

# מומחי



## בוחרים את פסקי הדין



נזיקין

**עו"ד אסף פוזנר**

שותף במשרד כהן, וילצ'יק, קמחי ושות'



מיסים

**עו"ד מאיר מזרחי**

עוסק במיסוי מקרקעין



משפחה

**עו"ד יוסף מנדלסון**

מרצה לדיני ירושה ומשפחה באוניברסיטת תל אביב ובמרכז הבינתחומי



בינלאומי | חוקתי

**פרופ' אייל גרוס**

פרופסור חבר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב



פלילי

**פרופ' אורן גזל-אייל**

סגן הדיקן וראש המרכז לחקר פשיעה, משפט וחברה באוניברסיטת חיפה



# עורך הדין

« החשובים בשנת 2014



**תאגידים**

**פרופ' ידידיה שטרן**

סגן נשיא המכון הישראלי לדמוקרטיה  
ופרופסור למשפטים באוניברסיטת בראיילן



**חוזים**

**פרופ' נילי כהן**

חברת האקדמיה הלאומית למדעים;  
מופקדת הקתדרה לדיני חוזים  
השוואתיים, הפקולטה למשפטים,  
אוניברסיטת תל אביב



**עבודה**

**פרופ' שרון רבין-רגליות**

דיקן בית הספר למשפטים, המרכז  
הבינתחומי הרצליה



**חוקתי**

**פרופ' גדעון ספיר**

מלמד באוניברסיטת בראיילן;  
עמית בכיר בכורום קהלת



**תקשורת**

**ד"ר יובל קניאל**

מרצה בכיר למשפט ולתקשורת  
במרכז הבינתחומי הרצליה; אב בית  
דין במועצת העיתונות; לשעבר יו"ר  
ועדת האתיקה של רשות השידור  
והיועץ המשפטי של הרשות השנייה  
לטלוויזיה ולרדיו



בג"ץ 7385/13 איתן מדיניות הגירה ישראלית ואח' נ' ממשלת ישראל (22.9.14); שופטים: אשר גרוניס, מרים נאור, עדנה ארבל, סלים ג'ובראן, אסתר חיות, יורם דנציגר, ניל הנדל, עוזי פוגלמן, יצחק עמית

# ממתינים לצלצול השלישי

בשני הסיבובים הקודמים הרימו שופטי בג"ץ את המסך על הצביעות של המדיניות הממשלתית בנושא מבקשי המקלט • מדובר בניסיון לאחוז בשני קצות המקל: להראות כאילו לא מפרים את עקרון אי ההחזרה מצד אחד, אך לא לתת למבקשי מקלט את היחס הראוי להם מצד שני • הכנסת בחרה להתעלם ממסר זה גם בתיקון שחוקק לאחרונה, ועתה אין לנו אלא לחכות לצלצול הבא

"הבה לא נרשה לכותרת - 'מתקן פתוח' - להוליכנו שולל; חובת ההתייצבות לשלוש הספירות היומיות, לצד המרחק הרב מיישובי האזור, שוללת כמעט כל אפשרות ליציאה שגרתית ממרכז השהייה. האמ" גם מדובר, אפוא, במרכז פתוח?". מתקן סגור דומה בדבריו למשמורת או לבית כלא, ולשהייתו של אדם בחולות יש כדבריו התחלה - אך אין לה סוף נראה לעין. מילים אלה, כמו גם מילותיה של השור פטת ארבל כי התיקון החדש לחוק הוא "אותה גברת... בשי" נוי אדרת", מעידים על הדרך שבה ראו שופטי הרוב בבג"ץ את העניין: המדינה לא התייחסה ברצינות לפסק הדין הקודם שה" דגיש את הפסול בכליאה ללא משפט של מבקשי מקלט. התיקון הקודם שנפסל איפשר

צריך לצלצל פעמיים", כתב נתן אלתרמן בשי" רו המפורסם. בפסק הדין החשוב של השנה בתחום המשפט החוקתי, זכויות האדם והמש" פט הבינלאומי, בו נפסל התיקון לחוק ההסתננות שהקים את מתקן חולות (החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 4 והוראת שעה), תשע"ד-2013), צלצל בג"ץ פעם שנייה, ואמר את מה שהיה אמור להיות מובן מאליו: אין לכלוא אנשים ללא משפט. שנה לפני פסק הדין הנוכחי פסל בג"ץ את קודמו, שאיפשר לכלוא מבקשי מקלט ללא משפט בסהרונים. בפסק הדין החשוב של השנה ציין השופט פוגל- מן ביחס למתקן חולות, שהוקם לאחר מכן כ"מתקן שהייה" על פי החוק שנפסל בסיבוב הנוכחי:

משופטי בג"ץ לא נסתר  
הקושי שבפסילת חוק  
שנחקק על ידי הכנסת  
בתגובה לחוק שפסלו הם  
לפני שנה, אך הם הדגישו  
כי למעשה הכנסת  
בשוט לא הקשיבה  
לפסק דינם הקודם



צילום: פלאש 90

החוק הנוכחי ממשיך לאפשר כליאה של זרים שאין שום כוונה לגרשם מישראל. מפגינים במתקן חולות

עמוקה ויסודית בזכויות אדם". "חברה דמוקרטית", הדגיש פוגלמן, "אינה יכולה לשלול לפרק זמן מעין זה את חירותם של אנשים שלא נשקף מהם סיכון ושאין הם נושאים בעונש על מעשי עוולה שביצעו", ועל כן אין מנוס מלהכריז על בטלותו: "לא ברצון עשינו זאת; מכוח חובתנו עשינו זאת".

בג"ץ הדגיש את שקבע בעבר: אי אפשר להחזיק אדם במעצר מכוח צו גירוש אם אין הליך הרחקה אפקטיבי לגביו. "החזקה במשמורת, היא אורכה אשר יהיה, אינה יכולה להיות ללא תכלית לגיטימית", כתבה השופטת נאור. אין להחזיק במעצר מכוח צו גירוש כשאין באופק אפשרות לגירוש מהארץ, והרי, הדגיש בג"ץ, את רוב האוכלוסייה שהחוק יחול עליה ישראל לא מתכוונת להחזיר לא-רצה. על מבקשי המקלט מאריתריאה, שהם 73% מהאוכלוסייה הרלוונטית, חל גם לפי עמדת המדינה עקרון "אי ההחזרה" האוסר לגרש אדם למקום שני-שקפת בו סכנה לחייו או לחירותו, ולסודן ישראל לא

לכלוא מבקשי מקלט למשך שלוש שנים ללא משפט בכלא סהרונים; התיקון החדש איפשר לכלוא שם רק מבקשי מקלט חדשים שהגיעו לישראל, ולמשך שנה. עם זאת, במקביל הקים התיקון החדש כאמור את מתקן חולות, שם היה אפשר לכלוא מבקשי מקלט ללא כל הגבלת זמן. משופטי בג"ץ לא נסתר הקושי שבפסילת חוק שחוקקה הכנסת בתגובה לחוק שפ-סלו הם לפני שנה, אך הם הדגישו כי למעשה הכנסת פשוט לא הקשיבה לפסק דינם הקודם; השופטת נאור עמדה על אי הנחת שבפסילת החוק בשנית בתוך זמן קצר, אך הדגישה שכאשר בג"ץ קובע שחוק אינו חוקתי, הכנסת לא יכולה לחזור ולחוקק אותו ללא שינוי, או בשינוי שאין בו כדי לפתור את הסתירה עם חוקי היסוד, וכך נעשה במקרה זה: החוק החדש לא תיקן את הפגיעה בחוקי היסוד שבג"ץ הצביע עליה בפעם הקודמת. השופט פוגלמן אף הוא נדרש לסוגיה והדגיש שבג"ץ אינו שש לשוב ולבטל חקיקה של הכנסת, אך החוק פוגע "בצורה מהותית,



מחזירה מבקשי מקלט בגלל היעדר יחסים דיפלומטיים איתה.

בג"ץ קבע אפוא (ברוב של שישה נגד שלושה) שהכליאה בסהרונים צריכה להסתיים בתוך עשרה ימים, אך את בטלות הפרק בחוק שנוגע לחולות (עליה הוחלט ברוב של שבעה נגד שניים) השהה ל-90 יום.

עם זאת, בשני מובנים שופטי בג"ץ לא למדו את הלקח של הסיבוב הקודם בפרשה זו. ראשית היא בחינת המהות. משתמע מפסק הדין שהמטרות שב-שמן נכלאים מבקשי המקלט פסולות לפחות בחלקן, שכן המטרה היא "שבירת רוחם" כדי שיעזבו את ישראל, עזיבה שנוכח איום הכליאה אינה באמת מרצון חופשי. עוד משתמע כי כליאתם משמשת אמצעי להרתיע – אחרים שלא להגיע לישראל. אך

פוגלמן, כמו ארבל בפעם הקודמת, בחר לציין שאין הוא חייב להכריע אם החוק נפסל משום שתכליתו אינה ראויה, כלומר שעצם המטרה שניסו להשיג בו פסולה, שכן בין כה וכה הפגיעה בזכויות אינה מידתית. הפסילה בשל עילת ה"מידתיות" פתחה שוב את הפתח לכנסת לחוקק חוק כביכול "מידתי" יותר, כפי שעשתה בפעם הקודמת, וחבל שבג"ץ לא סתם את הגולל על כך בקביעה חד-משמעית יותר

על תכליתו הפסולה של החוק. במובן זה משקף פסק הדין את הבעייתיות שבהשתלטות המידתיות על המשפט החוקתי הישראלי בשנים האחרונות, ואת מלאכותיות ההפרדה בין השלבים השונים של הני-תוח החוקתי. שנית, מבחינת הסעד, 90 הימים שה-קצה בג"ץ למדינה שבהם לא יבוטלו הוראות החוק שהקימו את מתקן חולות איפשרו להמשיך לשלול את חירות הכלואים בחולות, למרוח שוב את ביצוע פסק הדין, וכמו בפעם הקודמת לחוקק חוק חדש. כך אכן נחקק גלגול שלישי של אותו חוק, גלגול שמנ-סה לייפות את חולות, ולטענת המדינה הוא "מידתי" יותר, אך אפשר לומר שהפעם הוא "אותה גברת בקיצורי אדרת".

הגרסה השלישית של החוק מקצרת את תקופת

הכותב חבר בהנהלת האגודה לזכויות האזרח שהייתה אחת העותרות בבג"ץ הנדון, אך הוא לא היה מעורב בניהול התיק. הכתוב משקף את דעתו בלבד

הכליאה של מבקשי מקלט חדשים הנכנסים לישראל בכלא סהרונים לשלושה חודשים, ותוחמת את תקור פת הכליאה של מבקשי מקלט שכבר נמצאים בישראל במתקן חולות ל-20 חודש. נוסף על כך בוטלו חתימות הבוקר והצהריים בחולות, כך שמבקשי המקלט הכ-לואים שם יוכלו לשהות מחוץ למתקן במשך היום, אך עליהם להתייצב לחתימת הערב ולשהות שם במשך הלילה. שינויים אלה לא מתקנים את הפגמים החוק-תיים שבגינם פסל בג"ץ את שתי הגרסאות הקודמות של החוק. כפי שכתב בפסק הדין השני השופט פוגל-מן, השאלה "אינה כמותית בלבד – מהו משך הזמן החוקתי המרבי להחזיקה במשמורת – אלא האם מותרת החזקה במשמורת של מי שלא מתקיים בע-ניינו הליך גירוש אפקטיבי. לשאלה זו אני משיב – כפי שהשיב לפני בית משפט זה בפסיקה ענפה – בשלילה מוחלטת". החוק הנוכחי ממשיך

לאפשר כליאה של זרים שאין שום כוונה לגרשם מישראל, ועל כן לוקה באותם פגמים חוקתיים כמו קודמיו. השינויים במת-קן חולות לא משנים את אופיו; בהתחשב במיקומו של המתקן, באיסור על מבקשי המקלט לעבוד מחוץ לו ובניהולו על ידי שירות בתי הסוהר, הוא עדיין סוג של כלא, גם אם בשם אחר.

בשני הסיבובים הקודמים הרימו שופטי בג"ץ את המסך

על הצביעות של המדיניות הממשלתית בישראל בנושא; מצד אחד ישראל מכירה בכך שאת רוב האוכלוסייה שהחוק יחול עליה, אזרחי אריתראה וסודן, אי אפשר לגרש בחזרה למדינותיהם, ומצד שני באופן אבסורדי שוללת את חירותם בעצמה תוך שהיא מנסה לדחוק אותם מחוץ למדינה. מדור-בר בניסיון לאחוז בשני קצות המקל. להראות כאילו לא מפריס את עקרון אי ההחזרה מצד אחד, אך לא לתת למבקשי מקלט את היחס הראוי להם מצד שני. למרבה הצער בחרה הכנסת להתעלם ממסר זה. הצ-לצול השני של בג"ץ לא הספיק. עתירה נגד הגלגול השלישי של החוק כבר הוגשה, ועתה, כמו בתאטרון, אין לנו אלא לחכות לצלצול השלישי במה שכנראה יהיה פסק הדין החשוב של השנה הבאה.

## השינויים בתיקון האחרון לא מתקנים את הפגמים החוקתיים שבגינם פסל בג"ץ את שתי הגרסאות הקודמות של החוק. בהתחשב בניסיונות, עדיין מדובר בסוג של כלא, גם אם בשם אחר



## טיודור בלאק ביי - Tudor Black Bay

Designed for Performance, Engineered for Elegance  
 המותג TUDOR מוכר בעולם בשיתוף הפעולה עם מותג האופנועים האיטלקי DUCATI כ-"Timing Partner" הרשמי. בנוסף, בשנת 2013 הפך המותג TUDOR ל-"Timing Partner" הרשמי של מרוצי המכוניות WEC - (World Endurance Championship).

רשת רולקס שואו מציגה את שעון TUDOR BLACK BAY. השעון בקוטר 41 מ"מ עם מנגנון שוויצרי אוטומטי איכותי, טבעת (בזל) חד כיווני, שמירת אנרגיה עד 38 שעות, זכוכית ספיר קריסטל, עמידות למים עד עומק של 200 מטרים. השעון מגיע עם רצועת עור/ צמיד מתכת ובתוספת רצועת בד. מחיר מומלץ לצרכן: רצועת עור - 17,100 ₪

צמיד מתכת - 18,850 ₪

ניתן להשיג את שעוני TUDOR ברשת החנויות ROLEX SHOW בתל אביב, בירושלים, רעננה ובאילת וכן בחנויות מובחרות ברחבי הארץ.



המותג TUDOR נרשם בשנת 1926 על-ידי הנס ווילסדורף מייסד ROLEX. זאת כחלק מתפיסה חדשה ליצור שעוני יוקרה איכותיים אשר עומדים בסטנדרטים של רולקס, אך יחד עם זאת, יוכלו להימכר במחיר נגיש לכל חפץ. מאז היווסדו ועד היום, המותג TUDOR משקף שילוב מוצלח בין דיוק לאמינות, עיצוב, טכנולוגיה ואיכות.

מקור שמם וסמלם של שעוני TUDOR, בשושלת המלוכה לבית טיודור, אשר שלטה באנגליה בסוף ימי הביניים והובילה אותה בגאווה לתקופת הרנסנס. סמלי המשפחה, הוורד והמגן המלכותי ליוו את המותג לסירוגין במשך השנים, כאשר היום מופיע רק המגן על לוח השעון.

השעונים מיוצרים מהחומרים האיכותיים ביותר: פלדת אל חלד וטיטניום העמידים במיוחד נגד קורוזיה, ציפוי גומי PVD ידידותי לסביבה ועמיד במיוחד לשחיקה וזכוכית ספיר קריסטל העמידה בפני שריטות. השעון מצויד במנגנון שוויצרי מכני משופר וחדשני ובעל עמידות ללחץ מים של 10 אטמוספרות ומעלה.

