

ע"א 6580/20
ע"א 6579/20

בית המשפט העליון

המערער בע"א 6579/20
ובע"א 6580/20 :

אילן קירשנבאום

- נ ג ד -

- המשיבים בע"א 6579/20 : 1. נציגות הבית המשותף ברחוב בזל 43, תל-אביב
2. אבי (אביגדור) טל
3. הניה גודס

- המשיבים בע"א 6580/20 : 1. נציגות הבית המשותף ברחוב בזל 43, תל-אביב
2. אבי (אביגדור) טל
3. הניה גודס
4. יורם רוזנבאום המנוח (לא יוצג בהליך קמא)
5. רבקה נאמן המנוחה
6. רבקה בן משה
7. יוסף פינסקר ז"ל
8. אורית מוזס

(ללא משיב 4) ע"י ב"כ עו"ד אריה לוי, מנחם בגין 11 ר"ג
טל' 03-6245544 פקס 03-6245545

9. אלכסנדר פרידמן ת.ז. 067181438
ע"י ב"כ עו"ד אלעזר טננבוים
רח' מיקוניס 3 ת"א, טל' 03-6887203 פקס 03-6887504

בקשה מתוקנת מטעם המערער (ג): בקשה להבהרה ולהנמקה

מבוקש מכב' הנשיאה להבהיר ולנמק מספר עניינים בפסק דינה מיום 18.11.20 שאותו קיבלתי ביום 11.12.20 (להלן: **פסה"ד**), שדרושים לצורך המשך בירור טענותיי לעניין ניגוד העניינים אולם לא ברור אם כב' הנשיאה הכריעה בהם.

התיקון לעומת בקשה ג' הקודמת: הוספת סעי' 6 לבקשה והנספח 1 לו ואיחוד סעי' 12 ו-13 לסעי' אחד.

ואלו נימוקי הבקשה:

1. המערער הצביע בשני הערעורים הדומים שהגיש על מצב של ניגוד עניינים חריף ומובנה שבו נמצאים כל השופטים העמיתים במדינת ישראל, ובמיוחד השופטת עמיתה שרה דותן לאור היקף שני הערעורים שהופנה אליה, כי הם מרוויחים שכר כולל של 165 ש"ח עבור טיפול בכל אחד מהערעורים, גם אם נדרשים 10, 20, 50 או 100 שעות כדי לתת פסק דין ראוי וכדין ע"י מותב שעושה עבודה נאמנה וכדין. ניגוד עניינים זה יגרום להם להפחית לאפס את עבודתם בתיק, וכראיה הביא המערער 5 הליכים בענייניו לצורך הוכחת התנהלות סדרתית זאת.

