



# עט ועוד

אוגדן חוברות מקצועיות

אתיקה | מס | פלילים | משפחה

- 5-22 ● **אתיקה**
- 23-38 ● **חס**
- 39-46 ● **פלילים**
- 47-54 ● **חשפחה**



# עט ואתיקה

גליון מס' 89 | סיון תשס"ח | יוני 2008

יוצא לאור ע"י ועד מחוז ת"א והמרכז של לשכת עורכי הדין | העורך: עמוס נצר | המערכת: דניאל פריש 10, ת"א 64731

## חברות וחברים יקרים,

הביטוי "חברי" הינו ביטוי השגור בפי כולנו ובכל דיון בביהמ"ש או שומעים ביטוי זה ואף עושים בו שימוש בעצמנו. ברם, לאחרונה נתקלת ועדת האתיקה פעם אחר פעם בתלונות בגין התנהלות/התנהגות חברים כלפי חבריהם אשר ההגדרה יחס חברי הינה הדבר האחרון שניתן לחשוב עליו בהקשר זה, ומטעם זה אני מוצא מקום להקדיש זמן ותשומת לב לסוגייה חשובה זו של יחס חברי.

סעיף 26 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), התשמ"ז-1986 קובע כי "בכל עניין מקצועי יגלה עורך דין יחס חברי כלפי חברו למקצוע ולא ימנע ממנו כל הקלה שאין בה כדי לפגוע בעניינו של לקוח...". עוד מודגש בסיפא לסעיף כי "לעניין סעיף זה, פגיעה בעניינו של לקוח"-פגיעה משמעותית שיש בה כדי לגרום ללקוח נזק של ממש".

הוראות הכלל הנ"ל ברורות ודומה כי הן אף מובנות מאליהן ומתבקש הדבר כי כולנו נקפיד לנהוג עפ"י כלל חשוב זה אשר נועד לסייע לכל אחד ואחד מאיתנו לקיים פרקטיקה מקצועית תוך התנהלות תקינה ונעימה עד כמה שאפשר, מול הצד שכנגד. אולם, לצערנו הרב, הובאו לאחרונה לשולחן הועדה תלונות רבות אשר המכנה המשותף להן הינו התנהגות בלתי הולמת והערדר יחס חברי בלשון המעטה עד שלעיתים נדמה כי המונח "יחס חברי" הפך לאות מתה אשר אין לו כל תוקף ומשמעות בפרקטיקה היום-יומית של כולנו.

חלק נכבד מהתלונות עוסק בהארכות מועד להגשת כתבי טענות וכך למשל הוגשה תלונה כנגד חבר אשר חברו המתלונן פנה אליו בכתב וביקש ארכה להגשת כתב הגנה. החבר הנילון לא זו בלבד שלא טרח להשיב לפנייה אליו, אלא אף מיהר וביקש לקבל פס"ד בהערדר הגנה.

תלונות רבות אחרות עוסקות בסירוב חברים לבקשות בעניין דחיית מועדים ו/או הארכת מועדים בנימוק כי הענות לבקשה הינה בבחינת "פגיעה בלקוח". בנסיבות אלה מוצאת לנכון ועדת האתיקה להתיר בפני החברות והחברים כי התנהגות מסוג זה מהווה עבירה אתית וכי בדעת הועדה לנקוט בהליכים משמעותיים כנגד חברים אשר ימצא כי התנהלותם מהווה עבירה על הכלל הנ"ל.

לדעת הועדה, אין זה ראוי ונכון לדחות כל בקשה לארכה או דחיית מועד גם כאשר מדובר במועד קצר או כשברור כי הדבר לא יפגע פגיעה של ממש בלקוח. בהקשר זה יודגש כי בכל הכבוד, הנימוק של "פגיעה בלקוח" אינו מהווה צידוק לנהוג ביחס בלתי חברי כפי שאנו רואים לצערנו חדשות לבקרים. גם הכלל עצמו קובע במפורש כאמור לעיל, כי בכדי שניתן יהיה להשתמש בנימוק של "פגיעה בעניינו של לקוח" כצידוק לסירוב ביחס לבקשות חברים לארכות או דחיות מועדים, יש צורך כי יהא מדובר בפגיעה משמעותית שיש בה כדי לגרום ללקוח נזק של ממש! לפיכך הועדה סבורה כי לא ניתן לקבל טיעון לפיו סירוב לארכה או דחייה קצרה של מועדים אכן מהווה פגיעה משמעותית בלקוח ומובהר בזאת כי טענות מסוג זה לא התקבלנה ע"י הועדה. גילוי דעת זה נועד להפציר בחלק נכבד מהחברות והחברים לחדול מלנהוג ביחס שהינו בבחינת "חבר לחבר זאב", ותחת זאת מפצירה הועדה בחברות והחברים ליישם את הכלל ולנהוג באמת באופן הוגן וחברי. יש לזכור בהקשר זה, כי פעם אחר פעם אנו מוצאים את עצמנו בצד האחר של המתרס, וכל אחד מאיתנו נזקק מן הסתם בעבר ויזקק גם בעתיד, לארכות ודחיות מועדים, ואם נקפיד כולנו לנהוג בהתאם ביחס חברי, הרי שכולנו נצא נשכרים.

בברכת חברים,

אפרים נוה, עו"ד

יו"ר ועדת האתיקה מחוז ת"א והמרכז

## חסיון מקצועי // מתן עדות בבימ"ש

### העובדות:

1. עורך-דין טיפל עבור לקוחותיו בעריכת הסכם העברת מניות בחברה ועריכת פרטיכל מינוי מנהלים ומורשי חתימה.
2. בית המשפט זימן את עורך הדין להתייצב למתן עדות מטעם צד התובע. את לקוחותיו והתבקש להביא עמו את חיק החברה והמסמכים שברשותו.
3. שואל עורך הדין האם מותר לו לתת עדות ולמסור את מסמכי החברה מבלי לקבל את רשותם של לקוחותיו שהינם בעלי המניות בחברה, המנהלים ומורשי החתימה. כמו כן, מבקש עורך הדין לדעת האם מותר לו למסור את מסמכי החברה לאחד מלקוחותיו, שהינו בעל מניות ומנהל בחברה, מבלי לקבל את הסכמת הלקוח הנוסף.

### עמדת ועדת האתיקה:

1. הועדה השיבה לפונה כי עליו להתייצב בבית המשפט למתן עדות.
2. אם יידרש עורך הדין למסור מידע ו/או מסמכים שלדעתו הינם חסויים עליו לטעון לחסיון ולאפשר לבית המשפט להכריע בסוגייה ולפעול על פי ההחלטה שתינתן.
3. באשר למסירת המסמכים לאחד מלקוחותיו באותו ענין, הדבר אפשרי בתנאי שגם הלקוח האחר יקבל עותק.
4. אם מצוי בידי עורך הדין עותק אחד בלבד, עליו לאפשר ללקוחות לקבל עותקים נוספים על ידי צילום ומתן אישור נוטריוני. (48553)

## חסיון מקצועי // מתן עדות במשטרה בענין לקוח

### העובדות:

1. עורך דין זומן לחקירה למתן עדות במשטרה-יחבא"ל בענין מרשו אשר ייצג אותו בהליך פלילי ובהוראתו שילם פיצוי וקנס שנפסק נגדו בבית המשפט המחוזי.
2. עורך הדין עובד במשרד עורכי דין המתנהל כחברת עורכי דין.
3. החברה מחזיקה בחשבונות פקדון וביניהם חשבון פקדון מט"ח שאליה מוזרמים כספי לקוחות במט"ח וזאת לצורך פעולות תשלום אגרות, נסיעות, תשלום למומחים וכיו"ב.
4. עתה זומן עורך הדין למשטרה לצורך מתן עדות בדבר תשלום קנס ופיצוי מחשבון הפקדון בתיק הפלילי אליו הועברו הכספים מחו"ל.
5. המשטרה מבקשת לדעת ולקבל לידיה מידע מהיכן הגיע הכסף, מי היה השולח, זהות הבנק ממנו שולם הכסף וכן להציג העתק השיק אשר שולם לפקודת בית המשפט המחוזי בגין הקנס והפיצוי.
6. חוקר המשטרה פרש בעת מתן העדות את הוראות חוק איסור הלבנת הון תש"ס-2000, כך שלמעשה אסור על עורך דין לקבל כספי לקוחות לחשבון פקדון לקוח כללי אלא לפתוח עבור כל לקוח חשבון פקדון נפרד, דבר שנראה כבלתי מעשי בעליל ולא נדרש על פי החוק.
7. מתבקשת עמדת הועדה בנושא זה.

### עמדת ועדת האתיקה:

1. הועדה השיבה לפונה כי ועדת האתיקה לא תוכל להכריע בסוגיית החסיון ובכל מקרה של מחלוקת בינו לבין

### (המשך)

1. המשטרה, ראוי שהענין יוכרע בבית המשפט, לאחר שישמע את עמדתם של כל הצדדים המעורבים.
2. מובן כי על עורך הדין לכבד את הכרעת בית המשפט בכפיפות לערעור ככל שיוגש.
3. הועדה הפנתה את תשומת לב השואל לפסה"ד בענין עו"ד תמי אולמן בש (חי) 1948/05 בבית משפט השלום חיפה שיש לו השלכות על הסוגייה נשוא השאלה. (48487)

## עוה"ד ולקוחו // סוגיית עיכוב מסמכים

### העובדות:

1. עורכת דין פנתה לוועדה ומסרה כי הגישה בעבר כתב תביעה לשכר טרחת עורך-דין נגד חברה מסויימת, אשר הפסיקה את פעילותה לפני מספר שנים אך בפועל רשומה ברשם החברות כחברה פעילה.
2. מנהל החברה מבקש לקבל בחזרה לידיה את כל התיקים הסגורים אשר הטיפול בהם הסתיים, אך עורכת הדין השיבה לו כי עומדת לה זכות העכבון על פי סעיף 88 לחוק לשכת עורכי הדין תשכ"א-1961.
3. שואלת עורכת הדין האם עליה להשיב את התיקים הסגורים.

### עמדת ועדת האתיקה:

1. הועדה השיבה לפונה שעל פי פסק הדין בבית המשפט העליון בע.א. 7097/02 - מנורה חברה לביטוח בע"מ נגד עו"ד משה קפלנסקי היא רשאית לעכב תחת ידיה רק את המסמכים שבגינם מגיע לה שכר טרחה. (48828)

## עוה"ד ועמיתו למקצוע // הזמנת עורך-דין לעדות בבית משפט

### העובדות:

1. עורך-דין פנה לוועדה כשהוא מסביר כי למרשו טענות קשות נגד ב"כ הקודם שטיפל בתיקו ואשר לא נהג כראוי, לא דיווח לו על פסקי דין שניתנו נגדו, על התייצבות לדיינים, הגשת בקשות לבית משפט וכיו"ב.
2. נוכח כתבי האישום שהוגשו נגד הלקוח, המבוססים על תיקים בהם טיפל, לכאורה, ב"כ הקודם ונוכח קביעת התיק להוכחות, ייאלץ עורך הדין הפונה לזמן את עורך הדין הקודם כעד לבית המשפט.
3. שאלת עורך הדין כיצד עליו לנהוג.

### עמדת ועדת האתיקה:

1. הועדה השיבה לשואל כי הוא רשאי להזמין את בא כוחו הקודם של לקוחו למתן עדות ככל שעדותו של אותו עורך דין הינה רלבנטית וחשובה להגנת הלקוח. כמובן שבית המשפט הוא זה שיפסוק ויחליט אם העדות נחוצה ורלבנטית. (48761)

## חסיון מקצועי // סוגיית החסיון מול שלטונות המס

שלטונות המס פנו אל עורך-דין מסויים, בהקשר לתיק שמופל על ידי לפני מספר שנים, וביקשו ממנו כי יציג בפניהם מסמכים מתוכו.

הועדה השיבה לעורך הדין כי אם המסמכים המבוקשים על ידי שלטונות מיסוי מקרקעין נמצאים בתיק בית משפט שהדיון בו היה פומבי, לא חסוי ולא בדלתיים סגורות, אין מניעה מלהמציאם.

עם זאת, ראוי לבקש את עמדת הלקוח על מנת שלא תצא שגגה תחת ידי של הפונה.

בתשובה לעמדתו הרגיש עורך הדין הפונה כי המסמכים לא הוצגו בבית המשפט אלא הוצגו והוכרעו בהליך בוררות בין הצדדים.

לאור זאת השיבה הועדה כי ראוי לו לעורך הדין לקבל את עמדת הלקוח ככל שרשויות המס אינן מתנגדות לכך. אם תיוותר מחלוקת יש להביא את סוגיית החסיון להכרעת בית המשפט. (48215)

## חסיון מקצועי // הזמנת עורך-דין לעדות בבית משפט מטעם יורשים

### העובדות:

1. עורכת דין ערכה למנוחה שלוש צוואות בתקופות שונות בחייה כאשר על הראשונה חתמה כעדה.
2. עורכת הדין הזמנה להעיד מטעם היורשים על פי הצוואה לבית המשפט.
3. שואלת עורכת הדין האם חל עליה חסיון או שמא עם מות הלקוחה הוסר החסיון והאם קיימת מניעה לענין תוכן הדברים עליהם היא יכולה להעיד.

### עמדת ועדת האתיקה:

1. הועדה השיבה לפונה כי פטירת לקוח אינה מפקיעה את החסיון הממשיך להתקיים גם לאחר הפטירה ותשומת לב של השואלת הופנתה לנקוב בספרו של ד"ר גבריאל קלינג "אתיקה בעריכת דין" עמוד 421 בפרק הדין בסודיות וחסיון.
2. באשר למתן עדות, על עורכת הדין לפעול טענת חסיון - ככל שהיא סבורה שעל התשובה חל חסיון. בית המשפט יכריע בענין לאחר שישמע את כל הצדדים המעורבים. (48802)

## פעילות מקצועית - שונות // הרשאי עורך-דין לשתף בהכנסותיו חברה בע"מ שאינה חברת עורכי-דין

### העובדות:

עורך-דין ביקש לקבל את עמדת הועדה בהקשר לאפשרות לשתף בשכר טרחתו חברה בע"מ הנמצאת בבעלותו המלאה של עורך הדין, אך איננה חברת עורכי-דין כמשמעותה בחוק.

### עמדת ועדת האתיקה:

1. הועדה השיבה לפונה כי אין זה ראוי שעורך-דין ישתף בשכרו חברה בע"מ שאיננה חברת עורכי דין כמשמעותה בחוק אפילו אם החברה בשליטת עורך-דין אחר.
2. לדעת הועדה השיתוף בהכנסות הינו אסור ומנוגד, לכאורה, לאמור בסעיף 58 לחוק לשכת עורכי הדין תשכ"א-1961. (48759)

## פעילות מקצועית - שונות

### העובדות:

עורך-דין פנה לועדה בשאלה האם קיימות הגבלות נוספות, מעבר לאלו הקבועות בכללי לשכת עורכי הדין (עיסוק אחר), תשמ"ג-2003 והאם קיימת מניעה להוספת התואר עורך-דין בפירוטו כמתווך או בשילוט משרדו.

### עמדת ועדת האתיקה:

1. הועדה השיבה לפונה כי עורך-דין אינו ראוי לעסוק בתיווך במקום המשמש את משרדו לעריכת דין.
2. אם הפונה עוסק גם בתיווך, מעבר להיותו עורך-דין, עליו להפריד בין שני העיסוקים ובענין זה הופנתה תשומת לב הפונה לנקוב בכלל 4 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), תשמ"ו-1986.
3. בנוסף, הפנתה הועדה את תשומת לב הפונה להוראות כללי לשכת עורכי הדין (עיסוק אחר), תשמ"ג-2003, מהם

(המשך)

עולה כי עורך הדין אינו ראוי לטפל באותו ענין הן "בכובעו" כמתווך והן "בכובעו" כעורך-דין.

4. כמו כן, אין על עורך-דין לפרסם פרסום משותף לשני העיסוקים הנ"ל. (48763)

## עוה"ד ומשרדו // האם ניתן להכליל בנייר המכתבים עורך-דין החולק שירותי משרד בלבד

### העובדות:

1. עורך-דין חולק שירותי משרד עם עורך-דין נוסף כשכל אחד מהם יש לקוחות נפרדים מהם הוא מקבל את שכר טרחתו.
2. עורך הדין הנוסף רשם את הפונה אלינו בנייר המכתבים של משרדו לשם טיפול בתיקים משותפים, אך, כאמור, אין לפונה כל קשר ו/או מעורבות בתיקיו של עורך הדין השני.
3. חברה שהינה לקוח קבוע של עורך הדין הנוסף נקלעה לקשיים והינה חדלת פרעון. עובדיה של אותה חברה מבקשים מהפונה כי יגיש בשמם לבית המשפט המחוזי בקשה לפירוק ומינוי מפרק ובהמשך להגיש בשמם הוכחות חוב.
4. שואל הפונה האם חלה עליו מגבלה כלשהי בטיפול בדברים האמורים כאשר מעולם לא היה לו קשר לחברה לא כלכלי ולא מעשי ומעולם גם לא נפגש עם מי ממנהליה, עובדיה ו/או מי מטעמה.

### עמדת ועדת האתיקה:

1. הועדה השיבה לפונה כי לא היה ראוי לכלול את שמו בנייר המכתבים של שותפו למשרד באשר המדובר הוא בשני עסקים נפרדים ובעצם הכללת שמו בנייר המכתבים של שותפו למשרד יש משום מצג מטעה כאילו השואל הינו שותפו למשרד של עורך הדין הנוסף.
2. נוכח נסיבות אלה, אין זה ראוי כי הפונה ייצג את עובדי החברה נגד החברה שהיא לקוח קבוע של שותפו למשרד.
3. נייר המכתבים המשותף מטעה את הציבור כי כאמור המדובר כאן בשני עסקים נפרדים כמפורט בשאלתא. (48757)

## עוה"ד ולקוחו // אופן השחרור מלקוח "חמקן"

### העובדות:

1. עורך-דין פנה לועדת האתיקה והסביר כי פנה אליו לקוח בבקשה שייצגו בתביעה שהוגשה נגדו בסדר דין מהיר בבית משפט השלום לאחר שניתן נגדו פס"ד בהערך הגנה ואף נפתח נגדו תיק הוצל"פ.
2. לאחר שסיכם עם הלקוח את נושא שכר טרחתו בעל-פה הגיש עורך הדין בקשה לביטול פסק הדין והצליח אף לבטלו.
3. עורך הדין הגיש כתב הגנה ובעקבות התחמקות הלקוח על אף הסבריו של עורך הדין את חשיבות הגשת כתב ההגנה בצירוף התצהיר, נאלץ להגישו ללא תצהיר.
4. בנוסף, פנה עורך הדין פעמים רבות ללקוח ודרש את שכרו אולם הלקוח ניתק את הקשר עמו ולבד מהבטחות לשלם את שכרו לא עשה דבר.
5. בנסיבות המקרה, מעוניין עורך הדין להתפטר מהייצוג של הלקוח.

## (המשך) עמדת ועדת האתיקה:

1. הועדה השיבה לעורך הדין כי על סמך העובדות שבפנייתו חייב עורך הדין להתייצב לדיון כל עוד לא שוחרר על ידי בית המשפט. על עורך הדין לנסות ולפנות אל הלקוח ולבקש ממנו כי ישחררו מהייצוג ובאם יסרב, עליו לבקש את השחרור מבית המשפט.
2. אשר לסוגיית שכר טרחה ונושא עיכוב המסמכים, ועדת האתיקה הפנתה את תשומת לב עורך הדין להוראות סעיף 88 לחוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א-1961 ולגדר המועדים הנקובים בו. (48483)

## פרסום ופרסומות // המגבלות החלות בנושא פרסומות

### העובדות:

1. עורכת דין פנתה לוועדה ושאלה מהן מגבלותיה בנושא פרסום ברשת האינטרנט.
2. עורכת הדין ציינה כי היא מעוניינת לפרסם ברשת האינטרנט "באנר" כשהוא מכיל שתי תמונות אשר "רצות בלופ". לחיצת עכבר על התמונה השנייה מהווה קישורית LINK לאתר הבית שלה.
3. בדעת עורכת הדין לפרסם את הבאנר באתר של צורך מסויים אשר מעצב וצורך טבעות נישואין.
4. שואלת הפונה האם מותר לאור ההתפתחות הבלתי נמנעת של השימוש באינטרנט לפרסם אצל נותן שירות כאמור והאם ניתן לפרסם באנר ולבסוף שואלת הפונה האם המלל של התמונות, בהתייחס לכל אחת הוא פרסום מותר או שמא הוא מהווה פרסומת אסורה לפי כללי האתיקה.

### עמדת ועדת האתיקה:

1. הועדה השיבה לפונה כי נאסר על עורך-דין לפרסם באתר של מי שאינו עורך-דין וכן הוא אינו רשאי לפרסם את מה שלא הותר במפורש בכללי לשכת עוה"ד (פרסומות), תשס"א-2001.
2. הועדה הפנתה את תשומת לב הפונה לכללים דלעיל ובמיוחד לאפשרויות שבכלל 3(ב)(ח). (48690)

## עוה"ד והצד שכנגד // מסירת פרטי לקוח לצד שכנגד

### העובדות:

עורכת דין המייצגת חברה בע"מ פונה לוועדת האתיקה בשאלה האם בא כח של לקוחת החברה, שיש לה טענות כלפי אותה חברה, רשאי לדרוש ממנה את מענו של מנכ"ל החברה ואת תעודת הזהות שלו והאם על אותה עורכת דין להענות לדרישה זאת מבחינה אתית. במאמר מוסגר מוסיפה הפונה כי היא איננה מייצגת כלל את מנכ"ל החברה.

### עמדת ועדת האתיקה:

הועדה השיבה לפונה כי מותר לשאול את השאלה שפורטה בפנייתה אלינו אך היא אינה חייבת למסור לב"כ הצד שכנגד את המידע המבוקש על ידיו. (48767)

## עוה"ד ולקוחו // שחרור מייצוג לקוח בעת חילוקי דיעות עמו

### העובדות:

עניינה של הבקשה שהונחה על שלחנה של ועדת האתיקה מתייחסת לעורך-דין אשר סיפק שירות מקצועי ללקוח בהקשר לבקשת פטנט. כיום עם תחילת השלב השני בהליך הבקשה, שהינו שלב הבחינה של בקשת הפטנט במשרד המשפטים, מתקשר הלקוח אל עורך הדין ומאיים לתבעו בעילות שונות. בנסיבות אלה ונוכח האמור בכלל 13(א)

(המשך) לכללי לשכת עוה"ד (אתיקה מקצועית), תשמ"ו-1986, סבור הפונה שאין מניעה ויש להפסיק את הטיפול בענייניו של הלקוח שכן ברור כי קיימים חילוקי דיעות בהקשר לאופן הטיפול.

### עמדת ועדת האתיקה:

הועדה השיבה לפונה כי על סמך העובדות שפורטו בשאלתה הינו רשאי להשתחרר מהייצוג. מכל מקום עליו לפעול ככל האפשר על מנת שלא לפגוע בענייניו של הלקוח. (48689)

## עוה"ד וביהמ"ש // חיוב עורך-דין בתשלום שכר מומחה

בעקבות החלטת ביהמ"ש לתביעות קטנות (ת.ק. 1824/07 בימ"ש לתביעות קטנות בירושלים) לחייב את עו"ד אריה תוסייה כהן לשלם לעד מומחה את שכר טרחתו נדרשה ועדת שכ"ט, שליח הועד המרכזי, לנושא ולהלן עמדתה: "הועדה שבה דנה ובדקה את הנושא והגיעה למסקנה כי עקרונית אין מקום וכל צורך לשנות את המצב הקיים לפיו אין חלה על עוה"ד החובה לשאת בהוצאותיו של מומחה שהוזמן ע"י עוה"ד עבור לקוחותיו, וזאת לאור ביטול כלל 29. המקרה אשר פורסם בשם הועדה בגליון "אתיקה מקצועית" מס' 18, מחודש אפריל 2006, היה מקרה מיוחד שבו עוה"ד הזמין חו"ד בלא הסכמת לקוחותיו ואף בניגוד לדעת לקוחותיו. חוה"ד אף לא הוגשה לביהמ"ש ועל כן, סבורה היתה הועדה שעל עוה"ד לשאת בהוצאות. מכאן שהפרסום "העקרוני" כביכול היה שגוי.

בהתייב לפסיקה בענין עו"ד תוסייה כהן, סבורה הועדה כי אין צורך ו/או מקום להתערב, נוכח העובדה שמדובר בנסיבות ספציפיות שאינן משנות עקרונית מן האמור ברישא דלעיל (דהיינו, שאין עו"ד חב בד"כ באופן אישי בהוצאות חוות דעת או הזמנת מומחה לעדות בביהמ"ש)".

