

בד"א 68/08

**בבית הדין המשמעתי הארצי  
של לשכת עורכי-הדין בישראל**

המערער: ועד מחוז תל-אביב של לשכת עוה"ד בישראל,  
ע"י עוה"ד גדעון ויסמן

- נגד -

המשיב: עו"ד דוד גבאי,  
ע"י עוה"ד גיל פרידמן

## פסק - דין

זהו ערעור הן על ההחלטה לבטל את הקובלנה המשמעתית שהגיש המערער נגד המשיב והן על פסק הדין שקבע שיש לזכות את המשיב (ברוב דיעות) מן העבירות שהתגבשו, לכאורה, בגין אי מתן מענה לתלונה שנשלחה אליו.

### א. העובדות:

1. המשיב חתם ביום 2/8/95 על הסכם עד-מדינה (להלן - החסכם). הסכם זה חייב אותו לעשות את כל מה שמחוייב לעשות, בדרך כלל, עד-מדינה, והוא נחתם עם שלוש רשויות-חקירה על דעת פרקליטת מחוז תל-אביב דאז, הגב' מרים רוזנטל, ועל דעת מי שהייתה אז פרקליטת המדינה, הגב' דורית בייניש (לימים נשיאת ביהמ"ש העליון).

2. סעיף 5 של ההסכם התייחס לעבירות המשמעטיות שביצע המשיב, שעליהן לא יכול היה ההסכם לחול או למחול. נוכח זאת, סוכם בסעיף 5 להסכם, שפרקליטות המדינה תפנה ללשכת עוה"ד בישראל על מנת שזו תנקוט בהליך המשמעתי המתבקש מהודאת המשיב במעשים הפליליים החמורים שיוחסו לו בהסכם. עוד סוכם בסעיף 5 הנ"ל שרישיונו של המשיב יישלל ל-10 שנים. בסעיף 5 כתוב אומנם "התלייה" אולם הכוונה היא, ללא ספק, לשלילה, או להשעייה, של רישיונו של המשיב שכן בחוק לשכת עוה"ד, התשכ"א - 1961, מדובר, בסעיף 68, על השעייה לתקופה קצובה שלא תעלה על עשר שנים. אין "עונש" של התלייה.

3. את האמור בסעיף 5 הנ"ל יש לראות כמעין הסדר-טיעון בין המשיב לבין פרקליטות המדינה, שלפיו תוגש קובלנה משמעותית נגד המשיב לביה"ד המשמעותי של לשכת עוה"ד בישראל שבמסגרתה יישלל **בהסכמה** רישונו של המשיב ל-עשר שנים. לשכת עוה"ד לא הייתה צד לחסדר הטיעון הנ"ל, ואין צריך לומר שהיא רשאית הייתה לדרוש עונש אחר. אף ביה"ד המשמעותי של לשכת עוה"ד בישראל רשאי היה, כמובן, לחטיל כל עונש אחר לפי שיקול דעתו.
4. כל מה שנאמר בסעיף 5 הנ"ל הוא שהמשיב מסכים שרישונו ישלל לעשר שנים ושפרקליטות המדינה, שהיא, ללא ספק, רשות ציבורית, שתפקידיה רחבים לאין שיעור מאלה של לשכת עוה"ד בישראל, רואה בעונש כזה עונש ראוי.
5. יש עוד לומר שאת ההסכם צריך לראות כמקשה אחת, או כמכלול שלם, שהפגיעה ברישונו של המשיב היא רק אחד ממרכיביו.
6. אין צריך לומר שהמשיב קיים את חלקו בהסכם על כל דקויותיו וכי פרקליטות המדינה אף פעם לא חזרה בה מן ההסכם עם המשיב או טענה שהוא לא עמד בו או קבעה שחמשיב מעורב במעשים פליליים אחרים שאינם מכוסים על-ידי ההסכם (כמפורט בנספח א' להסכם).
7. חשוב עוד לומר, שההסכם אף לא פטר את המשיב מהחזרת כספים שנתקבלו שלא כדין או מחבויותיו לרשויות המס.
8. מה שעוד חשוב לציין הוא, שפרקליטות המדינה לא עמדה במטלה שהוטלה עליה בסעיף 5 להסכם - ולא פנתה ללשכת עוה"ד בישראל. בהקשר זה יש להניח, שאם פרקליטות המדינה הייתה ממלאת את חובתה, הייתה, כנראה, מוגשת קובלנה משמעותית מנגד המשיב, ואז יכול היה ביה"ד משמעותי של לשכת עוה"ד בישראל להתרשם באורח בלתי אמצעי מטיעוני נציגי פרקליטות המדינה בדבר נחיצותו של ההסכם והחשיבות הציבורית שיש בהסכמתו של המשיב לשמש עד-מדינה. יש להניח, שגם לשכת עוה"ד בישראל הייתה מתרשמת ממה שהיה לנציגי פרקליטות המדינה לומר לה. מכל מקום, ניתן להעריך, במידה רבה של ודאות, שביה"ד המשמעותי של לשכת עוה"ד בישראל היה מכבד את הסדר הטיעון, אף אם לשכת עוה"ד בישראל הייתה מביעה התנגדות לקיומו, שכן רק במקרים נדירים, ומנימוקים מאוד מיוחדים, לא מכבדת ערכאה שיפוטית הסדר-טיעון. מה גם, שמדובר בנסיבות מאוד מיוחדות. ביה"ד המשמעותי של לשכת עוה"ד בישראל חיה, ללא ספק, נותן משקל מכריע לעמדתה של פרקליטת המדינה דאז.

