

עלון השופטים

ע"ש השופט שמואל ברוך ז"ל



דבר המערכת

שופטות ושופטים נכבדים,

ביום 1 בינואר 2021, עם תחילת השנה האזרחית ולאחר הכנות, הכשרות והיערכות של כל גורמי המערכת, השופטים והעובדים המנהליים, נכנסה לתוקפה בשעה טובה הרפורמה בסדר הדין האזרחי. חלפו רק כשבועיים מאז נכנסה הרפורמה לתוקף, אך נראה כי ההכנות היסודיות שנעשו במשך תקופה ממושכת בשיתוף המרכז להכשרת שופטים, המחלקה המשפטית בהנהלת בתי המשפט והמשפטנים במחלקת ייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים, שעמלו על התיקונים וההתאמות בתקנות סדרי דין נוספות ואשר פורסמו בימים האחרונים של שנת 2020 לשם התאמתן לרפורמה, אפשרו כניסה חלקה. כך בעוד שכולם, השופטים והמזכירות היו ערוכים לכך על הצד הטוב ביותר. זו אפוא, ההזדמנות להודות לכל השותפים לכך, לרבות המרכז להכשרת שופטים, השופטים שהובילו את ההדרכות, המחלקה המשפטית בהנהלת בתי המשפט, הגורמים המנהליים שפעלו לכך שכל המזכירות יהיו ערוכות לשינויים הנובעים מהרפורמה וכן הגורמים באגף המחשוב שפעלו להתאמות הדרושות במערכת 'נט המשפט'.

זה כעשרה חודשים שאנו בשגרת קורונה המשליכה על כל תחומי החיים ובימים אלו, שוב אנחנו מצויים בעיצומו של סגר מהודק, המשליך גם על עבודתנו ועל הדיונים המתקיימים בימים אלו.

שגרת הקורונה, שכבר הורגלנו אליה באופן קיום הדיונים, הכוללת בראש ובראשונה עטיית מסכות, נוכחות מצומצמת באולמות ודיונים בהיוועדות חזותית, אפיינה גם את טקס השבעת השופטים הראשון שנערך בחלוף כשנתיים מהטקס הקודם, לאחר שלוש מערכות בחירות ובעוד מערכת בחירות רביעית בפתח. כך באופן שונה מהטקס המסורתי המוכר לכולנו, הפעם הטקס נערך במתכונת שונה, ללא קהל וללא מוזמנים ולכן שודר בשידור

המערכת

עורך ראשי: השופט ד"ר עמי קובו

חברי מערכת

השופט רפי ארניה
השופטת תמר בר-אשר
השופט ד"ר גיא שני

עוזרת עריכה והוצאה לאור

עורכת הדין ניצן איל

חי, גם לשופטים שהושבעו, שבפועל לא נכחו בטקס אלא צפו בשידורו מחדרים צדדים הסמוכים לאולם. רק נשיא המדינה, שר המשפטים, נשיאת בית המשפט העליון ונשיאת בית הדין הארצי לעבודה נכחו באולם. השופטים שהושבעו הגיחו אל האולם אחד אחד בתורו כדי להצהיר אמונים ולהצטלם ומיד לאחר מכן חזרו לצפות בטקס באמצעות מסך. אפילו התמונה המסורתית של השופטים המושבעים, לא הייתה תמונה אחת, אלא בכל פעם צולמו מספר שופטים וכמובן, עם מסכות.



אף כבוד הנשיאה אסתר חיות נדרשה בנאומה למינוי השופטים לאחר תקופה ממושכת אשר במהלכה, בשל שלוש מערכות בחירות הוועדה למינוי שופטים לא התכנסה. כן הוסיפה דברים בעניין הניסיונות לגרירת מערכת המשפט אל השיח הציבורי המתנהל במהלך מערכת הבחירות ולעומת זאת, תפקודה המרשים של מערכת המשפט בימי קורונה בייחוד בתקופה עמוסה שבה קודם למינוי השופטים החדשים, תקני שופטים רבים נותרו לא מאוישים. הנשיאה, כשאר הדוברים, אף לא פסחה

על ייחודיות הטקס, באומרה כי "נראה כי הטקס היום ייזכר גם בשל כך שהוא נערך בתנאי קורונה, המאלצים אותנו לקיימו במתכונת מצומצמת ביותר, ללא קהל וללא נוכחות אורחים ובני המשפחה הגאים - אשר צופים בנו עתה בזכות חידושי הטכנולוגיה. גם זום לטובה".

לנאום המלא של נשיאת בית המשפט העליון השופטת אסתר חיות בטקס השבעת השופטים.

לבסוף, למרות שגרת הקורונה ועל אף הסגר שבו אנו נתונים בימים אלו, נראה כי הגעת החיסונים לארץ וקצב ההתחסנות המרשים, מאפשרים לסיים את דברינו עם מעט אופטימיות ותקווה שבעתיד הנראה לעין נוכל להתחיל לחזור לשגרה.

קריאה נעימה,

מערכת העלון



צילומים: הרשות השופטת

שער ראשון

חידושי חוק ופסיקה

ידי ערכאת הערעור, אינו יוצר מעשה בית דין; הוצאות משפט - הדין הקודם תוך מבט לדין החדש.

מדור נזיקין - השופטים אלי בכר וד"ר גיא שני 32

אחריות חברה מזמינה ליספאם' ששלח קבלן שירותי פרסום ושיווק עצמאי; פסילת חוות דעת של מומחה מטעם בית המשפט. נסיבות בהן ימונה מומחה מטעם בית המשפט ללא קבלת חוות דעת מהצדדים.

מדור פלילי - השופט ד"ר עמי קובו 38

מעצר עד תום ההליכים רק בנסיבות חריגות בעבירות גידול והפקה של סמים מסוג קנאביס; כיבוד הסכמי הסגרה - דחיית ערעורה של מלכה לייפר על הסגרתה לאוסטרליה; קבלת בקשה למשפט חוזר נוכח מסקנות משפטיות שונות אליהן הגיעו בתי המשפט ביחס לראיה מסוימת.

מדור עבודה - השופט ד"ר טל גולן 51

זכאות לפיצויי פיטורים לידועים בציבור.

מדור חוקתי מנהלי - השופט ד"ר גרשון גונטובניק 11

הקצאת נכסים והפסקתם. עם תחילת השנה האזרחית החדשה נבדוק את השאלה מיהו הגורם המוסמך ברשות המקומית להפסיק הליך הקצאת נכס מקרקעין, שיצא לדרכו אך טרם הושלם.

מדור אזרחי מהותי - השופט אורן שוורץ 17

תחולת דיני החוזה הפסול על הלוואה חוץ בנקאית. זוג הורים קשישים נטלו הלוואה חוץ בנקאית לצורך עסקו של בנם וכעת הם ניצבים בפני מימוש דירתם. מהם הפתרונות שמעמיד המשפט האזרחי במצב שבו המלווה הפרה את חובת הגילוי וגבתה מחיר גבוה מהמותר לאשראי שהעמידה ללווים.

מדור אזרחי דיוני - השופט רפי ארניה 25

תקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ח - 2018; דיון בשאלה אם הסכם בוררות ייחודי אשר תנאיו לא קוימו ולא ניתן למנות בורר מכוחו, עלול למנוע מצד להסכם לפנות לבית המשפט לקבלת סעד לשם מימוש זכויותיו הנטענות, תוך סילוק תביעתו על הסף; פסק דין לגופו של עניין שבוטל בהסכמה על

מדור משפחה ועזבון - השופט נפתלי שילה 56

חיוב במזונות אישה מוסלמית והחלת בע"מ 919/15 על ילדים מוסלמים; משמורת ומינוי מומחה; אופן חלוקת תשלום שכר טרחה של כונס נכסים; שאלת חיוב בנזיקין בן זוג בשל סרבנותו להתגרש, מבלי שניתן פסק דין המחייב גירושין; הוראות לפתיחת קבר בהתאם לחוק פתיחת קבר של קטין יוצא תימן, המזרח והבלקן לשם זיהוי ועריכת בדיקה גנטית לקשר משפחה (הוראת שעה), תשע"ח-2018; פרסום החלטות בדיני משפחה.

מדור חדלות פרעון - השופטת בטינה טאובר 66

פרידה מחברנו, נשיא בית המשפט המחוזי בתל-אביב השופט איתן אורנשטיין. סקירה קצרה ולא ממצה של חלק מההחלטות הרבות שניתנו על ידי הנשיא אורנשטיין במהלך כהונתו בבית המשפט המחוזי בתל אביב הן כשופט והן כנשיא, ואשר ליבנו וחדשו הלכות בתחם דיני חדלות הפירעון.

מדור מסים - השופט ד"ר שמואל בורנשטיין 73

פטור לתושב חוזר מהכנסה שמקורה בחו"ל - רק הכנסה פסיבית; גם בעסקת קומבינציה ברירת המחל לקביעת השבח היא שווי השוק; התשומות הקשורות להחזקת חדר האוכל אינן הטבה לעובד.

מדור תעבורה - השופטות נועה חקלאי ורבקה שורץ 84

אכיפה בררנית: על הטוען להראות חריגה שיטתית ולאורך זמן ממדיניות האכיפה של הרשות; בקשה לעיכוב ביצוע רכיב פסילה בעונש עד הכרעה בערעור, תתקבל רק במקרי קיצון; ניתן להוכיח הרשעות קודמות גם ללא הגשת הרישום הפלילי, אך ראוי להקפיד על הגשת הגיליון ולתעד זאת בפרוטוקול; תפיסת רכב לצרכי חילוט גם לתקופה העולה על שנה, בעבירות של המתה בקלות דעת, חבלה חמורה וסיכון חיי אדם במזיד; הפקדת רישיון נהיגה - תנאי הסף לחישוב תקופת ההפקדה - מה ההשלכה לכך שרישיון הופקד במשטרה ולא הוחזר ויש להפקידו בבית המשפט?; סעיף 230 לחסד"פ - תשלום קנס ע"י אשת בעל הרכב - משמעותו, הגשת בקשה להארכת מועד או ערעור על החלטה, שדחתה בקשת ארכה אינה מקנה סמכות לעכב ביצוע החלטת רשות הרישוי; עדכוני חקיקה.

מדור עניינים מקומיים - השופטת רבקה גלט 97

גישור בהליך הפלילי - אופן ניהולו; צו להריסת מבנה המושכר לצד שלישי; צו הריסה מנהלי - החלפת רכיב ברכיב אימתי; מידתיות הענישה לפי חוקי עזר.

מדור משפט וצבא - השופטים אל"ם נתנאל בנישו ואל"ם נועה זומר 105

פסיקת בית הדין הצבאי לערעורים: הימנעות מהרשעה של אזרח עובד צה"ל, רופא צבאי, שהואשם בעבירות של הטרדה מינית; דיון בשאלות אם ניתן להורות על פיצוי בשל מעצר שלא הבשיל לכתב אישום, אף שסמכות זו

אינה מופיעה בחוק השיפוט הצבאי? אם ניתן להורות על פיצוי כאמור כאשר כתב האישום לא הוגש בשל המתנה להליכי חקיקה? ומהם השיקולים לגובה הפיצוי; ערעור ההגנה על הרשעה בעבירות של אינוס ועבירות מין נוספות - זיכוי מחמת הספק שמא התקיימה אצל המערער טעות כנה ביחס להסכמת המתלוננת לחלקמן המעשים, דחיית התיזה של "עצימת עיניים אובייקטיבית". פסיקת בית הדין הצבאי המחוזי: סבירותו של הסדר טיעון בעבירה של גרם מוות ברשלנות בנסיבות מבצעיות.

פסיקת בתי המשפט הצבאיים באזור יהודה ושומרון: קבלת ערעור התביעה על זיכוי מעבירה של גרימת מוות בכוונה במהלך אירוע הלינץ' ברמאללה.

שער שני

ספרות משפטית

מדור הנהלה - חקיקה - עורכות הדין חנית אברהם בכר, שירי לנג והילה בוסקילה 162

תקנות סדר הדין האזרחי.

מדור סקירת ספרות משפטית - השופט (בדימוס) אברהם טננבוים 170

הספר "דיני השותפות בישראל" (מהדורה שלישית מורחבת), מאת המחברים דוד א' פרנקל וצבי פרנקל, בהוצאת פרלשטיין-גינזור בע"מ. שותפות בעסקים ובעיקר בעסקים קטנים עד בינוניים היא דרך העולם. בעולם המשפט התופעה מקובלת אף יותר. רוב משרדי עורכי הדין עובדים בצורה זו או אחרת של שותפות, המבוססת על פקודת השותפויות [נוסח חדש], תשל"ה-1975. הספר שלפנינו מכיל עשרה פרקים העוסקים בכל ההיבטים של השותפות. החל מהרכבה, רישומה, היחסים בין השותפים וביניהם לצד ג', פירוקה, הליכי המשפט, ועוד. הספר מכיל נספחים ומפתחות המקלים על איתור הנושאים. מומלץ ולמעשה הכרחי לכל מי שעוסק בשותפויות. ולו רק מהסיבה הפשוטה שלמרות ריבוי השותפויות, אין כמעט ספרות משפטית העוסקת בנושא.

מדור משפט עברי - השופט צבי ויצמן 140

דיון בסוגיה אם רוצח יורש את הנרצח. בימים אלו משודרת בערוץ yes דוקן הסדרה הדוקומנטרית "המניע", שעניינה נער ירושלמי אשר בהיותו בן 14 הרג באמצעות רובה M16 של אביו את שני הוריו ושתי אחיותיו. הנער טען כי כוח עליון פקד עליו לעשות את המעשה הנורא. בית המשפט הרשיע את הנער בהריגה בלבד והוא נשפט לתשע שנות מאסר. ערכאה אחרת קיבלה את טענת בא כוחו כי בנסיבות האמורות, מאחר שלא הורשע ברצח, הוא זכאי לרשת את הוריו!

במאמר המצורף נדון בשאלה האם מכוח הדין העברי זכאי רוצח לרשת את הנרצח וננסה לבחון האם קיים לעניין זה הבדל ושוני בין הדין העברי לדין האזרחי.

מדור הנהלת בתי המשפט כללי - עוה"ד פנינה אלקיס 154

תוכנית ההשתלמות השנתית לעוזרים משפטיים לשנת 2021.

שער שלישי לקט

הפינה לעידוד הפנינה - השופטת ישראלה קראי-גירון 180

"...בשלב זה היה מתבקש כי הן האדריכל והן ***** יזעקו 'חמאס'..."; "אנו מבקשים כדי לשלם את כל הנושים ולא להופיע בקרים לשחרים להכריז על החייב מוגבל באמצעים"; "הצדדים פועלים ללא היכר על מנת לבש הסכם פשרה...".

זר ברכות 174

ברכת הצלחה בהמשך הדרך לשופטים הפורשים ולשופטים שהתקדמו ומונו בתאריך 31.12.20.

מדור סקירת ספרות כללית - השופט (בדימוס) אברהם טננבוים 177

ספרה של דליה אוונס, "שירת סרטני הנהר" (תירגם מאנגלית, שאול לויין), בהוצאת כנרת-זמורה-דביר, תש"ף-2020. הסיפור בספר זה מתפתח בשני פסים מקבילים. מצד אחד חקירת מותו של צ'ייס אנדרוז המסתבכת והולכת. מן הצד השני אנו למדים על קאיה, ילדת טבע החיה לבדה את חייה. וכמובן, בשלב כלשהו משתלבים שני הסיפורים. חוזקו של הספר איננו דווקא בעלילה אלא בתיאורי הטבע והבדידות העוצמתיים שבו. אנו למדים על צדפים, על פטריות, על סנאים, עורבים, שחפים והאכלתם, שקנאים ובואשים, פרפרים ועשים, ועוד כהנה וכהנה. קשה להצביע על סוגה מוגדרת שאליה משתייך הספר (מתח? אהבה? טבע?). למרות זאת ואולי בשל זאת, הפתיע הספר והפך (בצדק) לאחד הספרים הנמכרים ביותר בשנת 2019. מומלץ לכולם.

שער ראשון
חידושי חוק ופסיקה

מדור חוקתי מנהלי - השופט ד"ר גרשון גונטובניק

עם תחילת השנה האזרחית החדשה נבדוק את השאלה מיהו הגורם המוסמך ברשות המקומית להפסיק הליך הקצאת נכס מקרקעין, שיצא לדרכו אך טרם הושלם.

הקצאת נכסים והפסקתם

מדינת ישראל היא בעלת בניין בירושלים בשכונת המוגרבים. ומיהי הדיירת המוגנת בבניין? עיריית ירושלים. המבנה היה במצב רעוע, והמדינה הציעה לעירייה לרכוש אותו תמורת 5 מיליון ₪, בניסיון להימנע ממכירתו בשוק החופשי. העירייה ביקשה לרכוש הנכס, אך לא להוציא את הסכום הנדרש מתקציבה, ולכן החליטה לפנות להליך של הקצאת מבנה. מקבל ההקצאה צריך היה להתחייב כי ישפץ את המבנה, ישלם את הסכום הנדרש על ידי המדינה, וזאת בתמורה לזכות שימוש בו למשך 25 שנה.

העירייה פרסמה קול קורא להגשת הצעות להקצאת המבנה. ארבעה שמעו ונענו, ולאחר שהוברר היקף ההשקעה נותרה הצעתה של עמותת המרכז העולמי למורשת יהודי צפון אפריקה בירושלים.



על פי הנהלים החלים בנושא, במסגרת הליך אישור ההקצאה צריכה לדון בבקשה ועדת הקצאות (המורכבת מגורמי מקצוע ברשות המקומית), ולהעביר המלצתה להכרעת מועצת הרשות המקומית. קיימת אפשרות גם שלפני ההעברה לאישור מועצת העיר יתקיים דיון בפני ועדת המשנה להקצאות של מועצת העיר (המורכבת מנציגי הסיעות במועצה), שתוכל להמליץ למועצה אם לקבל או לדחות את המלצת ועדת ההקצאות.

בשנת 2013 דנה ועדת ההקצאות בהצעת העמותה, ומצאה להמליץ על דחייתה. ועדת המשנה של המועצה הורידה את עניינה של ההקצאה מסדר היום במועצה נוכח פגישה מתוכננת בין נציגי העמותה ליעוץ המשפטי של העירייה.

בינתיים, ביום 22.6.14 החליטה רשות מקרקעי ישראל להחכיר את המבנה ללא תמורה לעירייה למשך 49 שנה וזאת לרגל יום ירושלים. הליך ההקצאה נעצר על רקע זה. בשנת 2015 פנתה העמותה לעירייה בבקשה להשלים את הליך ההקצאה. הנושא נדון בפני ועדת ההקצאות בשנת 2016 וזו קיבלה החלטה לבטל את הליך ההקצאה ולהותיר את הנכס בידי העירייה משיקולי שינוי נסיבות מהותי וקיומו של צורך מבחינת העירייה להחזיק במבנה.



שכונת המוגרבים ובסמוך לה הכותל המערבי וכיפת אל אקצא. צילום: ויקיפדיה. צולם לפני שנת 1955.

העמותה הגישה עתירה מינהלית לבית המשפט המחוזי בירושלים בטענה שהחלטת ועדת ההקצאות התקבלה בחוסר סמכות, היות והגורם המוסמך להחליט בהליכי ההקצאה על פי הנהלים היא מועצת העיר. בית המשפט קיבל את העתירה, וקבע כי לכל היותר יוכלו הוועדה להמליץ להפסיק את ההליך, ועל ההמלצה לבוא לדיון בפני ועדת המשנה של המועצה ולאחר מכן להכרעת מועצת העיר.

הערעור על פסק הדין התברר בבית המשפט העליון בעע"מ 9686/16 **עיריית ירושלים נ' המרכז העולמי למורשת יהודי צפון אפריקה בירושלים** (24.12.20) בהרכב בראשות המשנה לנשיאה ח' מלצר, והשופטים ד' ברק-ארז וג' קרא.

המשנה לנשיאה מלצר דחה את הערעור.

"כפי שעולה מהוראות סעיף 7(ה) לנוהל משרד הפנים, הרי שלמעשה לאחר בירורי הסף (ובאין מניעה מקדמית לבקשה, כמו למשל שהמבקשת היא חברה מסחרית ולא מלכ"ר) - על ועדת ההקצאות להעביר את המלצותיה אל מועצת הרשות המקומית, אף אם היא סבורה כי אין מקום להקצאת הקרקע בשלב זה לגוף כלשהו. סעיף 7(ו) לנוהל משרד הפנים קובע אף הוא כי מי שמוסמך להכריע בהליכי הקצאת קרקע היא מועצת הרשות המקומית, לאחר שקיבלה לעיונה את מכלול החומר שהונח בפני ועדת ההקצאות. המסקנה העולה מהוראות אלה היא כי בעקרון ועדת ההקצאות היא גוף ממליץ בלבד" (פסקה 19 לחוות דעתו).

הנוהל הרלוונטי בא לקדם שוויון, שקיפות ולמנוע פגיעה בטוהר המידות בהקצאת המקרקעין. לכן יש חשיבות כי מועצת העיר תידרש לנושא. "על אף שעסקינן פה בשאלת ביטולו של הליך הקצאה (ולא בעסקה של הרשות במקרקעין), הרי שעמדת העמותה שלפיה הסמכות לבטל הליך הקצאה שטרם הושלם מסורה בידי המועצה, ולא בידי ועדת ההקצאות, מתיישבת עם התכליות של מניעת חשש לפגיעה בתקינות הליך ההקצאה, ועם הפיקוח המוגבר שהוחל על עסקאות מעין אלה, נוכח ההכרה בתובנה כי מבנים ומקרקעין עירוניים הם משאב ציבורי מוגבל" (פסקה 20). היא מעודדת שקיפות וקיומו של שיח בין אורגנים שונים ברשות המקומית. "קבלת החלטות בסוגיות של הקצאת מקרקעין ומבנים על ידי מועצת הרשות המקומית היא בעלת חשיבות גם מהיבט 'כללי המשחק' הדמוקרטי, לאור תפקידה החשוב

על אף שעסקינן פה בשאלת ביטולו של הליך הקצאה (ולא בעסקה של הרשות במקרקעין), הרי שעמדת העמותה שלפיה הסמכות לבטל הליך הקצאה שטרם הושלם מסורה בידי המועצה, ולא בידי ועדת ההקצאות.

של המועצה להביא לידי ביטוי את רצון בוחריה, תושבי העיר. לרשויות מקומיות מעמד מיוחד ביחס לרשויות מינהליות אחרות, בין היתר מפני שהמועצה נבחרת על ידי התושבים בבחירות דמוקרטיות, בדומה לרשות המחוקקת במדינה, ומפעילה באופן אוטונומי סמכויות שלטוניות שהוקנו לה מכוח הדין" (פסקה 21).

המשנה לנשיאה מלצר התייחס לטיעון העירייה שהפנתה ללשון הנוהל. לפי סעיף 7(ד) לנוהל משרד הפנים, כאשר מתקבלת חוות דעת שלילית לעניין פניה להקצאת הקרקע ועדת ההקצאות "תדחה את הבקשה, אלא אם כן מצאה לנכון מנימוקים מיוחדים להמליץ אחרת למועצת הרשות". מכאן יכול להשתמע שבכוחה לבטל את הליך ההקצאה כליל. "הניסוח בסעיף זה, אשר ניתן להסיק ממנו, לכאורה, כי ייתכן ויש בידי ועדת ההקצאות סמכות לדחות בקשה להקצאת מקרקעין, אכן עלול להעלות ספק פרשני בדבר הסמכויות הנתונות לוועדת ההקצאות" (פסקה 26); אלא שיש לפרש את ההוראה הזו על רקע המכלול. כך, פסיקת בית המשפט העליון ראתה בוועדות אלה כבגורם ממליץ, ומכוח הפסיקה גובש הנוהל מלכתחילה (בג"ץ 3638/99 **בלומנטל נ' עיריית רחובות**, פ"ד נד(4) 220 (2000)). עוד יש לקחת בחשבון את מכלול הוראות נוהל משרד הפנים. בהינתן הקשר פרשני זה ברור שוועדת ההקצאות אינה אלא גורם ממליץ, ללא סמכות לקבל החלטות. "וכל שבכוחה לעשות כאשר מובאות בפניה חוות דעת מקצועיות שליליות הוא להמליץ בפני המועצה לדחות את הבקשה. זאת, אלא אם כן בבירור מוקדם שנעשה עולה כי לא מתקיימים תנאי סף ראשוניים, החיוניים לבקשה (לדוגמה, אם הגוף הפונה לא עומד כלל כאמור בתנאי הסף כיוון שמדובר, למשל, בתאגיד למטרות רווח)" (שם). בנסיבות העניין גם לא נמצא מקור סמכות המאפשר למועצה לאצול לוועדת ההקצאות את סמכויותיה.

בהינתן הקשר פרשני זה ברור שוועדת ההקצאות אינה אלא גורם ממליץ, ללא סמכות לקבל החלטות, וכל שבכוחה לעשות כאשר מובאות בפניה חוות דעת מקצועיות שליליות הוא להמליץ בפני המועצה לדחות את הבקשה.

השופטת ברק-ארז הסכימה לפסק דינו של המשנה לנשיאה. "העיקרון שעליו מושתתת ההכרעה במקרה זה הוא שהגוף המוסמך לקבל החלטות בשם הרשות המקומית הוא מועצת הרשות, ולא בעלי התפקידים האמונים על עבודת ההכנה וגיבוש העמדות המקצועיות ביחס לנושא הנדון. אין לבלבל בין הגורם המוסמך לבין יועציו" (פסקה 1 לחוות דעתה). יחד עם זאת היא הדגישה שאין למצוא בפסק הדין שניתן בבית המשפט העליון כל עמדה ביחס לשאלת השימוש בנכס, ובעניין זה אכן חלו שינויי נסיבות לא מבוטלים. ציבורית ביחס לנכס שבבעלותה.

גם **השופט קרא** הצטרף לפסק דינו של המשנה לנשיאה. "הגיונם של דברים מכתוב איפוא שהגוף שאמור להקצות (ובהעדר הסמכה מפורשת או משתמעת לכל גוף אחר) היא אותו גוף שיבטל את ההקצאה בבחינת 'הפה שאסר הוא הפה שהתיר'."

הערעור נדחה אפוא.

פסק הדין מראה את הרגישות בה יש לבחון הליכי הקצאת מקרקעין ברשויות המקומיות. הליכים אלה מועדים לפורענות. בדרך כלל אין אנו חוששים מגורמי המקצוע, אלא מהדרגים הפוליטיים ברשות, שעלולים לבקש להעדיף מקורבים כאלה או אחרים ולהוביל לכך שיקבלו נכסי ציבור שערכם הכלכלי יכול להיות ניכר. הד לחשש קיים בנסיבות המקרה הנוכחי. המשנה לנשיאה מלצר ציין כי גם בראשית הדרך, בשנת 2013, ועדת ההקצאות, המורכבת מאנשי המקצוע, המליצה שלא לקבל את בקשת העמותה. וכאן יש לשים לב כי ועדת המשנה של המועצה לא הורידה את הנושא מעל סדר היום באופן סופי, אלא ביקשה לראות מה יהיו תוצאות המגעים בין נציגי העמותה לבין הייעוץ המשפטי של העירייה. אין גם ספק, כפי שעולה מתיאור ההתפתחות ההיסטורית של הנהלים בעניין

אין למצוא בפסק הדין שניתן בבית המשפט העליון כל עמדה ביחס לשאלת השימוש בנכס, ובעניין זה אכן חלו שינויי נסיבות לא מבוטלים.

זה, כי משרד הפנים ביקש לוודא שגורמי המקצוע בשלטון המקומי יהיו מעורבים בהליך ההקצאה, כדי שתתקבל החלטה מיטבית, בהינתן הנסיבות, שחשופה פחות ללחצים של מקורבים.

והנה, תוצאת פסק דין זה מחזקת את הדרג הנבחר ברשות המקומית; דבר העומד, לכאורה, בסתירה למגמה הכללית. ניתן להסביר זאת בשניים אלה. ראשית, מדובר בשאלה של סמכות. גם כללים ונהלים של משרד הפנים לא יכולים להתגבר על סמכות שהמחוקק הפקיד בידי הדרגים הנבחרים.

ועדת ההקצאות המקצועית לא יכולה להטיל וטו על הליך ההקצאה, אלא בתחום צר, שאחרת יוביל הדבר לשינוי בחלוקת הסמכויות שקבע המחוקק. שנית, המשנה לנשיאה מלצר מראה כי קיימים צדדים חיוביים בליבון הדברים מול מועצת העיר או ועדת המשנה שלה. הדבר תורם לקידום הליכים דמוקרטיים. הדבר תורם לשקיפות ולדיון ציבורי נאות. דווקא ביצירת הליך שבו נוטלים חלק גם הדרגים המקצועיים (ועדת ההקצאות) וגם הגורמים הנבחרים (ועדת המשנה של מועצת העיר) יש משום טיוב של ההליך בכללותו. ועדיין, יש להבין את הערתה של השופטת

ברק ארז כבאה להבהיר שהנטל להצדיק את ההקצאה לעמותה בעת הזו אמור להיות גבוה מאוד, וזאת נוכח שינוי הנסיבות. הגבהת הרף בנסיבות העניין תקשה על העדפת מקורבים כאלה ואחרים בניגוד לאינטרס הציבורי. היא תאפשר לחזור למסלול ההקצאה הקודם רק אם הדבר יקדם אותו באופן מובהק.

לפסק הדין המלא: ע"מ 9686/16 עיריית ירושלים נ' המרכז העולמי למורשת יהודי צפון אפריקה בירושלים (24.12.20).

תוצאת פסק דין זה מחזקת את הדרג הנבחר ברשות המקומית; דבר העומד, לכאורה, בסתירה למגמה הכללית.

מדור אזרחי מהותי - השופט אורן שוורץ

תחולת דיני החוזה הפסול על הלוואה חוץ בנקאית

מדורנו הנוכחי יוקדש לפסק דין מקיף של בית המשפט העליון אשר במסגרתו נבחן ביטולו של הסכם הלוואה מחמת עילת העושק שיסודה בדיני החוזים ומחמת הפרת הוראות חקיקה בעניין הלוואות חוץ בנקאיות. פסק הדין מדגים הפעלה משולבת של שתי מערכות דינים על מקרה קונקרטי של הלוואה חוץ בנקאית ומכאן חשיבותו.



עובדות המקרה בע"א 8222/19 **פרץ נ' קוואלטי קרדיט פאנד** (7.12.2020) נסובו סביב הלוואה מובטחת במשכנתא שנטלו זוג הורים מבוגרים (להלן - **פרץ**) עבור בנם שהפעיל עסק של מזון מהיר. על הסכם הלוואה חתמו זוג ההורים, הבן ובת זוגו. לימים, ההלוואה לא נפרעה והמלווה פעלה למימוש הביטחונות שניתנו לה מכוח הסכם הלוואה, ביניהם דירת ההורים.

לנוכח הליכי מימוש הדירה בלשכת ההוצאה לפועל עתרו פרץ אל בית המשפט המחוזי בתביעה לסעד הצהרתי לבטלות הסכם הלוואה ושטר המשכון. את אדני הביטול הניחו פרץ על מסד עובדתי שכלל את היותם אנשים מבוגרים, חסרי השכלה שמתקיימים מקצבאות ורכושם היחיד הוא דירת

המגורים. מר פרץ הדגיש את מצבו הרפואי - היותו סובל מאלצהיימר ועבר רפואי שכלל שלושה ניתוחי ראש. לטענת פרץ מסמכי ההלוואה לא הוסברו להם ולא הוקראו להם. בכלל זה לא הובהר להם כי הם עלולים למצוא עצמם ללא דיור חלוף. המלווה לא בחנה את יכולתם לפרוע את ההלוואה בתוך שנה, כפי שנקבע בהסכם ההלוואה ואף גבתה ריבית מופרזת ובלתי חוקית. עילות הביטול העיקריות עליהן התבססה תביעתם של פרץ היו אפוא, עילת העושק¹ וכן הפרת הוראות חוק הסדרת הלוואות חוץ בנקאיות, התשנ"ג-1993, ובשמו העדכני - חוק אשראי הוגן, התשנ"ג-1993 (להלן - **חוק ההלוואות**).



בית המשפט המחוזי² דחה את עיקר תביעתם של פרץ. בית המשפט המחוזי קבע כי טענת העושק לא הוכחה למרות שהיו בידי פרץ את הכלים הראייתיים לעשות כן. להתרשמותו של בית המשפט המחוזי, פרץ התלוו לבנם במטרה לחתום על הסכם ההלוואה ללא תלות כלשהי. אף טענת המלווה לפיה תוכן ההסכם הוסבר להם לא נסתרה. בהינתן כי פרץ חתמו על הסכם ההלוואה, בהתחשב בכך שלא נמצא כי הוראותיו של הסכם ההלוואה הן בלתי סבירות ובהתחשב בכך שפרץ שיתפו פעולה עם בנם ובת זוגו, נדחו טענותיהם לביטולם של הסכם ההלוואה ושטר המשכון (למעט באשר לסכום מסוים בגין רכיב עלות ההלוואה שהושת עליהם על ידי המלווה והופחת מיתרת החוב). לנוכח תוצאת פסק הדין עתרו פרץ אל בית המשפט העליון.

1 עילת העושק מוסדרת בסעיף 18 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן - **חוק החוזים**), שזו לשונו: "מי שהתקשר בחוזה עקב ניצול שניצל הצד השני או אחר מטעמו את מצוקת המתקשר, חולשתו השכלית או הגופנית או חוסר נסיונו, ותנאי החוזה גרועים במידה בלתי סבירה מן המקובל, רשאי לבטל את החוזה."
2 ת"א (מחוזי חי') 39055-06-19 **פרץ נ' קוואלטי קרדיט פאנד, שותפות מוגבלת** (פורסם בנבו, 27.10.2019).

בית המשפט העליון, הרכב בראשות הנשיאה א' חיות והשופטים ע' ברון וי' אלרון, קיבל את הערעור בחלקו. בפסק הדין שנכתב על ידי הנשיאה נבחנו שתי עילות הביטול של הסכם ההלוואה.

באשר לעילת העושק, הודגש כי מקורה בפגמים ברצון המתקשר בעת כריתת החוזה. על הטוען לקיומו של עושק מוטל הנטל להוכיח את ארבעת יסודותיה של העילה: **מצוקה**, חולשה שכלית או גופנית של המתקשר החוזי ברמה חמוזה וקיצונית; **ניצול** מתוך מודעות של המצוקה או החולשה החמורות על ידי הצד השני לחוזה; קיומו של **קשר סיבתי** סובייקטיבי לפיו הניצול הוא שגרם להתקשרות בחוזה; היותם של **תנאי החוזה גרועים** במידה בלתי סבירה מהמקובל (מבחן אובייקטיבי)³.

בהקשר זה קיבל בית המשפט העליון את ממצאיו של בית המשפט המחוזי וקבע כי אין די בעדותו של הבן⁴ בעניין חוסר ההשכלה של הוריו ומצבם הכלכלי הירוד בכדי לבסס את יסוד המצוקה בדרגה הנדרשת לעילת העושק. אף התייעוד הרפואי בעניינו של מר פרץ נגע לאירועים שהתרחשו כשנתיים לאחר מועד חתימת הסכם ההלוואה ושטר המשכון. מכאן שאף יסוד הקשר הסיבתי בין המצוקה לבין ניצול מודע שלה וחתירת החוזה לא הוכח. יתר על כן, גב' פרץ שנכחה באולם בית המשפט במהלך המשפט לא העידה על נסיבות כריתת הסכם ההלוואה. גם עניין זה פעל לחובתם של הטוענים לעילת העושק. לפיכך נקבע כי לא הוכח יסוד המצוקה החמורה ועל כן לא קמה לפרץ זכות לביטול הסכם ההלוואה מחמת עילת העושק.

על הטוען לקיומו של עושק מוטל הנטל להוכיח את ארבעת יסודותיה של העילה.

3 להרחבה בעניין עילת העושק ראו: רע"א 617/08 **מלון עדן נהריה בע"מ נ' קסל**, פסקאות 39-36 בפסק דינו של השופט (כתוארו דאז) ח' מלצר (פורסם בנוב, 21.09.2014); גבריאלה שלו ואפי צמח **דיני חוזים** 442-434 (מהדורה רביעית, 2019).

4 יובהר לקורא כי מדובר בבן אחר של פרץ, לא זה שלטובתו ניטלו כספי ההלוואה. לכן מדובר בעד שלא היה מעורב בכריתת הסכם ההלוואה, אלא במי שנחשף לעובדות בשלב מאוחר יותר.

לאחר שנמצא כי עילת העושק אינה עומדת לזכותם של פרץ, פנה בית המשפט העליון לבחינת סוגיית החריגה מהוראות חוק ההלוואות⁵. חוק זה נועד לאזן בין שני אינטרסים מנוגדים: בין הצורך שקיים ליתן מענה למי שאינו יכול לקבל הלוואה במערכת הבנקאית מחמת הסיכון הפיננסי הכרוך בכך לבין ההגנה על הלווה ומניעת ניצול לרעה של פערי הכוחות של הלווה עם המלווה⁶. אחד האמצעים החשובים שנבחר על ידי המחוקק לאזן בין אינטרסים אלה הוא חובת גילוי נרחבת וקוגנטית שנקבעה בסעיף 3 לחוק ההלוואות. בהוראה זו נקבע שהמלווה מחויב למסור מראש עותק של חוזה ההלוואה בכדי לאפשר ללווה לעיין בו בטרם החתימה וכי על החוזה לכלול פירוט מלא של הנתונים המסחריים, ביניהם: סכום ההלוואה, הסכום שהתקבל בפועל, שיעור הריבית, מרכיבי הריבית, שיעור ההצמדה, ציון התוספות השונות שחלות על הלווה, שיעור העלות הממשית של האשראי ושיעור ריבית הפיגורים בחישוב שנתי.

הפרת חובת הגילוי מאפשרת ללווה לפעול כנגד המלווה בשני אפיקים: הראשון - באמצעות דיני ההטעיה (לרבות בשלב המשא ומתן); השני - באמצעות התערבות של בית המשפט לו ניתנה הסמכות לשנות את תנאי החוזה עד כדי ביטולו. הנשיאה חיות הבהירה כי המסלולים הללו הם חלופיים, שכן עילת ההטעיה נובעת מזכותו של המוטעה לבטל את החוזה ואילו סעד ההתערבות בתנאי החוזה מסור לשיקול דעתו וליזמתו של בית המשפט ומכאן שאינו תלוי בהוכחת ההטעיה⁷.

מסלול ההטעיה מחייב את הוכחת רכיביה, קרי - קשר סיבתי סובייקטיבי בין ההטעיה לבין הטעות בהתקשרות בחוזה. על הטוען להטעיה להוכיח את הפגם ברצון - השפעת ההטעיה על תודעת המתקשר. הדרך לעשות כן היא באמצעות עדות ישירה של המוטעה לפיה "טעותו נגרמה עקב

7 בית המשפט אף רשאי לצורך הפעלת סמכות ההתערבות בתנאי חוזה ההלוואה לקבל ראיות בעל-פה כנגד מסמך בכתב - סעיף 13 לחוק ההלוואות.

הפרת חובת הגילוי מאפשרת ללווה לפעול כנגד המלווה בשני אפיקים: הראשון - באמצעות דיני ההטעיה (לרבות בשלב המשא ומתן); השני - באמצעות התערבות של בית המשפט לו ניתנה הסמכות לשנות את תנאי החוזה עד כדי ביטולו.

הטעייה של הצד השני וכי אותה טעות היא שהניעה את הקשר החוזי". רכיב זה לא הוכח על ידי פרץ ואף נסתר בשלל ראיות שהוצגו על ידי המלווה בבית המשפט המחוזי. לפיכך, גם בעניין זה קיבל בית המשפט העליון את ממצאיו של בית המשפט המחוזי ודחה את טענת ההטעייה.

אשר להפרת חובת הגילוי נמצא כי המלווה לא גילתה את סכום ההלוואה ששילמה בפועל, לא גילתה את היקף התוספות הכספיות שהושתו על הלווים בדרך של קיזוז מסכום ההלוואה וכן לא גילתה את שיעור העלות הממשית של האשראי, דהיינו את היחס שבין סך כל התוספות לבין הסך שקיבל הלווה בפועל. הפרות אלה הולידו חריגה משמעותית בשיעור הריבית המקסימלית באמצעות יצירת חיובים שונים שמתווספים על הריבית ומגדילים את עלות ההלוואה. כך, התברר כי העלות הממשית של האשראי על פי הסכם ההלוואה עמדה על כ - 30% בשנה הראשונה ו-15% בשנה השנייה. לעומת זאת שיעור האשראי המירבי במועד חתימת הסכם ההלוואה בהתאם לסעיף 5 לחוק ההלוואות היה מוגבל ל-7.80%⁸.

פגם נוסף בהסכם ההלוואה נגע לעניין שווי "הסידור החלוף", קרי - דמי השכירות להם יזכה הלווה אם יפונה מדירת מגוריו עקב אי-פירעון ההלוואה ומימוש המשכנתא. כך, על פי הסכם ההלוואה נקבע שווי הסידור החלוף לשווה ערך לשישה חודשי שכירות בלבד, בניגוד להוראות סעיף 38(ג)(2) לחוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967.

על הטוען להטעייה להוכיח את הפגם ברצון - השפעת ההטעייה על תודעת המתקשר. הדרך לעשות כן היא באמצעות עדות ישירה של המוטעה לפיה "טעותו נגרמה עקב הטעייה של הצד השני וכי אותה טעות היא שהניעה את הקשר החוזי".

8 הנתונים רלבנטיים לנוסח החוק לפני תיקון מספר 5. כיום חל מנגנון שונה שמשקף את ריבית בנק ישראל בצירוף 15%.

9 הוראה זו מאפשרת ויתור על זכות סידור חלוף בתנאים שעיקרם מתן הסבר מפורט וקציבת תקופת שכירות בת 18 חודשים.

סעיף 9 לחוק ההלוואות מאפשר לבית המשפט לבטל את החוזה או את התנאי על מנת להתאימו לדרישות החוק¹⁰. השאלה היא תחת איזו מאטרייה נורמטיבית תופעל סמכות בית המשפט להתערב בתנאי הסכם ההלוואה?

הנשיאה חיות בחנה את תכליתה של הוראת ההתערבות שבחוק ההלוואות ואת השיקולים שרלבנטיים להפעלת סמכות זו וקבעה כי המסגרת הנורמטיבית להפעלת סמכות ההתערבות של בית המשפט בהוראות חוזה הלוואה היא דיני החוזה הפסול. הטעם המרכזי לכך הוא מיונו הרעיוני של חוזה ההלוואה המפר כחוזה פסול, קרי - חוזה שנועד לביצוע חיוב בלתי חוקי.

גם ההוראות החוזיות השונות מתיישבות עם הסמכות הרחבה שניתנה לבית המשפט בסעיף 9 לחוק ההלוואות: סעיף 30 לחוק החוזים שקובע את בטלותו של חוזה בלתי חוקי; סעיף 31 לחוק החוזים שמקנה מגוון סעדים לרכך את תוצאת הבטלות של החוזה הפסול; סעיפים 19 ו-20 לחוק החוזים שאליהם מפנה סעיף 31 שמאפשרים ביטול חלקי של חוזה פסול והשבה הדדית במקרה של ביטול חוזה.

ה מסגרת הנורמטיבית להפעלת סמכות ההתערבות של בית המשפט בהוראות חוזה הלוואה היא דיני החוזה הפסול. הטעם המרכזי לכך הוא מיונו הרעיוני של חוזה ההלוואה המפר כחוזה פסול, קרי - חוזה שנועד לביצוע חיוב בלתי חוקי.

10 וזו לשונו של סעיף 9 לחוק ההלוואות שעוסק בביטול או שינוי תנאי בבית משפט: " (א) ראה בית המשפט בתובענה בקשר לחוזה הלוואה, כי חוזה ההלוואה או תנאי בו אינם מתאימים לדרישות לפי חוק זה, ולגבי מלווה מוסדי - לדרישות לפי חוק זה או לפי חוק אחר החל בעניין כאמור בסעיף 16, יורה בית המשפט, ביוזמתו או על פי בקשה, ולאחר שנתן הזדמנות לצדדים להשמיע טענותיהם, לבטל את החוזה או את התנאי או לשנותו, הכל במידה הנדרשת כדי להתאימו לדרישות החוק, ולפי הענין. (ב) מבלי לגרוע מכלליות האמור בסעיף קטן (א) או מכל תרופה אחרת שבדין, רשאי בית המשפט להתאים את שיעור העלות הממשית של האשראי ואת שיעור ריבית הפיגורים לשיעורים המרביים המותרים על פי סעיפים 5 ו-6, או לקבוע שיעור נמוך יותר, לצוות על השבה של כל סכום שקיבל המלווה מן הלווה שלא בהתאם להוראות חוק זה, לחייב את המלווה בהוצאות שנגרמו ללווה, וליתן כל הוראה אחרת שתראה צודקת בנסיבות הענין".

השיקולים שיש לבחון בעת הכרעה בין מגוון הסעדים שמקנה חוק החוזים במקרה של חוזה פסול משקפים שתי מגמות: הרתעה מפני כריתת חוזים בלתי חוקיים ועשיית צדק יחסי בין הצדדים לחוזה הפסול, תוך שקילת מכלול הנסיבות, לרבות: התנהגות הצדדים, נזקיהם ומידת אשמתם¹¹. שיקולים אלה ייבחנו בהליך דו-שלבי: בתחילה יש לבחון אם החוזה הפסול ניתן להפרדה, כך שיבוטל רק חלקו הבלתי חוקי ואילו יתר חלקיו יותרו על כנם תוך הגשמת כוונת הצדדים. בשלב שני יש לערוך בחינה נורמטיבית - אם ראוי להורות לצד השני לקיים את חיוביו, באופן מלא או חלקי. במסגרת הבחינה הנורמטיבית נבחנת מידת חומרתה של האי-חוקיות, מידת האשם של הצדדים, השלכות על צדדים שלישיים וכיו"ב.

השיקולים שיש לשקול בעניינו של חוזה פסול והמודל הדו-שלבי נכונים גם לבחינת חוזה הלוואה שמפר את הוראות חוק ההלוואות.

הנשיאה חיות קובעת כי השיקולים שיש לשקול בעניינו של חוזה פסול והמודל הדו-שלבי נכונים גם לבחינת חוזה הלוואה שמפר את הוראות חוק ההלוואות. בתחילה יש לבחון אם ההוראות הבלתי חוקיות שבחוזה הלוואה ניתנות להפרדה ולאחר מכן יש לבחון אם ראוי להורות ללווה לקיים את חיוביו באופן מלא או חלקי, הכל בהתאם לכלים הגמישים שנקבעו בסעיף 31 לחוק החוזים שמאזנים בין משקלה של האי-חוקיות לבין עשיית צדק יחסי.

לאורן של אמות מידה אלו יש לבחון את הסכם הלוואה בעניינם של פרץ.

עיון בהוראות ההסכם מלמד כי ניתן להפריד ממנו את חלקיו הבלתי חוקיים מבלי לגרום לקריסתו. ליבתו של הסכם הלוואה היא חוקית ועניינה הלוואת הכספים ללווים. המלווה כבר ביצעה את חלקה בהסכם במובן זה שהעבירה את כספי הלוואה ללווים (בניכוי הריבית ותשלומים נוספים). גם הלווים החלו לקיים את חלקם - שילמו חלק מתשלומי הריבית ופעלו להאריך את תקופת פירעון הלוואה. לשני הצדדים תרומה לקיומו של החוזה הפסול, הגם שתרומתה היחסית של המלווה היא

11 להרחבה ראו: עופר גרוסקופף "חוזה פסול" דניאל פרידמן ונילי כהן **חוזים** כרך ג 473 575-622 (2003).

משמעותית הרבה יותר. מכלול השיקולים מצדיק אפוא את קיום ההסכם, תוך התערבות בתנאים הבלתי חוקיים שנכללו בו.

באשר לסידור החלוף נמחקו ההוראות מהסכם ההלוואה במסגרתן ויתרו הלווים על הגנת סעיפים 38-39 לחוק ההוצאה לפועל ובכלל זה נקבעה תקופת סידור חלוף בת 18 חודשים.

באשר לחריגה משיעור האשראי המרבי נבחנו מספר אפשרויות: התאמת שיעור הריבית לשיעור המרבי לפי סעיף 5 לחוק ההלוואות במועד הרלבנטי; הפחתת הריבית מתחת לשיעור הריבית המרבי כך שתהא תואמת את הוראות חוק פסיקת ריבית והצמדה, התשכ"א-1961; קביעת הצמדה בלבד ללא ריבית על מנת לעשות צדק בין הצדדים. בסופו של יום קבעה הנשיאה כי בהתחשב בחריגה המשמעותית מהריבית המותרת ויתר הפרות הוראות חוק ההלוואות על ידי המלווה כמו גם נסיבותיהם האישיות של פרץ, מן הראוי לבחור באפשרות שמנחילה שיקולי צדק לצד הרתעה. לפיכך, נקבע כי ההלוואה תיפרע בתוספת הפרשי הצמדה בלבד. על מנת לאפשר לפרץ לפרוע את ההלוואה עוכבו הליכי מימוש המשכנתא למשך 12 חודשים.

ההלכה שנקבעה בעניין פרץ מדגימה את תחולת דיני החוזה הפסול על תחום ההלוואות החוץ בנקאיות. תחולת דיני החוזה הפסול לא רק שמתיישבת עם היותו של חוק החוזים בגדר דין כללי שעוטף גם חוזים מיוחדים למיניהם, אלא שהיא מאפשרת להגשים שיקולים נורמטיביים של צדק והרתעה. תוצאת פסק הדין משקפת אפוא, שילוב בין קיום החוזה לבין הסרת תוצאותיו המזיקות והגעה לפתרון ראוי במישור הנורמטיבי והמעשי.

לפסק הדין בבית המשפט העליון:

ע"א 8222/19 פרץ נ' קוואלטי קרדיט פאנד (7.12.2020).

לפסד הדין בבית המשפט המחוזי:

ת"א (מחוזי חי') 39055-06-19 פרץ נ' קוואלטי קרדיט פאנד, שותפות מוגבלת (פורסם בנבו, 27.10.2019).