2. פסה"ד מציג תמונה לא נכונה של טענות הפסלות של המערער, לפיה המערער ביקש לפסול את השופטת (עמיתה) שרה דותן בגלל ההחלטה על צמצם את עמודי כתב הערעור או בגלל שלא נתנה החלטה בבקשתו לקבלת ראיות נוספות בערעור, אבל אלו בכלל לא הטענות העיקריות של המערער.
3. הטענות האמיתיות והעיקריות של המערער הן (א) שופט שמרוויח 165 ₪ לערעור שדורש עשרות שעות עבודה נימצא בניגוד עניינים חריף ומובנה שיגרום לו להפחית לאפס (כפי שאכן קרה) את עבודתו על חשבון הזכויות הדיוניות והמהותיות של בעל הדין (ב) שופט שידע שהוא פועל בניגוד עניינים וידע שלא יוכל לעשות את עבודתו נאמנה וכראוי הוא פסול, (ג) שופט שנותן לבעל דין הוראה שהוא יודע שלא ניתן עמוד בה מטה משפט ומעוות את הדין בכוונה, ולכן הוא פסול, (ד) שופט שכותב שקר פוזיטיבי בהחלטה או פס"ד (ויותר מפעם אחת) כדי לחפות על התנהלותו הלא תקינה הוא פסול, ולא רק בתיק הנדון, אלא בכלל (להלן: טענות "א", "ב", "ג" ו"ד" בהתאמה).
4. למעשה, כב' הנשיאה ניסחה והציגה את הערעור באופן שונה והפוך לגמרי ונתנה בעצם פסק דין בערעורים אחרים לגמרי מטענות המערער, ע"י שהפכה את הגורם לפסלות שטענתי, ניגוד העניינים (טענה "א" לעיל) לעניין שולי, ואילו את תוצאות של ניגוד העניינים, קרי התנהלות בידיעה שמדובר בניגוד עניינים, הפחתת מס' העמודים ל-10 עמ' וכתובת שקרים פוזיטיביים כדי להטות משפט (טענות "ב", "ג" ו"ד"), לעניינים המרכזיים (סעי' 7 לפס"ד), ובחן הכריעה ע"פ מבחן משוא הפנים.
5. באשר לטענות "א" ו"ב" הראשונות, אכן, המערער התכוון לפסלות מתוקף ניגוד עניינים אתי כפי שמתואר במאמרה של ד"ר לימור זר-גוטמן, **"ניגוד עניינים אצל שופטים: בין דיני פסלות שופט לאתיקה"** (ניגוד עניינים במרחב הציבורי: משפט, תרבות, אתיקה ופוליטיקה 429 (דפנה ברק ארז, דורון נבות ומרדכי קרמניצר עורכים, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2009)) (להלן: זר-גוטמן).
6. חשוב לציין שמאמרה של זר-גוטמן קיבל תוקף כמקור משפטי – **"בשורה של החלטות קבעה הנציבות, כי יש מקום לקבל את ההבחנה שהציעה ד"ר לימור זר גוטמן בין ניגוד עניינים משפטי, מכוח דיני פסלות השופט מלשבת בדין, לבין ניגוד עניינים אתי"**, נא ראי מענה מיום 17.6.15 של נציבות תלונות הציבור על שופטים לשאלת אחד מנשיאי בית המשפט, הרצ"ב **כנספח 1**.
7. ע"פ זר-גוטמן, מבחן הפסלות המשפטי המשתקפת מסעי' 77א לחוק הוא מבחן משוא הפנים המשקף בעיקר נקודת מבט אישית-פרטנית לפיה לצדדים זכות למשפט הוגן ע"י שופט נייטרלי ללא משוא פנים, תחת אובייקטיביות שיפוטית, והוא בסמכות כב' הנשיאה.
8. לעומת זאת, המבחן האתי הוא מבחן הפגיעה במראית פני הצדק ומשקף **רק** את נקודת המבט הקולקטיבית ומבטא בכך את אידאל ההתנהגות האתית של שופט שאליו יש לשאוף, וע"פ זר-גוטמן הוא איננו בסמכות כב' הנשיאה אלא בסמכות הגורמים האחראים על אתיקה.
9. למערער נודע על מאמרה של זר-גוטמן רק לאחר הגשת הערעורים, ולכן לא ידע להבחין בין מבחן משוא הפנים שבסעי' 77א לחוק בתי המשפט ושהוא בסמכות כב' הנשיאה ותוצאתו שהשופט לא יכול לדון באף מקרה של המערער, לבין מבחן הפסלות ע"פ מבחן מראית פני הצדק, שבו אין מניעה

לשופט לדון בעניינים אחרים של המערער, וכי במקרה הנדון עליו להעביר את התיק למוטב אחר, שזה הסעד שביקש המערער בערעוריו.

10. לכן פסק הדין מעלה שאלות הדורשות את הבהרת כב' הנשיאה, ובהתאם את הנמקתה – האם המבחן האתי של מראית פני הצדק הוא בסמכות כב' הנשיאה, והאם היא דנה בכלל בשאלה זאת?

11. השאלות עולות כי (א) יש סתירה פנימית בפסה"ד, (ב) אין כל דיון בשאלה זאת, וגם אין כל הנמקה, אלא רק קביעה ללא כל נימוק, ובאופן מעורפל מאוד, שלא ברור למה היא מתייחסת בהיותה כוללת מאוד, ולכן לא ברור אם טענות המערער, שכאמור הוצגו בפסה"ד באופן שונה לגמרי, נדונו בראי מבחן משוא הפנים בלבד, או גם במבחן מראית פני הצדק לעניין ניגוד העניינים האתי, שע"פ זר-גוטמן וע"פ סעי' 77 לחוק בתי המשפט, כלל לא בסמכות הנשיאה.