9. חשוב עוד לציין, שמשנקפו 90 הימים שנקבעו בסעיף 5 הנ"ל, פנה המשיב ביוזמתו, ביום 1/11/95, ללשכת עוה"ד בישראל והודיע לה בכתב, מכוח סעיף 52ב. לחוק לשכת עוה"ד בישראל, התשכ"א-1961, על **הגבלת חברותו**. מכוח סעיף זה, חדל, למעשה, מי שהגביל את חברותו מלעשות פעולות שנתייחדו לעורכי דין.
10. לבסוף, ב-24/3/05, כלומר לאחר תשע שנים ועוד כמה חודשים, ביקש המשיב לחזור ולחיות חבר מלא בלשכת עוה"ד בישראל - ורישיונו **הוחזר** לו.
11. בשלב כלשהו, ולא ברור מתי או כיצד, נודע ללשכת עוה"ד בישראל שהמשיב חטא בעבירות משמעותיות חמורות וביום 24/4/06 נשלח אליו מכתב שבו נתבקשה תגובתו.
12. (א) ביום 27/6/07 הוגשה נגד המשיב קובלנה משמעותית שבה לא נזכר כלל ועיקר ההסכם הנ"ל.
- (ב) לעניין זה חשיבות רבה, כשבאים לשקול את הטענה שעלתה, לראשונה, בהודעת הערעור ובטיעונים בע"פ, שלא כל חטאיו-לכאורה של המשיב מכוסים על-ידי החסכם. טענה מן הסוג הזה בוודאי מעוררת תמיהה.
- ב. טענות הצדדים:**
1. לטענת המערער לא היה מקום לבטל את הקובלנה המשמעותית מבלי לברר לאשורן את כל העובדות הנוגעות למעשי המשיב, תוך בחינה של האפשרות שלא כל חטאיו-לכאורה בהסכם.
2. עוד טוען המערער, שהוא, כנאמן הציבור, מחוייב למנוע מן המשיב מלחזור לשורות לשכת עוה"ד בישראל.
3. המערער סבור, כנראה, שרק עונש של השעייה לצמיתות ("הוצאה מן הלשכה") היה ראוי לו למשיב וכי, על כל פנים, היה מקום ליתן לביה"ד המשמעותי של לשכת עוה"ד בישראל את האפשרות להכריע בשאלה זו - ולא להסתפק בהגבלת חברות עצמית.
4. לדעת המערער, משלא היה צד להסכם הנ"ל, אין הוא מחוייב בכל ההסכמות שנעשו בו והוא אינו כבול בהסדר הטיעון הכלול בסעיף 5 לחסכם.
5. אשר לאי-מתן מענה לפנייה אל המשיב, סבור המערער כי הוכח כדבעי שהמשיב קיבל את הפנייה, מכוח החזקה הקיימת בעניין שליחת דבר-דואר, לפחות, ולכן היה מקום להרשיעו בעניין זה.