## פסק דין משמעותי | הפרת חובת מאמן

להלן תמצית הכרעת דין וגזר דין בתיק ביי"ד

// הכרעת דין

### מבוא

1. בקובלנה זו, צירפה הקבילה שני נאשמים, בהתאם לסמכותה עפ"י כלל 8 לכללי לשכת עורכי הדין (סדרי הדין בבתי הדין המשמעתיים) (תשכ"ב-1962 (להלן: "כללי סדרי הדין"). עו"ד א. (להלן: "נאשם 1") רשאי לאמון מתמחה בהתאם לסעיף 29 לחוק לשכת עורכי הדין תשכ"א-1961 (להלן: "חוק הלשכה"). עו"ד י. (להלן: "נאשם 2") אינו רשאי לאמון מתמחה. צירופם של הנאשמים, לטענת הקבילה הינו, עקב שיתוף פעולה ביניהם שהינו בניגוד לדין, ביחס להעסקת מתמחה בשם ק. (להלן: "המתמחה"). שיתוף הפעולה יש בו משום: "1. עבירות של מעשים הפוגעים בכבוד המקצוע עריכת דין על פי סעיפים 53 ו-61 (1) לחוק לשכת עורכי הדין תשכ"א 2. עבירות התנהגות שאיננה הולמת את המקצוע עריכת דין, על פי סעיף 61(3) לחוק לשכת עורכי הדין תשכ"א-1961" - כמצוטט מכתב הקובלנה.

### תמצית העובדות

2. המתמחה החלה להתמחות אצל נאשם 1 בשנת 2004 כאשר מועד סיום ההתמחות שלה היה אמור להיות תחילת שנת 2005 ביחס לטוף תקופה זו הוגש דו"ח סיום התמחות על ידי נאשם 1.

נאשם 2 היה/הינה עו"ד המנהל משרד עצמאי בסמוך למשרדו של נאשם 1. משרדיהם של שני הנאשמים סמוכים. בחודשי ההתמחות האחרונים שהתה המתמחה בזמנים שונים במשרדו של נאשם 2. לטענת הקבילה מדובר בתקופה רציפה וזאת על פי סיכום יזום בין נאשם 1, המתמחה ונאשם 2. לעומת זאת טוענים הנאשמים, כי מדובר בקטעי זמן ניזחים, ללא סיכום יזום, אלא מפאת היחסים המיוחדים ששררו בין נאשם 2 למתמחה.

### מקור הקובלנה ומהותה

3. במשרדי הלשכה בירושלים התקבל מכתב אנונימי אשר לימים נגלה ע"י שולחתו עו"ד (להלן: "המתלוננת" - למרות שאיננה מתלוננת-קרוב עבירה). המתלוננת מפרטת במכתבה, כי המתמחה האמורה להתמחות אצל נאשם 1, אינה מצויה כלל במשרדו אלא "עובדת הגב" ק. אצל עו"ד י. אך לא בתור מתמחה אלא כשותפה של עו"ד י. ומציגה את עצמה ללקוחות כעורכת דין ושותפה של עו"ד י. זאת עפ"י סיכום בין נאשם 1 המתמחה ונאשם 2, אשר במסגרתו מוותרת המתמחה על תמורה כספית של כ-10000 ש"ח לטובת נאשם 1, תמורת אישורו על התמחותה אצלו עד סוף תקופת ההתמחות, והמתמחה תעבור לעבוד עם נאשם 2 במשרדו.

4. בהסכם זה בין הנאשמים על פי נתוני העובדתיים, יש משום הונאת לשכת עורכי הדין, ומהווה עקב זאת התנהגות בלתי הולמת את מקצוע עריכת דין, ופגיעה בכבוד המקצוע.

### הנתונים העובדתיים הדרושים ראייה

5. שלוש נקודות עובדתיות עקרוניות דרושות ראייה, על מנת להוכיח את האמור בכתב הקובלנה, ולהרשיע את הנאשמים על פיו. לצורך כך יש לענות על שלוש השאלות שלהלן, מתוך הראיות שהוגחו בפני בית הדין:

א. האם הוכח הסכם בין נאשם 1, המתמחה ונאשם 2, בעניינים הכרוכים בכספים.

ב. האם עבדה/עסקה המתמחה אצל/עם נאשם 2 כעורכת דין.

ג. האם עבדה המתמחה אצל/עם נאשם 2, ואם כן, מתי וכמה זמן.

על שאלות אלו יש להשיב כסידורן, בניתוח העובדות ובחינתן אחת לאחת, על מנת ליתן הכרעה, באשמות המוטחות

כלפי הנאשמים בכתב הקובלנה. טרם מענה על השאלות הנ"ל ראוי כי ייעשה "סדר" בעדים, בעדויות ובמוצגים.

### הסכם הכרוך בכספים

5(א). העדה המרכזית בתיק זה הינה עו"ד, המתלוננת. בהתייחס להסכם שבין נאשם 1 למתמחה לנאשם 2, היא כותבת במכתבה, באופן מפורט ביותר את הסכומים והסיכומים שנעשו בין נאשם 1 למתמחה בקשר להפסקת התמחותה בפועל אצל נאשם 1, והתמורה ממנה ייהנה נאשם 1 עקב "שיחוררה המוקדם". פרוט הנתונים העובדתיים והמספריים המתוארים במכתבה, אכן יוצרים רושם אמין, שהרי כיצד היא עושה תחשיבים כל כך מדוייקים על פניהם. למרות זאת אין לקבל עדות זו של המתלוננת.

ברור מתוך עדותה של המתלוננת, כי היא עצמה לא היתה עדה לסיכום הכספי שנעשה בין המתמחה ונאשם 1. ביחס לסיכום זה היא שמעה מפי המתמחה, איתה היתה ביחס עבודה ו/או חברות ו/או ידידות, בשעה שהמתמחה סיפרה לה את הסיכום עם נאשם 1. קיימת סבירות גבוהה כי המתמחה לא בדתה את הסיכום מליבה, וקיים חשד כבד מאוד שיש דברים בגו. עם כל זאת עקב היות הדברים "עדות שמיעה" קלסית אין לקבלה מבחינת אי קבילותה הפורמלית. יתר על כן, קיים סיכוי כלשהו שמא בכל זאת המתמחה אמרה דברים שאינם מדוייקים, ולו על מנת לשמור את תדמיתה בעיני חברתה/ידידתה, לפיכך אין באפשרותנו לקבוע עובדות נחרצות בענין זה בהסתמך על עדות זו. בעובדות אלו כופר נאשם 1, ואף הציג תלושי שכר בפני הועדה להתמחות כעולה מפרוטוקול הועדה, וכי שילם לה את מלוא שכרה. אין בפנינו שום עדות הסותרת עדות זו. לפיכך המסקנה המתחייבת, עפ"י הכללים המשפטיים הינה, כי לא היה הסכם בין נאשם 1 לבין המתמחה לבין נאשם 2 בענייני כספים.

### עבודת המתמחה כעורכת דין

5(ב). האם הוכח כי המתמחה עבדה ו/או התחזתה כעורכת דין? לבחינת שאלה זו יש לפנות לעדויות המתייחסות לנקודה זו. המתלוננת במכתבה קובעת כעובדה כי המתמחה עובדת כשותפה של נאשם 2 ומציגה עצמה כעורכת דין ושותפה.

היא איננה מציינת עובדות מסויימות, שעשתה המתמחה לעיניה, שעל פיהן היא לומדת כי עסקה כעורכת דין. היא אינה מצביעה על מקור מידע אחר ביחס לעובדות אלו במכתבה. אם כי ניתן להבין כי מקור מידע זה הינו המתמחה עצמה. בבית הדין שוב חוזרת המתלוננת על גירסתה בקשר למעבר המתמחה למשרד נאשם 2. מדבריה משתמע במרומו, כי המתמחה עוברת לעבוד אצל/עם נאשם 2 כעורכת דין. מקורם הינו המתמחה ויש בכך משום עדות שמיעה ולא עדות ישירה של המתלוננת. גם כאן קיים חשש כלשהו, שהמתמחה רצתה להעלות קרנה בעיני חברתה והפריזה בתאוריה את המצב. בכל מקרה מדברים אלו לא משתמע ברורות באיזה "תפקיד" תעבוד אצל/עם נאשם 2.

ביחס למעשי המתמחה אצל נאשם 2 ניתן ללמוד מהקלטות שתומללו. האם ניתן ללמוד מהן, כי המתמחה עסקה בעריכת דין, או התחזתה כעורכת דין, תחת עידוד ו/או חסות נאשמים 1-2.

נראה כי מתוך התמלילים ו/או המוצגים ניתן ללמוד את ההפך מכך, או לפחות כי אין בהם שום הוכחה ברורה לעבודתה כעורכת דין.

בשיחה טלפונית שנערכה בין עדה 2 למתמחה, משתמעת התחזות לכאורה ותשובתה החיובית של המתמחה "כן", אף מבלי לקבל את טענת הסניגורים שמדובר בתרגום "עילג" של לשון "יחיד" במקום "רבים", נראה כי תשובת המתמחה התרכזה בעיקרה, בסיפת השאלה ביחס להתמחות ב"אישות", ולא ביחס למעמדה כעו"ד. לפיכך ענתה תשובה חיובית, והתייחסות למשרד, תוך התעלמות מרישת השאלה. לא ניתן חד משמעית, לראות

עט ואתיקה  
עמ' 5-22

עט ומס  
עמ' 23-38

עט ופולילים  
עמ' 39-46

עט ומשפחה  
עמ' 47-54

בתשובתה בעיקרה, כתשובה חיובית לענין מעמדה כעורכת דין. המתמחה הופיעה גם בפני ועדת התמחות ומהפרוטוקול עולה כי המתמחה לא הציגה עצמה כעורכת דין.

עיון במוצגים מראה באופן קטגורי, כי כל הייעוץ והשיחה שהיתה למתמחה עם הלקוחה/החוקרת היה כאשר נאשם 2 נוכח או מצוי ברקע, כך שלא ניתן לייחס לה ייעוץ עצמאי. אם ניסחה המתמחה מסמכים משפטיים כלשהם, הרי ניתן לזקוף אותם למעמדה כמתמחה העורכת מסמכים למאמנה או לעו"ד הרשאי לנסח מסמכים, אך לא הוכח שום שרות משפטי עצמאי שניתן על ידי המתמחה.

ביחס להפקת החשבונית ו/או כתיבת פרוט שכר הטירחה בודאי שאין לראות בהם כמעשים שיוחדו לעורכי דין. כל מזכירה רגילה רשאית לעשות כן תחת חסות מעבידה עורך הדין, כפי שנעשה במקרה זה, כאשר נאשם 2 מצוי במשרד. לענין זה אין כל מחלוקת עובדתית.

מניתוח כל העובדות כמפורט לעיל אין מקום לקבוע כי המתמחה עבדה או עסקה או התחזתה כעורכת דין.

## המפתח העובדתי

5(ג). לאחר שהתשובות לשאלות הקודמות נענו בשלילה נשאלה השאלה העיקרית אשר יש בתשובתה השלכה לענין אשמת הנאשמים. השאלה הינה היכן שהתה ועבדה המתמחה בחודשי ההתמחות האחרונים.

לטענת הקבילה, במהלך כל תקופה זו היתה המתמחה במשרד נאשם 2 ולא במשרד מאמנה נאשם 1, כפי שמתחייב עפ"י החוק. לפיכך יש בכך משום הונאת לשכת עורכי הדין ע"י הנאשמים.

לענין זה עדותה העיקרית הינה של המתלוננת. במכתבה ללשכת עורכי הדין. ענין מעמדה במשרד י. אינו חשוב לצורך ההכרעה. החשיבות נודעת, לעצם השהיה במשרדו, למשך התקופה ורציפותה. ביחס לשהיית המתמחה במשרד נאשם 2 בתקופה זו, מעידה המתלוננת מתוך מראה עיניה כעולה מעדותה.

המתלוננת עבדה כל אותה עת במשרד נאשם 1 ולא ראתה את המתמחה במשרד אלא במשרד נאשם 2. הימים בהם נעדרה מן המשרד מטעמי חופשה היו לא רציפים. כך גם יציאותיה לבית משפט או לענייני עבודה אחרים. אין בכך להשפיע באופן מהותי על עדותה. עדותה הינה חדה וברורה כי המתמחה הפסיקה כליל את שהותה ועבודתה במשרד נאשם 1 ועברה לעבוד במשרד נאשם 2.

עדות המתלוננת אינה יכולה לנבוע מטעות או מבלבול, משום שאין מדובר בארוע חד פעמי עליו היא מעידה, אלא ביחס לתקופה מתמשכת של כחודשיים לפחות, בהן לא נוכחה המתמחה במשרד נאשם 1 אלא במשרד נאשם 2. גם מקום מושבה כפי שהיה במשרד נאשם 1 בחדר נפרד, אין בו כדי להביא את המתלוננת לטעות או בלבול, שהרי מדובר במשרד שיוצאים ובאים בו. לא ניתן לייחס למתלוננת אי תשומת לב ביחס להעדרותה של המתמחה במהלך תקופה מתמשכת כפי שהיא מעידה. לכן אין מנוס אלא להסיק שהיא לא יכלה לבוא לכלל טעות בענין מעבר המתמחה ממשרד נאשם 1 למשרד נאשם 2.

גם שני ב"כ הנאשמים, בעיקרו של דבר, אינם משליכים ייבם על טעויות בעדותה של המתלוננת, משום שעדותה אין בה סתירות מהותיות או עקרוניות, שיש בהם לסתור את גירסתה העיקרית ביחס ל"היכן עבדה המתמחה ומתי". קיימת אמנם סתירה מסויימת ביחס לתקופת העבודה ממתי עברה המתמחה ממשרד נאשם 1 לנאשם 2, אך בענין זה נובע הדבר מתוך טעות שלה ביחס למועד סיום ההתמחות, המשלך על מועד 3 החודשים האחרונים שבהם הפסיקה המתמחה את התמחותה אצל נאשם 1 ועברה לנאשם 2. אם כי לכל הדעות זיכרונה בעת כתיבת מכתבה היה נכון יותר. מחמת התאריכים הסותרים בענין זה ועל מנת להנות את הנאשמים מכל ספק העומד לזכותם הרי התאריך המאוחר לכל היותר שבו עברה המתמחה ממשרד למשרד הינו לפי גירסתה הממנעת של המתלוננת.

## סגירת המעגל

6. העובדה כי המתמחה שהתה ועבדה אצל נאשם 2 ולא נאשם 1, עדיין לא סוגרת את עניין אישומם של הנאשמים בהונאת הלשכה, שהרי לטענת באי כוח הנאשמים, לא ידע נאשם 1 היכן מצויה המתמחה בכל דקה ודקה, והוא לא בדק זאת כמו "סטופר". נאשם 2 אף הוא, גם אם באה אליו המתמחה ועזרה לו בעבודתו או במענים טלפוניים במקרים שונים, הרי לא היה לו כל מידע ביחס למעמדה כמתמחה אצל נאשם 1, לפיכך אין להאשימו בכך שהעסיק אותה.

נכון הדבר, בעיקרם של דברים קשה להוכיח דברים שבלב, אך הם מוכחים מתוך הנסיבות. בנסיבות אלו, כאשר המתמחה נעדרת מעבודתה תקופה של לפחות חודשיים תמימים באופן רציף, לא ניתן להתייחס באמון לדברי נאשם 1, כי לא ידע על העדרותה של המתמחה ממשרדו. מתן אמון בדברי נאשם 1 במקרה זה הינו בניגוד לנסיגון החיים והשכל הישר ולא מוגזם יהא לומר כי תהא זו "טמינת הראש בחול".

אין כל ספק כי נאשם 1 ידע גם ידע כי המתמחה אינה מצויה במשרדו. בין בהסכמה מפורשת ובין בהסכמה שבשתיקה, איפשר לה שלא לעבוד ולשהות במשרדו כנידרש על פי החוק, הסיבות להסכמתו לא הוכחו כדבעי, אך אינן רלוונטיות, לעצם העובדה כי עזיבת המתמחה את משרדו היתה בידיעתו המלאה ובהסכמתו. למרות זאת הוא דיווח בלתי נכון ללשכת עורכי הדין כי המתמחה עבדה במשרדו עד תום תקופת ההתמחות וכולל אף את תקופת עבודתה אצל נאשם 2.

מעדות נאשם 2, המסקנה בשיטה האחרונה הינה, כי הנאשמים 1-2 איפשרו למתמחה, שלא לבצע את התמחותה כנידרש על פי דין, ויש בהתנהגותם זו משום התנהגות שאינה הולמת את המקצוע עריכת דין ופגיעה בכבוד המקצוע.

## שורת ההכרעה

7. לאור המפורט לעיל מציע אב"ד לחבריו להכריע את דינם של הנאשמים כדלקמן:

א. לזכות את שני הנאשמים מעבירות של התנהגות בלתי הולמת את המקצוע עריכת דין, בהתאם לסעיף 61(3) לחוק לשכת עורכי הדין, ומעבירות של פגיעה בכבוד המקצוע, בהתאם לסעיפים 53 ו-61(1) לחוק לשכת עורכי הדין, ביחס לעשיית הסכם כספי כלשהו, בהקשר לעבודת המתמחה וזאת מחמת הספק, וביחס לכך שאיפשרו למתמחה לעסוק בעריכת דין עקב חוסר הוכחת עובדות האשמה.

ב. להרשיע את שני הנאשמים בעבירות של התנהגות בלתי הולמת את מקצוע עריכת דין, בהתאם לסעיף 61(3) לחוק לשכת עורכי הדין תשכ"א-1961, ובעבירות של פגיעה בכבוד המקצוע עריכת דין, בהתאם לסעיפים 53 ו-61(1) לחוק לשכת עורכי הדין תשכ"א-1961, עקב סיועם למתמחה להונות את לשכת עורכי הדין, בחודשי התמחותה האחרונים.

## // גזר דין

### פתח דבר

1. הנאשמים הורשעו בהתנהגות שאינה הולמת את המקצוע עריכת דין ובפגיעה בכבוד מקצוע עריכת דין בהתאם לסעיפים 61(3) ו-53 לחוק לשכת עורכי הדין תשכ"א-1961. זאת עקב סיוע למתמחה להונות את לשכת עורכי הדין בדבר התמחותה בחודשי התמחותה האחרונים. מדובר בהרשעות של סעיפי "סל", אשר עובדות מיוחדות ונדירות, היוו בסיס להרשעה. לא נמצאה הרשעה תקדימית דומה להשוואה לענין העונש. לפיכך מקרה זה אכן דורש עיון לצורך קביעת העונש.

עטואתיקה  
עמ' 5-22

עטומים  
עמ' 23-38

עטופילים  
עמ' 39-46

עטומשפחה  
עמ' 47-54



## תמצית מענות הצדדים לענישה

2. ב"כ הקובל מבחין בטיעונו לענישה בין נאשם 1 לנאשם 2 ומפיל אשמה יתירה על נאשם 1 וכנגזרת מכך ענישה מחמירה יותר. לדעת ב"כ הקובל הענישה הראויה במקרה זה הינה השעיה בפועל על הנאשמים וכן תשלום הוצאות ללשכת עורכי הדין, זאת תוך החמרת יתר על נאשם 1 מנאשם 2. לעומתו טוענים סניגורי הנאשמים, כי אין מקרה זה ראוי כלל לענישת השעיה בפועל, כי אם לענישה שתיקרתה הינה ענישה על תנאי לתקופה קצרה, והטלת עונשים כספיים מינימליים.

כנזכר לעיל, זהו מקרה תקדימי חריג. לפיכך יש לבחון בדקדקנות הענישה הראויה במקרה זה, ממיקול סמכויות הענישה הנחונות לבית הדין.

## עבירות ועונשים בדין המשמעתי בהבחנה מהדין הפלילי

3. אין זה המקום, ליתן את כל האיבחונים וההבדלים, בין הדין הפלילי הקיים, לבין הדין המשמעתי על פי חוק לשכת עורכי הדין. אך ראוי לצורך ההמשך, לציין הבחנה מסוימת יסודית ביניהם, באחד העקרונות המובילים בין שני הדינים. חוק העונשין קובע בתחילתו עקרון חוקיות הפורש כנפיו על כל המישור הפלילי וזו לשונו: "אין עבירה ואין עונש עליה אלא אם כן נקבעו בחוק או על פיו" (סעיף 1 לחוק העונשין התשל"ז-1977 - (להלן: "חוק העונשין").

בהתאם לעיקרון זה קובע חוק העונשין בהמשכו:

"בית המשפט שהרשיע אדם בשל עבירה רשאי להפיל עליו כל עונש אשר אינו עולה על העונש שנקבע בדין לאותה עבירה". (סעיף 35א) לחוק העונשין). המסקנה הינה, כי בדין הפלילי ישנן תאורי עובדות ונסיבות המהוות עבירות, והעונש המקסימאלי נקוב לצידן. חומרת עבירה באה לידי בטוי, בעונש המקסימאלי הנקוב בצידה.

4. הדין המשמעתי המתייחס לעורכי דין שונה בעניינים הנ"ל בשלשה הבטים:

א. אין עיקרון חוקיות הקובע את כל רשימת העבירות. אלא קיימות "עבירות סל", המכילות בתוכן התנהגויות בלתי איתות, הנקבעות מעת לעת, על ידי פסיקת בתי הדין המשמעתיים.

ב. בעבירות המפורטות בדין המשמעתי, בחוק לשכת עורכי הדין ובכללי האתיקה, לא נקבעו עונשים לצד כל עבירה ועבירה.

ג. העונשים שנקבעו בדין המשמעתי, קובעים מידרג מסויים המבטא חומרתם. אך קביעת העונשים ביחס לחומרת העבירה, מיושם על ידי בתי הדין בהתאם לראייתו את תוכן העבירה נסיבותיה ופרטיה.

למרות הפרובלמטיות בנקודות הנ"ל והבאות לידי בטוי בדברי השופט (לימים הנשיא) שמגר (ראה: ע"ע 17/79 הועד המחוזי ת"א נ. עו"ד פלוני פד"י ל"ד (3) 660, 651) נפסק מקידמא דנא וחזר ונישנה מאוחר יותר במספר פסקי דין. (ר' עלע 01 / 9473 עו"ד ראובן טאקו נ' הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בירושלים [פדאור אתיקה (לא פורסם) 03 (2) 582], עמוד 3).

העולה מן האמור, כי בתי הדין המשמעתיים, הם הקובעים את מהות העבירה, גדר העבירה, חומרתה ומידת הענישה עליה.

מסקנה זו קשה היא עד למאוד, כאשר באים לגזור דינו של אדם, ואין שום עקרונות ויסודות מחייבים ומפורטים, כך שהרכב בית הדין יצק תוכן משלו לגזר הדין, ומרחב שיקול הדעת הינו נזיל ורחב ללא גבולות ברורים. קושי זה של מרחב שיקול הדעת של השופט בגזירת הדין, קיים גם במישור הפלילי וקמו לו מבקרים.

## שיקול הדעת בקביעת העונש

5. הקושי בגזירת הדין מוכר וידוע מימים ימימה. (ראה: ע"פ 1399/91 ליבוביץ נ. מד"י מז"ו (1) 177, ודב לוין, גוזרים את הדין, תשנ"ג 1993 המשפט א' 185, 202).

6. הקושי בגזירת הדין בהעדר קריטריונים מוגדרים, הביא את המלומדת רות קנאי להוציא לאור מאמר, בנושא שיקול דעת השופט בקביעת העונש, תוך ביקורת על השיטה, שיש בה הפרת עקרון החוקיות עקב חוסר האחידות בענישה. (ראה: רות קנאי, היחס בין מטרות הענישה ושיקולי הענישה לשיקול דעת השופט בקביעת העונש, מחקרי משפט י' תשנ"ג עמ' 39) וכן מאמר הנחיות לקביעת גזר דין. (ראה: הנחיות לקביעת גזר הדין בפסיקת בית משפט העליון, משפטים כ"ד תשנ"ד עמ' 97).

בעקבות הביקורת החוקתית הנ"ל, פורסם מאמר על ידי אותה מלומדת, שבו מוצע שינוי לקביעת גזר הדין. (ראה: רות קנאי, הצעה לתיקון קביעת גזר הדין, מחקרי משפט יג תשנ"ו-1996 עמ' 227).

בעקבות מאמר זה, יצא מאמר נגדי של כבוד השופט טלגם, אשר מתנגד לצורת הפיתרון של המלומדת קנאי, להגבלת שיקול דעתו של השופט בענישה. אם כי הוא ער לבעייתיות של הנושא. הפיתרון שמציע השופט טלגם, בניגוד למלומדת קנאי הינו, כי השופט יודרך בגזירת דינו ע"י הוראת חוק הקובעת מראש את תכלית הענישה, אך לא קריטריונים סכמטיים המצרים שיקול דעת השופט. (ראה: משה טלגם, הצדק מחייב ענישה רב תכליתית לא האחידות עיקר אלא השיוון, מחקרי משפט יג תשנ"ו-1996 עמ' 247, 251)

למרות מאמרו של השופט טלגם, הוקמה ועדה בראשות השופט גולדברג, כהמלצת המלומדת קנאי, ויצא דו"ח ועדת גולדברג להבניית שיקול הדעת בענישה. (דו"ח של הועדה לבחינת ההבניה של שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין ירושלים תשנ"ח אוקטובר 1997). דו"ח זה זכה לניתוח מאלף של המלומדת קנאי. (ראה: רות קנאי, הבניית שיקול הדעת של השופט בקביעת העונש בעקבות דו"ח ועדת גולדברג, מחקרי משפט ט"ו תשנ"ט-1998 עמ' 147).

7. לאחרונה, בשנת 2006, בעקבות דו"ח ועדת גולדברג, הוגשה הצעת חוק ממסלית בנושא הבניית שיקול הדעת אשר בה נקבעו "עונשי מוצא" מהם ניתן לסטות קימעא לחומרא או לקולא, אם כי פרס באה לידי בטוי בחקיקה. (ראה: הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 92) (הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה) התשס"ו-2006, 2412006, 12.6.2006) (- להלן: "הצ"ח").

