

השגות מועד דצמבר 2020

עו"ד אורן טסלר

ORAN  TESLER

הכנה לבחינות ההסמכה לעריכת דין

Teslerschool.co.il

שאלה 31 בדין המהותי

ההשגה: יש לפסול את השאלה.

כבוד הועדה הבוחנת בחרה בחלופה ב' כתשובה נכונה וצירפה כסימוכין את סעיף 1 לחוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה), התשכ"ג-1963.

ראשית, החקיקה הרלוונטית לעניין זה, סעיף 62 (א) לחוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה), תשכ"ג-1963, (להלן: "**החוק**"), שעוסקת במס השבח שיחול על האב (אריאל) וכן תקנה 20 לתקנות מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה) (מס רכישה), תשל"ה-1974 (להלן: "**התקנות**") שעוסקת במס הרכישה שיחול על הבן (אור), לא צורפו לקובץ החקיקה שחולק לנבחנים.

לפי תקנה 18(ב) לתקנות לשכת עורכי הדין (סדרי בחינות בדיני מדינת ישראל, באתיקה מקצועית החלה על עורכי דין זרים ובבחינת ההסמכה לעריכת דין) (תשכ"ג-1962), על כבוד הועדה הבוחנת לחלק לנבחנים במהלך הבחינה את דברי החקיקה שבהם עוסקות השאלות שבחלק ג' של הבחינה-הדין המהותי. בקובץ החקיקה שחולק לנבחנים במהלך הבחינה, אין זכר לסעיף 62(א) לחוק ואין זכר לתקנה 20 לתקנות.

שנית, לגוף העניין, בעניינינו, מדובר בהענקת זכות חכירה ללא תמורה, מאב לבן העונים להגדרת המונח "קרובים" (כהגדרתם בסעיף 1 לחוק – לעניין מס שבח וכהגדרתם בתקנה 1 לתקנות – לעניין מס רכישה, בהתאמה).

בכל הקשור למס הרכישה - בהתאם לתקנה 20 לתקנות, במכירת זכות במקרקעין ללא תמורה מיחיד לקרובו, מס הרכישה אותו ישלם הבן (אור), מקבל הזכות יהא מס מופחת **בשיעור של 1/3 ממס הרכישה הרגיל**.

בכל הקשור למס שבח – במכירת זכות במקרקעין ללא תמורה מיחיד לקרובו, יחול על האב (אריאל) "**פטור מדומה**" ממס שבח לפי סעיף 62(א) לחוק, כך שהחיוב במס שבח, אם בכלל, היה מתגבש בעתיד כלפי הבן אור, אילו היה יכול לבצע בתקופת החכירה "חכירת משנה" באותם המקרקעין.

לסיכום - בנקודת הזמן המוצגת בשאלה נהנה האב (אריאל) מפטור ממס שבח ואילו הבן (אור) נהנה מתשלום שליש מס הרכישה הרגיל. על כן, החלופה שנבחרה על ידי הועדה איננה נכונה. כך או כך, החקיקה הרלוונטית לעניין מענה נכון על שאלה זו, לא צורפה לקובץ החקיקה; ומשכך, דינה של שאלה זו להיפסל.

שאלה 15 בדין המהותי

ההשגה: יש לפסול את השאלה.

כבוד הועדה הבוחנת בחרה בחלופה ב' כתשובה נכונה וצירפה כסימוכין את סעיף 34 יח לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

סעיף 34 יח לחוק העונשין המופיע בפרק הסייגים לאחריות פלילית קובע: "טעות במצב דברים (תיקון מס' 39) תשנ"ד-1994

34 יח. (א) העושה מעשה בדמותו מצב דברים שאינו קיים, לא יישא באחריות פלילית אלא במידה שהיה נושא בה אילו היה המצב לאמיתו כפי שדימה אותו.

(ב) סעיף קטן (א) יחול גם על עבירת רשלנות, ובלבד שהטעות היתה סבירה, ועל עבירה של אחריות קפידה בכפוף לאמור בסעיף 22(ב)."

מיקומו של הסעיף בחוק העונשין מלמד על מהותו ומטרתו, סעיף זה מצוי בפרק הסייגים לאחריות פלילית ומהווה **טענת הגנה לנאשם** בהליך פלילי (להלן: "**הסייג**", "**טעות במצב דברים**").

