


השגות מועד דצמבר 2019

עו"ד אורן טסלר

ORAN  TESLER

הכנה לבחינות ההסמכה לעריכת דין

Teslerschool.co.il

שאלה 6 (טור 1) שאלה 40 (טור 2) - דין דיוני

ההשגה: יש לפסול את השאלה או לקבל את חלופה ד' גם כתשובה נכונה.

כבוד הועדה הבוחנת בחרה בחלופה א' כתשובה נכונה וצירפה כסימוכין את סעיף 37 לתקנות ההוצאה לפועל, התש"ס-1979.

ראשית יצוין כי השאלה אינה בודקת ידע בסיסי של הנבחן מלימודי המשפטים. אחוז העונים נכונה על השאלה עומד על פחות מ-10 אחוזים, כך שאפילו בוגרי אוניברסיטאות שעשו התמחות בהוצאה לפועל, טעו בשאלה. לא נכביר במילים לגבי משמעות הדברים, אלא רק נזכיר את פסק הדין שניתן בעע"מ 3953/18 אור שדה ואח' נגד לשכת עורכי הדין, שם פסל בית המשפט העליון 2 שאלות אזוטוריות (שאלה 13 בדין הדיוני + שאלה 1 בדין המהותי) שאינן משקפות את תכלית הבחינה - לבחון ידיעותיו המשפטיות שצבר המתמחה בהתמחות ובלימודי המשפטים.

שנית, אף אם נלך לפי לשון החוק, לשון החוק עושה שימוש במילים "**תבוצע**.. באמצעות אתר האינטרנט" ולא במילים "**להגיש**.. באמצעות אתר האינטרנט".

שלישית, לפי הפרקטיקה המקובלת, לא יכולה להיות מחלוקת כי כל אדם יכול ממש ברגעים אלו, להגיש בקשה לקבלת השאילתה גם בלשכות ההוצאה לפועל. מבדיקה שנערכה, עם מספר רשמי הוצאה לפועל וכן עם נציגי אתרי האינטרנט של הרשות לאכיפה וגבייה, קיבלנו תשובה כי נכון להיום, ניתן לקבל את המידע גם באמצעות לשכות ההוצאה לפועל עצמן.

רביעית, לפי דו"ח הוועדה לשיפור ולייעול הליכי האכיפה והגבייה בישראל, מרשם החייבים המשתמטים יהיה פתוח לעיון הציבור בכל לשכת הוצאה לפועל...

לפיכך, יש לפסול את השאלה או לכל הפחות לקבל את חלופה ד' כתשובה נכונה נוספת.

שאלה 9 (טור 1) שאלה 37 (טור 2) - דין דיוני

ההשגה: יש לפסול את השאלה.

כבוד הועדה בחרה בתשובה ד' כתשובה נכונה וצירפה כסימוכין את סעיף 30 לחוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט-1969.

השאלה נוסחה באופן לקוי ונעדרת פרטים מהותיים אשר נחוצים למענה נכון של השאלה.

כך למשל, השאלה עושה שימוש במילים "להצטרף", היינו, מי רשאי להצטרף להליך (להיות בעל דין - צד להליכים) ולא מי רק רשאי להתייצב בהליך כדי להשמיע דברו.

כמו כן, בשאלה לא צוין כי זכות ציבורית או עניין ציבורי עלולים להיפגע, נתון שהנבחנים אינם אמורים להניח על דעת עצמם, וראו בעניין זה את הלכת עת"מ 611/06 ד"ר מיכאל לוטן, לפיה נקבע כי לנבחן אסור להניח תרחישים ופרטים עובדתיים שאין להם זכר בשאלה.

על כן, מבוקש בזאת לפסול את השאלה.

שאלה 12 (טור 1) שאלה 34 (טור 2) - דין דיוני

ההשגה: יש לקבל גם את חלופה א כתשובה נכונה.

כבוד הועדה בחרה בחלופה ג' כתשובה נכונה וצירפה כסימוכין את סעיפים 3א ו-1 לחוק הנוער (טיפול והשגחה) התש"ך-1960, כדי להצדיק בחירתה של חלופה ג' כתשובה הנכונה.

אין חולק כי במקרה דנא, לירון תהא רשאית להגיש עבור אחיינה נועם צו הגנה, אלא שלירון אינה רשאית להגיש את הבקשה לבית המשפט לנוער מהטעם שסמכותו של בית משפט לנוער ליתן צו הגנה בעניינו של קטין לפי סעיף 3א לחוק, היא בגדר "סמכות נגררת" להליך שכבר מתנהל בפני בית משפט לנוער בעניינו של הקטין. סמכות זו אינה מהווה סמכות עניינית לפתיחה בהליך שעניינו מתן צו הגנה עבור הקטין.

