



בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 1297/11

לפני: כבוד השופט ח' מלצר
כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט א' שהם

המערערים: 1. מרטין לוין
2. אן לוין

נגד

המשיבים: 1. רו"ח אהרון זוהר
2. כונס הנכסים הרשמי

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי ירושלים מיום
02.01.2011 בתיק פשר-09/006403

בשם המערערים: עו"ד רוי בר-קהן; עו"ד יעל חסיד

בשם משיב 1: עו"ד איתן ארז; עו"ד יואב בן פורת

בשם משיב 2: עו"ד טובה פריש

פסק-דין

השופט נ' הנדל:

1. האם ניתן להכיר בצו פשיטת רגל שהוצא בחוץ לארץ, על מנת לממש נכסים של החייב המצויים בישראל? שאלה זו עומדת במוקד הערעור שבפני על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (פש"ר 6403/09, כב' השופט ד' מינץ), אשר התיר לממש נדל"ן בהתבסס על צו פשיטת רגל שהוצא נגד החייב באנגליה.

עיקרי התשתית העובדתית וההליכים הקודמים

2. החייב - מר ניקולאס לוין - הוא איש עסקים אנגלי אשר הסתבך בחובות כבדים. המערערים 1-2 (להלן: המערערים) הם הורי החייב.

ביום 7.10.2009 ניתן כנגד החייב צו פשיטת רגל על ידי בית המשפט הגבוה לצדק בלונדון לענייני פשיטת רגל (להלן: הצו). בהמשך אף מינה בית המשפט האנגלי נאמנת לנכסי החייב (להלן: הנאמנת). זמן קצר לאחר מכן הגישה הנאמנת לבית המשפט המחוזי בישראל בקשה לאכיפת צו פשיטת הרגל האנגלי, ולמינוי כונס נכסים בישראל (נספח 3 למוצגי המערערים). במסגרת התיק הוגשה גם בקשה דחופה למינוי כונס נכסים זמני. בית המשפט המחוזי נענה לבקשה אחרונה זו, ומינה ביום 5.1.2010 את משיב 1 ככונס נכסים זמני למרבית נכסי החייב בישראל (להלן: הכונס הזמני).

ביום 23.2.2010 הגיש הכונס הזמני לבית המשפט המחוזי בקשה למתן הוראות, ובמסגרתה התבקש בית המשפט להורות על מימוש דירה באילת. הכונס הזמני טען כי הדירה אמנם רשומה על שם הורי החייב (המערערים), אך היא נרכשה במלואה בכספו של החייב, ומסירתה למערערים במתנה היא בגדר הענקה פסולה לפי סעיף 96 לפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], התש"ם-1980.

בית המשפט המחוזי קיבל את בקשת המימוש. נקבע כי ניתן להכיר בצו פשיטת הרגל האנגלי הכרה אגבית, דהיינו: הכרה מוגבלת לצורך הבקשה הנוכחית בלבד שעניינה מימוש נכס ספציפי. בית המשפט הוסיף וקבע, בהסתמך על כללי המשפט הבינלאומי הפרטי, כי על הבקשה למימוש הדירה באילת חלים דיני פשיטת הרגל של ישראל. מכיוון שכך, השאלה הקריטית היא האם מסירת הדירה למערערים היא בגדר הענקה פסולה שדינה להתבטל על פי פקודת פשיטת הרגל. לשאלה זו השיב בית המשפט המחוזי בחיוב, ולנוכח זאת הורה על מימוש הדירה באילת. מכאן הערעור שלפנינו.

3. הצדדים חלוקים בשתי סוגיות מרכזיות. הסוגיה האחת היא ההכרה בצו פשיטת הרגל האנגלי: לשיטת המערערים לא היה מקום להכיר בצו, ואילו המשיבים טוענים כי צדק בית המשפט המחוזי בקובעו כי יש להכיר בצו. הסוגיה השנייה היא ביטול ההענקה מכוח פקודת פשיטת הרגל: לגישת המערערים, גם אם היה מקום להכיר בצו – הרי שאין זה נכון לבטל את ההענקה, משום שלא התקיימו התנאים הקבועים בפקודה. המשיבים, לעומתם, סומכים ידיהם על פסק דינו של בית המשפט המחוזי לפיה מדובר בהענקה פסולה שדינה להתבטל.

התקיים בפנינו דיון בעל פה. בהמשך לדיון ובהתאם לבקשת המותב הודיע הכונס הזמני כי לא חל שינוי בעמדתו, וכי לשיטתו לא קיימת חלופה אחרת - מלבד

ההליך הנוכחי למימוש הנכסים - לשם מיצוי ההליכים נגד החייב. מכאן שמתבקשת הכרעה בערעור. עוד יצוין, להשלמת התמונה, כי יחד עם הבקשה למימוש הדירה באילת - הגיש הכונס הזמני לבית המשפט המחוזי בקשה נוספת למימוש מיטלטלין המצויים בדירה אחרת (בהתבסס גם כן על טענת הענקה פסולה). אף בקשה זו התקבלה, אולם חלק זה של ההחלטה איננו עומד לדיון במסגרת הערעור שלפנינו.

דיון והכרעה

קליטת פסקי חוץ: המסגרת הסטטוטורית

4. המחלוקת היסודית בין הצדדים נוגעת למעמדו של צו פשיטת הרגל האנגלי בהליכים המתנהלים בפני בית משפט בישראל. הקושי נובע מכך שמדובר בפסק חוץ, דהיינו: הכרעה שניתנה על ידי ערכאה שיפוטית זרה. פסק חוץ – כשמו כן הוא: אין הוא נקלט באופן אוטומטי בישראל. השאלה היא האם בתיק הנוכחי יש מקום לקליטת הפסק.

מבחינה עיונית, יש לדון תחילה בסוגיית ההכרה בצו האנגלי. רק אם ייקבע כי אכן יש להכיר בצו – עולה השאלה האם סעיף 96 (הענקה פסולה) חל על המקרה דנא. מנגד, אם ייקבע כי אין מקום לקלוט בישראל את צו פשיטת הרגל האנגלי - ממילא אין עוד צורך לדון בשאלה האם מסירת הדירה באילת הייתה בגדר הענקה פסולה. עמדה זו אף מקובלת על הצדדים.

5. המקור הסטטוטורי הראשי, אשר מסדיר את קליטתם של פסקי חוץ בישראל, הוא חוק אכיפת פסקי-חוץ, התשי"ח-1958 (להלן: החוק).

בחוק נקבעו שני מסלולי קליטה עיקריים לפסק חוץ: אכיפה (סעיפים 2-10 לחוק), והכרה (סעיף 11 לחוק). ההבדל בין שני המסלולים נעוץ בטיב פסק החוץ אותו מבקשים לקלוט. פסק חוץ המטיל חיוב אישי (obligation), למשל: מחייב פלוני לשלם לאלמוני סכום כסף, נועד לאכיפה. לעומתו פסק חוץ שאיננו מטיל חיוב אישי, אלא למשל קובע סטאטוס (כגון צו ירושה או אימוץ) - איננו ניתן לאכיפה, והמסלול הרלבנטי לגביו הוא הכרה (ע"א 970/93 היועץ המשפטי לממשלה נ' אגם, פ"ד מט(1) 561, 566 (1995)).

לשונו של סעיף 11 היא:

(א) בית משפט או בית דין בישראל יכיר בפסק חוץ שנתמלאו לגביו כל אלה:

- (1) חל עליו הסכם עם מדינת חוץ;
 - (2) ישראל התחייבה באותו הסכם להכיר בפסקי חוץ מאותו סוג;
 - (3) ההתחייבות אינה חלה אלא על פסקי חוץ הניתנים לאכיפה על פי חוק בישראל;
 - (4) נתמלאו בו תנאי ההסכם.
- (ב) אגב דיון בענין הנמצא בסמכותו ולצורך אותו ענין רשאי בית משפט או בית דין בישראל להכיר בפסק חוץ, אף אם סעיף קטן (א) אינו חל עליו, אם ראה שמן הדין והצדק לעשות כן.

עולה כי בתוך מסלול ההכרה הבחין המחוקק בין שני מסלולי-משנה: הכרה ישירה (סעיף 11(א) לחוק), והכרה אגבית (סעיף 11(ב) לחוק). הפסיקה הבהירה כי ההבדל בין מסלולי המשנה תלוי בנסיבות הקליטה: הכרה ישירה אפשרית כאשר פסק החוץ מהווה את עיקר עילת התביעה בבית המשפט המקומי, בעוד שהכרה אגבית ("אינצידנטלית") רלבנטית כאשר פסק החוץ עולה אגב דיון בנושא אחר (ראו: ע"א 490/88 המוטראן הקופטי של הכסא הקדוש של ירושלים והמזרח הקרוב נ' עדילה, פ"ד מד(4) 397, 404 (1990)). לנקודה זו אשוב בהרחבה בהמשך.

6. ההבדל הקונספטואלי בין שלושת המסלולים - אכיפה, הכרה ישירה והכרה אגבית - נובע, כאמור, מטיב הפסק הנקלט ומנסיבות הקליטה. מעבר לכך, המחוקק קבע תנאים מצטברים שונים עבור כל אחד מהמסלולים.

באשר לאכיפה, נדרש לבחון בעיקר את מידת הישימות של אכיפת פסק החוץ - הן במדינת המוצא והן בישראל. כך, למשל, יש לבדוק האם הפסק ניתן בבית משפט בעל סמכות, והאם הוא בר-ביצוע במדינה בה הוא ניתן (סעיף 3 לחוק).

באשר להכרה ישירה, המחוקק מיקד את הבחינה בשאלה האם ישנה אמנה דו-צדדית בין ישראל לבין המדינה בה ניתן פסק החוץ, והאם באותה אמנה התחייבה ישראל להכיר בפסק חוץ מאותו סוג. ההתמקדות בקיומה של אמנה נובעת מעיקרון ההדדיות ונימוסי האומות: "ראוי להן לאומות שתכבדנה האחת את רעותה, וכנגזרת מכך, שכל אחת מהן תיתן תוקף לפסקי-דין הניתנים בבתי המשפט של זולתה" (עניין אגם, פסקה 4 לפסק דינו של השופט חשין). המחוקק סבר כי ההדדיות צריכה להיות מעוגנת בהסכם פורמאלי, דהיינו באמנה בין ישראל למדינה בה ניתן פסק החוץ. רק אם התמלאו התנאים שבהסכם ניתן יהיה להכיר בפסק (סעיף 11(א)(4)).

הכרה אגבית, לעומת כל אלו, איננה מותנית במידת הישימות של אכיפת הפסק (להבדיל מאכיפה), ואף לא בקיומה של אמנה (להבדיל מהכרה ישירה). התנאי להכרה אגבית הוא ש"מן הדין והצדק לעשות כן". הצד השני של המטבע הוא כי

המבקש לשלול הכרה אגבית יכול לטעון, למשל, כי נפלו פגמים מהותיים בהליך שהתנהל בבית המשפט הזר (כגון אי-מתן אפשרות לנתבע לטעון את טענותיו ולהביא את ראיותיו או פסק בלתי מנומק), כדי להראות כי אין זה "מן הצדק" להכיר בפסק (ע"א 587/85 שטרק נ' בירנברג, פ"ד מא(3) 227, 230-231 (1987); ראו גם: ע"א 221/78 עובדיה נ' כהן, פ"ד לג(1) 293 (1979); ע"א 499/79 בן דיין נ' אי.די.אס. אינטרנשיונל בע"מ, פ"ד לח(2) 99 (1984)).

