

## הערמה על החוק

## הקדמה אישית

הנושא שקיבלתי, הערמה על החוק, נבחר על ידי העמותה. תחילה כשראיתי את הנושא אותו קיבלתי מאוד נרתעתי. לא הבנתי על מה מדובר ואיך אצליח לכתוב עבודה שלמה אודות הנושא. אך כאשר התחלתי לחקור ולהתעניין, גיליתי עולם משפטי מרתק ומסקרן ביותר. לאחר שהבנתי מה אומר צירוף המילים "הערמה על החוק" והתחלתי לכתוב שאלות משפטיות, גיליתי עד כמה הנושא רלוונטי לחיים כיום, אין מהדורת חדשות ואין כתבה בעיתון בלי סיפור על הערמה חוקתית שקרתה בארץ או בעולם. הערמה על החוק הוא נושא מאוד כללי, כך שידעתי מראש שאתקל בהרבה נושאים ותחומים, ואכן, בשלב החקירה וכתיבת השאלות, נשאבתי להמון סוגיות שונו כגון הלבנת הון, העלמת מס וביזיון בית המשפט. בדיעבד, מאוד שמחתי שנושא זה נבחר בשבילי כיוון שאני בן אדם שאוהב לחקור ולדעת כמה שיותר.



## תוכן העניינים

|       |                |           |
|-------|----------------|-----------|
| 5     | מבוא           | פרק ראשון |
| 6-7   | הגדרות משפטיות | פרק שני   |
| 8-20  | שאלות          | פרק שלישי |
| 21-22 | סיכום          | פרק רביעי |
| 23    | ביבליוגרפיה    | פרק חמישי |

## מבוא

עבודתי תעסוק בהערמה על החוק.

הערמה היא פעולה שמטרתה לעקוף חוק או נוהל בדרך שאינה עבירה על החוק.

הערמה על החוק לעיתים תבוא בהקשר שלילי ולעיתים בהקשר חיובי.

בעבודה אדון בכמה סוגיות אשר כולן סובבות סביב השאלה- "האם התבצעה הערמה על החוק"?

תחילה, אחבר שאלות אודות נושאים שונים הקשורים לעולם המשפט.

לאחר מכן אתחיל בכתיבת העבודה תוך שימת לב לעובדות ולחוקים השונים בנושא.

באמצעות עבודה זו אנסה להשיג את מטרתי שהיא לראות את נושא "הערמה על החוק" מתפתח במרוצת השנים, להבחין בסוגיות שונות הקשורות בעקיפת החוק ולהבין לעומק את ההגדרה של המושג ואת השפעתו בכל הקשור בהכרעת הדין ועשיית צדק.

אומנם נושא העבודה שלי נבחר ע"י העמותה והיתה לי האפשרות להחליפו, לאחר חקירה הנושא והתעמקות בו בחרתי להמשיך עם הנושא הנבחר ולתת לעצמי את האופציה לגלות עולם משפטי חדש.

## הגדרות משפטיות

הערמה הינה פעילות שמטרתה לעקוף חוק או נוהל בדרך שאינה עבירה על החוק. הערמה על החוק לעיתים תבוא בהקשר שלילי ולעיתים בהקשר חיובי.

<sup>1</sup>"חוק רואי-חשבון" והתקנות שמכוחו מגדירים את עיסוק ראיית החשבון ואת דרך חוק רואי-חשבון עבודת הביקורת. בנוסף, חלים על רואי-החשבון גם כללי ההתנהגות המקצועית של הלשכה, שפורסמו בעקבות האיגוד הבינלאומי של רואי-החשבון במאי 1991 החוקים והכללים הללו מדריכים את רואי-החשבון במלאכתם בבואם לאשר את החשבונות התוצאתיים של העסק שפנקסי החשבונות שלו מבוקרים על-ידם. בנוסף, רואה החשבון מופיע גם כעד וכמומחה לגבי שאלות השנויות במחלוקת בין הנישום לבין רשויות המס. בכל מקרה שבו נפתחת חקירה פלילית נגד הנישום, יחקר גם רואה-החשבון שלו. מטרת החקירה תהיה להבהיר ולהסביר את אופן ניהול חשבונותיו של הנישום וכן לבסס את אחריותו של הנישום לתוכנם של ספרי החשבונות והדוחות הכספיים. "

<sup>2</sup>"עצי-מס" בעבר, פקודת מס הכנסה הסדירה את אופן עבודתם של יועצי-המס. כיום, חוק הסדרת העיסוק בייצוג על-ידי יועצי מס, מסדיר את העיסוק במקצוע זה. מאידך, נותקה תלותו של יועץ המס במנגנון המס, מבחינת רישומו וקבלת רישויו, שהיו בעבר בידי נציב מס הכנסה. "

חשבונאים לכאורה, חשבונאים או מנהלי חשבונות אינם רשאים לייצג נישומים לפני פקיד-השומה, או בהליך מהליכי המס השונים, כמו ועדה לקבילות פנקסים וכו'. אולם, בפרקטיקה מורשים מנהלי חשבונות להתלוות לנישום למשרדיו של פקיד השומה בעת הדיון בשומת הנישום, וזאת על-מנת להבהיר, כיצד ניהלו את ספרי החשבונות של הנישום וכיצד סייעו בעריכת הדוח מן ההיבט הטכני-חשבונאי של הרישום שהפיצו שלטונות המס לעובדיהם, בספרים. הרשאה זו עוגנה בהוראת ביצוע הקובעת ארבעה תנאים להרשאת כניסתו של מנהל חשבונות לדיון אצל מפקח מס.

עורכי-דין ייצגו בענייני מס אינו שייך לעיסוקם הרגיל של עורכי-הדין ודורש ידיעה מקצועית מיוחדת. עמיר מציין, כי בישראל - להבדיל, למשל, מארצות-הברית ומאנגליה - מעטים עורכי-הדין העוסקים בעריכת דוחות למס הכנסה של לקוחותיהם. הייחוד במעמדו של עורך-דין מבעלי המקצוע האחרים הרשאים לייצג בפני רשויות המס הוא בכך, שהמחוקק העניק, בשתי הוראות חוק נפרדות, חיסיון על מסמכיו של הנישום ועל כל אינפורמציה שנמסרה לעורך-הדין תוך כדי ובמהלך מתן השירות המקצועי. ההוראה הבסיסית מצויה בפקודת הראיות ואילו ההוראה האחרת חקוקה בחוק. הטעם לשמירה על סודיות הקשר בין עורך-הדין ולקוחו הוא לשכת עורכי הדין הבטחת היוועצות חופשית וגלויה של לקוח בעורך-דינו, מבלי לחשוש כי הדברים שיוחלפו ביניהם יישמשו אי פעם נגדו, ללא הסכמתו, וזאת, על מנת לאפשר לעורך. הדין לתת ללקוחו את השירות המשפטי הטוב ביותר.

פרוזבול, תקנה הלכתית שנועדה לאפשר לגבות חובות של הלוואות שעבר זמן גבייתם ולא ניגבו, ללא שמצוות שמיטת הכספים, הנוהגת בסוף שנת השמיטה, תגרום לביטול החוב. הפרוזבול הוגדר בידי הלל הזקן בסוף תקופת בית שני, והוא בשימוש נרחב גם בימינו. מן התורה פוקעים

<sup>1</sup> חוק רואי חשבון, תשט"ו-1955 ח"ו 4

<sup>2</sup> חוק הסדרת העיסוק בייצוג על ידי יועצי מס, תשס"ה-2005

כל החובות ביום האחרון של שנת השמיטה. דבר זה גרם לכך שאנשים נמנעו מלהלוות, והעניים שהיו זקוקים להלוואות לא יכלו לקבלן. בגלל מצב זה תיקן הילל הזקן את הפרוזבול: שטר שאדם נותן אותו לבית הדין, ובית הדין גובה את החובות מן הלווים. הדין של פקיעת החובות לא חל על חובות ציבוריים, ותקנת הלל היא להפוך כל חוב לחוב ציבורי שבית הדין אחראי לו, ובכך הוא אינו נשמט. בדרך זו ניתן להלוות כספים ולהמשיך את הפעילות הכספית, בלי לחשוש שהחוב יאבד בסוף השמיטה.