במשך שנים מיתוג השעון קושר להצלחה, תעוזה ועמידות. בהמשך לתפיסת המותג, בשנת 2009 נעשתה חשיבה מחודשת אודות המותג מבחינה פרסומית ועיצובית תחת הקמפיין:

**RolexShow**  
 WATCHES | DIAMONDS | JEWELLERY

**TUDOR**  
 WATCH YOUR STYLE





תקשורת / יובל קרניאל



דנ"א 2121/12 פלוני נ' ד"ר אילנה דיין אורבך (18.9.14);  
שופטים: אשר גרוניס, מרים נאור, עדנה ארבל, אליקים רובינשטיין,  
סלים ג'ובראן, יורם דנציגר, ניל הנדל, עוזי פוגלמן, יצחק עמית

# גוש אמונים

פסק הדין בדיון הנוסף בפרשת אילנה דיין משקף מאבק של השופטים לשמר את אמון הציבור בבית המשפט, וזאת גם במחיר פגיעה מסוימת באמון הציבור בתקשורת • בית המשפט העליון היה מוכן לומר כי העיתונות של דיין היא עיתונות אחראית, אבל באותה נשימה אמר שגם עיתונות זו לא הצליחה לפרסם את האמת

בלב ליבו של הממסד והשלטון הישראלי, המחציף פנים לערכאה השיפוטית העליונה ופועל באופן ישיר לכרסם בכוחה ובאמון הציבור הישראלי במשפט.

פרשת סרן ר' ואילנה דיין הביאה לפני בית המ־שפט העליון את הדילמה הכאובה ביותר בחברה הישראלית; המתח בין ערכי הדמוקרטיה לצורכי הביטחון. דילמה שהכתה השנה בחברה הישראלית גם בזמן מבצע צוק איתן, שבו היה אפשר לראות פגיעה של ממש בחופש הביטוי.

ברוב המקרים פסק דין של בית המשפט העליון הוא סוף פסוק. כך גם בתביעות לשון הרע. הציבור מחכה להכרעה השיפוטית העליונה – האם היה פרסום לשון הרע? האם פורסמה אמת או שמא השמצה פרועה ופגיעה לא ראויה בשמו הטוב של אדם?

פסק הדין של השנה בתחום התקשורת הוא כמובן הדיון הנוסף בהרכב של תשעה שופטים בפרשת אילנה דיין וסרן ר'. לכאורה ניצחון חשוב לחופש העיתונות ואשרור של פסק הדין הח-

שוב שניתן בערעור, אך למעשה ביטוי עגום למצבו הלא מזהיר של בית המשפט העליון ושל הדמוקרטיה הישראלית בכלל.

בית המשפט העליון נקלע השנה למאבק חריף על מעמדו בחברה הישראלית ועל עתידו כפוסק אחרון בכל הנוגע לזכויות אדם בישראל. השנה, יותר מכל שנה אחרת, קמו עוררין על סמכותו המוסרית ועל כוחו כמוסד. בעיקר מדובר באופן שבו התקבל פסק הדין בנושא החוק למניעת מסתננים. אין המדובר עוד בשורייים קיצוניים וסהרוריים, אלא

לכאורה הדיון הוא בנושאי לשון הרע וחופש הביטוי, אך למעשה הוא בחיפוש אחר אמון הציבור המבקש איזון בין צורכי המלחמה בטרור והביטחון, ומוכן להקריב גם את ערכי הדמוקרטיה, את זכויות האדם וביניהן את חופש הביטוי



צילום: יוסי זמיר/פלאש 90

לדעת שופטי בית המשפט העליון, הכתבה אינה מציגה אותו כהורג ילדה בדם קר. סרן ר' בבית המשפט

איכה הצדיקו את מרמס שמם של החיילים? צעקו המאמרים (ישראל הראל, "הכבוד האבוד של המסייעת" **הארץ** 17 בפברואר 2012, "קשה לה- בין כיצד יכול אדם בעל חוש צדק אלמנטרי לנקות את דיין מהוצאת דיבה ולהישאר אדם הגון בעיני עצמו"), ואף הרחיקו לכת עד כדי הסתה נגד הגי- נותם של השופטים בעליון. ברור היה לכל כי אמון הציבור בבית המשפט העליון נמצא בסכנה. קיים פער עצום, כמעט בלתי נתפס, בין פסק הדין של השופט סולברג בבית המשפט המחוזי, שקבע כי אילנה דיין פרסמה לשון הרע על סרן ר', ובין פסק הדין הראשון בבית המשפט העליון שקבע כי אין מדובר בעוולת לשון הרע הואיל ועומדות לדיין כל ההגנות של אמת דיברתי ושל תום לב. מדובר בשפה שונה, בעולם מושגים שונה, בערכים שונים. השופט סולברג שם במרכז את שמו הטוב ואת כבודו של סרן ר', של צה"ל, ואת המאבק של החברה הישראלית בטרור הפלסטיני. הרכב השופטים ריבלין, פוגלמן ועמית שם במרכז הדיון את חופש הביטוי, את חופש

לא כך היה הדבר בפרשה של סרן ר' ואילנה דיין. הקרב לא היה על האמת ועל שמו הטוב של חייל, אלא על שמו הטוב של צה"ל, על אופן המלחמה בט- רור ועל תפקידה של העיתונות החוקרת. מתחילתה חשפה הפרשה את הפערים הגדולים בחברה הישראלית, וגם בקרב משפטנים ואנשי תק- שורת, בכל הנוגע לתפקידה ולמהותה של התקשור- רת בישראל, וכפועל יוצא מהם את הפערים בתפי- סת מהותה של הדמוקרטיה הישראלית. פסק הדין של השופט נעם סולברג, בעודו מכהן כשופט בבית המשפט המחוזי, ופסק הדין הראשון בעליון התקבלו במחאות כפיים של מחנה אחד, ובגינוי ובחוסר הסכמה בולט אצל מחנה אחר. היחס אל הנושא ואל הפסיקה היה פוליטי לגמרי. כך גם היחס לשופטים השונים שנתנו את פסקי הדין ולפ- רשנים הרבים, עיתונאים ומשפטנים, שניסו להסבי- רו. לא זכור לי בשנים האחרונות פסק דין שזכה לכל כך הרבה פרשנויות ותגובות נרגשות בתקשורת כמו פסק הדין הזה. "איכה הוכו העליונים בסנוורים?"





העיתונות ואת הדמוקרטיה הישראלית, ובמשתמע גם את זכותם של ילדים פלסטינים לחיים. המציאות הישראלית בכלל, והמציאות הנשקפת בפרשה הזו בפרט, מצטיירת בשני פסקי הדין באופן שונה לחלוטין.

שני פסקי הדין המוקדמים עוסקים בסיפור של דויד מול גוליית, אבל חלוקים בשאלה מי זה מי. לסולברג ברור כי סרן ר' הוא דויד, וכתיאורו: "קצין זוטרי בצה"ל שפעל בשליחות הציבור תחת נסיבות אובייקטיביות קשות במיוחד. אין מדובר באיש בעל אמצעים, קשרים, השפעה פוליטית או תקשורתית. הוא ושכמותו לעולם יהיו קורבנות קלים ומועדים לרמיסת שמם הטוב ודמותם". לעומתו רואה סולברג את תאגיד התקשורת כ"רב השפעה ועתיר אמצעים" המרוויח מפרסום הפרשה רווחים ישירים ועקיפים.

מפסק הדין הראשון בעליון עולה ההשקפה כי דווקא העיתונות החופשית והחוקרת היא דויד האמיתי הלוחם ברשויות השלטון רבות העוצמה, חושף ומבקר את הצבא האדיר, את כוחו להרוג (גם ילדות קטנות) ואת רשויות המדינה רבות הכוח. כדברי השופט ריבלין: "בשל עצם שליחותה כמבקרת המגזר הציבורי עשויה העיתונות להיחשף לפגיעה מסוכנת מטעם גופי השלטון". ההרכב המקורי הבין היטב כי לתקשורת המסחרית (למשל ערוץ 2) היה עדיף לשדר

תוכנית ריאליטי על מרוץ למיליון או לקיים תחרות בין כוכבים נולדים, אך הוא ביקש לעודד ולחזק את התקשורת החוקרת המעזה למלא את תפקידה הציבורי בחברה דמוקרטית, להתמודד עם השאלות הקשות ולבקר גם את הגורמים השלטוניים רבי הכוח כמו צה"ל.

עניינה של פרשת סרן ר' הוא השאיפה לחיסול הטרור. אם בדרך לחיסול הטרור, וכדי לאפשר לחיילי ישראל חודר מוטיבציה להסתער בחזה חשוף אל מול סכנת חיים שמסמן הטרור הפלסטיני, אנו מוכנים לצמצם את חופש הפעולה של התקשורת החוקרת. הביקורת והגיבוי הציבורי של פעולותיו תוך

כדי לוחמה בטרור, עלולים להחליש את כוח הרצון של לוחמי צה"ל בהסתערות הבאה, בין שהיא מול לוחמי טרור, ובין שהיא מול ילדה קטנה עם תרמיל על הגב.

"כל מי שנע במרחב, גם אם זה בן שלוש, צריך להרוג אותו", אמר סרן ר' בסוף האירוע. האם החברה הישראלית מוכנה לבקר ולגנות את חייליה המסתערים, או לפחות לבחון לעומק את פעולותיהם, כאשר התברר שהרגו ילדה קטנה? זוהי השאלה הקשה שמציבה לנו הפרשה. פסק הדין הראשון בעליון נתן לכך תשובה חיובית מהדהדת. הדין הנוסף מסמן נסיגה של ממש מהעמדה המקורית וכמיהה לחזור אל הקונצנזוס הישראלי, תוך שימוש כמעט מפורש בנימוק על חשיבות אמון הציבור במשפט ובשופטים. הדין הוא לכאורה בנושאי לשון הרע וחופש הביטוי, אך למעשה הוא בחיפוש

אחר אמון הציבור המבקש איזון בין צורכי המלחמה בטרור והביטחון, ומוכן להקריב גם את ערכי הדמוקרטיה, את זכויות האדם ובהן את חופש הביטוי.

הפער הערכי והאידיאולוגי מרביל את כל השופטים – וגם את הפרשנים, ואני ביניהם – לקריאה פרשנית שונה לחלוטין של הכתבה של אילנה דיין. אין מדובר בפרשנות משפטית אלא בפרשנות של הטקסט העיתונאי עצמו.

השופט סולברג, כמו גם מב-

קריה האחרים של דיין, רואים את הכתבה ככתב פלסטר, השמצה חריפה וקשה של סרן ר' ושל צה"ל. הם ורבים אחרים חשים שהכתבה הציגה את סרן ר' כ"בריון ערל לב", "הורג ילדה בדם קר", "פושע מלחמה המתיר דמם של פעוטות". כל אלה ציטוטים מפיסק דינו של סולברג. לעומתם, שופטי בית המשפט העליון, שראו את אותה הכתבה, סבורים כי אין בכתבה מאום מהדברים החריפים הללו. גם כשהם מסכימים כי בכל זאת יש בכתבה מעט לשון הרע, הם מתארים אותה אחרת לגמרי, מדגישים כי מוצגים בה גם היבטים חיוביים של סרן ר', כי עיקר הביקורת היא דווקא כלפי הפלוגה, הקושי בלוחמה

## האם החברה הישראלית מוכנה לבחון לעומק את פעולות חייליה המסתערים כאשר התברר שהרגו ילדה קטנה? זוהי השאלה הקשה שמציבה לנו הפרשה. פסק הדין הראשון בעליון נתן לכך תשובה חיובית מהדהדת



השופטים לא מצליחים להסכים בשאלה היסודית אם חופש הביטוי גובר בהתנגשות בינו ובין הזכות לשם טוב.

כך, במבט מעמיק ובאזמל מנתחים, יש לבחון את פסק הדין החדש בפרשת אילנה דיין. זהו מאבק של השופטים לשמר את אמון הציבור בבית המשפט, וזאת גם במחיר פגיעה מסוימת באמון הציבור בתקשורת. בית המשפט העליון, ואולי אין טעם לבקר אותו על כך, מעדיף באופן ברור את הניסיון לשמר את אמון הציבור בפסיקותיו, והוא ויתר באופן כמעט מפורש על אמון הציבור בתקשורת. כאילו היה מדובר בשני מוסדות נפרדים, מתחרים.

בית המשפט העליון היה מוכן לומר כי העיתונות של אילנה דיין היא עיתונות אחראית ולהעניק לה את הגנת תום הלב (והרי לצערנו אין בישראל הרבה עיתונאים יותר מקצועיים, אתיים ואחראיים ממערכת "ערוץ בדה" ומאילנה דיין – י"ק), אבל באותה נשימה היה מוכן לומר שגם עיתונות כזאת לא הצליחה לפרסם את האמת, שהרי לא ניתנה לה הגנת אמת דיברתי. יש בכך כדי לשמוט את הקרקע מתחת לאמון הציבור בעיתונות האחראית.

לבית המשפט יש בטן מלאה על התקשורת. בעיקר בכל הנדג לתקשורת צהובה, בידורית, מסחרית, וגם בכל הנוגע לדרך שבה היא מסקרת את המשפטים של אנשי הציבור הבולטים העומדים לדין בפרשיות שחיתות ומין בשנים האחרונות. אולם אסור לשכוח כי המשפט והתקשורת נמצאים בעצם באותו צד של המאבק האמיתי המתחולל בחברה הישראלית; מאבק על אופייה הדמוקרטי. התקשורת החופשית היא היום כמעט המגן היחיד של בית המשפט העליון מפני מגמות אחרות בחברה הישראלית.

האמת היא שללא תקשורת חופשית, בלי עיתונות חוקרת ועצמאית, ללא חופש ביטוי מלא ובלתי אמון של הציבור בחשיבותה של התקשורת, אין תקומה לדמוקרטיה הישראלית. גם לא לאמון הציבור בבית המשפט.

בתנאי לחץ, התחקיר הלקוי ועוד. את סרן ר' מציגה הכתבה לדעתם "במובנים אחדים, באור שלילי". האור השלילי הוא בכך שסרן ר' יצא לקרב חדור רוח לחימה, "על אף שהבין בשלב זה או אחר, או שהיה עליו להבין, כי מולו עומדת נערה צעירה". הכתבה, לדעתם, לא מציגה את סרן ר' כהורג ילדה בדם קר, גם לא בהכרח כעבריין פלילי.

מכאן עולה גם המסקנה המשפטית. הפרסום של אילנה דיין, כפי שבית המשפט העליון רואה אותו, אינו זקוק לשינוי הלכה כדי לזכות בהגנות הקבועות בחוק איסור לשון הרע, לרבות ההגנה החשובה של אמת דיברתי.

בית המשפט העליון בהרכב המקורי לא הסתפק בכך. הוא קבע הלכה חדשה וניסה לחזק באמצעותה את חופש העיתונות. הרטוריקה המרחיבה של בית המשפט וההלכה החדשה והחשובה בנוגע לפרשנות הגנת תום הלב יצרו בעין הציבורית מצג שווה כי בית המשפט העליון נזקק לשינוי ההלכה ולהרחבת ההגנה על חופש הביטוי כדי להצדיק את הפסיקה לטובתה של אילנה דיין, אך לא היא.



אילנה דיין

ההלכה החדשה עשתה צדק לערכים של הדמוקרטיה וזכות הציבור לדעת בחברה הישראלית, אך באופן פרדוקסלי החלישה את תוקפה של הפסיקה וחשפה אותה לביקורות משתלחות ולא מוצדקות. הטענה שבית

המשפט העליון שינה את ההלכה בנושא לשון הרע רק בשביל אילנה דיין לא הייתה נכונה מעולם.

פסק הדין החדש שניתן השנה חזר לתלם. השופטים מחפשים את שביל הזהב ברטוריקה זהירה יותר, והצליחו לפסוק לטובת דיין בלי להרחיב את חופש העיתונות. לב העניין הוא כמובן בנסיגה של השופטים מהקביעה כי הכתבה של דיין ראויה להגנת "אמת דיברתי", וגם בנסיגה מהכרה ב"אמת לשעתי". בית המשפט הסתפק בהגנה של תום הלב ובאשרור ההלכה החשובה כשלעצמה כי יש להכיר ב"חובה מוסרית חברתית" של התקשורת לפרסם על פי המבחנים של "עיתונות אחראית".



