

praktitim.com

גיליון מס' 17

נובמבר 2007

הפרקליטים

45 ש"ח

מגזין לשכת עורכי הדין - מחוז תל אביב והמרכז

קובעים מי יהיו
השנה במשפט
נה באתר
www.praktitim.com

יראון פסטינגר:
הדיח ראש ממשלה
על מעשים שנעשו
בחירתו. אי אפשר
קש בדמוקרטיה"

לגיליון זה
מצורפים:
"עט ואתיקה"
"עט ומשפחה"



MONEY TIME

השוק לוחט. גידול דרמטי בביקושים,
במיזוגים, בהזדמנויות ובכספים
שמגלגלת התעשייה המשפטית
בישראל. פרויקט מיוחד



זכויות מטפחים ופטנטים והסדרים חקיקתיים ומוסדיים במגזר החקלאי / דורון בראש

שמעתם על הנויר האוסטרי גרגור יוהן מנדל? בשנת 1865 פרסם מנדל מחקר ראשון ונידח בנושא זני אפונה, שבו ניהל רישום מדויק ועיי בוד סטטיסטי של תוצאות הכלאתם. כך נפתח עידן המנדליזם, שהביא לפיתוח מואץ בתחומי הגנטיקה, הביולוגיה המולקולרית, הטכנולוגיה והביוראינפורמציה, ובהדרגה הצריך פיתוח של דין מיוחד לזני צמחים חדשים.

טיפוח זני צמחים חדשים בעלי הרכב גנטי ספציפי מאפשר למפתח לבחור תכונות רצויות באמצעות סלקציה מכוונת בין רכיבים מאותו המין, או באמצעות החדרתם המלאכותית של גנים - גם מעולם החי - למען קבלת תכונות רצויות. בכך נוצר הרכב גנטי וון צמחים חדש.

בתחום זה נע המשפט בין הצורך בעידוד מחקר הטיפוח הפרטי והיזמי בנושא, תוך מתן הגנה משפטית שתהווה תמריץ כלכלי למפתח חיס, ובין הצורך לאפשר שימוש רחב בפיתוחים אלו לשם המחקר והטיפוח הציבוריים. לכן פיתח המשפט זכויות משניות בחוקן לזכויות הפטנטים. בישראל מוסדר הנושא באמצעות חוק זכויות מטפחים של זני צמחים (1973) ותקנותיו; חוק לפיתוח על יצוא הצמח ומוצריו, חוק הגנת הצומח וחוק הזרעים ותקנותיו.

בשל הצורך לאיזון ציבורי זה, מכיר המשפט בישראל בחריגי הזכות הקניינית של מטפח הזן, ומצמצמם בפני "חריג הטיפוח" ו"חריג המחקר". לפי החריגים, ראוי מפתח חדש לעשות שימוש בזן מפורסם אחר מבלי להשיג את זכות הקניין של המפתח המקורי.

מחבר הספר, דורון בראש, הוא בעל תואר ראשון במדעי החיים ותואר שני במשפט מסד חרי. ספרו הקודם, "ביוטכנולוגיה, משפט ומסד חר" עסק במצב המשפטי בארץ ובעולם בתחום הביוטכנולוגי, ובנושאי הקניין הרוחני בענף. בספר הנוכחי, מתמקד עו"ד בראש בהיבטים המייחדים את הטיפוח במגזר החקלאי.

השער הראשון דן בעולם הצמחים, המחבר ממיין את סוג הצמחים, לרבות מיון מורפולוגי, אנטומי וציטולוגי. פרקים מיוחדים נושאים את השם "השורש", "הגבעול", "העלה", "הפרח", "הפרי", ובוחנים את הסטטוס המשפטי שלהם אף בפילוח אנטומי של רכיבים וזכויות: מערכת הרקמות היסודית; מערכת הרקמות הבורגרת; מערכת הרקמות העוטפת ועוד. מתברר (עמו) דים 59-85), שפיתוח זני צמחים חדשים ניתן על ידי פלישה, אריה, הכלאה, באמצעות מוטציות

מושרות, אימוץ, הנדסה גנטית, לרבות הנדסה חקלאית, ואפילו תוך שימוש בחיידק הקרקע אגרובקטריום. יפה.