הלבנת הון היא כל פעולה הנעשית ברכוש לצורך הסוואת מקורו העברייני (פעילות פלילית או השתמטות ממס) ויעדו של הכסף המועבר בפעולה זו. הרציונאל העומד מאחורי האיסור על הלבנת הון הוא כי כל פגיעה בהון השחור מפחיתה משמעותית את הכדאיות שבפעילות הפלילית. עו"ד אסף דוק מסביר על יסודות עבירת הלבנת ההון ומרכיביה.

שוחד הוא תשלום הניתן בחשאי לנושא תפקיד על מנת שיפעל באופן הנוגד את מטרות תפקידו. מתן שוחד, קבלת שוחד ותיווך לקבלת שוחד הם מעשי שחיתות המטופלים כעבירות פליליות לפי חוק העונשין במדינת ישראל.

הלוואה היא עסקה בה אדם או גוף משפטי נותן סכום כסף לאדם או גוף אחר, לתקופה מוגבלת בזמן, לפי תנאים שנקבעים מראש. הגוף הנותן את הכסף נקרא "מלווה", והגוף שמקבל את הכסף נקרא "לווה". סכום הכסף עצמו שניתן בהלוואה נקרא "קרן".

בית דין הוא מוסד המוסמך לפסוק בסכסוכים, לרוב בתחום מסוים ומוגדר. בית המשפט הוא המערכת הכללית של המדינה הדנה בסכסוכים. לצידה פועלת מערכת של בתי דין המוקצים לתחומים מסוימים, ודנים בסמכות מקבילה לבית המשפט או בסמכות ייחודית בתחום בו הם פועלים.

העדפה מתקנת משמעה הענקת יחס מועדף לפרטים המשתייכים לקבוצה באוכלוסייה המוגדרת כחלשה, במטרה להתגבר על נקודת ההתחלה הנחותה שלהם ולהביאם לאותה נקודת סיום שוויונית יחד עם בני הקבוצה החזקה. מדיניות של העדפה מתקנת מקובלת במדינות רבות בעולם והיא משתרעת על תחומי חיים מגוונים ועל אוכלוסיות שונות. העדפה מתקנת מתבצעת בתחומים כגון מערכת החינוך הכללית (אינטגרציה), בבתי ספר למשפטים, בקבלה למקומות עבודה ועוד; והיא חלה על אוכלוסיות שונות המובחנות מיתר האוכלוסייה על בסיס גזע (לדוגמה העדפת שחורים), על בסיס מין (העדפת נשים), ועל בסיס מוגבלויות שונות.

## שאלות

1. האם ראוי שבמשפט האזרחי בינייני המס אדם ייוצג שלא כדין?

מחד גיסא, בעלי מקצוע כגון רואי חשבון/ יועצי מס, הם אנשים שההבנה שלהם בנושא דיני המס היא גדולה ורחבה. התרומה והעזרה של ר"ח ויועצי מס לנתבע גדולה יותר, מכיוון שהם מבינים בכל הנושאים אשר קשורים לעניין מיסוי. יתרה מזאת, לעניין נושאים מסוימים הקשורים גם ברובד המשפטי, ידוע לי שקיימים עו"ד שהם גם ר"ח. לכן מצא המחוקק הסדר מיוחד בסעיפים 109 ו109(ב) לחוק לשכת עורכי הדין שיועצי מס ור"ח יוכלו לייצג נתבעים או נישומים ברשויות מסוימות.

<sup>3</sup> המשפט כיום שתומכך בסברה זו:

יש להדגיש כי עבירה זו הנה עבירה של ייצוג שלא כדין מול רשויות המס, ולא של ביצוע פעולות אחרות (כגון ייעוץ, וכיוצא באלה). נעיר כי במסגרת תיקון 110 הנ"ל הוסף גם סעיף 1236 לפקודה, שאסר על כל אדם לבצע "פעולה של יועץ מס", ולא הגביל עצמו לפעולות ייצוג. אולם, סעיף זה בוטל במסגרת תיקון מס' 143 לפקודה, וכיום אין עוד מחלוקת כי האיסור הקיים בדין הוא איסור פעולות ייצוג בלבד.

<sup>4</sup> במשפט העברי שתומך בסברה זו:

מנוסחה של התקנה שבמדינת ליטא אנו למדים על חילוקי דעות שבין בתי-הדין השונים בדבר תחומי סמכות שיפוטם. כפי שראינו בתשובת הרשב"א, בא מוסד בית הדין של הדיוטות- שאין בו אף אחד ש"גמיר", ושהוא דן שלא לפי ההלכה, אלא על פי אומדן הדעת ולפי הנסיבות בלבד- כדי למנוע את ההליכה לבית המשפט הנכרי מחמת חוסר דיינים יהודים הדנים לפי ההלכה. יש להניח, שמלכתחילה הובאו גם מקצת עניינים שבדיני מסחר, התלויים במנהג המקום, לפני הרכב של סוחרים ואנשי מקצוע. אך משבא מוסד זה לעולם, קנה לו שביתה גם במקומות שהיו קיימים בתי-דין, המורכבים מדיינים יודעי תורה, ואף החל ליטול לעצמו, במסגרת סמכות שיפוטו, תחומים משפטיים שונים.

מאידך גיסא לא הרבה עו"ד לדאבוני בישראל הם גם ר"ח ויועצי מס. כאשר המחוקק ימצא לנכון לחוקק חוק אשר טיבעו יהיה שברשויות מס בשביל ייצוג נישומים בהיבטים ייחודיים נדרשים עו"ד שהם ר"ח יהיו פחות מצבים שבהם לא יהיו בעלי מקצוע שמייצגים בוועדות משפטיות או בערכאות משפטיות שהם אינם עו"ד. בהינתן זאת לא תהא הערמה על החוק, לא יהיו טעויות בהבנת החוק או פרשנותו התכליתית.

<sup>5</sup> המשפט כיום שתומכך בסברה זו:

סעיף 216ג (ייצוג שלא כדין) לפקודה קובע:

העובר על הוראה מהוראות סעיף 236, דינו- מאסר שנה או קנס כאמור בסעיף 61(א)(4) לחוק העונשין, התשל"ז-1977, או שני העונשים כאחד.

כאמור, עבירה זו הוספה בתיקון 110 לפקודה, לאחר שבפרשת אסולין נקבע כי לא ניתן להרשיע את מי שהפר את הוראת סעיף 236 לפקודה- קרי, ייצג לפני רשויות המס ללא שהיה רואה

<sup>3</sup> אריק גרובר עו"ד, ירון רו עו"ד אחריות המייצג בדיני המס (2016)

<sup>4</sup> מנחם אלון המשפט העברי: תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו כרך א (1988)

<sup>5</sup> אריק גרוב עו"ד, ירון רו עו"ד אחריות המייצג בדיני המס (2016)



חשבון, עורך דין, או יועץ מס רשום- תוך שימוש בסעיף 215 לפקודה (עבירות שאין להן עונש מפורש). קיום תנאי סף לצורך ייצוג לפני רשויות מס ( וכפועל יוצא- גם לעיסוק במלאכת המס), נתפס כמגבלה חיובית. היא מקלה על רשויות המס, ומגינה על הציבור- ומכאן ההצדקה לאסור על מי שאני מוסמך מלייצג לפני רשויות מס, ולקבוע סנקציה פלילית על מי שהפר את הכלל.

<sup>6</sup> במשפט העברי שתומך בסברה זו:

לא תמיד נחה דעתם של חכמי ההלכה ממערכת שיפוט "מקבילה" זו שבבית-דין של הדיוטות. בדין ראו חכמי ההלכה בשיפוטם של בתי-הדין של הדיוטות-שלא ביססו את פסיקתם על דיני ההלכה- משום איום רציני על התפתחותו התקינה של השיפוט העברי לפי ההלכה. בעובדה, שבת-הדין של ההדיוטות דנים לעיתים קרובות שלא על פי דינים ועקרונות משפטיים קבועים וידועים מראש, ראו משום סכנה רצינית של משוא פנים ועיוות הדין.

2. האם תקנת הפרוזבול נחשבת כהערמה על החוק?