התשובה שנבחרה, מעוררת סיטואציה תיאורטית לפיה, יוטלו עונשי מאסר על ורד וחיה בהתאם לטעות במצב הדברים כפי שדימו אותה בראשן. על כן, לכאורה בהתאם לאחריות הפלילית שנובעת מן הסייג אליו מפנה כבוד הועדה כסימוכין לתשובה, על ורד ניתן יהיה להטיל עד 5 שנות מאסר בגין פגיעה בעץ נוי ולא עד 4 שנות מאסר (בגלל שחשבה שמדובר בעץ פרי) ועל חיה ניתן יהיה להטיל עד 4 שנות מאסר בגין פגיעה בעץ פרי ולא עד 5 שנות מאסר (בגלל שחשבה שמדובר בעץ נוי). כלומר לגישת כבוד הועדה, כאשר חיה תזכה להגנת הסייג, ישמש הסייג מקור להחמרת הענישה כלפי ורד, אך בשל "טעות במצב דברים".

על פי נוסח השאלה והנסיבות שהוצגו בשאלה, הסייג אינו יכול לשמש מקור להטלת אחריות מוגברת או מקור להחמרת הענישה כלפי ורד, מהטעם המובהק שבשאלה לא נכתב ולו ברמיזה, שהסגור של ורד יטען להגנת "טעות במצב דברים".

המשמעות המשפטית היא שעל פי המציאותית העובדתית, ברגע שיוגש כתב אישום **נגד ורד** בגין פגיעה בעץ נוי, היא תורשע בעבירה שבגינה הוגש בכתב האישום (פגיעה בעץ נוי), לא כל שכן, כאשר הגנת "טעות במצב דברים", לא נטענה בפרשת ההגנה.

ההלכה קובעת כי לנבחן אסור להניח פרטים או תרחישים שאין להם זכר בשאלה (עת"מ 611/06 ד"ר מיכאל לוטן נ' לשכת עורכי הדין) והנה כאשר הגיע הנבחן לפתור את שאלה 15 במהלך הבחינה, קורא יודע ומבין בין היתר, כי הגנת "טעות במצב דברים" כלל לא נטענה.

אילו כבוד הועדה הייתה מנסחת את השאלה באופן הבא: "על ורד ניתן להטיל 5 שנות מאסר ועל חיה ניתן להטיל 4 שנות מאסר, אם הסניגור מטעמן יטען להגנת "טעות במצב דברים"...", רק אז אולי היה ניתן לקבל את התשובה שנבחרה על ידי כבוד הועדה כתשובה נכונה ולהתגבר גם על הפגם הנוגע לתרחיש התיאורטי, של החמרת הענישה במצב של "טעות במצב דברים", אולם הדבר כלל לא נעשה.

יתר על כן, גם אין ספק כי אם מחר יטען עו"ד שהוסמך בבחינה האחרונה להגנת "טעות במצב דברים", באותן נסיבות שהוצגו בשאלה, וכתוצאה מטעות זו יוטל על הלקוח עונש חומר יותר מהעונש שהיה ניתן להטיל עליו בפועל כפי שהתבקש בכתב האישום, הוא ככל הנראה גם יעמוד מול תביעת רשלנות מקצועית מצד הלקוח. תכלית בחינת לשכת עורכי הדין היא לבחון את ידיעותיו של הנבחן במקצוע המעשי, ולא בעניינים תיאורטיים שאינם תואמים, למציאות, להגיון, לעובדות ולפרקטיקה המשפטית.

וידוגש, כי גם אם ניתן היה לכאורה לעשות שימוש בסייג על מנת להטיל על ורד ענישה יותר מחמירה, הרי שמדובר בהטלת אחריות בגין עבירה שמעולם לא בוצעה בפועל על ידי ורד והיא מלכתחילה, לא תובא בגדרו של כתב האישום שהוגש נגד ורד!

חלופה ג' מתארת סיטואציה, בה ראה לנכון הסניגור במשפטה של חיה (ובאופן מוצדק), לטעון את ההגנה ל"טעות במצב דברים" - לכן גם חלופה ג' מהווה תשובה נכונה. חלופה א' מתארת סיטואציה, בה לא נטענה כלל הגנת "טעות במצב דברים" על ידי הסניגורים במשפטן של ורד ושל חיה - לכן גם חלופה א' מהווה תשובה נכונה על פי הנסיבות שהוצגו בשאלה.