ע"פ 3958/08 בני שמואל נ' מדינת ישראל (10.9.14); שופטים: עדנה ארבל, סלים ג'ובראן, חנן מלצר

# ספקנות מדעית וספק משפטי

ההכרעה בפרשת הזיכרון המודחק היא ההכרעה החשובה ביותר שנתקבלה בדיני הראיות בשנה שחלפה • זהו פסק דין חשוב בשל הקביעה החדשה הגלומה בו כי ספק מדעי אינו מגבש ספק משפטי

שיטה המקובלת על הקהילה המדעית, וכי הגישה של המומחה תעמוד בשורת מבחנים מחמירה. כיצד אפוא חדרו למשפט עדויות מומחים שלא עמדו ברף זה?

כנראה התשובה היא שלעיתים בתי המשפט ברחים להתעלם מהמבחנים שהם עצמם קבעו בהחלטים אם לקבל עדויות מומחים. מטעם זה ההכרעה בע"פ 3958/08 (להלן: פרשת הזיכרון המודחק), בדבר היחס בין משפט ומדע, היא לדעתי ההכרעה החשובה ביותר שנתקבלה בדיני הראיות בשנה שחלפה. ואף שקדמו לה הכרעות דרמות קודמות בשנים האחרונות, הכרעה זו חשובה בשל הקביעה החדשה הגלומה בה ביחס למדע ולראיות מדעיות.

באותו עניין דובר באישה אשר בגיל 23 נזכרה כי אביה אנס אותה כמה פעמים בשבוע

פרויקט החפות האמריקאי הראה כי ב-49% מהמקרים שבהם חשפה ראיית די-אן-איי את קיומה של הרשעת שווא, ההרשעה המוטעית נשענה גם על עדויות מומחים שהסתמכו על גישות שביסוסן המדעי אינו מספק. למעשה, עדויות מומחה בלתי מבוססות מדעית (שכוננו junk-science) נמצאו במחקרים שבחנו הרשעות שהתבררו כמוטעות כגורם השני בחשיבותו להרשעות חפים מפשע בעבירות חמורות (אחרי ראיות זיהוי שגויות ולפני הודאות שווא). השאלה היא כיצד הדבר ייתכן; מערכת המשפט האמריקאית, כמו הישראלית, קבעה רף גבוה מאוד לקבלת עדות מומחה. לפני שראיות די-אן-איי או מכשירי מדידת מהירות אושרו כקבילות הן עברו את טבילת האש הקפדנית של המשפט, המחייב כי המומחה שעדותו נבחנת יאמץ

בית המשפט קבע שאין לו יומרה להכריע במחלוקת המדעית, אך בפועל העדיף את עמדת הקלינאים כי זיכרון של התעללות מינית מתמשכת יכול להיעלם לחלוטין ולצורך מחדש כעבור שנים



אופן ההכרעה בין עמדות המומחים בתיק זה מעורר קשיים אחדים. ראשית, בית המשפט העליון התעלם מהמבחנים שנקבעו לקבילות עדות מומחה בפסיקות קודמות. כך בעניין מצגורה, שהוכרע רק כמה חודשים קודם לכן, נקבע כי אין לתת משקל לעדות של מומחה להשוואת טביעת נעל בשל היעדר בסיס מדעי. באותו עניין קבע בית המשפט כי אם בעבר הסתפקו בתי המשפט בבחינה אם התאוריה המדעית של המומחה מקובלת בדיסציפלינה המדעית הרלוונטית (הלכת Frye), כיום לאחר אימוצה של הלכת Daubert יש לבחון גם אם התאוריה עברה ביקורת עמיתים; מהו

במשך כשמונה שנים, מאז הייתה בת שלוש ועד גיל 11. המתלוננת לא זכרה את האירועים, ובניגוד לאירועים אחרים – למשל תקיפה מינית בידי שכנה כשהייתה בת שמונה – הם גם לא תועדו ביומנה ובכתביה. רק כעבור שנים, לאחר שחלמה חלום ובו ראתה את עצמה מקיימת יחסים עם אביה, היא הוצפה בתחושת זיכרון של האירועים. השאלה המרכזית שהייתה במחלוקת במקרה זה, כמו גם בכמה מקרים דומים בשנים האחרונות, היא אם רצף של אירועים טראומטיים יכול להיעלם לחלוטין מהזיכרון ולצוף שוב בחלוף שנים רבות. לא הייתה מחלוקת כי המתלוננת אכן מאמינה שהזיכרונות שלה משקפים את שהתרחש, אולם למול הטענה של זיכרון מודחק ששוחזר טענה ההגנה כי מדובר בזיכרון שגוי של אירועים שלא התרחשו.

שתי החלופות נראות מוזרות. ניסיון החיים שלנו מלמד שאירועים משמעותיים לא נעלמים לחלוטין מהזיכרון ואז צפים. הניסיון הזה גם לא מכיר בקיומם של אירועים משמעותיים שנשמעים בזיכרון אף שלא אירעו מעולם. השאלה אם תחושה של זיכרון טראומטי מודחק ששוחזר משקפת זיכרון אמיתי היא שאלה מדעית. ולכן בית המשפט העליון הורה, בצדק, כי ההכרעה חייבת להתבסס על עדויות מומחים שיסייעו לבית המשפט להכריע בה.

אלא שבקהילה הפסיכולוגית יש מחלוקת חריפה וסוערת זה עשורים מספר בדבר קיומם ומהימנותם של זיכרונות מודחקים משוחזרים. ככלל, רבים מהמטפלים מאמינים כי אנשים משחזרים זיכרונות טראומטיים שהודחקו ונעלמו. מנגד, מרבית אנשי המחקר והמדע בתחום סבורים כי אין לאמונה זו בסיס מדעי. מחקרים של חוקרים מובילים מציגים גם הסבר חלופי לתחושות הזיכרון ומראים כי בתנאים מסוימים אנשים מפתחים זיכרון שגוי של אירועים טראומטיים שלא אירעו במציאות.

גם בפרשת הזיכרונות המודחקים עמדו לפני בית המשפט עדויות מומחים משני צידי המתרס. מחד גיסא – קלינאים אשר הציגו את אמונתם בתאוריה, ומנגד – חוקר זיכרון שהראה שאין לתאוריה אישוש. בית המשפט קבע שאין לו יומרה להכריע במחלוקת המדעית, אך בפועל העדיף את עמדת הקלינאים כי זיכרון של התעללות מינית מתמשכת יכול להיעלם לחלוטין ולצוף מחדש כעבור שנים.

"המדע דורש הוכחה. הוכחה מחייבת בדיקה. בדיקה מתורגמת לתוצאה מספרית. שלבים אלו הופכים תיאוריה למדע מוסכם ומקובל... רבה היא האחריות המוטלת על בית המשפט כשומר סף. עליו לקבוע את מעמדה של ראייה מדעית, והאם ניתן להכניסה בשערי המשפט הפלילי, ולחלופין - האם יש להוציאה משם".

ע"פ 1620/10 ניקולאי מצגורה נ' מדינת ישראל (ניתן ביום 3.12.2013)

"ואין הכרח כי הכרה בתופעה מסוימת במישור המשפטי תאומץ כנכונה גם במישור הרפואי-מדעי... הזירה המשפטית והזירה המדעית לא חד הן. כאמור, במישור המדעי אין לבית המשפט יומרה להכריע בסוגיה זו, ואולם במישור המשפטי הוכרה התופעה של זכרונות מודחקים ונקבע כי בתום דיון מפורט ומעמיק בעניין פלוני א' כי הם קבילים".

ע"פ 3958/08 בני שמואל נ' מדינת ישראל (ניתן ביום 10.9.2014)

אלו מסוגלים במקרים רבים לדווח על העבירות שנעברו בהם רק כעבור שנים רבות הן: תלותו של הקרבן בפוגע שנמשכה לעתים גם לאחר שהפך בגיר על פי החוק, ותופעות אופייניות במקרים אלו של מגננה נפשית בדרך של הדחקה" (ה"ח 2449, עמ' 238). הסתמכות כזאת על דברי ההסבר היא קשה; גם אם נניח שדברי ההסבר התייחסו לתאוריה בדבר זיכרונות משוחזרים כאחד הנימוקים להארכת תקור פת ההתיישנות, ברור לחלוטין שהכנסת לא התכונה לבסס כלל ראיתי חדש באמצעות דברי ההסבר. גם עיון בפרוטוקולים של דיוני המליאה מלמד כי הנימוק להארכת ההתיישנות היה הצורך של נפגעי העבירה להבין את הנזק שנגרם להם ולאזור אומץ להתלונן, ולא החשש מפני שכחת האירועים (וראו גם טל רגב וליאורה ארזי "מה בין הרשות המחוקקת והרשות השופטת בהכרעות בדבר קבילות ראיות – דיון בעקבות ע"פ 5582/09 העוסק בקבילותם של זכרונות מודחקים" **הארץ דין** (ו1) 39 (תשע"ב) [weblaw.haifa.ac.il/he/Journals/lawatch1/evi3.pdf\\_lawatchF/gilionG/2012a](http://weblaw.haifa.ac.il/he/Journals/lawatch1/evi3.pdf_lawatchF/gilionG/2012a)).

קושי שני בהכרעה מצוי בהעדרה של עמדת הקליניאנים על פניו של החוקרים המדעיים. ההחלטה להעדיף את עמדתם של אנשי פרקטיקה על פניהם של אנשי המחקר המדעי היא אולי החידוש החשוב ביותר בפסקי הדין בפרשה. יכולה להיות לה השלכה רחבה לראיות רבות אחרות. למשל, גרפולוגים מא-

שיעור הטעות הידוע שלה (דהיינו, אם יש דרך להעריך סטטיסטית את שיעור הטעות שלה); ואם אפשר להפריכה בראיות אמפיריות סותרות. עוד נקבע שם כי "ניתן לצפות שראיה של מומחה – במיוחד במשפט הפלילי – תהיה מדעית יותר ומוכחת יותר".

בפרשת הזיכרון המודחק, התיאוריה של העדים המומחים מטעם התביעה הייתה צריכה להידחות אפילו אם הייתה נבחנת על פי מבחני הקבילות הישנים שנקבעו בהלכת Frye, שכן אין הסכמה רחבה בקהילייה המדעית בדבר האפשרות שהתערלות מינית מתמשכת תיעלם לחלוטין מהזיכרון ואז תשוחזר. בוודאי שזו הייתה צריכה להיות התוצאה לו בית המשפט העמיד את עדויות המומחים למבחן על פי הלכת Daubert, שאומצה בפרשת מצגורה, ולפיה עדות המומחה חייבת גם לעמוד בשורה של "טבילות אש" נוספות כדי שתתקבל.

נראה כי בית המשפט העליון ראה את עצמו פטור מלהעביר את עדויות המומחים בטבילות האש המדעיות, משום שזיכרונות מודחקים-משוחזרים כבר הוכרו בפסק הדין בעניין פלוני הראשון והשני (ע"פ 5582/09, ע"פ 2218/10). פסקי הדין הללו מבססים את התזה בדבר קיומם של זיכרונות מודחקים-משוחזרים על דברי ההסבר לתיקון 84 לחוק העונשין, המאריך את תקופת ההתיישנות בעבירות מין שבוצעו בקטינים על ידי בן משפחה או אחראי, ולפיהם "הסיבות המרכזיות לכך שקרבנות עבירות



רה זה למרות האמור לעיל, אולם אין מחלוקת כי באף אחד מהתיקים שעסקו בזיכרונות מודחקים לא נמצאו ראיות אחרות שדי היה בהן להוכיח את טענות התביעה (לדיון בראיות האחרות שהיו בתיק הזיכרון המודחק ולטענה כי ראיות אלה דווקא מפריכות את עמדת התביעה ולא תומכות בה, ראו אורן גזל-אייל "זיכרון גורלי" (2014) [www.ha-makom.co.il/post/tikim-oren-eyal](http://www.ha-makom.co.il/post/tikim-oren-eyal)).

במחלוקת הלוהטת סביב קבילותם של זיכרונות טראומטיים משוחזרים ראוי גם ללמוד מהניסיון האמריקאי הנרחב. בארצות הברית בשנות ה-80 וה-90 הורשעו נאשמים רבים בעבירות דומות על סמך עדויות על זיכרונות משוחזרים. עם התפתחות המחקר המדעי בתחום השתנתה הגישה. בשנים האחרונות כמעט אין נמצא הרשעות המתבססות על ראיות כאלה, וכמה בתי משפט עליונים ובתי משפט לערעורים החליטו שלא להסתמך עוד על זיכרונות משוחזרים, לפחות בהליך הפלילי, נוכח הביסוס המדעי הרעוע של התאוריה.

הגל הדועך שאפיין את הפסיקה בארצות הברית הגיע כעת לישראל. אם בעבר לא נמצאו תיקים כאלה בישראל, הרי מאז תחילת העשור הוכרעו לפחות חמישה תיקים שבהם התבססה תזת התביעה על קיומם של זיכרונות משוחזרים של עבירות מין. שניים הסתיימו בזיכוי, אך שלושה בהרשעה.

בפרשת הזיכרון המודחק נינתנה תשובה לשאלה כיצד אפשר להרשיע למרות המחלוקת המדעית. באמרו כי "הזירה המשפטי-טיית והזירה המדעית לא חד הן"

קבע בית המשפט לראשונה שספק מדעי אינו מגבש ספק משפטי, תוך שהוא פוסח על המבחנים המיריים שהוא עצמו קבע בעבר לקבלת עדות מומחה בעניינים שבמדע. לדעתי, הכרעה זו שגויה. יש לקוות שבישראל לא נצטרך להמתין כמה עשורים עד שתימצא הנכונות להעמיד את התאוריה במבחנים המשפטיים המקובלים של ראיה מדעית, ולמנוע הרשעות שהסיכוי שהן מוטעות הוא גדול. ☞

מינים ביכולתם לזהות תכונות אופייניות באמצעות מאפיינים של כתב יד, אולם בהיעדר ביסוס מדעי ראיה זו מעולם לא אומצה כקבילה בהליך פלילי. בדומה לזה, בודקי פוליגרף רבים סבורים שהמהימנות של בדיקת הפוליגרף גבוהה מאוד, אולם בתי המשפט קבעו שראיה זו אינה קבילה, שכן אין מחקר מדעי בלתי תלוי המאשש את האמונה בדבר המהימנות הגבוהה של הבדיקה (ראו ע"א 61/84). העדפת אנשי המעשה על פני אנשי המדע עלולה להגדיל מאוד את הסיכון להרשעות מוטעות. הקושי לא נובע רק מכך שלאנשי המעשה יש עניין מסוים בביסוס האמון-נה ששיטתם עובדת, אלא גם (ואולי בעיקר) מכך שההכשרה שלהם מציינת אותם בכלים להקשבה ולאמונה באמת נרטיבית אך לא לברור של אמת היסטורית. ייתכן שלצורך הטיפול אין גם חשיבות בברור האמת ההיסטורית; תחושת הזיכרון אמתית, ודי בכך לצורך הטיפול. אולם עצם הניסיון המראה כי מטופלים רבים טוענים לקיומו של זיכרון

טראומטי מודחק כזה, אין בו כדי לבסס את מהימנות הזיכרון. רק מחקר מדעי – שלרוב נערך על ידי מי שכלל אינם עוסקים בטייפול – יכול לבחון את המהימנות של אותם זיכרונות. ההתייחסות של הערכאות השונות בפרשת הזיכרון המודחק לאנשי המדע כבלתי רלוונטיים מכיוון שחלקם לא טיפלו באיש מימיהם – שגויה. דווקא עובדה זו היא יתרון כאשר מבקשים להעריך מהימנות של תזה מדעית.

קושי שלישי הוא ייחודי להליך הפלילי. גם אם שתי התזות שבמחלוקת ראויות להערכה דומה, במשפט פלילי, להבדיל מאזרחי, אי אפשר להרשיע אדם כאשר יש תזה מדעית מקובלת השוללת את הביסוס לראיה שעליה מבוססת ההרשעה. אם יש ספק מדעי בקיומה של תופעה שעליה מבוססת ההרשעה (במקרה זה – הדחקה ושחזור של זיכרון טראומטי), הרי שקיים לפחות ספק סביר.