6. המשיב מבקש, כמובן, לאמץ את החלטות של הערכאה דלמטא.

### ג. נגזרות נורמטיביות:

1. המשיב שינה את מצבו באורח בלתי הפיך עם חתימתו על ההסכם. בכך אין כל ספק. הוא הסכים לשתף פעולה - ולחסגיר שותפים. הוא הודח בביצוע מעשים חמורים ביותר - והוא הסכים לוותר על רישיון עוה"ד שלו למשך עשר שנים.
2. זכויות חוקתיות יש לכל אזרח; גם למי שסרח ופגע בערכים מוגנים. זכויות אלה ראויות להגנה - ואין לומר שמותר לרשות חציבורית, לכל רשות ציבורית, לפגוע בהן באורח לא-מידתי, או לא ראוי, או בדרך שיש בה משום פגיעה בטוהר ההליך השיפוטי או בעקרונות של צדק.
3. לא מכבר אף המחוקק אמר את דברו בעניין זה, משקבע בחוק סדה"ד הפלילי (תיקון מס' 51) התשס"ז-2007, שלסעיף 149 בחוק סדה"ד (נוסח משולב) התשמ"ב-1982 יתווסף ס"ק (10) המוסיף טענה מקדמית והיא:
 

"(10) הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית."
4. על המהפך הקונסטיטוציוני שחל בשיטת המשפט שלנו אמר הנשיא (בדימו). אהרן ברק את הדברים האלה:
 

"...במרס 1992 התרחשה אצלנו מהפכה חוקתית. במרס 1992 נחקקו שני חוקי יסוד חדשים: חוק יסוד: חופש העיסוק וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. מכוחם של שני חוקי-היסוד החדשים, נקבעו מספר זכויות כבעלות עוצמה חוקתית-על-חוקית. רובן של זכויות אלה הוכרו גם בעבר. מיעוטן מכוח חקיקה, רובן מכוח פסיקתו של בית המשפט העליון, פרי יצירתם של גדולי שופטינו, מאז קום המדינה. השינוי העיקרי הוא בהעלאת רמתן הנורמטיבית של זכויות אלה. שוב אין חוק רגיל של הכנסת יכול לפגוע בזכויות אלה, אלא אם כן הוא הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, הוא נחקק לתכלית ראויה, ופגיעתו בזכויות האדם החוקתיות אינה עולה על הגדרש... הפכנו לדמוקרטיה חוקתית... גם לנו הגנה חוקתית על זכויות האדם... גם לנו הגבלה על כוח החקיקה של המחוקק הרגיל... גם לנו ביקורת שיפוטית על חוקתיותו של חוק הפוגע שלא כדין בזכויות האדם... גם לנו חוקה כתובה, אשר המחוקק הרגיל כפוף לה, ואינו יכול לשנותה..." (ראה - "הקונסטיטוציונליזיה של מערכת המשפט בעקבות חוקי היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי", מחקרי משפט יג, 5, תשנ"ו).

5. ב'פרשת גנימאת', בש"פ 537/95, פד"י מט (3) 355, אמר הנשיא (בדימ):  
מאיר שמגר גם את הדברים האלה:

"...החידוש שהתחדש עם חקיקתם של חוקי היסוד אינו בעצם ההכרה בזכויות האדם, ובצורך לקיים איזון בינן לבין צרכי הכלל... החידוש הוא במיקומה של נקודת האיזון. העלאת מעמדן של זכויות האדם, מחד גיסא, וצמצום היקף השיקולים העשוי לפגוע בהן, מאידך גיסא, יוצרים מעצם טבעם יחסי גומלין חדשים ונקודות איזון חדשות בין זכויות האדם לבין פגיעה בהן..." (ראה - בעמ' 376-377).