מבחינה פרוצדוראלית, לירון רשאית להגיש את הבקשה ולפתוח בהליך לצורך קבלת צו ההגנה עבור נועם, בבית משפט לענייני משפחה כאמור בחלופה א'.

יוער כי החלופות עושות שימוש במילה "להגיש" - רכיב עובדתי שיש בו לשלול את נכונות התשובה שנבחרה על ידי כבוד הועדה הבוחנת.

בשל האמור לעיל, מבוקש בזאת לקבל את חלופה א' גם כתשובה נכונה.

שאלה 16 (טור 1) שאלה 30 (טור 2) - דין דיוני

ההשגה: יש לפסול את השאלה.

כבוד הועדה בחרה בחלופה ג כתשובה נכונה וצירפה כסימוכין את סעיף 5 לחוק יסוד הממשלה.

תיקון מס' 3 מיום 15.3.15 קובע כי סעיף 5(ו) לחוק יסוד הממשלה לא יחול על ממשלה שכווננה בתקופת הכנסת ה-20. הממשלה הקיימת היא ממשלה שכווננה בתקופת כהונתה של הכנסת ה-20, משכך אין תחולה לסימוכין שצרפה כבוד הועדה בוחנת כתשובה נכונה לשאלה.

התשובה הנכונה לשאלה היא: כי נכון להיום, אין באפשרותו של ראש הממשלה להגדיל את מספר השרים בכנסת, עד שלא תכונן ממשלה חדשה.

פועל יוצא מכך, לא יכולה להיות מחולקת כי בשאלה דנא, לא קיימת תשובה נכונה מבין התשובות המוצעות שהועמדו לבחירה; ולא ניתן להכשיר את השאלה, שכן הבחינה לא נועדה ליצור תחרות בין תשובות לא נכונות, כפי שכבר נקבע בעע"מ 6741/17 גד גור ואח' נגד לשכת עורכי הדין לגבי שאלה 66 מבחינת מאי 2017:

”משאין כלל תשובה נכונה מבין התשובות שהועמדו לבחירה, לא ניתן להשלים על ניסוח השאלה ולהכשירה ... אופי השאלה מקשה על יישום הגישה של בחירה בתשובה הנכונה ביותר. הבחינה נועדה לבחון ידע. לא חוסר ידע או ליצור תחרות בין תשובות לא נכונות”

לפיכך, יש לפסול את השאלה.

שאלה 22 (טור 1) שאלה 24 (טור 2) - דין דיוני

ההשגה: יש לפסול את השאלה.

כבוד הועדה הבוחנת בחרה בחלופה ד' כתשובה נכונה וצירפה כסימוכין את סעיף 139 לחוק סדר הדין הפלילי, התמשי"ב-1982.

על אף שהתשובה לשאלה מצויה בחוק סדר הדין הפלילי, השאלה אינה עוסקת בדין הדיוני של סדר הדין הפלילי, אלא בדין המהותי - דיני העונשין. אילו רצתה כבוד הועדה הבוחנת לשאול את השאלה, לכל היותר הייתה יכולה לעשות כן בחלק ג' של הבחינה, לצד חקיקה פתוחה.

כפי שכללי האתיקה המקצועית והאיסורים המשמעותיים אשר חלים בזמן עבודתם של עורכי דין מול בית המשפט נשאלים בחלק ג' של הבחינה, חזקה שגם כאן בכל הקשור לאיסור העונשי, אין מדובר בדין דיוני.

אשר על כן, יש לפסול את השאלה.

שאלה 39 (טור 1) שאלה 7 (טור 2) - דין דיוני

ההשגה: יש לקבל גם את חלופה ג גם כתשובה נכונה.

כבוד הועדה בחרה בחלופה ד' כתשובה נכונה וצירפה כסימוכין את סעיף 2 לחוק הפרוצדורה הפלילית (עדות).

בחוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים), הוסדרה החובה לתיעוד לגבי חקירת חשוד.

באשר לחקירת עדים, על אף שזו טרם הוסדרה במפורש בהוראת דין על ידי המחוקק, לא מעט **פסיקה** קבעה את החובה לבצע תיעוד מסודר בכתב של חקירת עדים, אשר ישקפו רישומים מדויקים ונאותים של ממצאי עובדה בהליך הפלילי, זאת משיקולי הבטחת מנהל תקין ומשיקולי הגינות ההליך הפלילי (ראו למשל: ע"פ 1361/10 **מדינת ישראל נגד זגורי**).

הינה כי כן, על פי הוראות הפסיקה וכן על פי הפרקטיקה הקיימת במשטרה, אין ולא קיים דבר כזה במהלך החקירות במשטרה, חקירות שמתנהלות רק בעל פה ועל פי הזיכרון בלבד.