מדור אזרחי דיוני - השופט רפי ארניה

תקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ח - 2018

אכן, הגיע הרגע, והתקנות החדשות נכנסו לתוקף.

אשמח אם במהלך החודשים הקרובים תעבירו לעיוני באמצעות הדוא"ל החלטות שניתנו בנוגע לפרשנות התקנות, ואנו נדאג לפרסם את אלה המעוררות סוגיות כלליות.

מכל העניינים הרבים שהתקנות מחדשות, אנו מוצאים לנכון להפנות תשומת ליבכם דווקא להוראת המעבר הקבועה בתקנה 180(ג)(3). בהתאם להוראה זו, על תובענות אשר קדם המשפט בה נקבע 60 יום לאחר מועד תחילת התחולה (דהיינו, לאחר 1.3.21), חל, בין היתר, פרק ח' לתקנות.

פרק ח' כולל בתוכו את תקנה 49, הקובעת את כלל "עוצר הבקשות" (פרט לעניינים מסויימים הקבועים בתקנה).

התוצאה המעשית היא, שבשים לב ליומנים העמוסים שלנו, יש להניח באופן סביר שבתובענות שהוגשו בתקופה הסמוכה למועד תחילת התחולה, ככלל, אין להגיש בקשות מקדמיות - ויש לביא את הבקשות בעל פה במהלך ישיבת קדם המשפט בתובענה, בתנאי שהן נכללו ברשימת הבקשות.



כמובן שישנם עניינים רבים נוספים, ומן הסתם בחודשים בקרובים מדורנו יתייחס באופן נרחב לעניין זה.

בהצלחה!

האם הסכם בוררות ייחודי אשר תנאיו לא קוימו ולא ניתן למנות בורר מכוחו, עלול למנוע מפני צד להסכם לפנות לביהמ"ש לקבלת סעד לשם מימוש זכויותיו הנטענות, תוך סילוק תביעתו על הסף?

במסגרת הסכם לביצוע פרוייקט בניה רחב היקף נקבע בין הצדדים סעיף בוררות לפיו המפקח יהיה בורר והכרעותיו תהיינה סופיות, אם כי ניתן יהיה לערער על החלטותיו בפני מהנדס שימונה על ידי איגוד המהנדסים וישמש כבורר, עם השלמת העבודות, ובלבד שהודעה על קיומה של מחלוקת תימסר מייד עם החלטת המפקח.

בשנת 2015 עתרה המבקשת לבית המשפט לשם מינוי בורר ואולם בית המשפט דחה את הבקשה שכן לא נמסרה הודעה מיידית על קיומה של מחלוקת.

כעת הגישה המבקשת תביעה כספית לבית המשפט בגין כספים שלטענתה מגיעים לה. המבקשת טענה שאין לה דרך אחרת לגבות את הכספים שמגיעים לה שכן אין באפשרותה לפנות לבוררות ואילו המשיבה טענה לקיומו של מעשה בית דין. בית המשפט המחוזי קיבל את טענת המשיבה ודחה את התביעה על הסף, ומכאן הערעור.

בית המשפט העליון (השופט י" אלרון) קיבל את הערעור, והחזיר את הדיון לבית המשפט המחוזי לצורך דיון בתובענה לגופה. קיומה של תניית בוררות אינה מפקיעה את סמכותו של בית המשפט לדון בתובענה אלא רק מעכבת את הדיון בבית המשפט. אין בעצם הסכמת הצדדים להפנות את סכסוכיהם לבוררות כדי להביא לדחייה על הסף של תביעותיהם בבית המשפט; ובאם הסכם הבוררות לא יהיה בר-ביצוע, או שהליך הבוררות לא יתנהל באופן משביע רצון, יוכלו הצדדים לברר את תביעתם בפני בית המשפט. זאת, ללא תלות הכרחית בזהות "האשם" בקשיים אליהם נקלעו הליכי הבוררות. סילוק על הסף של תביעה על רקע הסכמת הצדדים להפנות את סכסוכיהם לבוררות, בטרם ניתן פסק בוררות בסוגיה שבמחלוקת, ייעשה במשורה. זאת, בעיקרו של דבר במקרים שבהם הסכימו הצדדים באופן מפורש וברור שאינו משתמע לשני פנים כי לא יהיה באפשרותם לפנות לבית המשפט לקבלת סעד אף אם הסכם הבוררות יפקע; ובנסיבות חריגות שבהן ניתן להצביע על ניצול לרעה של הליכי משפט או על כך שהתביעה לוקה בשיהוי הנגוע בחוסר תום לב אשר הרע את מצבו של הנתבע. בענייננו, אין המדובר בנסיבות חריגות מן הסוג הזה, ועל כן לא פקעה סמכותו של בית המשפט לדון בתובענה.



לפסק הדין המלא: ע"א 1985/19 אורתם סחר הנדסה בע"מ נ' פרוייקט אורנים בע"מ (6.1.21).

פסק דין לגופו של עניין שבוטל בהסכמה על ידי ערכאת הערעור, אינו יוצר מעשה בית דין

בית המשפט המחוזי נתן פסק דין חלקי, לגופו של עניין, בתביעה של חלק מבעלי נכסים בתחנה המרכזית בתל אביב. במסגרת ערעור שהוגש לבית המשפט העליון על פסק הדין הגיעו הצדדים, במסגרת הליך גישור, להסכם פשרה לפיו חלק מקביעות פסק דינו של בית המשפט המחוזי - בוטלו. הסכם הפשרה אושר על ידי בית המשפט העליון.

לימים הגישו בעלי דין נוספים תביעות דומות, ובמסגרתה עתרו לכך שייקבע כי פסק דינו של בית המשפט המחוזי יוצר השתק פלוגתא. בית המשפט המחוזי דחה את הבקשה, ומכאן הבר"ע.

בית המשפט העליון (השופט ע' גרוסקופף) דחה את הבקשה. פסק הדין החלקי במחוזי אינו יכול ליצור השתק פלוגתא, וזאת מהטעם שבוטל על ידי בית המשפט העליון. ודוק, פסק דין שבוטל על ידי ערכאת הערעור, בין אם מכוח החלטה שיפוטית כי נפל בו פגם, ובין אם כהיענות להסכמת הצדדים, אינו יכול ליצור השתק פלוגתא, וזאת מהטעם שההכרעות שנקבעו בו אינן נושאות עוד כוח נורמטיבי מחייב.

להחלטה המלאה: רע"א 7162/20 יתנוב נ' התחנה המרכזית החדשה בתל אביב יפו בע"מ (3.1.21).

פסק דין שבוטל על ידי ערכאת הערעור, בין אם מכוח החלטה שיפוטית כי נפל בו פגם, ובין אם כהיענות להסכמת הצדדים, אינו יכול ליצור השתק פלוגתא.

הוצאות משפט - הדין הקודם תוך מבט לדין החדש

בית המשפט המחוזי דחה בקשה לביטול פסק בורר, אשר הוגשה 4 שנים לאחר מתן הפסק, על בסיס טענה להתגלותה של ראיה חדשה. בית המשפט המחוזי דחה את הבקשה וחייב את המבקשת בהוצאות משפט בסך של 250,000 ש"ח. מכאן הבר"ע שנסבה סביב סוגיית ההוצאות.

נקודת המוצא היא כי בעל דין שאינו זוכה בהליך יחויב בהוצאותיו הריאליות של הצד שכנגד שזכה. הדבר נועד למנוע חיסרון כיס של הצד הזוכה; להרתיע תובעים בכוח מנקיטת הליכי סרק; ולעודד נתבעים בכוח להימנע מהתגוננות סרק מפני תביעה ראויה. עם זאת, פסיקת הוצאות בשיעור ריאלי כפופה להיותן סבירות, מידתיות והכרחיות לניהול ההליך. הדרישה לסבירות ומידתיות ההוצאות באה למנוע מצב שבו הוצאות גבוהות יתר על המידה שיטלו יביאו להרתעת יתר של בעלי הדין, ליצירת חוסר שוויון, ייקור של ההליכים המשפטיים ולפגיעה בזכות הגישה לערכאות. פסיקת הוצאות משפט מיועדת אפוא לאזן בין זכות הגישה לערכאות לבין שיקולים מוסדיים, ובהם מניעת תביעות סרק, שאיפה למניעת ניהול מכביד של ההליך או שימוש בהליך שלא בתום לב.

שיעור ההוצאות הראוי נקבע תוך בחינת כל מקרה לגופו, תוך התחשבות במספר נתונים, ביניהם: אופן ניהול ההליך; היחס בין הסעד שנתבקש והסעד שנתקבל לבין שיעור ההוצאות; מורכבות התיק וחשיבותו; היקף העבודה שהושקעה על ידי בעל הדין בהליך; ושכר הטרחה ששולם בפועל או שבעל הדין התחייב לשלמו. בפרט, ההוצאות צריכות להיות פרופורציונליות להליך עצמו ולמהותו, שכן בכך יש כדי למנוע הטלת עלות-יתר על המפסיד להליך ולעודד ניהול הליך ראוי על ידי הזוכה (שם, עמ' 615). כמו כן, בהתאם לפסיקה, שימוש לרעה בהליכי משפט אף עשוי להביא לפסיקת הוצאות על הצד הגבוה.

עם זאת, שומת הוצאות ריאליות על הצד הגבוה, אין משמעה כי ניתן להטיל על בעל הדין שהפסיד בדינו הוצאות עונשיות, החורגות מהוראות הדין, שהרי 'פסיקת הוצאות אינה ענישה של בעל הדין שהפסיד על כי גרר את יריבו לדין'.

יישום עקרונות אלה בענייננו מוביל למסקנה כי יש להפחית את ההוצאות שהוטלו על המבקשות. אף אם נצא מנקודת הנחה שבקשת הביטול שהוגשה הייתה בקשת סרק - ודומה כי זהו אכן המצב - אין בכך הצדקה לשיעור ההוצאות שהוטל על המבקשות. פסק הדין ניתן בתום הליך דיוני קצר והדבר משליך, כאמור, על גובה ההוצאות הריאליות. כך, ההליך התנהל רק על בסיס בקשת הביטול שהגישו המבקשות והתשובה לבקשה שהגישו המשיבים ונערכו בו שני דיונים בלבד. בהשאלה, דומה ההליך יותר לדיון בבקשת ביניים בהליך אזרחי מניהול תיק אזרחי מתחילתו ועד סופו, הכולל שמיעת עדויות, סיכומים בעל-פה וישיבות רבות (השוו: עניין לואר, פסקה 21). למותר לציין כי אף אם אופן פעולתן של המבקשות הכביד על המשיבים שלא לצורך, וככל שסבר בית המשפט כי תביעת המבקשות נעדרת בסיס, עמד לרשותו מגוון של כלים אחרים, כגון דחיית התביעה על הסף. אולם הפתרון להתנהלותן לא היה פסיקת הוצאות בשיעור שנפסק, בשים לב לאופיו של ההליך.

בית המשפט העליון מסיים דבריו במבט אל התקנות החדשות בסוגיה זו - התקנות החדשות מעגנות, במידה רבה, את הפסיקה שהובאה לעיל בנושא הוצאות משפט. כך, תקנה 151(א) לתקנות החדשות קובעת כי תכלית חיוב בעל דין בהוצאות היא "לשפות את בעל הדין שכנגד על הוצאותיו בהליך בהתחשב בתוצאותיו, במשאבים שנדרשו לניהולו ובהתנהלות בעלי הדין". במסגרת שומת ההוצאות, נדרש בית המשפט לבטא את "האיזון הראוי שבין הבטחת זכות הגישה לערכאות, הגנה על זכות הקניין של הפרט ושמירה על שוויון בין בעלי הדין" (תקנה 151(ב) לתקנות החדשות). כמו כן, תקנה 151(ג) לתקנות החדשות מתייחסת באופן מפורש לפסיקת הוצאות לבעל

שומת הוצאות ריאליות על הצד הגבוה, אין משמעה כי ניתן להטיל על בעל הדין שהפסיד בדינו הוצאות עונשיות, החורגות מהוראות הדין, שהרי 'פסיקת הוצאות אינה ענישה של בעל הדין שהפסיד על כי גרר את יריבו לדין'.

דין שעשה שימוש לרעה בהליכי משפט וקובעת כי בית המשפט "רשאי לחייבו בהוצאות לטובת הנפגע או לטובת אוצר המדינה ובנסיבות מיוחדות אף את בא כוחו" (שימוש לרעה בהליך השיפוטי מוגדר בתקנה 4 לתקנות החדשות).

שינוי משמעותי נוסף בתקנות החדשות לעומת התקנות הקיימות הוא כי במסגרת התקנות החדשות, נקבעה ברירת מחדל של חיוב בהוצאות כאשר על בית המשפט להצביע על טעמים מיוחדים על מנת שלא לעשות כן.

נוכח כלל הנסיבות המפורטות לעיל, הפחית בית המשפט העליון את שיעור ההוצאות לסך של 150,000 ₪.

לפסק הדין המלא: רע"א 7650/20 Magic Software Enterprises Ltd נ' פאירפלאי (28.12.20).

מדור נזיקין - השופטים אלי בכר וד"ר גיא שני

אחריות חברה מזמינה למשלוח ספאם על-ידי קבלן שירותי פרסום ושיווק עצמאי

במסגרת דיון בבקשה לאישור תובענה ייצוגית, התעוררה השאלה אימתי תוטל אחריות נזיקית על גורם מסחרי שנשלחו בשמו הודעות אסורות על-פי דין ("הודעות ספאם"), זאת במקום שבו ההודעות לא שוגרו על ידו בפועל, כי אם על ידי קבלן שירותי שיווק ופרסום שעמו התקשר בהסכם.

בית המשפט המחוזי דחה בשעתו את טענתן של החברות-המשיבות כי אין להטיל עליהן אחריות משום שההודעות לא נשלחו על ידן בפועל. נקבע, כי לא עומדת לחברות ההגנה המעוגנת בסעיף 15 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], על-פיה מי שהתקשר בחוזה עם אחר על מנת שיבצע עבורו עבודה כלשהי, פטור מאחריות בגין נזקים שאירעו במהלך ביצוע העבודה. זאת, מאחר שלפי חוק התקשורת, התשמ"ב-1982, ניתן להטיל אחריות על מפרסם גם אם פעל באמצעות שלוח וממילא, בהתאם להוראת סעיף 30(א) לחוק התקשורת, מפרסם ששיגר דבר פרסומת מנוגד לחוק, מוחזק כמי שעשה כן בודעין.



בערעור שהוגש על החלטה זו, קבעה כבוד השופטת **א' חיות** (כתוארה דאז) כי לא מתקיימים יחסי שליחות בין הקבלן העצמאי לבין החברה-המזמינה. מכאן, שעל-מנת להשית חבות על המזמין בגין עוולות שביצע הקבלן, נדרש להראות כי מתקיים איזה מבין החרגים הקבועים בסעיף 15 לפקודת הנזיקין. עוד נקבע, כי חזקת הידיעה שבחוק התקשורת איננה חלה, אלא על מי ששיגר את ההודעה הפסולה.

בהחלטתו השנייה מצא בית המשפט המחוזי כי בנסיבות העניין מתקיים החרג שבסעיף 15(3) לפקודת הנזיקין, אשר מאפשר הטלת אחריות בנסיבות שבהן המזמין הרשה או אישר את המעשה שגרם לפגיעה או לנזק. נפסק, כי בהינתן שסביר שחברות מסחריות לא יעניקו הסכמה מפורשת למשלוח ספאם, יש להגמיש את הדרישות להוכחת הסכמת המזמין, כך שזו תילמד מנסיבות העניין - לרבות שתיקה של המזמין, היעדר פיקוח, או נסיבות אחרות שמצביעות על ידיעת המזמין.



ההליך הגיע בשנית לפתחו של בית המשפט העליון, במסגרת רע"א 1326/18 **סמארט קלאב אחזקות בע"מ נ' כהן** (31.12.2020). כבוד השופטת **ע' ברון**, בהסכמתם של כבוד השופטים **י' וילנר** ו**י' אלרון**, אישרה את קביעתו של בית המשפט המחוזי. נפסק, כי בהינתן האיסור הכללי על משלוח הודעות ספאם, ובראי התכליות שחוק התקשורת נועד להגשים (הרתעה, צדק ופיזור הנזק), כאשר עסקינן ביחסים שבין מזמין לבין קבלן שירותי פרסום, יש לצמצם את גדר המקרים שבהם יינתן פטור מאחריות נזיקית למזמין, זאת על ידי מתן פרשנות רחבה לחרג שבסעיף 15(3) לפקודת הנזיקין, באופן שבו "הרשאה או אשרור" יכללו גם הסכמה שבשתיקה. ניתן לראות בשתיקה הסכמה, מקום שבו המזמין מודע לכך שנשלח ספאם מטעמו, ולא פועל למנוע זאת. במקרה זה הדגש הוא בשאלת

המודעות, כלומר יש לבחון אם המזמין ידע שהקבלן יבצע עוולה תוך כדי עשיית המעשה שלשמו התקשר עימו, ולא פעל למנוע זו (מודעות, לרבות "עצימת עיניים").

בית המשפט סיכם את הקו המנחה בזו הלשון:

"... יש לפרש את הפטור שבסעיף 15 לפקודת הנזיקין על דרך הצמצום; והמשמעות היא שבמקרים מתאימים ניתן להסתפק בהסכמה שבשתיקה למשלוח ספאם לצורך התקיימות החריג שבסעיף 15(3) לפקודה, ואין הכרח להוכיח "הרשאה או אשרור" מפורשים. בהקשר זה הודגש כי הסכמה שבשתיקה נלמדת ממודעות המזמין לכך שיישלח ספאם מטעמו, כאשר גם עצימת עיניים כלפי אפשרות זו היא בגדר ידיעה.

נמצאנו למדים, כי מקום שבו יוכח שמזמין היה מודע לכך שהקבלן שעימו התקשר לצורך מתן שירותי שיווק ופרסום פועל בניגוד להוראות סעיף 30א לחוק התקשורת ולא ניסה למנוע זאת, לרבות אם "רק" עצם את עיניו - יראו במזמין כמי שהרשה או אישרר את מעשיו המזיקים של הקבלן והוא לא יוכל ליהנות עוד מן ההגנה שבסעיף 15 לפקודת הנזיקין. מסקנה זו מתבקשת לנוכח התכליות של סעיף 30א לחוק התקשורת, בראשן השאיפה למגר את התופעה הפסולה של הפצה המונית של הודעות פרסומת בלתי רצויות ומכבידות, ויש בה כדי ליתן מענה לחשש שגורמים מסחריים ינצלו לרעה את "דרישת השיגור" על מנת לעקוף את האיסור על משלוח ספאם."

לפסק הדין המלא: רע"א 1326/18 סמארט קלאב אחזקות בע"מ נ' כהן (31.12.2020).

פסילת חוות דעת של מומחה מטעם בית המשפט

מה הדין במקום שבו מומחה מטעם בית המשפט הגיש חוות דעת, והתברר כי קודם לכן נחשף לחוות הדעת מטעם אחד הצדדים בלבד?

שאלה זו נדונה ברע"א 7921/20 פלוני נ' מרכז החינוך העצמאי לת"ת ובתי ספר (14.12.2020). כבוד השופטת י' וילנר קבעה כי פסילת חוות דעת של מומחה מטעם בית המשפט, ומינוי מומחה אחר תחתיו, ייעשו במקרים שבהם הקושי באימוץ חוות הדעת נעוץ במהימנות חוות הדעת או במהימנות המומחה עצמו. בית המשפט ינקוט בצעד זה אם נמצא כי חוסר המהימנות של חוות הדעת או של המומחה יורד לשורש העניין, וכאשר עלול להיגרם עיוות דין למי מהצדדים. בכלל זה נמנים המקרים שבהם הועברה לעיונו של המומחה חוות דעת מטעמו של אחד הצדדים בלבד. מקרה זה דומה - בשינויים המתחייבים - למתן פסק דין בהיעדר כתב טענות של מי מבעלי הדין. מכיוון שמדובר בפגיעה אינהרנטית בתקינות ההליך ובזכויות הדיוניות של בעל-הדין, פסילת חוות הדעת מתחייבת אף אם המומחה פעל בתום לב; זאת על מנת למנוע מראית עין של עיוות דין.

להחלטה המלאה: רע"א 7921/20 פלוני נ' מרכז החינוך העצמאי לת"ת ובתי ספר (14.12.2020).

נסיבות בהן ימונה מומחה מטעם בית המשפט ללא קבלת חוות דעת מהצדדים

ברע"א 7790/20 פלוני נ' המוסד לביטוח לאומי (14.12.2020) דנה כבוד השופטת י' וילנר בסוגיה של מתן פטור מהגשת חוות דעת רפואיות בתביעה נזיקית. כידוע, תקנה 127 לתקנות סדר הדין

האזרחי, התשמ"ד-1984 (להלן: "התקנות"), מחייבת בעל הדין החפץ להוכיח עניין שברפואה לצרף חוות דעת מטעמו, ולצד זאת מקנה לבית המשפט סמכות לפטור בעל דין מן החובה הזו - זאת "מטעמים מיוחדים שיירשמו".

במקרה הנדון, התובעים הגישו לבית המשפט המחוזי בקשה לפטור אותם מהגשת חוות דעת רפואיות, ולמנות מומחים מטעם בית המשפט בשלל תחומים שבהם נקבעה לניזוק נכות על-ידי המוסד לביטוח לאומי. נטען, כי מאחר שהמבקש סובל מפגיעה רב-מערכתית, דחיית הבקשה תאלץ אותו להיבדק על-ידי 18 מומחים שונים (ששה מומחים מטעמו, ששה מומחים מטעם הנתבעות, וייתכן שאף ששה מומחים מטעם בית המשפט).

בית המשפט המחוזי דחה את הבקשה, ובית המשפט העליון אישר את ההחלטה. בית המשפט סקר את מהות "הטעמים המיוחדים" המצדיקים מתן פטור מהגשת חוות דעת רפואיות. בין טעמים אלה ניתן למנות חסרון כיס של המבקש; קושי של ממש באיתור חוות דעת רפואיות בתחום הנחוץ; "קשר שתיקה" בין רופאים המונע ממבקש הפטור לאתר מומחה שיאות לערוך חוות דעת התומכת בטענותיו; וכן מקרה שבו מומחה רפואי שמונה חיווה דעתו בדבר הצורך למנות מומחה רפואי נוסף, בתחום שהצדדים לא הגישו בו חוות דעת.

לגבי המקרה הנדון, הובהר כי הפגיעה הקשה שנגרמה למבקש בתאונה, וההכבדה הכרוכה בבדיקות אצל מומחים רפואיים שונים, אינן מהוות "טעם מיוחד" לפטור מצירוף חוות דעת רפואיות. עמדה אחרת, כך הודגש, משמעותה למעשה מתן פטור מצירוף חוות דעת רפואיות לכל אותם תובעים בתביעות נזיקין רבות העוסקות בפגיעות רב מערכתיות, זאת תוך היפוך היוצרות בין הכלל והחריג הקבועים בתקנה 127 לתקנות.

לגבי המקרה הנדון, הובהר כי הפגיעה הקשה שנגרמה למבקש בתאונה, וההכבדה הכרוכה בבדיקות אצל מומחים רפואיים שונים, אינן מהוות "טעם מיוחד" לפטור מצירוף חוות דעת רפואיות.

בהערת אגב צוין, כי "בתביעות העוסקות בנכויות קשות ומורכבות, וכאשר אין מחלוקת אמיתית בין הצדדים בדבר שיעור הנכות, יהיה מקום לשקול בחיוב הסכמה לוותר על הגשת חלק מחוות הדעת תוך הפניית הניזוק לבדיקה על-ידי מומחה שיקומי. בכך ייחסך מן הניזוק הסבל הכרוך בבדיקות רפואיות על-ידי מומחים רבים, ואף לא מן הנמנע כי הסכמה מעין זו תייעל את ההליך, תחסוך במשאבים ותסייע בקידום פשרה בתיק".

להחלטה המלאה: רע"א 7790/20 פלוני נ' המוסד לביטוח לאומי (14.12.2020).

מדור פלילי - השופט ד"ר עמי קובו

מעצר עד תום ההליכים רק בנסיבות חריגות בעבירות גידול והפקה של סמים מסוג קנאביס

בית המשפט העליון (כב' השופט ע' גרוסקופף) קיבל ערר לפי סעיף 53 לחסד"פ (סמכויות אכיפה - מעצרים) על החלטת בית המשפט המחוזי, שבמסגרתה הורה על מעצרו של העורר, המואשם בעבירות של ייצור וגידול קנאביס בהיקף משמעותי, עד תום ההליכים המשפטיים נגדו. בהתאם הורה בית המשפט העליון על העברת העורר למעצר בפיקוח אלקטרוני.

נגד העורר הוגש כתב אישום המייחס לו גידול והפקה של סמים מסוכנים מסוג קנאביס, ללא היתר כדון, במשקל של כ-150 ק"ג, וכן החזקת סמים מסוג זה במשקל של כ-2.8 ק"ג. העורר גידל את הסמים ב-2 חממות ומחסן המצויים בשטח מגודר ששייך לו.

כב' השופט גרוסקופף ציין כי נקודת המוצא לדיון היא שעבירות הכנה, ייצור והפקה של סמים מסוכנים על פי הפקודה מקימות עילת מעצר סטטוטורית בהתאם לסעיף 21(א)(1)(ג)(3) לחוק המעצרים, וככלל מחייבות מעצר מאחורי סורג ובריח עד תום ההליכים המשפטיים. זאת, בשל הסכנה הרבה שנשקפת מעבירות אלו לשלום הציבור, ונוכח החשש שלא יהיה בכוח חלופת המעצר



כדי לאיין את החשש שהנאשם יבצע עבירות סמים נוספות. עם זאת, לא אחת נקבע בפסיקה כי בית המשפט יחרוג מהכלל האמור מקום בו קיימות נסיבות חריגות המצדיקות זאת. על פי רוב, המקרים בהם הפסיקה מכירה בקיומם של חריגים הם כאשר מדובר בנאשם צעיר, נעדר עבר פלילי, "שאינו נטוע בעולם הסחר בסמים", וללא מעורבות משמעותית במעשים ביחס לשותפיו לעבירות. כך, ביחס לעבירות הכנה, ייצור והפקה של סמים מסוכנים באופן כללי, ויש הגורסים כי כך גם כאשר מדובר בעבירות הנוגעות לגידול והפקה של סמים מסוג קנאביס בהיקף מסחרי.

לצד גישה זו, אשר מתייחסת באופן אחיד לכל סוגי הסמים המסוכנים (להלן: **הגישה האחידה**), התפתחה בפסיקה בשנים האחרונות גישה אחרת, המאבחנת בין הכנה, ייצור והפקה של סמים מסוכנים במקרה הכללי, לבין גידול והפקה של סמים מסוג קנאביס (להלן: **הגישה המאבחנת**). על פי הגישה המאבחנת, בעבירות הנוגעות לייצור והפקה של סמים מסוג קנאביס, הכלל הוא כי ניתן להעביר את הנאשם למעצר בפיקוח אלקטרוני או למעצר בית חלף החלטה על מעצר מאחורי סורג ובריח עד תום ההליכים המשפטיים, וזאת אף במקרים בהם מדובר בנאשם מבוגר שהוא המבצע העיקרי של העבירה, ואף במקרים בהם נתפסו בחזקתו כמויות משמעותיות של שתילי קנאביס וסם שהופק מהם, המעידות על פעילות בעלת גוון מסחרי מובהק. זאת, ביחוד כאשר יש התרשמות חיובית של שירות המבחן מהנאשם ומחלופת



המעצר שהוצעה.

לפיכך, על פי הגישה המאבחנת, כאשר מדובר בעבירות של גידול והפקה של סמים מסוג קנאביס, והוצעה להתרשמות בית המשפט חלופת מעצר מתאימה, יש להורות על מעצר עד תום ההליכים

מאחורי סורג ובריח רק בהתקיים נסיבות חריגות המלמדות על רמת מסוכנות מוגברת, כגון כאשר מדובר בנאשם בעל עבר פלילי עשיר או כאשר מדובר בכמויות סמים חריגות במיוחד בהיקפן.

לשיטת כב' השופט גרוסקופף עדיפה הגישה המאבחת על הגישה האחידה, וזאת משני טעמים מרכזיים: ראשית, כידוע, בשלב המעצר יש להעדיף את האמצעי המשיג את מטרת המעצר תוך פגיעה מינימאלית בחירות הנאשם (סעיף 21(ב)(1) לחוק המעצרים). ככלל, השמתו של הנאשם בעבירות של גידול והפקת קנאביס במעצר בית, לא כל שכן מעצר בפיקוח אלקטרוני, מאיינת את מסוכנותו, שכן הסבירות שהוא ימשיך לגדל את צמחי הקנאביס בהיקף משמעותי במקום מעצר הבית היא נמוכה (ואף אותה ניתן לשלול באמצעות ביקור משטרתי מעת לעת במקום מעצר הבית). כמו כן לרוב אין סכנה של ממש כי יבצע את העבירה באמצעות אחר בעודו במקום מעצר הבית (וזאת, למעט מקרים חריגים, בהם מדובר במי שדרכו העבריינית להפעיל אחרים). שנית, הגם שכמצוות המחוקק קנאביס מוגדר עדיין כסם מסוכן, על כל המשתמע מכך, לא ניתן להתעלם מכך שהיחס החברתי והמשפטי לשימוש בקנאביס, ואף לייצורו, מצוי בתהליכי שינוי. האפשרות לבטל את ההפללה של השימוש בו מצויה מזה זמן על שולחן הממשלה והכנסת, ויש לה תמיכה ציבורית ופוליטית לא מבוטלת; חברות העוסקות בייצורו ברישיון ("קנאביס רפואי") מתרבות וצומחות, והיחס אליהן הוא כפעילות כלכלית לגיטימית ומבורכת (השוו,

למשל, בג"ץ 4072/20 בזלת נחושתן בע"מ נ' שר הבריאות (טרם נידון) בו מתבקש בית המשפט העליון להורות למשרד הבריאות להוציא אישור GMP (Good Manufacturing Practice) לחברה העוסקת בייצור קנאביס רפואי). במצב דברים זה, גם כאשר יוצאים מנקודת מוצא לפיה גידול

הגם שכמצוות המחוקק קנאביס מוגדר עדיין כסם מסוכן, על כל המשתמע מכך, לא ניתן להתעלם מכך שהיחס החברתי והמשפטי לשימוש בקנאביס, ואף לייצורו, מצוי בתהליכי שינוי.

האפשרות לבטל את ההפללה של השימוש בו מצויה מזה זמן על שולחן הממשלה והכנסת, ויש לה תמיכה ציבורית ופוליטית לא מבוטלת;

והפקה של קנאביס שלא ברישיון הן פעולות בלתי חוקיות, קשה להוסיף ולהתייחס אליהן כ"רעה חולה" מאותה דרגת חומרה כמו הכנה, יצור והפקה של סמים מסוכנים אחרים.

בהינתן האמור, המקרה הנדון נופל לשיטתו באופן מובהק לגדר הכלל ביחס לעבירות גידול והפקה של קנאביס. העורר הוא איש משפחה, אב ל-13 ילדים, ללא כל עבר פלילי, שלא ניתן לומר עליו כי הוא נטוע בעולם של סחר בסמים, ואשר שירות המבחן המליץ על העברתו למעצר בית וסבר כי יש בחלופת המעצר המוצעת בשילוב השתתפות העורר בתכנית טיפול כדי ליתן מענה לרמת הסיכון במקרה זה. כמו כן, יש להתחשב בכך שהעורר הודה במעשים המיוחסים לו ונטל אחריות עליהם. אכן, הוא אינו צעיר, הוא גידל והפיק סמים מסוג קנאביס בהיקף משמעותי והוא המבצע העיקרי של העבירות. ואולם, נוכח הגישה המאבחנת ביחס למדיניות המעצרים בעבירות סמים מסוג קנאביס, כמפורט לעיל, אין די בכך כדי להצדיק החלטה בדבר מעצרו עד תום ההליכים מאחורי סורג ובריח. משכך נקבע כי מן הראוי להורות על העברת העורר למעצר בפיקוח אלקטרוני, בכפוף להשלמת בחינת האפשרות המעשית להורות כן.

הערכת מערכת:

מדובר בהחלטה אשר עשויה להיות בעלת השלכות משמעותיות אף מעבר לתחום המעצרים ולעבירות של גידול סמים. ההחלטה אמנם עוסקת בנסיבות מקרה של סוגיית מעצר בתיק של גידול 150 ק"ג סם מסוג קנאביס. ברם, כב' השופט גרוסקופף מתייחס בהחלטתו לגישה אשר מאבחנת בין גידול והפקה של סמים מסוג קנאביס לבין סמים אחרים, וכן לתהליכי שינוי חברתיים ולתמיכה ציבורית ופוליטית באפשרות לבטל את ההפללה של השימוש בסם מסוג קנאביס. בכך החלטה זו מציגה עמדה חדשה ביחס לפסיקה הקודמת, הן בתחום המעצרים והן בתחום הענישה, אשר קבעה

במצב דברים זה, גם כאשר יוצאים מנקודת מוצא לפיה גידול והפקה של קנאביס שלא ברישיון הן פעולות בלתי חוקיות, קשה להוסיף ולהתייחס אליהן כ"רעה חולה" מאותה דרגת חומרה כמו הכנה, יצור והפקה של סמים מסוכנים אחרים.

כי מדיניות בתי המשפט בעבירות סמים נותרה בעינה גם כאשר מדובר ב"סמים קלים". כך למשל, בפסיקה קודמת, קבע כב' השופט **"עמית"** בע"פ 2596/18 **זנזורי נ' מדינת ישראל** (12.8.18) כי:

"ריבוי המקרים המובאים לפנינו בעת האחרונה - של גידול, ייצור והפקת קנבוס לשם הפצה ומכירה, כמו גם הפצה ומכירה של קנבוס... מעוררים את התחושה, הגם שאינה מגובה בסטטיסטיקה או במחקר אמפירי, כי המדיניות שבאה לידי ביטוי בחוק הסמים המסוכנים (עבירת קנס מיוחדת - הוראת שעה), התשע"ח-2018... זלגה שלא בטובתה למחוזות אחרים. צרכנים ומשתמשים ואנשים נורמטיביים, שבעבר לא היו נכונים ליטול על עצמם סיכון להסתבך בעולם הפלילי, נכונים כיום לילך צעד נוסף ולהפוך למגדלים ולסוחרים בסם. זאת, מתוך תפיסה שגויה כי מדובר ב"סמים קלים"... ברם, סחר בסמים הוא סחר בסמים. ידע כל מי שמהרהר בדרכים לעשיית כסף קל, כי מדיניות הענישה לא השתנתה ובית המשפט רואה בחומרה עבירות של סחר והפצה של סמים מסוכנים, גם סמים "קלים", תוך הטלת ענישה משמעותית ומרתיעה. צרכנים ומשתמשים - ראו הוזהרתם."

לפיכך, יש להמתין ולראות האם השלכותיה של החלטה חדשה זו יחרגו מעבר לדיני המעצרים ולנושא גידול הסמים, אם לאו.

להחלטה המלאה: בש"פ 8640/20 **אבו קרינאת נ' מדינת ישראל** (23.12.20).

כיבוד הסכמי הסגרה - דחיית ערעורה של מלכה לייפר על הסגרתה לאוסטרליה

בית המשפט העליון (כב' השופטים **"עמית"**, **ע' ברון** וע' **גרוסקופף**) דחה את ערעורה של מלכה לייפר שנסב על ההחלטה להכריז עליה כבת-הסגרה לאוסטרליה כדי להעמידה לדין שם בשל ביצוע עבירות מין בתלמידותיה, כאשר חלק מהעבירות בוצעו בעת שאלה היו קטינות.

הסגרת המערערת התבקשה כדי להעמידה לדין באוסטרליה בריבוי עבירות של מעשה מגונה ומעשה מגונה בקטין, אינוס, וביצוע אקט של חדירה מינית בקטין בהתאם לחוק האוסטרלי. בין ישראל לאוסטרליה קיים הסכם הקובע הודיות בהסגרת עבריינים (להלן: האמנה).

בפסק דין של בית המשפט העליון (ע"פ 4694/20), נקבע כי אין במצבה הנפשי של המערערת כדי למנוע את המשך הליכי הסגרתה לאוסטרליה, ובכך נסללה הדרך להכריע בבקשת ההסגרה לגופה.

כב' השופט **עמית** ציין כי חוק ההסגרה מציב שורת תנאים הנדרשים לצורך הכרזה על אדם כבר-הסגרה למדינה אחרת. בין היתר, נדרש כי ישראל והמדינה המבקשת יהיו חתומות על הסכם בדבר הסגרת עבריינים, וכי מבוקש ההסגרה יהיה "נאשם או נתחייב בדין" במדינה המבקשת בשל עבירת הסגרה כהגדרתה בחוק (סעיף 2א(א)). החוק קובע מספר סייגים שבהתקיימם לא יוסגר המבוקש למדינה המבקשת או כי הסגרתו תותנה בתנאים מסוימים. אם במהלך הדיון בבקשת ההסגרה מתברר כי מבוקש ההסגרה נתחייב בדין על עבירת הסגרה במדינה המבקשת, או כי יש ראיות שהיו מספיקות כדי להעמידו לדין על עבירה זו בישראל, ואם נתמלאו שאר התנאים המפורטים בחוק, יכריז בית המשפט על המבוקש כבר-הסגרה (סעיף 9(א) לחוק). כפי שנפסק לא אחת, הליך ההסגרה לא נועד לברר את סוגיית אשמתו של מבוקש ההסגרה לגופה. לכן, בחינת הראיות לפי סעיף 9(א) לחוק נעשית ברף מינימלי של בחינת המכלול הראייתי, ודי בכך שהתשתית הראייתית לגבי מבוקש ההסגרה מקימה "אחיזה לאישום".

פרשנות אמנת ההסגרה

במקרה דנן נדחתה טענת המערערת כי במועד חתימת האמנה החדרת אצבע לאיבר מין של אישה לא גיבשה עבירה של אינוס באף אחת מהמדינות. ראשית, סעיף 3(1) לאמנה שבו מפורטת רשימת העבירות קובע כי מסגירים אדם על מעשה או מחדל המהווים עבירה הנכללת באחד מסוגי העבירות

הליך ההסגרה לא נועד לברר את סוגיית אשמתו של מבוקש ההסגרה לגופה. לכן, בחינת הראיות לפי סעיף 9(א) לחוק נעשית ברף מינימלי של בחינת המכלול הראייתי.

המצוינות שם. יש בנוסח זה כדי להעיד על כוונת מנסחי האמנה לכלול את כלל ההתנהגויות המוגדרות בשתי המדינות כ"אינוס" כעבירה בת-הסגרה. שנית, פרשנות לפיה העבירות הנזכרות באמנה קפאו על שמריהן ונותרו כפי שהוגדרו בשלהי שנת 1975 עת נחתמה האמנה, נוגדת את הגיונה ואת התכלית העומדת בבסיסה.

אין חולק כי בכריתת האמנה הביעו ישראל ואוסטרליה את רצונן הברור להסגיר מבוקש בשל עבירת אינוס, ואף אין חולק כי המעשים מושא הדיון נכללים היום בשתי המדינות כעבירת אינוס, ולא כמעשה מגונה, והערך המוגן שבבסיס העבירה זהה בישראל ובאוסטרליה. הטענה כי הגדרת העבירה ופרשנותה נותרים כפי שהיו במועד חתימת האמנה, כך שכביכול העבירה "התאבנה" ונשמרה במצבה המקורי בהתעלם משינויי העיתים, מהחקיקה ומהפרשנות שניתנה לה בפסיקה, היא מוקשית.

כן נדחתה טענת המערערת שלפיה במועד כריתת האמנה לא היתה עבירה של מעשה מגונה תוך ניצול יחסי מרות, או שהעבירה של בעילה אסורה בהסכמה התייחסה רק לבעילה של נערה מתחת לגיל 16.

עקרון הפליליות הכפולה

ניצול יחסי מרות או חינוך: "עבירת הסגרה" היא "עבירה שאילו נעברה בישראל דינה מאסר שנה או עונש חמור מזה" (סעיף 2(א) לחוק). מכאן נובעת הדרישה המכונה דרישת הפליליות הכפולה, כי מעשה שבגיננו מתבקשת ההסגרה יהווה עבירה פלילית הן לפי דיני המדינה המבקשת את ההסגרה, הן לפי דיני המדינה ממנה ההסגרה מתבקשת.

נקבע כי לצורך דרישת הפליליות הכפולה לא נדרשת חפיפה של כל יסודות העבירה, אלא די בכך ש"היסודות המהותיים של הגדרת העבירה יופיעו הן בהגדרת העבירה במדינה המבקשת, הן בהגדרתה במדינה המתבקשת".

אין לומר כי בנסיבות העניין קיים הבדל העולה כדי שוני בהגדרת העבירה, ואין מניעה מלהורות על הסגרתה של המערערת בעבירות הקשורות בניצול יחסי מרות. פערי גילאים וכוחות עשויים להוביל למסקנה כי המעשים המיניים היו בגדר ניצול יחסי המרות גם לפי הדין הישראלי, ובכך מתאיין החשש לפגיעה בזכויות הפרט ובתכליות שאותן נועדה דרישת הפלילות הכפולה לשרת.

נדחתה גם הטענה שקיומם של אישומים חלופיים סותרים מהווה פגם בבקשת הסגרה. אדרבה, בעוד שבדין הישראלי ניתן להרשיע אדם גם בעבירה שלא נכללה בכתב האישום, מכוח סעיף 184 לחוק סדר הדין הפלילי, הרי שבאוסטרליה מקובל, משום זהירות יתר, להעמיד מראש את הנאשם גם על אודות האפשרות להרשעה בעבירה חלופית.

האם היענות לבקשת ההסגרה עלולה לפגוע בתקנת הציבור?

עניינו של סייג תקנת הציבור, בהקשר של דיני ההסגרה, הוא "בעקרונות-יסוד, בהשקפות-עומק ובאינטרסים נעלים של החברה והמדינה, עקרונות, השקפות ואינטרסים שהם כה עקרוניים וכה בסיסיים עד שראויים הם כי נדחה מפניהם מעשה של הסגרה".

כפי שנפסק, נוכח האינטרסים החשובים המגולמים בדיני ההסגרה, את סייג תקנת הציבור יש להפעיל בזהירות ובאורח מדוד, במצבים קיצוניים בהם החשש לפגיעה בנאשם עקב ההסגרה יגבר על האינטרס הציבורי במימושה.

בהליך הקודם נקבע כי אין מקום להימנע מהסגרת המערערת מטעמים של תקנת הציבור בשל חשש לפגיעה בזכותה למשפט הוגן, וגם דינה של טענה זו להידחות.

פערי גילאים וכוחות עשויים להוביל למסקנה כי המעשים המיניים היו בגדר ניצול יחסי המרות גם לפי הדין הישראלי, ובכך מתאיין החשש לפגיעה בזכויות הפרט ובתכליות שאותן נועדה דרישת הפלילות הכפולה לשרת.

סוגיית התושבות

סעיף 1א(א)(2) קובע כי היענות לבקשת הסגרה בעניינו של מי שהיה אזרח ישראל ותושב ישראל בעת ביצוע העבירה המיוחסת לו, מותנית בהתחייבותה של המדינה המבקשת את ההסגרה כי ככל שיורשע ויידון למאסר, ישוב לישראל לצורך ריצוי העונש.

המערערת היא אזרחית ישראלית, והשאלה היא אם במועד ביצוע המעשים המיוחסים לה הייתה גם בגדר תושבת ישראל. תושב ישראל הוא בעל זיקה ממשית למדינת ישראל, בה מצוי מרכז חייו וגורלו נקשר עם גורלה. המבחן הקובע לצורך תושבות הוא מבחן משולב, אובייקטיבי וסובייקטיבי, כוונה ומעשה.

בעניין **ברגר** ציין כב' השופט **חשין** כי לא ניתן לומר שהזיקות לישראל "כה-עמוקות, כה-ממשיות, כה רחבות-פרישה, כה-אמיתיות, כה-טבעיות, עד שכליאתו במדינה אחרת - מדינה לא-לו - תגרום לו סבל רב מן הרגיל, סבל אשר יוסיף עצמו על עצם הסבל שבמאסר. זיקתו של אותו אדם לישראל חייבת שתהא זיקה כה-עמוקה, עד שנוכל לומר ללא היסוס כי ישראל היא מרכז חייו, כי גורלו קשור בגורלה, כי רוב זיקותיו לאשר סביבו הוא לחיים בישראל".

בעניינו המערערת עזבה את ישראל על מנת לשמש מורה ומנהלת בבית ספר לאחר שנענתה להצעת עבודה שקיבלה, ושהתה באוסטרליה משך שבע שנים. פרנסתה היתה באוסטרליה, בעלה ורוב ילדיה חיו עמה, והם היו מעורבים בחיי הקהילה אליה השתייכו. בין אם אשרת השהייה הקבועה בה החזיקה נבעה משיקולי נוחות ובין אם לא, לא הוצגה הוכחה לכך שהמערערת ומשפחתה חיו

זיקתו של אותו אדם לישראל חייבת שתהא זיקה כה-עמוקה, עד שנוכל לומר ללא היסוס כי ישראל היא מרכז חייו, כי גורלו קשור בגורלה, כי רוב זיקותיו לאשר סביבו הוא לחיים בישראל.

באוסטרליה לתקופה קצובה כטענתה. המשפחה עזבה את אוסטרליה במפתיע ובעקבות חשיפת המעשים בהם נחשדה.

משכך קבע כב' השופט עמית שיש לקבוע שהמשיב עמד בנטל המוטל עליו להוכיח את אי-תושבותה, וכי לא עלה בידיה לסתור מסקנה זו.

כב' השופטת **ברון** הוסיפה כי מעת שהוגשה לבית המשפט המחוזי עתירה להכריז על המערערת כבת הסגרה לאוסטרליה, חלפו למעלה משש שנים, ודומה כי אין הליך שהיא לא נקטה בו וכי אין טענה שפסחה עליה, בניסיון למנוע את הסגרתה. כידוע יש לכבד הסכמי הסגרה שכרתה מדינת ישראל שתכליתם שיתוף פעולה בינלאומי למיגור פשיעה, ויידע כל מי שמבקש למלט עצמו מן הדין כי לא ימצא בישראל עיר מקלט.

דין הערעור להידחות ועם מתן פסק הדין נסתם הגולל על הטענות כולן והכרזתה של המערערת כבת הסגרה מקבלת תוקף סופי.

לפסק הדין המלא: עה"ס 6974/20 **לייפר נ' היועץ המשפטי לממשלה (15.12.20)**.

קבלת בקשה למשפט חוזר נוכח מסקנות משפטיות שונות אליהן הגיעו בתי המשפט ביחס לראיה מסוימת

בית המשפט העליון (כב' השופט **נ' הנדל**) קיבל בקשה למשפט חוזר בעניינו של המבקש, אשר הורשע בבניהמ"ש המחוזי בעבירות של רצח, ניסיון רצח וקשירת קשר לפשע, במסגרת פרשת יריות לעבר אוטובוס שהסיע תלמידים ושכתוצאה מהירי נהרג אחד התלמידים ואחר נפצע קשה. על

המבקש נגזרו בין היתר, עשרים וחמש שנות מאסר בפועל. נקבע כי התיק יוחזר לדיון בבית המשפט העליון שידון בו כערעור פלילי, זאת נוכח מסקנות משפטיות שונות אליהן הגיעו בתי המשפט ביחס לראיה מסוימת, כשבהליך אחד התקבלה הראיה, בין היתר, כבסיס להרשעת המבקש בצרוף חומר ראייתי נוסף, ובהליך המאוחר אותה ראה נפסלה.

סקירה זו תתייחס למצבי דיבור בשני קולות ושאלת עיוות הדין.

כב' השופט הנדל ציין כי טענת "דיבור בשני קולות" עולה לרוב בשלושה מצבים. **מצב ראשון** הוא כאשר בית המשפט נוקט כלל של "פלגיני דיבורא", כפי שעשה בית המשפט המחוזי בהכרעת דינו של המבקש כאשר פיצל את הודעותיו של החבר ביחס למבקש וביחס לנאשם נוסף שזוכה. על-פי כלל זה בית המשפט מפצל עדות לשני חלקים: חלקה האחד הוא עדות אמת שעל בסיסה ניתן לקבוע ממצאים, וחלקה האחר הוא עדות שקר אשר לא ניתן להסתמך עליה. כך, ככל שקיים צידוק משפטי להבחנה בין חלקי העדות. **המצב השני** הוא כאשר בית משפט סותר את עצמו באותו פסק דין, עת הוא קובע ממצא א' ובו זמנית קובע ממצא ב', ולמעשה קיימת סתירה בין שני הממצאים בפסק דין

אחד. **המצב השלישי** הוא כאשר מתקבלות הכרעות סותרות בהליכים שונים בנוגע לאותה פרשה. זהו למעשה המקרה הטיפוסי שבו מתעוררת טענת "דיבור בשני קולות". הסתייגות מ"דיבור בשני קולות" בנסיבות אלו היא עיקרון שהוכר בפסיקה, לפיו על בית המשפט להימנע ממקרים של אי התאמה בהכרעות דין הנוגעות לאותה פרשה.

בהקשר של משפט חוזר המצב השלישי הוא המקרה הטיפוסי של "דיבור בשני קולות" שעלול להצביע על עיוות דין. מצב זה, הוא המצב במקרה הנדון, אינו מבסס כשלעצמו עילה לקיומו של משפט חוזר אלא עלול, במקרים מסוימים, לעורר חשש ממשי לעיוות דין המצדיק קיומו של משפט

מצב בו ההכרעות כוללות ממצאים עובדתיים הסותרים חזיתית זה את זה, אינו מהווה לכשעצמו עילה למשפט חוזר, אלא יש לשאול האם התוצאות הסותרות מעוררות חשש ממשי לקיומו של עיוות דין.