אכיפה והכרה ישירה במקרה דנא

7. במקרה שלפנינו, נראה מוסכם כעת כי מסלול האכיפה איננו רלבנטי. זאת מן הטעם שצו פשיטת רגל - ובכך עסקינן - איננו מטיל חיוב אישי, ועל כן הוא איננו מתאים למסלול האכיפה (ראו שלמה לוין ואשר גרוניס פשיטת רגל 413 (2010)). למעלה מן הצורך, אינני רואה מקום להתערב בקביעת בית המשפט המחוזי לפיה לא התקיימו התנאים הקבועים בחוק לצורך אכיפה. כך, למשל, הכונס הזמני לא הרים את הנטל המוטל עליו להוכיח את התקיימות התנאים המוזכרים בחוק, ולא צירף לבקשתו תצהיר או חוות דעת אודות הדין הזר.

8. נראה מוסכם גם כי התנאים להכרה ישירה אינם מתקיימים: נכון הוא שבין ישראל לבריטניה נכרתה בשנת 1970 אמנה "בדבר הדדיות בהכרתם ובאכיפתם של פסקי דין בעניינים אזרחיים". אולם לא זו בלבד שאין במסגרת האמנה התחייבות ישראלית להכיר בפסקי חוץ מסוג זה העומד לפנינו, אלא שהאמנה החריגה במפורש את ההכרה בפסקי דין שעניינם פשיטת רגל (ראו סעיף 4(5) לאמנה: "the provisions of paragraph (1) of this article shall not apply to judgments in any proceedings concerning... (bankruptcy)". מכאן שלא התקיימו התנאים הקבועים בסעיף 11(א) לחוק, לצורך הכרה ישירה בפסק חוץ.

הכרה אגבית בתיק דנא

9. נותרה, אפוא, האפשרות להכיר בצו האנגלי הכרה אגבית מכוח סעיף 11(ב). בהקשר זה מעלים המערערים שתי סוגיות. הראשונה מתייחסת לסיווג ההליך שבפנינו: נטען כי לא יהא זה נכון להגדיר את ההכרה בצו האנגלי כהכרה אגבית. זאת משום שההכרה בצו מהווה את לב-ליבו של ההליך, ומשום שהיא משמשת כחרב - מימוש נכסי החייב - ולא כמגן. הסוגיה השנייה מתמקדת בהצדקות להכרה האגבית: נטען כי לא התקיימו התנאים שהציב המחוקק בסעיף 11(ב) - "מן הדין והצדק לעשות כן".

אפתח בבחינת הטענה הראשונה שהעלו המערערים, אשר מתמקדת בסיווג ההליך. זוהי למעשה שאלה מקדמית, אשר תכריע האם כלל באנו בשעריו של סעיף 11(ב). לאמור: האם מדובר בבקשה להכרה אגבית. מתן תשובה שלילית לשאלה זו – ייתר את הצורך בדיון בשאלה האם "מן הדין והצדק" להכיר אגבית בפסק החוץ.

10. סקירת הפרשיות שנדונו בבית משפט זה מלמדת על עיקרון אחד בסיסי: הכרה אגבית - מכוח סעיף 11(ב) - רלבנטית רק כאשר בפני בית המשפט מובא עניין המצוי בסמכותו המובהקת, והוא נדרש להכריע אגב אורחא בשאלה הקשורה להכרה בפסק החוץ.

דוגמא קלאסית ליישומו של עיקרון זה היא עניין המוטראן (לעיל). המערער שם הגיש תביעה לבית משפט בישראל, ודרש לרשום על שמו חלקת קרקע. המשיבים הגישו פסק חוץ הקובע כי החלקה מצויה בבעלותם. בית המשפט קיבל את עמדת המשיבים, וקבע כי פסק החוץ יוצר השתק פלוגתא כנגד המערער. הנה כי כן, בית המשפט בישראל נדרש להכריע בעניין שהיה מצוי בסמכותו המובהקת - סכסוך בעלות על חלקת קרקע. אגב אורחא, התבקש בית המשפט לעשות שימוש בסעיף 11(ב), ולהכיר בפסק חוץ שיש לו רלבנטיות לשאלה העיקרית העומדת על הפרק.

יצוינו כאן בתמצית דוגמאות נוספות, בהן נעשה שימוש בסעיף 11(ב) לצורך הכרה אגבית בפסק חוץ. במקרה אחד הוגשה התנגדות לבקשה למתן צו קיום צוואה, כאשר המתנגדת הסתמכה על צו ירושה שהוצא בגרמניה (עניין שטרק). בעניין אחר הוגשה תביעה לסילוק פולש מהקרקע, תוך שהתובעים מבססים את זכויותיהם בקרקע על צו ירושה שהוצא לטובתם בבית משפט זר (ע"א 1227/97 טלעית האדומים מחצבה ומפעל לעיבוד אבן בע"מ נ' אברהים, פ"ד נג(3) 247 (1999)). דוגמא נוספת היא בקשה להפחתת סכום העירבון, כאשר אחד מן השיקולים שצוינו היה צו פשיטת רגל שהוצא למבקש בבית משפט זר (בש"א 10359/01 זוסמן נ' כונס הנכסים הרשמי, פ"ד נו(3) 157 (2002)). דוגמא שונה היא בקשה לעיכוב הליכים, שהוגשה מטעם הנתבעים במסגרת תביעה לתשלומי שכר. הבקשה נסמכה על צו פשיטת רגל שהוצא לנתבעים בבית משפט בבלגיה (רע"א 851/99 T. Van Doosselaere נ' Depypere, פ"ד נז(1) 800 (2003)). הדוגמא האחרונה שתובא היא בקשה לסילוק תובענה על הסף, בקשה שהתבססה בין היתר על פסק דין שניתן בצרפת ואשר יצר לשיטת הנתבעים מעשה בית דין (ע"א 3294/08 S.A. Klepierre נ' Goldhar Corporate Finance Ltd. (6.9.2010)).

כחוט השני עובר בכל פסקי הדין שהוזכרו עיקרון אחד משותף: הכרה אגבית מכוח סעיף 11(ב) תתאפשר רק כאשר בית המשפט עוסק בעניין המצוי מלכתחילה בסמכותו - למשל: התנגדות לצו קיום צוואה, בקשה לסילוק תביעה על הסף, בקשה לעיכוב הליכים או בקשה לשינוי גובה העירבון, ובמסגרת הדיון הוא נדרש להתייחס גם כן להכרה בפסק חוץ. רק במקרים אלו קיימת האפשרות העקרונית לדרוש הכרה אגבית בפסק חוץ, ובית המשפט עבר לדון בשאלה האם הדין והצדק מחייבים הכרה כזו. למעשה, עיקרון זה איננו אלא הפירוש הפשוט והמתבקש ללשונו של סעיף 11(ב): "אגב דיון בענין הנמצא בסמכותו ולצורך אותו ענין - רשאי בית משפט או בית דין בישראל להכיר בפסק חוץ". יש שני רבדים למונח "אגב דיון": האחד – "עניין הנמצא בסמכותו", והשני – "לצורך אותו עניין". צירוף הרבדים מבטיח שההכרה בפסק החוץ תישאר אגבית באופייה: ראשית, העניין העיקרי - שאליו מצטרפת ההכרה - חייב להיות בסמכות בית המשפט. שנית, הדיון האגבי בהכרה בפסק החוץ חייב להתנהל לצורך אותו עניין עיקרי. בדרך זו יישמר היחס בין האגבי לעיקרי.

11. משהובהר מהי ההגדרה הראויה להכרה אגבית, ניתן להצביע גם על אותם מקרים שעומדים "מחוץ לגדר" - כלומר, מקרים בהם לא יהא זה נכון לומר שמדובר בהכרה אגבית. ההשלכה המעשית היא שבמקרים אלו, הצד שמבקש להכיר בפסק החוץ יידרש להוכיח כי הוא עומד בגדרי סעיף 11(א) - הכרה ישירה, ללא קשר למבחנים של סעיף 11(ב). אביא כאן שתי דוגמאות להמחשת העניין. כמובן, אין בכך משום רשימה ממצה, וייתכנו מקרים נוספים בהם ימצא בית המשפט לנכון לקבוע כי אין מדובר בהכרה "אגבית".

הסוג הראשון של מקרים הוא כאשר ההכרה בפסק החוץ היא הסעד היחיד המבוקש בתובענה. כאשר זהו המצב, נראה ברור שאין מדובר בהכרה "אגבית": בפני בית המשפט לא עומדת שאלה נוספת, שאליה ניתן לצרף בדרך אגב את הבקשה להכרה בפסק חוץ. דוגמא לכך היא עניין בז"ן (ע"א 4525/08 בתי זיקוק לנפט בע"מ נ' New Hampshire Insurance Co. (15.12.2010)), שם ביטל בית משפט אנגלי פוליסת ביטוח שהוציאה המשיבה. המשיבה הגישה לבית המשפט בישראל המרצת פתיחה, ובה ביקשה להכיר בפסק האנגלי. בית המשפט המחוזי, כמוהו כבית המשפט העליון, שלל את האפשרות להכיר בפוליסה באופן אגבי מכוח סעיף 11(ב), משום שההכרה היא הסעד היחיד המבוקש בתיק. דוגמא נוספת היא עניין אגם (לעיל), שם הוציא בית המשפט במדינת נבדה צו עיזבון לטובת המשיבה. האחרונה הגישה לבית המשפט המחוזי בישראל בקשה לאכיפת הצו (וליתר דיוק: להכרה בצו). הבקשה נדחתה לגופה,

ובמהלך הדיון הובהר כי אין מדובר בבקשה להכרה אגבית, שהרי שאלת ההכרה בצו העיזבון האמריקאי - היא לבדה עמדה לדיון.

הסוג השני של מקרים הוא כאשר ההכרה בפסק החוץ היא הכרחית לצורך ביסוס סמכותו של בית המשפט לדון בשאלה העיקרית. נניח שבפני בית המשפט מונחת בקשה עיקרית למתן סעד כלשהו וכן בקשה להכיר בפסק חוץ. ברם, מסתבר שבית המשפט כלל איננו מוסמך להכריע בבקשה העיקרית, ואיננו יכול להעניק את הסעד העיקרי המבוקש, אם לא יכיר תחילה בפסק החוץ. במקרה כזה, דעתי היא כי לא ניתן לומר שההכרה בפסק החוץ היא "אגבית", ואף ברור יותר כי פסק החוץ איננו "אגבית" לעניין הנמצא בסמכות בית המשפט הישראלי. סבורני כי לאמתו של דבר זוהי בקשה להכרה ישירה, במסווה של בקשה להכרה אגבית.

להמחשת נקודה זו ניתן להפנות את המבט לדיון בתחום אחר של המשפט, שגם בו יש לקבוע האם עניין הוא "אגבית". הפעם עסקינן בדין הפנימי, וליתר דיוק: בסוגית הסמכות העניינית של בית משפט. סעיף 76 לחוק בתי המשפט, התשמ"ד-1984 (בעבר סעיף 35 לחוק), שכותרתו "סמכות נגרות", קובע כדלקמן:

"הובא ענין כדין לפני בית משפט, והתעוררה בו דרך אגב שאלה שהכרעתה דרושה לבירור הענין, רשאי בית המשפט להכריע בה לצורך אותו ענין".

זהו המקור לסמכות נגרות של בתי המשפט. הרעיון היסודי הוא שסמכות לפסוק בתביעה מסוימת (סמכות עיקרית), גוררת בעקבותיה את הסמכות לדון גם בעניין שהכרעתו דרושה כדי להכריע באותה תובענה (סמכות נגרות). הרציונאל הוא למנוע את הצורך בפיצול מיותר של משפטים (ראו: יואל זוסמן סדרי הדין האזרחי 60 (1995); בג"ץ 1214/97 חלמיש נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נג(2) 647, 656-657 (1999)).