למעט חלופה א' וחלופה ג', אין חלופות אחרות שמהוות תשובה נכונה, בפרט חלופה ב' המתארת בכלל סיטואציה בלתי הגיונית לפיה, הסניגור של הנאשמת ורד, יבחר לטעון להגנת "טעות במצב דברים" בניגוד לטובת הלקוח ומבלי שיש לכך זכר בגוף השאלה.

בשל האמור לעיל ובהתחשב בעובדה שקיימות 2 תשובות נכונות נוספות, בנוסף לחלופה שכבר נבחרה כנכונה על ידי כבוד הועדה, מבוקש בזאת לפסול את השאלה.

שאלה 39 מהדין מהותי

ההשגה: יש לפסול את השאלה.

כבוד הועדה הבוחנת, בחרה בתשובה ג' כתשובה נכונה וצירפה כסימוכין את סעיף 22 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן: "הפקודה") שקובע כי "הזכות לתרופה בשל עוולה, וכן החבות עליה, אינה ניתנת להמחאה אלא מכוח הדין".

בהתאם לחלופה שנבחרה על ידי כב' הועדה, עולה כי כוונתה של כב' הועדה הייתה להמחאת זכות להגשת תביעה נזיקית, אולם אין זה המקרה שהוצג בשאלה. בשאלה צוין כי אירנה מעוניינת להמחות לבוריס את זכותה "לקבלת הפיצוי" ולא את זכותה להגשת תביעה לצורך קבלת פיצוי (קבלת תרופה).

כמו כן מנתוני השאלה עולה כי המחאת הזכות בידי אירנה לאדם אחר, היא בתמורה לקבלת 500,000 ₪ כתשלום מיידי. כל משפטן סביר יודע כי לא יעלה על הדעת שאדם מסוים יהיה מוכן להעביר לאדם אחר סכום כה גבוה, מבלי שיש בידי הממחה והנמחה את המידע כי הממחה אכן כבר זכאי לקבל פיצוי מסוג זה. המסקנה המתבקשת היא כי אין מדובר בסכומים המגיעים לאירנה בגין הליך משפטי שעתיד להיות מוגש או להתנהל, אלא מדובר בכספי פיצויים שאירנה אמורה לקבל מחברת ביטוח.

לחלופין, גם אם נניח כי כוונת השאלה היא ביחס להליך משפטי שעתיד להתנהל בעניינה של אירנה הרי, שסעיף 22 האוסר על המחאת הזכות להגשת תביעה, אין הוא אוסר על המחאתם של פירות התביעה, היינו כספי הפיצויים העתידיים להתקבל בגין אותה התביעה (ראו: ע"א 456/71 פילוסוף נ' מדינת ישראל).

בכל הנוגע לשאלה המשפטית, האם הניזוק זכאי להמחות את פירות התביעה עוד בטרם הסתיים ההליך המשפטי, גם כאן נקבע כי ניתן להמחות מראש את פירות ההתדיינות שעשויים להתקבל עקב הפעלת הזכות לתרופה, כלומר עקב הגשת התביעה הנזיקית (ראו: ע"א 10217/16 ב.ת.ב - בניני תעשייה באר-שבע בע"מ נ' רפאל ג'ינר)

פועל יוצא מכך, לא יכולה להיות מחלוקת 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 6674/17 יונס אסד ואח' נגד לשכת עורכי הדין:

”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 21 בדין המהותי

ההשגה: יש לפסול את השאלה.

כבוד הועדה בחרה בתשובה ג' כתשובה נכונה וצירפה כסימוכין את סעיפים 62 ו-145 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969.

בשאלה מתואר כי בעלת דירה בבית משותף מבקשת למכור את החניה המוצמדת לדירתה לאדם אחר, כאשר על הנבחן היה לקבוע באיזה תנאים תהא המכירה צריכה לעמוד על מנת שיתאפשר לעשות כן.