אמנם הצעת החוק לא נתקבלה בחקיקה, אך בודאי יש בה כדי ללמד, עד כמה בכל זאת נידרשת "הבניית שיקול דעת בגזירת הדין", עקב ראייה שונה של הרכבים שונים את מטרות הענישה והדגשים המתחייבים בכל מקרה ומקרה. למותר לציין כי בדין המשמעתי "הבעיה" הרבה יותר חמורה, מאחר ובחקיקה אין כלל קריטריונים לענישה, והם נבנו על פי הפסיקה בלבד ללא קו חד וברור, בין סוגי העבירות, חומרתן, הקפן והענישה התואמת לצידן. לאור הפרובלמטיות בקביעת העונש הראוי, אין מנוס כי אם לעבור על סוגי העונשים, ולבחון התאמתם לעבירות נשוא המקרה.

## השעיה ו/או השעיה על תנאי

8. להשעיה על תנאי, באנלוגיה ממאסר על תנאי בתחום הפלילי, ישנם שני אספקטים בראיית מהותה של ענישה זו. א. אספקט ראשון הינו, כי השעיה על תנאי, היא עונש הניתן לעבריון הראוי להשעיה מפעילות במקצועו, ואינו ראוי לעסוק בו, עקב פיבה וחומרתה של העבירה אותה הוא עבר, בצרוף עבירותיו הקודמות. אלא מאי? ברגע האחרון, עדיין מתלים את העונש, ונותנים הזדמנות נוספת לעבריון, לתקן מידותיו ולא מבצעים את העונש הראוי לו. רק אם עובר הוא עבירה נוספת, משלם הוא את מחיר עונש השעיה. בכך יש מידת חסד כלפיו לצורך

עט ואתיקה  
עמ' 5-22

עט ומס  
עמ' 23-38

עט ופלילים  
עמ' 39-46

עט ומשפחה  
עמ' 47-54

9. "שובו מדרכו הרעה": (ראה: יעקב בזק, הענישה הפלילית, הוצאת דביר עמ' 151. וכן: בג"ץ 586/85 פלוניס נ. אלמוני פד"י מ (1) 483, 489 - חוות דעתו של השופט אלון)

ב. אספקט אחר, רואה בהשעיה על תנאי, סוג עונש משני, העומד בפני עצמו, שמטרתו איננה להשעות את העבריין מעיסוק בתפקידו. אין רואים בו כאחד שאינו ראוי לעסוק בתפקידו, אלא שהעבירה שעבר בליווי עבירותיו הקודמות, מעמידות את התורה בסיכון ממנו, שמה עלול הוא להזיק לה בעתיד. לפיכך משמש עונש זה כרמזור אדום בפניו, הגורם הרתעה ספציפית כלפיו מגלישה לביצוע עבירות נוספות. חששו ופחדו מפני העונש התלוי ועומד לביצוע כנגדו גורם לו להתנהג כראוי. (ראה: בג"ץ 586/85 הנ"ל עמ' 494, 495 - חוות דעתם של השופטים גולדברג ובך וכן: אהרון אנקר, מאסר על תנאי, הוצאת אוניברסיטת בר אילן עמ' 60 - לפי פרשנות השופט בך).

אופן ניסוחם של עונש ההשעיה על תנאי בחוק הלשכה, וכן עונש המאסר על תנאי בידי העונשין, וכן מיקומם בסדר הסעיפים מעידים, כי ההסתכלות עליהם הינה על פי האספקט הראשון, כדעת השופט אלון. אם כי בפועל, בתי המשפט ובתי הדין בהטילים עונשים אלו, מתייחסים אליהם יותר מבחינת מטרתם באספקט השני, דהיינו עונש הרתעתי ספציפי כלפי העבריין הצופה פני העתיד.

במאמר מוסגר יודגש שתכליות הענישה המשמעתית שונות במידת מה מן הענישה הפלילית (ראה: על"ע 3467/00 הועד המחוזי נ. צלטנר פד"י נ"ו (2) 895, 900). אך לעניין האספקטים דלעיל ניתן להקיש בין שני המישורים.

## הטלת השעיה על תנאי

9. הטלת עונש ההשעיה על תנאי תיבחן ביחס לאספקטים דלעיל. תחילה נבחן את האספקט המקל עם נאשם, והמתמיר מבחינת התנאים לצמצום הטלתו, דהיינו האספקט הראשון ונראה אימתי יוטל עונש זה.

למרות שמדובר בהשעיה על תנאי שאינה נכנסת לתוקף מייד, הרי דינה לענין בחינת עצם הטלתה, תהיה דומה לשיקולים המנחים הטלת עונש השעיה ממש. השיקול העיקרי בהטלתה, איננו שאלת מועד כניסתה לתוקף, אלא עצם קביעת עונש ההשעיה. עצמו, יש משום שלילת חופש העיסוק בניגוד לחוק היסוד וייעשה במידתיות ולתכליות ראיות. יתר על כן, בעצם ההשעיה מגולמת הצהרה על הרחקה מתחום מחנה עורכי הדין, ולו גם זמנית, הפוגעת בתדמית הנענש, במקצועו, ובפרנסתו לטווח רחוק מעבר לתקופת ההשעיה. כל אלה מביאים לכך, כי עונש מעין זה, יגזר רק במידה וזהו פתרון הכרחי, עקב אופי העבירה והעבריין בבחינת "וביערת הרע מקרבך".

מנקודת ראות זו יש לבחון, האם יש להרחיק את מצבע העבירה. התשובה על שאלה זו תהא, האם אופי העבירה ונסיבותיה, יש בה משום פגיעה באושיות מקצוע עריכת דין, ופגיעה בסמלים אותם הוא מייצג, דהיינו, "יושרה, אמינות, סודיות, מוסריות ושמירה על שילטון החוק". העבירות האתיות בכללותן, אינן רק במישורים אלו. ישנן עבירות אתיות המתבצעות בהסח הדעת, ולא בפגיעה בעקרונות הנקובים לעיל. לכן אין שום סיבה, שבמידה ונעברות עבירות אתיות, שאינן נכללות בתחומים לעיל, הענישה עליהן תהא בהשעיה. ענישה כבדה מדי על עבירות אתיות קלות, יוצרת זילות העונשים, וגורמת לתוצאה של חוסר צדק וחוסר אמון, במערכת המשמעית.

10. ניתן לומר, כי עונש השעיה יגזר, אם עורך הדין יעבור על אחת העבירות הפוגעות מהות מקצוע עריכת דין, או באבני היסוד שלו. בענין זה, ראשוניותה של העבירה איננה מהווה סיבה לקולא. לשם ההדגמה אמנה מספר עבירות:

- א. עו"ד המגלה סודות לקוחו מחוץ למשרדו - דינו השעיה.
- ב. עו"ד העובר עבירה פלילית שיש עמה קלון - דינו השעיה.
- ג. עו"ד המרמה / משקר את לקוחו - דינו השעיה.

ד. עו"ד השולח יד בכספי לקוחו - דינו השעיה.

ה. עו"ד המבזה ומגדף גופים חוקיים ממשלתיים - דינו השעיה.

ו. עו"ד המצהיר הצהרות כוזבות - דינו השעיה.

הדוגמאות אינן מהוות רשימה סגורה אך מבטאת את סוגי העבירות הפוגעים באושיות מקצוע עריכת דין. יתכנו מקרים, בהם עבירות אתיקה המתבצעות בהסח הדעת, יביאו לידי השעיית עורך דין. זאת במקרים בהם העבירות נשנות וריבויין הופך אותן לאיכותיות. הן מבטאות ומעידות על תכונתו השלילית של עורך הדין מלשמש במקצועו.

השופט מצא מתאר את מטרת ההשעיה ולענין זה (ראה: על"ע 3866 / 95 ע"ד שמואל ברזל נ' הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בתל-אביב-יפו [פדאור (לא פורסם) 98 (2) 563], עמוד 3)

11. הבחינה עד כה, היחה באספקט ענישה המתייחס להטלת השעיה על תנאי, כענישת השעיה ממש, אלא שהיא מותלית. אין הבחנה בשיקול המביא להטלתה לבין הטלת השעיה בפועל. כעת תהיה הבחינה מהאספקט האחר, כי השעיה על תנאי, הינה סוג אחר ומשני של השעיה, אשר איננו מהווה השעיה ממש.

השיקול העיקרי שבו, איננו האם ראוי עורך הדין המורשע בגין עבירתו להיות מחוץ לתחום המחנה לתקופה מסויימת עקב העבירה אותה עבר. אלא השיקול העיקרי הינו: האם קיים סיכון בעקבות מעשה העבירה של עוה"ד, כי עבירתו מבטאת גלישה לעבר מסוכנות מסויימת, העלולה להביאו לידי עבירות נוספות /או דומות, שיש בהם כדי לפגוע בחברה הכללית, דהיינו בציבור הלקוחות. או לפגוע בחברה עליה הוא נמנה, דהיינו ציבור עורכי הדין, על ידי פגיעה בתדמיתם ובסמלים הערכיים אותם הם מייצגים. אופן בחינה זה של העבירה והעבריין, נוטה יותר לחובת הנאשם ומחמירה עמו, עת באים לשקול את העונש לו הוא ראוי, דהיינו, האם יש להטיל עליו עונש השעיה על תנאי.

## סיכומם של שני האספקטים

א. השעיה על תנאי, נבחנת כהשעיה ממש, ומהווה גמול על אופי מעשה העבירה והרתעה כללית.

ב. השעיה על תנאי, מהווה גבול /סייג והרתעה ספציפית עתידית, כאשר אופי העבירה מאותת, כי הנאשם עלול לעבור עבירות נוספות ויש צורך בהטלתה.

## הטלת עונשי השעיה במקרה הנוכחי

12. במקרה הנוכחי יש להבחין בין שני הנאשמים כאשר באים לגזור את דינם וזאת מקובל גם על דעת ב"כ הקבילה ושני הסנגורים מי במפורש ומי ברמו.

נאשם 1 היה האחראי הישיר להתמחותה של המתמחה ופעילותו לענין העבירה היתה אקטיבית שהרי נתן אישור שאיננו אמת על התמחותה, מעבר לכך אחריותו המוסרית והערכתית ללימוד מקצוע עריכת דין את המתמחה הינה גבוהה כלפי המתמחה, כלפי ציבור עורכי הדין, וכלפי הציבור בכללותו ומשמש הוא לדוגמה עבור המתמחה כאשר היא לומדת ממנו כיצד "להשתמש" במקצוע. לענין זה לא משנה המניע למעשה זה בין עפ"י יוזמתו ובין לבקשת המתמחה, אם ביקשה. במעשהו היה משום הצהרה בלתי נכונה והצגת תמונה מעוותת.

לתמונה זו מתווספות עבירותיו הקודמות ולמרבה הצער, אף הן עוסקות בעניינים המכונים בשפה העממית כתרבות "קומבינות" /"כאילו" או בלשון המליצית של "הגשש החיזור" כ-"ישראלוף". דברים מעין אלו קשים לגילוי והדבר מוסיף להם נופך חמורה. אין בטענה כי אחרים עושים זאת משום נימוק לקולא או "הגנה מן הצדק" משום שהם לא נתפסו. אילו הוכח כי נתפסו ולא הועמדו לדין ניתן לטעון ל"הגנה מן הצדק" או לחלופין לקולת העונש.

ראוי להבדיל כי גם אילו היתה זו עבירה ראשונה הרי מן הראוי היה על פי הקריטריונים שמיינו לעיל להשית השעיה אף מבלי ליתן הזדמנות חסר נוספת עקב אופי העבירה ונסיבותיה. המסקנה הינה כי לגבי נאשם 1 אין מנוס אלא להשית עליו עונש השעיה בפועל. מעבר להשעיה בפועל, לאור עברו ואופי עבירותיו הקודמות, שאינן דומות בפרטים העובדתיים למקרה הנוכחי אך אופיין ורוחן דומה. לפיכך נידרש לנאשם 1 גם תמרוז אוהרה, לבל ישוב על עבירות מעין אלו, ולהטיל עליו גם עונש השעיה על תנאי.

יש לחזור ולצייין כי עונש השעיה על תנאי כמוהו כעונש מאסר על תנאי לצורך הקש. (ראה: יעקב קדמי, סדר דין פלילי מהדורת 1998 חלק שני עמ' 1041). תנאי הפעלת השעיה, שבית הדין רשאי להטיל אינם מוגבלים, אך באנלוגיה ממאסר על תנאי, ניתן לומר, שראוי לקבעם בהתאם לסיבובי העבירות שנעברו ע"י הנאשם. (ראה: אהרון אנקר, מאסר על תנאי, הוצאת אוניברסיטת בר אילן, עמ' 78.)

למרות זאת במקרה זה מאחר ולא ניתן לאפיין את העבירה הנוכחית בסימנים מובהקים, עקב היות מרכיביה העובדתיים נדיים ובלתי יישימים למקרים אחרים. יש להחיל התנאי על כל עבירות המשמעת למען ידעו הנאשמים להזהר ולהשמר.

13. ביחס לנאשם 2, מעשיו אכן גבוליים בכוונה הדבקה בהם, משום שאין מדובר במעשים אקטיביים מצידו, כי אם העסקת מתמחה כאשר הוא יודע כי היא צריכה להתמחות במקום אחר. היחסים ביניהם היו קרובים ביותר, ולכאורה בעיית יישום ההתמחות הינה יותר שלה מאשר שלו, אם כי אין למעט טופלית באחריותו, משום שלולא קיומו ואפשרות העסקתה על ידיו, אולי לא היתה העבירה נעברת כלל. לפיכך מיקום עבירתו מבחינת המחשבה שנתלוותה אליה אינה חדה וברורה כמעט ב"כ נאשם 2, ובצדק. היא לפחות יוצרת ספק כלשהו הפועל לטובתו בעת ענישתו. לנאשם 2 אף אין עבר משמעותי כלשהו, ועדיין מצוי בתחילת דרכו המקצועית. ניתן לראות כשלונו זה כמעידה חד פעמית של עו"ד מתחיל. לגבי נאשם 2 אם תוטל השעיה בפועל תהווה זו ענישה מחמירה. הכוונה הבלתי ברורה שנתלוותה לה והפסיביות שבביצועה אמורים לעמוד לימין נאשם 2. עם כל זאת אין להסתפק במקרה זה בנויפה ויש להטיל השעיה על תנאי לצורך הרחעה ספציפית וכללית על מנת למנוע מקרים אחרים של עבירות שיתוף פעולה בפעילות פסיבית.

## קנס/ הוצאות

14. ב"כ הקובל מבקש כי נשית על הנאשמים הוצאות לטובת הלשכה אם כי איננו טוען לקנס כנגד הנאשמים. הפסיקה המשמעתית לא תמיד מבחינה בין הוצאות הנפקקות כנגד נאשם לבין קנס המוטל על נאשם. מן הראוי לעשות הבחנה זו על מנת לשקול מה וכמה להטיל על הנאשם. התוצאה האופרטיבית של סכומי הקנס וההוצאות הנפקקות המפורטים בסעיפים 68 ו-69 לחוק לשכת עוה"ד תשכ"א-1961 הינה כי אלה ואלה מגיעים לאוצר הלשכה, אך השאלה הכלכלית אינה מענייניו של בית הדין.

השאלה המהותית העומדת בפני בית הדין, איננה מהו הסכום הכללי שיעבור מכיסו של הנאשם לאוצר הלשכה. הרכבו ואופן חילוקו חשובים שבעתיים. בית הדין המשמעותי איננו משמש כ"גובה" של הלשכה, כי אם כמחנך ומוכיח בשער. הרכב הסכומים ואופן חילוקם בליווי נימוקיהם מעבירים את המסרים הנכונים והנדרשים לנאשם, לעורכי הדין, ולכלל הציבור אליה מגיע גזר הדין.

כאשר בית הדין בא לגזור קנס על נאשם השיקול המרכזי האמור להנחות אותו הוא חומרת העבירה. אף טיבה של העבירה (לדוגמה: אם קשורה לנושא כספים) בה הורשע הנאשם יש לה השלכה על המסר האמור להיות מועבר לנאשם ולשאר הציבור בגזירת הקף העונש הכספי.

הטלת הוצאות על נאשם שהורשע צריכה להיות פסיקה שבשיגרה, שאלת הקפן היא השאלה שתעמוד לדין. הפטרו של הנאשם כלי, מחובת נשיאה בהוצאות תהווה פסיקה חריגה ומנומקת.

לסיכום: הטלת הקנס והקפו מבטאת את מהות העבירה וחומרתה. הטלת הוצאות צריכה להיות כדבר שבשיגרה, הקף ההוצאות יבטא את הקף הדיונים וניהולם. הפטר מהוצאות יהא חריג ומנומק. בפרוט הנימוקים יש לעשות את ההבחנה ביניהם על מנת להעביר מסרים שונים האחד ביחס להתנהגות כללית של עורכי דין והשניה ביחס להתנהגות עורכי הדין בניהול משפטם בפני בית הדין.

15. בהתחשב בעקרונות האמורים לעיל, אין ספק כי עצם מעבר המתמחה ממושרד נאשם 1 לנאשם 2 היה בו ערך כלכלי כלשהו לצדדים. נכון הדבר, שערכיו הכלכליים המספריים לא הוכחו אך בודאי שעצם מציאותם מוכחת מעצם המעבר וההעסקה. נקודה זו מחייבת הפלת קנס על שני הנאשמים. לענין סכום הקנס אף הוא יקבע על כל נאשם בהתאם לאחריותו לעבירה ומצבו הכלכלי כפי שבא לידי בטוי בפני בית הדין. הקנס האמור להיות מושט על נאשם 1 בנסיבות אלו הינו: 4000 ₪. לעומת זאת הקנס המושט על נאשם 2 הינו: 1000 ₪.

ביחס להוצאות ההתדיינות בתיק אין להבחין בין שני הנאשמים למרות מצבו הכלכלי הירוד של נאשם 2 וניתן לראות את מיכלול הוצאות ההתדיינות כמתחלקת בין שניהם ובהתאם למשך ההתדיינות וההוצאות הנילוות אליהן יהא זה "שביל הזהב" להטיל על כל נאשם תשלום הוצאות ללשכה בשיעור של: 1500 ₪.

## סיכום הענישה

16. לאחר בחינת הדברים לעומקם נראה לי כי העונשים להלן הם הראויים להיות מוטלים על הנאשמים.

לגבי נאשם 1

א. להטיל עונש השעיה של 24 חודשים, מתוכם 4 חודשים השעיה בפועל. 1-20 חודשים השעיה על תנאי, במידה ויעבור על כל עבירת משמעת וזאת במשך 3 שנים ממועד גזר הדין.

ב. להטיל עליו תשלום קנס בשיעור של 4000 ₪ לטובת לשכת עורכי הדין ועד מחוז ת"א אשר ישולמו תוך 45 יום ממועד גזר הדין.

ג. להטיל עליו תשלום הוצאות ללשכת עורכי הדין ועד מחוז ת"א בשיעור של - 1500 ₪ אשר ישולמו תוך 60 יום ממועד גזר הדין.

לגבי נאשם 2

א. להטיל עונש השעיה על תנאי של 8 חודשים אשר יופעל במידה ויעבור על כל עבירת משמעת וזאת במשך 3 שנים ממועד גזר הדין.

ב. להטיל עליו תשלום קנס בשיעור של : 1000- ₪ לטובת לשכת עורכי הדין ועד מחוז ת"א אשר ישולמו תוך 45 יום ממועד גזר הדין.

ג. להטיל עליו תשלום הוצאות ללשכת עורכי הדין ועד מחוז ת"א בשיעור של: 1500 ₪ אשר ישולמו תוך 60 יום ממועד גזר הדין.

הנאשמים הגישו ערעור על גזר דין זה לביה"ד הארצי.

(בד"מ 94/06)

עט ואתיקה  
עמ' 5-22

עט ומס  
עמ' 23-38

עט ופילי  
עמ' 39-46

עט ומשפחה  
עמ' 47-54



# עט ומס

גליון מס' 13 | סיון תשס"ח | יוני 2008

יוצא לאור ע"י ועד מחוז ת"א והמרכז של לשכת עורכי הדין | המערכת: דניאל פריש 10, ת"א 64731

## חברות וחברים יקרים,

אנו שמחים לחדש את המסורת של הוצאת עלון לענייני מס. אנו סבורים שהעלון נועד לשמש את כלל עורכי הדין ולא דווקא אלה העוסקים בתחום דיני המס. מתוך שכן העלון יכיל בתוכו תמצות של פסקי דין עקרוניים ותיקוני חקיקה שעורכי דין מתחומים שונים עשויים למצוא בהם עניין. בה בעת, אנו רואים בעלון זה מסגרת לדיון בסוגיות מורכבות יותר בתחום דיני המס. חשוב שקולם של ציבור עורכי הדין יישמע גם בנושאים אלה.

את הגיליון הנוכחי של "עט ומס" בחרנו לפתוח עם עיקרי פסק דינו החשוב של כבוד השופט **מגן אלטוביה** אשר התיר בניכוי הוצאות תשלום למטפלת/מעון/מועדונית וכו'. אין ספק כי פסק הדין מהווה אבן דרך חשובה (ייתכן אף יקו פרשת מים) בכל הנוגע להתרת הוצאות אשר עד כה גישה רשות המסים הייתה כי הינן הוצאות פרטיות מובהקות, למרות שבפועל אלו הוצאות אשר ללא הוצאתן לא ניתן לייצר הכנסה.

כמו כן, בגיליון מאמר בנושא מיסויין של עסקאות "ריפוי", מה הן, וכיצד מתכוון המחוקק לפטורן ממס. נוסף על האמור המשך סקירתו של עו"ד אריה ליבוביץ בנושא מיסוי הנאמנויות.

בברכת חברים,

צביקה קניגסבורג, עו"ד  
(משותף) ועדת מיסים

שי אהרונוביץ, עו"ד  
(משותף) ועדת מיסים

## מדור פסיקה

עמ"ה 1213/04 ורד פריני פ"ש גוש דן

המערערת הינה עורכת דין בעלת משרד עצמאי. בדו"חות אשר הגישה לשנת המס 2001-1999 דרשה בהוצאה לפי סעיף 17 לפקודת מס הכנסה, את התשלומים ששילמה עבור מעון יום ומועדונית בהם שהו ילדיה בשעות היום.

פקיד השומה סירב להתיר את ההוצאה, זאת ממספר טעמים אשר העיקרי שבהם הינו כי המדובר בהוצאה בעלת אופי פרטי ולא עסקי והוזה ידוע כי הוצאות פרטיות אינן ניתנות לניכוי מההכנסה החייבת. פקיד השומה הוסיף וטען כי גם אם אין המדובר בהוצאה פרטית אזי סעיף 17 רישא מתיר הוצאה כאשר משתלבת בהליך יצור ההכנסה של הנישום, אולם (וגם אם תתקבל הטענה כי אין המדובר בהוצאה פרטית) אזי המדובר בהוצאה עסקית מקדמית אשר מאפשרת את התחלת הליך יצור ההכנסה וכזאת אינה מותרת בניכוי לפי סעיף 17 לפקודה.

הנישומה טענה כי המדובר בהוצאה המשתלבת בהליך ייצור ההכנסה באופן מובהק, שכן על מנת לייצר את הכנסתה עליה לדאוג לשמירה על ילדיה שאלמלא כן תאלץ להישאר עם ילדיה ובכך תימנע ממנה האפשרות לייצור הכנסה.

יש לציין כי הנישומה לא דרשה את מלוא הוצאות המעון והמועדונית אלא הפרידה בין החלק בתשלום המשתלם עבור פעילויות העשרה לבין התשלום המשתלם עבור השמרטפות גרידא.

השופט מגן אלטוביה קיבל את ערעורה של הנישומה וקבע כי ההוצאות האמורות יותרו לגבי החלק בתשלום המבטא את התשלום בגין השמרטפות ולא בגין העשרה או ארוחות שמקבל הילד. כאשר לא מפורטים הסכומים בגין כל רכיב קבע השופט כי במקרה בו התשלום אינו כולל ארוחות יותר בניכוי 2/3 ממנו ובמידה והתשלום כולל ארוחות יותר מחציית מהתשלום.

לאור הפן התקדימי ראוי לציין (בקצרה) את נימוקי ביהמ"ש:

1. ביהמ"ש מקבל את הטענה כי המדובר בהוצאה לשם ייצור הכנסה, שכן אלמלא יושארו הילדים במסגרת של שמרמפות לא יוכל ההורה לייצר הכנסה שכן יאלץ לשמור על הילדים בשעות אלו.
2. השופט דוחה את טענת פקיד השומה כי המדובר בהוצאה מקדמית להליך ייצור ההכנסה, השופט קובע כי המדובר בהוצאה המשתלבת בהליך ייצור ההכנסה (כפי שהוצאות שימוש במזגן במפעל מותרות בניכוי).
3. גם את הטענה כי המחוקק בחר לסייע לאמהות עובדות בצורה של מתן נקודות זיכוי, תחת התרת ההוצאות האמורות דוחה השופט, שכן לדבריו אין כל אסמכתא לטענה האמורה ולא ניתן להראות כי נקודות הניכוי ניתנו חלף התרת ההוצאות.

ראוי לציין כי השופט אלטוביה לא הגביל את הניכוי כך שרק האם רשאית לדרוש את ההוצאה בניכוי ולכן אין מניעה, לכאורה, כי גם האב ידרוש חלק מההוצאה. כמו כן יש לזכור כי גם מי שמשתכרים כשכירים רשאים לדרוש הוצאה אשר שימשה אותם בייצור ההכנסה.