דוגמא אופיינית ליישום סעיף 76 היא בעניין הראל, שם הגיש מבוטח תביעת פיצויים לבית המשפט המחוזי נגד חברת ביטוח. במסגרת התביעה נדרש בית המשפט המחוזי להכריע באשר להיקף הטיפולים הכלולים בסל הבריאות, שאלה שכשלעצמה איננה במסגרת סמכותו. ברם נפסק כי מכוח סעיף 76 רשאי היה בית המשפט המחוזי לדון גם בסוגית סל הבריאות, לצורך ההכרעה בגובה הפיצויים שלהם זכאי המבוטח (רע"א 1886/11 הראל חברה לביטוח בע"מ נ' פלוני (30.11.2011)). דוגמא נוספת היא בעניין אבו פריח, שם נקבע כי כאשר בית המשפט המחוזי דן בהליכי הסדר

מקרקעין במסגרת סמכותו הייחודית, מוקנית לו גם סמכות נגירת לדון בטענות כנגד תוקפם של צווי הפקעה (טענות שבתקיפה ישירה יש להעלותן רק בבג"ץ) (ע"א 3202/11 אבו פריח נ' מדינת ישראל (30.12.2012)).

ביחס לסעיף 76 הדגישה הפסיקה כי הסמכות הנגירת מוקנית לבית המשפט רק כאשר ברור שיש לו סמכות עיקרית:

"פתרון זה [של סעיף 76] מיועד למצב שבו ערכאה מתבקשת לפסוק בשאלות שאינן בסמכותה שעלו דרך אגב, הכל בכדי להכריע בענין שבסמכותה; פתרון זה אינו רלוונטי למצב שבו ההכרעה בעילה נתבעת או סעד נתבע אינה בסמכותה" (ע"א 2618/03 פ.א.א.ט. (רסטורנט סוליושנס) בע"מ נ' ליפקונסקי, פסקה 18 (29.11.2004)).

דוגמא לכך היא בעניין קרחילי, שם מדובר היה בשוטר שפוטר מעבודתו לפרק זמן קצר. בתובענה שהוגשה לבית הדין האזורי דרש השוטר לקבל שכר בגין תקופת הפיטורין. הקושי הוא שתביעת השכר מצויה בסמכות בית הדין לעבודה, ואילו תקיפת חוקיות הפיטורין מסורה לבג"ץ. בהתחשב בכך נדחתה התביעה, משום שעל מנת לפסוק לשוטר שכר יש צורך לקבוע כי הפיטורין בטלים - סוגיה שכאמור איננה בסמכות בית הדין לעבודה. דעת הרוב בבג"ץ הדגישה כי סעיף 76 איננו רלבנטי לכאן, משום ששאלת הפיטורין אינה נגירת לשאלת השכר - אלא להיפך: סעיף 76 דן בעניין שהתעורר דרך אגב, ואילו בתיק זה הפיטורין הם שהולידו את ההתדיינות מעיקרא (בג"ץ 727/85 קרחילי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מא(2) 589 (1987)).

סוגיה דומה נבחנה בעניין חלמיש (לעיל), שם מדובר היה על עותר שהושעה מעבודתו בשירות בתי הסוהר. העותר פנה לבית הדין האזורי לעבודה, וביקש לקבל שכר בגין תקופת ההשעיה. גם כאן, הקושי הוא שתביעת השכר מצויה בסמכות בית הדין לעבודה, ואילו ההשעיה כשלעצמה - בסמכות בבג"ץ. השאלה היא האם בית הדין לעבודה קנה סמכות נגירת לגבי שאלת חוקיות ההשעיה אגב תביעת השכר. לכך השיב בבג"ץ בשלילה, תוך שהוא מרחיב את הנימוק שנפרש בעניין קרחילי: הוסבר כי תקיפת חוקיות ההשעיה איננה רק "נגירת", משום שבלעדיה - לא תיכון כלל סמכותו של בית הדין לעבודה. העותר חייב תחילה להוכיח שהוא בגדר עובד, דהיינו שהשעייתו הייתה שלא כדין, שאלמלא כן - לא תוקנה לבית הדין לעבודה כל סמכות מלכתחילה לדון בשאלת השכר. מטעם זה אין תחולה לסעיף 76.

המנגנון שנקבע בסעיף 76 לחוק בתי המשפט דומה, ולא בכדי, למנגנון הקבוע בסעיף 11(ב) לחוק אכיפת פסקי חוץ. בשני ההקשרים מדובר על בית משפט הדן בעניין מסוים מכוח סמכות הנתונה לו, ואגב כך מכריע גם בעניין שבאופן ישיר איננו מצוי בסמכותו. והנה, ביחס לסעיף 76 הבהירה הפסיקה כי לא ניתן להשתמש בכלי של "סמכות נגררת" על מנת לקבוע את הסמכות העיקרית. יש לבסס תחילה ממקור עצמאי את סמכותו של בית המשפט לדון בתובענה העיקרית, ורק לאחר מכן יהיה ניתן לקנות סמכות נגררת. כלל זה נובע מעצם הגדרת הסמכות כ"סמכות נגררת", הגדרה שמחייבת להראות כי הסמכות היא נגררת לעיקר - ולא להיפך. הוא הדין, לטעמי, ביחס לסעיף 11(ב) לחוק אכיפת פסקי חוץ. אף פה, ובהתאם לפסיקה שהובאה, הכרה אגבית תתאפשר רק מקום שבו ברור כי לבית המשפט יש סמכות לדון בעניין העיקרי, והדיון בשאלה האגבית נצרך לאותו עניין. השאלה האגבית מתעוררת רק לאחר שסמכות זו התבארה. אין להפוך את היוצרות, ולהשתמש בכלי של הכרה אגבית על מנת לבסס את עצם הסמכות של בית המשפט לדון בעניין העיקרי. אין זה אלא הכרה ישירה בתחפושת.

מצוידים בעקרונות אלו נחזור, אפוא, לתיק דנא.

12. כונס הנכסים הזמני הגיש לבית המשפט המחוזי בקשה למימוש הדירה באילת. הבקשה התבססה על הטענה כי הדירה נרכשה בכספו של החייב, ומסירתה למערערים במתנה היא בגדר הענקה פסולה לפי סעיף 96 לפקודת פשיטת הרגל. הבקשה שבלב העניין היא, אפוא, ביטול הענקה. בית המשפט המחוזי נעתר לבקשה זו. זהו סעד ייחודי מתחום פשיטת הרגל, והוא מותנה מיסודו בכך שהמעניק יוכרז פושט רגל. הכרזתו של החייב בתיק דנא כפושט רגל היא תנאי הכרחי, בלתי-אין, לשם היענות לבקשה למימוש הדירה מכוח סעיף 96. אלמלא יוכרז החייב כפושט רגל, לא ניתן כלל להורות על מימוש כאמור.

עובדה זו מלמדת, לטעמי, שההכרה בצו פשיטת הרגל האנגלי איננה יכולה להיחשב להכרה אגבית. אלמלא יוכרז הצו האנגלי בתיק דנא - אין לבית המשפט המחוזי, או לבית משפט אחר בישראל, כל סמכות להורות על ביטול ההענקה. ההכרה בצו היא הכרחית, אפוא, לשם ביסוס סמכותו של בית המשפט לדון בבקשת הכונס הזמני למימוש הנכס. משאלו הם פני הדברים, הכרעת בית המשפט ביחס לצו האנגלי יצאה מן המסגרת שמתווה סעיף 11(ב). היא איננה הכרה אגבית. משכך, אין עוד צורך לדון בשאלה האם התקיימו התנאים המצדיקים הכרה אגבית - דהיינו האם "מן הדין והצדק לעשות כן".

הכרה ישירה שלא מכוח החוק
א. הצגת הבעיה

13. עד כה הגעתי למסקנה שלא ניתן להכיר בצו פשיטת הרגל האנגלי הכרה ישירה (סעיף 11(א)), משום שאין אמנה בין אנגליה לישראל בהקשר של פשיטת רגל. אף לא ניתן להכיר בצו הכרה אגבית (דרך סעיף 11(ב)), משום שלמעשה ההכרה בצו כאן איננה "אגבית". אכיפה גם היא, כאמור, איננה רלבנטית, משום שאין מדובר בחיוב אישי (obligation). לכאורה, בכך נסתם הגולל על האפשרות לקלוט את הצו האנגלי בישראל: המחוקק התווה שלושה מסלולים לקליטת פסק חוץ, ואף אחד מהם איננו חל בענייננו.

ברם בפועל הצדדים טענו בפנינו בהרחבה ביחס לאפשרות נוספת: הכרה ישירה בפסק החוץ, על אף שלא נתקיימו התנאים הקבועים בסעיף 11(א) לחוק. סעיף 11(א) מבוסס, כפי שהוסבר, על קיומה של אמנה דו-צדדית שכאמור איננה בנמצא בתחום פשיטות רגל. לפיכך לא ניתן להכיר הכרה ישירה בצו האנגלי מכוח החוק. השאלה היא האם ניתן להכיר בצו הכרה ישירה שלא מכוח החוק (להלן תכונה אפשרות זו בקיצור: הכרה ישירה "פסיקתית").

הכרעת בית המשפט קמא, עליה הוגש הערעור, מבוססת בעיקרה על הכרה אגבית מכוח סעיף 11(ב) ולא על האפשרות של הכרה ישירה "פסיקתית". ברם דעתיה היא, כפי שהוסבר, שסעיף 11(ב) איננו חל בענייננו. על כן יש להביע עמדה בסוגיית הכרה ישירה "פסיקתית". לצד זאת יודגשו חשיבות הסוגיה, ריבוי הקולות בה, והעובדה שהצדדים עצמם נדרשו אליה בהרחבה בכתבי טענותיהם (ראו למשל הבקשה הראשונית מטעם הנאמנת מיום 26.10.2009, נספח 3; תגובת המערערים בהליך בבית המשפט קמא מיום 12.12.2010, נספח 7; וכתבי בית הדין בהליך הנוכחי).

ב. הפסיקה בישראל

14. במקרה שלפנינו, הצדדים התייחסו לסוגיית ההכרה הישירה ה"פסיקתית" בהקשר הקונקרטי של פסק חוץ מתחום פשיטות הרגל. סוגיה זו היא רחבה יותר, ועשויה להתעורר במגוון רחב של מצבים בהם מובא בפני בית המשפט פסק חוץ ומתבקשת הכרה בו על אף שלא נתקיימו תנאי סעיף 11(א) לחוק.

התמריץ להעלאת השאלה נובע מכך שסעיף 11(א) מציב תנאי נוקשה למדי: קיומה של אמנה עם המדינה בה ניתן פסק החוץ. בפועל, ישראל היא צד לארבע אמנות

דו-צדדיות בלבד בהקשר של הכרה בפסקי חוץ (אוסטריה, גרמניה, בריטניה וספרד), שאף הן אינן מאפשרות הכרה ישירה בכל פסקי הדין. למשל, האמנה עם בריטניה - שהיא הרלבנטית לתיק דנא - איננה מאפשרת הכרה בפסקי דין בעניין חדלות פירעון. מכאן מקור השאלה האם יש מקום להכרה ישירה "פסיקתית" בפסקי חוץ, גם בהעדר אמנה בת-תוקף.

