רשות ערעור ביחס להחלטות הערכאה הראשונה. האם ראוי שהערכאה הראשונה בנושא זה תהיה בית המשפט השלום או בית המשפט המחוזי? את ההחלטה הזו ראוי לקבל על פי שיקולים מוסדיים רחבים החורגים מתחום ההוצאה לפועל ועל כן איני מתיימר להציג המלצה במסגרת הנוכחית.

(ב) עיצוב מחדש של חקירת היכולת כחלק מרפורמה רחבה בדיני אכיפת חיובים

לתפיסתי, השינוי בחקירת היכולת ראוי שיהיה חלק מרפורמה מקיפה יותר בדיני אכיפת החיובים.⁹⁰ מטרה מרכזית של הרפורמה היא להבחין בין חייבים בעלי יכולת לפרוע את חובם תוך זמן סביר וחייבים חסרי יכולת כזו. בהקשר זה חקירת היכולת היא מרכזית. יכולת ההחזר של החובות מתבססת על שני מקורות – נכסים והכנסות עתידיות. לטעמי, בכך שצמצם במידה ניכרת את ההגנה על פרטיות החייב, על ידי העמדת מאגרי המידע לשימוש הרשם, יצר תיקון 29 פוטנציאל להתקדמות עצומה ביכולת לאתר נכסים של החייב.

90 כתבתי בעבר על הקווים המנחים לתפיסתי ברפורמה כזו; ראו חריס, לעיל ה"ש 86; ראו גם את ההצעות המופיעות בלרנר, לעיל ה"ש 10; וכן הוועדה לשיפור ולייעול הליכי האכיפה והגבייה בישראל דו"ח ביניים (2011).

פוטנציאל זה טרם מומש במלואו מבחינת ההנגשה של מאגרי המידע לרשמים ומתן כלי עזר בידיהם לשליפת המידע ולניתוחו, בדרך של תוכנות או בדרך של כוח עזר מנהלי. על כן, בשלב המיידני ראוי לקדם את יכולת השימוש במידע שהמחוקק כבר העמיד לרשות הרשם בחקירת היכולת.⁹¹ בשלב הבא יש להעמיד במוקד תשומת הלב את הכנסותיו העתידיות של החייב ולגבש כללים ותמריצים שיבטיחו כי ימקסם את הכנסתו וכי זו תועמד בחלקה (תוך התייחסות לצורכי הקיום ולצורך ליצור לו תמריץ ראוי לעבודה) לשם פירעון החובות לזוכים. הצעתי היא כי לאחר מיצוי של שני מקורות אלו – נכסים והכנסות עתידיות – יש לאפשר לחייבים חסרי יכולת לפרוע את חובותיהם באופן מלא תוך זמן סביר לקבל הפטר על יתרת חובם, בדומה להליך ההפטר בפשיטת רגל, ולפתוח דף חדש תוך השתלבות בחיים נורמטיביים ויצרניים. זו המגמה הרווחת בעולם בשנים האחרונות: מדינות אירופה מקלות ברשישות לקבלת הפטר, ארצות-הברית האטה את מהירות קבלת הפטר לחייבים בעלי הכנסות ממוצעות ומעלה, וקנדה ובריטניה שמרו על מדיניות המאפשרת קבלת הפטר באופן מהיר אך לא מיידני.⁹² לתפיסתי, הפטר זה יכול להינתן במסגרת הליכי ההוצאה לפועל לאחר תיקון מתאים של החוק. ראוי כי הפטר כזה – שמשמעותו ביטול תוקפן של זכויות חיוביות של זוכים, המעוגנות בפסקי דין וחוזים – יינתן על ידי שופט שלום ולא על ידי רשם שאינו שופט. אפשר לקבוע שאפשר יהיה לקבל הפטר כזה רק פעם בשבע שנים, בדומה להסדר האמריקני.