מובן שלו היו ראיות אחרות שהיה בהן די לבסס הרשעה בפלילים, היה אפשר להרשיע במק-

---

## באמרו כי "הזירה המשפטית והזירה המדעית לא חד הן" קבע בית המשפט לראשונה שספק מדעי אינו מגבש ספק משפטי, תוך שהוא פוסח על המבחנים המחמירים שהוא עצמו קבע בעבר לקבלת עדות מומחה בעניינים שבמדע



רע"א 617/08 מלון עדן נהריה בע"מ נ' קסל (21.9.14); שופטים: עדנה ארבל, סלים ג'ובראן, חנן מלצר

# "עושק צרכני" בחוזה יחס עם בית אבות

פסק דין שעניינו חוזה בין דיירת קשישה לבית אבות מבסס בצורה חזקה וברורה את מעמדו המיוחד של חוזה כזה כחוזה יחס צרכני • בית המשפט העליון קבע כי אפשר להתערב בו לא רק בעילת העושק החוזי, אלא גם ובעיקר בעילת העושק הצרכני

הדיירים לפני תום תקופת החוזה. לאחר מות הבעל נכרת חוזה שונה לחלוטין עם האלמנה בת ה-91, ועל פיו העבירה האלמנה את כל כספה – שהסתכמה באותו מועד ב-530 אלף שקל – לידי בית האבות תמורת זכותה לשהות בבית האבות עד יום מותה. ההעברה הייתה מוחלטת ללא כל אפשרות חזרה. הדיירת נפטרה שבועות אחדים לאחר כריתת החוזה החדש. בית האבות עומד על זכותו החוזית להחזיק בכסף, ואילו יורשי הדיירת טוענים כי בחוזה נפל פגם המצדיק את ביטולו, ובעקבות הביטול הם זכאים לקבל את הכסף בחזרה בניכוי דמי השהות לתקופה שבה שהתה הדיירת עד יום מותה. בית משפט השלום אישר את החוזה ודחה את תביעת היורשים. הוא התרשם מצלילותה של האישה וסבר כי מדובר בחוזה הכרוך בקניית סיכון לגיטימית. בית המשפט המחוזי הגיע

פסק הדין החשוב ביותר בדיני חוזים לשנת 2014 הוא רע"א 617/08 מלון עדן נהריה בע"מ נ' קסל (21.9.2014) הדן בחוזה בין דיירת קשישה לבית אבות. פסק הדין, שנכתב על ידי השופט חנן מלצר (הסכימו עימו השופטים ארבל וג'ובראן), מבסס בצורה חזקה וברורה את מעמדו המיוחד של חוזה כזה כחוזה יחס צרכני, שבו אפשר להתערב לא רק בעילת העושק החוזי, אלא גם ובעיקר בעילת העושק הצרכני, שבמסגרתה חלים העקרונות של עילת הביטול עקב "השפעה בלתי הוגנת". מעשה בזוג דיירים קשישים שהתגוררו בבית אבות שנים אחדות. תחילה הוסדרו המגורים בחוזים תקופתיים, שבהם נקבעו הסדרי השהות למקרה של פטירת הדייר או

בית המשפט השכיל להפעיל עקרונות כלליים ובה בעת היה קשוב לערכים החוזיים הנכונים, המבטאים הבנה נאותה של הפער בין הצדדים, רגישות אנושית וצדק חברתי



השכלית או הגופנית או חוסר ניסיונו, כאמור בס' עיף 18 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, אלא עשוי לכלול גם ניצול של אי ידיעת השפה שבה נק' שרת העסקה, ניצול בורותו של הצרכן, וכן הפעלת השפעה בלתי הוגנת עליו. נקודה אחרונה זו גם היא מחידושו המרכזיים של השופט מלצר.

השפעה בלתי הוגנת מת' קיימת כאשר צד מנצל יח' סים מיוחדים עם אחר כדי להפיק לעצמו טובת הנאה. חוזה הנוצר עקב השפעה בלתי הוגנת נתון לביטול. הדוקטרינה שנקלטה אצלנו מהמשפט האנגלי אינה מפר' רטת בחוק החוזים הכללי, אך היא כלולה בשורה של דברי חקיקה שנועדו להסדיר חוזים מיוחדים, ובכלל זאת במסג'

למסקנה שונה; בדעת רוב, שבחלקה גם הסתייגה מהמסקנות העובדתיות של הערכאה הנמוכה, סברו השופטים (וסרקרוג ופירא, כל אחד מנימוקיו) כי יש לבטל את החוזה מחמת עושק או השפעה בלתי הוגנת, וכי על בית האבות להחזיר את התמורה בני' כוי דמי השהות. בית המשפט העליון אישר את פסק דינו של בית המשפט המחוזי ופרש יריעה רחבה של דיני החוזים בהקשר המיוחד של החוזה הנדון.

הקביעה המרכזית של השופט מלצר מתייחסת לנפקות הנובעת מאופיו של הסכם "דיוור מוגן" כחז' זה יחס צרכני מיוחד. סעיף 3 לחוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981, העוסק ב"עושק צרכני", הרחיב את ההג' נה על הצרכן מעבר לעושק החוזי. ה"עושק הצרכני" אינו מתמצה רק בניצול מצוקת המתקשר, חולשתו

---

**פסק הדין מגלם את  
הקונפליקט בין דיני החוזים  
הקלאסיים לדיני החוזים  
המודרניים. העובדה  
שצדדים חתמו על חוזה  
והוסיפו כי הוא מבטא את  
רצונם החופשי אינה הופכת  
אותו לחסין מהתערבות**





רת עילת העושק בחוק הגנת הצרכן. במקרים של יחסי אמון ותלות מעבירה הדוקטרינה של השפעה בלתי הוגנת את הנטל אל הצד שנגדו נטענת טענת ההשפעה הבלתי הוגנת, וכך גם בהקשר הצרכני. במילים אחרות, כאשר מתקיימים יחסי תלות שמכוחם זוכה הצד החזק בתועלת חוזית שהיא בעליל לטובתו, קמה הנחה כי התקיימה השפעה בלתי הוגנת המאפשרת את ביטולו של החוזה, אלא אם כן יוכיח אחרת הצד שנגדו נטענת טענת ההשפעה הבלתי הוגנת במסגרת "העושק הצרכני". יצוין שחוק הגנת הצרכן אינו דורש מהצרכן המבקש לבטל את העסקה להראות שתנאי החוזה גרועים מהרגיל. מבחינתו די בכך שהת-

נאים הם בלתי מקובלים או בלתי סבירים או שיש הפרש בתמורות החוזיות.

במקרה הנדון לא הצליח בית האבות להפריך את החזקה בדבר קיומה של השפעה בלתי הוגנת. בין הדיירת לבית האבות התקיימו יחסי תלות ואמון מיוחדים. הדיירת חתמה על החוזה תוך ניצול מצוקתה (אי ידיעת השפה, חולשה גופנית, נסיבות עריכת העסקה ואופייה, עיתויה והיעדר היכולת לבחור בין חלופות). הדיירת לא עסקה בניהול עסקי המשפחה כך שמ- תקיימת אף החלופה של "חוסר ניסיונו של המבקש" שבסעיף

18 לחוק החוזים. תנאי החוזה היו גרועים במידה בלתי סבירה מהמקובל לגבי חוזה המשך לקבלת שירותי דיור מוגן לכל החיים. הדיירת כרתה אפוא את החוזה בתנאי עושק, ואפשר לבטלו הן על פי עילת העושק החוזי הן על פי עילת העושק הצרכני. יורשיה זכאים להשבת הסכום שניתן לבית האבות בניכוי דמי השהות של המנוחה.

פסק הדין מגלם את הקונפליקט בין דיני החוזים הקלאסיים לדיני החוזים המודרניים. העובדה שצדדים חתמו על חוזה ואף הוסיפו כי החוזה מבטא את רצונם החופשי אינה הופכת אותו כיום לח- סין מהתערבות. פסק הדין משקף גישה שכבר באה לביטוי בעבר ומבקשת להעניק הגנה לנשים חל-

שות או קשישות שחתמו על חוזים, ובדיעבד טענו טענות שונות בדבר פגמים ברצון (ע"א 8163/05, **הדר חברה לביטוח בע"מ נ' פלונית** (6.8.2007), שבו החוזה הפך בטל תוך שימוש בעילת "לא נעשה דבר" כדי להגן על אישה חלשה; ע"א 4138/09 **בנק לאומי למשכנתאות בע"מ נ' קובסי** (12.12.2011), שבו אישה קשישה ואנאלפביתית, שלא הייתה "בשיא כושרה המנטלי" (כך בפסק הדין), חתמה על חוזה הלוואה שבמסגרתו ויתרה על הגנת הדיור החלוף, ובעקבותיו נקבע כי יש להטיל חובות גילוי מוגברות על הבנק המלווה).

בהקשר הנוכחי מודגשות ההבחנות בין סבי-

בה עסקית לסביבה צרכנית או "ביתית", כמו גם בין עסקה חד-פעמית לעסקה מתמשכת. חוזה בין בית אבות ובין דיירת בת 91 שהתאלמנה זה עתה מבעל שאיתו חיה חיים משו- תפים למעלה מ-50 שנה, ואשר היה מופקד על הסדרת החוזים בעבר, אינו חוזה עסקי רגיל. ההבנה שבחוזים מסוג זה, וב- עצם בכל חוזה בין מפעילי דיור מוגן לדיירים, ראוי להגן על הדיירים באה לידי ביטוי בח- קיקה המיוחדת של חוק הדיור ההוגן, תשע"ב-2012 (שלא חל בעניין הנדון). אך לצי- דו קיימים חוק החוזים הכללי,

תשל"ג-1973 וחוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981 ואף חוק החוזים האחידים, תשמ"ג-1982 (שנדון בהקשר זה על ידי הנשיא ברק ברע"א 1185/97 **יורשי ומנהלי עיזבון המנוחה מילגרומ נ' משען**, פ"ד נב(4) 145 (1998)). אפשר אפוא להעניק הגנה לדיירים הן באמצעות עקרונות היסוד של החקיקה החוזית הן באמצעות החקיקה הצרכנית. עקרונות היסוד הכלליים הם מופשטים, וכאן באו לידי בי- טוי כוחו היוצר ורגישותו של בית המשפט שהש- כיל להפעיל עקרונות כלליים אלה בנסיבות העניין, כשהוא קשוב לערכים החוזיים הנכונים, המבטאים הבנה נאותה של הפער בין הצדדים, רגישות אנו- שית וצדק חברתי.

**"העושק הצרכני"  
אינו מתמצה רק בניצול  
מצוקת המתקשר,  
חולשתו השכלית או  
הגופנית או חוסר ניסיונו,  
אלא עשוי לכלול גם ניצול  
של אי ידיעת השפה  
שבה נקשרת העסקה,  
ניצול בורותו של הצרכן,  
וכן הפעלת השפעה  
בלתי הוגנת עליו**



תנ"ג 12-11-43335-ורדניקוב ואח' נ' אלוביץ ואח' (17.9.14); שופט: חאלד כבוב

# יש שופטים בסיטי של תל אביב

רבים מזהים את טובת בעלי המניות עם טובת החברה • זו טעות הן במישור הכלכלי הן במישור המשפטי, שהרי לא תיתכן זהות מלאה וקבועה בין אינטרסים של שתי ישויות משפטיות נפרדות • פסקי דין שונים – לרבות של בית המשפט העליון – מחמיצים תובנה בסיסית זו • השופט כבוב עמד לאחרונה על ההבחנה היסודית שבין טובת החברה לטובת בעלי המניות

בשנים האחרונות חל שינוי מבורך, עם הקמת המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל אביב. קבוצה איכותית של שופטים, ברוכי כישרון וניסיון, מייחדת את זמנה לתחום שהיה בשולי העינייה השיפוטית. שורה ארוכה של פסקי דין חשובים יצרה להם מוניטין מצוי: יש שופטים בסיטי של תל אביב.

לפיכך, כשהתבקשתי לבחור פסק דין "חשוב" בתחום המשפטי הפרטי בשנה האחרונה, לא פניתי למקום המובן מאליו – בית המשפט העליון – אלא אל המחלקה הכלכלית; אל השופט חאלד כבוב.

בתנ"ג 12-11-43335-ורדניקוב ואח' נ' אלוביץ ואח' (17.9.14); שופט: חאלד כבוב

**ב**וד גלוי הוא שבית המשפט איננו מקום רצוי להסדרה של מחלוקת מסחרית-כלכלית. יש לכך סיבות מגוונות ובהן זמן ההמתנה הארוך יחסית עד להכרעה, אשר גובה מחיר גבוה מצדדים שאמורים להמשיך לתפקד במציאות מסחרית דינמית. זאת ועוד, ככלל בתי המשפט נעדרים מומחיות מספקת בתחום הידע המורכב של סכסוכים כלכליים, ולכן הצדדים מתקשים להעריך מראש את סיכוייהם בבית המשפט ובריחיים להימנע ממנו. כך במהלך השנים נוצר חוסר מתמשך בהכרעות שיפוטיות שהחריף את אי הוודאות הפרשנית של חוקים שונים בתחום הכלכלי-מסחרי.

יש רגליים לטענה  
כי המשבר הכלכלי  
העולמי האחרון, כמו  
גם חלק מהסדרי החוב  
שחוינו בישראל בשנים  
האחרונות, מקורם  
בשימוש עודף בטכניקה  
של רכישה ממונפת



**דניקוב ואח' נ' אלוביץ ואח'** דן השופט בכשרותה המשפטית של רכישת חברת בזק על ידי חברת ביי-קום בדרך של רכישה ממונפת (LBO). הרוכש שילם עבור גרעין השליטה בבזק סכום של כ-6.5 מיליארד שקל, מתוכם לווה כ-5.1 מיליארד שקל (78% מעלות הרכישה). לאחר השלמת העסקה, במהלך תקופה קצרה של כשנתיים וחצי, בזק ערכה שינוי דרמטי במבנה ההון שלה: מחד גיסא היא חילקה דיבידנדים לבעלי מניותיה בסך של כמעט 10 מיליארד שקל; ומאידך גיסא לוותה סכומים מצטברים של קרוב ל-7.5 מיליארד שקל. בעקבות מהלכים אלה התדלדל ההון העצמי של החברה מ-47% ל-15.6% מכלל המאזן של החברה. אכן, טלטלה מימונית של ממש.

כמו בכל החלטה עסקית גם ההכרעה מהו מבנה ההון הרצוי לחברה מסורה בידי נושאי המשרה שלה. ובהקשר של רכישה ממונפת על הדיסקטוריון לבחון את נאותות השינוי הדרמטי ברמת המינוף הנגזרת מהעסקה. אם החלטתו עומדת בקריטריון של פעולה מיועדת, בתום לב, לטובת החברה ובהיעדר ניגוד עניינים, עומדת לו חזקת כשרות במסגרת כלל "שיקול הדעת העסקי", ובית המשפט לא יתערב בהחלטה. במקרים שקיים חשש מיוחד לניגוד עניינים ייושם כלל קפדני יותר: "שיקול דעת עסקי מוגבר".

במקרה הנדון טענו התובעים כי המהלך המימוני נבע מהעדפה של בעלי מניות השליטה את טובתם הם על פני טובת החברה. חלוקת הדיבידנד הנדיבה נועדה לאפשר לבעל השליטה להחזיר את הלוואות הענק שלו כדי להשתלט על בזק. לשיטתם, גם אם החלוקה נעשתה בהליך פורמלי תקין (עמידה בכללי החלוקה של דיבידנדים וקבלת האישורים הנדרשים מן האורגנים המוסמכים), יש במהלך כולו פסול מהותי. המרת ההון בחוב בנסיבות המקרה מנוגדת לטובת החברה (כמו גם לטובת בעלי מניות המיעוט, המשקיעים מהציבור הרחב) משום שהיא הטילה על בזק הוצאות מימון מיותרות כנגד הלוואות של-

ווטה, הגדילה את יחס המינוף של בזק ובכך פגעה ביציבותה הפיננסית ואף גרעה משוויה הכלכלי. לפיכך הוגשה תביעה נגזרת בשם החברה נגד נושאי המשרה בבזק שאישרו את המהלך.

