

עורך הדין – "שומר סף" או "שוטר סף" ? "הכר את הלקוח" ע"פ חוק איסור הלבנת הון – רעידת אדמה ביסודות עריכת הדין ?

אביה אלף*

בתפקידו המסורתי, עורך הדין משמש "נמל מבטחים" ללקוחו. מזה כמה שנים מקדם משרד המשפטים הצעה לתיקון חוק איסור הלבנת הון, המבקשת להחיל חובות שונות על עורך הדין בכובעו כנותן שירות עסקי, לרבות חובת דיווח על פעילות חשודה של לקוחו. החוק בנוסחו הסופי הטיל על עורך הדין חובות זיהוי והכרת הלקוח בלבד. אולם מגמה זו מעוררת את השאלה אם ההיגד על היות עורך הדין "נמל מבטחים" – עדיין תקף, וכך גם השיח הציבורי בעניין הטלת אחריות על עורך הדין כ"שומר סף", היכול למנוע ביצוע עברות. יתר על כן, מימוש מגמות אלה עשוי להביא לכך שעורך הדין יעמוד בפני דילמה אתית לא פשוטה: האם הוא "שומר סף" – עבור הלקוח והציבור? האם הוא "שוטר סף" – עבור רשויות האכיפה? האם יוכל למלא נאמנה את תפקידו כמייצג הלקוח? מאמר זה בוחן את המתח המובנה בין חובתו של עורך הדין לבדוק את הלקוח, לבין היותו מייצג הלקוח, על כל החובות הכרוכות בכך. במאמר תיבחן השאלה אם במסגרת המאבק בהלבנת הון, ראוי למנות את עורך הדין עם "שומרי הסף" ולהטיל עליו חובות זיהוי הלקוח והערכה של מידת הסיכון בפעולותיו? עוד נבחן אם ראוי הדבר, כיצד ראוי שיעשה? במאמר יוצעו פתרונות שונים, והם ייבחנו בראי חובת הנאמנות של עורך הדין כלפי לקוחו.

מבוא. א. חוק איסור הלבנת הון וחובת הדיווח; 1. אכיפה באמצעות הטלת חובות דיווח; 2. חסיון עורך דין-לקוח וחובת הסודיות של עורך הדין לעומת חובת הדיווח; 3. עורך הדין כ"שומר סף" בתחום איסור הלבנת הון. ב. עיקרי הצעת החוק והרקע לחקיקתה; 1. הרקע למהלך ועמדת השחקנים המרכזיים; 2. עיקרי הצעת החוק. ג. "הכר את הלקוח": מ"שומר סף" ל"שוטר סף"? – קשיים ביישום; 1. קשיים עיקריים בתיקון לחוק; 2. האם ניתן לתת מענה לקשיים? ד. החלת חובות זיהוי ודיווח על

* עורכת דין, מרצה מן החוג באוניברסיטה העברית בירושלים ובאוניברסיטת תל אביב בתחום עבירות הצווארון הלבן, לשעבר מנהלת המחלקה הכלכלית בפרקליטות המדינה. תודות לידידי עו"ד שוני אלבק על הערותיו והארותיו שהיו לי לעזר רב. תודה לד"ר שלומית וגמן, היועצת המשפטית לרשות איסור הלבנת הון, על הפנייה לפסיקה בעולם. תודה לעוה"ד יעל גרוסמן ושריג דמארי על הבאת עמדת לשכת עורכי הדין בסוגיות אלו.

עורך הדין במבט השוואתי; 1. ארצות-הברית; 2. אנגליה; 3. קנדה; 4. אוסטרליה; 5. שווייץ; 6. בית הדין האירופי; 7. המודל המועדף. ה. עורך הדין, חסיון הלקוח וחובת "הכרת והערכת הלקוח" – הצעות לפתרון; 1. פתרון א: עורך הדין אינו קצין ציות של רשות איסור הלבנת הון; 2. פתרון ב: אין בררה; החובות שיוטלו על עורך הדין אינן פוגעות בחיסיון; 3. פתרון ג: "שביל הזהב"? סיכום.

מבוא

אופיו המיוחד של מקצוע עריכת הדין ומטרותיו, מציבים בפני עורך הדין דילמות אתיות ומקצועיות רבות. בעת האחרונה ניצבים עורכי הדין בפני דילמה נוספת, שהיא פועל יוצא של המתח בין ליבת עבודת עורך הדין – ייעוץ ללקוח וייצוגו, לבין מגמות שונות הרואות בעורך הדין "שומר סף", עבור הציבור בכלל, ועבור הרשויות בפרט.¹ סוגיה זו התעוררה לאחרונה, ביתר שאת, בעקבות הצעה לתיקון חוק איסור הלבנת הון,² אשר ביקשה להחיל חובות דיווח על עורך הדין, לגבי פעולות מסוימות אשר יעשה עבור לקוחו. על פי הצעת החוק, בנוסחה המקורי, עורכי דין ובעלי מקצועות חופשיים נוספים, העוסקים בפעולות כגון קנייה או מכירה של נדל"ן, ניהול נכסי הלקוח או הקמת עסק עבורו, יהיו חייבים לדווח על פעילויות אלה אם יתעורר חשדם שמדובר בהלבנת הון.³ הצעת החוק עוררה, כצפוי, התנגדות עזה מצד עורכי הדין, בשל החשש כי תפגע במערכת היחסים שבין עורך הדין ללקוחו, המושתתת על אמון ועל ההבנה כי עורך הדין הוא "נמל מבטחים" של הלקוח. חששם היה כי תיקון החוק יביא לכך שעורך הדין יעמוד בפני דילמה אתית. כך, לדוגמה, על פי הצעת החוק, במקרה המעורר חובת דיווח בגין חשד לפעולה הנושאת לכאורה סממנים של הלבנת הון: האם על עורך הדין לדווח לרשות ללא ידיעת הלקוח או שמא עליו לשתף את הלקוח בכך? ואם עליו לשתף את הלקוח – האם מראש או בדיעבד? מהלך בעייתי מכל נקודת מבט. התנגדות זו הביאה לאחרונה לחידוש הליכי החקיקה, בניסיון להגיע להסכמה עם לשכת עורכי הדין בסוגיה זו. הצעת החוק, בנוסחה המרוכך, ביקשה להחיל על עורכי הדין חובת הכרת הלקוח וזיהויו וניהול רישומים בעניינו, ללא חובת דיווח, אך תוך

1 לדיון מקיף בנושא הנאמנויות השונות המוטלות על עורך הדין ראו לימור זר-גוטמן "הנאמנויות של עורך הדין" חובות אמון בדין הישראלי (רות פלאטו-שנער ויהושע שגב עורכים, צפוי להתפרסם ב-2015); כן ראו להלן הדיון בפרק ב.2. וההפניות המובאות במסגרתו; ראו להלן גם נטע זיו "רגולציה של עורכי דין ישראלים: מאוטונומיה מקצועית לרגולציה רב-מוסדית" המשפט טו 159, 165–166 (2010).

2 הצעת חוק איסור הלבנת הון (תיקון מס' 11) (נותני שירות עסקי), התשע"ב–2012, ה"ח הממשלה 687 (להלן: "הצעת החוק" או "הצעת החוק מקורית" או "ההצעה"). במהלך 2014 התקיימו דיונים אינטנסיביים בוועדת חוקה חוק ומשפט, במשרד המשפטים ובלשכת עורכי הדין, בנוגע לתיקון כמפורט להלן בפרק ב.2.

3 ס' 3 להצעה, שם.

עורך הדין – "שומר סף" או "שוטר סף"?

הערכת מידת הסיכון של פעולותיו. בתאריך 30.7.2014 אישרה הכנסת את הצעת החוק בנוסחה המתוקן. שבוע לאחר מכן התפרסם תיקון מס' 13 לחוק איסור הלבנת הון.⁴ גם אלה המסכימים לתיקון החוק, בין בנוסחו הרחב ובין בנוסח מצומצם, תוך שמירה קפדנית על חסיון עורך דין-לקוח,⁵ לא יוכלו להתעלם מהעובדה כי מדובר במהלך שהוא חלק ממגמה רחבה יותר, של הטלת אחריות על "שומרי סף" – אותם גורמים אשר רואים בהם בעלי היכולת למנוע את ביצוע העברה מהמבצע העיקרי, ובראשם עורכי הדין ורואי החשבון.⁶ הטלת אחריות על "שומרי הסף" מבוססת על ההנחה כי ניתן להשיג אכיפה, הרתעה ואף מניעה, באמצעות הטלת אחריות על מעגלים רחבים יותר ממעגל מבצעי העברה בלבד. זאת, נוסף על אכיפת החוק נגד העברייני עצמו. כך גם באשר למאבק בהלבנת הון: בעולם כולו מחילים על עורכי דין חובות דיווח, על מנת למנוע הלבנת הון על ידי הלקוח-החשוד, המנצל את כישורי עורך הדין ואת שמו הטוב, או להרתיע אחרים מלחבור אליו. ישראל היא חלק מ"הכפר הגלובלי", ולכן היא מקדמת, גם בשל אילוצים מדיניים-כלכליים-משפטיים, חקיקה מתאימה.

במאמר תיבחן סוגיית הטלת חובות שונות על עורך הדין, בכובעו כנותן שירות עסקי, בתחום הלבנת ההון, גם באספקלריית היותו "שומר סף". היינו, האם במסגרת המאבק בהלבנת הון ראוי למנות את עורך הדין עם "שומרי הסף" ולהטיל עליו חובות דיווח או חובה להעריך את מידת הסיכון לציבור בפעולת הלקוח? ואם אכן ראוי לעשות זאת – כיצד? משכך, תיבחן השאלה אם ההיגד כי עורך הדין משמש "נמל מבטחים" ללקוחו – עדיין תקף. לשון אחר: האם עורך הדין הוא "שומר סף" – עבור הציבור? האם הוא "שוטר סף" – עבור הרשויות? האם יוכל למלא נאמנה את תפקידו כמייצג הלקוח? האם ניתן לאזן בין השניים?

4 פרוטוקול ישיבה מס' 199 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-19 (17.6.2014) (להלן: "פרוטוקול 199"), פרוטוקול ישיבה מס' 205 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-19 (24.6.2014) (להלן: "פרוטוקול 205"), פרוטוקול ישיבה מס' 225 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-19 (21.7.2014) (להלן: "פרוטוקול 225"). (www.knesset.gov.il/protocols/search.asp?vaada=6; הוועדה אישרה את הצעת החוק לקראת קריאה שנייה ושלישית, לפי נוסח שהוצע במסגרת לדיון לפי הנחיות יו"ר הוועדה (21.7.2014) (להלן: "הצ"ח נוסח סופי") (www.oknesset.org/committee/meeting/9592 ביום 30.7.2014 אישרה מליאת הכנסת את הצעת החוק בנוסחה הסופי: ד"כ חוב' ל"ח ישיבה קס"ו, מיום 30.7.2014 עמ' 138 www.knesset.gov.il/plenum/heb/plenum_queue.aspx; ראו הודעת הלשכה: עו"ד שירית בכר "חדשות הפורום הפילי: הוסרה חובת הדיווח 'ההלשנה' מעורכי דין כלפי לקוחותיהם" אתר לשכת עורכי הדין (22.6.2014) (להלן: "הודעת הלשכה 22.6") (www.israelbar.org.il/article_inner.asp?e=226); חוק איסור הלבנת הון (תיקון מס' 13), התשע"ד-2014, ס"ח 2468 (להלן: "תיקון מס' 13").

5 ס' 2 להצעה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 833-834; פרוטוקול 199, לעיל ה"ש 4; הוספת ס' 48(ו) לחוק: "אין בהוראות חוק זה או בהוראות צו שהוצא מכוחו כדי לפגוע בחיסיון לפי הוראות ס' 48 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971, ס' 2 להצ"ח נוסח סופי, לעיל ה"ש 4; פרוטוקול 225, לעיל ה"ש 4, בעמ' 9-10, 13; לסקירת משפט משווה בסוגיית הטלת חובת דיווח לרבות בשאלת החיסיון, ראו להלן בפרק ה.

6 ראו להלן בפרק ב.3.

במאמר יובאו דוגמאות להתמודדות עם סוגיה זו, משיטות משפט אחרות. בסיומו יוצעו פתרונות שונים שייבחנו בראי חובת הנאמנות של עורך הדין כלפי לקוחו, כלפי החברה שבה הוא חי ועל פי היושרה המקצועית-האישית שלו.

א. חוק איסור הלבנת הון וחובת הדיווח⁷

הלבנת הון היא תהליך שמטרתו להסתיר את מקורו הלא-חוקי של רכוש שהושג בעברה. ניתן להסתיר באמצעות המערכת הפיננסית או בתוך רכוש הנושא אופי חוקי ותמים.⁸ חוק איסור הלבנת הון⁹ נועד להתמודד עם תופעת הלבנת הון ומימון טרור, והוא כלי חשוב ביותר למלחמה בפשע ובטרור. דברים אלה גם באים לידי ביטוי בהוראות החוק, בדברי ההסבר שקדמו לחקיקתו, בספרות ובפסיקה ענפה שפורסמה מאז חקיקתו.

1. אכיפה באמצעות הטלת חובות דיווח

שני עיקרים עומדים בבסיס החוק: האחד עוסק בהגדרת המעשים הבאים בגדר עברות הלבנת הון וקביעת סנקציות בגינם. לצורך כך הגדיר המחוקק את המונחים "רכוש" ו"פעולה ברכוש" ופירט את מכלול הפעולות האפשריות ברכוש ואת סוגי הרכוש השונים. הנושא השני הוא יצירת מנגנון אכיפה, הנעזר בהטלת חובות דיווח על נתוני שירותים פיננסיים למיניהם, על פעולות לקוחותיהם, והקמת מערך פיקוח ובקרה – שבראשו עומדת הרשות לאיסור הלבנת הון ומימון טרור – האחראית על יישום החוק ועל ריכוז המידע הנאסף מכוחו. נושא חובות הדיווח זכה לחשיבות רבה בטרם חקיקת החוק, כמו גם במהלך אכיפתו. בין היתר, הפרת חובות הדיווח היא, בנסיבות הרלוונטיות, עברה פלילית, כאמור בסעיף 3(ב) לחוק איסור הלבנת הון:¹⁰

"העושה פעולה ברכוש או המוסר מידע כוזב, במטרה שלא יהיה דיווח לפי סעיפים 7 או 8 או כדי שלא לדווח לפי סעיף 9, או כדי לגרום לדיווח בלתי נכון, לפי הסעיפים האמורים, דינו – העונש הקבוע בסעיף קטן (א); לענין סעיף זה, "מסירת מידע כוזב" – לרבות אי מסירת עדכון של פרט החייב בדיווח".

הנחת היסוד שעמדה לנגד עיני המחוקק, ומצאה ביטוי בחוק, היא כי מלביני ההון פועלים באופן מתוחכם; כי ניתן יהא לחשוף את מעשיהם אך ורק אם תוטל חובת דיווח גורפת על כל נתוני השירותים הפיננסיים; שאם לא כן, ייוותרו פרצות שדרכן יוכלו מלביני ההון והמסייעים

7 ללימוד מעמיק ומקיף של סוגית הדיווח על פי חוק איסור הלבנת הון, כמו גם ניתוח החוק כולו, ראו יעל גרוסמן, רוני בלקין וסאלי ליכט איסור הלבנת הון להלכה ולמעשה (2013).

8 שם, בעמ' 1; הצעת חוק איסור הלבנת הון, התשנ"ט-1999, ה"ח 2809, בעמ' 420 (להלן: "הצ"ח אה"ה").

9 חוק איסור הלבנת הון, התש"ס-2000, ס"ח 1753, בעמ' 293 (להלן: "חוק אה"ה", או "החוק").

10 לעניין הגדרת "פעולה ברכוש" ראו ס' 1 לחוק, שם.

עורך הדין – "שומר סף" או "שוטר סף"?

להם, להמשיך לפעול ולהתחמק מהדין. כלומר רציונל החוק מושתת על מערכת דיווח מלאה המאפשרת לגופים המפקחים לקיים מערכת בקרה הדוקה למניעת הלבנת הון, או לאכיפה מתאימה, לאחר שבוצעה הלבנת הון.

דרך חשיבה זו הביאה להקמת מערכת דיווח מלאה המתבססת על חובת דיווח מוגבלת של עסקאות לפי אפיונים מסוימים ועל חובת דיווח לא רגילה של עסקאות חשודות.¹¹ היות שסכומי כסף גדולים, דרכם שהם מועברים ממקום למקום, או מיד ליד, באמצעות המערכת הפיננסית, ראה המחוקק חשיבות גדולה בפיקוח היתר שיוטל על הפעילות הבנקאית והבין-בנקאית.¹² כמו כן, הטיל המחוקק חובות דיווח קפדניות על נותני שירותים פיננסיים, ואליהן נלוו חובות שונות באשר להתנהלותם השוטפת, לזיהוי הלקוח, לתיעוד עסקאות ורישום פרטיהן וכיו"ב. חובות דיווח אלה נועדו לאתר כסף שמקורו בפשיעה, לאפשר מעקב אחריו בכניסתו לתוך המערכת הלגיטימית ובכך למנוע את הסוואתו. חובות דיווח לגבי פעולות חריגות או פעולות שלכאורה אין להן הצדקה כלכלית, נועדו לאפשר שיקוף מרבי של כספי הלבנת הון ואת העברתם במערכת הבנקאית והפיננסית.¹³

לדעתי, פועל יוצא של שני מהלכים אלה הוא הסטת מרכז הכובד אל המערכת שמחוץ לרשויות האכיפה, אך הפועלת, לכאורה, מטעמה, או עבורה, ובראש ובראשונה העברת אחריות אל המערכת הבנקאית – כמערכת (ולאו דווקא כפרטים המחויבים לציית לכל חוק באשר הוא). בהמשך הוטלו חובות דיווח גם על כל מי שנותן שירותים פיננסיים ואינו בהכרח בנק או תאגיד דומה, כגון: נותני שירותי מטבע, חברי בורסה ועוד.