אשר לחייבים שיש חשד כי הבריחו נכסים או העדיפו נושים, את ההליכים בעניינם אפשר להעביר למסלול פשיטת הרגל. במסלול זה אפשר יהיה לבצע, באמצעות הכונס הרשמי ובית המשפט, את החקירות המעמיקות שפקודת פשיטת הרגל מאפשרת. כמו כן אפשר יהיה לבטל העברות ועסקאות באמצעים החוקיים והשיפוטיים הקיימים בפשיטת רגל. במידת הצורך גם אפשר יהיה להפעיל את ההליכים הפליליים שפקודת פשיטת הרגל מאפשרת לנקוט בשל העלמת מידע, הברחת נכסים והעדפת נושים. לעומת זאת, את מבקשי פשיטת הרגל חסרי האמצעים שאינם נחשדים בהברחות והעדפות, ושלפי הנחיות הכונס הרשמי מתנהלות ביחס אליהם בשנים האחרונות חקירות קצרות מאוד ולא מעמיקות, אפשר יהיה להעביר להמשך טיפול במסגרת מסלול ההוצאה לפועל, שם יוכלו לקבל את ההפטר שמסלול זה יציע. כך ייוחד מסלול ההוצאה לפועל לחייבים רגילים, שאינם משתמטים ואינם מצריכים חקירות מעמיקות באשר לעבר, ושהגבייה מהם תיעשה מתוך נכסים קיימים שאינם פטורים ומתוך הכנסות עתידיות שאינן מוגנות. מסלול פשיטת הרגל ייוחד לחייבים שהתעוררו ביחס אליהם חשדות להברחות ולהעדפות נושים.

91 ראוי גם לאפשר לו לגשת למאגרי רשויות המס הכוללים מידע רלוונטי שתוקן 29 לחוק לא כלל ברשימת המאגרים בשל התנגדות משרד האוצר.

92 ראו Jacob Ziegel, *Facts on the Ground and Reconciliation of Divergent Consumer* *Insolvency Philosophies*, 7 THEORETICAL. INQ. L. 299 (2006).

ה. סיכום

הצעתו השינוי המאפיינים של חקירת היכולת יכולה להיות מיושמת ככל שהדבר נוגע להגדרת המטרות של חקירת היכולת גם ללא שינויי חקיקה. אפשר לעשות זאת – ככל שסוברים שהחלטות הרשמים הן מנהליות – בדרך של הנחיות רשות האכיפה והגבייה לרשמים; אפשר לעשות זאת – ככל שסוברים כי מדובר בהחלטות בעלות מאפיינים שיפוטיים – בדרך של מתן רשות ערעור באופן יותר נדיב על ידי בית המשפט ופסיקה מנחה של בית המשפט השלום או המחוזי, ופסיקה בעלת מעמד תקדימי מחייב בשאלות עקרוניות של בית המשפט העליון. חלקים מהמלצתי ניתנים ליישום באמצעות עיבוד מושכל באמצעים ממוחשבים של המידע הקיים במאגרים שהעמיד החוק לרשות הרשמים.