מבחינה מהותית, הסעיף שאליו מפנה כבוד הועדה - סעיף 62(א) לחוק המקרקעין, כסימוכין לתשובה, קובע כי לצורך העברת חלק מהרכוש המשותף שהוצמד לדירה מסוימת בבית משותף, לדירה אחרת, יש למלא אחר דרישותיו של סעיף 145 לחוק – תיקון צו הרישום של הבית המשותף, במסגרתו, רק לאחר הגשת הבקשה לתיקון צו הרישום למפקח על המקרקעין, תינתן לכל בעל דירה הזדמנות להשמיע טענותיו לעניין תיקון צו הרישום, בפני המפקח על רישום המקרקעין, ולא בפני בעל הדירה, המבקש להעביר את החלק המוצמד.

עוד יודגש כי הזדמנות לטעון טענות בפני המפקח היא בגין תיקון צו הרישום ולא בגין עצם ההעברה. ניסוח השאלה לוקח בחסר משמעותי ובלתי סביר, עובדה היא שמנסח השאלה, ידע לכתוב את התנאי של הגשת הבקשה לתיקון צו הרישום של הבית המשותף בסיפא של חלופה א'.

יתר על כן, עצם העובדה שבחלופה א' כן מוזכר התנאי של הגשת בקשה לתיקון צו הרישום, מהווה הדבר הטעיה כלפי הנבחנים שנמנעו בשל כך מלסמן נכונה את חלופה ג' (שאינה כוללת את התנאי כאמור), יש בה לשבש לחלוטין את פתרונה של השאלה והיא סותרת את המתווה שנקבע בבית המשפט העליון בג"צ 6250/05, איציק לוי נ' לשכת עורכי הדין בישראל, לפיו "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".

בשל האמור לעיל, מבוקש בזאת לפסול את השאלה.

שאלה 17 מהדין המהותי

ההשגה: יש לפסול את השאלה.

כבוד הוועדה בחרה בחלופה א' כתשובה נכונה וצירפה כסימוכין את סעיפים 58, 59 לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961 שעוסקים ב"איסור שותפות" ו- "הגבלת שיתוף בהכנסות", עם מי שאיננו עורך דין.

סעיף 20 לחוק לשכת עורכי הדין שעוסק ב**ייחוד פעולות המקצוע**, מגדיר את הפעולות שיוחדו למקצוע עריכת הדין.

בפשטות, פעילות עסקית בגין "איתור כספים" היא אינה פעילות שיוחדה למקצוע עריכת הדין והתשובה הנכונה היא שעו"ד גאון לא עבר עבירה אתית כלשהי, היות שרשאי הוא לעסוק בשותפות עם כל אדם, חברה או גוף בפעילות עסקית של איתור הכספים ורשאי הוא גם לקבל מהם תיקים או לשתף אותם בשכר טרחתו בגין פעילות עסקית של איתור כספים, ככל שרק יחפוץ.

יתכן ובבחירת התשובה, כבוד הוועדה כיוונה להחלטת ועדת האתיקה שניתנה ב- את 18/2 שם הועמד עורך דין לדין משמעותי.

ראשית, לתשומת לב כבוד הוועדה כי העבירה שבגינה הועמד עורך הדין לדין משמעותי ב- את 18/2, היא בגין הפרה של כלל 11 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), שעוסק באיסור מתן שירותים משפטיים ללקוח שהפנה אליו גוף שאינו עורך דין, הפועל למטרת רווח ולמטרה זו מפרסם ברבים שירותים משפטיים. בסימוכין לתשובה שנבחרה על ידי כבוד הוועדה הובאו בכלל סעיפים אחרים: סעיפים 58 ו-59 לחוק לשכת עורכי הדין, העוסקים באיסור שותפות ובאיסור שיתוף ברווחים שהתקבלו עקב שירות משפטי שהעניק עורך דין.

שנית, באותו מקרה ב-את 18/20, הודה עורך הדין כי הוא מטפל בהיבט המשפטי באותם לקוחות שהפנתה אליו החברה. בעניינינו, לא אלו הם פני הדברים - עורך דין גאון לא העניק שירות משפטי כלשהו ללקוחות החברה שפנו לצורך איתור הכספים והחברה עצמה גם לא פרסמה את עצמה כמי שמעניקה שירות משפטי, על אף שמדובר בחברה הפועלת למטרת רווח בגין איתור הכספים. במילים אחרות, רכיבי העבירה האתית המצויים בכלל 11 לכללי לשכת עורכי הדין, לא מתקיימים: עו"ד גאון לא העניק שירות משפטי ללקוחות החברה והחברה עצמה לא פרסמה ברבים שירותים משפטיים.