יוער כי סוגיה דומה כבר נדונה בעתירה שהוגשה על בחינת דצמבר 2018 (לגבי שאלה 34). בהמלצת בית המשפט, הסכימה כבוד הועדה הבוחנת הקודמת בראשות כבוד השופט שאול שוחט, לקבל חלופה נוספת (חלופה ג) מהטעם שהתשובה שנבחרה על ידי כבוד הועדה הבוחנת הקודמת, לפיה לא קיימת כביכול חובה לקיים חקירת עדים בשפה שהם מבינים, לעומת חקירתם של חשודים - לא התיישבה עם ההיגיון הסביר והפרקטיקה המקובלת, על אף שהתבססה על לשון החוק המסויגת של פקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות).

אשר על כן, יש לקבל גם את חלופה ג' כתשובה נכונה.

שאלה 40 (טור 1) שאלה 6 (טור 2) - דין דיוני

ההשגה: יש לקבל את חלופה ב' גם כתשובה נכונה.

כבוד הועדה בחרה בחלופה ד' כתשובה נכונה וצירפה כסימוכין את סעיף 1 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי), התשנ"ו-1996.

בשאלה דנא נשאלו הנבחנים מהי בדיקה רקטלית (בדיקת פי הטבעת) של חשוד?

הנבחנים לא נשאלו מהו "חיפוש פנימי" כהגדרתו בחוק החיפוש או האם בדיקת רקטלית היא בגדר "חיפוש מותר" על פי חוק החיפוש?

לא יכולה להיות מחלוקת כי "בדיקה רקטלית" שבוצעה, היא "חיפוש פנימי" גם במקרה של חיפוש שלא היה מותר על פי חוק החיפוש.

אילו כבוד הועדה הייתה מציינת לצד המילים "חיפוש פנימי" גם את המילים "כהגדרתו בחוק", רק אז ניתן היה להכשיר את חלופה ד' כתשובה נכונה.

לפיכך, בשל חוסר הבהירות והנוסח הלקוי שבשאלה וכן בהתאם להלכה שנקבעה בבית המשפט העליון בבג"ץ 6250/05 איציק לוי נגד לשכת עורכי הדין, 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", יש לקבל גם את חלופה ב' כתשובה נכונה.

שאלה 41 (טור 1) שאלה 5 (טור 2) - דין דיוני

ההשגה: יש לפסול את השאלה, לחלופין, לקבל את חלופה ד' גם כתשובה נכונה.

כבוד הועדה בחרה בחלופה א' כתשובה נכונה וצירפה כסימוכין את סעיף 73 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו 1996.

לפי סעיף 67 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), שוטר שראי לדרוש מחשוד להילוות אליו לתחנת המשטרה, בהתקיים שני תנאים מצטברים:

(א) קיים יסוד סביר לחשד כי הוא עבר עבירה...

(ב) הזיהוי היה בלתי מספיק...

על פי נתוני השאלה, נרשם במפורש כי התקיימו שני התנאים המצטברים.

קיים צידוק ענייני לפיו ניתן להבין מדוע כבוד הועדה לא מוצאת בתשובה ד' כתשובה נכונה, שכן חלופה זו עושה שימוש בלשון חובה, לפיה כביכול על השוטר להורות לסימונה להילוות עמו לתחנת המשטרה, כאשר לפי לשון החוק השוטר רק "רשאי" לעשות כן.

מסכימים אנו עם גישת כבוד הועדה, אולם באותה נשימה משתמשים אנו באותו צידוק גם כדי לשלול את חלופה א' שעושה שימוש במילה "חייב". חלופה א' קובעת כי השוטר חייב לשחרר את סימונה לאלתר, אולם בנסיבות העניין לפי סעיף 67 לחוק סדר הדין הפלילי, כאשר מתקיימים 2 התנאים המצטברים שפורטו לעיל, השוטר רשאי להורות לסימונה להילוות אליו לתחנת המשטרה, ואינו חייב "לשחררה לאלתר".

מאותם הטעמים שניתן לקבוע כי חלופה ד' אינה נכונה, כך ניתן לקבוע כי גם חלופה א' אינה נכונה.

משלא קיימת תשובה נכונה המתארת את הדין, מבוקש בזאת לפסול את השאלה או לכל הפחות לקבל את חלופה ד' גם כתשובה נכונה.

שאלה 43 (טור 1) שאלה 3 (טור 2) - דין דיוני

ההשגה: יש לפסול את השאלה או לכל הפחות לקבל גם את חלופה א' כתשובה נכונה.