ומהמקרה הפרטי אל הסוגיה הרחבה. יש רגליים לטענה כי המשבר הכלכלי העולמי האחרון, כמו גם חלק מהסדרי החוב שחוינו בישראל בשנים האחרונות, מקורם בשימוש עודף בטכניקה של רכישה ממונפת. העלאה לא מבוקרת של רמת המינוף הופכת את החברה לפגיעה להתרחשויות כלכליות בסביבה שבה היא מתפקדת. ואולם רכישה ממונפת איננה עסקה פסולה כשלעצמה; היא מאפשרת לב-

עלי כישרונות ויוזמה חסרי הון עצמי לממש את כישרונותיהם ובכך ליעל את המשק. טכניקת מימון זו היא מפתח הכניסה של שחקנים חדשים למגרש המרכזי של הכלכלה המקומית והעור למית. בו בזמן יש בה הבטחה גדולה וסכנה גדולה. על רקע זה ברורה חשיבותו של פס"ד ורד-ניקוב.

השופט כבוב, בפסק דין המ-חזיק כ-100 עמודים, מבצע מהלך מורכב. בסופו של דבר הוא מגיע למסקנה שלא הוכח שנושאי המשרה קיבלו את החלטותיהם בחוסר תום לב, ולכן הוא לא התערב בשיקול הדעת העסקי שהפעילו. בדרך למסקנה זו הוא דן בידענות בסוגיה חשובה, העומדת בלב הוויכוח העדכני בעולם התאגידים בעולם המערבי כולו.

מהי "תכלית החברה העסקית"? את מי או את מה אמורה החברה לשרת? התשובה השכיחה בשווקים היא טובת בעלי המניות. ואולם סעיף 11 לחוק החברות קובע כי "תכלית החברה העסקית היא לפעול על פי שיקולים עסקיים להשאת רווחיה", ועל פני הדברים מדובר בטובת החברה עצמה, להבדיל מבעלי מניותיה. רבים – בציבור הרחב כמו גם בפסקי דין בערכאות שונות בארץ ובעולם – מזהים את טובת בעלי המניות עם טובת החברה. כביכול אין ניגוד עניינים בין בעלי המניות ובין החברה. זו טעות

---

## פרשנות שתעמיד את טובת החברה במרכז תכלית פעולתה, ולא את האינטרסים של בעלי המניות, עשויה לקדם את החברה ואת הכלכלה הישראלית לכיוון הרצוי של "קפיטליזם רך", שאינו שבוי בידי האינטרסים של בעלי ההון



לים בחברה. ביפן, לעומת זאת, רק כ-3% מהמנהלים מחזיקים בעמדה דומה. היפנים סבורים שהמטרה העליונה של תפקודם הוא ייצור ופיתוח של מוצרים ומפעלים חדשים, כמו גם הגדלת חלקה של החברה בשוק. אלה שני עולמות שפסק הדין הנוכחי איננו נדרש להכריע ביניהם.

בהמשך לפסיקה קודמת שלו (בעניין בן-דב) קובע השופט כבוב שכל עוד הדיבידנד חולק באופן

שוויוני לכלל בעלי המניות, אין מקום לטעון כי זו עסקה שתיוחס דווקא לאינטרסים של בעלי מניות השליטה. זאת ועוד: הוא מנתח את הפסיקה האמריקאית (ומשתמע כי הוא מסכים לפסיקה זו) הקובעת שכל עוד נושאי המשרה סיפקו הסבר סביר להחלטותיהם, בית המשפט יימנע מלהתערב בשיקול דעתם, בין שהעדיפו את האינטרסים קצרי הטווח תוך פגיעה בטובת החברה לזמן הארוך ובין שפעלו הפוך.

נגזר עלינו להמתין להמשך פיתוח הפסיקה בנושא תכלית החברה, אם על ידי השופט כבוב ועמיתיו

למחלקה הכלכלית ואם על ידי בית המשפט העליון. זו שאלת מפתח בדיני התאגידים של זמננו, שהשלכותיה החברתיות והכלכליות מרחיקות לכת. לדעתי, פרשנות שתעמיד את טובת החברה במרכז תכלית פעולתה, ולא את האינטרסים של בעלי המניות, עשויה לקדם את החברה ואת הכלכלה הישראלית לכיוון הרצוי של "קפיטליזם זר", שאיננו שבוי בידי האינטרסים של בעלי החברה.

הן במישור הכלכלי הן במישור המשפטי, שהרי לא תיתכן זהות מלאה וקבועה בין אינטרסים של שתי ישויות משפטיות נפרדות. פסקי דין שונים – גם בערכאה העליונה בישראל – מחמיצים תובנה בסית זו.

השופט כבוב עומד על ההבחנה היסודית שבין טובת החברה ובין טובת בעלי המניות ומזהה נכונה את היעדר הזהות בין השתיים. למשל, רבים מב-

עלי המניות (ובראשם המשקיעים המוסדיים) מעוניינים בעיקר בתשואה שוטפת על השקעתם בחברה בטווח הקצר (דיבידנדים), כמו גם ברווחי ההון (עם מכירת החזקותיהם בחברה). מבחינתם נמדדות חברות בהישגים קצרי טווח. מנגד, במקרים רבים טובת החברה עצמה נמדדת לטווח הארוך. לפיכך נושאי משרה המחויבים בטובת החברה אמורים להתייחס לתועלת המדינית של השקעה בהון אנושי, במחקר ובפיתוח וכיוצא באלה אף אם מחיר השוק המיידי של המניה עלול להיפגע. זהו ניגוד עניינים בולט, שיש לו השלכות



מבצע מהלך מורכב. השופט חאלד כבוב

עצומות על דרך הניהול – בנוסף לדרך המימון – של התאגידים הציבוריים.

העלאת הסוגיה בצורה חדה יש לה חשיבות גדולה. עדיין אין לנו בישראל הכרעה ברורה בדבר הדרך הפרשנית של סעיף 11. חשוב להדגיש כי בעולם קיימים מודלים שונים, ולכל אחד מהם יתרונות וחסרונות משלו; כשני שלישים מהמנהלים האמריקניים סבורים שרווחי ההון של בעלי המניות והחזר השקעתם הם יעד-העל של עבודתם כמנהל



חוקתי / גדעון ספיר



בג"ץ 6069/10 מחמלי נ' שירות בתי הסוהר (5.5.14);  
שופטים: עדנה ארבל, אליקים רובינשטיין, חנן מלצר

# מחזקים את הזכויות החברתיות

גם מאז שבית המשפט הסכים לקרוא לתוך חוקי היסוד חלק מן הזכויות החברתיות, נשמעה ביקורת על כך שהוא נמנע מלתת להן שיניים • פסיקותיו של בית המשפט בשנה האחרונה, למשל בעניין מחמלי שעסק בהיקפה של חובת המעסיק לבצע התאמות כדי לאפשר לאנשים עם מוגבלויות להשתלב ולהתקדם בשוק העבודה, מקהות במידה רבה את עוקצה של הביקורת

לפחות בשנים הראשונות לאחר המהפכה, לקרוא זכויות חברתיות לתוך החוק. אם הזכות לכבוד יכר לה להתפרש ככוללת את חופש הביטוי, הכיצד אין היא יכולה להיקרא ככוללת את הזכות לתנאי מחיה מינימליים? האם כבודו של אדם המתגולל חסר כל ברחובות אינו נפגע לפחות כמו כבודו של אדם שנמנע ממנו לבטא דעה בעניין כלשהו? עוד נטען שגם לאחר שבית המשפט שינה את דעתו והסכים לקרוא לתוך חוקי היסוד חלק מן הזכויות החברתיות, הוא נמנע מלתת להן שיניים. כראיה לטענה האחרונה מובא למשל בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, שבו סירב בית המשפט להתערב בקי-

בשנים שחלפו מאז "המהפכה החוקתית" נשמעות מדי פעם בפעם טענות מהצד השמאלי של המפה החברתית נגד האופן שבו משתמש

בית המשפט בסמכות שהוקנתה לו, לשיטתו, במהפכה זו. נטען שבית המשפט מגן על האינטרס של העשירים והחזקים וזונח את העניים ואת החלשים. יש שאף מרחיקים לכת וטוענים שהמהפכה החוקתית נהגתה מראשית תה רק כדי לשמר את שליטתה של האליטה הכלכלית. כראיה לטענתם מצביעים המבקרים למשל על כך שבעוד בית המשפט לא היסס לקרוא לחוקי היסוד זכויות אזרחיות ופוליטיות – אף שזכויות אלה הושמטו מהחוקים במתכוון – הוא סירב,

החוק מטיל על מעסיקים חובה לבצע התאמות שיאפשרו לאנשים עם מוגבלויות להשתלב בעבודה ולהתקדם בסולם התפקידים. ההתאמות אינן רק "פיזיות", והכל אם ביצוע ההתאמות אינו מטיל על המעסיק נטל כבד מדי



1105/06 **קו לעובד נ' שר הרווחה**, שבו הטיל בית המשפט על המדינה חובה להבטיח שעובדים זרים שחלו ואיבדו את כושר עבודתם יזכו לטיפול רפואי הולם ולא יישלחו מהארץ ככלי אין חפץ בו. להלן אדון בקצרה בפסק הדין הראשון.

בראשית שנת 1999 נכנס לתוקף חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות. החוק מעיד על עצמו שתכליתו "להגן על כבודו וחירותו של אדם עם מוגבלויות ולעגן את זכותו להשתתפות מלאה ושוויונית בכל תחומי החיים...". לחוק כמה פרקים, ואחד מהם, הדן בתחום התעסוקה, מטיל על מעסיקים חובה לבצע התאמות שיאפשרו לאנשים עם מוגבלויות להשתלב בעבודה ולהתקדם בסולם התפקידים.

צוץ בקצבאות הבטחת הכנסה, אף שבפסיקה קודמת הוא קרא את הזכות לתנאי מחיה מינימליים לתוך הזכות לכבוד והכיר בכך שקצבאות אלה משמשות בישראל ככלי להבטחת תנאי מחיה מינימליים.

אם הביקורת האמורה מוצדקת אם לאו (ובאופן אישי אני נוטה שלא לקבלה, הגם שאני נמנה עם המחנה ה"חברתי"), נדמה שפסיקותיו של בית המ"שפט בשנה האחרונה מקהות במידה רבה את עוקציה. כוונתי בעיקר לשני פסקי-דין שהתקבלו בשקט תקשורתי יחסי, בג"ץ 6069/10 **מחמלי נ' שרות בתי הסוהר**, שעסק בהיקפה של החובה המוטלת על מעסיקים לבצע התאמות כדי לאפשר לאנשים עם מוגבלויות להשתלב ולהתקדם בשוק העבודה, ובג"ץ



ההתאמות שהמעסיק נדרש לבצע אינן רק "פיזיות" אלא יש בהן גם התאמה של דרישות התפקיד ואף של שעות העבודה, והכל אם ביצוע ההתאמות אינו מטיל על המעסיק נטל כבד מדי.

בג"ץ מחמלי עסק בהתאמה מהסוג האחרון. העותר שירת בדרגת כלאי בבית הסוהר מגידו וסבל מבעיה רפואית שהגבילה את היקף שעות עבודתו. תו. בקשותיו לעבור לתפקיד שיאפשר את קידומו בדרגות נדחו פעמים מספר על ידי הממונים עליו, אף שנמצא כשיר למלא תפקידים אלה. המשיבים הסכימו שמוגבלותו של העותר הייתה שיקול בהחלטות לדחות את מועמדותו לתפקידים שעליהם

התמודד, אך טענו שמדובר בנימוק לגיטימי, שכן עבודה בהיקף משרה מלא וגמישות בשעות העבודה הן חלק מ"הדרישות המהותיות של התפקידים או המשרות" הנ"ל. בית המשפט, מפי השופט חנן מלצר, דחה את עמדת שב"ס, קבע כי הארגון הפר את החובה המוטלת עליו לבצע התאמות והורה להעניק לעותר דרגת רב-כלאי "אישית", דרגה שהיה מקבל לו זכה במכתב רז לאחד מהתפקידים שעליהם התמודד.

האם מדובר בסעד הולם? התשובה לשאלה תלויה ברציונל העומד בבסיס החובה

לבצע התאמות. יש התולים את החובה בעקרון שוויון ההזדמנויות. האינטואיציה הקושרת בין שוויון הזדמנויות ובין צדק היא שקיומו של הראשון מבטיח שגורלם של בני האדם ייקבע על בסיס הכרעותיהם ומידת המאמץ שהשקיעו, ולא לפי נסיבות חייהם. בדרך זו הישגיו של האדם אינם שרירותיים אלא משקפים את פירות עבודתו. מנקודת מבט זו אין הבדל בין אנשים שנקודת הפתיחה שלהם אינה שווה בשל רקעם הסוציאלי ובין אלה שמתחילים מעמדה נחותה בהשוואה לאחרים בשל מוגבלותם, ובשני המקרים יש לבטל את הנחיתות הזו.

אם החובה לבצע התאמות הייתה מבוססת רק

על שוויון הזדמנויות, הוראת בית המשפט להעניק לעותר דרגה אישית מעניקה לו סעד הולם. אמנם העותר לא זכה בהזדמנות להתמודד כשווה עם המועמדים האחרים לתפקיד, אולם השרירות הכרוכה בתוצאה באה על תיקונה באמצעות מנגנון חלוקה "מפצה" בדמות דרגה אישית ושכר הזהים לאלה שהיה מקבל לו זכה בתפקיד. אלא שלדעתי, בבסיס החובה לבצע התאמות ניצבת זכות נוספת, הלא היא הזכות לכבוד, וזכות זו אינה באה על סיפוקה בהעניקה של דרגה אישית.

עיסוקו של אדם הוא מקור חיצוני ופנימי לקביעת מעמדו החברתי. אדם נבחן על ידי סביבתו (=חי-

צוני) ומגבש את הערכתו העצמית (=פנימי) בזיקה לעיסוקו ולמידת הצלחתו באותו עיסוק. אדם שאפשרויות הקידום שלו חסומות בפניו בשל מוגבלותו, נתפס בעיני הציבור, כמו גם בעיני עצמו, כבעל ערך נמוך. מנקודת מבט זו, ההוראה להעניק לעותר דרגה אישית של רב-כלאי אינה סעד מספק. היא אולי מרככת מעט את הפגיעה בכבוד, אך בשורה התחתונה נמנעה מן העותר האפשרות להתקדם "באמת", ולכן כבודו נותר פגוע. הדרך להגנה מלאה על זכותו של העותר לכבוד היא ביטול תוצאות המכרזים שבהם לא ניתנה

לו הזדמנות שווה להתמודד ומתן הוראה שבהליכי המכרז החוזרים תישקל מועמדותו בכפוף לחובה לבצע התאמות שיאפשרו לו לבצע את התפקיד.

חרף זאת, דומני שבחשבון הכולל אפשר להצדיק את החלטתו של בית המשפט להסתפק בסעד האמור במקרה הנדון. זאת משני טעמים שמביא השופט מלצר בסוף חוות-דעתו: האחד, שמירה על "הפררוגטיבה הניהולית-מקצועית של גורמי שב"ס בעניינים הקשורים לאיושן של משרות ספציפיות בארגון", והשני, העובדה שהקצינים העלולים להיפגע מביטול תוצאות המכרזים לא צורפו לעתירה ולכן לא ניתנה להם הזדמנות להשמיע את טענותיהם לפני בית המשפט.