רשות המסים הודיעה מייד עם היוודע תוצאותיו של פסק הדין כי בכוונתה להגיש ערעור לביהמ"ש העליון וכי אין בכוונתה להשיב מס בשלב זה למי שיגישו דו"חות בהם יבקשו לנכות את ההוצאות האמורות.

**ע"א 3501/05 פ"ש י-ם 1 נגד בנק יהב לעובדי המדינה בע"מ**

בסוף חודש נובמבר ניתן בביהמ"ש העליון פסק דין בסוגיית התרת ניכוי הוצאות לימודים לתואר אקדמי, כהוצאה מוכרת בהתאם לסעיף 17 לפקודת מס הכנסה.

פסק הדין שם קץ לחוסר הבהירות אשר נוצרה בנושא עקב שלושה פסקי דין סותרים אשר ניתנו ע"י בתי המשפט המחוזיים. יש לציין כי בכל מקרה סוגיית התרת ההוצאה בניכוי הייתה רלוונטית רק לגבי מי שדרש את ההוצאות האמורות לפני שנת המס 2006, שכן בתחילת 2006 תוקנה פקודת מס הכנסה והתווסף סעיף 32(15) האוסר באופן מפורש התרת הוצאות בגין לימודי תואר אקדמי או מקצוע, ומאפשר דרישת הניכוי רק בשל הוצאות השתלמות המהווה "שמירה על הקיים".

ביהמ"ש העליון נדרש לסוגייה בעקבות ערעורו של פקיד השומה בעקבות פס"ד אשר ניתן בביהמ"ש המחוזי בירושלים אשר התיר את ההוצאה (למעשה התיר את ההוצאה אצל המעביד ולא זקף זאת כהכנסה אצל העובד).

ביהמ"ש העליון מקבל את ערעורו של פקיד השומה וקובע כי רכישת תואר אקדמי או מקצוע חדש מהווים רכישת "עץ" המפיק לבעליו הכנסה, משכך המדובר בהוצאה שהינה בגדר שיפור מתמיד וכזאת אין אפשרות לנכותה כהוצאה פירוטית.

**ע"א 8138/06 סלון מרכזי למכונות כביסה וטלויזיה בבית על אל בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין ת"א**

בפני ביהמ"ש העליון נדון ערעור על החלטת ועדת הערר לפיה למעוררת לא הותרו בניכוי ממס השבח בגין מכירת מקרקעין בבעלותה תשלומים ששילמה בגין חובות מס רכוש שנצברו לה במשך השנים. המערערת דיווחה לפקיד השומה לפי שיטת דיווח על בסיס מזומן ולכן היות ולא שילמה את מס הרכוש בשנים בהם התחייבה בו (אלא רק סמוך למכירת המקרקעין) ככל הנראה לא דרש את הסכום בניכוי. עם זאת ועדת הערר קיבלה את טענת מנהל מיסוי מקרקעין וקבע כי במידה והייתה משלמת את מס הרכוש במועד הייתה זכאית לנכותו מהכנסותיה ולדרוש את ההוצאה במס הכנסה, לפיכך ולאור לשונו של סעיף 39 רישא (הסכומים שיתרו בניכוי כהוצאה יתורו רק במידה ולא נדרשו ולא יכלו להידרש במס הכנסה) לא התירה הוועדה את ההוצאה בניכוי.

ביהמ"ש העליון קיבל את ערעורה של הנישומה וקבע כי היות ומוסכם גם על מנהל מיסוי מקרקעין כי הנישומה דיווחה לפקיד השומה לפי שיטת דיווח במזומן הרי שגם אם רצתה לא יכלה לדרוש את ההוצאה בניכוי (שכן לא שילמה את מס הרכוש במועד) ולכן יש להתיר את ההוצאה בניכוי בשומת מס השבח.

בנוסף להחלטה הספציפית ראוי להידרש לנימוקי ביהמ"ש אשר קובע כי תכלית ההוראה בסעיף 39 לפקודה הקובעת כי לא יותר בניכוי מהשבח סכום אשר יכל להידרש בניכוי במס הכנסה, תכליתו מניעת ניכוי כפל, ברם, מקום בו הוכח למנהל מיסוי מקרקעין כי הנישום לא דרש את ההוצאה במס הכנסה, אזי סירוב לתת את ההוצאה במס שבח מהווה פגיעה קשה בנישום ופגיעה בתכלית החקיקה המבקשת למסות את הנישום מס אמת על רווחיו האמיתיים מהעסקה.

**בש"א 5663/07 ינקו וייס אחזקות נ' פ"ש חולון**

במהלך ערעורה של חב' ינקו וייס אחזקות נדרש ביהמ"ש לטענתה המערערת לפיה פקיד השומה אינו רשאי לעשות שימוש בכלים האנפני תכנוניים המוקנים לו בדיון הפנימי ובעיקר בהעלאת טענת מלאכותיות מכוח סעיף 86 לפקודת מס הכנסה, מקום בו סבור פ"ש כי נישום ניצל לרעה הוראות אמנה למניעת כפל מס שנחתמה ואושררה בין ישראל ומדינה אחרת בפרט כאשר אותה אמנה אינה מכילה בחובה הוראה אנפני תכנונית.

ביהמ"ש המחוזי אינו מקבל את טענת המערערת וקובע כי אמנת מס נועדה ליצור מצב שבו נישום, החשוף להפלת מס של שתי מדינות, לא ייחשף לתשלום כפל מס. אמנות מס לא נועדו ולא יכולה להישמע כי הייתה כוונה כזו, בין אם כוללות הן הוראה מפורשת ובין אם לאו, כי יעשה בהן שימוש שלא בתום לב ובדרך מקובלת או כי יעשה בהן שימוש העולה כדי ניצולן לרעה או ניצולן ההוראות הקבועות בהן וההתבטות שהן מעניקות לרעה.

**ו"ע 9071/04, אלומות מ.ס. הנדסה בע"מ נ' מנהל מיסוי מקרקעין.**

משטר המס שחל על נכסי מקרקעין מובחן מזה שחל על נכסי הון אחרים, בין היתר, בשל קיומו של מס רכישה. מס רכישה מוטל על רכישת מקרקעין אך אינו מוטל על רכישת נכסי הון אחרים. הואיל ומס רכישה נגזר משווי המקרקעין הנרכשים לנישום יש עניין להקטין את שווי זה. אחד מהביטויים לניסיונות הללו הוא פיצול עסקת רכש של דירות מגורים לשתי עסקאות: עסקת רכישת מקרקעין ולצדה עסקת רכישת שירותי בנייה. פיצול העסקה בדרך זו טומן בחובו חיוב במס רכישה על מרכיב הקרקע בלבד. להבדיל, אם עניין לנו בעסקה אחת לרכישת מבנה הרי שזו פוטנת בחובה חיוב במס רכישה הן על מרכיב הקרקע והן על מרכיב שירותי הבנייה והרווח הזימי. נציין שיש לסייג את הדברים ככל שעניין לנו ברכישת דירת מגורים. במקרה האחרון, אומנם גדל שווי העסקה בשל מרכיב שירותי הבנייה והרווח הזימי אך שיעור המס נמוך יותר, בהיתן שיעורי המס המדורגים שחלים ברכישת דירת מגורים. אמור מעתה, ככל שערכו של מרכיב שירותי הבנייה והזימות גבוה יותר כך יש לנישום עניין לפצל את העסקה למרכיביה הכלכליים. בפס"ד בעניין אלומות התקשרו הרוכשים בהסכמים נפרדים לרכישת קרקע ולהזמנת שרותי בנייה. הרוכשים אף ביקשו להיבנות מהעובדה שהם אלה שהתקשרו בהסכם רכישת המקרקעין עם בעל הקרקע המקורי. בית המשפט קבע כי לאור היקף הכוח והסמכויות שהיו מסורים בידי הקבלן ומעורבותו ברכישת המגרש, בתוכניות ואף במתן ערבויות הרי שפעילותו של הקבלן חורגת מזו של קבלן מבצע. לפיכך, אין במיחוח המשלם עבור המגרש (הרוכשים) כדי לנתק בין שלב רכישת המקרקעין לבין בניית הדירות. לפיכך, יש לשלב בין שתי העסקאות ולהשקיף על הרכישים כמי שהתקשרו בעסקה אחת לרכישת נכס בני. להלכה, עניין לנו אפוא בשתי עסקאות מכר - האחת - מכירת הקרקע מבעל הקרקע המקורי לקבלן, והאחרת - מכירת דירות גמורות מהקבלן לרוכשי הדירות.

עט ואתיקה  
עמ' 22-5

עט ומס  
עמ' 38-23

עט ופיליזם  
עמ' 46-39

עט ומשפחה  
עמ' 54-47

**עמ"ה 1017/06 שרל שבמון נ' פ"ש ת"א 5**

המערער פרש לגמלאות וקיבל מענק פרישה ממעבידו בסך של כ-3.6 מליון ש. מאז שנת 93 הוכר המערער כנכה 100%. המערער ביקש מפ"ש לפרוס את סכום המענק לשש שנים עתידיות זאת בהתאם לסעיף 8(ג) לפקודה. בד-בבד טען כי בגין כל שנת פרישה מגיע לו פטור בהתאם לסעיף 9(א) לפקודה המעניק פטור של כחצי מליון ש על הכנסה מיגיעה אישית.

פ"ש טען כי הפרישה הינה אקט טכני בלבד ולא מהותי ולכן אין מקום לתת את הפטור גם על השנים שהפיצו נפרס עליהן.

ביהמ"ש המחוזי קבע כי פיצויי פרישה מהווה פיצוי פירותי ולא הוני. מאחר והמחוקק בחר לאפשר פרישה לנישום על מנת להקל עליו ולהעניק לו את שיעורי המס הפרוגרסיביים, אין סיבה שלא לתת גם את ההקלה לפי סעיף 9(5) לפקודה.

יש לציין כי רשות המיסים מתכוונת להגיש ערעור על ביהמ"ש המחוזי לביהמ"ש העליון.

**ע"ש 1039/05 ב.ח. כרפיס דדו בע"מ נ' מנהל מע"מ**

על פי חוק התכנון והבנייה ניתן לבצע הפקעה בשני שלבים: בשלב הראשון יש לקבוע בתכנית כי ייעודה של הקרקע שונה לייעוד ציבורי, ורק בשלב השני ניתן להפקיע את הקרקע. ההליך הדו שלבי יוצר שתי עילות תביעות שונות כנגד הרשות: האחת, תביעה לפיצויים בגין פגיעה במקרקעין לפי סעיף 197 בשל הנזק שהתוכנית גרמה למקרקעין על שום שהפכה אותם לייעוד ציבורי. השנייה, תביעה בגין הפקעת הקרקע בעת לקיחתה. במישור דיני המס, חוק מס ערך מוסף מטיל מס על עסקה, שמוגדרת, בין היתר, כמכירת נכס. ככלל פעולת מכר משמעותה העברה רצונית של בעלות בנכס בתמורה. עם זאת, המחוקק רצה לתפוס גם פעולות משפטיות בלתי רצונית מסוימות בגדר חוק מע"מ וכלל בהגדרת "מכר" גם "הפקעה, חילוט או החרמה". הואיל ומימושים בלתי רצוניים אחרים, כדוגמת פיצוי בגין מעשה נזק, אינם כלולים בהגדרה זו, על פי התפיסה הרווחת הם אינם בגדר "מכר". בעניין כרפיס דדו עמדת הנישום הייתה שיש להשקיף על שני השלבים הברוכים במעשה ההפקעה כעל שתי עסקאות נפרדות לצורכי מס: פיצוי בגין תוכנית פוגעת ופיצוי בגין הפקעה. כפועל יוצא העסקה הראשונה אינה נופלת להגדרת "מכר" בחוק, בין היתר, מהטעמים שעמדנו עליהם לעיל. בית המשפט דחה את עמדת הנישום וקבע כי שני השלבים האמורים אינם אלא עסקת מכירה אחת המתבצעת בשלבים. תחילתה של המכירה באישורה של תוכנית וסופה בלקיחת המקרקעין. לפיכך, שני התקבולים הם בגדר תמורה בגין מכירת נכס וככאלה חייבים במס ערך מוסף.

**מדור חקיקה**

**מס הכנסה**

**• תיקון 156 לפקודת מס הכנסה (תיקון עקיף בחוק זכויות הסטודנט, התשס"ז-2007)** אשר פורסם ביום 7.6.07 קובע כי בהמשך לתיקון 147 לפקודה בו התווסף סעיף 40 אשר קבע כי תינתן למי שסיים תואר אקדמי החל משנת 2005 ואילך חצי נקודת זיכוי (1,068 ש לשנה) לפי מספר שנות לימודיו (עד שלוש שנים למסיימי תואר ראשון, שנתיים למסיימי תואר שני), איז בתיקון הנוכחי הורחבה ההטבה כך שבמקום חצי נקודת זיכוי לשנה תינתן נקודת זיכוי לכל שנת לימודים (החל מהשנה שלאחר סיום הלימודים). שווי ההטבה הינו 2,136 ש לשנה. יצוין כי ההטבה ניתנת החל מהשנה שלאחר השנה בה היה זכאי הסטודנט לתואר.

להלן טבלה המסכמת את נקודות הזיכוי הניתנות (רלוונטיות למי שסיים תואר החל משנת 2007):

בוגר תואר ראשון	בוגר תואר שני	בוגר תואר שלישי ברפואה או רפואת שיניים	לימודי מקצוע (לימוד מקצוע בהיקף של 1,700 שעות לימוד)
1	0.5	1 נקודת זיכוי למשך 3 שנים ו-0.5 נקודת זיכוי למשך שנתיים	0.5
3	2	5 שנים סה"כ	3

\* בחוק ההסדרים לשנת 2008 בוטל חוק מס מעסיקים, התשל"ה-1975. כזכור החוק הטיל מס של 4% על משכורות ששילם חבר בני אדם שהינו בגדר "מוסד ציבורי" (בהתאם לסעיף 9(2) לפקודה) או מלכ"ר [דבר שייקר את עלות השכר בגופים אלו]. לאור האמור החל מיום 1.1.08 לא מוטל יותר מס מעסיקים.

**מיסוי מקרקעין**

\* ביום 31.10.08 עבר בכנסת תיקון מס' 59 לחוק מיסוי מקרקעין (שבת, מכירה ורכישה), תשכ"ג-1963. התיקון מקטין את שיעור מה הרכישה החל על דירת מגורים יחידה.

ע"פ התיקון מדרגות הפטור ממס רכישה לגבי רכישת דירה יחידה (בהתאם להגדרה בסעיף 9 לחוק מיסוי מקרקעין) יורחבו והמדרגה הראשונה תהפוך ל-0% (המדרגות החדשות חלות על מי שרכש דירת מגורים יחידה החל מיום 1.8.07).

המדרגות החדשות החלות בעת רכישת דירת מגורים יחידה הם:

מדרגה ראשונה - מהשקל הראשון ועד 907,700 ש - 0%

מדרגה שנה - מ-907,700 ש ועד לסך של 1,275,690 ש - 3.5%

מדרגה שלישית - מ-1,275,690 ש ואילך - 5%

יש להדגיש כי מדרגות מס הרכישה כאשר המדובר בדירה שאינה דירתו היחידה של הרוכש נשארו כשהיו (עד 772,710 ש - 3.5% ומעל לסכום זה 5%).

\* תיקון מס' 60 לחוק מיסוי מקרקעין אשר פורסם ביום 18.2.08 מבטל למעשה את שיעורי המס ההיסטוריים, כידוע, ע"פ חוק מיסוי מקרקעין מוכר של זכות במקרקעין / זכות באיגוד מקרקעין אשר רכש את המקרקעין עד ליום 1.4.61. זכאי לשלם מס על השבח בשיעור של החל מ-12 אחוז (למי שרכש את המקרקעין הנמכרים עד וכולל לשנת 1948) ועד לשיעור של 24%.

בתיקון 56 לחוק מיסוי מקרקעין (תחולה מיום 1.1.07) נקבע כי כאשר המוכרת הינה חברה שהכנסתה מעסק או יחיד שקיבל את הקרקע כתוצאה מפירוקה של חברה שהכנסתה מעסק יתווסף לשיעור המס ההיסטורי 1% לכל שנת מס (עד לשיעור של 25%/20%).

בתיקון מס' 60 לחוק נקבע כי גם לגבי יתר המוכרים יבוטלו בהדרגה שיעורי המס ההיסטוריים, כאשר בשנת 2011

עמ' ואתיקה  
5-22

עמ' ומס  
23-38

עמ' ופיליזם  
39-46

עמ' ומשפחה  
47-54

יתווסף 1%, בשנת 2012 והחל משנת 2013 ואילך יתווספו 2% לכל שנה עד לתקרה של 20%/25%), זאת ללא קשר לזהות המוכר, כך שבפועל תוך מספר שנים יבוטל, למעשה, שיעור המס ההיסטורי על מקרקעין.

• תיקון מס' 61 לחוק מיסוי מקרקעין שפורסם ביום 18.2.08 ביטל למעשה את מס המכירה. כזכור, מס המכירה הוטל מייד עם ביטולו של מס הרכוש בתחילת שנת 2000, במתכונתו המקורית הוטל מס מכירה בשיעור של 2.5% בגין מכירת זכות במקרקעין או זכות באגוד מקרקעין (המס הוטל על שווי המכירה) ובשיעור של 0.8% בגין מכירת דירת מגורים ע"י קבלן, מכירת דירת מגורים (שלא ע"י מי שהדירה הייתה בידו מלאי עסקי) הופטרה מהמס.

בתיקון מס' 50 לחוק אשר חל מ"המועד הקובע" - 7.11.01, נקבע כי מס המכירה יגבה רק ממי שרכש את המקרקעין הנמכרים לפני ה-7.11.01, משמע, מוכר אשר רכש את המקרקעין הנמכרים לאחר ה-7.11.01 לא חויב במס האמור. כמו כן נקבע בתיקון כי מס המכירה יותר בניכוי מהשבח.

ע"פ תיקון החוק מבטול החיוב במס מכירה, גם לגבי מי שרכש את המקרקעין לפני ה-7.11.01, זאת לגבי מי שמכר את המקרקעין החל מיום 1.8.07 ואילך.

לאור האמור מי שמכר מקרקעין (שנרכשו לפני ה-7.11.01) לפני ה-1.8.07 חייב במס מכירה.

כמו כן מתקן תיקון 61 את שמו של החוק והחל מיום 18.2.08 שמו של החוק הינו: חוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה), תשכ"ג-1963.

**שי אהרונוביץ, עו"ד, יו"ר (משותף) ועדת מיסים.**

**מדור מאמרים**

**בשולי הפסיקה והחקיקה.**

**גישה אינטגרטיבית בדיני מיסים - בעקבות פסה"ד בעניין אלומות.**

במסגרת מדור הפסיקה עמדנו של שני פסקי דין: פסה"ד בעניין **אלומות** ופסה"ד בעניין **כרפס דדו**. בפסה"ד בעניין אלומות נדון עניינם של נישומים שביקשו להקטין את החבות במס רכישה הכרוך בעסקה שעניינה רכישת מבנה בדרך של פיצולה לשתי עסקאות: האחת רכישת מקרקעין שמומנת בחובה חיוב במס רכישה והשנייה, קבלת שירותי בנייה שאינה חייבת במס רכישה. פיצול העסקה בדרך מקטין את שווייה של עסקת המקרקעין לשווי מרכיב הקרקע בלבד. לעומת זאת, אם עניין לנו בעסקה אחת לרכישת מבנה הרי שזו מומנת בחובה חיוב במס רכישה הן על מרכיב הקרקע והן על מרכיב שירותי הבנייה והרווח היומי. בפסה"ד בעניין כרפס דדו קבע בית המשפט כי לעניין חוק מע"מ שני שלבי ההפקעה אינם אלא עסקת מכירה אחת המתבצעת בשלבים. אם נניח בצד את עובדות פסקי הדין ונבחן את התפיסה העומדת ביסוד ההנמקה של בתי המשפט נראה כי אלה נקטו בגישה אינטגרטיבית לפיה יש לאחד שתי עסקאות הנחוצות כשנות (הסכם שירותי הבנייה והסכם רכישת הקרקע) לעסקה כלכלית אחת העומדת מאחוריהן ("הגישה האינטגרטיבית"). נראה לנו כי גישה זו עשויה לטמון בחובה שינוי קונספטואלי במשטר המס הישראלי. על משמעותיה מרחיקות הלכת והקשיים התיאורטיים שבה, ועל בייטויים נוספים שלה, נבקש ללמוד מיישומה בשוק ההון על הנגזרות הפיננסיות שבו.

נניח שראובן רכש מניה עבור 80 ש. לאחר זמן מה עלה ערכה של המניה, וראובן התקשר בעסקאות הבאות: ראובן רכש אופציית מכר על פי תנאיה הוא רשאי למכור את מניה עבור 100 ש ומכר (כתב) אופציית רכש על פי תנאיה הוא מחויב למכור את המניה בעבור 120 ש אם רוכש האופציה יחפוץ בכך. הלכה למעשה, ראובן אינו חשוף עוד לסיכון שבקטיון בערכה של המניה ואף לא לסיכוי שבעליית ערכה. הסיכון שבידידת מחירה של המניה מתחת ל 100 ש"ח

ממנו והלאה מפני שיש בידו למוכרה במחיר זה. כך גם אינו נהנה עוד מהסיכוי שבעליית ערכה מעבר ל 120 ש מפני שחזקה על אוזו אופציית הרכש שייקש לממש את האופציה שברשותו במצב עניינים זה.

מה הנפקות לצורכי מס של התקשרות בסדרת עסקאות אלה? במספר פסקי דין בתחום דיני המס ראה בית המשפט במשתנים הללו (הסיכוי לרווחים והסיכון להפסדים) משום אינדיקציה לבעלות על הנכס. ומשכך אם הסיט בעל הנכס את הסיכון והסיכוי לעברו של אחר כמוהו כמי שמכר את הנכס לצורכי מס. כך, למשל, נהג בית המשפט בעסקאות מימון לרכישת מקרקעין כשסיווג אותן לצורכי מס כעסקאות רכישה.

לעניינו של ראובן, נראה כי תוצאות המס הגלומות בפעילותו ייגורו מהגישה שיש לנקוט ביחס לפעילות זו: פרטנית או אינטגרטיבית: לו היינו משקיפים על עסקאותיו של הנישום באופן פרטני כך שכל עסקה תיבחן לגופה, הרי שלא התגבש כל אירוע מס. הנישום לא מכר את המניה שבידו ואף לעסקאות האופציה אין כל נפקות לצורכי מס בשלב ההתקשרות. אומנם כתיבת אופציית הרכש כרוכה בתזרים מזומנים לראובן. אלא שעל פי הסדר המס שחל על אופציות יש להתעלם מהתקבול עד למועד מימוש האופציה או פקיעתה. לעומת זאת, אם ננקוט בגישה האינטגרטיבית ראוי שנסיט עיננו מהעסקאות הספציפיות, ננסע אחורה ונבחן את מכלול העסקאות כמקשה אחת לצורכי מס. גישה שכזו עשויה להוביל למסקנה שראובן מכר את המניה שברשותו על כל המשתמע מכך לצורכי מס.

ברי אפוא שיש נפקות לצורכי מס בגישה האינטגרטיבית.