6. על הזכות להליך הוגן אמרה השופטת דליה דורנר ב'פרשת ברנס', מ"ח  
3032/99, פד"י נג (3) 354, את הדברים האלה:

"חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו... הקנה מעמד של זכות יסוד חוקתית לזכותו של אדם להליך פלילי הוגן, בעיקר מכוח סעיף 5 לחוק היסוד הקובע זכות לחירות, ומכוח סעיפים 2 ו-4 לחוק היסוד, הקובעים זכות לכבוד האדם. חוק-היסוד מחייב בסעיף 11 את רשויות השלטון כולן... לכבד את הזכויות הקבועות בו..." (ראה - בעמ' 375).

7. ב'פרשות ארנסט יפת ואח"י" ("פרשת הבנקאים"), ע"פ 2910/94, פד"י נ  
(6), השופט דב לוין, בין השאר, גם זאת:

"...המכנה המשותף למקרים שונים שבהם הופעלה הדוקטרינה (של 'הגנה מן הצדק'), מקורו בהנחה כי, בנסיבות עניין זה או אחר, יהיה זה בלתי אפשרי להעניק לנאשם את זכותו הבסיסית המגיעה לו למשפט הוגן..."

8. ב'פרשת יעוה"ד מוטי כץ', בג"ץ 1563/96, פד"י נ (1) 529, אמר השופט  
(בדימ). יעקב קדמי גם את זאת:

"... 'הגנה מן הצדק', הצומחת מהתנהגות "בלתי נסבלת" של הרשות, מבטאת את נקיעת הנפש הציבורית מפני הנקיטה באותו קו של התנהגות; כאשר נקיעת הנפש משקפת לא רק סלידה מאותה התנהגות, אלא גם חשש מפני הפיכתה לנורמה. ההגנה מכוונת, לא רק להוקיע את ההתנהגות הפסולה של הרשות ולחנך ולרסן את העושים במלאכת אכיפת החוק, שלא לפגוע בזכויות היסוד של הפרט לחקירה ולמשפט הוגנים; אלא גם להתריע מפני הסכנות הכרוכות באותו קו התנהגות לזכויות יסוד של הפרט במקרים אחרים, ולהשמיע באוזני הרשות התראה חמורה מפני חזרה על אותה התנהגות בעתיד..."

9. השופט (בדימו). מישאל חשין, אז המישנה לנשיא, אמר ב'פרשת אדורם הר-שפי', דנ"פ 3039/023, פד"י נו (4) 337, בין השאר, גם את זאת:
- "...נוסחה (זו) של ה"הגנה מן הצדק", כך דומה עליי, עיקרה הוא - בראש וראשונה - בהתנהגות הרשות, ובהמשך לכך - אך ורק בהמשך לכך - ביחס בין אותה התנהגות לבין כל החומר שהונח לפני בית המשפט: העבירה בה מדובר, מיצבור הראיות שהונחו לפני בית המשפט ונסיבות הענין בכללן. בית המשפט חייב לתמרון בזהירות... תוך שהוא בוחן ובודק את עומקה ואת עוצמתה של התנהגות הרשות כפי שנמצאה לו, ובהמשך לכך, להוסיף ולבחון ולבודק את המיכלול שהונח לפניו ואת המידתיות היחסית בין ה"התנהגות השערורייתית" לבין יתרת המיכלול ובו סוג העבירה שבה מדובר..."
10. לבסוף, יש לחזור ולזכור ולשנן את דבריה של השופט אילה פרוקצ'יח ב'פרשת שמעון חרמוני', על"ע 2531/01, פד"י נח (4) 55, אשר משמשים מאז נר לרגלי כל מי שבא לבחון את השיהוי הבלתי נסבל בנקיטת חליץ משמעת/פלילי נגד אדם:
- "...רעיון השיהוי במשפט הציבורי משתלב בעקרון "ההגנה מן הצדק", שמקורו במשפט הפלילי... עקרון ההגנה מן הצדק נועד במהותו לתת כוח בידי בית המשפט לבטל אישום פלילי כנגד אדם מקום שהגשתו לוקה באי-סבירות קיצונית הגובלת בפגיעה באמות מידה בסיסיות של צדק והגינות כלפי הנאשם..."
11. (א) דברים אלה משתלבים בעניין דנא. המשיב הגביל את חברותו בלשכה למשך כעשר שנים. מי שלא נקט בהליך הראוי בעקבות האמור בסעיף 5 לחסכס, היא פרקליטות המדינה.
- (ב) לבוא כעת ולדרוש מן המשיב לעמוד לדין משמעתי ולהיות צפוי להשעייה נוספת, ממושכת, ללא ספק, זאת פגיעה בהגינותו של ההליך המשמעתי ובזכויותיו החוקתיות של המשיב.
- (ג) האשם, אם יש כזה, לא רובץ לפתחו של המשיב. הוא, למעשה, קיים את חלקו בהסכם; בוודאי ככל שזה נוגע לסעיף 5.
12. (א) אף אין ממש בטענה שמן המערער נשללה הזכות להוכיח שלא כל עוולותיו-כביכול של המשיב נכללות בהסכם. ראשית, טענה זאת לא נכללה בכתב הקובלנה המשמעטית המקורית; ושנית, אין כל דרך אפקטיבית להוכיח זאת.
- (ב) אף פרקליטות המדינה איננה טוענת זאת, מה שהיא יכולה הייתה לטעון עפ"י סעיף 8 לחסכס.