חוזר. במילים אחרות, מצב בו ההכרעות כוללות ממצאים עובדתיים הסותרים חזיתית זה את זה, אינו מהווה לכשעצמו עילה למשפט חוזר, אלא יש לשאול האם התוצאות הסותרות מעוררות חשש ממשי לקיומו של עיוות דין. המבחן המנחה לעניין זה הוא מבחן ה"סתירה המהותית", שלפיו יש לבחון האם שתי ההכרעות יכולות לדור יחד בכפיפה אחת, ואין ביניהן סתירה שאיננה ניתנת ליישוב באורח ענייני על-פי מושכלות חיים בסיסיות. תנאי לקיומה של סתירה מהותית הוא כי ההכרעות הסותרות ניתנו בפועל על בסיסן של אותן ראיות. עם זאת, עצם קיומו של שוני בתשתית הראייתית אינו מלמד בהכרח על היעדרה של "סתירה מהותית". כלומר, כל מקרה שבו מתעורר חשש לדיבור בשני קולות צריך להיבחן לגופו ובהתאם למאפייניו.

תנאי לקיומה של סתירה מהותית הוא כי ההכרעות הסותרות ניתנו בפועל על בסיסן של אותן ראיות.

במקרה הנדון הוחלט לפצל את האירוע לשני כתבי אישום משיקולים ראייתיים. בכתב האישום מושא ענייננו הואשמו המבקש וחברו ע'. בכתב האישום השני הואשמו בן דודו של המבקש וחברו של המבקש (להלן: הדודן והחבר). הראיה שנפסלה בהליך המאוחר היא הודעותיו של החבר במשטרה, בהיותו נאשם - הודעות אשר בהליך הראשון הוגשו כאמרות חוץ של החבר בהיותו עד מכוח הוראת סעיף 10א לפקודת הראיות, ושמשו כבסיס להרשעת המבקש. כמו כן, בענייננו הורשע המבקש על בסיס גרעין הודעות החבר שאף הוגדרו כראיה מרכזית אך זאת לצד חומר ראייתי נוסף אשר שימש כחיזוק לגרעין גרסת החבר.

בענייננו, התווסף למעשה נתון נקודתי חדש בדמות מסקנה משפטית של בית המשפט המחוזי בהכרעת הדין של החבר והדודן, לפיה אמרותיו של החבר במשטרה אינן קבילות - אמרות שכאמור עליהן התבססה, בין היתר, הרשעת המבקש. לא מדובר בראיה שיסודה בשקר ובזיוף לפי סעיף 31(א)(1) לחוק בתי משפט, ואף לא מדובר בעובדה או ראיה חדשה שעל בית המשפט להתרשם ממנה שכן היא עשויה לשנות את תוצאות המשפט לטובת המבקש משפט חוזר לפי סעיף 31(א)(2) לחוק בתי משפט. הנתון החדש כאן מתייחס למסקנה משפטית שונה אליה הגיע בית המשפט

המחוזי בהליך המאוחר ביחס לקבילות הודעות החבר במשטרה - ראיות שהיו משמעותיות הן בעניינו של המבקש והן בעניינם של החבר והדודן.

כב' השופט הנדל קבע כי נסיבות המקרה עלולות להעלות חשש ממשי לעיוות דין, ומן הראוי לברר מהן השלכות פסילת הודעותיו של החבר, לצד הראיות הנוספות, ביחס להרשעתו של המבקש, והאם יש בה, בין היתר, כדי להשפיע על משקל הראיות עד כדי להביא לזיכוי.

לאור האמור, נקבע כי יש בסיס לקיומו של משפט חוזר. ברם, לצורך בירור הדברים, לטעמו, החזרת התיק לבית המשפט המחוזי, ופתיחתו מחדש לשם שמיעת מכלול הראיות פעם נוספת, אינה הדרך הנכונה במקרה הקונקרטי. זאת משני טעמים. האחד, שלא מדובר כאמור בראיה חדשה שעל בית משפט להתרשם ממנה מחדש, או ללבן אותה, אלא במסקנה משפטית הנוגעת לראיה קיימת שהייתה משמעותית בשני ההליכים. השאלה הנוגעת להשלכות פסילת ההודעה ראויה להתברר במסגרת ערעור. הטעם השני נעוץ בחזקה שלפיה לו הכרעת הדין בעניינם של החבר והדודן הייתה ניתנת טרם שמיעת הערעור, קרוב לוודאי כי בית המשפט העליון היה בוחן את הנתון החדש במסגרת הערעור. כך יש לנהוג כעת.

בהתאם נקבע כי בית המשפט העליון ידון בעניינו של המבקש במושב תלתא, במסגרת הליך ערעורי, וישקול פעם נוספת את המסקנת הראייתית בעניינו, תוך התייחסות לנתון החדש והשלכותיו על המבקש.

להחלטה המלאה: מח 4035/19 פלוני נ' מדינת ישראל (23.12.20).

ל צורך בירור הדברים, החזרת התיק לבית המשפט המחוזי, ופתיחתו מחדש לשם שמיעת מכלול הראיות פעם נוספת, אינה הדרך הנכונה במקרה הקונקרטי.

מדור עבודה - השופט ד"ר טל גולן

זכאות לפיצויי פיטורים לידועים בציבור

עובדת נוצריה נישאה לבן זוגה המוסלמי. לאחר זמן קצר הנישואים עלו על שרטון והליכי הפירוד ביניהם נמשכו כעשר שנים, במהלכן הכירה העובדת בן-זוג, עימו היא חתמה על הסכם יחסי ממון ואף עברה לגור עימו, כשלאחר מכן נולד להם ילד משותף. בעקבות כך הודיעה העובדת למעסיקה על התפטרותה ודרשה לקבל פיצויי פיטורים. המעסיקה דחתה את בקשתה בטענה שהעתקת מקום המגורים איננה לרגל נישואיה, מכיוון שהיא נשואה לגבר אחר. תביעת העובדת התקבלה בבית הדין האזורי.



על פסק דינו של בית הדין האזורי הגישה המעסיקה ערעור (לאחר קבלת רשות ערעור) לבית הדין הארצי לעבודה. **בית הדין הארצי לעבודה**, במותב כב' השופטת **ל' גליקסמן**, כב' השופטת **ח' אופק גנדלר**, כב' השופט **א' סופר** ונציגי הציבור גב' **י' רון** ומר **א' פלד**, דחה את הערעור.

במרכז פסק הדין עמדה השאלה, האם הזכות לפיצויי פיטורים, הקיימת למי שהעתיק את מגוריו ל"רגל נישואיו" על פי סעיף 8(1) לחוק פיצויי פיטורים, תשכ"ג-1963, חלה גם על מי שעשה זאת לרגל היותו ידוע בציבור. יצוין, כי לאור השלכות הרוחב של המקרה, הוגשה ביחס לסוגיה שבמחלוקת

עמדתם של היועץ המשפטי לממשלה, הסתדרות העובדים הכללית החדשה, נשיאות הארגונים העסקיים והאגודה לשמירת זכויות הפרט.

בפסק הדין, שנכתב על ידי כב' השופט **סופר**, נקבע כי מבחינת הפרשנות הלשונית, חוק פיצויי פיטורים יכול לשאת זוגות ידועים בציבור כזוגות נשואים. זאת, בניגוד לעמדת המעסיקה והיועץ המשפטי לממשלה, שטענו כי הפרשנות היחידה המתאפשרת מלשון החוק, היא שההסדר המופיע בו חל על זוגות נשואים בלבד. נקבע, כי פשוטה של המילה יכול להתרחב גם למי שהם ידועים בציבור, וכך למשל, בית המשפט העליון פירש בעבר את המונח נשואים בחוק הירושה, כחל גם על ידועים בציבור.

עוד נקבע, כי התכלית הסובייקטיבית של חוק פיצויי פיטורים היא מתן רשת ביטחון כלכלית לצורך קיום לעובד המסיים את עבודתו, והתארגנות לקראת מציאת מקום עבודה חדש, או כל החלטה בקשר לעתיד העובד. כמו כן, החבות בתשלום פיצויי פיטורים יוצרת תמריץ שלילי למעסיק מפני פיטוריו של עובד, תמריץ ההולך וגדל ככל שהעובד ותיק יותר, באופן שאמור לעודד את המעסיק להפעיל באחריות ומתוך שיקולים ענייניים בלבד את כוח הפיטורים.

תכליות נוספות שהוזכרו בפסיקה לפיצויי הפיטורים הן - הענקת פיצוי כספי לעובד בגין ה"בלאי" האנושי שנגרם לו במהלך שנות עבודתו אצל אותו מעסיק; פיצויי פיטורים כתחליף לפנסיה - לעובד הפורש משוק העבודה; פיצויי פיטורים לצורך הגדלת הכנסתו של העובד; ופיצויי פיטורים כגורם המחזק את הקשר בין העובד למקום העבודה.

אשר לתכלית הסובייקטיבית של הוראת חוק פיצויי פיטורים, סקירת ההשתלשלות החקיקתית מעלה כי לא כל שינוי במקום המגורים יזכה בפיצויי פיטורים, אלא רק העתקת מקום מגורים שיש

נקבע כי מבחינת הפרשנות הלשונית, חוק פיצויי פיטורים יכול לשאת זוגות ידועים בציבור כזוגות נשואים. זאת, בניגוד לעמדת המעסיקה והיועץ המשפטי לממשלה.

בנסיבותיה כדי להקשות על המשך יחסי העבודה, ואולי אף להביא לכך שיהיו בלתי אפשריים. המחוקק - כעולה מדברי הוועדה שעסקה בהכנת הצעת החוק, מהחוק ומהתקנות - התכוון בהחלת הסדר זה לסייע לעובד להינשא ולעבור למקום מגורים אחר ביחד עם בן זוגו החדש.

ביסוד כך, עומדת ההגנה על התא המשפחתי, כמו גם ההבנה שחיי האישיים של עובד כוללים אילוצים שלעיתים גוברים גם על מקום העבודה. בהינתן עדיפות שכזו, הנושאת פניה קדימה ומאפשרת מוביליות תעסוקתית, יש לשאול עד כמה הביטוי נישואים מצומצם לאותה התכלית. בהקשר זה, שווים קשייו של המעבר של אדם הנקשר עם בן זוגו בקשר נישואים, לאדם הנקשר עם בן זוגו בקשר של ידועים בציבור.

נקבע, כי כלל אלה יחוו קשיי קליטה במקום המגורים החדש, שחלק משמעותי מהם יהיה על רקע תעסוקתי הנוגע למציאת מקור פרנסה חדש. כלומר, המחוקק התכוון להגן על כלל קבוצות העובדים הללו במעבר זה, תוך שהעלה על נס את בחירתם לקשור את גורלם בגורל אדם אחר. בכך הגדיר מקרה זה כערך שעליו ראוי שהחברה תשלם מחיר כלכלי בדמות פיצויי פיטורים. כך רואה המחוקק את החשיבות שבמימוש הצרכים האישיים הכוללים גם את הזכות לחיות בזוגיות.

עוד קבע כב' השופט סופר, כי ניתוח הוראות החוק מלמד כי מרכז הכובד שלו, בכל הקשור לזכאות לפיצויי פיטורים בשל עילת בני-הזוג, אינו מחובר לסטטוס מסוים דווקא. הפניה ליתר הוראות החוק מלמדת כי מרכז הכובד של החוק, רואה את הזכות לפיצויי פיטורים במקרה של התפטרות בסיטואציות שונות בזוגיות איתנה, כשקולה במהותה לנישואין. החטיבה השלמה של חוק פיצויי פיטורים והתקנות בכללותם, מצביעים על כך שהמחוקק התכוון לכלול בגדרי החוק גם בני זוג ידועים בציבור, ולהחיל עליהם את מכלול הזכויות הרלוונטיות.

מרכז הכובד של החוק, רואה את הזכות לפיצויי פיטורים במקרה של התפטרות בסיטואציות שונות בזוגיות איתנה, כשקולה במהותה לנישואין.

אשר לתכלית האובייקטיבית של הוראת החוק, צוין כי הזכות לשוויון בעבודה קיבלה מעמד של זכות יסוד חוקית מכוח חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1998. איסור האפליה מחמת מעמד אישי מעוגן בחוק השוויון יחד עם סעיף קטן 2(5), האוסר להפלות בפיטורים או פיצויי פיטורים. ביחס לכך, גם בחינת התכלית האובייקטיבית מראה כי על יסוד ערכי השוויון והביטחון הסוציאלי, אין מקום לשוני רלוונטי בין קבוצת העובדים שהתפטרו לרגל נישואיהם, לבין קבוצת העובדים שהתפטרו לרגל היותם ידועים בציבור.

עוד נקבע, כי ההרמוניה החקיקתית של משפט העבודה המגן והתכלית של חוק פיצויי פיטורים ועקרון השוויון, יחד עם הכרה בזכויות סוציאליות של ידועים בציבור על דרך של פרשנות, אינה יכולה לשאת פירוש הגורע מזכויות קוגנטיות של עובד לתשלום פיצויי פיטורים, רק בשל כך שמעמדו האישי אינו מוסדר מפורשות בחוק. זאת ועוד, גם אם קיים מתח בין המימד הלשוני, התכלית הסובייקטיבית לבין התכלית האובייקטיבית, הרי שענין לנו בדבר חקיקה שהוא מעין "חי הנושא את עצמו", ויונק את חיותו ממציאות החיים המשתנה.

לכך יש להוסיף, כי עמדת בית הדין הארצי היא שפרשנות נכונה של חוק פיצויי פיטורים נעשית תוך מבט אל עבר מציאות החיים האמיתית של האדם, להבדיל מהדפוס הרשמי המגדיר את מעמדו האישי. דברים אלו עולים בקנה אחד עם מכלול הוראות החוק, ומתיישבים היטב עם תכליתו החברתית והסוציאלית.

ברוח זו, בתי המשפט ובתי הדין השוו בעבר את זכויותיהם וחובותיהם של ידועים בציבור לאלה של זוגות נשואים באמצעות פרשנות תכליתית במספר רב של מקרים, ובמיוחד בעניינים של ביטחון סוציאלי. ניתן לסכם איפוא, כי קיימת מגמה משפטית השואפת לצמצם את הפער שבין זוגות נשואים לבין זוגות ידועים בציבור, שהיא אחד הביטויים לתפיסה חברתית אשר אינה מבחינה - בחלק ניכר

עמדת בית הדין הארצי היא שפרשנות נכונה של חוק פיצויי פיטורים נעשית תוך מבט אל עבר מציאות החיים האמיתית של האדם, להבדיל מהדפוס הרשמי המגדיר את מעמדו האישי.

מההקשרים - בין זוגות שבחרו לחיות את חייהם ולקשור את גורלם יחדיו, לבין שזוגות שעשו כן אגב כניסתם בברית הנישואין.

פסיקות אלה אף מבוססות על כך, שהמציאות והחברה שבה אנו חיים משתנות במהירות בשל פיתוחים טכנולוגיים ומגמות חברתיות, שלא היו מקובלים בעבר. בנסיבות שכאלה, החוקים אינם מספיקים להתאים את עצמם למציאות המשתנה, וזאת בשל הליכי תיקון חקיקה שנמשכים זמן רב או לא מתקדמים בשל סיבות שונות. למקרים כאלה נועדה הפרשנות התכליתית שמתחשבת בעקרונות היסוד של השיטה המשפטית ולאורם נבחן המיקום הגאוגרפי של החוק.

משכך, גם אם מאפייני היסוד של ידועים בציבור - מגורים משותפים וניהול משק בית משותף - אינם בנמצא (שהרי העובדת טרם עברה לגור עם בן-זוגה), הרי שבמקרה הנדון יש להתייחס לעובדת כמי שסעיף 8(1) לחוק פיצויי פיטורים חל עליה, וכתוצאה

מכך להכיר בזכותה לפיצויי פיטורים מידי המעסיק. זאת, בהתבסס על העובדות הידועות שלפיהן במועד התפטרותה היא היתה ידועה בציבור של בן זוגה ועברה להתגורר עמו.

אשר לשאלת ציר הזמן והמועד שבו הפכו בני הזוג לידועים בציבור, נקבע כי הפתרון הראוי הוא להכיר בבני זוג שאחד מהם עובר למקום מגוריו של השני לצורך הקמת תא משפחתי, ככזה המעיד על הפיכתם לידועים בציבור, וכזכאי לפיצויי פיטורים. במקרה של שילוב בין זוגיות קיימת לבין הצהרה בדבר הכוונה ליצור משק בית משותף באמצעות המעבר למגורים משותפים, יש להכיר בבני זוג כידועים בציבור.

לפסק הדין המלא: ע"ע (ארצי) 48000-01-17 אינדקס הגליל תקשורת ועיתונות בע"מ - מזאווי (8.12.2020).

קיימת מגמה משפטית השואפת לצמצם את הפער שבין זוגות נשואים לבין זוגות ידועים בציבור, שהיא אחד הביטויים לתפיסה חברתית אשר אינה מבחינה - בחלק ניכר מההקשרים - בין זוגות שבחרו לחיות את חייהם ולקשור את גורלם יחדיו, לבין שזוגות שעשו כן אגב כניסתם בברית הנישואין.

מדור משפחה ועזבון - השופט נפתלי שילה

חיוב במזונות אישה מוסלמית והחלת בע"מ 919/15 על ילדים מוסלמים

בית המשפט המחוזי בנצרת קיבל בחלקו ערעור בעניין מזונות ילדים ואישה. הצדדים הינם מוסלמים ולהם שלושה ילדים - קטינה ושני תאומים קטינים. בית משפט קמא קבע שהאישה אינה זכאית למזונותיה נוכח משכורתה הגבוהה של המערערת ובהשוואה למשכורתו של המשיב (משתכרים סכום דומה) וזאת חרף הדין המוסלמי והפסיקה הרווחת, על פי הדין השרעי, לפיה חיוב הבעל במזונות אשתו הינו גם כאשר מדובר באישה אמידה, עובדת, שיש לה הכנסה קבועה. לעניין מזונות הילדים נקבע כי האב יישא בתשלום מזונות הילדים על סך של 3,800 ₪ כולל מדור (לא כולל הוצאות חינוך והוצאות חריגות). בנימוקיו לקביעת מזונות הילדים קבע בית המשפט שההלכה שנקבעה בבע"מ 919/15 לא חלה על בני זוג מוסלמים ואולם עקרונותיה חלים.

בית המשפט המחוזי (השופטים א' קולה, ד' צרפתי ור' גלפז מוקדי) דחה את הערעור בכל הנוגע למזונות הילדים וקיבל באופן עקרוני את הערעור בנוגע למזונות האישה ופסק שיש להשיב את הדיון לבית משפט קמא שישלים את הדיון בסוגיית מזונות האישה. באשר למזונות הילדים נקבע כי:

"אכן, בע"מ 919/15 לא חל על בני זוג מוסלמים ועל כך אין מחלוקת. אולם, אין מניעה לטעמי ליישם את אחד העקרונות שנקבעו בבע"מ הנ"ל (ולמעשה עוד קודם לכן)



ולפיו יש להתחשב בקביעת שיעור המזונות בשהות שבה שוהים הילדים אצל כל אחד מבני הזוג, שהרי ברור הוא שבזמן שהיית הילדים אצל אביהם, נושא הוא בפועל בחלק מהוצאותיהם."

באשר למזונות האישה נקבע כי:

"ההלכה המוסלמית כפי שנסקרה על ידי בית המשפט קמא עצמו, הינה ברורה וחד משמעית לאמור, בעל חייב במזונות אשתו, באופן מוחלט וללא כל קשר להכנסתה (כמובן בהתקיים התנאי הקובע ולפיו האישה עזבה את הבית מנסיבות מוצדקות). אלא, שביהמ"ש קמא בחר לסטות מהלכה מושרשת זו... הוראות הדין השרעי החל במקרה שלפנינו, הינן ברורות וחד משמעיות ולפיהן זכות האשה למזונות מבעלה הינה אבסולוטית, ללא כל קשר להכנסתה. משכך... ובכל הכבוד לעקרונות כלליים, או לקידמה ולשוויון, הרי שלא די באלה, כדי לבטל את הוראות הדין האישי החל, שהוא הדין המוסלמי."

לפסק הדין המלא: עמ"ש (מח' נצ') 51883-06-20 מ.א. נ' מ.א. (22.11.20).

משמורת ומינוי מומחה

בית המשפט המחוזי בחיפה קיבל בחלקו ברוב דעות, ערעור שהוגש על פסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה במסגרתו נקבע שמשמורתן של בנותיהם המשותפות של הצדדים תהא בידי המשיב וניתנו הוראות שונות בנוגע לזמני שהות מצומצמים של הבנות עם אימן המערערת וכן הוראות בנוגע להמשך מעקב של עובדת סוציאלית לסדרי דין בכל הקשור לבנם המשותף של הצדדים. עניינו של פסק הדין וליבת הסכסוך בין הצדדים נטועה בסוגיית משמורת הבנות והבן והמעגלים הנסובים סביב המשמורת, לרבות הסדרי השהות של הילדים עם כל אחד מההורים, בצילה של טענת האב להסתה וניכור הורי של האם.

ביום 15.5.19 קבע בית המשפט קמא כי משמורתן הזמנית של הבנות תועבר לידי האב. בפסק הדין נקבע שהאם פועלת על מנת לפגוע ולנתק את הקשר שבין הבנות לאב ונקבע כי התנהלותה מצביעה על מסוכנות ממשית מצידה כלפי הילדים ועל כך שאינה יכולה לראות את טובתם. מנגד, נקבע כי לא נמצאה כל ראיה לכך שהאב מסית את הבנות נגד האם והוא הוכיח כי הוא מתאים לשמש הורה משמורן.

בית המשפט המחוזי (ברוב דעות של השופטים א' אלון וח' שרעבי ובניגוד לדעתו החולקת של השופט ס' ג'יוסי) דחה את טענות האם שיש לבטל את פסק הדין ולהורות על משמורתן של הקטינות בידיה וקבע כי דין הערעור להתקבל באופן שימונה מומחה אשר יבחן את טובת הקטינות ויגיש לערכאה המבררת חוות דעת מקצועית באשר למשמורת, לחלוקת זמן הורי, לקשרי האחאות לקביעת דרכי טיפול וכל עניין נוסף שיש בו כדי להביא לטובת הקטינות. לאחר שתונח חוות הדעת ועמדות הצדדים לגביה, ישלים בית משפט קמא את מלאכתו. בפני בית משפט קמא לא הונחה חוות דעת מקצועית אודות הקטינות ויש חשיבות מכרעת בקבלתה של חוות דעת כזו. עצם העובדה שחברי ההרכב חלוקים בדעותיהם היא הנותנת ודורשת מינוי מומחה עובר להכרעה בעניין המשמורת הקבועה. יש להותיר את הקטינות בחזקת אביהן ולשמור על אותו היקף סדרי שהייה עם האם, וזאת עד לקבלת חוות דעת המומחה ו/או תסקיר בעניין טובת הקטינות.



השופט ג'יוסי סבר שיש לקבל את הערעור באופן מלא ולקבוע שהקטינות יחזרו לאלתר לבית האם תוך השבת הסדרי השהות שהיו לאב עם הקטינות עובר להעברתן. באשר להסתמכות בית משפט קמא בפסק הדין על ההחלטה בדבר המשמורת הזמנית, נאמר שהרף הראייתי הנדרש בעת הענקת סעד זמני שונה בתכלית מזה הנדרש במתן סעד קבוע והיה על בית משפט קמא לבחון את התשתית הראייתית שהניחו הצדדים בפניו במהלך הבירור הראייתי, האם התקיימו היסודות על-פיהם התקבלה ההחלטה והאם הסעד הזמני בדין נטוע, והוא מתחייב גם כסעד סופי וקבוע. באשר

למינוי המומחה, נוכח נסיבות המקרה, התשתית הראייתית והקביעות העובדתיות, אין מקום למינוי המומחה ויש להעביר את המשמורת לאם לאלתר.

לפסק הדין המלא: עמ"ש (מח' חי') 51165-07-20 א.ב.נ' ג.ד. (30.11.2020).

אופן חלוקת תשלום שכר טרחה של כונס נכסים

בית המשפט המחוזי קיבל ברוב דעות ערעור שהוגש על החלטות בית המשפט לענייני משפחה שקבע שאין מקום לשנות מהחלטתו הקודמת לפיה כל אחד מהצדדים יישא בשכר טרחת כונסת הנכסים שמכרה נכסי מקרקעין שהצדדים קיבלו בירושה, על פי חלקם היחסי במקרקעין. בהליך פירוק השיתוף שהתנהל בבית משפט קמא הציע המערער, שהיה הבעלים של חלק הארי של הנכסים, שהצדדים יגישו הצעות של מספר עורכי דין שמוכנים לבצע את מלאכת הכינוס בעלויות נמוכות. המערער הגיש רשימה של ארבעה עורכי דין שהיו מוכנים לבצע הכינוס בעלות נמוכה. המשיבה התנגדה למינוי עורך דין מהרשימה ואף לא הגישה רשימה מטעמה ועתרה למינוי כונס נטרלי על ידי בית המשפט. הנכסים נמכרו תוך זמן קצר והכונסת הגישה בקשה לפסיקת שכר טרחתה. המערער ביקש להגביל את שכר טרחת הכונסת לשכר שהוצע על ידי עורכי הדין שפנה אליהם וכל סכום מעבר לסכום שנקבו עורכי הדין שפנה אליהם ישולם על ידי המשיבה. בית משפט קמא החליט על שכר טרחת הכונסת בסכום גבוה מהסכום שנקבו עורכי הדין שהביא המערער ופסק שכל צד יישא בחלקו בשכר הטרחה בהתאם לחלקו בנכסים. המערער הגיש ערעור על גובה שכר הטרחה ועל אופן חלוקתו. הערעור על גובה שכר הטרחה נדחה אולם ביחס לאופן החלוקה חזר התיק לבית המשפט קמא. בית משפט קמא דחה את עמדת המערער ושב וקבע שכל צד יישא בשכר הטרחה בהתאם לחלקו היחסי בנכסים. מכאן הערעור דנו.

בית המשפט המחוזי בדעת רוב (השופטים ע' רביד ונ' שילה) קיבל את הערעור וקבע שעל המשיבה לשאת במלוא ההפרש בין שכר הטרחה ששולם על ידי המערער בפועל עבור הנכסים לבין הסכום שהוא היה משלם לו שכר טרחת הכונס היה עומד על 30,000 ₪ בתוספת מע"מ על כל נכס. נקבע כי:

"לא היה כל פסול בהתנגדותה של ר' לעורכי הדין שהציע המערער וזאת לאור החשדנות הרבה שבין הצדדים וזכותה של ר' שימונה כונס אובייקטיבי שייקבע ביהמ"ש. ברם, עמידה על מינוי כונס נכסים ניטראלי - שהיתה מוצדקת בנסיבות מקרה דנן - לא מצדיקה סירוב גורף לכל ניסיון להפחית את עלויות הכינוס. מדובר בכינוס נכסים של ארבעה נכסי מקרקעין בשווי משמעותי ולא היה צפוי קושי בביצוע המכירה או מורכבות מיוחדת בהליך, וסופו מעיד על תחילתו. לר' היה ידוע שרוב רובו של נטל שכר הטרחה יוטל על אחיה והימנעותה מלנסות להקטין את הוצאותיו בנסיבות אלו היא לדעתי חוסר תום לב מובהק. שותף במקרקעין רשאי להתעקש על מינוי ניטראלי של בעל תפקיד אבל הדבר לא מתיר לו התנהלות שמטרתה רק גרימת נזק לשותף השני. שהרי גם זכות יש להפעיל בתום לב."

השופט שוחט בדעת מיעוט סבר שיש לדחות את הערעור:

"זכותו של שותף במקרקעין, גם שותף שלו חלק מזערי בהם (ביחס לשותף האחר) להפקיד את מלאכת הכינוס בידי בעל תפקיד מטעם בית המשפט שיפעל על פי אמות המידה שמוטלות עליו על פי הפסיקה ללא תלות, קטנה כגדולה, במי מבעלי הדין. זכותו של בעל הדין, לעמוד על רצונו זה, ולא לשתף פעולה עם בעל הדין האחר במציאת בעל תפקיד "זול" בשכר זעום אותו יקבל ללא כל קשר לגובה התמורה שתתקבל ממכירת הנכסים מושא הפירוק גם אם מדובר במועמד מטעמו. תוצאה אחרת משמעותה פתיחת הליכי פירוק למכרז של בעלי דין, ללא קשר לחלקו של כל אחד במקרקעין, גם במקרים להם זכויות שוות, למינוי כונסים 'למפחית במחיר'."

להחלטה המלאה: עמ"ש (מח' ת"א) 32613-01-20 נ' ג' נ' ר' ד' ג' (1.12.20).

האם ניתן לחייב בנזיקין בן זוג בגין סרבנותו להתגרש כאשר אין פסק דין המחייב גירושין?

בית המשפט המחוזי מרכז-לוד דחה ערעור שהוגש על פסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה במסגרתו חויבה המערערת לפצות את המשיב בסך של 75,000 ₪ נוכח סירובה להתגרש מהמשיב.

בשנת 2012 עזב המשיב את בית המגורים המשותף. המערערת עתרה בבית הדין הרבני לשלום בית ואילו המשיב הגיש תביעת גירושין. שנה לאחר הגשת התביעות, ניתן פסק דין של בית הדין הרבני האזורי בירושלים המחייב את הצדדים להתגרש זה מזו. ערעור שהוגש לבית הדין הרבני הגדול נדחה אולם בית הדין הורה למשיב לשלם למערערת את כתובתה בסך של 155,000 ₪. ביום בו התייצבו הצדדים לפני בית הדין לצורך סידור הגט לא סודר הגט והצדדים נשלחו ליחידת הסיוע. כשבוע לאחר מכן הגיש המשיב בקשה לביטול הפניה ליחידת הסיוע אולם נוכח סירובה של האישה לסידור גט בשנית פסק הדין לגירושין בוטל. הבעל הגיש תביעת גירושין נוספת אך זאת נדחתה. משלא צלחה דרכו של המשיב בבית הדין הרבני הוא הגיש תביעה נזיקית לבית המשפט בה עתר לחיוב המערערת בפיצוי בשיעור של 500,000 ₪ בשל סרבנותה לקבל את הגט ובסך נוסף של 5,000 ₪ בגין כל חודש בו תתמיד בסירובה. האיש טען כי טענת המערערת לשלום בית אינה כנה וכל רצונה לקבל חלק גדול יותר מהרכוש. האישה טענה כי אין מקום לחיוב בגין סרבנות גט כאשר אין כל פסק דין המחייב גירושין.

בית המשפט המחוזי (מפי השופט צ' ויצמן ובהסכמת השופטים ו' פלאוט ור' חיימוביץ) דחה את הערעור וקבע שהמקרה הנדון נופל בגדרם של המקרים החריגים בהם ראוי כי בית המשפט יבחן ויברר את התביעה הנזיקית אף ללא פסק דין ברור לגירושין. נקבע כי:

"לטעמי ראוי כלל כי לפסיקה המכירה בעוולת רשלנות בשל סרבנות גט תעמוד כעוגן תומך פסיקת בית הדין הרבני המורה לסרבן, בלשון כזו או אחרת, לתת גט לבן

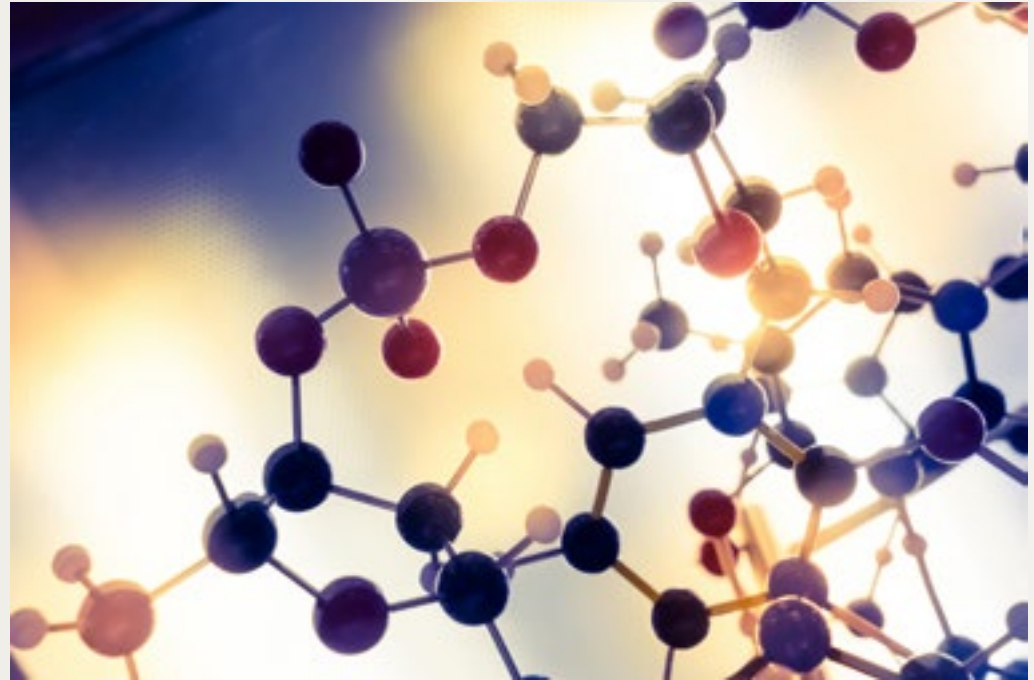
זוגו, שאם לא תאמר כן עקרת את ליבו של הדין החל בהלכות הגירושין... בצד זה אין להתעלם מהעובדה שעילת הנזיקין עליה מופקדת הערכאה האזרחית אינה בסמכותו של בית הדין הרבני והיא עומדת בפני עצמה. לפיכך לטעמי ראוי לנהוג בסוגיה באמת המידה שהתווה כב' הש' שנלר בעניין שעיקרה, כאמור, "כיבוד" קביעת בית הדין, הגם שבמקרים חריגים, יכול ובית המשפט ימצא לנכון להורות בניגוד לאותה הוראה של בית הדין, וזאת כאמור, במקרים בהם קיימת "זעקה" בנושא הסרבנות, שאין להתעלם הימנה."

לפסק הדין המלא: עמ"ש (מח' מרכז) 63059-02-20 י.כ.נ' ר.ב. (2.12.2020).

הוראות לפתיחת קבר בהתאם לחוק פתיחת קבר של קטין יוצא תימן, המזרח והבלקן לשם זיהוי ועריכת בדיקה גנטית לקשר משפחה (הוראת שעה), תשע"ח-2018

בית המשפט המחוזי בחיפה קיבל בקשת רשות ערעור ואת הערעור בחלקו על החלטת בית המשפט לענייני משפחה במסגרתה נדחתה בקשת המבקשת ליתן הוראות נוספות בעניין פתיחת קברו של המנוח בהתאם לחוק פתיחת קבר של קטין יוצא תימן, המזרח והבלקן לשם זיהוי ועריכת בדיקה גנטית לקשר משפחה (הוראת שעה) תשע"ח-2018 (להלן: החוק). המשיבה ביקשה לקבל צו לפתיחת קבר וביצוע בדיקה גנטית בנוגע לאחיה של המשיבה אלמוני יליד שנת 1952, אשר ועדת קדמי קבעה בשנת 1997 כי הוא נפטר באפריל שנת 1953 והובא לקבורה יום לאחר פטירתו. בתובענה מבוקש לבצע בדיקה גנטית לקשרי משפחה לאור החשש שתואר בתביעה לפיו המנוח לא קבור במקום עליו מצביעה חברת קדישא. ביום 26.11.18 ניתנה החלטה על פתיחת קבר המנוח.

בית המשפט נתן החלטה משלימה בנוגע לתנאים לביצוע פתיחת הקבר, בין היתר התבקש לקבוע כי הבדיקה הגנטית שתילקח מהתובעת ומאדם נוסף שלא מהמשפחה יסומנו על ידי קודים ללא זהות הנבדקים וכי ישמרו דגימות לביצוע בדיקות נוספות. כמו כן, התבקשו הוראות נוספות הנוגעות לנוכחות בן משפחה, רופא מטעם המשפחה וצילום ההליך. בית המשפט נעתר לחלק מהדרישות. הדרישות בנוגע לשמירת דגימות לבדיקה נוספת וכן לסימון הבדיקה בקוד שלא יאפשר זיהוי הנבדק נדחו. המדינה טענה ששיקולי בית המשפט בבואו לתת צו לפתיחת קבר חלים במקרה זה בייחוד בנוגע להשפעה שעשויה להיות לפתיחת הקבר על נפטרים אחרים הקבורים באותה חלקה או בסמיכות למנוח ועל בני משפחתם אם יהיה צורך לחפור בחלקות קבר סמוכות ולכן היא ביקשה שטרם פתיחת הקבר, תיעשה פנייה למשפחות שיקיריהן קבורים בחלקות סמוכות לחלקת הקבר שניתן צו לפתיחתו. בית המשפט דחה את בקשת המדינה והורה על ביצוע ההליך. המדינה ערערה על החלטה זו.



בית המשפט המחוזי (השופט ח' שרעבי) קיבל חלקית את הערעור, ונתן תוקף של פסק דין למתווה שהציע לצדדים שלפיו ככל שיתברר מבדיקה שתיערך, כי חפירת קבר המנוח עלולה לפגוע בקברים סמוכים כי אז תעשה פניה לקרובי משפחה של בעלי הקברים הסמוכים על מנת ליידעם ולקבל תשובתם. ככל שיתברר בבדיקה שחפירת הקבר לא צפויה לפגוע בקברים סמוכים או אז אין צורך לפנות לקרובי משפחה של בעלי קברים סמוכים לשם תחילת החפירה. לאחר פתיחת קבר המנוח ובטרם תחל הוצאת הגופה, יבדקו מומחים האם באותה חלקה קבור יותר מנפטר אחד או שיעלה ספק אם המנוח שלגביו הוגשה הבקשה קבור באותו הקבר. רק במקרה כזה תתבצע פניה לבית המשפט לקבלת הוראות נוספות. עוד נקבע כי:

"שוכנעתי כי אין ולא היה בכוונת המבקשת להערים קשיים או להתנגד להחלטת בית המשפט קמא, שקבעה כי קבר המנוח ייפתח. סבורני כי מניעי המבקשת ברורים ומוצדקים, והם נובעים ממחויבותה לציבור האזרחים בארץ בכלל, ולבני משפחות הנפטרים, הקבורים בסמוך למנוח, בפרט. יש לזכור, כי מדובר בחוק חדש ובהליכים המתרחשים, לראשונה, בעת זו ממש. אציין לא ידוע לבית משפט זה על תיקים ו/או מקרים נוספים, בהם הורו על פתיחת קבר בהתאם לחוק בו עסקינן. אף מדברי ב"כ המשיבה בדיון אני למד כי על אף שהתיק דנן אינו ראשון מסוגו, הוא "מוביל" בשלב אליו הגיע מבחינה משפטית ומעשית (היינו, לאחר קבלת צו לפתיחת קבר המנוח). מכאן אני מניח כי המדינה מבכרת לנקוט משנה זהירות עת מתבצעים הליכים מסוג זה, לראשונה".

לפסק הדין המלא: רמ"ש (מח' חי') 48227-09-20 מדינת ישראל נ' פלונית (10.12.20).

פרסום החלטות בדיני משפחה

בית המשפט המחוזי בחיפה קיבל בקשה להיתר פרסום החלטה שניתנה במסגרת בקשת רשות ערעור שהגישה המשיבה על החלטת בית המשפט לענייני משפחה שבעיקרה נוגעת למינוי מומחה ותשלום שכר טרחתו. בית המשפט דחה את בקשת רשות הערעור וקבע כי לא נפלה שגגה בהחלטת בית משפט קמא וטובת הקטינה מחייבת כי הוריה יבצעו לאלתר את תוכנית האבחון שנקבעה על ידי המומחה ויישאו בשכר טרחתו. עוד נקבע כי נוכח הטענות שהעלתה המשיבה נגד המבקש מצופה היה כי המשיבה תפעל במרץ על מנת שחוות הדעת תוגש לבית משפט קמא. המבקש עתר לפרסום ההחלטה ללא פרטים מזהים והמשיבה התנגדה.

בית המשפט המחוזי (השופטת א' אלון) נעתרה לבקשה למתן היתר פרסום וקבעה כי:

”מרבית ההחלטות ופסקי הדין לענייני משפחה, עיקרם דיני נפשות וממון הרלבנטיים לכל אדם בישראל, החלטות ופסקי דין אלה אינם חשופים לביקורת ציבורית לגיטימית וצודקת, היעדר פרסומם פוגע בכל סוכני המשפט ובשיטת המשפט כולה. פרסום החלטות ופסקי דין חיוני לתפקודה התקין של מערכת המשפט ולהצלחתה, וראוי שכל פסקי הדין יפורסמו ויהיו נגישים לציבור, תוך איזון ושמירת אינטרסים העומדים מנגד.”

להחלטה המלאה: רמ"ש (מח' חי') 53787-01-20 ד.ב.ש נ' ע.ג (15.12.20).

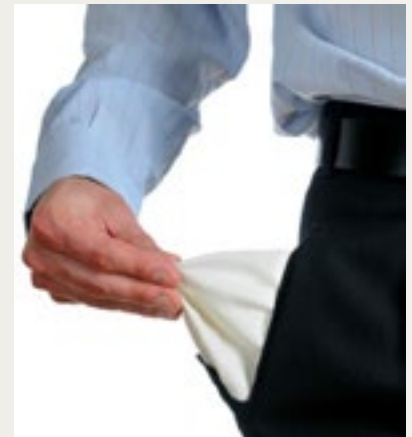
מדור חדלות פרעון - השופטת בטינה טאובר

פרידה מחברנו, נשיא בית המשפט המחוזי בתל-אביב השופט איתן אורנשטיין

בימים אלה, יצא חברנו, נשיא בית המשפט המחוזי בתל אביב השופט איתן אורנשטיין לפרישה מכס השיפוט, לאחר קריירה של כ-20 שנות שיפוט, בה כיהן כשופט בית משפט שלום, ובהמשך כשופט בית המשפט המחוזי וכנשיא בית המשפט המחוזי בתל אביב. הנשיא אורנשטיין הגיע לכס השיפוט לאחר כ-20 שנות עיסוק בעריכת דין, מתוך תחושת שליחות אמיתית.

במהלך כהונתו בבית המשפט המחוזי בתל אביב הן כשופט והן כנשיא, עסק הנשיא אורנשטיין בתיקים הגדולים במשק, במגוון תחומים של המשפט האזרחי ודיני חדלות הפירעון, תחום בו הוא נחשב לאחד המובילים.

ידיעותיו המשפטיות הרחבות כמו גם הניסיון המעשי שרכש בשנים בהם עסק בעריכת דין בתחום המשפט המסחרי, נתנו בידי כלים להתמודד עם התיקים המורכבים בהם דן. לעבודתו של הנשיא אורנשטיין נלווה פן של יצירתיות שיפוטית, יכולת לפשט מחלוקות ולקרר מתדיינים, אשר אפשרו לו למצוא פתרונות משפטיים ופרקטיים לסוגיות הסבוכות בהן דן וההחלטות האמיצות שנתן הפכו לאבני יסוד בתחום חדלות הפירעון.



על רקע פרישתו של הנשיא אורנשטיין מכס השיפוט לטובת העיסוק בהליכי בוררות וגישור, מובאת להלן סקירה קצרה ולא ממצה של חלק מההחלטות הרבות שניתנו על ידו במהלך כהונתו בבית המשפט המחוזי בתל אביב הן כשופט והן כנשיא, ואשר ליבנו וחדשו הלכות בתחם דיני חדלות הפירעון. בטוחני כי החלטות אלה ישמשו וינחו רבות את שופטי חדלות הפירעון בעתיד.



כפיית הסדר נושים על חברה בניגוד לרצונה

פר"ק 13-04-36681 הרמטיק נאמנות (1975) בע"מ נ' אי די בי חברה לפתוח בע"מ (9.6.13). בהחלטה זו דן הנשיא אורנשטיין במספר הליכים בנוגע לקונצרן אי די בי. במסגרת ההחלטה קבע הנשיא אורנשטיין כי ככלל אין מניעה, במקרים המתאימים, לכפות הסדר או פשרה על חברה, לפי סעיף 350 לחוק החברות, קרי, גם בניגוד לרצונה של החברה, וכי התנגדות חברת פיתוח להסדר ההבראה שמתבקש על ידי הנושים, אינה יכולה להיות מוכרעת כטענת סף. הנשיא אורנשטיין הבהיר כי יש לבדוק את טעמי ההתנגדות לגופם, ובפרט את שאלת חדלות הפירעון, היינו, אם יש יסוד מספיק לעמדת החברה בדבר היותה סולבנטית, או שמא דחיית הסדר ההבראה המוצע על ידי הנושים אינו נובע מנימוק ענייני, כגון נועד לשמר בידי בעלי המניות את השליטה בחברה.

לפסק הדין המלא

מינוי משקיף בדירקטוריון החברה

פר"ק 13-04-36681 הרמטיק נאמנות (1975) בע"מ נ' אי די בי חברה לפתוח בע"מ (4.5.13). במסגרת החלטה זו, לנוכח קיומו של חשש לניגוד עניינים של נושאי המשרה בחברה שהינה חברת אחזקות, על רקע המצב בו מצויה החברה, ועל מנת להבטיח את זכויות הנושים, מינה הנשיא אורנשטיין בעל תפקיד חיצוני לחברה, אשר ישמש כמשקיף לענייני החברה, ולו הוקנו מספר סמכויות, לרבות הסמכות להשתתף בכל ישיבות הדירקטוריון של החברה על כל

על רקע פרישתו של הנשיא אורנשטיין מכס השיפוט, מובאת להלן סקירה קצרה ולא ממצה של חלק מההחלטות הרבות שניתנו על ידו במהלך כהונתו בבית המשפט המחוזי.

המשתמע מכך. כל זאת, מבלי להפקיע את השליטה ואת ניהול החברה מבעליה ונושאי המשרה הקיימים. החלטה חדשנית זו נתנה על ידי הנשיא אורנשטיין שנים מספר טרם חקיקתו של חוק חדלות הפירעון, התשע"ח - 2018, אשר הקנה לבית משפט את הסמכות למנות משקיף בסעיף 341 לחוק.

לפסק הדין המלא

ניגוד עניינים של בעלי תפקיד לצורך המינוי

פר"ק 14-08-29930 צ. לנדאו קבלנות והנדסה בע"מ ואח' נ' הראל חברה לביטוח בע"מ (1.9.14). במסגרת החלטה זו עמד הנשיא אורנשטיין על המסגרת הנורמטיבית הנוגעת למינוי בעל תפקיד בהליכי הבראת חברות, וקבע כי בבוא בית המשפט למנות בעל תפקיד במסגרת הסדר הבראה של חברה, עליו למנות ככלל גורם חיצוני, ורק במקרים חריגים ימנה לתפקיד מי מנושאי המשרה הקיימים אשר הוצעו על ידי החברה. הנשיא אורנשטיין הבהיר כי לא כל זיקה של נאמן מוצע, גם אם זהותו הוצעה על ידי החברה או בעלי המניות, מהווה ניגוד עניינים המונע את המינוי. נקבע כי רק מקרים בהם עולה חשש ממשי של ניגוד עניינים או שקיימת פגיעה משמעותית במראית פני הצדק, לא ימונה הנאמן המוצע לתפקיד.

לפסק הדין המלא

השיקולים למינוי בעל תפקיד לפי חוק חדלות פירעון החדש שלא לפי המלצת הממונה

חדל"ת 19-11-17320 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' מעדני מיקי תעשיות מזון דגים וסלטים (1992) בע"מ ואח' (15.11.19). במסגרת החלטה זו קבע הנשיא אורנשטיין כי אכן לפי חוק חדלות פירעון, ככלל, ומרגע שמורה בית המשפט על מתן צו לפתיחת הליכים, עליו למנות נאמן מתוך רשימת הנאמנים שגובשה על ידי ועדה ציבורית (שטרם הוקמה) ולאחר שמוגשת לו המלצה מטעם הממונה על מספר מועמדים מתוך אותה רשימה. ואולם, לצד זאת קבע הנשיא אורנשטיין כי בבקשות דחופות

למתן סעד זמני בהליכי חדלות פירעון או אכיפת שעבודים שנדונות במעמד צד אחד, נכון יהיה למנות בעל תפקיד זמני ללא קבלת עמדת הממונה על הליכי חדלות פירעון ושיקום כלכלי, וזאת, במקרים חריגים בהם קיים חשש שההמתנה לעמדתו של הממונה עלולה לגרום לנזק בלתי הפיך.

לפסק הדין המלא

הטעמים שמצדיקים להורות למצער בתחילת ההליך, על מתן צו הקפאת הליכים גם ביחס לנכסי בעלי המניות

פר"ק 48165-10-13 גמא ניהול וסליקה בע"מ נ' סיגל דקל בע"מ (10.11.13). במסגרת החלטה זו נקבע כי השקעת בעלי השליטה וכן תמיכת הנושים מהווים טעמים ונסיבות שמצדיקים מתן צו הקפאת הליכים על נכסי בעלי השליטה של חברה שנקלעה להליכי חדלות פירעון. לצד הארכת צו ההקפאה האישי התיר הנשיא אורנשטיין לבעלי השליטה לשעבד את ביתם בשעבוד נוסף כנגד קבלת ההלוואה מהגורם המממן. סכום ההלוואה, כך קבע הנשיא אורנשטיין, ייחשב כהשקעת בעלים, יועבר לקופת הנאמנת וישמש ליישום תכנית ההפעלה כדי להקים סיכוי להבראת החברות. (אושר בעליון רע"א 8001/13).