---

## בית המשפט, מפי השופט חנן מלצר, דחה את עמדת שב"ס, קבע כי הארגון הפר את החובה המוטלת עליו לבצע התאמות והורה להעניק לעותר דרגת רב-כלאי "אישית", דרגה שהיה מקבל לו זכה במכרז לאחד מהתפקידים שעליהם התמודד



בג"ץ 6069/10 מחמלי נ' שירות בתי הסוהר (5.5.14);  
שופטים: עדנה ארבל, אליקים רובינשטיין, חנן מלצר

# מחזקים את זכויות העובדים

התפיסה הרווחת היא שעובדים צריכים להתאים את עצמם למקום העבודה • בניגוד לגישה זו קבע לאחרונה בית המשפט העליון שהחוק מחייב את המעסיק, לפחות ביחס לאנשים עם מוגבלות, להתאים בגבולות הסביר את מקום העבודה לצרכיו של העובד

בעשור שעבר מאז חלה הגיש מחמלי בקשות תכופות לקידום. חרף ההערכות המקצועיות החיוביות שקיבל מן הממונים נדחו פניותיו על הסף בגלל מגבלתו הרפואית. לטענת שירות בתי הסוהר, הגם שמועמדו של העותר נשקלה, מגבלת שעות העבודה לא איפשרה את קידומו לתפקידים הבכירים שהתמודד עליהם, שחייבו כולם עבודה במשרה מלאה. העתירה נדונה במסגרת החוקית של חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות, תשנ"ח-1999. חקיקה זאת חורגת מהתבנית המוכרת של חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, אליה נדרש בית המשפט העליון בהזדמנויות שונות. חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות מאמץ לצד המודלים המסורתיים של עקרון השוויון גם מודל אקטיבי המחייב בביצוע

בתי המשפט עוסקים כבר עשורים אחדים בזכות לשוויון תעסוקתי, בעיקר לנשים. בשנת 2014 ניתן לראשונה בבית המשפט העליון פסק דין מקיף העוסק בזכות לשוויון של אנשים עם מוגבלויות. פסק הדין קבע כמה הלכות מרכזיות, שלחלקן השלכה כללית על דיני השוויון התעסוקתי. העתירה עסקה בתלאתיו לאורך השנים של רמי מחמלי, קצין טכנולוגיות בדרגת כלאי בשירות בתי הסוהר שביקש להתקדם בתפקיד וברגה במסגרת השירות. העותר, בעל השכלה במדעי המחשב, הועסק בשירות בתי הסוהר מאז 1995. את כל תפקידיו הוא מילא לשביעות רצונם המלאה של הממונים עליו, והוערך כ"קצין מקצועי מאוד, רציני וחרוץ". קידומו נמנע עקב מחלת לב שבה לקה בשנת 2003, שחייבה אותו לעבוד שש שעות ביום בלבד.

המסקנה העולה מפסק הדין היא ששעות העבודה שהגדיר המעסיק כנדרשות לצורך משרה פלזנית אינן בבחינת ראה וקדש. קביעה זאת עשויה לחלחל בעתיד מעבר לחובת ההתאמות שנקבעה בחוק





"התאמות". בקליפת אגוז, המודל האקטיבי המעוגן כולו בסעיף 8 לחוק קובע שהפליה היא "לרבות אי ביצוע התאמות הנדרשות מחמת צרכיו המיוחדים של אדם עם מוגבלות אשר יאפשרו את העסקתו". התאמות מוגדרות "לרבות התאמת מקום העבודה, הציוד שבו, דרישות התפקיד, שעות עבודה, מבד-קי קבלה, הכשרה והדרכה, נוהלי עבודה, והכל מבלי שהדבר יטיל על המעסיק נטל כבד מדי". לבסוף, נטל כבד מדי מוגדר כ"נטל בלתי סביר בנסיבות העניין", בהתחשב בפרמטרים אחדים המנויים בסעיף. פסק הדין מפרש לראשונה את מהות עקרון השוויון כחובה לבצע התאמות סבירות. המודל האקטיבי

מהווה "חובה פוזיטיבית ליצור במקום העבודה תנאים שיאפשרו את העסקתם של אנשים עם מוגבלות ואת קידומם במקום העבודה, באמצעות שינויים בדרישות התפקיד בשעות העבודה ובנוהלי העבודה". בניגוד לתפיסה הרגילה ווחת שעובדים צריכים להתאים את עצמם למקום העבודה, קובע בית המשפט שהחוק מחייב את המעסיק, לפחות ביחס לאנשים עם מוגבלות, להתאים בגבולות הסביר את מקום העבודה לצרכיו של העובד. ההנמקה בפסק הדין רואה במודל התאמות ביטוי לעקרון השוויון התוצאתי, אולם גישה זאת מעט פשטנית. שוויון תוצאתי, במיוחד בביטוי המקרי

בל כהעדפה מתקנת, אינו מתערב בשיקול דעתו של המעסיק לקבוע כיצד בדיוק תתבצע העבודה, אלא רק דורש מהמעסיק שיעשה מאמץ ולחלופין יגייס עובד בעל כישורים שנמנה עם אחת מקבוצות המיעוט שקובע המדיניות רוצה לקדם. לעומת זאת, חובת ההתאמות אינה מורה למעסיק להעדיף את העסקתו או את קידומו של עובד עם מוגבלות על פני עובדים אחרים, אלא מחייבת אותו לבצע התאמה שתאפשר לעובד להתמודד על התפקיד.

פסק הדין דן בשאלה מהן ההתאמות הנדרשות לצורך מימוש הזכות לשוויון, ופוסק שרשימת ההתאמות הקבועה בחוק היא בגדר רשימה פתוחה.

בכל מקרה ומקרה שמתבקשת התאמה על ידי עובד עם מוגבלות יש לבחון אותה "דרך עיניו ומציאות חייו של האדם עם המוגבלות ולהביא בחשבון את צרכיו". בין היתר מתעכב פסק הדין להסביר שיש לשקול גם התאמה כלכלית, דהיינו "ספיגת עלות העסקתו של האדם עם המוגבלות ותשלום שכרו על בסיס גבוה יחסית לעומת תפוקתו".

בהקשר הספציפי של העתירה נדרשה התאמה ביחס לשעות העבודה של רמי מחמלי. נושא הגדרת היקף שעות העבודה, במיוחד לתפקידים בכירים בארגון, הוא נושא רגיש בלב הפררוגטיבה הניהולית של המעסיק. פסק הדין קרא תגר על הנחה זאת כאשר

קבע שיש לאפשר למחמלי לה-תמודד על מכרזים לתפקידים בכירים שרשות בתי הסוהר טענה שמגבלת השעות שלו אינה מאפשרת את העסקתו בהם. לקביעה שאפשר להעסיקו בתפקידים אלה למרות מגבלת השעות, וכי מדובר בהתאמה סבירה שאינה נטל כבד מדי, יש השלכה מעבר לנושא העתירה שעסק בשילוב עובדים עם מוגבלות. המסקנה העולה מפסק הדין היא ששעות העבודה שהגדיר המעסיק כנדרשות לצורך משרה פלוגנית אינן בבחינת ראה וקדש. קביעה זאת עשויה לחלחל בעתיד מעבר לחורבת ההתאמות שנקבעה בחוק. יש קבוצות נוספות המעוניינות בכ-

רסום הפררוגטיבה הניהולית ביחס לשעות העבודה ולתפיסה הניהולית הרווחת שלעובד האידיאלי אין מגבלות חיצוניות על שעות העבודה. לעובדים, וב-עיקר לעובדות בעלות מחויבות משפחתית לטיפול בילדים או בבני משפחה אחרים, אין כיום זכות פורמלית לדרוש התאמה דומה. אולם ייתכן שמודל השוויון האקטיבי, הרואה באי-ביצוע ההתאמה הפליה, יתגבש על דרך הפרשנות התכליתית גם לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה האוסר הפליה מחמת מין, מצב משפחתי והורות.

עוד נדרש בית המשפט לפרשנות הסייגים בדבר החובה לבצע התאמות. ראשית, כאמור, החובה

## לעובדים, ובעיקר לעובדות בעלות מחויבות משפחתית לטיפול בילדים או בבני משפחה אחרים, אין כיום זכות פורמלית לדרוש התאמה דומה לזו של עובדים עם מוגבלות. אולם ייתכן שמודל השוויון האקטיבי יתגבש על דרך הפרשנות התכליתית גם לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה



יזכר אדם כאדם עם מוגבלות הזכאי ליהנות מכוח החוק לשוויון אקטיבי. כמו כן דומה שפסק הדין נקט עמדה בלתי מתפשרת לעניין היקף המאמץ הנדרש וההתאמה בפועל שעובד עם מוגבלות זכאי לה. ייתכן שגטישה זאת היא תולדה של נסיבות המקרה, שבו התשתית העובדתית לימדה ששירות בתי הסוהר לא נקט שום צעד אקטיבי בעשור שקדם להגשת העתירה לסייע לקצין מוכשר, מקצועי ומחויב להתקדם, למרות מגבלת השעות שכפתה עליו מגבלתו הרפואית. למרות הפרשנות המרחיבה של היקף חובת ההתאמה הנדרשת ממעסיקים ישראלים, בעתיד ודאי יושם דגש חזק יותר על השאלה כיצד התבצע ההליך שבו שקל המעסיק את ביצוע התאמה: עד כמה היה העורבד שביקש התאמה שותף לתהליך, כמה חלופות אכן נשקלו, וכיצד נימק המעסיק את סירובו לבצע את ההתאמה המבוקשת. כלומר, יינתן משקל רב לשאלת הוגנות הפרוצדורה, וזאת כדי לעודד מעסיקים לקבוע מנגנונים לאכיפה עצמית של החובה לבצע התאמות. ההערכה שנושא זה יהיה משמעותי מתבססת הן על הדיון הספציפי שהתקיים בפסק דין מחמלי בדבר התנהלות רשות בתי הסוהר והן על גישתם הכללית של בתי המשפט ובתי הדין לעבודה, השמים דגש על הפרוצדורה הנדרשת בנושאים קרובים כגון חובת הייצוג ההוגן והחוק למניעת הטרדה מינית.

לבצע התאמה חלה רק כאשר הנטל אינו כבד מדי. המבחן שיופעל הוא מבחן הסבירות, והוא יבחן בעיקר את הפגיעה הכלכלית בעסק, בהתחשב במכלול המשאבים המצויים בידי המעסיק. הסייג השני עוסק בשאלת הכשירות; רק עובד כשיר לתפקיד (בהתחשב בהתאמה הרלוונטית) יוכל לדרוש את הטמעתה. הסייג השלישי קובע שאין רואים הפגיעה ככזו אשר היא "מתחייבת מאופיים או ממהותם של התפקיד או המשרה". מדובר ביבוא של טענת ההגנה הקבועה בחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה. בית המשפט פירש שני סייגים אחרונים אלה כך שהמעסיק יוכל להראות "שאינו בכוחו של ההתאמה מות הנדרשות להתגבר על מוגבלות שבעטיה העובד איננו מסוגל לעמוד בדרישה שהיא מהותית לביצוע התפקיד או המשימה, הגם שמכל בחינה אחרת הוא כשיר לבצעה". הכשירות המוזכרת כסייג נפרד מדרת על תנאי סף מקדמיים לעיסוק בתפקיד שעליו הוא מבקש להתמודד, לרבות תנאים פורמליים כגון השכלה, ניסיון מקצועי וכשירות טבועה כגון ראייה לצורך עיסוק בנהיגה.

פסק הדין הוא בבחינת first impression פרשנותו של חוק בעל מאפיינים חברתיים וחלוקתיים. שאלות רבות נותרו פתוחות שכן הן לא עלו במסגרת העתירה. כך אין דיון מעמיק בתנאי הסף שעל פיהם



בע"מ 7272/10 פלונית נ' פלוני (7.1.14); שופטים: חנן מלצר, ניל הנדל, דפנה ברק-ארז

# האלימות לא משתלמת

האם ניסיון רצח של אישה על ידי בעלה צריך להשפיע על חלוקת הרכוש בין בני הזוג? • למרות הפיתוי ליצור סוף סוף הלכה ביחס לנסיבות המיוחדות הנזכרות בסעיף 8 לחוק יחסי ממון, הצליח בית המשפט העליון בפסק דין ייחודי ומעניין לספק צדק קונקרטי לצדדים בלי ליצור bad law נרחב

התייחסות ספציפית אחת בסעיף 8(2) לכושר הש-תכרות הצדדים).

היעדר הפירוט בחוק יצר חוסר ודאות משפטית ובאופן טבעי הביא לריבוי התדיינויות בקשר לפר-שנות של אותן נסיבות מיוחדות. למעשה, עד היום לא קיימת פסיקה מנחה וברורה אשר לתוכן ולכללים שיש לצקת למטבע הל-שון "נסיבות מיוחדות".

על רקע המצב המשפטי האמור הגיעה לפתחו של בית המשפט העליון מחלוקת בקשר לסעיף 8, אשר הנסיבות לה היו קשות וחריגות במיוחד – הבעל הורשע בניסיון לרצח האישה, ונגזר עליו עונש מאסר ממושך. במסגרת זו עלתה השאלה אם ניסיון הרצח צריך להשפיע על

הכלל הקבוע בחוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג-1973 (להלן: החוק) הוא איזון שוויוני של הרכוש שצברו בני הזוג במשך הנישואים. במסגרת סעיף 8 לחוק נקבע לכלל זה חריג מוגבל

בהיקפו, המקנה לערכאות השי-פוטיות שיקול דעת, בהתקיים "נסיבות מיוחדות", לאזן את רכוש הצדדים באופנים שונים, המביאים בסופו של דבר לס-טייה מהכלל האמור – דהיינו, לחלוקה לא שוויונית של הרכוש. תתי-סעיף 8 לחוק פורטים את סמכויותיהן המיוחדות של הע-רכאות השיפוטיות אשר לאופן החלוקה, אך אין במסגרת סעיף 8 התייחסות לשאלה מהן הנסי-בות המיוחדות המצדיקות את השימוש בסמכויות אלה (למעט

כל אחד משלושת השופטים הדגיש כי עמדתו מצומצמת למקרים של אלימות חמורה בלבד וכי שיקולים של אשם במערכת היחסים הזוגית נותרים מחוץ לאיזון המשאבים, וטוב שכך



שלושת השופטים שישבו על המדוכה הסכימו פה אחד (וחזרו והדגישו) כי שיקולים של אשם במערכת היחסים הזוגית נותרים מחוץ לאיזון המשאבים. למרות זאת, שלושת השופטים אף קבעו פה אחד כי האלימות החמורה שנקט הבעל מצדיקה עשיית שימוש בשיקול הדעת שמקנה סעיף 8 לבית המשפט. הבדלי הדעות בין עמדות השופטים נבעו מהשאלה אם היסוד להתחשבות בהתנהגות אלימה במסגרת איזון המשאבים תלוי בהשפעתה על מצבו הכלכלי של בן הזוג המותקף.

השופטת ברק-ארז פתחה את חוות דעתה בפתרון קונקרטי וספציפי לנסיבות המקרה. לדודה, בנסיבות דנן קיים עיקרון מניעות ספציפי המשתיק את הבעל, שניסה לרצוח את האישה, מלטעון לזכויותיה הפנסיוניות. על פי עמדתה של השופטת ברק-ארז, מאחר שהבעל ביקש ליהנות מזכויותיה הפנסיוניות של האישה, אשר תשלומן תלוי בחייה, הרי שהניסיון לקפח את חייה, ובעקבות זאת אף לשלול את

חלוקת הרכוש בין בני הזוג. בערכאה הדיונית (בבית המשפט לענייני משפחה) נקבע כי יש לעשות שימוש בשיקול הדעת שמקנה סעיף 8 לבית המשפט רק ביחס לנסיבות שהן בעלות אופי כלכלי ואשר יש להן השלכה ישירה על היקף הרכוש. נסיבות המקרה דנן, כך נקבע, הן בעלות אופי מוסרי, ולפיכך קשות ככל שיהיו, הן אינן מצדיקות סטייה מכלל החלוקה השוויונית. בערעור אימץ בית המשפט המחוזי את הנמקותיה של הערכאה הדיונית.