מחד גיסא, במהלך שנת שמיטת הכספים, חל איסור על המלווה לגבות את הלוואתו מן הלווה. בתקנת הפרוזבול, בדרך עקיפה, ניתנת האפשרות למלווה לגבות את הלוואה מן הלווה. זה נעשה על ידי כך שהלווה מעביר את חובו לבית הדין, ובית הדין דואג לכך שהחוב יגיע למלווה. בשנת שמיטת הכספים נאמר במפורש כי ההלוואה מתבטלת ואין לגבות אותה. מה שמעיד בבירור על הערמה על החוק.

<sup>7</sup> המשפט כיום שתומך בסברה זו לאור המאמר של חשין דליה, "שתי גישות מנוגדות התפתחו במחשבת ההלכה כלפי הפרוזבול. (שתי סברות אשר סותרות זו את זו נוצרו במקביל לעניין סוגיית הפרוזבול), הראשונה גורסת כי הפרוזבול הוא הערמה חוקית שבה החוק החדש רק מעמיד פנים כממשיך את החוק הישן שנתקבל על-ידי המסורת, אך לאמיתו של דבר עוקר אותו כך, תקנת הלל נראית לכאורה כתיקון חוק שמיטת כספים שנעשה משום לחלוטין. בני-אדם צורכי השעה, אולם למעשה היא עוקרת לחלוטין את מצוות השמטת כספים. תובעים באמצעות הפרוזבול את חובם ומקבלים אותו, ובפועל הם לא מקיימים את המסקנה הכללית העולה מגישה זו היא שהחוק מצוות השמיטה ואת איסור הנגישה. האלוהי, חוק התורה, אינו הולם כל עת, ויש וצורכי השעה מכתיבים את שינויו."

<sup>8</sup> במשפט העברי שתומך בסברה זו:

**המניעים לתקנת פרוזבול ולתקנה בעניין בתי ערי חומה**

לשתי תקנותיו של הלל מניעים כלכליים-חברתיים משותפים. התקנה האחת היא תקנת הפרוזבול, המכוונת נגד מניעת אשראי מן האדם הקטן הזקוק לכך מחמת החשש של שמיטת החוב בשנה

<sup>6</sup> מנחם אלון המשפט העברי : תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו כרך א (1988)

<sup>7</sup> דליה חשן "הפרוזבול: בין פיקציה משפטית לדרמה הלכתית"

<sup>8</sup> מנחם אלון המשפט העברי : תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו כרך א (1988)

השביעית. התקנה השנייה היא בעניין גאולת בית בבתי ערי חומה, וכוונתה לסייע בידי המוכר, שנאלץ למכור את ביתו-דירתו, לגאלו ולהחזירו לעצמו.

#### הפקדת כסף לזכותו של מי שמסרב לקבלו- בתי ערי חומה

בויקרא<sup>9</sup> נאמר, שאם מכר אדם בית מושב בעיר חומה (=המוקפת חומה) רשאי הוא, במשך השנה הראשונה ממכירת הבית, לחזור ולגאלו מידי הקונה, ואם לא עשה כן- הרי קם הבית לצמיתות למי שקנה אותו. הנימוק לכך הוא- "בעבור שממכר ביתו של אדם קשה בעיניו מאוד, ויבוש ממנו בעת שימכרנו, רצתה התורה שיגאלנו בתוך השנה הראשונה"<sup>10</sup>.

מאיך גיסא, האיסור אומר בפירוש שעל המלווה חל איסור לגבות את הלוואתו מהלווה. אך באיסור לא נאמר כי אסור לכל אדם אחר לגבות את חוב המלווה, או במקרה הזה, לבית הדין. ובשנת השמיטה, הכסף אינו נלקח ישירות מהלווה, אלא עובר אליו דרך בית הדין. מכאן ניתן להסיק כי למלווה אין שום קשר ישיר עם הכסף שחייב לו הלווה, העניין מתנהל אך ורק דרך בית הדין.

<sup>11</sup> המשפט כיום שתומך בסברה זו לאור המאמר של: חשין דליה, " ... ואולם, כיוון שאין רוצים לשבור את האחדות והרצף המסורתי יש להעמיד פנים של המשכיות לחוק זה בעוד שבאמת יש כאן סטייה ממנו. התפתחה גישה הטוענת שהלל לא עקר דבר מן התורה, שכן אין בניגוד לגישה זו איסור מהתורה בהחזרת חוב אלא בתביעת חוב: 'לא יגוש'. יש להתייחס לציווי 'שמוט' יסודה בהלכה קדומה של כאומר: לא תתבע, תניח. יתר על כן, תקנת הפרוזבול שחוק התורה הוא נצחי ואין הוא משתנה בהתאם לזמן ולמקום. ' המוסר שטרותיו לבית-דין'. המסקנה הנובעת מכך היא נדמה שהמסקנות הכלליות הן בעיקרו של דבר הנחות יסוד אשר הובילו לפרשנויות השונות של הפרוזבול. אלה שהניחו כי ההלכה משקפת מערכת משפטית, המקובלת גם במערכות משפט אחרות, והמייחסת ערך רב לכיבוד החוק הקדום (שבמקרה דנן מזוהה עם החוק האלוהי), ולא ראו כל מניעה בקביעה שההלכה יוצרת מערכות בדויות, הם אלה שלא שמו דגש על המשמעות של שמיטת חובות מן התורה העומדת בעיקרה על איסור תביעת חוב המבוטאת במצוות 'עשה': "שמוט כל בעל משה ידו" (דברים טו, ב) ובמצוות 'לא תעשה': "לא יגוש את רעהו" (שם, שם). בהתאם לכך פירשו את כל ההלכות הפוטרות מדיני שביעית כמבטאות את הנטייה להתחמק מדין שמיטת כספים. נוסף לכך, גישה זו אימצה את שיטת רש"י כנגד כל הראשונים, אשר פירשו את ההלכה, שעליה התבססה תקנת הלל, של 'המוסר שטרותיו לבית-דין' כהלכה שאינה זהה עם הפרוזבול. "

<sup>12</sup> במשפט העברי שתומך בסברה זו-

.....ועל כך אנו שונים במשנה:

"בראשונה היה נטמן יום שנים עשר חודש, שיהא חלוט לו (הקונה התחבא כשהגיע סוף השנה כדי שהמוכר לא ימצא אותו לגאול מידו את הבית);

<sup>9</sup> ויקרא כה, כט-ל.

<sup>10</sup> רמב"ן על התורה, ויקרא כה, כט.

<sup>11</sup> דליה חשן "הפרוזבול: בין פיקציה משפטית לדרמה הלכתית"

<sup>12</sup> מנחם אלון המשפט העברי: תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו כרך א (1988)

התקין הלל הזקן, שיהא חולש את מעותיו בלשכה (שהמוכר יכול לזרוק-לתת- את הכסף לצורך גאולת הבית בלשכת האוצר שבמקדש), ויהא שובר את הדלת ונכנס (כלומר, לאחר שהפקיד הכסף לזכותו של הקונה יוכל המוכר להיכנס חזרה לביתו); אימתי שירצה הלה (הקונה) יבוא ויטול את מעותיו".

תקנתו של הלל באה אפוא למנוע מן הקונה להערים על דין התורה על ידי שהוא נעלם ואין המוכר יכול לגאול את הבית. מצד הדין לא די שיתן המוכר את הכסף, אלא צריך שיתנהו לידי הקונה ושהוא יקבל אותו; וזוהי אפוא "נתינה בעל כרחו", שאינה נתינה. הלל תיקן חידוש עקרוני, שבכגון זה אפשר לו להפקיד את הכסף במקום שהוא שמור מבחינה ציבורית לזכותו של מי שצריך לקבל את התשלום על-פי דין, אך מסרב לעשות כן; ודינה של הפקדה כזו כדין נתינה משפטית בעלת תוקף מלא.

