

המערעות:

1. לשכת עורכי הדין בישראל

2. הוועדה הבוחנת של לשכת עורכי הדין

שתיהן ע"י ב"כ עוה"ד גלעד וקסלר ו/או דוד יצחק ו/או רונן בוך

מרח' לינקולן 20 (בית רובינשטיין), תל אביב

טל: 03-7525222 פקס: 03-7527555

נגד

שי מכלוף

המשיב 1:

באמצעות ב"כ עוה"ד אורן טסלר

טל: 03-6495011 פקס: 03-6495022

עיקרי טיעון (שאלה 30)

**מטעם המשיב 1**

שתי הלכות מנחות בבתי המשפט המחוזיים/ היעדר הלכה מחייבת בבית המשפט העליון

1. כאשר עסקינן בשאלת הסמכות העניינית של בתי המשפט לדון בתביעה לחלוקת מקרקעין שלא נרשמו, הרי שעד למועד כתיבת עיקרי טיעון אלו, קיימות להן שתי הלכות מנחות בבתי המשפט המחוזיים ואשר סותרות האחת את השנייה.

הראשונה:

ניתנה בה"פ 000119/08 שרה שוייצר נגד אילן רפאל, בבית המשפט המחוזי בחיפה על ידי **כבוד השופט יצחק עמית**, הקובעת כי המבחן הפשוט והיעיל לבחינת הסמכות העניינית בתובענה שבמקרקעין הוא **מבחן הסעד הנדרש**. ממשיכה וקובעת ההלכה המנחה כי סעדים במקרקעין שעניינם חזקה, שימוש וחלוקת מקרקעין, מנותבים לבית משפט השלום, **בין אם המקרקעין רשומים ובין אם לאו**, בין אם שווי המקרקעין עולה על הסמכות הכספית של בית משפט השלום ובין אם הוא בגדר הסמכות הכספית של בית משפט השלום (להלן: "פרשת שוייצר").

## השנייה:

ניתנה בת"א 54109-02-14 נורילי לוי שרה נ. שמואלי שלמה, בבית המשפט המחוזי בתל אביב והקובעת כי הסמכות העניינית לדון בתביעה לחלוקת מקרקעין שנרשמו, שייכת לבית משפט השלום, יהיה שווי הזכות אשר יהיה, ואילו הסמכות לדון בתביעה לחלוקת מקרקעין שלא נרשמו, תיגזר לפי שווי (להלן: "פרשת נורילי").

### התייחסות פוסקים להלכה המנחה שניתנה ע"י כבוד השופט יצחק עמית בפרשת שויצר

2. מספר רב של פוסקים בבתי המשפט, קובעים סמכותם העניינית לדון בתביעות פירוק שיתוף במקרקעין שלא נרשמו על פי ההלכה שנקבעה בפרשת שויצר (ראו למשל: החלטתה של כב' השופטת אילת דגן שניתן בת"א 34844-02-11 פתחיה אגבאריה נ. מוחמד אגבאריה מיום 16.09.11; החלטתה של כבוד השופטת חנה מוניץ בת.א 7575-11-11 מדינת ישראל נגד פדלאללה ח'ליל רדא, מיום 6.8.2014 והחלטתה של כבוד השופטת רנה הירש בת"א 53934-06-13 ניסים ואח' נ' לוי ואח' מיום 5.11.15.

### כתב הערעור אינו מראה טענות ערעוריות על קביעותיו של בית משפט קמא לגבי שאלה 30

3. בית משפט קמא קבע כי קיימות שתי הלכות מנחות בבתי המשפט המחוזיים. עוד קבע בית משפט קמא כי במצב דברים זה ובהיעדר הלכה מחייבת שהתגבשה בבית המשפט העליון, הוא מוצא לנכון להכיר בחלופה הנוספת (חלופה א) המתארת את המצב המשפטי של ההלכה המנחה האחרת גם כתשובה נכונה.
4. בכל הכבוד הראוי, כתב הערעור אינו מראה טענות ערעוריות על קביעותיו אלו של בית משפט קמא. כתב הערעור הוא לכל היותר ניסיון חוזר של המערערות לשכנע את בית המשפט מדוע ההלכה שניתנה ע"י כבוד השופט יצחק עמית בפרשת שויצר היא פחות צודקת מהדעה שבהלכה הסותרת.
5. כפי שכבר נטען מספר פעמים בערכאה הדיונית, התפלמסות המשיבות עם קביעותיו המלומדות של כבוד השופט יצחק עמית, אינה עניינית. על הנבחן היה לסמן תשובה המתארת את המצב המשפטי המצוי (אחת מבין שתי הפסיקות הקיימות) ולא לסמן תשובה שלדעת המערערות מתארת את המצב המשפטי שיהיה יותר ראוי לאמץ בבוא הימים כהלכה מחייבת בהרכב שלושה שופטים בבית המשפט העליון.