חלק מההמלצה דורש שינויי חקיקה שיקבעו כללים המבנים את שיקול הדעת הקיים היום באשר להגדרת יכולותיו וצרכיו של החייב. השאלה מתי נכון להסדיר תחום פעילות באמצעות כללים ומתי ראוי להותירו לשיקול הדעת של המחליטים היא שאלה קלאסית בהקשר של הסדרה משפטית.⁹³ ניתוח השאלה שונה במשהו כשמדובר בהחלטות שיפוטיות ובהחלטות מנהליות. במקרה של חקירת יכולת נראה כי מקבלי ההחלטות נהפכו לבעלי מאפיינים מנהליים יותר עם הכפפת הרשמים לרשות המנהלית והאפשרות להעברת את חקירת היכולת לחוקרים שאינם עובדי מדינה. בהקשר המנהלי, הותרת שיקול דעת בידי המחליט מעלה חששות לאי-שוויון, לחוסר צדק, להטיות כנגד קבוצות מיעוט וקבוצות חריגות, לפגיעה עמוקה יותר בפרטיות ולתלות במקבלי ההחלטות. הפעלה של שיקול דעת יכולה להגיע לתוצאות טובות יותר כשמפעיליו מונחים על ידי אתוס מקצועי מפותח כגון רופאים או עובדים סוציאליים. נראה כי טרם התפתח אתוס כזה ביחס לרשמי ההוצאה לפועל. בעיה נוספת בהפעלת שיקול דעת היא מספר התיקים הגדול היוצר עומס גדול ומותיר זמן קצר לקבלת החלטות. נכון לשלהי 2011 כיהנו 63 רשמי הוצאה לפועל.⁹⁴ כפי שראינו לעיל, בשנים האחרונות מתנהלות מדי שנה כ-40 אלף חקירות יכולת, וסביר שהמספר יוסיף ויגדל. כל רשם צריך לקיים בממוצע 635 חקירות יכולת בשנה. כמות כזו, בד בבד עם ניהול הליכים רבים נוספים בתיקי הוצאה לפועל, יוצר עומס קשה שעשוי לפגוע בשיקול הדעת.⁹⁵ לטעמי, הצורך בהסדרה חקיקתית גובר גם בשל היעדר הסדרה משמעותית בדרך של דין יציר פסיקה. שופטים נוטים לא להעניק רשות ערעור ולא להתערב בשיקול הדעת של רשמי ההוצאה לפועל.⁹⁶ ההתערבות מתרחשת לעתים נדירות ורק במקרים חריגים, למשל

Frederick Schauer, PLAYING BY THE RULES: A PHILOSOPHICAL EXAMINATION OF RULE-BASED DECISION-MAKING IN LAW AND IN LIFE (1991) 93

לפי הנתונים המופיעים באתר של רשות האכיפה והגבייה. (www.eca.gov.il/index2.php?id=133&lang=HEB) 94

Shai Danziger, Jonathan Levav & Liora Avnaim-Pesso, *Extraneous Factors in Judicial Decision*, 108 PNAS (2011), available at <http://www.pnas.org/content/early/2011/03/29/1018033108.full.pdf+html> 95

ראו, למשל, בר"ע (מחוזי ת"א) 2890/06 עזריה נ' אימפולייט בע"מ, דינים מחוזי 2007 (42) 96 (15.8.2007) 1112.

כשהחלטה סותרת הוראת חוק.⁹⁷ אנו רואים שגם במקרים שבהם הצהיר בית המשפט שיש ממש בטענת המערער לא הייתה התערבות בהחלטת הרשם.⁹⁸ נראה כי השופטים בערכאות השונות לא מגלים עניין בתחום ההוצאה בפועל ולא רוכשים בו מומחיות. מכלול שיקולים אלו תומך בהמלצה ליצור הסדר בדרך של כללים קבועים בחקיקה.

רפורמה רחבה יותר – שתגדיר חלוקת עבודה חדשה בין מסלולי ההוצאה לפועל לפשיטת הרגל, תאפשר קיום של 'מיני פשיטת רגל', תוביל להפטר במסגרת ההוצאה לפועל ותערב שופטים בדרך משמעותית יותר בפיקוח על רשמים – ודאי תצריך בחינה במסגרת משרד המשפטים, אולי אף הקמת ועדה לבחינת ההצעות, ובסופו של דבר – הליך חקיקה. מאמר זה הוביל אותנו מעיסוק בפרטי הפרוצדורה הנקודתיים לעבר הרפורמה המקיפה,⁹⁹ והדגים את האופן שבו הפרוצדורה והמהות משתלבות זו בזו במידה שבעטיה אי-אפשר להפריד בין הדיון באחת לדיון באחרת.

97 רצ"פ (מחוזי ת"א) 1323-09 דוידאן נ' יעד פרזול בע"מ (פורסם בנבו, 20.1.2010).

98 רצ"פ (מחוזי ת"א) 1066-09 בוקס נ' קבוצת וילנאי לשיווק בע"מ, דינים מחוזי 2010 (86) 1172 (20.5.2010).

99 ראו חריס, לעיל ה"ש 86.