לפסק הדין המלא

המבחנים להגנה הולמת לנושה המובטח המונעת מימוש בטוחה

פר"ק 4089-12-12 הרמטיק נאמנות (1975) בע"מ נ' קמור בע"מ (23.5.13). הנשיא אורנשטיין הבהיר כי ככלל, זכותו של נושה מובטח היא לממש את הבטוחה, ורק אם הוכח על ידי הטוען להקפאת הליכים, כי קיימת הגנה הולמת לאותו נושה, יחול צו ההקפאה גם על מימוש הבטוחה. נקבע כי בעניין זה על בית המשפט להיזהר במתן פרשנות מרחיבה ל"הגנה הולמת", שכן אחרת עלול הדבר להקשות על מתן אשראי על ידי גורמים מממנים בעתיד, בעת שאלה יתבקשו ליתן מימון כנגד בטחונות. עם זאת, קבע הנשיא אורנשטיין כי יש ליתן את הדעת לכך שלנושה המובטח עשויים

להיות שיקולים השונים מאלה של הנושים הרגילים. נקבע כי נקודת האיזון בין האינטרסים השונים, היא במציאת "הגנה הולמת", לנושה המובטח, כך שאם השתכנע בית המשפט, שהנושה המובטח לא ייפגע אם הקפאת ההליכים תמשך, וזהו רצון החברה והנושים האחרים, אזי תמשך הקפאת ההליכים, וזו תחול על אי מימוש הבטוחות. המבחנים לקיומה של הגנה הולמת כוללים: קיומה של בטוחה לפירעון החוב לנושה המובטח וכן חלוף הזמן ואם יש בו כדי לגרום לירידה בשווי הבטוחה.

לפסק הדין המלא

השיקולים לדחיית החלטת הנושים לאישור הסדר הגם שהושגה ברוב הדרוש

פרק (ת"א) 11-11-49085 קווי אשראי לישראל שירותים פיננסיים משלימים בע"מ (בפירוק) נ' כונס הנכסים הרשמי (23.9.12). נקבע כי ככלל כאשר הסדר נושים שאושר על ידי רוב הנושים אינו נותן לדעת בית המשפט תמורה מספקת לנושים, אזי בהעדר חלופה אחרת, ינהג בית המשפט באיפוק ולא יימנע את אישורו של ההסדר. עם זאת, ככל שקיימות חלופות טובות יותר, אזי ראוי כי בית המשפט יתערב באישור ההסדר מטעמי כדאיות כלכלית, וזאת, על יסוד שיקולים של עיוות דין ותקנת הציבור.

לפסק הדין המלא

משמעות המחאה על דרך שעבוד בעסקאות אקס פקטורניג בהליכי חדלות פירעון

פר"ק 11-09-16956 קופאס פיננס ישראל בע"מ נ' אגרקסקו (2.8.15). אושר בעליון - ע"א 7281/15. במסגרת ההליך נדונה בקשה להורות למפירקי החברה בחדלות פירעון לשלם למבקשת את תקבולי לקוחות החברה בגרמניה, בטענה שהמבקשת היא בעלת התקבולים. לחלופין, התבקש בית המשפט לקבוע שהמבקשת היא נושה מובטחת ולמצער נושה עדיפה על פני כל נושה אחר של החברה שזכאי להיפרע מהכספים האמורים.

המחלוקת העיקרית בה דן בית המשפט הינה האם המדובר בעסקת רכישת הזכויות של החברה

כלפי הלקוחות או בעסקת מימון שלהבטחתה שועבדו הכספים שמגיעים לחברה מהלקוחות. במסגרת פסק הדין עמד הנשיא אורנשטיין על מהות עסקת פקטורינג. צוין כי מדובר בעסקה שמהותה היא שצד ג' קונה חובות של ספק או של נותן שירות ושטרם הגיע מועד פירעונן. במקרה הספציפי שעמד להכרעה, נקבע כי לאור הסממנים להיותה של העסקה מימונית, אין המדובר בהמחאה על דרך המכר אלא בהעמדת מימון לחברה כנגד בטוחות. מתן הבטחונות מצביע על היות העסקה מימונית, המבקשת הותירה לה את הזכות לחזור לחברה ככל שלא יעלה בידה לגבות את המגיע מהלקוחות ושילמה לחברה רק 85% מסכום חשבונות הלקוחות. עוד נקבע כי ככלל, שעבוד של חברה לרבות שעבוד של כספי לקוחות של החברה, מחייב רישום בפנקס החברה ברשם החברות, אחרת הוא נעדר תוקף מחייב כלפי המפרקים והנושים.

משלא נעשה במועד רישום בפנקס החברה ברשם החברות, נקבע כי השעבוד נעדר תוקף כלפי המפרקים והחברה, ואין ברישום המאוחר שנעשה כדי לשנות ממסקנה זו. למעלה מן הצורך, קבע הנשיא אורנשטיין כי לא התקיימה נאמנות של החברה בכספי הלקוחות עבור המבקשת ולא ניתן לעקוב אחר כספי הלקוחות שהתקבלו טרם צו ההקפאה שכן אלה התערבבו בכלל כספי החברה. לפיכך, המסקנה שהתקבלה הייתה כי המבקשת איננה בעלת הכספים ומעמדה הוא כשל נושה בדין רגיל, גם ביחס לכספים שהתקבלו מהלקוחות לאחר צו ההקפאה.

לפסק הדין המלא

הסדר נושים: שיקולי פטור; תביעה ייצוגית בהסדר נושים; סיווג אסיפות

פר"ק 13-02-42576 משמרת חברה לשירותי נאמנות נ' אלביט הדמיה (1.1.14). במסגרת הליך זה קבע הנשיא אורנשטיין כי כאשר מתבקש בית המשפט לאשר הסדר נושים, קל וחומר הסדר מורכב

שעמלו על גיבושו תקופה ארוכה, ואשר עבר את מבחן האסיפות ברוב גורף, הרי שרק הוכחת קיומן של נסיבות חריגות וקיצוניות, הסוטות במובהק ממחלוקת של שיקולי כדאיות, יגרמו שלא לאשר את ההסדר. בהקשר זה נקבע כי טענות המתנגדים באשר לפטור מכוונות כנגד שיקולי כדאיות שמסורים לשיקול דעת הנושים, ואלה העדיפו באופן ברור את הסדר הנושים על פני שלילת הפטור לנושאי המשרה, וכן העדיפו את ההסדר על פני המשך בירור התביעה הייצוגית שהתנלה, ולכן אין מקום שלא לכבד את רצון הנושים לאשר את ההסדר.

לפסק הדין המלא

האם להעניק צו החוסם הגשת הליך של בקשה לתביעה נגזרת כאשר התביעה מוגשת נגד חברת בת של תאגיד שאושר בעניינו הסדר נושים?

פר"ק 11478-06-13 רזניק פז נבו נאמנויות בע"מ נ' אי די בי חברה לאחזקות בע"מ (29.12.14). אושר עקרונית על ידי בית המשפט העליון למעט נקודה מסוימת. במסגרת הליך זה נדונה בקשת המבקשים כי בית המשפט ייתן צו האוסר על המשיבים 1 ו-2 להגיש או לנהל בקשה לאישור תביעה נגזרת בשמה של חברת דיסקונט השקעות או כל הליך אחר נגד "אי די בי חברה לפיתוח בע"מ". השאלה שעמדה להכרעה היא האם להעניק צו החוסם הגשת הליך של בקשה לתביעה נגזרת כאשר התביעה מוגשת נגד חברת בת של תאגיד שאושר בעניינו הסדר נושים?

הנשיא אורנשטיין השיב על שאלה זו בחיוב, מאחר שהמשך בירור תביעה נגד גוף שלגביו אושר הסדר נושים על יסוד עילה שהייתה קיימת טרם האישור ומבלי שהדבר הוחרג במסגרת הסדר הנושים, חותר תחת פסק הדין שאישר את הסדר הנושים ואף עלול לגרום לשמיטת המסד שעליו מבוסס הליך הסדר נושים.

לפסק הדין המלא

אלה כאמור רק מקצת מהחלטותיו המשמעותיות של הנשיא אורנשטיין ואין לנו אלא לאחל לו הצלחה בדרכו החדשה.

מדור מסים - השופט ד"ר שמואל בורנשטיין

אני חוזר הביתה

פטור לתושב חוזר מהכנסה שמקורה בחו"ל - רק הכנסה פסיבית

דיון בשאלת פרשנותו של סעיף 14(א) לפקודת מס הכנסה, לאור תיקון מס' 168 לפקודה.

עניינו של סעיף 14(א) לפקודה בהטבת מס לה זכאים אוכלוסיית התושבים החוזרים הוותיקים, עמה נמנה המערער, אשר נולד בישראל בשנת 1953, התגורר באנגליה משנת 1987 ובשנת 2007 שב ארצה, והמשיך לעבוד כמנהל מכירות אזורי של חברה אנגלית.

על פי המערער החל משנת 2004 פעל בשם החברה כמנהל מכירות אזורי ב-9 מדינות (ישראל, הודו, בנגלדש, סרי-לנקה, דרום אפריקה, טורקיה, יוון, קפריסין ומלטה), ומאז חזרתו לישראל, בשנת 2007 המשיך המערער בתפקידו כמנהל מכירות אזורי של 5 מתוך 9 המדינות שהיו באחריותו (ישראל, טורקיה, יוון, קפריסין ומלטה), כאשר במרבית ימי השנה שהה בישראל וביצע את עבודתו מישראל, ובמקצת הימים שהה בחו"ל.

המערער הגיש למשיב, פקיד השומה, דוחות מס הכנסה ביחס לשנים 2007-2011 וביקש להחיל את סעיף 14(א) לפקודה, כאשר לפי הצהרתו רק 36.68% מתוך הכנסותיו מהחברה הופקו בישראל ולפיכך חייבות במס, כאשר יתרת ההכנסות פטורות ממס משום שהופקו מחוץ לישראל.



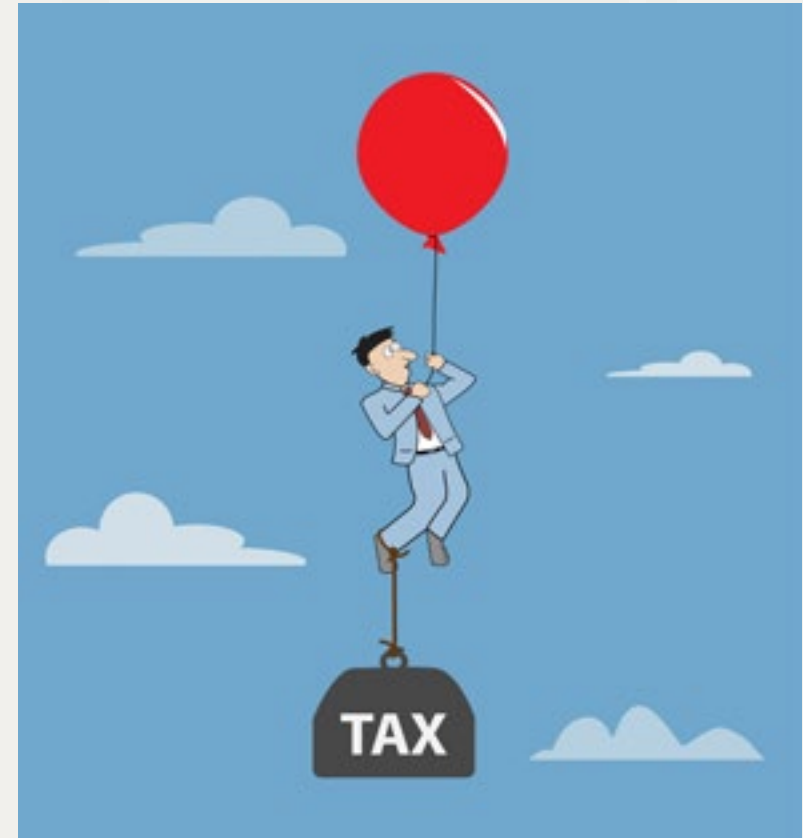
בהמשך לדין ודברים שהתקיים בין נציגי המשיב לבין מייצגי המערער, ערכה נציגת המשיב ביקור באחת מחברות הבת של החברה הזרה, שמקום מושבה בישראל, לרבות פגישה שהתקיימה עם חשבת החברה הישראלית. החשבת העידה כי המערער עובד במשרדי החברה הישראלית, וכי כל לקוחות החברה הישראלית הם ישראלים. בעקבות זאת, הוציא המשיב למערער צווי שומה, בגדרם נקבע כי עיקר עבודתו של המערער בוצע בישראל ובעבור שירותים שניתנו ללקוחות בישראל. חרף זאת, ולפנים משורת הדין כדברי המשיב, הוכרו חלק מהכנסותיו של המערער ככאלה שהופקו בחו"ל ועל כן פטורות ממס. ייחוס זה נעשה על פי דרך החישוב המוצעת בחוזר מס הכנסה, דהיינו בהתאם ליחס בין מספר ימי העסקים ששהה המערער בחו"ל מתוך כלל ימי העסקים בשנת המס הרלוונטית.

המערער לא השלים עם צווי השומה והגיש ערעור מס לבית המשפט המחוזי.

בית המשפט המחוזי דחה את עיקר ערעורו של המערער ביחס להתקיימות שתי החלופות שבסעיף 14(א) לפקודה, המתייחסות לתושב חוזר ותיק (או לעולה חדש): האחת, ההכנסה הופקה או נצמחה מחוץ לישראל; השנייה, מקור ההכנסה הוא מנכס הנמצא מחוץ לישראל.

בית המשפט העליון (כבוד השופטים ע' גרוסקופף, ח' מלצר וע' ברון) דחה את הערעור שהגיש המערער על פסק דינו של בית המשפט המחוזי.

בית המשפט העליון עמד על כך שבעוד פרשנותה של החלופה הראשונה איננה מעוררת קושי, שכן המחוקק הסדיר בסעיף 4א לפקודת מס הכנסה מהו מקום הפקת ההכנסה, ועל כן ניתן על פי הכללים הקבועים בהוראה זו לקבוע מהן "ההכנסות" שהופקו או נצמחו מחוץ לישראל", הרי שפרשנותה של החלופה השנייה אכן מעוררת קושי, כאשר לשיטת המערער, יש



לתת לה פרשנות מרחיבה, הכוללת כל סוג של זיקה לנכס, ובכלל זה זיקתו לחברה בה הוא מועסק וחווה העבודה המסדיר את העסקתו בה, ואילו לשיטת פקיד השומה, יש לתת לה פרשנות מצרה, המתייחסת להכנסות פסיביות מנכס בלבד.

בית המשפט העליון הבהיר כי פרשנותו הנכונה של סעיף 14(א) לפקודה מחייבת לקרוא אותו בשים לב ל"תורת המקור" עליה מבוססת שיטת המיסוי שנקבעה בפקודה, וזאת על-מנת שישתלב במארג דיני מס ההכנסה הנהוגים בישראל; וכי קריאה כזו אינה מאפשרת את אימוץ הפרשנות המרחיבה שהוצעה על-ידי המערער לחלופת מקום הנכס המניב. על כן נדרש, בשלב ראשון, לקבוע מהו המקור אליו יש ליחס הכנסה מסוימת, ולאחר מכן לבחון לאור הכללים החלים ביחס למקור זה האם ההכנסות מכוחו הופקו מחוץ לישראל (עניין אליו מתייחס סעיף 4א לפקודה) או שמקורן בנכס שמחוץ לישראל (עניין אותו יש לבחון לפי טיב מקור ההכנסה בו עסקינן). מבחינה מעשית, משמעות מבחן זה הוא שהכנסות אקטיביות, אשר המקור להן הוא מאמץ מתמשך של הנישום (כגון הכנסה מעבודה או מעסק), אינן מהוות כלל הכנסות "שמקורן בנכסים", וממילא חלופת מקום הנכס המניב אינה רלוונטית לגביהן. לעומת זאת, הכנסות פסיביות, הנובעות מרכושו של הנישום ולא ממאמציו, יהיו לרוב כאלה "שמקורן בנכסים", ולפיכך הפטור בגינן יכול להינתן לא רק לפי מקום הפקת ההכנסה, אלא גם לפי מקום הימצא הנכס המניב.

עוד נפסק כי גם מבחינת תכליתו של ההסדר שנקבע בתיקון 168, נטרול תמריץ המס השלילי של המעבר לישראל, עולה כי לא ניתן לאמץ את פרשנות המערער. תכליתו של תיקון 168, ושל הפטור בסעיף 14(א) לפקודה בפרט, היא להשיג את המטרה של 'ניטרליות המעבר', דהיינו למנוע חיוב מס שנוצר רק מהטעם היחיד שהנישום בחר לעלות או לשוב לישראל, כך שהחלטה האם לעבור לישראל או לאו, תהא נטולה השפעות מיסויים. ודוק, אין מדובר בהקטנת חבות המס שחלה על

פרשנותו הנכונה של סעיף 14(א) לפקודה מחייבת לקרוא אותו בשים לב ל"תורת המקור" עליה מבוססת שיטת המיסוי שנקבעה בפקודה, וזאת על-מנת שישתלב במארג דיני מס ההכנסה הנהוגים בישראל.

הנישום עובר לעלייתו לישראל, ועל כן אין מקום להחיל את הפטור על הכנסה שממילא היה משולם בגינה מס לרשויות בישראל גם אלמלא המעבר. אף מטעם זה יש לפרש את הפטור שבסעיף 14(א) לפקודה באופן שחלופת מקום הנכס המניב תהיה רלוונטית רק לגבי הכנסות פסיביות, שחבות המס של תושב זר ביחס אליהן תלויה במקום הנכס המניב, ולא ביחס להכנסות אקטיביות, שחבות המס של תושב זר ביחס אליהן תלויה במיקום הפעילות, ולא במיקומו של הנכס.

אשר לעניינו של המערער הודגש כי מדובר במקרה פשוט יחסית ליישום המבחן הדו-שלבי וכי לא נמצא מקום להתערבות בקביעותיו העובדתיות של בית המשפט קמא לפיהן מלוא הכנסתו של המערער במקרה שלפנינו היא הכנסת עבודה, החייבת במס הכנסה מכוח סעיפים 2(2) ו-4א(א)(4) לפקודת מס הכנסה.

הכנסת עבודה, לפי טבעה, אינה מסוג ההכנסות ש"מקורן בנכסים", ולפיכך אין החלופה של מקום הנכס המניב רלוונטית לגביה. מכאן שהעובדה שהפקת הכנסת העבודה לא הייתה אפשרית ללא קיומה של החברה המעסיקה, וללא כריתתו של חוזה ההעסקה, אין בהם כדי לשנות מהמסקנה כי לצורך דיני מס הכנסה, ובכלל זה סעיף 14(א) לפקודת מס הכנסה, מקור ההכנסה במקרה זה איננו בנכס.

כיוון שכך, החלופה היחידה לפיה יכול המערער לזכות בפטור היא מקום הפקת ההכנסה - חלופה אשר על האופן בו יושמה בבית המשפט קמא המערער לא ערער.

לפסק הדין המלא: ע"א 1779/18 תלמי נ' פקיד השומה כפר סבא (2.12.2020).

יש לפרש את הפטור שבסעיף 14(א) לפקודה באופן שחלופת מקום הנכס המניב תהיה רלוונטית רק לגבי הכנסות פסיביות, שחבות המס של תושב זר ביחס אליהן תלויה במקום הנכס המניב.

לי זה עולה יותר

גם בעסקת קומבינציה ברירת המחדל לקביעת השבח היא שווי השוק

היה היתה חלקת מקרקעין בחיפה בשטח של 903 מ"ר, אשר מחציתה בבעלות המערערים ומחציתה בבעלות בתם ובן-זוגה. בעלי המקרקעין התקשרו עם קבלן במטרה להקים בניין בן שבע דירות, כאשר בעוד שעם המערערים נעשתה עסקת קומבינציה, לפיה הקבלן יקבל שלוש דירות והמערערים יקבלו דירה אחת, עם המשיבים 2-3 נערכה עסקת קבלנות שבמסגרתה התחייבו לשלם לקבלן עבור בניית שלוש דירות סכום של 2,275,000 ₪. בסך הכל, הוסכם כי מתוך שבע הדירות שייבנו בבניין, שלוש ישויכו למשיבים 2-3, שלוש לקבלן, ואחת למערערים. השאלה השנויה במחלוקת היתה מהו שווי המקרקעין שהועברו לקבלן במסגרת עסקת הקומבינציה. המערערים הגישו למנהל מיסוי מקרקעין הצהרה לפיה מכרו 2/3 מזכויותיהם במקרקעין תמורת 758,000 ₪ ואילו המשיב סבר כי שווי המכירה הוא 2,800,000 ₪. הערר מטעם המערערים נדחה בפסק דינה של וועדת הערר, שקבעה את שווי המקרקעין לפי החישוב שערך השמאי מטעם המשיב.

לשלמות התמונה יצוין כי המשיב ייחס למשיבים 2-3, מכירת חלק מהמקרקעין לקבלן וביקש לחייב אותם במס שבח, אך הערר מטעמם התקבל והחיוב בוטל, משנקבע כי אין לראות את העסקה כמכר של זכויות המשיבים 2-3 במקרקעין לקבלן.

בית המשפט העליון (כבוד השופטים ח' מלצר, י' עמית וע' ברון) מצא כי הערעור נכנס בגדרו של סעיף 90 לחוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה), (התשכ"ג-1963) הקובע כי "על החלטתה של ועדת ערר ניתן לערער בבעיה משפטית לבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים", וציין כי השאלה בה יש להכריע היא האם יש למסות את העסקה על פי שווי השוק של המקרקעין או על פי התמורה שנטען כי נתקבלה עבורם, כאשר ברובד השני, ככל שהשווי הרלוונטי הוא שווי

השוק, נדרשת הכרעה לגבי שיטת השמאות המתאימה להערכת שווי הקרקע - שיטת ההשוואה או שיטת החילוץ.

בית המשפט העליון הבהיר כי נקודת המוצא לקביעת שוויים של מקרקעין לצורך חישוב החבות במס שבח, נמצאת בסעיף 1 לחוק, במסגרתו ניתן למצוא שתי חלופות להערכת שווי הקרקע: הראשונה היא שווי השוק (מכירה ממוכר מרצון לקונה מרצון) והשנייה היא גובה התמורה המוסכמת במקרה הקונקרטי. על פי הוראת הסעיף, נקודת המוצא היא שווי השוק של העסקה, והבחירה בחלופה של התמורה המוסכמת מותנית בכך שהמנהל השתכנע כי היא "נקבעה בתום לב ובלי שהושפעה מקיום יחסים מיוחדים בין המוכר לקונה, בין במישרין ובין בעקיפין".

שתי החלופות הללו רלוונטיות גם למיסוי עסקאות קומבינציה, כאשר על פי החלופה של התמורה המוסכמת, שווי המכירה הוא שווי עלויות הבנייה שהקבלן נותן לבעל הקרקע, בצירוף מע"מ ורווח קבלני.

בערעור נטען כי בעסקת הקבלנות של המשיבים 2-3, תומחרו עלויות הבנייה של שלוש יחידות דיור בסכום של 2.275 מיליון ₪. ועדת הערר אישרה את התמחור הזה ביחס למשיבים 2-3 כבסיס ראוי להערכת שירותי הבנייה עבור שלוש דירות כפי ששילמו המשיבים 2-3 בעסקה, ומסקנתה היתה כי עלות הבנייה של יחידת דיור אחת היא כ- 758,000 ₪ ($2,275,000/3$). המערערים טענו כי זהו שווי התמורה שהם שילמו לקבלן עבור שירותי הבנייה של יחידת דיור עבורם, כלומר זו התמורה שהתקבלה עבור המקרקעין ועל בסיסה יש לחשב את שיעור המס.

נקודת המוצא לקביעת שוויים של מקרקעין לצורך חישוב החבות במס שבח, נמצאת בסעיף 1 לחוק, במסגרתו ניתן למצוא שתי חלופות להערכת שווי הקרקע.

שתי החלופות הללו רלוונטיות גם למיסוי עסקאות קומבינציה.

בית המשפט העליון דחה את הטענה והדגיש כי בעוד המערערים מציגים את עסקת הקומבינציה כעסקה נפרדת לחלוטין מעסקת הקבלנות של המשיבים 2-3, בפועל העסקה עם הקבלן נעשתה במסגרת הסכם אחד שעליו חתומים המערערים, המשיבים 2-3 והקבלן. בנסיבות אלה, ובהינתן הקרבה המשפחתית ההדוקה בין המערערים למשיבים 2-3, קיימת אפשרות ממשית כי התמורה שהמערערים קיבלו, במישרין או בעקיפין, גבוהה יותר, כך שמדובר ב"יחסים מיוחדים בין המוכר לקונה, בין במישרין ובין בעקיפין", כלשון סעיף 1 לחוק. מכאן שבנסיבות אלו שווי התמורה המוצהרת אינו יכול להכתיב בהכרח את שיעור המס, והנתון הרלוונטי הוא שווי השוק של המקרקעין שהועברו לידי הקבלן. הודגש כי מאחר שהמשיבים 2-3 יצאו מהעסקה כשבידיהם שלוש דירות בשווי "נטו" של כ-8 מליון ₪ (לאחר הפחתת התשלום במזומן של 2.275 מליון ₪ לקבלן) והמערערים יצאו ובידם דירה אחת שהוערכה בשווי של 3.5 מליון ₪ על פי חוות דעתו של השמאי, הרי שההנחה של המשיב, שהתקבלה על ידי ועדת הערר, כי במכלול העסקה, הייתה "הסטה" של חלק מהתמורה מהמערערים אל המשיבים 2-3.

דחיית השומה העצמית מטעם המערערים אינה מובילה בהכרח לאימוץ של השומה מטעם המשיב על קרביה ועל כרעיה.

הובהר כי קיים קושי לאמץ את עמדת המערערים, כפי שהיא, לגבי שווי הקרקע. לשיטתם של המערערים נוצר פער עצום בין התמורה שקיבל הקבלן בעסקת הקומבינציה (שלוש דירות ששווי כל אחת מהן הוא כ-2.3 מיליון ₪ לכל הפחות) לבין התמורה שקיבל הקבלן בעסקת הקבלנות עבור בניית שלוש דירות (2.25 מיליון ₪). כלומר, הגם שהמערערים והמשיבים 2-3 החזיקו כל אחד ב-50% משטח החלקה, הרי שהמערערים יצאו מהעסקה עם דירה אחת בשווי 3.5 מיליון ₪ בעוד המשיבים 2-3 יצאו מהעסקה עם שלוש דירות בשווי כולל של כ-10.2 מיליון ₪, שממנו יש להפחית 2.25 מיליון ₪ ששולמו עבור שירותי הבנייה (כ-8 מיליון ₪). עמדת המערערים נדחתה אפוא, ונקבע כי התמורה בפועל, כפי שהוצגה על ידם, אינה משקפת את המציאות. לצד זאת הבהיר בית המשפט העליון כי דחיית השומה העצמית מטעם המערערים אינה מובילה בהכרח לאימוץ של השומה מטעם המשיב

על קרביה ועל כרעיה. בית המשפט העליון מצא קושי לאמץ גם את הערכת השמאי מטעם המשיב, ופסק לבסוף כי יש להעריך את שווי המקרקעין שמכרו המערערים לקבלן ב-1.9 מליון ₪. זאת, כממוצע בין שיטת העותרים על פי עלויות הבניה בצירוף מע"מ ורווח קבלני של 15% (כמליון ₪) לבין שיטת החילוץ (2.8 מליון ₪), ובהתאם לכך לחשב את החבות במס שבח בגין העסקה. הובהר כי סכום זה נוטה יותר לכיוונו של המשיב, וזאת בעיקר בהתחשב בנטל ההוכחה הרובץ על המערערים בשל היחסים המיוחדים בין הצדדים להסכם.

לפסק הדין המלא: ע"א 5738/17 חנין נ' מנהל מיסוי מקרקעין חיפה (6.12.2020).

אין ארוחות חינם

התשומות הקשורות להחזקת חדר האוכל אינן הטבה לעובד

המערערת היא חברה פרטית העוסקת ביצור ובפיתוח מוצרי תוכנה ומעסיקה כ- 5,000 עובדים, הממוקמים ברובם במבנה משרדים ששטחם כ- 70,000 מ"ר ברעננה וכן במבנה בשדרות ששטחו כ- 6,000 מ"ר.

המערערת הקצתה באותם בניינים המשמשים לפעילותה העסקית שטחים לטובת חדרי אוכל לעובדים. בנוסף, הוקצו שטחים למטבחים, לרבות למכונות לשטיפת כלים, חדרי אחסון וקירור. הארוחות מסופקות לעובדים על ידי שתי חברות קייטרינג חיצוניות (אחת ברעננה והשנייה בשדרות), כאשר כל אחת מהחברות מספקת מדי יום אלפי ארוחות בחדרי האוכל הפועלים משעות הבוקר עד השעה 22:00.

המערערת לא ניכתה את מס התשומות הכלול בחשבונות שהוצאו לה על ידי שתי חברות הקייטרינג, בנימוק לפיו אין לראות בתשומות אלו כ"הטבה לעובד" הבאה בגדרי תקנה 15א' לתקנות מס ערך

מוסף, התשל"ו - 1976. המערערת אף לא ניכתה את מס התשומות בגין הציוד שרכשה לצורך המטבחים המשמשים להכנת הארוחות, כגון - תנורים, מקררים ומכונות שטיפת כלים, כמו גם שולחנות וכסאות האוכל. לטענתה, מדובר בתשומות לצרכי העסק המנוהל על ידה, ועל כן תשומות אלו הן בעיקרן לטובת המעביד ולא לצרכי העובדים. המערערת ניכתה את מס התשומות הגלום בחשבוניות שהוצאו לה על ידי הצדדים השלישיים שהשכירו לה את הבניינים המשמשים למשרדה, וכן ניכתה את התשומות הקשורות בהפעלת משרדה בבניינים האמורים - חשמל, מים, ארנונה ודמי ניהול.

המשיב, מנהל מע"מ נתניה, הוציא למערערת שומת תשומות בגין החלק היחסי של התשומות הנ"ל כיחס שטחי חדרי האוכל, המטבחים וחדרי האחסון והקירור מתוך סך כל ההוצאות הנ"ל המשולמות על ידי המערערת בגין בנייני המשרדים ששכרה, וקבע כי תשומות אלו הן בגדר "הטבה לעובד" ונכללות כחלק מ"ארוחה" במשמעות תקנה 15א' לתקנות מע"מ.



בית המשפט המחוזי מרכז קיבל את ערעורה של המערערת.

בית המשפט קבע כי על השאלה - האם במקומות עבודה שבהם מעמידים לטובת העובדים מתחם ייעודי לשם צריכת מזון ומשקה (לאו דווקא בדרך ובסדרי הגודל המאפיינים את המערערת), כולל המונח "ארוחה", גם את דמי השכירות היחסיים שניתן לייחס לאותו מתחם, וכיוצא באלה עלויות נוספות כמו חשמל, מים, דמי ניהול וארנונה - יש להשיב בשלילה.

בית המשפט (השופט ש' בורנשטיין) פסק כי יש להחיל את תקנה 15א על תשומות הקשורות באופן מובהק ובלעדי לארוחה. כך, חומרי הגלם והעבודה (ובמקרה דנן - התשלום לחברות הקייטרינג),

הציוד והריהוט, הן תשומות בשל העובד ואין לנכות מס תשומות בגינן. לעומת זאת, התשומות היחסיות הקשורות למקום שהוקצה על ידי המעביד, מתוך מבנה המפעל או המשרדים, לשם הכנתה וצריכתה של הארוחה, דהיינו החלק היחסי מתוך דמי השכירות, החשמל, המים, הארנונה ודמי הניהול, אין מקום לראותן כתשומות בשל העובד.

הובהר כי עת בוחן בית המשפט את השאלה מה נכלל במונח "ארוחה" לצורך תקנה 15א האמורה, נדרש הוא לשוות לנגד עיניו גם מקומות עבודה שבהם מעמידים לטובת העובדים פינות ישיבה, פינות הסבה, מזנונים, מטבחים קומתיים וכיוצא באלה מתחמים - מצומצמים בהרבה ממתחמי ההסעדה רחבי ההיקף אצל המערערת המספקת ארוחות לאלפי עובדים - המשמשים לעובדים לצורך מאכל ומשתה. כן נדרש בית המשפט לשוות לנגד עיניו מתחמים נוספים המצויים במקומות העבודה, שאינם מיועדים לארוחות, אך גם לא לביצוע העבודה עצמה, אלא למטרות אחרות, למשל - מנוחה או העשרה, כאשר בסופו של יום, המונח "ארוחה" בתקנה הינו אך דוגמא לטובת הנאה של העובד שאין לנכות בגינה מס תשומות.

הובהר כי מתקין התקנות לא התכוון לייחס מתוך כלל דמי השכירות המשולמים על-ידי המעביד בגין שכירת מבנה המפעל או מבנה המשרדים חלק כלשהו לתשומות "בשל עובד" על שום שבמקום העבודה קיימים אזורים - גדולים או קטנים, מפוארים או בסיסיים - שבהם מתבצעת פעילות שאינה עבודה ממש, הגם שהיא מתבצעת במסגרת שעות העבודה וכחלק משגרת יומו של העובד.

בית המשפט אף לא ראה מקום להידרש לשאלה האם העובדה שהמערערת העמידה לטובת העובדים חדר אוכל מצויד היטב היא בבחינת הכרח.

התשומות היחסיות הקשורות למקום שהוקצה על ידי המעביד, מתוך מבנה המפעל או המשרדים, לשם הכנתה וצריכתה של הארוחה, דהיינו החלק היחסי מתוך דמי השכירות, החשמל, המים, הארנונה ודמי הניהול, אין מקום לראותן כתשומות בשל העובד.

עוד נקבע כי המקום שבו המעביד מספק לעובד את הארוחה (או טובת הנאה אחרת) אינו הטבה במובנה של תקנה 15א, כשם ששטחים נוספים המצויים במקום העבודה, שאינם משמשים לצורך עבודה ממש (למשל פינת המנוחה, או חדר הכושר המצוי במקום העבודה), אינם הטבה שראוי לשלול בגינה את ניכוי מס התשומות.

לפסק הדין המלא: ע"מ 17-09-22467 אמדוקס ישראל בע"מ נ' מנהל מע"מ נתניה (17.12.2020).

מדור תעבורה - השופטות נועה חקלאי ורבקה שורץ

אכיפה בררנית: על הטוען להראות חריגה שיטתית ולאורך זמן ממדיניות האכיפה של הרשות

המערער הועמד לדין בעבירה של סיכון חיי אדם במזיד בנתיב תחבורה, לפי סעיף 332(2) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: החוק).

המערער נהג ברכב, כשהוא בלתי מורשה לנהיגה, חצה קו הפרדה רצוף, לא עצר רכבו על אף הוראת שוטר שכרז לו לעצור, נסע לאחור, ביצע פנייה ונהג במהירות גבוהה בעוד השוטר דולק בעקבותיו וכורז לו לעצור. המערער נסע בנתיב נגדי, עקף כלי רכב אחרים, חציית קו הפרדה רצוף, חצה מעברי חצייה מבלי להאט, נהג רכבו באופן שהיה בו כדי לסכן כלי רכב אחרים.

המערער נכנס לצומת במהירות מהנתיב הנגדי, באור אדם, תוך שחצה שטח הפרדה והתנגש ברכב אחר שנכנס לצומת בחסות האור ירוק. המערער עצר, יצא מרכבו, נמלט רגלית עד שנעצר תוך מספר דקות.



המערער הודה בעובדות המתוארות לעיל ולא כפר בכך שהתקיים היסוד הנפשי בעבירת סיכון חיי אדם במזיד בנתיב תחבורה. עם זאת המערער טען להגנה מן הצדק בשל אכיפה בררנית בכך שהוא הועמד לדין בעבירה של סיכון חיי אדם במזיד בנתיב תחבורה.

המערער העלה הטענה בתשובתו לכתב האישום ולפיה, במקרים חמורים בהרבה ייחסה המשיבה לנאשמים עבירה של "נהיגה פוחזת".

בית משפט המחוזי קיבל את טענת המערער בדבר קיומה של הגנה מן הצדק בשל אכיפה בררנית, זיכה אותו מהעבירה של סיכון חיי אדם במזיד אך הרשיעו בעבירה של נהיגה בפזיזות לפי סעיף 338(א)(1) לחוק ובעבירות נוספות לפי פקודת התעבורה (נהיגת בלתי מורשה, אי ציות לרמזור אדום, אי ציות לשוטר, נהיגה במהירות מופרזת).

בית המשפט המחוזי גזר על המערער 7 חודשי מאסר לריצוי בפועל, בניכוי ימי מעצרו וכן פסילת רישיון נהיגה בפועל ועל תנאי, עונש

מאסר מותנה וקנס בסך 5,000 ₪.

המערער ערער על חומרת העונש.

המשיבה ערעה על זיכוי מהעבירה של סיכון חיי אדם וככל שיתקבל ערעורה, על קולת העונש.

שופטי ההרכב בבית המשפט העליון, כב' המשנה לנשיאה, ח' מלצר, כב' הש' נ' סולברג וכב' הש' קרא קבעו, כי החלטת המדינה לייחס למערער עבירה של סיכון חיי אדם במזיד בנתיב תחבורה בשל אופן נסיעתו עולה בקנה אחד עם הנחיית פרקליט המדינה.



שופטי ההרכב ציינו כי הנחיית פרקליט המדינה קובעת אמות מידה לייחוס הסעיפים הרלוונטיים בחוק העונשין (סעיפים 332(2), 329 ו-338) בהתאם לנסיבות המקרה, תוך יצירת מדרג בין העבירות השונות והקפדה על ייחוס העבירה המחמירה של סיכון חיי אדם במזיד בנתיב תחבורה למקרים החמורים ביותר ובהתאם לדרישת היסוד הנפשי שבסעיף זה.

שופטי ההרכב קבעו, כי בנסיבות בהן קיימת מדיניות מוצהרת ומפורטת המדריכה את רשויות התביעה והרשות פעלה בהתאם לה, יש להקפיד בנטל הראיה המוטל על הטוען לאכיפה בררנית ולדרוש כי יצביע על חריגה שיטתית ולאורך זמן ממדיניות האכיפה של הרשות.

נקבע כי המערער לא עמד בנטל הראיה המוטל עליו.

בית המשפט עמד על התנאים בדבר הוכחת אכיפה בררנית ופסק כי נקודת המוצא לבחינת הטענה לקיומה של אכיפה בררנית היא בחינת קבוצת השוויון שעליה נמנה הטוען, המשכה בבחינת המצבים בהם האכיפה בין קבוצת השוויון שונה והטעמים שבבסיס הדבר ולבסוף בחינת שאלת הנטל הראיתי.

בית המשפט העליון ציין כי שורת המקרים עליה ביסס בית המשפט המחוזי את קביעתו בדבר קיומה של מדיניות אכיפה בררנית ובלתי אחידה, כוללת מקרים שנסיבותיהם שונות באופן מהותי, המצדיק את ההבחנה ביניהם.

טענת המערער להגנה מן הצדק בהתבסס על טענה בדבר קיומה של אכיפה בררנית בהעמדתו לדין בעבירה לפי סעיף 332(2) לחוק, נדחתה. בית המשפט העליון ביטל את הרשעתו של המערער בעבירה של נהיגה בפזיזות ותחתיה הרשיעו בעבירה של סיכון חיי אדם במזיד בנתיב תחבורה לפי סעיף 332(2) לחוק. בנסיבות בית המשפט העליון החמיר בעונשו של המערער באופן שרכיב המאסר הועמד על 12 חודשים.

להחלטה המלאה: ע"פ 3507/19 וע"פ 3514/19 עבד אלסמד בורקאן נ' מדינת ישראל (3.12.20) ז

בקשה לעיכוב ביצוע רכיב פסילה בעונש עד להכרעה בערעור, תתקבל רק במקרי קיצון

המערער נדון על עבירות של נהיגה רשלנית באופניים חשמליים, אי ציות לרמזור אדום וגרימת תאונת דרכים שתוצאתה נזק לכלי הרכב וחבלות למערער.

על המערער נגזרו 5 חודשי פסילה וענישה נלווית.

המערער נשפט בהעדרו, לאחר שהמשיבה הציגה אישור מסירה בו צוין כי המערער סירב לקבל את דבר הדואר, והדואר "הודבק".

המערער הגיש בקשה לביטול פסק הדין שניתן בהיעדרו.

לדבריו, לא קיבל את הזימון לדיון, קיימים פגמים באישור המסירה ויגרם לו עיוות דין נוכח כפירתו באשומים המיוחסים לו.

בית משפט קמא קבע כי לא מתקיימים התנאים לביטול פסק הדין שניתן בהיעדר, תוך שהפנה לתקנה 54 לתקנות סדר הדין הפלילי, התשל"ד-1974, לפיה רשאי בית המשפט לקבוע שמסמך הומצא כראוי, אם סירב הנמען לקבלו ומוסר ההזמנה אישר בחתימתו את דבר מסירתו וסירוב האישור. בית משפט קמא ציין כי אין די בעצם כפירה בביצוע העבירה כדי להקים טענה של עיוות דין.



המערער הגיש ערעור לבית המשפט המחוזי, וכן בקשה לעיכוב ביצוע עונש הפסילה שהוטל עליו עד להחלטה סופית בערעור. בית המשפט המחוזי, דחה את הבקשה לעיכוב ביצוע.

המערער הגיש ערעור לבית המשפט העליון על ההחלטה שלא לעכב את ביצוע עונש הפסילה.

בית המשפט העליון (כב' השופט ג' קרא), דחה את הערעור וקבע כי פסילת רישיון נהיגה אינה שקולה לפגיעה בחירותו של אדם עקב עונש מאסר, כך שבעוד שהפגיעה בחירות הפרט מצומצמת באופן יחסי, האינטרס הציבורי בביצוע עונש הפסילה באופן מידי נותר איתן. לפיכך קבע כי **בקשה לעיכוב ביצוע או להפסקת ביצוע עונש פסילה תתקבל רק במקרי קיצון**.

עוד קבע כב' בית המשפט העליון כי הסיכויים הלכאוריים לקבלת הערעור, אשר כידוע, מהווים שיקול מרכזי בבקשה לעיכוב ביצוע של עונש, אינם גבוהים.

בשל כל אלה החליט לדחות את הערעור.

להחלטה המלאה: ע"פ 8550/20 אמנד אסכאפי נ' מדינת ישראל (15.12.20).

ניתן להוכיח הרשעות קודמות גם ללא הגשת הרישום הפלילי, אך ראוי להקפיד על הגשת הגיליון ולתעד זאת בפרוטוקול

המבקש הורשע על פי הודאתו בעבירות של נהיגה ברכב ללא רישיון נהיגה וללא ביטוח והפרעה לשוטר במילוי תפקידו.

בית משפט קמא גזר את עונשו של המבקש מבלי שהוגש לו גליון ההרשעות הקודמות, והטיל על המבקש 9 חודשי מאסר בפועל, מאסר על תנאי, פסילה מלקבל או להחזיק רישיון נהיגה למשך 12 חודשים ופסילה על תנאי מלהחזיק או לקבל רישיון נהיגה לתקופה של 10 חודשים. כמו כן, הורה

בית המשפט על הפעלה בחופף של עונש מאסר על תנאי למשך 6 חודשים ושל פסילה על תנאי למשך 6 חודשים.

בית המשפט המחוזי, אשר נחשף לרישום הפלילי במהלך הדיון בערעור, דחה את ערעור המבקש על חומרת העונש, וציין כי לא זו בלבד שבא כוח המבקש לא הכחיש את הרשעותיו הקודמות של המבקש, אלא שאף ציין את תקופות המאסר הקודמות "ובכך ייתר את הצורך בהגשת הרישום עצמו".

בית המשפט העליון, (כב' הש' ג' קרא) דחה את הבקשה למתן רשות ערעור תוך שציין כי: "אמנם, דרך המלך המקובלת להוכחת רישום פלילי של נאשם היא בהגשתו של פלט מן המרשם הפלילי, אולם אין הכרח בכך, שכן הוראת סעיף 188(א) לחסד"פ מאפשרת להוכיחו ב"כל דרך אחרת של הוכחה כדין".

גם הטענה הנוגעת להפעלת העונשים המותנים אינה מבססת עילה להתערבות ב"גלגול שלישי", משאין בידי המבקש לבסס את טענתו כי נגרם לו עיוות דין בשל כך, בייחוד שעונשים אלו הופעלו בחופף לעונשים שהוטלו עליו בגין העבירות עליהן נדון...

וידגש, בשום שלב לא נטען כי המידע שהציגה המשיבה בעל-פה בפני בית משפט השלום ביחס לרישום הפלילי של המבקש, לרבות קיומם של עונשים מותנים בני הפעלה, היה שגוי. כפי שקבע בית המשפט המחוזי, עברו התעבורתי של המבקש, כפי שנטען על ידי המשיבה, לא הוכחש על ידו לאורך ההליכים כולם, ובא כוחו אף אישר את הפרטים בדבריו שלו - כך בדיון בבית משפט השלום, כך בהודעת הערעור וכך בדיון בבית המשפט המחוזי. אף לאחר שהוגש גיליון הרישום הפלילי בדיון בבית המשפט המחוזי, לא מצא בית המשפט המחוזי לקבוע כי האמור בו שונה מהתמונה שהוצגה בבית משפט השלום ושעליה נסמך גזר דינו. כך, גם לא נטען כי העונשים המותנים לא היו עונשים בני הפעלה או כי נפלה שגיאה כלשהי בהפעלתם."

בית המשפט העליון הדגיש כי: "מן הראוי להקפיד על הגשת גיליון הרישום הפלילי ועל תיעוד בפרוטוקול של הגשת גזרי הדין שאת העונשים המותנים בהם, מתבקש בית המשפט להפעיל."

לפסק הדין המלא: רע"פ 7565/20 פלוני נ' מדינת ישראל (1.12.20).

תפיסת רכב לצרכי חילוט גם לתקופה העולה על שנה, בעבירות של המתה בקלות דעת, חבלה חמורה וסיכון חיי אדם במזיד

כנגד העורר ונאשם נוסף הוגש כתב אישום המייחס להם עבירות של המתה בקלות דעת, חבלה חמורה וסיכון חיי אנשים במזיד בנתיב תחבורה. בעקבות נסיעתם הפרועה פגע רכבם ברכב המעורב, וכתוצאה מהפגיעה נהרג נהג הרכב המעורב ונוסעת אחרת נפצעה קשה.

הרכב בו נהג העורר נתפס ביום האירוע ובכתב האישום נתבקש חילוטו.

עורר 1 ואביו (עורר 2) הגישו ערר, לדבריהם משטרת ישראל אף נתנה הודעה המורה על הסכמתה לשחרר את הרכב, אך הרכב עדיין תפוס מזה למעלה משנה. נטען כי התפיסה פוגעת באופן קשה ובלתי מידתי בקניינם ובפרנסתם של העוררים, לאור העובדה שעורר 2 נאלץ לפרוע את תשלומי ההלוואה בגין רכישת הרכב במקום העורר, שאינו יכול לעבוד בשל היותו נתון במעצר בית.



בשולי הבקשה נטען כי הרכב משועבד לחברת מימון כך שגם אם הוא ישוחרר, לא יוכלו העוררים למוכרו.

המשיבה התנגדה לבקשה וציינה שהמשך החזקה ברכב דרוש לצורך חילוטו, זאת נוכח השימוש ברכב ככלי לביצוע עבירה חמורה של המתה, ובשל הזיקה המהותית והישירה בין הרכב לעבירה.

בית המשפט המחוזי, דחה את בקשת העוררים להשבת הרכב.

בית המשפט העליון (כב' הש' ד. מינץ) קבע, כי קיימת תשתית ראייתית לכאורה למעורבות העורר ורכבו בעבירה חמורה אשר הביאה לבסוף לגדיעת חיי אדם, כי תפיסת הרכב נעשית לצורך חילוט החפץ עם סיום ההליך הפלילי, וכי מדובר במקרה מובהק אשר בו מתקיימת זיקה בין העבירה לבין החפץ שבאמצעותו היא בוצעה, שהוא המבחן הרלוונטי לעניין הוראת סעיף 39 לפקודה. בנסיבות אלו, קבע בית המשפט העליון כי לא נפל פגם בהחלטה שלא לשחרר את הרכב בשלב זה.

לדבריו:

”אמת, נכון הדבר שתפיסת נכס לצורך חילוט עתידי כרוכה בפגיעה בזכות בעל הקניין. יש גם לשקול את אלמנט משך הזמן ואת התארכות ההליכים המשפטיים. אולם מנגד, עומד האינטרס הציבורי המחייב ביצוע איזון הולם בינו לבין הפגיעה בזכויות בעל החפץ... בענייננו, בנסיבות מקרה זה, בהתחשב בין היתר בחומרת העבירות ובזיקה ההדוקה לכאורה בין הרכב לבין העבירות, לא השתכנעתי כי הפגיעה בעורר או בבני משפחתו, או התארכות ההליך המשפטי, מביאים לשינוי נקודת האיזון האמורה בעת הזו.”

בית המשפט העליון ציין, כי אין קשר בין אישור ודעת אגף התנועה כי הסתיימה החקירה התעבורתית וכי אין מניעה חקירתית לשחרור הרכב לבעליו, לבין ההליך הפלילי המתנהל כנגד העורר וכוונת המשיבה לחלט את הרכב בסיום ההליך.

להחלטה המלאה: בש"פ 8239/20 איסמאעיל נ' מדינת ישראל (2.12.20).

סעיף 230 לחסד"פ - תשלום קנס ע"י אשת בעל הרכב - משמעותו, הגשת בקשה להארכת מועד או ערעור על החלטה, שדחתה בקשה להארכת מועד אינה מקנה סמכות לעכב ביצוע החלטת רשות הרישוי

המדובר בערעור על החלטה אשר דחתה בקשה להארכת מועד להישפט בגין עבירה מושא דוח ששולם ע"י אשת המערער.

הטענה מרכזית של ב"כ המערער היתה כי אין לראות בתשלום הודאה של מקבל הדוח הואיל והוא בוצע ע"י אדם אחר, במקרה זה ע"י אשתו, ואדם אחר שאינו עורך דין - אינו יכול להודות בשם נאשם בין אם מדובר בעבירה קלה ובין אם בעבירה פלילית רגילה.

כן נטען שיש משמעות לכך שהדוח שולם בתוך ה-90 יום ממועד קבלת הדוח והבקשה הוגשה בתוך סד הזמנים, שנכתב על גבי הדוח לצורך תשלום או הגשת בקשה להישפט.

הערעור נדחה ונקבע כי אין עיוות דין.

עוד נקבע כי ההלכה היא כי במקרה בו שולם דוח, תינתן ארכה להישפט **רק במקרים חריגים** ויוצאי דופן בהם הוכח קיומו של עיוות דין.

