

מדינת ישראל¹

משרד המשפטים

מחלקת ייעוץ וחקיקה (חקיקה)

ירושלים: ד' אדר תשע"ז

02 מרץ 2017

תיקנו: 803-04-2016-003859

סימוכין: 803-99-2017-019121

לכבוד
היועץ המשפטי לממשלה

שלום רב,

**הנדון: שאלת מינויו הקבוע של הנשיא (הזמני) עבד אלחכים סמארה לכהונת נשיא בית הדין
השרעי לערעורים**

א. רקע:

1. כב' הקאדי עבד אלחכים סמארה מונה לראשונה כקאדי בשנת 2001. מאז 2009 הוא מכהן בבית הדין השרעי לערעורים. בשנים 2011-2015 אף כיהן במקביל כמנהל בתי הדין. בשנת 2016 כיהן כנשיא (בפועל) של בית הדין לערעורים היות שהנשיא הקודם (זיני) יצא לשבתון של 12 חודשים בטרם פרישתו. מראשית שנת 2017 הוא מכהן כנשיא זמני, וזאת לתקופה של שלושה חודשים לכל היותר כפי שנקבע בסעיף 6(ג) לחוק הקאדים התשכ"א – 1961 (להלן – "החוק"), היינו עד לראשית חודש אפריל, ועד אז צריכה הוועדה למינוי קאדים להחליט האם למנותו במינוי של קבע, או למנות קאדי אחר לעמוד בראש בתי הדין השרעיים.
2. סעיף 6(א) לחוק קובע כי "שר המשפטים, באישור הוועדה למינוי קאדים, ימנה נשיא לבית הדין השרעי לערעורים מקרב הקאדים של בית הדין השרעי לערעורים". עוד יצוין כי בתי הדין פועלים במסגרת משרד המשפטים, ועל כן כתבה היועצת המשפטית של המשרד חוות דעת בשאלה שבנדון שעיקריה יפורטו בהמשך דברי.
3. בתקופה האחרונה הוגשו נגד הנשיא הזמני מספר תלונות לנציב קבילות על שופטים- ואחת מהן נמצאה מוצדקת. בנוסף, נעשתה בדיקה על ידי לשכת היועץ המשפטי לממשלה והפרקליטות בעניינים נוספים בהם נטען כי יש במעשיו חשד לפלילים- והוחלט (לגבי אותם עניינים) שאין חשש כזה.
4. עובר להגשת תלונות אלו, ואף לאחריהן הוגשו עתירות לבג"ץ בעניין זה בשלושה הליכים שונים¹, הראשון שבהם (שנגע להחלטת בית הדין שלא לבטל את פסק הדין בערעור למרות

¹ בג"ץ 5964/16 מיום 3.8.16, בג"ץ 9887/16 מיום 19.12.16, בג"ץ 1028/17 מיום 30.1.17

שנדון בשניים והחוק מחייב דיון בשלושה), מיצה את עצמו בשל החזרת התיק נשוא העתירה לדיון מחודש בבית הדין השרעי לערעורים (החלטה מיום 12.2.17), ושניים נוספים הנוגעים למינויו של הקאדי לנשיא זמני, וכן לשאלת מינויו למינוי קבוע עודם תלויים ועומדים.

5. התלונה שהנציב ריבלין מצאה מוצדקת נוגעת לכך שהקאדי חתם על פסק דין ביום 31.3.2016 כאשר הוא לא נכח בדיון בהליך זה שהתקיים ב-20 באותו חודש. על כך הוגשה בקשת ביטול של פסק הדין, בטענה שניתן בחוסר סמכות שכן ישבו בדיון רק שני קאדים, והנשיא חתם למרות שלא נכח בדיון. הבקשה לביטול סורבה בהחלטה מיום 5.6.2016, בטענה שההליך היה תקין היות ש"נבצר" מן הנשיא להשתתף בשל שהותו בחו"ל.

6. עובדתית, אין חולק שהנשיא לא שהה בחו"ל במועד הדיון, וממילא ההנמקה שעל בסיסה ניתנה החלטת המותב לסרב לביטול פסק הדין המקורי התבססה על מידע שגוי.