15. בערכאות הדיוניות הועלתה מעת לעת האפשרות להכרה ישירה "פסיקתית". כך, למשל, במספר פסקי דין שניתנו בבתי משפט מחוזיים נקבע כי תתאפשר הכרה ישירה בפסק חוץ אף שלא במסגרת החוק ובלא שיתקיימו תנאי סעיף 11(א), וזאת בהקשר למשל של צו הקפאת הליכים וצו פשיטת רגל (ה"פ (ת"א) 408/00 TOWER AIR INC. נ' רשם החברות (28.5.2000); פש"ר (ת"א) 2193/08 הבנק הבינלאומי נ' Honey & Gold (1995) L.P (30.10.2008); ה"פ (י-ם) 3798-07-11 הייד נ' מרש (4.12.2012); מצד שני ראו הקשרים בהם נדחתה האפשרות של הכרה ישירה "פסיקתית" בערכאות דיוניות: ה"פ (ת"א) 4576-09-11 פלוני נ' אלמוני (14.5.2012); ת"א (י-ם) 36512-11-11 אורלובסקי נ' בנק יהב (31.12.2012)).

בית משפט זה הבהיר - בעניין אגם (פסקה 14) - שלא ניתן לבצע הכרה ישירה "פסיקתית", ושהכרה או אכיפה של פסק חוץ תיתכנה רק מכוח החוק. בהזדמנויות נוספות בהן עלתה השאלה בבית משפט זה נשמעו הסתייגויות מסוימות מהלכת אגם, אך העניין לא הבשיל לכדי הכרעה. כך, בעניין פלוני נאמר כי "כנראה הגיעה העת לחשוב מחדש אודות תוקפה של הלכת אגם", אך בפועל נמנע בית המשפט מלהפוך את הלכת אגם ולאפשר הכרה ישירה "פסיקתית" (ע"א 3441/08 פלוני נ' פלונית, פסקה 14 לפסק דינו של הנשיא א' ברק (19.1.2004)). פעם נוספת צוינה הסוגיה בדרך אגב בעניין בז"ן, אולם גם שם נמנע בית המשפט מלהכריע בשאלת ההכרה הישירה ה"פסיקתית", וזאת מטעמים הקשורים לאופי התיק (בפסקה 20 לפסק דינה של השופטת ע' ארבל). יש מבתי המשפט המחוזיים שהגיעו כמפורט לעיל למסקנה כי תתאפשר הכרה ישירה "פסיקתית", והתגברו על האמור בהלכת אגם בכך שהלכה זו עסקה בדיני ירושה ולא בדיני פשיטת רגל, ועל בסיס אמרות שונות של בית משפט זה שנטו להשאיר את הסוגיה פתוחה מבלי שההכרעה בה הייתה דרושה באותו עניין.

אקדים ואומר כי, לגישתי, אל לבית המשפט לסטות מהלכת אגם המושלת כיום בכיפה. טעמים כבדי-משקל, שעיקרם העדפת הסדרה בחוק על פני חקיקה שיפוטית, מצדיקים את הגישה שבאה לידי ביטוי באותה הלכה. ברם קודם שאפרוט את טעמי אעמוד על המצב השורר בעולם בתחום דיני חדלות הפירעון.

ג. חדלות פירעון בינלאומית: מבט משווה

16. בניסוח מופשט, התיק שלפנינו עוסק בפלוני שהוכרז פושט רגל במדינה א' – אך מחזיק נכסים גם במדינה ב'. סיטואציה כזו מכונה חדלות פירעון בינלאומית (transnational insolvency), או חדלות פירעון חוצת-גבולות (cross-border insolvency). השאלה היא כיצד ראוי לנהוג בסיטואציה כזו. קיימות מספר גישות לסוגיה, הן בכתיבה האקדמית והן בשיטות המשפט ברחבי העולם. ניתן למקם את הגישות השונות על הסקאלה שבין שתי קצוות: מחד – הגישה הטריטוריאלית, ומאידך – הגישה האוניברסאלית.

הגישה הטריטוריאלית גורסת כי יש לנהל הליך פשיטת רגל נפרד בכל מדינה. ההליך המקומי יחול על נכסי החייב שמצויים בתוך גבולות המדינה, ויחלק אותם אך ורק בין הנושים המקומיים. נדמה כי יתרונה הגדול של גישה כזו טמון בהגנה שהיא מעניקה לנושים המקומיים, אשר מקלה עליהם לתפוס את נכסי החייב הנמצאים באותה מדינה. הם אינם נאלצים להתמודד עם נושים בכל רחבי העולם על הנתח המקומי מעוגת הנכסים של החייב. בד בבד, הגישה הטריטוריאלית מחייבת את הנושים וכוונסי הנכסים להתמודד במקביל עם מגוון של שיטות משפטיות בארצות שונות. גישה זו גם מביאה את הנושים מהמדינות השונות להתחרות זה בזה במקום לפעול בצורה מתואמת, ומקטינה את הסיכוי להגיע לחלוקה שוויונית של נכסי החייב. בשל כך, הגישה הטריטוריאלית מכונה לעיתים – אולי על ידי מתנגדיה – "תפוס כפי יכולתך" (Edward S. Adams & Jason Fincke, *Coordinating Cross-border Bankruptcy: How Territorialism Saves Universalism*, 15 COLUM. J. EUR. L. 43 (2008); ELIZABETH WARREN & JAY LAWRENCE WESTBROOK, *THE LAW OF DEBTORS AND CREDITORS: TEXT, CASES, AND PROBLEMS* 841 (6th ed. 2009).

הגישה האוניברסאלית, לעומת זאת, משמעה כי יתנהל הליך עיקרי אחד של פשיטת רגל ב"מדינת האם" (home country) של החייב, אשר יהיה כפוף לדין המהותי והפרוצדוראלי של אותה מדינה. הטריבוונאל השיפוטי במדינת האם יקבע את העקרונות לחלוקת נכסי החייב בכל המדינות, תוך שהוא מסתייע בנציגים מקומיים לצורך אכיפה והוצאה לפועל (Nigel John Howcroft, *Universal vs. Territorial Models for Cross-Border Insolvency: The Theory, the Practice, and the Reality that Universalism Prevails*, 8 U.C. DAVIS BUS. L. J. 366 (2008); Liza Perkins, *A Defense of Pure Universalism In Cross-border Corporate Insolvencies*, 32 N.Y.U. J. INT'L L. & POL. 787 (2000).

גישה זו, כתמונת ראי לגישה הטריטוריאלית, מגדילה את הסיכוי לחלוקה שוויונית ויעילה של הנכסים. היא גם מאפשרת להקטין את ההוצאות הדרושות לניהול נכסי החייב, בשל קיומו של "שלטון מרכזי" המנהל את כלל הליכי הכינוס (John J. Chung, *The New Chapter 15 of the Bankruptcy Code: A Step Toward Erosion of National Sovereignty*, 27 *Nw. J. INT'L L. & BUS.* 89 (2006)). ברם אף הגישה האוניברסאלית נתקלת בקשיים לא מעטים. למשל, הגדרת "מדינת האם" - בה מתנהל ההליך העיקרי - נתונה לפרשנות. כתוצאה מכך, חייב מתוחכם - למשל: תאגיד בינלאומי - יכול לבחור באופן אינטרסנטי את מקום ההידיינות (Forum Shopping), באופן שייטיב עימו על חשבון הנושים. קושי מסוג אחר מתייחס לפגיעה בריבונות המדינה, אשר מותרת על שליטה בהיבט מרכזי של שיטת המשפט שלה לטובת טריבונאל זר ב"מדינת האם" של החייב. הגישה האוניברסאלית אף מבוססת על ציפייה לשיתוף פעולה מהותי ועמוק בין מדינות, ציפייה שעלולה להתפשט כלא-ריאלית. קושי נוסף נובע מכך שהדין המהותי במדינות שונות עשוי להוביל לתמחור שונה של תביעות הנושים, כך שגישה אוניברסאלית עלולה לקפח נושה ממדינה א' רק בשל כך ש"מדינת האם" של החייב לעניין חדלות פירעון היא מדינה ב' - שם תביעתו שווה פחות. תוצאה זו עלולה ליצור שלא במתכוון חוסר שוויון בין נושים במדינות שונות (ראו: Adams & Fincke, pp. 53-55; Leah Barteld, *Cross-border Bankruptcy and the Cooperative Solution*, 9 *B.Y.U. INT'L L. & MGMT. REV.* 27 (2012)).

בתוך שני הקצוות מצויות גם גישות ביניים, למשל Modified Universalism או Cooperative Territorialism. גישות-ביניים אלו מנסות למצוא איזונים בין הקצוות (Lynn M. LoPucki, *Universalism Unravels*, 79 *AM. BANKR. L. J.* 143 (2005)). דוגמאות לכך יוצגו בהמשך, בהקשר של המשפט המשווה מארצות הברית ואירופה.

17. במישור הבינלאומי נעשו מספר ניסיונות ליצור מסגרת אחידה לניהול הליכי חדלות פירעון חוצי-גבולות. ה-UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law) ועדה מטעם האו"ם אשר מופקדת על תחום המשפט המסחרי, גיבשה בשנת 1997 הצעת חוק חדלות פירעון בינלאומית (Model Law on Cross-Border Insolvency, ובקיצור: Model Law). ה-Model Law מבקש לאזן בין הגישה האוניברסאלית לגישה הטריטוריאלית שהוצגו לעיל. מחד גיסא, ה-Model Law מאפשר לכל מדינה ומדינה לשמר את דיני חדלות פירעון המהותיים שלה. מאידך גיסא, ה-Model Law שואף להרחיב את שיתוף הפעולה והתיאום בין המדינות, מבלי לכפות עליהן האחדה של הדין המהותי. ה-Model Law שם דגש על מתן גישה חופשית (access) לנאמנים ונושים להליכים המתנהלים במדינות שונות, הכרה (recognition) הדדית בהחלטות

שיפוטיות בענייני חדלות פירעון, ושיתוף פעולה (cooperation) בין בתי משפט ונאמנים (ראו: Matthew T. Cronini, *UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency: Procedural Approach to a Substantive Problem*, 1 J. CORP. L. 709 (1999)).

ככיוון אחר, ה-International Bar Association גיבש מסמך מנחה להליכי חדלות פירעון בינלאומיים, ה-Concordat
<http://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=2d55e76f-cab1-493d-b0a9-4b4b967b353f>. בשונה מה-Model Law, אין מדובר בהצעת חוק המנוסחת באופן מפורט, אלא בעקרונות יסוד כלליים שמטרתם לאזן בדרך שונה בין היתרונות והחסרונות של הגישה הטריטוריאלית והאוניברסאלית. הרעיון הוא שצדדים בהליך חדלות פירעון קונקרטי יוכלו להתבסס על עקרונות אלו כנקודת פתיחה לגיבוש מתווה מוסכם לניהול ההליך. ה-Concordat שימש כבסיס וולונטרי לניהול מספר הליכי חדלות פירעון בינלאומיים, כגון זה של בנק ההשקעות Lehman Brothers (ראו: Jamie Altman, A *Test Case in International Bankruptcy Protocols*, 12 SAN DIEGO INT'L L.J. 463 (2011)).

18. בארצות הברית, עד לפני מספר שנים הוסדרו הליכי חדלות פירעון בינלאומיים בסעיף 304 לחוק חדלות הפירעון הפדראלי (Bankruptcy Code). בשנת 2005 אישר הקונגרס האמריקני סדרת תיקוני חקיקה שכינויה BAPCPA (Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act). במסגרת זאת נחקק גם פרק 15 לחוק חדלות פירעון, אשר מוקדש כולו לחדלות פירעון בינלאומית (cross-border insolvency), ומחליף את ההסדר הישן של הנושא אשר היה קבוע בעבר בסעיף 304 לחוק.