### **הצורך בתקנה עקיפה כדי שלא ייראה כביטול מצווה-**

הלל אומנם סובר ששמיטת כספים בזה"ז מן התורה, אלא שסמך על הפקר בי"ד הפקר, ולמה נזקק לפרוזבול? כדי שלא יהא נראה כאילו הוא עוקר דבר מן התורה. כך היה נראה לי להסברת הענין, וכך נראה בכונת התוס', בסוף ד"ה מי איכא מידי, שכן ברור שנקטו בדעת רש"י שהוא ז"ל סובר שיסוד תקנת הלל הוא הפקר בי"ד, והפרוזבול אין כחו מן התורה- ואעפ"י שנדרש מפסוקים שבנביאים או בכתובים הרי זה בבחינת קבלה מפי משה רבינו ע"ה שהרי אין הנביא רשאי לחדש דבר מעתה, ולענין פרוזבול, הכתוב אסמכתא בעלמא- וא"כ למה תיקן פרוזבול? זה היה כדי שלא יהא נראה בעיני ההמונים כאילו מבטלים דבר מן התורה. והמסקנא היוצאת מזה היא שאפילו על היסוד של הפקר בי"ד אין לחכמים לתקן תקנה הנראית כביטול דבר מן התורה אלא באמצעות עצה ותחבולות-עקיפין שמגינות על הממון מלהרהר אחרי רבותיהם. כך יוצא מתוך ההסבר הנ"ל בדעת רש"י. ויתר על כך יוצא מההסבר שלי בשיטת התוס' שאפילו בדבר דרבנן שניתקן בבי"ד הגדול לכל ישראל אין לבי"ד שלאחריו, שאינו גדול ממנו, לבטלו אפילו על היסוד של הפקר בי"ד, אלא ע"י עצה ותחבולה, וכמבואר לעיל בדברי התוס' בד"ה מי איכא שמשם יוצאת מסקנה, שאפילו בכל הפקר בי"ד ואפילו ע"י עצה המועילה מן התורה אין לבית דין לתקן ולהנהיג דבר שלמעשה יוצא מזה ביטול מצווה מן התורה, והלל תיקן מה שתיקן לפי שסבר ששמיטת כספים בזמה"ז אינה אלא מדרבנן, ואעפ"כ הוצרך לפרוזבול, (המועיל בעצם כשנעשה ע"י איזה מלוה גם כשהשמיטה מן התורה) והיינו כדי שלא יהא נראה כאילו בי"ד מבטלים דברי בי"ד הגדול ממנו.

### **3. האם אי שוויון הינו בהכרח אפליה?**

מחד גיסא, אי שוויון הינו בהכרח אפליה משום שאפליה הינה פגיעה ברורה, מהותית ובלתי לגיטימית בזכות לשוויון. במצב זה, קיימת התייחסות לא שוויונית כלפי בני אדם מסיבות לא מוצדקות או רלוונטיות לעניין, למשל, אי קבלה לעבודה של אדם בשל צבע עורו, מינו או דתו. מכאן ניתן להבין כי שכאשר מפלים מישהו, פוגעים לו בזכות הבסיסית לשוויון.

<sup>13</sup> המשפט כיום שתומך בסברה זו:

העדפה מתקנת מעניקה העדפה גם ליחידים שאינם זקוקים להעדפה ובכך מובילה לאי צדק. למשל, אישה עשירה עשויה ליהנות מהעדפה לעומת גבר עני. אישה המשתייכת למעמד חברתי גבוה זוכה להעדפה בכניסה לאוניברסיטה על פני אישה המשתייכת למעמד סוציו-אקונומי נמוך שאינה מסוגלת כלל להציג את מועמדותה. זוהי ביקורת לגיטימית של העדפה מתקנת, אולם השאלה שצריכה להישאל היא כיצד מצמצמים את כוללניות היתר. קבלתו של העיקרון שראוי להעדיף קבוצה שסבלה מאפליה שיטתית תוביל לכך שהפתרון לבעיית הכוללניות עשוי להיות באמצעות פיצוי היחידים שייפגעו מההעדפה המתקנת (למשל הענקת זכויות לגבר העני) ולא באמצעות שלילה מוחלטת של מכשיר ההעדפה המתקנת.

<sup>14</sup> במשפט העברי שתומך בסברה זו:

מקרה בו מתבצע אי שוויון-

"אסור לדיין לדון למי שהוא אוהבו, אף על פי שאינו שושבינו ולא רעו אשר כנפשו; ולא למי ששונאו, אף על פי שאינו אויב לו ולא מבקש רעתו. אלא צריך שיהיו שני בעלים דינים שוין בעיני הדיינים ובלבם.

מאידך גיסא, אי שוויון אינו בהכרח אפליה משום שישנו מושג הנקרא "העדפה/אפליה מתקנת". מדיניות של העדפה מתקנת היא למעשה סטייה לגיטימית מהזכות לשוויון והיא מדיניות המכוונת לשיפור מצבן של קבוצות מקופחות ולצמצום פערים חברתיים. העדפה מתקנת מתבצעת על ידי מתן יחס בלתי שוויוני לאנשים שהם שווים לכאורה, אך בעצם שייכים לקבוצות מקופחות באוכלוסייה. עקרון ההעדפה המתקנת בא לממש את עקרון השוויון.

<sup>15</sup> המשפט כיום שתומך בסברה זו:

חוסר ייצוג שווה במוסדות חברתיים ופוליטיים או בשוק העבודה אין משמעותו שקיימת בהכרח אפליה כלפי המין שייצוגו חסר. לדוגמה, העובדה שיש ייצוג יתר לנשים במערכת החינוך אין פירושה שמתקיימת אפליה כנגד גברים. העובדה שליהודים היה ייצוג יתר באוניברסיטאות היוקרתיות של צפון אמריקה במאה הקודמת אינה מוכיחה את קיומה של אפליה נגד נוצרים או אפליה לטובת יהודים. דוגמאות אלו ואחרות מביא פלאוט לחיזוק טענתו, שלא ניתן לעבור מטענה של אי שוויון המבוססת על נתון מספרי מסוים להוכחת אפליה. להבדלים המספריים ניתן להציע, לטענתו, הסברים שונים, אולם לא ניתן להגיע להסבר מדעי מקיף באשר לסיבה לקיומם של פערים אלו. לפיכך, טענת האפליה אינה מבוססת ואינה יכולה להצדיק את השימוש במדיניות ההעדפה המתקנת על שלל חסרונותיה האחרים.

<sup>16</sup> במשפט העברי שתומך בסברה זו:

<sup>13</sup> עומר שפירא תורת המשפט (2007)

<sup>14</sup> מנחם אלון המשפט העברי : תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו כרך ג (1988)

<sup>15</sup> עומר שפירא תורת המשפט (2007)

<sup>16</sup> מנחם אלון המשפט העברי : תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו כרך ג (1988)

המשמעות האחת של עשיית צדק במשפט עניינה בדרך השיפוט ובאופן הפעלת החוק. דוגמא לכך נמצא בפסוק "בצדק תשפוט עמיתך", שהימנו למדו חכמים: "שלא יהא אחד ישוב ואחד עומד, אחד מדבר כל צרכו ואחד אומר לו- קצר דברייך". רבינו משה בר' מימון מסכם משמעות זו של משפט צדק בדברים הבאים: "מצות עשה לשפוט השופט בצדק, שנאמר: בצדק תשפוט עמיתך, אי זהו צדק המשפט? זו השוית שני בעלי דינין בכל דבר. שני בעלי דינין שהיה אחד מהם מלובש בגדים יקרים והשני לובש בגדים בזויין- אומר למכובד: או הלבישהו כמותך עד שתדון עמו, או לבוש כמותו עד שתהיו שוין, אחר כך תעמדו בדין.

צדק זה עניינו בדרך השיפוט, באופן הפעלת החוק; והדוגמא הקלסית לשיפוט צודק במובן זה הוא- ככותרת המופיעה בראש סימן יז שבשולחן ערוך- "להשוות הבעלי דינין בכל דבר"; הצדק במשמעות זו מטרתו לשלול כל הפליה, discrimination, ודיין צדק הוא שיחסו לכל אחד מבעלי הדין שווה באותה מידה.

4. האם ראוי שיינתן צו מעצר ללא סמכות שופט ולכן עתידה להתקיים הערמה על החוק?

מחד גיסא, ישנם מקרים בהם אנשי חוק מסוימים נקלעים לסיטואציות מסוימות ופועלים מתוך אינסטינקט טבעי במטרה למנוע סכנה לציבור. במקרים כאלו האינסטינקט הטבעי והראשוני של אותו איש חוק, גובר על אותו צו שופט, הכוונה, אותו צו מעצר יהיה קביל ו"מותר" כאשר יגיע להליכים משפטיים. במקרים בהם לאדם הייתה סמכות ללא שופט, והצדקה לאותו מתן צו מעצר, מעשה זה ראוי לחלוטין. במקרים כאלו ראוי ואף רצוי שיינתן אותו צו מעצר ללא סמכותו של שופט.