12. הסתירה הפנימית בפסה"ד היא בסעיף 7 לפסה"ד. בסיפא של סעי' 7 טוענת כב' הנשיאה שאין מקום לדון בסוגיית שכרם ופועלם של שופטים עמיתים במסגרת ערעור פסלות ע"פ סעי' 77 לחוק בתי המשפט, וזאת גם ע"פ זר-גוטמן. ואולם בסעי' 7 רישא לפסה"ד, מתייחסת כב' הנשיאה בכלליות רבה מאוד לטענות המערער שפרטה קודם בתמצות רב מאוד, מבלי להבחין בין טענותיו השונות, כך שלא ניתן לדעת לאיזה טענה מתייחסת האמירה בדבר אי הפגיעה במראית פני הצדק, קל וחומר כשלא נעשה כל דיון ואין כל הנמקה לעניין ניגוד העניינים האתי, שכאמור לעיל, לגביה יש התייחסות ספציפית רק בסוף סעי' 7 לפסה"ד. וכידוע, וע"פ דין, התייחסות ספציפית גוברת על התייחסות כללית.

13. אם כב' הנשיאה התייחסה למבחן מראית פני הצדק, אזי, יש אין כל הנמקה אלא רק קביעה ללא כל נימוק וללא כל התייחסות פרטנית, וכפי שנימק המערער בשני ערעורי הפסלות, למשל בסעי' 121 לע"א 6579/20, לפיו קביעה כמו "פלוני נהג שלא כדין" איננו נימוק כמחויב ע"פ דין (ע"א (נצ') 08/27 גזעון רווח נ' בנק הפועלים, עמ' 10, להלן ולעיל: פס"ד גזעון רווח).

14. כמו כן, ברור שפסה"ד לא עומד במבחן ההנמקה שנקבע בדין, למשל, ע"פ סעי' 11 לפסה"ד של כב' הנשיאה ברע"א 290/15 ברנד פור יו בע"מ נ' רמי לוי (להלן: פס"ד ברנד פור יו) או ברע"א 3337/12 ליברפול נכסים נ' עידן פרוביזור, והדבר מחזק את השאלה לפיה כב' הנשיאה לא התייחסה כלל למבחן זה ביחס לשאלות ניגוד העניינים האתי.

15. חיזוק נוסף לעניין שפסה"ד לא מתייחס ולא דן כלל במבחן מראית פני הצדק האתי עולה מכך שמפסה"ד הושמטו כל העובדות וכל הטענות המהותיות ביותר שיש בהן לראות פגיעה ברורה במראית פני הצדק.

16. למשל, ששכרה הכולל של השופטת עמיתה דותן לכל ערעור הוא כ-165 ₪ בלבד למרות שכדי ששופט יעשה עבודתו נאמנה בערעורי המבקש וייתן פס"ד ראוי וכדין נדרשות עשרות שעות, כשרק על הבקשה לקבלת ראיות נוספות בערעור שהגיש המערער בע"א 19-03-48661 נדרשות כ-40-50 שעות ע"פ דברי עו"ד אריה לוי, ב"כ הנתבעים 1-8, בדיון ביום 8.12.15 (פרי' דיון 8.12.15 עמ' 16 ש' 3)

שהוא עו"ד בעל ניסיון של למעלה מ-42 שנה (וגם שופט צבאי), וכי השופטת עמיתה דותן אפילו לא התכוונה לתת החלטה בבקשה כי התכוונה לקיים את הדיון בערעור בלי לתת כלל החלטה בבקשה. עניין זה צוין בסעי' 79 לכתב הערעור ונתמך בתצהיר ונמצא בנט המשפט. יש לציין שתצהירו וראיותיו של המערער שהשופט קמא פסל ולא קיבל לתיק מוכיחות את כל עילות התביעה ואת כל הסעדים שנתבעו ברחל בתך הקטנה.