פרק 15 המחודש מצהיר כי מטרתו ליישם את עקרונות היסוד של ה-Model Law, ולקדם שיתוף פעולה בינלאומי בתחום חדלות הפירעון (סעיף 1501). נוסף על כך הוצעה בחוק כי על בתי המשפט בארצות הברית לשתף פעולה באופן המקסימאלי האפשרי ("to the maximum extent possible") עם בתי משפט זרים בהליכי חדלות פירעון בינלאומיים (סעיף 1525-1527). כמו כן נאמר כי פרשנות פרק 15 צריכה להתחשב באופיו הבינלאומי, ובצורך לשמור על עקיבות עם יישומם של חוקים דומים בבתי משפט זרים (סעיף 1508).

במישור המעשי, בלב פרק 15 עומדת ההוראה המתירה לנציג זר (foreign representative) לפנות לבית משפט אמריקאי ולבקש הכרה בהליך זר של חדלות פירעון (סעיף 1509). על הנציג הזר להוכיח כי מתקיים הליך שיפוטי או מנהלי במדינה זרה, תחת דיני פשיטת רגל או הסדר חוב; תכליתו של ההליך הזר היא ארגון מחדש או

מימוש נכסים; ונכסי החייב נתונים לפיקוח בית המשפט הזר (In re Betcorp Ltd., 400 B.R. 266, 277 (Bankr. D. Nev. 2009); In re Ashapura Minechem Ltd., 480 B.R. 129, 135-36 (S.D.N.Y. 2012)). לבקשת ההכרה יש לצרף בין היתר תרגומים ועותקים מאושרים של ההליך הזר (סעיף 1515). במידה ובית המשפט ימצא כי הבקשה הוגשה על פי הכללים, ובכפוף לכך שאין פגיעה בתקנת הציבור, ניתן להכיר בהליך הזר (סעיף 1517). המשמעות היא למשל שהנציג הזר ימונה לנאמן על נכסי החייב בארצות הברית, יזכה לכל הסיוע הדרוש לו מבית המשפט המקומי, ויקבל עדיפות על פני הליכי כינוס מקבילים שמתנהלים מכוח הדין האמריקאי כנגד החייב (סעיפים 1520, 1529-1530). מעניין לציין, עם זאת, שפרק 15 חל בעיקרו של דבר על תאגידים, בעוד שאנשים פרטיים שהיקף חובותיהם איננו גדול במיוחד אינם נכללים בהוראות הפרק (סעיף 1501(c)(2)) (ראו עוד: Aaron L. Hammer & Matthew E. McClintock, *Understanding Chapter 15 of the United States Bankruptcy Code: Everything You Need to Know About Cross-Border Insolvency Legislation in the United States*, 14 L. & BUS. REV. AM. 257 (2008)).

בהקשר זה יוזכר מחקר אמפירי, בו נותחו כל תיקי חדלות הפירעון - 94 במספר - שהתנהלו בארצות הברית תחת פרק 15 בתקופה של כ-4 שנים, משנת 2005 עד שנת 2009 (Jeremy Leong, *Is Chapter 15 Universalist or Territorialist?*, 29 WIS. INT'L L.J. 110 (2012)). מטרת המחקר הייתה לבדוק את מידת ה"אוניברסאליות" של תיקי חדלות פירעון בינלאומיים שמתנהלים בארצות הברית. נמצא כי בפחות ממחצית מהתיקים - 45.5% - נמסרו בפועל לידי הנציג הזר נכסים על אדמת ארצות הברית שהיו בבעלות החייב (Entrustment for Distribution). כמו כן, מבין תיקים אלו, כ-68.5% מהמקרים לוותה המסירה לידי הנציג הזר בהתניות (qualifications) שתכליתן להגן על הנושים האמריקאיים. רק כ-20% מבין המקרים שבהם הייתה מסירה - נמסרו הנכסים לידי נציג זר בלא התניות, על אף שהיה ידוע על קיומם של נושים אמריקאיים שעלולים להיפגע. ממצאים אלו מצביעים על פער מסוים בין תכליתו המוצהרת של החוק - לעודד גישה אוניברסאלית להליכי חדלות פירעון, לבין יישומו בפועל - שמלמד על נטייה לגישה טריטוריאלית המגנה על האינטרסים של הנושים המקומיים.

19. האיחוד האירופי אימץ בשנת 2000 את תקנות חדלות הפירעון (European Commission Regulation on Insolvency Proceedings), שנועדו להסדיר הליכי חדלות פירעון בתוך מדינות האיחוד האירופי (התקנות אינן רלבנטיות להליכים שמתנהלים מחוץ לאיחוד). על פי התקנות, ההליך העיקרי (main proceeding) של חדלות הפירעון יתבצע במדינה בה מתנהלים עיקר עסקי החייב (COMI – Country of Main Interest).

מרגע שנפתח הליך עיקרי הופכים כל יתר ההליכים, שמתנהלים כנגד החייב במדינות אחרות של האיחוד, למשניים (Secondary Proceedings). החלטות בית המשפט במדינה בה מתנהל ההליך העיקרי יוכרו אוטומטית בכל יתר המדינות, למעט אם הן עומדות בסתירה לתקנת הציבור. כמו כן, על כל מדינות האיחוד להכיר בהליך חדלות פירעון שנפתח במדינה אחרת של האיחוד.

בשנת 2012 המליצה נציבות האיחוד על עדכון ושיפור מספר היבטים של תקנות חדלות הפירעון, וזאת בהתבסס על הניסיון המעשי שנצבר בעשור האחרון. למשל, התקנות אינן מטפלות כראוי בהליכים שקרובים לחדלות פירעון אך אינם בגדר חדלות פירעון ממש - כגון הסדר חוב או הבראה. בהיבט אחר, התקנות אינן מתייחסות לחדלות פירעון של קבוצה עסקית המחזיקה במספר חברות-בת במדינות שונות. נושא זה התעורר ביתר שאת בשנים האחרונות על רקע המשבר הגלובאלי, כאשר תאגידים רב-לאומיים מהסוג האמור (כגון בנק ליהמן ברדרס) נקלעו לקשיים כלכליים.

20. בריטניה, שאיננה צד לתקנות חדלות הפירעון האירופיות, אימצה בשנת 2006 את הוראות ה-Model Law במסגרת תקנות חדלות הפירעון (The Cross-Border Insolvency Regulations 2006). בכך משתקפת ההתאמה הייחודית של הדין הבריטי לגישה האוניברסאלית בדיני חדלות פירעון בינלאומיים.

סעיף 15 לתקנות מאפשר לנציג זר לפנות לבית משפט באנגליה, ולבקש ממנו להכיר בהליך הזר (foreign proceeding) שהתנהל מחוץ לאנגליה, ואשר במסגרתו התמנה הנציג הזר לתפקידו. לבקשת ההכרה יש לצרף, בין היתר, תרגומים ועותקים מאושרים של פסק החוץ ותצהיר המפרט את כל ההליכים המשפטיים שמתנהלים כנגד החייב. סעיף 17 לתקנות מבהיר כי, לאחר הגשת בקשה בהתאם לתקנות, ההליך הזר יכול להיות מוכר באחת משתי צורות: כהליך עיקרי (foreign main proceeding) - במידה והוא מתנהל במדינה שבה מרוכזים מרבית עסקיו של החייב (Center of Main Interest), או כהליך משני (non-main proceeding). לאחר שבית המשפט האנגלי הכיר בהליך הזר, מוצא מעין "צו הקפאת הליכים" בגין כל ההליכים שמתנהלים באנגליה נגד החייב (סעיף 20 לתקנות). בנוסף, לאחר ההכרה יכול בית המשפט האנגלי למנות את הנציג הזר - או אדם אחר - ככונס נכסים, במטרה לממש את כל נכסי החייב שמצויים על אדמת אנגליה (סעיף 21 לתקנות) (ראו: Susan Jaffe Roberts, Dennis J. Shaffer, John Verrill, Walter Stuber, & Adriana Maria Gödel Stuber, *International Secured Transactions (and Insolvency)*, 43 INT'L LAW. 605 (2009)).

ד. הכרה ישירה "פסיקתית" בדיני חדלות פירעון

21. על רקע הסקירה שהובאה, אשוב אל השאלה העומדת לפתחנו: הכרה ישירה "פסיקתית" בפסקי חוץ מתחום חדלות הפירעון. כאמור, בנסיבות התיק נוצר הצורך להביע עמדה ברורה ביחס להכרה שכזו כדי להכריע בערעור לגופו. לגישתי, קיים קושי של ממש בהכרה ישירה "פסיקתית" בדיני חדלות פירעון. רב הנזק מהתועלת, ועל כן סבורני כי אין להכיר באופציה זו. עמדתי מבוססת על מספר טעמים, שניתן לחלק אותם לשלושה חלקים: הדין הנוהג, המדיניות המשפטית, והמשפט המשווה.

22. באשר לדין הנוהג, בענייננו קיים הסדר חקיקתי מפורש, וזאת להבדיל ממצב של חסר ברור בחוק. המחוקק קבע, במסגרת חוק אכיפת פסקי חוץ, הסדרים שעניינם אכיפה, הכרה ישירה והכרה אגבית. כל אחד מהמסלולים כפוף להתקיימות תנאים מפורטים. בנסיבות בהן המחוקק טרח לייצר הסדר מפורט במסגרת חוק מיוחד, אינני סבור שראוי יהיה לבית המשפט לבצע מעין "חקיקה שיפוטית עוקפת" ולפתוח מסלול חדש להכרה בפסק חוץ שלא מכוח החוק. המחוקק הביע דעתו בצורה מפורשת אימתי ניתן לקלוט פסק חוץ. קבלת הטיעון לפיו המחוקק לא אסר על מסלולים נוספים, תוצרת הפסיקה, משמעותה שעל המחוקק לציין בכל חוק תוספת מלאכותית כמו "בתנאים אלו, ורק בתנאים אלו". שיקול זה כמובן איננו נוגע רק לסוגיה הספציפית העומדת בפנינו – הכרה בפסקי חוץ מתחום חדלות פירעון, אלא להכרה בכל סוג של פסקי חוץ.

כל קליטה של פסק חוץ מבטאת שיתוף פעולה של בית המשפט הישראלי עם מערכת משפטית זרה. אולם לא רק בשיתוף פעולה עסקינן: בית המשפט הישראלי מוותר - ולו במקצת - על שיקול דעתו לטובת ערכאה זרה. כמובן, ייתכן ויש טעמים כבדי-משקל שיצדיקו ויתור שכזה. ברם מן העבר האחר גם אין להקל ראש באימוץ כללי של שיטה זרה על ידי בית המשפט הישראלי. המפתח הוא במציאת האיזון הנכון. כך עשה המחוקק, כאשר יצר שלושה מסלולים המפורטים בחוק אכיפת פסקי חוץ. כך רשאי המחוקק לתקן את החוק לאחר בדיקה. מן הראוי שלא לפרוץ קווי יסוד אלו באמצעות חקיקה שיפוטית. שיקול זה מתעצם ביתר שאת בסוגיה הספציפית בה עסקינן: הכרה ישירה בפסק חוץ שעניינו חדלות פירעון בינלאומית. מדובר בנושא שהוא, מעצם הגדרתו, חוצה-גבולות. הויתור מצד בית המשפט הישראלי על סמכויותיו בולט במיוחד, ואף יהווה מעין חריג בנוף המשפט המשווה, כפי שיובהר. היבט נוסף שמעצים את הויתור במקרה זה הוא שעסקינן בנדל"ן, אשר "גורלו" להישאר בתוך גבולות המדינה ובאופן טבעי הוא כפוף לדיניה.

23. באשר למדיניות המשפטית, אציין חמישה היבטים.