אין חולק כי הנסיבות הקיצוניות והמקוממות של המקרה מעוררות את חוש הצדק הטבעי ואת השאלה אם יש להפוך את פסק הדין, לכל הפחות מטעמים שבצדק. אלא שכידוע, מקרים קשים עלולים ליצור "דין רע" ("hard cases make bad law"). בפסק דין ייחודי ומעניין הצליח בית המשפט העליון לספק צדק קונקרטי לצדדים, וזאת בניחות משפטית חריג ובלי ליצור bad law.



זכאותה לפנסיה, מונע מהבעל שלא מימש את חפצו לטעון כי יש לראות באישה אדם חי לצורך השתתפות בזכויות הפנסיה שלה.

באופן רחב יותר קבעה השופטת ברק-ארז כי אלימות הפוגעת בזכותו של בן הזוג לשלמות הגוף או לחיים עולה במקרים מסוימים כדי שלילת אנושיותו של בן הזוג, ולפיכך שומטת את הבסיס לקיומה של מערכת יחסים בין הצדדים וממילא לקיומו של שיתוף רכושי. לדידה של השופטת ברק-ארז, אלימות היא איום חיצוני על קיומה של מערכת היחסים, ופעמים רבות היא תגובה לניסיון להביא מערכת יחסים אל סיומה. השופטת ברק-ארז מקפידה להדגיש כי ניתוח זה אינו נדרש לה לצורך ההכרעה במקרה הספציפי דנו, אך ככל שעמדתה תתקבל היא תהיה שמורה למקרים קיצוניים בלבד, שבהם יהיה ראוי לומר כי בן הזוג התוקף אינן את אנושיותו של זולתו. גם בקשר לכך מצמצמת השופטת ברק-ארז את עמדתה ומדקדקת כי אף במקרים חמורים כאמור מדובר בטענת "מגן" בלבד בתביעה להשתתפות בנכסי הקורבן. דהיינו, אפשר לעשות שימוש בשיקול הדעת המקנה סעיף 8 לבית המשפט רק כנגד טענה של בן זוג אלים המבקש ליהנות מפירות יגיע כפיו של בן הזוג הקורבן. מאידך גיסא, לא יהיה אפשר לעשות שימוש מקביל בעמדה זו כטענת "חרב" שעניינה הגדלת חלקו של הקורבן ברכוש המשפחתי באופן כללי. השופט הנדל הגיע כאמור לאותה התוצאה של השופטת

ברק-ארז, אלא שלדידו את השאלה אם לעשות שימוש בסעיף 8 במקרים של אלימות חמורה יש לבחון לאור השפעת האלימות (או אי השפעתה) על תפקודו של בן הזוג המותקף כיצור כלכלי. לפי עמדתו של השופט הנדל, רק בנסיבות שבהן יוכח כי בן הזוג האלים מנע במעשיו הפוגעניים והחמורים מבן הזוג המותקף להטיב את שווי הנכסים המשפחתיים ולתרום את חלקו לבית, יתרופפו היסודות של ההסתדרות השוויוני. השופט הנדל הדגיש כי יש לתחום את השימוש בשיקול הדעת המוקנה לבית המשפט במ-

סגרת סעיף 8 רק למקרי אלימות חריפה עד שהיא בעלת השפעות כלכליות על בן הזוג הנפגע. לדידו של השופט הנדל (בניגוד לעמדתה של השופטת ברק-ארז), התנהגות אלימה פלילית אינה כשלעצמה מה הצדקה לשימוש בסעיף 8, ועל בן הזוג המותקף להוכיח את המרכיב הנוסף של פגיעה באוטונומיה שלו כיצור כלכלי.

השופט הנדל אף דן בפסק דינו בנטל ההוכחה המוטל על הקורבן, וקובע כי מדובר בנטל "קל". לדידו של השופט הנדל, על הקורבן לספק חומר ראיות ראשוני בלבד, שכן האלימות החמורה או המתמשכת יוצרת מניה וביה חזקה כי גרמה לפגיעה בתפקודו וביעילותו של בן הזוג המותקף כיצור כלכלי.

בתגובתה לעמדתו של השופט הנדל מציינת השופטת ברק-ארז כי במצבים שאפשר להוכיח כי אלימות השפיעה על מצבו הכלכלי של הקורבן, ברי כי אפשר להביא עובדה זו בחשבון במסגרת שיקול דעתו של בית המשפט לפי סעיף 8, וכי בכך אין כל רבותא. לדידה של השופטת ברק-ארז, עמדתו של השופט הנדל אינה פותרת במישרין את השאלה הנוגעת למקרים שבהם ההתנהגות האלימה לא הביאה לפגיעה כלכלית בבן הזוג הקורבן.

במסגרת פסק דינו מתייחס השופט הנדל אף הוא לפסק דינה של השופטת ברק-ארז, ובפרט בשימוש שעשתה בעיקרון המניעות. לדידו של השופט הנדל, שימוש בעיקרון המניעות עקב התנהגות לא ראויה של אחד מבני הזוג כדי לסטות מחלוקה שוויונית מעורר חשש כי יחזרו לזירה שיקולי האשם בפירוק מערכת היחסים.

השופט מלצר מבקש ליצור מעין עמדת ביניים בין עמדתה של השופטת ברק-ארז לעמדתו של השופט הנדל. לדידו של השופט מלצר, על הערכאה הדיונית לבדוק ראשית אם לאלימות החמורה (לאחר הרשעה חלוטה) יש השלכה על העצמאות הכלכלית הממשית של בן הזוג הנפגע, ואם לא קיימת פגיעה כלכלית, יהיה אפשר לעשות שימוש בסעיף 8 רק

---

## חוות הדעת של שלושת השופטים מלמדות כי בית המשפט היה מודע היטב לסיכון כי הענקת צדק קוונקרטי לצדדים בנסיבות הקשות והחריגות של המקרה עלולה ליצור bad law



דפנה ברק־ארז



ניל הנדל



חנן מלצר

מפורשת כי חוות הדעת מדברות באלימות חמורה, בלבד היו מבחנים אלה נתונים לפרשנויות שונות, וייתכן שהיו רלוונטיים להתנהגויות נוספות, פליגות או שאינן פליליות (זאת בניגוד למבחן המניע עות של השופטת ברק־ארז, שמדבר על מצבים של ניסיון לשלילת חיים בלבד). ברי כי לאור ההדגשה האמורה, פסק הדין אינו מור־תיר מקום לפרשנויות נוספות, וכאמור טוב שכן.

מחד גיסא משרה קריאת פסק הדין על הקורא תחושה של נוחות – "שתי ציפורים במכה אחת" – צדק קונקרטי לצדדים, לצד אי יצירת "דין רע" לכלל ציבור המתדיינים. מאידך גיסא, התחושה היא כי מאחר שפסק הדין עוסק בנסיבות חריגות, הכללים שנקבעו במסגרתו נתפרו כמעט למידותיו שלו, והם רלוונטיים למקרים חריגים שבשוליים. פסק הדין אינו מספק פתרון וות וכללים מנחים למקרים השכיחים שעולה בהם שאלת "הנסיבות המיוחדות" ואינו פותר את חוסר הוודאות המשפטית בקשר לסעיף 8. למרות זאת אי אפשר להתעלם מהשיקולים שעמדו בפני בית המ־שפט, שהעדיף להמתין ביצירת הלכה מנחה ורחבה לנסיבות המתאימות כדי ליצור good law, ובנסיבות הקשות והחריגות שהובאו לפניו העדיף ליצור דין צר ומצומצם למקרים חריגים בלבד ולא ליצור bad law נרחב.

במקרים של אלימות קשה ביותר או ממושכת. חוות הדעת של שלושת השופטים מלמדות כי בית המשפט היה מודע היטב לסיכון כי הענקת צדק קונקרטי לצדדים, בנסיבות הקשות והחריגות של המקרה, עלולה להביא ליצירת "דין רע" (bad law). דהיינו, כי פסק הדין יגרום למדרון חלקלק ולפתיחת הדלת להתחשבות בנסיבות של אשם במסגרת איזון המשא־בית. לפיכך שלושת השופטים, כל אחד בחוות דעתו, חזרו והדגישו כי עמדותיהם מצומצמות למקרים של אלימות חמורה בלבד, וכי שיקולים של אשם במערכת היחסים הזוגית נותרים מחוץ לאיזון המשאבים, וטוב שכן. כל אחד משלושת השופטים הבהיר בדרכו שלו כיצד ההתייחסות לאלימות במסגרת פסק דינו מור־בחנת משאלת האשמה ומתעלמת ממנה, ובכך הייחודיות של פסק

הדין. עם זאת, אי אפשר להתעלם מגוון האשמה הטבוע באלימות באופן אינהרנטי, ומכאן החשיבות של ההדגשה האמורה – כי פסקי הדין מצומצמים למקרי אלימות חמורה בלבד. לולא ההדגשה האמורה אולי היה אפשר לפרש את עמדות השופטים באופן החל אף על סטיואציות נוספות שאינן ראויות להיכנס בגדר סעיף 8. הדבר נכון הן למבחן שלילת האנושיות של השופטת ברק־ארז, הן למבחן חן הפגיעה בבן הזוג כיצור כלכלי של השופט הנדל והן למבחן המשולב של השופט מלצר. ללא הבהרה

---

### ללא הבהרה מפורשת כי חוות הדעת מדברות באלימות חמורה בלבד היו מבחנים אלה נתונים לפרשנויות שונות, וייתכן שהיו רלוונטיים להתנהגויות נוספות, פליליות או לא



נדיקין / אסף פוזנר



ע"א 7453/12 אלחבאנין נ' כריסי (9.9.14);

שופטים: מרים נאור, אליקים רובינשטיין, סלים ג'ובראן, יצחק עמית, צבי זילברטל

# מחשב נזק מחדש

הרכב מורחב של בית המשפט העליון ביטל לאחרונה בעניין אלחבאנין את הלכת אבו סרייה שעמדה בתוקף במשך 13 שנה • הנאת הקופה הציבורית והמזיקים על חשבון הניזוקים תוקנה • מדובר בפסק הדין החשוב והמשפיע ביותר על זכויות ניזוקים בשנה החולפת

הכלל הבסיסי הוא שמסכומי הפיצוי שהניזוק זכאי להם יפחיתו את התגמולים שקיבל (ואת אלה שיהיה זכאי להם בעתיד). המל"ל, המשלם, יהיה זכאי לקבל את הסכומים מהמזיק בתביעת שיבוב. כך אמורים הדברים לבוא על תיקונם: הניזוק יזכה למלוא נזקו (חלק מהמזיק וחלק מהמל"ל); המל"ל לא יפסיד; והמזיק ישלם את מלוא הנזק שגרם: חלק לניזוק וחלק לקופה הציבורית. אך איך מחשבים את סכומי הגמלאות העתידיים? המל"ל נוהג לחשב את הסכומים על פי תקנות היוון מיוחדות, המביאות בחשבון ריבית שנתית של 3% וקיצור תר-חלת חיים כללית של ניזוקים. הלכת אבו סרייה – מפי השופט תיאודור אור, בהסכמת השופט טים שלמה לוי ואליעזר ריבלין – קבעה שהתקנות מחייבות את המל"ל בתביעה מהמזיק וממילא יהיו הבסיס גם לחישוב הניכוי המבוצע על ידי המזיק מסכומי הפיצוי לניזוק.

א בכל יום בתי המשפט הנמוכים – הכפופים לתקדימי בית המשפט העליון – "מתקוממים" נגד פסיקה של בית המשפט העליון ומחליטים בני-גוד אליה. לא בכל יום בית המשפט העליון – בהרכב מורחב – מחליט לבטל הכרעה קודמת שעמדה בתור-קף במשך 13 שנה ואושרה כמה פעמים. עוד יותר נכונים הדברים כאשר ההלכה המבוטלת נפסקה על ידי שופטים שהם מבכירי שופטי הנזיקין של בית המשפט העליון בכל הזמנים. כזה הוא פסק הדין בע"א 7453/12 אלחבאנין נ' כריסי (9.9.2014) שביטל את הלכת ע"א 6935/99 קרנית נ' אבו סרייה (2001). פסק דין זה הוא לטעמי פסק הדין הנזיקי החשוב של 2014 והמשפיע ביותר על זכויות ניזוקים. פסקי הדין עוסקים במשולש של ניזוק-מזיק-המוסד לביטוח לאומי (המל"ל). במקרים רבים ניזוק – לבד מהעילה נגד המזיק – זכאי גם לתגמולים מהמל"ל.

**פסק הדין בעניין אבו סרייה אמנם קבע כללים ברורים ויעילים המקלים ביותר את פרוצדורת חישוב הניכויים. עם זאת, ככל שתוחלת החיים של הניזוק לא תאמה את ההנחה שבבסיס התקנות, היא הייתה עלולה לגרום לאי צדק**



למשל כשהמזיק הוא מע־ סיק של הניזוק, כשהמדי־ נה מזיקה, או בתביעת רשלנות רפואית שהוגשה נגד מוסד רפואי ציבורי. במ־ קרים אחרים סמכו המזיקים על כשלי גבייה של המל"ל ועל כך שתביעת המל"ל תתיישן. במקרים אלה נהנו המזיקים מכל העו־ למות: הם ניכו סכו־ מים גבוהים מהני־ זוק, ולא היו צריכים לשלם את הסכום המנוכה למל"ל.

ההתמודדות עם כשלי הגבייה של המל"ל והחגיגה של המבט־ חים על חשבון הקופה הציבורית והניזוקים הסתיימו במידה רבה בתחילת 2014. בתיקון לחוק הביטוח הלאומי נקבע שמבטח המנכה סכומים מהפיצויים חייב לדווח על כך למל"ל, כדי שהמל"ל יוכל להגיש תביעה לקבלת הס־ כומים. בהיעדר דיווח הוארכה תקופת ההתיישנות עד 15 שנה ממועד תחילת התשלומים. החלק האחר – הנאת הקופה הציבורית והמזיקים על חשבון הניזוקים – תוקנה עתה בעניין אלחבאניו. בפסק הדין המרכ־

פסק הדין בעניין **אבו סרייה** אמנם קבע כללים ברורים ויעי־ לים המקלים ביותר את פרוצ־ דורת חישוב הניכויים. עם זאת, ככל שתוחלת החיים של הניזוק לא תאמה את ההנחה שבבסיס התקנות, ההלכה עלולה לג־ רום לאי צדק. כך במקרה של ניזוק שבית המשפט קבע שתוחלת חייו קצרה; מצד אחד, הניזוק יזכה לפיצוי לתקופה קצרה בלבד (אובדן השתכרות מלא ופיצוי בגין עזרת הזולת מחושבים רק לתקופות שבהן צפוי הניזוק להיות בחיים). מצד שני, מהפיצויים יופח־ תו קצבאות המחושבות לתקופה ארוכה, אף שאותו ניזוק לא יק־ בלם בפועל (מאחר שהקצבאות משולמות רק לתקופת חייו של המקבל). הניזוק הקשה צפוי אפוא להינזק בצורה ניכרת, ואילו המל"ל צפוי ליהנות. מהתיאור שלעיל אפשר לה־ ניח שהמזיקים אדישים, שכן מה אכפת להם אם ישלמו למל"ל אם לניזוק. בפועל נהנים מרכזיים היו דווקא המזיקים, ששמחו על סכומי הניכוי הגבוהים. הס־ בות לכך מגוונות; במקרים רבים המל"ל אינו זכאי לחזור למזיק,

---

**בית המשפט העליון  
בהרכב של חמישה  
שופטים ביטל את  
הלכת אבו סרייה. לפי  
ההלכה החדשה, אם בית  
המשפט שדן בתביעת  
הניזוקין קובע תוחלת  
חיים מקוצרת, הוא יחשב  
את ניכוי הקצבאות  
לתקופה המקוצרת בלבד**





זי מתאר השופט עמית את השתלשלות פסיקת בתי המשפט המחוזיים שיצאו נגד אי הצדק שיצרה הלכת **אבו סרייה**. חלקם בחרו, כמעט במפגיע, לפסוק נגד ההלכה המחייבת, ואחרים מצאו פטנטים, כגון תש-לומים עיתיים או תשלומים שעירבו תשלום אחד ותשלומים עיתיים, והכל כדי להתמודד עם התחושה הקשה של אי צדק. עתה בית המשפט העליון – בהרכב של חמישה שופטים – ביטל את הלכת אבו סרייה; אם בית המשפט שדן בתביעת הנזיקין קובע תוחלת חיים מקוצרת, הוא יחשב את ניכוי הקצבאות לתקופה המ-קוצרת בלבד.