במקרים דומים שהגיעו לבית המשפט העליון נדחו טענות דומות, הגם שנטען כי אשת המערער שילמה את הדוח (למשל, רע"פ 641/19 מילר נ' מדינת ישראל (10.4.19)).

בית המשפט היפנה לרע"פ 2937/17 **גיל פלדמן נ' מדינת ישראל** (2.4.17) - שם דובר במי שהגיש בקשה להישפט, אך לאחר מכן, הדוח שולם באינטרנט לטענתו, בשגגה ע"י אשתו.

בית המשפט העליון קבע כי הרשעתו השתכללה עם תשלום הקנס והפכה חלוטה, עוד קבע כדלקמן:

"הרשות המנהלית, ועל אחת כמה וכמה הערכאות המשפטיות, אינן מחויבות לבחון האם תשלום הקנס באמצעות אתר האינטרנט שולם על ידי המבקש; על ידי אחר, בהנחייתו של המבקש; על דעתו של המבקש; או בניגוד לדעתו. גם אם נכון הוא, כי התשלום התבצע על ידי אשתו של המבקש, הרי שאין לראות במקרה זה כמקרה חריג, המצדיק הארכת מועד לאחר תשלום הקנס, וזאת נוכח ידיעתו של המבקש על דבר קיומו של הדו"ח, ובשל היעדר נסיבות מיוחדות בעניינו של המבקש".

אשר לטענה לפיה אדם אחר אינו יכול להודות בשם אחר אלא אם כן הוא מייצג אותו כעורך דין, נקבע כי עסקינן "בעבירות קלות" לגביהן נקבעו סדרי דין מיוחדים בחוק, כאשר "החוק קובע בסעיף 229(ח) כי מי ששילם את הקנס נראה כאילו הודה באשמה. המדובר בקונסטרוקציה משפטית מיוחדת לפיה, תשלום הקנס ייחשב לצורך תוצאות ההליך (רישום במרשם התעבורתי, חיוב בנקודות ובאמצעי תיקון אחרים וכיו"ב), והגם שהתוצאה היא כמו הרשעה, אין המשמעות כי אותו אדם או המשלם הגיע לבית המשפט והודה בעבירה". בית המשפט היפנה גם לעפ"ת 20526-08-20 **קלדרון נ' מדינת ישראל** שם התייחס לשוני בין הרשעה מכח סעיף 229 לבין הרשעה "רגילה".

יצויין כי טרם הדיון בערעור הוגשה בקשה לעיכוב ביצוע החלטת רשות הרישוי על אמצעי מתקן בעקבות ההרשעה שמבוקש לבטל.

בית המשפט המחוזי (כב' השופטת ג' שלו) קבע כי אין במקרה דנן סמכות להורות על עיכוב ביצוע של החלטת רשות הרישוי (החלטה מיום 17.11.20 בתיק דנן).

להחלטה ולפסק הדין המלא: עפ"ת 39902-11-20 בסר נגד מדינת ישראל (17.11.20).

מנין הפקדה - מה תנאי הסף לחישוב - מה ההשלכה לכך שרישיון הופקד במשטרה ולא הוחזר ויש להפקידו בבית המשפט?

העותר נפסל מינהלית והפקיד רשיונו במשטרה. לאחר מכן נדון בגין אותה עבירה בבית המשפט. לכשנדרש להפקיד את הרישיון הודיע כי רישיון הנהיגה שהופקד במשטרה לא הוחזר לו ועל כן מבקש לפטור אותו מהפקדה נוספת וכן לראות את ההפקדה במשטרה גם כהפקדה לתיק התעבורה בגינו ניתן גזר הדין. בקשתו לבית משפט לתעבורה למנין הפקדה נדחתה בנימוק כי מנין ההפקדה יוחשב ע"י רשות הרישוי. בקשה דומה למשרד הרישוי נדחתה בנימוק כי הרישיון לא הופקד בבית המשפט, ומכאן העתירה לבית משפט מינהלי.

העתירה נדחתה בשל אי מיצוי הליכים ואולם בית המשפט מתייחס לחקיקה ולפסיקה הנוגעת להפקדת רישיון ומנין הפקדה.

בית המשפט (כב' השופט א' בולוס) מתייחס ראשית לסעיפים 42(ג) ו 61 (א) לפקודת התעבורה וכן לתקנות התעבורה הנוגעות בענין - תקנה 556 (א) לתקנות התעבורה הקובעת כי רישיון הנהיגה יופקד בבית המשפט שהורה על פסילתו.

ותקנה 557 (ב), הקובעת כי אם רישיון הנהיגה אבד, ניתן להפקיד תצהיר חלף רישיון במזכירות ביהמ"ש ומנין ההפקדה יחל מיום המצאת התצהיר.

בית המשפט סוקר את הפסיקה כך למשל רע"פ 9237/99 **רונן מאיר נ' מדינת ישראל**, נד (1) 482, 484 (14.3.20) שם נקבע כי רק עם הפקדת רישיון או תצהיר יחל מנין פסילה, כאשר תקופת מאסר לא תובא במנין הימים.

**רק עם הפקדת רישיון או תצהיר
יחל מנין פסילה, כאשר תקופת
מאסר לא תובא במנין הימים.**

”הפקדת רישיון הנהיגה או תחליף הפקדה בעקבות פסילה אחת, לא פוטר מהפקדה חוזרת בשל פסילה שנקבעה בגז”ד בתיק אחר (ברע”פ 8317/10 מאיר כהן נ’ מדינת ישראל, [פורסם בנבו] פסקה 4 לחו”ד כב’ הנשיאה חיות) (8.2.11); ראו גם: רע”פ 4446/04 ביטון נ’ מדינת ישראל, [פורסם בנבו] פסקה 8 (6.10.2005); זאת בשונה ממצב שבו רישיון הנהיגה נלקח בזמן החקירה בגין אותה העבירה (כמו למשל בעקבות פסילה מנהלית) ונותר בידי הרשות החוקרת שאז ”האזרח רשאי להניח כי מילא אחר חובתו, ומכל מקום, אם יש צורך בהזנה הדדית של מידע בין הרשויות הללו, הדבר יעשה בלי צורך במעורבות מצדו.” (בש”פ 9075/12 מוחמד ג’אבר נ’ מדינת ישראל, [פורסם בנבו] פס’ 20 (14/04/14)(להלן: עניין ג’אבר). עוד נקבע בעניין ג’אבר, כי הסמכות לחישוב תקופת הפסילה שנקבעה בגזר הדין נתונה לרשות הרישוי, שעל החלטתה ניתן להשיג באמצעות הגשת עתירה מנהלית לביהמ”ש לעניינים מנהליים.”

בית המשפט מפנה לתיקון (מס’ 6) מתשע”א-2011 לתקנות התעבורה הוסף ס”ק (ה) לתקנה 557 (להלן: התיקון):

”המציא בעל הרישיון את הרישיון לרשות לפי חלק זה, וחלה עליו, בשל פסילה אחרת, חובה להמציאו פעם נוספת לרשות לפי חלק זה, ימציא לה אישור על ההמצאה הקודמת, שנתנה לו הרשות שלה המציא את הרישיון, ומירוץ תקופת הפסילה הנוספת לא יתחיל לפני שהמציא את האישור כאמור.”

ומציין כי ספק אם הלכת ג’אבר חלה בעניין הפטור מהפקדה אחרי מתן גזר הדין שעה שהרישיון נמסר בידי הרשות החוקרת הואיל והעובדות שביסוד עניין ג’אבר קדמו לתיקון הנ”ל (ראו גם: עת”מ (חי’) 15-11-24348 גינאדי גלקוב נ’ מדינת ישראל, [פורסם בנבו] (23.12.15); עת”מ (ת”א) 55853-18-07 שי חזן נ’ משרד הרישוי חולון [פורסם בנבו] (17.3.19). ברם בית המשפט לא מצא צורך להכריע בסוגיה זו הואיל והעותר לא פעל למיצוי הליכים.

בית המשפט קבע:

”לעניין הדרך שעל העותר לצעוד לשם חישוב הפסילה עמד ביהמ”ש העליון בע”פ 7323/19 **אחמד אבו שריפה נ’ מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (26.2.20): **”במהלך הדיון שהתקיים לפנינו הבהירה באת כוח המשיבה כי המבקש אכן נדרש להפקיד רישיון או תצהיר במזכירות בית המשפט (ולו בדיעבד), ולאחר קבלת אישור על ההפקדה, תיתן רשות הרישוי את החלטתה אם להכיר בפסילה באופן רטרואקטיבי. כך עולה גם מהמסמכים אותם הגיש ב”כ המערער, בקשר לפניות קודמות שנעשו על ידו לרשות הרישוי. בנסיבות אלה, על המערער לפעול בהתאם ולפנות לרשות הרישוי לאחר הפקדת רישיון או תצהיר מטעמו”** (פסקה 7).

הווה אומר, דרישת סף להפעלת שיקול דעתו של המשיב היא הצגת אישור הפקדה ממזכירות ביהמ”ש, דבר שהעותר לא עשה”.

לפסק הדין המלא: עת”מ 15259-10-20 **מוחמד אבו עלי נ’ משרד הרישוי** (20.12.20).

עדכוני חקיקה

תזכיר חוק: תקנות התעבורה (תיקון מס’), התשפ”א - 2020 (28.12.20).

תקנות התעבורה (תיקון מס’ 2) התשפ”א - 2020 (קובץ תקנות 16 8992 דצמבר 2020).

תקנות התעבורה (תיקון מס’), התשפ”א - 2020 (17.12.20).

תקנות התעבורה (תיקון מס’) התשפ”א - 2020 (17.12.20).

מדור עניינים מקומיים - השופטת רבקה גלט

גישור בהליך הפלילי - אופן ניהולו

בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ, דן בעתירת הנאשמים לפיה נפל פגם באופן בו מנוהל הליך הגישור בעניינם.

נגד ארבעת הנאשמים העותרים, יחד עם שני אחרים, הוגש כתב אישום המייחס להם עבירות לפי חוק התו"ב, בהיקף נרחב, תוך הטמנה של מאות אלפי מ"ק של פסולת ופסולת בניין, שינוי והגבהה של מדרונות ופני הקרקע, הקמה של מסלעה, ושימוש חורג ללא היתר למטרה של תחנת מחזור ומיון פסולת. ההליך מצוי בשלב המקדמי, וטרם החלה בו פרשת ההוכחות.

שני הנאשמים האחרים, עתרו להעברת התיק לגישור בפני מותב אחר, אשר דן בעבר בבקשה למתן צווים לגבי העבודות האסורות, וניתנה החלטה המאפשרת את הגישור. לאחר שהעותרים ביקשו הבהרה לגבי מיהות הצדדים לגישור שיתקיים, הבהיר המותב הדין בתיק, כי כל צד המעוניין בגישור, יוכל להתייצב לדין הגישור.



ההחלטה לא הניחה את דעתם העותרים, והם פנו לתביעה בבקשה "שיבהירו כי הליך הגישור כולל את כל הנאשמים יחד". בתשובה, מסרה להם התביעה כי תסכים לקיים עמם גישור בנפרד מיתר הנאשמים.

בשל תשובה זו, הוגשה העתירה בה נתבקש בית המשפט העליון להורות כי יתקיים הגישור במאוחד, ובפני מותב שונה, שכן המותב אליו הופנה הגישור דן בעבר במתן הצווים ופסל עצמו מלדון בתיק העיקרי. נטען בעתירה כי החלטת התביעה לקיים הליך גישור רק עם חלק מהנאשמים היא בלתי סבירה, שרירותית ומפלה לרעה.

כב' השופטים נ' **הנדל ג' קרא וע' גרוסקופף** החליטו לדחות את העתירה על הסף, ללא צורך בתגובת המשיבים, וזאת מהטעם שהעותרים לא הצביעו על כל עילה להתערבות בהחלטה של המאשימה בקשר לאופן ניהול הליך הגישור הפלילי.

בג"ץ מצא כי טרוניית העותרים אינה נגד סירוב לנהל עימם הליך של גישור, אלא נגד כוונתה של המאשימה לקבוע ישיבות גישור נפרדות להם וליתר הנאשמים, ובעצם הם מבקשים להורות על כך שהליך הגישור ינוהל במשותף עם כל הצדדים, ושלא יקוימו במסגרתו ישיבות גישור נפרדות עם העותרים מזה ועם המשיבים 3-4 מזה. בעניין זה, נקבע: **"אפס, לא ידענו מהו המקור לדרישה זו, והעותרים לא הביאו כל אסמכתא לביסוסה. אם לא די בכך, העותרים גם לא הקדימו בעניין זה פנייה לבית המשפט הדן בהליך"**.

לפסק הדין המלא: בג"ץ 8836/20 **גולן גרין גרופ בע"מ נ' וועדה מקומית שוהם** (17.12.20).

צו הריסה נגד מבנה המושכר לצד שלישי

בבית המשפט העליון נדונה בקשת רשות ערעור, על החלטת בית המשפט המחוזי, בה נדחה ערעור הנאשמים על החלטת בית המשפט לעניינים מקומיים שלא לעכב ביצועו של צו הריסה.

המדובר בצו הריסה שניתן במסגרת של גזר דין, בגין עבירות לפי חוק התו"ב. בעניינו של צו ההריסה נוהלו הליכים רבים בכל הערכאות, במסגרת של בקשות הנאשם לעיכוב ביצוע, לצורך הכשרת המבנים. בסופו של יום, החליטה וועדת הערר המחוזית לדחות ערר שהגיש הנאשם על החלטת הוועדה המקומית, שלא לאשר את התכנית להכשרת הבנייה.

בעקבות זאת, הגיש הנאשם לבית המשפט לעניינים מקומיים בקשה לעיכוב ביצוע נוסף של צו ההריסה לצורכי התארגנות לביצוע הריסה עצמית. בבקשתו טען כי ביני לביני, נמכר הנכס לגביו הוצא צו ההריסה לצד שלישי, אשר בתורו השכיר את הנכס. בית המשפט נעתר לנאשם ועיכב את ביצוע הצו לפרק זמן נוסף, של 3 חודשים.

ואולם, גם בחלוף פרק הזמן, לא בוצעה ההריסה. תחת זאת, הגיש הנאשם בקשה נוספת לעיכוב ביצוע, בטענה כי למרות התחייבותה, השוכרת טרם פינתה את הנכס, ועל כן פתח בהליך לפינויה.

בית המשפט לעניינים מקומיים דחה את הבקשה לעיכוב ביצוע, ועל כך הוגש ערעור הנאשם.



בית המשפט המחוזי קבע כי צו ההריסה נועד להסיר את אי חוקיות המבנה, ואין לעודד השכרת מבנים לצדדים שלישיים כדרך לסיכול צווי הריסה. עוד הפנה בית המשפט לעניין ספטון (רע"פ

10308/09 וועדה מקומית תל אביב נ' ספטון (19.1.12)), שם נקבע כי אין בהעברת הנכס לידי צד שלישי כשלעצמה, כדי למנוע ביצועו של צו הריסה, וכי במקרה שכזה על בית המשפט לשמוע עמדת צד ג' ולבחון את תום לבו בעת רכישת הנכס, ומידת האפשרות שעמדה לו להיוודע בדבר קיום הצו. נקבע כי ניתן לערוך היקש מקביעות אלה לענייננו, ואין מקום לביטול הצו.

הנאשם לא השלים עם ההכרעה ופנה בערעור לבית המשפט העליון, כשטענתו העיקרית היא כי כיום מצויה שוכרת במבנה, כך שביצוע הצו בטרם הכרעה בהליך הפינוי מציב אותו בין הפטיש לסדן. נטען כי מחד יהיה חשוף לאישום בעבירה של הסגת גבול השוכרת, ומאידך הוא מואשם בעבירה של אי-קיום צו שיפוטי.

הנאשם טען כי יש להבחין בין עניינו, לבין עניין ספטון, שבו דובר בצו הריסה שניתן ללא ידיעתו של צד שלישי שרכש את הנכס. מנגד, התביעה טענה כי המדובר בצו הריסה שביצעו נדחה על פני שנים ויש לבצעו. בנוסף, נטענה התביעה כי המבקש לא יהיה חשוף לחשד כלפיו לעבירה פלילית בביצוע הצו, אם יבצעו על פי דין. עם זאת, התביעה ציינה כי היא ערה למורכבות המצב ואם יוכיח המבקש כי לא עלה בידו לבצע את צו ההריסה בשל סיכולה הבלעדי של השוכרת, יישקל הדבר בעת ההכרעה בעניין הגשת כתב אישום נוסף בגין הפרת הצו.

כב' השופט ג' קרא החליט לדחות את הבקשה, כיוון שאינה מעלה סוגיה עקרונית כלשהי.

מעבר לצורך, נקבע כי אין פסול בהיקש שערך בית המשפט המחוזי בין עניינו של הנאשם, לעניין ספטון, שכן בשני המקרים נבחן הצו לצד קיומו של צד שלישי המחזיק בנכס, ובענייננו עלה כי מדובר בשוכרת שהיתה מודעת לצו ההריסה.

לפסק הדין המלא: רע"פ 8146/20 צרור נ' וועדה מקומית חיפה (28.12.20).

אין פסול בהיקש שערך בית המשפט המחוזי בין עניינו של הנאשם, לעניין ספטון, שכן בשני המקרים נבחן הצו לצד קיומו של צד שלישי המחזיק בנכס, ובענייננו עלה כי מדובר בשוכרת שהיתה מודעת לצו ההריסה.

צו הריסה מנהלי - החלפת רכיב ברכיב אימתי?

בית המשפט המחוזי דן לאחרונה בערעור בנוגע לצו הריסה מנהלי, שהוצא על ידי מנהל הרשות לשמירת הטבע והגנים הלאומיים, למבנה יביל המחופה בבלוקים, שהוקם בשטח הגן הלאומי ציפורי.

במסגרת ההליך הועלו מצד המערער טענות רבות בנוגע לסטטוס המשפטי של המקרקעין כגן לאומי, סמכותו של מנהל הרשות להוציא צווי הריסה, תקינות הצו, ועוד טענות שלא זה המקום לפרטן.

בין היתר, טען המערער כי הבניה שבוצעה אינה דורשת היתר, שכן מדובר בשיפוץ גרידא, הפטור מהיתר על פי סעיף 20 לתקנות התכנון והבנייה (עבודות ומבנים הפטורים מהיתר), תשע"ד - 2014.

בית המשפט המחוזי (כב' השופטת ע' גולומב) דחה את הטענה וקבע כי המערער שינה את המבנה באופן מהותי, שכן עלה מן הראיות כי המדובר במבנה יביל, אשר המערער הוסיף סביבו קירות בלוקים מצופי אבן, וכן הוגדל שטח המבנה.

נקבע כי אין המדובר בהחלפת רכיב ברכיב, הטפלה למבנה המקורי, אלא מדובר בבניה המשנה יסודית את מאפייני המבנה הקודם, הן מבחינה צורנית והן מבחינת מהות המבנה המקורי כמבנה יביל אל מול הבניה בבלוקים ובאבן כפי שבוצעה, ולכן יש לראותה כבניה חדשה, המחייבת היתר.



גן לאומי ציפורי.
צילום: דורון ניסים, אתר רשות הטבע והגנים.

לפסק הדין המלא: עתפ"ב 1998-05-20 בהן נ' מנהל רשות הטבע והגנים (2.12.20)

מידתיות הענישה לפי חוקי עזר

בית המשפט המחוזי דן לאחרונה בערעורו של נאשם על חומרת העונש שהוטל עליו בבית המשפט לעניינים מקומיים, בגין עבירות של איסור מפגע בגן לאומי, איסור לכלוך וזריקת לכלוך, והפרעה לפקח, לפי חוק העזר לגנים לאומיים ושמורות טבע, התשכ"ז-1967.

תמצית העובדות היא כי בשני אירועים מהשנים 2015 ו-2017, הנאשם השליך אשפה וגזם, וכן השמיע מוסיקה מתוך מסעדה הנמצאת בתחום הגן הלאומי אשקלון, אותה הוא מפעיל.

בית המשפט קמא קבע בגזר דינו כי מתחם הקנס ההולם נע בין 730 ל-5,000 ₪ והמתחם לעבירות ברירת המשפט של המערער נע בין 365 ל-1,500 ₪. בעניין העונש המתאים, בית המשפט הפנה להרשעות לא הקודמות של הנאשם בעבירות מאותו סוג, וציין כי ההרשעות לא הרתיעו אותו מלשוב ולבצע עבירות. נגזרו 2 חודשי מאסר על תנאי למשך שנתיים על העבירות בהן הורשע, קנס בסך 10,000 ₪ או 100 ימי מאסר תחתיו, חתימה על התחייבות בסך 20,000 ₪ או 100 ימי מאסר ובנוסף, הופעלו שתי התחייבויות קודמות בסכום כולל של 15,000 ₪.

במסגרת הערעור טען הנאשם כנגד גובה הקנס ומשך המאסר חלף הקנס. נטען כי סך כל הדו"חות שנרשמו לנאשם ובגינם נשפט, מגיע ל-2,190 ₪, אך הוא חויב בתשלום סך של 25,000 ₪, ופער הסכומים איננו מידתי. עוד נטען כי בית המשפט קמא לא בחן את יכולתו הכלכלית לעמוד בתשלומים שהוטלו עליו.



גן לאומי אשקלון.
צילום: ויקיפדיה, TZVI A

התביעה טענה כי מדובר במי ששב ומבצע עבירות מאותו סוג, מתוך התרסה וזלזול בשלטון החוק, ובנסיבות העניין ובהתחשב בכך שהוא זה שביקש להישפט על הדוחות שנרשמו לו, העונש שהוטל ראוי ואין מקום להתערב בו.

כב' השופט א' ביתן מצא כי יש מקום לקבל את הערעור.

נקבע:

"תהליך קביעת מתחם הקנס ההולם איננו שונה מתהליך קביעת מתחם העונש ההולם המתייחס לעונשי מאסר. העיקרון המנחה בענישה, דהיינו קיומו של יחס הולם בין חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם ובין סוג ומידת העונש המוטל על הנאשם, חל בשני המצבים. ובשני המצבים מתחם העונש ההולם שנקבע מושפע מהערך החברתי שנפגע, מידת הפגיעה בו, מדיניות הענישה הנהוגה, והנסיבות הקשורות בביצוע העבירה. בקביעת מתחם הקנס ההולם יש להתחשב גם במצבו הכלכלי של הנאשם (ראה סעיפים 40ב', 40ג'(א) ו-40ח', בחוק העונשין התשל"ז-1977)."

כב' השופט מצא כי ההתייחסות המופיעה בגזר הדין של בית המשפט קמא למדיניות הענישה הנוהגת בעבירות מצומצמת, ולא ניתן ללמוד ממנה על מדיניות הענישה הנוהגת או על פרקטיקת הענישה במקרים דומים.

ועוד נקבע:

"באופן עקרוני, הקנס שיש להשית על נאשם שקיבל דוח על עבירה ויכל לשלם את הקנס הקבוע בו והוא בחר לקיים משפט ובסופו של דבר נמצא אשם, צריך להיות חמור יותר מהקנס שבדוח. הטעם לכך נעוץ בין היתר בהקלה הניתנת למי שהודה ולקח אחריות על מעשיו וגם חסך במשאבים הכרוכים בניהול המשפט, בהשוואה למי שבחר להישפט. אולם לצד זה יש לשמור על מידתיות שתאפשר למי שמעוניין בכך לקבל את יומו בבית המשפט מבלי לחשוש מהתוצאות שיהיו לכך."

במקרה זה, סבר כב' השופט ביתן כי הוטל על הנאשם עונש הכולל רכיבי ענישה שכלל לא היו מוטלים עליו אילו בחר לשלם את הקנס, ויש בהם החמרה משמעותית ביחס לקנסות המקוריים.

ביחס למאסר חלף הקנס, נקבע כי כיוון שהעונש העיקרי הוא הקנס, ואילו המאסר רק נועד להבטיח את תשלומו, היה מקום לקבוע תקופת תנאי הולמת, שמצד אחד תהווה תמריץ לתשלום הקנס אך מנגד לא תכביד מעבר למידה על מי שאינו מצליח לשלם את הקנס.

עוד הפנה כב' השופט ביתן לכך שבהתאם להוראות סעיף 74 לחוק העונשין, ניתן להטיל מאסר לשם כפיית החתימה על התחייבות, למשך 3 חודשים לכל היותר.

נוכח מכלול הנסיבות, הורה כב' השופט ביתן על הפחתת סכום הקנס ל- 5,000 ₪ או 20 ימי מאסר תחתיו, וכן הפחתת תקופת המאסר לכפיית מתן ההתחייבות ל- 14 יום. יתר רכיבי גזר הדין נותרו על כנם.

לפסק הדין המלא: עפ"ג (ב"ש) 59595-06-20 חג'ג' נ' רשות הטבע והגנים (2.12.20).

מדור משפט וצבא - השופטים אל"ם נתנאל בנישו ואל"ם נועה זומר

הימנעות מהרשעה של אזרח עובד צה"ל, רופא צבאי, שהואשם בעבירות של הטרדה מינית

המשיב, אזרח עובד צה"ל ששימש כרופא במרפאת פיקוד המרכז, הודה בביצוען של ארבע עבירות לפי סעיפים 3(א)(4) ו-5), וסעיף 5 לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח - 1998, בגין הצגת סרטונים הומוריסטיים בעלי גוון מיני לחיילות ששירתו עמו במרפאה, ובגין התבטאויות נוספות בעלות אופי מטריד. כמו כן, סטר על ישבנה של אחת החיילות, ושלח את ידו לעבר חיילת אחרת, מבלי לבקש את רשותה, וגירד באצבעו לכלוך שהיה ממוקם בחזה בצד ימין, מעל הסוודר שאותו לבשה.

בבית הדין קמא נחלקו הצדדים בשאלה האם ניתן להימנע מהרשעתו של המשיב, כעתירת ההגנה. המלצת שירות המבחן, בתסקיר שערך, הייתה להימנע מהרשעה, בהתחשב בגילו של המשיב ובפגיעה האפשרית בתעסוקתו, ולהטיל עליו צו מבחן, שבמסגרתו ישולב בקבוצה טיפולית ובקשר פרטני לפי הצורך.



בית הדין קמא החליט להימנע מהרשעתו של המשיב, ולהעמידו במבחן למשך שנתיים, תחת פיקוחו של קצין מבחן. כמו כן נקבע כי בהתאם להוראות סעיף 11 לפקודת המבחן, ישלם המשיב לנפגעות העבירה פיצויים. התביעה לא השלימה עם ההחלטה להימנע מהרשעתו של המשיב ומכאן הערעור.

בית הדין הצבאי לערעורים (המשנה לנשיא, תא"ל **אורלי מרקמן**; השופטת, אל"ם (מיל') **מאיה הלר**; השופט, אל"ם **דוד עבאדא**) עמד על כך שבעניינו של אזרח עובד צה"ל, הנידון לפי חוק השיפוט הצבאי בבתי הדין הצבאיים, קיימת (להבדיל מעניינם של חיילים) סמכות להטיל צו מבחן, אף מבלי להרשיעו. עם זאת הוער, כי בשונה מעניינם של נאשמים במערכת השפיטה הכללית, שפקודת המבחן חלה עליהם, בתי הדין הצבאיים אינם מוסמכים להטיל על אזרחים עובדי צה"ל אמצעי ענישה נוספים המעוגנים בחוק העונשין, לצד צו מבחן או בלעדיו, במקרה של הימנעות מהרשעה או ביטול ההרשעה, שכן הללו לא הוחלו ישירות על הליכים לפי חוק השיפוט הצבאי. בית הדין הצבאי לערעורים קרא, אפוא, להשלמת ההסדר, על דרך של תיקון חקיקתי בנושא.

הימנעות מהרשעה אפשרית, כידוע, בהצטבר שני גורמים: ראשית, על ההרשעה לפגוע פגיעה חמורה בשיקום הנאשם, ושנית, סוג העבירה מאפשר לוותר בנסיבות המקרה המסוים על ההרשעה בלי לפגוע באופן מהותי בשיקולי הענישה האחרים. בית הדין הצבאי לערעורים עמד על הערכים שנפגעו מביצוע העבירות הנדונות, ועל כך שבמסגרות היררכיות ובארגונים גדולים נלוות להטרדה המינית גם פגיעה בארגון עצמו, ביחסים בין השותפים לארגון ובשגרת הפעילות שבו. כאשר מדובר בעובדים בשירות המדינה מביאה עמה ההטרדה המינית גם פגיעה באמון הציבור בארגון ובתוך כך, היא פוגעת גם בתפקודו. צוין, כי משנה חומרה יש לייחס להטרדה מינית במסגרת הצבאית, שבה משרתים חיילים כמעט מכל חלקי הציבור במדינה, מכוח חובתם על פי חוק, כאשר הם מוגבלים בבחירת מקום שירותם.

בתי הדין הצבאיים אינם מוסמכים להטיל על אזרחים עובדי צה"ל אמצעי ענישה נוספים המעוגנים בחוק העונשין, לצד צו מבחן או בלעדיו, במקרה של הימנעות מהרשעה או ביטול ההרשעה.

הודגש, כי המשיב, במספר הזדמנויות ולאורך זמן, התבטא באופן פסול ופוגע. דבריו ומעשיו, אף אם, כגרסתו, נעשו, להשקפתו באותם ימים, בבדיחות הדעת, השרו ביחידה אווירה מטרידה, בעלת צביון מיני ומפלה, שאינו מכבד את החיילות. התנהגותו פגעה בכבודן וברגשותיהן של נפגעות העבירה ומקומה לא יכירנו בצבא. בפרט, יש לגנות מכל וכל את נגיעותיו של המשיב בשתיים מנפגעות העבירה, באופן שיש בו משום חדירה גסה למרחב האישי שלהן ופגיעה ניכרת בכבודן ובפרטיותן. ואחרי כל זאת, בראי ההשלכות מרחיקות הלכת של הרשעה על המשיב. לנוכח שיקולי השיקום הייחודיים, ובשים לב לחלוף הזמן - נקבע כי מעשיו של המשיב, בנסיבותיהם, מאפשרים להימנע מהתערבות בפסק דינה של הערכאה קמא. בהקשר זה צוין כי, כי המשיב כבן 60, בעל עבר נקי והוא עובד כרופא מוערך מזה שנים ארוכות, ותומך כלכלית במשפחתו. בעקבות החקירה הושעה המשיב מעיסוקו כרופא במרפאה הצבאית ובהמשך, נמנעו רשויות הצבא מלהאריך את חוזה העסקתו, והוא סיים את דרכו רבת השנים בצבא. בגין האמור, חווה המשיב משבר נפשי עמוק. הוא טופל על ידי פסיכולוג ואף על ידי פסיכיאטר, ונוזק לטיפול תרופתי. בסיוע הטיפול, עלה ביזו להשתלב במעגל התעסוקה, כרופא במרפאה המטפלת בחולים סופניים ובמרפאת קורונה.

דבריו ומעשיו, אף אם, כגרסתו, נעשו, להשקפתו באותם ימים, בבדיחות הדעת, השרו ביחידה אווירה מטרידה, בעלת צביון מיני ומפלה, שאינו מכבד את החיילות.

זאת ועוד, המשיב נטל אחריות למעשיו והודה בביצוע המעשים. הוא שילם פיצויים לנפגעות העבירות, ואף השתלב זה מכבר בהליך שיקומי, בהתאם להמלצות של שירות המבחן, בקבוצה טיפולית המיועדת לאנשים שהופנו לשירות המבחן בגין ביצוע עבירות מין. הודגש, כי אף שעתירתה של התביעה להשית על המשיב, ככל שישורשע, עונש מאסר בפועל בדרך של עבודה צבאית, לתקופה קצרה בת שלושה שבועות, תביא בעניינו של המשיב לרישום פלילי "מופחת", שהשלכותיו זהות אמנם להשלכות של "אי הרשעה" - הרי שההשלכה העיקרית של הרשעתו בדין עניינה בחובה לדווח על ההרשעה למשרד הבריאות, לפי סעיף 56(א) לפקודת הרופאים [נוסח חדש], התשל"ז - 1976.

אכן, לרשות המנהלית המקבלת דיווח על ההרשעה קיים שיקול דעת האם לפגוע ברישיונו של המשיב כרופא, אם לאו; ובצד זאת, אף הפגיעה ברישיון אינה עונה, מניה וביה, על דרישת "הנזק הקונקרטי" לשם הימנעות מהרשעה בפלילים. עם זאת, תמונת הנסיבות הכוללת של המעשים, שאינם קשורים בעבודתו של המשיב כרופא, לצד גילו, עברו הנקי, תרומתו הרבה כרופא ופוטנציאל שיקומו, כעולה מהמלצת שירות המבחן - כל אלה, יחד עם הפגיעה האפשרית ביכולתו להוסיף לשמש כרופא, מאפשרים להימנע מלהתערב בפסק דינה של הערכאה קמא.

ערעור התביעה נדחה.

לפסק הדין המלא: ע/52/20 התובע הצבאי הראשי נ' בח"ג ד"ר ס' (24.12.2020).

האם ניתן להורות על פיצוי בשל מעצר שלא הבשיל לכתב אישום, אף שסמכות זו אינה מופיעה בחוק השיפוט הצבאי? האם ניתן להורות על פיצוי כאמור כאשר כתב האישום לא הוגש בשל המתנה להליכי חקיקה? ומהם השיקולים לגובה הפיצוי?

סעיף 20 לחוק שירות ביטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986 קובע מהי מסגרת הזמן, שבמהלכה ניתן לקרוא ל"יוצא צבא", המיועד לשירות ביטחון, לשירות זה. ככלל, לפי סעיף 20(א)(1) לחוק, תקופת הקריאה היא תוך 24 חודשים מיום שמלאו למיועד לשירות ביטחון 18 שנים. בצד זאת, נקבע בחוק, בסעיף 20(ג), כי גם בחלוף תקופה זו ניתן לקרוא לו לשירות, וזאת תוך 12 חודשים, אולם אז משך השירות יתקצר באורך התקופה שמתום 24 החודשים ועד למועד הקריאה החדש, בהתאמה.

במסגרת הליכים בשתי עתירות לבית המשפט העליון, בשבתו כבג"ץ (בג"ץ 5269/17 **צינמון נ' שר הביטחון** ובג"ץ 398/19 **זכריה נ' מפקד יחידת מיטב**) הציגה המדינה עמדה, שלפיה, לפי שעה, אין לנקוט הליכי גיוס ומעצר בעניינם של בני הישיבות ילידי השנים 1992-1995, אשר בעניינם מתעוררת השאלה אם מועד קריאתם לשירות ביטחון חרג מפרק הזמן הקבוע בסעיף 20 לחוק שירות ביטחון. זאת נוכח חלוף הזמן בתקופת הביניים, החל ממועד פקיעתו של חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם, התשס"ב-2002 (המכונה "חוק טל"), ביום 1.8.2012, ועד למועד כניסתו לתוקף של תיקון מספר 19 לחוק שירות ביטחון, שם הוסדר מחדש גיוסם של בני הישיבות, ביום 20.3.2014 (גם תיקון זה ותיקון נוסף נפסלו בהמשך, בבג"ץ 1877/14 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת** (12.9.2017), אם כי ההחלטה טרם נכנסה לתוקף).

בהחלטה מיום 20.9.2018, הורה בית המשפט העליון בבג"ץ 5269/17 **צינמון הנ"ל** "כי ראוי ששאלת הרוחב שהעלו הצדדים [חישוב פרקי הזמן במסגרת סעיף 20 לחוק שירות ביטחון] תוסדר ותובהר בהליכי חקיקה שתלויים ועומדים בשלב הנוכחי". בהחלטה מיום 17.2.2019, בבג"ץ 398/19 **זכריה הנ"ל**, ניתן **בהסכמת רשויות הגיוס, המשיבות**, "צו ביניים שיקפיא את הליכי הגיוס של העותרים... ובכלל זה את צווי המעצר ועיכוב היציאה מן הארץ שהוצאו נגדם". נקבע, כי "הצו יעמוד בעינו עד להחלטה אחרת" וכי המשיבים יעדכנו בכתב בכל הנוגע לסוגיות שבמחלוקת, לאחר שיינתן פסק הדין בבג"ץ **צינמון לעיל**.

המערער נעצר בחשד להשתמטות מן השירות הצבאי שמשכה 862 ימים. למחרת מעצרו, האריך בית הדין הצבאי המחוזי את המעצר, לצרכי חקירה שעניינה איסוף חומרים הקשורים למעמדו ולחוקיות



קריאתו לשירות ביטחון. על החלטת המעצר הוגש ערעור, ולאחר שנשמעו הערות בית הדין הצבאי לערעורים, על דעת הצדדים, נמחק ערעור ההגנה, בכפוף לכך שמעצרו של המערער נקצב עד השעה 12:00 למחרת. ביום שלמחרת, בחלוף ארבעה ימים מיום מעצרו של המערער, מסרה התביעה הצבאית כי אינה עומדת עוד על המשך המעצר, בשים לב לכך שנתוניו דומים לנתונייהם של מי שהליכי המעצר בעניינם "הוקפאו", כמתואר לעיל. מאז שחרורו של המערער ממעצר ועד היום, חלפה כשנה, וטרם הוגש נגדו כתב אישום. לאור זאת, פנתה ההגנה בקשה לפיצויים לפי סעיף 38 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), התשנ"ו-1996. בית הדין קמא דחה את בקשת הפיצויים. ההגנה לא השלימה עם החלטה זו, ומכאן הערעור.

בית הדין הצבאי לערעורים (המשנה לנשיא, תא"ל **אורלי מרקמן**; השופטת, אל"ם **נועה זומר** והשופט, סא"ל (מיל') **יעקב שפסר**) דן תחילה **בשאלת הסמכות** לדון בבקשה. סעיף 38 לחוק סדר הדין הפלילי (אכיפה - מעצרים), תשנ"ו - 1996 מקנה לבית המשפט סמכות לפסוק פיצוי לאדם שנעצר ושחרר מבלי שהוגש נגדו כתב אישום. בחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו - 1955, לא נקבעה הוראה מקבילה, וזאת בשונה מן הסמכות לפסוק פיצוי לנאשם שזוכה בדין (הוראת סעיף 490 לחוק השיפוט הצבאי, המקבילה להוראת סעיף 80 לחוק העונשין, התשל"ז-1977). עם זאת, בפקודות הצבא קיים הסדר, שלפיו ניתן לפנות לפרקליט צבאי בבקשה לפיצוי בגין מעצר, "אם נקבע על ידיו שהמעצר כאמור היה שלא כדין, או שביטל התלונה שבקשר אליה היה החייל עצור" (פקודת מטכ"ל 35.0227).

סוגיה זו נדונה בעבר בעניינו של **סמ"ר יסחקוב** (עלב"ש 214/09 **סמ"ר יסחקוב נ' התובע הצבאי הראשי** (2011)). באותו מקרה, נפסק כי סעיף 38 הנ"ל אינו חל בתחולה ישירה על הליכים לפי חוק השיפוט הצבאי, וזאת משום שמהוראות סעיפים 1(ג) לחוק המעצרים וסעיף 243 לחוק השיפוט הצבאי, ומן ההיסטוריה החקיקתית, עולה כי חוק המעצרים יחול על הליכי מעצר לפי חוק השיפוט הצבאי, רק מקום שחוק השיפוט הצבאי הפנה אליו. כך נפסק גם בבית המשפט העליון (בש"פ 6313/07 **יקימוב נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 3.12.2007)). על הלכת **יקימוב**, השוללת ערעור או

ערעור ברשות על החלטות מעצר של בית הדין הצבאי לערעורים, שב וחזר בית המשפט העליון אך לאחרונה (בג"ץ 8373/20 **יצחקוב נ' בית הדין הצבאי לערעורים** (7.12.2020); בג"ץ 5456/20 **שיליאן נ' בית הדין הצבאי לערעורים** (15.9.2020)).

על יסוד האמור, מצא בית הדין הצבאי לערעורים גם הפעם, כי דין הטענה בדבר **תחולה ישירה** של סעיף 38 חוק המעצרים על הליכי המעצר בצבא - להידחות.

מכאן נפנה בית הדין הצבאי לערעורים לבחון את השאלה שנותרה בצריך עיון בפרשת **יסחקוב**, והיא, האם ניתן להחיל את סעיף 38 לחוק המעצרים בדרך של **היקש**, או שמא, יש להמתין עד לתיקון חקיקה בנושא. צוין, כי השאלה אימתי מדובר ב"הסדר שלילי", שלפיו מן השתיקה יש ללמוד על הלאו, ואימתי מדובר בחסר ("לקונה"), הדורש השלמה בדרך פרשנית, תוכרע בהתאם למבחן התכלית החקיקתית העומדת מאחורי סעיף 38 לחוק המעצרים וכן, בהתאם לתשובה, מה בין תכלית זו לבין תכליתו ואופיו של ההסדר הנורמטיבי של הליכי המעצר, הקבוע בחוק השיפוט הצבאי. לאחר סקירת פסיקתו של בית המשפט העליון (ע"פ 4466/98 **דבש נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(3) 73 (2002); ע"פ 10425/05 **מדינת ישראל נ' פדרמן** (18.11.07)) ציין בית הדין הצבאי לערעורים כי סעיף 38 לחוק המעצרים נועד להשלים את הסמכות והמנגנון לפיצויים שנקבעו בסעיף 80 לחוק העונשין, כמענה כולל עבור מי שההליך הפלילי גרם לו עוול. ההשוואה בין הסדרי הפיצויים השונים, **המשלימים**, בחקיקה הכללית וקווי הדמיון שביניהם, מעלה, בוודאי משהוחל מנגנון הפיצוי לנאשם שזוכה בערכאות השפיטה הצבאיות (סעיף 490 לחוק השיפוט הצבאי) - כי ההסדר בדבר פיצוי בגין מעצר הוא **נחוץ וחיוני**, לאור הערכים שבבסיסו, גם בהליכים לפי חוק השיפוט הצבאי, **ולא קיים טעם ייחודי, צבאי, להימנע מהחלתו** לגבי מי שנעצר ושחרר מבלי שהוגש כנגדו כתב אישום במסגרת הצבאית.

ואכן, הסדר **זהה לנוסח הקיים** בסעיף 38 לחוק המעצרים, נכלל בהצעת חוק השיפוט הצבאי (תיקון מס' 68) (סמכויות מעצר ועיכוב), התשע"ב-2012 (הצ"ח ממשלה 701, 960 בעמ' 967 (26.6.2012)),

אך הצעה זו לא קודמה לכלל חקיקה בת תוקף. בית הדין הצבאי לערעורים הבהיר, כי הסמכות לפיצוי הקבועה בפקודת מטכ"ל 35.0227 **אינה יכולה להוות תחליף** לסמכות הפיצוי הקבועה בסעיף 38 לחוק המעצרים. אין דין סמכותו של הפרקליט הצבאי, שהנחה לבקש את הארכת המעצר של מבקש הפיצויים, כדין סמכותה של ערכאת שפיטה אובייקטיבית ונייטרלית; ואין דין בחינת הבקשה לפיצויים על ידי פרקליט כדין בחינת הבקשה על ידי שופט, לאחר דיון מסודר ופומבי, בהתאם לכללי ההליך ההוגן.

מסקנתו של בית הדין הצבאי לערעורים הייתה, לכן, כי הפרשנות, שלפיה בית הדין הצבאי מוסמך לפסוק פיצוי לחייל שנעצר ושחרר בלא שהוגש נגדו כתב אישום **מתבקשת, נחוצה והולמת; ויוצרת אחדות, שוויון דיוני והרמוניה בין הערכאות הפליליות הכלליות לבין הערכאות הצבאיות** - ומכאן, כי היעדרו של הסדר בעניין זה בחוק השיפוט הצבאי אינו בגדר **הסדר שלילי, אלא חסר, לקונה, שאותה יש למלא**. על השאלה, האם ניתן לעשות כן בדרך של פרשנות פסיקתית, להבדיל מדרך של חקיקה, השיב בית הדין הצבאי לערעורים בחיוב. אמנם, הסדר הפיצויים שנקבע בסעיף 38 לחוק המעצרים הוא בעל אופי **ראשוני**. אופי זה, כך נראה, הוא שעמד בבסיס ההחלטה בעניין **יסחקוב לעיל** להימנע באותה עת מלהכריע בסוגיה, לצד קריאה למחוקק ליתן דעתו לתיקון החוק בסוגיה. אלא, שמאז ההחלטה דלעיל **חלף כעשור ודבר לא השתנה**.

אכן, בעבר, שלטה הגישה הפסיקתית, שלפיה "הטכניקה של המחוקק הישראלי היא לעגן הסדרים דיוניים ראשוניים בתחום הפלילי בדבר חקיקה ראשי" (על"ע 663/90 **פלוני נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין תל-אביב-יפו**, פ"ד מז(3) 397, בפסקה 5 לפסק דינו של כבוד השופט (כתוארו אז) לוי (1993)). ברם, מאז חל שינוי בהלכה. כך, בדנג"ץ 10007/09 **גלוטן נ' בית הדין הארצי לעבודה ואח'** (18.3.2013), דן בית המשפט העליון בשאלת תחולתו של חוק שעות עבודה ומנוחה,

ה סמכות לפיצוי הקבועה בפקודת מטכ"ל 35.0227 אינה יכולה להוות תחליף לסמכות הפיצוי הקבועה בסעיף 38 לחוק המעצרים.

א אין דין סמכותו של הפרקליט הצבאי, שהנחה לבקש את הארכת המעצר של מבקש הפיצויים, כדין סמכותה של ערכאת שפיטה אובייקטיבית ונייטרלית.

התשי"א-1951 על עובדים המועסקים בתחום הסייעוד. כב' השופט (כתוארו אז) מלצר קבע באותו עניין כי לפי שעה, אין מקום ליצור "חקיקה שיפוטית", וכי "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". בד בבד נקבע, כי: "... אם המחוקק הראשי, או מחוקק המשנה ימשיכו ויתמידו בחוסר המעש שלהם יהיה מקום לפנות ל'חקיקה שיפוטית'". כחודש לאחר מכן, בדנג"ץ 5967/10 **המוסד לביטוח לאומי נ' כהן** (14.4.2013) אימץ כב' השופט רובינשטיין את העמדה הנזכרת, תוך שקבע כי "המחוקק פועל לא אחת בכבדות... יש לתת הדעת גם למצב ההפוך של קיפאון, שיתכן כי טמון בו נזק לא פחות; הדעת נותנת, כי במקרה כגון דא, כאשר הערכאות המשפטיות עסקו במלאכת הפרשנות לאורך תקופה - גם אם כדברי חברי הנשיא 'באין מנוס' - לא נמשוך אנו ידינו כעת מן המלאכה בנימוק שאין הסוגיה מתאימה להכרעה שיפוטית. מדובר בסופו של יום בסוגיה משפטית מובהקת, אשר על שכמו של בית המשפט, כפרשן המוסמך של החוק, הוטל להכריע בה" (הדגשה הוספה, ראו גם דנ"פ 8062/12 מדינת ישראל נ' חברת נמלי ישראל - פיתוח ונכסים בע"מ (2.4.2015), פסקה 7).

נוכח השיהוי הניכר שחל בהליכי החקיקה בעניין - נפסק, כי בשלה העת להחלת סעיף 38 לחוק המעצרים בדרך של חקיקה שיפוטית, בהליכים לפי חוק השיפוט הצבאי.

ברוח האמור, קבע בית הדין הצבאי לערעורים כי אף שאין חולק כי **דרך המלך** להחלת ההסדר שנקבע בסעיף 38 לחוק המעצרים בחוק השיפוט הצבאי, היא על ידי תיקון חקיקה מסודר - הרי שחלוף הזמן מעמיק את הפער שנוצר בהגנה על הזכות לחירות בין מי שנעצר במסגרת הצבאית לבין מי שנעצר במסגרת הכללית. ערכי היסוד העומדים בבסיס מוסד הפיצויים בהליך הפלילי מחייבים, מטעמים של **צדק והגינות, להשוות** בין זכותו של הפרט לבקש פיצויים בגין מעצר שאינו מוצדק בבתי המשפט במערכת הכללית לבין זכותו של הפרט לבקש פיצויים בגין מעצר שאינו מוצדק בבתי הדין הצבאיים. נוכח השיהוי הניכר שחל בהליכי החקיקה בעניין - נפסק, כי **בשלה העת להחלת סעיף 38 לחוק המעצרים בדרך של חקיקה שיפוטית, בהליכים לפי חוק השיפוט הצבאי.**

השאלה הבאה שאליה נדרש בית הדין הצבאי לערעורים הייתה תנאי הסף לקבלת פיצויים בגין מעצר לפי סעיף 38 הנ"ל - והוא, כי המבקש הוא מי שנעצר ושחרר "בלא שהוגש נגדו כתב אישום". בענייננו, לא הוגש כאמור כתב אישום כנגד המבקש, אך גם לא הוחלט על סגירת התיק אף שחלפה כשנה מאז מעצרו, משום שלפי העולה מן ההחלטות בבג"ץ 5269/17 **צינמון** ובבג"ץ 398/19 **זכריה הנ"ל**, ההחלטה אם יוגש נגד המערער כתב אישום אינה נתונה כרגע בידי התביעה. היא אינה תלויה בהשלמת חקירה או בבחינת הראיות (כבנסיבות הנדונות בע"פ (ת"א) 42768-09-15 **זבידאת נ' מדינת ישראל** (6.1.2016)), רשות ערעור פלילי לבית המשפט העליון נדחתה ברע"פ 1425/16 **זבידאת נ' מדינת ישראל** (28.12.2016)) - אלא בתהליכי חקיקה מורכבים בכנסת, לעניין גיוסם של בני הישיבות, אשר מתארכים ועוד צפויים להתעכב ממושכות.