בהקשר זה ראוי לעמוד על ביטוי נוסף ומעניין לגישה זו מצידן של רשויות המס. הדברים אמורים בהוראות סעיף 102 לפקודת מס הכנסה שמסדירות את תוצאות המס של הענקת אופציות או מניות לעובדים. בתמצית, הנפקת אופציות או מניות לעובד על פי הוראות סעיף 102 לפקודה מאפשרת לעובד ליהנות מדחיית מועד אירוע המס עד לשלב מכירת המניות או קבלתן מהנאמן, ובתנאים מסוימים אף להחיל על ההכנסה שיעור מס מופחת. אלא שהזכאות ליהנות מהסדר המס מותנית, בין היתר, בכך שהאופציות או המניות לא נמסרו לידי העובד אלא הופקדו בידי נאמן לפרק זמן מסוים. עובדים מצאו עצמם חשופים אפוא לשינויים בערכו של נייר הערך שהוקצה להם, במהלך התקופה שנייר הערך הופקד בידי הנאמן. כדי לחמוק מעונשה של גזירה זו היו שהתקשרו בעסקאות אופציה כשניירות הערך שהופקדו בידי הנאמן שימשו כנכס הבסיס. במסגרת עסקאות אלה העבירו העובדים את הסיכונים והסיכויים הכרוכים בבעלות על נייר הערך שהופקד בידי הנאמן באמצעות שימוש באסטרטגיית "קולר" (collar), תוך שימוש ב"רצפה" ו"תקרה" לשם הגבלת תשלומים בצד התחייבויות. בדומה לאופן שבו נהג ראובן בדוגמה שהוצגה לעיל. לחילופין, היו שהתקשרו בעסקאות אופציית מכר בלבד על פי תנאיה הם רשאים למכור לכותב האופציה את נייר הערך במחיר מוסכם ובתקופת זמן מוסכמת. כפועל יוצא העובד לא היה חשוף עוד לסיכון שעניינו קיטון בערכו של נייר הערך (בכפוף לסיכון שכותב האופציה לא יעמוד בהתחייבויותיו). למיטב ידיעתנו, רשות המיסים לא נאלמה דום לנוכח תופעה זו ומענה כי נישום שנהג כך לא עמד בתנאי סעיף 102 לפקודה. הבסיס הנורמטיבי לכך הוא סעיף 7 (א) **לכללי מס הכנסה (הקלות מס הקצאת מניות לעובדים), התשס"ג-2003** שקובע בזה הלשון:

**"הנאמן לא יעשה כל עסקה או פעולה במניות, לא יעביר אותן, יחזה אותן, ימסור אותן, יקבל אותן או ישעבד אותן מרצון ואל ייתן בשלהן ייפוי כוח או כתב העברה, בין אם תוקפם מייד ובין אם תוקפם בתאריך עתיד".** לשיטת רשות המיסים, העולה מהוראות הסעיף הוא שאם, במהלך התקופה שנייר הערך הופקד בידי נאמן, התקשר באופציית מכר על נייר הערך שמקנה על פי תנאיה הוא רשאי למכור את נייר הערך במחיר מוסכם, כמוהו כמי שמכר את נייר הערך בתקופת ההגבלה וממילא לא התקיימו הוראותיו של סעיף 102 לפקודה. במסגרת רשימה זו לא נדון בתקופת המימוש של רשויות המס ואם לשון החוק אכן תומכת בעמדה זו אם לאו. עם זאת, לעניינו נראה כי מדובר בביטוי לחלחולה של הגישה האינטגרטיבית למערכת המס הישראלית, כך שיש לבחון לצורכי מס את מכלול עסקאותיו של הנישום ולא כל עסקה לגופה. כמובן שאלה היא אם מדובר בסנונית ראשונה של מהפכה

עט ואחיקה  
עמ' 22-5

עט ומס  
עמ' 38-23

עט ופיליזם  
עמ' 46-39

עט ומשפחה  
עמ' 54-47

מחשבתית מצד רשויות המס או בהתמודדות נקודתית ללא השלכות רוחב. עם זאת, מעניין לציין כי גם בהנחה שהגישה האינטגרטיבית היא הגישה הראויה עולה שאלה אם עמדת רשויות המס, ככל שזו אכן עמדתה, אינה יישום קיצוני של גישה זו. ככלות הכול, גם אם נצמצם את מאפייני הבעלות בנכס לצורכי מס לסיכון ולסיכוי (עניין שאינו מובן מאליו) הרי שנישום שהתקשר באופציית מכר עדיין נהנה מהסיכוי שטמון בגידול בערכו של נכס הבסיס (נייר הערך שהופקד בידי הנאמן).

דוגמא נוספת. נניח כי ראובן רוכש מניה של חברה מסוימת ("המניה") בסכום של 100 ₪ ומתקשר בעסקת החלפה עם שמעון. על פי תנאיה של עסקת חוזה ההחלפה ראובן ישלם לצד האחר תשלומים שמבוססים על עליית ערכה של המניה לרבות דיבידנדים שמשלמים על המניה. ואילו שמעון ישלם תשלומים שמבוססים על ירידת הערך של המניה. רעיוני של 100 ₪ (רעיוני במובן זה שסכום הקרן לא שולם לשמעון) בתוספת תשלום שיבוסס על הקיטון בערכה של המניה. מבחינה כלכלית תזרימי המזומנים של העסקה שקולים לאלה שבעסקת הלוואה ועסקת רכישה מניה. מצבו של שמעון שקול מבחינה כלכלית לנישום שנטל הלוואה בשיעור 100 ₪ שנושאת ריבית ליבור ובכספי הלוואה רכש מראובן מניה. בהתאמה, מצבו של ראובן שקול מבחינה כלכלית לנישום שמכר את המניה שבידו והלווה את כספי התמורה לשמעון. גם כאן, תוצאות המס ייגזרו מהגישה שראוי לנקוט בה. לכאורה על פי הגישה האינטגרטיבית יש לשלב לצורכי מס את עסקת חוזה ההחלפה עם עסקת רכישה המניה ומכאן שהלה מכר את המניה שברשותו על כל המשמע מכוך.

אלא שגישה אינטגרטיבית זו עשויה לפמוח בחובה קשיים עיוניים ומעשיים. נעמוד על חלק מהם בקצרה.

**ראשית**, השלכותיה של הגישה האינטגרטיבית משתרעות מעבר לשאלה אם ראובן מכר את המניה שברשותו אם לאו. דיני המס מייחסים לסוגיית הבעלות בנכס השלכות נוספות לצורכי מס שחורגות מעניין זיהוי אירוע המימוש. כך למשל, בהנחה והמתקשרים בחוזה ההחלפה אינם יחידים אלא חברות. עולה שאלה אם ראובן בע"מ ימשיך ליהנות מהפטור ממס לדיבידנד בין חברתי או שזכות זו מוקנית כעת לשמעון בע"מ. מוסד הפחת מציב גם הוא קושי עיוני ומעשי. האם הנישום שממשיך לאחוז באופן פורמאלי את הנכס זכאי להמשיך לדרוש ניכוי פחת בגינו? ייתכן שלגישה האינטגרטיבית גוונים שונים. אפשר שהיא מוחלטת ואפשר שהיא יחסית, במובן זה שלצרכים מסוימים (לדוג' פחת) הבעלים הפורמאלי בנכס הוא הבעלים לצורכי מס ולצרכים אחרים (אירוע מס) הוא אינו עוד. כך או כך, נראה כי העניין מצריך הכרעה עקרונית.

**שנית**, הגישה האינטגרטיבית מניחה זיהוי של מספר עסקאות משנה שמובילות ליעד כלכלי מסוים, וראייתן כעסקה אחת לצורכי מס. בעסקאות שהתגלגלו לפתחו של בית המשפט כדוגמת עסקת רכישה מקרקעין ששלובה, הן על פני ציר הזמן והן מבחינה חוזית, בעסקה לקבלת שירותי בנייה אין במלאכת זיהוי היעד הכלכלי והעסקאות הרלבנטיות משום קושי של ממש. ואולם, ככל שפעילותו הכלכלית של הנישום מורכבת יותר ומשתרעת על פני תקופת זמן ארוכה יותר, הקושי העיוני והמעשי בגישה האינטגרטיבית מתעצם. נישום עשוי להתקשר במאות עסקאות במסגרת שוק ההון עם מספר יעדים כלכליים. מן הנמנע אפוא לזהות באופן ברור את העסקאות הרלבנטיות שטענות אינטגרציה לצורכי מס. כמו כן, בהנחה ועניין לנו במספר יעדים כלכליים, שאלה היא אם יש להעדיף את היעד הכלכלי הדומיננטי על פי יעדים אחרים. גם למרחב הזמן שבו חלה הגישה האינטגרטיבית משקל רב. עולה שאלה עקרונית אם יש לתחום את מרחב הזמן שבו חלה הגישה האינטגרטיבית. לכאורה הרעת נותנת שלא להציג מגבלות על פני ציר הזמן, ואולם יש בכך כדי להשפיע על סדרי בראשית בנושא הליכי שומה וסופיותה. סיכומו של דבר, נראה כי אנו עדים להתעצמותה של הגישה האינטגרטיבית בדיני המס הישראליים. עם זאת, חרף ההיגיון הטמון בגישה זו היא מביאה עמה קשיים תיאורטיים ומעשים שטעונים בירור בקרב אלה העוסקים בתחום דיני המס ועיצובם.

**צביקה קניגסבוך, עו"ד, יו"ר (משותף) ועדת מיסים.**

**על רטוריקה ודמגוגיה בדיני מיסים - בעקבות פסה"ד בעניין פז גז ופי גלילות**

בשנים האחרונות ניכרת מגמה בקרב בתי המשפט הדנים בענייני מס להעדיף גישה כלכלית מהותית על פני גישה משפטית פורמאליה. גישה זו ניכרת ברטוריקה של בתי המשפט ומשליכה על כל העוסקים בתחום שרואים את עצמם כמחויבים לשלם מס שפתיים לעניין והטיועון הכלכלי שגור בפיהם כדבר שבשגרה. בפרפרזה על דברי הרמב"ם: כל מי שלא אמר "מהות כלכלית" בשלוש הפיות שונות, לא יצא ידי חובתו. במסגרת רשימה זו נבקש לעמוד על טיבו של טיועון זה והאם יש בו כדי להרחיב את דרכי ההסקה המשפטית בתחום דיני המס? להווי ידוע שלעיתים מן הנמנע להגיע לפתרון משפטי באמצעות גזירה דדוקטיבית מן החוק ככתבו וכלשונו על המקרה הפרטי. בתי המשפט נדרשים אפוא לתור אחר אמצעי היסק נוספים, והדברים כבר נטחנו עד דק. לענייננו, נראה שאפשר לזהות את הטיועון הכלכלי בתחום דיני המס כ"טיעון אפוגי" (reductio ad absurdum) שמניח כי המחוקק רציונלי ושבחור שכזה אין הוא יכול להחיר שום פירוש חוק העלול להביא למסקנות בלתי הגיוניות או מעוותות. ואכן במסגרת מלאכת יישומו של הטיועון הכלכלי נהגו לעיתים בתי המשפט להשוות את המצב הנתון בפניהם למצב חלופי שדומה במשתנים מסוימים (תזרים מזומנים, הסיכון להפסד והסיכוי לרווח, השגת מטרה כלכלית זהה) ולהחיל את הסדר המס שמתחייב מהמצב החלופי. כך למשל, נקבע במספר פסקי דין כי מצבו של מי שרוכש מקרקעין ומזמין שירותי בנייה שקול מבחינה כלכלית למי שרוכש מבנה. לפיכך הרעת נותנת שלא להבחין בין השניים אלא להחיל עליהם את אותו הסדר המס. אלא שקיים מתח מובנה בין הטיועון הכלכלי שרואה במצב החלופי משתנה רלבנטי לצורך קביעת החבות במס לבין התפיסה הפורמאליה שמבקשת לתת ביטוי מיסוי לעסקה כפי שובצעה בפועל. ביטוי למתח שבין שתי גישות אלה הוא פסה"ד של בית המשפט המחוזי והעליון בעניין פז גז ופי - גלילות והדיון הציבורי והמקצועי שהתעורר בעקבותיהם.

נקדים ונאמר כי סעיף 17(ו) לפקודה קובע כי מההכנסה החייבת מותר לנכות הוצאות מימון ששילם הנישום ("על כסף שלוה") בעבור הון ששימש לייצור הכנסה. באותו עניין החברה הנישומה נטלה הלוואה שבעזרתה מימנה חלוקת דיבידנדים לבעלי מניותיה. פקיד השומה טען לשלילת הוצאות המימון מהמעטם שחלוקת דיבידנד אינה שלב בייצור הכנסתה של החברה הנישומה. מנגד טענה החברה הנישומה, בין היתר כי השקילות הכלכלית מחייבת שלא להבחין לצורכי מס בין מצב בו מחלקת חברה דיבידנד כשברשותה מזומנים, ומייד לאחר מכן נוטלת הלוואה למימון פעילותה היצרנית לבין מצב בו שימשו המזומנים למימון פעילותה היצרנית כאשר הלוואה נלקחה לאחר מכן לצורך מימון חלוקת הדיבידנדים לבעלי מניותיה. המתח שבין הגישה הפורמאליה לגישה הכלכלית ניכר ברטוריקה של בתי המשפט בעניין פז גז בשתי הערכאות: בית המשפט המחוזי אימץ את עמדת החברה נישומה, בין היתר, על שום אותה שקילות כלכלית וטען כי:

"הטיעון הפורמליסטי לפיו ייחוס הלוואה לצורך חלוקת דיבידנדים הוא המכריע בעניין זה וכי "בדיני מיסים חשוב מה נעשה ולא מה אפשר היה לעשות" אין בכוחו לגבור, לדעתי על המהות הכלכלית".

ואולם, בית המשפט העליון דחה את עמדת בית המשפט המחוזי באומרו "חזו שנים נוטה פסיקת בית משפט זה בענייני מיסים לגישה הכלכלית המהותית ומעדיפה אותה על פני הגישה הפורמאליה. עם זאת, אין להתעלם מסעיפי החוק ומנימוקים מהותיים אחרים". בית המשפט העליון שלל אפוא את ניכוי הוצאות המימון וזכה לקיתונות של בקורת, בין היתר, על שום היותו "לא כלכלי". נציין כי בחלוף הזמן בית המשפט העליון נדרש שוב לסוגיה דומה בעניינה של חברת פי גלילות ואבחן את הלכת פז גז.

כך או כך, נראה כי הטיועון בדבר שקילות כלכלית המחייבת זהות בתוצאות המס בין המקרה הנתון למקרה האפשרי - הוא טיועון בעל משקל הולך וגדל במערכת המס הישראלית. עם זאת, נראה כי טיועון זה אינו חף מקשיים תיאורטיים ומעשיים. קשיים אלה עשויים להטיל ספק בלגיטימיות של טיועון זה בתהליך ההסקה המשפטית בדיני מיסים, כפי

עט ואחיקה  
עמ' 5-22

עט ומוס  
עמ' 23-38

עט ופיליז  
עמ' 39-46

עט ומושפחה  
עמ' 47-54



שיובהר להלן:

**ראשית**, על פי הטיעון הכלכלי יש להשוות את המצב הנתון למצב חלופי השקול לו במשתנים מסוימים ולהחיל על המצב הנתון את הסדר המס שמתחייב מהמצב החלופי. טיעון זה מזהה אפוא את המצב החלופי בתור נקודת יחוס נורמטיבית במובן זה שהסדר המס החל עליה הוא הסדר המס "הנכון" וכפועל יוצא מחיל על המצב מצב הנתון את אותו הסדר מס.

**שנית**, הטיעון הכלכלי מניח כי עניין לנו בשני מצבי עניינים: המצב הנתון והמצב החלופי. אלא שפעמים רבות, ייתכנו שלושה ואף ארבעה מצבי עניינים ששקולים זה לזה מבחינה כלכלית, למשל במובן הזה שכולם משיגים את אותה מטרה עסקית. אלא שיתכן שעל כל אחד ממצבי העניינים חל הסדר מס שונה הן במובני סיווג ההכנסה והן במובני עיתויה. הטיעון הכלכלי לא מלמד אותנו מאיזה מצב עניינים נקיש למצב הנתון.

נדגים את הטיעון באמצעות נישום שמועניין להשקיע את כספו באגרת חוב. כידוע, שיעור הריבית שקבל המשקיע/המלווה על השקעתו נגזר ממוחירם של מרכיבי הריבית. מרכיבים אלה כוללים, בין היתר, את פרמיית העדפת הזמן ופרמיית הסיכון. פרמיית העדפת הזמן עניינה בפיצוי הניתן למלווה על ידי הלווה בשל הפגיעה ב"העדפת הזמן" של המלווה (מרכיב זה מכונה לעיתים בספרות "הריבית המהורה"). פרמיית הסיכון משקפת את הסיכון שהמלווה נוטל על עצמו שהלווה לא יעמוד בהחייביותו כלפיו. ככל שמרכיב הסיכון גדל כך גם יגדל מחירה של פרמיית הסיכון ועמה שיעור הריבית המשתלמת על אגרת החוב.

לענייננו, מוסדות משפטיים ומכשירים פיננסיים מאפשרים למשקיע - המלווה להשיג את אותה מטרה עסקית בדרכים שונות. דא עקא היא שכל אחת מהדרכים הללו טומנת בחובה הסדר מס שונה הן לעניין עיתי ההכנסה והן לעניין סיווגיה. נעמוד אפוא על האפשרויות המצויות בפני המשקיע:

**ראשית**, הנישום עשוי להשקיע את כספו ברכישת אגרת חוב כך שהתשואה בגינה תגלם הן את מרכיב הסיכון והן את פרמיית הזמן. במצב עניינים זה, לנישום תהא הכנסת ריבית ולמנפיק אגרת החוב - הלווה - הוצאת ריבית.

**שנית**, הנישום יפצל בין מרכיב הריבית המהורה למרכיב הסיכון בדרך של התקשרות בשתי עסקאות: במסגרת העסקה הראשונה ילווה את כספו למנפיק אגרת החוב כך שהתשואה בגינה תגלם רק את מרכיב פרמיית הזמן. במסגרת העסקה השנייה, הלווה יתקשר בחוזה ערבות עם צד שלישי במסגרתה הלה נוטל על עצמו כלפי הנישום - המלווה את הסיכון שמנפיק אגרת החוב לא יפרע את חוב. לחילופין, המלווה - הנישום עצמו עשוי לפעול בשתי כשיריות משפטיות, כמלווה וכערב ובהתאמה לקבל תשלום ריבית ולצדו תשלום דמי ערבות. במצב עניינים זה, על דמי הערבות לא יחול הסדר המס שחל על הכנסת ריבית. נציין כי באופן דומה ניתן להסיט את סיכון האשראי באמצעות חוזה ביטוח שטומן אף הוא בחובו סיווג שונה של הכנסת הריבית ביחס לאפשרות הראשונה.

**שלישית**, הנישום יפצל בין מרכיב הריבית המהורה למרכיב הסיכון, באמצעות נגזרת אשראי מסוג CDS (credit default swap). ככלל נגזרת אשראי מסוג CDS מאפשרת העברת חשיפת אשראי למנפיק של נייר ערך מסוים בין צדדים לעסקה (למשל בין אוזח אגרת החוב לצד שלישי), תמורת תשלום פרמיה תקופתית. ככל שמנפיק אגרת החוב אינו משלם את הריבית או קרן ההלוואה או ככל שחל שינוי דרמטי בדירוג האשראי של החברה המנפיקה, הצד שאוזח באגרת החוב (הקונה) יקבל את ערכה הנקוב תמורת העברתה לצד האחר. נציין כי בדומה לעסקאות החלפה על סכום קרן רעיוני אין הכרח שקונה נגזרת האשראי יאזח באגרת החוב. כמו כן, בין אם הצד הקונה אוזח באגרת החוב ובין אם לאו, תתכן סליקה כספית כך שבעת מימושה ישלם הצד האחר את הפרש בין ערכה הנקוב של אגרת החוב לבין שווייה. במישור תוצאות המס, סיווגה של נגזרת אשראי מסוג CDS לזוט בערפל, בדיוק מהסיבה שעמדנו עליה במסגרת רשימה זו, דהיינו קיומם של התקשרויות משפטיות אקווילונטיות שמחילות הסדרי מס שונים. ואולם, ככל שנגזרת האשראי תסווג כ"עסקה עתידית" כמשמעותה בסעיף 88 לפקודת מס הכנסה, הרי שיחול עליה משטר

מס הוני על כל המשתמע מכך.

**רביעית**, הנישום יפצל בין מרכיב הריבית המהורה למרכיב הסיכון, באמצעות אופציית מכר, במסגרתה המלווה הוא כותב האופציה והלווה הוא רוכש האופציה. השקילות הכלכלית בין עסקת הלוואה "רגילה" לבין עסקת הלוואה ולצדה עסקת אופציית מכר בולטת במיוחד בעסקת הלוואה ללא זכות חזרה ("nonrecourse loan"). בעסקת הלוואה ללא זכות חזרה הבטוחה היחידה שבידי המלווה היא הנכס עצמו והוא אינו רשאי להיפרע מנכסיו האחרים של הלווה. נקל אפוא להבין שהדבר משול לרכישת אופציה על ידי הלווה (שבאה לידי ביטוי בשיעור הריבית) על הנכס המשועבד כשמחיר מימוש האופציה הוא יתרת החוב שטרם שולם למלווה. בדומה לכל עסקת אופציית מכר, אוזח האופציה יממש את האופציה רק אם ערכו של נכס הבסיס (הנכס המשועבד במסגרת עסקת הלוואה ללא זכות חזרה) נמוך יותר מערך החוב שטרם סולק. שקילות זו ידועה זה מכבר ואף רשויות המס נקטו בעמדה דומה כשפרסמו את עמדתן בעניין רכישת מניות בהלוואה בשעבוד. לעניין תוצאות המס, עסקת אופציה שונה מעסקת הלוואה הן לעניין סיווג ההכנסה והן לעניין עיתויה. במישור הסיווג עניין לנו בהכנסה הונית (אצל הלווה ככל שיממש את האופציה או אצל המלווה ככל שהאופציה פוקעת). במישור העיתי, על פי הדין הנוהג, לכתיבת האופציה וקבלת פרמיה תמורתה אין נפקות לצורכי מס באותה נקודת זמן. מערכת המס מתעלמת מתזרים המזומנים, שאינו בגדר הכנסה אצל כותב האופציה ואינו בגדר הוצאה אצל הרוכש. עסקת האופציה "תמומש" לצורכי מס רק בעת מימוש האופציה, פקיעתה או מכירתה לצד שלישי.

הנה כי כן, עומדות בפני הנישום מספר חלופות שטומנות בחובן תוצאות מס שונות. נניח שהנישום בחר בחלופה הקונבנציונאלית, דהיינו רכישת אגרת חוב. כפועל יוצא הכנסתו הכנסת ריבית היא. האם ראוי כי הטיעון בדבר שקילות כלכלית יהיה מצוי באמתחתו של הנישום? במילים אחרות, האם פתוחה בפניו הדרך לטעון כי מצבו שקול מבחינה כלכלית למצב חלופי הזהה לו "מבחינה כלכלית" ולפיכך יש ללמוד מהסדר המס שחל על אותו מצב חלופי לענייניו? כפי שציינו בתהליך הסקה זה מקופלת ההנחה כי הסדר המס שחל על אותו מצב חלופי ראוי יותר. ואולם במה עדיף, למשל בפרספקטיבה של מדיניות מס, הסדר המס שחל על חוזה ערבות, חוזה ביטוח או עסקה עתידית על פני הסדר המס שחל על השקעה רגילה באגרת חוב. דבר נוסף, אפשר שגם הסדרי המס שחלים על הסדרים משפטיים אלה (ערבות, עסקה עתידית, ביטוח) אינם מעוגנים דיים. כבר נאמר שגם הסדרים משפטיים אלה שקולים במובנים מסוימים להסדרים משפטיים אחרים ולהם תוצאות מס שונות, כך שבסופו של דבר אפשר שעניין לנו במגוון אין סופי של תוצאות מס.

עניין אחר, כפי שהודגם ייתכנו מספר מצבים חלופיים הזהים במשתנים מסוימים זה לזה, עולה אפוא שאלה אילו כלים אנליטיים עומדים לרשותנו בהעדפת מצב חלופי מסוים על פני מצב חלופי אחר. לבסוף, מה טיבה של השקילות הכלכלית שהיא כאמור תנאי לקיומו של הטיעון הכלכלי. אפשר שעסקה מסוימת (ביטוח) שקולה לעסקה אחרת (נגזרת אשראי מסוג CDS) בפרמטרים מסוימים (הספת סיכון האשראי) אך לא בפרמטרים אחרים (למשל, החזקת נכס הבסיס). לשון אחר, קיומם של אילו פרמטרים נחוץ על מנת שהטיעון הכלכלי יוכל לשמש בידי הנישום?

**סיכום של דבר**, נראה כי בתי המשפט והעוסקים בתחום נשבו בקסמו של הטיעון הכלכלי וזה קנה לו שביחה ברטוריקה של דיני המס בישראל. מובן שאין להמעיט בחשיבותו של טיעון זה וביתרונותיו הבלוטתים לרבות ניטרליות של דיני המס וכיוצא בשיקולי מדיניות. עם זאת, טיעון זה טומן בחובו קשיים תיאורטיים ומעשיים שמן ההכרח ליישבם. לעת עתה הטיעון מחדיר מרכיב חוסר וודאות למערכת המס בכלל ולמשטר המס שחל על שוק ההון בפרט. על רקע דברים אלה נראה כי מותר ללמד סנגוריה על עמדת בית המשפט העליון שאינא את העמדה המסורתית לפיה "עיסקה נבחנת לצרכי הטלת מס על פי טיבה כמות שהצדדים עשו אותה ולא על פי טיבה כפי שיכלה להיות לו עשו הסכם שונה"

**צביקה קניגסבון, עו"ד, יו"ר (משותף) ועדת מיסים.**

עט ואחיקה  
עמ' 22-5

עט ומס  
עמ' 23-38

עט ופיליזם  
עמ' 39-46

עט ומשפחה  
עמ' 47-54

**מיסוי עסקאות ריפו**

עניינה של רשימה זו הוא בסיווג המיסוי של עסקאות מכר חוזר בניירות ערך המוכרות יותר בעגה המקצועית כעסקת REPO (ראשית תיבות של - Sale and Repurchase Agreement) (להלן: "עסקת ריפו"). בעסקת מכר חוזר טיפוסית, מעוברים ניירות ערך מצד אחד להסכם (המעביר) לצד אחר להסכם (הנעבר), כאשר בד בבד מתחייב הנעבר להעביר חזרה למעביר ניירות ערך מאותו סוג, במחיר מוסכם, במועד קבוע בעתיד.

קיימים מספר מניעים אפשריים להתקשרות בעסקת ריפו. בראש ובראשונה, ההיבט המימוני. עסקת ריפו מורכבת מתזרים מזומנים חיובי בהתחלה, אשר יש להשיבו בסוף התקופה, שכן המעביר מקבל את תמורת נייר הערך שמכר חלק התחייבותו לרכוש נייר ערך חליפי בעתיד. מניע אפשרי נוסף הוא הצורך של הנעבר לרכוש נייר ערך ספציפי לצורך מיסוי מכירה בחסר (ר' בהמשך אודות מכירה בחסר).