7. בתגובה לתלונות לנציב קבילות על שופטים כתב הנשיא כי ציון שהותו בחו"ל במסגרת ההחלטה שלא לבטל את פסק הדין נעשתה בהיסח הדעת ובתום לב, שכן חזר מחו"ל יומיים לפני מועד הדיון, והמשיך בחופשתו לעוד מספר ימים, עד ליום ה-16.3.24, בעוד ההחלטה הזו נכתבה כחודשיים ומחצה לאחר מועד הדיון. על כן מדובר בטעות אנוש, שלו עצמו, או של הקאדי זיאד להואני שכתב את ההחלטה מיום 5.6.16, שהוא לא נתן דעתו עליה אלא לאחר שהוגשה העתירה הראשונה לבג"ץ בחודש אוגוסט, אז עמד על טעותו ודיווח עליה למנהל בתי הדין.

ב. עמדת הנציב ריבלין.

8. על הסברו של הנשיא כתב הנציב ריבלין בהחלטתו - (ראה סעיף 30 להחלטתו)

"דבריו של כב' הנשיא כי הוא חתם על ההחלטה בבקשה לביטול פסק הדין, בלי לשים לבו לאמור בה- לעניין שהותו בחו"ל- מעוררים קושי. כב' הנשיא מציון, כי התמקד באותה החלטה במהות- אלא שמהות הבקשה וההחלטה בה נסבה על שאלת הסיבה להעדרו מן הדיון בערעור. שאלת מקום שהותו בחו"ל היא שעמדה איפה ביסוד ההחלטה. ההחלטה כל כולה ניתנה בבקשת ביטול של פסק דין שניתן בעקבות הדיון שהתקיים בערעור, ביום מסוים. השאלה המרכזית בבקשה, שהצריכה תשובה, הייתה, אם ביום זה נבצר מכב' הנשיא להתייצב לדיון. במצב דברים זה, כששאלת מקום שהותו של כב' הנשיא ביום הדיון עומדת במרכז המחלוקת, היה על כב' הנשיא לבדוק היטב, טרם שתיחתם ההחלטה, היכן שהה באותו מועד, ומה נכתב בעניין זה בהחלטה..."

9. בהמשך דבריו קובע הנציב כי - (סעיפים 34-35 להחלטתו)

"המסקנה המתבקשת מכל אלה היא, שכב' הנשיא לא נהג כראוי, בעניין זה, במהלך הדברים. ההחלטה, לה היה שותף, הדוחה את הבקשה לביטול פסק הדין בערעור, נסמכה על ההנחה העובדתית אותה מסר הוא עצמו לחברי ההרכב, לפיה שהה בחוץ

עמוד 2 מתוך 6

לארץ במועד שמיעת הערעור. הנחה זו הביאה למסקנה המשפטית אליה באו חברי ההרכב כי "נבצר" היה מכב' הנשיא לשבת בדין וכי ניתן היה לקיים את הדיון בערעור במושב של שניים.

במילים אחרות, חרף חיוניותה של ההנחה הזו, שהביאה את כב' הדיינים לקביעתה התוצאה המשפטית (ואיני נדרש לעצם התוצאה) - כשל כב' הנשיא במילוי חובתו לדייק בעובדות שמסר, ולמצער נמנע מלברר במועדים הרלבנטיים את אמיתות המידע. אין לקבל את עמדתו של כב' הנשיא כי ניתן להצדיק אמירה שגויה זו בנימוק של היסח הדעת ובשל שהחלטה נכתבה על ידי כב' הקאדי להואני. זאת - בשל שכב' הקאדי להואני סמך בהחלטתו על דברים ששמע מפי כב' הנשיא, בשל העובדה שההנמקה השגויה החוזרת שלוש פעמים בנוסח ההחלטה, בשל שהיא שמה כנימוק מרכזי לדחיית הבקשה, ובשל שהחלטה נמסרה לבדיקתו של כב' הנשיא קודם פרסומה, והוא כמו דיינים אחרים, הכניס בה תיקונים. לכב' הנשיא קמה אחריות לא רק כלפי הצדדים כי אם גם כלפי הדיינים האחרים וחובה הייתה עליו להביא בפניהם את העובדות כהווייתם, על מנת שלא ייכשלו במסקנות העובדתיות והמשפטיות שבהחלטה לה היו שותפים.