בשאלה זו נחלקו דעות השופטים. **שניים מחברי הרכב** בית הדין הצבאי לערעורים סברו, כי המדובר **במקרה ייחודי**, שבו ניתן להניח כבר עתה, כי הסיכויים להגשת כתב האישום קלושים ומכל מקום, ההחלטה בשאלה אם יוגש כתב אישום אינה צפויה להתקבל בעתיד הנראה לעין. בנסיבות חריגות אלה, ניתן לקבוע, לדעת שופטי הרוב, לקבוע, כי עניינו של המבקש עומד בתנאי הסף של סעיף 38 הנזכר. בשונה מן המתואר בפסק דינו של בית המשפט המחוזי בפרשת **זבידאת הנ"ל**, אין המדובר במקרה, שבו יש להמתין לאיסוף ראיות או אף למסקנות התביעה ביחס אליהן, כדי להעריך את הצורך במעצר או כדי לאמוד את נסיבות המקרה בראי עילות הפיצויים, וכמו כן - אין המדובר במקרה שעשוי לגרור אחריו תביעות שאינן מבוססות לפיצויים בגין מעצר, שכן התביעה הודיעה, כי השלימה את מלאכת הבחינה במקרים דומים והורתה ל"הקפיא" את פקודות המעצר בעניינם. **המדובר במקרה שבו כבר עתה יש בידי בית הדין הכלים להכריע עניינית בשאלת הפיצויים.**

מנגד, סבר **שופט המיעוט**, כי הפרשנות שניתנה בהלכה הפסוקה לסעיף 38 אינה מאפשרת לדון בבקשה לפיצויים במקרה שבו טרם התקבלה החלטה בשאלה אם יוגש כתב אישום אם לאו. לדידו של השופט, עיון ברע"פ 2707/17 **פלוני נ' מדינת ישראל** (6.7.2017) ובעניין **זבידאת** לעיל, כמו גם בפסק הדין בענין **פדרמן הנ"ל**, בהתחשב בלשונו הברורה של סעיף 38 ובתכליתו החקיקתית -

מלמד כי הסף הקבוע בסעיף 38 הנ"ל הוא בעל משמעות ראייתית, שרק לאחריו, באיזון בין אינטרס הציבור להגן על חירות הפרט לבין אינטרס הציבור להגן על החברה מפני פשיעה - הוסמכה הערכאה הפלילית לבחון את עילות לפיצויים בגין מעצר. משטרם הוחלט אם להגיש כתב אישום כנגד המערער ואף בעניינם של אחרים, שעניינם דומה לעניינו, הרי אף שמעצרו בוצע בניגוד למדיניות התביעה - לא ניתן לדון בבקשתו לפיצויים בגין מעצר כבר כעת, וזכותו הדיונית להגיש את הבקשה תישמר לו, משתקבל החלטה רשמית בעניינו.

בהתאם לעמדת הרוב בסוגיה, נבחנו העילות לפיצויים בגין מעצר, כאמור בסעיף 38 לחוק המעצרים, שעניינן "היעדר יסוד למעצר" או "נסיבות אחרות המצדיקות" את הפיצוי. נקבע, כי אף שפרשנותן

של עילות אלה טרם לובנה לעומק בפסיקת בית המשפט העליון (ראו: רע"פ 3508/19 חמד נ' מדינת ישראל (21.7.2019), פסקה 12), הרי שלאור נוסחן הדומה, ניתן ללמוד על טיבן והיקפן מן ההלכה הפסוקה על אודות טיבן והיקפן של העילות לפיצוי נאשם שזוכה, כפי שנקבעו בסעיף 80 לחוק העונשין. ביישום האמור, נקבע כי לא מתקיימת עילת הפיצוי הראשונה, שלפיה "לא היה יסוד למעצר". טיבן ועוצמתן של הראיות לכאורה, שנאספו בשלב המוקדם כנגד המערער, עברו תחת שבט הביקורת של שתי ערכאות שיפוטיות, בשני דיונים תכופים, ותקופת מעצרו של המערער הייתה קצרה ומדודה. במהלך הדיונים הציגה התביעה לפני בית הדין מסמכים המלמדים על העדר שיתוף פעולה מתמשך של המערער עם לשכת הגיוס, חרף ניסיונות ליצור עמו קשר; ומכתב ששלח המערער ללשכת הגיוס בבקשה להישאר במסלול של "בן ישיבות". לאור

אלה, ועל פי חזקת התקינות המנהלית של פעולות הגורמים בלשכת הגיוס, נעתר בית הדין באופן חלקי לבקשת התביעה והורה להאריך את מעצרו של המערער לתקופה קצרה. זה היה אף הבסיס להחלטת בית הדין לערעורים, אשר על דעת הצדדים הותיר את המערער במעצר, תוך שהוא מקצר את משכו.

משטרם הוחלט אם להגיש כתב אישום כנגד המערער ואף בעניינם של אחרים, שעניינם דומה לעניינו, הרי אף שמעצרו בוצע בניגוד למדיניות התביעה - לא ניתן לדון בבקשתו לפיצויים בגין מעצר כבר כעת.

עם זאת, צוין כי לערכאה הראשונה ולערכאת הערעור, לא הוצגה התמונה הרלוונטית **המלאה** - בית הדין לא קיבל מידי התביעה נתונים בנוגע למדיניות שגיבשה זה מכבר, להימנע מנקיטת הליכים ו"להקפיא" את פקודות המעצר, כפי שהוצגה בעניין **צינמון** ובעניין **זכריה** לעיל; ולא היו בידיו הכלים להעריך את מידת שייכותו של המערער לאותה קבוצה של עותרים. זאת ועוד, המידע בדבר הבדיקה שהתבצעה על ידי רשויות הגיוס בעניינם של חברי הקבוצה הדומה במאפייניה למערער, לשם "הקפאת" פקודות המעצר בעניינם, בדיקה שהושלמה לאחרונה, אף הוא לא היה ברשות בית הדין. מידע זה, המלמד על כך שהרשויות יכלו לפעול ולמנוע את המעצר מבעוד מועד, בהתאם למדיניות שגיבשו - היה חיוני לבחינת ההצדקה למעצרו של המערער והיה בו כדי לעורר סימן שאלה בכל הנוגע לתקינות פעולת המנהל בהקשר זה.

מכל מקום, נתונים אלה ודאי רלוונטיים לבחינת העילה של "נסיבות אחרות המצדיקות" פיצוי בגין מעצר. מדיניות התביעה "להקפיא" את המעצרים של אלה, העונים למאפייניהם של העותרים בבג"ץ **צינמון** הנ"ל, כמפורט לעיל, נגזרה מהחלטת הביניים של בית המשפט העליון בעתירה - החלטה שניתנה כבר ביום **20.9.2018**. הודעת המדינה על גיבוש המדיניות והחלטה על אחרים ניתנה במסגרת ההליכים בבג"ץ **זכריה** לעיל ביום **17.2.2019**. עולה מן המקובץ, כי **החל מחודש פברואר 2019, לכל המאוחר**, עמדת התביעה היא, כי **אין לעצור** את בני הישיבות ילידי השנים 1992-1995, אשר בעניינם מתעוררת השאלה האם מועד קריאתם לשירות ביטחון חרג מפרק הזמן הקבוע בסעיף 20 לחוק שירות ביטחון, נוכח חלוף הזמן בתקופת הביניים, החל ממועד פקיעת חוק טל ועד למועד כניסתו של תיקון מספר 19 לחוק שירות ביטחון. נוכח **מעמדה הרם, החוקתי של חירותו האישית של הפרט**, חירות המוגנת על ידי חוקי היסוד במדינה, הרי שהחל מחודש פברואר 2019, היה על הרשויות לפעול בדחיפות לאיתור התיקים של חברי הקבוצה ו"להקפיא" את פקודות המעצר שהוצאו בעניינם (כפי שאכן נעשה בסופו של דבר) - מיידית. עולה, אפוא, כי המערער נעצר ביום 19.12.2019, **בניגוד למדיניות התביעה להימנע ממעצר, וכעשרה חודשים לאחר שגובשה**. אמנם, לשיטתה של התביעה, בהתאם לעמדתה המשפטית, כפי שהוצגה בבג"ץ **צינמון** ובבג"ץ **זכריה** לעיל,

העותרים ואחרים שהם בעלי נתונים דומים, ובהם המערער, מבצעים עבירה נמשכת של היעדר מן השירות הצבאי והם בבחינת עבריינים המפרים את החוק; ברם, מנגד, העותרים אווזים בהשקפה משפטית שלפיה, פרק הזמן לגיוסם על פי דין, חלף זה מכבר ולפיכך, על פי חוק שירות ביטחון, הם אינם חייבים בשירות ביטחון ואינם מפרים את החוק. מחלוקת זו היא היא שממתינה להכרעה השיפוטית, והיא אינה עניין של מה בכך. לראיה, הסכמתה של המדינה לגבש מדיניות להימנע מהליכי גיוס ובכלל זה ממעצר; והחלטתו של בית המשפט העליון "כי ראוי ששאלת הרוחב שהעלו הצדדים תוסדר ותובהר בהליכי חקיקה שתלויים ועומדים בשלב הנוכחי" (בג"ץ צינמון לעיל).

בשאלה, האם לאור המפורט, אכן מתקיימות "נסיבות אחרות המצדיקות פיצוי", שוב נתפלגו דעותיהם של שופטי בית הדין הצבאי לערעורים. לדידם של שופטי הרוב, נוכח מעמדה וחשיבותה של החירות האישית, ובשים לב לאמות המידה של צדק וסבירות, החלות על התביעה ועל יתר גורמי אכיפת החוק לכל אורך ההליך הפלילי (ראו בג"ץ 6410/14 "אומץ" - אזרחים למען מנהל תקין וצדק חברתי ומשפטי נ' פרקליט המדינה, פסקה 69 (4.2.2015)) - היה על הרשות לנקוט פעולות מתאימות ולהימנע ממעצר בהתאם למדיניות שגיבשה. משלא נעשה כן בעניינו של המערער - יש לפצותו על מחדלה של הרשות, שהוביל למעצרו במשך ארבעה ימים. חלקו של המערער בתמונה הכוללת, המתבטא במחדלו לפעול ולהסדיר את מעמדו אל מול רשויות הגיוס - הסדרה שיכול והייתה מונעת את המעצר מלכתחילה - יבוא לידי ביטוי בהעמדת סכום הפיצויים על סך כולל של 850 ש"ח, כמחצית מסכום הפיצויים המירבי לפי תקנות סדר הדין (פיצויים בשל מאסר או מעצר) תשמ"ב-1982.

לעומת זאת, סבר שופט המיעוט כי הגם שהיה על הרשות להשלים את הבדיקה מבעוד מועד ולהימנע ממעצרו של המערער, יש לתת להתנהלותו של המערער את משקל הבכורה באיזון הכולל.

לדידם של שופטי הרוב ... היה על הרשות לנקוט פעולות מתאימות ולהימנע ממעצר בהתאם למדיניות שגיבשה. משלא נעשה כן בעניינו של המערער - יש לפצותו על מחדלה של הרשות, שהוביל למעצרו במשך ארבעה ימים.

אל מול הזכות לחירות ואינטרס הציבור המובהק להגן עליה, יש ליתן משקל, במצטבר לרצון להימנע מהרתעת יתר של גורמי אכיפת החוק, וכן לאינטרס הציבורי של הגנת המדינה, הכולל את חובתם של האזרחים לשרת בצבאה. משכך, לטעמו של השופט שבמיעוט, באיזון הכולל של השיקולים ובראי האיפוק שיש לנהוג בשאלת הפיצוי בגין מעצר - יש לדחות את בקשת הפיצוי גם לגופה.

הערעור התקבל, אפוא, בדעת רוב.

לפסק הדין המלא: [עלב"ש/8/20 טור' עוזרי נ' התובע הצבאי הראשי \(23.12.2020\)](#).

ערעור ההגנה על הרשעה בעבירות של אינוס ועבירות מין נוספות - זיכוי מחמת הספק שמא התקיימה אצל המערער טעות כנה ביחס להסכמת המתלוננת לחלק מן המעשים, דחיית התיזה של "עצימת עיניים אובייקטיבית"

המערער, נגד בכיר (רנ"ג) ששימש כמנהל עבודה בגדוד איסוף, הואשם כי ביצע עבירות מין שונות במתלוננת, בעת ששירתה תחת פיקודו הישיר, כנגדת זוטרה (בהיותה בדרגת סמ"ר ורס"ל), וזאת במשך תקופה ארוכה של כמעט שנה ושמונה חודשים.

בכתב האישום נטען, כי במהלך נסיעה משותפת, הניח המערער את ידו הימנית על ירכה השמאלית של המתלוננת וליטף אותה. בהמשך, התקדמו האקטים המיניים באופן הדרגתי, תחילה לנשיקות על פניה ובפיה של המתלוננת ולנגיעות בחזה מעל ומתחת לבגדים; לאחר מכן מגע באיבר מינה מעל ומתחת לבגדים, חיכוך איבר מינו של הנאשם בגופה של המתלוננת ובאיבר מינה מעל לבגדים,

החדרת אצבעותיו של המערער לאיבר המין ושלוש הזדמנויות בהן החדיר את אצבעותיו לפי הטבעת של המתלוננת; ובמקביל מעשי אוננות שביצעה המתלוננת במערער לפי הנחייתו ותוך אחיזת ידה בכוח, וניסיונו להביאה לבצע בו מין אוראלי, תוך אחיזה בראשה, עד שהמתלוננת אכן ביצעה מין אוראלי. שיאם של המעשים המיוחסים בעשרות מקרים שבהם החדיר המערער את קצה איבר מינו לאיבר מינה של המתלוננת ('חדירה חלקית'), למעט אירוע אחד שבו בוצעה חדירה משמעותית יותר לפרק זמן קצר. על פי הנטען בכתב האישום, המעשים כולם בוצעו בניגוד לרצונה של המתלוננת, וחרף ביטויים ברורים של אי-הסכמה מצידה, אשר כללו אמירת 'לא' ואמירות סירוב מפורשות נוספות, הרחקת ידיו של המערער מגופה, הדיפתו של המערער באמצעות רגלה וידיה ועוד.

בגדר הכפירה, לא חלק המערער על כך שהתקיים בינו לבין המתלוננת קשר מיני שנמשך חודשים ארוכים וכלל עשרות רבות של אקטים מיניים, כאלה שפורטו לעיל. עם זאת, לדבריו, כלל המעשים בוצעו בהסכמתה המלאה של המתלוננת, כחלק ממערכת יחסים הדדית ומוסכמת. הסכמתה של המתלוננת באה לידי ביטוי באופן מפורש, בין היתר, בכך שהיא זו שיזמה את מערכת היחסים האינטימית מלכתחילה, ובכך שבמהלך האקטים ביצעה מעשים מובהקים המעידים על הסכמה. המערער אישר, כי לחלק מהמעשים הביעה המתלוננת סירוב, או כי חלק מן האקטים המיניים הסתיימו לבקשתה של המתלוננת - אך מקרים אלה הביעו לדבריו רצון נקודתי לחדול מהמעשים באותו הרגע ולא אי-הסכמה כללית, וכי בכל אותם מקרים נענה באופן מלא לבקשתה של המתלוננת לחדול ממעשיו.

לצד האישור של מרבית האקטים שתוארו בכתב האישום, כפר המערער בכך שהקשר המיני החל ביוזמתו, עת הניח את ידו על ירכה של המתלוננת, וטען כי המתלוננת היא שהתיישרה עליו ונישקה אותו מיוזמתה. המערער כפר גם בכך שהחדיר את איבר מינו לאיבר מינה של המתלוננת, ולו באופן חלקי. לדבריו, נהג לחכך את איבר מינו באיבר מינה באופן שאינו מאפשר חדירה, שכן המתלוננת הביעה סירוב מפורש לחדירה מעין זו משום שביקשה לשמור על בתוליה, והוא כיבד את רצונה.

לאחר שמיעת ראיות, הורשע המערער במיחוס לו - שמונה עבירות של מעשה מגונה, לפי סעיף 348(ג) לחוק העונשין, תשל"ז - 1977; עבירה של מעשה מגונה בכוח, לפי סעיף 348(ג1) לחוק העונשין; שתי עבירות של אינוס, לפי סעיף 345(א1) לחוק העונשין; שתי עבירות של מעשה סדום בנסיבות אינוס, לפי סעיפים 347(ב) ו-345(א1) לחוק העונשין; עבירה של ניסיון מעשה סדום בנסיבות אינוס, לפי סעיפים 347(ב), 345(א1) ו-25 לחוק העונשין; ועבירה של התנהגות שאינה הולמת, לפי סעיף 130 לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו - 1955.

בית הדין קמא השית על המערער, בגין הרשעתו, תשע שנות מאסר לריצוי בפועל, שלוש שנות מאסר על תנאי, למשך שלוש שנים, והורדה לדרגת טוראי. עוד נפסקו למתלוננת פיצויים בסך 80,000 ש"ח.

ההגנה לא השלימה עם הרשעתו של המערער, ולחלופין עם חומרתו של עונש המאסר בפועל שהושת עליו.

בית הדין הצבאי לערעורים (הנשיא אלוף **דורון פיילס**; המשנה לנשיא תא"ל **אורלי מרקמן** והשופטת, אל"ם **נועה זומר**) דן תחילה בממצאי המהימנות שנקבעו בבית הדין קמא. הודגשה התרשמותו הבלתי אמצעית של בית הדין ממהימנותה של המתלוננת, משך חמש ישיבות שבהן נחקרה על ידי הצדדים. נמצא עוד, כי עדויותיה של המתלוננת במצ"ח, בעימות עם המערער ובבית הדין פירטו גרסה עקבית וקוהרנטית. צוין, כי מתבקש היה כי המתלוננת תישאל על ידי ההגנה, בחקירתה הנגדית, ביחס ליוזמה לשינוי באופי הקשר בין השניים, או על טענות ספציפיות של המערער, כאילו המתלוננת היא שנקטה יוזמה ואקטיביות במהלך המגעים המיניים, ואין די בחקירתה של המתלוננת באופן כללי על כך שכלל המגעים המיניים עם המערער בוצעו בהסכמתה. בעניין זה הוטעם על ידי בית הדין לערעורים, כי אכן, "כלל מושרש הוא כי אי-חקירת עד כמוה כקבלת גרסתו. הרציונל לכך הוא כי כאשר נמנע בעל דין מחקירה נגדית של עד, ההנחה היא כי אינו חולק על דבריו. כך בהליך האזרחי וכך בהליך פלילי" (ע"פ 7915/15 **גדבאן נ' מדינת ישראל**, פסקה 13 לפסק דינו של השופט הנדל (9.7.2017)); ע/17/19 **רס"ל יפרח נ' התובע הצבאי הראשי**, פסקה 38, והאסמכתאות

שם (2019)). דברים אלה יפים גם ביחס לאי-חקירתו הנגדית של רס"ב כפיר, ידידה של המתלוננת, שהיה הראשון שאותו שיתפה במעשיו של המערער, בחודש אפריל 2018, כאשר היא בוכה ונסערת. שיתופו הספונטני של רס"ב כפיר בפרטי מעשיו של המערער, אגב כך שהמתלוננת עדכנה אותו באירוע אחר של הטרדה, כנטען על ידיה, והכל כאשר היא מצויה בסערת רגשות - יש בו כדי לתמוך באמינות התיאור, והוא מצביע על כי אין המדובר בעלילת שווא (ע"פ 7474/19 בן דוד נ' מדינת ישראל, פסקה 23 (12.07.2020)).

המתלוננת אכן הזכירה, לראשונה בחקירתה הנגדית בבית הדין, כי כאשר תיארה (בפני מטפליה, במצ"ח ובחקירה הראשית), חשש כי המערער יתנכל לה מקצועית, ובנוסף גם פחד פיזי ממנו - היה זה במישור של חשש קיומי, בשים לב לכך שהמערער סיפר לה "על חברים שלו שהם עבריינים באילת", והיא חוששת כי הללו יפגעו בה, ואף במערער, לנוכח טיב העבירות המיוחסות לו. לאחר עיון, קבע בית הדין הצבאי לערעורים כי העלאתם המאוחרת של הדברים על ידי המתלוננת אינה פוגעת בקביעות המהימנות לגביה. לזו גרסתה נותר איתן, ולפיו כלל המעשים המיניים נעשו בה על ידי המערער שלא בהסכמתה (ראו, בדומה, את ע"פ 8978/18 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 29 (4.2.2020)).

לאחר עיון במסמכי הטיפול במתלוננת, בבית החולים הפסיכיאטרי שבו טופלה, נדחו גם טענותיה של ההגנה בדבר תפיסת המציאות של המתלוננת. נקבע, כי "אין לראות בעדותה משום תיאור של אירועים משוללי יסוד כטענת המערער" (ע"פ 3615/18 פלוני נ' מדינת ישראל, בפסקה 58 (26.3.2020)), וכי תימוכין לכך מצויים באישורו של המערער את תיאורי המעשים המיניים שאותם מסרה, למעט, כאמור, את הטענה כי יזם את המגע המיני, בהנחת ידו על ירכה, ואת הטענות בדבר החדרת איבר מינו לאיבר מינה. לעומת גרסתה של המתלוננת, עברה גרסתו של המערער שינויים רבים, החל מהכחשת קיומו של קשר מיני כלשהו, עובר בהודאה במעשים מינוריים וכלה במסירת גרסאות

לעומת גרסתה של המתלוננת, עברה גרסתו של המערער שינויים רבים, החל מהכחשת קיומו של קשר מיני כלשהו, עובר בהודאה במעשים מינוריים וכלה במסירת גרסאות מתפתחות.

מתפתחות (ביחס למהות המעשים, ליוזמה בביצוע הדברים ולתגובותיה של המתלוננת). שינויי גרסה אלה, וקשייו של המערער להתמודד בעדותו בבית הדין עם עניינים שלא עלו בקנה אחד עם גרסתו בעדות, הביאו לקביעתו של בית הדין קמא, כי לא ניתן לתת אמון בדבריו של המערער בסוגיות מרכזיות הרלוונטיות להכרעה. גם בהתרשמות בלתי אמצעית זו לא מצא בית הדין הצבאי לערעורים להתערב, שכן "האופן שבו נמסרה גרסתו של המערער, לשיעורין ובהדרגה, מטיל צל כבד על מהימנותו" (ע"פ 7880/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 34 (11.5.2015)), ואף יש בו כדי לחזק משמעותית את גרסת המתלוננת.

אשר למצבה הנפשי של המתלוננת, בית הדין קמא מצא שלא להכריע בשאלה האם לאמץ את אבחנתם של גורמי הטיפול, שלפיה המתלוננת סובלת מתמונה קלינית מלאה של פוסט טראומה; או לבכר את דעתו של מומחה ההגנה, הסבור, כי יכולתה של המתלוננת לתאר בפירוט את מעשיו של המערער, במהלך העימות עמו ובעדותה בבית הדין, ללא תסמינים חודרניים, אינה עונה על מאפייני ה"הימנעות" וה"חודרנות" הנדרשים לאבחנה זו. לאחר סקירת עדויותיהן של הפסיכולוגית והפסיכיאטרית המטפלות במתלוננת, בדבר זיכרונות, "פלאשבקים" וחלומות הקשורים למערער, מצא בית הדין הצבאי לערעורים לאמץ את מסקנתו של בית הדין קמא, כי ההכרעה בין האבחנות הנפשיות השונות ביחס למתלוננת אינה נדרשת, משום שהתסמינים החודרניים שאותם מתארת המתלוננת קשורים ישירות למערער ולמעשיו. בדומה, לא נמצא מקום להתערב גם בהחלטתו של בית הדין קמא לדחות, בהיעדר ביסוס ראייתי מספק, את האבחנה החלופית שהציע מומחה ההגנה, ולפיה קווי אישיות נרקיסיסטיים ורמת ארגון גבולית, לצד הכישלון שחוותה המתלוננת בשירותה בגדוד הנדסה, הובילו לפיתוח הפרעת הסתגלות או הפרעת דיכאון, תוך שהמתלוננת תולה את מצבה הנפשי ואת כישלונה במעשיו של המערער, בעוד שבפועל, התקיימה בין השניים מערכת יחסים מוסכמת והדדית. הוזכר, כי "כלל אי-ההתערבות נכון במיוחד באשר לקביעות הערכאה הדיונית ביחס לחוות דעת מקצועיות שהוגשו לה, ובכלל זה העדפת חוות

כלל אי-ההתערבות נכון במיוחד באשר לקביעות הערכאה הדיונית ביחס לחוות דעת מקצועיות שהוגשו לה, ובכלל זה העדפת חוות דעת אחת על פני אחרת, בפרט כאשר עורכיהן נחקרו על ידי הצדדים.

דעת אחת על פני אחרת, בפרט כאשר עורכיהן נחקרו על ידי הצדדים" (ע"פ 8507/18 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פסקה 48 (9.9.2020)). אף הנימוק הנוסף שציין בית הדין קמא, שעניינו הקושי להסתמך על חוות דעתו של מומחה ההגנה, מאחר שניתנה מבלי שבדק את המתלוננת, הוא בעל משקל (ראו ע"פ 3615/18 **פלוני הנ"ל**, בפסקה 58 (26.3.2020)).

נוכח הקשר בין ההיזדרדרות במצבה הנפשי של המתלוננת לבין מעשיו של המערער, נקבע כי מצב נפשי זה מחזק את מהימנות גרסתה. כפי שנפסק, "גם אם מצבו הנפשי של נפגע העבירה לא בא לידי ביטוי בסמוך לאירוע הפלילי, ניתן לראות בו סיוע לעדות, כל עוד יש הסבר סביר לשיהוי בביטוי החיצוני של הזעזוע הנפשי" (ע"פ 2544/17 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פסקה 13 (7.2.2019); ראו גם ע"פ 5385/13 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פסקה 34 (4.12.2013)). באותן נסיבות יש גם כדי לספק הסבר סביר לפער הזמנים שבין מעשיו של המערער לבין הגשת תלונתה של המתלוננת, כשנתיים ומחצה לאחר מכן (ראו, למשל, ע"פ 9882/17 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פסקה 30 (16.4.2019); וכן ע/143/13, ע/25/14 **התובע הצבאי הראשי נ' סא"ל קרקו**, פסקה 43 (2015)).

בית הדין הצבאי לערעורים מצא לדחות טענות נוספות של ההגנה, ביחס לחוסר היגיון בגרסתה של המתלוננת. **ראשית**, ה"פצול" שתיארה המתלוננת, בין תפקודה המצטיין בשעות היום לבין שגרת אינוס מתמשכת שחוותה בשעות הלילה, מוצא תימוכין בעדויותיהם של גורמי הטיפול. **שנית**, וחרף אישורה של המתלוננת עצמה, כי ידעה לעמוד על שלה מול המערער בפן המקצועי, הרי שכבר נפסק, כי "אף אם יכולה הייתה המתלוננת לפעול בדרכים אחרות, אין ביכולתו של בית המשפט לשפוט ולנתח בדיעבד את התנהלותה" (ע"פ 9741/16 **אסלן נ' מדינת ישראל**, פסקה 21 (19.7.2018)), ו"הקורבן איננו חייב להתנהג בסבירות או בדרך מסוימת שמוכתבת לו על ידי האחר הנמצא מחוץ לעולמו הפנימי" (ע"פ 3217/14 **שמייס נ' מדינת ישראל**, פסקה 29 (31.7.2016)); ע/117/05 **התובע הצבאי הראשי נ' אל"ם זאהר**, פסקה 74 (2006)). דווקא הפרטים שמסרה המתלוננת, אשר עוררו לטענת ההגנה קושי פנימי בגרסתה - דוגמת היוזמה שגילתה, בחלק מן המקרים, בנסיעה אל המקומות שבהם התקיימו המגעים המיניים, או הסרת בגדיה במהלכם - מחזקים את אמינותה.

לאחר ניתוח כל אחד מן המישורים שבהם תקפה ההגנה את מהימנותה של המתלוננת לא נמצא, אפוא, מקום להתערב בקביעותיו של בית הדין קמא בדבר אמינות ומהימנות הפרטים שמסרה ביחס למעשיו של המערער, וביחס לאי-הסכמתה לביצועם - בין לכלל המקרים שבהם החדיר את איבר מינו לאיבר מינה, בין למקרים שבהם החדיר המערער את אצבעותיו לפי הטבעת שלה, בין למקרים הראשונים מכל סוג של אקט מיני אחר (נשיקה, מגע בחזה של המתלוננת ובאיבר מינה, החדרת אצבעותיו של המערער לאיבר מינה, הבאתה לביצועם של מעשי אוננות במערער וארבעת המקרים הראשונים שבהם הביא אותה המערער לביצועו של מין אוראלי). הדברים נכונים גם ביחס לאקטים אלה, אשר בוצעו על ידי המערער לאחר מכן פעמים רבות, במה שהוגדר על ידי בית הדין קמא כ"שגרת" מעשים מיניים, ואף שהמתלוננת חדלה להתנגד למעשים, למעט התנגדותה להחדרת איבר מינו של המערער לאיבר מינה. אכן, "העידן שבו היה על הקורבן להוכיח התנגדות פיזית חלף לו מן העולם, והמבחן כיום הוא בבחינת הבעת אי-הסכמתה של האישה, חלף הבעת הסכמתה של האישה, חלף הבעת אי-הסכמה מצידה".

הבעת הסכמתה של האישה, חלף הבעת אי-הסכמה מצידה" (ע/15/29 רב"ט בר נ' התובע הצבאי הראשי, פסקה 69 (2015); ע/05/117 אל"ם זאהר הנ"ל, פסקאות 64-72, והאסמכתאות שם; וכן ע"פ 3217/14 שמיים הנ"ל, פסקה 21).

נוכח האמור, מתקיים הרכיב העובדתי של היעדר הסכמתה של המתלוננת למעשים המיניים, הנדרש בכל אחת מעבירות המין שיוחסו למערער. נוכח ההחלטה שלא להתערב גם בממצאי המהימנות בעניינו של המערער, נותרת על כנה אף הקביעה בדבר מודעותו לאי-הסכמתה של המתלוננת למקרים הראשונים מכל סוג של אקט מיני, לאי הסכמתה להחדרת אצבעותיו לפי הטבעת שלה, ולאי הסכמתה לכל ההזדמנויות שבהן החדיר את איבר מינו לאיבר מינה. בכך, מתקיים היסוד הנפשי הנדרש בעבירות שיוחסו לו לגבי מעשים אלה.

לעומת זאת, מצא בית הדין לערעורים להתערב בקביעת בית הדין קמא, שלפיה כי המערער "לא היה מודע באופן החלטי" לכך שהמתלוננת אינה מסכימה לכל סוג של אקט מיני ב"שגרת" המעשים

אכן, "העידן שבו היה על הקורבן להוכיח התנגדות פיזית חלף לו מן העולם, והמבחן כיום הוא בבחינת הבעת הסכמתה של האישה, חלף הבעת אי-הסכמה מצידה".

המיניים, אלא שעל רקע התנגדויותיה הראשוניות, וסירובה המתמיד לחדירה, בנוסף למודעותו של המערער לפערי הכוחות והפיקוד ביניהם והיעדר שיח בין השניים, במהלך האקטים המיניים או לאחריהם - **"היה עליו לברר"** באלו אקטים היא מעוניינת, והוא **"חשד בהכרה"** שאפשר שאינה מסכימה לביצועם, באופן השקול למודעות. בית הדין הצבאי לערעורים הדגיש, כי לא מודעות **"ראויה"**, ואף לא **"סבירה"**, עומדת לבחינה בשלב זה, אלא אך ורק מודעותו הסובייקטיבית של המערער. הוא הדין לגבי **"עצימת עיניים"**, בהיותה **"משמשת תחליף למודעות של ממש כלפי הרכיב הנסיבתי, במסגרת היסוד הנפשי של מחשבה פלילית; ובמסגרת זו המבחנים הם אישיים גרידא וכל מרכיב רשלני הוא נטע זר"** (ש"ז פלר, **יסודות בדיני עונשין** כרך א', 524 (1984)). וראו ע"פ 5529/12 **אוהב ציון נ' מדינת ישראל**, פסקה 21, והאסמכתאות שם (9.11.2014). וראו גם ע"פ 5938/00 **אזולאי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נה(3) 873, 895-896 (2001) וע"פ 8978/18 **פלוני הנ"ל**, פסקה 42). בנסיבות העניין, נסתרה גם החזקה העובדתית בדבר חשד, כפי שגובשה בפסיקה כאשר ממערכת הנסיבות האובייקטיביות עולה כי האדם הסביר היה חושד בדבר אי הסכמה (ע"פ 11699/05 **סרפו נ' מדינת ישראל**, פסקה 4 לפסק דינו של כבוד השופט לוי (23.6.2008)). אם, כפי שציין בית הדין קמא, ביוזמה שגילתה המתלוננת (מן הטעמים שפירטה בעדותה) בהצעותיה למערער **"שייסעו"**, בידעה כי הנסיעות כרוכות במעשים מיניים; בהסרת בגדיה במהלך המעשים; ובתשובתה למערער, באחת ההזדמנויות, כי הגיעה לפורקן מיני - היה כדי **"לעמעם"** את מודעותו לאי הסכמתה למעשים, חרף יחסי הפיקוד ופערי הכוחות ביניהם, הרי **שבאותן נסיבות ממש** יש גם כדי לעורר ספק בחזקה העובדתית הנזכרת.

כידוע, **"טענה לטעות כנה במצב הדברים אינה יכולה לדור בכפיפה אחת עם עצימת עיניים"** (רע"פ 7499/15 **בר נ' התובע הצבאי הראשי**, פסקה 8 (15.11.2015)). משנמצא, כי לא ניתן לקבוע, ברמת ההוכחה הדרושה, כי מתקיימת אצל המערער **"עצימת עיניים"** סובייקטיבית ביחס לאי הסכמתה של המתלוננת, פנה בית הדין הצבאי לערעורים לבחון האם יכול שטעה טעות כנה בעניין זה וסבר כי המתלוננת שינתה עמדתה, והחלה להסכים למעשים, בבחינת **"שינוי לבבות חיובי מדומה"**. את

שאלת "שינוי הלבבות החיובי המדומה" יש לבחון על רקע כלל נסיבות האירוע, ובהן פער גילים ומעמד בין הצדדים, וכן "העובדה שאין מדובר בזוג אוהבים אשר פיתחו ביניהם שפה פרטית, בה תיתכן משמעות שונה מן הדיבור הרגיל לביטויי ההסכמה" (ע"פ 8271/14 רצון נ' **מדינת ישראל**, פסקה נ"ח (18.7.2016)) - והכל, בראי הקביעה, כי "ביטוי ברור וחד משמעי לקיומו של 'שינוי לבבות חיובי' - נדרש גם נדרש" (ע"פ 5938/00 **אזולאי הנ"ל**, בעמ' 909). בענייננו, הצביע בית הדין קמא על התנגדותה של המתלוננת לכל סוג של אקט שביצע המערער, בתחילתו, על היעדר השיח ביניהם

בעניין האקטים המיניים וכן על פערי הגיל, הניסיון והפיקוד בין השניים, ככאלה שלא אפשרו טעות כנה של המערער בשאלת הסכמתה למעשים. ואולם, לנוכח היוזמה שנקטה המתלוננת, בין בנסיעה ובהכוונה למקום שבו בוצעו המעשים, בין בהסרת בגדיה ובביצועם העצמאי של מעשי האוננות והמין האוראלי במערער, ובין בהחלטה על סיומם של המפגשים, קם **ספק סביר** שמא עמד המערער בנטל המשני להראות - ולו ברמה "מדומה", בעיניו בלבד - "כי חל שינוי אשר בא לידי ביטוי במילים או

במעשים מצד האישה, שיש בהם כדי לשלול את המשמעות שיש לייחס לאי-ההסכמה שהובעה על-ידיה מלכתחילה סמוך למעשה האישות" (ע"פ 5983/00 **אזולאי הנ"ל**, בעמ' 898; ע"פ 8271/14 רצון הנ"ל, פסקה נ"ח). בית הדין לערעורים הבהיר, כי בקביעה כי קם **ספק סביר** במודעותו של המערער לאי-הסכמתה של המתלוננת ל"שגרת" המעשים המיניים, **אין כדי לגרוע מן המסקנה בדבר מהימנותה של המתלוננת ואי הסכמתה למעשים**. מהימנות זו הביאה למסקנה, כי היסוד העובדתי בעבירות המין השונות שיוחסו למערער - התקיים. זיכוי של המערער מביצועם של המעשים המיניים הנזכרים נובע מן הספק בהתקיימותו של היסוד הנפשי שלו בעבירות.

מחמת הספק, נקבע, אפוא, כי ביחס ל"שגרת המעשים המיניים", יורשע המערער רק **במקרים הראשונים** מכל סוג של המעשים שיוחסו לו.

זיכוי של המערער מביצועם של המעשים המיניים הנזכרים נובע מן הספק בהתקיימותו של היסוד הנפשי שלו בעבירות.

השינוי בהיקף ההרשעה השליך על מתחם העונש ההולם, הגם שהרשעתו של המערער בעבירה החמורה של אינוס, בעשרות הזדמנויות, בצד עבירות חמורות נוספות, ובכללן מעשה סדום, נותרה על כנה. גם "המקרים הראשונים מכל סוג של אקט מיני", שבהם נמצא לאשר את הרשעתו של המערער, כוללים מעשים חמורים של אינוס בדרך של החדרת אצבעות, ושל כפיית מעשי אוננות ומין אוראלי. בנוסף, אף אם העבירות בוצעו ללא ניצול לרעה של המרות הפיקודית, הרי שהפרתן של חובות האמון שחב המערער, כמפקד, כלפי המתלוננת - פקודתו, כלפי משפחתה וכלפי הציבור בכללותו, עקב עבירות המין שביצע (ראו ע/117/05 אל"ם זאהר הנ"ל, פסקאות 129-131) - קיימת גם קיימת. בשים לב לקשר בין ההידרדרות במצבה הנפשי של המתלוננת לבין מעשיו של המערער, הועמד מתחם העונש ההולם על מאסר לריצוי בפועל הנע בין **חמש לתשע שנים**. בתוך המתחם, ובאיזון שבין נסיבות הקולה והחומרה, הועמד עונשו על **שבע שנות מאסר בפועל**, ללא שינוי ביתר רכיבי העונש.

לפסק הדין המלא: ע/1/20 רנ"ג ישראלי נ' התובע הצבאי הראשי (23.12.2020).

סבירותו של הסדר טיעון בעבירה של גרם מוות ברשלנות בנסיבות מבצעיות

ביום 9.12.2020 גזר בית הדין הצבאי של מחוז שיפוט עורף (סגנית הנשיא, סא"ל מיכל שחר; השופטים, רס"ן צ'לצ'או נדאו וסרן גילה ליוסטרנק) את עונשו של נאשם, ששירת כלוחם בגדוד חילוץ של פיקוד העורף. במחצית חודש אוגוסט הורשע הנאשם על פי הודאתו בכתב אישום במסגרת הסדר טיעון בעבירה שמהותה **גרם מוות ברשלנות**. כעולה מהעובדות המוסכמות, ביום 20.3.2019, הוצב הנאשם בעמדת שמירה בפילבוקס שבצומת הניצב בין הכניסה לישוב אפרת לכניסה לכפר אל-ח'דר. בסמוך לשעה 21:00 הגיע מכיוון אל-ח'דר לעבר הצומת, רכב שבו נהג עלאא מחמד טאה

ע'אדה, ובו נסעו גם רעייתו ושתי בנותיו. לפני שהגיע רכבו של עלאא לצומת, חלף על פניו כלי רכב אחר והתנגש בו. כלי הרכב עקפו זה את זה מספר פעמים, ובשלב מסוים, עצר עלאא את רכבו, בקרבת הצומת, יצא מהרכב ונופף בידיו לעבר נהג כלי הרכב השני, שהתרחק מהצומת. הנאשם הבחין בעלאא מעמדת השמירה, שמע רעש חזק וחריג מכיוון הצומת, וסבר כי עלאא מיידה אבנים לעבר כלי רכב ישראלים הנעים בצומת לכיוון אפרת, ובכך מסכן את ביטחונם וחייהם של אזרחים הנעים בכביש. עוד עלה מהעובדות המוסכמות, כי במהלך אותו חודש, אירעו באזור יהודה ושומרון מספר הפרות סדר ואירועים חמורים של פעילות חבלנית עויינת, ובעקבות זאת, נדרשו החיילים "לגלות ערנות ונחישות". לא היתה גם מחלוקת כי כשלוש עד ארבע דקות לפני התרחשות האירוע, הועברה לנאשם "התרעה מודיעינית חמה" על חשש להתרחשות "פיגוע חמור" בגזרה שבה שהה. לאור זאת קרא הנאשם לעבר עלאא קריאות אזהרה וירה שתי יריות באוויר במסגרת "נוהל מעצר חשוד". בהמשך, משסבר הנאשם כי על אף אזהרותיו, ממשיך עלאא ליידות אבנים ולסכן את ביטחונם של העוברים בצומת, ירה הנאשם לכיוונו של עלאא ובקרבתו מספר יריות, ופגע בבטנו. לאחר מכן דיווח הנאשם על האירוע לחמ"ל הפלוגתי. בד בבד, הגיע מכיוון הכפר אל ח'דר רכב נוסף. ברכב היו המנוח ושלושה נוסעים נוספים. לבקשת רעייתו של עלאא, פינו שלושת הנוסעים ברכב הנוסף את עלאא לבית החולים. המנוח נשאר במקום, נכנס לכלי הרכב של עלאא וניסה להתניעו. בשלב מסוים, יצא המנוח מכלי הרכב, ואז ירה הנאשם לכיוונו, משום שסבר בטעות כי המנוח הוא מיידה האבנים שזיהה, קודם כן, וכי הוא ממשיך במעשה יידוי האבנים לעבר כלי הרכב החולפים בצומת. המנוח, אשר בפועל, לא יידה אבנים, התרחק מן הצומת לכיוון הכפר אל ח'דר, והנאשם המשיך בירי לעברו, ובכלל זה לעבר מרכז גופו. בהתאם לכתב האישום, הירי לעבר המנוח היה **רשלני** ועמד **בניגוד לכללי הפתיחה באש**. כתוצאה מהירי נפגע המנוח בחזהו ובזרועותיו, וזמן קצר לאחר מכן נקבע מותו.

בהתאם להסדר הטיעון שגובש, עתרו הצדדים במשותף להטיל על הנאשם **תשעים ימי מאסר** לריצוי בפועל, בדרך של **עבודה צבאית**, עונש מאסר מותנה לשיקול דעת בית הדין והורדה לדרגה טוראי. במעמד הדיון נשמעה גם עמדתו של בא כוח נפגעי העבירה, שהתנגד להסדר הטיעון ותיאר

את כאבה של משפחת המנוח. במעמד הדיון, סיפר גם על לאא על פציעתו ועל הנזקים המתמשכים, שנגרמו לו ולבני משפחתו כתוצאה מהאירוע.

לאחר שמיעת הטיעונים לעונש, ועובר למועד שנקבע למתן גזר הדין, הגישו נפגעי העבירה עתירה לבג"ץ (בג"ץ 5904/20 **מנאצרה נ' הפרקליט הצבאי הראשי**), שבה טענו כי הסדר הטיעון שהושג עם החייל חורג ממתחם הסבירות, שכן כתב האישום שגובש במסגרתו אינו סביר, וכך גם העונש המוסכם. נטען עוד, כי גרסת הנאשם אינה סבירה ואינה הגיונית, ואינה מתיישבת עם ממצאי החקירה. לפיכך, ביקשו העותרים לבטל את הסדר הטיעון, ולהורות על הגשת כתב אישום מתוקן, אשר יכלול גם אישום בגין הירי שהוביל לפציעתו של עלאא.

ביום 22.9.2020 ניתן צו ביניים בעתירה, שלפיו יימנע בית הדין הצבאי מלגזור את דינו של החייל עד למתן פסק דין בעתירה, וביום 23.11.2020 ניתן פסק דינו של בית המשפט העליון בעתירה. נקבע, כי מדובר באירוע קשה שתוצאתו טרגית, וכי אין חולק כי בדיעבד, התברר, שאין מדובר באירוע טרור, אלא בטעות של הנאשם בהבנת האירוע כניסיון פיגוע. זאת, על רקע העובדה שמדובר בחייל שביצע פעילות אבטחה לבדו

בשעת לילה, באזור שהוגדר כ"גזרה חמה", שבה אירעו פיגועים בתקופה שקדמה לאירוע הנדון, ובהם זריקת בקבוק תבערה לעבר יחידתו של הנאשם, וכן על רקע התרעה מודיעינית שהתקבלה עובר לאירוע, על כוונת פיגוע. חרף נסיבותיה המבצעיות של הפעילות, לא נמנעו רשויות החקירה והתביעה הצבאית מלקיים חקירה אינטנסיבית ומקיפה, ובשלב ראשון אף נטו להגיש כתב אישום חמור יותר נגד החייל. ואולם, לאחר בחינה נוספת של חומר הראיות והליך של שימוע, הגיע הפרקליט הצבאי הראשי למסקנה, כי חרף הירי, שבוצע תוך סטייה מהוראות הפתיחה באש בשלב השני של האירוע, לא ניתן לייחס לחייל פעולה מתוך מחשבה פלילית. נפסק, כי משמדובר בעתירה נגד שיקול הדעת לגבי תוכן כתב האישום, שיסודו בהערכת חומר הראיות, חלה - במשנה תוקף - ההלכה בדבר

פסק, כי משמדובר בעתירה נגד שיקול הדעת לגבי תוכן כתב האישום, שיסודו בהערכת חומר הראיות, חלה - במשנה תוקף - ההלכה בדבר אי התערבות בשיקול דעת גורמי התביעה.

אי התערבות בשיקול דעת גורמי התביעה, ובמיוחד כאשר מדובר בהחלטה של מי שעומדים בראש מערכת התביעה, הכללית או הצבאית. העתירה נדחתה לגופה, אפוא, תוך שצוין גם כי הוגשה בשיהוי מהותי, ואף שמדובר במעשה עשוי - לאחר שהחייל הודה והורשע במיחוס לו בכתב האישום. הודגש, כי לעניין גזר הדין - ההכרעה היא בסמכות בית הדין הצבאי ומסורה לשיקול דעתו.

ואכן, בגזר הדין, שניתן לאחר פסק הדין בעתירה, קבע הרכב השופטים כי מלאכת גזירת הדין, בנסיבות המקרה דנן, היא **קשה ומורכבת**. מן העבר האחד, ניצב כישלוננו המר של הנאשם, שחרג מהוראות הפתיחה באש ופעל באורח רשלני, במהלך אירוע שאותו חווה כאירוע מבצעי, לאחר שטעה לחשוב כי מן המנוח נשקף סיכון בטחוני בשל ידוי אבנים לעבר כלי הרכב החולפים בדרך. מן העבר האחר, ניצבות תוצאות המעשה הרשלני, שהן קשות וכואבות. בראי המתח האמור נדרש בית הדין לבחון את **סבירות הסדר הטיעון** שהוצג.

בית הדין עמד על כך שראש וראשון לערכים המוגנים הוא **ערך קדושת החיים**. עליונות ערך זה מצדיקה הטלת אחריות פלילית גם ביחס למי שנהג ברשלנות. נקבע כי אחריות מוגברת הוטלה על מי שנושא נשק, וכי חיילי וחיילות צה"ל שנשק הופקד בידיהם מכוח השירות הצבאי מחויבים להקפיד הקפדה יתרה על הוראות הבטיחות. נקבע כי ידם על ההדק צריכה להיות אחראית לצורך הבחנה בין הצלת נפש לבין שפיכות דמים (ע"פ 4497/18 **מדינת ישראל נ' דרי**, פסקה 23 לפסק דינו של כב' השופט סולברג (פורסם בנבו, 19.8.2018)). הוראות הפתיחה באש פותחו על רקע תנאי אי הוודאות השוררים בפעילות מבצעית, והצורך לקבל במסגרתם החלטות מושכלות, מקצועיות, מוסריות ונכונות, בתנאי לחץ. תכליתן היא מבצעית וחינוכית. בנסיבות המקרה, הסטייה מהוראות הפתיחה באש הייתה משמעותית, ותוצאת המעשים הרת אסון. נקבע, כי מכלול ההיבטים המחמירים והם - אובדן חיים ופציעה, פגיעה בטוהר הנשק, פגיעה במרקם העדין שמתחייב מהצורך בריסון הנדרש

הוראות הפתיחה באש פותחו
העל רקע תנאי אי הוודאות
השוררים בפעילות מבצעית,
והצורך לקבל במסגרתם החלטות
מושכלות, מקצועיות, מוסריות
ונכונות, בתנאי לחץ.

בנסיבות המקרה, הסטייה
במהוראות הפתיחה באש
הייתה משמעותית, ותוצאת
המעשים הרת אסון.

בהפעלת הכוח בעת שמירת הביטחון והסדר באזור בעל מורכבות ורגישות ביטחונית, ופגיעה בתדמיתו של צה"ל - מחייבים ענישה משמעותית.

אל מול שיקולים אלה, הודגשו גם שיקולי קולה העולים מנסיבות ביצוע העבירה. נקבע, כי אין לנתק את התנהגות הנאשם מנסיבות הרקע וממידת הדריכות הביטחונית ששררה בשטח בימים שקדמו לו. צוין, כי התדריך שקיבל הנאשם, טרם עלייתו לעמדה, בפעם הראשונה שבה ביצע משימה מסוג זה, לקה בחסר. נקבע, כי להיבטי המבצעיות של הפעולה יש השלכה על הבחינה השיפוטית, הצריכה להיות זהירה, ולא "סטריילית בתנאי מעבדה", אלא כזו שתביא בחשבון את נסיבות האירוע, תנאי השטח ותחושות הנפשות הפועלות, בזמן אמת. לכך הוסיף בית הדין גם קשיים ראייתיים שעליהם הצביעו הצדדים, אשר הקשו על קביעת ממצאים עובדתיים חד משמעיים לחובתו של הנאשם בעת בחינת התנהלותו באירוע, וזאת, לנוכח עדויות שונות וממצאים פורנזיים מן הזירה, אשר תמכו בגרסתו.