עולה אפוא שאלה כיצד לסווג עסקת ריפו? האם עניין לנו בעסקת מכר שבמסגרתה הבעלות בניירות הערך עוברת במלואה לידי הנעבר או בעסקת אשראי שבמסגרתה ניירות הערך משמשים כבטחונות בידי הנעבר. שאלה זו אינה נחלת דיני המס בלבד ועולה גם בהקשר של הדין הכללי. כך למשל הכרעה בשאלה זו נדרשת במצב שבו המעביר מגיע למצב של חדלות פירעון, לאמור האם נייר הערך המועבר נכלל במסת הנכסים העומדת לחלוקה בפירוק, אם לא? ואכן בעבר חוסר הוודאות המשפטית בעניין הגדיל את שיעור הסיכון הגלום בעסקאות אלה וזוהה על ידי הרגולטורים השונים כגורם בעייתי בפיתוח שוק עסקאות מכר חוזר בניירות ערך בישראל. על רקע דברים אלה חוקק **חוק הסכמים בנכסים פיננסיים, התשס"ו-2006** שקבע שעסקינן במכירה.

אלא שאליה וקוץ בה. אמנם לצורך הדין הכללי הצדדים לעסקה חפצים לסווגה כעסקת מכר מהפעמים שפורטו לעיל. ואולם לצורך דיני המס הצדדים לעסקה מבקשים לסווגה כעסקת הלואה. הטעם שבדבר הוא שעסקת מכר מקפלת בתוכה שני אירועי מס: הראשון: בעת מכירת נכס - נייר הערך המועבר - מהמעביר לנעבר. השני: בעת מכירת נייר הערך החליפי מהנעבר למעביר. בשני המקרים, ככל שקיים פער בין עלות רכישת נייר הערך לבין שווי השוק שלו הרי שעניין ברווח הון או בהכנסה רגילה, לפי העניין.

לעומת זאת, ככל שעניין לנו בעסקת הלואה, דינה של התמורה שהתקבלה על ידי המעביר כדינה של קרן ההלוואה בידי הלווה. כידוע, קרן ההלוואה אינה הכנסה בידי הלווה שכן היא מלווה ביצירת התחייבות להשיב את כספי ההלוואה. הוא הדין בעסקה שעניינה העברת נייר הערך כנגד תקבול. בהמשך לאותו קו מחשבה, הרי שבעת הרכישה החוזרת של נייר הערך על ידי המעביר מידי הנעבר, הרי שהנעבר (המלווה) מקבל לידי המעביר (הלווה) את קרן ההלוואה בתוספת ריבית. רק בנקודה זו על פני ציר הזמן יתגבש אירוע מס מסוג הכנסת ריבית לנעבר (המלווה) והוצאת ריבית למעביר (הלווה).

למותר לציין שהפער בין תוצאות המס המקופלות בשני הסיווגים האפשריים אינו מתמצה בבחירה בין שתי עסקאות לבין עסקה אחת. פעמים רבות, צד לעסקת הריפו הוא מוסד פיננסי שהוא בגדר תושב זר לצרכים פיסקאליים. מנקודת המבט של כללי המיסוי הבינלאומי, יש משמעות קריטית לסיווג ההתעשרות כרווח הון או כהכנסת ריבית. כך למשל בגלל כללי מקור שונים שעניינם זיהוי מקום הפקת ההכנסה, מוסד פיננסי זר עשוי להיות פטור ממס על התעשרות שתסווג כרווח הון ממכירת נייר ערך ישראלי אך יחויב במס על התעשרות שתסווג כהכנסת ריבית.

מבחינה לגאליסטית פורמאלית, נראה כי יש טעם בגישה לפיה עניין לנו בעסקת מכר, שהרי הנעבר רשאי למכור את נייר הערך שקיבל לצד שלישי אחר. טענה זו מקבלת משנה תוקף לאור ההוראה בחוק הסכמים בנכסים פיננסיים לפיה לעניין הדין הכללי עניין לנו אכן בהסכם מכר, והנעבר כנושה אינו נדרש לרשום שעבוד על הנכס. הרטוריקה בדבר הצורך בהרמוניה חקיקתית הלא מוכרת לכל.

עם זאת, על רקע טענות בדבר מהות כלכלית (ראה רשימתנו בעניין דמגוגיה בדיני מיסים) והצורך בשכלול שוק הריפו החליט המחוקק לעשות מעשה: וכך במסגרת תיקון 150 לחוק תוקן סעיף 101א(א)(13) לפקודת מס הכנסה (תוקף מיום 12.3.06) הסעיף הסמיך את שר האוצר (באישור ועדת הכספים של הכנסת) לקבוע בנוגע להפלת מס רווח הון הוראות מיוחדות, זאת לעניין "תנאים ונסיבות שבהתקיימותם יראו עסקת מכר חוזר בניירות ערך או העברה לתיחום חשיפה, **כהגדרתם בחוק הסכמים בנכסים פיננסיים, התשס"ו-2006**...כהלואה ולא כמכירת ניירות ערך".

משמע המחוקק יצר יצור כלאיים, לעניין הדין הכללי עניין לנו בעסקת מכר ולעניין דיני המס עניין לנו בעסקת הלואה. חרף תוצאה מוזרה זו, ולצד ביקורת אפשרית על הדיסוננס שנוצר בין שתי דיספלינות משפטיות, נראה כי גישת המחוקק עולה בקנה אחד עם התפיסה שביסוד דברי חקיקה אחרים שעניינם מיסוי שוק ההון. לעניין זה נבקש להפנות לעסקאות מכר בחסר ולמשטר המס שחל עליהן.

בקליפת אגוז, עסקת מכירה בחסר (short sale) היא פעולה של מכירת ניירות ערך שאינם בבעלות המשקיע. בניגוד להשקעה רגילה שבה רוכש המשקיע ניירות ערך ולאחר מכן מוכר אותם, הרי כאן תחילה שואל המשקיע (השואל/השורטיסט) נייר ערך ממשקיע אחר (המשאיל) בתמורה לעמלה ומוכר אותו. במכירה בחסר המשקיע מרוויח אם שער המניה יורד, מאחר שאז יכול לרכוש את נייר ערך חליפי בחזרה במחיר נמוך יותר. בעת רכישת נייר הערך נהוג לומר שהמשקיע "מתכסה" על השורט (BUY TO COVER) ואילו כל זמן שהמשקיע לא "התכסה", מקובל לומר שהוא נמצא ב"פוזיצית שורט פתוחה".

גם עסקאות אלה מעוררות שאלות מושגיות בתחום דיני המס, ותשובה מסוימת ניתנה להן במסגרת חקיקת המשנה. הדברים אמורים ב **תקנות מ"ה (חישוב רווח הון בעסקה עתידית), התשס"ג-2002** ו- **צו מס הכנסה (קביעת דמי השאלה כהכנסה), התשס"ג-2002**.

מבחינה עקרונית המתח שמאפייני את עסקאות הריפו קיים גם בעסקת מכר בחסר. בשני המקרים עניין לנו מבחינה משפטית, באדם שמעביר לידי אחר נייר ערך בתמורה למזומנים ולימים רוכש נייר ערך אחר. עם זאת, התפיסה העומדת ביסוד אותה חקיקת משנה היא שבעת מכירת נייר הערך יש להשקיף על העסקה כעל עסקה "פתוחה" לצורכי מס במובן זה שאין לה נפקות לצורכי מס, חרף תזרים המזומנים החיובי. הסיבה היא שעד לרכישת נייר הערך החלופי מן הנמנע לדעת את עלות הנכס הנמכר וממילא מן הנמנע לעמוד על תוצאות המס של העסקה. לשון אחר, בהינתן חוסר הוודאות בדבר תוצאות העסקה, המחוקק דוחה את אירוע המס למועד רכישת נייר הערך החלופי. לכאורה הקושי שהצגנו אינו קושי. שהרי עלות נייר הערך שנמכר ידועה היטב למוכר (השורטיסט). ופשיטא היא שנייר החליפי שנרכש אינו בהכרח נייר הערך שנמכר. אלא שבזו באה לידי ביטוי התפיסה לפיה עניין לנו מבחינה מושגית ב"אותו הנכס". לשון אחר, מכירה בחסר אינה אלא הלואה הצמודה למחיר הנכס הנמכר בחסר. תפיסה זו של המחוקק נוגדת לכאורה את התפיסה הבסיסית לפיה בעת מכירת נכס מסוים, יש נפקות למשתנים הספציפיים של אותו הנכס (עלות, יום רכישה וכיוצ"ב) ואין נפקות למשתנים ספציפיים של נכס אחר.

אלא, שאפשר למצוא היגיון מסוים בגישה זו אם נבחן את הדברים דרך הפריזמה של דיני הקניין וההבחנה הקבועה בהם בין נכסים נחלפים ונכסים שאינם נחלפים (Fungible and non fungible property). בקצרה, נכס נמנה על קטיגוריית הנכסים הנחלפים אם הוא עשוי להיות מוחלף בנכס אחר כאשר להבדלים שבין הנכסים אין חשיבות מהותית. נכסים נחלפים מאופיינים בכך שבעסקאות בנכסים אלה מתייחסים בדרך כלל למניין הנכסים. זאת מהטעם שאין חשיבות לנכס האינדיבידואלי בנכסים נחלפים. נראה כי הדוגמה המובהקת לנכס נחלף היא כסף שהרי "כסף אין ריח". לענייננו גם ניירות ערך הם בגדר נכסים נחלפים, במובן הזה שבביצוע עסקה בניירות ערך אין חשיבות לזיהוי נייר ערך מסוים. בהקשר המיסוי, נראה כי משטרי המס החלים על עסקאות מכירה בחסר ועל עסקאות ריפו

עט ואחיקה  
עמ' 22-5

עט ומוס  
עמ' 38-23

עט ופילימ  
עמ' 46-39

עט ואמשפחה  
עמ' 54-47

משקפים אף הם את אופיים הייחודי של נכסים אלה. כך למשל, בעסקת מכירה בחסר המחוקק מתעלם מהעובדה שהנייר הערך הספיציפי נמכר לצד שלישי ומשקיף על העסקה בפרספקטיבה רחבה יותר. הוא הדין בעסקת ריפוי. ביטוי נוסף להסדר המס הייחודי שחל על נכסים נחלפים מסוג ניירות ערך הוא אופן חישוב רווח ההון בעת מכירת ניירות ערך וזהים שנרכשו במועדים שונים. בתקנה 5 לתקנות מס הכנסה (חישוב רווח הון במכירת נייר ערך הנסחר בבורסה, מילווה מדינה או יחידה בקרן נאמנות), התשס"ג-2002 נקבע כי "יראו אותם כנמכרים על פי סדר רכישתם, מהראשון עד האחרון, זולת אם הוכיח המוכר לפקיד השומה את יום הרכישה והמחיר המקורי של נייר ערך מסוים". מחוקק המשנה נתן אפוא ביטוי לגישה לפיה בכלל אין חשיבות לזיהוי נייר הערך הספיציפי.

**צביקה קניגסבוך, עו"ד, יו"ר (משותף) ועדת מיסים.  
שי אהרונוביץ, עו"ד, יו"ר (משותף) ועדת מיסים.**

**מיסוי נאמנויות - הסדרי חקיקה**

במסגרת השלמת מעשה החקיקה בדבר מיסוי נאמנויות בהתאם להוראות פרק רביעי 2 לפקודה, נדון ביום רביעי ה-15.01.08 בוועדת הכספים של הכנסת תיקון 162 לפקודה העוסק בתיקון חלק מהוראות הדיווח שנקבעו במסגרת תיקון 147 לפקודת מס הכנסה.

**תיקון 162 לפקודה:**

במסגרת תיקון 162 לפקודה ביקשו רשויות המס להקל בעיקר את החובות הבירוקרטיות החלות עליהן גם על הנאמנים, זאת תוך המרה של חלק מחובות הדיווח בחובות הודעה. להלן סקרנו את חובות הדיווח החדשות כפי שהן עולות מתיקון 162 לפקודה באמצעות טבלאות (הלקוחות מתוך הספר "נאמנויות ומיסוי נאמנויות"). הטבלאות מתחלקות לשתיים: 1. טבלה הסוקרת את חובת ההודעה; 2. טבלה הסוקרת את חובת הדיווח.

ראו להלן:

\* הסבר לראשי החיבות המופיעים בטבלאות:

**נתיי** - נאמנות תושבי ישראל; **נתיח** - נאמנות יוצר תושב חוץ; **ננת"ח** - נאמנות נהנה תושב חוץ; **ני"צ** - נאמנות לפי צוואה.

**נאמנות - טבלה של התיקון החדש - מתן הודעה**

זהות המודיע	תנאים לקיום חובת ההודעה	הודעה	פרטי ההודעה
יוצר	תנאים כלליים	סוג הנאמנות	מועד מתן ההודעה
	יצר בשנת המס	-	בתוך 30 יום ממועד היצירה/ההקניה.
	נאמנות ו/או; הקנה בשנת המס נכס או הכנסה לנאמנות.		
			זהות ופרטי כלל היוצרים והנהנים, זהות הנאמן ומגן הנאמנות (אם קיים) ופרטי הנכס (מחיר מקורי, יתרת מחיר מקורי שווי רכישה ויתרת שווי רכישה, יום רכישה, מועד ההקניה).

זהות המודיע	תנאים לקיום חובת ההודעה	הודעה	פרטי ההודעה
	תנאים כלליים	סוג הנאמנות	מועד מתן ההודעה
	יוצר בניתי"ח שהפכה - לנת"י או יוצר בניתי"ח שהפכה לננת"ח בגלל עלית היוצר לישראל	-	עד ל-30 באפריל של שנת המס שלאחר שנת המס בא הפך היוצר לתושב ישראל
			פרטי היוצר והנאמן (לכאורה אין דרישה לפרטי מגן הנאמנות) וכן פרטי הנכסים שהועברו/הוקנו לנאמנות (פרטי הנכסים יפורטו רק אם הקמת הנאמנות נעשתה בתוך 10 שנים שלפני הפיכת היוצר לתושב ישראל).
	נישום (בדר"כ - הנאמן אך לפעמים גם היוצר או הנהנה כנישום חלופי)	נ"צ	בתוך 45 יום מפטירת אחרון היוצרים/מצווים או מהתקיימות הוראות הצוואה בדבר כינון הנאמנות.
	-	נאמנות שסיווגה השתנה	הודעה על כינון הנאמנות.
	נישום (בדר"כ - הנאמן אך לפעמים גם היוצר או הנהנה כנישום חלופי)	נת"י	במועד הגשת הדו"ח לפי סעיף 131 לפקודה בגין שנת המס בה הסתיימה הנאמנות או עד ל-30 באפריל בשנת המס שלאחר שנת המס בה הסתיימה הנאמנות (לפי העניין)
	נאמנות הסתיימה	נ"צ שנחשבת תושבת ישראל	פרטי הנכסים שחולקו לנהנים בשל/במועד הסיום.
	נאמנות שהיה לה נכס בישראל במועד הסיום.		פרטי הנכסים שחולקו לנהנים בשל/במועד הסיום.

1 סעיף 75טז(ב)(2) לפקודה

עט ואתיקה  
עמ' 22-5

עט ומס  
עמ' 38-23

עט ופיליזם  
עמ' 46-39

עט ומשפחה  
עמ' 54-47



# עט ופלילים

גליון מס' 1 | סיון תשס"ח | יוני 2008

יוצא לאור ע"י ועד מחוז ת"א והמרכז של לשכת עורכי הדין | המערכת: דניאל פריש 10, ת"א 64731

עט ומס

## חברות וחברים יקרים,

אנו שמחים לכתוב שורות פתיחה אלו לגיליון הראשון של "עט ופלילים", כתב העת המרכז את הנושאים הנוגעים לתחום הפיליילי ואיסור הלבנת הון במחוז תל אביב והמרכז.

התחום הפיליילי צבר תאוצה רבה בשנים האחרונות, עת הורחבה זכות הייצוג אשר ניתנת לעצורים ונאשמים על ידי הסניגוריה הציבורית.

עורכי דין אשר בעבר "נאלצו" לדאוג להתעדכן באופן עצמאי בכל חידושי הפסיקה והחקיקה יכולים היום להגיע למגוון רחב של ימי עיון והרצאות אשר ניתנות בבית הפרקליט, במסגרת ימי עיון אותם מארגנים ועד מחוז ת"א והמרכז והסניגוריה הציבורית.

גם נושא הלבנת הון צובר תאוצה רבה ומרכז הליכים משפטיים רבים כחלק מההליך הפיליילי.

העדכון בחקיקה ופסיקה הינו מנת חלקו ולחם חוקו של כל עו"ד באשר הוא ובמיוחד אלו אשר עוסקים בתחום הפיליילי הדינאמי והסוער ומבלים את רוב זמנם בהליכים בבתי המשפט ובחיכוך בלתי פוסק עם כל מערכות האכיפה.

בכתב עת זה נשתדל להביא החלטות מעניינות מבתי המשפט השונים וכן נתייחס מעת לעת לשינויי חקיקה.

כמו כן, כתב עת זה יהווה במה לפרסום מאמרים, גילויי דעת והחלטות בית משפט הן של סנגורים והן של פרקליטים כאחד, אשר מוזמנים לקחת חלק פעיל בהעברת חומרים אשר במידה וימצאו מתאימים, יפורסמו בכתב העת.

אנו מזמינים את העוסקים במלאכה להעביר החלטות, מאמרים וכיוב' ונשתדל לעשות את המיטב על מנת לפרסמם במידה וימצאו מתאימים.

בברכת חברים,

רם נאור, עו"ד

יו"ר ועדת חוק איסור הלבנת הון  
ramnaor@netvision.net.il

אורי קינן, עו"ד

סגן יו"ר הוועדה לענייני פיליילים  
uri@keynanlaw.co.il  
www.keynanlaw.co.il

## נאמנות - טבלה של התיקון החדש - מתן הודעה

(המשך)

זהות המודיע	תנאים לקיום חובת ההודעה	הודעה	תנאים כלליים	סוג הנאמנות	מועד מתן ההודעה	פרטי ההודעה
נהנה	תושב ישראל אשר קיבל חלוקה בשווה כסף (גם אם אין חיוב במס).	-	תנאים כלליים	סוג הנאמנות	מועד מתן ההודעה	פרטי ההודעה
					עד ל-30 באפריל של שנת המס שלאחר שנת המס בה הייתה החלוקה.	פרטי הנכסי שקיבל; מועד החלוקה; שווי שוק מוערך של הנכס במועד החלוקה.

## נאמנויות - טבלת של התיקון החדש - חובת דיווח

זהות המדווח	תנאים	פרטי הדיווח
נישום בנ"י ו/או בנ"צ הנחשבת תושבת ישראל.	-	זהות הנאמן ומגן הנאמנות; פרטי היוצר והנהנים לרבות מקום מושבם; פרטי הנכסים שהוקנו לנאמנות לרבות (מחיר מקורי, יתרת מחיר מקורי שווי רכישה ויתרת שווי רכישה, יום רכישה, מועד ההקניה); פרטי הנכסים/הכנסות שחולקו לרבות (מחיר מקורי, יתרת מחיר מקורי שווי רכישה ויתרת שווי רכישה, יום רכישה ומועד החלוקה)?
נאמן שהיה לו נכס בישראל (אין רלבנטיות למקום מושב הנאמן).	-	זהות הנאמן ומגן הנאמנות; פרטי היוצר והנהנים לרבות מקום מושבם; פרטי הנכסים בישראל שהוקנו לנאמנות לרבות (מחיר מקורי, יתרת מחיר מקורי שווי רכישה ויתרת שווי רכישה, יום רכישה, מועד ההקניה); פרטי הנכסים בישראל ו/או ההכנסות שהופקו מנכס בישראל - שחולקו, לרבות (מחיר מקורי, יתרת מחיר מקורי שווי רכישה ויתרת שווי רכישה, יום רכישה ומועד החלוקה).
נאמן (אין רלבנטיות למקום מושב הנאמן). שעל ההכנסות הנובעות ממנו חל פטור ממס.	היו לו בישראל רק הכנסות פטורות ממס או נכס שעל ההכנסות הנובעות ממנו חל פטור ממס.	פטור מדיווח.

עו"ד אריה ליבוביץ, מ"מ יו"ר ועדת מיסים (הטבלאות להלן הינן על בסיס הספר "נאמנויות ומיסוי נאמנויות")

## פסיקה

### ענישה

#### קשירת קשר לביצוע פשע - אי הרשעה

השופט: חנן אפרתי ( ניתן ביום 16.4.2008 )

נגד הנאשם הגוש תחילה כתב אישום בעבירה של קשירת קשר לביצוע פשע. על פי כתב אישום המקורי, ביום 27.9.2007 נסע הנאשם ברכב הנהוג על ידי אחר וברכב היה עוד קטין. במהלך הנסיעה הנאשם וחבריו פגשו שני נאשמים נוספים - אב ובנו שבאו במונית של האב (נגדם הוגש כתב אישום זהה בנפרד), אשר מסרו לקטין שלושה כובעי גרב שחורים. הקטין הסתיר את כובעי הגרב ברכב. במהלך הנסיעה, כל הנאשמים קשרו לפגוע באדם אחר, שלטענתם ירה בפיצרייה, השייכת למשפחה של האב והבן ולצורך כך להצטייד בסכינים ואלות. ברם, עקב מידע מודיעיני וערנותו של שופט, עצרו שוטרי משטרת ישראל את שתי המכוניות והנאשמים בהן.

בין הנאשמים לבין הפרקליטות התגבש הסדר טיעון, לפיו עובדות כתב האישום תוקנו וכן תוקנה הוראת החיקוק, כך שיוחסה לנאשמים עבירה של קשירת קשר לביצוע עוון. כמו כן, סוכם בין הצדדים, כי הנאשם יודה, יורשע, יופנה לקבלת תסקיר של שירות המבחן והיה והתסקיר ימליץ על ביטול ההרשעה, הרי שכך יעתרו הצדדים במשותף בפני בית המשפט.

בית המשפט נעתר ביום 16.4.2008 לבקשת הפרקליטות ובי"כ הנאשם, מבטל את הרשעתו של הנאשם ומטיל עליו לבצע 100 שעות שירות לתועלת הציבור בפיקוח של שירות המבחן, זאת ללא הרשעה.

**הערות העורך:** מדובר במקרה מובהק, בו המאשימה והסניגור מגיעים להסכמה ומציעים במשותף לבית המשפט להטיל על נאשם עונש ללא הרשעה, לאו דווקא לפי הקריטריונים שנקבעו על ידי בית המשפט העליון בפסק דין "תמר כתב". כאשר הצדדים מגיעים להסכמה לענישה ללא הרשעה, בית המשפט לא תמיד יתעקש לבדוק האם הנאשם עומד בקריטריונים שנקבעו בפסיקה.

#### ת"פ (שלום - תל אביב) 14/07

### מדינת ישראל נ' ליאור פלש

בי"כ הנאשמת: עו"ד שמואל פלישמן

## עונשין

### אחריות פלילית - זיכוי - הגנה מן הצדק

השופט: חנן אפרתי (ניתן ביום 4/2/2008)

הנאשמת הואשמה בכתב האישום שכלל שני אישומים, עבירות של ניהול מקום לשם זנות והפרת הוראה חוקית.

על פי העובדות בכתב האישום, הנאשמת החזיקה דירה לשם עיסוק בזנות, העסיקה בחורה נוספת ושתייה קיימו יחסי מין עם לקוחות מזדמנים כנגד תשלום כספי. כמו כן נטען, כי ביום 5/7/2004 שוחררה הנאשמת בתחנת המשטרה, חתמה על כתב ערבות ובו התחייבה שלא להגיע לדירה במשך 15 ימים. ברם, לאחר יומיים ביום 7/7/2004 היא נתפשה על ידי המשטרה בדירה ובכך הפרה הוראה חוקית.

בית המשפט מורה על זיכוייה של הנאשמת ומקבל את טענת בא כוחה, כי קמה לה הגנה מן הצדק לפי סעיף 149 (10) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] התשמ"ב-1982.

במקרה דנן, הפרקליטות הודיעה לנאשמת בחודש ספטמבר 2004, כי תיק המשטרה שנפתח נגדה בשנת 2003 בגין

חשד לעבירה של ניהול מקום לשם עיסוק בזנות, נסגר בעילה זו: "נסיבות הענין אינן מצדיקות המשך חקירתן/ העמדתן לדין" (חוסר עניין לציבור). בנוסף, הנאשמת קיבלה הודעה נוספת בחודש ינואר 2005, כי חקירה שנפתחה נגדה בחשד לעבירה של ניהול מקום לשם עיסוק בזנות הסתיימה ולא נמצאה אשמה פלילית במעשיה. בחודש יוני 2005 קיבלה הנאשמת הודעה נוספת ושוב הודיעו לה על סגירת תיק משטרה בגין חוסר עניין לציבור. יש להדגיש, כי המאשימה הגישה נגדה את כתב האישום בשנת 2005 ובשנת 2006 ביקשה לתקן את כתב האישום, בו הוסף תיק המשטרה הראשון שנסגר נגדה.

בית המשפט מבקר את התנהגותו של חוקר המשטרה, אשר האיזן לשיחה טלפונית שנערכה בין הנאשמת (במעמדה כחשודה בתחנת המשטרה ביום 5.7.2004) לבין בא כוחה. החוקר טען, כי הנאשמת הבינה את תנאי שחרורה וביקש לתמוך את טענתו בשיחה הטלפונית, שלה האיזן, בין הנאשמת לבין הסניגור, בחדר החקירות.