הקושי מתגבר למשמע עדותו הנוספת של כב' הקאדי להואני. בתגובתו, במענה לפנייתי, הוא מציין כי בירר עם כב' הנשיא את שאלות מקום שהותו של כב' הנשיא לא רק קודם לכתיבת ההחלטה בבקשת הביטול, כי אם גם במועד מאוחר יותר. כב' הקאדי להואני ניהל, על פי עדותו, שיחה נוספת עם כב' הנשיא, כחודשיים לאחר שנחתמה ההחלטה האמורה, כשנודע לכב' הקאדי להואני על הגשת העתירה לבג"ץ מטעם המתלונן נטור. בשלב זה הוא פנה, יחד עם כב' הקאדי אבו עוביד, לכב' הנשיא ושאלו על פשר הטענות שהועלו בעתירה לעניי "נבצרות" כב' הנשיא, וזה השיב לו: "אין לזה יסוד, ביום 20.3.17 הייתי בחו"ל". במילים אחרות, גם כשנשאל על כך מפורשות, כחודשיים לאחר מתן ההחלטה על ידי הדיינים, מסר כב' הנשיא מידע שגוי. אפילו אני כב' הקאדי מסר תחילה מידע שגוי בתום לב והיסח הדעת, כגרסתו, הרי מחדלו המתמשך, בבדיקת העובדה העומדת ביסוד החלטת בית הדין ובמרכז הטענות המתוארות בבית המשפט הגבוה לצדק, מעורר קושי בכל הנוגע לגרסתו, ומכל מקום, אין ספק כי מחדלו זה מבטא חוסר אחריות. מחדל זה הביא, כאמור, לכתיבת החלטה שגויה ולהטעיה של דיינים אחרים בבית הדין לערעורים. במובן זה התלונות נמצאו מוצדקות".

ג. טיוטת חוות דעתה של היועצת המשפטית למשרד המשפטים

10. בטיוטת חוות דעתה מצביעה היועצת המשפטית למשרד על נסיבות שונות שבעטיין ניתן למנות את הנשיא בפועל למינוי של קבע על אף חומרת החלטתו של הנציב בתלונה לעיל. ראשית, הנציב לא ראה צורך להמליץ על הגשת קובלנה משמעתית כנגד הקאדי - שהיא

עמוד 3 מתוך 6

נחוצה במידה שרוצים שהוועדה למינוי קאדים תביא לסיום כהונתו לפי סעיף 13א לחוק, וממילא אין להסיק מהחלטתו שיש להדיח את הקאדי. שנית, מדובר במקרה בודד, שאכן נבעה מכך שהקאדי נסמך על זכרונו, ולא טרח לבדוק את העובדות - "במקרה דנן אי דייקנותו של הקאדי סמארה, נגעה למקרה אחד מסוים, ולא חזרה על עצמה במקרים נוספים. כמו כן, לא עולה מממצאי הנציב דפוס פעולה כאמור של כבוד הקאדי, ואיננו סבורים כי בהחלטת הנציב יש כדי להעיד על כך". שלישית, הקאדי מכהן תקופה ארוכה מאוד שבמהלכה היו כנגדו רק שתי תלונות לנציב התלונות על שופטים שנמצאו מוצדקות. רביעית, לפי סעיף 6(א) לחוק, ניתן למנות לנשיא מי שמכהן כחבר בית הדין השרעי לערעורים, וכעת מכהנים בו רק עוד שני קאדים מלבד הקאדי סמארה, שהוא הוותיק- ועל כן מבלי לקבוע מסמרות - נראה שמינוי קאדי שלא כיהן זמן רב בערכאת הערעור עלול לחטוא לתכלית סעיף 6(א) האמור.

ד. סיכום דיון בראשות המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (חוקתי-ציבורי)

11. ביום 1.3.17 קיים עו"ד רז נזרי דיון בשאלה שבנדון. בפתח הדיון הציג מנהל בתי הדין השרעיים, כב' הקאדי איאד זחאלקה, את עמדתו לפיה טעותו של הנשיא היא טעות מינורית ואין לראותה בצורה חמורה כפי שמשתקף מתוך החלטת הנציב. אכן שגה הנשיא על שלא בדק את העובדות, אך אין לראות בדברים חומרה יתירה עד כדי אי מינויו במינוי של קבע, שמשמעותה המעשית היא הדחתו מתפקידו כנשיא, תפקיד שאותו הוא ממלא כמינוי בפועל כבר מזה שנה וחודשיים. מעבר לכך יש לשקול את טובת מערכת בתי הדין, ולמנוע זעזועים בה. לדברי מנהל בתי הדין הנשיא מקובל ואהוד בציבור, הוא בעל סמכות דתית, והוא מוביל את בתי הדין בצורה טובה, ואף שני חברים להרכב הערעורים פנו לשרה והביעו תמיכה במינויו. כן נאמר, כי הוא הקאדי הוותיק והמנוסה ביותר בבית הדין, ושני הדיינים שעמו מונו לבית הדין לערעורים אך לפני כשנה, וכי הוא אף הוביל תהליכים שונים להגברת שיתוף הפעולה של בתי הדין עם מערכות אכיפת החוק, ורשויות נוספות. בסיום דבריו הפציר מאוד הקאדי לשקול את טובת המערכת, למרות מעידתו החד פעמית של הנשיא - שנעשתה בשגגה לדבריו – ולמנות את הנשיא סמארה למינוי של קבע.