<sup>17</sup>המשפט כיום שתומך בסברה זו:

"2. טענתו הראשונה של מר מועלם היא, כי ההחלטה בענייננו אינה בגדר 'צו' שניתן לאכפו על- פי פקודת בזיון בית-המשפט, שכן הרשמת לא מוסמכת ליתן צו בעניין ערבות אישית של מנהל שלא היה צד בפניה, וכל שנפסק בהסכמה נפסק, ופסק-שניתן בהסכמה – ואשר לולא ההסכמה לא היתה אפשרות לתיתו – אינו בגדר 'צו' לעניין סעיף 6(1) לפקודת בזיון בית-המשפט, הקובעת לאמור:

'בית-המשפט העליון, בית-משפט מיוחד שנתכונן על-פי סעיף 33 של דבר-המלך-במועצתו על ארץ-ישראל, 1922 בית-המשפט המחוזי, בית-המשפט לקרקעות ובית-משפט השלום, תהא להם הסמכות לכופ אדם בקנס או במאסר לציית לכל צו שניתן על-ידם והמצווה לעשות איזה מעשה או האוסר לעשות כל מעשה.'

טענה זו אין לה כל בסיס. סעיף 6(1) לפקודת בזיון בית-המשפט משתרעת על כל צו שניתן על-ידי בית-המשפט, ובמסגרת זו נכללים בוודאי גם צווים הניתנים בהסכמה. פסק-דין בהסכמה כמו גם פסק-דין שלא בהסכמה, מהווים החלטות שיפוטיות שיש לקיימן, ואין צד בן-חורין להתעלם מהם. אכן, לא פעם ניתנו בעבר החלטות בעניין בזיון בית-משפט באשר לאי-קיומם של פסקי-דין שניתנו בהסכמה (ראה למשל, ע"א 228/63, עזוז נ' עזר, פ"ד י"ז 2541 וכן Giles & Co. 960 (Ltd. v. Morris All E.R. (1972)). לא נטען בפנינו, כי הרשמת חרגה מסמכותה העניינית, ועל-

<sup>17</sup> אליעזר בן-שלמה על בזיון בית-משפט (2002)

כן אין לנו לדון בשאלה, אם צו הניתן בחריגה מסמכות ניתן לאכיפה בהליכי בזיון כל עוד לא בוטל כדין. יהא עניין זה כאשר יהא, כאשר החלטה שיפוטית היא במסגרת הסמכות העניינית ובהסכמת הצדדים ניתן סעד שלא נתבקש בכתבי הטענות, החלטת בית-המשפט מחייבת ככל החלטה אחרת, והריהי בת-אכיפה בהליכי בזיון בית-המשפט.

<sup>18</sup> במשפט העברי שתומך בסברה זו:

הצעת החוק קובעת דרגות עונשין בעבירת השוחד: על לקיחת שוחד על ידי שופט או כל מי שממלא תפקיד שיפוטי מוטל עונש מאסר עד חמש שנים, ועל לקיחת שוחד על ידי מי שאינו ממלא תפקיד שיפוטי אבל ממלא תפקיד ציבורי מטעם המדינה או גוף ציבורי אחר- מאסר עד שלוש שנים. החמרה מיוחדת זו לענין שופט מקורה במשפט העברי, כפי שמודגש הדבר בדברי ההסבר להצעת החוק.

מאיך גיסא, אנשי חוק נוטים לנצל את מעמדם ולבצע פעולות שאין להם כל סמכות/אישור לכך, לדוגמא, מעצר אדם ללא צו שופט וללא אקטוס ראוס ומנאס ריאה. ישנם אנשי חוק אשר נקלעים למצבים בהם הם לוקחים את החוק לידיים, מנצלים את המעמד בהם הם נמצאים, ונוקטים בפעולות אשר אין להם כל אישור לכך. זה יכול לקרות מסיבות אישיות של קרבה או צידוד באחד הצדדים וזה אף יכול להיות כדי לטייח את האמת על מנת לשמור על שמם הטוב. ישנן עוד אלפי דוגמאות למצבים בהם אנשי חוק מנצלים את מעמדם ועוצרים אדם ללא סמכות שופט אך העיקרון הוא שמצב כזה, מתקיימת הערמה על החוק ומעשה זה הוא אינו ראוי.

<sup>19</sup> המשפט כיום שתומך בסברה זו:

**החלטה שאינה נותנת אף אחד מן הסעדים שמוסמך בית-הדין לתת מכוח הפקודה, אלא סעד שונה לחלוטין, המתייחס לעבר, לטובת צד באופן ישיר ובלא נתינת אפשרות טיעון לצד שכנגד- הינה החלטה שניתנה בחוסר סמכות, והיא בטלה מעיקרא.**<sup>20</sup>

מדובר כאן בערעור על החלטת בית-הדין האזורי בחיפה, אשר דחה את בקשת המערער (להלן: "המוסד") לביטול החלטה שניתנה ביום 2.7.96, בבקשה לפי פקודת בזיון בית-המשפט, לאחר שלטענתה לא מולא פסק-דין שניתן בעניינה. ביום 28.11.95 הודיע המוסד למשיבה, כי הוא מפסיק לשלם לה גימלת הבטחת הכנסה, החל מחודש 11/95, מאחר שלטענת המוסד המשיבה גרה ומנהלת משק בית-משותף עם בעלה לשעבר. המשיבה הגישה תביעה לבית-הדין האזורי בחיפה, אשר קיבל את תביעתה, והחליט, ביום 1.4.96, לבטל את הדחיה נשוא התביעה. ביום 28.4.96 הגישה המשיבה לבית-הדין האזורי בקשה לפי פקודת בזיון בית-המשפט, בטענה שהמוסד אינו ממלא אחר פסק-הדין מיום 1.4.96. בית-הדין האזורי נתן למוסד תקופה של כשבועיים להגשת תעודת עובד ציבור, ועקב טעות הוגשה הבקשה למתן ארכה מספר ימים לאחר חלוף תקופה זו. למעשה הוגשה הבקשה למתן ארכה, אמנם בפקסימיליה בלבד, יום לפני שניתנה החלטת בית-הדין האזורי, אך ברור שהבקשה לא היתה בפניו בעת שנתן את החלטתו. בית-הדין האזורי דחה את הבקשה לביטול ההחלטה, ועל-כך הערעור שלפנינו. בית-הדין קבע כי בהתקיים נסיבות מיוחדות ומסויימות יעדיף בית-הדין, חרף מהדלי בעל-דין, את השגת מטרתו העיקרית

<sup>18</sup> מנחם אלון המשפט העברי: תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו כרך ג (1988)

<sup>19</sup> אליעזר בן-שלמה על בזיון בית-משפט (2002)

<sup>20</sup> דביע נ/18-9, המוסד לביטוח לאומי נ' יפה זריהם, תקדין ארצי 96(3) 166.

לעשות משפו וצדק, על פני מגמתו לשמור על כללי הפרוצדורה בקפדנות וללא פשרנות מוגזמת; זאת תוך חיוב הצד הרשלין בהוצאות נאותות.

בנסיבות העניין, בהתחשב בכך שמדובר במועד שנקבע על-ידי בית-הדין ולא בחיקוק; בהתחשב בתקופת האיחור הקצרה יחסית; ובהתחשב בכך שלמעשה הוגשה בקשה למתן ארכה טרם ההחלטה, נראה כי היה מקום ליתר סלחנות כלפי המוסד. וחשוב מכך- בקשת המשיבה היתה, כפי שנאמר בהחלטת בית-הדין האזורי מיום 10.6.96, בהליך לפי פקודת בזיון בית-המשפט. בהליך כזה, הצופה פני עתיד, ניתן להטיל קנס או מאסר כדי לכפות קיומו של צו (סעיף 6(1) לפקודת בזיון בית-המשפט, החל מכוח סעיף 38 לחוק בית-הדין לעבודה, התשכ"ט-1969). קנס המוטל מכוח הפקודה משולם לאוצר המדינה ולא לצד המבקש את הצו, ובכל מקרה, לא יינתן צו המטיל קנס או מאסר אלא לאחר שניתנה לממרה הזדמנות להשמיע טענותיו (סעיף 6(ב) לפקודה). בענייננו לא ניתן אף אחד מהסעדים שמוסמך היה בית-הדין לתת מכוח הפקודה, אלא סעד שונה לחלוטין, המתייחס לעבר, ולטובת המשיבה באופן ישיר. כל זאת אף מבלי שניתנה למוסד הזדמנות לטעון. בנסיבות אלה, החלטת בית-הדין קמא ניתנה בחוסר סמכות, והיא בטלה מעיקרא.