## טענת הזרם המרכזי - טענה בלתי סבירה

6. המערערות עצמן אינן מכחישות קיומה של פסיקת מחוזי סותרת ומסכימות כי טרם התגבשה הלכה מחייבת. תירוץ המערערות הוא שעל הנבחן היה לסמן בבחינה את הזרם המרכזי - טענה בלתי סבירה, שלא לומר מקוממת.

7. ראשית, בבית המשפט העליון נפסק כי מתכונת הבחינה כבחירה בין אפשרויות אשר אינה פותחת פתח להסבר ולהבהרה, מחייב כי תוצגנה שאלות שהתשובות להן הן חד משמעיות וברורות, ואינן פותחות פתח ממשי לאפשרויות שונות, שאם לא כן, תיתכן טעות ומבוכה (ראו: בג"צ 6250/05 לוי נגד לשכת עורכי הדין).

8. שנית, מתמחה שנבחן בבחינות הלשכה אינו צריך לבצע לפני הבחינה ספירה כמותית של פוסקים ובטח שאינו צריך לנחש במהלך הבחינה וברוח הנבואה באיזה זרם תומכות המערערות.

9. שלישית, כל משפטן סביר שיקרא את החלטתה האובייקטיבית של כבוד השופטת רינה הירש בת"א 13-06-53934 ניסים ואח' נ' לוי ואח' (שם בפסקאות 9-14 להחלטה) דווקא יסיק מסקנה אחרת - כי הזרם המרכזי פוסק על פי דעתו של כב' השופט יצחק עמית:

*"מצאתי לדחות את הבקשה, בשל קביעתי כי לבית משפט זה קיימת הסמכות העניינית לפסוק בתביעה כפי שהובאה בכתב התביעה המתוקן..."*

*...לטעמי, אין כל חשיבות לשאלה אם מדובר במקרקעין מוסדרים, אם לאו. לא קיימת פסיקה של בית המשפט העליון בעניין זה, אך נראה כי כיום, מרבית הפוסקים תומכים בדעה כי אין מקום להפרדה בין מקרקעין רשומים לכאלה שאינם רשומים, וכי ראוי לקבוע את סמכותו של בית המשפט רק בהתאם לסעד הנדרש.*

*לגישתי, תביעה לפירוק שיתוף באותם מקרקעין, היא תביעה "חזקה או שימוש במקרקעין או בדבר חלוקתם או חלוק השימוש בהם", בין אם המגרשים רשומים כחלקות נפרדות ובין אם לאו, ועל כן נמצאת בתחום סמכותו של בית משפט השלום.*

*שאלה דומה באה לפתחו של המשפט המחוזי בה"פ (מחוזי חיפה) 119/08, שרה שוייצר נ. אילן רפאל [פורסם בנבו] [06.07.2008] (להלן: פרשת שוייצר). כב' השופט עמית אשר קבע כי...*



...לא נעלמה ממני החלטת בית המשפט המחוזי בתל אביב, בת"א 54109-02-14 נורילי לוי שרה נ. שמואלי שלמה [פורסם בנבו] [26.04.2015] (להלן: פרשת נורילי). אולם, מדובר גם כאן בפסק דין של בית משפט מחוזי, אין המדובר בהלכה מחייבת כי אם בפסק דין מנחה בלבד. מצאתי, עם כל הכבוד, להצטרף לעמדתו של כב' השופט עמית בפרשת שוייצר, המבוססים על נוסח סעיף 51 לחוק בתי המשפט, ולאחר בחינה וסקירה של הפסיקה הקיימת בסוגיה זו, בניגוד להחלטה בפרשת נורילי, שהיתה מנומקת וברורה, אך בלא כל התייחסות ללשון החוק או לפסקי הדין הקיימים בערכאות השונות בסוגיה זו. [ה.ש.א.ט.]

10. כבוד השופטת רנה הירש שהייתה ערה לשתי הפסיקות הסותרות ובחרה לאמץ את הדעה שנקבעה בפרשת שוייצר על ידי כבוד השופט עמית, אף טרחה לציין כי בהלכה זו עושים שימוש מרבית הפוסקים.

11. האם המערערות רוצות לטעון כי במידה והיו ניגשות היום לבחינה, כבוד השופטת רנה הירש, כבוד השופטת אילת דגן וכבוד השופטת חנה מוניץ, יחד הידע המשפטי שצברו בכהונתן בתפקיד השפיטה, היו מקבלות פחות נקודה כאשר היו באות לפתור את שאלה 30 בבחינה?