17. וחזוק נוסף לכך שכב' הנשיאה לא התייחסה כלל למבחן מראית פני הצדק במובנה האתי היא השמטת הפרטים הקטנים אבל המהותיים ביותר והם העיקר בהיותם מציגים את כל התמונה הנכונה והאמיתית ובהיותם סותרים את ההיגיון ואת השכל הישר, לפיהם השופטת עמיתה דותן הורתה למערער לצמצם בע"א 48661-03-19 את כתב ערעור בן 52 עמודים על פס"ד באורך 28 עמ' ועל 22 החלטות ביניים ל-10 עמודים בלבד, כשאת מהחלטות הביניים עצמה באורך 9 עמ' ודנה בפסילת תצהיר העדות הראשית וראיותיו של המערער והיא נשוא הבקשה לקבלת ראיות נוספות בערעור שרק היא עצמה באורך כ-10 עמ', וכן לצמצם בע"א 60400-02-20 את כתב הערעור שאורכו כ-40 עמ' על פס"ד באורך 18 עמ' ועל 13 החלטות ביניים ל-10 עמ', אלא התייחסה רק למובן הדיוני של החלטות אלו.

18. ויוער שהנשיאה השמיטה את הפרטים הקטנים והמשמעותיים ביותר לעניין מספרי העמודים של כתבי הערעור למרות בקשתו המפורשת של המערער בשני הערעורים לכלול אותם בפסה"ד - בסעי' 6 לכתב הערעור בע"א 6579/20 ובסעי' 6 לכתב הערעור בע"א 6580/20, וגם עניין זה מחזק את הטענה שכב' הנשיאה לא דנה כלל בשאלת ניגוד העניינים האתי.

19. "עקרון ערך הביניים" המתמטי אומר, שפונקציה רציפה (שאינן בה קפיצות נקודתיות) שיוצאת נניח מהערך 3 ומגיעה נניח לערך 10, חייבת לעבור למשל דרך הערך 7, שהוא ערך הביניים לצורך הדוגמה

20. ברור ששופט עמית שמרוויח לתיק 10 שקלים על כל הטיפול בתיק גם אם הוא נדרשים 100 שעות נמצא בניגוד עניינים, ומנגד ברור ששופט שמרוויח 5000 ₪ לכל שעה שהוא עובד על התיק לא נמצא בניגוד עניינים. מהו אם כן ערך הביניים שבו יש מעבר ממצב של ניגוד עניינים למצב בו אין ניגוד עניינים?

21. ולכן, עולות השאלות המשפטיות האתיות הבאות שנכללו בערעור ושעליהן לא ניתן פסק דין הן :

21.1. האם ניתן לקבוע דיכוטומית ערך ביניים לעניין שכרו של שופט עמית לגבי כל התיקים, היינו מעל שכר זה השופט לא נמצא בניגוד עניינים, ומתחת לערך זה הוא כן נמצא בניגוד עניינים.

21.2. אם לא ניתן לקבוע ערך ביניים זה, מהם המבחנים לקביעת ערך הביניים ביחס לשכר של שופט עמית כדי שלא יהיה בניגוד עניינים או לחלופין להיותו בניגוד עניינים? האם ניתן לקבוע שכר מינימום כזה? ואם ניתן, ע"פ איזה מדדים? האם יקבעו לכל מקרה לגופו? או שיהיה שכר מינימום כמו למשל שכ"ט מינימאלי הקבוע בלשכת עוה"ד.

21.3. האם 165 ש"ח כשכר כולל לטיפול בכל ערעור מסוג הערעורים שהמערער הגיש על פסקי הדין של השופטים מיכאל תמיר וסגנית הנשיא השופטת סיגל רסלר זכאי מהווים שכר שבגיננו השופטת דותן בניגוד עניינים?

21.4. האם שופט שיודע שהוא פועל בניגוד עניינים ויודע שלא יוכל לעשות את עבודתו נאמנה וכראוי הוא פסול מטעם של ניגוד עניינים אתי? האם גם מטעם של משוא פנים?

21.5. האם שופט שנותן הוראה לבעל דין בידעו שלא ניתן לקיימה מבלי לפגוע קשות בזכויותיו המהותיות והדיוניות של בעל הדין היא עניין אתי או משוא פנים?

22. מכיוון שפס"ד ראוי וצודק היה צריך לדון בכל השאלות הנ"ל תוך שהוא מביא את העובדות והטענות העיקריות, ואח"כ ליישמן למקרה הקונקרטי, אזי עלו השאלות אם כבי הנשיאה פסקה גם בעניין ניגוד העניינים מכיוון שפס"ד לא העלה אותן כלל ולא דן בהן בכלל - הן כי הדבר לא בסמכותה, הן כי מפס"ד הושטו כל העובדות והטענות המהותיות ביותר ההכרחיות לדיון זה וליישומן במקרה הקונקרטי, והן כי פס"ד לא דן בכלל בשאלות הנוגעות בדבר (סעי' 21 רבתי לעיל) והן לאור הסתירה בסעי' 7 לפס"ד כמצוין בסעי' 12 לעיל.