<sup>21</sup> במשפט העברי שתומך בסברה זו:

עיקרון אחר שבהצעת החוק הוא, שלא רק מקבל השוחד אשם בעבירה הפלילית, אלא גם נותן השוחד. אף זו עמדת המשפט העברי, ו"בזה מחדשת ההצעה אחד הכללים של המשפט העברי ומצטרפת לחוקים של ארצות הברית, מדינת ניו-יורק; איטליה, צרפת, אנגליה ועוד". עקרון נוסף בהצעת החוק קובע, שעבירת השוחד קיימת בין כשהשוחד ניתן מעשה בלתי כשיר, היינו כדי לעוות את הדין וכיוצא בזה. שיטות משפטיות אחדות מבחינות בין שני מקרים אלה, אך שיטות משפטיות אחרות אינן מבחינות ביניהם, ובדברי ההסבר מודגש ש"גם השקפתו של המשפט העברי: 'לא תקח שוחד' אין צריך לומר לעוות את הדין, אלא אפילו לזכות את הזכאי ולחייב את החייב- אסור ועובר בלא תעשה".

5. האם סירוב עד להשיב על שאלות יכול להיחשב כהערמה על החוק?

מחד גיסא, דין עד המסרב להשיב על שאלות: "סירב עד להיחקר על פי החוק או להשיב על אותן שאלות שהוצגו לפניו כחוק, ולא הראה כל טעם צודק לסירובו, יכול בית המשפט לתתו מיד במאסר למועד שלא יעלה על חודש אחד, חוץ אם הסכים בינתיים, לפני סיום המשפט, להיחקר ולהשיב על שאלות". מכאן ניתן ללמוד כי כל עוד אין סיבה מוצדקת לאותו עד לסירובו לענות על שאלות עליהן נשאל, הוא הינו מערים על החוק.

<sup>21</sup> מנחם אלון המשפט העברי : תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו כרך ג (1988)

<sup>22</sup> המשפט כיום שתומכך בסברה זו:

לשונו של סעיף 5 לפקודת בזיון בית-משפט הינה:

"סירב עד להיחקר על-פי החוק או להשיב על אותן שאלות שהציגו לפניו כחוק, ולא הראה כל טעם צודק לסירובו, יכול בית-המשפט לתתו מיד במאסר למועד שלא יעלה על חודש אחד, חוץ אם הסכים בינתיים, לפני סיום המשפט, להיחקר ולהשיב על שאלות".

<sup>23</sup> במשפט העברי שתומך בסברה זו:

#### קבלת עדות בענייני הקהל מפי פסולי עדות

כידוע מחמיר המשפט העברי בדרישות הכשירות לעדות, ועדים שהם קרובים או נוגעים בדבר פסולים להעיד. לפי הלכות אלה פסולה היא עדותם של בני הקהילה בכל עניין הקשור ברכושה של אותה קהילה, מאחר שיש להם אינטרס כספי בעניין, כדין אחד מבני העיר, שאינו כשר להעיד בעניין רכושה של אותה העיר, עד שיסתלק מכל טובת הנאה ברכושה זה. כמו כן, במציאותה של הקהילה היהודית, שבני הקהילה התחתנו בה זה בזה, היו העדים לעיתים קרובות קרובים זה לזה או לבעלי-הדין. בהתפתחות הגדולה של חיי הקהילה בימי הביניים היה בדרישות כשירות אלה משום קושי, שלא היה אפשר לעמוד בו, שהרי העדים היודעים פרטים על ענייני הקהילה הם, בדרך כלל, בני אותה קהילה. משום כך הותקנו במקומות רבים תקנות קהל שקבעו, כי מותר לקבל עדותם של בני אותה קהילה. בשאלה אחת נטען לפני הרשב"א, בין השאר, "שאפילו אם יבואו עדים, אין בעדותן ממש, שקרובים הם לבני הקהל; וזה טוען, כי מנהג כל הקהילות בתקנותיהם וחרמיהם, שבני הקהל מעידים, ואינם מביאים עדים נכרים (= שלא מבני אותה קהילה) להעיד עליהם את תקנותיהם; הודיעני, הדין עם מי".

מאידך גיסא, ישנן שאלות עליהן לא מחויב לענות העד. הכוונה, שאלות אשר עלולות לגרום להפללה עצמית של העד, במקרה של חשש מהפללה עצמית, זכותו המלאה של העד היא לסרב לענות על השאלות העולות בפניו. אין לשכוח כי העד הוא אדם, ולכל אדם באשר הוא אדם, זכויות טבעיות ובסיסיות, אשר ביניהן הזכות לשתיקה. זאת רק בהנחה שהוא מפחד מלהפליל עצמו, והפחד הוא מוצדק. במקרים אלו סירוב עד להשיב על שאלות אינה תחשב כהערמה על החוק.

<sup>24</sup> המשפט כיום שתומכך בסברה זו:

על מנת שתקום עילה להטלת הסנקציה הנקובה בסעיף צריכים להתמלא שני תנאים קומולטיביים; האחד, דרישת החקירה והצגת השאלות צריכה להיות במסגרת החוק, השני, שהעד לא הצביע על טעם צודק לסירובו, (מדובר ב"טעם צודק" לא בטעם חוקי). אין ספק שקיימת בעייתיות בהחלת הסנקציה על-פי סעיף זה, זו נובעת, בין היתר, מחמת הסיבות הבאות:

<sup>22</sup> אליעזר בן-שלמה על בזיון בית-משפט (2002)

<sup>23</sup> מנחם אלון המשפט העברי: תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו כרך ג (1988)

<sup>24</sup> אליעזר בן-שלמה על בזיון בית-משפט (2002)



א. קיומן של הוראות חוק ברורות המאפשרות לעד שלא להעיד. כך סירובו להעיד עקב הסיכון של הפללה עצמית.

ב. בעוד שקל להתמודד עם הנתון שבסיבה הראשונה, הרי הקושי שבהגדרת "טעם צודק" עולה דווקא כאשר הסיבות מעוגנות בעניינים מצפוניים או משפחתיים או של סולידריות אישית או קבוצתית. האם נראה בסירוב מטעמים אלה כבאים מטעם צודק במשמעות הסעיף? מהו קריטריון על פיו ישקול בית-המשפט את התנהגות העד, מהם המבחנים לפיהם יוכל בית-המשפט לקבוע כי הטעם הינו "צודק"?

ניתן לומר, לדעתנו, כי טעם צודק משמעו כל טעם שכללי הצדק הטבעי רואים בו כמתיר סירוב להעיד או לענות לשאלות. כללים אלה לא קבועים. בית-המשפט יחליט בעניין זה על-פי חומרת העבירה, אם בתיק פלילי עסקינן, או על-פי מידת הנוק שיגרם לצד מעוניין בתיק אזרחי או על-פי ההגיון והשכל הישר. בכל מקרה נוסח הסעיף פתח מסדרון רחב להפעלת שיקול-דעת של בית-המשפט בכל מקרה ומקרה.

<sup>25</sup> במשפט העברי שתומך בסברה זו:

הרשב"א משיב תשובה ברורה וחד משמעית: "גם מה שטען הטוען שדרך הקהלות הוא להעיד על תקנותיהם אנשי המדינה- טענה יפה היא, שאם אין אתה אומר כן בטלת כל תקנת הקהלות; ומנהגם של קהלות- תורה היא, ובכל כיוצא בזה יש לומר: מנהג מבטל הלכה". וכך גם נטען לפני הרא"ש: "ויש שהיו אומרים, שלא היו יכולין להעיד בני העיר זה על זה ועל כיוצא בו, כיוון שהם נוגעין בעדותן ויש להם הרבה קרובים בעיר". והרא"ש משיב: "נהגד פשוט הוא בכל ישראל, שאין מביאין עדים מחוץ לעיר להעיד על תקנתם והסמכתם, אלא מקבלים עליהם אנשי העיר". תקנות הקהל בעניין הכשרת קבלת עדים פסולים נתפשטו כל כך, עד שהיו להלכה המקובלת והנהוגה בפסיקת רבינו יוסף קארו בשולחן ערוך: "עכשיו נהגו לקבל עדים מהקהל על תקנתם והסמכתם, ועל הקדשות ועל כל ענייניהם, וכשרים אפילו לקרוביהם, כיון שקבלום עליהם".