12. בדיון השתתפה מנהלת מחלקת הבג"צים, וכן הפרקליטות מיטל שינדל ושוש שמואלי המייצגות בעתירות שהוזכרו, עוזר השרה הרצל יחזקאל, וכן נציגים ממחלקת ייעוץ וחקיקה - דני חורין, יעקב פרידברג ונדים עבוד. בדיון נשמעו עמדות שונות ובכלל זה שהחלטת הנציב חמורה מאוד, ואכן יוצרת קושי משמעותי ביחס למינוי הקבוע. בתוך כך, נשמעה העמדה לפיה החלטת הנציב אמנם נכתבה בלשון זהירה ולא כללה המלצות (כפי שהטעימה היועצת המשפטית בחוות דעתה) אולם זאת מתוך זהירות שלא להתערב ולהסיג גבולם של ההליכים התלויים בבג"ץ והליך המינוי הצפוי על-ידי הגורמים המוסמכים ובהתאם אין להסיק מן הלשון הזהירה והעדר ההמלצות מסקנה לקולא. המדובר בהחלטה חמורה אשר עולה ממנה תמונה של חשש כי אין מדובר בטעות אלא בכשל ערכי של אי אמירת אמת אשר הביא לעיוות עמוד 4 מתוך 6

הדין, להטיית משפט, להטעיית חבריו להרכב ובתוך כך לפגיעה קשה באמון הציבור במערכת בתי הדין השרעיים. בחלופה זו יש כדי ליצור מניעה למנות את הקאדי סמארה כמינוי קבע, וזאת בהתחשב במהות התפקיד של נשיא בית הדין השרעי, תפקיד המקביל לנשיא בית המשפט העליון, וברף הנורמות הדרוש למי שמכהן בו, רף שנוכח החלטת הנציב נראה כי הקאדי סמארה אינו עומד בו. אף ככל שאין מדובר באי אמירת אמת, הרי הנציב הבהיר כי לא ראה בהתנהלות של הנשיא סמארה טעות הנובעת מהיסח הדעת אלא לכל הפחות "מחדל המבטא חוסר אחריות", ונראה שמדובר בקביעה משמעותית מאוד ביחס למי שצריך לעמוד בראש הערכאה השיפוטית השרעית, תפקיד המקביל, כאמור, לנשיא בית המשפט העליון. לפיכך, נשמעו עמדות לפיהן מינוי הנשיא במינוי קבוע הוא מוקשה וגבולי ביותר.

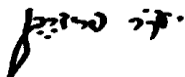
מנגד נאמר, כי יש לבחון ולאזן את המקרה מול מכלול תפקודו של הקאדי, וכי מדובר במקרה בודד ובכך יש כדי להקל על הקושי, אם כי שיקול זה נחלש כיוון שלא עבר די זמן מאז המקרה מושא החלטת הנציב. עוד נאמר כי, יש חשיבות לבחון את החלופות האחרות למינוי ושיקולים נוספים החורגים מניתוח התלונה הקונקרטיית טרם הכרעה בשאלת המינוי.