23. באם כבי הנשיאה אכן דנה בשאלת ניגוד העניינים האתי, הרי שמבוקש לנמק את הכרעתה בעניין שכן בפס"ד אין כל נימוק, והרי "להנמקה חלק חשוב בתהליך של גיבוש ההחלטה ובלעדיה לא ניתן לומר שזכה להתברר בביהמ"ש." (רע"א 1982/05 מקומון קול הצפון נ' פלוני).

24. הצורך במתן החלטה בבקשה זאת נובע מכך שהמערער טוען לעיוות דין קשה ועוול גדול הנובע מניגוד עניינים קשה וחריף זה, וע"פ זכותו למשפט ע"פ סעי' 6 לחוק יסוד: השפיטה המקנה לו זכות יסוד זאת, ולהביא את עניינו לטריבונל המוסמך והמתאים באם אין בסמכותה של הנשיאה לדון בשאלות מתחום האתיקה כמפורט במאמרה של זר-גוטמן, ואף לפנות למחוקק בעניין זה, ובמיוחד לאור הנתונים הקונקרטיים שבשני כתבי הערעור ובנספחיהם.

25. לאור כל האמור לעיל, מבוקש מכבי הנשיאה להבהיר ולנמק כמבוקש בבקשה זאת.

26. מן הדין ומן הצדק להיעתר לבקשה זאת.

27. לבקשה לא מצורף תצהיר שכן כל כולה מבוססת על עובדות ואסמכתאות שבפני ביהמ"ש הנכבד ובנט המשפט, ואם יידרש, יוסיף תצהיר, ובלבד שהבקשה לא תדחה מטעם זה בלבד.

אילן קירשנבאום,

המערער בשני הערעורים.





נציבות תלונות הציבור על שופטים

לשכת הנציב פרופ' אליעזר ריבלין
משנה לנשיא בית המשפט העליון (בדימוס)

ל' סיון, תשע"ה
17 יוני, 2015

אחד מנשיאי בית המשפט פנה לנציב וביקש את התייחסותו לשאלה אם על שופט לגלות לבעלי הדין כי קרוב משפחתו מועסק בפרקליטות או בערייה. וכך השיב הנציב לנשיא:

הריני מודה לך על פנייתך בנושא הנדון. אנסה להביא בפניך את העקרונות שנקבעו בהחלטות הנציבות בעבר ואציע מענה לשאלות הספציפיות שעוררת.

אשר למתווה העקרוני: קיימת הבחנה בין עילה לפסלות שופט – נושא שאינו בתחום התייחסותה של הנציבות – לבין החשש לניגוד עניינים אתי. ניגוד עניינים אתי עשוי להתקיים גם במצבים בהם אין חשש ממשי למשוא פנים וממילא אין החוק מחייב פסילת שופט. בשורה של החלטות קבעה הנציבות, כי יש מקום לקבל את ההבחנה שהציעה ד"ר לימור זר גוטמן בין ניגוד עניינים משפטי, מכוח דיני פסלות השופט מלשכת בדין, לבין ניגוד עניינים אתי (לימור זר-גוטמן "ניגוד עניינים אצל שופטים: בין דיני פסלות שופט לאתיקה" ניגוד עניינים במרחב הציבורי: משפט, תרבות, אתיקה ופוליטיקה 429 (דפנה ברק-ארז, דורון נבות ומרדכי קרמניצר עורכים, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2009)).

כפי שציננה המחברת, ניגוד עניינים אתי, להבדיל מניגוד עניינים משפטי, נוצר מקום בו יש בהתנהלות כב' השופט פגיעה במראית פני הצדק מנקודת מבט כללית-קולקטיבית של כלל הציבור שאת אמונו מבקשת מערכת השפיטה. לדעתה, ייתכנו מצבים שלא הוכרו בדיני פסלות השופט כמקיימים אחר המבחן של "חשש ממשי למשוא פנים", אך עדיין נוצר בהם ניגוד עניינים אתי. במצבים אלה, מטילה האתיקה השיפוטית על השופט חובה אתית שלא להיעצר בדיני הפסלות, אלא להמשיך וליישם גם את המבחן לקביעת ניגוד עניינים אתי.