6. האם לקיחת שוחד מהווה מעשה הערמה על החוק?

מחד גיסא, שוחד הוא תשלום הניתן בחשאי לנושא תפקיד על מנת שיפעל באופן הנוגד את מטרות תפקידו. במשפט הישראלי כיום, מתן/לקיחת שוחד מהווה עבירה פלילית, מכאן ניתן להסיק כי פעולות כאלו ואחרות של לקיחת שוחד או מתן שוחד הינם הערמה על החוק. כאשר אדם נבחר לתפקיד מסוים, הממונה עליו סומך עליו שיעשה את מיטבו ויפעל בהתאם על מנת שיצליח בתפקידו ויעשה אותו על הצד הטוב ביותר והישר שלו. כאשר אותו אדם לוקח שוחד מאדם אחר,

<sup>25</sup> מנחם אלון המשפט העברי : תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו כרך ג (1988)

נוצרת פה סתירה בין מעשי בעל התפקיד לבין רצונות הממונה עליו. לקיחת השוחד מבטלת כל אמון באותו אדם ומה גם שהיא מעידה על ניגוד בין מטרת התפקיד לבין מה שקורה במציאות.

<sup>26</sup> המשפט כיום שתומך בסברה זו:

השופט י' עמית:

אני מסכים לפסק דינה של הנשיאה, השופטת א' חיות, ואוסיף שתי הערות קצרות.

1. החלטתה של ועדת המשנה לעררים אינה במישור התכנוני, ואף נקבע על ידה כי המבנה עצמו ראוי מבחינה תכנונית. ההחלטה היא במישור השמירה על שלטון החוק ומניעת עידוד עבריינות בניה. בכגון דא, אני סבור כי ניתן להרחיב את הביקורת השיפוטית מעבר להלכה הידועה בדבר היקף ההתערבות המצומצם של בית המשפט בהחלטות של מוסד תכנון.

2. העובדה כי בהסכם השכירות המרכז האקדמי הגן על עצמו, מצוות עורכי דין מלומדה, אין בה כדי לגרוע ממעמדו כצד שלישי תם לב, שאף הסתמך על כך שהוועדה המקומית הוסיפה להוראות התכנית את המטרה של "שימוש למכללה" (סעיף 29 לפסק דינה של חברתי). החלטתה של ועדת המשנה לעררים הביאה אפוא לתוצאה לפיה "טוביה חטא וזיגוד מינגד" (פסחים ק"ג ב) (טוביה חטא וזיגוד לוקה), וקשה להלום כי המרכז האקדמי הוא שיידרש לשלם את המחיר עבור חטאיהם של אחרים.

<sup>27</sup> במשפט העברי שתומך בסברה זו:

במאה השלוש-עשרה בספרד נתרבתה התופעה של לווים שהשתמטו מלשלם את חובותיהם, ואף הבריחו את נכסיהם בדרכים פיקטיביות שונות, כדי למנוע מן המלוה לגבות את החוב מרכושם. וחכמי ההלכה ביקשו דרכים הלכתיות כדי לבטל תוקפן של העברות פיקטיביות אלה. בדין אחד שהובא לפני רבי אשר בן יחיאל "ראובן היה חייב מלוה על פה לשמעון, ונתן כל אשר לו ללוי להפקיע חוב שמעון". מבחינה פורמלית לא היה אפשר למצוא פגם במתנה זו שנתן ראובן ללוי, אך היה ברור, שהעסקה שנעשתה כדי להבריח את הרכוש משמעון, ולמעשה נשאר ראובן הבעלים של הרכוש, ובאיזו צורה שהיא עתיד היה להחזיר לעצמו את הרכוש כעבור זמן.

<sup>26</sup> המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' בלנטפורט ניהול והשקעות בע"מ פ"ד י' עמית 54678313-9387/17  
<sup>27</sup> מנחם אלון המשפט העברי: תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו כרך א (1988)

מאיך גיסא, לפי דעתי לא כל לקיחת שוחד בהכרח מעידה על מעשה אשר מהווה עבירה על החוק. ישנם מקרים בהם אכן נלקח שוחד על מנת לספק את רצונותיו של אותו נותן שוחד, אך מעשה זה אינו בהכרח מעיד על ניגוד מטרות התפקיד. ז"א, שוחד ניתן מצד א' לצד ב', כאשר לצד ב' יש סמכות מסוימת בעניין מסוים שמספק את צרכיו של אותו צד א'. אותו שוחד מניע את צד ב' לעשות את שעליו נדרש אך דבר זה אינו בהכרח אומר כי הוא סוטה מהתפקיד אליו הוא משתייך. יכול להיות שהפעולה אותה הוא עשה אשר משתייכת למתן השוחד אינה פוגעת בציבור או בכלל בכל אדם אחר. לכן לא כל לקיחת שוחד מהווה הערמה על החוק.

<sup>28</sup> המשפט כיום שתומך בסברה זו:

החלטתה של הוועדה המחוזית, שעליה הסתמכה ועדת המשנה לעררים, מלמדת כי לשיטת הוועדה המחוזית "מבחן המגרש הריק" אינו מתקיים במלואו וכי ישנם היבטים מסוימים בתכנית אשר לא נותר אלא לקבלם כעובדה מוגמרת:

"יצוין, כי על אף שכיום היקפי הבניה שבתכנית תואמים מבחינת תכנונית לסביבה ולמדיניות התכנון העדכנית בה, עדיין אין למצוא הצדקה תכנונית לבניה בתכנית מלאה תוך ביטולה של הכיכר העירונית ('פיאצה') שהיתה אמורה להיות ממוקמת בחזית המבנה על רחוב 'בן גוריון' ולשמש לרווחת הציבור כולו, ולמגבלות שמטילה התכנית על קו הרק"ל עקב חריגה מקווי בניין הנדרשים. חריגות אלה יש להניח כי לא היו מתאשרות מלכתחילה אלא הן תוצר המציאות שנוצרה בשל עבירת הבנייה" (החלטת הוועדה המחוזית, פסקה 32).

ניתן, איפוא, לומר כי בניגוד לטענת המערערים הנסמכת על דעת המיעוט של מר טוראל, כאילו מדובר ב"אידיאל תכנוני" הצולח ללא סייג את מבחן "המגרש הריק", השיקול התכנוני אינו מוחלט, אף שהוא מטה את הכף אל עבר אישור התכנית ככזו.

<sup>29</sup> במשפט העברי שתומך בסברה זו:

בתשובה ארוכה פוסק הרא"ש, שהמתנה בטלה משום שיש כאן, בנסיבות אותו עניין, אומדנא דמוכח, שהייתה הכוונה אך ורק כדי להבריח את הרכוש מן המלוה, והערמה כזו יש לשלול ממנה תוקף חוקי. לשם הוכחת חידוש משפטי עקרוני זה מביא הרא"ש עניינים שונים מן התלמוד בתחומים הלכתיים שונים, שבהם נקטו חכמים אמצעים נגד המערערים למיניהם. בין השאר הוא מביא את הדין שבגמרא על אדם שקנה קרקע קטנה באמצע שדותיו של המוכר, ואחר כך מכר לו המוכר את הקרקעות הסמוכים לקרקע זו; בסוגיה נקבע, שאם לפי נסיבות העניין יש להניח, שהסיבה למה שקדם ומכר לו את הקרקע הקטנה שבאמצע היתה כדי לעשות אותו בדרך זו לבר-מצרא ולשלול מבני-מצרא האחרים את זכותם- הרי שרשאים בנימצרא האחרים לסלק אותו מן הקרקעות שקנה אחר כך ליד גבולם, משום שהיה כאן משום הערמה. והרא"ש ממשיך ואומר:

<sup>28</sup> המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' בלנטפורט ניהול והשקעות בע"מ פ"ד י' עמית 54678313-9387/17  
<sup>29</sup> מנחם אלון המשפט העברי: תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו כרך א 1988