יוער כי אין מניעה שעורך דין גאון, יעניק ללקוחות החברה שירות בגין איתור כספים, שכן כאמור לעיל אין מדובר בשירותי משפטי ולבטח שאין מדובר בשירות שיוחד למקצוע עריכת הדין. כמו כן, העובדה שעורך דין גאון, מעניק את שירותיו המשפטיים לחברה, כפי שצוין בשאלה, אין הדבר מביא להתגבשות רכיבי העבירה האתית המצויה בכלל 11 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית).

מהם השירותים המשפטיים שמעניק עורך דין גאון לחברה? כלל לא נרשם. אילו רצתה כבוד הועדה לכוון לכך כי השירות המשפטי שעורך דין גאון מעניק לחברה הוא שירות משפטי שניתן בכלל ללקוחות החברה, הייתה צריכה לנסח זאת במפורש, שכן לפי ההלכה שנקבעה **בעת"מ 611/06 ד"ר מיכאל לוטן נגד לשכת עורכי הדין**, לנבחן אסור להניח פרטים עובדתיים או תרחישים שאין להם זכר בגוף השאלה.

עוד יושם לב, כי גם בתחילת השאלה נרשם במפורש כי "עורך דין גאון משתף פעולה עם חברה ישראלית לאיתור כספים בחו"ל", לא נרשם כי חלקו בשותפות הוא להעניק שירות משפטי כלשהו ללקוחות, לפני האיתור, במהלך האיתור או לאחר איתור הכספים בחו"ל.

לפיכך, משלא קיימת חלופה אחת עם תשובה נכונה המשקפת את הדין, מכל החלופות שהוצעו לנבחנים לבחירה, יש לפסול את השאלה.

שאלה 33 (8) בדין הדיוני

ההשגה: יש לפסול את השאלה.

כבוד הועדה בחרה בחלופה ב' כתשובה נכונה וצירפה כסימוכין את סעיף 139 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, שקובע כי פרוטוקול הדיון של המשפט הפלילי, ישמש ראיה לכאורה.

בבחירת התשובה הנכונה, כבוד הועדה לא לקחה בחשבון את סעיף 68ב לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984 שעניינו הקלטת דיון וקובע כד: " (א) ביקש בעל דין שדיון יוקלט על חשבוננו, יאפשר זאת בית המשפט, אלא אם כן מצא שאין לעשות כן מטעמים מיוחדים, **ובלבד שהדיון מתועד בדרך אמינה ומדויקת אחרת**; החלטה שלא להיענות לבקשת בעל דין כאמור תהיה מנומקת בכתב.

(ב) הורה בית המשפט על הקלטת הדיון לבקשת בעל דין, תישמר ההקלטה בידי בית המשפט, וכל בעל דין יהיה רשאי להאזין לה.

(ג) **הקלטה של הדיון לפי סעיף זה לא תיחשב פרוטוקול הדיון.**"

בהתאם לאמור בחוק בתי המשפט, הרי שבנוסף להקלטת הדיון, יש לתעד את הדיון בדרך אמינה ומדויקת אחרת וכי הקלטת הדיון כשלעצמה לא תוכל להיחשב פרוטוקול הדיון כלל.

הקלטה של הדיון בלבד איננה מספקת על פי הוראות החוק, ההקלטה יכולה לשמש **תוספת** לפרוטוקול הדיון, אך אינה יכולה לשמש **תחליף** לפרוטוקול הדיון שמשמש ראיה לכאורה למהלך המשפט, כאמור בסעיף 139 לחוק סדר הדין הפלילי.

לגוף העניין- התשובה הנכונה היא כי הפרוטוקול המוקלט ישמש ראיה לכאורה למהלך המשפט רק כאשר הוא משמש תוספת לפרוטוקול הדיון. בעניינינו הדיון לא תועד בדרך אמינה ומדויקת אחרת ולכן הפרוטוקול המוקלט, אינו משמש ראיה לכאורה למהלך המשפט, אלא רק ראיה לכך שקיימת הקלטה שכזו.

מאחר שבשאלה דנא, לא קיימת מבין התשובות המוצעות שהועמדו לבחירה, תשובה המשקפת את הדין הקיים, יש לפסול את השאלה.