ככל פסק דין פורץ דרך, יהיה צורך לבחון את השפעתו במבחן הזמן. הבחינה תתייחס למעגלי השפעה שונים. במסגרת ההת-פתחות העתידית הישירה יהיה מקום להרהר אם פסק הדין אל-חבאנין הוא "חד-כיווני" (וחל רק כאשר תוחלת החיים של הניזוק קצרה) ולטובת ניזוקים, או שמא הוא "דו-כיווני", וחל גם כאשר תוחלת החיים של הניזוק ארוכה באופן המגדיל את הניכוי לרעת ניזוקים ולטובת מזיקים. ניצנים לקריאה החד-כיוונית מודגשים בין היתר בפסק דינו של השופט זילברטל. כמו כן, העדפת הני-זוק מקבלת ביטוי מפורש בחוק עצמו, הקובע מצבים שבהם הני-

זוק מקבל יותר מ"המגיע לו" (למשל, כשהתביעה כולה נבלעת בקצבאות, יזכה הניזוק במקרים רבים לתוספת של 25% מנזקו הממשי, וזאת על חשבון המל"ל).

מעגל השפעה נוסף שיעמוד לבחינה הוא הקשר הכללי בין קביעות המל"ל ובין קביעות בתי המש-פט. ככלל, הפסיקה מנכה את הקצבאות המשולמות בפועל, גם כשאלה מבוססות על נכויות גבוהות פי כמה מאלה הנפסקות על ידי בית המשפט ולפי המצב בעת פסק הדין. במילים אחרות, ייתכן מצב שבו ני-זוק זוכה לפיצוי ולאחוזי נכות נמוכים בבית המשפט, אך הסכומים המנוכים גבוהים. עד עתה בתי המש-פט לא הביאו בחשבון את האפשרות שהמל"ל ישנה

את קביעותיו בעתיד ויעמיד את הנכות על הנכות ה"אמיתית" (זו שנקבעה בפסק הדין). משנקבעה בפרשת אלחבאנין עדיפות קביעתו של בית המשפט על דיני הביטוח הלאומי, האם תועדף קביעת הנכות שנקבעה בהליך משפטי מסודר על פני קביעת המל"ל ויופחת הניכוי? יתרה מזו, בית המשפט העליון קיבע בעבר את אחוז ההיוון הכללי של דיני הנזיקין על שיעור של 3% כדי ליצור הרמוניה עם תקנות ההיוון של המל"ל. זאת, למרות שספק רב אם בנתונים הכ-לכליים הקיימים היום (לרבות התשואה על החיס-כון הסולידי) יש כדי להצדיק שיעורי היוון גבוהים

כל כך (באנגליה למשל הופחתו שיעורי ההיוון הנזיקיים). האם פרשת אלחבאנין תסמן את קץ ההיצמדות האוטומטית למספרי המל"ל? לקביעה אפשרית כזאת עשויה להיות השפעה דרמטית על שיעורי הפיצויים הנפסקים, שכן הפחתה בשיעור ההיוון מג-דילה משמעותית את הפיצויים.

ומעגל השפעה המסק-רן ביותר נוגע לשאלה הכללית של פסיקת פיצויים. בתקופת כהונתו של השופט ריבלין בבית המשפט העליון תרם הוא תר-מה נכבדה לקביעת כללי פיצוי כלליים, ועם אלה אפשר למנות את ע"א 10990/05 **פינץ נ' הראל** (2006) (העמדת אובדן שכר

בשנים האבודות על 30% למי שחסר תלויים), ע"א 10064/02 **מגדל נ' אבו חנא** (2005) (הפיצוי לקטין ייעשה על בסיס השכר הממוצע הכללי), וכן, גם הלכת אבו סרייה עצמה. כללים אלה תרמו לאחי-דות הסכומים הנפסקים (ובמידה מסוימת לשוויון בין ניזוקים) וליעילות בתי המשפט, גם כשייתכן שבאו על חשבון הניזוקים (כגון הסתמכות על שכר ממוצע גם כאשר הקטין היה בעל נתוני פתיחה סו-ציואקונומיים טובים: ע"א 9980/06 **אטינגר נ' עיי-ריית ירושלים** (2009)). האם פסק דין אלחבאנין הוא תחילת תנועת המטוטלת לצד השני, מקידוש ערך היעילות – לכיוון פסיקת פיצוי "לפי המידה"? ימים יגידו.

## ככל פסק דין פורץ דרך, יהיה צורך לבחון את השפעתו במבחן הזמן. מעגל ההשפעה המסקרן ביותר נוגע לשאלה הכללית של פסיקת פיצויים: האם פסק דין אלחבאנין הוא תחילת תנועת המטוטלת לצד השני, מקידוש ערך היעילות – לכיוון פסיקת פיצוי "לפי המידה"?



מיסים / מאיר מזרחי, מאיה כרמי



ע"א 3178/12 יגאל שלמי נ' מנהל מיסוי מקרקעי נתניה (17.11.14); שופטים: יורם דנציגר, נעם סולברג, דפנה ברק-ארז

# מהפכה בחזקת התא המשפחתי

בית המשפט העליון החליט פה אחד, בהרכב מצומצם של שלושה שופטים בלבד, להפוך את ההלכה הקבועה בסעיף 49(ב) לחוק מיסוי מקרקעין, וקבע כי "חזקת התא המשפחתי" היא חזקה הניתנת לסתירה • אמנם מדובר בהלכה מהפכנית ואמיצה, אך מנגד עלול להיווצר קושי ביישומה

לחוק. בשנה שלאחר מכן מכר הבעל את הדירה שהייתה בבעלותו מלפני הנישואים, אך בקשתו לפטור לפי סעיף 49(1) נדחתה בנימוק שלא חלפו ארבע שנים ממכירת הדירה על ידי האישה. השגה וערר שהגיש המערער נדחו. ועדת הערר שמה את הדגש על העובדה שדירת האישה נמכרה במהלך תקופת הנישואים, ולכן מתקיימת "חזקת התא המשפחתי" אשר לפיה, לעניין פרק חמישי 1 לחוק, יראו מוכר ובן זוג כמוכר אחד.

המחלוקת הגיעה לפתחו של בית המשפט העליון. השופט דנציגר סקר בהרחבה את הלכות המפתח העוסקות בחזקת התא המשפחתי – דינה מור, עברי, פלם ואור – וכן את הכללים המרכזיים שנקבעו בהוראת ביצוע 5/2011 העוסקת בנושא. המשותף להלכות אלה הוא שהן יוצרות חיץ ברור בין התקופה שלפני הנישואים ("העבר ההיסטורי") ובין התקופה שלאחריה, כך שכל מכירה שנעשת במהלך חיי הנישואים נחשבת כמכירה על ידי בני הזוג, אף אם מדובר במכירת דירה שהייתה בבעלות אחד

נת 2014 התברכה בהתרחשויות ובחידושים רבים בתחום החקיקה במיסוי מקרקעין, אך גם מקומם של חידושים פסיקטיים לא נפקד. רגע לפני שפינתה השנה את מקומה לשנה חדשה, קבע בית המשפט העליון הלכה מהפכנית אשר מערערת את יסודותיה של "חזקת התא המשפחתי" הקבועה בסעיף 49(ב) לחוק מיסוי מקרקעין (להלן: החוק).

ביום 17.11.2014 ניתן על ידי בית המשפט העליון פסק הדין בעניין שלמי (ע"א 3178/12 יגאל שלמי נ' מנהל מיסוי מקרקעי נתניה). המערער ואשתו נישאו בשנת 1998. לכל אחד מבני הזוג היו זכויות בדירת מגורים מלפני הנישואים, אך הם לא התגוררו באף אחת מהדירות האלה במהלך חיי הנישואים. המערער ער חלק את הבעלות בדירה שלו עם ילדיו מנישואיו הראשונים. כשמונה שנים לאחר הנישואים חתמו בני הזוג על הסכם יחסי ממון הקובע הפרדה רכושית. באותה שנה מכרה האישה את הדירה שהייתה בבעלותה מלפני הנישואים בפטור לפי סעיף 49(1)



מבני הזוג לפני הנישואים.

בית המשפט העליון החליט פה אחד, בהרכב מצומצם של שלושה שופטים בלבד, להפוך את ההלכה, וקבע כי "חזקת התא המשפחתי" היא חזקה הניתנת לסתירה. שופטי ההרכב נחלקו בנוגע למתווה לסתירת החזקה. דעת הרוב (דנציגר וברק-ארז) קבעה כי כדי לסתור את החזקה, על בני הזוג לעמוד בשני תנאים מצטברים: קיומו של הסכם יחסי ממון הקובע הפרדה רכושית ביחס לנכסים שהביא כל אחד מהם לתא המשפחתי, וכן הוכחה כי קיימו בפועל הפרדה רכושית. לשם כך אפשר להשיג תמש באבני הבוחן המשמשות בדיני המשפחה לבחינת השיתוף שנוצר בנכסים חיצוניים, ואשר הוכרו בה"ב 2011/5 – מגורים משותפים, מימון משותף, תשלום משכנתה משותף ותשלום דמי שכירות לחשבון בנק משותף, ואין מדובר ברשימה סגורה. בית המשפט העליון החזיר את התיק למנהל מיסוי מקרקעין כדי שיבחן אם בנסיבות אותו מקרה הצליחו בני הזוג לסתור את החזקה.

אין ספק כי מדובר בהלכה מודרנית, חדשנית ואמיצה, אך לצד החדשנות קיים חשש כי רשויות המס יתקשו ביישומה ובהפעלת מבחני העזר שהיא מאמצת.

ההלכה מותירה שיקול דעת רחב למנהל מיסוי מקרקעין ומכניסה לזירה אלמנטים של חוסר ודאות וקושי בתכנון מס לגיטימי. דוגמה לשאלה אחת מני רבות שעלולה להתעורר היא אם בני זוג שכל אחד מהם מגיע לנישואים עם דירת מגורים משלו, צריכים להקפיד שלא להתגורר באף אחד מהדירות ולרכוש או לשכור דירה שלישית כדי להוכיח הפרדה רכושית; אם יהיה אפשר להוכיח את ההפרדה הרכושית למרות מגורים באחת הדירות על דרך של הסדרת תשלום דמי שכירות על ידי בן זוג אחד לשני, לחשבון בנק נפרד וכדומה.

להלכת שלמי עשויות להיות השלכות משמעותיות על מערך הפטורים וההקלות החדשים במיסוי

מקרקעין. אנו נתמקד בהשלכות ההלכה על סעיף 49ב(2) לחוק (פטור לדירה יחידה), סעיף 49ב(5) לחוק (פטור מוריש) ועל חישוב המס הליניארי החדש לפי סעיף 48א(2) לחוק.

סעיף 49ב(2) לחוק בנוסחו לאחר תיקון 76 לחוק מאפשר לנישום שהדירה הנמכרת היא דירתו היחידה למכור אותה בפטור מלא ממס שבח, בכפוף לתקרת שווי בסך 4.5 מיליון שקל. תנאי לתחולתו של הפטור הוא כי המוכר לא מכר בפטור לפי סעיף זה דירה אחרת ב-18 החודשים שקדמו למכירה. תנאי נוסף קבוע לנישום המבקש לעשות שימוש בפטור זה בתקופה שבין 1.1.2014 ליום 31.12.2017 ("תקופת המעבר") והוא כי נכון ליום 1.1.2014 הוא היה בעלים של דירה יחידה.

הלכת שלמי עשויה להרחיב את תחולת הפטור, כך שייחבנו מקרים שבהם אף שבבעלות התא המשפחתי שתי דירות מגורים, הרי שכל עוד יוכלו בני הזוג לסתור את חזקת התא המשפחתי על פי הכללים שנקבעו בהלכת שלמי, יוכל התא המשפחתי ליהנות משני פטורים מסוג זה, בזה אחר זה, ללא צורך להמתין 18 חודשים. כן יוכל תא משפחתי זה לטעון לתחולתו של סעיף 49ב(2) לחוק בתקופת המעבר, אף שבבעלותו שתי דירות נכון ליום 1.1.2014.


סעיף 49ב(5) לחוק מותנה בכך שדירת הירושה הייתה דירתו היחידה של המוריש, וכי אילו היה המוריש בחיים היה זכאי למכור אותה בפטור ממס. הלכת שלמי פותחת פתח לתחולת הסעיף גם בניסיבות שבהן היו לתא המשפחתי של המוריש יותר מדירת מגורים אחת, אם יהיה אפשר להוכיח כי תא משפחתי זה שמר על הפרדה רכושית.

סעיף 49ב(1) לחוק (פטור לדירת מגורים אחת לארבע שנים) אמנם בוטל בתיקון 76 לחוק, אך עד לשנת 2018 יש לו השלכה על זכאויות לפטור בכל הנוגע לשימוש בשיעור המס הליניארי החדש. אחת ההגבלות לשימוש בשיעור זה בתקופת המעבר היא

## מדובר בהלכה מודרנית, חדשנית ואמיצה, אך לצד החדשנות קיים חשש כי רשויות המס יתקשו ביישומה ובהפעלת מבחני העזר שהיא מאמצת. ההלכה מותירה שיקול דעת רחב למנהל מיסוי מקרקעין ומכניסה לזירה אלמנטים של חוסר ודאות וקושי בתכנון מס לגיטימי



ע"פ 49(ב) לחוק לעניין מס שבח והן בדבר סעיף 9 לחוק לעניין מס רכישה. נניח כי הבעל רכש במהלך הנישואים דירה בבעלותו בלבד, ולאחר מכן רכשה האישה דירה בבעלותה בלבד. אם יצ"ל יחיו בני הזוג לסתור את חזקת התא המשפחתי, הלכת שלמי מאפשרת לאישה לקבל מדרגות של דירה יחידה ברכישת הדירה שבבעלותה, אף שהבעל רכש את הדירה שבבעלותו בתקופת הנישואים.

לסיכום, למרות חדשנות ההלכה והניסיון לקבוע פסיקה מודרנית התואמת את שינויי העיתים, תוך ההכרה בתאים משפחתיים שאינם מסורתיים במובן של השיתופיות המוחלטת בנכסים, אנו מעריכים כי רשויות המס יתקשו ליישם הלכה זו, וכי ההכרעה תגיע במקרים רבים לערכאות הערעור. 

**כדי לסתור את החזקה,  
על בני הזוג לעמוד  
בשני תנאים מצטברים:  
קיומו של הסכם יחסי  
ממון הקובע הפרדה  
רכושית ביחס לנכסים  
שהביא כל אחד מהם  
לתא המשפחתי,  
והוכחה כי קיימו בפועל  
הפרדה רכושית**

כי אפשר למכור רק שתי דירות בשיעור זה, וכי על אחת מהדירות המוכר יהיה זכאי לפטור ממס לפי סעיף 49(1) בנוסח חו לפני ביטולו. בעקבות הלכת שלמי אפשר לתאר סיטואציה שבה בשנת 2013 מכר אחד מבני הזוג בתוך תקופת הנישואים דירה שהייתה בבעלותו לפני הנישואים, וזאת בפטור ממס לפי סעיף 49(1), ואילו כבר בשנת 2014 יוכלו בני הזוג למכור שתי דירות בשיעור המס הליניארי בזו אחר זו – אחת משותפת ואחת השייכת לבן הזוג השני – אם יצ"ל

ליחו לסתור את החזקה. ללא הלכת שלמי, דבר זה לא היה מתאפשר.

השלכה נוספת של הלכת שלמי היא במישור מס הרכישה. בית המשפט העליון הבהיר כי ההלכה תקפה הן בדבר חזקת התא המשפחתי הקבועה בס-