"וראיה מפרק המקבל (קת, א-ב)... ערמה היא ומפקינן ליה מיניה. והדברים קל וחומר הוא; ומה התם תקנת חכמים בעלמא הוא דינא דבר מצרא משום 'ועשית הישר והטוב', נתחכמו חכמי הגמרא כנגדו לבטל ערמתו, ולא תעשינה ידיו תושיה, על אחת כמה וכמה הבא לגזול חברו בערמתו ולעבור על דברי תורה ולא לפרוע נושיו שנבטל ערמתו, וזה יגבה חובו מן המתנה!" הרא"ש מוסיף להביא דוגמאות, שבהן פעלו חכמים בתלמוד נגד המערימים, אם כי באף אחת מהן לא מדובר בביטול תוקפו של קניין, שמגמתו להבריח מן המלוה. כדי להסביר את טיב ההוכחה מדוגמאות אלה מוסיף הרא"ש ואומר: "מכל הלין חזינן (מכל אלה אנו רואים), דכל הרוצה להערים להפקיע תקנת חכמים ולעשות לחברו תחבולה, לכדוהו חכמים בערמם, ועמדו כנגדו להפר עצתו ולבטל מחשבתו הרעה; ואנו נדון דבר מדבר ונלמוד דבר מדבר, כי חכמי התלמוד לא הספיקו לכתוב כל הנולדות העתידות לבוא, המתחדשות בכל יום; אלא שהבאים אחריהם יוצאים בעקבותיהם ומדמין מילתא למילתא (מדמים דבר לדבר)".

### סיכום

לעניין סוגיה ייצוג נאשם שלא כדין, אני בעד ייצוג נאשם שלא כדין. בסופו של דבר זוהי צריכה להיות זכותו המלאה של הנאשם לבחור מי ייצג אותו, והאחריות והתוצאה הסופית הם בחלקם עליו. כמו שציינתי, לרואי חשבון ויועצי מס ישנה הבנה גדולה יותר בכל הנושאים אשר קשורים לעניין המיסוי, ובנוסף לכך אין הרבה עורכי דין אשר הם גם רואי חשבון או יועצי מס, מכאן ניתן להבין שבהנחה ויאפשרו לרואי חשבון או יועצי מס לייצג נאשם, הם יוכלו לתרום לנאשם בצורה הטובה ביותר והנאשם יזכה לייצוג המתאים לו. יכול להיות כי הנאשם יזכה במשפט ויכול להיות שלא, אך הוא יוכל לבוא בלב שקט למשפט בידיעה שהאדם אשר מייצג אותו הינו בקיע בנושא המיסוי. לעניין סוגיה תקנת הפרוזבול, לדעתי תקנת הפרוזבול היא אכן נחשבת כהערמה על החוק. כאשר בחוק נאמר כי על המלווה חל איסור לגבות את חובו מהלווה, החוק מתכוון לכל גבייה שהיא, בין אם הגבייה היא בדרך עקיפה או בדרך ישירה. הכסף הועבר מצד א' לצד ב' ובשנת השמיטה יבוטל החוב. אומנם בית הדין מתערב אין למלווה מגע ישיר עם הכסף של הלווה, אך אכן הכסף שיצא מכיסו של האדם שלוה, מגיע בסופו של דבר לכיסו של האדם שהלווה. מכן ניתן להסיק שגם בהנחה כי מעורב בסיפור צד ג' אשר מתווך בין הכספים של שני הצדדים האחרים, דבר זה מעיד על הערמה על החוק. לעניין סוגיה אי השויון והאפליה, לפי דעתי אי שוויון אינו בהכרח אפליה בגלל שישנם מצבים בהם מתרחשת אותה העדפה מתקנת. זוהי בעצם הפעולה ההפוכה לאי שוויון, פעולה אשר מטרתה העיקרית היא להגיע למצב שווה, לכן כן, יכול להיווצר מצב בו אי שוויון יהיה גם מצב של אפליה, אך המילה "בהכרח" היא העיקר כאן, לכן לא, לפי דעתי אי שוויון אינו בהכרח אפליה. מה גם שאין מדינה בה כולם שווים וכולם מקבלים את מה שמגיע להם באופן שווה, זה דבר שהוא אינו אפשרי, לכן, נוצרים מצבים בהם צריך "לקחת" קצת ממישהו אחד, על מנת שהשני יקבל גם הוא את מה שמגיע לו. לעניין סוגיה מתן צו מעצר ללא סמכות שופט, לפי דעתי ניתן לקבל צו מעצר שלא ניתנה לו סמכות אך רק בהנחה והייתה סיבה מוצדקת לכך והוכחות להצדקה. מתן אישור לצו מעצר ע"י שופט זהו אינו מקרה של מה בכך. זוהי פרוצדורה מסוימת שצריך להקדיש לה זמן, הסיכון שהעצור יברח הוא אינו שווה את ההמתנה לצו מעצר שופט. לכן, כאשר איש חוק נקלע לסיטואציה בה המעשה הנראה לו לנכון הוא לעצור אדם מסוים, הבקשה לאישור צו מעצר רק תעכב את ההליך ואף תגרום למצב בו האדם אשר צריך להיעצר, יברח. לכן לפי דעתי ראוי שיינתן צו מעצר ללא סמכות, אך ורק אם

אותו צו מעצר מוצדק ומוכח. לעניין סוגיה סירוב עד להשיב על שאלות, לפי דעתי סירוב עד להשיב על שאלות אכן יכולה להיחשב כהערמה על החוק, אך באותה המידה יכול להיות כי אין זו בכלל הערמה על החוק. במקרה בו אין לעד זכות/סיבה/הצדקה אשר בגללה הוא מסרב לשתף פעולה ולענות על השאלות המוצגות לפניו, עליו להיאשם בביזיון בית המשפט ולשאת בתוצאות. אך כאשר רוצה העד להגן על עצמו, פעולה שהיא אינסטינקט טבעי וראשוני של כל אדם, אותו סירוב ייחשב כמוצדק ואף מקובל והוא אינו צריך להיענש על כך, זאת כמובן בתנאי שהסיבה לסירוב העד הינה סיבה מוצדקת ומתקבלת. לעניין סוגיה לקיחת שוחד, לפי דעתי כל לקיחת שוחד מהווה הערמה על החוק. מאחורי כל אדם עם סמכות נמצאים אנשים או ציבור שלם אשר מפקידים את ביטחונם בו. מאותו אדם מצופה לנהוג ביושר ובכבוד, לא לסטות מהמטרה לשמה הוא בעל אותו תפקיד, ובטח שלא לתת לצד אחר לגרום לו לסטות מאותה הדרך. כאשר משחזים אדם, מבקשים ממנו בעזרת כסף לעשות מעשה שהוא אינו תקין, אחרת אין שום סיבה לאותו שוחד. כאשר איש ציבור (לדוגמא) בוחר לקחת את השוחד ולבצע את אותו מעשה לא תקין, הוא מוכיח שאין למדינה אפשרות לסמוך עליו, ושהאינטרסים האישיים שלו באים לפני טובת המדינה.

## רשימה ביבליוגרפית

### חקיקה

חוק רואי חשבון, תשט"ו-1955 ס"ח 4

חוק הסדרת העיסוק בייצוג על ידי יועצי מס, תשס"ה-2005

### פסיקה

מרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' בלנטפורט ניהול והשקעות בע"מ פ"ד י' עמית-54678313-9387/17

דב"ע נו/9-18, המוסד לביטוח לאומי נ' יפה דריהם, תקדין ארצי 96(3) 166

### ספרות מחקר

#### ספרים

אלון מ', המשפט העברי: תולדותיו, עקרונותיו, מקורותיו כרך א ירושלים תשמ"ח

אלון מ', המשפט העברי: תולדותיו, עקרונותיו, מקורותיו כרך ג, ירושלים תשמ"ח

בן שלמה א', על בזיון בית-משפט, תל אביב תשס"ב

גרובר א', רז י', אחריות המייצג בדיני המס, תל אביב תשע"ו

שפירא ע', תורת המשפט, תל אביב תשס"ז

#### מאמרים

חשן ד', 'הפרוזבול: בין פיקציה משפטית לדרמה הלכתית' 1-28

#### משפט עברי

#### ספרות הפסיקה

רמב"ן על התורה, ויקרא כה, כט

ויקרא כה, כט