ראשית, יש לתת את הדעת על אופי הקסר בדין הקיים שאותו מבוקש להשלים באמצעות "חקיקה שיפוטית". כפי שהוסבר, הענף המשפטי של חדלות פירעון בינלאומית נע בין שני קצוות: טריטוריאליות ואוניברסאליות. הקצה האחד שם את הדגש על הנושים המקומיים ודיני חדלות הפירעון המקומיים בכל מדינה ומדינה. הקצה השני מעלה על נס את שיתוף הפעולה בין מערכות המשפט המדינתיות. בתווך מצויות גישות ביניים מגוונות, אשר משתקפות למשל ב-Model Law ובחוקים המקבילים בארצות השונות אותם סקרת. כך או כך, אף התומכים בהכרה ישירה "פסיקתית" אינם סבורים כי המצב המשפטי הנוכחי מסב פגיעה אנושה לזכויות יסוד של צד חלש. כל שנטען הוא ששינוי המצב המשפטי ימקסם את התועלת המצרפית-גלובאלית מהליך פשיטת הרגל.

מצב זה שונה, למשל, מסוגית תשלום שעות נוספות לעובדי סיעוד (דנג"ץ 10007/09 גלוטן נ' בית הדין הארצי לעבודה (18.3.2013)). השאלה שעלתה באותו עניין הייתה האם חוק שעות עבודה ומנוחה חל על עובדים המועסקים בתחום הסיעוד. דעת הרוב השיבה לכך בשלילה, ולכך הסכמתי אף אני. ברם לדידי, וכפי שהבהרתי באותו עניין, משמעותה המעשית של קביעה זו היא פגיעה של ממש בשכרם של עובדי הסיעוד שאף נוגדת הוראות חוק קוגנטיות בדבר זכותו של עובד לקבל פיצוי עבור שעות נוספות. לפיכך סברתי כי נכון יהיה לקבוע, בדרך של חקיקה שיפוטית, מעין "תוספת גלובלית" בגובה 20% אשר תשקף במשוער את התשלום המגיע לעובדים אלו בגין ביצוע שעות נוספות. נקל להבחין בהבדל בין מצבם של עובדי הסיעוד לבין התיק הנוכחי: בנידון דידן אין עסקינן בשלילת רכיבי שכר קוגנטיים מאוכלוסיה חלשה. קו הטיעון המרכזי של תומכי השינוי בענייננו מתמקד במקסום התועלת המצרפית-גלובאלית ובייעול הליכי גביית חוב קולקטיביים. מסופקני האם יש בכך די כדי להצדיק חקיקה שיפוטית אקטיבית כה חריגה.

שנית, הכרה ישירה "פסיקתית" מאפשרת לבית המשפט לא רק להשלים חקיקה אלא למעשה להתחרות עימה. שאלה של ממש היא עד כמה גישה כזו רצויה, ובמיוחד בעידן החוקתי. כידוע, בעידן זה בית המשפט מוסמך לבטל חוקים למשל על פי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. ניתן לשאול האם לא די בכובע מאתגר זה, ואם על בית המשפט לקבוע גם חוקים מתחרים או מתנגשים – מי יערוך את הביקורת החוקתית באופן עצמאי? מודע אני לכך שהנושא הוא מורכב, ובשל אילוצי הזמן והמקום,

והרצון לעשות צדק במקרה הקונקרטי, בית משפט זה היה מוכן לעיתים "להרחיב" את ריעת הפסיקה ותפקידה. אך גם אם יש מקומות בהם ראוי ונכון להרחיב, בעיניי ברי כי המקרה שבפנינו איננו נמנה על החריגים. הסיבות לכך יובהרו בטעמים הנוספים לשלילת ההכרה הישירה ה"פסיקתית".

שלישית, להכרה ישירה "פסיקתית" בהליכי חדלות פירעון זרים בכלל, ובהליכי פשיטת רגל בפרט, יש השלכות רוחב מגוונות. אין מדובר בשאלה משפטית קונקרטית וממוקדת. ויוזכר שוב כי אין עסקינן בהכרה אגבית, שמוגבלת על פי הגדרתה לנסיבות התיק הקונקרטי; מדובר בהכרה ישירה בצו פשיטת רגל שניתן בחוץ לארץ. הכרה כזו טומנת בחובה השלכות פוטנציאליות רבות - על החייב, על נושיו ועל צדדים שלישיים נוספים. נדמה כי במקרה כזה עדיף להמתין למחוקק, אשר ביכולתו לבחון את השלכות הרוחב של הסוגיה. בשל כך מקובלים עלי בהקשר הנוכחי דברי חברי, השופט ח' מלצר, בעניין אחר:

"לשיטתי אין אף מקום ליצור פה, במועד הנתון, 'חקיקה שיפוטית'. במקרה זה עדיף לחכות לדבר המחוקק, שכן הוא מצויד בכלי המחקר הנדרשים ובאפשרות לראיה כוללת של הבעיה והשלכות הרוחב שלה, תוך מתן הזדמנות לכל הנוגעים בדבר להשמיע קולם בעת הליך החקיקה" (דנג"ץ גלוטון, סעיף 13 לחוות דעתו של השופט מלצר; והשוו לחוות דעתי בבר"ע (ב"ש) 615/02 פלוני נ' פלונית, פ"ד תשסב(2) 108 (2003)).

רביעית, יש לשים לב לאופיו המורכב של הליך פשיטת הרגל, ולכך שדיני פשיטת רגל שונים מאד ממדינה למדינה. הם מורכבים מניואנסים רבים וממערכות עדינות של איזונים ובלמים. לשם כך קבע המחוקק כי נדרשת אמנה דו-צדדית, אשר נחתמת על בסיס היכרות אינטימית עם השיטה המשפטית הרלבנטית של המדינה האחרת. אמנה כזו, מן הסתם, תבוא לעולם רק לאחר עבודת הכנה מעמיקה ויסודית, אשר תבחן לעומק את דיני פשיטת הרגל במדינה הספציפית ותמליץ על הסעיפים והמנגנונים אותם ראוי "לייבא" דרך האמנה. על הרקע הזה יש קושי בהכרה ישירה "פסיקתית" בצו פשיטת רגל מיובא, אשר ניתן במסגרת שיטה משפטית זרה וכחלק אינטגרלי מהדין המהותי שלה.

בבוא משפטן לערוך השוואה בין שני חוקים במדינות שונות, הוא עשוי לשאול את עצמו איזו שיטה מחמירה ואיזו מקלה. בתחום פשיטת הרגל, למשל, ניתן לצפות כי שיטה אחת מיטיבה עם הנושים ואילו שיטה אחרת מיטיבה יותר עם החייב דווקא. אך האמת היא כי לא פעם ההשוואה מגלה שהתשובה היא מורכבת יותר. כל שיטה קובעת חוקים, תוך יצירת איזונים מגוונים. שיטה אחת עשויה להיות לטובת הנושה

במקרה אחד, אך למול זה לבוא לקראת החייב בנושא אחר, בעוד שהשיטה האחרת פועלת להיפך. מדינה מסוימת מרחיבה את הגדרת פושט הרגל, אך לעומת זאת דורשת ראיות ברורות יותר ומידה גבוהה יותר של תום לב. דברים אלו מובאים כדי להדגיש עד כמה מורכבים הם דיני פשיטת רגל. אי לכך, אימוץ המסקנה של המדינה האחרת לפיה פלוני הוא פושט רגל, מבלי להתייחס להיבטים האחרים של השיטה, עשוי לגרום עוול. המסקנה הנובעת מכך איננה כי הדבר לא ניתן להיעשות, אלא כי בית המשפט איננו הפורום הנאות לעשות כן. הכרה "פסיקתית" משמעותה התפתחות הדין בצורה קזואיסטית, דהיינו ממקרה למקרה. גדל הסיכון לכך שבית המשפט יפסוק תוצאה שהיא מתאימה למקרה שלפניו, אך לא למקרים אחרים שאינם מונחים לפניו. זהו תפקידו של המחוקק: לקבוע מסגרת-על רחבה.

חמישית, מורכבות הנושא מובילה לכך שפעולות החקיקה אינן מעשה חד-פעמי אלא תהליך. נוצר צורך לעקוב אחרי תפקוד השיטה ויעילותה. למשל, כפי שצוין לעיל, נציבות האיחוד האירופי המליצה בשנת 2012 לשנות מספר היבטים של תקנות חדלות הפירעון האירופיות, תוך יישום הלקחים שנלמדו במהלך השנים. אף בארצות הברית חלה התפתחות משמעותית בנושא בשנת 2005, כאשר נחקק פרק 15 המסדיר את הליכי חדלות הפירעון הבינלאומית. ברם כבר כיום, גם בצל המשבר הגלובאלי, שוב נשמעת ביקורת בספרות המשפטית על תוכן ההסדר, יישומו, והמתח בין ההיבטים האוניברסאליים של הגישה האמריקאית לעומת סדקים שמנוצלים על ידי שיטות משפטיות שונות (ראו: *Developments in the Law - Extraterritoriality: Chapter 15 and Cross-Border Bankruptcy*, 124 HARV. L. REV. 1292 (2011)). אם אכן יש צורך בתיקונים מעת לעת, רצוי כי הבדיקה המקדימה תיעשה על ידי המחוקק ולא על ידי בית המשפט אשר מתמקד במקרה שמונח בפניו.

24. לטעמים אלו, שיסודם במדיניות שיפוטית, מצטרפת סקירת המשפט המשווה שהוצגה לעיל. במבט ראשון, ניתן היה לחשוב כי בדיקת המשפט המשווה תומכת בהכרה ישירה "פסיקתית" בהקשר של חדלות הפירעון - מסקנה הפוכה מזו שאליה הגעתי. אמנם מדינות אלו, אשר מאמצות את הגישה האוניברסאלית על גווניה, מכירות בפסקי חוץ מכוח הכרה "חקיקתית" ולא הכרה "פסיקתית". אותן מדינות מצאו לנכון לקבוע חוקים מפורטים שבתוכם מנגנונים מורכבים. כך באנגליה, ארצות הברית והאיחוד האירופי, כפי שהובא לעיל. ועדת האו"ם לסחר בינלאומי ישבה על המדוכה וגיבשה Model Law מפורט. מדינות שונות - ובראשן ארצות הברית, האיחוד האירופי ואנגליה - קלטו לתוך הדין הפנימי שלהן את ה-Model Law, או לכל הפחות חלקים ממנו, באמצעות חקיקה ייעודית. הנה כי כן, המלאכה לא הועברה לבית המשפט, אלא

נעשתה על ידי המחוקק. הסוגיה היא מורכבת, סבוכה ובעיקר עמוסה בפרטים. היא איננה מתאימה באופייה למעין "חקיקה שיפוטית", שתאפשר הכרה ישירה בפסק דין מחוץ למסגרת שהתווה המחוקק.

מעניין להפנות בהקשר זה לפסק הדין שניתן בבית המשפט העליון של בריטניה בשלהי שנת 2012, בעניין *Eurofinance* (Rubin v Eurofinance [2012] UKSC 46) (24.10.2012). השאלה שבמוקד התיק הייתה האם ניתן להכיר או לאכוף בבריטניה החלטה שיפוטית של ערכאה זרה בענייני חדלות פירעון, בנסיבות שבהן הסוגיה איננה מוסדרת בתקנות חדלות הפירעון של בריטניה. בית המשפט נדרש, אפוא, להכריע, האם הפן האוניברסאלי של דיני חדלות פירעון מצדיק חקיקה שיפוטית:

"[S]hould the court, in the interests of universality of insolvency proceedings, devise a rule for the recognition and enforcement of judgments in foreign insolvency proceedings which is more expansive... than the traditional common law rule..., or should it be left to legislation?"