13. בסיכום הדיון קבע רז כי המדובר בהחלטה קשה של הנציב ביחס לתלונה המוצדקת כנגד הנשיא, וניכר מניסוח ההחלטה כי הנציב לא קיבל את הפרשנות המקלה שמנסים לשוות לטעות. רז ציין כי בבואנו לקבוע עמדה ביחס לסבירות המינוי, אנו חייבים להסתמך על התשתית העובדתית שקבע הנציב לאחר שמיעת כלל הגורמים הרלבנטיים, ואין בידינו במסגרת זו לשמש מעין "ערכאת ערעור" על מה שנקבע בהחלטת הנציב. כפי שנאמר לעיל, רז ציין כי אף אם נצא מהנחה שאין המדובר בשקר מכוון, הרי שנוכח מה שקבע הנציב לא ניתן לראות בהתנהלות של הנשיא סמארה כטעות הנובעת מהיסח הדעת אלא לכל הפחות "מחדל המבטא חוסר אחריות", כלשון הנציב. בנסיבות אלו ונוכח הנורמות המצופות מנושאי משרה שיפוטית, ובייחוד אלו הנושאים במשרות הבכירות ביותר באותן מערכות, נראה שיש להמליץ לשרה שלא להביא בפני הועדה הצעה למנות את הנשיא במינוי קבוע. עם זאת, ככל שהשרה תסבור שקיימים שיקולים נוספים, כדוגמת השיקולים שהצביע עליהם הקאדי זחאלקה, ותסבור שהם כבדי משקל באופן המצדיק את מינויו למרות החלטת הנציב, וככל שהועדה – שהיא הגורם המוסמך על פי דין למנות את הנשיא – לאחר שתלמד את כל משמעויות ההחלטה, תחליט להעדיף במכלול שיקולים אלו, אזי תיבחן ההחלטה המנהלית בהתאם לכללים הרלבנטיים וייתכן בהחלט שניתן יהיה להגן על החלטה ועדה כזו שתנומק כדבעי.

14. עמדה זו דומה במהותה לעמדה שהובעה בשעתו בעניין המשך כהונתו של הרב הראשי מצגר כדיין בבית הדין הרבני הגדול לאור מכלול החשדות שהיו כנגדו (בראשית הפרשייה, וטרם הרשעתו). יודגש כי אין כל כוונה בדברינו להשוות בין המקרים מבחינת חומרת המעשים, אלא רק לעניין דרך ההתנהלות בתגובת המדינה. בתגובה מקדמית בבג"ץ 2365/08 **תנועת אומ"ץ נ' הוועדה למינוי דיינים** נכתב כי:

"עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא, כי מן הראוי היה שכהונתו של המשיב מס' 2 כדיין בבית הדין הרבני הגדול תופסק בעקבות הממצאים שבאו לידי ביטוי במסמך היועץ המשפטי לממשלה: "סיכום והחלטה בפרשת הרב יונה מצגר, הרב הראשי לישראל – קבלת טובות הנאה ממלון 'מצודת דוד' בירושלים", וזאת לאור אופיו ומהותו של תפקיד הדיין ונורמות ההתנהגות המצופות ממנו. ממצאים אלה, לא הופרכו במהלך הדיונים שערכה המשיבה 1 בעניינו של המשיב 2, וההסברים שניתנו מטעמו של המשיב 2 לממצאים אלה לא מיתנו את חומרתם או הביאו לשינוי בעמדתו הראשונית של היועץ המשפטי לממשלה, כפי שבאה לידי ביטוי במסמך, ולפיה התנהגותו של המשיב 2 במספר פרשיות, על אף שלא נמצאו ראיות מספיקות לביסוס אישום פלילי בגינה, מעוררת סימני שאלה לא מעטים באשר להתאמתו לכהן בתפקיד הרם של רב ראשי ודיין בבית הדין הרבני הגדול. העתק המסמך (המתוקן בעקבות החלטת בג"צ) מצורף ומסומן מש/1. יחד עם זאת, המחוקק הקנה את הסמכות להחליט על הפסקת כהונתו של דיין לוועדה לבחירת דיינים, ולה בלבד, ואף קבע כי החלטה זו לא תתקבל אלא ברוב של שבעה מתוך עשרת חברי הוועדה (וכשמדובר בדיין שהוא עצמו חבר הוועדה, כמו במקרה דנן – שבעה מתוך תשעה). היועץ המשפטי לממשלה אינו שותף לדעתה ולגישתה של המשיבה 1 כפי שקיבלה ביטוי בהחלטתה שלא להפסיק את כהונתו של המשיב 2. ברם, החלטה זו ניתנה בגדר סמכותה של הוועדה, ואין היועץ המשפטי לממשלה סבור כי נכון יהיה שבית המשפט הנכבד יתערב בהחלטת הוועדה, וזאת בעיקר נוכח היקף שיקול דעתה הרחב של הוועדה, הנובע מאופייה המיוחד ומהרכבה כגוף המשקף מגזרים שונים – נציגי שלוש הרשויות, וכן את נציגי הדרג המקצועי – נציגי לשכת עורכי הדין.

בברכה,



יעקב פרידברג

עו"ד

העתק: המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (חוקתי- ציבורי)