בהקשר זה יודגש כי חובת הדיווח אינה זרה למשפט. בחוק קיימות היום חובות דיווח המוטלות על בעלי תפקידים שונים, במסגרת תפקידם. הטעמים לכך שונים ומשתרעים על פני קשת רחבה של ערכים מוגנים – החל בחוק השליחות והנאמנות¹⁴ וכלה בהגנה על קטינים חסרי ישע. כך למשל מנהלי עיזבון חייבים בדיווח על כספי העיזבון;¹⁵ הוראות חוק העונשין מטילות על בעלי תפקיד במערכות הרווחה, החינוך והרפואה חובת דיווח אם הם סבורים כי נעברה עברה בקטין חסר ישע;¹⁶ קיימות גם הוראות מיוחדות לעורכי דין – למשל, חובת הדיווח ללקוח על כספים המופקדים בנאמנות בידי עורך הדין. אולם, לדעתי, חוק איסור הלבנת הון מציע מודל שונה של חובת דיווח, שכן הוא מתבסס על מידע שנאגר אצל הגורם המדווח, העברתו לצד ג' (הרשות) ויצירת מנגנון בקרה ואכיפה המוכוון על ידי הרשות ונעזר בהטלת חובות דיווח ורתימת מערכת חוץ-שלטונית (במקרה דנן, עורכי דין ורואי חשבון). הפרת הוראת החוק גוררת ענישה כבדה פי כמה וכמה מזו הקבועה בדוגמאות שהובאו לעיל.¹⁷

11 שם, בעמ' 422.

12 בש"פ 1542/04 מדינת ישראל נ' אדר, פ"ד נח(3) 613 (2004).

13 גרוסמן, בלקין וליכט, לעיל ה"ש 7, בעמ' 47–53, 237–242.

14 חוק השליחות, התשכ"ה–1965.

15 תקנות הירושה (דרכים להשקעת כספי עיזבון), התש"ס–2000.

16 ס' 368 לחוק העונשין, התשל"ז–1977.

17 עשר שנות מאסר על הפרת חובת הדיווח בחוק אה"ה, לעיל ה"ש 9, מול שישה חדשים מאסר בגין הפרת חובת דיווח על קטין חסר ישע בחוק העונשין, לעיל ה"ש 16.

כאמור, יישום עקרונות אלה בא לידי ביטוי בהוראות שונות בחוק איסור הלבנת הון: הן בסעיפים המטילים חובת דיווח במקרים המתאימים – על הבנקים, על נותני שירותי מטבע, כמו גם על אנשים פרטיים בעת שהם עוברים במעבר גבול,¹⁸ והן בסעיפים הקובעים כי הפרת חובת הדיווח תעלה כדי עברה.¹⁹

מכוח החוק גם הוצאו צווים שונים המפרטים מי ידווח ואיך; מה יכלול הדיווח ומתי הוא יועבר לרשות איסור הלבנת הון; כיצד יזוהה לקוח הבא לקבל שירות ממי שחב חובת דיווח; אילו דיווחים יועברו לרשות וכד'.²⁰

חלקם של הדיווחים אמור להיות אוטומטי, על סמך היקף הפעולה וללא הפעלת שיקול דעת.²¹ חלקם של הדיווחים אמור להיות נתון לשיקול דעתו של החב בחובת הדיווח, לגבי פעולות הנחזות בעיניו כ"בלתי רגילות".²² זאת, בהתבסס על תסמינים המאפיינים דפוסי פעולה של מלביני הון, כגון: אם בעל החשבון מנהל את החשבון בעבור אחר, מבלי שהצהיר על כך; הפקדת כספים בהיקפים ניכרים בחשבון שבעליו מוכר כחסר הכנסה וכו'. נושא חובות הדיווח זכה להתייחסות מקיפה גם בפסיקה. כך, למשל, קובע בית המשפט העליון בפרשת שם טוב:²³

"טול מחוק איסור הלבנה את חובת הדיווח ונטלת ממנו את נשמתו [...] חובת הדיווח על-אודות תנועות הון נועדה לשמש כלי עזר למלחמה בהלבנת ההון, אך משקמה ונהייתה, הפכה להיות אחד העמודים המרכזיים הנושאים על כתפיהם את חוק איסור הלבנה [...]"

חובת הדיווח על-אודות תנועות כספים גדולים ממקום למקום נתפסת, איפוא, כנושא בעל חשיבות נעלה, ומטעם זה מצא המחוקק לנכון לייחד בסעיף 3(ב) עבירה האוסרת על פגיעה בה או על שיבושה. האינטרס עוגן בהוראת סעיף 3(ב) היינו הצורך הדוחק בקיומו של דיווח ובאמיתותו של דיווח. העבירה המוגדרת בסעיף היא פגיעה ביכולתם של הבנקים לקיים דיווח אמיתי ונכון, ובתוך כך פגיעה ביכולתן של הרשויות ושל המשטרה להתחקות אחר מקורו של הרכוש. מכאן העבירה הנסכה על מעשים הנעשים ברכוש, לרבות מסירת מידע כוזב, במטרה להשתמש מדיווח כנדרש בסעיפים 7 ו-9 שלחוק, או כדי לגרום לדיווח בלתי נכון."

18 ראו למשל: ס' 7-11 יב לחוק, לעיל ה"ש 9.
 19 ס' 3(ב) לחוק, שם.
 20 ראו צו איסור הלבנת הון (חובות זיהוי, דיווח וניהול רישומים של תאגידים בנקאיים), התשס"א-2001 (להלן: "הצו הבנקאי"); צו איסור הלבנת הון (חובת זיהוי, דיווח, ניהול רישומים של נותני שירותי מטבע) התשס"ב-2002 (להלן: "צו נותני שירותי מטבע").
 21 ס' 8 לצו הבנקאי, שם; ס' 6(א) לצו נותני שירותי מטבע, שם.
 22 ס' 9 לצו הבנקאי, שם; ס' 6(ב) לצו נותני שירותי מטבע, שם.
 23 ע"א 9796/03 שם טוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(5) 397, פס' 26-28 (2005).

עורך הדין – "שומר סף" או "שוטר סף"?

2. חסיון עורך דין – לקוח וחובת הסודיות של עורך הדין לעומת חובת הדיווח

על פי החוק יפעל עורך הדין, במילוי תפקידו, לטובת שולחו, בנאמנות ובמסירות.²⁴ הדברים נכונים, ביתר שאת, לגבי אותן פעולות שלאור ייחוד המקצוע, אין ללקוח ברה אחרת אלא להיעזר בשירותי עורך הדין, שכן רק הוא רשאי לעשותן.²⁵ יש שיאמרו כי בכך יצרו לעצמם עורכי הדין בלעדיות בתחום עיסוקם. יש שיאמרו כי במקרה כגון דא מוטלת על עורך הדין חובה כפולה ומכופלת לדאוג לאינטרס לקוחו, בהיעדר כל אפשרות להיעזר בבעל מקצוע אחר. שתי האמירות רלוונטיות להמשך הדיון, בנושא הטלת חובות שונות על עורך הדין, כנותן שירות עסקי.

עיקרון מרכזי נוסף ביחסי עורך דין – לקוח הוא חשיבות התקשורת החופשית בין עורך הדין ללקוח. עיקרון זה הוא אחת מאבני היסוד במילוי תפקידו של עורך הדין במקצועיות ומתוך חובת נאמנות ללקוח. הוראות החוק בדבר חסיון עורך דין – לקוח וחובת הסודיות המוטלת על עורך הדין, באות להבטיח כי ההתקשרות אכן תהיה חופשית, וכי מידע שהועבר במסגרת יחסים אלה יהיה מוגן וחסוי.²⁶

סעיף 90 לחוק לשכת עורכי הדין קובע:

"דברים ומסמכים שהוחלפו בין לקוח לבין עורך דין ויש להם קשר ענייני לשירות המקצועי שניתן על ידי עורך הדין ללקוח, לא יגלה אותם עורך הדין בכל הליך משפטי, חקירה או חיפוש, מלבד אם ויתר הלקוח על חסינותם".

סעיף 48 לפקודת הראיות [נוסח חדש] קובע:²⁷

"א) דברים ומסמכים שהוחלפו בין עורך – דין לבין לקוחו או לבין אדם אחר מטעם הלקוח ויש להם קשר ענייני לשירות המקצועי שניתן על ידי עורך הדין ללקוח, אין עורך הדין חייב למסרם כראיה, אלא אם ויתר הלקוח על החסיון".

כלל 19 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית) קובע:²⁸

"שמירת סודיות

עורך דין ישמור בסוד כל דבר שיובא לידיעתו בידי לקוח או מטעמו, תוך כדי מילוי תפקידו, זולת אם הסכים הלקוח במפורש אחרת; הוראה זו אינה חלה על גילוי בהליך משפטי, חקירה או חיפוש שאינו חסוי על פי סעיף 90 לחוק".

24 ס' 54 לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961. הדברים נכונים גם לגבי מתן שירות עסקי על ידי עורך הדין ראו לעיל ה"ש 2, 4.

25 ס' 20 לחוק לשכת עורכי הדין.

26 לדיון מקיף יותר בסוגיית החיסיון והסודיות ראו לימור זר-גוטמן "הבטחת תקשורת חופשית בין עורך דין ללקוח באמצעות חסיון עורך דין – לקוח וחובת הסודיות האתית – קריאה לרפורמה" ספר דיויד וינר 79, 85-87 (דרור ארד-אילון, יורם רבין ויניב ואקי עורכים, 2009) (להלן: זר-גוטמן "קריאה לרפורמה"); ראו גם לימור זר-גוטמן "חובת הסודיות של עורך הדין וחסיון עורך דין – לקוח: הגיעה השעה להיפרד" הפרקליט 168 (2002).

27 פקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971.

28 כללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), התשמ"ו-1986.

הן סעיף 90 והן סעיף 48 מדגישים כי החיסיון קשור לשירות המקצועי שנותן עורך הדין ללקוח.²⁹ כלל 19 קובע סודיות לגבי דברים שהובאו לידיעת עורך הדין תוך כדי מילוי תפקידו. הצעת החוק, לעומת זאת, ביקשה להחיל על עורך הדין חובות שונות בעת שהוא מבצע פעולות מסוימות (בעלות אופי עסקי-פיננסי) עבור הלקוח, המחייבות, כפי שיפורט בהמשך, גילוי מסוים של המידע שיגיע אליו.³⁰ הצעת החוק המקורית ביקשה לקבוע כי עורך הדין ידווח לרשות על פעילות "חשודה" של הלקוח.³¹ על פי נוסחו הסופי של תיקון 13 לחוק, המהווה ניסיון לפשרה בין העמדות המנוגדות, יוטלו על עורך הדין בעיקר חובות זיהוי והכרת הלקוח, כגון: בדיקת נאותות עסקאות הלקוח, הכרת מקור הכספים שעמם מבוצעת הפעולה שבטיפול עורך הדין.³²

כאמור, הצעת החוק המקורית קובעת כי חובת הדיווח לא תחול על פעולות שחלים לגביהן חיסיון או חובת סודיות על פי דין, וכך נקבע לגבי חובת הזיהוי גם בתיקון לחוק.³³ אולם חלק מהותי מהמחלוקת, לגבי עצם החלת חובות דיווח על שירותים פיננסיים, עניינו בשאלה מהו "השירות המקצועי" שייכלל תחת מטריית החיסיון והסודיות ויהיה פטור, לפיכך, מחובת הדיווח.

אין ספק כי הפעילות ה"קלאסית" של עורך הדין, המגן על לקוח בהליך משפטי, מברר פעולות שנעשו בעבר, לרבות הליכים פליליים לגביהם ונותן ייעוץ משפטי – תמשיך לחסות במלואה תחת הסודיות והחיסיון, וככל הנראה אין חשש לפגיעה בהם.

אולם ההתפתחות הדינמית בעולם העסקי הביאה לשילובו של עורך הדין גם בעשייה היומיומית העסקית, הפיננסית, או המיסויית, והתפתחה פרקטיקה שבה עורכי הדין בפועל מבצעים גם פעולות לא-משפטיות. יתר על כן, ככל שמדובר בשאלה משפטית או עסקית, מורכבת יותר, שהדין לגביה אינו ברור וחד-משמעי, כך נראה יותר ויותר דפוס של הסתמכות על ייעוץ מקצועי, לרבות עצת עורך דין בנוגע לאותה שאלה, גם במהלך העסקים הרגיל.³⁴ בפועל, תפקידו של עורך הדין כיום כולל גם פעולות שבעל מקצוע אחר יכול לעשותן, כגון: קנייה ומכירה של נדל"ן; ניהול כספי הלקוח או נכסים אחרים; קנייה ומכירה של ישויות עסקיות. עקב כך לא תמיד ניתן להפריד בין החלק ה"משפטי" הטהור של העסקה לבין ייעוץ שוטף, שברגיל ייתכן שהיה מסווג כ"ייעוץ" עסקי-פיננסי" גרידא.

29 על"א 17/86 פלונית נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד מא(4) 770, 781 (1987).

30 ראו לעיל ה"ש 2, 4.

31 ראו בפרק ג להלן.

32 ראו לעיל ה"ש 4.

33 ראו לעיל ה"ש 2, 5. כמו כן בחוק אה"ה, המטיל חובת גילוי על כל אדם, ניתן פטור מפורש לעורכי דין: "על אף הוראות חוק זה, יפעל עורך הדין על פי הוראות ס' 90 לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961", ראו ס' 24(ג) לחוק, לעיל ה"ש 9; זר-גוטמן "קריאה לרפורמה", לעיל ה"ש 26, בעמ' 105-106, 109-110; ראו תיקון ס' 8ב(1) לחוק כפי שמופיע בסעי' 2 לתיקון 13, לעיל ה"ש 4.

34 ראו דיון בנושא הסתמכות על עצה משפטית של עורך דין: ע"פ 845/02 מדינת ישראל נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית לי, פ"ד סב(3) 307 (2007).

עורך הדין – "שומר סף" או "שוטר סף"?

שילוב זה של מציאות כלכלית-עסקית דינמית ועיסוק עורכי דין גם בניהול עסקים עבור הלקוחות – מחד, ומאבק בין-לאומי בפשיעה ובהלבנת הון, המגייס לטובתו את כל מי שיכול לסייע במאבק – מאידך, יוצר קושי, לגבי החיסיון וחובת הסודיות, בשני מישורים: האחד – עניינו מערכת היחסים בין עורך הדין ללקוח. המתנגדים להצעת החוק טוענים כי החלת חובות על עורך הדין, ובראשן חובת דיווח, תפגע אנושות בחסיון עורך דין-לקוח. ראשית, חלק ניכר מן הפעולות המקצועיות המבוצעות על ידי עורך הדין נכללות בהגדרת "שירות עסקי" המפורטת בתיקון לחוק. היות שלא ניתן ליצור הפרדה בין שירות החוסה תחת החיסיון לבין שירות שאינו חוסה תחת החיסיון, ניתן לטעון כי החיסיון חל על כל הפעולה וגם ציפיית הלקוח (הלגיטימית) תהיה כי החיסיון יחול על הכול.

יתר על כן, לדעתם, הצעת החוק, מעצם טיבה, מסתמכת על הידע ה"עודף" שנצבר אצל עורכי הדין על לקוחותיהם, אותו ידע שעורך הדין קיבל בעת הפעולה ה"קלאסית" והוא אינו יכול "למחוק" אותה בעת שהוא נותן שירות עסקי. לדעתם, שימוש בידע זה כדי לאתר פעילות פלילית, אצל הלקוח, הוא מהלך חריג ביותר.³⁵

הקושי השני, עניינו מערכת היחסים בין עורכי הדין לרשויות אכיפת החוק כשלעצמה, וגם בהשלכותיה על מערכת היחסים עם הלקוח. גם על פי המצב המשפטי הנוהג, לעורך דין אסור להיות מעורב בעברה.³⁶ אם הוא יודע שתכלית מעשיו מסייעת להלבנת הון, הוא מנוע מלבצעם, ואם הוא שותף לביצוע מעשה מעין זה, הוא עלול למצוא את עצמו על ספסל הנאשמים. אולם, על פי ההצעה לתיקון החוק, כמפורט בפרק ב בהמשך, יידרש עורך הדין, בעת מתן "שירות עסקי" כהגדרתו בחוק, להעריך את התנהגות לקוחותיו ופעולותיהם, על סמך שיקול דעתו. זאת, בהתבסס על היכרותו עם הלקוח ודפוסי התנהגותו. על פי הצעת החוק המקורית, עורך הדין אף היה אמור לדווח על כך, במקרים מסוימים, לרשות. אי-דיווח במקרה זה עלול היה להציב אותו במצב של ניגוד עניינים, למצער בכוח, כלפי הלקוח. עורך דין אשר יפר את הצו שיותקן מכח החוק,³⁷ עלול למצוא את עצמו מבצע עברה לפי סעיף 3(ב) לחוק (למשל מסירת מידע כוזב) או לעמוד בסיכון של עיצום כספי בגין הפרת צו שאינה עולה כדי אחריות פלילית ולפי המגמה שהחלה עם אישור הצעת החוק – לעמוד לדין בפני בית דין משמעותי בגין הפרת כלל אתי.³⁸

35 השוו' ס' 21 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית). אי שימוש בידיעה מהלקוח: "לא ישתמש עורך דין בידיעה שהגיעה אליו מאת לקוחו במילוי תפקידו, ואשר עורך הדין לא יכול היה לקבלה בדרך אחרת, במאמץ סביר".