12. האם המערערות יכולות לטעון כי 90% מהמתמחים שבחרו בשאלה 30 את חלופה א' כתשובה נכונה, למעשה הוטעו על ידי כבוד השופט יצחק עמית, אך משום שהוציא תחת ידיו הלכה מנחה בסוגיה שטרם זכתה להגיע להכרעה בבית המשפט העליון בהרכב שלושה שופטים?

13. מלכתחילה לא היה זה סביר לדרוש כי מתמחה יכריע בשאלה אשר לגביה קיימות שתי דעות סותרות בפסיקה. עתה דורשות המערערות שכל מתמחה שלמד לקראת הבחינה לפי הלכתו המנחה של כבוד השופט יצחק עמית או מתמחה שהגיש בהתמחותו לבית משפט השלום תביעה לפירוק שיתוף במקרקעין לא רשומים ולא נדחה על הסף מחוסר סמכות עניינית, יקבל ציון נכשל.

מה תכליתה של אותה בחינה המבקשת שלא להכיר בחלופה המתארת, לכל הפחות, חלק מהמצב המשפטי והמצב המעשי המצוי בפועל בבתי המשפט?

### אין צורך להכריע בערעור דנא מה הוא הזרם היותר ראוי או מה הוא הזרם המרכזי

14. בית משפט קמא לא נדרש להכריע מה לדעתו הזרם היותר ראוי מבחינה משפטית. בית משפט קמא ביסס פסק דינו העובדה הפשוטה שבתאריך הבחינה היו קיימות שתי הלכות מנחות בבתי המשפט המחוזיים, הסותרות זו את זו; וכי טרם אומצה וטרם התגבשה מבין השתיים, הלכה מחייבת בבית המשפט העליון.

15. המערערות ששוב מנסות להסביר מדוע דעתו המלומדת של כבוד השופט יצחק עמית פחות צודקת, כנראה שוכחות לרגע שמדובר בדיון משפטי הקשור לפגם וחוסר סבירות של שאלה שנשאלה בבחינת לשכת עורכי הדין ולא בסוגיית פירוק שיתוף במקרקעין לא מוסדרים.

המערערות כנראה סבורות שהמשיבים צריכים עתה לנבור במאגרי המידע וללקט פסיקה תומכת רק משום שהמערערות מעוניינות שבית המשפט העליון יכריע לראשונה בסוגיה בהרכב שלושה שופטים ויגבש כהלכה מחייבת את הזרם שיותר ראוי לאמץ לדעת המערערות עבור מערכת בתי המשפט בישראל.

16. על מנת להכריע בערעור דנא ובדומה לבית משפט קמא, בית המשפט העליון צריך לשאול **אך ורק** מהן פסיקות בתי המשפט המחוזיים שהיו קיימות להן ביום הבחינה **ולא** איזה זרם יותר ראוי לאמץ בבית המשפט העליון בהרכב שלושה שופטים.

17. כך או כך, גם הלכה מחייבת, אם ותינתן על ידי בית המשפט העליון בהרכב שלושה שופטים, לא ניתן יהיה להחילה רטרואקטיבית בכל הנוגע לבחינה שכבר קוימה. כך למשל, אם בערעור דנא היה יושב בהרכב השופטים כבוד השופט יצחק עמית והיה צריך להכריע במחלוקת שבין הצדדים, לא יכול היה להתעלם מהמידע שהיה מצוי בפני שאר הנבחנים שהיו בקיאים ביום 27.4.17 - מועד הבחינה, בפסיקתו האחרת של בית המשפט המחוזי בתל אביב.

### **החלטה שניתנה בבית המשפט העליון בדן יחיד אינה מהווה הלכה מחייבת**

18. ברע"א 1924/16 עבדאללה אבו ג'אנם נ. נכסי רמלה 3 בע"מ - החלטה בבקשה רשות ערעור אשר ניתנה בדן יחיד, המצב המשפטי נותר בהיעדר הלכה מחייבת של בית המשפט העליון, בזו הלשון:

"איני משוכנע שאכן קיימת "מחלוקת פוסקים" עקרונית בין השופטים הנדל ועמית בעניין זה, ואולם אף אם הייתי משתכנע בכך, לא היה מקום, בנסיבות המקרה, להיכנס לעובי הקורה ולהכריע במחלוקת זו במסגרת הסכסוך דנן. לצורך העניין, ראיתי לנכון להכריע בבקשה בהתבסס על החלטתו של השופט הנדל בעניין אלוש, ובשלב זה, איני מביע את עמדתי האישית לגבי המחלוקת הנטענת. כאן המקום להדגיש כי קביעותיהם של השופט הנדל ושל השופט עמית – **כמו גם החלטתי זו - ניתנו בדן יחיד ואינן מהוות הלכה מחייבת**, בהתאם לסעיף 20(ב) לחוק יסוד: השפיטה". [ה.ש.א.ט].