מעבר לפרקטיקה (דרכי הרישום) ותיאור המוסדות והסדרי המנהל (סוגי רישון) וכו', דן הספר בסמכויות השיפוט: לבית המשפט המרכזי על מועצת זכויות מטפחים, ולבית המשפט העליון על הוועדה לזכויות מטפחים. כן סוקר הספר את קרנות המחקר והפיתוח מטעמה של המדינה הקיימים בנושא ואת המוסדות - הרשות לפיקוח חקלאי, מנהל השקעות בחקלאות ועוד.

מהבחינה המשפטית-תיאורטית, מפתח הספר דיון בנושא הגנה על זני צמחים באמצעות דיני הפטנטים, דיני סימני המסחר ודיני עוולת הרשלנות. המחבר בוחן את הקשרים בין פקודת הניקיון לדיני הפטנטים וחוק עשיית עושר ולא במשפט. מעניין אגב ללמוד איך גדל ומתפתח פרחו של צמח, כמה איברים יש לו (ארבעה), האם תפרחות קדמו לפרחים (לא), ועוד כהנה וכהנה נתונים לכל השוקל הרחבת השכלתו בנושא.

כל הסיפור של ג'ק והאפונים היה יכול להיות לגמרי אחרת.

הוצאת פרלשטיין גינוסר, 921 עמ', שני כר כים, 690 שקל



הפעלת כוח והשפעה בגישור / עומר שפירא

הגישור, על פי המיתוס הרווח, הוא הליך אוטונומי, בעל אפשרות להכרעה עצמית, הגון, נייטרלי ועם הסכמה מדעת. אולם הנחת היסוד של ספר זה שונה לחלוטין, ועל פיה הגישור הוא אקט כוחני, בלתי שוויוני, לא נייטרלי. בפני המגשר שמורות טקטיקות ואסטרטגיות מודעות ובלתי מודעות על מנת ללחוץ על הצדדים ולהובילם להחלטה שלעתיים עשויה לסתור את עמדתם הראשונית, את האינטרסים שלהם או את החלופה המשפטית המועדפת.

ספרו של שפירא מתבסס על עבודת הדוקטור רט שכתב באוניברסיטת בר אילן בתוכנית הבינתחומית לניהול וליישוב סכסוכים ומשא ומתן, שכתורתה: "פרספקטיבות על שימוש בכוח על ידי מגשר והשפעתו על תוצאות הגישור: ניתוח משפטי, פילוסופי ופסיכולוגי". המחבר זועם על מיעוט המחקרים בנושא ועל האידאליזציה הכללית של נושא הגישור, והוא סבור כי הכרה טובה יותר של הליך הגישור כהווייתו תאפשר ניסוח קוד פרקטי ואתי

מחייב ותאפשר למגשר ולצדדים את ביטולן של ההטיות.

בהיעדר מחקרים בנושא, שואל שפירא מודלים מתחומים אחרים, בעיקר מתחומי הפסיכולוגיה החברתית והקוגניטיבית, הפילוסופיה האנליטית-ליברלית, יחסים בינלאומיים וסכסוכי עבודה. כן שואל המחבר מודלים וביטויים מתחומי האתיקה הרפואית (יחסי רופא-חולה) והמשפטים (יחסי עורך דין-לקוח) ומושג הנייטרליות השיפוטית), על מנת לבחון יישומם של יחסי אי שוויון ושל "אוטונומיית הרצון הפ" רטי" אף בהליך הגישור.

בכמה פרקים נבחנים המושגים וההטיות מבחינתו של המגשר, ובפרקים אחרים מבחינת הצדדים בגישור. הספר סוקר בפירוט את המגבלות והאינטרסים של המגשר. מגבלות המגשר הן לחץ זמן, חוסר סבלנות ואי אכפתיות. האינטרסים שלו מובילים לפתרון סכסוך שיתאים לתפישת עולמו ולערכיו; יש לו העדפות אישיות ביחס לצדדים, ובכללן ההטייה המוכחת להעדפת הצד החזק על פני החלש. משכך, המגשרים נבדלים בגישותיהם לפי הלחץ וההכוונה שהם מפעילים על הצדדים. השאלה הנשאלת היא מתי טכניקה גובלת במניפולציה ובשימוש לרעה בסמכות המגשר ובאמונו הצדדים.