ובלשונה:

"מיד כשנודע לשופט על הנסיבות היוצרות את ניגוד העניינים האתי, חובה עליו ליידע את הצדדים על כך ובאופן ברור ומלא. על השופט להמשיך ולציין לפני הצדדים כי, למיטב הבנתו, לפי דיני פסלות השופט אין עילת פסלות לפי סעיף 77 לחוק בתי המשפט, אך כיוון שלדעתו יש בישיבתו בדין במקרה זה משום פגיעה במראית פני עשיית הצדק, הוא מציין את הנסיבות לפני הצדדים. על השופט גם לציין לפני הצדדים כי פתוחה לפניהם הדרך להגיש לבית המשפט בקשת פסלות" (שם, בעמודים 443-444).

האתיקה המקצועית מחייבת את השופט ליידע את הצדדים גם בהתקיים חשש מפני פגיעה במראית פני הצדק – למשל במקרים בהם קיימת היכרות מוקדמת בין שופט לבין אחד מבעלי הדין או בינו לבין מי שמייצג את בעל הדין באופן ישיר או עקיף. כך למשל מצאנו שקמה לשופט החובה לגלות לצדדים כי בת דודתו עובדת כעורכת דין במשרד עורכי הדין שמייצג את אחד הצדדים במשפט. כך גם סברנו, במקרה אחר, כי בתיק בו נתבע משרד ממשלתי ונדונה השאלה אם מפקחי המשרד קיימו את חובתם החוקית, ראוי היה שהשופט יגלה לצדדים כי רעייתו הייתה מועסקת בעבר כמפקחת באותו משרד. לעומת זאת, העובדה שהשופט מקבל שירותים מגוף ציבורי גדול שהוא צד למשפט, כמו קופת החולים, אינה מטילה עליו חובת גילוי וכך גם העובדה שהוא צורך חשמל המסופק על ידי חברת החשמל שהיא צד במשפט.

ומכאן לדוגמאות שאתה מביא. נראה, כי העובדה שיש לשופט קרוב משפחה העובד בפרקליטות המדינה, בפרקליטות המחוז או בעירייה המקומית – מחייבת גילוי, כאשר אותו קרוב מועסק במחלקה המטפלת בסכסוך נשוא המשפט. לא כך מקום בו הקרוב עובד במחלקה אחרת, של העיריה, של פרקליטות המדינה או של פרקליטות המחוז, שאין לה קשר לטיפול בסכסוך נשוא המשפט. כשאין קשר ישיר או עקיף, פטור בדרך כלל השופט מחובת הגילוי. דין פרקליטות המדינה או פרקליטות המחוז שונה מדינו של משרד עורכי דין ונדרשת זיקה קונקרטית לנושא שנדון במשפט כדי שתקום חובת הגילוי. יחד עם זאת, כשלשופט עצמו עניין אישי בהתדיינות כלשהיא עם גוף כאמור לרבות המדינה עצמה, חובה עליו לגלות זאת לצדדים. במקרה כזה אין להבחין בין זרוע המדינה לבין צד רגיל להליך (ראו החלטתנו בתיק 930/11 שפרפרזה עליה פורסמה בעמדת נציב 1/11 באתר האינטרנט של הנציבות).

שני כללי ברזל ישימים כאן: ראשית, "אם יש ספק – אין ספק" – וחובת הגילוי מתקיימת. שנית, השכל הישר אמור לסייע בהבחנה בין המקרים בהם האתיקה מחייבת גילוי נאות לצדדים לבין המקרים בהם השאלה לא מתעוררת.

ככלל, יש יתרון מעשי בגילוי מראש על פני גילוי בדיעבד לאחר בדיקה שעורכים הצדדים. גילוי מראש אינו מעורר בדרך כלל בקשת פסילה והוא מתקבל בהבנה. לעומת זאת, גילוי בדיעבד, לאחר שניתנה החלטה בתיק, עלול לעורר חששות בלב הצדדים.