13. למשיב, כלכל אזורח בחברה חופשית, זכויות חוקתיות ואלה ראוויות להגנת. אין לרשות הציבורית רשות לפגוע בזכויות חוקתיות אלה בשם אינטרס כלשהו הנקרא בפי ב"כ המערער "אינטרס ציבורי". הרשות הציבורית היא נאמן הציבור. משלה אין לה ולא כלום - ועל כן היא חייבת לפעול ביושר, בהגינות ותוך הימנעות מפגיעה בזכויותיו של היחיד אלא בנסיבות מאוד מיוחדות; לתכלית ראוייה ובמידה שאינה עולה על הנדרש (ראה - סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו).

14. (א) להגיש קובלנה משמעותית שתיים-עשרה שנים (!) לאחר שנחתם ההסכם, נראה כמו שיהוי שאין לו כל הצדקה. מהלך כזה פוגע באינטרס הציפיות ובאינטרס ההסתמכות של המשיב באורח לא-מידתי ולא ראוי.

(ב) ב'פרשת אהוד אולמרט', בג"ץ 6781/96, פד"י נ (4) 793, אמר השופט (בדימ). אליעזר גולדברג גם את הדברים האלה:

"...משחזרה בה רשות מינהלית מהחלטה שנתנה, ייבחן האיזון בין התפיסה כי כבילת ידי הרשות תפגע באינטרס שעל הגנתו היא מופקדת, לבין הצורך ביציבות המעשה המינהלי. צורך אחרון זה מקפל בתוכו את אינטרס ההסתמכות, הבא להגן על אזרח אשר שינה את מצבו לרעה בעקבות הפעולה המינהלית, ואת אינטרס הסופיות הבא להקנות יציבות ליחסיו של הפרט עם הרשות ולהגן עליו מפני טלטלת ההחלטה בעניינו... " (ראה - בעמ' 808).

15. נוכח כל האמור, יש מקום לאמץ את ההחלטה לבטל את הקובלנה המשמעותית כנגד המשיב ככל שהיא נגעה למעשים שהוא עשה עובר לחסכם.

16. אשר לזיכויו של המשיב, אף כאן נחה דעתי שבדין נקבע שלא הוכח שהמשיב קיבל את הפנייה של המערער. ראינו את התנהגותו של המשיב לאחר שנודע לו על הפנייה, על פניותיו לעו"ד שי ניצן מפרקליטות המדינה ולעו"ד עמוס וייצמן ואמרנו לעצמנו שלא איש כמשיב יתעלם מפנייה של המערער נוכח כל מה שעבר עליו בפרשה הזאת.

החלטתי היא, אפוא, לאמץ את החלטות של הערכאה דלמטא על שני חלקיהן, הן זו שמופיעה תחת הכותרת 'החלטה' והן זו שמופיעה תחת הכותרת 'פסק דין' - ועל כך אני אמליץ בפני חברי.

ד"ר חיים משגב  
אב"ד

תאריך

פסק דין 9