עוד בוחן הספר את אפקי הכוח והמניפולציה העומדים לרשות המגשר. המגשר יכול להפעיל כוח ולחץ באמצעות איומים, באמצעות יצירת לחץ של זמן וכן מעצם מתן הערכתו על תוצאות התיק בבית המשפט. כן הוא יכול להפעיל כוח באמצעות שכנוע, באמצעות הצעת פתרון, בקביעת סדר היום ונושאי הדיון, בזיהוי אינטרסים וחילופי אינטרסים בעלי משקל שונה ובהפרדת הצדדים. כמו כן, לחץ מופעל באמצעות אי שיתוף הצדדים במידע רלבנטי, בהצגה מניפולטיבית של יחסי הכוחות בין הצדדים ובהבטחה לתגמול או פיצוי.

אפיון דילמת המגשר ודילמות הצדדים מביא את המחבר לניסוח, בפרק האחרון של הספר, של "קווים מנחים ביחס לשימוש נאות ושימוש פסול בכוח". במסגרת הפתרון מציע שפירא להגדיר מחדש את מושגי היסוד הגישוריים. הוא מציע להבחין בין אסטרטגיה אסטרטגית מותרת ובין הפעלת לחץ אסורה, תוך הגדרת הפעלת לחץ אסורה מהי. בבואו לשכנע, מנוע מגשר מלעקוף בטיעונו את מנגנון קבלת ההחלטות הרציונלי של הצדדים ולפרוט על רגשותיהם ופחדיהם, מחובתו להימנע משכנוע יתר וראוי כי יצהיר על עמדתו האישית על מנת לברר מעמדות הצדדים, שראוי שיבטאו יחד, זו מול זו, ולא באופן נפרד.

מומלץ כי המגשר יאפשר דיון בחלופות, יעודד את הצדדים להביא פתרונותיהם, יבחין בחיבור השונות ומתפשה אחרת של אהבת סיכון. כן מומלץ כי יבדיל בין סגנון משא ומתן שונה בין גברים ובין נשים, יעדיף הפסקת ההליך אם אחד הצדדים מצוי במצב לחץ נפשי עז וכדומה.

בתום הגל הראשון של אידאליזציה הגישוריים, אכן ראוי לבחון את ההליך ואת השלכותיו לעומק. כל עוד לא נבחנו ההטיות, הבעיות והמגבלות בהליכים החלופיים, התפישת כי הסכמה

עדיפה על סיטואציות שיפוטיות חד מימדיות, היא כללית ופשטנית. הספר מציע מבט מפוכח וביקורתי על הליך הגישור, וראוי שייקרא, בין היתר, על ידי שופטי קדם המשפט אשר משתמשים בכוחם הגישורי תוך הטיות קשות נוספות, בכללן הבעת עמדתם המשפטית כאשר לסיכויי התיק ואי הבהרה נאותה שהפתרון המוצע הוא גישורי בלבד.

הוצאת הקריה האקדמית אוננו, 409 עמ', שקל 395



המגשר - התפקיד והמפתח להצלחת הגישור / ד"ר דפנה לביא

לעומת ספרו של עומר שפירא, שנסקרו בביקורת הקודמת, ספרה של ד"ר דפנה לביא הוא ברוח "אתה בסדר, אני בסדר, כולנו בסדר". הנחת היסוד כאן היא כי הגישור הוא כלי יעיל, ראוי ואפקטיבי, תוך דיון בגישור בהקשרים אלו אגב הגדרתם (גישור והאמת; גישור ושלוש; גישור וצדק; גישור ושביעות רצון הצדדים, גישור ויעילות וכדומה).

ביסוד החיבור ההנחה כי בסיס כל תפישה המתייחסת להצלחת או לכשלון הליך הגישור קשורה בהישענות רעיונית על אחד משני זרמים - הזרם הטרונספורמטיבי או הזרם הפרגמטי. לפי התפישה הטרונספורמטיבית, ההנחה כי על הריי בון (כאשר הוא המחוקק, בית המשפט, המגשר, עורכי הדין של הצדדים) לצמצם עד למינימום את מידת התערבותו בהליך הגישור; התפישה הפרגמטית, לעומתה, דוגלת בהתערבות בהליך הגישור. ההבדל הוא בהנחת המוצא - האם יש לסמוך על הגיונם הבראי של הצדדים, על יכיר לתם להגיע להידברות הוגנת ולהימנע מלחץ פסול, או להטות את מרכז הכובד מהצדדים אל המערכת שסביבם. מכאן, כי לכל גישה נראטיב אחר על הליך הגישור והיא משתמשת בכלי מדידה אחרים כדי לקבוע את הצלחתו או את כשלונו.