19. המערערות אף מנסות לטעון תוך הרחבת חזית מכתב טענותיה בערכאה הדיונית כי החלטה שניתנה בדרך יחיד בבית המשפט העליון מהווה כביכול הלכה מחייבת, אלא שמה הנפקות בניסיון זה אם לכל הפחות לא יכולה להיות מחלוקת שהחלטתו של בית המשפט העליון שניתנה בדרך יחיד ברע"א 1924/16 ושעליה מנסות להתבסס המערערות בכתב הערעור, קובעת בעצמה שקביעתה והקביעה שניתנה בעניין אלוש, אינן מהוות הלכה מחייבת.

### למען הזהירות בלבד - הסמכות העניינית לדון בפירוק שיתוף במקרקעין שלא נרשמו

20. בסעיף 51(א)(3) לחוק בתי המשפט, קיימת הפרדה בין תביעות שמשמעותן "תביעות אחרות הנוגעות למקרקעין" לבין תביעות שאין משמעותן "תביעות אחרות הנוגעות למקרקעין" (חזקה/שימוש/חלוקת מקרקעין), זאת מבלי להבחין אם התביעות הן לגבי מקרקעין רשומים או לגבי זכויות אובליגטוריות במקרקעין; ובלשון כבוד השופט יצחק עמית בפרשת שוייצר:

"אקדים ואומר כי עמוד האש שאמור להנחות את בית המשפט בדונו בשאלות של סמכות עניינית, הוא השאיפה ליציבות, לוודאות ולבהירות. יש לבחור בתוצאה שתביא למיעוט מחלוקות בשאלה המקדמית של הסמכות, על מנת למנוע התרוצצות של בעלי דין מערכאה לערכאה..." [פסקה 6]

חזקה על המחוקק, שכאשר השתמש בביטוי "מקרקעין" ברישא התכוון לאותו מובן גם בסיפא. וכפי שברישא, אין הבחנה בין מקרקעין רשומים למקרקעין לא רשומים כאשר הסעד הוא של חזקה/שימוש/חלוקה, כך גם בסיפא... [פסקה 7]

המבחן הפשוט, היעיל והברור ביותר לקביעת הסמכות העניינית הוא מבחן הסעד, והפסיקה חזרה על הכלל לפיו הסמכות העניינית הולכת אחר הסעד – ראה, לדוגמה, ע"א 510/82 חסן נ' פלדמן, פ"ד לז(3) 1, 12 (1983); ע"א 2846/03 אלדרמן נ' ארליך, פ"ד נט(3) 529, 534 (2004).

"קריאה זהירה של סעיף 51(א)(3) מעלה כי בענייני מקרקעין, מצא המחוקק לחלק את הסמכויות בין בתי המשפט לא לפי טיבם של המקרקעין (זכויות רשומות או זכויות אובליגטוריות) אלא לפי הסעדים.



סעדים שעניינם חזקה/ שימוש/ חלוקה מנותבים לבית משפט השלום, בין אם המקרקעין רשומים ובין אם לאו, בין אם שווי המקרקעין עולה על הסמכות הכספית של השלום ובין אם הוא בגדר הסמכות הכספית של השלום. כל יתר הסעדים שעניינם מקרקעין, כמו תביעה לאכיפת הסכם מקרקעין, הצהרה על זכות או היעדר זכות במקרקעין וכיו"ב – כל אלו מנותבים לבית המשפט המחוזי. ובקיצור, המבחן הוא מבחן הסעד ללא קשר אם התביעה היא לגבי מקרקעין רשומים או לגבי זכויות אובליגטוריות במקרקעין".

[פסקה 9]

21. תביעה לפירוק שיתוף במקרקעין (חלוקת מקרקעין) ותביעה בגין מטרד ליחיד (שימוש במקרקעין), הן תביעות שאין משמעותן "תביעות אחרות הנוגעות למקרקעין".

22. כך או כך, הקביעה כי ראוי שהסמכות העניינית לגבי תביעות ל-"אכיפת התחייבות בגין זכות חוזית" במקרקעין שלא נרשמו" תיקבע לפי שווי הזכות, אינה מתייחסת לתביעה ל-"פירוק שיתוף במקרקעין" אשר לא נכנסת תחת ההגדרה של תביעה ל-"אכיפת התחייבות בגין זכות חוזית".



---

אורן טסלר, עו"ד

ב"כ המשיב 1