בית המשפט העליון השיב לכך בשלילה:

"A change in the settled law of the recognition and enforcement of judgments... has all the hallmarks of legislation, and is a matter for the legislature and not for judicial innovation. The law relating to the enforcement of foreign judgments and the law relating to international insolvency are not areas of law which have in recent times been left to be developed by judge-made law."

נפסק כי לא ניתן לבצע חקיקה שיפוטית (judge-made law) בעניינים כגון אלו. פסיקה שיש בה את המאפיינים של חקיקה – היא עניין למחוקק. קליטת פסקי דין זרים, או דיני חדלות פירעון בינלאומית, אינם תחומי משפט שבתקופה האחרונה פותחו על ידי חקיקה שיפוטית.

פסק הדין של בית המשפט העליון האנגלי איננו מהווה כמובן סוף פסוק בהליך שבפנינו. ברם העיקרון שעומד בבסיס פסק הדין מקובל אף עלי. נדמה כי בתחום הרגיש של כיבוד פסק חוץ יש למשפט המשווה יותר משקל מאשר בתחומים אחרים של המשפט. למעשה, לא מדובר במשפט משווה כמובן המחקרי-תיאורטי, אלא במשפט משווה אינטראקטיבי. דהיינו: יש קשר בין פעילות המדינות בתחום.

יודגש כי אין במסקנתי ובנימוקיי משום הבעת עמדה שתומכת בגישה הטריטוריאלית על פני הגישה האוניברסאלית, או להיפך, ואף אין בכך הבעת עמדה האם ראוי כי המחוקק יבצע שינויים. דעתי היא כי הגורם אשר צריך לבצע שינויים הוא המחוקק, ונוטה אני למסקנה – לאור הזמן שחלף מאז חקיקת חוק אכיפת פסקי-חוץ,

החידושים בכלכלה הגלובאלית, ושינויי החקיקה במדינות רבות דווקא בשנים האחרונות – כי ראוי שהעניין יישקל על ידי המחוקק.

סיכום

25. הנה כי כן, דעתי היא כי אין מקום להכיר אגבית בצו פשיטת הרגל האנגלי במקרה דנא. זאת משום שלאמתו של דבר אין מדובר כאן בהכרה "אגבית", אלא בהכרה שמהווה תנאי הכרחי לביסוס סמכותו של בית המשפט לדון מלכתחילה בבקשה למימוש הדירה. כמו כן אני סבור כי אין מקום להכרה ישירה בפסקי חוץ שלא מכוח החוק (הכרה ישירה "פסיקתית"). הטעמים לכך מבוססים על הדין הקיים; על שיקולים של מדיניות שיפוטית; ועל סקירת המשפט המשווה.

על הרקע הזה, מתבקשת המסקנה כי צו פשיטת הרגל האנגלי בתיק דנא לא נקלט בישראל כדין. משהגעתי למסקנה זו, ברי כי אין טעם לדון בשאלות האחרות שהניחו בפנינו הצדדים, ובראשן השאלה האם יש לממש את הדירה באילת בעילת הענקה פסולה. הכרה בצו האנגלי, ולכך הסכימו הצדדים, היא תנאי מוקדם למימוש הדירה. משלא התקיים התנאי, אין מקום להורות על המימוש.

26. סיכומו של דבר, לו תישמע דעתי הייתי מציע לחבריי לקבל את הערעור, לבטל את החלטת בית המשפט המחוזי בדבר מימוש הדירה באילת, ולקבוע תחת זאת כי אין להתיר לנאמנת באמצעות כונס הנכסים הזמני לממש את הדירה באילת. בנסיבות העניין, ולנוכח נימוקיי, אין צו להוצאות.

ש ו פ ט

השופט א' שהם:

אני מצטרף לחוות דעתו המקיפה של חברי, השופט נ' הנדל, ואף אני סבור כי, בנסיבות העניין, אין מקום להכרה "פסיקתית" בהליכי חדלות פרעון, כחלק מהכרה או אכיפה של פסקי חוץ.

עמדה זו מתחדדת דווקא במקרה שלפנינו, שבו האמנה שנכרתה בשנת 1970, בין ישראל לבריטניה "בדבר הדדיות בהכרתם ובאכיפתם של פסקי דין בעניינים

אזרחיים", הֶחְרִיגָה במפורש את נושא ההכרה ההדדית בפסקי דין שעניינם פשיטת רגל, כמפורט בפסקה 8 לחוות דעתו של חברי, השופט נ' הנדל. אינני רואה כל סיבה וטעם ל"כפות" הכרה מעין זו בדרך פסיקתית, למרות כוונתם המוצהרת של הצדדים לאמנה.

ש ו פ ט

השופט ח' מלצר:

1. אני מצטרף בהסכמה לפסק דינו המאלף ועתיר המשפט המשווה של חברי, השופט נ' הנדל – בכל מה שנוגע לאכיפה של צו פשיטת הרגל האנגלי, מושא הערעור, ולהכרה הישירה ולהכרה האגבית בו.

באשר להכרה ישירה "פסיקתית" בפסקי דין זרים (ובכללם בהחלטות שניתנו בהליכי חדלות פרעון) – גישתי מורכבת מעט יותר מזו המוצעת על ידי חברי.

אבהיר ואחדד עמדתי להלן.

2. הקושי בפניו אנו ניצבים בערעור זה מקורו בדרך שבה ראוי להחיל על המכלול את הוראות חוק אכיפת פסקי חוק, תשי"ח-1958 (להלן – החוק). ההכבדה האמורה עוד מתעצמת נוכח המצב, עליו עמדה לאחרונה פרופ' טיליה וטרשטיין פסברג בספרה: משפט בין לאומי פרטי, כךך ב' (2013) (להלן – פסברג), בקבעה כדלקמן:

"בישראל אין הסדרה סטטוטורית מיוחדת של סוגיית הפסקים הזרים והעזרה המשפטית בהליכי חדלות פירעון. אין הסדר סטטוטורי המבוסס על אמנה הדדית, רב-צדדית או דו-צדדית; אין הסדר סטטוטורי כדוגמת ה- Model Law של UNCITRAL; אין בסיס סטטוטורי למתן עזרה למדינות זרות כדוגמת סעיף 426 שבחוק האנגלי. כל הכללים בעניין זה הם פרי הפסיקה. פסיקה זו מבוססת בעיקרה על המצב במשפט המקובל, אך בצדה מסתמנת נטייה לשאוב השראה ממקורות אחרים כדי להשלים את החסר – תוך הסתמכות על הרעיון של אוניברסליות" (שם, בעמ' 1402).

מכאן נובעות ארבע מסקנות לענייננו:

(א) דרך האכיפה מכוח החוק – איננה מתאימה, שהרי הצו הזר שלפנינו, שהכריז על פשיטת רגל (להלן – הצו הזר), במתכונתו הנוכחית, לא בא בגדר "פסק חוץ" בר-אכיפה במסגרת החוק, שכן יש לראות בו לצורך החוק בבחינת מקרה מיוחד (sui generis). הטעם לכך נעוץ בעובדה שאף כי הצו הזר ניתן אמנם "בענין אזרחי", כמשמעו בהגדרת "פסק חוץ" בחוק – הוא יוצר "מעין סטטוס" (ראו: אבנר שאקי ואבי אלטר, "תוקפם האקסטרה טריטוריאלי של צווים מקומיים וזרים בפשיטת רגל בין לאומית" הפרקליט ל"ה 192-193 (תשמ"ג-תשמ"ד), או שיש להשקיף עליו כפרי של הליך "מעין קנייני" (ראו: שלמה לוין ואשר גרוניס פשיטת רגל 413 (מהדורה שלישית 2010) (להלן – לוין וגרוניס)).

(ב) לא ניתן להגיש בישראל גם תביעה על יסוד העילה שבבסיס הצו הזר שבכאן – בשל האופי המיוחד של הליכי חדלות הפירעון (ראו: לוין וגרוניס 413), או בשל העובדה שאין חיוב ספציפי בצו הזר האמור, או בגין דרישת הסופיות, שבדרך כלל צו זר מסוג זה – איננו עומד בו בשלב שמתבקש השימוש לגביו (עיינו: פסברג 1405).

(ג) ההכרה ה"ישירה" בצו הזר מכוח סעיף 11(א) לחוק – גם היא בלתי אפשרית כאן. חבריי השופטים: נ' הנדל וא' שהם תולים את הדבר בכך שהאמנה שנכרתה בשנת 1970 בין ממשלת ישראל לבין ממשלת בריטניה (פורסמה בתאריך 26.5.1971 בכתבי אמנה 750, כרך 22) בדבר הזדיוות בהכרתם ובאכיפתם של פסקי דין בעניינים אזרחיים (להלן – האמנה) – החריגה במפורש (בסעיף 4 (5) שבה) את נושא ההכרה ההדדית בפסקי-דין, שעניינם פשיטת רגל (אולם לעניין פסקי דין כאלה – מוכרת סמכות שיפוטם של בתי המשפט בארץ מושבו של בית המשפט המקורי, אם ההכרה תואמת את דיניה של ארץ מושבו של בית המשפט המתבקש; למשמעותו האפשרית של חריג זה עוד אעמוד בפיסקאות 5(ב) ו-6(ב) שלהלן). לפיכך הצו הזר במתכונתו הנוכחית שלפנינו – איננו עומד באף אחד מהתנאים הנדרשים בסעיף 11 (א) לחוק לצורך הכרה ישירה (במיוחד שעל פי האמור שם כל התנאים צריכים להתקיים במצטבר) ואפרט:

- (1) האמנה – לא חלה על הצו הזר, כמותנה בסעיף 11(א)(1) לחוק, הדורש כי על פסק החוק יחול הסכם עם מדינת חוץ (ראו: לוין וגרוניס 413).
- (2) ישראל לא התחייבה במסגרת האמנה להכיר בפסקי חוץ מאותו הסוג, כמותנה בסעיף 11(א)(1) לחוק (ראו: לוין וגרוניס 413).
- (3) הצו הזר כמות שהוא – איננו ניתן לאכיפה על פי החוק בישראל, כמותנה בסעיף 11(א)(3) לחוק, הדורש שהתחייבות בהסכם עם מדינת

החוץ תוגבל רק לפסקי חוץ הניתנים לאכיפה על פי חוק בישראל, וכבר הובהר בס"ק (א) ו-(ב)) שלעיל כי הצו הזר, במתכונתו הקיימת, איננו כזה.

(4) ממילא לא נתקיימו לגבי הצו הזר תנאי האמנה, כמותנה בסעיף 11(א)(4) לחוק.

(ד) גם "ההכרה האגבית", המוסדרת בסעיף 11(ב) לחוק – דינה להשלל פה. כפי שחברי, השופט נ' הנדל, ציין בצדק:

"הכרה אגבית – מכח סעיף 11 (ב) – רלבנטית רק כאשר בפני בית המשפט מובא עניין המצוי בסמכותו המובהקת, והוא נדרש להכריע אגב אורחא בשאלה הקשורה להכרה בפסק החוץ" (שם בפסקה 10 לפסק דינו; ההדגשה במקור – ח"מ).

פרופ' פסברג, מציגה בספרה הנ"ל דעה דומה, ובהתייחסות ישירה להחלטה, מושא הערעור, היא כותבת, בין השאר, כך:

"בפש"ר (מחוזי י-ם) 6403-09 ר"ח זוהר, כונס נכסים זמני נ' לוי (פורסם בנבו, 2011) השופט מינץ לא הבהיר די הצורך כיצד הוא הכיר בפסק – בהכרה הצהרתית, לפי המסלול שהוצע על ידי השופטת אלשיך בפרשת Tower Air, או לפי ס' 11(ב) לחוק אכיפת פסקי חוץ. דומה כי בנסיבות העניין, כאשר הבקשה הייתה למעשה להפעיל כלי ישראלי כדי לסייע להליך זר, אי אפשר היה להסתפק בהכרה" (שם בעמ' 1405, ה"ש 464).