כבוד הועדה בחרה בחלופה ג' כתשובה נכונה וצירפה כסימוכין את סעיף 38 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים) התשנ"ו 1996 וכן את סעיף 80 לחוק העונשין, התשל"ז 1977.

הטעם הראשון להשגה:

ראשית, יצוין כי זכותו של נאשם שיצא זכאי בדין לקבל מן המדינה לפי סעיף 80 לחוק העונשין, שיפוי ופיצוי כוללת זיכוי מחמת הספק גם כן (ראו: ע"פ 4466/98 ראמי דאבש נגד מדינת ישראל בבית המשפט העליון), כך למשל כשבית המשפט ראה נסיבות אחרות המצדיקות זאת.

אלא הזכות לפיצוי לפי סעיף 80 לחוק העונשין, במקרה שהוגש כתב אישום או לפי סעיף 38 לחוק סדר הדין הפלילי, במקרה שמדובר במעצר שלאחריו לא הוגש כתב אישום, אינה מונעת מנאשם שזוכה זיכוי מוחלט או זיכוי מחמת הספק, לתבוע את נזקיו גם מכוח העילות הנזיקיות הכלליות (ע"פ 5097/10 גל (אשר) בוגנים נ' מדינת ישראל) והעניין נתון לבחירתו.

נכון להיום, אין עוד מחלוקת כי על רשויות התביעה והאכיפה חלה חובת זהירות, מושגית וקונקרטית. לצורך כך נדרש להראות, בין היתר, כי הרשות הפרה את החובה הקונקרטית שחלה עליה ולא נקטה בנסיבות המקרה באמצעי הזהירות שנדרשו ממנה. המבחן לצורך כך הוא אובייקטיבי כאשר השאלה אם אמנם היה בהתנהלות מי מהנתבעות משום רשלנות, נבחנת בהתאם למצב העובדתי ולמידע שהיה בפני המשטרה בזמן מעשה (ע"א 3580/06 עיזבון המנוח חגי יוסף נ' מדינת ישראל).

מטרתם הדיונית של סעיף 38 לחוק סדר הדין הפלילי וסעיף 80 לחוק העונשין, הם לאפשר לעצור או לנאשם לתבוע פיצוי, בסוף בהליך ובאופן שידון בפני אותו שופט שדן במעצר או באישום וכבר מכיר היטב את עובדות המקרה, אך אלו אינם שוללים מהנאשם לתבוע פיצוי תוך התקופה הקבועה בחוק ההתיישנות, בדרך של הגשת תביעה אזרחית נגד מדינת ישראל.

בשאלה לא הובאו נתונים אודות זיכוי מחמת הספק של הנאשם וכן לא הובאו נתונים מכח איזה הוראת דין מבקש הנאשם את הפיצוי? בעניינינו, לנוכח קביעת בית משפט השלום כי לא היה יסוד למעצר, אפרים עשוי להיות זכאי לפיצוי בהתאם לעילות הנזיקיות הכלליות.

גישת כבוד הועדה כי על הנבחן היה להניח על דעת עצמו כי הפיצוי מתבקש לפי סעיף 38 לחוק סדר הדין הפלילי או לפי סעיף 80 לחוק העונשין; ולא לפי פקודת הנזיקין, אינה מתיישבת גם עם הלכת עת"מ 611/06 ד"ר מיכאל לוטן, לפיה נקבע כי לנבחן אסור להניח תרחישים ופרטים עובדתיים שאין להם זכר בשאלה.

משכך ובשל חוסר הבהירות בשאלה, מבוקש בזאת לקבל גם את חלופה א' כתשובה נכונה.

הטעם השני להשגה:

השאלה אינה עוסקת בדין הדיוני, אלא בדין המהותי - דיני הנזיקין.

אילו רצתה כבוד הועדה הבוחנת לשאול את השאלה, לכל היותר הייתה יכולה לעשות כן בחלק ג' של הבחינה, לצד חקיקה פתוחה.

אילו העניין היה מסתכם בשאלה, האם אפרים רשאי להגיש בסוף ההליך בקשה לבית המשפט לקבלת פיצוי בגין מעצרו או מאסרו? השאלה הייתה נכנסת בגדר הדין הדיוני של ההליך הפלילי, אולם במקרה דנא, הנבחנים נדרשו להיכנס לנעליו של השופט ולהכריע תוך שקילת כל השיקולים הרלוונטיים, האם בנסיבות אלו, אפרים "עשוי להיות זכאי" או "לא זכאי" לקבל פיצוי, תוך הכרת הוראות הדין והפסיקה של דיני הנזיקין שמתייחסים לתוצאה הסופית בדבר זכאותו של אפרים או היעדר זכאותו של אפרים לקבל פיצוי.

לפיכך יש לפסול את השאלה.