בית המשפט ציין: "התנהלות גבולית של החוקר שלא בהתאם להנחיות הקבע הפנים משטריות באשר לגביית הודעת הנאשמת הדוברת עברית רצוצה יחסית בעברית ותרגמה אח"כ ושללא במעמד ע"י שופרת שהזעקה למקום... ומהטעם שבהפרת זכויות יסוד עסקינן יבוטל כתב האישום והנאשמת תזוכה. טעם נוסף להחלטתי לזכות את הנאשמת מצאתי בכך שככלל הבטחות שלטוניות שניתנו כדין יש לקיים. על רשות שלטונית לקיים איומה והתנהלות שלטונית, הומאנית, עקבית, יציבה ואמינה, החפה מכל אבק של שרירותיות ולא להעביר מסרים מתעקלים וסותרים, הנגועים למראית עין בשרירותיות, כפי שהווה כאן באשר להודעות על סגירת התיקים ופתיחתם"

#### ת"פ (שלום - תל אביב) 4759/07

### מדינת ישראל נ' א. ק.

בי"כ הנאשמת: עו"ד שמואל פלישמן

## ענישה - קטינים - עבירות חין

### סמכות הממונה על עבודות השירות

הרכב השופטים: א. פרוקצ'יה, ח. מלצר, ע. פוגלמן (ניתן ביום 8/4/2008)

המעוררים הודו בכתב אישום בעבירות של מעשי סדום ומעשים מגונים במתלונן שהיה בן 9 שנים בעת המעשים כלפיו. המעוררים היו קטינים בני 14 וחצי ו-15 וחצי בעת ביצוע העבירות.

בית המשפט המחוזי לנוער בבאר שבע הרשיע את הנאשמים, גזר על הנאשמים מאסר בפועל לתקופה של 6 חודשים, בכפוף לחוות דעת הממונה, מאסר על תנאי וצו מבחן ובמסגרתו הוראה להשתתפותם של המעוררים בקבוצה טיפולית לעברייני מין. ברם, הממונה על עבודות השירות כתב בחוות דעתו, כ: "לאור גילו הצעיר של הנאשם, אופי עבירתו, והעובדה כי חסר הרגלי עבודה, חוסר באפשרות למצוא לו מקום מתאים, חוסר גורם טיפולי המסוגל להתמודד מול הבעייתיות הנובעות מכל האמור, אין הנ"ל מתאים לעבודות שירות"

בית המשפט העליון פנה שוב ושוב אל הממונה על עבודות השירות, על מנת לנסות ולמצוא למעוררים מקום לשבץ אותם בעבודות שירות. בית המשפט העליון פנה אף אל היועץ המשפטי לממשלה וביקש את התייחסותו העקרונית לבעיה שנוצרה בהיעדר פתרון מערכתי להעסקתם של המעורר בעבודות שירות. הממונה חזר והודיע שאין מקום עבודה ואילו היועץ המשפטי לממשלה הודיע, כי לעת הזאת אין בנמצא פתרון מנהלי ראוי לעניינם של קטינים שהורשעו בעבירות חין.

בית המשפט העליון פנה אל שירות המבחן וביקש לבחון אם יש אפשרות לקבל תכנית שירות לתועלת הציבור. זו נמצאה בתחומי מועצה מקומית בעבודת גינון, בפיקוח אנשי המועצה.

בית המשפט העליון קבע מפי השופטת פרוקצ'יה ובהסכמת שני השופטים האחרים כך: "מעבר לשאלה הבטיחית, המתייחסת למתחם שיקול הדעת הנתון לממונה על עבודות השירות, בקביעתו מי יתקבל לעבודות שירות ומי יידחה, עולה השאלה האם אין מקום להבחין בין דחיית נאשם מעבודות שירות על רקע של אי התאמה אישית או אישיותית לבצוע עבודות (כגון עקב התמכרות לסמים, מחלה, בעיות אישיות והסתגלותיות וכיוצא באלה) לבין דחייתו על רקע חסר במערך תעסוקה הולם העשוי להתאים לסוגים שונים של נאשמים בהתאם לגילם, מינם, סוג העבירות שעברו, דרכי הגנה על ביטחונם וכיוצא באלה שיקולים"

בית המשפט העליון מעלה שאלה עקרונית, האם לא ראוי שהמערכת הציבורית תיערך להסדרת מקומות עבודה מתאימים לנאשמים מסוגים שונים, שבית המשפט החליט להשתמש בעניינם בענישה של עבודות שירות, כמסלול המשלב ענישה הרחבתית ושיקומית גם יחד.

במקרה המיוחד שם, בית המשפט העליון מקבל את הערעור, מאחר והמניעה לריצוי של העונש הראוי של עבודות שירות נובעת מאילווציה של המערכת הציבורית ובמיוחד כשמדובר בקטינים שעלו על דרך השיקום, הרי שבמקום עונש המאסר הוטל עליהם עונש של 300 שעות של צ.

בית המשפט העליון העביר העתק של פסק הדין לעיונם של היועץ המשפטי לממשלה ונציגי שירות בתי הסוהר.

## ע"פ 10292/06 פלונים נ' חדינת ישראל

בשם המערערים: עו"ד לימור לוגסי

מאת עו"ד אורי קינן, סגן יו"ד הוועדה לעניינים פליליים.

## פרסום החלטות הוועדות להטלת עיצום כספי

בשנת 2000 נכנס לספר החוקים של מדינת ישראל חוק איסור הלבנת הון, התשי"ס-2000 [להלן: "החוק"]. בכך הצטרפה מדינת ישראל למלחמה העולמית בהון המניע ומזין פשיעה מקומית כמו גם בינלאומית.

מכוח החוק והצווים שיצאו על פיו הוטלו חובות שונות על נותני שירותים פיננסיים (פרק ג' לחוק), על הנכנסים והיוצאים ממדינת ישראל ואליה (פרק ד' לחוק) וכן, על נותני שירותי מטבע [להלן: "נש"מ"] (פרק ד' 1 לחוק).

מכוחו של פרק ה' לחוק פועלות ועדות עיצומים המטילות עיצום כספי על גופים אשר הפרו חובה מחובות הדיווח על פי החוק.

ועדת עיצומים מונה שלושה חברים והיא קובעת מה גובה העיצום שיוטל, אם בכלל, על מפר חובת דיווח. כמובן שנערך דיון ולאחריו ניתנת החלטה מנומקת, יש לקוות, על גובה העיצום הכספי.

הסוגיה מעוררת לא מעט שאלות כמו למשל מי מחליט איזה מקרה יופנה לוועדת עיצומים ואיזה מקרה ינותב להליך פלילי. מהם הנהלים על פיהם פועלת הרשות המנהלית ועוד ועוד. על כך ברשימה אחרת.

ברשימה זו נבקש להוציא, ולו במעט, את החלטות הוועדה על נותני שירותי מטבע מן החושך אל האור.

בתוך כך נבקש לבקר ולהתירע על כך שפרוטוקולים וחשוב מכך החלטות של ועדות עיצומים אינן מפורסמות והן בבחינת "תורת הנסתר".

דומה כי אין צורך להרחיב ולפרט מה חשיבות פרסום החלטות. בהקשר זה נזכיר את דברי כבוד השופט ברנדייס כי אור השמש הוא חומר החיטוי הטוב ביותר.

דווקא משום שהטלת עיצום כספי מהווה הקלה לעומת כתב אישום פלילי חובה על הרשות להקפיד על כללי המינהל ולפרסם מרצונן את ההחלטות.

רק כך ישמר עיקרון השוויון, השקיפות תבטיח את טוהר ההליך ואת אמון הציבור ברשות.

זאת ועוד, מידת ההיגיון מצביע כי האינטרס של הרשות הוא להראות כי מי אשר מפר את הוראות החוק נפגע בכיסו.

בשולי הדברים נציין כי קיימת חוסר אחידות בין ועדות העיצומים השונות. כך למשל, ועדת העיצומים של רשות ניירות ערך פרסמה תמצית החלטותיה תוך ציון שמות המפרים. וועדת העיצומים שליד רשות המיסים אינה מפרסמת בדל מידע על החלטותיה ובעיקר חרדה היא בעניין זהות המפרים.

להלן נביא תמצית החלטות של ועדות העיצומים על נותני שירותי מטבע מיום הקמת הוועדות:

1. נש"מ הפר הוראות סעיף 7 לחוק והוראות צו איסור הלבנת הון (חובות זיהוי דיווח ניהול רישומים של נותני שירותי מטבע), התשס"ב-2002 [להלן: "הצו"] בדבר אי ביצוע הליך אימות פרטים, דרישת מסמכים ומילוי טפסי הצהרת מבקש השירות וכן ביצוע פעולות מבלי לדווח על כך לרשות לאיסור הלבנת הון בהיקף של 109,000 ₪ - הוטל עיצום כספי בגובה 10,000 ₪.

2. נש"מ שלא נרשם במרשם נותני שירותי מטבע הפר הוראות סעיף 7 לחוק והוראות הצו בדבר אי ביצוע אימות פרטים, זיהוי פנים אל פנים, דרישת מסמכים, מילוי טופס הצהרת מבקש שירות, רישום פרטי זיהוי ושמירת מסמכים וכן ביצוע פעולות מבלי לדווח על כך לרשות לאיסור הלבנת הון בהיקף של 2.5 מיליון ₪ בתקופה שבין ינואר 2003 ועד יולי 2003 - הוטל עיצום כספי בגובה 50,000 ₪.

3. נש"מ לא רשום במרשם נותני שירותי מטבע הפר הוראות סעיף 7 לחוק והוראות הצו בדבר אי ביצוע אימות פרטים, זיהוי פנים אל פנים, דרישת מסמכים, מילוי טופס הצהרת מבקש שירות, רישום פרטי זיהוי ושמירת מסמכים וכן ביצוע פעולות מבלי לדווח על כך לרשות לאיסור הלבנת הון בהיקף של 4.2 מיליון ₪ בתקופה שבין ספטמבר 2003 לדצמבר 2003 - הוטל עיצום כספי בגובה 50,000 ₪.

4. נש"מ הפר הוראות סעיף 7 לחוק והוראות הצו בדבר אי ביצוע אימות פרטים, זיהוי פנים אל פנים, דרישת מסמכים, מילוי טופס הצהרת מבקש שירות, רישום פרטי זיהוי ושמירת מסמכים וכן ביצוע פעולות מבלי לדווח על כך לרשות לאיסור הלבנת הון בהיקף של 4.9 מיליון ₪ בתקופה שבין מאי 2002 עד אפריל 2004 - הוטל עיצום כספי בגובה 50,000 ₪.

5. נש"מ הפר ביחס לשתי עסקאות הוראות סעיף 7 לחוק והוראות הצו בדבר אי ביצוע אימות פרטים, זיהוי פנים אל פנים, דרישת מסמכים, מילוי טופס הצהרת מבקש שירות, רישום פרטי זיהוי ושמירת מסמכים וכן ביצוע פעולות מבלי לדווח על כך לרשות לאיסור הלבנת הון בהיקף של 500 אלף ₪ - ועדת העיצומים הסתפקה בהתראה בלבד.

6. נש"מ הפר הוראות סעיף 7 לחוק והוראות הצו בדבר אי ביצוע אימות פרטים, דרישת מסמכים, מילוי טופס הצהרת מבקש שירות, רישום פרטי זיהוי ושמירת מסמכים וכן ביצוע פעולות מבלי לדווח על כך לרשות לאיסור הלבנת הון בהיקף של 850 אלף ₪ בתקופה שבין יולי 2003 ועד יוני 2004 - הוטל עיצום כספי בגובה 10,000 ₪.

7. נש"מ הפר הוראות סעיף 7 לחוק והוראות הצו בדבר אי ביצוע אימות פרטים, מילוי טופס הצהרת מבקש שירות, רישום פרטי זיהוי ושמירת מסמכים וכן ביצוע פעולות מבלי לדווח על כך לרשות לאיסור הלבנת הון בהיקף של 23 מיליון ₪ - הוטל עיצום כספי בגובה 30,000 ₪.

8. נש"מ הפר הוראות סעיפים 7 ו-8 לחוק וכן את הוראות הצו בדבר אי ביצוע אימות פרטים, מילוי טופס הצהרת מבקש השירות ואי מילוי אחר חובת מילוי אחראי על חובות תאגיד כנדרש וכן ביצוע פעולות החייבות בדיווח מבלי שנמסר דיווח לרשות לאיסור הלבנת הון בהיקף של 67,000 ₪ - הוטל עיצום כספי בגובה 10,000 ₪.

עט ואחיקה  
עמ' 22-5

עט ומס  
עמ' 38-23

עט ופילילים  
עמ' 46-39

עט ואמספחה  
עמ' 54-47

9. נשי"מ הפר הוראות סעיף 7 לחוק והוראות הצו בדבר אי ביצוע אימות פרטים, דרישת מסמכים, מילוי טפס הצהרת מבקש שירות, רישום פרטי זיהוי ושמירת מסמכים וכן ביצוע פעולות חייבות בדיווח לרשות לאיסור הלבנת בהיקף של 2 מיליון ₪ מבלי לעשות כן בתקופה שבין יולי 2003 ועד ספטמבר 2004 - הוטל עיצום כספי בגובה 18,000 ₪.

10. נשי"מ הפר הוראות סעיפים 7 ו-8 לחוק וכן את הוראות הצו בדבר אי ביצוע אימות פרטים, אי דרישת מסמכים, אי מילוי טופס הצהרת מבקש השירות ואי רישום פרטי זיהוי ושמירת מסמכים וכן ביצוע פעולות החייבות בדיווח מבלי שנמסר דיווח לרשות לאיסור הלבנת הון בהיקף של 4.5 מיליון ₪ - הוטל עיצום כספי בגובה 70,000 ₪.

11. נשי"מ הפר הוראות סעיף 7 לחוק והוראות הצו בדבר אי ביצוע אימות פרטים, דרישת מסמכים, מילוי טופס הצהרת מבקש שירות, רישום פרטי זיהוי ושמירת מסמכים וכן ביצוע פעולות מבלי לדווח על כך לרשות לאיסור הלבנת בהיקף של 4.5 מיליון ₪ - הוטל עיצום כספי בגובה 10,000 ₪.

12. נשי"מ הפר הוראות סעיף 7 לחוק והוראות הצו בדבר אי ביצוע אימות פרטים, דרישת מסמכים, מילוי טופס הצהרת מבקש שירות, רישום פרטי זיהוי וכן ביצוע פעולות מבלי לדווח על כך לרשות לאיסור הלבנת בהיקף של 20 מיליון ₪ בתקופה שבין אוקטובר 2002 לספטמבר 2004 - הוטל עיצום כספי בגובה 80,000 ₪.

13. נשי"מ הפר הוראות סעיפים 7 ו-8 לחוק וכן את הוראות הצו בדבר אי ביצוע אימות פרטים, אי דרישת מסמכים, אי מילוי טופס הצהרת מבקש השירות וייפוי כח, אי רישום פרטי זיהוי ושמירת מסמכים. אי מינוי אחראי חובות תאגיד וכן ביצוע פעולות החייבות בדיווח מבלי שנמסר דיווח לרשות לאיסור הלבנת הון בהיקף של 44 מיליון ₪ בתקופה שבין מאי 2002 ועד פברואר 2005 - הוטל עיצום כספי בגובה 210,000 ₪.

14. נשי"מ הפר הוראות סעיפים 7 ו-8 לחוק וכן את הוראות הצו בדבר אי ביצוע אימות פרטים, אי דרישת מסמכים, אי מילוי טופס הצהרת מבקש השירות וייפוי כח, אי רישום פרטי זיהוי ושמירת מסמכים, אי מינוי אחראי חובות תאגיד. בהיקף של 1.6 מיליון ₪ - הוטל עיצום כספי בגובה 80,000 ₪.

15. נשי"מ הפר הוראות סעיף 7 לחוק ואת הוראות הצו בדבר אי רישום פרטי זיהוי, אי מילוי הצהרת מבקש שירות וכן בצע פעולות מבלי לדווח לרשות לאיסור הלבנת הון בהיקף של כ-11 מיליון ₪ בתקופה שבין מאי 2002 ועד מאי 2004 - הוטל עיצום כספי בסך 60,000 ₪.

16. נשי"מ הפר הוראות סעיפים 7 ו-8 לחוק וכן את הוראות הצו בדבר אי ביצוע אימות פרטים, אי דרישת מסמכים, אי רישום פרטי זיהוי ושמירת מסמכים. אי מינוי אחראי חובות תאגיד וכן ביצוע פעולות החייבות בדיווח מבלי שנמסר דיווח לרשות לאיסור הלבנת הון בהיקף של 12 מיליון ₪ בתקופה שבין ינואר 2004 ועד אפריל 2005 - הוטל עיצום כספי בגובה 300,000 ₪.

17. נשי"מ הפר הוראות סעיפים 7 ו-8 לחוק ואת הוראות הצו, אי מילוי חובת מינוי אחראי על חובות תאגיד, אי רישום פרטי זיהוי, אימות פרטים ודרישת מסמכים, אי דרישת הצהרת מבקש שירות וייפוי כח וחובת שמירת מסמכים וכן ביצוע פעולות מבלי לדווח לרשות לאיסור הלבנת הון בהיקף של 140 מיליון ₪ בתקופה שבין מאי 2002 ועד ספטמבר 2004 - הוטל עיצום כספי בסך 250,000 ₪.

18. נשי"מ הפר הוראות סעיף 7 לחוק ואת הוראות הצו בדבר אי רישום פרטי זיהוי, אימות פרטים ודרישת מסמכים, אי דרישת הצהרת מבקש שירות וייפוי כח וחובת שמירת מסמכים בהיקף של כ-80 מיליון ₪ בתקופה שבין אפריל 2003 ועד נובמבר 2005 - הוטל הועדה עיצום כספי בסך 120,000 ₪.

19. נשי"מ הפר הוראות סעיף 7 לחוק ואת הוראות הצו בדבר אי רישום פרטי זיהוי, אימות פרטים ודרישת מסמכים, אי דרישת הצהרת מבקש שירות וייפוי כח וחובת שמירת מסמכים בהיקף של כ-232 מיליון ₪ בתקופה שבין מאי

2002 ועד מרץ 2003 - הועדה הסתפקה במתן התראה.

20. נשי"מ הפר הוראות סעיפים 7 ו-8 לחוק ואת הוראות הצו, בדבר אי מילוי חובת מינוי אחראי על חובות תאגיד, אי רישום פרטי זיהוי, אימות פרטים ודרישת מסמכים, אי דרישת הצהרת מבקש שירות וייפוי כח וחובת שמירת מסמכים וכן ביצוע פעולות מבלי לדווח לרשות לאיסור הלבנת הון בהיקף של כ-105 מיליון ₪ בתקופה שבין מאי 2002 ועד דצמבר 2004 - הוטל עיצום כספי בסך 130,000 ₪.

21. נשי"מ הפר הוראות סעיף 7 לחוק ואת הוראות הצו בדבר אי רישום פרטי זיהוי, אימות פרטים ודרישת מסמכים, אי דרישת הצהרת מבקש שירות וייפוי כח וחובת שמירת מסמכים וכן ביצוע פעולות מבלי לדווח על כך לרשות לאיסור הלבנת הון בהיקף של כ-45 מיליון ₪ בתקופה שבין יוני 2002 ועד אפריל 2005 - הוטל עיצום כספי בסך 130,000 ₪.

22. נשי"מ שאינו רשום במרשם הפר הוראות סעיף 7 לחוק ואת הוראות הצו בדבר אי רישום פרטי זיהוי, אימות פרטים ודרישת מסמכים, אי דרישת הצהרת מבקש שירות וייפוי כח וחובת שמירת מסמכים וכן ביצע פעולות מבלי לדווח לרשות לאיסור הלבנת הון בהיקף של כ-1.8 מיליון ₪ בתקופה שבין אוקטובר 2002 ועד מרץ 2005 - הוטל עיצום כספי בסך 60,000 ₪.

23. נשי"מ הפר הוראות סעיף 7 לחוק ואת הוראות הצו בדבר אי רישום פרטי זיהוי, אימות פרטים ודרישת מסמכים, אי דרישת הצהרת מבקש שירות וייפוי כח וחובת שמירת מסמכים - הועדה הסתפקה בהתראה.

24. נשי"מ הפר הוראות סעיפים 7 ו-8 לחוק ואת הוראות הצו, בדבר אי מילוי חובת מינוי אחראי על חובות תאגיד, אי רישום פרטי זיהוי, אימות פרטים ודרישת מסמכים, אי דרישת הצהרת מבקש שירות וייפוי כח וחובת שמירת מסמכים וכן ביצוע פעולות מבלי לדווח לרשות לאיסור הלבנת הון בהיקף של כ-12 מיליון ₪ בתקופה שבין מאי 2002 ועד מאי 2006 - הוטל עיצום כספי בסך 60,000 ₪.

25. נשי"מ הפר הוראות סעיף 7 לחוק ואת הוראות הצו בדבר אי רישום פרטי זיהוי, אימות פרטים ודרישת מסמכים, אי העברת פרטי דיווח, אי דרישת הצהרת מבקש שירות וייפוי כח וחובת שמירת מסמכים וכן ביצע פעולות מבלי לדווח לרשות לאיסור הלבנת הון בהיקף של כ-40 מיליון ₪ בתקופה שבין מאי 2002 ועד ינואר 2006 - הוטל עיצום כספי בסך 50,000 ₪.

26. נשי"מ הפר הוראות סעיף 7 לחוק ואת הוראות הצו בדבר אי רישום פרטי זיהוי, אימות פרטים ודרישת מסמכים, אי דרישת הצהרת מבקש שירות וייפוי כח וחובת שמירת מסמכים וכן ביצע פעולות מבלי לדווח לרשות לאיסור הלבנת הון בהיקף של כ-8 מיליון ₪ בתקופה שבין אפריל 2003 ועד אפריל 2005 - הוטל עיצום כספי בסך 35,000 ₪.

27. נשי"מ הפר הוראות סעיף 7 לחוק ואת הוראות הצו, בעסקה בודדת בדבר אי רישום פרטי זיהוי, אימות פרטים ודרישת מסמכים - הועדה הסתפקה בהתראה.

כאמור, עמדנו היא כי מן הפן המשפטי והציבורי כאחד ראוי לפרסם את החלטות במלואן. יש לקוות כי גורמי אכיפת החוק יפעלו לחיקון המעוות, ויפה שעה אחת קודם.

**רם נאור, עו"ד, יו"ר ועדת חוק איסור הלבנת הון.**



# עט ומשפחה

גליון מס' 46 | סיון תשס"ח | יוני 2008

יוצא לאור ע"י ועד מחוז ת"א והמרכז של לשכת עורכי הדין | המערכת: דניאל פריש 10, ת"א 64731

## חברות וחברים יקרים,

הועדה לענייני משפחה של לשכת עורכי הדין במחוז תל אביב והמרכז, ממשיכה בפעילותה, מתוך מטרה להביא בפני ציבור עורכי הדין במחוז, מידע מקצועי פרקטי אשר יסייע לכולנו הן בניהול התיקים, והן במישור היום יומי של פתרון בעיות המתעוררות במסגרת עבודתנו השוטפת.

בהרחבת מאגר הידע לנוכח העובדה שתחום "ענייני משפחה" כהגדרתו בחוק, הפך בשנים האחרונות לתחום רחב ביותר, אשר חולש ואף פולש לתחומי משפט אחרים, אשר בעבר לא היו מוגדרים כקשורים לתחום.

בנוסף לישיבות השוטפות של הועדה שאנו מקימים, יש בכוננתנו להמשיך את סדרת ימי העיון וההשתלמויות, שכבר החלנו בהם, ולשמחתנו, הענות החברים להם הייתה עצומה. כמו כן, יש בכוננתנו לקיים עד סוף השנה הנוכחית, סדנה מקיפה בנושאים שונים המעסיקים את כולנו. פרטים על מועדיה ותוכנה של הסדנה יפורסמו בהמשך.

כבר בהשתלמות הנופש הקרובה (בתחום המשפט הפלילי) אשר תיערך במלון הרוסד באילת בין התאריכים 12-14 לחודש יוני ייערך מושב מיוחד בנושא "אלימות במשפחה" בו ירצו כב' השופט שאול שוחט מבית המשפט המחוזי בתל אביב, כב' השופט יעקב כהן מבית המשפט לענייני משפחה בכפר סבא ועו"ד נאוה פרס, סגן יו"ר פרום המשפחה הארצי.

נציין כי פעילותה של הועדה לענייני משפחה במחוז, מתקיימת בצד הפעילויות המבורכת שמבצעים הפרוים הארצי של דיני משפחה (כמו למשל הכנס השנתי בתחום), והמכון להשתלמות של עו"ד, גופים שתורמים אף הם להעשרה של כולנו.

כחלק מעבודת הועדה נמשיך בקביעות את המסורת של עדכוני פסיקה מערכאות השיפוט השונות בגיליונות עט ומשפחה. נשמח לקבל לשולחן המערכת פסיקה חשובה שתעניין את החברים.

הועדה ממליצה לציבור עורכי הדין להיכנס ולהירשם לאתר המחוז [www.tabar.org.il](http://www.tabar.org.il) כדי לקבל הודעות דרך הדואר האלקטרוני וכן על מנת להתעדכן בימי העיון וההשתלמויות אשר עורכת הועדה.

הועדה עומדת לשירותכם בכל דבר ועניין, עורכי דין המעוניינים להעלות נושא לדיון מוזמנים לעשות זאת בכל עת. כמו כן נשמח לקבל רעיונות, המלצות או אפילו תלונות. את כל אלה החברים מתבקשים לשלוח ישירות למזכירות הועד בפקס: 03-6918074 או באי מייל [lishka@tabar.org.il](mailto:lishka@tabar.org.il).