המחברת בוחנת את כל אחד מהזרמים, ואת מילון השיח שלהם. כך, לדבריה, בעוד הזרם הראשון מדגיש את "מיצוי מלוא הפוטנציאל האנושית שבמין ובחזון של מצאות חברתית טובה יותר!" (כך במקור), הזרם השני מדגיש את התרומה של מוסד הגישור לכלל החברה והינו "שבוי בקונספציות". לדברי המחברת, מתן אוטונומיה לצדדים עדיפה, בין היתר בשל כך שחינוכם יביא בעתיד לחינוך כלל חברתי.

בחלקו השני דן הספר בתפקיד המגשר. סקיי רת טכניקות הגישור נעשית אגב מיפויים בין שתי הגישות. כך למשל, שימוש תדיר בטכני

קות של פגישות נפרדות של המגשר עם הצדדים משרת את הזרם הפרגמטי; בעוד מגשרים אשר ינתחו את הבעיה שמוצגת בפניהם באופן מיקרו ממוקד ישתייכו לזרם הטרונספורמטיבי. אסטרטגיות וטקטיות פרגמטיות יעדיפו גישור על ידי משפטן, בצל המשפט, בלא התייחסות לפערי מגדר בין הצדדים, עם הנחה כי חלק מהמקרים אינם ראויים לגישור (כמו אלימות במשפחה). לעומת זאת, הזרם הטרונספורמטיבי יעדיף "גישור סובב הליך" (להבדיל מ"גישור סובב מידע") ומגשר שמשמש אך כ"כולא בר" קים, שליח להעברת מסרי הצדדים בלבד. בסיי כום מוצגת טבלה המשווה בין המודלים על פי פרמטרים ישומיים.

לדעת המחברת, יש להעמיק את הידיעה על האבחנה בין המודלים לשם שיפוט ראוי יותר של הגישור בפריזמה של הצלחה או כישלון. היא נחרצת בהעדפתה את המודל הטרונספורמטיבי, וסבורה כי "אם בכוונתנו לגדל כאן דור חדש, שינשום פחות ופחות אוויר של אלימות, כוחניות ומאבק ויותר אוויר של פיוס, דרכי נועם וחשיבה יצירתית, להבדיל מסטריאוטיפית, מן הראוי להכניס במסגרת תוכנית הלימוד את הגיי שור בצורתו הדיכוטומית".

הוצאת בורסי, 337 עמ', שקל 390



תכנון מס בעסק / ד"ר עו"ד יחזקאל פלומין

המחבר מגיש לקוראיו מדריך לתכנון מס מוצלח בעסק. בדברי המבוא, מתאר פלומין את ההתלבטות בין הוצאת ספר עיון תיאורטי לפי רסום מדריך למשתמש, ומכריע בעד האופציה השנייה. לדבריו, מאז הוציא את הספר הראשון עם פרופ' אהרון יורן ז"ל, השתנו חוקי המס באופן המצריך ספר חדש ולא עדכון.

בעוד כלל הספר הוא מדריך אפקטיבי לתכנן נון מס, במבוא מציג המחבר את תפישת עולמו, ומגולל כתב אישום כנגד תפישת עולמם של רשויות המס, המחוקק ובתי המשפט. בניגוד אליהם, פלומין, בעל הגישה הליברלית-קפיטליסטית, הוא חסיד המדינה המצומצמת. לדידו, בעיותיהן של מדינות הסעד, קריסת הקומור ניזם, והשגשוג הכלכלי של מדינות המערב, הם הוכחה לנצחון התפישה המבכרת מודלים מצומצמים של מעורבות המדינה בחיי אזרחיה. מכאן הוא מבקש לראות את תכנון המס הראוי ככזה המעדיף לפרש לקונה משפטית לטובת הנישום ולא לטובת המדינה; לפסול חקיקה מעורפלת, ומשאירה לפקיד השומה שיקול דעת מעין שיפוטי, בעל תוקף פלילי, כאמור

בסעיף 86 לפקודת מס הכנסה; לראות בשיי טה הנוכחית, שהיא אנטי תכנונית מבחינת דיני המס, סותרת את ההרמוניה המשפטית וראויה להתבטל אף מכוח כלליותה בהיותה סותרת את דרישת סעיף 8 לחוק היסוד הדורש חוק מסמיך ומפורש; להחיל את הכלל "אין עונשין אלא אם כן מזהירין"; ולבקר את שיטת הפרשנות שאינה יכולה להבחין בכוונתם של מבצעי תכנון המס, והנותנת לדיבר "נאותה" פרשנות לטובת המדינה והמחוקק, ולא לטובת האזרח. "יש להילחם עד חורמה בכל סעיפי אנטי תכנן המס הכלליים דוגמת סעיף 86 לפקודת מס הכנסה, ולבטלם כליל", הוא סבור.

בחלק המעשי כולל הספר 13 פרקים. הראי שון, מדריך באשר לאופן הקמת עסק חדש, כולל אבחנה בין "עסק היחיד" לעסק כשותפות או כתאגיד. בהמשכו, מדריך לאופן התאגדות עסק קיים כחברה תוך דחיית מס, לרבות העברת שותפות לחברה על ידי העברת זכויות בשותפות; בהמשך, היבטי מיסוי בשלבי המיזוג השונים. פרק עצמאי בנושא מערכת היחסים בין העסק לבעליו דן למשל בסיוע לחברים, בתשלומים מחברה לבעל מניותיה וכו'.

הפרק הישיר מוקדש לדיון בחברות בעלות מאפיינים מיוחדים: חברת נכס בית, חברות משפחתיות, החברה השקופה, חברה נשלטת זרה, קרן להשקעות במקרקעין, חברת משלח יד זרה, חברה בעלת מפעל מאושר, חברה לפי חוק עידוד תעשייה.

בפרק בוחן את הפעילות השוטפת, והוא המעשי ביותר לעסק חי, דן המחבר באופן ניהול ספרים; בתגמול מנהלי העסק; בהוצאות אחזקת רכב, לרבות נושא הליסינג והרכבים המוצמדים; בשירותי כוח אדם; במיקום העסק; בשכירות מבנים, לרבות דיון בשכירה וברכישה; ובהיערכות לקראת סוף שנת המס. הפרק מזכיר בעיות נבחרות כמו הוצאות הרצה, חברות נפל, חשבונות מס פיקטיביות והחזרי מע"מ בגין חורבות אבודים.

פרקים נוספים דנים בפעילות בחו"ל, לרבות באמנות למניעת כפל מס ונאמנויות בחו"ל; ובפעילות העסק במישור ההוני; רכישות נכסי הון, רכישות הוניות, זכויות בעסקאות משותפות ומכירות נכסים. פרקים נוספים מוקדשים לשינויי ייעוד והגדרה; לדרכי טיפול ברווחים והפסדים; לצירוף והיפרדות משותף בשותפות ובחברה, לרבות בפיצול חברה; ולנושא הפירוקים, בין היתר לפי חוק מיסוי מקרקעין.

הפרק הלוחמני ביותר דן בתכנוני מס אגרסיביים. המחבר מבקר את העמימות הקיימת בין עסקה בדויה לעסקה מלאכותית; בעוד עסקה בדויה חסרת משמעות גם מהבחינה המשפטית, עסקה מלאכותית מנוגדת לדפוסים המקובלים במשק, וחסרונה שאין לה כל טעם לברי-פיסקא לל, ולכאורה אין מאחוריה טעם כלכלי. המחבר מבקר את השיטה המצמצמת תכנוני מס אגרסיביים תוך הותרת שיקול דעת רחב לפקיד השומה, ומציע להעדיף פרסום רשימה מטעם המחוקק של פעילויות מוגדרות שרק הן יגידרו מהי הפחתת מס "בלתי נאותה".

בשורה אחת: מדריך ידיוני עדכני לשם בייצוע תכנון מס לעסק.
הוצאת סדן, 375 עמ', שקל 420