בשים לב לאמור, ולמדיניות הענישה במקרים דומים, סבר בית הדין כי מתחם העונש ההולם נע בין **שלושה עד ששה חודשי מאסר בפועל**, לצד עונש של מאסר מותנה והורדה בדרגה. בעת בחינת העונש **בתוך המתחם**, נשקלו נסיבותיו האישיות של הנאשם, שעלה ארצה מקולומביה מטעמים ציוניים, והתגייס לשירות בצה"ל כלוחם. ניתן משקל לעברו הנקי, לחוות הדעת החיוביות של מפקדיו, ולהשפעת הליכי החקירה על מצבו הנפשי. עוד נשקלה העובדה כי עקב ההרשעה, ייזקף לחובתו רישום פלילי. לבסוף, נשקלו הודאתו באשמה והחרטה שהביע, תוך חיסכון בזמן שיפוטי. בית הדין עמד על "מבחן האיזון", שנקבע בדין בין "טובת ההנאה" שמעניק ההסדר לנאשם, לבין "האינטרס הציבורי" כפי שהוא בא לידי ביטוי בעונש שהיה נגזר על הנאשם אלמלא ההסדר (ע"פ 351/07 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 9 (6.6.2007)). כמו כן, בבחינת סבירותו של הסדר הטיעון, ניתנה הדעת לכך שהסדר הטיעון נבחן ואושר על ידי הגורמים הבכירים ביותר בפרקליטות הצבאית, לאחר בחינה מדוקדקת של התשתית הראייתית ומורכבותה. עוד שקל בית הדין את עמדת נפגעי

העבירה, שהביעו את הסתייגותם הממשית מהסדר הטיעון, בשל תוצאות המעשה הקשות והשלכתן על נפגעי העבירה, ובשל היקף הפגיעה בקדושת ערך חיי אדם ובערכי מוסר וצדק.

אחר בחינת מכלול היבטים אלה, סברו כל שופטי ההרכב כי מידת הפגיעה בערכים החברתיים המוגנים, מידת רשלנותו של הנאשם, שהוסיף וירה לעבר המנוח גם כשהתרחק מהצומת לכיוון הכפר, והתוצאה הטרגית של המעשה, חייבו, בהתאם לשיקולי הענישה המנחים, רכיב עונשי של מאסר לריצוי בפועל בדרך של **כליאה** ממשית. עם זאת, בעת בחינת היקפו של הפער בין העונש הראוי לעונש המוסכם, והאם הוא מצדיק התערבות בהסדר הטיעון נחלקו הדעות. **רוב** השופטים סברו כי משהוצג לבית הדין הסדר טיעון, ראוי בהתחשב במכלול הטעמים שהוצגו מפי הצדדים, **לכבדו**. נקבע כי אכן, על רקע התוצאה הרת האסון, מובן הקושי להבין את המורכבות המשפטית שבניתוח המעשים ואת הקשיים הראייתיים. אף שלא אחת ניצבת עמדת הצדדים בהסדר טיעון בניגוד לאינטואיציה של הציבור אשר אינו בקיא ברזי הדין הפלילי, ואינה מתיישבת עם כאבם של נפגעי העבירה, משפחתם וחבריהם, הרי שהסדרים אלו הם הכרח בל-יגונה, המשיגים את המיטב מבחינתו של כל צד להליך (בג"ץ 2925/19 נגר נ' פרקליטות מחוז הצפון, פסקה 7 (24.6.2019)). לפיכך, אף כי **ראוי** היה לדעת הרוב לכלול גם רכיב עונשי של מאסר לריצוי בפועל **בכליאה**

ממשית, לצד מאסר לריצוי בדרך של עבודה צבאית, הרי שאין המדובר בתקופה ממושכת של כליאה, ומכאן שההסדר המוצע **אינו מצדיק** התערבות. **שופט המיעוט**, לעומת זאת, סבר כי למידת הרשלנות ותוצאותיה השלכה מכרעת על מידת העונש ההולם, שכן "מנקודת מבט מוסרית ומשפטית יש לתת ביטוי לערך קדושת החיים, וזאת לא רק באמצעות הטלת איסור פלילי על פגיעה בערך זה, על העונש להיקבע מתוך ההבנה הבסיסית כי כל אדם הוא עולם ומלואו, ופגיעה בו היא, כשלעצמה, מעשה חמור מאין כמותו. יתרה מכך: פגיעה באדם אחד פוגעת לא רק בעולמו שלו, אלא גם בעולמות של

כל שופטי ההרכב כי מידת הפגיעה בערכים החברתיים המוגנים, מידת רשלנותו של הנאשם, והתוצאה הטרגית של המעשה, חייבו, בהתאם לשיקולי הענישה המנחים, רכיב עונשי של מאסר לריצוי בפועל בדרך של כליאה ממשית.

אלו הקרובים לו - משפחה וחברים, שנאלצים להתמודד עם קשיים שאין דבר שיכול לרככם. לכך יש לתת את המשקל הראוי" (ע"פ 3545/18 **קיקס נ' מדינת ישראל**, פסקה 5 (24.2.2019)). עיקרון עונשי מנחה זה אינו מתייחד רק לעבירות רצח, אלא גם לעבירות אחרות שתוצאתן היא מות הקורבן (רע"פ 4157/06 **פלוני נ' מדינת ישראל**, בפסקה 3 (25.10.2007); ע/64/04 **סרן קורצקי נ' התובע הצבאי הראשי** (2004)). חרף היבטיה המבצעיים של הפעילות, סבר שופט המיעוט, כי היבטי חינוך והרתעה מחייבים להשית ענישה ממשית בגין חריגה מאמות המידה המחייבות, קל וחומר כאשר הביאה לפגיעה בשלמות גופו ובקדושת חייו של אדם חף מפשע. לטעמו, העונש הראוי מלכתחילה הוא בין שלושה לשישה חודשי מאסר לריצוי בפועל **בכליאה ממשית**, ולכל הפחות צריך היה לכלול רכיב עונשי של מספר חודשי מאסר לריצוי בפועל, **מעבר** לשלושת חודשי העבודה הצבאית, שעתרו הצדדים להטיל על הנאשם בתיק זה. בסופו של דבר, בהתחשב בשיקולים שבבסיס מוסד הסדרי הטיעון, סבר שופט המיעוט כי ראוי היה לקבוע שאת כלל תקופת המאסר המנויה בעתירת הצדדים, ירצה הנאשם בדרך של **כליאה ממשית** חלף עבודה צבאית.

הסדר הטיעון, שבו נגזרו על הנאשם 90 ימי מאסר בפועל, לריצוי בדרך של בעבודה צבאית, מאסר מותנה והורדה לדרגת טוראי, אושר, אפוא, בדעת רוב.

לפסק הדין המלא: בג"ץ 5904/20 **מנאצרה נ' הפרקליט הצבאי הראשי** (23.11.2020).

לפסק הדין המלא: עורף (מחוזי) 27/20 **התובע הצבאי נ' סמ"ר (מיל') א' ט'** (9.12.2020).

קבלת ערעור התביעה על זיכוי מעבירה של גרימת מוות בכוונה במהלך אירוע הלינץ' ברמאללה

כנגד המשיב הוגש כתב אישום מתוקן, במסגרת הסדר טיעון, אשר ייחס לו שתי עבירות של גרימת מוות בכוונה, בגין חלקו באירוע לינץ' שהתרחש ביום 12.10.2000, ברמאללה. במהלך האירוע נרצחו שני חיילי צה"ל, רס"ל יוסף אברהמי ז"ל ורב"ט ודים נורז'יץ ז"ל. על פי עובדות כתב האישום, המשיב ושותפו לעבירה, יאסר, שמעו כי בתחנת המשטרה ברמאללה נמצאים חיילים ישראלים. הם עזבו את מקום עבודתם והגיעו אל שער הכניסה לתחנה, שם המון, אשר היה חמוש באלות ובמוטות, ניסה לפרוץ את שער התחנה ולהגיע לחיילים. המשיב היה בין הראשונים שהצליחו לפרוץ את שער התחנה. הוא פילס דרכו עד אשר הגיע אל רב"ט נורז'יץ ז"ל, ששהה באחד החדרים בתחנת המשטרה, הכה בו מכת אגרוף אחת ועזב את המקום. לאחר מכן, ההמון המשיך להכות את החיילים עד אשר גרם למותם.

במסגרת הסכמתם של הצדדים, נדרש בית המשפט קמא להכריע בשאלה האם עובדות כתב האישום המתוקן האמור מקימות עבירה של גרימת מוות בכוונה, כטענת התביעה, או עבירה פחותה בחומרתה, כפי שטענה ההגנה. בהכרעת הדין נקבע, כי לא עלה בידי התביעה להוכיח את היסוד העובדתי ואת היסוד הנפשי הדרושים להרשעת המשיב בעבירה של גרימת מוות בכוונה. המשיב הורשע בעבירה של תקיפה בגין חלקו בתקיפת רב"ט נורז'יץ ז"ל בלבד, ונגזרו עליו שמונה שנות מאסר לריצוי בפועל, וזוכה מכל אשמה לגבי מותו של רס"ל אברהמי ז"ל. התביעה ערערה על תוצאות פסק הדין.

בית המשפט הצבאי לערעורים, בדעת רוב (השופטים, סא"ל צבי היילברון וסא"ל יאיר תירוש), עמד על כך שאין בכתב האישום התייחסות למעשי ההמון בזמן שהמשיב תקף את רב"ט נורז'יץ

ז"ל. לטובתו של המשיב, ראוי להניח כי תקף את החייל במקביל לתקיפת ההמון, אך גם בהנחה זו, תרומתו של המשיב לתקיפתו של רב"ט נורז'יץ היא בעלת משקל של ממש ומשתלבת במעשי ההמון.

לאחר מכן, דנה דעת הרוב בשאלה האם ניתן לקשור בין המשיב לבין גרימת מותם של החיילים על ידי ההמון, מכוח דיני השותפות. נקבע, כי חרף היעדרו של תכנון מקדים בין המשיב לבין ההמון, יש להחיל בעניינו של המשיב את הדוקטרינה המשפטית של "שותפות ספונטאנית". לעיתים, בנסיבות מסוימות, גם נוכחות בזירת האירוע עשויה להיחשב כשותפות ספונטאנית, כך למשל כשהשותף מודע שבנוכחותו הוא מעודד, או לכל הפחות, מחזק את ידיהם של עוברי העבירה. בענייננו, המשיב ושותפו יאסר, הצטרפו להמון, אשר ניסה לפרוץ לתחנת המשטרה, במטרה להגיע לחיילים. ההמון הזועם, אשר החזיק בכלי משחית, פרץ לתוך תחנת המשטרה ותר אחר החיילים. ההמון, ובתוכו המשיב, פעל להשיג מטרה משותפת, שהתגבשה באופן ספונטאני, והיא פגיעה בחיילים. נוכחותו ומעשיו של המשיב באירוע לא היו אקראיים ואף לא מינוריים. המשיב נכח במקום למשך פרק זמן שאינו קצר - החל מהצטרפותו להמון מחוץ לתחנה, עובר בפריצה לתחנה, המשך בעליה במדרגות, הכניסה לחדר בו שהה רב"ט נורז'יץ ז"ל

וכלה בתקיפתו של המשיב את החייל, לאחר שפילס דרכו בין ההמון. במהלך פרק זמן ניכר זה, הפך המשיב להיות שותף וחלק בלתי נפרד מההמון. רצף מעשיו ממקם אותו בלב מעגל המבצעים שגרמו למותו של החייל. לפיכך, בהתאם ל"דוקטרינת עבירת ההמון", נקבע כי משהצטרף המשיב להמון, הרי שמידת אחריותו נבחנת לא רק על פי מעשיו אלא גם בהתאם למעשה ההמון, אף אם חלקו היה שולי. מכל מקום, שופטי הרוב קבעו כי מעשיו של המשיב תרמו תרומה של ממש לגרימת מותו של רב"ט נורז'יץ ז"ל. נקבע, כי אף אם המשיב היה מראשוני המכים, ניתן לומר כי בכך חצה את "קו ההגנה האחרון" של החייל מפני תקיפתו האכזרית. משלב זה של התקיפה, כאשר בחדר מצוי המון משולהב, מצויד בכלי משחית, לא היה לרב"ט נורז'יץ ז"ל כל סיכוי לצאת מן המקום בעודנו חי.

נקבע, כי חרף היעדרו של תכנון מקדים בין המשיב לבין ההמון, יש להחיל בעניינו של המשיב את הדוקטרינה המשפטית של "שותפות ספונטאנית".

כמתואר בכתב האישום, המשיך ההמון להכות את החייל, ולאחר מכן השליכו מחלון התחנה והביאו למותו. סופו של האירוע העיד על תחילתו ומהלכו, ומכאן כי לא היה כל גורם מפתיע בגרימת מותו של רב"ט נורזיץ' ז"ל, ובעזיבתו את המשיב את המקום בשלביו המאוחרים יותר של האירוע אין כדי לנתק את השותפות שנוצרה בינו לבין ההמון.

מכלול מעשיו של המשיב מלמדים על כי הצטרף להמון מתוך כוונה ברורה להביא למותו של החייל. הותרת החייל חשוף בגופו לטרף ההמון, האוחז בכלים מכלים שונים, כשכוונתו ברורה לפגוע ככל הניתן בחייל, מחזקת אף היא את המסקנה כי המשיב הצטרף להמון וחפץ במות החייל, שאם לא כן בוודאי היה מנסה למנוע את המשך התקיפה ולמצער מסייע לחייל, או מביע באופן ממשי את אי הסכמתו להמשך התקיפה. המניע הלאומני שעמד ביסוד מעשי ההמון והמשיב, וכלי התקיפה שבהם אחזו, מלמדים גם הם על כוונת המשיב להביא למותו של החייל.

אשר לחלקו באירועים שהביאו להירצחו של לרס"ל יוסף אברהמי ז"ל, סבר השופט היילברון, כי יש להרשיע את המשיב בעבירה של תקיפה בצוותא, שכן לא ניתן לייחס למשיב לגביו את "חזקת הכוונה". המשיב

לא היה בין תוקפיו של רס"ל אברהמי ז"ל, ובכתב האישום אף לא צוין האם ראה אותו או אם היה מודע לשהותו בתחנה. צוין, כי כתב האישום המוסכם חסר פרטים באשר לנסיבות תקיפתו של רס"ל אברהמי ז"ל, בנוגע למקום שבו בוצעה ולמועד, שבו החלה, ביחס למועד עזיבתו של המשיב את המקום. על כן, נקבע כי לא ניתן לקבוע מעבר לספק סביר, כי המשיב היה מודע לכך שההמון גורם למותו של רס"ל אברהמי ז"ל. עם זאת, בהתאם לדיני השותפות, נקשר המשיב לכלל מעשי ההמון, לרבות תקיפתו של רס"ל אברהמי ז"ל.

בעניין זה, סבר לעומת זאת השופט תירוש כי בעצם העובדה שהמשיב לא היכה בעצמו את רס"ל אברהמי ז"ל, או ידע כיצד בדיוק פועלים שותפיו וגורמים למותו של החייל, אין בה כדי לגרוע

מ כלול מעשיו של המשיב מלמדים
על כי הצטרף להמון מתוך כוונה
ברורה להביא למותו של החייל.

מאחריותו הפלילית לגרימת מותו בכוונה. העובדה שהמספר המדויק של החיילים שהיו בתחנת המשטרה, או הדרך הספציפית שבה ייגרם המוות, לא הייתה ידועה למשיב, אינה גורעת בנסיבות המקרה מאחריותו של המשיב לתוצאה הקטלנית.

שופט המיעוט (נשיא בית המשפט הצבאי לערעורים, אל"ם נתנאל בנישו), סבר כי במגבלות התשתית העובדתית שהונחה בפני בית המשפט, לא ניתן לקבוע שהוכח כנדרש, כי המשיב היה שותף לגרימת מותם בכוונה של מי מהחיילים. כתב האישום המתוקן מתאר מסגרת עובדתית מצומצמת ביותר, המשליכה באופן ישיר על אפשרותו של בית המשפט לבחון עד תום את שאלת אשמתו של המשיב. המסקנה המתבקשת היא כי לא ניתן לבסס על פי העובדות המוסכמות, יסודות של מודעות

לחלק מרכיבי היסוד העובדתי בעבירות, בין בעבירה של גרימת מותו בכוונה של רב"ט נורז'יץ ז"ל ובין לגבי כל עבירה, שיוחסה למשיב בנוגע לרס"ל אברהמי ז"ל. כך למשל, שותק כתב האישום המתוקן בשאלה האם המשיב הבחין באחרים מכים את רב"ט נורז'יץ ז"ל בעת שהמשיב נכח בחדר, ואף אינו מגלה מה עשו יתר הנוכחים עד למועד עזיבתו של המשיב את המקום - מועד שגם הוא אינו ברור מכתב האישום, ולטובתו של המשיב, יש להניח כי חל בשלב מוקדם של האירועים. בהיעדר ראיות ברורות, נותר לדעת המיעוט ספק האם המשיב צפה את תוצאת מותו של החייל, וספק משמעותי אף יותר האם חפץ בתוצאה זו. אף שלמניע לאומני עשויה להיות השפעה על קביעת הלך רוחו של המשיב, הרי מניע

זה אינו מלמד באופן אוטומטי על כוונה לגרום למוות. כמו כן, כתב האישום לא כלל התייחסות לידיעת המשיב באשר לנעשה לרס"ל אברהמי ז"ל לאורך כל האירוע, ונותר ספק משמעותי בשאלה האם המשיב היה מודע כלל להימצאותו של האחרון בתחנת המשטרה באותה עת. במצב דברים זה, ככל שבית המשפט סבר כי קיים קושי להכריע בדין על רקע העובדות המוסכמות, ראוי היה כי יפנה לצדדים ויציע להם להשלים את התמונה העובדתית, בין אם בהבהרת כתב האישום המתוקן ובין אם בשמיעת ראיות.

להשקפתו של שופט המיעוט,
התנהגותו המתוארת של המשיב
והלך מחשבתו ממלאים אחר יסודות
עבירת ההריגה, כהגדרתם באזור
יהודה ושומרון, ביחס לרב"ט נורז'יץ
ז"ל.

להשקפתו של שופט המיעוט, התנהגותו המתוארת של המשיב והלך מחשבתו ממלאים אחר יסודות עבירת ההריגה, כהגדרתם באזור יהודה ושומרון, ביחס לרב"ט נורז'יץ ז"ל. המשיב צפה את האפשרות שתיגרם לו פגיעה גופנית ממשית, שכן היה ער לנוכחות של המון זועם, הנושא עמו אמצעי תקיפה. המשיב צירף עצמו להמון, תר אחר החיילים, פילס דרכו בין ההמון, עד אשר מצא את רב"ט נורז'יץ ז"ל באחד החדרים והכה אותו מכת אגרוף.

בדעת רוב, התקבל אפוא ערעור התביעה. המשיב הורשע בגרימת מותו בכוונה של רב"ט ודים נורז'יץ ז"ל. אשר למחלוקת בין שלושת חברי ההרכב ביחס לאחריותו של המשיב לגרימת מותו של רס"ל אברהמי ז"ל, וברוח עקרונותיו של סעיף 80(ג)(1) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד - 1984, נקבע כי המשיב יורשע בעבירה של תקיפה בנסיבות מחמירות של החייל. עניינו של המשיב הוחזר לבית המשפט קמא, לשמיעת טיעונים לעונש ולגזירת הדין.

לפסק הדין המלא: ע' 2949/16 התביעה הצבאית נ' מרואן אברהים תופיק מעדי (8.11.2020).

שער שני ספרות משפטית

מדור משפט עברי - השופט צבי ויצמן

האם רוצח יורש את הנרצח עפ"י הדין העברי

המוסר וציווייו נדמים הם לאגם מים טהורים, והמשפט וציווייו נדמים הם לחבצלות מים (נימפיות) הטובלות במים, הפרוסות על פני המים והשואבות מן המים חיים ועוצמה. המוסר מזין את המשפט בשורשיו והוא אף על סביבותיו של המשפט... כך "ידענו" ששאלת "הרצחת וגם ירשת!?" היא שאלה "ראויה". (ע"א 3798/94, פלוני נ' פלונית, פ"ד נ(3)182).

קודם למבוא

בימים אלו משודרת בערוץ yes דוקו הסדרה הדוקומנטרית "המניע", שעניינה בנער ירושלמי אשר בהיותו בן 14 הרג באמצעות רובה ה-M16 של אביו את שני הוריו ושתי אחיותיו. הנער טען כי כוח עליון פקד עליו לעשות את המעשה הנורא. בית המשפט הרשיע את הנער בהריגה בלבד והוא נשפט לתשע שנות מאסר. ערכאה אחרת קיבלה את טענת בא כוחו כי בנסיבות האמורות, מאחר שלא הורשע ברצח, הוא זכאי לרשת את הוריו!



במאמר המצורף נדון בשאלה האם מכוח הדין העברי זכאי רוצח לרשת את הנרצח וננסה לבחון האם קיים לעניין זה הבדל ושוני בין הדין העברי לדין האזרחי.

מבוא

סע' 5 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965 (להלן- חוק הירושה), קובע כי זה אשר הורשע בכך שגרם במתכוון למותו של מוריש או ניסה לגרום למותו, אינו יורשו, וזו לשון הסעיף -

(א) אלה פסולים לרשת את המוריש:

(1) מי שהורשע על שגרם במתכוון למותו של המוריש או שניסה לגרום למותו;

הוראה זו תואמת לכאורה את צו המצפון או את הרגש המוסרי הראשוני העולה אצל כל בן אנוש, קשה להלום כי רוצח ייקרש את הנרצח, הדברים נראים רחוקים מן הדעת. אלא שבאופן מפתיע עיון בדברי הכנסת הנוגעים לדיונים שקדמו לחקיקתו של חוק הירושה יש בו ללמד כי הוראת הסע' לא הוסכמה על הכול. וכי הייתה התנגדות לחקיקתו דווקא מצד ראשי המפלגות החרדיות.

הטיעון העיקרי שהועלה ע"י חברי הכנסת המתנגדים היה כי ע"פ הדין העברי הירושה היא אוטומטית - רוצה לומר מיד עם מותו של אדם עובר רכושו באופן בלתי מותנה ליורשיו, וכך הבהיר את הדברים ח"כ מנחם פרוש (דברי כנסת 42, עמ' 958 (תשכ"ה)).

"לפי חוקת התורה, אין הירושה עניין של הענקה או מתנה מצד המוריש ליורשים אלא זהו תהליך אוטומטי ובו ברגע שמת המוריש מתבטלת בעלותו על נכסיו והיורשים יורשים באורח אוטומטי. ירושה היא מן השמיים..."

אדם שעשה פשע - יש להענישו לפי פשעו אבל לא להחרים רכוש באופן אוטומטי.
כי, כאמור, זכות הירושה על פי תורתנו היא עניין טבעי, ובו ברגע שמת המוריש

נחשבים היורשים כבעלים חוקיים של העיזבון, ושום פשע מן הפשעים אינו יכול לשנות את המציאות הברורה."

אלא מול דבריו אלו של ח"כ פורוש הזדעק חבר הכנסת ממפא"י - דוד בר רב האי (דברי כנסת 42, עמ' 958 (תשכ"ה)) תוך שהוא מבקש לצטט מדברי הנביא לאחאב בעניין כרם נבות -

"ידוע הכתוב: 'הרצחת וגם ירשת?!'. זה חלק מהמסורת. מה רצונך להגיד, חבר הכנסת פורוש? זכות ירושה היא זכות טבעית כזאת שהילד, הבן, הרוצח, יכול לרצוח, להשמיד צוואה, לזייף צוואה - הכל נסלח לו?!"

הדין הישראלי

ואכן אותו דיבור של "הרצחת גם ירשת?" שימש את בתי המשפט בתיקים שונים, לאו דווקא בעניינים הנוגעים לירושה, כתמרור הניצב לפני אדם ומורה לו לעצור ולעמוד בחובת המוסריות המוטלת עליו, מוסר אנושי בסיסי, כך היה, כדוגמה, בעניין ע"א 3798/94 פלוני נ' פלונית, (1996). באותו עניין למערער ולאשתו, הנשואים שנים רבות, לא נולדו ילדים. לפיכך החליט המערער לפתות את בת השכנים (נערה בת חמש-עשרה), שאמה נפטרה ממחלת הסרטן זמן קצר לפני כן, לקיים עמו יחסי מין. הנערה מצאה במערער, המבוגר ממנה בעשרים שנה, את החום והאהבה שלהם הייתה זקוקה. כאשר סיפרה למערער על הריונה, הוא לא העמיד אותה על האפשרות להפסיק את ההיריון והרגיע אותה בהבטחות סותרות. פעם אחת הבטיח לה כי יתגרש מאשתו ויישא אותה לאישה, ופעם אחרת אמר לה כי הוא ואשתו יגדלו את התינוק. כאשר נודע למשפחתה של הנערה על דבר הריונה, כבר היה מאוחר מדי להפסיק את ההיריון. לאחר לידת הבן, חתמה הנערה על כתב הסכמה לאימוץ. המערער ביקש למסור לידי אהבת הילד. הנערה הודיעה שהיא מתנגדת בכל תוקף שהמערער ואשתו יקבלו

ואכן אותו דיבור של "הרצחת גם ירשת?" שימש את בתי המשפט בתיקים שונים, לאו דווקא בעניינים הנוגעים לירושה, כתמרור הניצב לפני אדם ומורה לו לעצור ולעמוד בחובת המוסריות המוטלת עליו, מוסר אנושי בסיסי.

את הילד. בית המשפט העליון דחה את תביעת המערער תוך שהוא כותב, בין השאר, את הדברים הבאים -

”הרצחת וגם ירשת?” כך הורה ה' את אליהו התשבי כי יזעק נוכח פני אחאב על דבר נבות היזרעאלי. כך אמנם זעק אליהו, וכך נקצב עונשם של אחאב ושל איזבל אשתו... לא יקום ולא יהיה, שאדם ירצח וירש את קורבנו. וציווי מוסרי זה הפך מכבר לציווי משפטי מן-המניין. וכבר היו דברים בימיו של אדם הראשון. קין רצח את הבל, ואולם גם בהיותו לבדו לא זכה קין בברכת ה' אשר ניתנה אך להבל. ובדומה לו מעשה דוד, בת-שבע ואוריה החתי... ”ויגוף ה' את הילד אשר ילדה אשת-אוריה לדוד ויאנש... וימת הילד...” (שמואל ב יב, טו-יח).

”הרצחת וגם ירשת?” הוא עקרון-מהות במשפט... עקרון-יסוד זה, רמתו רמת-חוק היא ואת חוקים יתהלך. אין הוא, בעיקרו, לא כלל-של-פרשנות ולא כלל של חסר (אם כי אגב-הילוכו יכול הוא לעזור גם בפרשנות גם במילוי חסר). נושא הוא את עצמו, עומד הוא על רגליו-שלו, ומדבר הוא אל חוקים כשווה-אל-שווים.”

ואף לעניינו של הסע' עצמו עשו בתי המשפט שימוש בדיבור זה של ”הרצחת וגם ירשת?”. כך בעניין ע”מ (מחוזי חי') 519/07 עזבון המנוח י' ה' ז”ל נ' ל' ה', (2007) אשר דן בזכותה של אם אשר הרגה את ילדה על ידי השלכתו מהחלון, והורשעה בהריגה, לרשת את בנה המנוח, פותח בית המשפט המחוזי בחיפה את פסק דינו באופן הבא -

”הרצחת וגם ירשת’ - זו הסוגיה במרכזו של הערעור שבפנינו. המשיבה המיתה את בנה על ידי השלכתו מחלון דירתם הישר אל מותו. עתה מבקשת היא לרשת אותו - האם יש להעתר לבקשתה?

ביום 16.1.00 המיתה המשיבה את הבן הקטן (להלן: ”המנוח”), והוא בן 4 חודשים בלבד, על ידי השלכתו מחלון דירת הצדדים. בגין מעשה זה הורשעה המשיבה בבית המשפט המחוזי בחיפה בעבירת רצח, אישום שהומר להריגה בפסק דין שניתן

בערעור שהוגש לבית המשפט העליון (ע"פ 5031/01 פלונית נ' מדינת ישראל פד נז (6) 625,646 (2003) - להלן: "פסק הדין הפלילי")...

...נדמה כי פרשת כרם נבות מציגה במלוא עוזה את הדוקטרינה המוסרית הבאה לשלול מהמעוול את פרי עוולתו. העקרון של "הרצחת וגם ירשת" שבמקורו נועד לשלול את זכות הירושה של מי שרצח לשם הירושה, הורחב לעקרון כללי הנועד לשלול מהמעוול את פרי עוולתו. עקרון זה מהווה תוכחה בסיסית, מוסרית, כלל אוניברסלית, שמקורה בתחושה חריפה של עוול מוסרי כלפי מי שחוטא ויצא נשכר מפרי עוולתו. ראה: "לא יהיה כן במקומנו, שאדם ירצח ויירש את קורבנו, ולא נקבל - על דרך העיקרון - שאדם יעוול ויימצא נשכר בעוולתו".

... נוכח הרשעת המשיבה בפסק הדין הפלילי בעבירת ההריגה, תוך קביעה כי התקיים בעניינה יסוד נפשי של 'כוונה', התמלאו כל התנאים להחלת סעיף 5(א) (1) לחוק הירושה. לפיכך, מן ההכרח הוא לקבוע כי אין המשיבה זכאית לרשת את המנוח.

לא ניתן להתעלם מכך שכספי הירושה אותם מבקשת המשיבה לרשת, מקורם במעשה ההמתה עצמו. המדובר בכספים שאמור המערער לקבל, אם יזכה בתביעה שהוגשה בשם עזבון המנוח בגין רשלנות נטענת של מי מהנתבעים שם, אשר הובילה או לא מנעה את מעשה ההמתה. כלומר, המשיבה מבקשת להנות מכספים שישולמו כפיצויים בגין עוולה שלא מנעה את עוולתה הנוראית שלה. ברי כי אין הדעת סובלת תוצאה זו.

סוף דבר - מעשיה של המשיבה בגינם הורשעה בהריגת המנוח בכוונה, ממלאים אחר כל שלושת התנאים הדרושים לצורך החלת הוראת סעיף 5(א) (1) לחוק הירושה על המקרה דנן. פועל יוצא הוא שיש לקבוע כי המשיבה פסולה מלרשת את המנוח" (פסק הדין אושר בבית המשפט העליון ראו - בע"מ 9447/07 פלונית נ' פלוני, (2009)).

סוגיה נוספת המתבקשת מהוראת סע' 5 לחוק הירושה נוגעת לשאלה מה דינו של מי שהרג או רצח את המוריש אך לא הורשע בדין, בין אם בשל כך שהלך לבית עולמו קודם להרשעתו ובין אם העדר הרשעתו נבע ממצבו הנפשי. מכל מקום, סוגיה זו חורגת מהמאמר שבנדון ואפשר שנדון בה בהזדמנות אחרת (המבקש לעיין בפסיקת בית המשפט הישראלי בסוגיה זו יופנה לפסקי הדין בעניין תיק עזבון 10-11-42914 - ה.י. נ' א.י., (2011) בו מקדיש כב' הש' בנימין זרעאלי פרק נכבד לדין העברי - ראו סע' 40-57 לפסק הדין; בעמ' 9447-07 - פלונית נ' פלוני, (2009); תמש (ראשל"צ) - 11-05-33818 ד.ש נ' ח.ש (2016)).

אך הבה ננסה לברר מהי באמת עמדת הדין העברי ומי הוא הצודק - ח"כ מנחם פורוש הסבור כי אין לשלול מהרוצח את ירושת הנרצח כיוון שהדין העברי מורה על ירושה אוטומטית ללא תלות במעשה היורש או ח"כ בר רב האי המציג הסתייגות מוסרית מקביעה שכזו?

הדין העברי

לכאורה עקרון הירושה האוטומטית חל אף בדין הישראלי המדגיש ומביא אותו כבר בסע' 1 לחוק, ובלשונו-

במות אדם עובר עזבונו ליורשיו.

ובדומה מצאנו בדין העברי את דבריו של ר' יוסף קארו בספרו בית יוסף, חו"מ, רע"ח, ג ס"ק א

"כל קרקע משעה שמת המוריש הרי זה מוחזק ליורש אע"פ שלא בא לידו."

למעשה מקור מפורש לכך שרוצח יורש את הנרצח, ניתן למצוא בתלמוד הבבלי בדברי ר' יהודה במסכת סנהדרין דף מח עמוד ב -

תנו רבנן: הרוגי מלכות נכסיהן למלך, הרוגי בית דין - נכסיהן ליורשין. רבי יהודה אומר: אף הרוגי מלכות נכסיהן ליורשין. אמרו ליה לרבי יהודה: והלא כבר נאמר הנה בכרם נבות אשר ירד שם לרשתו. - אמר להן: בן אחי אביו היה וראוי ליורשו היה. - והלא הרבה בנים היו לו! - אמר להן: אותו ואת בניו הרג, שנאמר אם לא את דמי נבות ואת דמי בניו ראיתי.

ר' יהודה מספר לנו כי אחאב אשר חמד את כרם נבות היה בן אחי אביו וככזה הוא יורש את נבות אם אין לו בנים, אלא שכיוון שלנבות היו בנים אחאב רצח גם אותו וגם את בניו וזאת על מנת ליירש, לכאורה ע"פ דין, את כרם נבות (!!!). וכך מצאנו בפרושו של הרב בורנשטיין (אי"ה בורנשטיין, סנהדרי קטנה, עמ' ע"ה, ג) -

"וצריך לומר דבניו הרג ברציחה בטרם שהרג את נבות (=אחאב הרג את בניו של נבות לפני שרצח את נבות עצמו). ונמצא שהריגת בניו אינו מורישו כלום רק הריגת נבות שנהרג בדין, דאם היה הורג מקודם את נבות והוא נופל ירושתו לפני בניו, א"כ שוב כשהרג את בניו ברציחה לא היה מועיל להורישו את נכסיהם, כן נראה לי."

הדברים נלמדים אף מהסיפור המובא בשמואל ב פרק יד אודות האשה התקועית המספרת למלך כי אחר שבעלה נפטר שני בניה רבו ואחד מהם הרג את אחיו וכעת המשפחה מבקשת לגאול את דמו של הנרצח ולהרוג אף את הבן השני וכך תישאר האלמנה ללא בנים, רד"ק על המקום מפרש כי בני המשפחה היו מעוניינים להרוג את הבן השני כדי ליירש אותו ע"פ דין (!) ובלשונו -

"אעפ"כ אמר פן ירדוף גואל הדם אחרי הרוצח כי יחס לבבו אבל אלו אין לבבם חם על זה אבל כונתם להרוג את היורש כדי שירשו הם הנחלה ואני אשאר בלא בן"

ובעל האור שמח, ר' מאיר שמחה הכהן מדווינסק¹ שחי במפנה המאות 19-20, כותב בפרק **הלכות ממרים פרק ז לספרו כי -**

”...מבואר כן בשמואל ב' קאפיטל (=פרק) י"ד, בפסוק והנה קמה כל המשפחה כו' ונשמידה גם היורש, ויעוין רד"ק, שכוונתם אינו לנקום דם הנרצח, רק לירש אותם, הרי דגואל הדם ההורג בן אחיו יורשו אם אין לו בנים. וכן מוכח שם שהרוצח ירש את אחיו, לכן באחאב לר' יהודה (סנהדרין מ"ח ע"ב) דבן (אחיו) [אחי אביו] היה אעפ"י שהיה יודע שבשקר הרגו בכ"ז ירש אותו מהדין ופשוט”.

בדומה נפסק להלכה כי אב אשר הביא להריגת בנו על ידי בית דין בכך שהעיד כנגדו שהוא בן סורר ומורה, יורש את הבן המומת למרות שהוא זה שלמעשה גרם להריגתו (רמב"ם, הלכות ממרים, פרק ז, הלכה יד).

לכאורה יש קושי מסוים בהלכה זו שכן היא עלולה לגרום לכך שאב המבקש להתנכל לבנו יעיד כנגדו בבית הדין ואף יירש את נכסיו ואולם כבר הרדב"ז (רבי דוד בן זימרא, המאה ה - 15, ספרד) הבהיר (הלכות ממרים פרק ז) כי אין חוששים לחשש כזה רחוק -

”...סד"א (סלקא דעתך - היה עולה בדעתך) כיון שאין לו יורש אלא אביו ניחוש שמא עיניו נתן בממונו ולפיכך לא מחל ונסקל וליתקנו רבנן דלא יירשנו אביו משום והייתם נקיים קמ"ל דלא חיישינן להכי ואביו יורשו”.

1 פירושו לתורה מלא במקוריות ובחידוד. הוא אולי המצוטט ביותר מבין פרושי התורה שנכתבו בשנים האחרונות. חוגים דתיים שונים לחלוטין התענגו עליו ומצאו בו סמך להשקפותיהם, מהחדדים ועד ישעיהו ליבוביץ. בין השאר הזהיר בו את אלו הסוברים כי “ברלין היא ירושלים” כי “רוח סופה וסער” תעקרם ממקומם, אזהרה שהתגשמה עשור אחרי פטירתו. הוא התייחס בחיבה ליישוב הארץ, אם כי שמר ריחוק מהציונות ולא נקט עמדה פומבית בנושא. במכתב שכתב לקק"ל כתב: “כעת הסבה ההשגחה אשר באספת הממלכות הנאורות בסאן רעמא (=סן רמו) ניתן צו אשר ארץ ישראל תהיה לעם ישראל, וכיון ש"סר פחד השבועות" וברישיון המלכים, קמה מצוות ישוב ארץ ישראל ששקולה כנגד כל מצוות שבתורה למקומה.

ובתוספתא בבבא בתרא נאמר באופן מפורש כי גם בן הרוצח את אביו יורשו (תוספתא כפשוטה (ליברמן), ב"ב, עמ' 407) ובלשונה -

”... פירש שיש כאן רבותא שהייתי סבור לומר שאין חוטא נשכר ואביו אינו יורש אותו, ובאמת אפילו הרג את אביו יורש אותו.”

הרב אליעזר וולנדנברג אף מסיק מסקנות נועזות יותר מהאמור מעלה וכותב בספר תשובותיו (שו"ת ציץ אליעזר חלק יז סימן נח) כי נוכח הדין העברי על פיו רוצח יכול שירש את הנרצח יש ללמוד כי הדין העברי אינו מכיל את דוקטורינת "מעילה בת עוולה לא תצמח עילה" לפיכך אפשר שאשה שעיוורה את בעלה תוכל לטעון כי אינה מסוגלת לחיות אתו כי הוא עיוור ותדרוש את גיטה (כך!), היא אומנם לא תוכל לגבות את כתובתה אבל נראה שיש להיעתר לבקשתה לגט... (השאלה הייתה שאלה תיאורטית ואולם עדיין מדובר בתשובה שהיא בהחלט שנויה במחלוקת) וזו לשון תשובתו -

”בסימן קנ"ד סעיף ד' על הנפסק ברמ"א שו"ע אה"ע... מביא כבו' בשם ידידי הגרשז"א שליט"א שעמד על המחקר, מה יהא הדין אם האשה בעצמה היא שגרמה לו לזה, דמתוך קטטה ורוגזה סימאה את ב' עיניו או קטעה ידיו או רגליו, ולאחר מיכן באה בטענה של מאיס עלי, אי ג"כ כופין אותו להוציא, או דילמא מכיון שהיא שגרמה לזה אין כופין, ונשאר בצ"ע. ואמנם יש לתת את הדעת לכך שזה יכול לקרות ממש למעשה בזמנינו לדאבונינו לאור המקרים העגומים שממשמשים ובאים לפני בתי הדין כאן.

וז"ל האור שמח על הרמב"ם בה' ממרים שם: שאע"פ שאביו גרם לו סקילה ה"ה יורש כל נכסיו.... הרי יוצא לנו בבהירות מדברי הגאון בעל אור שמח ז"ל שהיה הדבר פשוט בעיניו שאפילו רוצח אם הוא יורשו של הנרצח מדין תורה הוא יורש אותו, והדין לא משתנה בגלל זה שהוא זה שגרם למותו והרג אותו במזיד, ... ולומד דבר זה ממקראי קודש בשמו"ב פרק י"ד ופירוש הרד"ק שם, וכן מאחא"ב אליבא דר' יהודה שסובר דבן אחיו היה, ואעפ"י שהיה יודע שבשקר הרגו עם כל זה ירש אותו מהדין.

וא"כ נלמד מזה גם לנידוננו, וניתן לפשוט חקירתו של הגאון הגרשז"א שליט"א ולפסוק שאעפ"י שהמרשעת הזאת היא זאת שהביאה את בעלה למצב זה של סימוי שתי עיניו או קטיעת ב' ידיו או רגליו, בכל זאת אם באה לאחר מיכן וטוענת מאיס עלי ורצונה בג"פ, והבעל אין רצונו בכך ומוכן למחול לה ולהמשיך לחיות אתה יחד, שומעין לה וכופין אותו לגרשה להי"א שברמ"א הנ"ל, והיא תשלם עין תחת עין יד תחת יד רגל תחת רגל ככתוב בתורה ושנו בגמ' ונפסק ברמב"ם בפ"א מחובל ומזיק ובחו"מ סימן ת"כ יעו"ש. וכמו"כ תצא בלא כתובה..."

אל מול הדעה הנזכרת לפיה רוצח יורש את הנרצח נצבת דעה חולקת בפוסקים. כך מובהר ע"י הרב יששכר תמר בעל פירוש "עלי תמר" על הירושלמי (סדר נזיקין, מכות פ"ב, ה"ו) כי בעניין בן סורר ומורה יש דין מיוחד ואין ללמוד ממנו כי רוצח יורש את הנרצח ולמעשה היפוכם של דברים יש ללמוד מדברי הנביא - "הרצחת גם ירשת?" באופן ברור שאין הרוצח יורש את הנרצח, ובלשונו -

אעפ"י שגם לו סקילה מכל מקום אין לו דין רוצח שהרי עשה ברשות (= אב המעיד על בנו כי הוא בן סורר ומורה), אבל רוצח קרובו אינו יורשו. ומקורו של הרמב"ם הוא מדברי הנביא, כה אמר ה' הרצחת וגם ירשת וכנ"ל, ומבואר שם שאפילו גורם לרציחת קרובוכבר אינו יורשו...ויש לתמוה איך בעל האור שמח משווה אבי בן סורר ומורה וגואל הדם שאין עליהם דין רוצח לרוצח נפש קרובו.

וכך גם התוס' במסכת בבא קמא (דף קח ע"ב, ד"ה אמר המאירי) מבהירים כי בן שגזל את אבי ואביו נפטר לא יזכה לתשובה גמורה עד שיחזיר הגזילה לעזבון ולא ייקח בה כל חלק -

אף על פי שזכה בה [הבן הגזלן] מן הדין... אינו יוצא ידי תשובה גמורה, כשימחול לעצמו, עד שיוציאנה מתחת ידו, ולא יחזיק עצמו ביורש עליה, לא בחלקו בין שאר הבנים ולא בכולה, אם אין לו אחים... ומכל מקום לא שיהו בית דין מכריחין אותו על זה. שאם רצה לשוב, זו היא עיקר תשובתו.

וכך פסק הרמב"ם (הלכות גזלה ואבדה, פרק ח, הלכות ב-ג) -

הגוזל את אביו ונשבע לו, ומת האב - אם אין הגזלה קיימת או נשתנית, עושה חשבון עם אחיו על הקרן ועל החומש; ואם הגזלה קיימת, חייב להוציא הגזלה עצמה מתחת ידו. לפיכך נותן את הגזלה ואת החומש לאחיו, ועושה עמהן חשבון.

אם אין לו אחים, שנמצא זה הגזלן לבדו הוא היורש, מוציא הגזלה מתחת ידו לבניו. ואם אין בנים לזה הבן הגזלן, נותנה לבעל חובו או בהלואתו או לצדקה. הואיל ויצאת הגזלה עצמה מתחת ידו, נפטר, אע"פ שנתנה מתנה או פרעה בחובו, והוא שיודיעם ויאמר: זה גזל אבא.

בדומה הרב יוסף רוזין המכונה "הרוגאצ'ובר" (ליטא, המאות יטי-כי) כותב בספרו צפנת פענח (הלכות מתנות עניים פרק ד' הלכה י', כי במקרה

"שהוא גרם לו מיתה שלא על פי דין, אינו יורשו".

וכך פסק הרב יהושע אהרנברג (לשעבר אב בית דין בביה"ד הרבני בתל אביב יפו), שכל מי שגורם למות מורישו, אף אם אינו רוצח, מופקעת ממנו הזכות לרשת אותו (שו"ת דבר יהושע, חלק אי סי' קי).

זאת ועוד - בדין העברי ניתן למצוא קשת רחבה של פוסקים הסוברים כי גם אם עיקר הדין הוא שרוצח יכול ליירש את הנרצח הרי ששומה על בית הדין שלא ליישם הדין באופן הזה ולהפעיל את סמכותו באופן שישלול מהרוצח לצאת נשכר מעוולתו. כך מצאנו בדברי הרמב"ם (הלכות נחלות, פרק ו, הלכה יב) כי יהודי שהמיר את דתו אף על פי שמעיקר הדין הוא יורש את קרוביו הישראלים רשאי בית הדין לתקן תקנה שלא יירש -

ישראל שנשתמד - יורש את קרוביו הישראלים כשהיה. ואם ראו בית דין לאבד את ממונו ולקנסו שלא יירש כדי שלא לחזק ידי רשעים - הרשות

בדין העברי ניתן למצוא קשת רחבה של פוסקים הסוברים כי גם אם עיקר הדין הוא שרוצח יכול ליירש את הנרצח הרי ששומה על בית הדין שלא ליישם הדין באופן הזה ולהפעיל את סמכותו באופן שישלול מהרוצח לצאת נשכר מעוולתו.

בידן. ואם יש לו בנים בישראל - תינתן ירושת אביהן המשומד להן. וכן המנהג תמיד במערב

וניתן לעשות קל וחומר לעניין רוצח שלא ימצא מרוויח חלילה מעוולתו (כך, כדוגמא, סבור פר' אליאב שוחטמן במאמרו, הרצחת וגם ירשת ראו בלינק <http://www.daat.ac.il/mishpat-ivri/skirot/302-2.htm>).

וכך מצאנו אצל החת"ם סופר (ר' משה סופר, המאה 19, הונגריה, שו"ת חתם סופר חלק ד (אבן העזר ב) סימן קנח), לפני החת"ם סופר בא מקרה של אדם שהיכה את אמו ופצה אותה קשות. בית הדין הקהילתי כפה עליו לוותר על ירושת אימו כאשר זו תלך לבית עולמה, והנה כאשר הלכה האם לבית עולמה חזר בו הבן הסורר מהסכמתו וטען כי על פי הדין העברי אין אדם יכול לחזור בו מזכותו לרשת לפיכך הוא מבקש לרשת את אמו. החת"ם סופר הבהיר כי למרות שמצד הדין אכן לא ניתן להסתלק מזכות הירושה הרי שכאן כיוון שהוא התחייב וקנס את עצמו כופין אותו על קנס זה, ובלשונו -

ע"ד א' שחבל באמו עד שהדם שותת ממנה וממוני הקהל כפו אותו בדרך קנס עד שאמר רוצה אני לסלק עצמו מירושת אמו לכשתמות ונכתב בס' בלשון דייטש וחתם הוא עצמו ועתה מתה היום ונשאר כל חלק ירושתו לאחיו השני ובן זה מערער עתה בטוענו שאין הסילוק מירושת אבותיו מועיל כלום ורוצה לירד לנכסי אמו המגיעי על חלקו ורצה מעלתו שאודיע דעתי הקלושה בענין זה.

תשובה אמת נכון הדבר שאין סילוק ולא שום קנין מועיל לסילוק עצמו מירושת מורישיו כמ"ש הר"ן ר"פ הכותב וכמ"ש ב"ש ס"ס צ"ב וכן הסכים בית מאיר שם לאפוקי ממה דמשמע בתשו' חו"י סי' נ' ודלא כנחלת שבעה שסידר שטר סילוק אחר נישואי' דלית' ובארתי הכל במקומו בעזה"י.

אמנם הכא נ"ל הואיל דמטעם קנס אתי' עלה כופין אותו לקיים ומכ"ש שלא לעבור על נדרו שלא לירד לנכסי' ההמה.

כלומר במקרים מסוימים יש לבית הדין כוח לכפות את בעל הדין אף שלא ע"פ הדין הרגיל.

פסק דינו זה של החת"ם סופר שימש את כב' הש' חיים פיזם ז"ל בעניין תיק עז' (חיפה) 3345/97 **נעראני נ. נעראני** (1996) באותו עניין נדון עניינה של אשה אשר הורשעה בסיוע לרצח בעלה. האישה טענה כי למרות הרשעתה היא עדיין זכאית ליירש את המנוח בהיותה אלמנתו. כב' הש' פיזם דחה את בקשתה והבהיר -

"דעתי היא, שכוונת המחוקק והתכלית החקיקתית הייתה לכלול בסעיף הפוסל את מי שהמית את המנוח לזכות בירושה המנוח, גם את מי שסייע להמתתו במתכוון כבנידוננו, אף כי אין מדובר בעבירה הפורמלית של רצח. יודגש שהמחוקק גם אינו משתמש בביטוי רצח אלא בביטוי של" גרימת מוות במתכוון... "סע' 61 לחוק החוזים (ח"כ) קובע שהוראות חוק זה, יחולו ככל שהדבר מתאים לעניין ובשינויים המחוייבים, גם על פעולות משפטיות שאינן בבחינת חוזה ועל חיובים שאינם נובעים מחוזה. בהתאם לסעיף 30 לחוק החוזים - "חוזה שכריתתו, תוכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים, או סותרים את תקנת הציבור בטל". כשקוראים יחד את סעיף 61 (ב) ואת סע' 30 לחוק החוזים עולה שיש למנוע אפשרות של הורשה כאשר התוצאה תהיה בלתי מוסרית או נוגדת תקנת הציבור. במילים אחרות, גם בליסע' 5 א (1) לחוק הירושה מן הדין שתשלל זכות הירושה מן המתנגדת שסייעה להמתת המוריש במתכוון... גם בהנחה שחוק הישראלי לא מסדיר במפורש את הסוגיה של פסלות לרשת בנסיבות העניין הנדון, ניתן לדעת, לינוק מהמשפט העברי לפי חוק יסודות המשפט תש"ם - 1980. כמחאת הכתוב (מלכים א' כ"א 19): ב"ודברת אליו אל אחאב מלך ישראל לאמר 'כה אמר השם הרצחת וגם ירשת?'".