36 עניין פלוניא, לעיל ה"ש 29, בעמ' 779; ס' 9 לחוק האזנת סתר, התשל"ט-1979.

37 טיוטת נוסח לדיון בצו איסור הלבנת הון (חובות זיהוי, דיווח וניהול רישומים של נותן שירות עסקי למניעת הלבנת הון ומימון טרור), התשע"א-2011 (1.4.2012) (להלן: "טיוטת הצו המקורית"); טיוטת נוסח לדיון בצו איסור הלבנת הון חובות זיהוי, ניהול רישומים של עורך דין ורואה חשבון למניעת הלבנת הון ומימון טרור), התשע"ד-2014 (21.7.2014) (להלן: "טיוטת צו מתוקן") (www.knesset.gov.il/committees/heb/material/data/huka2014-07-21-04.doc).

38 ההצעה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 838; סע' 4 לתיקון מס' 13, לעיל ה"ש 4, שעניינו הוספת סע' 11ג(ג) וכן הצעה לתיקון כללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית).

העיגון לכך, על פי יוזמי הצעת החוק, הוא הצורך במאבק בין-לאומי לא מתפשר בהלבנת הון ובפשיעה מאורגנת ומניעת ניצול כישוריהם הייחודיים של עורכי הדין בביצוע פעולות פיננסיות לשם הסתרת רכוש אסור.³⁹ אך עוד ניתן לראות בכך ביטוי לתפיסה כי על עריכת הדין, כפרופסיה, חלה גם חובת נאמנות לחברה. עורכי הדין מתחייבים להפעיל את הידע והיכולת המיוחדים שלהם לטובת החברה ולהימנע מפעולות שעשויות להחליש את החברה, כגון פשיעה.⁴⁰

מנגד, דרישה זו עלולה לפגוע בחובת הסודיות של עורך הדין ללקוח וביחסי האמון הנרקמים ביניהם, שהם בסיס להתקשרות המקצועית ביניהם. נימוק זה היה העוגן המרכזי בהתנגדות העזה בקרב עורכי הדין כלפי המגמה להחיל עליהם חובות בקרה ודיווח.⁴¹ זאת, למרות הצהרת המחוקק כי הדבר ייעשה מתוך כוונה לצמצם למינימום את הפגיעה ביחסי האמון בין עורכי הדין לבין לקוחותיהם וההכבדה הכרוכה במילוי חובות אלה.⁴² בדרישות מנוגדות אלו – של נאמנות ללקוח מחד, וסיוע לחברה במיגור פשיעה – מאידך, באה לידי ביטוי מוחשי התנגשות הנאמנויות של עורך הדין – הנאמנות לחברה, ללקוח ולעצמו ולמקצוע. משכך, נשאלת השאלה כיצד על עורך הדין לפעול במקרה של התנגשות בין הנאמנויות השונות. גישת עורכי הדין, כפרטים וכלשכה פרופסיונלית, מצדדת (כך עולה בדיונים השונים המתקיימים לגבי הצעת החוק) בגישה הדומיננטית – הנאמנות ללקוח עליונה – ומתעלמת מאינטרסים של צדדים שלישיים ובכללם החברה. לטענתם, על עורך הדין לשרת את האינטרס של הלקוח במסגרת החוק.⁴³ מנגד, משרד המשפטים וגם ככל הנראה, המחוקק קרי, ועדת חוקה, מנסים לאזן בין הנאמנויות השונות.⁴⁴

3. עורך הדין כ"שומר סף" בתחום איסור הלבנת הון

להבנת התמונה במלואה יש להידרש לנושא נוסף רלוונטי והוא היקף האחריות של הגורמים המכונים "שומרי סף",⁴⁵ ובהם רואי חשבון ועורכי דין. סוגיה זו מהווה מזה כמה שנים, אחת מן הסוגיות המרכזיות ברגולציה של שוק ההון – בארץ ובעולם.⁴⁶ קריסתם של תאגידי ענק דוגמת אנרון עוררה ויכוח ער בשאלה – היכן היו שומרי הסף, והביאה למסקנה כי הדבר מעיד על כישלון פיקוח מצדם. המהלך הבא היה רפורמות מקיפות בשוק האמריקני, אשר חלחו גם

39 דברי ההסבר להצעה, שם בעמ' 832.

40 לימור זר-גוטמן "הנאמנויות של עורך הדין", לעיל ה"ש 1.

41 שם. ראו דיון המחברת ב"גישה הדומיננטית" לפיה הנאמנות ללקוח (על עורך הדין לשרת את האינטרס של הלקוח במסגרת החוק) היא עליונה תוך התעלמות מאינטרסים של צדדים שלישיים ובכללם החברה; פרוטוקול 199, לעיל ה"ש 4, בעמ' 7-9, 14-15.

42 דברי ההסבר להצעה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 833; פרוטוקול 199, לעיל ה"ש 4, בעמ' 3.

43 זר-גוטמן "הנאמנויות של עורך הדין", לעיל ה"ש 1.

44 ראו פרק ב.1 להלן.

45 "שומר סף" מוגדר כגורם שיש ביכולתו למנוע את ביצוע עבירה ממבצעה העיקרי, ראו Reinier H. Kraakman, *Gatekeepers: The Anatomy of a Third-Party Enforcement Strategy*, 2 J. L. ECON. & ORG. 53, 53 (1986).

46 לסקירה מלאה ראו אסף חמדני "אחריות שומרי-סף בשוק-ההון" משפט ועסקים ה 11 (2006).

עורך הדין – "שומר סף" או "שוטר סף"?

לישראל, באשר לכללים החלים על רואי חשבון, חתמים, אנליסטים ועורכי דין. בארצות-הברית אף ניתנו סמכויות אכיפה נגדם ל-SEC,⁴⁷ בכוונה להניעם לפקח כראוי על חברות ציבוריות.⁴⁸ עיקר תשומת הלב הופנתה להטלת חובות רישום, דיווח, יצירת מנגנוני בקרה מפותחים ואף הטלת אחריות במקרה של כשל.⁴⁹

נקודת המוצא בשוק ההון היא כי שומר סף הוא ספק שירותים, או מתווך בעל מוניטין, המעורב בצומתי החלטה מכריעים בשרשרת הפעולות של התאגיד. זאת, בעיקר לצורך מתן אישור או הכשר לביצוע פעולות שעליהן יכול הציבור להסתמך, לרבות באשר לאיכות המידע שהתאגיד מדווח עליו. הציבור יכול להסתמך עליו שכן מדובר בבעל מקצוע עצמאי; שעלול לפגוע, במעשיו (או במחדליו) במוניטין שלו; הוא עלול לעמוד בסיכון לסנקציה (פלילית, אזרחית או מנהלית); העניין שלו בהפרה או בעברה נמוך, והסיכון (כגון איבוד רישיון ומוניטין) שהוא עלול לעמוד בפניו אם לא יקיים את המוטל עליו, גדול בהרבה מהרווח שהוא יכול להפיק.⁵⁰

בשוק ההון יש משטר גילוי אפקטיבי,⁵¹ המחייב כי לשומרי הסף – חתם, רואה חשבון, עורך דין פנימי או חיצוני הנותן שירות לחברות – יהיו תמריצים נאותים לפיקוח על לקוחותיהם (החברות הציבוריות).⁵² השאלה בענייננו: האם ניתן ללמוד משוק ההון לגבי משטר גילוי זהה, בתחום הלבנת ההון, אשר יחול גם על עורכי דין פרטיים, בעת מתן שירות ללקוח.

לכאורה, גם בתחום הלבנת הון, כל גורם שיש לו היכולת למנוע את ביצוע העברה מהמבצע העיקרי, ובכללם עורך הדין, ייחשב כשומר סף. לפיכך, יש מקום לקבוע תמריצים נאותים לפיקוח על לקוחותיו. למעשה, התשובה אינה פשוטה: ככל הנראה, אין דין הלקוח הפרטי הנזקק לעורך הדין, כדין החברה הציבורית, הנהנית משירותי עורך דין (קבוע בדרך כלל), חיצוני או פנימי ("in house"), והבסיס להחלת החובות כמוצע בהצעת החוק, שונה מחובת הגילוי הקיימת בשוק ההון. המתנגדים לתיקון לחוק אף טוענים כי בהחלת החובות השונות על עורכי הדין, ובעיקר חובת דיווח, הפכו אותם, בעל כורחם, מ"שומרי סף" ל"שוטרי סף", ופגעו קשות במערכת היחסים עורך דין-לקוח.

- 47 U.S. Securities and Exchange Commission (SEC) – הוועדה לניירות ערך והבורסות בארצות-הברית.
- 48 The Sarbanes-Oxley Act, 28 U.S.C § 1658 (2002); בישראל ראו למשל ס' 240(א) (1א) לחוק החברות (תיקון מס' 3), התשס"ה-2005, העוסק במינוי דירקטורים בעלי כשירות חשבונאית-פיננסית בחברות ציבוריות.
- 49 לעניין השיקולים בעד ונגד הטלת אחריות על שומרי הסף, ראו חמדני, לעיל ה"ש 46, בעמ' 18-20; וכן בת"פ (ת"א) 40162/05 מדינת ישראל (פרקליטות מיסוי וכלכלה) נ' אלגור, פס' 197 (פורסם בנבו, 6.1.2009). בפרשה זו נדון האפקט המצנן בהרחבת מעגל האחריות והטלתו על עורכי דין ורואי חשבון.
- 50 שם, וכן ראו לעיל ה"ש 45.
- 51 רע"פ 11476/04 מדינת ישראל נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ (פורסם בנבו, 21.2.2010).
- 52 ראו לעיל ה"ש 45, 46, 49.

על מנת לתת תשובה לשאלה זו אבחנו בשני הפרקים הבאים את עיקרי התיקון לחוק, המציע להטיל חובות שונות על עורך הדין כנותן שירות עסקי, הרקע לחקיקתו והקשיים ביישומו.

ב. עיקרי הצעת החוק והרקע לחקיקתה

1. הרקע למהלך ועמדת השחקנים המרכזיים

בבסיס חקיקת חוק איסור הלבנת הון, לפני למעלה מעשור, עמדה ההבנה הבין-לאומית כי על מנת להילחם בעבריינות סמים ופשע מאורגן, יש לנקוט אסטרטגיה חדשה שבאה לידי ביטוי בשורה של צעדים, ובהם שיתוף פעולה בין-לאומי, אימוץ סטנדרטים משותפים לפעולה ואימוץ חקיקה בין-לאומית המאפשרת את יישומם של אותם סטנדרטים.⁵³ הכרה בין-לאומית זו הביאה לכמה מהלכים בין-לאומיים ובראשם גיבוש אמנת וינה, משנת 1988, נגד סחר בלתי חוקי בסמים.⁵⁴ האמנה קוראת לשיתוף פעולה עולמי, לסיוע משפטי בין מדינות ולהפללת התופעות של הלבנת הון שמקורן בסחר בסמים. כחלק מהמאבק בתופעות אלה קוראת האמנה לאימוץ אמצעי זיהוי, איתור, תפיסה וחילוט של רכוש "מולבן".⁵⁵

בשנת 1989 הוקם בפריז כוח משימה בין-לאומי למאבק בהלבנת הון, ה-FATF (Financial Action Task Force) אשר חברות בו כיום עשרות מדינות והתארגנויות אזוריות. כוח המשימה מרכז את המאבק בתופעות הלבנת הון בדרכים שונות: על ידי תיאום וקידום מדיניות ושיתוף פעולה לאומיים ובין-לאומיים; באמצעות פיתוח אסטרטגיות משותפות ללוחמה בהלבנת הון ויצירת האחדה של דרכי פעולה – על מנת למנוע "זליגה" של הלבנת הון ממדינות המקיימות משטר המונע הלבנת הון לבין כאלה שלא; על ידי מתן המלצות למדינות החברות בכוח המשימה ומעקב שוטף אחר יישום המלצותיו.⁵⁶

ה-FATF גיבש בשנת 1990 ארבעים המלצות שקבעו את הסטנדרט הבין-לאומי למאבק בהלבנת הון.⁵⁷ המלצות אלה אומצו על ידי כל המדינות המבקשות לקבל הכשר כמדינות הנאבקות בהלבנת הון ומקיימות משטר המתאים ליעד זה, ובכללן ישראל. בהמלצות האמורות נקבע כי יש להחיל חובות זיהוי, שמירת מסמכים ודיווח על עסקאות חשודות, על מגזרים

53 ההצעה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 421.
 54 אמנת האו"ם נגד הסחר הלא חוקי בסמים נרקוטיים וחומרים פסיכותרפיים, כ"א 49, 1388 (נחתמה ב-1988); גרוסמן, בלקין וליכט, לעיל ה"ש 7, בעמ' 667.
 55 ההצעה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 421.
 56 שם; ראו גם גרוסמן, בלקין וליכט, לעיל ה"ש 7, בעמ' 585–590.
 57 FATF 40 Recommendations (October 2003) – 40 המלצות של ארגון ה-FATF, www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/FATF%20Standards%20-%2040%20Recommendations%20rc.pdf.

עורך הדין – "שומר סף" או "שוטר סף"?

שונים, בהם עורכי דין, נוטריונים, בעלי מקצוע בתחום המשפטי, רואי חשבון, נאמנויות ונותני שירות לחברות, כאשר אלה מבצעים עבור לקוחותיהם עסקאות מהסוג המפורט בהמלצות.⁵⁸ את יישום ההמלצות על ידי מדינת ישראל במהלך השנים, לרבות באמצעות תיקוני חקיקה משמעותיים, ניתן להגדיר כ"קפיצת הדרך": ביוני 2000 פרסם ה-FATF "רשימה שחורה" שכללה מדינות שנתפסו ככאלה שאינן משתפות פעולה עם המאבק הבינ-לאומי בהלבנת הון.⁵⁹ הרשימה כללה את מדינת ישראל. בעקבות חקיקת חוק איסור הלבנת הון, הקמת הרשות וביצוע מהלכי אכיפה, נמחקה ישראל מהרשימה. בינואר 2006 כבר הצטרפה ישראל, במעמד של משקיפה, לארגון Moneyval.⁶⁰ ארגון זה עורך, בין היתר, ביקורות הדדיות בין המדינות החברות בו, בנוגע לעמידה בסטנדרטים הבינ-לאומיים שקבע ה-FATF בתחום המאבק בהלבנת ההון ומימון טרור. עם זאת, בביקורות של הארגון שהתקיימו בשנים 2008 ו-2013, נדרשה מדינת ישראל להתאים את החקיקה בתחום הלבנת הון לדרישות המעודכנות שנקבעו במישור הבינ-לאומי בתחום זה על ידי ה-FATF, לרבות בדרך של הטלת חובות דיווח על מגזרים שונים.

על רקע הדברים הללו, ניתן להבין את נחישותו של משרד המשפטים לקדם את המאבק בהלבנת הון ובמימון טרור בהתאם לסטנדרטים הבינ-לאומיים בתחום זה.⁶¹ לדבריו, בשנים האחרונות זיהו ארגונים בין-לאומיים שימוש הולך וגובר בשירותיהם של אנשי מקצוע, דוגמת עורכי דין ורואי חשבון, על ידי מלביני הון, אשר מנצלים לרעה את המאפיינים והמומחיות של בעלי מקצוע אלה: ניצול הסודיות והנאמנות (והחיסיון אצל עורכי הדין) וניצול לרעה של "מכובדות" עורכי הדין (ורואי החשבון). הדוגמה המובהקת לכך היא ניצול חשבונות הנאמנות שלהם להסתרת רכוש אסור,⁶² וניצול יכולתם להקים ישויות משפטיות מורכבות, לרבות הסדרי נאמנות, כדי לטשטש את הבעלים והמקור של הרכוש.

נימוקים נוספים להטלת חובת הדיווח, עניינם בסוגיות שונות הקשורות אף הן קשר הדוק למעמדה של ישראל בכפר הגלובלי, כגון הצטרפותה של ישראל ל-OECD והטענה כי הטלת חובת דיווח תסייע לגופים הפיננסיים הישראליים (בנקים ואחרים) לפעול בחו"ל אל מול מוסדות אירופיים. מנגד, היעדר חובת דיווח עלולה לתייג את ישראל כמי שאינה משתפת

58 שם. ראו המלצה 12 העוסקת בזיהוי הלקוח, ובעיקר המלצה 12(d) וההפניה להמלצות 5, 6, 8–11, וכן ראו המלצה 16 העוסקת בחובת דיווח לרשויות על עסקאות חשודות וההפניה להמלצות 13–15, 21, למעט פעולות שנעשו במסגרת חיסיון עורך דין-לקוח וחובת הסודיות.

59 הסנקציות על המדינות והגופים שאינם מאמצים את הסטנדרטים, ראו גרוסמן, בלקין וליכט, לעיל ה"ש 7, בעמ' 588–590, 620–625.

60 ארגון Moneyval הוא ארגון של מועצת אירופה מסוג FSRB (FATF Style Regional Body), שמטרתו לקדם את המאבק בהלבנת הון ומימון טרור. על חשיבות הביקורת לביסוס מעמדה של מדינת ישראל כמדינת חוק, השותפה למאבק הבינ-לאומי בתופעות אלה, ראו דברי ההסבר להצעה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 832. המחברת השתתפה כנציגת הפרקליטות בביקורת שנערכה במדינת ישראל בשנים 2008 ו-2013.

61 דברי ההסבר להצעה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 832.

62 "רכוש אסור" כמובנו בס' 3 ו-4 לחוק, לעיל ה"ש 9.

פעולה עם המאמץ הביין-לאומי למלחמה בפשיעה, סחר בסמים והלבנת הון, או אף להביא להטלת סנקציות עליה או על גופים ישראלים פיננסיים ואחרים. בשלהי שנת 2013 פורסם דו"ח הביקורת האחרון של ארגון Moneyval. מדינת ישראל זכתה לשבחים רבים בזכות שיפור פעולות האכיפה והרגולציה בתחום. בצד השבחים, נמתחה על מדינת ישראל ביקורת חריפה על כך שטרם החילה חובות בתחום איסור הלבנת הון ומימון טרור על גופים לא-פיננסיים ובהם עורכי דין.⁶³ בתגובה על כך הביע ראש הרשות לאיסור הלבנת הון דאגה עמוקה מההשלכות הביין-לאומיות האפשריות, אם מדינת ישראל לא תפעל לקידום משמעותי של הליכי החקיקה לגבי נותני שירותי מטבע וגופים לא-פיננסיים, כאמור לעיל.⁶⁴

נציגי הרשות מדגישים כי בהטלת חובות על עורכי הדין אין הכוונה להפוך אותם לזרוע מזרועות האכיפה וכי ליבת עיסוק עורך הדין לא תיפגע מתיקון החוק.⁶⁵ עם זאת, עורכי הדין יהיו "שומרי סף" בדומה לגופים פיננסיים, ובעיקר הבנקים. לדבריהם, כחברה מתוקנת לא ניתן להרשות שמשרדם של עורכי הדין יהפוך לעיר מקלט להון מולבן, או שלקוח יפקיד כספים שמקורם במדינות עלומות, בחשבון נאמנות במדינת off-shore שעורך הדין פתח עבורו.⁶⁶

2. עיקרי הצעת החוק

על פי הצעת החוק, יושתו חובות שונות על "נותני שירות עסקי".⁶⁷ הצעת החוק המקורית כללה עורכי דין, רואי חשבון, יועצי מס מייצגים, מתווכים במקרקעין ומי שעיסוקו במתן שירותי נאמנות לאחר. הצעת החוק בנוסחה הסופי צמצמה את תחולתה לעורכי דין ורואי חשבון. פרק ג' לחוק, המורה על "הטלת חובות זיהוי, דיווח וניהול רישומים", וחל, לעת הזו, על בנקים, על נותני שירותי מטבע, על סוחרים באבנים יקרות ועוד, יחול, בשינויים מסוימים, גם עליהם.

באשר לעורכי דין, קבעה הצעת החוק המקורית:⁶⁸

63 Moneyval, Report on Fourth Assessment Visit – ISRAEL, 110 (December 12, 2013) available at [www.coe.int/t/dghl/monitoring/moneyval/Evaluations/round4/ISR4-MERMO.NEYVAL\(2013\)24_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/moneyval/Evaluations/round4/ISR4-MERMO.NEYVAL(2013)24_en.pdf)

64 הדברים הובעו בהודעה באתר משרד המשפטים – הרשות לאיסור הלבנת הון (18.12.2013). index.justice.gov.il/Units/HalbantHon/News/Pages/BIKORET_MONEYVAL_2013.aspx

65 ס' 20 לחוק לשכת עורכי הדין.

66 דברים אלה נאמרו בכנסים וימי עיון שונים, ראו לדוגמה הודעות לשכת עורכי הדין באתר הלשכה: הודעה בעקבות השתלמות בנושא איסור הלבנת הון שקיים המכון להשתלמות של לשכת עורכי הדין (10.11.2010) www.israelbar.org.il/article_inner.asp?pgId=105203&catId=6; דברים מפאנל בנושא "איסור הלבנת הון – רעידת אדמה ביסודות עריכת הדין", שהתקיים במסגרת הכנס השנתי ה-12 של לשכת עורכי הדין באילת (24.5.2010) www.israelbar.org.il/article_inner.asp?pgId=131191&catId=6.

67 ס' 2 להצ"ח נוסח סופי, לעיל ה"ש 4; ס' 2 להצעה, לעיל ה"ש 2.

68 ס' 3 להצעה, שם.

עורך הדין – "שומר סף" או "שוטר סף"?

"נותן שירות עסקי" – כל אחד מאלה, למעט לגבי פעולות המבוצעות במסגרת שירות הניתן למדינה או למשרד ממשלתי, ופעולות בפיקוח בית משפט:

[...]

עורך דין, רואה חשבון או יועץ מס מייצג – לגבי אחת או יותר מהפעולות שלהלן, שהוא מבצע או מכין לביצוע בעבור לקוחו:

קנייה, מכירה או חכירה לדורות של נכסי דלא נייד;

קנייה או מכירה של עסק;

ניהול נכסי הלקוח, ובכלל זה ניהול כספים, ניירות ערך ונכסי דלא נייד, וכן ניהול חשבונות של לקוח בתאגיד בנקאי או באחד מהגופים המנויים בפרטים (1) עד (6) לתוספת השלישית;

קבלה, החזקה או העברה של כספים לצורך הקמה או ניהול של תאגיד;

(ה) הקמה או ניהול של תאגיד, עסק או נאמנות לאחר;

מי שעיסוקו במן שירותי נאמנות לאחר, אף אם אין זה עיסוקו היחיד – לגבי שירותי נאמנות שהוא נותן, ובלבד שלא חלות עליו חובות אחרות לפי חוק זה בשל מתן אותם שירותים".

על פי דברי ההסבר להצעת החוק המקורית, הדיווחים של נותני השירות העסקי יהיו בנוגע לפעולות בעלות אופי פיננסי שיעשו. על פי טיוטת הצו שהוצאה מכוח הצעת החוק המקורית,⁶⁹ ושנדונה גם מול לשכת עורכי הדין, עיקר החובות הן כמפורט להלן: זיהוי והכרת הלקוח: עורך הדין לא יוכל לבצע פעולה עבור הלקוח בלא שזיהה את הלקוח ומבלי שביצע לגביו הליך של הכרת הלקוח, בהתאם למידה ולהיקף הסיכון שעורך הדין יקבע, סוג הקשרים עם הלקוח וסוג הפעולה המבוצעת עבורו. עורך הדין יהיה חייב לברר מה מקור הכספים שעמם מבוצעת הפעולה, עיסוק הלקוח, מטרת ביצוע הפעולה והפעילות המתוכננת באמצעותו (של עורך הדין). אם מדובר בלקוח תושב חוץ, יהיה צורך בבירור הזיקה לישראל ובבדיקה אם הוא איש ציבור זר.⁷⁰

דיווח לפי סוג פעולה, מתוך רשימה של סוגי פעולות החייבות בדיווח, כגון: פעילות במזומן מעל לרף שייקבע; תשלומים עבור הלקוח המבוצעים על ידי צד שלישי שאין לו זיקה משפחתית או עסקית ללקוח; הסתרת שם הלקוח; קנייה או מכירה של נכס נדל"ן במחיר שונה מהותית מערכו האמיתי, למיטב ידיעתו של עורך הדין.⁷¹

69 טיוטת צו מעודכנת, לעיל ה"ש 37.

70 ס' 2(א), ש.ם.

71 ס' 10, ש.ם; התוספת השלישית ובעיקר ס' 1, 5, 9, 10, 11, ש.ם.

דיווח במקרה של "פעילות חשודה" היינו "פעילות שלאור המידע המצוי ברשות נותן השירות העסקי קיימת ידיעה או חשד בפועל שהיא קשורה לפעילות האסורה לפי חוק איסור הלבנת הון או חוק איסור מימון טרור ובכלל זה פעילות בעלת סממנים לכאורה של דפוסי פעילות של הלבנת הון או מימון טרור". במקרה שמתעורר ספק בלבן של עורך הדין אם הפעילות חייבת בדיווח, – יהיה עורך הדין חייב לדווח עליה לרשות המוסמכת.⁷² חובת בדיקה מול רשימת ארגוני טרור ופעילי טרור – אם הלקוח שבא לבקש שירות נמצא בה.⁷³

על פי לשון ההצעה המקורית ותכליתה, מדובר במגוון פעולות שעורך הדין אמור לבצע, הנע מניהול רישומים על לקוחותיו ועד להפעלת שיקול דעת רחב ומעין חקירה-זוטא לגבי הלקוח. כמו כן, בניגוד לדיווחים שהם "טכניים" במהותם (דיווח על סכום העסקה או על שם לקוח), וללא הפעלת שיקול דעת, חובת הדיווח על פעולה המעוררת חשד בפועל, שהיא קשורה להלבנת הון או מימון טרור – קשה יותר להגדרה. בטיטת הצו לא ניתן פירוט למאפייני "פעילות חשודה", אך ניתן ללמד מרשימת סוגי הפעולות לדיווח לפי סוג הפעולה, כגון: עסקאות במזומן, רישום נכס שנרכש עבור לקוח על שם צדדים שלישיים וכדומה.⁷⁴ מטבע הדברים, וכפי שיתואר בהמשך, עיקר הוויכוח לגבי הטלת חובות על עורכי דין, נסב סביב החלת חובת הדיווח. עמדת לשכת עורכי הדין בנקודה זו הייתה בלתי-מתפשרת וגם זכתה לרוח גבית מהמחוקק. חובה זו נגרעה מטיטות מאוחרות של הצעת החוק והצו אשר הותקן מכוחה. במהלך שנת 2014 חודשו הדיונים בנושא תיקון החוק, בעיקר בגלל הצורך להציג למועצת אירופה, בסיום השנה, התקדמות בנושא החלת חובות דיווח.⁷⁵ כדי לקדם את חקיקת החוק היה מוכן משרד המשפטים גם להגיע לפשרה עם לשכת עורכי הדין ולהטיל עליהם חובות מצומצמות יותר.

ב-30.7.2014, לאחר דין ודברים, אישרה הכנסת הצעת חוק מתוקנת, בנוסח "מרוכך", המטילה על עורך הדין חובות של הכרת הלקוח, זיהויו וניהול רישומים בעניינו, ללא חובת בקרה שוטפת או מעקב אחרי פעולות הלקוח, אך תוך שרטוט מעין "פרופיל עסקי" של הלקוח והערכת מידת הסיכון של הלקוח ופעולותיו, על סמך דיווח הלקוח. שבוע לאחר מכן התפרסם התיקון לחוק וכארבעה חודשים לאחר מכן פורסם הצו המטיל חובות זיהוי. מחיר השינוי היה הסכמה כי ייקבע כלל אתיקה האוסר על נותן שירות עסקי לבצע פעולה אם הוא חושד כי הלקוח מסוכן או שהפעולה מהווה הפרה של הוראות החוק. יודגש כי התיקון לחוק אושר בשיתוף פעולה מסוים של לשכת עורכי הדין באשר להיבטים מסוימים של החלת כלל אתיקה על עורכי הדין ולמרות התנגדות עקבית של הלשכה לעיקרים אחרים בהצעה.⁷⁶

72 ס' 11, ש.ם.

73 ס' 14, ש.ם.

74 ס' 1, 11 (א) והתוספת השלישית, ש.ם. סעיפים העוסקים בהגדרות ובדיווח על פעילות חשודה.

75 פרוטוקול 199, לעיל ה"ש 4, בעמ' 4.

76 ראו הוספת ס' 8ב, ס' 2 להצ"ח נוסח סופי, לעיל ה"ש 4; ראו הוספת ס' 11ג (ג) לחוק, ס' 3 להצ"ח נוסח סופי, ש.ם; ס' 2 לתיקון מס' 13, לעיל ה"ש 4, שעניינו הוספת סע' 8ב (ב) לחוק; טיוטת צו מעודכנת, לעיל ה"ש 37; צו איסור הלבנת הון (חובות זיהוי, ניהול רישומים של נותן שירות עסקי למניעת הלבנת הון ומימון טרור), התשע"ה–2014, ק"ת 7447 (להלן: "צו הזיהוי");

עורך הדין – "שומר סף" או "שוטר סף"?

ההיבט המעניין בהליך חקיקה זה הוא שלמרות אישור התיקון לחוק, ובהיעדר אישור הצו אשר יותקן מכוחו, ליבת המהלך בעצם טרם הוסדרה. לפיכך, לדעתי, חילוקי דעות מהותיים באשר לגדרי תחולת התיקון ימשיכו ללוות את השלמתה, משני טעמים עיקריים: ראשית, בנוסח הסופי של הצעת החוק יש שינוי מיקוד – מדיווח ובקרה שוטפת ("מעקב", בלשון עורכי הדין) לזיהוי וניהול רישומים בלבד, על סמך מידע מהלקוח, וללא חקירה אקטיבית של נותן השירות העסקי לגבי פעולות הלקוח. אך יתר עיקרי הצעת החוק המקורית נשארו בעינם: סוג הפעולות הנכללות במסגרת "השירות העסקי" – מכירת נדל"ן, הקמת עסק וכדומה – כמעט שלא השתנה, אך הובהר כי השירות ניתן "במסגרת מתן שירות מקצועי". כך גם נשארה בעינה הקביעה כי לא תהיה פגיעה בחסיון עורך דין-לקוח.

כלומר, אותן שאלות שהועלו בפרק א' לעיל לגבי המתח בין חסיון עורך דין-לקוח וחובת הסודיות אל מול חובת הדיווח על פי חוק איסור הלבנת הון ימשיכו ללוות את המהלך: השאלה בדבר היכולת להפריד בין פעולה קלאסית של עריכת דין לבין פעולה על פי החוק, בעיית השימוש ב"מידע עודף" המצטבר אצל עורך הדין וכיוצא באלו.

שנית, השינוי העיקרי בא, כאמור, לידי ביטוי בהסכמת לשכת עורכי הדין לקבוע כלל אתיקה. לפי הכלל שנקבע, נותן שירות עסקי יידרש להעריך את רמת הסיכון להלבנת הון של כל פעולה של שירות עסקי שהוא מבצע עבור הלקוח ויהיה מחויב להימנע מביצוע פעולה שסווגה על ידו כפעולה בסיכון גבוה – הכול על סמך דיווחי הלקוח. אך יציקת התוכן למהלך זה תבוא, כאמור, לידי ביטוי ביישום הצו, אשר יקבע מה משמעותו המעשית של זיהוי הלקוח ולמה עורך הדין אמור לשים לב בעת הערכת מסוכנות הלקוח. כלומר על דרך קביעת תסמינים, ולכך, חלקם של עורכי הדין מתנגדים, כעיקרון. כמו כן, כדרכם של דברי חקיקה, המקנים סמכות לשר הממונה (במקרה דנן, שר המשפטים), הוא יוכל לקבוע בצו, ככל הנראה, עניינים נוספים שתחול עליהם חובת הזיהוי, שייתכן שיציתו את הוויכוח מחדש וימנעו את יישום המהלך.⁷⁷

ג. "הכר את הלקוח": מ"שומר סף" ל"שוטר סף"? – קשיים ביישום

הצעת החוק – בכלל, וחובת הדיווח על "פעילות חשודה" בנוסחו המקורי של תיקון החוק, או חובת זיהוי הלקוח (והערכת מסוכנותו) בצו – בפרט, מעוררות את השאלה אם עורך הדין חב

פרוטוקול 199, לעיל ה"ש 4, בעמ' 7-9, 14-16; פרוטוקול 205, שם, בעמ' 23, פרוטוקול 225, שם, בעמ' 9-11, 21-22, 24-25, 27-33; הודעת הלשכה 22.6, שם. דברי ההסבר להצעה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 832-833; תיקון ס' 11ד, ס' 4 להצ"ח נוסח סופי, לעיל ה"ש 4; ס' 2 לתיקון מס' 13, שם, הוספת ס' 8ב(ב) לחוק. יש לציין כי כלל האתיקה נוסף ברגע האחרון, בדיון לגבי סמכותו של המפקח שימונה לבדוק את רישומי נותן השירות העסקי ולהיכנס למשרדו ראו הוספת ס' 11ג(ג), ס' 3 להצ"ח נוסח סופי, שם; הוספת ס' 11ד(ב), ס' 4, שם; ס' 4 לתיקון מס' 13, שם, הוספת ס' 11ג(ג); כן ראו פרוטוקול 225, שם, בעמ' 10 (בסופו אושרה הצעת החוק לקריאה שנייה ושלישית): הועלתה שם הטענה, כי הליך משמעותי מהסוג הזה לא יכול להתקיים כשנשמר החסיון. כמו כן הודגש הקושי לחשוף בפני עורכי דין מתנדבים, פרטים על לקוחות של עורכי דין, במקרה של חשד להפרת הכלל האתי.

בנאמנות למדינה או ללקוח, או שמא לשניהם. ואם כך איך ניתן ליישב ביניהם במקרה של התנגשות.

לטענת עורכי הדין, ההצעה להטיל חובות שונות על עורכי הדין מהווה שינוי עמוק ויסודי במשטר הדיווח הקיים כיום – מחד גיסא, ופגיעה ממשית וקשה ביחסי עורך דין-לקוח – מאידך גיסא. במהלך השיח הציבורי בנושא זה נשמעו קולות כי מדובר בלא פחות ממימוש חזון "האח הגדול" של גורג' אורוול⁷⁸ וכי הטלת חובות הדיווח על עורכי הדין היא לא פחות מרעידת אדמה.⁷⁹

משמעות המהלך, לטענתם, היא הסטת נקודת האיזון בין הערך של אכיפה מסודרת בתחום הפשיעה והלבנת הון, לבין זכותו של אדם לקבל ייעוץ משפטי (במובנו הרחב ביותר) המחייבת תקשורת כנה ופתוחה בינו לבין המייעץ. כל הכנסת טריז בין השניים, בין בהערכת הלקוח ובוודאי על דרך דיווח עליו, גם אם מדובר בשירות עסקי שאינו ייחודי לעורך הדין, ובעל מקצוע אחר יכול היה לספקו, ואך מקרה הוא כי עורך הדין מבצע זאת – מפרה את האיזון הנכון.

יתר על כן, כך אומרים המבקרים, הליך היכרות הלקוח, קל וחומר דיווח עליו, או הערכת סיכון של עסקי הלקוח, הנתון לשיקול דעת עורך הדין, בהתבסס על היכרותו עם הלקוח ודפוסי התנהגותו, פוגע בחובת הסודיות של עורך הדין ללקוח וביחסי האמון הנרקמים ביניהם, שהם בסיס להתקשרות המקצועית ביניהם. דיווח של עורך הדין, על סמך חשד כי הלקוח מנסה להימנע מדיווח, או כל חשד אחר, יפגע קשות במערכת היחסים העדינה בין הלקוח לעורך הדין ויהפוך את האחרון לשוטר מטעם רשויות האכיפה.⁸⁰

להערכת, אף שהצעת החוק בנוסחה הסופי והתיקון לחוק אינם כוללים, בסופו של דבר, חובת דיווח לרשות, הם מעוררים מספר קשיים, שלהם הם אינם נותנים בהכרח מענה:

1. קשיים עיקריים בתיקון לחוק

1) שינוי ביחסי עורך דין-לקוח החל מרגע קשירת מערכת היחסים ביניהם ולאורך כל קיומה של מערכת היחסים ביניהם: עצם השתתפות חובה על עורך הדין, כתנאי למתן השירות על ידי עורך הדין, עלולה לפגוע בראייתו כבעל מקצוע חופשי הפועל מתוך נאמנות ללקוח, במסגרת החוק. כזו היא למשל הדרישה לזיהוי מקיף של הלקוח או הערכת מסוכנותו ומסוכנות פעולותיו כתנאי למתן השירות.

כמו כן, לא ניתן להתעלם מחשש לפגיעה ביחסי עורך דין-לקוח ויצירת ניגוד עניינים ביניהם. שכן, כוונת הרשות לחייב עורכי דין לדווח על חשד בהתנהגות לקוחותיהם (כבנוסח המקורי של הצעת החוק), או לפרט למפקח כיצד העריכו לעצמם את מסוכנות עסקי הלקוח (על

78 ג'ורג' אורוול 1984 (ג' ארייך מתרגמת, 2001).

79 מתוך דברים שנאמרו ביום עיון של לשכת עורכי הדין בנושא חוק איסור הלבנת הון, ובעיקר במושב שעסק ב"חובות זיהוי ודיווח על לקוחות – סוף פסוק או סוף המקצוע". ראו הודעת לשכת עורכי הדין באתר הלשכה (28.10.2012) (להלן: "הודעת הלשכה 28.10"). www.israelbar.org.il/article_inner.asp?pgId=137938&catId=6

80 פרוטוקול 199, לעיל ה"ש 4 בעמ' 7-9, 14-16; פרוטוקול 225, שם, בעמ' 10.

עורך הדין – "שומר סף" או "שוטר סף"?

(על פי הנוסח הסופי), עלולה לגרום לא רק להפרה בוטה של חסיון עורך דין–לקוח המוקנה ללקוחו של עורך הדין, אלא גם לרתימת עורכי הדין למעין "מלשינים", שכן יחויבו לדווח על לקוחותיהם כדי להגן על עצמם. משמעות הדבר, לטענת המתנגדים לתיקון החוק, כי עורכי הדין ישמשו בפועל מעין זרוע מודיעין של המשטרה והרשות לאיסור הלבנת הון. הכללת חובה זו במערכת יחסים עורך דין–לקוח תשפיע לרעה על מערכת היחסים בין עורך הדין ללקוח ועל התקשורת החופשית ביניהם.

יתרה מזו, החובה להעריך את הסיכון הגלום בלקוח מחייבת את עורך הדין בבדיקה קפדנית של העסקאות שנעשות בזמן הקשר העסקי ביניהם ואף עלולה לחייב את עורך הדין לבצע פעולות חקירה נגד הלקוח.⁸¹

כמו כן, אחת מהבעיות העיקריות בהצעה המקורית, כך גורסים המתנגדים, הייתה החובה לדווח לרשות לאיסור הלבנת הון כאשר מתעורר חשש שהלקוח מבקש להשתמש בעורך הדין לצורך הלבנת הון, והאיסור להודיע ללקוח על דיווח זה. קושי זה לא נפתר לחלוטין, גם אם החובה צומצמה במידה רבה להערכת מסוכנות הלקוח, על סמך דיווח הלקוח ושמירת רישומים במשרד עורך הדין על כך. שכן למעשה מציבים את עורך הדין במעמד של קצין ציות מטעם הרשות לאיסור הלבנת הון – דרישה שאינה מידתית, ויוצרת שינוי עמוק ביחסיו עם הלקוח ופוגעת בתפקידו.

סוגיה זו בהקשר הרחב מעלה את השאלה אם אין כאן פגיעה בזכויות יסוד באופן לא מידתי: זכות אחת העלולה להיפגע היא חופש העיסוק של עורך הדין.⁸² החלת חובה לדרוש מהלקוח למלא טפסים והערכת סיכון של הלקוח ועסקיו על ידי עורכי הדין, עלולה לגרום ללקוחות שלא לפנות לעורכי הדין או לפגוע בטיב השירות שיינתן להם עקב ניסיון הלקוחות לצמצם במסירת מידע מחשש שיזלוג – מחד גיסא, ו"עצימת עיניים" של עורך הדין מלשאל שאלות מיותרות שיגררו חובת רישום או העברת מידע – מאידך גיסא. פגיעה משמעותית נוספת היא הפגיעה בזכות היסוד של הלקוח לייצוג משפטי,⁸³ שחיסיון ויחסי אמון הם ממרכיביו המהותיים. פגיעה ביסודות אלה היא פגיעה לא־מידתית בזכות לקבל ייצוג משפטי בחברה דמוקרטית.⁸⁴

קושי נוסף נעוץ בחוסר היכולת של עורך הדין להפריד בין מידע "עודף",⁸⁵ לבין מידע שאינו סודי או חסוי אשר יקשה באופן מהותי על תפקודו, גם אם הצעת החוק מבטיחה כי החיסיון והסודיות ימשיכו לחול על ליבת עבודתו.

81 זו עמדת הוועדה לאיסור הלבנת הון בנוגע להצעה להחיל חובות זיהוי ודיווח על עורכי דין ו"מתווכים פיננסיים", מיום 30.8.2010. העמדה זכתה לאישור הוועד המרכזי של לשכת עוה"ד; כן ראו עמדת ראש הלשכה באתר הלשכה www.israelbar.org.il/article_inner.asp?pgId=131326&catId=3082.

82 חוק־יסוד: חופש העיסוק.

83 חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו.

84 פרוטוקול 199, לעיל ה"ש 4, דברי נציגי לשכת עורכי הדין בעמ' 8–10, 14–15.

85 ראו לעיל פרק ב.2. כן ראו ס' 21 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), שלפיו "לא ישתמש עורך דין בידיעה שהגיעה אליו מאת לקוחו במילוי תפקידו, ואשר עורך הדין לא יכול היה לקבלה בדרך אחרת, במאמץ סביר".

הצעת החוק גם אינה נותנת מענה למצב דברים שבו עורך הדין גרם נזק ללקוח, ולו בהיעדר טיפול, בשל חשד בלקוח, שהתברר כשגוי.

(2) רובד שני בטיעוני המתנגדים לתיקון החוק מביא לידי ביטוי את החשש מהיעדר אמות מבחן ברורות לעורך הדין, ביישומו של החוק, וחשיפתו של עורך הדין לסנקציות בעקבות הפרת החובה, גם בבלי דעת.⁸⁶

פן אחד הנוגע לחוסר הבהירות, עניינו בהיעדר מסוימות מספקת בתיאור הפעולות הנכללות בהיגד "שירות עסקי" והרציונל (העסקי) להכללתן בחוק. כך, למשל, לא ברור אם עורך דין הרושם חברה ברשם החברות, מבצע פעולה טכנית כגון רישום משכון, או שמא הוא מקים חברה, כהגדרת "שירות עסקי", בחוק, שאז הוא חייב בכל חובות הזיהוי על פי הצעת החוק. במקרה של רישום בלבד ברשם החברות, לכאורה לא חלה חובת הזיהוי. מה גם שהרציונל להטלת חובת זיהוי על עורך הדין במקרה זה לא מובן, שהרי לא נעשתה כל פעולה פיננסית – שעל מקורותיה רצתה הצעת החוק להתחקות.⁸⁷

הפן השני נוגע לעורך הדין אשר אמור, על פי הצעת החוק, בעת מתן השירות, לבחון מהו היסוד הנפשי שלו עצמו לגבי הלקוח והפעולה המבוקשת. שכן, אם לאור המידע המצוי ברשותו (של עורך הדין) קיים חשד שהפעילות קשורה לפעילות אסורה, ככל שהוגדרה בצו, הוא חייב להימנע ממתן שירות עסקי. וכמאמר הבריות, "אם יש ספק – אין ספק": במקרה שמתעורר ספק אם הפעילות בעייתית, עורך הדין חייב היה לדווח לרשות המוסמכת לפי נוסחו המקורי של הצו, ולהימנע מהפעולה לפי הנוסח המעודכן.⁸⁸ משמעותה המעשית של חובה זו היא שבמקרה שמתעורר בו חשד לגבי התנהלות מסוימת, הנטל עובר עליו להפריכו, לחקור ולדרוש, אם ביצע את הפעולה, שאם לא כן, ניתן יהיה לומר כי הוא חשד בפועל, לא הסיר את עננת החשד, ואם ביצע אותה הוא הפר הוראת הצו, אלא אם כן יוכיח אחרת.

במקרה זה עלול להיווצר אי־שוויון ביחסי עורך דין–לקוח – ולרעת עורך הדין. אם הלקוח יועמד לדין, הוא יכול לטעון לזכותו טענת הסתמכות על עצת עורך דין, בעת שמילא את

86 שיח זה דומה לוויכוח שהתעורר בזמנו בנושא החלת חובות דיווח על הבנקים, בשאלה האם ניתן להטיל על הבנק אחריות באשר לדרכים החוקיות או הלא־חוקיות, בהן לקוחותיו משיגים את כספם? בין המתנגדים להחלת חובות דיווח על הבנק היו שטענו כי הבנק הוא "ספק שירות" בלבד. לדידם, כפי שלא נכון להטיל אחריות על בעליה של תחנת דלק לגבי השימוש שלקוחותיהם עושים בדלק שנרכש בתחנה (לצורך שוד לדוגמה), כך גם לא ניתן להטיל אחריות על הבנק לגבי מקורות ההון של לקוחותיו. מנגד, מצדדי חובת הדיווח טענו כי מעורבות הבנק בפעולות המימוניות של לקוחותיו, מטילה עליו חובה מיוחדת לבחון את מקורות כספם. שכן בפועל מעורבות הבנק וידיעותיו לגבי מקורות הכספים של לקוחותיו, עולים בהרבה על הידיעה של כל גוף אחר. לעיתים הבנק עשוי להיות "משותף תמים" בתהליכים של הלבנת הון, אך בראותנו בו "שומר סף" ולטובת האינטרס המערכתי, ניתן להטיל עליו חובות דיווח לגילוי הלבנת הון, מבלי להכביד על התנהגותו העסקית ותוך מתן הגנות למוסדות פיננסיים ופקידיהם. זאת, אלא אם יהיו סיטואציות מובהקות שהמסקנה מהן תהיה אחרת. הוא הדין באשר לעורכי הדין (ונותני השירות העסקי האחרים). אם רואים בהם "שומרי סף" ניתן להטיל עליהם חובות דיווח, תוך צמצום ההכבדה שכרוכה בכך למינימום ותוך שמירה על חיסיון עורך דין–לקוח.

87 פרוטוקול 205, לעיל ה"ש 4, בעמ' 18–19, 21.

88 ס' 11 (א) לטיטת הצו המקורית, לעיל ה"ש 37; ס' 11(ג) לטיטת צו מתוקן, שם; ס' 2 (א) לצו הזיהוי, לעיל ה"ש 76.

עורך הדין – "שומר סף" או "שוטר סף"?

הטפסים הדרושים לזיהויו והערכת הסיכון הגלום בפעולותיו (זאת, בהנחה כי יעמוד ביתר תנאי ההגנה).⁸⁹ עורך הדין, מצדו, אם יידרש להסביר את שיקול דעתו, עלול להידרש לחשוף מידע שהועבר אליו מטעם הלקוח או אף להעיד נגד לקוחו. התיקון המוצע יגרום, לשיטתם של המתנגדים, גם לבעיות מעשיות. למשל, אימות זהותו של הלקוח יכול לעורר קושי, שכן חלק מהפעולות המשפטיות אשר מבוצעות על ידי עורך דין אינן דורשות קיום פגישה פנים אל פנים בין הלקוח לעורך הדין. (3) סוג נוסף של נימוקי המתנגדים נעוץ בהשלכת התיקון על מבנה שוק עורכי הדין. לשיטתם, להחלת חובות זיהוי קפדניות, עשויות להיות השלכות נוספות אשר ישפיעו על שוק עורכי הדין במבנהו הנוכחי. זאת, נוכח החשש לניתוב הלקוחות לפנות ל"יועצים משפטיים", שאינם עורכי דין, כדי לחמוק מהחובה המוטלת על עורכי דין. לחלופין, אם עורכי הדין ידרשו מכל לקוח שנכנס למשרד ומבקש לבצע פעולה פשוטה כמו מכר דירת מגורים, למלא טפסים מפורטים, אזי מקום שבו מדובר בעורכי דין בעלי משרדים קטנים (רובם של עורכי הדין בארץ) או עורכי דין מהתחום האזרחי (שאינם מצויים בהכרח בנבכי המשפטי הפלילי וחוק איסור הלבנת הון) קיים חשש כי יעמדו בפני הסיכון לאבד את הלקוח. כמו כן, לצורך בדיקת נאותות הלקוח יידרשו עורכי הדין לבצע בדיקות נאותות שעלותן גבוהה, ושאין מתאימות למשרדי עורכי דין, ובוודאי לא למשרדים הקטנים-בינוניים.

2. האם ניתן לתת מענה לקשיים?

(1) תיקון החוק נותן, לכאורה, מענה באשר לקושי המהותי – החשש משינוי היחסים בין עורך הדין ללקוח ופגיעה בתקשורת החופשית ביניהם. בהצעת החוק המקורית קבעו מנסחי החוק כי חובות הדיווח לא יחולו במקרים הבאים:

"(א) פעולה כאמור בצו, שחלים לגביה חסיון על פי דין או חובת סודיות על פי דין;

(ב) בירור שקדם לביצוע פעולה כאמור בצו, כאשר נותן השירות העסקי לא ביצע את הפעולה וגם לא ניסה לבצע את הפעולה."

בהצעת החוק בנוסחה הסופי ובתיקון לחוק נקבע כי –

"(ו) אין בהוראות חוק זה או בהוראות צו שהוצא מכוחו כדי לפגוע בחיסיון לפי הוראת סעיף 48 לפקודת הראיות [נוסח חדש] התשל"א–1971".⁹⁰

89 ראו עניין תנובה, לעיל ה"ש 34; כן ראו ע"פ 5672/05 טגר בעמ' נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו 21.10.2007); ע"פ 1672/06 בלילי נ' מדינת ישראל – הרשות להגבלים עסקיים (פורסם בנבו 10.3.2008); דן שינמן "מבטו של סנגור על הגנת ההסתמכות" ספר אור 507 (2013).

90 תיקון ס' 7 לחוק והוספת ס' 7(ב) (2), ס' 2 להצעה, לעיל ה"ש 2; הוספת ס' 8(ב), ס' 2 להצ"ח נוסח סופי, לעיל ה"ש 4; הוספת ס' 8(ב) בתיקון מס' 13, שם. מהניסוחים השונים של הצעת החוק, שהוחלפו במסגרת הדיונים האחרונים בנושא התיקון לחוק, עלה כי עד לגיבוש הנוסח הסופי לא נכללה קביעה דומה. נושא זה היה מצוי במחלוקת בין לשכת עורכי הדין לבין מנסחי החוק, הן לגבי אופן הכללתה בתיקון והן לגבי מיקומה בהצעת החוק או בצו שהוצא מכוחה.

לשיטת מנסחי החוק, החיסיון וחובת הסודיות, חלים, בדרך כלל, על מידע שמועבר מהלקוח לעורך הדין במהלך ביצוע סוגי פעולות מסוימים, כגון: בירור המצב המשפטי של הלקוח או ביצוע משימתו של עורך הדין, בהגנה או בייצוג הלקוח, בקשר להליכים שיפוטיים, מנהליים, בוררות או גישור. סוגי פעולות אלה מהווים את הליכה של השירות המקצועי של עורכי הדין, ואינם נמנים עם הפעולות המגדירות מיהו נותן שירות עסקי. משכך, חובת הדיווח לא תחול בכל הנוגע למידע שהובא לידיעת נותן שירות עסקי שהוא עורך דין, במהלך ייעוץ וחיווי דעת משפטיים, או במהלך בירור מעמדו המשפטי של לקוח, או במסגרת ייצוג הלקוח, לרבות הכנה לקראת ייצוג בהליכים כאמור.⁹¹

עוד חריג לחובת הדיווח אמור היה לחול במקרה של מידע שהובא לידיעת נותן השירות העסקי במהלך בירור שקדם למתן השירות, אשר לא ניתן בסופו של דבר. חריג זה נועד לאפשר להימנע מדיווח כאשר עורך הדין יעץ ללקוח שלא לבצע פעולה מסוימת, והלקוח קיבל את העצה ולא ביצע את הפעולה; או אולי כאשר עורך הדין החליט שלא לטפל בעניינו של הלקוח. גם חריג זה נגרע מהצעת החוק בנוסחה הסופי.

חריג נוסף לחובת הדיווח הוא פעולה שהיא מתן שירות למשרד ממשלתי או שירות, לפי הוראות הדין, תחת פיקוח בית המשפט.⁹²

אולם נראה כי חריגים אלה אינם מאיינים את הקשיים שהצעת החוק מעוררת וייתכן שאף מעצימים אותם.

ראשית, כמפורט בפרק א לעיל, מערכת היחסים בין עורך הדין ללקוחו רחבה בהרבה מהגדרה המצמצמת של "בירור מצבו המשפטי של הלקוח" או "ביצוע משימה בהגנה או ייצוג". היעדר הגדרה מדויקת באשר לתחום החיסיון או הגדרת פעולות שכן ייכללו בחיסיון, ישאיר את התחום עמום וחשוף לשיקול דעת של עורך הדין, מצד אחד, ושל מי שיפקח על קיום החובה, מצד שני.

שנית, לדעתי, החריג שלפיו עורך הדין היה פטור מדיווח, מקום שיעץ ללקוח שלא לבצע פעולה מסוימת והלקוח קיבל את העצה ולא ביצע את הפעולה, עלול אף להקשות. גריעת החריג מהנוסח הסופי של הצעת החוק, והקביעה כי עורך הדין אמור לנהל לעצמו תרשומת על הערכת מסוכנות הלקוח ואין עליו חובת מעקב אחרי פעולות הלקוח אינן פותרות את הקושי. מה הדין אם לאחר ייעוץ, הלקוח לא קיבל את העצה וביצע את הפעולה? האם עורך הדין חייב לנהל מעקב אחרי אופי הפעולה, כפי שבוצעה בסופו של דבר, לדווח ולפרוש את כל ההתייעצות בפני הרשות? האם התפטרותו מייצוג תפטור אותו מאחריות?

91 דברי ההסבר להצעה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 833.

92 הגדרת "נותן שירות עסקי" אינה כוללת פעולות המבוצעות במסגרת השירות שניתן למדינה או למשרד ממשלתי, ואינה כוללת פעולות המבוצעות על פי הוראות כל דין תחת פיקוח בית המשפט ומפורטות בהגדרת "פעולות בפיקוח בית משפט". ראו דברי ההסבר להצעה, שם, בעמ' 836. הערכת מתקני החוק הייתה כי במצבים אלה, אופי הפעולות וזהות מקבל השירות מאיינים או מצמצמים את החשש לביצוע עבירות של הלבנת הון באמצעות נותן השירות העסקי, על כן אין מקום להחיל את החובות לגביהן.

עורך הדין – "שומר סף" או "שוטר סף"?

התשובה לקשיים אלה אינה מובנת מאליה. זאת, בשל הרקע לתיקון החוק, הפער הגדול בין עמדת השחקנים העיקריים, הנוטלים חלק במהלך זה, נכון להיום, וההבנה כי הגישור על פער זה אינו פשוט.

לשכת עורכי הדין ורשות איסור הלבנת ההון ממשיכות לקיים דיאלוג בנושא זה גם לאחר אישורו של התיקון לחוק. אך חילוקי הדעות עומדים בעינם. חלק מעורכי הדין עומדים על דעתם כי גם אם הדרישה לגבי זיהוי יכולה להתקבל, הרי הדרישה בעניין גילוי הרישומים שיערוך עורך הדין, למפקח שימונה על ביצוע החוק עלולה לעורר קשיים מהותיים היורדים לשורשו של מקצוע עריכת הדין ואין להחילה.⁹³ כמו כן, אף שבנוסח הסופי של הצעת החוק נקבע כי הוראות החוק לא יפגעו בחיסיון, חלק מאנשי הלשכה סבורים כי הפגיעה מתקיימת מעצם חקיקת התיקון.

(2) קושי נוסף שאינו מקבל מענה, ודאי שלא מלא, נעוץ בחוסר בהירותה של ההצעה והקשיים ביישומה. זאת, הן ברמת זיהוי הלקוח והן ברמת הפיקוח על התנהלות עורכי הדין. על פי הצעת החוק, זיהוי הלקוח והכרתו כוללים, בנוסף על הצגת תעודת זהות, גם דרישה להבנת מקור כספו של הלקוח והבנת דפוס פעילותו. כלומר, עורך הדין יידרש להפעיל כישורי חקירה, ולו מינוריים, צו הזיהוי כולל תסמינים להפעלת שיקול דעתו של עורך הדין, היכולים להיות לו לעזר, בבואו לסווג לקוח שיכול שייראה כלקוח בסיכון גבוה. אך אין קביעה עד לאן יכול וצריך עורך הדין להפליג בשאלותיו. מענה מסוים לדרישה זו ניתן בכך שהצו נוסח כדרישת לשכת עורכי הדין כי פרטים אלה ימולאו על ידי הלקוח בטופס ייעודי על מנת להסיר מעורך הדין את האחריות לתוכן הדברים או לצורך להפעיל הליכי חקירה ובדיקה מורכבים.⁹⁴ נציגים מלשכת עורכי הדין העלו גם חשש כי פיקוח על התנהלות עורכי הדין, על ידי ועדת אתיקה הפועלת, מטבע הדברים, בהתנדבות, ואשר בפניה יפורט כל המידע החסוי שמסר הלקוח לעורך הדין – אינו ישים. חברי הוועדה, או קובל מטעם הלשכה במקרה של דיון משמעותי, לא יוכלו לבדוק, באופן אמתי, אם עורך הדין פעל מתוך חשד שהלקוח עושה בו שימוש להלבנת הון. זאת, שכן במסגרת בדיקה מעין זו יהיה צורך לדעת מה הלקוח אמר לעורך הדין ואם עורך הדין צריך או יכול היה לחשוד שנעשית כאן פעולת הלבנת הון – מהלך בעייתי ביותר שלשכת עורכי הדין גם לא תסכים, ככל הנראה, להשתתף בו.⁹⁵

(3) באשר לטענה כי בתיקון החוק יהיה כדי לשנות את מבנה שוק עורכי הדין, איני בטוחה כי מדובר בקושי אמתי. אם מלכתחילה ניתן לזהות הטיה בחלוקת עבודה בשוק ופנייה לעורך דין, רק בשל יתרון יחסי של טענת חיסיון, גם בתחומים שאין לו יתרון או ייחוד המקצוע, וניתן לבצע פעולה זו באמצעות בעל מקצוע אחר – למשל, רואה חשבון או יועץ מס, אין לדעתי סיבה להמשיך ולשמר הטיה זו.

93 נייר עמדה של לשכת עוה"ד, ועדת שוק ההון ורשות לאיסור הלבנת הון מיום 30.8.2010, בעניין הצעת חוק איסור הלבנת הון (תיקון מס' 7), התשס"ז–2007, אשר הועבר ליו"ר ועדת חוק, חוקה ומשפט. ראו גם הודעת לשכת עורכי הדין באתר הלשכה (10.11.2010) / www.israelbar.org.il/article_inner.asp?pgId=105203&catId=6.

94 צו הזיהוי, לעיל ה"ש 76, תוספת שנייה ורביעית; כן ראה פרוטוקול 199, לעיל ה"ש 4, בעמ' 8.

95 שם; שם; פרוטוקול ועדת חוקה 225, שם בעמ' 30.

בפרק ה ייבחנו פתרונות אפשריים גם לקשיים שהועלו, אך אומר כבר עתה כי לדעתי, לבו של הקושי בתיקון לחוק נעוץ בפגיעה אפשרית בתקשורת חופשית בין עורך הדין ללקוח ובחשש לפגיעה באמון הלקוח. אולם, אם עורך הדין מבהיר ללקוח כי הוא רואה באחרון לקוח מסוכן, ייתכן ויש בכך כדי להקהות עוקצו של הקושי. יתר הקשיים (עלות בדיקות, נדידת לקוחות) ניתנים, ככל הנראה לפתרון, באמצעות מתן שירות מקצועי ברמה גבוהה ושמידה על אמינות עורכי הדין.

ד. החלת חובות זיהוי ודיווח על עורך הדין במבט השוואתי

מרבית מדינות האיחוד האירופי הטילו חובות זיהוי ודיווח על עורכי הדין. דווקא ארצות־הברית, ממובילי הרחבת משטר הדיווח, ועמה מדינות נוספות, לא הטילו חובות כאלה, או סייגו אותן, בנימוקים שונים. מדינות רבות הגנו על החיסיון המקצועי ופטרו מחובת הדיווח במקרים הכפופים למחויבויות של חיסיון או סודיות.

1. ארצות־הברית

החקיקה הפדרלית בארצות־הברית⁹⁶ אינה מטילה חובות ספציפיות באשר לאיסור הלבנת הון (זיהוי, ניהול רישומים ודיווח על עסקאות חשודות) על עורכי דין, נוטריונים ורואי חשבון – מעבר לחקיקה הכללית בתחום הלבנת ההון. עם זאת, סוחרים ועסקים שאינם פיננסיים⁹⁷ חייבים לדווח ל־FinCEN⁹⁸ כאשר הם מקבלים כספים מעל סכום מסוים. כמו כן, הוראות חוק אלה אוסרות פיצול העסקה על מנת להימנע מחובת הדיווח. דרישה זו כוללת, בין היתר, עורכי דין, נוטריונים, בעלי מקצוע אחרים בתחום המשפט ורואי חשבון. הסדרת חובות הדיווח על עורכי הדין, בהקשר של איסור הלבנת הון ומימון טרור, נעשית באמצעות כללי לשכת עורכי הדין האמריקנית.⁹⁹ גילוי דעת מטעם ועדת האתיקה של הלשכה קובע כי חובת הנאמנות והסודיות ללקוח חלות על עורך הדין, אך עורכי הדין הם "שומרי

96 החקיקה הפדרלית בנושא הלבנת הון וחובות זיהוי ודיווח (על מוסדות פיננסיים) מפוזרת על פני כמה חוקים. להרחבה ראו רות פלאטו־שנער "הסודיות הבנקאית וחובת האמון על מזבח המלחמה בהלבנת ההון – סקירה השוואתית" מאזני משפט ג 253, 270 (2004); גרוסמן, בלקין וליכט, לעיל ה"ש 7, בעמ' 591; לאחר מתקפת הטרור של 11.9.2001 התקבל בקונגרס ה־Patriot Act שהוסיף רגולציה לדיני הלבנת הון בארצות־הברית והרחיב גם את כללי הדיווח: Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act 2001, Pub.L. 107-56, 115 stat. 296 (2001).

97 ש.ם.

98 FinCEN – Crimes Enforcement Network, הרשות האמריקנית המקבילה לרשות לאיסור הלבנת הון בישראל. משמשת מרכז מידע ותמיכה מקצועיים לנושא איסור הלבנת הון. ראו גם גרוסמן, בלקין וליכט, לעיל ה"ש 7, בעמ' 599–600.

99 AMERICAN BAR ASSOCIATION, STANDING COMMITTEE ON ETHICS AND PROFESSIONAL RESPONSIBILITY, *Client Due Diligence, Money Laundering, and Terrorist Financing, Formal Opinion*, 463 (May 23, 2013) available at www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/professional_responsibility/formal_opinion_463.authcheckdam.pdf

עורך הדין – "שומר סף" או "שוטר סף"?

הסף של המערכת הפיננסית. גילוי הדעת מציע לעורכי הדין עקרונות פעולה¹⁰⁰ על מנת לזהות עסקאות "חשודות", על מנת שלא ייקלעו למצב שבו הם מעורבים בפעילות מלבנית הון, כלומר מתווה מניעת. גילוי הדעת שם דגש ניכר על יכולתו של עורך הדין למנוע (ולו בעצה טובה) מהלקוח להגיע לפעילות אסורה. כמו כן, לעורך הדין מותר להימנע מייצוג או לסיים קשר קיים, אם אינו יודע מה תכניות הלקוח או שמתעורר בו חשד כי הלקוח מעורב, או אמור להיות מעורב, בפעילות לא-חוקית.¹⁰¹

2. אנגליה

תקנות הלבנת ההון בבריטניה מתייחסות לחובות זיהוי, שמירת מסמכים, הליכי דיווח ועוד. התקנות חלות על "relevant persons" אשר כוללים: מוסדות פיננסיים, רואי חשבון (לרבות רואה חשבון מבקר), יועצי מס, בעלי מקצוע בתחום המשפט, נאמנויות וספקי שירותי חברות, סוכני נדל"ן, סוחרים בהיקף פעילות מסוים ובתי קזינו.¹⁰² גופים אלה חייבים לבצע הליכי בדיקת נאותות ללקוחותיהם בניסיונות שונות: עם תחילת מערכת היחסים העסקית, כאשר הם מבצעים עבור הלקוח עסקה ארעית, כאשר הם חושדים בהלבנת הון או מימון טרור, או כאשר יש להם ספק לגבי אמינות פרטי הזיהוי שנמסרו להם על ידי הלקוח בהליך הזיהוי, ולדווח על כך. דוגמאות להתנהלות מעוררת חשד יכולות להיות לדוגמה, כאשר הלקוח נוהג בחשאיות יתרה; או כאשר הלקוח משנה את ההוראות באופן פתאומי, בייחוד כשנראה שאין היגיון בשינויים, לדוגמה כאשר צד להסכם מפקיד כספים בחשבון הלקוח והלקוח באופן פתאומי מסכל את העסקה. אם הלקוח נמצא במקום מרוחק מהמשרד, עורך הדין אמור לשקול מדוע

100 *Voluntary Good Practices Guidance for Lawyers to Detect and Combat Money Laundering and Terrorist Financing* (April 23, 2010) www.americanbar.org/content/dam/aba/pub_lishing/criminal_justice_section_newsletter/crimjust_taskforce_gfgoodpracticesguidance.authcheckdam.pdf

101 השוו למקרים שבהם הוכחה ידיעתם של עורכי הדין כי הרכוש המדובר הוא רכוש אסור (בדומה לס' 3 (א) לחוק איסור הלבנת הון), כגון *United States v. Oberhauser*, 284 F.3d 827 (8th cir. 2002), שם נקבע כי עורך דין אשר הפקיד הכנסות מהשקעה בחשבון נאמנות, ידע "בסבירות גבוהה" כי תוכנית ההשקעה היא תרמית ונמנע במכוון מללמוד את האמת. כן ראו *United States v. Abbell*, 271 F.3d 1286 (11th cir. 2001), שם נקבע כי עורך דין של נאשם אשר ידע כי לקוחו היה סוחר סמים גדול וכי עסקו הלגיטימי הוקם מכספי סמים, ואשר השמיד רישומים בטרם בוצע צו חיפוש, ידע כי מקור כספו של לקוחו בלתי חוקי; *United States v. Nesser*, 939 F.Supp. 417 (W.D. Pa. 1996), שם נקבע כי עורך דין אשר ידע כי הנאשם קשור להעברת סמים והוא בעצמו היה תחת חקירה בנוגע להעברת סמים, עצם את עיניו למקור כספו של לקוחו.

102 www.hmrc.gov.uk/mlr/The Money Laundering Regulations 2007 (December 15, 2007) reportsuspicion.htm. חובות הדיווח מוטלות מכוח ה-*Proceeds of Crime Act 2002* ומכוח ה-*Terrorism Act 2000*. הדיווחים מועברים ל-FIU אשר ממוקם תחת SOCA (Serious Organized Crime Agency) שהוקם ב-3 באפריל 2006 מכוח חוק: *Crime Agency Serious Organized Crime and Police Act*, (2005), כגוף אכיפה שמטרתו התמודדות עם הפשיעה המאורגנת בבריטניה ושיתוף פעולה עם רשויות אכיפה אחרות לצורך מאבק בפשיעה המאורגנת הגלובלית.

הוא בחר דווקא במשרד הנוכחי. הסדרים ששולמו במזומן או ששולמו ישירות לצדדים, ללא מעבר דרך עורך הדין, גם אמורים לעורר חשד, וכיוצא באלה. אם מדובר בעורך דין, הפרת החובות עשויה להוות, מלבד בסיס לסנקציה פלילית, גם הפרה של כללי ההתנהגות של הארגון שאליו משתייך עורך הדין ובעקבות זאת יינקטו הליכים משמעותיים נגדו.¹⁰³

3. קנדה

החקיקה בקנדה כוללת דרישה לשמירת רישומים ודיווח על עסקאות חשודות.¹⁰⁴ חלקו הראשון של החוק חל על מוסדות פיננסיים שונים וכן על אנשים וגופים הפועלים בעסק, במקצוע או בפעילות שיפורטו בתקנות שיותקנו על פי החוק. עם זאת, החוק קובע, במפורש, כי אין בחלקו הראשון של החוק כדי לחייב יועץ משפטי לגלות כל התקשרות הנהנית מחסיון עורך דין-לקוח.¹⁰⁵

התקנות שהוצאו מכוח חוק זה התייחסו במקור הן ליועצים משפטיים ולחברות עריכת דין והן לרואי חשבון ולחברות ראיית חשבון. אולם במרץ 2003 בוטלו התקנות שהטילו חובת דיווח על עורכי דין בעקבות עתירה לבית המשפט העליון. בה בעת קבעו לשכות עורכי הדין כללים עצמאיים אשר אסרו על עורכי הדין לקבל תשלום במזומן בסכומים מעל רף מסוים. בעשור האחרון התקיימו בקנדה דיונים משפטיים בערכאות שונות לגבי הסדרת נושא חובות הדיווח לגבי עורכי דין. בפסק דין אחרון בנושא קבע בית המשפט כי היות שבמדינה כולה שורר משטר הנאבק בהלבנת הון וישנה בתחום זה הסדרה במחוזות השונים וכן בכללי האתיקה, אין צורך בחקיקה פדרלית.¹⁰⁶

4. אוסטרליה

החוק האוסטרלי מטיל חובות איסור הלבנת הון על מוסדות וגופים שונים.¹⁰⁷ החוק מבחין בין חובות דיווח של עסקאות במזומן בסכום משמעותי לבין חובות דיווח על עסקאות חשודות. כיום עורכי דין נדרשים לדווח על עסקאות במזומן בסכום משמעותי, אך עדיין לא מוטלות עליהם חובות דיווח על עסקאות חשודות.

103 Solicitors code of conduct 2007, שהוחלף ב- SRA Code of Conduct 2011, 3rd Sec., *available at* www.sra.org.uk/solicitors/handbook/code/part4/content.page

104 Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act, S.C. 2000, c.17 (Can.).

105 ראו ס' 11, שם: "Nothing in this Act requires a legal counsel to disclose any communication that is subject to solicitor-client privilege"

106 The Law Society of British Columbia v. Attorney General of Canada, [2001] B.C.S.C. 1593 (Can.).

107 ראו *Financial Transaction Report Act 1988* (Cth) (Austl.), *available at* www.austrac.gov.au/ft_r_act.html. לאחרונה אושר חוק Anti-Money Laundering and Counter-Terrorism Financing Bill 2006 (Cth) (Austl.), אשר אינו משנה את המצב המשפטי בנוגע לעורכי דין, רואי חשבון ומתווכי נדל"ן.

עורך הדין – "שומר סף" או "שוטר סף"?

5. שווייץ

החוק השווייצרי קובע כי כל מי שמעניק שירותים פיננסיים בשווייץ (שאינו בנק, חברת ביטוח, קרן השקעות, חבר בורסה וכו') חייב להירשם ברשות פיקוח מדינתית, ה־ Federal Money Laundering Control Office, או שיהא חייב לכפוף עצמו לכללים מאושרים של רגולציה עצמית.¹⁰⁸

כמו כן, החוק מחיל חובת דיווח על מתווך פיננסי (financial intermediary) אשר מזהה נכסים המעורבים בעשייה פלילית או הקשורים לארגוני פשיעה. במקרה זה הוא חב חובת דיווח לרשות איסור הלבנת הון השווייצרית.¹⁰⁹

6. בית הדין האירופי

בית הדין האירופי דן בנושא החלת חובות דיווח על עורכי דין בבלגיה, וקבע כי בחובות דיווח על עורכי דין כנותני שירותים פיננסיים אין משום הפרת החיסיון, שכן הייעוץ המקצועי נשאר לחסות תחת חסיון עורך דין-לקוח.¹¹⁰

7. המודל המועדף

להערכת, המודל אשר מצא, בחלקו, את ביטויו בתיקון לחוק, ועשוי להתאים למציאות הישראלית, נמצא בשילוב מסוים בין המודל האמריקני והקנדי, כפי שיפורט בפרק ה בהמשך. בקליפת האגוז ייאמר כי המודל המשולב יהיה מניעת אף אפקטיבי: דרישה לשמירת רישומים (כפי שנעשה בקנדה, אך ללא חובת דיווח על עסקאות חשודות) והסדרת התנהלות עורך הדין באמצעות כללי אתיקה של לשכת עורכי הדין (המתווה האמריקני). בה בעת יפורסם גילוי דעת (יכול להיות מטעם משרד המשפטים) אשר יציע לעורכי הדין עקרונות פעולה, על מנת לזהות עסקאות "חשודות", או לקוחות "חשודים" כך שלא ייקלעו למצב שבו הם מעורבים בפעילות מלבנית הון.

108 Self-Regulatory Organizations (SRO's) www.finma.ch/e/beaufsichtigte/sro/pages/default.aspx

109 Geldwäschereigesetz [GwG], [Anti-Money Laundering Act] Oct. 10, 1997, SR 955, art.9

(Switz.). מתווך פיננסי (financial intermediary) אשר יודע או סבור, כי נכסים המעורבים בקשר

העסקי קשורים לאחת מהעבירות המפורטות בס' 260 לקוד הפלילי Schweizerisches

Strafgesetzbuch, [Penal Code] Dec. 21, 1937, Art.260, או שהם תוצרי פשיעה, או שלארגון

פשע יש זכות בנכסים אלה, ידווח ללא דיחוי ל-FIU השווייצרי (Laundering Reporting Office)

(Money Switzerland – MROS).

110 Case C-305/05, *Ordre des barreaux francophones and germanophone v. Conseil des*

Ministres, E.C.R. (2007). כן ראו פסק דינו של בית הדין האירופי לזכויות אדם, *Michaud v.*

France, App. No. 12323/11, 5 Eur. Ct. H.R. (2012).

ה. עורך הדין, חסיון הלקוח וחובת "הכרת והערכת הלקוח" – הצעות לפתרון

כאמור, על פי התיקון לחוק והצו שהותקן מכוחו, יתחלקו החובות שיוטלו על עורכי הדין, כנותני שירות עסקי, לשתי חובות עיקריות: חובת זיהוי וחובת ניהול רישומים. על פי הצעת החוק המקורית, הוטלו על עורך הדין גם חובת בקרה שוטפת, חובת דיווח על פעולות ברכוש ואיסור קבלת סכומים במזומן מעל סכום שיוגדר. אולם חובות אלה נגרעו, רובן ככולן, מהתיקון לחוק בנוסחו הסופי.

מקצת החובות מונעות את ההתקשרות עם הלקוח, או מהוות תנאי למתן השירות על ידי עורך הדין. מקצת החובות, עניינן בדיקה כי הטפסים שמילא הלקוח בתחילת הדרך עדיין מעודכנים, כלומר מעין פיקוח לאחר שכבר החל הקשר עם הלקוח. דרך אחרת לסווג את החובות יכולה להיות חלוקה לחובות "טכניות" במהותן – בדיקה כי הטופס שמילא הלקוח מולא כיאות, לעומת חובות שעניינן בהפעלת שיקול דעת על ידי עורך הדין – הערכת מידת הסיכון של הלקוח.

כך או כך, השאלה היא כיצד יש להחיל חובות אלה על עורך הדין, והאם ניתן לקיים חובות אלה באופן שיעלה בקנה אחד עם שמירה על עקרונות תקשורת חופשית בין עורך הדין ללקוח.

1. פתרון א: עורך הדין אינו קצין ציות של רשות איסור הלבנת הון

פתרון אחד עשוי להיות בהחלה מצומצמת של התיקון, כלומר בפועל להשאיר את המצב החוקי כפי שהוא, נכון להיום. נקודת המוצא בבסיסו של פתרון זה היא ההנחה כי רוב עורכי הדין הם בעלי יושרה, אינם מעוניינים לתת יד לפעילות לא-לגיטימית ולא יהיו מוכנים לסכן את שמם הטוב או רישונם המקצועי בפעילות מעין זו. החקיקה הקיימת (פלילית, אזרחית, מנהלית), הפסיקה וכללי האתיקה נותנים מענה מספק גם למאבק בהלבנת הון. על פי הדין הקיים, עורך דין המשתף פעולה עם הלקוח בעשייה לא חוקית, הוא עברייני, חסיון עורך דין – לקוח לא יחול, וניתן להעמידו לדין.¹¹¹

עורך הדין אינו בלש ואינו חוקר, אלא בעל מקצוע המספק שירות משפטי-מקצועי ללקוח. בחברות הציבוריות עורכי הדין ממלאים ממילא תפקיד של "שומר סף" בכל הנוגע ליישום עקרונות שוק ההון. אולם כאשר מדובר בעורך דין פרטי המייצג לקוח פרטי, אין מקום לראותו כ"שוטר סף" במובן שידווח על הלקוח לרשויות החוק. חלק מחובות הדיווח המוצעות כבר קיימות ממילא, כגון הדרישה לזיהוי לקוח או חשיפת שם נהנה.¹¹² התקשורת החופשית בין עורך הדין ללקוח היא ערך חשוב כשלעצמו, וקיים היום איזון נכון בין צורכי המערכת להילחם בפשיעה לבין פגיעה בחסיון עורך דין – לקוח וחובת הסודיות. ודאי שלא מתקבל על הדעת

111 עניין פלוניתי, לעיל ה"ש 29, בעמ' 781; בג"ץ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים, פ"ד נח(2) 746 (2004); בעניין ייעוץ על עבירה עתידית לא חלים חסיון או חובת סודיות ראו זר-גוטמן "קריאה לרפורמה", לעיל ה"ש 26, בעמ' 100–105.

112 ה"פ (מחוזי ת"א) 2163/96 פייראייזן נ' גזית (פורסם בנבו, 6.7.1997); בג"ץ 744/97 גוזלן נ' השופט אמינוף, פ"ד נא(1) 355 (1997).

עורך הדין – "שומר סף" או "שוטר סף"?

שעורך דין ינהל רישומים על מסוכנות הלקוח – רישומים שיכולים להגיע לידי ועדת אתיקה שתדון בהתנהלותו של עורך הדין במקרה של חשד להפרת הכלל האתי ללא ידיעת הלקוח, שכן זו פגיעה מהותית במערכת היחסים ביניהם, המבוססת על אמון. יישום מצומצם של התיקון לחוק הקיים בעינו עולה בקנה אחד עם פתרונות קיימים, כגון הפסקת הייצוג בשל מניעה חוקית.¹¹³

לשכת עורכי הדין צידדה בפתרון זה, אך הוא נתקל בהתנגדות נמרצת של רשות איסור הלבנת הון, "איום" בסנקציות בין-לאומיות, כלכליות ומדיניות, עקב אי-יישום המלצות ה-FATF וביקורת Moneyval. מנגד, אפילו בארצות-הברית, ממובילות המאבק בהלבנת הון ומימון טרור, לא החילו חובות דיווח על עורכי דין, והסתפקו בחקיקה הקיימת.¹¹⁴

2. פתרון ב: אין בררה; החובות שיוטלו על עורך הדין אינן פוגעות בחיסיון

ההצעה הנוגדת הייתה להחיל חובות דיווח על עורכי הדין כמוצע בהצעת החוק המקורית לתיקון החוק. משטר הדיווח הוא כלי חשוב להתמודדות עם הפשיעה המאורגנת ועם הלבנת ההון, וקיים חשש ממשי לאיום בסנקציות ולחץ בין-לאומי אם ישראל לא תמלא אחר המלצות ה-FATF אי-החלת חובות הדיווח עלולה לגרום להקטנת ההשקעות בישראל, ואף להקשות על פירמות ישראליות, גם של עורכי דין ורואי חשבון לקיים קשרים עסקיים בחו"ל.

התומכים בגישה זו אף טוענים כי גם החלת חובות דיווח לא הייתה מעמידה את עורך הדין בפני דילמה אתית. זאת, משום שהצעת החוק קובעת במפורש שחובת הדיווח לא תחול על פעולות שחלים לגביהן חיסיון או חובת סודיות על פי דין.

עמדה זו מעוררת שלושה קשיים עיקריים:

הראשון – עניינו תיחום גדרי החיסיון וחובת הסודיות. לדברי המצדדים בתיקון, פעילות עסקית רגילה, כגון תיווך בעסקאות לדוגמה, אינה חלק מתפקידו המסורתי של עורך הדין. משכך, לכאורה, לא חלים סעיף 48 לפקודת הראיות או סעיף 90 לכללי הלשכה, אין קשר ענייני לשירות המקצועי, וחלק זה מעבודת עורך הדין לא ייהנה מחסיון עורך דין-לקוח. כעניגון לטענה זו ניתן לומר כי מלכתחילה הייתה כאן הטיה התנהגותית-כלכלית. לו אותם שירותים היו ניתנים על ידי בעל מקצוע אחר, רואה חשבון לדוגמה, לא היו חלים במקרה זה הדינים המיוחדים לעבודת עורך הדין, ומערכת היחסים לא הייתה, מלכתחילה, חוסה תחת חסיון עורך דין-לקוח. לשון אחר: קיומם של דינים המקלים עם הלקוח (סודיות, חיסיון) עשוי להכתיב את אופן הפנייה וזהות המייעץ, אף שהתשתית העובדתית זהה בשני המקרים. על מנת למנוע

113 ס' 13 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית).

114 בתחילת הדיונים זכתה גישה זו לתמיכה של יו"ר ועדת החוקה – ראו דברי יו"ר ועדת חוקה ח"כ דוד רותם "לגבי עורכי דין, אין תיקון, וגם לא יהיה". פרוטוקול ישיבה מס' 682 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18 (18.12.2012), בעמ' 4. מאז תחילת חידוש הדיונים בהצעת החוק, נראה כי המגמה שהוביל יושב הראש הנוכחי של הוועדה השתנתה והצעת החוק קודמה תוך ניסיון להגיע למתווה של פשרה, אם כי לא בכל מחיר. ראו פרוטוקול 199, לעיל ה"ש 4; פרוטוקול 205, שם; פרוטוקול 225, שם, בעמ' 46.

שימוש לרעה, על פי "נוחיות המשתמש", נכון להחיל חובות דיווח מוגברות במסלול המקל עם הלקוח.

דא עקא, וכאמור לעיל, קיים קושי גדול לטעון כי פעילות עסקית אינה חלק מ"השירות המקצועי" שנותן עורך הדין ללקוח. בעסקאות מורכבות יהיה קשה מאוד לחצוץ בין השירות החב בדיווח לבין זה הפטור.

קושי שני, עניינו מערכת היחסים בין עורך הדין ללקוח: אם יזהה פעילות חשודה, יעמוד עורך הדין בפני דילמה אתית לא פשוטה: האם יבחן את הפעילות מאחורי גבו של הלקוח? האם ידווח ללקוח על כך שהוא מנהל רישומים בעניינו? יעמיד את עצמו בסיון סנקציה בשל אי-מילוי הוראות החוק? ככל שמערכת היחסים בין עורך הדין ללקוח ארוכה יותר, ומשתרעת על פני יותר תחומים, כך יקשה על עורך הדין לעמוד במשימה זו. אם בתחילת הקשר עורך הדין יכול לסרב לטפל בלקוח המונע ממנו למלא את חובת הזיהוי, ואף לדווח על כך, הרי ככל שהקשר ביניהם מתקדם, במהלך מילוי תפקידו בהגנה על הלקוח או ייצוגו בהליכים משפטיים, יעמוד עורך הדין בפני קושי "לתרגם" את הידע שנצבר בידי לגבי הלקוח לכלל חובת דיווח. הקושי שלישי עניינו, כאמור לעיל, זיהוי "פעולה חשודה".

מרביתם של קשיים אלה נותרו בעינם גם לאחר "ריכוך" החוק והחלת חובות זיהוי וניהול רישומים בלבד: בעיית תיחום גדרי החיסיון לא נפתרה; במסגרת הכרת הלקוח והערכת הסיכון של פעילותו, אופי הפעולה, מקור הכספים לפעולה והגורם שמולו מבוצעת הפעולה אמורים לשמש כאינדיקציה להבנת פרופיל הלקוח, ובמלים אחרות: הפעלת שיקול דעת אם הלקוח מסוכן ופעילותו חשודה או לא; בתוספת הרביעית לתיקון 13 מפורטים סוגי לקוחות שיכול שייראו כלקוחות בסיון גבוה, אך לא ברור בהכרח מהם המבחינים לפעולה שמסווגת כפעולה בסיון גבוה.

לקושי של דיווח מאחורי גבו של הלקוח ניתן מענה בנוסח הסופי של תיקון החוק, בכך ששיקולי עורך הדין לסיווג הלקוח לא יהיו חשופים בפני המפקח וכל שהמפקח יוכל לדעת הוא רק את תאריך ביצוע הסיווג לגבי הערכת מסוכנות הלקוח.

3. פתרון ג: "שביל הזהב"?

בהצעת החוק בנוסחה המתוקן ניסו להגיע לכלל פשרה בין הגישות השונות, אך כאמור לעיל, אין בנוסח הסופי מענה לכלל הקשיים. יתר על כן, נוכח עמדות שהובעו במהלך הדיונים לגבי מהות כלל האתיקה שייקבע, והקושי שבאכיפתו על ידי הלשכה, נשאלת השאלה כיצד ייושם התיקון לחוק, הלכה למעשה.

להערכת, ניתן ליצור "שביל זהב" לגישור בין הגישות השונות, אך הוא מותנה בכמה תנאים: (א) יצירת רשימה מובנית של תסמינים המעוררים חשד לפעילות הלבנת הון שיהוו בסיס להערכה, לרישום פנימי, או להימנעות מביצוע הפעולה (כפי שנעשה בתוספת הרביעית לתיקון 13, לגבי הערכת הלקוח); (ב) הגדרה מדויקת יותר של תחומי העיסוק או הנסיבות אשר החיסיון והסודיות אינם עליהם; (ג) עורך הדין יוכל להתייעץ עם גורם ביניים ולהעביר לו את המידע.

יישום מעשי של עקרונות אלה בא לידי ביטוי בשילוב מסוים של המודל האמריקני והמודל הקנדי, ועשוי להתאים למציאות הישראלית: תיקבע דרישה לשמירת רישומים (כפי שנעשה

עורך הדין – "שומר סף" או "שוטר סף"?

בקנדה, אך ללא חובת דיווח על עסקאות חשודות וכפי שבא לידי ביטוי בתיקון לחוק) והסדרת התנהלות עורך הדין באמצעות כללי אתיקה של לשכת עורכי הדין – על פי המתווה האמריקני. בחוק ייקבע כי חובת הנאמנות והסודיות ללקוח חלות על עורך הדין, אך עורכי הדין הם "שומרי הסף" של החברה הישראלית. במקביל יפורסם גילוי דעת (מטעם רשות איסור הלבנת הון יחד עם לשכת עורכי הדין) אשר יכלול עקרונות פעולה על מנת לזהות דפוסי פעולה המעוררים "נורות אדומות" וכדאי לעורך הדין להימנע מהן.¹¹⁵ כלומר מתווה מניעתי שיסייע לעורך הדין הישר, אשר אינו רוצה להיות כלי שרת, בבלי דעת, בידי גורמים המעורבים בעשייה לא לגיטימית.¹¹⁶

ארבע הנחות יסוד מונחות בבסיס גישה זו.

האחת, מכירה בחשיבות הייחודית של תפקיד עורך הדין בחברה דמוקרטית. לכל אורח, חשוד כשומר חוק, זכות להיוועץ עם עורך דין, ולשיח החופשי ביניהם יש חשיבות עליונה. מנגד, לדאבונו, אנו חוזים בשנים האחרונות עלייה מסוימת במעורבות עורי דין בעשייה שאינה בהכרח לגיטימית – מעין "שוק אפור" של יועצים ונותני חוות דעת למרבה במחיר, לעתים אף בשירות ארגוני פשיעה.

נקודת מוצא שנייה לגישה זו מכירה בעובדה כי היקפו של חסיון עורך דין – לקוח הקיים בישראל הוא רחב מאוד, גם יחסית למדינות אחרות. מצד שני, ממילא חלק מהפרטים החבים בחובת דיווח (שם משלם שכר הטרחה או הנהנה) אפשרי גם לפי הדין הקיים היום.

נקודת מוצא שלישית היא שהחקיקה הקיימת אינה מיושמת במידה מספקת במקרים המתאימים, ומכאן שאין צורך בחקיקה נוספת.¹¹⁷

הנחה רביעית: כולנו רוצים לחיות במדינה שאינה משמשת מקלט לפעילות מלבנית הון על כל ההשלכות החברתיות-כלכליות הכרוכות בכך.

המשמעות המעשית של פתרון זה היא כי מקום שבו מתגלה לעורך הדין (שיכול להסתייע ברשימת התסמינים) התנהלות הקשורה להלבנת הון או שהיא בעלת מאפיינים של דפוס הלבנת הון, הוא יזהיר את הלקוח שלא לבצע את הפעולה או שהוא לא יהיה שותף לה, גם על דרך חשיפת רישומים שערך, בדיעבד, במקרה של חשד נגדו על הפרת כלל אתי. לחלופין, יוכל עורך הדין לפנות בהתייעצות (לגבי ההשלכות האתיות) לגורם ביניים (בדומה לפנייה לוועדת אתיקה). למצער, עורך הדין לא ימצא את עצמו שותף להתנהלות עבריינית או יעמוד בסיכון שייתפס ככזה, בעיני רשויות החוק.

לשם כך תוכן רשימה שתכלול תסמינים של פעולות עם מאפיינים של הלבנת הון, כגון: לקוח הנותן הוראות לא־רגילות לאותו לקוח או למשרד, או מבקש לטפל בנושא שהוא מחוץ לתחום העיסוק הרגיל של המשרד; הלקוח מבקש באופן פתאומי לשלוח כספים שנתקבלו לחשבוננו, חזרה למקור שממנו באו, או לצד שלישי; עסקאות המסתיימות בהפסד שניתן היה

115 בדומה ל־Voluntary Good Practices Guidance for Lawyers to Detect and Combat, לעיל ה"ש 100.

116 זו גם עמדת משרד המשפטים בפרוטוקול 199, לעיל ה"ש 4, בעמ' 2, 12; כן ראו טיוטת צו מתוקן, לעיל ה"ש 37.

117 לדוגמה: ס' 3, 4 לחוק, לעיל ה"ש 9.

למנוע וכדומה. בקביעת רשימה של מדדים אובייקטיביים, מאיינים את הצורך בהפעלת חושים בלשיים או בחקירה אקטיבית של עורך הדין את לקוחו. עם זאת, יש להבהיר, גם בשיטה זו נותר בידי עורך הדין שיקול דעת, דבר הבא לידי ביטוי למשל בפרשנות המונח "שירות עסקי בלא הסבר או היגיון עסקי", כפי שמופיע למשל בתוספת הרביעית לתיקון 13.

היתרונות בפתרון זה הם שניים: האחד – הוא נסמך על המצב החוקי הקיים (לרבות חוק איסור הלבנת הון), כללי האתיקה החלים על עורך הדין והמנגנונים הקיימים ליישומם. השני – הוא נותן מענה ללחץ הבין-לאומי להטיל חובות דיווח על עורך הדין כנותן שירות עסקי; מגדיר מהן החובות שיושגו על עורך הדין; מאזן בין חובות הדיווח לבין חובות הסודיות והחיסיון המקצועי, באופן שאינו מעמיד את עורך הדין בדילמה אתית מול לקוחו ומאפשר מנגנון התייעצות, על מנת להקל על עורך הדין.

לפתרון זה גם צידוק כלכלי: עורך הדין יוכל לאתר עסקאות בעייתיות ויתמחר את הנזקים שעלולים להיגרם, במחיר השירות, והלקוח יישא בעלות. בכך מושג איזון על דרך הרתעה כלכלית. ככל שיהיו לעורך הדין כלים טובים יותר לאתר עסקאות בעייתיות, שיעור העלות יקטן.¹¹⁸

הפיקוח על מילוי חובות הדיווח, במסגרת פתרון זה, יכול להיעשות על פי אחד משלושה מודלים עיקריים:

המודל הראשון – פיקוח עצמי על ידי הארגון המקצועי (לשכת עורכי הדין או מועצת רואי חשבון) בפיקוח-על של רשות מדינתית המסדירה את פעולתם של כל המתווכים הפיננסיים. לפי המודל השני, הארגון המקצועי בלבד הוא שיפקח על חבריו, הן באמצעות ועדת עיצומים והן באמצעות דין משמעתי.

המודל השלישי – אם מדובר בארגון שהחברות בו היא על בסיס לא מחייב (כגון רואי החשבון), הפיקוח יכול להיעשות הן באמצעות הארגון המקצועי והן במישרין על ידי הרשות המדינתית (לגבי מי שאינו חבר בארגון).¹¹⁹

החלת חובת פיקוח לגבי יישום חובות הזיהוי והרישום, על לשכת עורכי הדין, עשויה לעורר קושי. זאת משום שמדובר בגילדה שתצטרך לפקח על חבריה ועל אינטרס שאינו בתחום מומחיותה – חובות דיווח בהלבנת הון. קושי נוסף הוא החשש שהלשכה תהפוך לגוף שמפקח על החברים מטעם הרשות ומהווה גורם מתווך כלפיה. פתרון לכך יכול להיות כאמור באמצעות פיקוח משמעתי בלבד של הלשכה.

118 ראו גם חמדני, לעיל ה"ש 46, בעמ' 26–29. מנגד, לדעת חמדני הטלת אחריות על ידי קביעת כלל של רשלנות תייקר עלות, ואילו קביעת אחריות על סמך כלל של מודעות לא תייקר עלות. ראו שם, בעמ' 28. במקרה זה לדעת המחברת, לעורך הדין שמודע לנסיבות החשודות לא יהיה אינטרס לבצע בדיקה. כמו כן הטלת אחריות יכולה לגרום להרתעת יתר וניגוד עניינים בכוח, בין עורך הדין למבצע העיקרי. ראו שם, בעמ' 29, 38, 51–52).

119 בדומה למודל הקיים בשווייץ, לפיו כל מי שמעניק שירותים פיננסיים (שאינו בנק, חברת ביטוח, קרן השקעות, חבר בורסה וכד') חייב להירשם ברשות פיקוח מדינתית, ה- Federal Money Laundering Control Office, או שיהא חייב לכפוף עצמו לכללים מאושרים של רגולציה עצמית. להרחבה ראו לעיל ה"ש 108, 109. באנגליה וסקוטלנד הדיווחים מועברים בסופו של דבר ל- SOCA) ללא סינון. ראו לעיל ה"ש 102.

עורך הדין – "שומר סף" או "שוטר סף"?

כאמור, ואולי בניגוד למצופה, לא כל חברי לשכת עורכי הדין ששים לקחת על עצמם תפקיד זה של רגולציה עצמית בשל נימוקים שונים – חלקם פורטו לעיל בפרק העוסק בקשיים שבתיקון החוק, כגון: מבנה ועדות האתיקה הפועלות בהתנדבות, החשש כי מידע שעבר בין עורך הדין ללקוח ייפרס בפני אנשים לא מורשים לכך (חברי ועדות האתיקה), חשש מזליגת מידע ועוד.¹²⁰

מנגד, הקמת גוף מפקח עצמאי, ללא שיתוף הלשכה, שאליו יועברו הדיווחים, אשר יהיה אחראי גם על שיפוט אתי ויסנן את המקרים שבהם חל חיסיון, עשוי להיות בעייתי. זאת, מאחר שלגוף שיוקם אין ניסיון בהתמודדות עם שאלות אתיות אופייניות לעבודת עורכי הדין – מחד גיסא, וידע בהלבנת הון – מאידך גיסא.

לכן, להבנתי, את הפיקוח על יישום חובות הדיווח יש לעשות במנגנון "רך" של התייעצות. ללשכת עורכי הדין צריך להיות תפקיד משמעותי בתהליך, בדומה, למשל, לנוהל הסרת חיסיון במקרה של חקירה פלילית. המתווה יכול להיעשות על דרך התייעצות עם לשכת עורכי הדין; שופט בדימוס שיסייע בנושא הפיקוח; או הקמת מנגנון שדומה למנגנון בפקודת מס הכנסה שיסייע (במעין פרה-רולינג) לעורך הדין לאזן בין חובתו ללקוח וכיבוד חסיון הלקוח לבין זיירותו מלהעמיד את עצמו בסיכון לאכיפה והטלת סנקציה.¹²¹

לגבי הסנקציות שיוטלו במקרה של אי-קיום חובות הזיהוי והרישום, ניתן לנקוט טיפול משמעותי במסגרת הלשכה, ובמקרים חמורים ניתן להטיל עיצומים בוועדות עיצומים, בדומה למנגנוני אכיפה מנהליים שהוקמו על פי חוקים שונים.¹²² נראה שדרך זו עדיפה גם לגופה וגם נוכח המגמה הגוברת והולכת לנקוט דרך של הליך מנהלי במקרי הפרה, לרבות עיצומים כספיים וכדומה ולא לנהל הליכים פליליים במקרי הפרה לא-חמורים.¹²³

סיכום

במאמרי בחנתי את התיקון לחוק איסור הלבנת הון, המבקש להחיל חובות שונות על עורך הדין, בכובעו כנותן שירות עסקי, לרבות הערכת המסוכנות של הלקוח. התיקון לחוק וההליכים שקדמו לו, נבחנו באספקלריה רחבה יותר, לאור מגמה, הולכת וגוברת, להטיל אחריות על עורך הדין כ"שומר סף", היכול למנוע את ביצוע העברה מהמבצע העיקרי.

החובה לבחון ולהעריך (משפטית-כלכלית) את הלקוח נוגעת בלב לבו של מקצוע עריכת הדין והשיח החופשי בינו לבין הלקוח. היא אף עשויה להעמיד את עורך הדין במצב של ניגוד עניינים מול הלקוח כמי שמשמש שליח הרשויות נגד הלקוח. מנגד, לא ניתן להתעלם משינוי התפיסה שחל עם חקיקת חוק איסור הלבנת הון והשלטת משטר דיווח על פעילות פיננסית

120 פרוטוקול 199, לעיל ה"ש 4, בעמ' 8. ראו דברי עורכת הדין יעל גרוסמן מלשכת עורכי הדין; זיו, לעיל ה"ש 1, בעמ' 178–179.

121 ראו גם עמדת השופט חאלד כבוב, הודעת הלשכה, לעיל ה"ש 79.

122 הרשות לאיסור הלבנת הון תומכת ככל הנראה במהלך זה.

123 ראו לדוגמה פרק ח' 3 לחוק ניירות ערך, התשכ"ח–1968; פרק ז' 1 לחוק ההגבלים העסקיים התשמ"ח–1988.

בארץ ובחו"ל, שגם עורכי דין עוסקים בה, כמו גם דיון מעמיק בשאלת הנאמנויות השונות שבהן מחויב עורך הדין בחברה דמוקרטית. במאמר ניסיתי לבדוק אם ניתן ליישב בין השניים. במקביל נבחנה השאלה עד כמה חסיון עורך דין—לקוח וחובת הסודיות, אכן מהווים מכשול במאבק בפשיעה והלבנת הון. סקרתי גם את המתווים השונים שננקטו בעולם על מנת לתת מענה למתח בין המאבק בפשיעה לבין זכותו של האזרח בחברה הדמוקרטית לשיח פתוח עם עורך דינו ולייצוג משפטי הולם. נכון להיום, ישראל היא חלק מהכפר הגלובלי ובעקבות שינויים חברתיים-כלכליים, לא עמדה בפני רשויות החוק הבררה אלא לקדם מהלך זה. לפיכך, מעבר ובמקביל לתיקון החוק, הצעתי מתווה יישומי, מבוסס על עקרונות אתיים, חברתיים וכלכליים, שיסייע לעורך הדין לאזן בין חובתו ללקוח וכיבוד חסיון הלקוח לבין זהירותו מלהעמיד את עצמו בסיכון לאכיפה והטלת סנקציה. קבלת מתווה זה יכולה אף להוות נקודת מפנה בהבנה כי השארתו בעינו של החיסיון הרחב למדי שקיים בישראל, מחייבת את עורכי הדין לפעול לפי נורמות גבוהות של אחריות – בין על דרך קבלת קוד אתי פנימי ובין על דרך קבלת אחריות כפרט. מגמה זו עולה בקנה אחד עם מגמה כלל עולמית של תפיסת תפקיד עורך הדין כמתריע בשער.