בהמשך היא מוסיפה, בהתבסס על עבודת המוסמך של עו"ד יעל חסיד, את הדברים הבאים:

"הבקשה במקרה זה הייתה להפעיל סעדים של דיני חדלות פירעון ישראליים לטובת הליך זר. בהיעדר הליך חדלות פירעון ישראלי, קשה לזהות עניין הנמצא בסמכות בית המשפט שאגב הדיון בו יש צורך להכיר בפסק הזר. ההכרה בפסק הזר היא עיקר הבקשה, ורק אם בקשה זו תתקבל יהיה בסיס לשקול הפעלת כלים של חדלות פירעון לטובת הליך הזר." (שם בעמ' 1428, ה"ש 565).

3. נוכח האמור בפסקה 2 שלעיל – נותרה איפוא לדיון האפשרות שענינה הכרה ישירה "פסיקתית" בצו הזר. חברי השופט נ' הנדל שולל דרך זו לחלוטין באופן כללי,

בהסתמך על הלכת אגם (ע"א 970/93 היועץ המשפטי לממשלה נ' אגם, פ"ד מ"ט (1), 561 (1995)) וממילא כזה הוא הדין, לשיטתו, בהליכי חדלות פרעון ובתיק שלפנינו.

גישתי מסוייגת הרבה יותר במכלול זה, אף כי אני מסכים לתוצאה המוצעת ע"י חברי גם בהקשר לעילה זו כאן ואולם זאת רק לגבי הנסיבות שלפנינו. אתווה עמדתי בהקשר האמור מיד בסמוך.

4. בהלכת אגם נפסק שלא ניתן לבצע הכרה ישירה "פסיקתית" בפסקי דין זרים וכי אכיפה, או הכרה של פסק חוץ תתאפשר בישראל רק על פי המסלולים המותווים לכך בחוק. הרהורים על תוקפה של הלכת אגם ועל תחומי התפרסותה הועלו בפסיקה מאוחרת יותר – ראו: חוות דעתו של הנשיא א' ברק ב-ע"א 3441/01 פלוני נ' פלונית, פ"ד נח(3) 1 (2004) (להלן: עניין פלוני), וחוות דעתה של חברתי, השופטת ע' ארבל ב-ע"א 4525/08 בתי זיקוק לנפט בע"מ נ' New Hampshire Insurance Co. (15.12.2010).

יחד עם זאת הלכת אגם טרם שונתה – וחברי, השופט נ' הנדל, סבור כי אין מקום לסטות הימנה. אני מרשה לעצמי לרשום כאן הסתייגות ולהצטרף לגישה שהציג בשעתו הנשיא א' ברק בעניין פלוני, שם הוא הביע את דעתו כי ראוי לבחון מחדש את הלכת אגם ואת תחומי תחולתה. הדבר מתבקש מהוראות סעיף 2 לחוק, הקובע רק זאת ש"לא יאכף בישראל פסק חוץ אלא לפי חוק זה". מכאן משמע שבענייני הכרה – החוק איננו בלעדי.

מעבר לנימוק זה אף "ההיסטוריה החקיקתית" של סעיף 11 לחוק תומכת בגישה המרחיבה וכך גם מתבקש – על דרך של קל וחומר – מהעובדה שניתן לאכוף פסקי דין זרים בהליך של תביעה על פי הפסק שלא מכוח החוק. יתר על כן, טעמים מהותיים וטובים מצדיקים אף הם דיון נוסף בסוגיה, ולכן בספרות המשפטית מלומדים רבים התבטאו שבמקרים ראויים יש מקום להכשיר גם "הכרה ישירה פסיקתית". ראו: ע' שפירא "הכרה ואכיפה של פסקי חוץ" עיוני משפט ד 509, 513-514; 519 (תשל"ה-תשל"ו)

ש' מנהיים "הכרה ישירה בפסקי-חוץ מכוח החוק" עיוני משפט ז' 703 (תשל"ט-תש"ם) מ' שאוה "הכרה ישירה של פסק-זר בישראל והכללים החלים עליה" קרית המשפט ב' 35 (תשס"ב);

עדי חן "רישום פסק גירושין זר והכרה בו" ספר מנשה שאוה 593 (התשס"ו).

עו"ד חגי כרמון, פסקי חוץ בישראל – הכרה ואכיפה 178-194 (התשע"א-2011).

TALIA EINHORN, PRIVATE INTERNATIONAL LAW IN ISRAEL 426-428 (2nd ed. 2012)

5. בשים לב למתואר בפסקה 4 שלעיל ולעובדה שבמכלול הנזכר שם טרם נאמרה בפסיקה המילה האחרונה – לא אבקש לקבוע פה מסמרות. יחד עם זאת המקרה שלפנינו יכול להדגים אבחנות שניתן לעשות, היה ותוכר עקרונית האפשרות לקלוט פסק החוץ גם בדרך של "הכרה ישירה פסיקתית", ואפרט:

(א) דומה שאם חל על הפסק הזר הסכם עם מדינת חוץ, כמשמעותו בסעיף 11 (א)(1) לחוק – כי אז ההסכם האמור חולש על הענין ולא תינתן הכרה בפסק החוץ מעבר לאמור בהסכם, שכן נוצר כאן מעין דין מיוחד ו"הסדר שלילי" מדעת הצדדים להסכם. השוו לפסקה 21 בפסק דיני ב-רע"פ 2889/08 מדינת ישראל נ' נועמן ג'אה (1.3.2012) (להלן – פרשת נועמן) וכן לדעתי ב-בג"צ 3002/09 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (9.9.2009).

(ב) יתר על כן – דין דומה צריך לחול לכאורה אף אם בהסכם, כמשמעותו בסעיף 11 (א)(1) לחוק יש החרגה הימנו – לנושאים מסוימים כמו במקרה שלפנינו, בו בסעיף 4 (5) לאמנה, שישראל צד לה, הוצאו מתחולת האמנה:

"פסקי דין בכל הנוגע לענייני נישואין וגירושין, הנהלת עזבונות, פשיטת רגל, פירוק חברות, מחלת נפש, אפוטרופסות על קטנים או אבהות. אולם לעניין פסקי דין כאלה תוכר סמכות שיפוטם של בית המשפט בארץ מושבו של בית המשפט המקורי, אם ההכרה תואמת את דיניה של ארץ מושבו של בית המשפט המתבקש".

גם החרגה זו היא מדעת הצדדים להסכם (השוו: פרשת נועמן) ולכן בעיקרון אין "לעקפה" על דרך של "חקיקה שיפוטית", שהרי ענין הוא למחוקק, או למתקשרים בהסכם הבינלאומי להסדיר את הדברים. על סיטואציה מעין זו חלים הכללים שהותוו על ידי ב-בג"צ 10007/09 גלוטן נ' בית הדין הארצי לעבודה (18.03.2013), המצוטטים פה בהסכמה ע"י חברי, השופט נ' הנדל בפסקה 23 לחוות דעתו. השקפה דומה הוצגה ע"י Lord Collins בדעת הרוב המקיפה והמשכנעת שלו בפסק הדין: Rubin v. Eurofinance S.P [2012] U.K.S.C 46 (להלן: פרשת Rubin).

(ג) בניגוד לאמור בס"ק (א) ו-(ב) שלעיל – במקרים שאין חל על פסק החוץ הסכם עם מדינת חוץ, כמשמעו בסעיף 11 (א) לחוק (באין כזה בנמצא, או שיש נושאים שאינם מוסדרים בהסכם שכזה כלל ואין בהסכם אף כל החרגה לגביהם) – דומה עלי

שניתן לפתח, ביחס אליהם, "משפט מקובל תוצרת הארץ" ולהכיר בהם ישירות בדרך "פסיקתית". כך נעשה הדבר על ידי כב' השופטת ו' אלשייך בפרשה שנדונה ב-ה"פ (מחוזי ת"א) Tower-Air Inc. 408/00 נ' רשם החברות (28.05.2000); שם היה מדובר בבקשה להכיר בצו הקפאת הליכים שניתן בארה"ב (במדינת דלוור) לחברה אמריקאית (Tower-Air Inc.), זאת בסיטואציה שבה אין לישראל הסכם עם ארצות הברית בדבר אכיפתם והכרתם של פסקי חוץ. בית המשפט המחוזי הנכבד היה נכון להכיר בצו הנ"ל בתנאים האמורים, בסוברו שהלכת אגם חלה רק בענייני מעמד אישי. לגבי הדין שיש להחילו בסיטואציה שכזו של לקונה – בית המשפט המחוזי הנכבד סבר כי יש לפעול על פי הוראות חוק יסודות המשפט, התש"מ-1980 (להלן: חוק יסודות המשפט) ולהכריע בעניין על דרך של היקש מהוראות החוק. פרופ' פסברג מציגה בספרה (שם, בכרך א' בעמ' 518-520 ובכרך ב' בעמ' 1405) דרך חלופית – של פניה למשפט המקובל האנגלי הקיים (לגביו – עיינו: פרשת Rubin; *DICEY, MORRIS & COLLINS, THE CONFLICT OF LAWS*; *Chapters 30-31 (15th ed. 2012)*), או כפי שזה שנקלט בארץ עד לתחילתו של חוק יסודות המשפט.

במסגרת ערעור זה – אין צורך להכריע בכל הקושיות הללו, שאינן רלבנטיות לנתוני המקרה שבפנינו.

6. בהגיעי בהערותי כמעט לסוף הדרך – נשאלת השאלה מה עדיין יכולים המשיבים לעשות, שהרי הותרת הנאמנים הזרים ללא תרופה בארץ – איננה מצב רצוי. נושאים אלה לא עלו בפנינו, מה גם שאין אנו אמורים לייעץ לצדדים, או לדון בסוגיות שהן בשלב זה היפותטיות. יחד עם זאת בנסיבות, שבהן נראה שהמצב המשפטי הנתון מוביל לכאורה למבוי סתום – לא ראוי לסיים את הדיון ללא ציון "חלופות-חילוף", שיתכן והן באות בחשבון. לפיכך אסתפק בשתי הערות-הארות:

(א) נראה שניתן לנקוט עדיין בהליכים משלימים שונים בכריטניה בהקשר לצו הזר ואחר כך להעזר בישראל בחוק עזרה משפטית בין מדינות, התשנ"ח-1998. לויין וגרוניס הפנו לאפשרות זו בספרם, שם בעמ' 415 והרחבה וסייגים נמנו עתה בנושא זה כרך ב' לספרה של פרופ' פסברג, שם בעמ' 1422-1433.

(ב) דומה שהסיפא לסעיף 4(5) לאמנה, שצוטט בחוות דעתי זו – עשוי להיות רלבנטי לכאן לאחר נקיטת הצעדים המשלימים, ולא אוסיף.

7. העולה מכל המקובץ מלמד שאכן דין הערעור להתקבל, כמוצע על ידי חברי, השופט נ' הנדל ואולם לגבי העתיד ותוך שמירת זכויות וטענות של כל הנוגעים בדבר – לא אלמן בישראל פסק חוץ גם בנושאים של חדלות פירעון.

ש ו פ ט

אשר על כן, הוחלט לקבל את הערעור כאמור בפסק דינו של השופט נ' הנדל.

ניתן היום, כ"ו בטבת התשע"ד (29.12.2013).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט