

1452

מ"א ק"מ (1) 10/7/18

א. ש. שמרון, י. מלכו, פרסקי ושות'  
מסדר עורכי-דין

E. S. SHIMRON, I. MOLHO, PERSKY & CO.  
LAW OFFICES

מייסד: אר"ן ש. שמרון 1919-1978

ירושלים, הון הטכנולוגי 9695801  
מנחת (מלחה) MANAHAT  
e-mail: officej1@smplaw.co.il

טלפון: 972-2-649 0 649 פקסימיליה: 972-2-649 0 659

תל אביב, מנדל פלטינום 6473921  
רחוב הארבעה 21 HA'ARBA'AH ST. 21  
e-mail: officet1@smplaw.co.il

טלפון: 972-3-685 3 685 פקסימיליה: 972-3-6 853 853

חיפה, שדר' בן נוריון 26 3502321

המושבה הגרמנית GERMAN COLONY

e-mail: officet1@smplaw.co.il

טלפון: 972-4-853 1 476 פקסימיליה: 972-4-853 1 466

ירושלים, 18 במאי 2016

לכבוד  
מר בנימין נתניהו  
ראש ממשלת ישראל

מכובדי שלום.

ISAAC MOLHO  
ORRIN PERSKY  
DAVID N. SHIMRON  
JAKOB MELCER  
DOV ABRAMOWITZ  
SHAI GANOR  
MICHAEL RABELLO  
TAL RANEL-COHEN  
GIL EPHRATI  
YITZCHAK GOLDSTEIN  
RACHEL SHAY

JONATHAN D. FRIEDLAND  
FOUNDER HAIFA OFFICE

HADAR LEVY  
ROMAN KOGAN  
INBAL DAVID  
ELI ARBIV  
ELI AVRECH  
SHIRLY MAHLAB  
ROI SCHECHTER  
HILA DANIEL  
SHAUL SHIMRON  
SHIRA SCHLAFF  
ANAT YANAI  
REUT GISER SUDAK  
YAKOV KOHL  
RIVKA REVAH  
MICHAL CARMELI  
MAYA AZARIA  
ESTHER ROSENBLUM  
MARNIA SHAPIRO ADMAN  
ELIYA CHISDAI

NATHAN IZHAKI, OF COUNSEL

צחק פרסקי  
ורן פרסקי  
דוד נ. שמרון  
עקב מלצר  
ב אברמוביץ  
דוב אברמוביץ  
שאי גנור  
יכאז ראבילוב  
ל רנאל-כהן  
יל אפרתי  
צחק גולדשטיין  
רachel Shay

נתן ד. פרידלנד  
מייסד מסדר חיפה

דוד לוי  
נסן קוגן  
נבל רוד  
לי ארביב  
לי אברך  
יחיא שחלב  
ועי שכטר  
ילה דניאל  
ואזל שמרון  
ירה שלאף  
נת' ינאי  
עוז ניסר סודק  
עקב קול  
כקה רווח  
יכל כרסלי  
איה עזריה  
סחר רוזנבלום  
דינה שפירו איידמן  
ליה חסדאי

נתן יצחקי, יו"ר

הנדון: חוות דעת משפטית בעניין ניגוד עניינים של שר הדן בנושא הנוגע ל"מכר"

לבקשתך אתכבד לחוות את דעתי בשאלה, האם על שר לפסול את עצמו מלדון בנושא הנוגע ל"מכר" של השר עימו אין לשר יחסי חברות או ידידות מיוחדים אלא יחסי היכרות רגילים.

הבהרת לי, שבמסגרת תפקידך כשר התקשורת אתה עשוי להיזקק לעניינים הנוגעים לחברת בזק, אשר מר שאול אלוביץ הוא בעל מניותיה העיקרי (בשרשרת) וחברות שבשליטתו, או עשוי להיזקק להחלטות העשויות להשפיע עליה. כן הבהרת לי, כי נפגשת עם מר אלוביץ במספר הזדמנויות והכרת אותו בנסיבות חברתיות, אולם אין ביניכם יחסי חברות קרובה או יחסי ידידות מיוחדים.

על פי חוות דעתי שתנומק להלן, שר לא צריך לפסול את עצמו מלדון בעניינים הנוגעים למכר עימו אין לו יחסי חברות או ידידות מיוחדים אלא יחסי הכרות רגילים. לאור האמור, אתה רשאי להמשיך ולדון בעניינים הנוגעים לחברת בזק, למר שאול אלוביץ ולחברות שבשליטתו.

עמדתי זו מבוססת על החוק והפסיקה הקיימים, ואני עומד מאחוריה, אולם יתכן שעמדת בתי המשפט, בסופו של דבר, תהיה שונה מהעמדה המובאת בחוות דעת זו. בכל מקרה, רצוי לקבל אישור לעמדותי זו גם מהיועץ המשפטי לממשלה.

הנמקה

1. על פי ההלכה הפסוקה, אסור לאיש ציבור הממלא תפקיד ציבורי להימצא במצב של ניגוד עניינים. מדובר בכלל מניעתי ולא תוצאתי על סמך אמת מידה אובייקטיבית: "אפשרות ממשית" או "חשש סביר" להימצאותה של רשות שלטונית במצב של ניגוד עניינים (ר' יצחק זמיר "ניגוד עניינים בשירות הציבורי" עניינים במרחב הציבורי: משפט, תרבות, אתיקה, פוליטיקה 225 (עורכים דפנה ברק ארז, זורון נבות ומרדכי קרמניצר, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2009).
2. גם כאשר יש חשש לניגוד עניינים המבוסס על עניין אישי (כמו בענין שבו דנה חוות דעת זו) יש להפעיל, על פי דעה מקובלת בפסיקה, את מבחן ה"חשש הסביר" לניגוד עניינים (ר' בגיץ 3132/92 מושלבי' הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה, מחוז הצפון, מז (3) 741, פסי' 11 (1993); ע"ע (ארצי) 248/07 מדינת ישראל נ' עדרבי, פסי' 21 לפ"ד אדלר (נבו, 25.11.2007)).
3. בשנת 2003 נקבעו בהחלטת ממשלה כללים למניעת ניגוד עניינים בקרב שרים וסגני שרים בממשלה. בכללים אלה נקבע, שעל שר לפעול "ללא משוא פנים" ו-"לא יוצר ולא יהיה ניגוד עניינים בין מילוי תפקידו כשר לבין ענייני האישיים"<sup>1</sup>.
4. עניינו הרואות, כי בכללים לא נקבעה התייחסות מפורשות לשאלה דן ורק נקבע העיקרון הכללי של מניעת חשש לניגוד עניינים. יחד עם זאת, מן הראוי לזכור, כי מקורו של הכלל למניעת ניגוד עניינים הוא בכללי הצדק הטבעי האנגליים ותחולתו המקורית הוחלה אך ורק על תפקידם של שופטים. רק לאחר מכן הורחב הכלל גם לבעלי תפקיד מעין שיפוטי וכן להפעלת סמכות מנהלית (זמיר, לעיל בסעיף 1, בעמ' 228). כך, לדוגמא, נפסק בבג"ץ 531/79 סיעת הליכוד בעיריית פתח תקווה נ' מועצת עיריית פתח תקווה, לד(2) 566, 569 (14.01.1980):

"כלל יסוד הוא בשיטתנו המשפטית כי אסור לו לעובד הציבור להימצא במצב בו קיימת אפשרות ממשית של ניגוד עניינים (conflict of interest). לכלל זה מקורות מספר, אשר החשובים שבהם הם כללי הצדק הטבעי מזה וכללי האמון מזה. על-פי כללי הצדק הטבעי אסור לו לעובד הציבור להימצא במצב בו קיימת אפשרות ממשית של משוא פנים או דעה משוחדת (בג"ץ 174/54 ישראל שימל נ' רשות מוסמכת (י' שרייבוס). וועדת הערעור לצורך החוק להסדר תפיסת מקרקעים בשעת-חרום, תשי"ו-1949 ואח', פ"ד ט 459; פ"ע יח 374). תחום פעולתו העיקרי של כלל זה הוא לעניין עובד ציבור המבצע תפקיד שיפוטי או כעין שיפוטי. אך אין הכלל מוגבל למצבים אלה

**בלבד.** כל גוף ציבורי, יהא תפקידו אשר יהיה, חייב לבצע את תפקידו ללא דעה קדומה ומשוחזדת, ללא פניות וללא משוא פנים."

5. לאור האמור, מן הראוי לבחון האם ההלכה הפסוקה קבעה כללים לפסילת שופט בשל ניגוד עניינים הנובע מהיכרות רגילה של שופט ובעל דין, היות שאם שופט לא נפסל מלדון במקרה של "הכרות" רגילה (שאיננה חברות או ידידות עמוקה), אין מקום גם לפסול שר במקרים מעין אלה.

6. סעיף 77א לחוק בתי המשפט, התשמ"ד-1984 קובע בעניינים של שופטים:

"(א) שופט לא ישב בדין אם מצא, מיזמתו או לבקשת בעל דין, כי קיימות נסיבות שיש בהן כדי ליצור חשש ממשי למשוא פנים בניהול המשפט.

(א1) בלי לגרוע מהוראות סעיף קטן (א), שופט לא ישב בדין בידעו שמתקיים אחד מאלה:

(1) צד להליך, בא כוחו או עד מרכזי, הוא בן משפחה של השופט או שקיימת ביניהם קרבה ממשית אחרת;

(2) יש לשופט ענין כספי ממשי או ענין אישי ממשי בהליך או בתוצאותיו, בצד להליך, בבא כוחו או בעד מרכזי, או שלבן משפחה מדרגה ראשונה של השופט יש ענין כספי ממשי או ענין אישי ממשי בהליך או בתוצאותיו, בצד להליך או בבא כוחו;

(3) בטרם התמנה לשופט היה השופט מעורב באותו ענין הנדון בהליך שלפניו כבא כוח, כבורר, כמגשר, כעד, כיועץ מקצועי, כמומחה, או בדרך דומה אחרת; (ההדגשות של הח"מ).

7. בהתאם, בסעיף 15 לכללי האתיקה לשופטים, התשס"ז-2007 נקבע לאמור:

(א) שופט לא ישב בדין אם מצא, מיזמתו או לבקשת בעל דין, כי קיימות נסיבות שיש בהן כדי ליצור חשש ממשי למשוא פנים בניהול המשפט.

(ב) בלי לגרוע מהוראות סעיף קטן (א), שופט לא ישב בדין בידעו שמתקיים אחד מאלה:

(1) צד להליך, בא כוחו או עד מרכזי, הוא בן משפחה של השופט או שקיימת ביניהם קרבה ממשית אחרת;

(2) יש לשופט עניין כספי ממשי או עניין אישי ממשי בהליך או בתוצאותיו, בצד להליך, בבא כוחו או בעד מרכזי, או שלבן משפחה של השופט יש עניין כספי ממשי או עניין אישי ממשי בהליך או בתוצאותיו, בצד להליך או בבא כוחו;

- (3) בטרם התמנה לשופט היה השופט מעורב באותו עניין הנדון בהליך שלפניו בתור בא כוח, בורר, מגשר, עד, יועץ מקצועי, מומחה, או בדרך דומה אחרת;
- (4) בעל דין או עד מרכזי היה לקוחו של השופט קודם מינויו לכהונתו, ולא חלפו לפחות חמש שנים מאז הטיפול בעניינו של אותו בעל דין או אותו עד;
- (5) עורך דין המייצג בעל דין היה שותפו של השופט ולא חלפו לפחות חמש שנים מאז היותם שותפים;
- (6) עורך דין המייצג בעל דין מטפל בעניין של השופט או של בן משפחתו;
- (7) בן משפחה של השופט הוא עורך-דין, שותף או שכיר, במשרד עורכי-דין המייצג בעל-דין. (ההדגשות של הח"מ).

8. במאמר מוסגר נכפה כי גם ביחס לבוררים נפקס, כי הסטנדרט לפסלות בורר הוא מבחן "הקרבה הממשית". (רע"א 296/08 ארט-בי חברה בערבות מוגבלת (בפירוק) נ' עזבון ליברמן (נבו), 05.12.2010).
9. לאור הכללים האמורים, קבעו בתי המשפט לא אחת, כי הכרות רגילה אינה מגבשת פסלות בשל ניגוד עניינים ופסלות בשל הכרות שלא מלווה ביחסים מיוחדים עלולה להכביד על מערכת המשפט. כך החליט כבוד השופט אור שלא לפסול את עצמו מלכהן כשופט במשפטו של אלי הורוביץ שיוצג ע"י חברו הקרוב של השופט (ר' בג"ץ 1622/00 יצחק נ' נשיא בית-המשפט העליון אהרן ברק, נד (2) 54, בפס' 12 (2000) ובית המשפט קבע:

"אכן, יחסי ידידות וחברות בין שופטים לבין פרקליטים, שלרוב נובעים מרקע אישי משותף או ממעורבות בפעילות מקצועית משותפת בעבר, הם נפוצים ומקובלים בקהיליית המשפטים. ככלל, אין בקיומם של יחסים כאלה כדי לשלול אפשרות של מפגש בין השופט לבין פרקליט שהוא חברו או ידידו, באולם המשפטים. בשונה מנגיעה אישית ישירה של השופט בנושא הדיון, ובשונה מקירבה משפחתית או חברתית למי מבעלי-הדין, יחסי חברות של השופט עם פרקליט המופיע לפניו אינם יוצרים פסלות "אינהרנטית".

10. כך, נפסק בפרשת ע"א 6332/05 ולדהורן נ' נרקיס, בפס' 11 (נבו, 24.11.2005):

"חשש ממשי למשוא פנים" יכול להיווצר גם עקב יחסי קרבה ממשית בין השופט ובא כוחו של בעל דין. קרבה כאמור מזמינה בחינת קיומו של חשש ממשי למשוא פנים, ומקום שהוא קיים, צומחת לה עילת פסלות (ראו: ע"א 1190/05 גבאי נ' אומצא

מפעלי בשר בע"מ (לא פורסם)). מטבע הדברים, בחינה כאמור היא בחינה נסיבתית ממקרה למקרה. כל קרבה ונסיבותיה. כל קרבה והשלכותיה. ככל שהקרבה הדוקה יותר החשש למשוא פנים רב יותר. ככל שהקרבה ממושכת יותר החשש למשוא פנים רב יותר. ככל שהקרבה רלבנטית יותר לנשוא הסכסוך המשפטי מתעצם החשש למשוא פנים. אכן, "ההחלטה בדבר פסלות שופט במקרה של היכרות אישית היא נגזרת של אופי ההיכרות, כמו גם אופי הסכסוך שבפני השופט" (ע"א 1011/97 פדידה נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ (לא פורסם)). יש שהקרבה, אופי ההליך ונסיבות העניין הם כאלה שאין בהם כדי להקים חשש ממשי למשוא פנים (ע"פ 1182/99 אליהו הורוביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(2) 49). אך, יש שהקרבה, אופי ההליך ונסיבות העניין, מקימים חשש ממשי למשוא פנים. הבחינה לעולם היא בחינה נסיבתית מגוונת ומדוקדקת (ראו: בג"צ 1622/00 יואב יצחק נ' נשיא בית המשפט העליון ואח', פ"ד נד(2) 54, 64). אין לקבוע בעניין זה כללים גורפים. אמת המידה בדבר "חשש ממשי למשוא פנים" היא אמת מידה אחת. אך, בחינתה היא תמיד בחינה מיוחדת ממקרה למקרה. כל זאת, בשאיפה להגשים את תכליות דיני הפסלות (ראו: ע"א 8743/04 משה בר נר נ' אשר רוט, ע"ד (טרם פורסם)). (ההדגשות של הח"מ).

11. עוד קודם לכן נדונה בע"א 1011/97 פדידה נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ (נבו, 10.03.1997) דרישת פסלות כנגד שופטת לה היתה היכרות אישית עם מנהל בנק דיסקונט. הבקשה נדחתה ונפסק כי:

"אם השופט יפסול עצמו בכל מקרה בו קיימת היכרות מן העבר או מן ההווה, בלי שהדבר מעוגן ביחסי קרבה מיוחדים, יפריז לצד החומרה ללא הצדקה עניינית וגם יכביד ללא צורך על פעולתה של המערכת השיפוטית. היכרות, ותהיה זו היכרות שבהווה, אינה הופכת את השופט לפסול. היא אינה יוצרת מראש חריצת דין אישית כה מהותית כלפי האדם עד שיהיה בכך ליצור נטיית לב המשתלטת על שופט מקצועי בעזות כה רבה עד שאינו יכול להגיע להכרעה עניינית. זהו תחום מובהק אשר בו בא לידי ביטוי היישוב של אמת המידה של השופט המקצועי היודע להשתחרר מהשפעתה של היכרות שגרתית עקב כוחו והרגלו של בעל משרה שיפוטית היודע להתעלות מעל השפעתה של היכרות שיגרתית." [מ' שמגר, "על פסלות שופט -

בעקבות ידיד תרתי משמע" ספר הגבורות לשמעון אגרנט  
(תשמ"ז) 109,87. " (ההדגשות של הח"מ).

12. עיננו הרואות, כי היכרות רגילה שאין בה יחסי קרבה מיוחדים, אין בה כדי לפסול את השופט מלדון בענין. אם כך הוא הדין במקרה של שופט כך הוא הדין גם במקרה של שר שצריך לדון בענין של מכר גם אם מדובר בדיון שיש בו הכרעה מעין שיפוטית.
13. לאור האמור, לפי חוות דעתי המשפטית, שר לא צריך לפסול את עצמו מלדון בעניינים הנוגעים למכר עימו אין לו יחסי חברות או ידידות מיוחדים אלא יחסי הכרות רגילים. לפיכך, אתה רשאי להמשיך ולדון בעניינים הנוגעים לחברת בזק, למר שאול אלוביץ ולחברות שבשליטתו.
14. עמדתך זימבוססת על החוק והפסיקה הקיימים, אולם יתכן שעמדת בתי המשפט, בסופו של דבר, תהיה שונה מהעמדה המובאת בחוות דעת זו. בכל מקרה, רצוי לקבל אישור לעמדתי זו גם מהיועץ המשפטי לממשלה.

בכבוד רב ובברכה,

דוד נ. שמרון, עו"ד

The Israeli Judicial Authority