דלתנו פתוחה בפני כל מי שרוצה לתרום למען תחום דיני המשפחה וכל פנייה תתקבל בברכה.

בברכת חברים,

רון דליהו, עו"ד

יו"ר (משותף) הועדה לענייני משפחה

שלומי באשי, עו"ד

יו"ר (משותף) הועדה לענייני משפחה



## תח"ש 22245/95 פלוני נ' אלחוניית (9/12/07)

**בבית המשפט לענייני משפחה במחוז תל אביב  
בפני כב' השופט יהושע גייפמן  
דמי שימוש בגין דירת מגורים**

תביעה לחיוב בן זוג לשעבר בדמי שימוש בגין דירת מגורים של בני הזוג.

האישה התגוררה בבית הצדדים ללא הבעל מ-1.93.1.12.00 כאשר במסגרת הסכם הגירושין הגיעו הצדדים להסכמה בדבר תשלום דמי שימוש לתקופה שמיום 25.10.99 ועד ליום 1.12.00.

התביעה הוגשה בגין התקופה עליה לא הייתה הסכמה.

טענות ההגנה היו כי לא הייתה כל מניעה של הבעל לחזור ולהתגורר בדירה אולם הוא בחר מרצונו שלא לעשות כן וכמו כן בהיות הצדדים נשואים בתקופה האמורה, זכאית האישה מדין מזונות למדור חיים בדירה.

בפסק דין מקיף סקר ביהמ"ש את המקרים בהם יש או אין לחייב בדמי שימוש וקבע שבעה כללים מנחים בנושא דמי שימוש אולם הוסיף כי כל תביעה לשמי שימוש תוכרע בהתאם לנסיבות הספציפיות של התיק, וכי נטל השכנוע חל על בן זוג התובע את דמי השימוש.

ביהמ"ש דחה את התביעה בקובעו כי הבעל לא הרים את הנטל המוטל עליו כל שהייתה מניעה מצד האישה לחזרתו לבית המשפחה.

לתובע: עו"ד גינסברג חן

לנתבעת: עו"ד גוטליב-שטיינמץ ענת

## תח"ש 106332/97 בש"א 3372/07 א.ב. נ' ר.ק (20/12/07)

**בבית המשפט לענייני משפחה במחוז תל אביב  
בפני כב' השופט פאול שטרק  
בקשה למחיקה על הסף**

האישה הגישה תביעה להצהיר עליה כשותפה בנכס מקרקעין הרשום על שם בעלה בלבד.

הבעל הגיש בקשה למחיקת התביעה בטענה כי הנישואין פרס פקעו וכי באם תקבל התביעה תהפוך האישה לבעלים של מחצית מהנכס ותוכל להגיש תביעה לפירוק השיתוף בו והכל, לפני מועד פקיעת הנישואין.

ביהמ"ש דחה את הבקשה בקובעו כי הייחודיות של מקרקעין בפאן החברתי שתכליתה להימנע מקיפאון בשוק הנדל"ן, הגרמת עקב התדיינות ממושכת בין צדדים להליך גירושין, גוברת על הצורך להיצמד למועד פקיעת הנישואין עוד בטרם מוחל איזון משאבים.

עוד קבע ביהמ"ש כי כל החלטה אחרת הייתה מקימה יתרון לא מחויב וראוי לטובת הבעל, מה שיש בו כדי לעודד אותו להתנהל ולפעול באיטיות רבה במישור הסדרת יחסי הנישואין של בני הזוג.

למבקש: עו"ד אוסנת קוצר

למשיב: עו"ד נורית גונן ומיכל אונגר

## תח"ש 203797/95 פלוני נ' אלחוניית (6/11/07)

**בבית המשפט לענייני משפחה במחוז תל אביב  
בפני כב' השופט טובה סיון  
ביטול הסכם גירושין וממון**

הצדדים חתמו על הסכם גירושין שאושר וקיבל תוקף של פסק דין ואכן התגרשו כשבועיים לאחר אישור ההסכם. לאחר שלושה חודשים חדל התובע מלקיים את ההסכם וכשנה וחצי לאחר מכן הגיש תביעה לביטול ההסכם בטענות של עושק, טעות, המעייה ובשל היות ההסכם מנוגד לתקנות הציבור ומנימוקי צדק.

בפסק דין ארוך ומקיף ותוך התייחסות לנסיבות עריכת ההסכם, אישורו והתנהלות הכספית קודם ולאחר החתימה, כמו גם ניתוח טענת העושק והיסודות שיש להוכיח לטוען טענה זו וכן התייחסות לטענות הטעות וההטעיה, קיבל ביהמ"ש את התביעה וביטל את ההסכם מעיקרו.

ביהמ"ש קבע כי בנסיבות שהובאו בפניו ולאחר שמיעת הראיות והעדויות הוכח בפניו כי התובע חתם על ההסכם בנסיבות של עושק וכפיה נפשית של הנתבעת כלפיו אשר התבטאה בין היתר בהטחה כי החתימה על ההסכם תשאיר פתח לחזרה לחיים משותפים מבחינתה.

ביהמ"ש ביסס את קביעתו, בין היתר, על כך שהוכח שההסכם מיטיב באופן קיצוני לטובת הנתבעת ואינו משקף את האיזון הרכושי והכספי בין הצדדים וכן על בסיס עדותו של הפסיכולוג שטיפל בצדדים בדבר יכולתו הנפשית של התובע להתמודד עם הנתבעת.

ביהמ"ש קבע כי הנתבעת ניצלה את מצוקת התובע לטובתה וכי בנסיבות העניין יש לבטל את ההסכם מעיקרו ומכל ביטול זה נקבע זכאי להשבת כל הכספים ששילם בתיק ההוצאה לפועל, למעט מזונות הקטין אשר נאכלו.

לתובע: עו"ד עזרא רוני וסמדר גור ארי

לנתבעת: עו"ד יגאל מזרחי

## תח"ש 72225/01 בש"א 11037/97 ט.א. נ' ט.ל (28/1/08)

**בבית המשפט לענייני משפחה במחוז תל אביב  
בפני כב' השופט עליסה מילר  
בקשה לדחיית תביעה למשמורת על הסף בטענת חוסר סמכות**

ביום 25/1/07 הגיש הבעל תביעה לשלום בית ולחילופין גירושין. בתביעה כרך באופן מפורש את נושא משמורת הקטינות.

ביום 31/7/07 הגישה המשיבה תביעה למשמורת הקטינות בבית המשפט לענייני משפחה.

הבעל הגיש בקשה למחיקת התביעה בבית המשפט בטענה כי הסמכות נתונה לבית הדין הרבני לאור העובדה כי הקדים את האישה בתביעתו לבית הדין וכי הנושא כרוך מעצם טיבו וטבעו בנושא גירושין.

האישה טענה כי התביעה הוגשה כשלום בית וכי הלכה למעשה אין אצל הבעל רצון אמיתי להתגרש וכל מטרת התביעה הייתה לחסום את דרכה של האישה לבית המשפט.

בית המשפט דחה את הבקשה וקבע כי התביעה החלופית לגירושין הוגשה בחוסר רצון להתגרש ובחוסר תום לב וכי הסמכות לדון בנושא משמורת הקטינות נתונה לבית המשפט לענייני משפחה.

בית המשפט ביסס החלטתו על העובדה כי התביעה לשלום בית ולחילופין גירושין עסקה רובה ככולה בנושא שלום הבית ולא גילתה כל עילה לגירושין וכן מעיון בפרוטוקולים של הדיונים שהתקיימו בבית הדין בהם הביע הבעל באופן חד משמיע את רצונו בשלום בית וזאת למרות התנגדותה הנחרצת של האישה.

למבקש: עו"ד מרגלית - ישראלי אילת

למשיב: עו"ד ורדה חקלאי

## בית הדין הרבני הגדול (15/1/08)

**בפני כב' הדיינים: הרב שלמה דיכובסקי - יו"ר, הרב עזרא בר שלום - דיין, הרב ציון בוארון - דיין**  
**קביעת מועד הקרע בין הצדדים לצורך חלוקת רכוש**

הבעל הגיש את התביעה לגירושין ביום 9/2/05 ובית הדין האזורי קבע את מועד הקרע בין הצדדים ליום 20/2/07 כאשר דעת המיעוט הייתה לקבוע את מועד הקרע ליום 10/11/05.

הצדדים התגרשו והערעור נסב על שאלת קביעת מועד הקרע.

טענת הבעל היא שהאישה פרסמה עצמה באינטרנט כגרושה במטרה רצינית ליצירת קשר עם גבר אחר עוד ביום 15/1/05 ולאחר מכן פרסום נוסף ביום 8/6/05 וכי פרסומים אלו מראים כי האישה גמרה בדעתה להתגרש, זמן רב לפני מועד הקרע שנקבע בבית הדין האזורי.

טענת האישה כי לא רצתה להתגרש ועשתה זאת לאור העובדה שבעלה בגד בה ועל מנת לעורר את קנאתו.

בית הדין קבע פה אחד כי אף אם תתקבל טענת האישה הרי שיש לקבלה רק בגין הפרסום הראשון ואילו מועד הפרסום השני מראה ומצביע על עמדה עקרונית.

בית הדין ציין כי הפרסום הכיל תמונות, שכל אחד יכול לחזות בהן ומשמעותן הודאה קבל עם ועדה כי האישה רואה עצמה כגרושה לכל דבר.

על כן נקבע כי מועד הקרע יוקדם ליום 8/6/05 כשנתיים קודם למועד אשר נקבע בבית הדין האזורי.

לבעל: עו"ד ארזני רחל

למשיב: עו"ד כריסטוף רפי

## בית הדין הרבני הגדול (11.3.08)

**בפני כב' הדיינים: הרב חגי איזר - יו"ר, הרב מנחם חשאי - דיין, הרב ציון אלגרובלי - דיין**  
**ערעור על פסק דינו של בית הדין האזורי אשר קבע כי לא ניתן לבצע סידור גט בין הצדדים כל זמן שלא יבוטל פסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה בעניין הצדדים.**

בית המשפט לענייני משפחה חייב את הבעל לשלם לאישה סך של 400,000 ש"ח בגין תביעתה לפיצוי נזיקין וכן 4,000 ש"ח לחדש כפיצוי עבור נזק כלכלי עתידי וכן 40,000 ש"ח בצירוף מע"מ הוצאות משפט.

תביעת האישה הוגשה לאחר שהבעל חויב ליתן לה גט אולם סירב לעשות כן.

בית הדין האזורי (אשר חייב את הבעל לתת גט - הערת מערכת) קבע, לאחר מתן פסק הדין של בית המשפט, כי לא ניתן לבצע סידור גט בין הצדדים כל זמן שלא יבוטל פסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה.

האישה הגישה ערעור על פסק דין זה.

הרב חגי איזרר קבע, כי תביעת נזיקין בגין סרבנות גט נמצאת בסמכותו הייחודית של בית הדין הרבני, בהיות תביעה זו "עניין של גירושין", ולפיכך יש בפסיקת דמי נזיקין עקב סרבנות גט ע"י ביהמ"ש למשפחה משום מתן פסק דין עקיף לגירושין בערכאה שאינה מוסמכת לכך.

לדברי הרב איזרר: "תביעה נזיקית בבית המשפט בגין סרבנות גט, מביאה איפוא לאישה נזק, יותר מאשר תועלת".

הרב המליץ, כי: "ייתבו לעשות עורכי הדין העוסקים בדיני משפחה, אם ישקלו היטב בטרם ימליצו לאישה להגיש תביעת נזיקין לבית המשפט האזרחי בגין סרבנות גט".

(הערת מערכת - במהלך כתיבת פסק הדין בערעור נתקבלה הודעה לפיה פסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה בוטל בהסכמת הצדדים אולם למרות זאת ועקב חשיבות הנושא סבר בית הדין כי יש לדון בתיק ולפסוק לגופו של ערעור).

לבעל: עו"ד ישראל אדלשטיין

## תח"ש 48620/05 א.ק. ואח' נ' י.ע. ואח' (19/03/08)

**בבית המשפט לענייני משפחה במחוז תל אביב**

**בפני כב' השופט שאול שוחט**

**ירושה, אגודות שיתופיות.**

הצדדים להליך הינם אחים וירשיהם היחידים של הוריהם המנוחים, שהיו ועודם רשומים כבעלי זכויות מסוג בר רשות במשק. בפסק דין חשוב של כב' השופט שוחט, מהעת בה עדין ישב בבית המשפט למשפחה נקבע: זכות בר רשות במשק אינה ניתנת להורשה, אם הסכם המשבצת שמכוחו ניתנו הזכויות אינו מתיר זאת.

עוד נקבע בהקשר זה, מכיוון שהזכויות במשק אינן ברות הורשה אין תחולה ישירה לס' 114 לחוק הירושה המקנה זכות פיצוי ליתר היורשים.

במקרה הנוכחי הנתבע לא קנה זכויות כ"בן ממשיך" ע"י מנהל מקרקעי ישראל, שכן המנהל לא נתן הסכמתו להענקת זכויות (בהיבט הקנייני). עם זאת נפסק, במקרה זה, הזכויות של "בר רשות" מגיעות לנתבע לאור היותו מוכן ומסוגל לקיים את המשק בהתאם להסכם המשבצת. באין הסכמה בנידון, יחליט בכך בית המשפט. הנתבע הוא היחיד מבין ילדי המנוחים שהתגורר ועודנו מתגורר, למעלה מ-20 שנה במשק כך שלמעשה מקיים את המשק.

לתובעות: עו"ד רונן אופיר

לנתבע: עו"ד רמי בובליל ואורית נבו

## תח"ש 14140/07 ל.נ. ל.ח.נ (24/02/08)

**בבית המשפט לענייני משפחה במחוז המרכז**

**בפני כב' השופט יעקב כהן**

**משמורת קטינים, החזרת ילדים חטופים.**

הצדדים הינם גרושים ובית המשפט בארה"ב פסק כי המשמורת על הבן, שכיום הינו כבן 13, תהיה לאם המתגוררת דרך קבע בארה"ב. האב נטל את הקטין לישראל ולא השיבו. לטענתו, מועד החזרה לא סוכס מפורשות וכן קיימת לו הגנת "השתלבות", הגנת ה"נזק" ו"כיבוד רצון הילד".

בית המשפט דן בטענות ההגנה השונות ומנתח אותן אך דחה את התביעה עפ"י חוק אמנת האג (החזרת ילדים

חטופים) התשנ"א-1991 מהטעם של כ"כיבוד רצון הילד".

משטייב הנתבע להשיב את הקטין למשמורת אימו, במועד שסוכם יש בכך לכאורה "אי החזרה שלא כדין". מדובר בהפרה של זכות המשמורת שהוענקה לאם ובפרט הזכות לקבוע את מקום מגוריו של הקטין.

יחד עם זאת, בית המשפט קובע כי הגנת "רצון הילד" הינה רלבנטית באותם מקרים בהם הגיע הילד לגיל ולרמת בגרות שבהם מן הראוי להביא בחשבון את השקפותיו. ההתחשבות ברצון הקטין תילקח בחשבון באותם מקרים בהם מתברר כי מדובר ברצון אותנטי, שאינו פרי הסתה ולחץ או פרי הזדהות הקיימת לעיתים קרובות בין הילד להורה שבחוקתו בפועל הוא מצוי וכאשר נראה כי ההתנגדות אינה גחמה רגעית חולפת, אלא קבועה ורצינית.

דחיית התביעה אין בה משום הכרעה לגופה של המחלוקת בעניין המשמורת.

לתובעת: עו"ד שמואל גרוסמן

לנתבע: עו"ד אטיה דבורה

## תח"ש 16310/08 פלוני נ אלמוני (27/4/08)

**בית המשפט לענייני משפחה במחוז תל אביב**

**פני כב' השופט ד"ר גרשון גרמן**

**ידועים בציבור, זכויות הומוסקסואלים ולסביות, זכויות הפרט.**

השאלה שעלתה בפני בית המשפט האם ניתן להחיל את החוק למניעת אלימות במשפחה וחוק בית המשפט למשפחה על בני זוג הומוסקסואלים?

בית המשפט קבע בפסק דין ארוך בן כ-40 עמודים כי החוק למניעת אלימות במשפחה וחוק בית המשפט לענייני משפחה אינם חלים על בני זוג מאותו מין, מהטעמים הבאים:

א. אין לדבר על משפחה ללא האלמנט של זכר ונקבה ושל הורות בפוטנציה, הורות מושגית.

ב. הן בהצעת החוק והן בדברי הכנסת לעניין החוק אין מאומה, לתחולתו על בני זוג מאותו מין.

ג. יחסים הומוסקסואליים עומדים בסתירה לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, בהיותם עומדים בסתירה לערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

ד. עקרון השוויון בחוק יסוד האדם וחירותו מדבר על "יחס שווה אל בני אדם, אשר לא קיימים בניהם הבדלים של ממש, שהם רלבנטיים לאותה מטרה".

כמו כן קובע כב' השופט כי בהתאם לפסיקה, ניתן להצביע על שלושה נתונים אותם מקובל לראות כיסודות קבועים מינימליים בחיי משפחה:

1. יסוד האישות

2. יסוד הכלכלי

3. היסוד האמוצינאלי. במקרה דנן, לא הוכחו שני היסודות האחרונים וכל שאיחד בין הצדדים הוא יחסי המין המשותפים. ומכאן שלא ניתן, אפוא, לקבוע שניתן להגדיר את יחסי הצדדים כיחסים של ידועים בציבור.

לבסוף בית המשפט אומר כי למבקש אפשרות לפנות לבית המשפט, שאיננו בית המשפט לענייני משפחה, ולבקש שם סעד ראוי שלא על דרך צו הגנה על פי החוק.

## תח"ש 15485/03 צ.א.נ צ.אל (6/1/08)

**בבית המשפט לענייני משפחה בבאר שבע**

**כב' השופט דניאל טפרברג**

**איזון משאבים בין בני זוג.**

מדובר בבני זוג אשר נישאו בשנת 1992 בנישואין אזרחיים ונישואיהם הותרו באמצע שנת 2006. הנתבע למד לימודים אקדמיים והינו בעל תואר ראשון במדעי המחשב, הנתבע עובד כשכיר בתחום ההיי טק, וצבר זכויות כספיות שונות. התובעת, לעומת זאת, למדה שלש שנים במכללה אקדמית בתחום מדעי המחשב ונכשלה בשנת לימודיה האחרונים, כך שלא רכשה הכשרה מקצועית, התקשתה למצוא עבודה וכשמצאה שכרה נפל משמעותית מזה של הנתבע.

בית המשפט מחייח במסגרת פסק דינו למספר נקודות מהותיות בהסדר איזון המשאבים בין בני זוג: מה דינו של חוב בחשבון המשותף, אשר הועבר על שם אחד הצדדים בלבד? נטל ההוכחה בהם הוצאו כספים מהחשבון המשותף, שמקורם בבגידה? והאם מוניטין אישי הינו נכס בר איזון?

בשלושת העניינים האמורים קובע בית המשפט:

יש לכלול במסגרת החיובים הנכללים באיזון גם את יתרת החובה בחשבון המשותף וזאת בהסתמך על ס' 9 לחוק יחסי ממון וכן בהסתמך על ס' 5(א) (3) לחוק. על מנת להוציא נכס מסוים מכלל האיזון יש לערוך הסכם בכתב. בהעדר הסכמה יש כאמור לאזן גם את יתרת החובה.

אחד החריגים לשיטת בחובות הינו במקרה של כספים שהוצאו בהפרת נאמנות כגון הוצאות הבעל להחזקת פילגש. ההלכה הנ"ל שנקבעה ביחס לזוג שחלה עליו חזקת השיטוף הוחלה גם על זוגות שנישאו לאחר שנת 1974. במקרים מעין אלו על הנתבע להוכיח כי היקף הוצאות מצומצם מזה הנטען ע"י התובעת. במקרה דנן לא הרים הנתבע נטל זה.

בעניין כושר השתכרות עתידי או מוניטין אישי אין עדין הלכה מחייבת ברורה. אומנם בבע"מ 4623/04 מיום 26.07.07 הובאה גישה עקרונית המחילה את הלכת השיטוף על כושר ההשתכרות ונקבעו מספר עקרונות מנחים אך עדין אין בכך די.

בנסיבות העניין קובע בית המשפט כי יש לעשות שימוש במסגרת סמכותו מכוח ס' 8(2) לחוק כדי להביא לצמצום חוסר השוויון שנוצר בין הצדדים ולמתן הזדמנות לתובעת להגיע ליכולת השתכרות דומה לזו של הנתבע. בהתחשב בזאת שהיא מטופלת בילדים, מעבר לחלקה שוויונית של כלל הנכסים מחייב בית המשפט את הנתבע לשלם לתובעת 50,000 ש"ח, סכום המורכב משכר לימוד של שנתיים והשלמת הכנסה לתקופה זו, וזאת ללא קשר ללימודיה בפועל של התובעת.

לתובעת: עו"ד חגית לב

לנתבע: עו"ד זגורי מיכאל

## תח"ש 20673/04 ב.ח.נ' ב.ה.א (9/3/08)

**בבית המשפט לענייני משפחה בירושלים**

**כב' השופטת נילי מימון**

**חיוב בניזקין בשל התעללות בבן זוג.**

מדובר בתביעה לקבלת פיצויים שהגישה התובעת כנגד בעלה לשעבר הן בגין נזקים שנגרמו לה עקב סרבנותו ליתן לה גט במשך למעלה מעשרים שנה ועקב אלימות פיזית מילולית נפשית כלכלית ומינית שנהג בה מראשית נישואיהם.

בית המשפט קובע כי במישור הראיתי לא ניתן להיעתר לתביעה של חיוב בפיצוי בגין עגינות שכן, התובעת אמנם הגישה בשנות ה-80 תביעת גירושין אולם לא חידשה אותה במשך 20 שנה והנתבע חויב לתת גט רק עם חידוש ההליך בשנת 2004. יחד עם זאת, אומר בית המשפט כי במישור העקרוני התוצאה לפיה תובעת שלא פעלה לאורך שנים להשגת גט אף שחייתה בפירוד מבעלה תיתפס כמוותרת על גיטה לעולם, היא תוצאה שאין הרעת סובלת והיא מביאה לפגיעה קשה בזכותה היסודית של התובעת לאוטונומיה אישית.

במישור הראיתי העובדתי, התקבלה גרסתה של התובעת בדבר כליאה, התעללות ואלימות פיזית ונפשית, שנקט נגדה הנתבע. יחד עם זאת הטענות לנזקים הגופניים לא הוכחו במידה מספקת ולא הוכח נזק ממוני. בהתחשב באופי העולות, היחסים שבין הצדדים, הנזק האינהרנטי שנגרם כתוצאה ממעשי העוולה, ומנגד השהוי הרב שבהגשת התביעה, נקבע כי הנתבע יפצה את התובעת בסכום של 25,000 ₪.

בית המשפט קורא בשולי פס"ד לקבוע בדין עוולה מיוחדת בגין התנהגות של השפלה, ביזוי, פגיעה בכבוד ברגשות ובאוטונומיה של בן זוג וזאת ללא קשר לעולות הרשלנות או לעולות התקיפה והכליאה שהוכחו במקרה דנן.

לתובעת: עו"ד שירה דרורי סאלם

לנתבע: עו"ד עז אלדר

## תמ"ש 20100/04 פלונית נ' פלוני (27/11/07)

**בבית המשפט לענייני משפחה בראשל"צ**

**כב' השופטת חנה קיציס**

**יחסי ממון בין בני זוג, דמי שכירות ראויים.**

הנתבע עזב את דירת הצדדים, בעקבות כך הגישה האישה תביעת מזונות קטינים ואילו הנתבע הגיש תביעה לפירוק שיתוף בדירה המשותפת וכן תביעה לדמי שכירות ראויים בטענה כי התובעת סילקה אותו מהדירה ומנעה ממנו לשוב להתגורר עמה.

בית המשפט קובע כי יש לו שיקול דעת לקבוע באלו מקרים יחויב בן זוג בתשלום דמי שימוש ראויים בגין שימוש ייחודי שעושה משנהו בדירת המגורים, ואת המועד ממנו יוכל לקבלם.

במקרה בו השותפים בעל ואישה, והבעל עוזב את הדירה מרצונו, אין האישה חייבת לשלם לו דמי שימוש ראויים, משלא מנעה ממנו שימוש בנכס. מאידך העובדה כי בן הזוג עזב את הבית מרצונו בעת משבר בחיים המשותפים, אין בה כשלעצמה, כדי למנוע דמי שימוש מאותו בן זוג, ובוודאי לא "לעולם".

במקרה הנוכחי בית הדין הרבני פסק לאישה מדור ספציפי לאחר החלטת בית המשפט לפירוק שיתוף. אין בהחלטת בהד"ר כדי לדחות את התביעה של הבעל לדמי שימוש ראויים כמו כן אין בהחלטת בהד"ר לעכב או למנוע את פירוק השיתוף.

התובעת במקרה זה גם פעלה בניגוד לדין ובחוסר תום לב, בפנייתה לבהד"ר, בניסיון למנוע מהנתבע זכות המגיעה לו לאור כל אלה קובע בית המשפט כי יש לחיבה בדמי שימוש ראויים בגובה מחצית שכ"ד חודשי, החל מיום הגשת התביעה.

לנתבע: עו"ד אירית רייכמן