בעקבות הנ"ל, אכן ישנה המלצה של גדול הפוסקים במאה ה-19 - החת"ם סופר כי בנסיבות כאלה מן הראוי לקנוס את הרוצח על ידי פסילתו מלרשת את הנרצח (שו"ת חת"ס אבן העזר חלק ב קנ"ח).

ואם כן, בניגוד לדין הישראלי, קיימות דעות של פוסקי הלכה בדין העברי לפיהם רוצח אפשר שיירש את הנרצח וזאת כיוון שדיני הנחלות במשפט העברי הם מיידים ואינם תלויים במעשה זה או אחר של היורש. על כל פנים נמצאו דעות המקבלות את העקרון המוסרי שאימץ המחוקק הישראלי לפי רוצח לא יירש את הנרצח מתוך דברי הנביא "הרצחת וגם ירשת?", בין אם מעיקר הדין ובין אם מכוח סמכותו של בית הדין לתקן תקנות שעניינן קימום וחזוק גבולות מוסריים מתבקשים. לעניין זה יפים הדברים שכותב פר' אליאב שוחטמן בסיום מאמרו הנזכר מעלה -

"אם תחושת הצדק היא שאסור להתיר להורג להינות מירושתו של מי שנהרג על ידו, חזקה על בית המשפט שיקיים את מה שמתחייב מן הקריאה עתיקת היומין: הרצחת וגם ירשת?!".

מדור הנהלת בתי המשפט כללי - עוה"ד פנינה אלקיס

תוכנית ההשתלמות השנתית לעוזרים משפטיים לשנת 2021

כללי:

הננו מתכבדים להציג את תוכנית ההשתלמויות וההכשרה לעוזרים משפטיים לשנת 2021.

תוכנית ההשתלמות כוללת מגוון רחב של נושאים העוסקים בהיבטים עיוניים ומעשיים הקשורים בתפקיד העוזר המשפטי, לרבות השתלמויות עיוניות בתחומי המשפט השונים, השתלמויות בתחום המיומנויות, פיתוח כישורים וסיוורים מקצועיים.

בניית תוכנית הלימודים היא משימה מורכבת ובעלת חשיבות מרכזית לתפקיד העוזר המשפטי. מטרתה העיקרית להקנות לעוזר המשפטי ידע מקצועי, לחדד את בקיאותו המשפטית, ובנוסף למצב את העוזר המשפטי כגורם מקצועי ומשמעותי למערכת בתי המשפט ולעבודה השיפוטית.

בשלב זה, הרישום לחלק מבין השתלמויות הוא טנטטיבי בלבד (סיורים וסדנאות מיומנויות). כלומר, הגם שהן נפתחו לרישום - הן עדיין לא מאושרת תקציבית, לאור העדר תקציב לשנת 2021 והנחיות החשב הכללי לעניין ביצוע התקציב לשנת 2021.

כמו כן, ההשתלמויות יתקיימו בהתאם להנחיות והוראות משרד הבריאות וכן מדיניות הנהלת בתי המשפט לעניין מניעת התפשטות נגיף הקורונה. במקרה של ביטול עקב נסיבות תברואתיות מכון עוזמ"ת והמנהלים המקצועיים יבחנו אפשרות לקיים את כולה או חלקה באופן מקוון (בשלב זה השתלמויות מקוונות לא מוכרות לגמול השתלמות).

סקר צרכי הדרכה לשופטים ועוזרים משפטיים:

בחודש מאי 2020 הופץ סקר צרכי הדרכה לשופטים ולעוזרים המשפטיים במטרה לאתר ולגבש את התחומים והנושאים העיקריים עליהן יש לתת דגש בתוכנית ההדרכה לשנת 2021.

הצרכים שעלו מתשובות השופטים בשילוב עם הצרכים שעלו מסקר מקביל שהופץ לעוזרים המשפטיים ותיקוף חברי מועצת עוזמ"ת, שימשו אותנו כבסיס לבניית תוכנית הלימודים לשנת 2021.

ממצאי הסקר - צרכי הדרכה בנושאי הליבה:

- **תחום האזרחי:** תובענות ייצוגיות, חידודים ביסודות החשבונאות למשפטיים, דיני חוזים, חדלות פירעון ופשיטות רגל, דיני נזיקין לרבות חישוב פיצויים בגין נזקי גוף, משפט וטכנולוגיה, הגנת הפרטיות, תקנות סדר הדין האזרחי החדשות וסיורים בתחום בעלי מוגבלויות ובתחום התכנון ובניה.

- **תחום הפלילי:** תיקון 113 לחוק העונשין - הבניית שיקול הדעת השיפוטי, חידושים בדיני ראיות, עבירות מין, ארגוני פשיעה, כשלים בהליך הפלילי וסיורים בכלא ובמכון לרפואה משפטית.

- **תחום משפט העבודה:** השינויים הגלובליים של דיני העבודה, זכויות נשים, חדלות פירעון וסיור בנושא בטיחות בעבודה.

- **תחום המשפחה:** סכסוכי משמורת, התפקיד העתידי של העוזר המשפטי נוכח תקנות סד"א החדשות, אימוץ, צוואות וסיור בבית הילד.

ממצאי הסקר - צרכי הדרכה בתחום מיומנויות וכישורים:

- **תחום הכתיבה:** סדנאות כתיבה משפטית למתחילים וסדנאות כתיבה למתקדמים.

- **תחום המיומנויות:** סדנאות בנושא פסיכולוגיה חיובית, חשיבה יצירתית וסגנונות תקשורת ושפת גוף.

במסגרת תוכנית ההשתלמויות לשנת 2021 ייושמו רוב הצרכים והתובנות כפי שעלו בסקר צרכי ההדרכה.

מגמות ושינויים בתוכנית ההשתלמות לשנת 2021:

- **הקדמת מועד פרסום:** תוכנית ההשתלמות פורסמה בחודש דצמבר 2020.

- **מספר השתלמויות לעוזר משפטי:** עוזר משפטי יכול להירשם לעד שבע השתלמויות, מתוכן עד שלוש השתלמויות שלא בתחום העיסוק העיקרי (כולל השתלמות כללית או סדנת מיומנויות).

עוזרים משפטיים מבתי הדין לעבודה ובתי משפט לענייני משפחה, רשאים להירשם להשתלמויות בתחומים נוספים הרלוונטיים לעבודתם.

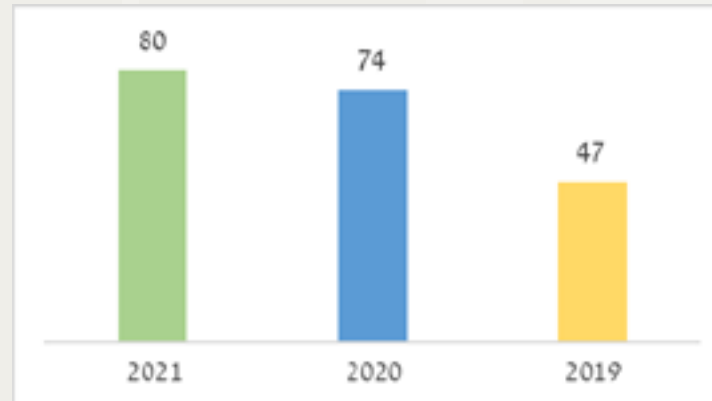
- **הגדרת תחום עיסוק:** עוזר משפטי יכול להגדיר את תחום העיסוק באופן רחב ומגוון בהתאם לתחומי העיסוק של השופט ובאישור השופט. עוזר משפטי יכול לשנות את תחום העיסוק במהלך השנה בהתאם לשינויים שהתרחשו ולשנות את תוכנית הלימודים בהתאם.
- **התמקצעות:** חלק מההשתלמויות מוגדרות כהשתלמות **למתחילים וחלקן למתקדמים**, זאת, על מנת להתאים את תכני ההשתלמויות לצרכים המקצועיים המשתנים ולהתפתחות המקצועית של העוזר המשפטי.
- **כנסים:** השנה נקיים מספר כנסים (כ- 80 משתתפים) בתחומי הליבה המשפטיים על מנת לאפשר ליותר עוזרים משפטיים להשתתף.
- **סדנאות:** השנה נקיים סדנאות מבוקשות בתחום המיומנויות והכתיבה שהיה להן ביקוש רב בשנים קודמות גם במחוז צפון וגם במחוז דרום. לדוגמה: סדנת כתיבה משפטית למתקדמים תתקיים גם בדרום.
- **תקנות סד"א החדשות:** השתלמות עומק - חידודים וחדושים.
- **השתלמויות נוספות:** במהלך השנה יפתחו לרישום השתלמויות נוספות בהתאם לצרכים המקצועיים והביקוש שיעלו מהשטח.

מספר	טבלת סוג השתלמות
12	כנסים
3	סדנה מקצועית
35	השתלמות רגילות
10	סיוור
10	מיומנויות
5	סדנה קליטה
5	מיומנויות כתיבה
4	הכשרה לתפקיד

נתונים והתפלגויות - תכנית ההשתלמות לשנת 2021:**א. גידול במספר ההשתלמויות בשנת 2021:**

בשנתיים האחרונות ניכרה מגמת עלייה במספר העוזרים המשפטיים הנקלטים למערכת. במסגרת הרפורמה במכון עוזמ"ת, ניתן מענה לצרכי ההדרכה ולגידול באוכלוסיית העוזרים המשפטיים והגדלנו את מספר ההשתלמויות בשנת 2021 לעומת השנה הנוכחית.

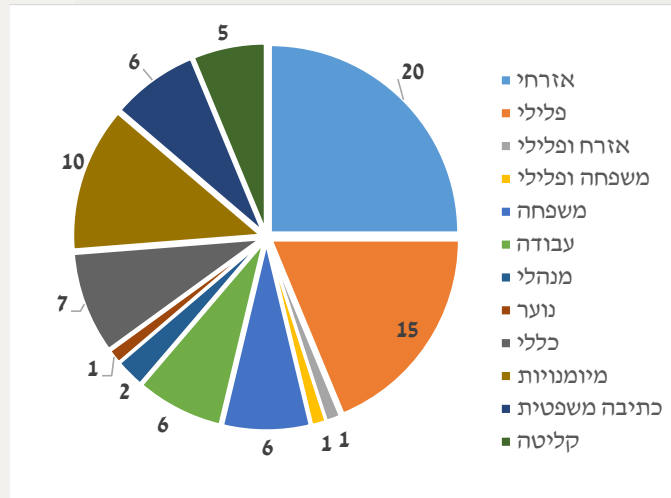
בשנת 2021 מספר ההשתלמות יעמוד על 80 לעומת 74 בשנת 2020 ו-47 בשנת 2019.

**ב. התפלגות לתחומי המשפט בתוכנית השתלמויות 2021**

ממצאי סקר צרכי ההדרכה הציגו צורך בגיוון תחומי המשפט במסגרת תוכנית ההשתלמות לשנת 2021.

במענה לכך נבנתה תוכנית השתלמות המשלבת את הצרכים שעלו בסקר בהתאמה לתחומי העיסוק של השופטים והעוזרים המשפטיים, תוך שמירה על פיזור ההשתלמויות גם למחוזות המרוחקים מהמרכז.

התפלגות השתלמויות לשנת 2021 לפי תחומי המשפט



מס' השתלמויות לפי תחומים	
20	אזרחי
15	פלילי
1	אזרח ופלילי
1	משפחה ופלילי
6	משפחה
6	עבודה
2	מנהלי
1	נוער
7	כללי
10	מיומנויות
6	כתיבה משפטית
5	קליטה

ג. פריסה גיאוגרפית של תוכנית השתלמויות 2021

במסגרת פיילוט שקיימנו בתוכנית ההשתלמות לשנת 2019, התקיימו מספר השתלמויות במחוזות המרוחקים, במטרה לבחון את ההיענות להשתלמויות שלא באזור המרכז.

ממצאי הפיילוט עלה כי השתתפות העוזרים המשפטיים במחוזות המרוחקים בהשתלמויות הייתה גבוהה. לאור כך, הוחלט כי במסגרת תוכנית ההשתלמות לשנת 2021 יגדל מספר ההשתלמויות בכל מחוז על מנת לתת מענה לכלל העוזרים המשפטיים במחוזות השונים.

תכנית השתלמויות לשנת 2021 לפי מיקום גיאוגרפי וחלוקה למחוזות:

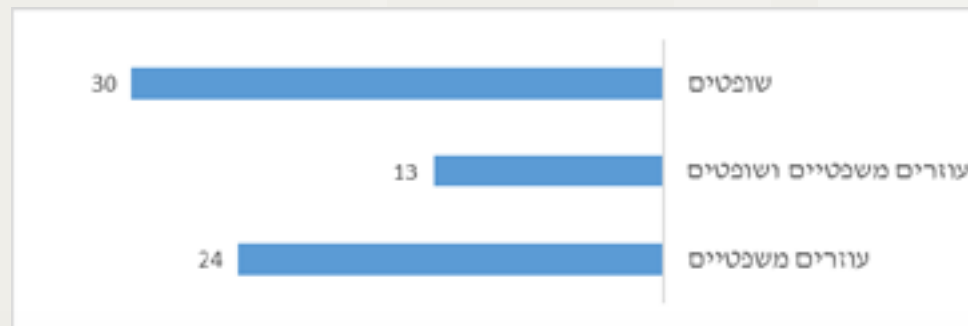


58	מרכז
8	מחוז חיפה
5	מחוז צפון (נצרת)
5	ירושלים
4	דרום

ד. שילוב עוזרים משפטיים כמנהלים מקצועיים בתוכנית השתלמויות 2020

מכון עוזמ"ת רואה חשיבות רבה בשילובם של העוזרים המשפטיים בפעילות המכון, כמו גם במעורבות העוזרים המשפטיים בתהליכים ובפעילות לטובת כלל העוזרים המשפטיים, זאת על מנת לחזק את תחושת המחויבות והשייכות האירגונית. לפיכך, נקבע בתוכנית העבודה של מכון עוזמ"ת יעד של הגדלת מעורבות העוזרים המשפטיים במערך ההשתלמויות ב - 50% ביחס לשנה הקודמת. **בשנת 2021 עוזרים משפטיים ינהלו השתלמויות מקצועיות לעומת 32 בשנת 2020.**

ניהול מקצועי של השופטים והעוזרים המשפטיים בשנת 2021:



ה. תכנית הוובינרים לעוזרים משפטיים

החל מסוף חודש אוקטובר 2020 מקיים מכון עוזמ"ת אחת לשבוע מפגשי וובינרים לעוזרים משפטיים בנושאים מקצועיים. את הוובינרים יוזמים עוזרים משפטיים בשיתוף עם עוזמ"ת במטרה לשמר ולטפח את המעורבות והשייכות הארגונית גם בתקופה מאתגרת זו. המפגשים מתקיימים בשעות העבודה. כל עוזר משפטי רשאי להשתתף במפגש אחד לשבוע בן שעה וחצי באישור השופט הממונה. ההשתתפות פתוחה לכל העוזרים המשפטיים ללא הגבלת תחום וותק. התוכנית זוכה להצלחה רבה הן מבחינת מספר נרשמים והן בציוני המשובים והיא ממשיכה גם בשנת 2021.

שופטים נכבדים אנא עודדו את העוזרות המשפטיות והעוזרים המשפטים לקחת חלק בתוכנית ההשתלמות ובתוכנית הוובינרים.

לתוכנית ההשתלמות המלאה

עו"ד פנינה אלקיס

מנהלת מכון עוזמ"ת

מדור הנהלה - חקיקה - עורכות הדין חנית אברהם בכר, שירי לנג והילה בוסקילה

תקנות סדר הדין האזרחי

כידוע, ביום 1.1.2021 נכנסו לתוקפן תקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018 (להלן - התקנות או תקנות סדר הדין האזרחי החדשות), המחליפות את תקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (להלן - התקנות הישנות).

בחודש האחרון פורסמו ברשומות שני תיקונים מרכזיים לתקנות ואף פורסמו שש הודעות מנהל בתי המשפט מכוחן. בנוסף פורסמו ברשומות תיקונים לתקנות סדרי דין שונות, אשר נדרשו לאור כניסתן לתוקף של תקנות סדר הדין האזרחי החדשות, ובהן תקנות הנוער (טיפול והשגחה) (סדרי דין), התשל"א-1970, תקנות תובענות ייצוגיות, התש"ע-2010, תקנות בתי משפט לענינים מינהליים (סדרי דין), התשס"א-2000, תקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק, התשמ"ד-1984, תקנות בית הדין לעבודה (סדרי דין), התשנ"ב-1991. בנוסף, הותקנו תקנות בית משפט לעניני משפחה (סדרי דין), התשפ"א-2020, אשר מסדירות את סדרי הדין בבית המשפט לעניני משפחה חלף הוראות פרק ג' בתקנות הישנות.



במדור חקיקה זה נסקור את עיקרי התיקונים בתיקון מס' 1 ובתיקון מס' 2 לתקנות סדר הדין האזרחי החדשות.

תיקון מס' 1 לתקנות (תקנות סדר הדין האזרחי (תיקון), התשפ"א-2020):

תיקון מס' 1 לתקנות פורסם ברשומות ביום 15.12.2020, במסגרתו הוטמעו בנוסח התקנות הערות שונות שהתקבלו מטעם הציבור, בין היתר הערות לשכת עורכי הדין והערות יו"ר ועדת חוקה חוק ומשפט.

להלן עיקרי התיקונים שנערכו בתיקון מס' 1:

1. **הוספת תקנה 5א** - לפיה פרק עקרונות היסוד נועד להכווין את שיקול דעתו של בית המשפט לפי תקנות אלה או לפי חיקוק אחר המפנה אליהן.

2. **תיקון תקנה 6** - "כתב טענות אחרון" הוגדר ככתב תשובה או המועד שחלף להגשתו, לפי המוקדם, ובדיון מהיר (שבו לא מוגש כתב תשובה) ככתב הגנה. התיקון המוצע נועד לייצר וודאות בנוגע למועד ממנו יש להתחיל לספור את מניין הימים.

3. **תיקון תקנה 9** - מבנה כתב הטענות, כפי שנקבע בתקנה, תוקן, כך שחלקו השני יכלול את תמצית הטענות של התובע בכתב התביעה ושל הנתבע בכתב ההגנה ויהיה בבחינת "תמצית מנהלים" ואילו חלקו השלישי יכלול את פירוט הטענות.

להלן השינויים במספרי העמודים, כפי שנערכו בתקנה 9:

בית משפט מחוזי	בית משפט מחוזי	בית משפט השלום - תקף לכל סוגי התביעות
תביעה כספית מעל 2.5 מיליון ש"ח, תביעת נזקי גוף ותביעת פלג"ד		
תמצית טענות: עד 5 עמ'	תמצית טענות: עד 3 עמ'	תמצית טענות: עד 2 עמ'
פירוט עובדתי: עד 25 עמ'	פירוט עובדתי: עד 12 עמ'	פירוט הטענות: עד 9 עמ'

4. **תיקון תקנה 33** - תקנת משנה (א) תוקנה, כך שהובהר כי סמכות המזכיר המשפטי לא תחול על מסמכים דחופים שקבלתם במועד שבו הוגשו קרדינלית ביחס להשגת הסעד המבוקש.

להלן סוגי המסמכים שעליהם לא תחול סמכות המזכיר המשפטי: בקשה לסעד זמני או לביטולו, בקשה לעיכוב הליכים או לעיכוב ביצוע החלטה, בקשה לגביית עדות מוקדמת והתשובות לבקשות אלה, הליך לפי החוק למניעת אלימות במשפחה, התשנ"א - 1991 ובקשה לצו למניעת הטרדה מאיימת לפי החוק למניעת הטרדה מאיימת, התשס"ב - 2001.

תקנת משנה (ב) תוקנה באופן שפרק הזמן לתיקון הפגם שנפל במסמך מהסוג המפורט בתקנה זו, הוארך משלושה ימים לשבעה ימים.

תקנת משנה (ג) תוקנה באופן בו נמחקו המילים "ואף רשאי בית המשפט להאריך לבעל דין כאמור את המועד להגשת כתב הגנה או כתב תשובה לבקשה לסעד זמני ובלבד שהמסמך הוגש במועד" מכיוון שאין דרישה לטעמים מיוחדים לשם הארכת מועד להגשת כתבי טענות אלה.

תקנת משנה (ה) תוקנה באופן שהובהר במסגרתה שבמקרה שבו הוגש כתב תביעה פגום שאי קבלתו עלולה להביא להתיישנותו הוא יירשם במערכת כמסמך שקובל, ובלבד שהתובע תיקן את הפגם תוך שבעה ימים מהיום שלא אושרה קבלתו. התיקון נועד גם לקבוע לוח זמנים אחיד בעניין זה.

5. **תיקון תקנה 49** - בתקנת משנה (ז) נקבע כי ניתן יהיה להגיש בקשות המנויות בפסקאות (1), (2) ו-(8) עד (10) בתקנת משנה (א) גם לאחר הגשת רשימת הבקשות (קרי, בקשה לסעד זמני, בקשה לגביית עדות מוקדמת, בקשה לפסלות שופט, בקשה לפטור מהתייצבות בעל דין ובקשה לאישור הסדר פשרה, גישור, הסדר דיוני), זאת, משום שמדובר בבקשות שיש לאפשר הגשתן לכל אורך ההליך.

6. **תיקון תקנה 61** - נקבע בתקנת משנה (א) כי ישיבת קדם-המשפט הראשונה תיקבע לאחר שהוגש "כתב הטענות האחרון" בהתאם להגדרתו המוצעת בתקנות אלה.

כמו כן, נקבע בתקנת משנה (ג) כי בהליך שבו בעל דין איננו מיוצג בידי עורך דין, רשאי בית המשפט לקיים ישיבת קדם-משפט בהיוועדות חזותית, שיחת ועידה או כל אמצעי טכנולוגי אחר, רק אם תינתן הסכמת בעל הדין שאיננו מיוצג בידי עורך דין לקיום הדיון בדרך זו. זאת על מנת לאפשר למתדיין לא מיוצג להתנגד לקיום דיון באופן האמור אם הוא סבור שייפגעו זכויותיו עקב כך.

7. **תיקון תקנה 67** - נקבע בתקנת משנה (ב) נוסף על תובענה לסעד כספי בבית המשפט המחוזי שסכומה עולה על 2.5 מיליון ₪, גם בתובענה לפיצויים בשל נזק גוף ותובענה שעילתה בחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים שהוגשו לבית המשפט המחוזי, תינתן עדיפות למתן עדות בכתב, אם יש בכך כדי לסייע לגילוי האמת ולניהול יעיל של הדיון. זאת משום שככלל מדובר בתיקים

מורכבים יותר, המצדיקים את היפוך ברירת המחדל הקבועה בתקנת משנה (א) לפיה תינתן עדיפות לשמיעת עדות בעל-פה.

8. **תיקון תקנה 68** - תקנה זו עוסקת בהתנגדות לשאלה שהוצגה לעד. בנוסחן הקודם של התקנות נקבע בסיפא התקנה כי בית המשפט יכריע בעניין ההתנגדות לשאלה ובעניין קבילותה מיד בתום טיעוני בעלי הדין. בנוסחן העדכני נקבע כי הוראה זו תחול "אלא אם כן מצא כי בנסיבות העניין יש לדחות את ההכרעה". זאת שכן לעיתים ההכרעה בעניין ההתנגדות לשאלה אינה פשוטה ומיידית. במקרים כאלה, לצורך יעילות הדיון, לעיתים יהיה מוצדק לרשום את ההתנגדות מבלי להכריע בה, ולהכריע בה בפסק הדין, ככל שלהתנגדות תהיה עוד נפקות לצורך ההכרעה (ראו רע"א 8600/12 **שירותי בריאות כללית נ' משטה** (3.2.2013)).

9. **תיקון תקנה 90** - תקנה זו עוסקת בסמכותו של מומחה מטעם בית המשפט. בנוסחן הקודם של התקנות נקבע בסיפא לתקנה כי מומחה מטעם בית המשפט רשאי לדרוש מבעל דין לאפשר לו לשמוע את דעתו של מומחה שנתן חוות דעת מטעם בעל דין ולקבל מכל אדם או מוסד את העתקי הרשומות הנוגעות לנושא הבדיקה כאמור. בתיקון לתקנות נמחקה הסיפא האמורה משום שמדובר בהוראה שלפי ניסיון העבר לא נעשה בה שימוש.

10. **תיקון תקנה 129** - היות ותקנת משנה (א) לא חלה רק על החלטה שניתנה בתביעה אלא על החלטה שניתנה בכל הליך, תוקנה תקנת המשנה, כך שבמקום "מורכבות התביעה" נכתב "מורכבות ההליך".

בתקנת משנה (ב) הובהר כי החלטה תכלול את כל הנימוקים של בית המשפט באופן תמציתי ולא רק את עיקרי הנימוקים.

בנוסף, נוספה לתקנה זו תקנת משנה (ג), ובה נקבע כי בית משפט הדין בערכאה ראשונה ייתן החלטתו לא יאוחר מתשעים ימים לאחר תום הדיון בהליך. זאת מבלי לגרוע מהוראות תקנת

משנה (א), לפיה על בית המשפט ליתן את החלטתו בהקדם האפשרי בהתחשב בין השאר בהיקף הראיות בכתב ובעל פה ובמורכבותה של התביעה. אם לא נתן בית המשפט החלטה בתוך תקופה כאמור, ייתן על כך הודעה מנומקת בכתב לנשיא בית המשפט. תוספת מוצעת זו נועדה להגדיר מועד ברור שעד אליו אמורה להינתן ההחלטה השיפוטית.

11. **תיקון תקנה 177** - תקנה זו עוסקת בסמכויות העוזר המשפטי, אותן הוא רשאי לבצע באישור השופט. לאור ביקורת שהושמעה בנוגע להיקף הסמכויות שהוקנו לעוזר המשפטי במסגרת תקנה זו, נקבע כי הסמכויות המוקנות לעוזר משפטי בפסקאות (3) עד (6) - יהיו כפופות להנחיה פרטנית להפעלתן מטעם השופט.

לגבי יתר ההוראות, נקבע כדלקמן: (1) לגבי ההוראה הנוגעת לקביעת מועדי דיון ושינויים וכן הארכת מועדים (תקנה 177(1)), תוקנה התקנה כך שסמכות כאמור תחול ככל שמדובר בבקשה המוגשת בהסכמת הצדדים ושאינן מדובר במועדים שנקבעו בחיקוק; (2) הסמכות לקצוב מועד לתגובה תוגבל למועד שאינו שונה מן המועד הקבוע בדין (תקנה 177(2)); ו- (3) הסמכות להזמין בעלי דין לפגישה על מנת שיובאו בפניהם הצעות להסדר דיוני - תימחק.

12. **תיקון תקנה 180(ג)** - תקנה זו מעגנת הוראות בדבר מועד תחילת התקנות החדשות ואופן תחולתן על הליכים תלויים ועומדים. במסגרת התיקון הובהר שהליך הוא גם ערעור וכי ככל שמדובר בהחלטה שניתנה לפני יום התחילה והמועד להגשת הערעור עליה לפי התקנות הישנות הוא ה-1.1.2021 או במועד אחר לאחר מכן, ניתן יהיה להגיש את בקשת רשות הערעור או את הערעור לפי המועד הקבוע בתקנות החדשות, קרי 60 ימים.

בפסקה (2) לתקנת משנה (ג) לתקנות בנוסחן הקודם נקבע כי הוראות פרק ט' לתקנות שעניינו שאלונים וגילוי ועיון במסמכים, יחול על הליכים שנפתחו לפני יום התחילה, אם טרם התקיים בעניינם מסירת שאלונים, גילוי ועיון במסמכים. במקום הוראה זו נקבע כי פרק ט' יחול על הליכים

שנפתחו לפני יום התחילה, אם טרם הוגש בהם כתב תשובה וטרם חלף המועד להגשתו. זאת, על מנת לייצר וודאות בנוגע למועד שהחל ממנו יחול פרק ט' על הליכים כאמור.

תיקון מס' 2 לתקנות (תקנות סדר הדין האזרחי (תיקון מס' 2), התשפ"א-2020):

תיקון מס' 2 לתקנות פורסם ברשומות ביום 31.12.2020, במסגרתו הוספה התוספת השלישית לתקנות שעניינה סכומי הערובה שעל המערער להפקיד בבית המשפט להבטחת הוצאות המשיב בערעור וכן הוסרה הדרישה כי מסמך אלקטרוני יחתם בחתימה אלקטרונית מאושרת בלבד.

להלן עיקרי התיקונים שנערכו בתיקון מס' 2:

1. **פירוט התוספת השלישית לתקנות** - במסגרת התוספת השלישית לתקנות פורטו סכומי הערובה שעל המערער להפקיד בבית המשפט להבטחת הוצאות המשיב בערעור כנדרש בתקנה 135 לתקנות.

סכומי הערובה שעוגנו בתוספת השלישית נקבעו בהתאם לערכאה בה נדון הערעור ובהתאם לסוג ההליך, תוך התחשבות במקרים מסוימים גם בזהות המערער. סכומי הערובה השונים שנקבעו בתוספת נועדו לקבוע כללים ברורים לקביעת גובה הערובה, לפי ערכאה וסוג ההליך, בניגוד לכלל שהיה נהוג לפני כן בהתאם לתקנות 428 ו-430 לתקנות הישנות, לפיו גובה הערובה נקבע על-ידי הרשם או מזכירות בית המשפט. זאת הן על מנת לוודא קיומו של שוויון בין מערערים, והן על מנת לאפשר לציבור לאתר בקלות את סכום הערובה שיש להפקיד בכל הליך ערעורי.

כידוע, לפי תקנה 135 לתקנות החדשות, בית המשפט רשאי להורות על פטור ממתן ערובה או על שינוי סכומה ולפיכך המערער רשאי להגיש לבית המשפט בקשה להפחתת גובה הערובה והמשיב רשאי להגיש בקשה להגדלתה. בנוסף תוקנה תקנה 134(א)(1) על ידי הוספת סעיף (ח)

במסגרתו נקבע כי המערער יציין בכותרת הערעור את סכום הערובה שעליו להפקיד תוך הפניה לפרט בתוספת השלישית לתקנות.

2. **תיקון תקנה 159 ותקנה 162** - הוסרה מהתקנות הדרישה כי מסמך אלקטרוני ייחתם בחתימה אלקטרונית מאושרת בלבד. זאת, לנוכח תיקון מס' 3 לחוק חתימה אלקטרונית, התשס"א-2001 וההקלות שנקבעו במסגרתו. הסרת דרישה זו מהתקנות אפשרה לקבוע בהודעה של מנהל בתי המשפט לפי תקנה 165 לתקנות, כי בעל דין שאינו מיוצג על ידי עורך דין רשאי להגיש לבית המשפט באמצעות מערכת "נט המשפט" מסמך אלקטרוני מרחוק, ללא צורך בחתימתו בחתימה אלקטרונית מאושרת, לאחר שהזדהה במערכת ההזדהות הממשלתית. כן הובהר בהודעה האמורה כי הדרישה לחתימה אלקטרונית מאושרת תיוותר על כנה כאשר מדובר בהגשה על-ידי עורך דין.

הסרת הדרישה לחתימה אלקטרונית מאושרת כשמדובר בהגשה על-ידי בעל דין לא מיוצג, תשפר את השירות לציבור המתדיינים הבלתי מיוצגים שמרביתם אינם מחזיקים ב"כרטיס חכם" שכן, היא תאפשר להם להגיש מסמכים מרחוק וללא צורך בהגעה לבית המשפט בהליך המשפטי המתנהל בעניינם.

יצוין כי בתצהיר אשר מוגש על ידי בעל דין בלתי מיוצג נדרשת גם חתימת יד גרפית של המצהיר שמאשר לאישור תצהירו.

לנוסח התקנות המלא:

תיקון מס' 1 לתקנות (תקנות סדר הדין האזרחי (תיקון), התשפ"א-2020).

תיקון מס' 2 לתקנות (תקנות סדר הדין האזרחי (תיקון מס' 2), התשפ"א-2020).

מדור סקירת ספרות משפטית - השופט (בדימוס) אברהם טננבוים

דוד א' פרנקל וצבי פרנקל, "דיני
השותפות בישראל" (מהדורה שלישית
מורחבת), הוצאת פרלשטיין-גינזור
בע"מ, התשפ"א - 2020, 725 עמ'

שותפות בעסקים ובעיקר בעסקים קטנים עד בינוניים היא דרך העולם. לא פשוט לנהל חנות ו/או מאפיה ו/או כל עסק עצמאי לבד, ולכן מקובלת מאוד השותפות. מדובר במקרים בהם הצדדים צריכים לתת אימון זה בזה, והנאמנות והקשר האישי חשובים יותר מהצד העסקי-מסחרי. בעלי מקצועות חופשיים כרופאי שיניים, רואי חשבון, רופאים, ולמעשה כל נותן שירות, נוטים להתארגן כשותפויות. בעולם המשפט התופעה מקובלת אף יותר ורוב משרדי עורכי הדין עובדים בצורה זו או אחרת של שותפות (בעיקר הגדולים שבהם).

החוק הישראלי החל על שותפויות מבוסס על פקודת השותפויות שנכתבה לפני קרוב לתשעים שנה באקלים פוליטי וחברתי שונה לחלוטין (שנת 1930). מסיבות לא לגמרי ברורות, לא נכתב רבות על התחום, ורוב הכתיבה נעשתה לפני שנים לא מעטות. לחוסר זה נכנס ספרם של המחברים. זוהי מהדורה שלישית אך לאור כמה חידושים מהותיים, ניתן לראות בה ספר חדש.



הספר מכיל עשרה פרקים העוסקים בכל ההיבטים של השותפות. החל מהרכבה, רישומה, היחסים בין השותפים וביניהם לצד ג', פירוקה, הליכי המשפט, ועוד. בכל אחד מהם דנים המחברים לעומק הן בחוק, הן בפסיקה שפירשה אותו, ואף מבקרים אותו בנקודות לא מעטות. הספר מכיל גם נספחים ומפתחות המאפשרים בקלות גישה לכל שאלה שיכולה להעלות בתחום.

אחד מחידושיה העיקריים של המהדורה הנוכחית הוא עיסוקה ב-'שותפות מוגבלת ציבורית', ונסביר. למרות שבשותפות רגילה, כל שותף יכול לחייב את השותפות ואחראי לכל חובותיה, הרי קיים סוג של שותפות שאיננו כזה. זוהי 'שותפות מוגבלת' שבה שותף 'מוגבל' אחראי לחובותיה רק עד הסכום אותו השקיע בפועל. ממילא יכולתו מוגבלת ואין הוא יכול לחייב את השותפות בחובות. בשנת 2015 תוקן החוק והוסף המונח 'שותפות מוגבלת ציבורית'. התיקון נעשה עקב העובדה שחברות ציבוריות המעורבות בתחום חיפושי הנפט/גז (אך לא רק הן), נוהגות לגייס כסף בצורה של שותפות מוגבלת. אולם דרך התיקון תמוהה היות ורוב סעיפי החוק אינם אלא הפניות לחוקים אחרים (בעיקר חוק החברות). התוצאה היא שלקורא הרגיל אין יכולת לדעת את הוראות החוק כשהן "מוסתרות" ממנו. המחברים פירטו את הוראות התיקון כשלתוכן מועתקים ומועברים הסעיפים הנדרשים מחוק החברות ומחוקים אחרים. על ידי כך מובהר לקוראים החוק באופן ברור. נעיר שאפשר להתווכח רבות על הנחיצות של שותפות מוגבלת וציבורית, אולם המחוקק בחר להשתמש בדרך זו וסיבותיו עימו.

נציין כי מקריאת הספר והפקודה עולה למעשה הצורך הברור לחקיקה חדשה ומקיפה בנושא השותפויות. צריכים אנו לזכור כי הפקודה חוקקה בשנות השלושים של המאה העשרים מתוך מטרה לשמור על קשר עם המשפט העות'מאני שקדם לה. ברור מאליו כי ההסדרים החוקיים בפקודה מיושנים ואינם מתאימים לימינו. ניתן דוגמא אחת. פקודת השותפויות הגבילה את מספר השותפים

מקריאת הספר והפקודה עולה למעשה הצורך הברור לחקיקה חדשה ומקיפה בנושא השותפויות. צריכים אנו לזכור כי הפקודה חוקקה בשנות השלושים של המאה העשרים מתוך מטרה לשמור על קשר עם המשפט העות'מאני שקדם לה.

(בתחילה לעשרה שותפים/ות ובשנת 1980 לעשרים). הסיבה לכך הייתה היסטורית. בשותפות רגילה כל אחד מהשותפים אחראי ביחד ולחוד לחובות השותפות. יוצא שמי שצריך לתבוע את השותפות, צריך לתבוע את כולם והדבר בעייתי טכנית. אשר לכן הוגבלו מספר חברי השותפות. ההגבלה יצרה בעייתיות למשרדי עורכי דין ורואי חשבון שגדלו מעבר לעשרים שותפים. אלו פתרו זאת בדרך 'יצירתית' בה כל חמישה עורכי דין יצרו 'שותפות', ואחר כך השותפויות האלה יצרו 'שותפות' ביניהן. בשנת 2010 תוקן החוק וביטל את ההגבלה על משרדי עורכי דין ורואי חשבון, אך זאת נשארה בתוקף לשותפים רגילים.

הוספת טלאים לפקודה איננה הדרך האידיאלית. ואכן, קיים תזכיר חוק משנת 2016 האמור לשנות מצב זה, אולם לא ברור מתי יהפוך זה לחוק מחייב (תזכיר חוק השותפויות, התשע"ז-2016). נקווה כי החוק יעבור במהרה, אולם עד אשר יושלם תהליך זה, הרי המצב החוקי נשלט על ידי הפקודה ועלינו להשלים עם כך.

אחת המגבלות בספר היא אולי מגבלה החוזרת על עצמה ברבים מספרי המשפט בישראל. קרי, חוסר בנתונים אמפיריים מספקים. כך למשל מעניין היה לדעת כמה שותפויות רשומות כעת בישראל? כמה שותפויות נמחקו מן העולם? כמה שותפויות נרשמות כל שנה? כמה משרדי עורכי דין רשומים כשותפויות? ועוד יותר מעניין, כמה משרדי עורכי דין הן שותפויות אך לא רשומות ככאלה? אין תשובה בספר לשאלות מעין אלו, אך כנראה אין גם מחקרים בתחום שיוכלו לענות על כך.

המחברים, הם אב ובנו שידם רבה להם בתחום. דוד א' פרנקל הוא פרופסור אמריטוס למנהל עסקים, ובנו צבי פרנקל הוא סגן נשיא בבית הדין האזורי לעבודה בבאר שבע. השילוב בין עולם העסקים לעולם המשפט ניכר בספר.

מומלץ ולמעשה הכרחי לכל מי שעוסק בשותפויות. ולו רק מהסיבה הפשוטה שאין כמעט ספרות משפטית העוסקת בנושא לעומקו מלבד ספר זה.

הערות תתקבלנה בברכה - avi3333@gmail.com

אחת המגבלות בספר היא אולי מגבלה החוזרת על עצמה ברבים מספרי המשפט בישראל. קרי, חוסר בנתונים אמפיריים מספקים.

שער שלישי לקט

זר ברכות

לבאים, למתקדמים ולפורשים

ברכת הצלחה בהמשך הדרך לשופטים הפורשים



השופטת שרה מאירי
בית הדין האזורי לעבודה ת"א



השופט רחמים כהן
בית המשפט המחוזי ת"א

ברכת הצלחה בהמשך הדרך לשופטים שהתקדמו ומונו



השופט מרדכי כדורי
בית המשפט המחוזי ירושלים



השופטת נועה גרוסמן
בית המשפט המחוזי תל אביב-יפו



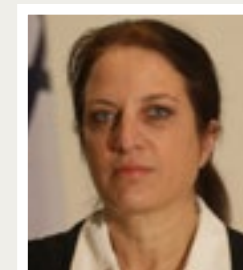
השופטת יעל טויסטר ישראלי
בית המשפט המחוזי מרכז-לוד



השופטת מרב בן-ארי
בית המשפט המחוזי מרכז-לוד



השופט עידו דרויאן-גמליאל
בית המשפט המחוזי מרכז-לוד



השופטת תמר בר-אשור
בית המשפט המחוזי ירושלים



השופט גיל דניאל
בית המשפט המחוזי באר-שבע



השופט עודד מאור
בית המשפט המחוזי תל אביב-יפו



השופטת שרון גלר
בית המשפט המחוזי מרכז-לוד



השופטת יעל בלכר

בית המשפט המחוזי תל אביב-יפו



השופט עבאס עאסי

בית המשפט המחוזי ירושלים



השופט רמי חיימוביץ'

בית המשפט המחוזי מרכז-לוד



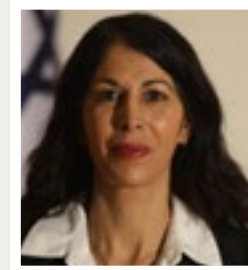
השופטת קארין ליבר-לויין

בית הדין האזורי לעבודה תל אביב-יפו



השופט עדו בן-צור

בית הדין האזורי לעבודה באר שבע



השופטת שרון שביט כפתורי

בית הדין האזורי לעבודה תל אביב-יפו



השופט דוד לנדסמן

בתי משפט השלום במחוז דרום



השופטת תמר עציון-פלץ

בית הדין האזורי לעבודה תל אביב-יפו



השופט עמי רוטמן

בית הדין האזורי לעבודה ירושלים

מדור סקירת ספרות כללית - השופט (בדימוס) אברהם טננבוים

דליה אוונס, "שירת סרטני הנהר" (תירגם מאנגלית, שאול לוין), הוצאת כנרת-זמורה-דביר, תש"ף-2020, 365 עמ'

לא ברור מהי הסוגה (ז'אנר) אליה משתייך הספר 'שירת סרטני הנהר'. ניתן לראות בו ספר מתח שכן כבר בתחילה אנו למדים על מותו של צ'ייס אנדרוז, ותוהים אם מדובר בתאונה, התאבדות, או אולי אחרת? האם ניתן לראות בספר שיר הלל לטבע בגלל תיאורי נוף וטבע המשולבים בו לאורך כולו? האם מדובר ברומן רומנטי בגלל סיפורי האהבה שיש בו? או אולי בביקורת חברתית נוקבת על סטיגמות הניתנות שלא בצדק לאלמנטים מוחלשים בחברה? או שנראה בו את כל אלו? או אף אחת מאלו?

חוסר היכולת הזו להגדיר את הספר גרם אולי לוויכוחים יצריים על טיבו ורמתו הספרותית. יש שרואים בו עלילת מופת ויש שרואים בו ספר מלא פגמים שזכה ליחסי ציבור מצוינים. כידוע, טעם וריח שונים מסועד לסועד ומקורא לקורא, אולם על כמה עובדות קשה להתווכח. בראש ובראשונה מדובר בספר שזכה מיידית לאהדת הקהל ונמכר באינספור עותקים בשלל תרגומים ומדינות. את מבחן הקוראים לתומם הוא עבר, וקשה להתעלם מכך.



הספר עוסק בקורותיה של קת'רין דניאל קלרק, שכולם קוראים לה קאָיָה, על שם המילה הראשונה שהגתה כילדה. קאיה היא הבת הצעירה של משפחה לא מתפקדת הגרה באזור ביצות נידח של צפון קרוליינה. מדובר על שנות החמישים והשישים של המאה העשרים וקאיה נולדה (כפי הנראה) אי שם בסוף שנות הארבעים. כמו כל דרום ארצות הברית, האנשים בעיירה המקומית מלאים בדעות קדומות, גזענות, וחשדנות כלפי הזר והאחר. השחורים באזור זה גרים כמובן בקהילה משלהם וחיבור מהותי ללבנים לא יעלה על הדעת. גם בין הלבנים יש הירארכיה והנמוכים בה הם אלו הגרים באזור הביצות המכונים 'זבל ביצות' (כנראה תרגום עברי לואריצייה של 'white trash').

קאיה משתייכת למשפחה בת חמישה ילדים. אביה הוא נכה (פיזית ונפשית) של מלחמת העולם השנייה, המתעלל באשתו ובילדיו. בשלב כלשהו קמה אמה של קאיה ובורחת ואחריה עוזבים אט אט שאר בני המשפחה. אביה נותר איתה לבדו ובשלב מסוים עוזב גם הוא. קאיה נותרת כילדה קטנה להסתדר לבד בעולם זה, כשכל שיש לה הוא את עולם הטבע והביצות שלצידה.

העלילה פוסעת בשני פסים מקבילים. בכיוון אחד יש לנו את חקירת מותו של צ'ייס אנדרוז המסתבכת והולכת. עדים חדשים מגלים לנו עובדות מפתיעות הסותרות זו את זו, השערות קמות ונדחות, תיאוריות מופרכות מועלות על ידי כולם, ובסופו של דבר מתגלגל העניין לפתחו של בית המשפט.

מן הצד השני יש לנו את עלילותיה של קאיה. היא גדלה לבדה, מתחמקת מבית הספר ומאנשי השירותים החברתיים הרודפים אחריה, וחייה לבדה את חייה כשהשותפים לה הם בעיקר חיות הבר.

העלילה פוסעת בשני פסים מקבילים. בכיוון אחד יש לנו את חקירת מותו של צ'ייס אנדרוז המסתבכת והולכת...ובסופו של דבר מתגלגל העניין לפתחו של בית המשפט.

מן הצד השני יש לנו את עלילותיה של קאיה. היא גדלה לבדה, מתחמקת מבית הספר ומאנשי השירותים החברתיים הרודפים אחריה, וחייה לבדה את חייה כשהשותפים לה הם בעיקר חיות הבר.

מפעם לפעם הכתיבה צופה לאחור. קרי, אנו למדים על פרט נוסף מהעבר הרחוק שלא היה ידוע לנו, וזה משליך אור חדש על קאיה. חייבים לציין שלא כל האנשים רעים אליה. יש המחבבים אותה (בודדים). איכשהו היא מצליחה להתקיים, הופכת למלומדת בעצמה, מסתדרת כלכלית, ושני גברים נכנסים לחייה. בסופו של דבר הפסים המקבילים מתחברים. סיפור המוות של צ'ייס וחייה של קאיה הופכים לסיפור אחד, אך לא ניכנס לפרטים כדי לא לפגוע במי שלא קרא (עדיין) את הספר.

חוזקו של הספר איננו דווקא בעלילה, שבנקודות מסוימות נראית מופרכת למדי. חוזקו הוא בתיאורי הטבע והבדידות העוצמתיים שבו. אנו קוראים על זרמי הים שליד הביצות, על צדפים למיניהם, על נקבות גחליליות, על פטריות, על סנאים ועל עורבים, על שחפים והאכלתם, על שקנאים ובואשים, פרפרים ועשים, ועוד כהנה וכהנה. מעבר לתיאורים, קאיה לומדת גזירה שווה מעולם החי על עולם בני האדם. מה שקורה לה בחייה מושווה ישירות למה שקורה בעולם הטבע. לא תמיד התוצאה אופטימית, לעתים אף ההיפך. אנחנו שומעים על "השועלה הזו שעוזבת את גוריה", על כך ש"יונים נלחמות לא פחות מניצים", ועל כך "שאם ציפור נהיית שונה מהאחרות.... אז שאר הלהקה הורגת אותה". אבל למרות הטבע האכזרי, חיות, ציפורים, וחרקים מושכים אותה הרבה יותר מבני האדם, הם למעשה חברה בעולם, ותיאוריהם מלבבים.

דמותה של הסופרת דליה אוונס מתחברת היטב לספר. היא גדלה בדרום ארה"ב בעיירה נידחת ומילדותה שוטטה לבד ביערות. שלמדה זואולוגיה בזמן שנשים כמעט לא עסקו בכך, והפכה להיות חוקרת טבע. במקצועה חקרה חיות בר בבידוד כמעט מוחלט באפריקה (שם חיה עשרות שנים). כל מה שכתבה עליו, עולם החי, הבדידות, הביצות, מוכר לה היטב מיד ראשונה והדבר ניכר בכתיבתה. במהלך השנים כתבה לא מעט ספרים ומאמרים אקדמיים, אך זהו ספרה 'הספרותי' הראשון, וכנראה לא האחרון.

מומלץ לכל מי שרוצה לקרוא ספרות טובה מבלי להתלבט באיזו סוגה מדובר.

הערות תתקבלנה בברכה - avi3333@gmail.com

הפינה לעידוד הפנינה - השופטת ישראלה קראי-גירון

מחוות הצדעה לפניני הלשון של המלומדים המופיעים בפנינו

יום מספקים לנו המלומדים המופיעים בפנינו פניני לשון בעת שאנו שומעים בשקיקה את דבריהם. זרם האוצרות הלשוניים הוא מעיין שופע ולא יעלה על הדעת שנשמור את פניני הלשון הללו בין כתלי הלשכה. ייעודה של פינה זאת הוא לתת להן את הכבוד המגיע - וגם את הפרסום הראוי.



חוקי הפינה:

אין צורך לטרוח יתר על המידה - את הפנינים ימשיכו לספק לנו המלומדים המופיעים בפנינו - יש רק לאסוף ולשלוח (בדוא"ל אל ישראלה).

פניני הלשון יובאו בקצרה - לא יותר משורה או שתיים (שטות אחת שווה אלף מילים).

פניני הלשון יובאו ללא ציון שמו של ה"מפנין" (החפץ מן הסתם בעילום שם), אך עם ציון שמו של השופט המביא את הדברים (שמו יישמר במערכת).

על הציטוטים להיות אמת לאמיתה (אף אם למקרא עיניים - קשה להאמין).

פניני ינואר 2021

ארגון עוין:

"...בשלב זה היה מתבקש כי הן האדריכל והן ***** יזעקו 'חמאס'..."

(מתוך סיכומים שהוגשו לבית משפט)

דבר דבור על אופניו:

"אנו מבקשים כדי לשלם את כל הנושים ולא להופיע בקרים לשחרים להכריז על החייב מוגבל באמצעים".

(מתוך פניה לבית המשפט)

אובדן הכרה:

"הצדדים פועלים ללא היכר על מנת לבש הסכם פשרה..."

(מתוך בקשת ארכה שנשלחה לבית המשפט)

שלמי תודה לשולחים: אורי גולדקורן, ניר זיתוני, רנה הירש.